كلية الدراسات العليا

برنامج الماجستير في القانون

رسالة ماجستير بعنوان

التنظيم القانوني للمرحلة السابقة على التعاقد في فلسطين "دراسة مقارنة"

The Legal Framework of Pre-contractual Stage in Palestine

"A comparative study"

إعداد

خالد صقر أبوزهرة

إشراف

الدكتور محمود دودين

2021

جامعة بيرزيت

كلية الدراسات العليا

برنامج الماجستير في القانون

رسالة ماجستير بعنوان

التنظيم القانوني للمرحلة السابقة على التعاقد في فلسطين "دراسة مقارنة"

The Legal Framework of Pre-contractual Stage in Palestine

"A comparative study"

إعداد: خالد صقر أبوزهرة

الرقم الجامعي: 1145407

بإشراف: الدكتور محمود دودين

قُدمت هذه الرسالة استكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في القانون من

كلية الدراسات العليا في جامعة بيرزيت، فلسطين

2021

جامعة بيرزيت

كلية الحقوق والإدارة العامة

برنامج الماجستير في القانون

رسالة ماجستير بعنوان

التنظيم القانوني للمرحلة السابقة على التعاقد في فلسطين "دراسة مقارنة"

The Legal Framework of Pre-contractual Stage in Palestine "A comparative study"

إعداد

خالد صقر أبوزهرة

إشراف

د. محمود دودين

نوقشت هذه الرسالة وأجيزت بتاريخ: 2021/1/21

اعضاء لجنة المناقشة:	التوقيع
❖ د. محمود دودين (مشرفاً ورئيساً)	.....
❖ د. يوسف شندي (عضواً)	.....
❖ د. محمد القيسي (عضواً)	.....

الفهرس

الملخص ..... **هـ**

ABSTRACT ..... **و**

المقدمة **1**

الفصل الأول: ماهية المرحلة السابقة على التعاقد **11**

المبحث الأول: مفهوم المرحلة السابقة على التعاقد **11**

المطلب الأول: فترة المفاوضات 11

المطلب الثاني: فترة إبرام العقد 20

المبحث الثاني: مبادئ المرحلة السابقة على التعاقد 28

المطلب الأول: مبدأ حرية التعاقد 29

المطلب الثاني: مبدأ حسن النية 35

المبحث الثالث: التزامات الأطراف في المرحلة السابقة على التعاقد 49

المطلب الأول: الالتزام بالإعلام 49

المطلب الثاني: الالتزام بالمحافظة على سرية المعلومات 65

المطلب الثالث: الالتزام بالتعاون 72

الفصل الثاني: أحكام المسؤولية في المرحلة السابقة على التعاقد **79**

المبحث الأول: طبيعة المسؤولية 79

المطلب الأول: المسؤولية العقدية 79

المطلب الثاني: المسؤولية التقصيرية 86

المطلب الثالث: المسؤولية من نوع خاص 95

المبحث الثاني: حالات المسؤولية 101

المطلب الأول: الحالات التي تشكل انتهاكاً لمبدأ حسن النية 101

المطلب الثاني: الحالات التي لا تشكل انتهاكاً لمبدأ حسن النية 107

المبحث الثالث: التعويض 110

المطلب الأول: التعويض العيني 110

المطلب الثاني: التعويض النقدي 112

الخاتمة **125**

المصادر والمراجع **129**

الشكر والتقدير

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

بداية يسعدني وقد وفقني الله في كتابة هذه الرسالة؛ أن أتقدم بعميق الشكر والتقدير إلى أستاذي الفاضل الدكتور محمود دودين الذي شرفني بإشرافه على هذه الرسالة، وأمدني من وافر علمه وسعة صبره وكرم أخلاقه، وأسأل الله أن يبارك في عمره وعلمه.

كما اتوجه بخالص الشكر إلى أستاذنا القدير د. يوسف شندي لما قدمه من أفكار وملاحظات قيمة ساهمت وبحق في إثراء الدراسة.

والشكر موصول إلى أستاذي العزيز الدكتور محمد القيسي على ارشاداته وملاحظاته البناءة.

الإهداء

إلى .....

من يُحِبُّ الخَيرَ لِنَفسِي أَكْثَرَ مِن نَفسِي ..... والدي

أَحَقُّ النّاسُ بِعُمْق مَوَدَّتِي ..... والدتي

رُفَقاءُ القَلْبِ وَبَهْجَةُ الرّوحِ ..... إخوتي

الملخص

تتناول هذه الدراسة التنظيم القانوني للمرحلة السابقة على التعاقد في فلسطين بالمقارنة مع الأنظمة القانونية في كل من مصر والأردن. وبشكل خاص، ناقشت الدراسة شروط وأحوال انعقاد المسؤولية المدنية عن المرحلة السابقة على التعاقد، والتزامات أطرافها، ونوع هذه المسؤولية، فيما إذا كانت عقدية، أو تقصيرية، أو من نوع خاص، وكيفية الموازنة بين مبدأ حرية التعاقد ومبدأ حسن النية عند العدول عن ابرام العقد المتفاوض بشأنه، والأضرار القابلة للتعويض حال تحقق المسؤولية. وتعود أهمية الدراسة إلى خلو هذه الأنظمة القانونية من نصوص صريحة ومباشرة ناظمة لموضوع الدراسة، ما يتعين معالجة اشكالية تحليل وتطويع القواعد العامة لاستخلاص أحكام المرحلة السابقة على التعاقد؛ وبيان مدى كفايتها أو الحاجة لإدراج أحكام قانونية خاصة بالمرحلة السابقة على التعاقد ضمن التشريعات الفلسطينية. فهذه المرحلة تحظى باهتمام خاص بين طرفي المفاوضات؛ كونها أولى مراحل التعاقد تظهر من خلالها حقوق الأطراف والتزاماتهم، وتتكون بناءً عليها العقود المختلفة؛ بحيث تخرج في مجموعها بما يؤثر على سير الحياة في المجتمع من الناحيتين الإقتصادية والاجتماعية. عرض الفصل الأول من هذه الدراسة لماهية المرحلة السابقة على التعاقد، في حين تناول الفصل الثاني أحكام المسؤولية المدنية الناشئة عنها.

Abstract

This study undertakes the legal regulation of the pre-contractual phase in Palestine as compared to the legal systems of Egypt and Jordan. In particular, the study discusses the terms and conditions of the civil liability in the pre-contract phase, the obligations of its parties, the type of liability; whether contractual, tortious or of a special type, and how to balance between the principle of freedom of contract with the principle of good faith, when refraining from concluding a negotiated contract, with compensable damages once liability has been achieved. The importance of the study is to lay down the fact that these legal systems do not have explicit and direct provisions governing the subject matter of the study, which indicates the need for incorporating pre-contract legal provisions into the Palestinian legislation system. Further, this stage receives special attention between the two parties to the negotiations. Being the first stage of contracting through which the rights and obligations of the parties are shown, and according to which the various contracts are formed; so that contracts come out as a whole affecting the course of life in society in both economic and social domains. Chapter one of this research offers an analysis to the pre-contractual stage, and chapter two deals with the civil liability provisions arising from it.

المقدمة

نظراً للتطورات الصناعية والتجارية في العصر الحديث، ظهرت عديد من العقود التي ترد على مشروعات كبيرة تحتاج إلى عمليات تعاقدية مركبة، تتداخل فيها الأمور المالية والفنية والقانونية، ويتكلف فيها الأطراف الكثير من الوقت والجهد والمال. وبالنظر إلى طبيعة هذه العقود، فعادة لا يتم ابرامها مباشرة بمجرد ارتباط القبول بالإيجاب؛ وإن كان ذلك يتلاءم مع العقود البسيطة، التي تتطلب السرعة في إبرامها كعقود الاستهلاك اليومية من سلع وخدمات وإنما تمر تلك العقود بمرحلة سابقة على إبرام العقد، حيث يتم التفاوض والاتفاق التدريجي بين الأطراف على عناصر العقد.

تبدأ المرحلة السابقة على التعاقد، من لحظة إعلان أحد الأشخاص عن رغبته بالتعاقد وتنتهي إما بعدم الاتفاق، أو بانعقاد العقد بتوافق الإرادتين، وبإتمام الإجراءات الشكلية الواجبة قانوناً في بعض العقود. وتتضمن هذه المرحلة فترتي المفاوضات وإبرام العقد، ففي الأولى يناقش الأطراف عناصر العقد والحقوق والالتزامات المتبادلة؛ وتمثل المفاوضات عملية مساومة وأخذ ورد بين الأطراف، وتداول المقترحات والدراسات الفنية والمالية والقانونية من أجل التوصل إلى إبرام عقد معين.[1] بينما تتبلور في الفترة الثانية وجهة النظر المشتركة للطرفين، وتتحدد المعالم الأساسية للعقد.[2]

[1] حسام الأهواني، المفاوضات في الفترة قبل التعاقدية ومراحل إعداد العقد الدولي، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، مصر، ع. 2، م. 38، 1996، ص 394.

[2] مصطفى الجمال، السعي إلى التعاقد في القانون المقارن، ط. 1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2002، ص 24.

ومن حيث الأصل، تقوم المرحلة السابقة على التعاقد على مبدأ حرية التعاقد، الذي يتجسد في فكرة ثلاثية مؤداها حرية اختيار الطرف الآخر المتعاقد معه، وحرية تحديد مضمون العقد، وحرية التعاقد من عدمه. فالدخول في التفاوض بشأن إبرام عقد وإنهاء التفاوض يخضع من حيث الأساس إلى حرية التعاقد، إلا أنه وبهدف حماية حقوق الأطراف وعدم الإضرار بمصالحهم، وحرصاً على حفظ القيم السائدة في المجتمع، ولضمان استقرار المعاملات، كان لا بد من تقييد حرية التعاقد بحدود مبدأ حسن النية، بوجوب التزام الأطراف بكل تفاصيل المرحلة السابقة على التعاقد، منذ بدايتها حتى نهايتها، بالقيم السائدة في المجتمع من ثقة وصدق وأمانة، ووجوب خضوعهم للالتزامات المتفرعة عن حسن النية كالالتزام بالإعلام الذي يقع على عاتق الطرف الذي يعلم بالأمور الجوهرية في التعاقد أن يقدمها للطرف الآخر، حتى يباشر التعاقد بإرادة حرة ومستنيرة. وكذلك الالتزام بالمحافظة على سرية المعلومات الجوهرية ذات القيمة الإقتصادية، والتي يتلقاها أحد الأطراف من الطرف الآخر. وأيضاً الالتزام بالتعاون وتبادل المعلومات فيما بين الأطراف بشأن تقديم التقارير والدراسات التي تتطلبها عملية التعاقد، واستمرارية حضور جلسات التفاوض. وبالمقابل، فإن الإخلال بتلك الالتزامات، وإنهاء عملية التعاقد دون سبب جدي، وبما يلحق الضرر بالطرف الآخر؛ من شأنه أن يفرض على الطرف المُخل مسؤولية التعويض عن الإضرار والخسائر التي تكبدها في سبيل عملية التعاقد.

أهمية الدراسة

مما لا شك فيه أن المرحلة السابقة على التعاقد ذات أهمية باعتبارها أول مراحل العقد؛ ففيها تتكون الأسس التي يقوم عليها العقد فيما بعد، ويعرف كل طرف حقوقه والتزاماته ومدى مقدرة الطرف الآخر على التنفيذ، فكل الوقائع والأحداث التي تتابع في هذه المرحلة، تنعكس آثارها على انعقاد العقد ومن ثم تنفيذه بطريقة سليمة وبما لا يؤدي إلى حصول نزاعات.

وخلال المرحلة السابقة على التعاقد تقع عيوب الإرادة؛ لا سيما الغلط والتغرير أو التدليس والتي يمكن تجاوزها في حال التزام كل طرف بواجب حسن النية، وما يترتب عليه من التزامات بالإعلام والتعاون حول عناصر العقد وشروطه. وتظهر أهمية هذه المرحلة أيضاً في دورها المساعد في تفسير العقد، بالكشف عن النية المشتركة للمتعاقدين، من خلال ما يقع اثنائها من اجراءات ومناقشات وتبادل في وجهات النظر.

وتكمن أهمية الدراسة في غياب نصوص قانونية خاصة بمرحلة ما قبل التعاقد؛ فتقوم الدراسة بتحليل القواعد العامة واسقاطها على المرحلة السابقة على التعاقد، وصولاً إلى بناء تنظيم قانوني متكامل، عبر إبراز معالمها الأساسية والمبادئ التي تقوم عليها لا سيما مبدأ حسن النية وما يتفرع عنه من التزامات، هذا بالإضافة إلى بيان مدى مسؤولية الطرف الذي يقوم بإنهاء هذه المرحلة، بطريقة لا تتوافق مع مبدأ حسن النية بحيث يسبب اضراراً للطرف الآخر. وهكذا، تتجسد أهمية دراسة المرحلة السابقة على التعاقد في فلسطين.

الدراسات السابقة

1. دراسة روان راضي بعنوان: الجوانب القانونية المنظمة لمرحلة المفاوضات العقدية، رسالة ماجستير، الجامعة الأردنية، عمان، 2012م.

هدفت هذه الدراسة إلى معرفة المفهوم القانوني لمرحلة التفاوض على العقد ونطاقها وحدودها بالإضافة إلى العقود والاتفاقات الناظمة لمرحلة المفاوضات، كما تناولت الدراسة الالتزامات الناشئة عن حسن النية في المفاوضات العقدية، وناقشت أيضاً المسؤولية المترتبة في مرحلة المفاوضات من حيث الطبيعة القانونية للخطأ، والاتجاهات الفقهية في تحديد المسؤولية ونتائج تحققها، وذلك كله في نطاق التشريعات الأردنية. وتوصلت الدراسة إلى أن المفاوضات تشكل مرحلة مستقلة، لها خصوصيتها ودورها في العقد كباقي المراحل الأخرى وهي تقوم على مبدأ حسن النية بشكل رئيسي في ترتيب الالتزامات المفروضة على عاتق أطراف التفاوض. وخلصت أيضاً إلى أن المسؤولية المترتبة في مرحلة المفاوضات هي مسؤولية تقصيرية كأصل عام، بينما تعد مسؤولية عقدية استثناءً. وأوصت الدراسة بضرورة قيام المشرع الأردني بتناول مرحلة المفاوضات بالتفصيل الشامل.

ونرى بأن هذه الدراسة اقتصرت على فترة المفاوضات التي تعد جزءاً من المرحلة السابقة على التعاقد، فلم تتناول فترة إبرام العقد هذا من جانب، ومن جانب آخر لم تعرض هذه الدراسة المبادئ التي تقوم عليها المرحلة السابقة على التعاقد، والتزامات الأطراف فيها

بالتفصيل والتأصيل القانوني اللازم، فاكْتَفَت بذكر نصوص القانون الأردني دون مقارنتها مع نصوص قانونية أخرى أو التطرق إلى أحكام قضائية.

2. دراسة مصطفى نشمي بعنوان: النظام القانوني للمفاوضات التمهيدية للتعاقد، رسالة ماجستير، جامعة الشرق الأوسط، عمان، 2014م.

حاولت هذه الدراسة تسليط الضوء على مفهوم المفاوضات التمهيدية للتعاقد وبيان صورها وأحكامها، وكذلك بيان طبيعة المسؤولية المدنية الناشئة في حال إخلال أي من أطراف التفاوض بالتزاماته. واستندت الدراسة إلى موقف المشرعين العراقي والأردني. وتوصلت الدراسة إلى أن نجاح المفاوضات في القيام بدورها يتوقف على التزام طرفيها بمقتضيات مبدأ حسن النية، وأن الغاية من تحقيق الالتزامات المترتبة على المفاوضات؛ حماية مبدأ حسن النية، وحماية الرضا من عيوب الإرادة. وأن طبيعة المسؤولية المدنية في مرحلة المفاوضات هي مسؤولية تقصيرية حصراً، فلا يمكن قيام المسؤولية العقدية لعدم وجود عقد يحكم العلاقة. وأوصت الدراسة بأنه على المشرعين العراقي والأردني تناول مرحلة المفاوضات وتنظيمها قانونياً مع التركيز على مبدأ حسن النية.

ونلاحظ بأن هذه الدراسة دْمَجَت بين المبادئ والالتزامات، واقتصرت في بيان طبيعة المسؤولية على كونها مسؤولية عقدية أو تقصيرية، فلم تتحدث عن مدى اعتبارها مسؤولية من نوع خاص.

3. دراسة عبد العزيز حمود بعنوان: الجوانب القانونية لمرحلة التفاوض ذو الطابع التعاقدي مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، العدد 20، المجلد 10، 2001م.

تناولت هذه الدراسة نطاق المفاوضات العقدية (الحد الفاصل بين مرحلة التفاوض على العقد ومرحلة إبرام العقد)، وكذلك صور التفاوض في الإطار العقدي، بالإضافة إلى المسؤولية المدنية للمتفاوض. وتوصلت هذه الدراسة إلى أن مرحلة التفاوض تنتهي بصدور إيجاب بالعقد محل التفاوض من أحد الطرفين، وتبدأ بعده مرحلة إبرام العقد. وذهبت إلى أن مسؤولية المتفاوض في مرحلة التفاوض هي مسؤولية عقدية، تقتصر على تعويض المتفاوض المضرور تعويضاً نقدياً، إذ يستبعد التعويض العيني الجبري لما فيه من مساس بحرية المتفاوض الشخصية.

ونرى بأنّ هذه الدراسة قد بيّنت أنّ الحد الفاصل بين المفاوضات وإبرام العقد هو صدور الإيجاب، إلا أنّها لم تتحدث عن أثر الفصل بينهما، وما هو الحد الذي تنتهي به مرحلة ما قبل التعاقد في حالة نجاح عملية التعاقد. وكذلك أقامت المسؤولية العقدية على أساس أن التفاوض يأخذ الطابع التعاقدي فهي لم تبحث في مدى توافر المسؤولية التقصيرية أو المسؤولية من نوع خاص.

4. محمد دسوقي، الجوانب القانونية في إدارة المفاوضات وإبرام العقود، معهد الإدارة العامة الرياض، 1995م.

تناول الكتاب في الباب الأول؛ موضوع إدارة المفاوضات بشكل مفصل، من خلال توضيح كيفية تحديد عناصر العقد عن طريق بدء المفاوضات، وأهميتها بالإضافة إلى الدعوة إلى التفاوض، وبيان موضوع المفاوضات، بما يتعلق بالإيجاب المشترك والاتفاق على عناصر العقد، وعالج أيضاً نتيجة المفاوضات، وتوضيح إرادة التعاقد والتحفظات على الإيجاب، كما تطّرق إلى الالتزام بالإعلام والالتزام بأصول التفاوض وكذلك الالتزام بالمحافظة على سرية المعلومات.

وتحدثت هذه الدراسة عن الجزاء عن اخطاء ما قبل التعاقد في إطار طلب إبطال العقد في حالة انعقاده نتيجة عدم احترام شروط صحة العقد، فهي لم تتناول المسؤولية بشكل مفصل عند عدم التوصل إلى إبرام العقد.

أما دراستنا هذه، فتأتي لتجسد متابعة للجهود العلمية في بحث موضوع المرحلة السابقة على التعاقد، فتتشابه مع غيرها من الدراسات السابقة، من حيث تناول بعض الأحكام بوجه عام إلا أنها تتميز بتناول التفصيلات والجزئيات، بإتباع المنهج التحليلي المقارن، وتقديم الأفكار التي تسد النقص في تلك الدراسات، مع التركيز على النظام القانوني الفلسطيني؛ لذا سنقوم خلالها بمحاولة تحليل القواعد العامة والنصوص القانونية ذات العلاقة ومقارنتها، وصولاً إلى تقديم الأفكار والتوصيات التي تستند إلى المبررات القانونية والمنطقية، من أجل تكوين تنظيم قانوني متكامل وخاص.

تساؤلات الدراسة

تأتي هذه الدراسة للإجابة على تساؤل رئيس في حال غياب النصوص القانونية الناظمة للمرحلة السابقة على التعاقد في فلسطين، والرجوع إلى الأحكام العامة للتعاقد، وهو: ما مدى ملائمة هذه الأحكام مع طبيعة المرحلة السابقة على التعاقد. وإن توافقت معها، فهل تعد شاملة لكافة أجزائها أم أنها تتطلب ما يسد قصورها بأحكام خاصة؟ يتفرع عن هذا التساؤل جملة من الأسئلة الفرعية التالية:

1. ما هو مضمون المرحلة السابقة على التعاقد؟ وما هي حدود بدايتها ونهايتها؟
2. ما هي المبادئ التي تقوم عليها المرحلة السابقة على التعاقد؟ وما هو دور مبدأ حسن النية إزاءها؟
3. ماذا يترتب على أطراف التعاقد من التزامات؟ وما هو مضمونها؟
4. ما هي طبيعة المسؤولية في المرحلة السابقة على التعاقد؟ هل هي مسؤولية عقدية أم تقصيرية أم هي مسؤولية تتميز ببعض الصفات الخاصة؟ وما هي أركان قيامها؟
5. ما هي الحالات التي تفرض قيام المسؤولية أو المؤدية إلى انتفائها؟
6. ماذا يستحق الطرف المضرور من تعويضات؟

أهداف الدراسة

تهدف هذه الدراسة من خلال منهجها وأدواتها البحثية إلى بيان التنظيم القانوني للمرحلة السابقة على التعاقد في فلسطين، من حيث القواعد العامة والنصوص القانونية ذات العلاقة

في سبيل معالجة غياب التنظيم التشريعي الخاص بالموضوع، وللمساهمة في إفادة المشرع الفلسطيني في إعداد التنظيم القانوني الخاص مُستقبلاً، عبر تقديم التوصيات القائمة على تحليل أصول الموضوع وعناصره، ولتكوين مادة علمية قانونية تساعد المختصين في المجال القانوني، من باحثين ومحامين وقضاة تساندهم في الوصول إلى التأصيل القانوني الملائم لجوانب موضوع الدراسة المختلفة.

نطاق الدراسة

تتناول الدراسة المرحلة السابقة على التعاقد من حيث المبادئ التي تقوم عليها والتزامات الأطراف، وصولاً إلى المسؤولية المدنية المترتبة على الاخلال بأحكام هذه المرحلة من التعاقد؛ من حيث طبيعتها وحالاتها والتعويض الناشئ عنها؛ وذلك في إطار التشريعات الفلسطينية لا سيما مجلة الأحكام العدلية وقانون المخالفات المدنية ومشروع القانون المدني الفلسطيني،[3] وبالمقارنة مع القانون المدني الأردني والمصري، في حين يخرج عن نطاق هذه الدراسة الاتفاقات المنظمة للمرحلة السابقة على التعاقد، إذ تحتاج إلى دراسة مستقلة ومتخصصة.

منهجية الدراسة

تعتمد هذه الدراسة المنهج الوصفي التحليلي المقارن، من خلال تحليل النصوص القانونية ذات العلاقة بموضوع الدراسة، وصولاً إلى سد الثغرات التي لم تأتِ على تنظيمها، بالاستناد

[3] يُشار إلى أن مشروع القانون المدني الفلسطيني هو قانون نافذ في قطاع غزة، صدر عن "المجلس التشريعي المُنعقد في غزة" بتاريخ 2012/7/26م.

إلى الآراء الفقهية، والأحكام القضائية، كما سيتم تبني المنهج المقارن عبر عقد مقارنة بين القوانين الفلسطينية خصوصاً (مجلة الأحكام العدلية، قانون المخالفات المدنية، مشروع القانون المدني الفلسطيني) والقوانين العربية (القانون المدني المصري، القانون المدني الأردني)، ذلك كله بهدف الوصول إلى تأصيل أحكام قانونية خاصة تنظم المرحلة السابقة على التعاقد في فلسطين.

خطة الدراسة

تحقيقاً للأهداف المرجوة من الدراسة، ارتأينا تقسيم موضوعها إلى فصلين:

الفصل الأول: يتناول ماهية المرحلة السابقة على التعاقد، إذ سيتم التطرق إلى مفهومها من خلال فترتي المفاوضات وإبرام العقد، ومبادئها من حيث حرية التعاقد وحسن النية، والتزامات أطرافها التي تتفرع إلى الالتزام بالإعلام والمحافظة على السرية والتعاون.

الفصل الثاني: يخصص للحديث عن أحكام المسؤولية في المرحلة السابقة على التعاقد من حيث طبيعتها، وبيان حالات المسؤولية عبر التمييز بين حالات انتهاك مبدأ حسن النية وعدم انتهاكه، مع التطرق إلى تعويض الطرف المتضرر.

الفصل الأول

ماهية المرحلة السابقة على التعاقد

يتجسد جوهر المرحلة السابقة على التعاقد باعتبارها حالة قانونية، تعود إلى كيفية توافق إرادتين على إحداث أثر قانوني، بالمفاوضات بين أطرافها وتبادلهم الإيجاب والقبول وصولاً إلى انعقاد العقد. وسلسلة سلوكيات الأطراف اثناء مرحلة ما قبل التعاقد ترتكز على مبدأ حرية التعاقد دون الخروج عن مبدأ حسن النية؛ وما ينتج عن هذا الأخير من إلتزامات تضمن اختيار التعاقد بناءً على إرادة حرية ومستنيرة وتمنع الحاق الضرر. ولتبيان ماهية المرحلة السابقة على التعاقد؛ فقد تم تقسيم هذا الفصل إلى ثلاثة مباحث، يتناول المبحث الأول مفهوم المرحلة السابقة على التعاقد، بينما يتناول المبحث الثاني المبادئ التي تحكم المرحلة السابقة على التعاقد، في حين يُبَيّن المبحث الثالث التزامات الأطراف في المرحلة السابقة على التعاقد.

المبحث الأول

مفهوم المرحلة السابقة على التعاقد

تتعاقب اثناء المرحلة السابقة على التعاقد فترتين؛ الأولى تتشكل فيها معالم العقد المُراد إبرامه وهي فترة المفاوضات، والثانية فترة إبرام العقد تتجسد فيها إرادة الأطراف النهائية في أقرب مستوى من انعقاد العقد. وسنتناول كلا الفترتين في المطلبين الآتيين.

المطلب الأول

فترة المفاوضات

الغاية المنشودة من دخول الاطراف الساعية إلى التعاقد في فترة المفاوضات، تعود إلى محاولة الوصول عبر تبادل الآراء والمقترحات التي يتقدم بها كل متفاوض، إلى تحقيق تصور مشترك، لجميع العناصر والمسائل اللازمة لقيام العقد، الذي يجري التفاوض بشأنه

على نحو يكون فيه هذا التصور محققاً لمصلحة كل طرف، بحيث تظهر الرؤية في استطاعة الوصول إبرام العقد.

الفرع الأول

مضمون فترة المفاوضات

أولاً: تعريف المفاوضات

لقد تعددت تعريفات الفقه للمفاوضات، فقد عرفها بعضهم بأنها تبادل وجهات النظر حول موضوع العقد وشروطه ومناقشتها، وتعبير المفاوضين عن موقفهم من العروض والعروض المقابلة تمهيداً للوصول إلى اتفاق نهائي[4]. في حين عرفها بعضهم الآخر بأنها تبادل طرفي التفاوض الاقتراحات، والتقارير والدراسات الفنية، وكذلك الاستشارات القانونية، ليكون كل منهما على بينة من أفضل الأشكال القانونية التي تحقق مصلحته، ولمعرفة ما قد يرتبه الاتفاق من حقوق والتزامات[5]. ويعرفها جانب آخر من الفقه بأنها المناقشة المشتركة بين طرفين متقابلين بصدد عناصر عقد مستقبلي[6]. وأيضاً جرى تعريفها بأنها العملية التي يمكن بها لطرفين يرغبان في إبرام عقد بينهما أن يتبينا إمكانية انعقاد هذا العقد، وذلك عن طريق إطلاع كل منهما على المسائل المتعلقة بشروط كل طرف، والمواصفات الخاصة بالمحل المتفاوض بشأنه، فالحوار والنقاش الذي يجريه الطرفان يَضَعُهُما في الحالة التي تُمَكِّنَهُما من تبادل أو عدم تبادل الإيجاب والقبول[7].

---

[4] مصطفى العوجي، القانون المدني، ج. 1، ط. 3، مؤسسة بحسون، بيروت، 2003، ص 164.

[5] حسام الأهواني، مرجع سابق، ص 2.

[6] محمد دسوقي، الجوانب القانونية في إدارة المفاوضات وإبرام العقود، دون طبعة، معهد الإدارة العامة، الرياض، 1995، ص 22.

[7] يزيد نصير، مرحلة ما قبل إبرام العقد، ج. 1، نظرية الخطأ في اثناء التفاوض والقطع التعسفي للمفاوضات، مجلة المنارة للبحوث والدراسات، الأردن، ع. 3، م. 7، 2001، ص 209.

ويظهر جلياً من التعريفات السابقة؛ أن المفاوضات هي عملية تفاعل حقيقي بين الأطراف الراغبة في التعاقد، عن طريق إجراء الاتصالات، والمناقشات، وتبادل التقارير والدراسات للتفاهم حول تكوين العناصر والمسائل الخاصة بالعقد المُراد إبرامه. فالمفاوضات ليست في واقع الأمر سوى سلسلة خطوات متعاقبة ومتبادلة، من التعبير عن الإرادة، من قبل الأطراف الساعية إلى التعاقد، يحاول كل طرف جاهداً اقتراح وبلورة عناصر العقد المُراد إبرامه بينهما، بحيث تكون خادمة ومحققة لمصالحه وأهدافه المنشودة، نتيجة إبرام العقد مع الطرف المقابل، وتكون في الوقت ذاته مقبولة من قبل هذا الأخير[8].

ثانياً: خصائص المفاوضات

تتميز المفاوضات بخصائص معينة تبرزها كفكرة قانونية مستقلة وقائمة بذاتها، ونستعرض هذه الخصائص على النحو التالي:

1. المفاوضات تقتضي التواصل والتفاعل بين طرفين

يتجسد جوهر المفاوضات في التفاعل الحقيقي بين الأطراف الراغبة في التعاقد، وذلك عن طريق مناقشة محتويات بنود التعاقد وتنفيذ المتطلبات الاقتصادية والفنية ومتابعة تقديم العروض بشكل مشترك بقصد الوصول إلى التعاقد[9]. ويفترض بداهة أن تجري هذه الأعمال بين طرفين متقابلين، أي بين طرفي العقد المُراد إبرامه، بحيث يسعى كل طرف إلى إقناع الطرف الآخر بما يريده من مضمون العقد وشروطه[10]. فإذا جرت المباحثات والمناقشات في إطار طرف واحد، سواءً بين الشخص ومستشاريه، أو بين أعضاء الفريق المفاوض دون أن

[8] عروبة المعموري، التنظيم القانوني للمرحلة السابقة على التعاقد، رسالة ماجستير، جامعة بابل، العراق، 2008، ص 49. مصطفى الجمال، مرجع سابق، ص 123.

[9] أحمد سلامة، النظام القانوني لمفاوضات العقود الدولية، المجلة المصرية للقانون الدولي، مصر، ع. 56، دون مجلد، 2000، ص 30. محمد العكام، العدول عن إبرام العقد في مرحلة التفاوض وأثره القانوني، رسالة دكتوراه، جامعة العلوم الإسلامية العالمية، الأردن، 2015، ص 11.

[10] يونس علي، العقود التمهيدية، دون طبعة، دار الكتب القانونية، مصر، 2010، ص 27. رعد اللوزي، التنظيم القانوني لمرحلة المفاوضات العقدية في القانون الأردني، رسالة دكتوراه، جامعة العلوم الإسلامية العالمية، الأردن، 2016، ص 24.

تتصل بعلم الطرف الآخر ومناقشتها معه، فإنها لا تدخل في مضمون عملية المفاوضات، ويعود السبب في ذلك إلى أن العقد هو عمل إرادي مشترك يقوم على التراضي، فينبغي أن تهدف مفاوضاته إلى تكوين عناصره بالتفاعل الحقيقي والمشترك بين طرفيه حتى يأتي معبراً عن ارادتيهما معاً وليس إرادة أحدهما فقط[11]. والتواصل بين الأطراف لا يشترط فيه الالتقاء والاجتماع المباشر، فيتحقق التواصل كذلك بطريقة غير مباشرة وذلك بالمراسلة من خلال تبادل المكاتبات والخطابات أو عن طريق وسيط[12] ينقل آراء ومقترحات كل طرف إلى الطرف الآخر[13].

وهكذا، فإن تواصل الأطراف وتفاعلهم يمثل الإجراءات العملية للمفاوضات، والتي قد تستمر زمناً طويلاً؛ نظراً لأهمية موضوع العقد المُراد إبرامه وطبيعة الالتزامات المتبادلة وما يحتويه من مسائل فنية ومالية وقانونية. ومن ثم فاستمرارية مواصلة المفاوضات تتطلب المصاريف المالية، والتي تشمل الدراسات الفنية والمالية والاستشارات القانونية، فضلاً عن تكاليف المراسلات واجتماعات المفاوضين. وعليه، فلا بد أن تجري المفاوضات ضمن نطاق من الجدية وحسن النية، للحفاظ على مصالح الأطراف وتفادياً لإضاعة الوقت والمال[14].

2. المفاوضات تهدف إلى تكوين عناصر عقد معين

مما لا شك فيه أن الإجراءات العملية للمفاوضات، لا بد أن تهدف إلى التفاهم حول تكوين عناصر عقد معين بما تحتويه من شروط ومسائل مختلفة. ففي اثناء المفاوضات يقدم كل طرف عرضاً يحتوي تفاصيل مختلفة حول بعض عناصر العقد، ثم تجري مناقشة هذا العرض والتباحث فيه بين الأطراف وصولاً إلى التفاهم والتوافق على نتيجة معينة. وهكذا

[11] محمد دسوقي، مرجع سابق، ص 22. محمد صديق، موضوعية الإرادة التعاقدية، دون طبعة، دار الكتب القانونية، مصر، 2012، ص 372.

[12] في هذا الشأن نصت المادة (99) من قانون التجارة النافذ في الضفة الغربية رقم (12) لسنة 1966، المنشور في الجريدة الرسمية الأردنية، عدد (1910)، بتاريخ 1966/3/30، على أن "السمسرة هي عقد يلتزم به فريق يدعى السمسار لأن يرشد الفريق الآخر إلى فرصة لعقد اتفاق ما أو أن يكون وسيطاً له في مفاوضات التعاقد، وذلك مقابل أجر".

[13] محمد دسوقي، مرجع سابق، ص 23. يونس علي، مرجع سابق، ص 29.

[14] مصطفى العوجي، مرجع سابق، ص 136. يزيد نصير، مرجع سابق، ص 210.

تتكون العروض عرضاً بعد الآخر، بحيث تنتهي إلى تكوين الهيكل الموضوعي للعقد، على نحو من العناصر والمسائل التي تجسد حقوق الأطراف والتزاماتهم[15].

3. المفاوضات ذات نتيجة احتمالية

بمعنى أنه من غير المعروف للأطراف المتفاوضة، انتهاء فترة المفاوضات بالوصول إلى تفاهم حول عناصر العقد وشروطه المختلفة. فالتباحث والمناقشة ليس إلا عرضاً لوجهات نظر ومقترحات تُجسد تعبيراً عن مصالح متباينة، فاحتمال التفاهم من عدمه بشأن الشروط التعاقدية يكون في ذهن كل متفاوض[16]. فلا يمكن توقع نتيجة المفاوضات مسبقاً، إذ قد تنتهي بنتائج إيجابية، بحيث يكون العقد صالحاً للإبرام، إذا ما جرى التفاهم حول مسائله المختلفة، أو أنها قد تسفر عن نتائج سلبية، تتمثل بعدم استمرارية الأطراف في مواصلة إجراءات التفاوض، وذلك إما بالتراضي والتفاهم فيما بينهم على وضع حد لعملية المفاوضات وعدم المضي قدماً نحو إبرام العقد، أو بانسحاب أحدهم بشكل مستقل[17] سواءً توافرت لديه أسباب جدية ومشروعة لذلك الانسحاب أو لم تتوافر، على النحو الذي سنعرض له لاحقاً، عند حديثنا عن حالات المسؤولية، وبخاصة العدول عن التعاقد دون مبرر مشروع.

الفرع الثاني

نطاق فترة المفاوضات

عادة ما تبدأ فترة المفاوضات عن طريق الدعوة إلى التفاوض؛ وهي عبارة عن عرض يقدمه شخص إلى شخص آخر معين أو إلى أشخاص غير معينين، يُعبر فيه عن رغبته في التفاوض بشأن عقد معين تمهيداً لإبرامه، وذلك بالتفاهم والتراضي على العناصر والمسائل

[15] مصطفى الجمال، مرجع سابق، ص 121.

[16] حسام الأهواني، مرجع سابق، ص 3. أحمد سلامة، مرجع سابق، ص 35.

[17] أنس فريحات، النظام القانوني للمرحلة السابقة على التعاقد، ط. 1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2018، ص 81.

اللازمة لانعقاده كافة[18]. وتتضمن الدعوة إلى التفاوض اقتراحاً بالدخول في مفاوضات، قد يترتب عليها تكوين مضمون العقد، فعادة ما تكون عناصر العقد وشروطه غير واضحة أو محددة من قبل، فيكون الهدف من الدعوة إلى التفاوض بدء الإجراءات العملية والتفاعل الحقيقي بين الأطراف، من أجل مناقشة هذه العناصر والشروط والتباحث فيها، ولمعرفة كل طرف مدى استعداد الطرف الآخر للموافقة عليها[19]. وفي هذا السياق قضت محكمة التمييز الأردنية بأن "المدعى عليها قد عرضت على المدعي عرضاً للتعاقد وهذا العرض أو الدعوة للتعاقد يعقبها بالعادة مفاوضات لإبرام عقد"[20].

وعندما يقوم أحد الأطراف بتوجيه الدعوة إلى التفاوض إلى الطرف الآخر، فإن هذه الدعوة لا تحتوي المقومات اللازم توفرها في التعبير عن الإرادة، حتى يعد إيجاباً بالمعنى القانوني فالإيجاب بالعقد هو التعبير عن الإرادة، الذي يصدر من أحد المتعاقدين ويوجه إلى الطرف الآخر، بحيث يقوم على إرادة نهائية وباتة في التعاقد، ويتضمن العناصر والمسائل الجوهرية، فينعقد العقد إذا ما اقترن به قبولاً مطابقاً[21]. والإيجاب كما عرفته مجلة الأحكام العدلية هو "أول الكلام يصدر عن أحد العاقدين لأجل إنشاء التصرف وبه يوجب ويثبت التصرف"[22].

ولما كان كلاً من الإيجاب والدعوة إلى التفاوض، يشكل تعبيراً عن الإرادة ضمن نطاق المرحلة السابقة على التعاقد، فإنه لا بد من بيان ضوابط التمييز بينهما على النحو الآتي.

---

[18] محمد دسوقي، مرجع سابق، ص 26. عبد العزيز حمود، الجوانب القانونية لمرحلة التفاوض ذو الطابع التعاقدي، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة المنوفية، مصر، ع. 20، م. 10، 2001، ص 22.

[19] مصطفى نشمي، النظام القانوني للمفاوضات التمهيدية للتعاقد، رسالة ماجستير، جامعة الشرق الأوسط، عمان، 2014، ص 23. فداء خريسات، القيمة القانونية للتفاوض في العقود التجارية، رسالة ماجستير، جامعة اليرموك، الأردن، 2017، ص 64.

[20] حكم محكمة التمييز الأردنية، حقوق، رقم (2019/2343)، الصادر بتاريخ 2019/5/7م.

[21] عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام، ج. 1، دون طبعة، مطبوعات جامعة الكويت، الكويت، 1982، ص 599.

[22] المادة (101) من مجلة الأحكام العدلية.

أولاً: إرادة التعاقد

تتميز الدعوة إلى التفاوض بأنها لا تتضمن إرادة باتة ونهائية عازمة على التعاقد، وإنما هي تعبر عن إرادة أولية عازمة على مجرد التفاوض[23]. فالشخص الذي يدعو إلى إجراء مفاوضات لا يقصد نهائياً إبرام العقد مباشرة مع أول شخص يستجيب لهذه الدعوة، ولكنه يقصد فحسب أن يُجري معه تفاوضاً بهدف أن يكون العقد صالحاً للانعقاد، إذا ما جاءت شروطه ضامنة ومحققة لمصالحه المنشودة من التعاقد، ووجدت قبولاً عند الطرف المتفاوض معه[24]. وقد جاء في قرار محكمة النقض المصرية 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، وإنما لا يعدو عن كونه مجرد دعوة لشغل الوظيفة وهو ما يسمى بالدعوة إلى التعاقد"[25]. وفي المقابل، فإن الإيجاب يتضمن تعبيراً عن إرادة قاطعة وباتة تتجه بشكل نهائي إلى التعاقد، بحيث ينشأ العقد بمجرد قبول الايجاب من الشخص الموجه إليه. فإرادة المتعاقد قد أصبحت حاسمة ومصممة على التعاقد بعد أن اتضحت لديه ملامح العقد على نحو من الحقوق المكتسبة والالتزامات المفروضة عليه كنتيجة لعملية التفاوض[26]. فقد قضت محكمة التمييز الأردنية بأن "دعوة المدعى عليها وعرض التعاقد مع المدعي لم تصل إلى الإيجاب البات، وإنما دعوة للتعاقد وهي مرحلة سابقة لإنشاء العقد"[27]. وعليه، فإن الاستجابة للدعوة إلى التفاوض يترتب عليها بداية إجراءات المفاوضات حول عناصر العقد وشروطه، فإذا ما أعلن شخص عن رغبته في بيع عقار أو تأجيره، فتقدم إليه آخر مُبدياً استعداده للشراء أو الاستئجار إذا ما حصل الاتفاق

---

[23] عبد العزيز حمود، مرجع سابق، ص 221.

[24] يزيد نصير، الإيجاب والقبول في القانون المدني الأردني والمقارن "القوة الملزمة للإيجاب" مجلة علوم الشريعة والقانون، الجامعة الأردنية، الأردن، ع. 1، م. 30، 2003، ص 242.

[25] حكم محكمة النقض المصرية، مدني، رقم (8981)، سنة 86، الصادر بتاريخ 2017/2/22م.

[26] عروبة المعموري، مرجع سابق، ص 58.

[27] حكم محكمة التمييز الأردنية، حقوق، رقم (2019/2343)، الصادر بتاريخ 2019/5/7م.

على الثمن أو الأجرة، فإن هذه الاستجابة تمثل مجرد قبول للتفاوض، تبدأ منها عملية التفاهم حول الثمن أو الأجرة[28]، بينما الموافقة على الإيجاب يترتب عليها انعقاد العقد.[29]

ثانياً: عناصر العقد

عندما يحتوي التعبير عن الإرادة على العناصر والمسائل الأساسية المُمَيزة للعقد المُراد إبرامه فإنه يُعد إيجاباً بالعقد[30]. وبالمقابل، إذا ما صدر التعبير عن الإرادة خلواً من بيان عناصر العقد وشروطه، فإنه لا يتعدى مجرد كونه دعوة إلى إجراء مفاوضات بهدف التفاهم والتوافق حول تلك العناصر والشروط[31]. وفي هذا الصدد؛ فإن العناصر الجوهرية للعقد هي التي تقتضيها طبيعة العقد ذاته باعتبارها محور الالتزامات المتقابلة، ومن دونها يتعذر معرفة نوع العقد المُراد إبرامه، ومن ثم لا يقوم العقد إذا لم يحتوِ الإيجاب بياناً كافياً لعناصره الجوهرية بغض النظر عن مدى اهميتها في نظر أحد الطرفين أو كليهما[32]. فالعناصر الجوهرية ليست موحدة في كل العقود، إذ تختلف من عقد إلى آخر وفقاً لنوع العقد، ومن متعاقد إلى آخر حسب تقديره الشخصي[33]. فالعقود المسماة عادة ما ينص القانون فيها على الأمور التي تعد أموراً جوهرية فيما يخص إبرامها، ولهذا فإن ما يعد في القانون أمراً جوهرياً يكون أيضاً أمراً جوهرياً لإبرام العقد بين الطرفين[34]. إلا أنه في مجال العقود غير المسماة، يمكن التمييز بين ما يعد جوهرياً أو غير جوهري من العناصر المتعلقة بالعقد المعني، عن طريق اللجوء إلى العرف والعادات السائدة في هذا المجال[35].

---

[28] مصطفى الجمال، مرجع سابق، ص 52.

[29] نصت المادة (104) من مجلة الأحكام العدلية على أن "الانعقاد تعلق كل من الإيجاب والقبول بالآخر على وجه مشروع يظهر أثره في متعلقهما."

[30] عدنان السرحان ونوري خاطر، شرح القانون المدني مصادر الحقوق الشخصية الالتزامات، ط. 7، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2019، ص 62.

[31] عبد الحي حجازي، مرجع سابق، ص 600.

[32] توفيق فرج، النظرية العامة للالتزام نظرية العقد، دون طبعة، المكتب المصري الحديث، الإسكندرية، 1969، ص 66.

[33] محمد دسوقي، مرجع سابق، ص 37.

[34] مصطفى الجمال، مرجع سابق، ص 129.

[35] محمد دسوقي، مرجع سابق، ص 42.

وأما العناصر الثانوية في العقد والتي تعرف أيضاً بالمسائل التفصيلية، فلا تتطلبها طبيعة العقد ولا تدخل في تكوينه إذ لا يتوقف انعقاده عليها، كما هو الشأن مثلاً في مكان تسليم المبيع وزمانه وكيفيته، أو في مكان وميعاد دفع الثمن وطريقته، وكذلك الشأن بصدد نفقات التسجيل، ونفقات النقل والتأمين، وأيضاً تعيين الجهة المختصة في نظر النزاع[36]. وعلى الرغم من اعتبارها عناصر أو مسائل ثانوية لا تؤثر في وجود العقد؛ إلا أنه قد يحظى عنصر ثانوي أو أكثر بالاهتمام الخاص لدى أحد الطرفين أو كليهما، ومن ثم يتحول من عنصر ثانوي إلى عنصر جوهري، الأمر الذي يستتبع إحتواء الإيجاب لهذا العنصر بحيث لا يقوم دون بيانه[37]. وبالمقابل إذا ورد الإيجاب خلواً من تبيان العناصر الثانوية للعقد يفترض معه أن الطرفين قد ارتضيا حكم القواعد المكملة التي أوردها المشرع في شأنه وفقاً للقواعد العامة[38].

وترتيباً على ما تقدم، فكل عرض لا يتضمن تحديد العناصر والمسائل الأساسية للعقد لا يعد إيجاباً بالتعاقد، وإنما مجرد دعوة إلى التفاوض. فعناصر عقد البيع الأساسية مثلاً هي المبيع[39] والثمن[40]، وعلى ذلك فإن قيام شخص بالإعلان عن جهاز الكتروني يريد بيعه دون أن يتضمن هذا الإعلان تحديداً للعناصر الأساسية لعقد البيع من مواصفات الجهاز المبيع ومقدار الثمن المطلوب، فإن هذا العرض أو الإعلان لا يعد إيجاباً بالبيع وإنما مجرد دعوة إلى التفاوض، فضلاً عن كون مالك الجهاز لم تتجه إرادته إلى التعاقد مع أول شخص

---

[36] عدنان السرحان ونوري خاطر، مرجع سابق، ص 72.

[37] عبد الحي حجازي، مرجع سابق، ص 598. مصطفى الجمال، مرجع سابق، ص 126.

[38] تنص المادة (95) من القانون المدني المصري رقم (131) لسنة 1948 على أنه "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 تم. وإذا قام خلاف على المسائل التي لم يتم الاتفاق عليها، فإن المحكمة تقضي فيها طبقاً لطبيعة المعاملة ولأحكام القانون والعرف والعدالة." تقابل المادة (2/100) من القانون المدني الاردني رقم (43) لسنة 1976، المنشور في الجريدة الرسمية الأردنية عدد (2645)، بتاريخ 1976/8/1م. والمادة (1/85) من مشروع القانون المدني الفلسطيني.

[39] نصت المادة (204) من مجلة الأحكام العدلية على أن "المبيع يتعين بتعيينه في العقد".

[40] نصت المادة (238) من مجلة الأحكام العدلية على أنه "يلزم أن يكون الثمن معلوماً". وإذا كان الثمن حاضراً فالعلم به يحصل بمشاهدته والإشارة إليه، وإذا كان غائباً يحصل ببيان مقداره ووصفه، كما جاء في نص المادة (239) من مجلة الأحكام العدلية.

يستجيب لهذا الإعلان، وإنما يقصد فقط أن يتفاوض معه حول تحديد عناصر العقد الأساسية ببيان نوع الجهاز ومواصفاته ومقدار الثمن[41].

وفي نهاية فترة المفاوضات يظهر لكل مفاوض بشكل واضح صورة العقد المستقبلي الذي جرى التفاوض بشأنه، ومن ثم يكون باستطاعة كل طرف تقدير مدى كفاية العقد المقترح في تحقيق مصالحه وغاياته التي يهدف الوصول إليها نتيجة عملية إبرامه. وعليه، مع تكوين عناصر العقد وشروطه وتجسيدها في صورة إيجاب نهائي وبات، تنتهي فترة المفاوضات وينتقل الأطراف إلى فترة إبرام العقد.

المطلب الثاني

فترة إبرام العقد

تعد فترة إبرام العقد امتداداً للمفاوضات، وتأتي كلا الفترتين ضمن نطاق المرحلة السابقة على التعاقد. فالفترة التي يتبادل فيها المتعاقدان التعبير عن إرادتيهما إيجاباً وقبولاً، مع مراعاة الوفاء بمتطلبات الشكلية عند لزومها تعد فترة إبرام العقد. وسنتناول التباين بين فترتي المفاوضات وإبرام العقد في الفرع الأول؛ وسنتحدث في الفرع الثاني عن متطلبات إبرام العقد.

الفرع الأول

التباين بين فترة المفاوضات ووقت إبرام العقد

يظهر التباين بين فترتي التفاوض وانعقاد العقد من خلال النطاق الزمني؛ ففترة المفاوضات تسبق فترة إبرام العقد، وعادة ما تستغرق وقتاً طويلاً[42]، نظراً لما تتطلبه هذ الفترة من بذل الجهود والمساعي، عن طريق إعداد الدراسات ذات العلاقة بالجوانب الفنية والمالية والقانونية، والدخول في المباحثات والمناقشات، في سبيل الوصول إلى تعاقد خلواً من

[41] عبد الحي حجازي، مرجع سابق، ص 599.

[42] يونس علي، مرجع سابق، ص 33. بوطبالة معمر، الإطار القانوني لعقد التفاوض، رسالة دكتوراه، جامعة الأخوة منتوري قسنطينة، الجزائر، 2017، ص 22.

الغموض واللبس، بحيث لا يثير المنازعات اثناء تنفيذه[43]. في المقابل، فإن فترة إبرام العقد لا تستغرق عادة سوى مدة زمنية قصيرة فلم يتبق أمام الأطراف سوى تبادل الإيجاب والقبول على اعتبار تفاهمهم في فترة المفاوضات، على المسائل الخاصة بتكوين العقد كافة [44]. كما يتجسد التباين من جهة حدود كلٍ منهما، إذ تتمثل بداية فترة المفاوضات بصدور الدعوة إلى التفاوض، وتنتهي عندما تتكون عناصر العقد ويصدر الإيجاب البات، في حين أنه لا تبدأ فترة إبرام العقد إلا منذ صدور الايجاب البات من أحد الأطراف وتنتهي إذا ما صدر قبولاً مطابقاً لكل ما ورد في الإيجاب من قبل الموجب له[45].

ومن ناحية أخرى يبدو الاختلاف واضحاً بالنظر إلى إرادة الطرفين[46]، ففترة المفاوضات كما تبين سابقاً، تنطوي على متابعة تقديم العروض حول موضوع العقد ومناقشتها بشكل مفصل فكل طرف يكون اثناء فترة المفاوضات، في حالة تردد وعدم استقرار على قرار قطعي بخصوص العقد الذي يجري التفاوض عليه، فالمشهد غير واضح أمامه فهو يسعى إلى تحقيق مصالحه وتكوين حقوقه بشكل متتابع وبالتفاهم مع الطرف الآخر. فالإرادة في فترة المفاوضات لا تكون قد تجاوزت درجة التفكير والتردد[47]. وفي المقابل، فإن فترة إبرام العقد يكون العقد فيها صالحاً للانعقاد بعد أن اكتملت عناصره وشروطه، واتضحت للأطراف مضمون حقوقهم والتزاماتهم، فالإرادة في فترة إبرام العقد، تكون قد وصلت مرحلتها النهائية من الاستقرار البات، فتتجه نحو التعاقد عن طريق ارتباط القبول بالإيجاب، بأن يوجه أحد الأطراف ايجاباً باتاً ونهائياً إلى الطرف الآخر الذي يقع على عاتقه إصدار القبول المطابق[48].

---

[43] آدم عبد الله آدم، أحكام عقود التجارة الدولية، رسالة دكتوراه، جامعة أم درمان الإسلامية، السودان، 2013، ص 113.

[44] بوطبالة معمر، مرجع سابق، ص 22.

[45] محمد حفناوي، المفاوضات في عقود التجارة الدولية، رسالة ماجستير، جامعة آل البيت، الأردن، 2002، ص 18.

[46] عروبة المعموري، مرجع سابق، ص 35.

[47] محمد صديق، مرجع سابق، ص 379.

[48] يزيد نصير، القوة الملزمة للإيجاب، مرجع سابق، ص 227.

الفرع الثاني

متطلبات إبرام العقد

أولاً: التعبير عن الإيجاب

لما كانت المفاوضات سابقة على إبرام العقد، تتوالى فيها العروض من الطرفين حتى يستقر الأمر على إيجاب نهائي، يقوم أحدهما بتوجيهه إلى الطرف الآخر، عن طريق التعبير عنه على نحو صريح، حتى يتبين أن العرض الذي وصل إليه هو الإيجاب بحد ذاته، ومن ثم لا يُثار أي التباس حول مدلوله[49]. والتعبير عن الإيجاب إما أن يكون بالكلام وذلك بإيراد الألفاظ الدالة على المعنى الذي ينطوي عليه الإيجاب، ويستوي فيه الحضور المباشر بين الأطراف أو عن طريق وسيط تقني كالهاتف[50]، وإما بالكتابة فهي تصدر في ظروف السعة والاختيار فلا يكون فيها خلاف في مدى تعبيرها عن الإيجاب[51]، ويصح التعبير بالكتابة في أي شكل من أشكالها سواءً كانت عادية بموجب سند أو بالتراسل الكترونياً[52]. فقد نصت المادة (173) من مجلة الأحكام العدلية "كما يكون الإيجاب والقبول بالمشافهة يكون بالمكاتبة أيضاً"[53]. ومن طرق التعبير عن الإيجاب أيضاً بواسطة الإشارة حسب المألوف بين الناس وما هو متداول عرفاً[54]، كأنّ تجري المفاوضات بين عدة أطراف أحدهم أخرس[55]

---

[49] جاك غستان، المطول في القانون المدني "تكوين العقد"، ط. 1، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، 2000، ص 300.

[50] توفيق فرج، مرجع سابق، ص 59.

[51] نصت المادة (69) من مجلة الأحكام العدلية على أن "الكتاب كالخطاب".

[52] ويشترط في الكتابة أن تكون مستبينة ومرسومة، بمعنى أن تكون مكتوبة على شيء تظهر عليه بالطريقة المعتادة بين الناس ويستوي في الكتابة أن تكون بخط اليد أو بالآلة الكاتبة أو الطابعة، أو عن طريق الكتروني بواسطة البريد الإلكتروني أو غيره من مواقع التواصل. مصطفى الزرقا، المدخل الفقهي العام، ج. 1، ط. 2، دار القلم، دمشق، 2004م ، ص 412.

[53] في ذات النطاق نصت المادة (75) من مشروع القانون المدني الفلسطيني على أن "التعبير عن الإرادة يكون باللفظ أو بالكتابة، أو بالإشارة المعهودة عرفاً، أو باتخاذ موقف لا تدع ظروف الحال شكاً في دلالته على حقيقة المقصود". وتقابل المادة (90) من القانون المدني المصري، والمادة (93) من القانون المدني الأردني.

[54] وقد ورد الحكم القانوني ضمن النصوص القانونية السابقة.

[55] ومن المتصور أيضاً أن يكون أحد الأطراف أو أحد اعضاء فريق المفاوضات أصم أو أعمى، الأمر الذي يتبعه مراعاة وسيلة تعبيره عن الإرادة بما هو مألوف ومتعارف عليه بين الناس.

ومن ثم يقوم بتوجيه الإيجاب إلى الطرف الآخر، فالإشارة المعهودة للأخرس كالبيان باللسان[56]. وعليه، فإن استخدام أية وسيلة للتعبير عن الإيجاب لبداية فترة إبرام العقد هي أمر جائز، ما دامت مألوفة بين الناس ومتعارف عليها، سواءً أكان الإيجاب كلاماً أو كتابة أو إشارة. مع ملاحظة أن التعبير عن الإيجاب قد يقترن بتعيين ميعاد لصدور القبول في نطاقه، فعندئذٍ لا يكون الايجاب قابلاً للرجوع عنه خلال تلك المدة وفقاً للقواعد العامة، فقد نصت المادة (1/81) من مشروع القانون المدني الفلسطيني على أنه، "إذا عين ميعاد للقبول التزام الموجب بالبقاء على إيجابه إلى أن ينقضي هذا الميعاد"، ولقد ورد ذات الحكم في نص المادة (98) من القانون المدني الأردني، وكذلك نص المادة (1/93) من القانون المدني المصري، بينما لم تتضمن مجلة الأحكام العدلية ذات الحكم بشكل صريح، وبالرغم من ذلك فمن الممكن تطبيقه في النظام القانوني الفلسطيني، باعتباره من القواعد العامة المستخلصة من مجمل مضمون النصوص التشريعية.[57]

ثانياً: صدور القبول

القبول هو التعبير عن الإرادة بالموافقة على جميع محتويات الإيجاب، بحيث يكون مطابقاً لكل ما ورد فيه بشكل تام[58]. فقد نصت المادة (102) من مجلة الأحكام العدلية بأن "القبول ثاني الكلام يصدر من أحد العاقدين لأجل إنشاء التصرف وبه يتم العقد"[59]. ويشترط في القبول أن يصدر اثناء قيام الإيجاب، نظراً لأن القبول يشكل الإرادة الثانية لانعقاد العقد، فلا بد لوجوده إيجاب صحيح يقترن به، فقد قضت محكمة التمييز الأردنية بأنه "يشترط لانعقاد العقد ارتباط الإيجاب بالقبول وتوافقهما على وجه يثبت أثره في المعقود عليه عملاً بالمادتين (87) و(90) من القانون المدني، وبناءً على ذلك فلا توافق بين الإيجاب والقبول إذا كان

---

[56] المادة (70) من مجلة الأحكام العدلية.

[57] راجع المواد (181– 185) من مجلة الأحكام العدلية.

[58] محمد دسوقي، مرجع سابق، ص 198. مصطفى الجمال، مرجع سابق، ص 53.

[59] في ذات السياق نصت المادة (1/91) من القانون المدني الأردني على أن "الإيجاب والقبول كل لفظين مستعملين عرفاً لإنشاء العقد وأي لفظ صدر أولاً فهو إيجاب والثاني قبول".

عرض التوريد المقدم من المميز ضدها مشروطاً بميعاد تجاوزته المميزة في إبداء قبولها على العرض، ومن ثم لا يترتب على المميز ضدها الالتزام بالتنفيذ وتكون مطالبة المميزة بقيمة الكفالة المرفقة بالعرض مطالبة غير قانونية فيكون الحكم بمنعها من هذه المطالبة متفقاً مع القانون"[60]. كما يجب أن يكون القبول مطابقاً للإيجاب[61] فيما يحتويه من مسائل كافة[62] بمعنى ألا يتضمن ما يزيد أو يقيد أو يعدل فيه، فإذا تضمن شيئاً من ذلك فلا يمكن أن يُعد قبولاً ينعقد به العقد، وإنما يُعد إيجاباً جديداً يلزم لانعقاد العقد به قبول الطرف الآخر[63]. وفي هذا السياق، نصت المادة (177) من مجلة الأحكام العدلية على أنه "إذا أوجب أحد العاقدين بيع شيء بشيء يلزم لصحة العقد قبول العاقد الآخر على الوجه المطابق للإيجاب وليس له تبعيض الثمن أو المثمن وتفريقهما". كما نصت المادة (84) من مشروع القانون المدني الفلسطيني على أنه "يجب أن يكون القبول مطابقاً للإيجاب، فإذا اقترن القبول بما يزيد في الإيجاب أو يقيده أو يعدل فيه يعد رفضاً يتضمن إيجاباً جديداً"[64]. وفي ذات السياق قضت محكمة النقض المصرية بأنه "يجب لتمام الإتفاق أن يكون القبول مطابقاً للإيجاب، أما إذا اختلف عنه زيادة أو نقصاً أو تعديلاً فإن العقد لا يتم، ويعتبر مثل هذا القبول رفضاً يتضمن إيجاباً جديداً"[65].

ويضاف لما تقدم، التعديل على الإيجاب زيادة أو نقصاناً حتى يعد إيجاباً جديداً؛ يجب أن يحتوي مقومات الإيجاب من إرادة عازمة على التعاقد، وأن يأتي متضمناً للعناصر الجوهرية للعقد المُراد إبرامه، سواءً كان من وجه إليه الإيجاب قد أبقى عليها مع إضافة شروط جديدة

---

[60] حكم محكمة التمييز الأردنية، حقوق، رقم (1987/964)، الصادر بتاريخ 1988/1/5م.

[61] عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج. 1، دون طبعة، دار احياء التراث العربي، لبنان، دون سنة نشر، ص 217.

[62] وفي هذا المعنى، قضت محكمة التمييز الأردنية بأنه "يشترط لصحة العقد قبول العاقد الآخر على الوجه المطابق للإيجاب، أي أن يكون هنالك توافق تام بين الإرادتين على الالتزامات التي تنشأ عن العقد، والحكمة من تقرير هذه القاعدة هي تفادي الحاق الضرر بأحد المتعاقدين". حكم محكمة التمييز الأردنية، حقوق، رقم (1953/92)، المنشور على الصفحة 201 من عدد مجلة نقابة المحامين بتاريخ 1954/1/1م.

[63] مصطفى الجمال، مرجع سابق، ص 54.

[64] تقابل المادة (99) من القانون المدني الأردني، والمادة (96) من القانون المدني المصري.

[65] حكم محكمة النقض المصرية، مدني، رقم (354)، سنة 30، الصادر بتاريخ 1965/11/9م.

من شأنها أن تنفي عن الرد الصادر منه صفة القبول، أو كان قد بدّل في بعض العناصر الجوهرية ذاتها[66]. فقد قضت محكمة النقض المصرية بأنه "يشترط قانوناً لانعقاد العقد مطابقة القبول للإيجاب، فإذا اقترن القبول بما يعدل في الإيجاب فلا يكون في حكم القبول الذي يتم به التعاقد، وإنما يعد بمثابة إيجاب جديد لا ينعقد به العقد إلا إذا صادفه قبول من الطرف الآخر. فإذا كانت محكمة الموضوع قد استخلصت في حدود سلطتها التقديرية وللأسباب السائغة التي أوردتها أن الخلاف بين الإيجاب والقبول يتناول مسألة جوهرية في التعاقد الذي كان يراد إبرامه، وأنه ليس خطأ مادي وقع فيه الطرف القابل ورتبت على عدم مطابقة القبول للإيجاب أن العقد لم ينعقد أصلاً بين الطرفين، فإنها لا تكون قد خالفت القانون"[67]. وبالمقابل، فإن التعديل على الإيجاب بالزيادة التي تكون لمصلحة الموجب نفسه لا تمنع القبول بأن يكون صحيحاً في الفقه الإسلامي،[68] وفي هذا الشأن تنص المادة (178) من مجلة الأحكام العدلية على أنه "تكفي موافقة القبول للإيجاب ضمناً فلو قال البائع للمشتري بعتك هذا المال بألف قرش وقال المشتري اشتريته منك بألف وخمسمائة قرشا انعقد البيع على الألف إلا أنه لو قبل البائع هذه الزيادة في المجلس يلزم على المشتري حينئذ أن يعطيه الخمسمائة قرش التي زادها أيضاً وكذا لو قال المشتري للبائع اشتريت منك هذا المال بألف قرش فقال البائع بعته منك بثمانمائة قرش ينعقد البيع ويلزم تنزيل المائتين من الألف". ويتضح من هذا النص أن الزيادة في محتوى القبول تعد بمثابة موافقة ضمنية من القابل على الايجاب[69] لأن الألف قرش التي سميت ثمناً في الإيجاب تدخل ضمناً في الألف والخمسمائة وبذلك تكون موافقة القبول للإيجاب ضمناً[70]، بينما تنزيل الثمن من قبل المالك أي البائع هو من قبيل الإبراء لمصلحة المشتري.

---

[66] مصطفى الجمال، مرجع سابق، ص 57.

[67] حكم محكمة النقض المصرية، مدني، رقم (142)، سنة 28، الصادر بتاريخ 1963/5/2م.

[68] مصطفى الزرقا، مرجع سابق، ص 408.

[69] محمود دودين وأمين دواس، عقد البيع في مجلة الأحكام العدلية، دون طبعة، دون دار نشر، رام الله، 2013، ص 64.

[70] علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، م. 1، دار عالم الكتب، الرياض، 2003، ص 150.

ثالثاً: توافر الشكلية

الثابت أن انعقاد العقد بصورة نهائية يأتي مستنداً إلى توافق حاصل بين ارادتين متعاقبتين بحيث يصدر الايجاب من إرادة أولى، ليعقبها قبول مطابق لها من إرادة ثانية، فيقوم العقد نتيجة ذلك التوافق دون حاجة لأن يأتي بشكل أو بإجراء معين. غير أنه في بعض الحالات قد يتطلب القانون أن يصدر التعبير عن الإرادة في شكل معين أو محدد لا بديل له وإلا أضحى التعبير عنها غير منتج للأثر القانوني المقصود ترتيبه[71]؛ فالمطلق يجري على إطلاقه إذا لم يقم دليل التقييد نصاً أو دلالة[72]. وفي ذات السياق تنص المادة (74) من مشروع القانون المدني الفلسطيني على أنه "ينعقد العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتين متطابقتين ما لم يقرر القانون فوق ذلك أوضاعاً معينة لانعقاده". وهذا النص يقابل المادة (89) من القانون المدني المصري، والمادة (90) من القانون المدني الأردني.

وبناءً عليه؛ فعندما يشترط القانون وجوب اتباع شكلية معينة، يكون لزاماً على أطراف عملية التعاقد تنفيذها؛ كما هو الحال في تسجيل الشركات[73] وإتمام عقود بيع العقارات[74]

---

[71] مصطفى الجمال، مرجع سابق، ص 190.

[72] المادة (64) من مجلة الأحكام العدلية.

[73] بالعودة إلى قانون الشركات رقم (12) لسنة 1964 النافذ في فلسطين، فقد نصت المادة (4) على أنه "يتم تأليف الشركة وتأسيسها وتسجيلها بمقتضى أحكام هذا القانون" ومع اختلاف انواع الشركات فقد اشترط قانون الشركات وجوب أن يكون العقد مكتوباً مع التقييد بإجراءات التسجيل بدلالة المواد (11) و (13) و (39) و (40) و (219) و (220)، غير أنه لم يفرض البطلان حكماً قانونياً لعدم مراعاة الشكلية بالتسجيل، ما يعني بأن الغاية من الشكلية في عقود الشركات بالتسجيل تتجسد في الاثبات والاشهار؛ ويعود السبب في ذلك إلى احتواء العقد على التزامات عديدة تتطلب إبرازها بوضوح عبر الكتابة تمكيناً للمتعاقدين من الوقوف على مضمونها؛ وحتى يستطيع الغير من الاطلاع على العقد قبل التعامل مع الشركة لمعرفة شروطه وغايات انشائها. للمزيد أنظر: إلياس ناصيف، موسوعة الشركات التجارية، "الأحكام العامة للشركة"، ج. 1، ط. 3، دون دار نشر، دون مكان نشر، 2008، ص 152.

[74] يتباين الحكم القانوني بشأن مراعاة الشكلية بتسجيل بيع العقارات في فلسطين بوجهٍ خاص؛ بالنظر إلى كون العقارات خاضعة لأعمال التسوية أم لا. فإذا كانت العقارات محل البيع جرت تسويتها أو يشملها أمر التسوية اثناء تكوين العقد؛ فيجب إجراء تسجيل العقد بنقل الملكية لدى دائرة تسجيل الأراضي، وبخلاف ذلك يعد العقد باطلاً، لأن التسجيل ركن انعقاد وليس شرطاً لنقل الملكية. وفي هذا السياق، تنص المادة (3/16) من قانون تسوية الأراضي والمياه رقم (40) لسنة 1952 على أنه "في الأماكن التي تمت التسوية فيها، لا يعتبر البيع والمبادلة والإفراز والمقاسمة في الأرض أو الماء صحيحاً إلا إذا كانت المعاملة قد جرت في دائرة التسجيل". كما تنص المادة (2) من قانون التصرف في الأموال غير المنقولة رقم (49) لسنة 1953 على أنه "ينحصر إجراء جميع معاملات التصرف في الأراضي الأميرية والموقوفة والأملاك والمسقفات والمستغلات الوقفية وإعطاء سندات التسجيل

والسيارات[75]. وبالمقابل، ليس هنالك ما يمنع الطرفين من الاتفاق على أن يجعلا من عقد رضائي بطبيعته عقداً شكلياً، على نحو لا يتحقق للعقد المنشود إبرامه وجوده القانوني بمجرد

بها في دوائر تسجيل الأراضي". وتنص المادة (3) من القانون ذاته "يحظر على المحاكم الشرعية والنظامية وسائر دوائر الحكومة أن تسمع الدعوى أو تجري أية معاملة في الأموال غير المنقولة بما فيها الملك والأوقاف المضبوطة والملحقة التي أصدرت سندات تسجيل بأراضيها بمقتضى أحكام قانون تسوية الأراضي". وبالمقابل، عندما لا تكون العقارات محل البيع خاضعة للتسوية أو مستثناة منها؛ فالشكلية تكون بكتابة العقد، فيكون البيع صحيحاً بموجب عقد بيع مكتوب عرفياً كان أم رسمياً؛ غير أن انتقال الملكية بحكم القانون لا يتحقق إلا بعد تصرف المشتري في المبيع مدة عشر سنوات في الأراضي الأميرية، وخمسة عشر سنة في الأراضي الملك، دون منازعة من الاخرين. وفي هذا المعنى، تنص المادة (3) من القانون المعدل لأحكام الأموال غير المنقولة رقم (51) لسنة 1958 على أنه "تعتبر البيوع العادية الجارية بموجب سند فيما يتعلق بالأراضي الأميرية والعقارات المملوكة في المناطق التي لم تعلن فيها التسوية أو التي استثنيت منها نافذة، إذا مر على تصرف المشتري تصرفاً فعلياً مدة عشر سنوات في الأراضي الأميرية وخمس عشرة سنة في العقارات المملوكة". بالإضافة لما سبق، قضت محكمة النقض الفلسطينية بأن "الأموال غير المنقولة (العقارات) منها ما جرى عليها اعمال التسوية وسويت الخلافات بخصوصها، وسجلت في دائرة تسجيل الأراضي سنداً لذلك، ومثل هذه الأراضي لا يجوز أن تجري بشأنها أية معاملة إلا في الدائرة المسجلة بها وذلك سنداً لأحكام الفقرة الثالثة من المادة (16) من قانون تسوية الأراضي والمياه رقم (40) لسنة 1952، والمادة الثالثة من قانون التصرف في الأموال غير المنقولة رقم (49) لسنة 1953، وقد استقرت المحاكم على ذلك. وقسم آخر من الأراضي ما هو مسجل في دائرة تسجيل الأراضي ولم تخضع لأعمال التسوية والأصل في التصرف الذي يقع على هذا النوع من الأراضي أن يتم لدى دائرة التسجيل، إلا ما اورده المشرع كاستثناء على هذه القاعدة، وذلك في نص المادة (11/أ) من القانون رقم (51) لسنة 1958، وذلك بصلاحية الوكالة الدورية التي تتم خارج دائرة التسجيل، حيث يعمل بها لدى الدائرة سنداً للمادة (11/أ) سالفة الذكر. والقسم الثالث من الأراضي تلك التي لم يسبق أن سجلت ولم تجر عليها اعمال التسوية وهذا النوع من الأراضي مسجل لدى دائرة ضريبة الأملاك، ولها قيود خاصة بها تحمل أسماء المتصرفين بها، ويعتبر إخراج القيد قرينة على التصرف ولا يعتد به كسند للملكية، وأن هذا النوع من الأراضي لا يسري عليها شرط الشكلية كركن من اركان العقد، الذي يكون محله عقاراً تمت تسويته أو سجل في سجلات دائرة الأراضي، إذ من غير المنطقي أن يشترط ركن الشكلية على التصرفات التي ترد على هذا النوع من الأموال غير المنقولة، ما دام لا يوجد لها قيد وغير مسجلة لدى دائرة تسجيل الأراضي، وأن هذه العقارات محلاً للتصرفات كالبيع أو الإيجار أو غيره ولا تخضع لتصرفات مخصوصة تخضع لها العقارات المسجلة أو تلك التي تمت تسويتها، ولما كان المشرع قد خص أراضي بعينها بشرط الشكلية وهي التي تمت تسويتها أو سجلت لدى دائرة تسجيل الأراضي، فإن الأراضي التي لم يسبق تسجيلها استثنت من الشكلية، وتكون العقود والتصرفات الجارية عليها تخضع لإرادة المتعاقدين عليها، ويخضع العقد الجاري عليها والتزامات كل فريق في مواجهة الفريق الآخر؛ للشروط الواردة فيه ما دام أن العقد ليس ممنوعاً ولا مخالفاً للنظام العام، وفي هذه الحالة لا يجوز الرجوع عن العقد إلا بالإقالة أو الفسخ الناشئ عن عدم التزام طرف في مواجهة الطرف الآخر بشروط العقد، وهذا الأمر يقرر من قبل المحكمة المختصة". حكم محكمة النقض الفلسطينية رقم (2013/50)، الصادر بتاريخ 2017/2/6. للمزيد حول الشكلية في التصرفات القانونية على العقارات بالبيع وغيره، أنظر: محمود دودين، الإطار القانوني للمساكن في الأراضي الفلسطينية المحتلة، دون طبعة، معهد أبحاث السياسات الاقتصادية الفلسطيني (ماس)، رام الله، 2014، ص 23 وما يتبعها. أمين دواس، قانون الأراضي، دون طبعة، المعهد القضائي الفلسطيني، رام الله، 2013، ص 303 وما بعدها.

[75] تنتظم الأحكام الخاصة بالإجراءات الشكلية في عقود بيع السيارات في فلسطين، بموجب أحكام قانون المرور رقم (5) لسنة 2000، فقد جاء في المادة (2) بأنه "لا يجوز تسيير أية مركبة على الطريق إلا بعد تسجيلها لدى سلطة الترخيص والحصول على رخصة بتسييرها". كما نصت المادة (17) من القانون ذاته "على مالك المركبة في حالة بيعها أو إجراء أي تصرف بنقل ملكيتها للغير أن يبلغ ذلك كتابة إلى سلطة الترخيص خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ البيع أو التصرف الناقل للملكية مبيناً

تحقق التراضي على مضمونه وشروطه الأساسية، وإنما يلزم اتخاذ إجراء شكلي معين لتمام انعقاده، ومن ثم ترتيب آثاره القانونية؛ ويطلق على ذلك الشكلية الاتفاقية تمييزاً لها عن الشكلية القانونية[76].

وهكذا، فإن توافر الشكلية سواءً القانونية أو الاتفاقية يعد أحد مقومات إبرام العقد، وعند استيفاؤها ينعقد العقد، الأمر الذي يعني انتهاء المرحلة السابقة على التعاقد، ومن ثم يدخل الأطراف في نطاق تنفيذه.

المبحث الثاني

مبادئ المرحلة السابقة على التعاقد

من يسعى إلى إنشاء عقد ما، يستند أساساً إلى حريته في اكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات تجاه شخص آخر؛ يمتلك في الغالب الشائع اختياره، دون أن يجبر أي منهما على ضرورة التعاقد. غير أن مجريات التفاوض بين الطرفين، في سبيل ممارسة تلك الحرية بوجهٍ ايجابي لا يكتمل إلا بالتوافق مع مبدأ حسن النية ومقتضيات النزاهة والأمانة ومراعاة المصالح

اسم المالك الجديد وعنوانه، وتستمر مسؤولية المالك الأصلي فيما يختص بتنفيذ أحكام هذا القانون إلى أن يتم نقل ملكيتها". وأيضا تنص المادة (1/18) من القانون المذكور بأنه "على كل شخص أصبح مالكاً لأية مركبة بأية طريقة من طرق نقل الملكية أن يتقدم بطلب إلى سلطة الترخيص المختصة لإتمام إجراءات نقل الملكية خلال مدة أقصاها ثلاثون يوماً". ويتجسد الهدف من فرض الإجراءات الشكلية في عقود بيع السارات، بالتسجيل لدى دائرة الترخيص المختصة؛ تنظيم قطاع النقل والمواصلات، للمحافظة على استقرار المعاملات في المجتمع وعدم خلق النزاعات بين الأفراد. وقضت محكمة الاستئناف الفلسطينية بأنه "وفقاً للقواعد القانونية الخاصة التي تحكم عقود بيع المركبات، نجدها خالية من أي إشارة إلى بطلان عقود بيع المركبات التي تبرم خارج دوائر التسجيل وإن كان قانون المرور اوجب تبليغ وتقديم طلب إلى سلطة الترخيص لإتمام إجراءات نقل الملكية، إلا أنه لم يرتب البطلان على عدم تسجيل العقد، فالمشرع لم يستخدم أي عبارة تدلل على بطلان العقد في حال عدم التسجيل، الأمر الذي يدلل على أن عقود بيع المركبات ليست عقود شكلية لا تنعقد إلا بتسجيلها بدائرة الترخيص، وإن كان تثبيت وانتقال الملكية يتراخى إلى التسجيل وعند التخلف يستطيع المتعاقد رفع دعوى صحة ونفاذ عقد، ويحصل من خلالها على حكم بإلزام خصمه بتنفيذ التزاماته عينياً، وعليه فإن عقد بيع المركبة خارج دائرة التسجيل يعتبر صحيحاً ملزماً لأطرافه". حكم محكمة الاستئناف الفلسطينية رقم (2017/255)، الصادر بتاريخ 2017/5/30.

[76] مصطفى الجمال، مرجع سابق، ص 192.

المشروعة للطرف الآخر. وعليه، يتطرق هذا المبحث إلى مبدأ حرية التعاقد في المطلب الأول، وأما المطلب الثاني فيختص ببيان مبدأ حسن النية.

المطلب الأول

مبدأ حرية التعاقد

يؤسس مبدأ حرية التعاقد لإنشاء علاقة تعاقدية قائمة على التراضي؛ فقد نصت المادة (175) من مجلة الأحكام العدلية على أنه "حيث أن المقصد الأصلي من الإيجاب والقبول هو تراضي الطرفين...". كما نصت المادة (213) من القانون المدني الأردني بأن "الأصل في العقد رضا المتعاقدين وما التزماه في التعاقد". ويتألف مبدأ حرية التعاقد من ثلاثة مقومات تتجسد في حرية الشخص في التعاقد من عدمه، واختيار المتعاقد معه، وكذلك حرية تحديد مضمون العقد وشروطه بما لا يخالف القواعد الآمرة؛ سنبحثها على النحو التالي.

الفرع الأول

حرية الشخص في التعاقد من عدمه

الثابت أن كل شخص حُر في أن يتعاقد أو لا يتعاقد، فالعقد يقوم في الأصل على إرادتين حرتين تتجهان إلى احداث أثر قانوني معين[77]، وبمقتضى ذلك يكون للمتعاقدين الحرية في الدخول في المرحلة السابقة على التعاقد عبر فترتي المفاوضات وإبرام العقد[78]. وتظهر حرية التعاقد منذ توجيه الدعوة إلى التفاوض من قبل أحد الأطراف، ومن ثم يقوم الطرف الآخر باستعمال حريته إما برفض هذه الدعوة؛ إذ لا يلزم أصلاً بقبولها، أو بالموافقة عليها ومن ثم تتشكل حالة واقعية بدخول الأطراف بإرادتهم الحرة في نطاق فترة المفاوضات[79]. وتستمر

[77] مصطفى الزرقا، مرجع سابق، ص 537.

[78] فداء خريسات، مرجع سابق، ص 45.

[79] محمد دسوقي، مرجع سابق، ص 26.

مظاهر حرية التعاقد عبر تبادل الإيجاب والقبول[80]، فالإيجاب يستند إلى مبدأ حرية التعاقد ويظهر ذلك في عدة صور؛ الأولى حرية اختيار التعبير بأشكاله المختلفة بتوجيه الإيجاب إلى الطرف الآخر[81]. وأما الثانية، فتتجسد في تكرار الإيجاب؛ إذ تنص المادة (185) من مجلة الأحكام العدلية على أن "تكرار الإيجاب قبل القبول يبطل الأول ويعتبر فيه الإيجاب الثاني فلو قال البائع للمشتري بعتك هذا الشيء بمائة قرش ثم بعد هذا الإيجاب قبل أن يقول المشتري قبلت رجع فقال بعتك إياه بمائة وعشرين قرشاً وقبل المشتري يلغى الإيجاب الأول وينعقد البيع على مائة وعشرين قرشاً"[82]. والصورة الثالثة لظهور حرية التعاقد عبر الإيجاب تتأتى من إمكانية الرجوع عن الإيجاب، فقد نصت المادة (184) من مجلة الأحكام العدلية على أنه "لو رجع أحد المتبايعين عن البيع بعد الإيجاب وقبل القبول بطل الإيجاب"[83]. وكذلك الشأن فإن تحديد الموجب مدة معينة للقبول يرتكز إلى أصل ممارسته الحرية في اختيار تحديد المدة من عدمه وتقديرها، ما يكرس الصورة الرابعة لظهور حرية التعاقد في الإيجاب، ومن ثم تتقيد حريته بعدم جواز الرجوع عن الإيجاب طوال تلك المدة. ومن جانب آخر فإن مبدأ حرية التعاقد يتجلى في التعبير عن الإرادة بالقبول[84]، ويتشكل ذلك إما بحرية صدور القبول بالموافقة على محتويات الإيجاب كافة، أو حرية صدور الرد من القابل بالتعديل في الإيجاب زيادة أو نقصاناً بما يؤدي إلى تكوين إيجابٍ جديد، أو حرية رفض الإيجاب بعدم الموافقة على التعاقد، وفي نفس المعنى قضت محكمة النقض المصرية بأن "الأصل أن الموجب له غير مُلزم بقبول الإيجاب وله مطلق الحرية في رفضه ولو كان هو الذي دعاه إلى التعاقد وحدد شروطه وإلا قام التعاقد على الإيجاب وحده"[85].

---

[80] عبد الحليم عبد اللطيف القوني، حسن النية وأثره في التصرفات في الفقه الإسلامي والقانون المدني، دون طبعة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2010، ص 369.

[81] عدنان السرحان ونوري خاطر، مرجع سابق، ص 56.

[82] تقابل المادة (83) من مشروع القانون المدني الفلسطيني. والمادة (97) من القانون المدني الأردني.

[83] ورد ذات الحكم في مضمون المادة (1/82) من مشروع القانون المدني الفلسطيني، وكذلك المادة (1/94) من القانون المدني المصري، وأيضاً المادة (96) من القانون المدني الأردني.

[84] عروبة المعموري، مرجع سابق، ص 75.

[85] حكم محكمة النقض المصرية، مدني، رقم (2207)، سنة 74، الصادر بتاريخ 2014/1/6م.

ويضاف لما تقدم، أن الشخص حُر في أن يرفض التعاقد، إذ أنه يوازن بين مصالحه المختلفة، فمن المؤكد أن يسعى الطرف الراغب في التعاقد، إلى المحافظة على حريته طليقة بشأن أمر التعاقد من عدمه أثناء المرحلة السابقة على التعاقد، وهي دائماً رغبة مشروعة على إعتبار أنها مرحلة إستكشافية[86]. ووفقاً لطبيعة المفاوضات، بالتباحث والنقاش، فإنها لا تشكل إلتزاماً قانونياً على عاتق الأطراف؛ فالإرادة الموجودة لديهم هي مجرد إرادة أولية غير مستقرة، تسعى إلى محاولة الوصول إلى إتفاق نهائي، عن طريقة مناقشة العروض والمقترحات، فكل طرف يسعى إلى تكوين فكرة شاملة عن أساسيات التعاقد بما فيها من مصلحة، والوقوف على مدى استعداد الطرف الآخر للتعاقد معه، وفقاً للشروط التي تنال رضاءه[87]، فإذا ما رغب في عدم الإستمرار بالتفاوض لأي سبب من الأسباب المعقولة والجادة، فإنه يستطيع العدول عن إتمام التعاقد النهائي إعمالاً لمبدأ حرية التعاقد[88]. وفي هذا المعنى قضت محكمة النقض المصرية بأنه "تعد حرية التعاقد قاعدة أساسية... يتعين وضعها ضمن ضوابطها القانونية وبما لا ينبغي معه إجبار شخص على حمل ما لا يرضاه بإثبات تصرف لم تنصرف إرادته لإبرامه"[89]. فالدخول في المرحلة السابقة على التعاقد هو نتاج مبدأ حرية التعاقد؛ الأمر الذي يتبعه خضوع فترتي المفاوضات وإبرام العقد إلى مبدأ حرية العدول[90]؛ نظراً إلى حرية الإنسان بعدم الالتزام بأي شيء لا يرغب الالتزام به، وأن حريته بعدم الالتزام بعقد تواكب هذه المرحلة[91].

---

[86] رعد اللوزي، مرجع سابق، ص 23. عدنان السرحان ونوري خاطر، مرجع سابق، ص 92.

[87] عبد الحليم القوني، مرجع سابق، ص 362.

[88] عبد العزيز حمود، مرجع سابق، ص 274. عبد الحليم القوني، مرجع سابق، ص 364.

[89] حكم محكمة النقض المصرية، مدني، رقم (7745)، سنة 66، الصادر بتاريخ 2009/2/2م.

[90] حسام الأهواني، مرجع سابق، ص 11.

[91] مصطفى العوجي، مرجع سابق، ص 165.

الفرع الثاني

حرية اختيار المتعاقد معه

مما لا شك فيه أن الشخص يكون حراً في اختيار الطرف الآخر الذي يتعاقد معه، بحيث يستطيع الاختيار بين شخص وآخر بحسب ما يراه مناسباً لتحقيق مصلحته، فقد يرى بأن التعاقد مع شخص تتوافر فيه صفات معينة، يعود عليه بالفائدة أكثر من غيره من الأشخاص فيلجأ إلى الدخول في عملية التعاقد مع هذا الشخص[92]. فقد تكون الصفات المطلوبة بالطرف الآخر متصلة بمدى قدرته المالية للوفاء بالالتزامات الواقعة عليه، أو بكفاءته وخبرته المهنية والفنية للقيام بعمل موضوع العملية العقدية المطلوبة، أو بحسن سيرته وسمعته، وما يتمتع به من صفات أخلاقية؛ كالأمانة والصدق وحسن التعامل، فجميع هذه الصفات وغيرها، تلعب دوراً مؤثراً ورئيسياً في اختيار الشخص المتعاقد معه[93]. ومن تطبيقات ذلك أن يتعلق الأمر مثلاً بعقد عمل، فإذا ما أعلن صاحب العمل عن حاجته إلى مهندس معماري، بحيث تتوافر فيه مجموعة من المؤهلات العلمية والعملية، وتقدم للحصول على العمل مجموعة من المهندسين ممن توافر فيهم الصفات المحددة، فإن صاحب العمل يقوم باختيار الشخص الأكثر ملاءمة من بينهم، بما يحقق مصالح العمل واهدافه. وفي عقد الوكالة عندما يرغب أحد الأشخاص، في اختيار محام لتوكيله للقيام ببعض الأعمال والتصرفات القانونية، ومتابعة الإجراءات القضائية، فإنه يقوم بالاختيار بين المحامين المزاولين من يحقق نتائج عقد الوكالة بشأن الأعمال والتصرفات القانونية، ويبذل عنايته في متابعة الإجراءات القضائية. وفي عقد التأمين فإن المؤمن له يسعى لاختيار الطرف الآخر المؤمن من بين شركات التأمين، بما يحقق الفائدة من التعاقد بالتعويض عن الضرر الناتج عن وقوع الخطر المؤمن منه.

---

[92] بلحاج العربي، الإطار القانوني للمرحلة السابقة على إبرام العقد، دون طبعة، دار وائل، دون مكان نشر، 2010، ص 20.

[93] بوطبالة معمر، مرجع سابق، ص 53.

وبالمقابل، تضيق دائرة الحرية في اختيار المتعاقد معه عندما لا تكون شخصيته محل اعتبار، بحيث يأتي المقابل المالي وسرعة انعقاد العقد في المقام الأول، فضلاً عن تدخل القانون في بعض الأوقات لحماية الطرف الضعيف في العلاقات التعاقدية، كما هو الشأن في الحد من حرية المزود في اختيار المستهلك. وفي هذا المعنى نصت المادة (3/22) من قانون حماية المستهلك رقم (21) لسنة 2005[94]، على أنه "يحظر على كل مزود الامتناع عن بيع أية سلعة أو تقديم خدمة للمستهلك دون سبب مشروع".

الفرع الثالث

حرية تحديد مضمون العقد

لما كان الهدف من المرحلة السابقة على التعاقد الوصول إلى إبرام عقد معين، فيسعى الأطراف انطلاقاً من مبدأ حرية التعاقد إلى تحديد مضمونه بالتفاوض وتقديم العروض ومناقشتها بالتفصيل، فيتشكل مضمون العقد من مجموعة العناصر والشروط التي تجسد حقوق الأطراف والتزاماتهم بما يحقق مصالحهم. وفي هذا السياق، تقول محكمة النقض الفلسطينية بأن "الأصل في العقود الصحة متى اشتملت على بياناتها واحتوت عناصرها وسردت شروطها واتفقت مع القانون ولم تخرج عن الآداب والنظام العام"[95].

وبناءً على ما تقدم، يكون للأطراف ابتداءً حرية اختيار نوع العقد المُراد إبرامه[96]؛ سواءً كان من العقود المسماة التي تولى المشرع تنظيمها وإعطائها أسماء معينة، نظراً لأهميتها وشيوعها في الحياة العملية، مثل عقد البيع وعقد العمل وعقد التأمين،[97] أو كان من العقود غير المسماة التي لم يخصها المشرع بالتسمية وببيان أحكامها؛ مثل عقد نقل التكنولوجيا

---

[94] المنشور في جريدة الوقائع الفلسطينية، عدد 63، بتاريخ 2006/4/27م.

[95] حكم محكمة النقض الفلسطينية رقم (2003/179)، الصادر بتاريخ 2004/4/27م.

[96] عادل بسيوني، مبدأ سلطان الإرادة في الشريعة الإسلامية، مجلة جامعة القاهرة، مصر، ع. 7، م. 8، 1977، ص 186.

[97] علي هادي العبيدي، العقود المسماة البيع والإيجار، ط. 5، دار الثقافة للنشر، الأردن، 2011، ص 9.

وعقد الامتياز التجاري. وقد يكون من العقود المركبة التي تحتوي عناصر متباينة تنتمي إلى العقود المسماة أو غير المسماة؛ إذ تختلف مواضيعها، لكنها تهدف إلى تحقيق غرض واحد فإقامة وتشغيل مصنع مثلاً؛ يتضمن شراء الأرض مما يشكل عناصر عقد بيع، ومن ثم إنشاء المبنى بما يكون عناصر عقد مقاولة، كما يحتوي شراء المعدات والمواد فيتكون عقد بيع آخر، ويتضمن أيضاً استخدام تكنولوجيا معينة في تشغيل المصنع مما قد يشكل عقد نقل تكنولوجيا؛ بالإضافة إلى توفير الأيدي العاملة من خلال عقد العمل[98].

وفي ظل حرية تحديد محتوى العقد، تتكون شروطه بناءً على رغبة الأطراف[99]؛ فالشرط قد يكون من مقتضيات العقد، بحيث يأتي تأكيداً لالتزامات الطرفين؛ كاشتراط تسليم المبيع. أو أن يلائم العقد؛ كاشتراط البائع على المشتري تقديم كفيل بالثمن. كما أن الشرط قد يكون فيه نفعاً لأحد العاقدين؛ مثل اشتراط أن يكون مكان تسليم المبيع في موطن البائع[100]. وفي السياق ذاته قررت محكمة النقض الفلسطينية بأن "شرط العقد كنص الشارع في الفهم والدلالة ووجوب العمل به..."[101]. وعليه، فعندما يتمتع الأطراف بالحرية في اختيار نوع العقد وتكوين محتواه وفقاً لإرادتهم الحرة، فلا إمكانية من قيام التحايل بما ينعكس على صحة التعاقد، وفي هذا المعنى قررت محكمة التمييز الأردنية: "إذا تبين للمحكمة أن إرادة المميزين كانت حرة عند تكوين العقد، فإنه لا يقبل منهما البينة على نفي ما اقرا به أو اثبات أن في العقد حيلة وذلك للتناقض"[102].

ويضاف لما تقدم، إن حرية الأطراف في تحديد مضمون العقد تميز بين مكنة الحرية والإذعان في إنشاء العلاقات العقدية. فالأصل الغالب في عقود الإذعان هو غياب فكرة اشتراك الطرفين في تحديد محتوى العقد؛ نظراً لاستقلال أحد الأطراف بتحديد شروطه مسبقاً

---

[98] مصطفى الجمال، مرجع سابق، ص 137.

[99] مصطفى الزرقا، مرجع سابق، ص 537 .

[100] عدنان السرحان ونوري خاطر، مرجع سابق، ص 182.

[101] حكم محكمة النقض الفلسطينية رقم (2015/309)، الصادر بتاريخ 2017/2/20م.

[102] حكم محكمة التمييز الأردنية، حقوق، رقم (1975/131)، الصادر بتاريخ 1975/8/6م.

باعتباره متمتعاً باحتكار قانوني أو فعلي أو بمركز اقتصادي قوي نسبياً، فلا يكون أمام الطرف الآخر سوى قبول العقد بشروطه كافة دون أي مفاوضات أو اعتراض، أو أنه يرفض التعاقد رفضاً كاملاً[103].

المطلب الثاني

مبدأ حسن النية

يعد مبدأ حسن النية أساس التكوين السليم للعقد، نظراً لما يقتضيه من مراعاة الأمانة والنزاهة والثقة المشروعة في سائر المعاملات والعلاقات بين المتعاقدين[104]، ما يشكل ضابطاً لسوك الأطراف لا سيما في ممارسة حرية التعاقد[105]، تحقيقاً لسلامة مرحلة ما قبل التعاقد ولضمان جديتها، في الوصول إلى علاقة عقدية متوازنة، وقائمة على أسس عادلة[106]. وفي هذا السياق نتناول مفهوم مبدأ حسن النية في الفرع الأول؛ ونوضح تأصيله في الفرع الثاني في حين نتحدث في الفرع الثالث عن مقتضياته.

---

[103] يرى الفقه التقليدي حصر نطاق عقود الإذعان بضرورة توافر عدة شروط وهي: 1- تعلق العقد بسلع أو مرافق تعد من الضروريات بالنسبة للمستهلكين. 2- احتكار الموجب للسلع أو المرافق احتكاراً قانونياً أو فعلياً. 3- صدور الايجاب إلى الناس كافة بالشروط ذاتها لمدة غير محددة. عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص 229. في حين يرى جانب من الفقه توسيع مفهوم عقود الاذعان والتخفيف من شروطها؛ بحيث يعد مجرد عدم مقدرة المتعاقد على القيام بالمفاوضات ومناقشة شروط العقد ضابطاً لقيام الإذعان. للمزيد أنظر: محمد حسين، مرجع سابق، ص 571. مصطفى الجمال، مرجع سابق، ص 104. ويتجه الرأي السائد إلى الأخذ بالمفهوم الحديث للإذعان القائم على فكرة عدم اتاحة الفرصة للمتعاقد في التفاوض على شروط العقد. يُشار في هذا الصدد إلى أن المشرع الفرنسي بموجب التعديلات في المرسوم رقم 2016-131 بتاريخ 2016/2/10 المعدل لقانون العقود الأحكام العامة وإثبات الإلتزامات، اتجه في المادة (1110) إلى بيان عقد الإذعان بأنه العقد الذي تكون شروطه العامة غير قابلة للتفاوض، محددة سلفاً من أحد الأطراف، بينما عقد المساومة هو العقد الذي يتم مناقشة شروطه بحرية بين الأطراف. محمد قاسم، قانون العقود الفرنسي الجديد باللغة العربية، دون طبعة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2018، ص 32.

[104] رومان حداد، حسن النية في تكوين العقد، رسالة ماجستير، جامعة آل البيت، الأردن، 2000، ص 6.

[105] يوسف شندي، دور القضاء الفرنسي في الإصلاحات التشريعية الحديثة في مجال العقود: المرحلة السابقة على التعاقد والالتزام بالإعلام، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، الكويت، ملحق خاص، ع. 2، ج. 2، 2017، ص 450.

[106] عبد الحليم القوني، مرجع سابق، ص 315.

الفرع الأول

مفهوم مبدأ حسن النية

يقاس مبدأ حسن النية في التصرفات القانونية من خلال معيارين اثنين[107]، أحدهما شخصي قوامه نية المتصرف وقصده الداخلي، والآخر موضوعي يقوم على موضوع التصرف وشكله الظاهر. ونبين كل منهما على النحو التالي.

أولاً: المعيار الشخصي

يتجسد المعيار الشخصي أو الذاتي لحسن النية باعتباره حالة ذهنية أو نفسية، تتمثل بالاعتقاد المخالف للحقيقة؛ أو بمعنى الاعتقاد المغلوط الذي يتولد في ذهن شخص ما، بأنه في وضع قانوني سليم على خلاف الواقع، وطبقاً لهذا المعيار يكتسب مبدأ حسن النية طابعاً سلبياً خالصاً[108]، فيكون الشخص حسن النية إذا وقع في غلط أو جهل بالعيوب التي تجعل من تصرفه عملاً ناقصاً لا يقره القانون أو لا يجعل منه سبباً كافياً لترتيب أثره القانوني[109]. ويعد مبدأ حسن النية في عملية التعاقد سنداً لهذا المعيار مبدأً ذو طبيعة ذاتية في أصله؛ إذ أن مدخله قصد المتصرف المُراد الحكم على تصرفه بالحسن أو بالسوء. ومن ثم فإن تجسيد تقديره والاستدلال عليه لا يتم إلا بالرجوع لذات الشخص المعني، وبخصوص واقعة معينة بذاتها[110].

ويتوافق المعيار الشخصي مع نص المادة (2) من مجلة الأحكام العدلية إذ بيَّنت أن "الأمور بمقاصدها". فتصرفات الشخص وأعماله تختلف أحكامها باختلاف قصده من تلك التصرفات

---

[107] المرجع سابق، ص 260.

[108] الهادي عرفة، حسن النية في العقود، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، مصر، ع. 1، دون مجلد، 1986، ص 152. جنان عيسى، حسن النية في التعاقد، رسالة ماجستير، جامعة أبي بكر بلقايد، الجزائر، 2017، ص 21.

[109] هدى يوب بن، مبدأ حسن النية في العقود، رسالة ماجستير، جامعة العربي بن مهيدي، الجزائر، 2013، ص 76. زيتوني فاطمة، مبدأ حسن النية في العقود، رسالة دكتوراه، جامعة أبي بكر بلقايد، الجزائر، 2018، ص 59.

[110] بيلامي سارة، حسن النية في تكوين العقد، رسالة ماجستير، جامعة الأخوة منتوري قسنطينة، الجزائر، 2017، ص 37.

والأعمال[111]، ولما كانت المقاصد والنوايا من الأمور الباطنة، فإنه لا يمكن الاستدلال عليها إلا بمظاهرها الخارجية سنداً لنص المادة (68) من مجلة الأحكام العدلية باعتبار أن "دليل الشيء في الأمور الباطنة يقوم مقامه"[112]. فالنية عنصر نفسي داخلي لا يمكن الاطلاع عليه، وإنما يُستدل عليها بطريقة غير مباشرة، عندما يلابسها تصرف خارجي للشخص عن طريق قرائن ودلائل خارجية تحيط بعملية التعاقد[113]، بالمقارنة بين ما كان عليه تصرف المتعاقد وحالته الذهنية[114]، فكما تقوم قرائن على وجود النية أو عدم وجودها، تقوم أيضاً على وصفها بالحسن أو السوء؛ فالنية موجودة ولا تحتاج سوى إدراك وصفها، عن طريق الإشارات والقرائن الخارجية التي تحيط بعملية التعاقد[115]. كأن يدخل أحد الأطراف المرحلة السابقة على التعاقد دون أن يكون لديه جدية أو رغبة في التعاقد وإنما لتفويت فرصة على شخص ثالث في القيام بالتعاقد، أو للحصول على المعلومات المتعلقة بمحل العقد.

ويكمن المعيار الذاتي لحسن النية في انتفاء قصد الإضرار، سواءً في المرحلة السابقة أو اللاحقة على التعاقد، بحيث لا يقصد المتعاقد الإضرار بالمتعاقد الآخر أو تحقيق مصلحة أو منفعة غير مشروعة على حسابه، فالمتعاقد يكون حسن النية ذاتياً عندما لا ينوي الإضرار بالمتعاقد الآخر؛ فنية الإضرار بالغير تنفي حسن النية وهي بمثابة سوء نية ذاتي[116].

---

[111] مصطفى الزرقا، المدخل الفقهي، مرجع سابق، ص 980.

[112] علي حيدر، مرجع سابق، ص 68.

[113] في هذا السياق، قضت محكمة الاستئناف الفلسطينية بأن "النية وحدها لا تصلح أساساً للحكم؛ لأن القانون لا يحاسب على النوايا الحبيسة في الصدور إن لم تظهر إلى العالم الخارجي". حكم محكمة الاستئناف الفلسطينية رقم (2000/434)، الصادر بتاريخ 2004/12/8م.

[114] يزيد نصير، مرحلة ما قبل إبرام العقد، عقد التفاوض بحسن نية، مجلة المنارة للبحوث والدراسات، الأردن، ع. 3، م. 9، 2003، ص 21. محمود فياض، مدى إلتزام الأنظمة القانونية المقارنة بمبدأ حسن النية في مرحلة التفاوض على العقد، مجلة الشريعة والقانون، كلية القانون، جامعة الأمارات العربية المتحدة، ع. 54، م. 27، 2013، ص 230.

[115] عبد الحليم القوني، مرجع سابق، ص 295.

[116] انس فريحات، مرجع سابق، ص 445. عبد الحليم القوني، مرجع سابق، ص 306.

ثانياً: المعيار الموضوعي

يشكل المعيار الموضوعي أو المادي لمبدأ حسن النية منهجاً للسلوك، يتطلب من الأشخاص مراعاة الأمانة والنزاهة والصدق، في كل ما يصدر عنهم من تصرفات ومعاملات مع غيرهم فطبقاً لهذا المعيار يقوم مبدأ حسن النية على فكرة موضوعية وليست شخصية، فهي بمثابة نمطاً أخلاقياً للسلوك يجري تقديره على نحو موضوعي مجرد، وفقاً للسلوك الحسن الذي تقتضيه الحياة في المجتمع؛ فهو السلوك المألوف لدى جمهور الناس، بما تمليه الفكرة المشتركة لهذا الجمهور والأعراف والقيم السائدة بينهم[117].

ويجري التحقق من توافر حسن النية عبر مقارنة السلوك أو التصرف الصادر من الشخص المعني، بالسلوك العام الذي يتطلبه مجتمع ما وفقاً لقيم الإخلاص والأمانة والنزاهة وشرف التعامل، لتقدير مدى انسجام سلوكه مع مبدأ حسن النية من عدمه، بما يسمح بالكشف عن تقصيره أو تعديه. وعليه، يُقدر سلوك المتعاقد سنداً لمعيار عناية الشخص العادي في تعامله مع غيره، وهو سلوك يقوم على الدرجة المتوسطة من الفطنة والتبصر بعدم الإضرار بغيره والتجاوز على حقوقهم[118]، بحيث يُستدل على انتفاء حسن النية بما يترتب من نتائج ضارة في الغالب المألوف استهداءً بطبيعة التعامل وما ينبغي توافره من أمانة وثقة وفقاً للعرف الجاري في المعاملات الحاصلة بين الأفراد. ويلعب العرف دوراً مهماً في تحديد مضمون المعيار الموضوعي لمبدأ حسن النية، فالعرف هو ما يستقر في النفوس من الأمور المتكررة المألوفة ويكون مقبولاً عند ذوي الطباع السليمة[119]، فالغالب أن الاعتياد المشترك بين الناس في أعمالهم وتصرفاتهم لا يكون إلا مقبولاً مستحسناً، ومن ثم فإنه يتوافق مع مفهومهم للأمانة والنزاهة وللثقة المشروعة في التعامل السليم الذي يرعى مصالح الأفراد جميعاً[120]. والثابت أن الأخذ بالعرف وما يحتويه من القيم الحسنة السائدة وأخلاقيات التعامل؛ يوجبه

---

[117] رعد اللوزي، مرجع سابق، ص 63. معمر بوطبالة، مرجع سابق، ص 76. محمد حفناوي، مرجع سابق، ص 62.

[118] يزيد نصير، عقد التفاوض بحسن نية، مرجع سابق، ص 21. رومان حداد، مرجع سابق، ص 58.

[119] علي حيدر، مرجع سابق، ص 44.

[120] مصطفى الزرقا، مرجع سابق، ص143 .

مبدأ حسن النية بمناسبة تكوين العقد. فقد نصت المادة (188) من مجلة الأحكام العدلية على أن "البيع بشرط متعارف يعني المرعي في عرف البلد صحيح والشرط معتبر". فسلوك كل طرف اثناء التعاقد يجب أن يتوافق مع مبدأ حسن النية عبر مراعاة العادات والقيم السادة في المجتمع، تطبيقاً لما جاء في المادة (36) من مجلة الأحكام العدلية بأن "العادة محكمة."

ومما لا شك فيه أن تطبيق المعيار الموضوعي، سيؤدي إلى توسيع سلطة القاضي التقديرية ويعود السبب في ذلك إلى دخول سلوكيات النزاهة والأمانة والمعقولية، بالإضافة إلى مراعاة المصالح المبررة المشروعة للطرف الآخر ضمن مفهوم حسن النية. وذلك كله، ينعكس إيجاباً على المصلحة الخاصة لأطراف التعاقد، فضلاً عن تجسيد الثقة واستقرار المعاملات بما يخدم المصلحة العامة[121]. وفي السياق ذاته، قضت محكمة الاستئناف الفلسطينية بأن "مبدأ حسن النية مفترض بالمعاملات والعقود، ويطبقه القضاء من خلال مظاهره ومن خلال النظم القانونية التي تلتقي معه كفكرة التعسف في استعمال الحق وانتفاء الغش والتواطؤ باعتبارها من مظاهر سوء النية"[122].

وهكذا، وبالاستناد لما تقدم فإن مبدأ حسن النية في مرحلة ما قبل التعاقد؛ هو بمثابة سلوك سوي يتفق مع المألوف في التعامل والقيم السائدة في المجتمع، وليس مسألة نفسية فحسب فهنالك تلازم بين المعيارين الشخصي والموضوعي، في بيان مفهوم مبدأ حسن النية، إذ هما متكاملان، بحيث يعد العنصر الموضوعي دليلاً على العنصر النفسي. فالنية وحدها غير كافية لوجود التصرفات؛ وإنما لا بد من ظهورها في عنصر مادي، يجسد النية ويظهرها للعالم الخارجي[123].

[121] زيتوني فاطمة ، مرجع سابق، ص 66.
[122] حكم محكمة الاستئناف الفلسطينية رقم (2016/292)، الصادر بتاريخ 2016/11/20م.
[123] عبد الحليم القوني، مرجع سابق، ص 308.

الفرع الثاني

تأصيل مبدأ حسن النية

تزداد أهمية مبدأ حسن النية عندما تتعلق بالمرحلة السابقة على التعاقد، وما تستلزمه هذه المرحلة من متطلبات الأمانة والنزاهة وشرف التعامل، بالإضافة إلى مراعاة المصالح المبررة المشروعة للطرف الآخر[124]؛ الأمر الذي يفرض تأمين هذه المرحلة من إمكانية استخدام أساليب التحايل والاستغلال التي تعيق الطرفين من الوصول إلى التعاقد، بالإضافة إلى أن التنكر لمبدأ حسن النية وما يقتضيه من التزامات، يؤدي إلى بذل المزيد من النفقات وضياع الوقت والجهد دون طائل[125].

غير أن المشرع في كل من فلسطين والأردن ومصر، لم ينص على إلزام الطرفين بتطبيق مبدأ حسن النية خلال المرحلة السابقة على التعاقد. وفي ظل هذا القصور التشريعي، يأتي السؤال عن مدى إمكانية تطبيق مبدأ حسن النية، خلال المرحلة السابقة على التعاقد، على الرغم من عدم وجود نص قانوني، ضمن القوانين المدنية محل الدراسة يشير إلى إمكانية ذلك صراحة؟

القاعدة العامة تفرض تطبيق مبدأ حسن النية في مرحلة تنفيذ العقد، فقد نصت المادة (1/148) من مشروع القانون المدني الفلسطيني على أنه "يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبطريق تتفق مع ما يوجبه حسن النية." وكذلك الشأن المادة (1/202) من القانون المدني الأردني والتي أوجبت أن يتم "تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية." وايضاً جاء القانون المدني المصري بذات الحكم[126]. وتطبيقاً للنصوص السابقة، يقع على عاتق كل طرف متعاقد التزاماً إيجابياً، بمراعاة الأمانة والصدق والنزاهة في

---

[124] شيرزاد سليمان، حسن النية في إبرام العقود، ط. 1، دار دجلة، الأردن، 2008، ص 189.

[125] جنان عيسى، مرجع سابق، ص 62. بوطبالة معمر، مرجع سابق، ص 74.

[126] نصت المادة (1/148) من القانون المدني المصري على أنه "يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبطريق تتفق مع ما يوجبه حسن النية".

تعامله مع الطرف الآخر في التعاقد، بالإضافة إلى مراعاة المصالح المبررة المشروعة للطرف الآخر، وعدم الإخلال بالثقة التي وضعها فيه[127]. فالغرض المُراد تحقيقه من إقرار المواد السابقة لا يتحقق إلا إذا بُني العقد على مبدأ حسن النية، منذ اللحظات الأولى لتكوينه أي ببدء المرحلة السابقة على التعاقد. فمن المخالف لمنطق الأمور، استلزام مبدأ حسن النية في مرحلة تنفيذ العقد دون مراحله الأخرى. فكيف يتحقق تنفيذ العقد طبقاً لمبدأ حسن النية بين أطرافه، وقد ساءت نواياهم في المرحلة السابقة على تنفيذه، أي في المرحلة السابقة على التعاقد سواءً في فترة المفاوضات أو فترة إبرام العقد[128].

ولما كان مبدأ حسن النية واجباً في مرحلة تنفيذ العقد، فمن باب أولى أن يكون واجباً في المرحلة السابقة على التعاقد؛ فما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب[129]. ويضاف إلى ذلك أن التابع للشيء في الوجود يكون تابعاً لذلك الشيء في الحكم وفقاً لنص المادة (47) من مجلة الأحكام العدلية بأن "التابع تابع". فالمرحلة السابقة على التعاقد، تابعة للعقد بالوجود والتكوين بما يؤدي إلى تنفيذه وترتيب آثاره؛ فهي تتبع الحكم ذاته بتطبيق مبدأ حسن النية في نطاقها. كما أن مرحلة تنفيذ العقد لا تنفرد بالحكم[130] بأن يشترط فيها تطبيق مبدأ حسن النية على خلاف مراحل العقد الأخرى سواءً المرحلة السابقة على التعاقد أو مرحلة الإنقضاء. وهكذا فإن اشتراط المشرع تطبيق مبدأ حسن النية في مرحلة تنفيذ العقد، لا يمنع الحكم قياساً بامتداد تطبيق مبدأ حسن النية إلى المرحلة السابقة على التعاقد.

ومن جانب آخر؛ فإن شمولية مبدأ حسن النية للمرحلة السابقة على التعاقد، يتأتى من آلية تفسير العقد[131]، فقد نصت (2/165) من مشروع القانون المدني الفلسطيني بأنه "إذا كان هناك محل لتفسير العقد، فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين، دون الوقوف عند

---

[127] زيتوني فاطمة، مرجع سابق، ص 80.

[128] محمد أبوزيد، المفاوضات في الإطار التعاقدي، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، مصر، ع. 1، م. 47، 2005، ص 159.

[129] مصطفى الزرقا، مرجع سابق، ص 821.

[130] نصت المادة (48) من مجلة الأحكام العدلية على أن "التابع لا ينفرد بالحكم".

[131] رومان حداد، مرجع سابق، ص 58. الهادي عرفة، مرجع سابق، ص 160.

المعنى الحرفي للألفاظ، مع الإستهداء في ذلك بطبيعة التعامل، وبما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين وفقاً للعرف الجاري في المعاملات". وقد ورد ذات الحكم ضمن القانون المدني المصري والأردني[132]. فعندما يقوم العقد ويُصار إلى تفسيره بالكشف عن النية المشتركة للمتعاقدين، فلا بد من الاستناد إلى مبدأ حسن النية[133] فالإستهداء بطبيعة التعامل، وما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين وفقاً للعرف الجاري في المعاملات ما هي إلا قوام حسن النية[134]، فتكمن العبرة بالتفسير بالنظر إلى المقاصد الحقيقية والنية المشتركة للمتعاقدين[135]، كما نصت المادة (2) من مجلة الأحكام العدلية بأن "العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني"، ومناط تكوين النية المشتركة للمتعاقدين يتجسد في المرحلة السابقة على التعاقد؛ فلا تتكون إلا بالالتزام بمبدأ حسن النية وما يفرضه من ضرورة مراعاة الثقة والأمانة، والمصالح المبررة المشروعة للطرف الآخر[136].

الفرع الثالث

مقتضيات مبدأ حسن النية

مما لا شك فيه أن سلوكيات الأطراف اثناء عملية التعاقد، يجب أن تتسم بالأمانة والنزاهة منذ بدايتها بتوجيه الدعوة إلى التفاوض وصولاً إلى نهايتها بالتعاقد من عدمه، فالدخول في مرحلة قبل التعاقد لا بد فيه من الأمانة بتوافر النية الصادقة للتعاقد، كما يجب أن تخضع للنزاهة والوضوح عند السير فيها ومتابعة إجراءاتها[137]. وتستمر مقتضيات الأمانة والنزاهة بالظهور في التعبير عن الإرادة بالإيجاب والقبول. ففي توجيه الإيجاب؛ يجب أن يكون قصد

---

[132] نصت المادة (2/150) من القانون المدني المصري على أنه " إذا كان هناك محل لتفسير العقد، فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ، مع الإستهداء في ذلك بطبيعة التعامل، وبما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين وفقاً للعرف الجاري في المعاملات." وتقابل المادة (2/239) من القانون المدني الأردني.

[133] عبد الحليم القوني، مرجع سابق، ص 432.

[134] وائل أحمد، حسن النية في البيوع الدولية، ط. 1، دار الفكر والقانون، المنصورة، 2010م، ص 318.

[135] علي حيدر، مرجع سابق، ص 21.

[136] كما سنرى عند حديثنا في الفرع التالي، حول دور مقتضيات حسن النية في انتفاء عيوب الإرادة.

[137] بوطبالة معمر، مرجع سابق، ص 78. محمود فياض، مرجع سابق، ص 233.

الموجب التعبير عن إرادته الحقيقية بطريقة واضحة ومحددة، فلو كان للموجب إرادتان الأولى ظاهرة غير حقيقية والثانية باطنة قاصداً بها خداع الطرف المقابل، فإنه يعد سيء النية في توجيه إيجابه[138]. كما أن الرجوع عن الإيجاب طالما لم يقترن به قبول يجب أن يستند إلى سبب مشروع، بما يؤكد الاستقامة وعدم الإخلال بالثقة المتولدة لدى الطرف الآخر[139]. وبالمقابل، صدور القبول يتجسد بالأمانة في فهم الإيجاب، وحمله على المعنى الذي قصده الموجب طالما كان الايجاب واضحاً. أما إذا ادعى القابل أنه فهم الايجاب على معنى آخر قاصداً بذلك تفويت فرصة على الموجب كان من الممكن الاستفادة منها؛ فلا يتوافق سلوكه مع النزاهة ويخالف حسن النية[140]. وبشأن اختيار القابل تعديل الإيجاب فالواجب عليه الامتناع عن الإضافة أو الانقاص في محتوى الإيجاب بما يؤدي إلى إعاقة إتمام عملية التعاقد، فلا بد أن يتأتى تعديل الإيجاب في نطاق الاستقامة والمعقولية[141]. ومن جهة أخرى فإن الرفض غير المبرر للقبول، لا شك بأنه يتنافى مع مقتضيات حسن النية صحيح أن الأصل حرية التعاقد، فيكون لمن وجه إليه الإيجاب اختيار رفض التعاقد، ولكن الحرية هذه ليست مطلقة، وإنما مقيدة بالأمانة والصدق عند توافر الأسباب المبررة المشروعة[142].

وترتبط الأمانة والنزاهة باعتبارها من مقتضيات مبدأ حسن النية، بانتفاء عيوب الإرادة وسنوضح تلك العلاقة على النحو التالي.

---

[138] عبد الحليم القوني، مرجع سابق، ص 335.

[139] شيرزاد سليمان، مرجع سابق، ص 421.

[140] عبد الحليم القوني، مرجع سابق، ص 337.

[141] بيلامي سارة، مرجع سابق، ص 158.

[142] شيرزاد سليمان، مرجع سابق، ص 438. هدى بن يوب، مرجع سابق، ص 105.

أولاً: الغلط

هو وهم يقوم في ذهن الشخص فيصور له امراً على غير حقيقته[143]، ويقع فيه العاقد حال تكوين العقد من تلقاء نفسه دون تدخل من الطرف الآخر[144]. والغلط المعيب للإرادة لا بد أن يكون جوهرياً؛ بمعنى أنه الدافع الرئيسي إلى التعاقد[145]، فقد بلغ حداً من الجسامة بحيث يمتنع معه المتعاقد عن إبرام العقد لو لم يقع فيه، وفقاً لما جاء في نص المادة (120) من مشروع القانون المدني الفلسطيني[146]. فضلاً عن ذلك يجب أن يتصل الغلط بالمتعاقد الآخر عن طريق الاشتراك أو العلم[147]. وذلك كله يؤسس إلى إبطال العقد حال قيامه[148]، ومن ثم فإن الغلط يفسد الرضا[149]، وما دامت حرية إرادة التعاقد هي التي تقرر التعاقد من عدمه وتساهم في تحديد مضمون العقد واختيار المتعاقد معه، فيكون لزاماً الأخذ بهذه الإرادة على وجهها الصحيح لا معيبة بما تأثرت به من غلط[150]. وتظهر العلاقة بين مقتضيات مبدأ حسن النية والغلط في نطاق المرحلة السابقة على التعاقد؛ نظراً لأن مفاوضات العقد تقوم على المناقشة وتبادل الآراء في الموضوعات كافة، سواءً في صفة الشيء محل التعاقد أو قيمته، أو غيرها من الأمور التي تشكل دافعاً إلى التعاقد، فمن السهولة بمكان أن يتبين المتعاقد ويعلم أن الطرف الآخر واقعاً في الغلط، ومن ثم يقع على عاتقه سنداً لمبدأ حسن

---

[143] عدنان السرحان ونوري خاطر، مرجع سابق، ص 133.

[144] مصطفى الزرقا، مرجع سابق، ص 473.

[145] عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص 294.

[146] نصت المادة (1/120) من مشروع القانون المدني الفلسطيني على أنه "يكون الغلط جوهرياً إذا بلغ حداً من الجسامة بحيث يمتنع معه المتعاقد عن إبرام العقد لو لم يقع في هذا الغلط". وتقابل المادة (121) من القانون المدني المصري.

[147] عدنان السرحان ونوري خاطر، مرجع سابق، ص 140.

[148] نصت المادة (1/119) من مشروع القانون المدني الفلسطيني بأنه "إذا وقع المتعاقد في غلط جوهري جاز له أن يطلب إبطال العقد، إذا كان المتعاقد الآخر قد وقع مثله في هذا الغلط، أو كان على علم به، أو كان من السهل عليه أن يتبينه". وتقابل المادة (120) من القانون المدني المصري.

[149] قضت محكمة التمييز الأردنية بأن "الغلط يفسد الرضا ولا فارق أن يكون الغلط واقعاً في الوقائع أم في القانون ولا فارق أيضاً أن يكون الوفاء وقع نقداً أو اعطاء شيء أو القيام بعمل..... وأن الوفاء الحاصل بطريق الغلط يعطي الموفي حق استرداد ما أوفى به عملاً بالمادة (72) من مجلة الأحكام العدلية بأنه لا عبرة بالظن البين خطأه". حكم محكمة التمييز الأردنية، حقوق رقم (1954/27)، الصادر بتاريخ 1954/1/1.

[150] عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص 296.

النية وما يقتضيه من النزاهة والأمانة، أن يقوم بإخبار الطرف الآخر وتنبيهه عن الغلط الواقع فيه؛ بما يؤدي إلى سلامة الإرادة التعاقدية من العيوب ودرء قابلية الإبطال عن العقد حال قيامه.

ثانياً: التغرير

يعد التغرير من عيوب الإرادة ويعني استخدام أحد أطراف عملية التعاقد أساليب احتيالية قولية أو فعلية تحمل الطرف الآخر على التعاقد، بحيث أنه ما كان ليرضى بالعقد لو تبين حقيقة الأمر[151]. وعرفته مجلة الأحكام العدلية بأنه "توصيف المبيع للمشتري بغير صفته الحقيقية"[152]. والاعتراف بالتغرير كعيب من عيوب الإرادة لا بد فيه من استخدام وسائل احتيالية قولية أو فعلية؛ بهدف خداع الطرف الآخر وتضليله لحمله على التعاقد، فللتغرير عنصرين أحدهما معنوي هو نية التضليل التي تعد ضرورية لقيام حالة التغرير؛ والآخر مادي يتمثل في الوسائل التي يستخدمها أحد المتعاقدين[153]، سواءً كانت بالمظهر الإيجابي مثل انتحال الشخصية أو الظهور بمظهر الثراء، أو تزوير المستندات واصطناعها، أو بالمظهر السلبي من خلال السكوت العمدي (الكتمان)[154] عن واقعة إذا تبين أن المغرر به ما كان ليبرم العقد لو علم بها[155]. كما يجب أن يقترن التغرير بالغبن الفاحش؛ فقد نصت المادة (357) من مجلة العدلية على أنه "إذا غر أحد المتبايعين الآخر وتحقق أن في البيع

---

[151] عدنان السرحان ونوري خاطر، مرجع سابق، ص 148.

[152] المادة (164) من مجلة الأحكام العدلية. وأما القانون المدني الأردني فقد عرف التغرير بموجب نص المادة (143) "بأن يخدع أحد العاقدين الآخر بوسائل احتيالية قولية أو فعلية تحمله على الرضا بما لم يكن ليرضى به بغيرها". وفي ذات السياق فقد ورد في مشروع القانون المدني الفلسطيني عيب التغرير فقد نصت المادة (1/124) على أنه "يجوز إبطال العقد للتغرير إذا كانت الحيل التي لجأ إليها أحد المتعاقدين أو نائب عنه، من الجسامة بحيث لولاها لما أبرم الطرف الثاني العقد". في حين استعمل المشرع المصري مصطلح التدليس بدلاً عن التغرير فقد نصت المادة (1/125) على أنه "يجوز إبطال العقد للتدليس إذا كانت الحيل التي لجأ إليها أحد المتعاقدين أو نائب عنه، من الجسامة بحيث لولاها لما أبرم الطرف الثاني العقد". وفي حقيقة الأمر فإن مصطلح التغرير والتدليس مترادفان ويأتيان بذات المعنى. شيرزاد سليمان، مرجع سابق، ص 320.

[153] عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص 321.

[154] يدخل المظهر السلبي بالسكوت أو الكتمان في نطاق الالتزام بالإعلام كما سنوضحه لاحقاً.

[155] شيرزاد سليمان، مرجع سابق، ص 312.

غبناً فاحشاً فللمغبون أن يفسخ البيع حينئذ"[156]. ويقصد بالغبن عدم التعادل في الأداءات بين طرفي عملية التعاقد بما يأخذه المتعاقد وما يعطيه[157]، فلا يدخل تحت تقدير الخبراء للشيء محل العقد[158].

وعليه، فعندما يتكون العقد ويُصار إلى تنفيذه، قد يستعمل الطرف المُغرر به مكنة الفسخ استناداً إلى توافر التغرير في المرحلة السابقة على التعاقد، ومنعاً لذلك الفرض، تبرز فعالية مقتضيات مبدأ حسن النية إذ بموجبها يقع على عاتق الأطراف مراعاة أساليب الأمانة والنزاهة بدلاً من تلك الاحتيالية؛ بما يشكل انتفاء لنية الخداع والتضليل، وتكوين الانطباع بصدق ما تفصحه عنه الإرادة، والابتعاد عن اساليب الاحتيال كافة من خلال الاستقامة والموضوعية في طرح العروض، ما يحقق القناعة للطرف الآخر واختياره التعاقد.

ثالثاً: الإكراه

عرفت المادة (948) من مجلة الأحكام العدلية الإكراه بأنه: "إجبار أحد على أن يعمل عملاً بغير حق من دون رضاه بالإخافة"[159]. فالإكراه ضغط تتأثر به إرادة الشخص، فيولد في نفسه رهبة تدفعه إلى التعاقد[160]. ويتعين توافر عنصرين حتى يعتد بالإكراه كعيب من عيوب الإرادة؛ العنصر الأول هو استعمال وسائل تهدد بخطر جسيم محدق، فالوسائل المستخدمة قد تكون حسية تقع على النفس؛ كالضرب المبرح والإيذاء بأنواعه المختلفة أو أنها ذات طابع

---

[156] لقد ورد ذات الحكم في المادة (145) من القانون المدني الأردني، والمادة (1/124) من مشروع القانون المدني الفلسطيني وكذلك المادة (1/125) من القانون المدني المصري.

[157] رومان حداد، مرجع سابق، ص 112.

[158] نصت المادة (165) من مجلة الأحكام العدلية على أن "الغبن الفاحش غبن على قدر نصف العشر في العروض والعشر في الحيوانات والخمس في العقار أو زيادة". وأما مشروع القانون المدني الفلسطيني فقد نصت المادة (3/447) منه على أن "الغبن الفاحش هو ما يزيد على الخمس". بينما نصت المادة (145) القانون المدني الأردني على أن" الغبن الفاحش في العقار وغيره هو مالا يدخل تحت تقويم المقومين".

[159] في ذات المعنى تنص المادة (135) من القانون المدني الأردني على أن "الإكراه هو إجبار الشخص بغير حق على أن يعمل عملاً دون رضاه ويكون مادياً أو معنوياً".

[160] عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص 334.

معنوي؛ كالتهديد بإفشاء الإسرار بما يصيب الشخص في سمعته[161]. ويستوي أن يكون التهديد موجهاً للمتعاقد نفسه أو لغيره ممن تربطه بهم علاقة وثيقة تصل إلى الحد الذي يجعله يتأثر من هذا التهديد فيندفع إلى التعاقد[162]. والعنصر الثاني أن تحدث تلك الوسائل رهبة في نفس المتعاقد تحمله على قبول التعاقد[163]، إذ نصت المادة (1004) من مجلة الأحكام العدلية على أنه "يشترط خوف المكره من وقوع المكره به يعني يشترط حصول ظن غالب للمكره بإجراء المجبر المكره به إن لم يفعل المكره عليه"[164]. وعليه، فالعبرة في تحقق الإكراه اتصاله بعلم المتعاقد الآخر[165] وأن يكون غرضه غير مشروع[166]. ومن ثم فإن ممارسة أية أساليب تولد الرهبة في نفس المتعاقد مما يحمله على قبول التعاقد، يعد مخالفاً للأصل في حرية الشخص في التعاقد من عدمه هذا من جانب، ويتعارض مع مقتضيات حسن النية بالنزاهة في اتباع السلوك السوي والوضوح في اجراءات ومقترحات التعاقد كافة ويتنافى مع وجود حالة الثقة في التعامل بين الأطراف من جانب آخر[167]. وبالمقابل، فإن مراعاة مقتضيات حسن النية يعني انتفاء توافر حالة الإكراه في مرحلة قبل التعاقد، بما يؤسس لإقامة علاقة عقدية نافذة بحق العاقدين.

---

[161] نصت المادة (949) من مجلة الأحكام العدلية على أن "الإكراه على قسمين، القسم الأول: هو الإكراه الملجئ الذي يكون بالضرب الشديد المؤدي إلى إتلاف النفس أو قطع عضو. والثاني: هو الإكراه غير الملجئ الذي يوجب الغم والألم فقط كالضرب غير المبرح والحبس غير المديد". وتقابل المادة (2/126) من مشروع القانون المدني الفلسطيني. والمادة (127) من القانون المدني المصري. والمادة (136) من القانون المدني الأردني.

[162] عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص 340.

[163] عبد الحليم القوني، مرجع سابق، ص 387.

[164] تقابل المادة (1/126) من مشروع القانون المدني الفلسطيني. والمادة (140) من القانون المدني الأردني. والمادة (127) من القانون المدني المصري.

[165] وفي هذا السياق نصت المادة (1005) من مجلة الأحكام العدلية بأنه "إن فعل المكره والمكره عليه في حضور المجبر أو من يتعلق به يكون الإكراه معتبراً وأما إذا فعله في غياب المجبر أو من يتعلق به فلا يعتبر لأنه قد يكون قد فعله طوعاً بعد زوال الإكراه. مثلاً لو أجبر أحد آخر على بيع ماله وذهب المكره وباع ماله في غياب المجبر أو من يتعلق به فلا يعتبر الإكراه ويكون البيع صحيحاً ومعتبراً". كما نصت المادة (127) مشروع القانون المدني الفلسطيني على أنه "إذا صدر الإكراه من غير المتعاقدين، فليس للمتعاقد المكره أن يطلب إبطال العقد، ما لم يثبت أن المتعاقد الآخر كان يعلم أو كان من المفروض عليه أن يعلم بهذا الإكراه". وتقابل المادة (128) من القانون المدني المصري.

[166] عدنان السرحان ونوري خاطر، مرجع سابق، ص 127. شيرزاد سليمان، مرجع سابق، ص 326.

[167] عبد الحليم القوني، مرجع سابق، ص 348.

رابعاً: الاستغلال

يعد من عيوب الإرادة، استغلال أحد المتعاقدين في الطرف الآخر، ضعفاً في ناحية معينة كأن يلمس فيه طيشاً بيناً أو هوى جامحاً أو عدم خبرة، فيقوم بانتهاز ذلك الضعف لتحصيل المنفعة من خلال إبرام العقد[168]. ولم تعالج مجلة الأحكام العدلية الاستغلال كعيب للإرادة[169]، في حين تنص المادة (1/128) من مشروع القانون المدني الفلسطيني، "إذا استغل شخص في آخر حاجة ملجئه، أو طيشاً بيناً، أو هوى جامحاً، أو عدم خبرة، ما جعله يبرم لمصلحته أو لمصلحة غيره عقداً، ينطوي عند إبرامه عدم تناسب باهظ بين ما يلتزم بأدائه بمقتضاه، وما يجري عليه من نفع مادي أو أدبي، كان للطرف المغبون أن يطلب إبطال العقد أو أن ينقض التزامه"[170]. فإرادة المتعاقد إرادة معيبة غير قادرة على وزن الأمور بطريقة صحيحة، فقد ضلل بها الطيش البين أو ضغط عليها الهوى الجامح ودفع بها الاستغلال إلى التعاقد[171]. وتظهر فعالية مقتضيات حسن النية، بانتفاء الاستغلال في مرحلة ما قبل التعاقد، فالنزاهة في التعامل تتعارض مع الانتهازية، باستخدام حالة ضعف المتعاقد لتحقيق المكاسب؛ كما أن الثقة المشروعة بين المتعاقدين في سبيل الوصول إلى إقامة علاقة عقدية متوازنة تتطلب الامتناع عن الاستغلال[172].

---

[168] عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص 365.

[169] اقتصرت مجلة الأحكام العدلية على تنظيم الغلط والإكراه والتغرير المقترن بغبن فاحش كعيوب للإرادة. أنظر: محمود دودين وأمين دواس، مرجع سابق، ص 57.

[170] تقابل المادة (1/129) من القانون المدني المصري.

[171] عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص 368.

[172] شيرزاد سليمان، مرجع سابق، ص 330.

المبحث الثالث

التزامات الأطراف في المرحلة السابقة على التعاقد

مما لا شك فيه أن مبدأ حسن النية وما يفرضه من التزامات إيجابية أو سلبية على عاتق الأطراف يؤدي إلى حماية المرحلة السابقة على التعاقد، ويضمن جديتها وسلامة الرضا التعاقدي فيها، بما يضمن الخروج، في حال نتائجها الإيجابية، بتكوين عقد متوازن تتضح فيه إلتزامات الأطراف وحقوقهم، بما لا يثير النزاعات في مرحلة تنفيذه، نظراً لتفاهم الأطراف حول المسائل مثار الخلاف كافة، بكل أمانة ونزاهة. وفي هذا السياق سنتناول الالتزام بالإعلام في المطلب الأول؛ ونخصص المطلب الثاني لبيان الالتزام بالمحافظة على سرية المعلومات؛ في حين سنتحدث في المطلب الثالث عن الالتزام بالتعاون.

المطلب الأول

الالتزام بالإعلام

نظراً لما يشهده الواقع المعاصر من التطور التقني والتكنولوجي، فقد ظهرت العديد من السلع والمنتجات الفنية المعقدة، ما يصعب على غير المتخصص العلم بها؛ الأمر الذي أنتج حالة من عدم التكافؤ بين المتعاقدين، بما يتصل بالعقد من معلومات تكشف عن مضمونه[173] فيتمثل الهدف من فرض الالتزام بالإعلام، بإعادة التوازن بين أطراف التعاقد؛ من أجل حماية الطرف الذي لا يمتلك الخبرة والمعرفة، بأمور العقد المُراد إبرامه بمختلف الحالات التعاقدية المتنوعة[174]. ومن ثم يؤدي الالتزام بالإعلام دوراً مهماً في تنوير إرادة المتعاقد وتبصيره بكل ما يتصل بالعقد، من معلومات جوهرية تؤثر في تكوين رأيه[175]. وعليه سنتناول في هذا المطلب؛ مفهوم الالتزام بالإعلام في الفرع الأول؛ وشروط الالتزام بالإعلام

---

[173] خالد أحمد، الالتزام بالإعلام قبل التعاقد، دون طبعة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1999، ص 121. علي حسين علي، الالتزام بالإعلام قبل التعاقد، رسالة ماجستير، جامعة اليرموك، الأردن، 2011 م، ص 39.

[174] يوسف شندي، مرجع سابق، ص 462.

[175] عروبة المعموري، مرجع سابق، ص 93.

في الفرع الثاني، بينما سنتحدث في الفرع الثالث عن بعض النماذج التطبيقية للالتزام بالإعلام في النظام القانوني الفلسطيني.

الفرع الأول

مفهوم الالتزام بالإعلام

لقد اهتم الفقه ببيان مدلول الالتزام بالإعلام فقد عرفه بعضهم بأنه "التزام سابق على التعاقد يتعلق بالتزام أحد الطرفين، بأن يقدم للمتعاقد الآخر عند تكوين العقد، البيانات اللازمة لإيجاد رضاء سليم كامل متنور، بتفصيلات هذا العقد كافة، وذلك بسبب ظروف واعتبارات معينة؛ قد ترجع إلى طبيعة هذا العقد أو صفة أحد طرفيه أو طبيعة محله أو أي اعتبار آخر، يجعل من المستحيل على أحدهما أن يلمَّ ببيانات معينة أو يحتم عليه منح ثقة مشروعة للطرف الآخر، الذي يلتزم بناءً على هذه الاعتبارات بالإدلاء بالبيانات"[176]. وعرفه بعضهم الآخر بأنه "إعلام طالب التعاقد بمعلومات، من شأنها إلقاء الضوء على واقعة أو عنصر ما من عناصر التعاقد المُراد؛ حتى يكون الطالب على بينة من أمره، بحيث يتخذ قراره الذي يراه مناسباً على ضوء حاجته وهدفه من إبرام العقد"[177]. كما جرى تعريفه بأنه "التزام قانوني عام سابق على التعاقد، يلتزم فيه المدين بإعلام الدائن إعلاماً صحيحاً وصادقاً، بكافة المعلومات الجوهرية المتصلة بالعقد المُراد إبرامه، والتي يعجر عن الإحاطة بها بوسائله الخاصة ليبني عليها رضاءه بالعقد"[178]. وايضاً ذهب بعضهم إلى تعريفه بأنه إلتزام المتعاقد الذي يعلم أن واقعة معينة، تلعب دوراً مؤثراً وحاسماً في قبول الطرف الآخر للتعاقد، بأن لا يخفي تلك الواقعة عليه، وأن يطلع المتعاقد معه عليها، متى لم يكن في

---

[176] نزيه المهدي، الالتزام قبل التعاقدي بالإدلاء بالبيانات المتعلقة بالعقد وتطبيقاته على بعض أنواع العقود، دون طبعة، دار النهضة العربية، دون مكان نشر، 1982، ص 15. انظر: هادي الكعبي ومحمد هادي، الالتزام قبل التعاقدي بالإعلام، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، كلية القانون، جامعة بابل، العراق، ع. 2، م. 5، 2013، ص 10.

[177] سهير منتصر، الالتزام بالتبصير، دون طبعة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1980، ص 41.

[178] خالد أحمد، مرجع سابق، ص 82.

مقدور الاخير أن يعرفها، أو كان من المشروع أن يتوقع تبصيره بها، نظراً لطبيعة العقد أو صفة المتعاقد[179].

يبدو واضحاً من التعريفات السابقة، بأن الالتزام بالإعلام التزاماً عاماً وشاملاً، من الممكن تطبيقه على جميع أنواع العقود في كافة مراحل التعاقد[180]، إلا أن أهميته تظهر بوجهٍ واضح في المرحلة السابقة على التعاقد، للمحافظة على استقرار المراكز القانونية، التي تنشأ عن التعاقد، سنداً لتكوين الجانب المعرفي عبر تحديد حقوق الأطراف وواجباتهم، بالتراضي الواعي المستنير[181].

وبالنظر إلى الهدف المرجو من فرض الالتزام بالإعلام في المرحلة السابقة على التعاقد لتنوير إرادة المتعاقد الدائن بهذا الالتزام، وإقامة التوازن بين الطرفين فيما يخص العلم بالبيانات المتعلقة بالعقد سواءً من حيث بنوده أو محله؛ فإن الالتزام بالإعلام يستمد وجوده من مبدأ حسن النية وما يقتضيه هذا المبدأ من مراعاة الأمانة والنزاهة والثقة المشروعة في التعامل، بحيث يفرض على كل طرف من طرفي التعاقد، منذ اللحظة الأولى لبدء هذه المرحلة، أن يتخذ موقفاً إيجابياً تجاه الطرف الآخر، فيطلعه على المعلومات والبيانات المتصلة بالعقد المُراد إبرامه كافة، فلا يخفي عنه شيئاً، ولا يتركه مخدوعاً في أمر يعلم حقيقته، فلا بد أن يُدلي إليه بما لديه من معلومات، دون تورية أو كتمان، طالما أن هذه المعلومات لها أهميتها في التعاقد[182].

ومما لا شك فيه أن المعلومات المتصلة بالعقد المطلوب إبرامه، والتي يلتزم المتعاقد المدين بإحاطة الطرف الآخر بها، تجد تطبيقها سنداً للقواعد العامة بشأن التغرير بالكتمان؛ إذ تنص المادة (2/124) من مشروع القانون المدني الفلسطيني على أنه "يعد تغريراً تعمد السكوت

---

[179] حسام الأهواني، مرجع سابق، ص 418.

[180] شيرزاد سليمان، مرجع سابق، ص 382.

[181] سهير منتصر، مرجع سابق، ص 48.

[182] نور الدين أبو مريم، الواجب القانوني بالإدلاء بالمعلومات (الإفصاح) في بعض العقود، رسالة دكتوراه، جامعة النيلين، السودان، 2016، ص 118. مصطفى العوجي، مرجع سابق، ص 181. عبد الحليم القوني، مرجع سابق، ص 376.

لإخفاء أمر إذا ثبت أن المغرور ما كان ليبرم العقد لو علم به". وكذلك نصت المادة (144) من القانون المدني الأردني على أنه "يعتبر السكوت عمداً عن واقعة أو ملابسة تغريراً إذا ثبت ان المغرور ما كان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة أو هذه الملابسة". واحتوت المادة (2/125) من القانون المدني المصري ذات الحكم. فالتغرير بالكتمان يعني الاحتفاظ بالصمت بخصوص أمر غاية في الأهمية بالنسبة إلى المتعاقد الآخر؛ بحيث أنه لو علم بحقيقة ذلك الأمر لما قام بإبرام العقد[183]. وفي هذا المعنى قضت محكمة التمييز الأردنية بأن "قيام البائع في مجلس العقد بإخفاء حقيقة أن رخصة المطعم المبيع هي رخصة مؤقتة وغير قابلة للتحويل لأي شخص آخر غير الذي صدرت باسمه يعد تغريراً بأمر جوهري لو علم به المشتري لما أقدم على إبرام العقد؛ مما يجعل العقد فاسداً لما انطوى عليه من غرر"[184]. وبالاستناد لما تقدم يأتي الالتزام بالإعلام لدحض وجود التغرير بالكتمان ومخالفة تكوينه في المرحلة السابقة على التعاقد؛ فهو يفرض سلوك إيجابي يتمثل في قيام الطرف الذي يمتلك معلومات جوهرية بتقديمها للطرف الآخر، حتى يباشر التعاقد بناءً على إرادة حرة ومستنيرة. وعليه، فقد قررت محكمة التمييز الأردنية "بأن سكوت المدعى عليها وعدم إفصاحها من أنها غير حاصلة على ترخيص من مجلس التعليم العالي لبرنامج الدكتوراه في علم الحاسوب؛ هي واقعة هامة وجوهرية من شأنها الإضرار بالدارسين بذلك المساق، وإن مثل هذا السكوت عن واقعة جوهرية يعد تغريراً على ضوء ظروف هذه الدعوى"[185].

الفرع الثاني

شروط الالتزام بالإعلام

لقد بات وجود الالتزام بالإعلام في مرحلة ما قبل التعاقد، ضرورة حتمية لمعالجة الاختلال بين المتعاملين، بشأن العلم والإحاطة، بالمعلومات الجوهرية المرتبطة بموضوع التعاقد

---

[183] يزيد نصير، عقد التفاوض بحسن نية، مرجع سابق، ص 31 ، محمد دسوقي، مرجع سابق، ص 84.

[184] حكم محكمة التمييز الأردنية، حقوق، رقم (1988/371)، الصادر بتاريخ 1987/7/13م.

[185] حكم محكمة التمييز الأردنية، حقوق، رقم (2015/3729)، الصادر بتاريخ 2016/8/16م.

ليتمكن كل طرف يسعى للتعاقد من التعبير عن موقفه إيجاباً بإبرام العقد أو سلباً بالعدول عنه، بناءً على إرادة واعية ومدركه بكل مشتملات العقد قبل الدخول فيه[186]. وفي هذا السياق، ولتكوين رؤية شاملة حول الالتزام بالإعلام، نتناول شروطه على النحو التالي.

أولاً: معرفة المدين بالمعلومات المتصلة بالعقد المُراد إبرامه

تمثل معرفة المدين بالإعلام بمضمون المعلومات المتصلة بالعقد، جانباً مهماً لنشأة الالتزام بالإعلام في مرحلة تكوين العقد، فمن غير المقبول إلزام أحد الراغبين في التعاقد بإعلام الطرف الآخر عن معلومات هو يجهلها في الأصل[187]. ومن ثم فإن مركز المدين بالالتزام بالإعلام اثناء عملية التعاقد، يكون مناطه الطرف الأكثر خبرة ودراية بالشيء محل التعاقد فهو يعلم بحكم مهنته أو خبرته، كافة المعلومات الجوهرية المتصلة بالعقد المنوي إبرامه[188]. ففي الغالب من يرغب بالتعاقد مع غيره على شيء يملكه، يكون على علم ودراية تامة بحقيقة ما يتصل به من معلومات؛ مما يقتضي الكشف عن طبيعته وما يتصف به من خصائص ومميزات، فضلاً عما يحتويه من القصور ومواطن العيوب[189]. وفي المعنى ذاته قررت محكمة النقض المصرية بأنه "يجب أن يكون المؤمن له عالماً بالبيانات التي يلتزم بتقديمها للمؤمن...، فإن كان يجهلها وكان معذوراً في جهلها فإنه يعفى من الالتزام بتقديمها"[190]. وبناءً عليه، فلا يُلزم المدين إلا بتقديم ما يتوفر لديه من معلومات، دون وجوب قيامه بالبحث والتحري عن المعلومات التي يجهلها بهدف تقديمها للطرف الآخر[191]، الأمر الذي يدخل في نطاق الالتزام بالتبصير بهدف توجيه الطرف الدائن في اتخاذه قراره[192]

---

[186] براهمي فايزة، التزامات الأطراف في المرحلة السابقة على التعاقد، رسالة ماجستير، جامعة أبي بكر بلقايد، الجزائر، 2009، ص 117.

[187] خالد أحمد، مرجع سابق، ص 277. بوطبالة معمر، مرجع سابق، ص 119.

[188] عروبة المعموري، مرجع سابق، ص 91.

[189] شيرزاد سليمان، مرجع سابق، ص 384.

[190] حكم محكمة النقض المصرية، مدني، رقم (9424)، سنة 66، الصادر بتاريخ 2010/4/20م.

[191] وهذا ما يعرف بالاستعلام من أجل الإعلام.

[192] يوسف شندي، مرجع سابق، ص 465.

فالمدين لا يقدم المعلومات فحسب، بل يطرح تصوراً حول الوضع الفني الخاص بالمسألة مما يشكل توجيهاً للدائن باتخاذ موقفاً معيناً.

ثانياً: جهل الدائن بالمعلومات جهلاً مشروعاً

من مستلزمات فرض الالتزام بالإعلام جهل الدائن بالمعلومات الخاصة بموضوع التعاقد، إذ لم يكن يعلمها ابتداءً، ولم يكن بمقدرته الاستعلام عنها على نحو يجعل جهله بالمعلومات مشروعاً له ما يبرره[193]. فالأصل أنه يقع على عاتق الدائن بالإعلام؛ واجب الاستعلام بحيث يبذل المساعي والجهود في البحث والتحري، عن كل ما يتصل بالعقد من معلومات وبيانات تستدعي اهتمامه، ليتمكن من التعبير عن قراره النهائي بالتعاقد من عدمه، بكل ما يشتمل عليه العقد من تفصيلات قبل الوصول إلى لحظة إبرامه، فلا ينتظر من الطرف الآخر أن يكون أشد حرصاً على مصالحه وأن يبادر بتقديم هذه المعلومات إليه طالما أنه يملك وسائل الاستعلام عنها[194]. وبالمقابل، ففي بعض الفروض، فإن الدائن بالإعلام يكون أمام حالة من الاستحالة، في الحصول على تلك المعلومات الجوهرية والمؤثرة على قراره في إبرام العقد الأمر الذي يجعل جهله بالمعلومات مشروعاً له ما يبرره، ومن ثم يقع على عاتق المدين بالالتزام بالإعلام، بإحاطته علماً وتبصيره بهذه المعلومات المطلوبة، والتي استحال عليه الإلمام بها[195].

وتعود أسباب استحالة الاستعلام والتي تحول دون إلمام الساعي إلى التعاقد بالمعلومات المتصلة بموضوع العقد المُراد إبرامه إلى؛ ظروف التعاقد واعتبارات الثقة المشروعة.

1. استحالة الاستعلام استناداً إلى ظروف التعاقد: تتنوع هذه الظروف فقد تكون موضوعية متعلقة بالشيء محل العقد. وقد تكون ظروف شخصية مرتبطة بشخص الدائن بالالتزام

[193] عروبة المعموري، مرجع سابق، ص 101.

[194] بوطبالة معمر، مرجع سابق، ص 122.

[195] نور الدين أبو مريم، مرجع سابق، ص 153.

بالإعلام[196]. فالمُراد بظروف الاستحالة الموضوعية عدم إمكانية الطرف الساعي إلى التعاقد من الإلمام بالمعلومات والبيانات المتعلقة بطبيعة الشيء محل التعاقد، ويظهر ذلك في نطاق العقود التي يتجسد موضوعها بإعطاء شيء داخلاً في حيازة المتعاقد وسيطرته؛ كما هو الحال في عقد البيع وعقد الإيجار وعقد العارية، فالمتعاقد الذي يرغب في بيع شيء معين أو تأجيره أو إعارته إلى متعاقد آخر، يجب عليه أن يُعلمه بالمعلومات المتصلة به كافة، خاصة أن وجود الشيء تحت حيازته من شأنه إعاقة المتعاقد الآخر من القيام بواجب الاستعلام والتحري عن تلك البيانات[197]. وأما المقصود بظروف الاستحالة الشخصية هو استحالة من يرغب بالتعاقد من الإلمام بالمعلومات المتصلة بموضوع العقد محل عملية التكوين، نظراً لقيام أسباب ومبررات شخصية تحول دون استعلامه عن تلك المعلومات[198]. كانخفاض مستوى العلم والدراية في جانب المتعاقد فلا يملك من الخبرة إلا القليل بشأن موضوع التعاقد المطلوب. ومن ثم فإن الالتزام بالاستعلام لا يقوم بحسب الأصل على عاتق المتعاقد العادي قليل الخبرة والدراية، فمثل هذا الشخص يكون جديراً بالحماية بحيث يستفيد من قرينة الجهل المشروع، خاصة عندما يكون في مواجهة متعاقد مهني متخصص وصاحب خبرة متراكمة في موضوع التعاقد[199].

2. استحالة الاستعلام استناداً إلى اعتبارات الثقة المشروعة: يتأتى تكوين العقد بناءً على الثقة بين أطرافه، بحيث يكون أحد الأطراف قد أودع ثقته في الطرف الآخر؛ نظراً لاعتبارات خاصة، بما يمنعه من القيام بواجبه بالاستعلام عن المعلومات المتصلة بموضوع التعاقد[200]؛ منتظراً من الطرف الآخر أن يبادر من تلقاء نفسه بإحاطته علماً

---

[196] علي حسين علي، مرجع سابق، ص 80.

[197] عروبة المعموري، مرجع سابق، ص 102.

[198] بوطبالة معمر، مرجع سابق، ص 125.

[199] شيرزاد سليمان، مرجع سابق، ص 385.

[200] هادي الكعبي ومحمد هادي، مرجع سابق، ص 11.

بتلك المعلومات، التي تجعله على دراية تامة فيما يتعاقد عليه[201]. وتعود اعتبارات الثقة المشروعة التي تمنع مكنة الاستعلام إلى كل من طبيعة التعاقد وصفة أحد الأطراف[202]. فالثقة المشروعة المرتبطة بطبيعة التعاقد تتجسد في العقود التي يلعب فيها الاعتبار الشخصي دوراً مهماً؛ كعقد الشركة، وكذلك فيما يتعلق بالعقود التي تستند إلى فكرة النيابة؛ كعقد الوكالة[203]. ففي مثل هذه العقود يجب على كل طرف من تلقاء نفسه إحاطة الطرف الآخر بكافة المعلومات الجوهرية التي تساعده في تكوين رأيه، ولا يُطالب الطرف الآخر بالاستعلام عن تلك المعلومات؛ وذلك راجع لما تقتضيه طبيعة هذه العقود من ثقة وأمانة بين الطرفين في تقديم المعلومات اللازمة لقيام العقد[204]. وأما بخصوص الثقة المشروعة المرتبطة بأحد الأطراف، فإنها تتصل في الموانع الأدبية بالنظر إلى صلة القرابة والزواج والمصاهرة والصداقة، وما يسودها من الألفة والثقة المتبادلة في التعاملات الجارية بين أفرادها، فكل من يدخل في علاقة قانونية تجتمع فيها أواصر القرابة أو الصداقة، أن يلزم نفسه بمراعاة جانب الأمانة والنزاهة وأن يفضي كل طرف منهم إلى الآخر بكافة المعلومات والوقائع المتصلة بموضوع العقد، فلا يُسأل المتعاقد الذي يودع ثقته بالطرف الآخر، إن اطمئن بثقته هذه ولم يكلف نفسه مهمة الاستعلام والتحري عن المعلومات التي لا يحيط بها علماً[205].

ثالثاً: الإعلام عن المعلومات الجوهرية المتصلة بالعقد

من الطبيعي عدم تكليف المدين بالإعلام اثناء التعاقد، بتقديم المعلومات المتعلقة بالشيء محل التعاقد كافة، على اختلاف اهميتها ودرجة الراغب في التعاقد إليها؛ نظراً لما يرتبه هذا التكليف من جهد وعناء بالغين في ضوء تعدد المعلومات وتنوعها؛ وما قد يسببه من خسائر

---

[201] خالد أحمد، مرجع سابق، ص 324.

[202] سهير منتصر، مرجع سابق، ص 54.

[203] علي حسين، مرجع سابق، ص 75.

[204] هادي الكعبي ومحمد هادي، مرجع سابق، ص 12.

[205] علي حسين علي، مرجع سابق، ص 52.

مادية قد تصل إلى حد حرمانه من مغانم إتمام الصفقة، موضوع العقد المُراد إبرامه لإحجام الطرف الآخر عن التعاقد[206]. وعليه، يجب حصر نطاق الالتزام بالإعلام بالمعلومات المؤثرة، التي يكون من شأنها أن تساعد من وجهت إليه على تكوين رأيه، واتخاذ قراره السليم بصدد التعاقد، بناءً على إرادة حرة ومستنيرة[207]. الأمر الذي يعني درء المفاسد عن الرضا والوقاية من عيوب الإرادة، ما يمنع الوقوع في الغلط أو الانخداع بالتغرير فالإرادة حرة ليست مُكرهة ولا خاضعة للاستغلال[208]. فالمعلومات المؤثرة لا بد من اتصالها بمضمون العقد وتتجسد بالعناصر الأساسية، وفقاً لطبيعة العقد ولما تحظى به من اهتمام خاص لدى المتعاقد[209]. كالمواصفات الخاصة بالمحل والمقابل المالي، أو الصفات المرتبطة بالأطراف كالكفاءة والخبرة المهنية والفنية، بالإضافة إلى حسن السيرة والسمعة[210].

رابعاً: يجب أن يكون الإعلام كافياً وواضحاً

مما لا شك فيه أن الالتزام بالإعلام، حتى يحقق غايته في تنوير الإرادة على نحو يعكس حسن نية المدين به؛ لا بد أن يأتي إعلامه كافياً وواضحاً، بحيث يستطيع الدائن العلم والإحاطة بجميع العناصر الجوهرية المتصلة بالعقد، والتي تعود عليه بالفائدة باتخاذ القرار الملائم لمصلحته في التعاقد[211]. وتقديم المعلومات بأسلوب كافٍ يتطلب ذكر العناصر والمعلومات بطريقة موضوعية تتناول الإيجابية والسلبية منها، دون كتمان أو اقتصار على بيان المعلومات الإيجابية، على نحو يحقق مصلحة المدين بهذا الالتزام، ودفع الطرف الدائن إلى التعاقد انسياقاً وراء مصالح ذاتية، يهدف المدين بالإعلام إلى تحقيقها، طالما كانت هذه

---

[206] محمد دسوقي، مرجع سابق، ص 76.

[207] سهير منتصر، مرجع سابق، ص 53.

[208] محمد دسوقي، مرجع سابق، ص 81.

[209] راجع الفرع الثاني من المطلب الأول ضمن المبحث الأول من هذا الفصل من الدراسة والذي يتناول عناصر العقد.

[210] يوسف شندي، مرجع سابق، ص 467.

[211] خالد أحمد، مرجع سابق، ص 371.

المعلومات لها أهميتها في التعاقد[212]. وتأكيداً على ذلك قضت محكمة التمييز الأردنية بأنه "إذا اشترى شخص سيارة بثمن معلوم على أساس أن رسومها الجمركية مدفوعة وتبين بعد الشراء أن هذه الرسوم غير مدفوعة خلافاً لما جرى عليه التعاقد فإن البائع يكون قد غر المشتري في هذا العقد ويكون ملزماً بضمان الضرر الذي لحق بالمشتري"[213]. وفضلاً عن ذلك لا بد من تقديم المعلومات المتصلة بالحالة القانونية الخاصة بموضوع ومحل التعاقد لبيان ما إذا كان خالياً من أية تكاليف وأعباء مالية، ومدى تحمله أية حقوق عينية أو شخصية، وطبيعة ونوع هذه الحقوق إن وجدت، على نحو يحول دون انتفاع الدائن بالشيء محل التعاقد بالشكل المقصود؛ ومثال ذلك وجود رهن على الشيء محل العقد الذي يجري التفاوض بشأنه[214].

ويضاف لما تقدم؛ حتى يعد الإعلام كافياً فلا بد من توضيح المعلومات المتعلقة بالحالة المادية والأوصاف الأساسية للشيء محل التعاقد، بحيث يُعين بطريقة نافية للجهالة الفاحشة.[215] وفي هذا السياق تنص المادة (200) من مجلة الأحكام العدلية على أنه: "يلزم أن يكون المبيع معلوماً عند المشتري"، ويصير المبيع معلوماً ببيان أحواله وصفاته التي تميزه عن غيره[216]. كما نصت المادة (429) من مشروع القانون المدني الفلسطيني على أنه "1- يشترط أن يكون المبيع معلوماً عند المشتري علماً كافياً. 2- يكون المبيع معلوماً عند المشتري ببيان أحواله وأوصافه المميزة له وإذا كان موجوداً تكفي الإشارة إليه". وقد ورد ذات الحكم في كل من القانون المدني المصري[217] والأردني[218]. وعليه، فإن بيان الأوصاف

---

[212] شرف بعيرات، آثار الإخلال بمبدأ حسن النية في مرحلة المفاوضات العقدية، رسالة ماجستير، جامعة اليرموك، الأردن، 2018، ص 15.

[213] حكم محكمة التمييز الأردنية، حقوق، رقم (1969/177)، الصادر بتاريخ 1969/9/11م.

[214] نور الدين أبو مريم، مرجع سابق، ص 241.

[215] علي حسين علي، مرجع سابق، ص 139.

[216] المادة (201) من مجلة الأحكام العدلية.

[217] نصت المادة (419) من القانون المدني المصري على أنه "يجب أن يكون المشتري عالماً بالمبيع علماً كافياً، ويعتبر العلم كافياً إذا اشتمل العقد على بيان المبيع وأوصافه الأساسية بياناً يمكّن من تعرّفه".

[218] نصت المادة (466) من القانون المدني الأردني على أنه "1- يشترط أن يكون المبيع معلوماً عند المشتري علماً نافياً للجهالة الفاحشة. 2- يكون المبيع معلوماً عند المشتري ببيان أحواله وأوصافه المميزة له وإذا كان حاضراً تكفي الإشارة إليه".

الأساسية للشيء محل التعاقد يتوقف على طبيعته، فإذا كان منقولاً، فإن الإعلام الكافي يقتضي بيان أوصافه الخارجية ومكوناته وكميته. وأما إذا كان محل التعاقد وارداً على عقار فإنه يجب على المدين بيان حالته المادية، بتوضيح طبيعته وموقعه ومساحته وملحقاته[219]. ومن جهة أخرى، يجب أن يكون الإعلام واضحاً في مبناه ومعناه، مفهوماً لا لبس فيه ولا غموض، لذلك يقع على عاتق المدين بالالتزام بالإعلام اللجوء إلى عرض المعلومات باستخدام الألفاظ البسيطة والعبارات الواضحة، والبعد عن الأسلوب المركب بما فيه من ألفاظ فنية وعلمية، ما يصعب على غير المختص فهم دلالتها واستيعاب معانيها[220]. وفي السياق ذاته، قررت محكمة النقض الفلسطينية بأنه "يجب أن يُقرأ عقد التأمين كما يفهمه الشخص العادي وليس كما يفهمه الشخص الذي يملك معرفة فنية في القانون أو في التأمين"[221]. كذلك يشترط لاعتبار الإعلام مفهوماً؛ وضوح الشروط المتعلقة بموضوع العقد بكافة جوانبه بأن ترد بشكل ملحوظ، بحيث لا يتم إدراج شروط غامضة من شأنها أن تؤدي إلى الانتقاص من حقوق الطرف المقابل أو إسقاطها[222].

---

[219] بيلامي سارة، مرجع سابق، ص 96.

[220] خالد أحمد، مرجع سابق، ص 378.

[221] حكم محكمة النقض الفلسطينية رقم (2003/24)، الصادر بتاريخ 2003/11/19م.

[222] نور الدين أبو مريم، مرجع سابق، ص 185.

الفرع الثالث

نماذج تطبيقية للالتزام بالإعلام في النظام القانوني الفلسطيني

لما كان الالتزام بالإعلام التزاماً عاماً يحتمل وروده على العقود كافة، يكون من المناسب تسليط الضوء على أبرز تطبيقاته في النظام القانوني الفلسطيني.

أولاً: عقد التأمين

يظهر الالتزام بالإعلام في نطاق عقد التأمين[223] لا سيما اثناء المرحلة السابقة على التعاقد فقد نصت المادة (2/15) من قانون التأمين الفلسطيني رقم (20) لسنة 2005، على أنه "يلتزم المؤمن له بأن يقر وقت إبرام العقد بكل المعلومات التي يطلب المؤمن معرفتها لتقدير المخاطر التي يأخذها على عاتقه". وعليه، فإن المدين بالإعلام وهو المؤمن له يجب أن يقدم المعلومات الخاصة بمحل التأمين؛ نظراً لمعرفته الشاملة والدقيقة بكافة العوامل التي من شأنها زيادة فرص تحقق الحادث المُراد التأمين ضده، وكذلك جميع المؤثرات التي تجعل التعرض لمحل التأمين تتجاوز الحدود الاعتيادية[224]. وذلك كله بهدف تمكين المؤمن من دراسة الخطر المُراد التأمين منه، وتقدير درجة احتمال الحوادث المرتبطة به، ما يؤثر في تقدير قسط التأمين، بحيث يُبنى قراره بالتعاقد من عدمه بناءً على إرادة حرة وسليمة[225]. وبخلاف ذلك فإن التغرير بالكتمان من المؤمن له، واخفاؤه للمعلومات الجوهرية يخالف التزامه بالإعلام سنداً لما يوجبه مبدأ حسن النية، بمراعاة النزاهة والوضوح في تقديم المعلومات، والأمانة والصدق في كشف ظروف الشيء المُراد التأمين عليه. وفي هذا المعنى

---

[223] عرفت المادة (1) من قانون التأمين الفلسطيني رقم (20) لسنة 2005، المنشور في جريدة الوقائع الفلسطينية، عدد 62، بتاريخ 2006/3/25م، عقد التأمين بأنه "أي اتفاق أو تعهد يلتزم بمقتضاه المؤمن أن يؤدي إلى المؤمن له أو إلى المستفيد الذي اشترط التأمين لصالحه مبلغاً من المال أو إيراداً أو مرتباً أو أي عرض مالي آخر في حالة وقوع الحادث أو تحقق الخطر المبين بالعقد، وذلك نظير قسط أو أية دفعة مالية أخرى يؤديها المؤمن له للمؤمن".

[224] بهاء شكري، التأمين في التطبيق والقانون والقضاء: عقد التأمين، ج. 2، ط. 2، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2001، ص 54-61.

[225] بهاء شكري، مرجع سابق، ص 42.

تنص المادة (1/16) من قانون التأمين الفلسطيني رقم (20) لسنة 2005، على أنه "إذا كتم المؤمن له بسوء نية أمراً أو قدم بياناً غير صحيح بصورة تقلل من أهمية الخطر المؤمن منه أو تؤدي إلى تغيير موضوعه أو إذا أخل غاشاً بما تعهد به، كان للمؤمن أن يطلب فسخ العقد، ويجوز له أن يطلب بالإقساط المستحقة قبل هذا الطلب". وفي السياق ذاته قضت محكمة النقض الفلسطينية "أما كتم المؤمن له وحجبه بعض المعلومات أو البيانات عن المؤمن حول الخطر المؤمن منه، وكان هذا الكتمان هو دافع المؤمن للتعاقد أو أنه قلل من أهمية الخطر المؤمن منه، كي يتمكن المؤمن من تقدير قيمة المخاطر التي سيأخذها على عاتقه من حيث تحقق الخطر أو جسامته، وبالتي قدرته على تغطية آثاره عند وقوعه فضلاً عن تحديد مقدار القسط المناسب، فله أن يتحلل من التزامه بفسخ العقد أو قبول التأمين أو رفضه"[226]. ويمتد نطاق الالتزام بالإعلام نحو الشروط الخاصة بعقد التأمين، فلا بد من بيانها بأسلوب واضح وصريح، دون غموض، لما ترتبه من مغانم أو مغارم في حقوق الأطراف والتزاماتهم، ومن ثم فإن مخالفة الشرط معيار الوضوح قد يؤثر سلباً على تكوين عقد التأمين بحيث يشكل دافعاً للطرف المضرور بالعدول عن التعاقد. وفي حال انعقاد العقد يقع ذلك الشرط باطلاً، وفقاً لما جاء في المادة (3/12) من قانون التأمين الفلسطيني "يقع باطلاً كل شرط مطبوع لم يبرز بشكل ظاهر وكان متعلق بحالة من الحالات التي تؤدي إلى البطلان أو السقوط".

ثانياً: عقد العمل

في ظل التوافق على تنظيم علاقة عمل[227] بين العامل،[228] بما سيبذله من جهد ذهني أو جسماني وبين صاحب العمل،[229] وما يمتلكه من مقدرة مالية وحرية اختيار للطرف الآخر

---

[226] حكم محكمة النقض الفلسطينية رقم (2013/900)، الصادر بتاريخ 2015/3/15م.

[227] تنص المادة (1) من قانون العمل الفلسطيني رقم (7) لسنة 2000، المنشور في جريدة الوقائع الفلسطينية، عدد 39، بتاريخ 2001/11/25م، على أن "العمل: كل ما يبذله العامل من جهد ذهني أو جسماني لقاء أجر سواءً كان هذا العمل دائماً أو مؤقتاً أو عرضياً أو موسمياً".

[228] عرفت المادة (1) من قانون العمل الفلسطيني العامل بأنه " كل شخص طبيعي يؤدي عملاً لدى صاحب العمل لقاء أجر ويكون أثناء أدائه العمل تحت إدارته وإشرافه".

وهو العامل، يتأت الالتزام بالإعلام لبيان معالم العناصر الجوهرية المتصلة بعقد العمل المُراد إبرامه[230]. فمن جانب حتى يتحقق تنوير إرادة المتعاقد الراغب بالعمل، لا بد من تقديم المعلومات المؤثرة في قراره بالتعاقد من قبل صاحب العمل[231] عبر بيان نوع العمل وطبيعته ومقدار الأجرة، بالإضافة إلى الإفصاح عن مكان العمل وأوقاته. وفي هذا المعنى تنص المادة (28) من قانون العمل الفلسطيني رقم (7) لسنة 2000، على أنه "ينظم عقد العمل... متضمناً شروط العمل الأساسية خاصة الأجر ونوع العمل ومكانه ومدته...". ومن جانب آخر يقع على عاتق العامل تقديم جميع المعلومات الحقيقية؛ بأن يكون واضحاً في بيان خبرته المهنية ومؤهلاته سواءً العلمية أو الفنية مع مراعاة الأمانة في تقديم الوثائق والمستندات فلا يشرع في منح صاحب العمل شهادات مزورة مخالفة للحقيقة. بالإضافة إلى عدم كتمان المعلومات المؤثرة في قرار صاحب العمل بالتعاقد؛ كأن يخفي الراغب بالعمل معلومات تتصل بالحالة الشخصية أو الصحية أو تلك المتعلقة بالجرائم الأخلاقية[232]. فقد أجازت المادة (40) من قانون العمل الفلسطيني "لصاحب العمل إنهاء عقد العمل من طرف واحد إذا تبين انتحال العامل شخصية غير شخصيته أو تقديمه شهادات أو وثائق مزورة لصاحب العمل". ولما كان الحكم ينصرف إلى تنفيذ العقد، فمن باب أولى امتناع العامل عن مخالفة الالتزام بالإعلام في مرحلة ما قبل التعاقد، حتى لا يُصار إلى الإضرار بمصلحة صاحب العمل.

---

[229] بينت المادة (1) من قانون العمل الفلسطيني بأن "صاحب العمل: كل شخص طبيعي أو اعتباري أو من ينوب عنه يستخدم شخصاً أو أكثر لقاء أجر".

[230] تنص المادة (24) من قانون العمل الفلسطيني على أن "عقد العمل الفردي هو اتفاق كتابي أو شفهي صريح أو ضمني يبرم بين صاحب عمل وعامل لمدة محددة أو غير محددة أو لإنجاز عمل معين يلتزم بموجبه العامل بأداء عمل لمصلحة صاحب العمل وتحت إدارته وإشرافه، ويلتزم فيه صاحب العمل بدفع الأجر المتفق عليه للعامل".

[231] جمال أبو الخير، النظام القانوني لمرحلة المفاوضات على عقد العمل، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، مصر، ع. 65، دون مجلد، 2018، ص 691.

[232] جمال أبو الخير، مرجع سابق، ص 683.

ثالثاً: عقد الاستهلاك

يعد الالتزام بالإعلام مُتطلباً أساسياً في عقود الاستهلاك؛ نظراً لظهور اختلال التوازن المعرفي بين أطرافها بدرجةٍ بارزة؛ فعادة ما لا يملك المستهلك وسائل العلم الكافي للتعرف على ماهية وخواص المنتجات التي يقدم على شرائها، بينما المهني تتوافر لديه سبل المعرفة والدراية بالسلع والمنتجات التي يتعامل بها، الأمر الذي يستوجب فرض الالتزام بالإعلام لإعادة التوازن في المراكز العقدية والمعرفية بين الأطراف[233]. وفي هذا السياق قضت المادة (6/3) من قانون حماية المستهلك رقم (21) لسنة 2005، أنه من بين الحقوق التي يتمتع بها المستهلك؛ الحصول على المعلومات الصحيحة عن المنتجات التي يشتريها أو يستخدمها ليتسنى له ممارسة حقه بالاختيار الحر والواعي، بين كافة السلع والخدمات المعروضة في السوق. كما نصت المادة (1/24) من قانون حماية المستهلك على حق المستهلك في الاطلاع على أية نصوص أو وثائق يحيل إليها العقد، على أن يتم ذلك قبل التوقيع عليه. ولما كان الإعلام يستلزم الكفاية والوضوح والابتعاد عن التغرير، فقد ألزمت المادة (15) من قانون حماية المستهلك كل من يقوم بالترويج والإعلان للمنتجات، أن يراعي توافق ما يعلن عنه وواقع مواصفات المنتجات المعلن عنها، ويجب ألا ينطوي ذلك الإعلان على خداع أو تضليل المستهلك. وأيضاً توجب المادة (17) من قانون حماية المستهلك إعلان السعر بالعملة المتداولة على وحدة البيع المعروضة للمستهلك بشكل مباشر عليها، وإذا تعذر ذلك توضع في مكان بارز في مكان عرضها.

رابعاً: عقد العلاج الطبي

إن علاقة الطبيب بالمريض لا تقع خارج نطاق الالتزام بالإعلام، بل يكون على عاتق الطبيب قبل التدخل العلاجي أو العمل الجراحي، مع مراعاة الأحوال الخاصة بوجود حالتي

[233] خالد أحمد، مرجع سابق، ص 139.

الضرورة والاستعجال[234]، أن يقوم بإعلام المريض بقدر وافٍ حول تشخيص مرضه، وكيفية العلاج، ومدته والآثار والمخاطر التي يتعرض لها[235]. وسنداً لذلك نصت المادة (5) من القرار بقانون رقم (31) لسنة 2018 بشأن الحماية والسلامة الطبية والصحية[236] على أنه "1- باستثناء حالتي الضرورة والاستعجال، يقوم الطبيب بإعلام متلقي الخدمة أو من ينوب عنه قانوناً بالإجراءات الطبية التي ستجرى له والمضاعفات الطبية المتوقعة ضمن الحدود المقبولة علمياً وعالمياً. 2- في حالة عدم التمكن من إعلام متلقي الخدمة أو من ينوب عنه قانوناً، يتم أخذ موافقة طبيبين مختصين على الأقل للقيام بالإجراء الطبي الواجب العمل به لإيقاف الخطر عن متلقي الخدمة. 3- يتم توثيق إعلام متلقي الخدمة أو موافقة الطبيبين المختصين المشار إليهما في الفقرتين 1و2 من هذه المادة في الملف الطبي الخاص بمتلقي الخدمة، بما في ذلك توقيعه أو توقيع من ينوب عنه قانوناً على النموذج المعد لهذه الغاية".

خامساً: عقد النقل

يظهر الالتزام بالإعلام في عقد النقل سواءً اتصل بنقل الأشخاص أو الأشياء؛ ففي حالة نقل الأشخاص لا بد اثناء تكوين العقد، بيان مكان الوصول والمدة المعينة ووسيلة النقل، بهدف منع الالتباس وقيام الرضا الواعي والمستنير. فقد نصت المادة (1/77) من قانون التجارة رقم (12) لسنة 1966، على أنه "إن التعاقد على نقل الأشخاص كالتعاقد على نقل الأشياء يتم بمجرد حصول الرضا". وأما بخصوص نقل الأشياء يظهر الالتزام بالإعلام وفقاً لمضمون نص المادة (71) قانون التجارة رقم (12) لسنة 1966 فقد بينت أنه "1- إذا كان المنقول أشياء وجب على المرسل أن يعين بوضوح للناقل عنوان الشخص المرسل إليه

---

[234] يعود السبب في عدم إلزامية تقديم المعلومات في حالة الضرورة سنداً إلى مراعاة الحالة النفسية للمريض، وتأثره من بيان المعلومات الطبية من قبل الطبيب، لما تحتويه من مخاطر، فإذا قدر هذا الأخير أن المريض لا يتفاعل إلا بشكل سلبي، مما يُضعف مناعته في مقاومة المرض، فلا يُلزم الطبيب بتقديم المعلومات. وفيما يتصل بحالة الاستعجال فإن طبيعة العمل الطبي تستدعي عدم التأخير، الأمر الذي يلعب فيه الزمن دوراً مهماً، فمن باب أولى بذل العناية في حفظ النفس، فدرء المفاسد عن المريض بسرعة العمل الطبي أولى من مصلحة تقديم المعلومات له. راجع: محمود دودين، مسؤولية الطبيب المدنية الفردية عن أعماله المهنية، رسالة ماجستير، جامعة بيرزيت، فلسطين، 2006، ص 45.

[235] خالد أحمد، مرجع سابق، ص 382.

[236] منشور في جريدة الوقائع الفلسطينية، عدد 147، بتاريخ 2018/9/23م.

ومكان التسليم وعدد الطرود ووزنها ومحتوياتها ومهلة التسليم والطريق التي يلزم اتباعها. 2- وإذا وجد في الطرود أشياء ثمينة وجب عليه أن يعلم الناقل بوجودها وبقيمتها". وذلك كله من غير المتصور قيامه إلا اثناء المرحلة السابقة على عقد النقل.

المطلب الثاني

الالتزام بالمحافظة على سرية المعلومات

لما كانت المعلومات الواجب تقديمها لتنوير إرادة الطرف المتعاقد معه، قد تحتوي على خصائص وأسرار خاصة بموضوع التعاقد، فإنه يقع على عاتق الطرف مستقبل هذه المعلومات إلتزاماً بالمحافظة عليها بعدم استخدامها ونشرها. فالالتزام بالمحافظة على سرية المعلومات يشكل إلتزاماً مقابلاً للالتزام بالإعلام، ويتأتى استناداً لمبدأ حسن النية وفقاً لمقتضيات الأمانة ومراعاة الثقة بين الأطراف؛ لضمان حسن سير المرحلة السابقة على التعاقد ومنعاً لإضرار أحد المتعاقدين بالآخر. وعليه؛ سنتناول نطاق الالتزام بالمحافظة على سرية المعلومات في الفرع الأول، بينما نبين طبيعة هذا الالتزام في الفرع الثاني.

الفرع الأول

نطاق الالتزام بالمحافظة على سرية المعلومات

تتجسد أهمية المعلومات التي يجب المحافظة على سريتها، في كونها غير معروفة للجمهور نظراً لما تتمتع به من قيمة مادية أو معنوية بالنسبة لصاحبها[237]. فلا يحرص الشخص إلا على صون ما يمتاز بقيمة خاصة من وجهة نظره؛ فإذا ما حصل المساس به بطريقة لا يرضى عنها، فإنه يلحقه الخسائر والأضرار نتيجة لذلك، فمثلاً يتطلب التخطيط للحملات الإعلانية عن السلع والخدمات، أن يقوم صاحب المشروع بدراسة مزايا سلعه وخدماته وعيوبها، والمقارنة بينها عن طريق معرفة المشكلات التسويقية والدوافع التي تحرك

[237] سعد رمضان، المسؤولية المدنية الناشئة عن الإخلال بالسرية، دون طبعة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006، ص 30. يوسف شندي، مرجع سابق، ص 475. رومان حداد، مرجع سابق، ص 22.

المستهلكين، حتى يكون الإعلان المراد نشره موفياً بالغرض المقصود، من خلال اختيار انسب الوسائل لنشره؛ فقد يجري التفاوض بين صاحب المشروع واشخاص آخرين من ذوي الاختصاص في مجال الاعلانات التجارية مما يتطلب اطلاعهم على بعض الأسرار الخاصة بمجال صناعة السلع والخدمات وانتاجها، التي لا بد من الاحتفاظ بها لنجاح مشروعه، فالإفصاح عنها إلى الآخرين أو استعمالها شخصياً يؤدي إلى الحاق الضرر به[238].

ومما لا شك فيه بأن إلتزام المتعاقد بالمحافظة على سرية ما تم تقديمه له من معلومات، يجد تطبيقه في مواجهة المعلومات والبيانات التي أضفى عليها صاحبها طابع السرية نتيجة الثقة التي أولاها للمتعاقد معه[239]، ومن ذلك مثلاً الحالة المالية للمنشأة؛ فقد يطلب أحد الطرفين تسهيلات ائتمانية أو يعلن عن السعي للاندماج مع مؤسسة أخرى توقياً للانهيار المالي، أو الصعوبات الفنية التي يتم مواجهتها في التصنيع أو الإدارة أو وسائل الإنتاج، فلا يتأت الإعلان عن تلك المعلومات من صاحبها إلا نتيجة الثقة التي أولاها للطرف الآخر والتوقع المشروع بعدم استغلالها ضده، ومن ثم تأخذ هذه المعلومات طابع السرية، ما يفرض وجوب المحافظة عليها[240]. وينطبق ذات الحكم فيما يتصل بالدراسات والتصاميم والتي أُعدت بمناسبة العقد المُراد إبرامه، فلم يجرِ اعدادها من أجل اطلاع الغير عليها أو استخدامها شخصياً من قبل المتلقي وإنما بهدف تكوين العقد[241].

وكذلك الأمر بشأن ارتباط المعلومات بالناحية الفنية للمشروع الذي يشغله أحد الأطراف كما لو كان الغرض من عملية التعاقد معالجة إشكاليات فنية في التصنيع أو الإدارة أو تتصل بوسائل الإنتاج. وقد تكون المعلومات داخلة في نطاق المعرفة الفنية والتقنيات الخاصة في

---

[238] شيرزاد سليمان، مرجع سابق، ص 360.

[239] محمد دسوقي، مرجع سابق، ص 98. صباح الدليمي، المسؤولية المدنية الناشئة عن الإخلال بالسرية، رسالة ماجستير، جامعة النهرين، العراق،2007، ص 54

[240] محمد دسوقي، مرجع سابق، ص 99. محمد أبو زيد، مرجع سابق، ص 167.

[241] يزيد نصير، عقد التفاوض بحسن نية، مرجع سابق، ص 29. بوطبالة معمر، مرجع سابق، ص 152.

مجال التصنيع أو الإنتاج أو اساليب الإعلان والتوزيع، فلا يقع على عاتق الطرف المتلقي إلا الحفاظ على طابع السرية الخاصة بتلك المعلومات[242].

ويدخل في ذات النطاق، المعلومات التي تصل إلى علم أحد الطرفين، بالمصادفة أو بالبحث مثل سوء حالة المشروع أو تدهور المركز المالي لأحدهما، أو تقرير من البنك بأنه يتعرض لأزمة مالية. فالطرف الذي علم بذلك، لم يكن ليتيسر له هذا العلم، إلا بمناسبة المفاوضات لتكوين العقد، ومن ثم لا يجوز نشرها والإفضاء بها دون موافقة صاحب الشأن[243].

بالإضافة لما تقدم؛ فإن المعلومات التي تكون سرية غير قابلة للنشر أو للإعلان بطبيعتها تستوجب المحافظة عليها، وهي تلك المعلومات ذات الطابع الشخصي التي من شأنها إحداث ضرراً مادياً أو أدبياً في حال إعلانها ونشرها، كأن يعلم عن وجود شقاق ونزاع بين الأزواج والأقارب أو العلم حول المسائل الصحية، مثل الأمراض التي يعانيها المدراء أو المتفاوضين، فهذه المسائل لا يجوز الكشف عنها وفقاً لاعتبار حماية الحق في الخصوصية الشخصية [244].

ويمتد الالتزام بالمحافظة على السرية في تطبيقه إلى الطرف المتعاقد مستقبل المعلومات وجميع ما يتصل به من اشخاص سواءً كانوا مساعديه أو تابعين له؛ لما يناط بهم من مهمة الاطلاع على المعلومات السرية ودراستها وتقييمها[245]. فمن المتصور وفقاً لموضوع العقد المُراد إبرامه، أن يستعين الطرف الأساس بالتعاقد بغيره من الخبراء والباحثين والمستشارين ومن ثم يقع على عاتقهم جميعاً، واجب المحافظة على المعلومات السرية الخاصة بموضوع التعاقد، كونها ليست معروفة للعامة، ففي حالة نشرها أو استخدامها يتضرر من تخصه تلك

---

[242] هلدير أحمد، نظرية الغش في العقد، دون طبعة، دار الكتب العلمية، بيروت، 2011، ص 173.

[243] محمد دسوقي، مرجع سابق، ص 99.

[244] محمد دسوقي، مرجع سابق، ص 98.

[245] صباح الدليمي، مرجع سابق، ص 15. احمد الخولي، السرية في المفاوضات السابقة على التعاقد، رسالة ماجستير، جامعة اليرموك، الأردن،2011، ص 79.

المعلومات[246]. وعليه، فالغالب في مجال عقود نقل التكنولوجيا أن ترد على معلومات فنية وتقنية، الأمر الذي يتطلب تدخل عدد من الأشخاص، منهم الخبراء والباحثين في ذات المجال، فيطلعون على أسرار تلك التكنولوجيا؛ فمن المحتمل في هذه الحالة إمكانية نشر تلك المعلومات للعامة أو استخدامها بطريقة شخصية، ومن ثم فإن الالتزام بالمحافظة على المعلومات السرية في هذا الفرض، لا يقتصر على الطرف المباشر في عقد نقل التكنولوجيا وإنما يمتد أيضاً ليشمل الأشخاص الذين تدخلوا بعملية التعاقد[247].

وبالمقابل، يخرج من نطاق الالتزام بالمحافظة على سرية المعلومات ما يلي:

1- المعلومات التي جرى الاطلاع عليها اثناء تكوين العقد وبمناسبته؛ وتعد من المسائل غير المشروعة، ما يجب الإفضاء بها إلى السلطات العامة، متى كانت تشكل جريمة جنائية، بحيث يوجب القانون الإبلاغ عنها؛ كالتهرب من الضرائب أو التلاعب بمكونات الشيء موضوع التعاقد أو الاحتكارات المحظورة[248]. وفي هذا المعنى تنص المادة (24) من قانون الإجراءات الجزائية رقم (3) لسنة 2001 النافذ في فلسطين على أنه "لكل من علم بوقوع جريمة أن يبلغ النيابة العامة أو أحد مأموري الضبط القضائي عنها ما لم يكن القانون قد علق تحريك الدعوى الجزائية الناشئة عنها على شكوى أو طلب أو إذن".

2- المعلومات المحمية قانوناً بقواعد حقوق الملكية الفكرية، سواءً الصناعية أو الأدبية منها ويستوي في ذلك أن تكون موضوع التعاقد في أصله، أو جرى الاطلاع عليها أثناء التعاقد[249]. ويعود السبب في كونها خارج نطاق الالتزام بالمحافظة على السرية؛ بأن حماية هذه الحقوق كفلتها القوانين الخاصة، فعدم المحافظة على سرية هذه المعلومات والمسؤولية عنها يعد نتيجة الاعتداء على حق صاحبها، والذي تنظمه القوانين ذات

---

[246] بلحاج العربي، مرجع سابق، ص 73.

[247] أبو العلا النمر، الالتزام بالمحافظة على الأسرار في عقود نقل التكنولوجيا، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، مصر، ع.1، م. 48، 2006، ص 28.

[248] شيرزاد سليمان، مرجع سابق، ص 363. براهمي فايزة، مرجع سابق، ص 143.

[249] أحمد الخولي، مرجع سابق، ص 64.

العلاقة[250]. ويستثنى من هذا الحكم، الاعتداء الذي يقع على هذه الحقوق قبل ميعاد خضوعها للحماية التي نص عليها القانون؛ فإذا كانت تلك المعلومات موضوع عملية التعاقد فإنها تخضع للأحكام الخاصة بالالتزام بالسرية، مما يشكل عدم المحافظة عليها بنشرها أو استخدامها انتهاكاً لمبدأ حسن النية.

3- بقاء المرحلة السابقة على التعاقد ذاتها في طور الكتمان؛ إي عدم إخبار الغير بوجودها فالأصل أن التصريح عن وجود مرحلة سابقة على تعاقد، يباشر خلالها الطرفين التفاوض لإبرام عقد؛ لا يعد مخالفاً لمبدأ حسن النية، نظراً لأن تلك المعلومات ليست سرية بطبيعتها[251]. إلا أن الاعلام عن قيام المرحلة السابقة على التعاقد لا يخرج كلية من دائرة السرية؛ عندما يكون كتمها وعدم التصريح بوجودها محل اعتبار بالنسبة للطرفين. وهذا ما يتطلب تفاهمهما حول ذلك، فغالباً ما لا يتردد الأطراف في إخفاء قيام مرحلة تسبق العقد؛ تفادياً لأية عائق قد يحصل لعرقلة سيرها والحيلولة دون إتمامها بنجاح[252].

4- المعلومات والبيانات التي أدلى بها صاحبها إلى وسائل الإعلام، إذ أُعلنت إلى الناس كافة، فيكون قد أزال عنها بنفسه طابع السرية[253].

وهكذا؛ فإن نطاق الالتزام بالسرية يحتوي على مجموعة من المعلومات، يجب المحافظة عليها من قبل الطرف المتلقي وَمَن يستعين بهم من الأشخاص كافة؛ وعلى أية حال، يبقى للقاضي السلطة التقديرية، حسب ظروف كل قضية، في مدى اعتبار المعلومات التي جرى اعلانها للغير أو استخدامها بطريقة شخصية من قبيل المعلومات السرية؛ بما يشكل انتهاكاً

[250] محمود فياض، مرجع سابق، ص 257. عبد العزيز حمود، مرجع سابق، ص 281.

[251] محمد صديق، مرجع سابق، ص 396.

[252] معمر بوطبالة، مرجع سابق، ص 134.

[253] محمد دسوقي، مرجع سابق، ص 100.

للالتزام بالمحافظة على السرية، مما يتعارض مع مقتضيات الأمانة سنداً لمبدأ حسن النية[254].

الفرع الثاني

طبيعة الالتزام بالمحافظة على سرية المعلومات

يعد الالتزام بالمحافظة على سرية المعلومات؛ إلتزاماً مقابلاً للالتزام بالإعلام، فمن المفترض بداهة حتى يقع على عاتق الطرف المتعاقد، اتخاذ مسلكاً سلبياً بالمحافظة على سرية المعلومات، من خلال عدم استخدامها بطريقة شخصية والامتناع عن كشفها وتقديمها للغير قيام المتعاقد الآخر بالأصل بالسلوك الإيجابي عن طريق تقديم معلومات ذات طبيعة سرية ومؤثرة على تنوير الإرادة[255]. فالوضع القائم من تقديم المعلومات السرية يجب حمايته؛ نظراً لأن المعلومات تؤسس لقيام التعاقد بناءً على إرادة حرة ومستنيرة، ما يشكل وصول المرحلة السابقة على التعاقد إلى الغاية المرجوة منها، فمن غير المنطقي إلزام أحد الطرفين بتقديم المعلومات الجوهرية بما فيها من قيمة مادية ومعنوية، وبطريقة كافية وواضحة، إلى الطرف الآخر حتى تتكون إرادته بطريقة حرة ومستنيرة، دون إلزام هذا الأخير بعدم استغلال تلك المعلومات لمصلحته الشخصية أو نشرها للغير[256]. فمثلاً يقع على عاتق المحامي في ظل مرحلة ما قبل إبرام عقد الوكالة المحافظة على سرية ما جرى تقديمه من معلومات خاصة بالشخص الآخر. وكذلك يقع على عاتق المجلة العلمية أو دار النشر في مرحلة ما قبل إبرام عقد النشر، المحافظة على سرية المعلومات والبيانات التي تقدم بها صاحب الدراسة.

وفي ظل تشريعات القانون المدني، لا يظهر الالتزام بالمحافظة على سرية المعلومات بوجهٍ مباشر سواءً؛ في نصوص مجلة الأحكام العدلية أو مشروع القانون المدني الفلسطيني وكذلك الحال بشأن كل من القانون المدني الأردني والمصري، الأمر الذي لا يعني خروجه عن

---

[254] شيرزاد سليمان، مرجع سابق، ص 363. محمد صديق، مرجع سابق، ص 398.

[255] هدى بن يوب، مرجع سابق، ص 121. ابو العلا النمر، مرجع سابق، ص 6.

[256] يوسف شندي، مرجع سابق، ص 474. رومان حداد، مرجع سابق، ص 21.

نطاق المبادئ العامة للقانون؛ إذ يتأصل الالتزام بالمحافظة على سرية المعلومات بالاستناد إلى مبدأ حسن النية وما يحتويه من مقتضيات الأمانة ومراعاة الثقة المشروعة. فتقديم المعلومات لم يتأت إلا سنداً للثقة المشروعة المتولدة اثناء التعاقد؛ ومن ثم يقع لزاماً على متلقي المعلومات عدم الإخلال بتلك الثقة، ومقابلتها بالأمانة في الحفاظ على سرية المعلومات[257]. ومن بين النصوص القانونية التي تناولت واجب المحافظة على السرية ما ورد في المادة (76) من قانون البينات في المواد المدنية والتجارية رقم (4) لسنة 2001 النافذ في فلسطين، فقد نصت على أنه "لا يجوز لمن علم من المحامين أو الأطباء أو الوكلاء أو غيرهم عن طريق مهنته أو صنعته، بوقائع أو معلومات أن يفشيها ولو بعد انتهاء خدمته أو زوال صفته، ما لم يكن ذكرها له مقصوداً به ارتكاب جناية أو جنحة."

وترتيباً على ما تقدم، فإن إلتزام المتعاقد بالحفاظ على سرية المعلومات يقتضي منه (أولاً) الامتناع عن إفشاء هذه الأسرار؛ بمعنى مراعاة الكتمان وعدم نشر البيانات والمعلومات وكذلك الدراسات ذات الطابع السري، التي ظهرت له بصورة عرضية أو مقصودة من قبل الطرف الآخر بناءً على طلبه، وذلك بمناسبة السير في مرحلة إجراءات المفاوضات وإبرام العقد، بحيث يمتنع عن إفشائها أو اطلاع الآخرين عليها بصورة علنية لأكثر من شخص سواءً بالقول أو الكتابة أو الإشارة، ولو كان الغرض علمياً، أو بصورة خاصة لشخص واحد أو صديق[258]. كما يتطلب منه (ثانياً): عدم استغلال أو استعمال المعلومات والبيانات السرية التي اطلع عليها اثناء التعاقد، لحساب نفسه بأي طريقة سواءً كانت عن طريقه شخصياً أو بواسطة أحد أعوانه في عملية التعاقد. ويستوي هذا الحكم خلال سير مرحلة ما قبل التعاقد أو انتهائها بعدم الوصول إلى إبرام العقد المطلوب[259].

وهكذا؛ وفيما يتصل بمصير الالتزام بالمحافظة على سرية المعلومات والأفكار المتعلقة بموضوع التعاقد، التي تم الحصول عليها نتيجة مرحلة ما قبل التعاقد، في فترتي المفاوضات

---

[257] رومان حداد، مرجع سابق، ص 24. محمود فياض، مرجع سابق، ص 257. شيرزاد سليمان، مرجع سابق، ص 362.

[258] سعد رمضان، مرجع سابق، ص 211. بوطبالة معمر، مرجع سابق، ص 135

[259] رومان حداد، مرجع سابق، ص 27.

وإبرام العقد، فإن معالجة هذه المسألة تستلزم التمييز بين فرضين اثنين؛ الأول يتمثل في حالة الأثر الإيجابي للمرحلة السابقة على التعاقد بالوصول إلى انعقاد العقد، ففي مثل هذا الفرض فإن الالتزام بالسرية يظل قائماً، ليصبح مصدره العقد النهائي. وأما الفرض الثاني يتجسد في الأثر السلبي لمرحلة ما قبل التعاقد، بعدم وصول الأطراف إلى إبرام العقد؛ وهنا إذا ما نشأ مثل هذا الفرض فإن الالتزام بالمحافظة على سرية المعلومات التي أطلع عليها المتعاقد اثناء تكوين العقد يظل قائماً ومعمولاً به[260]. ومخالفة هذا الالتزام توجب قيام المسؤولية[261].

المطلب الثالث

الالتزام بالتعاون

تقوم المرحلة السابقة على التعاقد أساساً، على التعاون المشترك فيما بين الأطراف، وصولاً إلى الاتفاق الذي يجسد العقد النهائي المطلوب[262]، ففي فترة المفاوضات يقع على عاتق كل طرف تعاوناً، تام ومستمر، مع الطرف الآخر، عن طريق إجراء الاتصالات والمناقشات وتبادل التقارير والدراسات وغيرها من الأعمال، على نحو يضمن لهذه المفاوضات الاستمرارية لبلوغ فترة إبرام العقد، وما تقتضيه هذه الأخيرة من وجوب متابعة التعاون في تقديم الإيجاب والرد عليه قبولاً أو تعديلاً، بما يؤدي إلى التوافق بين الطرفين على المسائل المتعلقة بالعقد كافة، وصولاً إلى متابعة الإجراءات الشكلية اللازمة مما يترتب عليها انعقاد العقد. وعليه، نتناول مضمون الالتزام بالتعاون في الفرع الأول؛ ونبين صوره في الفرع الثاني.

---

[260] المرجع سابق، ص 340.

[261] كما سنرى لاحقاً، عند حديثنا عن طبيعة المسؤولية وحالاتها ضمن الفصل الثاني من هذه الدراسة.

[262] محمد صديق، مرجع سابق، ص 391.

الفرع الأول

مضمون الالتزام بالتعاون

الالتزام بالتعاون مؤداه قيام الأطراف بالمشاركة في الأعمال والتصرفات اثناء التعاقد كافة استناداً إلى الثقة المتبادلة ومراعاة للمصالح المبررة المشروعة لكل منهما، بهدف الوصول إلى إتمام عملية التعاقد بصورة إيجابية[263].

ويقتضي الالتزام بالتعاون المشاركة بطريقة إيجابية، بالقيام بكافة السلوكيات والتصرفات لخدمة المصلحة التعاقدية من جانب طرفي عملية التعاقد. فالعقد لا يتكون بالصراع والتناحر، وإنما بالتعاون والثقة المتبادلة بين طرفين يسعي كل طرف منهما متشاركاً مع الآخر نحو تحقيق مصالحه[264].

وتبرز خصوصية الالتزام بالتعاون كونه لا يكون إلا تبادلياً، يقع على عاتق الطرفين معاً فمن غير المتصور استقلال أحد الأطراف، بكافة الأعمال والتصرفات دون أن يقابلها أية مواقف وسلوكيات إيجابية من الطرف الآخر[265]. فمثلاً في المرحلة السابقة لعقد تأجير عقار، يقع على عاتق صاحب العقار ارشاد من يرغب بالاستئجار إلى موقع العقار، وبيان حق المرور إلى العقار، وإذا كانت أرضاً زراعية يُبَيّن له حق الشرب والمسيل، بالإضافة إلى معاينة العقار من الطرفين لمحاولة اكتشاف عيوبه وإصلاحها[266].

ومما لا شك فيه بأن إرساء عوامل التعاون والمشاركة القائمة على الثقة المتبادلة بين الأطراف، يكون من شأنه طمأنتهم وتبديد عوامل الشك والخشية، من عدم الوصول إلى اتفاق وإنجاز العقد المُراد إبرامه[267]. فالالتزام بالتعاون يتجه إلى إيجاد نوع من التوافق بين المصالح

---

[263] بيلامي سارة، مرجع سابق، ص 87.

[264] حسام الأهواني، مرجع سابق، ص 418.

[265] شيرزاد سليمان، مرجع سابق، ص 395.

[266] عبد الحليم القوني، مرجع سابق، ص 620.

[267] هدى بن يوب، مرجع سابق، ص 71.

المتعارضة للأطراف[268]؛ فالمرحلة السابقة على التعاقد وفقاً لطبيعتها، تستلزم بذل المساعي من قبل الأطراف بالتفاوض وإبرام العقد، كما أنها قد تطول زمنياً نظراً لطبيعة العقد المُراد إبرامه؛ فالأطراف الراغبة بالتعاقد قد تتنوع بين أشخاص مختلفة منهم من يمثل شركة أو مشروعاً خاصاً تهدف من وراء التعاقد تحقيق حاجات اجتماعية واقتصادية[269]؛ كعقود إنشاء مجمعات صناعية مثلاً، يكثر فيها عدد أفراد كل طرف، إذ يلزم الفني والمحاسبي والقانوني وغيرهم من ذوي الاختصاص، فضلاً عن تداخل العمليات اللازمة لطبيعة التعاقد بالنظر إلى المتطلبات والاحتياجات المركبة والمتفرعة، لتكوين العقد الأساس المُراد الوصول إليه؛ الأمر الذي يستلزم التعاون بين الأطراف لضمان حسن سير المرحلة السابقة على التعاقد بالوصول إلى إتمام التعاقد[270].

والالتزام بالتعاون يفترض وجوده ضمناً دون الحاجة إلى النص عليه صراحة؛ فمبدأ حسن النية يفرض على الأطراف خلال المرحلة السابقة على التعاقد الامتناع عن الغموض والتناقض في الأقوال والأفعال[271]؛ فهم ملتزمون بالنزاهة في توضيح مشتملات عملية التعاقد كافة؛ وبالأمانة بالابتعاد عن إبداء المعوقات واساليب التحايل؛ وبالصدق في اتمام المتطلبات الواجب انجازها وحضور جلسات التعاقد.

ويختلف الالتزام بالتعاون عن كل من الالتزام بالإعلام والمحافظة على سرية المعلومات من عدة جوانب؛ تتمثل بالهدف من فرضها (أولاً): فالالتزام بالتعاون يهدف إلى ملائمة المصالح المتقابلة والمتعارضة للأطراف؛ بينما يهدف الالتزام بالإعلام إلى تنوير إرادة الطرف الذي لا يمتلك المعلومات الجوهرية؛ في حين يأتي الالتزام بالمحافظة على السرية منعاً لإضرار متلقي المعلومات بالطرف الذي يمتلكها هذا من جانب. ومن جانب آخر يظهر الاختلاف بالنظر إلى طبيعتها (ثانياً): إذ أن الالتزام بالتعاون يشكل عملاً تبادلياً مشتركاً بين أطراف

---

[268] محمد أبو زيد، مرجع سابق، ص 171.

[269] فداء خريسات، مرجع سابق، ص 51.

[270] عروبة المعموري، مرجع سابق، ص 7.

[271] أحمد سلامة، مرجع سابق، ص 65. شيرزاد سليمان، مرجع سابق، ص 395.

العقد يقع على عاتقها معاً، وأما الالتزام بالإعلام فلا يقع إلا على عاتق أحد الأطراف نظراً لامتلاكه المعلومات الجوهرية، وبخصوص الالتزام بالحفاظ على سرية المعلومات فهو التزاماً سلبياً بعدم القيام بعمل من قبل متلقي المعلومات. كما يتجسد الاختلاف في نطاق كل من الالتزامات (ثالثاً): فالتعاون يظهر بكافة مشتملات المرحلة السابقة على التعاقد من مسائل وتفاصيل؛ بينما الإعلام يقتصر على المعلومات الجوهرية المؤثرة، في حين أن الحفاظ على السرية لا يحتوي سوى المعلومات غير المعروفة للجمهور لما لها من قيمة مادية أو معنوية.

الفرع الثاني

صور الالتزام بالتعاون

أولاً: متابعة إجراءات عملية التعاقد

لما كانت المرحلة السابقة على التعاقد بما فيها من مفاوضات، تستلزم تواصل الأطراف وتفاعلهم بهدف الوصول إلى انعقاد العقد، فإنها تقتضي وجوب التعاون الإيجابي فيما بينهم تحقيقاً لذلك الهدف. فإجراءات عملية التعاقد منذ بدايتها وصولاً إلى انعقاد العقد، تتطلب بذل الأطراف عنايتهم اللازمة، على نحو من تظافر الجهود ومشاركة بعضهم بعضاً، في التباحث والتفاهم وصولاً إلى تكوين الحلول الملاءمة بما يحقق التقاء مصالحهم.

ويتجسد الالتزام بالتعاون منذ بدء المرحلة السابقة على التعاقد، فكما بينا سابقاً تظهر أولى معالمها، بتوجيه الدعوة إلى التعاقد من قبل أحد الأطراف، وما يتبعها بقبول الطرف الآخر لبداية المفاوضات حول موضوع العقد المُراد إبرامه. ومن ثم تبدأ الإجراءات العملية للتعاقد وما تحتويه من تواصل الأطراف وتفاعلهم بالمشاركة، حول إعداد خطة العمل لسير موضوعات التعاقد وتحديد مواعيد الجلسات ومكانها[272]. وعليه، يقع على عاتق الأطراف متابعة الالتزام بالتعاون لا سيما باحترام الوقت المحدد لكل فترة من فترات المرحلة السابقة

[272] زيتوني فاطمة، مرجع سابق، ص 361. أحمد سلامة، مرجع سابق، ص 66.

على التعاقد، والتقييد بمواعيد الجلسات والاجتماعات[273]، وكذلك عدم التمسك بتحديد أماكن لإجراء التفاوض تستدعي سفراً وإنفاقاً دون مبرر[274]. هذا بالإضافة إلى الرد على المراسلات المتبادلة بين الأطراف في المواعيد المحددة أو المعقولة[275]، وعدم التأخر في التعبير عن الرغبات أو المواقف من العروض المطروحة[276].

يضاف لما سبق، أن الأعمال والتصرفات الصادرة عن أحد الأطراف، يترتب عليها قيام الثقة المشروعة لدى الطرف الآخر، بالمتابعة والاستمرار في إجراءات عملية التعاقد[277]، ومن منطلق هذه الثقة المشروعة التي تولدت لدى الطرف المتفاوض، فإنه سيقدم على بذل النفقات والجهود في سبيل التعاون والتحضير لقيام العقد، عن طريق إجراء الدراسات الاقتصادية والفنية من خلال الاستعانة بالخبراء، بالإضافة إلى استئجار العقارات والحصول على الموافقات والتراخيص الإدارية[278]. وترتفع حالة الثقة مع تقدم السير في المرحلة السابقة على التعاقد، وانتقال الأطراف إلى فترة إبرام العقد، بمعنى أن الأطراف في أقرب مستوى من انعقاد العقد. وبالمقابل، استناداً لمبدأ حرية التعاقد، يظل لكل طرف مطلق الحرية في عدم إبرام عقد غير موافق لمصلحته وللهدف المُراد تحقيقه، ومن ثم فإن عدم إبداء التعاون والمشاركة في متابعة إجراءات عملية التعاقد، دون الوصول إلى إتمام التعاقد لا بد أن يستند إلى أسباب مشروعة حرية بالقبول[279]. فالالتزام بالتعاون بطبيعته ليس إلتزاماً بتحقيق نتيجة وهي انعقاد العقد، وإنما هو إلتزام ببذل عناية اثناء التعاقد، من خلال بذل الجهد المعقول والمعتاد من قبل كل طرف لأجل تكوين العقد، وهو ما يعني التعاون في مباشرة إجراءات

---

[273] عبد العزيز حمود، مرجع سابق، ص 278.

[274] بيلامي سارة، مرجع سابق، ص 88.

[275] محمد صديق، مرجع سابق، ص 392.

[276] عبد العزيز حمود، مرجع سابق، ص 279.

[277] براهمي فايزة، مرجع سابق، ص 133.

[278] عروبة المعموري، مرجع سابق، ص 49.

[279] زيتوني فاطمة، مرجع سابق، ص 77.

التعاقد والاستمرار بها طبقاً لما يقتضيه مبدأ حسن النية، دون أن يعني حتمية وجوب الإتفاق على عناصر العقد[280].

ثانياً: الاعتدال في تقديم العروض والشروط ومناقشتها

بموجب الالتزام بالتعاون يقع على كل طرف متفاوض، تقديم المقترحات بما تحتويه من العروض والشروط التي تتناول المسائل موضوع التعاقد، بأسلوب معتدل والابتعاد عن تقديم وطرح الشروط التعجيزية مؤكدة الرفض[281]. ومما لا شك فيه أن تقديم المقترحات غير الجادة وغير المعتدلة، لا يكون من شأنه سوى التأثير سلباً في إتمام عملية التعاقد، أو دفع المفاوض الآخر إلى صرف النظر عنها كلياً، فلا سبيل للتعاون إلا بالطرح البناء والسليم للمقترحات المقدمة[282]. وعليه، يقع على عاتق كل طرف الإبتعاد عن تقديم المقترحات المغالى فيها والميؤس من قبولها، في الوقت الذي لم تكن فيه هذه الشروط مطروحة لدى بداية التعاقد، إذ ينبئ هذا المسلك عن وضع العقبات وعدم التعاون والمشاركة في تكوين العقد[283]. في حين أن الشروط المبتدأة لا يعيبها المغالاة متى كانت تخضع للمفاوضة أو حتى الإصرار من جانب صاحبها على هذه الشروط. وكذلك الإبتعاد عن إعادة طرح شروط جديدة لمسألة تم الإتفاق عليها سابقاً، إلا إذا دعت الضرورة والحاجة إلى إعادة بحث هذه المسألة من جانب الطرفين لإتمام التعاقد بوجهٍ سليم. بالإضافة إلى عدم طرح الأفكار الغامضة والتي تشتت فكر المتفاوض معه، وعدم تقديم شروط غير متناسبة والأهمية الإقتصادية للعقد المُراد إبرامه[284].

والاعتدال في تقديم الشروط يمكن استخلاصه من طبيعة سير عملية التعاقد، إذ قد يتفاهم الأطراف على وجوب أن تكون الشروط المطروحة منسجمة مع المعايير السائدة في الوسط

---

[280] محمد حفناوي، مرجع سابق، ص 89. رعد اللوزي، مرجع سابق، ص 93.

[281] عبد العزيز حمود، مرجع سابق، ص279. محمد صديق، مرجع سابق، ص 392.

[282] هدى بن يوب، مرجع سابق، ص 116.

[283] محمد حفناوي، مرجع سابق، ص 88.

[284] أحمد سلامة، مرجع سابق، ص 64.

الصناعي والتجاري فيما يتصل بالعقد المُراد إبرامه بينهما. والثابت أن المعروف بين التجار كالمشروط بينهم[285]، كما أن المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً[286]. وعليه، فإن التقدم بأي شروط لا تتفق أو تنسجم مع هذه المعايير لا شك أنه يشكل إخلالاً يتنافى مع التعاون بما يحقق التفاهم المشترك حول عناصر العقد[287].

وترتيباً على ما تقدم، فإن التعاون بالاعتدال في تقديم الشروط ومناقشتها يقتضي الجدية من الطرفين، فقيام الرغبة الحقيقة والجادة في التعاقد من قبل الأطراف، من شأنه بذل المساعي في تقديم الشروط المنطقية، وإعطاء المتفاوض معه الوقت الكافي للتأمل واتخاذ القرار المناسب بشأن الشروط المطروحة. الأمر الذي يعني دراسة الشروط المقترحة بجدية وموضوعية بعيداً عن التشدد ومحاولة الاستئثار بالفائدة بصورة مستقلة، وعدم رفضها تلقائياً بمجرد تقديمها دون أي مبرر[288].

[285] المادة (44) من مجلة الأحكام العدلية.

[286] المادة (43) من مجلة الأحكام العدلية.

[287] براهمي فايزة، مرجع سابق، ص 134.

[288] بلحاج العربي، مرجع سابق، ص 70.

الفصل الثاني

أحكام المسؤولية في المرحلة السابقة على التعاقد

مما لا شك فيه أن إقامة المسؤولية في المرحلة السابقة على التعاقد، يُظهر فعالية مبدأ حسن النية في تقييد حرية العدول عن التعاقد، فالمتعاقد يحافظ على الجدية في سلوكه، ما يعزز الثقة بين الأطراف ويشكل حماية لمصالحهم. فإذا انتهج أحد الأطراف سلوكاً مخالفاً لمبدأ حسن النية مع تعدد صور ذلك واختلافها، مما يؤدي إلى عدم انعقاد العقد، وإلحاق الضرر بالطرف المقابل، الأمر الذي يوجب تعويض هذا الأخير عما اصابه من ضرر. وبناءً عليه تم تقسيم هذا الفصل إلى ثلاثة مباحث؛ يتناول الأول طبيعة المسؤولية، ويوضح المبحث الثاني حالات المسؤولية، في حين يعرض المبحث الثالث التعويض.

المبحث الأول

طبيعة المسؤولية

في ظل مساعي الأطراف التوافق على تكوين عقد معين، قد ينحرف أحدهم عن السلوك المألوف وعن الامتثال لمبدأ حسن النية، فيصطدم هدف انعقاد العقد بالإخلال بالواجب العام القاضي بعدم الإضرار بالغير، الأمر الذي يثير التساؤل عن طبيعة المسؤولية المدنية في المرحلة السابقة على التعاقد. وعليه، سنتناول في المطلب الأول المسؤولية العقدية وسنوضح في المطلب الثاني المسؤولية التقصيرية، وأما المطلب الثالث فسنتطرق فيه إلى المسؤولية من نوع خاص.

المطلب الأول

المسؤولية العقدية

إن تصور مدى نشوء المسؤولية العقدية، في المرحلة السابقة على التعاقد، يتأتى عبر فرضين اثنين؛ الأول في حال عدم وجود اتفاق صريح بين الأطراف ينظمها، وهو ما

سنتناوله من خلال دراسة نظرية الخطأ عند تكوين العقد في الفرع الأول. والفرض الثاني يبرز عند وجود اتفاق ينظم المرحلة السابقة على التعاقد؛ وسنتناوله في الفرع الثاني.

الفرع الأول

الخطأ عند تكوين العقد

تعد نظرية الخطأ عند تكوين العقد للفقيه الألماني ايرنج، من اوائل النظريات التي أسست لقيام مسؤولية مدنية في مرحلة ما قبل التعاقد[289]. ومؤدى هذه النظرية قيام المسؤولية العقدية استناداً إلى توافر الخطأ الذي يقع بمناسبة تكوين العقد؛ سواءً حال دون إبرامه أم أدى إلى بطلانه على نحو يلزم فاعله بتعويض الطرف الآخر، عما لحقه من ضرر وخسائر بمقتضى "العقد الباطل" الذي تسبب في بطلانه[290]. ومعنى ذلك أنه يجعل التعويض أثراً أصلياً يترتب على العقد الباطل بوصفه عقداً وليس باعتباره واقعة مادية[291].

ويستند ايرنج في تكييفه للخطأ بأنه عقدي على الرغم من عدم انعقاد العقد أو بطلانه، إلى افتراض وجود عقد ضمني مقترن في كل تعاقد، يتعهد بمقتضاه كل شخص يرغب بالتعاقد للطرف الآخر بصحة التصرف[292]، وبأن لا يقوم بما يؤدي إلى إعاقة التعاقد أو بطلان العقد، وبالمقابل يكون رضاء المتعاقد الآخر في الوقت نفسه قبولاً ضمنياً لذلك التعهد فيتكون عقد الضمان بإيجاب وقبول ضمنيين[293]. فالإيجاب الصادر من أحد الأطراف يتحلل إلى

---

[289] لقد جاءت نظرية ايرنج في سياق خلو القانون الألماني السائد في عهده سنة 1860م، والمستمد من القانون الروماني، من تنظيم عام بأن كل خطأ يرتب مسؤولية مدنية، وإنما كانت الأعمال الضارة التي توجب التعويض مقيدة بشروط معينة، فلم يستطع ايرنج أن يقرر بأن العقد الباطل خطأً، يوجب التعويض كواقعة مادية، فقد عاد إلى القانون الروماني واستخلص نظريته من مجموع النصوص التي تجيز رجوع أحد المتعاقدين على الآخر في العقد الباطل بمقتضى دعوى العقد ذاتها. للمزيد انظر: عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص 505. محمود زكي، مشكلات المسؤولية المدنية، ج.1، دون طبعة، مطبعة جامعة القاهرة، القاهرة، 1978، ص 119 وما يتبعها.

[290] المرجع سابق، ص 119.

[291] عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص 506.

[292] يزيد نصير، مرحلة ما قبل إبرام العقد، نظرية الخطأ في اثناء التفاوض والقطع التعسفي للمفاوضات، مرجع سابق، ص 214. نزيه المهدي، مرجع سابق، ص 302.

[293] محمد حسين، الجوانب القانونية للمرحلة السابقة على التعاقد، مجلة الحقوق، الكويت، ع. 2، م. 22، 1998، ص 767.

إيجابين الأول موضوعه العقد المُراد إبرامه، وأما الثاني فموضوعه ضمان صحة التعاقد ولما كان هذا الأخير يتمخض لمصلحة الموجب له، فإن مجرد سكوته يعد قبولاً يقوم به العقد الضمني[294]. وعليه، فإن عدم إبرام العقد أو بطلانه بسبب يرجع لأحد الأطراف؛ يعد إخلالاً منه بهذا العقد الضمني، مما يستوجب تعويض الطرف الآخر وفقاً لأحكام المسؤولية العقدية. وهكذا، فالتصرف القانوني الذي يضفي الطبيعة العقدية يتأتى بموجب العقد الضمني، بحيث يلتزم بمقتضاه كل طرف تجاه الآخر، بأن يجعله في وضع يسمح له بإبرام العقد موضوع التعاقد، كما يلتزم في الوقت ذاته، بالامتناع عن أي عمل من شأنه اعاقة عملية إبرام العقد[295].

وعليه، فإن قيام أحد الأطراف بإنهاء مرحلة ما قبل التعاقد دون مبرر مشروع، يكون قد خالف ما يفرضه عليه العقد الضمني، ومن ثم قيام الخطأ العقدي، ما يوجب تعويض الضرر الذي لحق بالطرف الآخر وفقاً لأحكام المسؤولية العقدية[296]. ومنذ دخول المتعاقد نطاق المرحلة السابقة على التعاقد، يقع على عاتقه بذل اليقظة اللازمة، بضمان صحة إعلان إرادته، فعندما يتضح عدم استطاعته إبرام العقد، فإنه يلزم بإشعار الطرف الآخر بذلك حتى لا يكون مُغرراً به[297]، فالقانون كما يحمي العلاقة العقدية القائمة فعلاً، فإنه كذلك يحيط بحمايته الوقائع والتصرفات اثناء التعاقد، فلا تضطرب المعاملات القانونية وإلا تعرض الطرف الراغب في التعاقد لضرر قد يلحقه، بسبب تقصير وإهمال الطرف الآخر وعدم تبصره[298].

---

[294] التوفيق فهمي، مرجع سابق، ص 186.

[295] بلحاج العربي، مرجع سابق، ص 154. بوطبالة معمر، مرجع سابق، ص 178.

[296] محمد محمد، المسؤولية عن قطع المفاوضات، رسالة ماجستير، جامعة المنصورة، مصر، 2015، ص 75. عدنان السرحان ونوري خاطر، مرجع سابق، ص 94.

[297] امين دواس، المسؤولية عن قطع مفاوضات العقد دون سبب جدي، مجلة جامعة الشارقة للعلوم الشرعية والقانونية، الإمارات، ع. 1، م. 5، 2008، ص 181. محمد لطفي، مرجع سابق، ص 38.

[298] محمود زكي، مرجع سابق، ص 128.

غير أن نظرية ايرنج قد جانبت الصواب؛ فالاتفاق الضمني الذي تقوم عليه هذه النظرية ويفرض على عاتق الطرفين موجب ضمان صحة العقد وحسن التصرف، يعد من باب الوهم البعيد عن ملامسة الحقيقة والواقع، كون أن هذا الإتفاق لم يتأت في مخيلة الطرفين لحظة دخولهم في المرحلة السابقة على التعاقد، ولم يكن في حسبانهم أصلاً، هذا من جانب[299]. ومن جانب آخر على فرض صحة الإتفاق الضمني، الذي ابُرم بصورة تلقائية بين الطرفين بمجرد توافقهما على الدخول في المرحلة السابقة على التعاقد، فلا بد أن يتبع ذات مصير وحياة العقد الأصلي التابع له[300]. فافتراض بقاء الإتفاق الضمني صحيحاً ونافذاً بين الطرفين، على الرغم من عدم قيام العقد الأصلي بينهما يؤدي إلى نتيجة غير مقبولة ومن المستبعد تصورها[301]. فعندما لا يقوم العقد الأصلي أساساً فما الداعي إذن لبقاء الاتفاق الملحق به، كون أن هذا الأخير يستلزم تحقق وجوده القانوني، ذات الشروط والعناصر التي يتطلبها قيام العقد الأصلي لا سيما توافق الإرادتين عبر ارتباط القبول بالإيجاب[302]. فإذا ما كان السبب في عدم قيام العقد الأصلي، يتمثل في عدول العارض عن العرض الذي قدمه فهذا يعني ان إرادة أحد الطرفين قد تلاشت، قبل أن تتلاقى مع إرادة الطرف الآخر، ومن ثم فلا مجال للقول ببقاء الإتفاق الضمني قائماً، فإبطال العقد يؤدي حتماً إلى زوال كل أثر للتراضي. وفي فرض بطلان العقد الأصلي لعدم جدية الإرادة، ولما كانت إرادته هازلة وغير جادة بهدف إنشاء وتكوين ذلك العقد، فمن باب أولى أن تكون كذلك في العقد الضمني[303].

---

[299] محمد حفناوي، مرجع سابق، ص 105. عروبة المعموري، مرجع سابق، ص 19.

[300] عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص 511.

[301] حسين عامر وعبد الرحيم عامر، المسؤولية المدنية التقصيرية والعقدية، ط. 2، دار المعارف، القاهرة، 1979، ص 50.

[302] سمير تناغو، مصادر الالتزام، ط. 3، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، 2009، ص37.

[303] عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص 511

الفرع الثاني

وجود اتفاق ينظم المرحلة السابقة على التعاقد

قد يلجأ الأطراف قبل الدخول في المرحلة السابقة على التعاقد، إلى إبرام عقد ينظم العلاقة بينهما أثناء تلك المرحلة وهو ما يعرف بعقد التفاوض؛ بحيث يتعهد بموجبه كلا الطرفين بالدخول في المفاوضات والاستمرار فيها، بغرض الوصول إلى إبرام عقد معين[304]. بحيث يشمل تحديد حقوق الأطراف والتزاماتهم، خلال سير إجراءات التعاقد بصورة دقيقة وواضحة[305] فالتصرفات بين الأطراف تتأصل بالاتفاق التنظيمي. ومن ثم عند قيامه صحيحاً مستوفياً جميع أركانه وشروطه، فإن إخلال أحد الطرفين بالالتزامات التي يرتبها بعدم تنفيذها، ما يسبب وقوع الضرر بالطرف الآخر؛ يؤدي إلى قيام المسؤولية العقدية[306].

وبناءً على ما سبق، تتعدد صور الخطأ العقدي وفقاً لاختلاف الالتزامات المحددة بموجب الاتفاق التنظيمي. ومن بينها على سبيل المثال؛ (أولاً): رفض الدخول في المفاوضات؛ ففي حال مخالفة أحد الأطراف الالتزام بالدخول في إجراءات عملية التعاقد في وقت محدد، من خلال عدم حضور الجلسات والبدء بتقديم العروض ومناقشتها؛ فإنه يعد مرتكباً خطأً عقدياً لأن الدخول في المرحلة السابقة على التعاقد عبر البدء بالمفاوضات، هو التزام بتحقيق نتيجة[307]. (ثانياً): عدم الإستمرار في إجراءات التعاقد؛ فطالما اتجه الأطراف نحو وضع المرحلة السابقة على التعاقد في قالب اتفاقي صريح، فإنه يقع على عاتقهما تنفيذ الالتزام بالاستمرار في متابعة إجراءات التعاقد بحسن نية[308]. بمعنى وجوب بذل العناية اللازمة في سبيل الوصول إلى إبرام العقد؛ وليس بالضرورة تحقيق نتيجة قيام العقد النهائي. فعدم الإستمرار في الإجراءات الناظمة للمرحلة السابقة على التعاقد، ضمن الإطار الزمني

---

[304] محمد دسوقي، مرجع سابق، ص 106.

[305] مصطفى الجمال، مرجع سابق، ص 250.

[306] أحمد سلامة، مرجع سابق، ص 57.

[307] فايزة براهمي، مرجع سابق، ص 151.

[308] عبد العزيز حمود، مرجع سابق، ص 274.

والموضوعي بموجب الإتفاق التنظيمي لا يعني سوى العدول عن التعاقد، بما يشكل إخلالاً بالتزام عقدي لا سيما في حال عدم وجود مبرر مشروع للعدول. ومن بين صور الخطأ العقدي كذلك (ثالثاً) مخالفة شرط الحصرية؛ فقد يرى كلا الطرفين أنه لضمان حسن سير عملية التعاقد، الاشتراط بوجهٍ خاص وصريح حظر إجراء محادثات مماثلة مع الغير بشأن ذات العملية[309]؛ وهو ما يعرف بشرط الحصرية في التفاوض. ويتمثل محل هذا الالتزام بالامتناع عن إجراء مفاوضات موازية مع الغير ولفترة محددة[310]. وقد يقع هذا الشرط على عاتق الطرفين معاً، أو على عاتق أحدهما لصالح الآخر[311]. وفي الحالة الأخيرة فإن الطرف الملتزم غالباً ما يشترط الحصول على مقابل مالي، يدفعه الطرف المستفيد من شرط حصرية التفاوض[312]، كمقابل لاستئثاره بعملية التعاقد؛ نظراً لما يرتبه من إتاحة فرصة أكبر للوصل إلى عقد نهائي بشروط أفضل[313]. ويرتب عدم تنفيذ الالتزام بإجراء محادثات مع الغير قيام الخطأ العقدي، مما يمنح الطرف المضرور مساءلة الطرف المُخل سنداً لأحكام المسؤولية العقدية. وهذه الأخيرة تتأصل في النظام القانوني الفلسطيني، بالاستناد إلى القواعد الكلية[314] والأحكام الخاصة ببعض العقود في مجلة الأحكام العدلية[315]؛ ومن قبيل ذلك ما يتصل بعقد الإيجار فقد نصت المادة (603) من مجلة الأحكام العدلية على أن "حركة المستأجر على خلاف المعتاد تعدٍ ويضمن الضرر والخسارة التي تتولد منها...". وتنص المادة (607) من مجلة الأحكام العدلية على أنه "لو تلف المستأجر فيه بتعدي الأجير أو تقصيره يضمن"[316]. وكذلك بشأن عقد الرهن؛ إذ بينت المادة (741) من مجلة الأحكام

---

[309] أحمد سلامة، مرجع سابق، ص 67. محمد أبو زيد، مرجع سابق، ص 163.

[310] بوطبالة معمر، مرجع سابق، ص 166.

[311] محمد العكام، مرجع سابق، ص 64.

[312] بوطبالة معمر، مرجع سابق، ص 167.

[313] محمد أبو زيد، مرجع سابق، ص 163.

[314] تنص المادة (19) من مجلة الأحكام العدلية بأنه (لا ضرر ولا ضرار). كما وتنص المادة (20) من مجلة الأحكام العدلية بأن (الضرر يزال).

[315] محمود دودين، مرجع سابق، ص 86.

[316] وفي ذات السياق؛ تنص المادة (604) من مجلة الأحكام العدلية على أنه "لو تلفت المأجور بتقصير المستأجر في أمر المحافظة أو طرأ على قيمته نقصان يلزم الضمان...". كما تنص المادة (605) من مجلة الأحكام العدلية على أنه "مخالفة

العدلية أنه "إذا أتلف الراهن الرهن أو عيبه يضمن وكذلك المرتهن إذا أتلفه أو عيبه يسقط من الدين مقدار قيمته". هذا بالإضافة إلى ما جاءت به المادة (787) من مجلة الأحكام العدلية بشأن عقد الوديعة[317] "إذا هلكت الوديعة أو نقصت قيمتها بسبب تعدي المستودع أو تقصيره لزمه الضمان...". وقررت أيضاً المادة (658) من مجلة الأحكام العدلية في عقد المعاوضة "لو غر أحد آخر في ضمن عقد المعاوضة يضمن ضرره...". وبناءً على ما سبق، يُفهم من مجمل مضمون النصوص السابقة إقرار التعويض سنداً إلى وجود عقد صحيح بين المسؤول والمضرور، الأمر الذي يشكل مرجعية تتسق مع الإخلال الناشئ عن عقد التفاوض أو بعض الشروط ذات الطبيعة العقدية. وفي هذا المعنى قضت محكمة النقض الفلسطينية بأنه "وفق ما استقر عليه قضاء محكمة النقض بخصوص العقود والاتفاقيات التي يعود أمر تقديرها تحديداً لمحكمة الموضوع، خاصة فيما يتعلق بتحديد قيمة الضرر عن النكول عن العقود من قبل طرف، ثم إن المبلغ المعين في العقد حال النكول عن تنفيذ العقد، يكون الحكم به متفقاً وأحكام ونصوص القانون؛ عندما اثبت المتضرر مسألة المسؤولية المدنية والتي تقوم على أركان ثلاث خطأ وهو النكول وضرر ورابطة الخطأ بالضرر وتجعل الأول علة الثاني وسببه، وإذا ما تعهد البائع والحالة التي أمامنا بالذهاب إلى دائرة التسجيل وفراغ البيع وهو عمل جائز قانوناً؛ لأنه تعهد باتباع حكم القانون الذي يوجب اجراء الفراغ في تلك الدائرة، هو تعهد صحيح وغير باطل، ومن حق المدعي أن يطلب الحكم باسترداد ما دفعه مع العطل والضرر الذي لحق فيه جراء النكول عن تنفيذ التعهد خلال المدة المتفق عليها"[318].

المستأجر مأذونيته إلى ما فوق المشروط توجب الضمان...". في حين تنص المادة (611) من مجلة الأحكام العدلية على أن "الأجير المشترك يضمن الضرر والخسارة الذي تولد عن فعله وصنعه إن كان بتعديه وتقصيره أو لم يكن".

[317] كما تنص المادة (777) من مجلة الأحكام العدلية على أنه "...إذا كان الإيداع بأجرة على حفظ الوديعة فهلكت أو ضاعت بسبب يمكن التحرز منه لزم المستودع ضمانها...". وأيضاً تنص المادة (790) من مجلة الأحكام العدلية على أنه "ليس للمستودع إيداع الوديعة عند آخر دون إذن وإذا أودعها فهلكت صار ضامناً...".

[318] حكم محكمة النقض الفلسطينية رقم (2014/282)، الصادر بتاريخ 2016/11/21.

وفي ذات السياق تتقرر المسؤولية العقدية ضمن مشروع القانون المدني الفلسطيني فقد نصت المادة (1/239) على أنه "إذا لم يكن التعويض مقدراً في العقد، قدرته المحكمة ويشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب، بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام كلياً أو جزئياً، أو تنفيذه على وجه معيب أو للتأخر في الوفاء به، ويعد الضرر نتيجة طبيعية إذا لم يكن في استطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول". ويتفق ذات الحكم مع المادة (1/221) من القانون المدني المصري والمادة (363) من القانون المدني الأردني.

والمسؤولية العقدية تتطلب، بجانب نشوء الخطأ، قيام ركني الضرر وعلاقة السببية. ونظراً لاشتراك معظم الاحكام فيهما مع ذات الركنين في المسؤولية التقصيرية؛ فإننا، وتجنباً للتكرار، سنقوم ببيانها عند تناول المسؤولية التقصيرية في المطلب التالي.

المطلب الثاني

المسؤولية التقصيرية

عندما يتجه الأطراف للبدء في المرحلة السابقة على التعاقد دون وجود اتفاق ينظمها، ومن ثم انتهائها بعدم الوصول إلى انعقاد العقد، نتيجة قيام أحدهم بالعدول عن التعاقد عبر قطع فترة المفاوضات، أو الانسحاب من فترة إبرام العقد، أو سلك طريقاً يبتغي فيه عدم نجاح التعاقد، فإن ذلك يشكل بداية ظهور معالم المسؤولية التقصيرية بما تعنيه من الإخلال بالتزام قانوني بعدم الإضرار بالغير[319]. فالقيام بمخالفة مبدأ حسن النية عبر العدول عن التعاقد دون مبرر مشروع، أو بسوء نية، وانتهاك الالتزامات المترتبة عليه؛ يؤسس لمساءلة الفاعل سنداً إلى قواعد المسؤولية التقصيرية، عند توافر أركانها، وهي الخطأ والضرر وعلاقة السببية؛ وسنعرض لهذه الأركان على النحو التالي.

[319] عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص 748.

الفرع الأول

الخطأ

الخطأ بوجه عام انحراف في السلوك يقع من الشخص في تصرفه، بتجاوز الحدود الواجب عليه التزامها في سلوكه[320]. فالالتزام القانوني الذي يفرض على الاشخاص كافة، بعدم الإضرار بغيرهم، هو إلتزام ببذل عناية يقتضي من الشخص اليقظة والتبصر في سلوكه[321] فإذا انحرف في سلوكه مع إدراكه لهذا الانحراف يُعد مُخطئاً[322]. ويقوم الخطأ على ركنين[323]؛ الأول مادي وهو التعدي أي الانحراف عن السلوك المألوف والمعتاد بين الناس من خلال تجاوز الحدود الواجب التزامها، سواءً كانت القاعدة الإلزامية لهذا السلوك هي قاعدة قانونية أو قاعدة عرفية[324]. والركن الثاني معنوي، وهو الإدراك بمعنى أن يكون الفاعل مُدركاً حقيقة فعله وواعياً لما يترتب عليه.

وفي نطاق المرحلة السابقة على التعاقد؛ فالخطأ يقوم تجاه المتعاقد إذا ما انحرف في مساره ووجهته التعاقدية مع الطرف الآخر، عن السلوك المألوف بأسلوب يتعارض مع ما يقتضيه مبدأ حسن النية[325]. ويُستدل على توفر الانحراف وقيام الخطأ؛ باللجوء إلى المعيار المجرد الذي ينظر فيه إلى السلوك الخاطئ ذاته دون النظر إلى فاعله، بالقياس على سلوك الشخص العادي في ذكائه ويقظته؛ فلا هو شديد اليقظة ولا هو محدود الفطنة، لو وجد في نفس الظروف الخارجية المحيطة بمرتكب الفعل[326]، عبر الموازنة بين سلوك من أحدث الضرر وسلوك الشخص العادي، فإذا لم ينحرف الفاعل في سلوكه عن المألوف من سلوك الشخص العادي، فلا يتحقق في مواجهته مفهوم التعدي، وينتفي عنه الخطأ. أما إذا تبين أن

---

[320] عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص 779.

[321] عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص 779. حسين عامر وعبد الرحيم عامر، مرجع سابق، ص 136.

[322] أمين دواس، مجلة الأحكام العدلية وقانون المخالفات المدنية، ط. 1، المعهد القضائي الفلسطيني، رام الله، 2012، ص 24.

[323] عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص 779. عدنان السرحان ونوري خاطر، ص 360.

[324] يزيد نصير، نظرية الخطأ في اثناء التفاوض والقطع التعسفي للمفاوضات، مرجع سابق، ص 234.

[325] محمد حسين، مرجع سابق، ص 768.

[326] حسين عامر وعبد الرحيم عامر، مرجع سابق، ص 145. محمد محمد، مرجع سابق، ص 179.

الشخص العادي لو كان في نفس تلك الظروف ما كان ليأتي بالفعل، وجب اعتباره انحرافاً يشكل تعدياً ومن ثم ثبوت الخطأ[327]. وعليه، يعد الطرف الساعي إلى التعاقد مُخطئاً إذا انحرف في سلوكه اثناء تكوين العقد مُبتعداً عن السلوك المألوف للشخص العادي لو وجد في نفس الظروف الخارجية المحيطة فيه؛ فيتمثل الخطأ بعدم مراعاة مبدأ حسن النية على الوجه المعتاد والمنتظر من الشخص العادي[328]، بأن ينحرف عن هذا المسلك عبر قطع المفاوضات دون سبب جدي أو بالإخلال بأحد الالتزامات القائمة على مبدأ حسن النية، كما سبق بيانه في الفصل الأول من هذه الدراسة، ومن ثم عدم اتمام التعاقد؛ بما يتعارض مع مقتضيات الأمانة والنزاهة ومراعاة المصالح المشروعة للطرف الآخر[329].

ويشترط قانون المخالفات المدنية[330] توفر ركني الخطأ؛ لبدء مكنة المساءلة تجاه الفاعل سنداً لما نصت عليه المادة (3/50) من قانون المخالفات المدنية بأن "كل من سبب بإهماله ضرراً لشخص آخر يعتبر أنه ارتكب مخالفة مدنية". فالإهمال هو إتيان فعل لا يأتيه شخص معتدل الإدراك ذو بصيرة في الظروف التي وقع فيها الفعل، أو التخلف عن إتيان فعل لا يتخلف شخص كهذا عن إتيانه في الظروف التي وقع فيها التقصير[331]. فإذا تعمد المتعاقد الإضرار بالطرف الآخر أو لم يتعمد بأن قصر أو أهمل فإنه يعد مُخطئاً[332]؛ سواءً من خلال العدول عن التعاقد دون سبب جدي، أو أنه لم يراع الوفاء بالالتزامات عبر تقديم المعلومات الجوهرية والمؤثرة في التعاقد، أو بالمحافظة على سرية المعلومات وتعاونه مع الطرف الآخر. ومن جانب آخر تنص المادة (8) من قانون المخالفات المدنية على أنه "لا

---

[327] عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص 781.

[328] حسام الأهواني، مرجع سابق، ص 15.

[329] محمد محمد، مرجع سابق، ص 179.

[330] قانون المخالفات المدنية رقم (36) لسنة 1944م، المنشور في جريدة الوقائع الفلسطينية، عدد 1380، بتاريخ 1944/12/28م. والمعدّل بموجب القانون رقم (5) لسنة 1974م، المنشور في جريدة الوقائع الفلسطينية، عدد 1563، بتاريخ 1947/3/15م. وهو القانون النافذ في الضفة الغربية بشأن المسؤولية التقصيرية.

[331] المادة (1/50) من قانون المخالفات المدنية.

[332] يكون الإضرار أو التعدي عمداً عندما تتجه الإرادة إلى إحداث الضرر بالغير، ويكون الإضرار إهمالاً عندما يخل محدث الضرر بواجب سابق دون قصد إلحاق الضرر بالغير. أمين دواس، مجلة الأحكام العدلية وقانون المخالفات المدنية، مرجع سابق، ص 32.

تقام الدعوى على شخص لمخالفة مدنية ارتكبها وهو دون السنة الثانية عشرة من عمره". ويظهر جلياً من النص ضرورة ثبوت الإدراك والتمييز لدى مرتكب الفعل، بحيث لا يقل عمره عن اثنتي عشرة سنة. ويتوافق الحكم بتوفر ركني الخطأ[333] في نطاق قانون المخالفات المدنية مع القانون المدني المصري[334]. وبخلاف مجلة الأحكام العدلية والقانون المدني الأردني؛ إذ لا يشترط فيهما سوى تحقق التعدي عبر الانحراف في سلوك شخص معين دون وجوب أن يكون هذا الانحراف قد حصل بإدراك وتمييز الشخص ووعيه[335]. تجدر الإشارة في هذا المقام، أن قانون المخالفات المدنية قد ألغى المواد الناظمة للمسؤولية عن الفعل الضار الواردة في مجلة الأحكام العدلية إلى المدى الذي تتعارض فيه مع أحكامه، وبالتالي يكون مناط المسؤولية عن الفعل الضار الشخصي، في المسألة محل البحث، الخطأ وليس الضرر.

الفرع الثاني

الضرر

الثابت أنه لا يكفي وقوع الخطأ حتى تقام المسؤولية التقصيرية؛ وإنما لا بد أن يترتب عليه ضرراً؛ بمعنى أن يلحق الشخص أذى في حق، أو مصلحة مالية مشروعة، مما يجعل مركزه أسوأ مما كان عليه من قبل[336]. وعرفت المادة (2/2) من قانون المخالفات المدنية الضرر

---

[333] يُشار إلى أن مشروع القانون المدني الفلسطيني يذهب تارة إلى الاكتفاء بالركن المادي التعدي لقيام الخطأ؛ إذ تنص المادة (179) من مشروع القانون المدني الفلسطيني على أن "كل من ارتكب فعلاً سبب ضرراً للغير يلزم بتعويضه". في حين يذهب تارة أخرى إلى اشتراط أن يكون الشخص مميزاً حتى يكون مسؤولاً عن افعاله الضارة كما نصت المادة (1/180)؛ بمعنى ضرورة توفر الركن المعنوي أي التمييز أو الإدراك لقيام الخطأ. للمزيد انظر: أمين دواس، مجلة الأحكام العدلية وقانون المخالفات المدنية، مرجع سابق، ص 25.

[334] تنص المادة (163) من القانون المدني المصري على أن " كل خطأ سبب ضرر للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض". كما ورد في المادة (1/164) من ذات القانون" يكون الشخص مسؤولاً عن اعماله غير المشروعة متى صدرت منه وهو مميز".

[335] تنص المادة (960) من مجلة الأحكام العدلية على أنه "... يلزم الضمان على الصبي إذا اتلف مال غيره وإن كان غير مميز". وبالمقابل، تنص المادة (256) من القانون المدني الأردني على أنه "كل إضرار بالغير يلزم فاعله ولو غير مميز بضمان الضرر".

[336] عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص 855.

بأنه "الخسارة أو التلف الذي يلحق بمال، أو سلب الراحة أو الإضرار بالرفاه الجسماني أو السمعة أو ما يشبه ذلك من الضرر أو الخسارة". فالضرر قد يكون مادياً؛ يتمثل في الإخلال بحق أو مصلحة مشروعة للمضرور ذات قيمة مالية. أو أدبياً؛ يصيب المضرور في شعوره أو كرامته، أو شرفه، أو سمعته ومركزه الاجتماعي، وغيرها من الأمور المعنوية التي يحرص عليها الإنسان في حياته[337]. ويتجلى الضرر المادي في مرحلة قبل التعاقد بالخسائر في الذمة المالية للمتعاقد من خلال النفقات والمصروفات التي بذلت، وإضاعة الوقت والجهد في سبيل العقد المُراد إبرامه[338]. بالإضافة إلى استخدام المعلومات السرية المتصلة بموضوع عملية التعاقد أو إفشائها للغير دون موافقة صاحبها[339]. ومن جانب آخر يتجسد الضرر الأدبي بالمساس في شعور المتعاقد عبر الإساءة إلى سمعته ومكانته المهنية واظهاره بمظهر الساذج الذي يسهل خداعه[340].

ويشترط في الضرر أن يصيب مصلحة مشروعة للمتعاقد[341]؛ إذ تتناولها حماية القانون ولا تتنافى مع الأخلاق والآداب[342]. فكل طرف في عملية التعاقد يعد في حقيقة الأمر صاحب مصلحة مشروعة قانوناً في بلوغ عقد نهائي، يتضمن شروطاً عقدية محققة لمصالحه الإقتصادية والتجارية المنشودة، بحيث لا تخالف تلك الشروط النظام العام والآداب[343]. وبالمقابل؛ فإذا كانت عملية التعاقد تدور في أصلها حول علاقة غير مشروعة، بحيث لا تتوافق مع مجموعة القواعد الإقتصادية والاجتماعية والدينية السائدة في المجتمع، فالمصلحة والحالة هذه، تكون غير مشروعة[344]، ومن ثم تخرج عن نطاق الحماية القانونية[345]، مثل

---

[337] عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص 855.

[338] محمد حسين، مرجع سابق، ص 771.

[339] أحمد الخولي، مرجع سابق، ص 82.

[340] عمر الزبيدي، المسؤولية السابقة على التعاقد، رسالة ماجستير، جامعة النهرين، العراق، 2006، ص 94.

[341] حسين عامر وعبد الرحيم عامر، مرجع سابق، ص 341.

[342] عدنان السرحان ونوري خاطر، ص 424.

[343] سمير تناغو، مرجع سابق، ص 75.

[344] وفي هذا النطاق قضت محكمة النقض الفلسطينية بأنه "1- من القيود التي تحيط بمبدأ سلطان الإرادة ، قيد يتعلق بالنظام العام والآداب، إذ يمنع على إرادة المتعاقدين مخالفة النظام العام والآداب، وبذلك يراقب القضاء مشروعية السبب. 2- النظام العام والآداب فكرة مرنة تستعصي على التحديد رغم أن المشرع وفي كثير من النصوص جاء على ذكر حالات بعينها بأن جعلها

الـدخول فـي مرحلـة سـابقة لتكـوين عقـد توريـد مـواد مخـدرة أو بهـدف إبـرام عقـد بيـع سـلع ومنتجات فاسدة وغير صالحة للاستخدام.

ولا بد أن يكون الضرر محقق الوقوع أي ثابتاً على وجه اليقين والتأكيد؛ وهو كذلك إذا وقع فعلاً[346]. فالنفقات التي تكبدها المتعاقد مقابل إعداد الدراسات والحصول على الاستشارات وغيرها من متطلبات عملية التعاقد؛ تعد من قبيل الأضرار التي وقعت فعلاً. أو أن الضرر سيقع حتماً في المستقبل كنتيجة مباشرة للفعل[347]؛ مثل افشاء أو استخدام المعلومات السرية المتصلة بموضوع التعاقد دون موافقة صاحبها، إذ سيفقد الاستئثار بالمنافع من ورائها.

الفرع الثالث

علاقة السببية

يشترط لقيام المسؤولية التقصيرية أن توجد علاقة مباشرة ما بين الخطأ والضرر[348]؛ بحيث يكون الخطأ المرتكب هو السبب في إحداث الضرر[349]. وعليه؛ حتى تقوم مسؤولية تجاه المتعاقد مرتكب الخطأ يجب أن يكون الضرر الذي لحق بالطرف الآخر قد حصل بسبب خطئه بشكل مباشر؛ إذ لا يجوز حمل أحد المتعاقدين التعويض عن أضرار لا تتصل

محرمة، إلا أن ما يحرمه الشارع ليس هو وحده الذي يمس النظام العام والآداب. 3- كل اتفاق يتعلق بمقامرة كبيع بيت يدار للمقامرة أو إيجاره، وكل ما يتصل به يقع باطلاً لمخالفته الآداب، وإن عقد التأمين المتصل بالمقامرة سواءً كان لغايات تأمين المبنى أو الدخل الناتج عن استغلاله أو فقدان الأرباح أو تراجعها وديمومتها، ويكون لذلك عقد التأمين على خسائر الكازينو باطلاً". حكم محكمة النقض الفلسطينية رقم (2013/222)، الصادر بتاريخ 2015/5/11.

[345] أمين دواس، مجلة الأحكام العدلية وقانون المخالفات المدنية، مرجع سابق، ص 85.

[346] عدنان السرحان ونوري خاطر، ص 420. سمير تناغو، مرجع سابق، ص 247.

[347] حسين عامر وعبد الرحيم عامر، مرجع سابق، ص 333.

[348] قضت محكمة النقض الفلسطينية بأن "رابطة السببية تخضع من حيث تقدير توافرها لرأي محكمة الموضوع، شأنها شأن باقي عناصر دعوى التعويض ولا رقابة لمحكمة النقض طالما كانت عبارات الحكم تفيد قيام رابطة السببية بين الفعل والنتيجة التي تحققت، وتظهر عادة من خلال سرد الوقائع وتسلسلها، إذ لمحكمة الموضوع السلطة التامة في تحصيل فهم وقائع الدعوى وتقدير الأدلة والمستندات المقدمة إليها والأخذ بما تطمئن إليه منها، واستخلاص الخطأ الموجب للمسؤولية والضرر وعلاقة السببية بينهما دون رقابة عليها من محكمة النقض". حكم محكمة النقض الفلسطينية رقم (2005/113)، الصادر بتاريخ 2005/6/18م.

[349] عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص 872. سمير تناغو، مرجع سابق، ص 250.

مباشرة، وكنتيجة طبيعية بخطئه[350]، تطبيقاً لنظرية السبب المنتج؛ وهو السبب المألوف الذي يحدث الضرر في العادة[351]. وفي هذا المعنى تنص المادة (60/أ) من قانون المخالفات المدنية على أنه "إذا كان قد لحق بالمدعي ضرر، فلا يحكم بالتعويض إلا عن الضرر الذي قد ينشأ بصورة طبيعية في سياق الأمور الاعتيادية والذي ينجم مباشرة عن المخالفة المدنية التي ارتكبها المدعى عليه"[352].

وعلى ضوء ما تقدم؛ عند دخول شخص مع آخر في مفاوضات تعاقدية، ومن ثم يفاجئ بانسحابه وبقيامه بالعدول عن التعاقد دون مبرر مشروع، الأمر الذي يترتب عليه خسارة هذا الشخص للصفقة التي وضع آمالا كبيرة بقيامها؛ فإذا أدى ذلك إلى زيادة أعبائه والتزاماته المالية، بحيث وقف عاجزاً عن الوفاء بها، فأنتابه الحزن ومن ثم اصابه المرض، فيكون بذلك مستحقا التعويض عن الضررين المادي والمعنوي. وعليه؛ لما كانت علاقة السببية لا تقوم إلا بين الخطأ والضرر المباشر لذلك الخطأ، وهو الخسارة المتصلة بالصفقة في المثال السابق، دون التجاوز إلى الأضرار الأخرى غير المباشرة؛ فلا تقوم بينها وبين خطأ محدث الضرر بالانسحاب المفاجئ علاقة سببية[353]. إذ بإمكان ذلك الشخص المضرور أن يتفادى تلك الإضرار ببذل جهد معقول في البحث عن متعاقد آخر لإبرام الصفقة. ولما أنه لم يفعل فإنه يعد مقصراً؛ فيتحمل الأضرار الناجمة عن تبعة تقصيره[354].

---

[350] عروبة المعموري، مرجع سابق، ص 136. محمد محمد، مرجع سابق، ص 175.

[351] عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص 906.

[352] ويتوافق الحكم بعدم جواز المطالبة بالتعويض عن الضرر غير المباشر الذي لا يتصل بالخطأ مع نص المادة (1288) من مجلة الأحكام العدلية والتي جاء فيها "إذا حفر بئراً في خارج حريم بئر فذهب ماء البئر الأولى إلى الثاني فلا شيء عليه، كما لو فتح دكاناً عند دكان آخر وكسدت تجارة الأولى فلا تغلق الثانية". أمين دواس، مجلة الأحكام العدلية وقانون المخالفات المدنية، مرجع سابق، ص 103. وفي ذات النطاق تنص المادة (186) من مشروع القانون المدني الفلسطيني على أنه "يقدر التعويض في جميع الأحوال... بشرط أن يكون ذلك نتيجة طبيعية للفعل الضار". وتقابل المادة (266) من القانون المدني الأردني.

[353] عمر الزبيدي، مرجع سابق، ص 106.

[354] أمين دواس، مجلة الأحكام العدلية وقانون المخالفات المدنية، مرجع سابق، ص 104.

والثابت بموجب القواعد العامة بأن علاقة السببية تنعدم في حال توفر سبب أجنبي[355]؛ إذ يكون الضرر قد حصل نتيجة خطأ المضرور أو الغير أو بفعل القوة القاهرة[356]. ومن قبيل خطأ المضرور؛ فقد يحدث في بعض الفروض أن يكون الطرف المدعى عليه في الواقع ضحية للطرف مدعي الضرر، بسبب ما صدر عن هذا الأخير من افعال تدل على سوء نية وعدم الجدية في متابعة عملية التعاقد، بهدف دفع الطرف الآخر إلى الانسحاب ومن ثم إفشال التعاقد. كأن لا يبدي تعاوناً وفقا للمجرى العادي للأمور، وما هو مألوف في التعامل كالتأخر في الرد على المراسلات ومناقشة ما يطرح من مقترحات، أو عدم المشاركة في تجاوز ما ينشأ من صعوبات، أو القيام بحجب المعلومات الضرورية التي يكون المدعى عليه بحاجة إليها من أجل تكوين رأيه واتخاذ القرار بشأن العقد المُراد إبرامه[357]. وفي هذا الفرض يتعين إدخال خطأ الطرف مدعي الضرر في الاعتبار، فإذا كان الضرر ناجماً عن خطئه فلا تقوم المسؤولية تجاه الطرف المنسحب من عملية التعاقد، لعدم توافر علاقة السببية. وفي هذا السياق، نصت المادة (2/55/ أ) مكررة من قانون المخالفات المدنية على أنه: "إذا كان المدعى عليه قد سبب الضرر بتقصيره، ولكن تقصيره كان سببه سلوك المدعي، يجوز للمحكمة أن تعفيه من تبعة دفع تعويض للمدعي، وفقاً لما تراه المحكمة متفقاً مع العدالة".

وأما خطأ الغير، كما في حال تمكن المدعى عليه من اثبات أن المعلومات السرية الخاصة بموضوع التعاقد التي حصل عليها من المدعي المضرور، نُشرت إلى علم الناس كافة على

---

[355] تنص المادة (181) من مشروع القانون المدني الفلسطيني على أنه "إذا اثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب أجنبي لا يد له فيه، كقوة قاهرة، أو خطأ من المضرور، أو خطأ من الغير، كان غير ملزم بتعويض هذا الضرر ما لم يوجد نص أو اتفاق يقضي بغير ذلك". كما نصت المادة (261) من القانون المدني الأردني على أنه "إذا اثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب أجنبي لا يدّ له فيه، كآفة سماوية أو حادث مفاجئ أو قوة قاهرة أو فعل المتضرر أو فعل الغير كان غير ملزم بالضمان ما لم يقض القانون أو الاتفاق بغير ذلك". وكذلك تنص المادة (165) من القانون المدني المصري على أنه "إذا أثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب أجنبي لا يدّ له فيه، كحادث مفاجئ أو قوة قاهرة أو خطأ من المضرور أو خطأ من الغير كان غير ملزم بتعويض هذا الضرر ما لم يوجد نص أو اتفاق على غير ذلك".

[356] عدنان السرحان ونوري خاطر، مرجع سابق، ص 443. عبد القادر العرعاري، مصادر الالتزام "المسؤولية المدنية"، ط. 3، دار الأمان، الرباط، 2011، ص 119.

[357] بلحاج العربي، مرجع سابق، ص 184.

نحو الحق الضرر بصاحبها المدعي، كقيام شخص من الغير بالوصول إليها وتولي تسريبها وبذلك يكون المدعى عليه قد قطع العلاقة بين الخطأ والضرر، مما يؤدي إلى انتفاء علاقة السببية[358]. وفي ذات المعنى نصت المادة (55 مكررة ب) من قانون المخالفات المدنية على أنه "لا يعتبر أي شخص وإن كان على خطأ أنه سبب ضرراً بتقصيره، طالما كان تقصير شخص آخر هو العامل الفاصل في تسبب الضرر".

وفيما يتصل بفعل القوة القاهرة؛ فإن قيام مرحلة ما قبل التعاقد ومن ثم حصول حدث لا يمكن توقعه من جانب شخص متوسط الحرص واليقظة، فضلاً عن استحالة القيام بدفعه الأمر الذي يجعل الاستمرار بتكوين العقد وانعقاده مستحيلاً[359]. وفي هذا الشأن تنص المادة (55 مكررة ب) من قانون المخالفات المدنية على أنه "لا يعتبر أي شخص أنه سبب ضرراً بتقصيره وإن كان ذلك الشخص على خطأ؛ إذا كان الضرر قد نشأ عن وقوع حدث من أحداث الطبيعة الخارقة مما لا يتوقع حدوثه شخص معتدل الإدراك، ولم يكن بالإمكان تجنب عواقبه باتخاذ الحيطة المعقولة". وعليه تنعدم علاقة السببية بين الخطأ والضرر فلا تقوم المسؤولية. كما هو الشأن في حصول زلزال منع تواصل الأطراف مطلقاً، أو اعصار أو حريق مما سبب هلاكاً للشيء محل التعاقد.

[358] بوطبالة معمر، مرجع سابق، ص 217.

[359] عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص 878.

المطلب الثالث

المسؤولية من نوع خاص

اتجه بعض الفقه[360] إلى اعتبار المسؤولية في فترة المفاوضات على العقد من نوع خاص كونها تقوم قبل إبرام العقد والدخول في نطاقه، وبالنظر إلى التطور الذي حصل في المفاوضات؛ فلم تعد اعمالاً مادية، يتبادل خلالها طرفاها وجهات النظر وصولاً لتحقيق أرضية تفاهم مشتركة، وإنما اصبح لها نظامها القانوني، فقد انحسر مبدأ حرية التعاقد ليفسح المجال لمبدأ حسن النية باعتباره اصبح يحكم المفاوضات، كما يحكم تنفيذ الالتزامات العقدية في القانون[361]. ويرى أنصار هذا الرأي أنه لا يمكن معالجة الإخلال الواقع بموجب قواعد المسؤولية العقدية؛ إذ لا تستقيم مع طبيعة المفاوضات؛ لأنها تعالج الأضرار الناشئة عن العقد، في حين أن المفاوضات وإن اشتملت على الإرادة الباتة فإن هذه الإرادة لم تصل إلى غايتها النهائية وهي إبرام العقد. فالحكم بالمسؤولية العقدية لا يعني سوى أن يمد العقد ظله للمفاوضات، ومن ثم يصبح المتفاوض ملزماً بالعقد منذ دخوله بالمفاوضات لا من لحظة انعقاده، مما يفوت الغرض من المفاوضات وهو التروي والتبصر لتقدير منافع العقد المُراد إبرامه[362]. وينتقد اصحاب هذا الرأي تطبيق المسؤولية التقصيرية على إخلال المفاوض؛ نظراً لإهمال ارادة الأطراف على وجه كامل، فعلى الرغم من صحة تطبيق المسؤولية التقصيرية، لعدم وجود اتفاق بين الطرفين؛ إلا أن هنالك إرادة باتة في سبيل إحداث أثر قانوني، لكن هذا الأثر وإن لم يصل إلى إبرام العقد، لكنه يجعل المفاوضات قائمة على التوقع[363]. وعند إقامة المسؤولية على أساس تقصيري، فإنه يجب تعويض المضرور عن الضرر المباشر سواءً كان متوقعاً أو غير متوقع؛ وفي ذلك محاباة للمضرور

---

[360] صبري خاطر، قطع المفاوضات العقدية، مجلة كلية الحقوق، جامعة النهرين، العراق، ع. 3، م. 1، 1997، ص 131. سليمان الجميلي، المفاوضات العقدية، رسالة ماجستير، جامعة صدام، العراق، 1998، ص 87. شيرزاد سليمان، مرجع سابق، ص 208. عمر الزبيدي، مرجع سابق، ص 57.

[361] صبري خاطر، مرجع سابق، ص 131.

[362] سليمان الجميلي، مرجع سابق، ص 89.

[363] صبري خاطر، مرجع سابق، ص 132.

من حيث نطاق التعويض. وما يميز التصرف القانوني عن الواقعة القانونية هو الإرادة؛ فإذا كانت الواقعة القانونية خالية من الإرادة المتجهة نحو إحداث الأثر القانوني، امكن الحكم بالضرر جميعا سواءً كان متوقعاً أو غير متوقع[364]. في حين أن التصرف القانوني يقوم على هذه الإرادة، فإذا لم يصل الأمر إلى إبرام العقد، فهذا لا يعني غياب عنصر التوقع عن المفاوضات، فالمفاوضات تسبق إبرام العقد وإن لم تدخل في نطاقه، لذلك لا يمكن معالجة الإخلال بها وفق أحكام المسؤولية التقصيرية، دون أن نأخذ بعين الاعتبار الخصوصية التي تتمتع بها المفاوضات[365].

وتنعقد المسؤولية بقيام اركانها وهي الخطأ والضرر والعلاقة السببية بينهما؛ فالخطأ قبل التعاقد يرتكز على تحديد السلوك الخاطئ؛ ويقاس بمقدار الإخلال بالثقة المشروعة، فكل ما يخل بهذه الثقة يقيم مسؤولية من ارتكبه[366]. واستخلاص الثقة المشروعة يتأتى من الظروف المحيطة بالمفاوضات، بالنظر إلى طبيعة المفاوضات والمرحلة التي وصلت إليها، مع الأخذ بالاعتبار الظروف الشخصية للطرفين لا سيما بين الشخص العادي والشخص المحترف وهذا الأخير يقع على عاتقه عدم الاستعجال في وضع ثقته بمآل المفاوضات لما يتمتع به من خبرة[367]. وفيما يتصل بوصف الخطأ، فلا يرى اصحاب هذا الرأي وجوب توفر نية الإضرار، فليس من المعقول بعد تكييف قطع المفاوضات بأنه خطأ، الامتناع عن الحكم بالتعويض بحجة عدم وجود نية الضرر[368]. وبشأن ركني الضرر والعلاقة السببية للمسؤولية الخاصة، فلا يخرجا عن حدود القواعد العامة[369].

ونرى أن الرأي السابق لا يخلو من نقد؛ فهو يتجه إلى إقامة مسؤولية من نوع خاص في نطاق الإخلال بالمفاوضات العقدية، سنداً إلى خصوصية تتمثل في اعتبار المفاوضات

---

[364] صبري خاطر، مرجع سابق، ص 133.

[365] عمر الزبيدي، مرجع سابق، ص 58.

[366] صبري خاطر، مرجع سابق، ص 132.

[367] صبري خاطر، مرجع سابق، ص 134. سليمان الجميلي، مرجع سابق، ص 92.

[368] سليمان الجميلي، مرجع سابق، ص 93. شيرزاد سليمان، مرجع سابق، ص 200.

[369] شيرزاد سليمان، مرجع سابق، ص 207.

تصرفاً قانونياً تشتمل على إرادة باتة لم تصل إلى غايتها بإبرام العقد؛ مما يجعل المفاوضات قائمة على التوقع. ففي هذا الشأن لم يحصل التمييز بين طبيعة المفاوضات في ذاتها كونها ذات نتيجة احتمالية، فلا يمكن توقع نتيجتها مسبقاً بانعقاد العقد من عدمه، وبين وصف الإرادة بأنها باتة؛ وفي واقع الأمر ليست إلا إرادة أولية تتجه نحو التفاوض. فالمفاوضات لا تعد تصرفاً قانونياً إذ أنها ليست عقداً ولا تصرفاً بإرادة منفردة؛ وإنما واقعة قانونية ترجع إلى إرادة الشخص وهي من قبيل الأعمال المادية الاختيارية قد يريد صاحبها أن يحدث بها أثراً في الروابط القانونية أو لا يرغب[370]. وذلك كله يعود إلى حريته في اختيار التعاقد من عدمه. فالمفاوضات ليست سوى عملاً مادياً لا يلزم أحداً[371]، وبهدف ضمان حسن سير المعاملات بين الأفراد يأتي مبدأ حسن النية ليقيد من تلك الحرية، هذا من جهة. ومن جهة أخرى فقد اقيمت المسؤولية من نوع خاص على ركن الخطأ إلى جانب ركني الضرر والعلاقة السببية؛ وفيما يتصل بالخطأ فلا يوجد ما يخالف ركن الخطأ الثابت بموجب المسؤولية التقصيرية. فالمبررات التي ابرزت بشأن الثقة المشروعة لا تستأثر فيها المسؤولية من نوع خاص، وإنما تتأصل بموجب مبدأ حسن النية، ولما كان الخطأ في نطاق المسؤولية التقصيرية انحراف في السلوك، فلا يمنع إسقاط حكمه على مقتضيات حسن النية إذ يعد مخالفتها خطأ تقصيرياً.

وبناءً على ما سبق؛ فالمسؤولية في المرحلة السابقة على التعاقد تستند في الأصل إلى القواعد العامة في المسؤولية التقصيرية؛ لأنها تسري عند عدم وجود عقد بين المسؤول والمضرور، وعلى هذا النحو اتجه الفقه القانوني الغالب في فلسطين[372] وكلاً من مصر[373]

---

[370] عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص 131-132.

[371] عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص 207.

[372] يوسف شندي، مرجع سابق، ص 452. أمين دواس، المسؤولية عن قطع المفاوضات دون سبب جدي، مرجع سابق، ص 186.

[373] عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص 207. محمود زكي، مرجع سابق، ص138. محمد حسين، مرجع سابق، ص 768. حسام الأهواني، مرجع سابق، ص 17.

والأردن[374]. فهي ليست مسؤولية من نوع خاص؛ نظراً إلى إمكانية توظيف واسقاط أحكام المسؤولية التقصيرية بما يتوافق مع طبيعة مرحلة ما قبل التعاقد، وبما يلاءم مبدأ حسن النية باعتباره مبدأً حاكماً لسوك الأطراف في ممارسة حرية التعاقد. ولما كانت المسؤولية التقصيرية لا تقوم إلا نتيجة الإخلال بالالتزام القانوني بعدم الإضرار بالغير؛ فالخطأ التقصيري يشكل انحرافاً في السلوك المألوف؛ ولا بد لهذا الأخير إلا أن يستقيم مع مقتضيات حسن النية، فالخروج عليها يشكل أساساً في قيام الخطأ في نطاق المرحلة السابقة على التعاقد؛ فإن ترتب عليه ضرر يتصل معه بشكل مباشر تتكون المسؤولية. واستثناءً على الأصل، فلا يمكن أن تمتد أحكام المسؤولية العقدية إلى نطاق المرحلة السابقة على التعاقد إلا عند وجود اتفاق صريح ينظم سيرها.

بالإضافة إلى ما تقدم، اعتمد القضاء المصري على قواعد المسؤولية التقصيرية، للنفاذ إلى المرحلة السابقة على التعاقد، فقررت محكمة النقض المصرية بأن "المفاوضة ليست إلا عملاً مادياً لا يترتب عليها بذاتها أي أثر قانوني، فكل متفاوض حر في قطع المفاوضة في الوقت الذي يريد، دون أن يتعرض لأية مسؤولية أو يطالب ببيان المبرر لعدوله، ولا يرتب هذا العدول مسؤولية على من عدل، إلا إذا اقترن به خطأ تتحقق معه المسؤولية التقصيرية، إذا نتج عنه ضرر بالطرف الآخر المتفاوض. وعبء إثبات ذلك الخطأ وهذا الضرر، يقع على عاتق ذاك الطرف، ومن ثم فلا يجوز اعتبار مجرد العدول عن إتمام المفاوضة ذاته هو المكون لعنصر الخطأ أو الدليل على توافره. بل يجب أن يثبت الخطأ من وقائع أخرى اقترنت بهذا العدول ويتوافر بها عنصر الخطأ اللازم لقيام المسؤولية التقصيرية"[375]. كما قضت أيضاً: "متى أقام الحكم المطعون فيه قضاءه بالتعويض، على أن ما تبودل من مكاتبات بين الهيئة العامة للبترول وشركة الملاحة، لا يعدو مرحلة التمهيد لإبرام عقد نقل بحري ولا يؤدي إلى انعقاده. غير أنه يرى في التصرفات التي اسندها للسكرتير العام للهيئة

---

[374] عدنان السرحان ونوري خاطر، مرجع سابق، ص 94. يزيد نصير، نظرية الخطأ في اثناء التفاوض والقطع التعسفي للمفاوضات، مرجع سابق، ص 233. مصطفى نشمي، مرجع سابق، ص 81.

[375] حكم محكمة النقض المصرية، مدني، رقم (167)، سنة 33، الصادر بتاريخ 1967/2/9م.

انحرافاً عن السلوك المألوف في الظروف التي صدرت فيها هذه التصرفات، وبالتالي خطأً تقصيرياً. وكانت هذه التصرفات ليست مما تقتضيه عملية التمهيد للتعاقد، التي ذكر الحكم أنها تدخل في سلطة السكرتير العام، وكل ما استخلصه الحكم، من أن هذه التصرفات كان من شأنها في الظروف الملابسة، أن توقع ممثل الطرف الآخر في فهم خاطئ، بأن التعاقد قد تم وأن عليه أن يبدأ في تنفيذه. هو استخلاص سائغ مستمد من مقدمات تؤدي إليه، فإن الحكم لا يكون قد خالف القانون، ولا يكون لما يثيره الطاعن في شأن دلالة المستندات على عدم انعقاد العقد، أثر في قيام المسؤولية التقصيرية التي أقام الحكم قضاءه عليها"[376].

وعلى صعيد آخر؛ اتجهت محكمة التمييز الأردنية إلى اعتبار الخطأ الذي يقع بمناسبة تكوين العقد خطأ عقدياً، فقد قضت[377] بأنه "من المقرر[378] قضاءً بأن شروط وأركان المسؤولية العقدية هي الخطأ العقدي والضرر وعلاقة السببية بين الخطأ والضرر، ومن المقرر فقهاً أن الخطأ الذي يقع بمناسبة إبرام العقد، سواءً حال دون انعقاده أم أدى إلى بطلانه خطأ عقدي وفقاً لها، ويقيم ثم على عاتق المسؤول عنه مسؤولية عقدية. فيقصد

---

[376] حكم محكمة النقض المصرية، مدني، رقم (299)، سنة 33، صادر بتاريخ 1968/3/28م.

[377] تتلخص وقائع هذه الدعوى في أن المميز ضدها المدعية، كانت قد تقدمت في القضية رقم (2017/89) بمواجهة المدعى عليها المميزة جامعة الإسراء؛ للمطالبة بإلزام المدعى عليها بجبر الضررين المادي والمعنوي اللذين ألحقتهما بالمدعية، واعتماد نتيجة المدعية واعطائها جميع الشهادات. فالمدعى عليها جامعة خاصة وبتاريخ 2011/8/7م، قبلت المدعية في كلية الحقوق تخصص الحقوق العام للعام الدراسي 2011– 2012؛ كفلسطينية حيث تم استيفاء رسوم التسجيل منها، كم تم استيفاء رسوم المواد واعطيت رقم جامعي، بالاستناد إلى كشف علامات الثانوية العامة الأردنية. مع العلم أن المدعية في العام الدراسي 2011/2010 درست فصلين في كلية العلوم الإدارية والمالية تخصص محاسبة كطالبة أردنية. واستكملت المدعية جميع متطلبات الحصول على درجة البكالوريوس بالحقوق في الفصل الصيفي لعام2014/2013. وعند مراجعة المدعية للحصول على شهادة بالعلامات وشهادة البكالوريوس بالحقوق، فوجئت برفض المدعى عليها إعطائها ذلك بزعم أن قبولها وتسجيلها مخالف لتعليمات وقرارات مجلس التعليم العالي، بالرغم من أن المدعى عليها في إشعار القبول الذي سلمته للمدعية جاء فيه "يسرني أن أبلغك أنه تم قبولك في جامعة الإسراء الخاصة كلية الحقوق تخصص الحقوق للعام الدراسي 2012/2011 الفصل الأول، وذلك بعد الحصول على الاستثناء من شرط المعدل".

[378] بالنسبة للأسباب من الثاني حتى الثامن، التي تدور في مجملها حول ادعاء المميزة بأنها كجامعة أردنية، قامت بتسجيل المدعية كطالبة لديها، وفقاً لأسس القبول المعمول بها سنداً لأحكام قوانين التعليم العالي. وأن المدعية هي التي أخلت أساساً عند تقديم طلب الالتحاق وارفقت أوراقا ثبوتية مصدقة حسب الأصول، بأنها تحمل الجنسية الفلسطينية وأنها هي من صرحت بذلك وعندما اعتبرت أن ركن الخطأ قد تحقق في فعل المدعى عليها، بالرغم من أنه سبق لها، بطلب التحاق سابق في تخصص آخر أن صرحت بأنها تحمل الجنسية الأردنية وأن المميزة لم ترتكب غشاً أو خطأً جسيماً وأن تسجيلها جاء وفقاً لمتطلبات القبول.

بالخطأ عند تكوين العقد، ذلك الذي يقع بمناسبة الشروع في إقامة علاقة عقدية، إذا لحق أحد طرفيها ضرر نتيجة تنفيذ العقد الذي أريد إبرامه أو نتيجة الاطمئنان إلى قيامه وأصبح على خلاف الحقيقة تاماً طبقاً للظروف الخارجية التي أحاطت به، ومن ثم يقيم لمصلحة المضرور مسؤولية عقدية. ولما كان ذلك وكانت العلاقة بين المدعية والمدعى عليها هي علاقة عقدية، حيث التزمت المدعى عليها بتسجيل المدعية لديها لغايات الحصول على شهادة البكالوريوس في الحقوق، على أن تلتزم المدعية بدفع الرسوم المقررة. وحيث أن هناك خطأً عقدياً وقعت فيه المدعى عليها، عندما سجلت المدعية في كلية الحقوق على أساس أنها تحمل الجنسية الفلسطينية، بالرغم من أنها لم تتحقق من أن المدعية تحمل الجنسية الفلسطينية فعلاً. إذ أنها اكتفت فقط بتقديم المدعية للهوية الفلسطينية، دون أن تكلفها وقبل تسجيلها بكلية الحقوق، بتقديم جواز السفر الفلسطيني المثبت للجنسية. كما أنها لم تكلفها بتقديم ما يثبت أنها تنازلت عن الجنسية الأردنية. إذ أنها تعلم أن المدعية تحمل الجنسية الأردنية، إذ أن الأخيرة كانت مسجلة في الجامعة في تخصص المحاسبة، وهذا الخطأ يعد عقدياً إذ أن المدعى عليها وقعت به بمناسبة إبرام العقد وفقاً لما هو مقرر فقهاً. أضف إلى ذلك أن هناك مساهمة في هذا الخطأ من المدعية، إذ أنها لم تقدم ما يثبت جنسيتها الفلسطينية، وذلك بتقديم جوازها الفلسطيني، كما أنها أخفت عن المدعى عليها، مسألة حملها الجنسية الأردنية والفلسطينية في آن واحد. وبناءً عليه فإن المسؤولية في هذه الدعوى مسؤولية عقدية، تتحمل المدعى عليها جزءاً من المساهمة في الخطأ العقدي. وحيث أن محكمة الاستئناف لم تفعل فإن قراراها من هذا الجانب مستوجب النقض لإجراء نسبة فنية لتحديد مدى مساهمة المدعى عليها ومن ثم تقدير التعويض العادل"[379].

وعليه، بمراجعة حيثيات القضية نرى بأن محكمة التمييز الأردنية جانبت الصواب، فلم توفق في فهم الواقع وتكييف النزاع عندما قامت بتطبيق نظرية الخطأ عند تكوين العقد للفقيه الألماني ايرنج مع اتجاه الفقه الغالب كما ذكرنا سابقاً إلى نقدها وعدم التسليم بها. فالوقائع

[379] حكم محكمة التمييز الأردنية، حقوق، رقم (2019/3452)، الصادر بتاريخ 2019/10/16م.

تشير إلى وجود عقد مبرم منذ سنوات، وأن النزاع منصب على آثار هذا العقد، ما يتعين معه بحث قواعد المسؤولية العقدية دون البحث في المرحلة السابقة على التعاقد كمرحلة منفصلة عن مرحلة تنفيذ العقد والنزاع المتصل بها.

المبحث الثاني

حالات المسؤولية

يتناول هذا المبحث الحالات التي تؤلف غالباً منفذاً لظهور المسؤولية عند انتهاك مبدأ حسن النية مخالفة، وبالمقابل قد يتوافق سلوك أحد الأطراف مع مقتضيات حسن النية في انسحابه من التعاقد ما يحول دون قيام المسؤولية على النحو التالي.

المطلب الأول

الحالات التي تشكل انتهاكاً لمبدأ حسن النية

عندما يخرج المتعاقد في سلوكه عن مسار مقتضيات حسن النية، وينتج عن ذلك ضرر للطرف الآخر، فلا يعد سلوكه إلا محلاً لنشوء المسؤولية. يعرض هذا المطلب لأبرز الصور التي تمثل اخلالا بمبدأ حسن النية، كل في فرع مستقل. وهذه هي: عدم وجود نية حقيقية للتعاقد، العدول عن التعاقد دون مبرر مشروع، وقوع عملية التعاقد على حق مملوك للغير عدم مراعاة متطلبات تقديم المعلومات أو المحافظة على سريتها.

الفرع الأول

عدم وجود نية حقيقية للتعاقد

يعد قيام أحد الأطراف بمباشرة عملية التعاقد دون وجود نية حقيقية للتعاقد؛ سلوكاً مخالفاً لمبدأ حسن النية[380]، سواءً نشأت نية عدم التعاقد قبل الدخول إلى المفاوضات، أو استمر

[380] يوسف شندي، مرجع سابق، ص 454.

في إجراءات التعاقد على الرغم من اتجاه نيته إلى عدم إبرام العقد[381]؛ كما لو قصد من الدخول في المرحلة السابقة على التعاقد لمجرد الحصول على معلومات وأسرار من الطرف الآخر تتعلق بوضعه المالي أو الاطلاع على خططه المستقبلية[382] أو تحويل الأنظار عن عقود أخرى يسعى لإبرامها مع الغير، أو بهدف تفويت الفرصة للتعاقد بين المتفاوض معه والغير مما يحقق مصالحه الخاصة[383]. وأياً كان الهدف الذي يرغب في الوصول إليه، فمما لا شك فيه أن سلوكه هذا يشكل انتهاكاً لمبدأ حسن النية؛ بحيث لا يتوافق مع سلوك الشخص العادي بمراعاة متطلبات النزاهة، ومصالح الطرف الآخر الأمر الذي يوجب قيام مسؤوليته التقصيرية[384].

وفي ذات السياق قضت محكمة النقض المصرية بالمسؤولية التقصيرية على عاتق المتعاقد الذي لم يكن جاداً في المفاوضات مع الطرف الآخر، لعدم وجود النية الحقيقية في التعاقد معه. وتتلخص وقائع القضية في أن شخصاً وهو الطاعن عرض على المطعون ضده بأن يفكر له في مشروع يستثمر فيه أمواله ويكون شريكاً له فيه، فقبل هذا العرض وأخذ يفكر في مشروع فريد من نوعه حتى اهتدى إلى إنشاء مصنع لعمل وطبع الأسطوانات الخاصة بالأغاني والموسيقي في مصر، ومن ثم عرض الفكرة على الطاعن الذي قام بدراستها فرحب بها. وبعد مفاوضات جرت بين الطرفين توافقا على تكوين شركة بينهما يساهم فيها الطاعن بجميع ما يلزمها من رأس مال ونفقات إنشاء المصنع وشراء الآلات، في حين يساهم المطعون ضده بالعمل؛ فيكون له الربع في موجودات الشركة من أرض وبناء وآلات وغيرها بالإضافة إلى الربع في صافي الأرباح، وللطاعن الثلاثة أرباع الباقية. ونتيجة الوصول إلى ذلك التوافق فقد طلب الطاعن من المطعون ضده السفر إلى أوروبا لإختيار الآلات والأدوات اللازمة للمصنع. وعندما طالب الطاعن تحرير عقد الشركة التي جرى التوافق على تكوينها

---

[381] أمين دواس، المسؤولية عن قطع المفاوضات دون سبب جدي، مرجع سابق، ص 186. محمود فياض، مرجع سابق، ص 239.

[382] محمد حسين، مرجع سابق، ص 770. يوسف شندي، مرجع سابق، ص 454.

[383] حسام الأهواني، مرجع سابق، ص 15.

[384] محمود زكي، مرجع سابق، ص 138.

أفهمه الطاعن أن الأمر عاجل ولا يحتمل الانتظار حتى تتم إجراءات العقد فلا خوف من إرجاء تحرير العقد إلى حين عودته من الخارج؛ ومن ثم سافر المطعون ضده إلى أوروبا تاركاً أعماله في مصر وقضى عدة شهور بالبحث في مصانعها عن أجود الآلات، مع استمرار اتصاله بالطاعن واطلاعه على سير أعماله. وخلصت المحكمة بأن التكييف الصحيح لهذه الوقائع، هو اعتبار ما جرى بين الطرفين لم يجاوز مرحلة المفاوضات على تكوين عقد شركة بينهما، وأن الطاعن لم يكن جاداً في هذه المفاوضات؛ فلم يكن يقصد أن تبلغ غايتها من عقد الشركة مع المطعون ضده، وإنما أوهم الأخير برغبته في تكوين الشركة لمجرد الحصول منه على فكرة المشروع، واستخدامه في اختيار الآلات اللازمة للمصنع لدرايته بذلك، على أن تقوم بتنفيذ المشروع شركة يكونها الطاعن مع آخرين ممن يقبلون المساهمة معه في رأس المال الشركة بنصيب كبير. الأمر الذي حصل فعلاً بتكوينه الشركة مع شخص آخر ساهم بالنصف من رأس المال بخلاف الطاعن الذي كان اشتراكه بعمله فقط. وهكذا فقد وصفت المحكمة مسلك الطاعن على النحو المتقدم بالمفاوضات مع المطعون ضده بالخطأ مما يوجب مساءلته تقصيرياً بموجب المادة (163) من القانون المدني المصري، وإلزام الطاعن بتعويض المطعون ضده لما لحقه من أضرار[385].

الفرع الثاني

العدول عن التعاقد دون مبرر مشروع

التمييز بين العدول عن التعاقد مع توفر مبرر مشروع من عدمه؛ يستند في المقام الأول إلى الظروف المحيطة بكل حالة على حدة، ويُستدل عليه عبر مدى المساهمة في خلق الثقة حول انعقاد العقد[386]. فالمتعاقد الذي يساهم في خلق ظروف توحي بأن العقد سينعقد، من خلال الطلب من الطرف الآخر إجراء دراسة، أو إعداد تصميمات، أو رسوم أو الحصول

[385] حكم محكمة النقض المصرية، مدني، رقم (24)، سنة 17، صادر بتاريخ 1966/1/27م. أنظر: عروبة المعموري، مرجع سابق، ص 140. أمين دواس، المسؤولية عن قطع المفاوضات دون سبب جدي، مرجع سابق، ص 187.

[386] محمد دسوقي، مرجع سابق، ص 94.

على تراخيص، أو استئجار عقارات أو غيرها من الأعمال، ومن ثم يقوم بالعدول عن التعاقد؛ فإنه يخل بالثقة المتولدة لدى الطرف الآخر بما لا يتوافق مع السلوك النزيه، ووجوب مراعاة الوضوح والصدق في مآل سير التعاقد[387]. ومن جانب آخر، فالعدول عن التعاقد بصورة مفاجئة عند وصول الأطراف إلى مستوى متقدم من تكوين العقد، يشكل قرينة غير قاطعة على عدم توفر سبب مشروع للعدول؛ كما هو الحال عند انتقال الأطراف من فترة المفاوضات إلى فترة إبرام العقد، والوصول إلى تبادل الإيجاب والقبول، فيرفض أحدهم الإيجاب دون مبرر مشروع، وفي هذا السياق قضت محكمة النقض المصرية بأنه "لا يجوز للقاضي بحث الأسباب التي أدت إلى رفض الإيجاب والظروف التي لابسته إلا إذا ادعى الموجب أن هذا الرفض لازمته أفعال خاطئة في ذاتها ومستقلة عنها استقلالاً تاماً منسوبة إلى الموجب له ولا تقوم مسؤوليته في هذه الحالة إلا إذا توافرت في حقه شروط المسؤولية التقصيرية"[388]. وعليه، فكلما تقدم السير في إجراءات التعاقد زادت الثقة عند الطرف الآخر بالوصول إلى انعقاد العقد[389]؛ لذا فإن قيام أحد الأطراف بالعدول عن التعاقد مع مساهمته في رفع حالة الثقة لدى الطرف الآخر بالوصول إلى التعاقد؛ يشكل إخلالاً بتلك الثقة وانتفاء المبرر المشروع للعدول، بما يخالف مقتضيات حسن النية.

الفرع الثالث

وقوع عملية التعاقد على حق مملوك للغير

الثابت أنه لا يجوز لأحد أن يتصرف في ملك الغير بلا إذنه[390]؛ الأمر الذي يفرض حظر الشروع في تكوين عقد لا يكون أحد أطرافه مالكاً للشيء محل التعاقد أو إذن التصرف فيه.

---

[387] حمدي بارود، مرجع سابق، ص 564.

[388] حكم محكمة النقض المصرية، مدني، رقم (1)، سنة 76 ، الصادر بتاريخ 2016/1/18م.

[389] شيرزاد سليمان، مرجع سابق، ص 351.

[390] المادة (96) من مجلة الأحكام العدلية.

نظراً لعدم نفاذ العقد حال قيامه بحق المالك الحقيقي[391]؛ إذ يمتلك هذا الأخير مكنة إبطاله أو إجازته[392]. وعليه؛ فالطرف الذي يتقدم للدخول في عملية تعاقد مع شخص آخر؛ دون أن يكون مالكاً للحق موضوع التعاقد، ولا متأكداً من حصوله عليه قبل انعقاد العقد مع عدم إشعار ذلك الشخص، بالإضافة إلى عدم وجود الإذن من المالك الأصلي بالسماح في إجراء التعاقد،[393] فإنه يعد بسلوكه هذا منتهكاً أصول حسن النية سواءً كان عالماً بأن الحق يعود للغير، أو لم يكن يعلم؛ بأن قصر وأهمل في معرفة حقوقه الثابتة وتمييزها عن حقوق الغير مما ألحق الضرر بالطرف الآخر في التعاقد وبالغير المالك الأصلي[394]. ومن قبيل ذلك شروع شخص في المفاوضة حول بيع سلعة أو خدمة لا يكون مالكاً لها أو مخولاً بالتصرف فيها بأي وجه من الوجوه، دون أن يُكشف عن ذلك للراغب بالشراء. أو قيام شخص بالسعي إلى تأجير قطعة أرض بهدف زراعتها وهو أصلاً لا يمتلك الإذن بالتصرف فيها[395]؛ فيبحث عن طرف يرغب بالاستئجار ويتفاوض معه دون اطلاعه على حقيقة أن ملكية الأرض والتصرف فيها يعود للغير.

---

[391] تنص المادة (365) من مجلة الأحكام العدلية على أنه "يشترط لنفاذ البيع أن يكون البائع مالكاً للمبيع أو وكيلاً لوصيه أو وليه وأن لا يكون في البيع حق آخر".

[392] تنص المادة (111) من مجلة الأحكام العدلية على أنه "البيع الموقوف بيع يتعلق به حق الغير كبيع الفضولي". كما وتنص المادة (368) من مجلة الأحكام العدلية على أنه "البيع الذي يتعلق به حق آخر كبيع الفضولي وبيع المرهون ينعقد موقوفاً على إجازة ذلك الآخر". وتقابل المادة (496) من مشروع القانون المدني الفلسطيني. والمادة (550) من القانون المدني الأردني، والمادة (466) من القانون المدني المصري.

[393] محمود زكي، مرجع سابق، ص 139.

[394] عروبة المعموري، مرجع سابق، ص 141.

[395] في هذا السياق تنص المادة (466) من مجلة الأحكام العدلية على أنه "يلزم أن يكون الآجر متصرفاً بما يؤجره أو كيل المتصرف أو وليه أو وصيه". وتقابل المادة (660) من القانون المدني الأردني.

الفرع الرابع

عدم مراعاة متطلبات تقديم المعلومات أو المحافظة على سريتها

بموجب مبدأ حسن النية يقع على عاتق المتعاقد تقديم المعلومات المؤثرة في تنوير إرادة الطرف الآخر حتى يصدر رضاؤه حُراً وواعياً، كما ذكرنا سابقاً[396]. ويتحقق عدم مراعاة متطلبات تقديم المعلومات بما يتوافق مع مقتضيات حسن نية من خلال صورتين؛ الأولى إيجابية بمعنى تقديم المعلومات بطريقة مغلوطة مخالفة للحقيقة والواقع أو أن المعلومات جرى تقديمها دون وضوح إذ يحيطها الإبهام والغموض. والثانية صورة سلبية تتجلى بكتمان المعلومات والامتناع عن منحها للطرف الآخر[397]. الأمر الذي يشكل سبباً رئيسياً في انسحاب هذا الأخير ووضعه حداً للعبور نحو قيام العقد، فلا ينبئ سلوك المتعاقد بمخالفة آلية تقديم المعلومات إلا بانتهاك مقتضيات مبدأ حسن؛ فلا النزاهة قائمة بحيث منحت المعلومات بأسلوب غامض ومبهم، وانتفى الصدق عبر مخالفة الحقيقة في تقديم معلومات مغلوطة، بالإضافة إلى عدم ظهور الأمانة فلا مراعاة لمصالح الطرف الآخر عند إخفاء المعلومات. وفي ذات المعنى قضت محكمة النقض الفلسطينية "إن اخفاء المؤمن له عن شركة التأمين ما يعاني منه بأن ينفي اصابته بأية أمراض أو عمل صورة شعاعية أو فحوصات تشخيصية أو الطلب منه إجراء مثل هذه الفحوصات تؤكد وقوع التدليس لدى تنظيم بوليصة التنظيم"[398].

ومن جانب آخر، فالحصول على المعلومات المتصلة بالعقد المُراد إبرامه لا بد أن يتبعه إلزامية المحافظة على سريتها. وعليه، فإن قيام الطرف الذي وصلت إليه المعلومات السرية باستخدامها واستغلالها لمصلحة نفسه أو الكشف عنها للغير، على نحو يحول دون احتفاظ

---

[396] راجع المطلب الأول من المبحث الثالث ضمن الفصل الأول من هذه الدراسة.

[397] هلدير أحمد، نظرية الغش في العقد، د. ط، دار الكتب العلمية، بيروت، 2011م، ص 163.

[398] حكم محكمة النقض الفلسطينية، رقم (2008/168)، الصادر بتاريخ 2008/9/2.

مالكها بمكنة الاستئثار مما يلحق به الضرر، يعد انتهاكاً لمبدأ حسن النية خلافاً لمقتضى الأمانة بالمحافظة على حق الغير.

المطلب الثاني

الحالات التي لا تشكل انتهاكاً لمبدأ حسن النية

مما لا شك فيه أن السلوك الموافق لمبدأ حسن النية بالاستناد إلى مبدأ حرية التعاقد، يشكل وقاية من امكانية قيام المسؤولية تجاه المتعاقد. وعليه، نتناول في الفرع الأول إجراء مفاوضات موازية مع الغير، وفي الفرع الثاني الانسحاب من التعاقد نتيجة عدم التعاون ونتطرق في الفرع الثالث إلى تغير الظروف.

الفرع الأول

إجراء مفاوضات موازية مع الغير

سنداً لمبدأ حرية التعاقد يكون لكل طرف حرية اختيار المتعاقد الآخر معه؛ الأمر الذي يعني السماح للمتعاقد بإجراء مفاوضات موازية مع عدة أطراف، في نفس الوقت وبشأن ذات موضوع التعاقد[399]؛ بهدف المفاضلة فيما بينها، للحصول على أفضل العروض التي تحقق مصالحه[400]. فإذا تلقى أحد الأطراف من شخص آخر عرضاً يمتاز عما يطرحه المتفاوض معه، ورفض هذا الأخير أن يتعاقد معه على أساس ما تضمنه العرض المنافس من شروط ومزايا؛ فلا يخالف مبدأ حسن النية اختيار ذلك الطرف الخروج من عملية التعاقد مع المتفاوض معه بعد إشعاره، والاتجاه نحو الحصول على العرض الأفضل[401]. غير أن حرية إجراء المفاوضات الموازية لا بد من إحاطتها بمبدأ حسن النية للابتعاد عن دائرة المسؤولية؛ بحيث يقع على عاتق الساعي إلى تحقيق مصالحه بالتعاقد، عدم استغلال الطرف المقابل

[399] يوسف شندي، مرجع سابق، ص 455.

[400] محمود فياض، مرجع سابق، ص 242.

[401] أحمد سلامة، مرجع سابق، ص 67.

وانتهازه في سبيل تحقيق المصالح الشخصية وإنما الاستمرار معه في المفاوضات بالتعاون بطابع جدي. وكذلك مراعاة مقتضيات النزاهة بالوضوح في تقديم المعلومات حول وجود مفاوضات موازية من عدمه، بهدف اتخاذ الطرف المقابل الحيطة والوعي في تقدير درجة الثقة والأمل من الوصول إلى انعقاد العقد. بالإضافة إلى عدم استخدام المعلومات السرية الخاصة بإحدى المفاوضات في سبيل نجاح الأخرى[402]. وذلك كله، بخلاف وجود شرط الحصرية في التفاوض، سواءً ورد بطريقٍ مستقل أو احتواه الاتفاق التنظيمي للمرحلة السابقة على التعاقد، كما ذكرنا سابقاً.

الفرع الثاني

الانسحاب من التعاقد نتيجة عدم التعاون

مما لا شك فيه أن تصرف أحد الأطراف بطريقة تحول دون انعقاد العقد، مما يدفع الطرف الآخر للعدول عن التعاقد؛ فإن عدول هذا الأخير لا يشكل انتهاكاً لحسن النية ولا يترتب الخطأ بجانبه[403]؛ نظراً لأن السبب المباشر في الانسحاب يعود إلى عدم تعاون الطرف المقابل، بالسعي إلى إثارة العقبات ووضع العراقيل؛ من خلال المماطلة المتعمدة وغير المبررة، كالمناقشة حول بعض عناصر العقد المعلقة التي لم يحسم الإتفاق بشأنها[404]، لا سيما إذا ما كانت ذات طابع ثانوي قليل الأهمية بالنظر لما جرى التفاهم عليه من مسائل. وكذلك خلق المنازعات اثناء تكوين العقد؛ كاقتراح الاسعار المغالى فيها[405]، أو إتباع السلوك الاستفزازي عن طريق إفهام الطرف الآخر أنه يشترك في عملية غير متكافئة وغير متوازنة الأمر الذي يدفع هذا الأخير إلى تقرير الانسحاب والعدول عن مواصلة التعاقد[406]. وكذلك الشأن عند قيام الطرف المنسحب بتقديم عروض معقولة تتوافق مع طبيعة العقد المُراد

---

[402] هلدير أحمد، مرجع سابق، ص 171.

[403] يوسف شندي، مرجع سابق، ص 456.

[404] مصطفى العوجي، مرجع سابق، ص 169.

[405] هلدير أحمد، مرجع سابق، ص 167.

[406] أحمد سلامة، مرجع سابق، ص 64.

تكوينه، مع مراعاة مصلحة كلا الطرفين غير أن تعنت الطرف الآخر وعدم مرونته في تفهم الحلول، كانت سبباً أساسياً في عدم الاستمرار في مفاوضات لا تؤدي إلا لإضاعة الوقت والجهد.

الفرع الثالث

تغير الظروف

بخلاف السبب الأجنبي الذي لا دخل لأحد الأطراف فيه، مما يؤدي إلى قطع علاقة السببية ودرء المسؤولية، يتأتى تغير الظروف الذي لا يشكل انتهاكاً لحسن النية في نطاق ما يحيط عملية التعاقد؛ كأن يستخلص أحد الأطراف استحالة قيام الطرف الآخر بتحمل الالتزامات الناتجة عن انعقاد العقد، نتيجة ما اطلع عليه من معلومات تبرز مدى ضعف الجانب المالي أو الفني وغيرها من متطلبات تنفيذ التعاقد بصورة إيجابية[407]. الأمر الذي يدفعه للانسحاب حفاظاً على مصالحه وفي الوقت نفسه لا يحمل الطرف الآخر ما لا يستطيع، وهو بذلك يتوافق في سلوكه مع مقتضيات مبدأ حسن النية ولا يخالفها. بالإضافة إلى تغير الظروف المالية بشكل غير متوقع؛ من قبيل ذلك فقدان العمل، كدخول أحد الأطراف في تكوين عقد قرض، ومن ثم فقدانه عمله ومصدر دخله الوحيد؛ الأمر الذي يعني عدم مقدرته سداد الدفعات المالية المترتبة على عقد القرض، فلا يكون امامه سوى العدول عن التعاقد. أو ظهور مرض لدى أحد الأطراف أو افراد اسرته، بحيث يتطلب مصاريف علاجية مرتفعة، ما يتعين معه اختيار الانسحاب من عملية التعاقد؛ نظراً لعدم إمكانية المواءمة بين تلك المصاريف والوفاء بنفقات التعاقد وتحمل التزاماته. ويدخل في نطاق تغير الظروف أيضاً عمل السلطات المختصة من خلال ممارسة صلاحياتها التشريعية[408] كإصدار قانون يمنع التعامل في الشيء محل التعاقد، أو كأن يسعى الأطراف إلى تكوين عقد بيع قطعة أرض ويصدر قرار من السلطة المختصة باستملاك قطعة الأرض محل التعاقد. أو قيام شخص

---

[407] يوسف شندي، مرجع سابق، ص 457.

[408] يزيد نصير، عقد التفاوض بحسن نية، مرجع سابق، ص 30.

بالتفاوض مع آخر حول عقد امتياز تجاري، واثناء سير المفاوضات صدر قرار من السلطات المختصة، بإلغاء إقامة ذلك شخص داخل حدود الدولة المُراد إنشاء المشروع فيها. فعندما تتدخل السلطات المختصة بما يؤثر على سير عملية التعاقد مستقبلاً، ومن ثم قيام أحد الأطراف بالانسحاب نتيجة لذلك، فهو لا يخالف مقتضيات حسن النية.

المبحث الثالث

التعويض

التعويض هو الأثر الجوهري الذي يترتب على انعقاد المسؤولية؛ لجبر الأضرار والخسائر سواءً المادية أو المعنوية التي ألمت بالمتعاقد المضرور[409]، نتيجة انحراف الطرف الآخر في سلوكه اثناء التعاقد عن سلوك الشخص العادي، بما يخالف مبدأ حسن النية وما يقتضيه من مراعاة الأمانة والنزاهة، فضلاً عن احترام المصالح المشروعة للطرف الآخر. وعليه نتناول في المطلب الأول التعويض العيني، ونتطرق في المطلب الثاني إلى التعويض النقدي.

المطلب الأول

التعويض العيني

مما لا شك فيه أن التعويض العيني الذي يحصل عليه المتضرر، واكتساب مكنة إعادة الحال إلى ما كانت عليه عن طريق إزالة آثار الضرر، من أفضل أنواع التعويض إذا كان ممكناً[410]. ويعد التعويض العيني أكثر وقوعاً بصدد الروابط العقدية، إذ يتيسر في كثير من الأحوال إجبار المدعى عليه على تنفيذ التزامه عيناً[411].

---

[409] عدنان السرحان ونوري خاطر، مرجع سابق، ص 464.

[410] أمين دواس، مجلة الأحكام العدلية وقانون المخالفات المدنية، مرجع سابق، ص 182.

[411] حسين عامر وعبد الرحيم عامر، مرجع سابق، ص 527.

وفي نطاق المرحلة السابقة على التعاقد لا مجال بفرض التعويض العيني؛ فلا روابط عقدية بين الأطراف، وإنما محاولة السعي لتكوينها؛ فمن جهة عند لجوء القاضي إلى إلزام الطرف المتخلف عن التعاقد، بمباشرة الشروع في إجراءات عملية التعاقد أو الإستمرار فيها؛ فإن مثل هذا التصور يشكل في حقيقة الأمر اعتداءً على حرية الشخص في عدم التعاقد[412] نظراً لاعتبار أن طبيعة تكوين العقد بالمفاوضات وارتباط القبول مع الإيجاب؛ تتطلب إرادة واعية وحرة، وإلا أصبحت العلاقات التعاقدية قائمة رغماً عن إرادة طرفيها خروجاً عن مبدأ حرية التعاقد وتأصله في سلطان الإرادة. وعليه، ليس للقاضي الحلول بإرادته محل إرادة الأطراف بهدف تحديد المسائل التي لم يحصل التفاهم حولها، أو أن يقوم بتكليف شخص آخر بمتابعة إجراءات التعاقد عوضاً عن الطرف المنسحب[413]. ومن غير المقبول قيام القاضي باعتبار العقد منعقداً على الرغم من غياب إتفاق نهائي بين الأطراف حول العناصر الجوهرية اللازمة لانعقاد العقد[414]. والقول بخلاف ذلك يجعل من مصدر الالتزام إرادة القاضي لا إرادة الطرفين، على نحو تسقط معه فكرة توافق الإرادتين بالعقد من أساسها ومبدأ حرية التعاقد الذي يقوم عليه[415]. وفي ذات المعنى، قضت محكمة النقض المصرية بأن "مشروع عقد البيع لا يكون ملزماً لأي من الطرفين، ويستطيع أي منهما الامتناع عن إبرام العقد، ولا يجوز للطرف الآخر إجباره على ذلك عن طريق القضاء"[416]. ومن جهة أخرى أشرنا سابقاً[417] إلى أن طبيعة المرحلة السابقة على التعاقد، تتطلب من الأطراف التعاون فيما بينهم والمشاركة بصورة جدية، عبر اتخاذ المواقف البناءة بما يهدف إلى نجاح عملية التعاقد. ومن المؤكد أن سير إجراءات التعاقد بطريقة طبيعية وسليمة، تعد مسألة قائمة على حسن السلوك، فلا يمكن تحصيلها بالفرض القائم على إلزام القاضي للطرف المخالف بمباشرة التفاوض بهدف التعاقد بشكل عيني؛ فالسير بالتفاوض إجبارياً هو بمثابة فعل دون

---

[412] مصطفى العوجي، مرجع سابق، ص 177. محمود زكي، مرجع سابق، ص 151.

[413] عبد العزيز حمود، مرجع سابق، ص 289.

[414] محمد لطفي، مرجع سابق، ص 86.

[415] مصطفى الجمال، مرجع سابق، ص 166.

[416] حكم محكمة النقض المصرية، مدني، رقم (674)، سنة 40، الصادر بتاريخ 1975/12/9م.

[417] راجع المطلب الثالث من المبحث الثالث ضمن الفصل الأول من هذه الدراسة.

فائدة[418]، فمن المخالف لمنطق الأمور مطالبة كل طرف بالمشاركة والفعالية بطريقة نزيهة، من أجل الوصل مع الطرف الآخر إلى تحقيق التعاقد، في الوقت الذي يكون فيه أحدهما رافضاً لفكرة قيام عقد نهائي بينهما[419].

وهكذا، فمن المخالف لمبدأ حرية التعاقد ولطبيعة سير التعاقد بالتعاون والمشاركة، فرض التعويض العيني في ظل المرحلة السابقة على التعاقد. فلا يكون مناط تعويض الأضرار لما يرتبه سلوك أحد الأطراف المخالف لمقتضيات حسن النية إلا عن طريق التعويض النقدي وسيأتي توضيح ذلك لاحقاً.

المطلب الثاني

التعويض النقدي

يعد إلزام الطرف المسؤول بدفع تعويض نقدي[420]، الطريق الأنسب لإزالة الأضرار التي لحقت بالطرف المضرور في المرحلة السابقة على التعاقد؛ بهدف إعادته إلى الوضع الذي كان عليه قبل الشروع في تكوين العقد[421]. كما قد يتقرر التعويض ابتداءً بموجب شرط اتفاقي صريح سواءً جاء بشكل مستقل أو ضمن اتفاق التفاوض؛ وهو ما يعرف بالتعويض الاتفاقي أو الشرط الجزائي[422].

---

[418] بلحاج العربي، مرجع سابق، ص 188.

[419] محمد لطفي، مرجع سابق، ص 85. أحمد سلامة، مرجع سابق، ص 74.

[420] قد يكون التعويض بمقابل غير نقدي، كأن تحكم المحكمة بأداء معين متصل بالخطأ على سبيل التعويض، كالاعتذار عن الضرر الأدبي الذي يشكل مساساً بسمعة المضرور. أنظر: حسين عامر وعبد الرحيم عامر، مرجع سابق، ص531.

[421] يوسف شندي، مرجع سابق، ص 457. مصطفى العوجي، مرجع سابق، ص 177.

[422] يعد إدراج الشرط الجزائي (التعويض الاتفاقي) في اتفاق التفاوض من قبيل الشروط العقدية التي تحكم علاقة الأطراف؛ لذا يتعين اعتباره سواءً من قبل القاضي أو هيئة التحكيم عند نظر النزاع. ويتأصل الشرط الجزائي في النظام القانوني الفلسطيني سنداً لما نصت عليه المادة (83) من مجلة الأحكام العدلية على أنه "يلزم مراعاة الشرط بقدر الإمكان". كما قررت المادة (55) مكررة (ج/1/ب) من قانون المخالفات المدنية على أنه "إذا كان ثمة عقد أو تشريع يقضي بتحديد تبعة، وكان ذلك العقد أو التشريع ينطبق على الادعاء، فلا يجوز أن يتجاوز مقدار التعويض الذي يصح استيفاؤه الحد الأقصى الذي ينطبق على الادعاء على الوجه المذكور". واحتوى مشروع القانون المدني الفلسطيني الأحكام الخاصة فنصت المادة (240) على أنه "يجوز للمتعاقدين أن يحددا مقدماً مقدار قيمة التعويض بالنص عليها في العقد أو في اتفاق لاحق، مع مراعاة أحكام القانون". كما تقرر في القانون

وبناءً عليه؛ نتناول نطاق التعويض النقدي في الفرع الأول، ونبين صور الأضرار محل التعويض النقدي في الفرع الثاني.

الفرع الأول

نطاق التعويض النقدي

يرتكز التعويض عن الضرر المباشر على عنصرين وهما؛ الخسارة اللاحقة وتتمثل بما تحقق فعلاً من أضرار، والكسب الفائت بمعنى ما ضاع على المتضرر من ربح كان يتوقعه[423]. وبالرجوع إلى قانون المخالفات المدنية، فقد نصت المادة (60/أ) بأنه "يجوز الحكم بالتعويض ... إذا كان قد لحق بالمدعي ضرر، فلا يحكم بالتعويض إلا عن الضرر الذي قد ينشأ بصورة طبيعية في سياق الأمور الاعتيادية والذي ينجم مباشرة عن المخالفة المدنية التي ارتكبها المدعى عليه". ويبدو واضحاً بأن النص يجيز التعويض الخسارة اللاحقة والكسب الفائت[424]. وتسمح مجلة الأحكام العدلية بالتعويض عن الخسارة اللاحقة والكسب الفائت[425]. كما اجازت ذلك المادة (186) من مشروع القانون المدني الفلسطيني عندما

المدني المصري بموجب نص المادة (1/223) من القانون المدني المصري بأنه "يجوز للمتعاقدين أن يحددا مقدماً قيمة التعويض بالنص عليها في العقد أو في اتفاق لاحق، ويراعى في هذه الحال أحكام المواد من 215 إلى 220". وأيضاً تناوله القانون المدني الأردني ضمن المادة (364) من القانون المدني الأردني وجاء فيها "1- يجوز للمتعاقدين أن يحددا مقدماً قيمة الضمان بالنص عليها في العقد أو في اتفاق لاحق مع مراعاة احكام القانون. 2- ويجوز للمحكمة في جميع الأحوال بناءً على طلب أحد الطرفين أن تعدل في هذا الإتفاق بما يجعل التقدير مساوياً للضرر ويقع باطلاً كل اتفاق يخالف ذلك". وفي ذات السياق، قررت محكمة النقض الفلسطينية بأن "1- تعهد المدعى عليه بالعمل لدى الشركة المدعية لمدة سنتين مقابل إرساله في دورة تدريبية خارجية، وبأنه في حال الإخلال بتعهده المتصل بالعمل يلتزم بدفع عشرة ألاف دينار أردني كتعويض متفق عليه مسبقاً عن المصاريف وتكاليف ونفقات البرنامج (الدورة)، يشكل في حقيقته تعويضاً اتفاقياً (شرطاً جزائياً) عما يصيب الدائن من أضرار جراء إخلال المدين بالتزامه، وطالما أثبتت البينة المقدمة من الجهة المدعية إخلال المدعى عليه بهذا الشرط بانقطاعه عن عمله يكون ملتزماً بدفع قيمة الشرط الجزائي كاملاً. 2- ينحصر أثر الشرط الجزائي في اعفاء الدائن من تقديم البينة عن حجم الضرر اللاحق به جراء الإخلال بالالتزام، وإن عبء الإثبات من حيث عدم وقوع الضرر أو المبالغة فيه يقع على عاتق المدين". حكم محكمة النقض الفلسطينية رقم (262)، الصادر بتاريخ 2012/11/29.

[423] حسين عامر وعبد الرحيم عامر، مرجع سابق، ص 538.

[424] أمين دواس، قانون المخالفات ومجلة الأحكام العدلية، مرجع سابق، ص 186.

[425] مصطفى الزرقا، الفعل الضار والضمان فيه، ط. 1، دار القلم، دمشق، 1988، ص 93. أمين دواس، قانون المخالفات ومجلة الأحكام العدلية، مرجع سابق، ص 88.

نصت على أنه "يقدر التعويض في جميع الأحوال بقدر ما لحق المضرور من ضرر، وما فاته من كسب بشرط أن يكون ذلك نتيجة طبيعية للفعل الضار"[426]. وقرر كلاً من المشرع الأردني والمصري ذات الحكم[427].

وباستقراء النصوص السابقة يظهر جلياً جواز التعويض عن الخسارة اللاحقة فعلاً سواءً في المسؤولية التقصيرية أو العقدية؛ وهو ما يسري بالتطبيق إلى الأضرار التي يعوض عنها في المرحلة السابقة على التعاقد. فالتعويض عن الضرر المادي يشمل أية خسارة أو نفقة فعلية يمكن تقدير قيمتها نقداً وبيان تفاصيلها وفقاً لما نصت عليه المادة (1) من قانون المخالفات المدنية. كما هو الحال بشأن نفقات عملية التعاقد وإهدار الوقت والجهد، على ما سنوضحه في الفرع التالي.

وأما التعويض عن الكسب الفائت بوجه عام؛ فإنه يسري في النظام القانوني الفلسطيني سواءً عند تطبيق أحكام قانون المخالفات المدنية على المسؤولية التقصيرية أو في حال سريان أحكام مجلة الأحكام العدلية على المسؤولية العقدية. كما اقر مشروع القانون المدني الفلسطيني التعويض عن الكسب الفائت في المسؤوليتين العقدية والتقصيرية. وهو ذات النهج المعتمد في القانون المدني المصري. بينما اجاز القانون المدني الأردني التعويض عن الكسب الفائت في المسؤولية التقصيرية بخلاف المسؤولية العقدية[428].

---

[426] نصت المادة (1/239) مشروع القانون المدني الفلسطيني على أنه "إذا لم يكن التعويض مقدراً في العقد، قدرته المحكمة، ويشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب، بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام كلياً أو جزئياً، أو تنفيذه على وجه معيب أو للتأخر في الوفاء به، ويعد الضرر نتيجة طبيعية إذا لم يكن في استطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول".

[427] تنص المادة (266) من القانون المدني الأردني على أنه "يقدر الضمان في جميع الأحوال بقدر ما لحق المضرور من ضرر وما فاته من كسب بشرط أن يكون ذلك نتيجة طبيعية للفعل الضار". وبالمقابل تنص المادة (170) من القانون المدني المصري على أنه "يقدر القاضي مدى التعويض الذي لحق المضرور طبقاً لأحكام المادتين 221 و222 مراعياً في الظروف الملابسة...". وتنص المادة (1/221) من القانون المدني المصري على أنه "إذا لم يكن التعويض مقدراً في العقد أو بنص القانون، فالقاضي هو الذي يقدره، ويشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسبب بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام أو للتأخير في الوفاء به...".

[428] تنص المادة (363) من القانون المدني الأردني على أنه "إذا لم يكن الضمان مقدراً في القانون أو في العقد فالمحكمة تقدره بما يساوي الضرر الواقع فعلاً حين وقوعه".

وبناءً على ما سبق؛ فالسؤال الآن، هل ينطبق التعويض عن الكسب الفائت في المسؤولية السابقة على التعاقد؟

بداية، الكسب الفائت في ظل المرحلة السابقة على التعاقد يعني الربح الذي كان متوقعاً الحصول عليه لو تم إبرام العقد. مثل الربح الذي يتوقع الراغب بالبيع الحصول عليه نتيجة إبرام عقد بيع السلعة أو الخدمة للراغب بالشراء. وكذلك الكسب الذي يأمل صاحب العقار تحقيقه من الشركة الراغبة بالاستئجار نتيجة إبرام عقد الإيجار. ومن قبيل ذلك أيضاً الربح الذي كان يتوقع المؤلف أن يجنيه لو جرى إبرام عقد النشر مع الناشر. وأيضاً ما يتوقع المهندس تحقيقه من ربح لو تم ابرام عقد إعداد الخرائط والتصاميم مع صاحب المشروع. فالكسب الفائت مؤداه التوقع ويبنى على احتمال إبرام العقد؛ بمعنى أنه ضرر غير محقق، فلم يقع فعلاً وبشكل مؤكد. فمن المخالف لمنطق العدالة اقرار التعويض عن الكسب الفائت في المسؤولية السابقة على التعاقد؛ لأن الأخذ به لا يعني سوى ترتيب أثراً على عقد لم ينعقد.

وفيما يتصل بالتعويض عن الضرر المعنوي؛ تجيز المادة (2/2) من قانون المخالفات المدنية التعويض عن الضرر المعنوي فقد نصت على أنه "تعني لفظة الضرر الخسارة أو التلف الذي يلحق بمال، أو سلب الراحة أو الإضرار بالرفاه الجسماني أو السمعة أو يشبه ذلك من الضرر أو الخسارة". ويسري حكم المادة السابقة عند قيام المسؤولية التقصيرية، بينما التعويض عن الضرر المعنوي في المسؤولية العقدية لا يخرج في التطبيق عن نطاق مجلة الأحكام العدلية لا سيما نص المادة (31) بأن "الضرر يدفع بقدر الإمكان" وحكم المادة (20) بأن "الضرر يزال". فجاءت مجلة الأحكام العدلية بنصوص عامة ومطلقة والمطلق يجري على اطلاقه؛ ما يُفهم منها جواز التعويض عن الضرر المعنوي في المسؤولية العقدية[429]. وعليه، يعد التعويض عن الضرر المعنوي نافذاً في كل من

[429] Mahmoud Dodeen, Compensability of Moral Damage in Islamic Contract Law: A Comparative Analysis of the Palestinian, Jordanian and Qatari Civil Codes. Arab Law Quarterly, 34(2), 2019. P9.

المسـؤوليتين[430] العقديـة[431] والتقصـيرية[432]. ويقـرر كـل مـن مشـروع القـانون المـدني الفلسطيني[433] والقانون المدني المصري ذات الحكم[434]، بينما يعوض القانون المدني الأردني عن الضرر المعنوي في المسؤولية التقصيرية بشكل صريح[435]، في حين خلا من بيان حكمه ضمن المسؤولية العقدية. غير أن القضاء الأردني استقر على عدم جواز التعويض

---

[430] Mahmoud Dodeen, Ibid, p. 10

[431] قررت محكمة النقض الفلسطينية بشأن التعويض عن الضرر المعنوي في عقد النقل بأنه "...لما كان المطعون ضده (المدعي) قد اسس دعواه بالمطالبة بتعويضات معنوية عن الضرر المعنوي الذي لحق به نتيجة افعال موظفي المدعى عليها الثانية (الطاعنة في هذا الطعن) اثناء رحلة العودة، ولما كانت المادة (72) من قانون الطيران رقم (55) لسنة 1953 والمادتين (17) و(19) من اتفاقية وارسو لسنة 1929 لم تعالج سوى الأضرار المادية الناشئة عن الالتزامات المالية للناقل وهي الالتزام بكفالة السلامة والالتزام بعدم التأخير، لذا يرجع في أركان مسؤولية الناقل الجوي بشأن الالتزامات الثانوية ومنها توفير الراحة والطمأنينة للراكب اثناء النقل للقواعد العامة في القانون المدني ويحكم القاضي بالتعويض للمضرور عن الضرر الأدبي أو المعنوي تبعاً لقاعدتي (لا ضرر ولا ضرار) الواردة في المادة (19) من مجلة الأحكام العدلية، وقاعدة (الضرر يزال) الواردة في المادة (20) من مجلة الأحكام العدلية؛ وهما قاعدتان عامتان لا يجوز قصرهما على الضرر المادي لان ذلك تخصيص بغير مخصص...". حكم محكمة النقض الفلسطينية رقم (2011/352) ورقم (2011/622)، الصادر بتاريخ 2011/11/21. كما قررت محكمة الاستئناف الفلسطينية "فإن مسؤولية عدم وصول المدعي (مشتري تذاكر السفر بالطائرة من المدعى عليه الوكيل بالعمولة) بالموعد المحدد، والمعاناة والألم التي تحملها إنما تقع على عاتق الناقل وهي شركة الطيران، عملاً بأحكام المادة (77) من قانون التجارة رقم (12) لسنة 1966، التي نصت على أن التعاقد على نقل الأشياء يتم بموجب الرضا ويلتزم الناقل بإيصال المسافر سالماً إلى المحل المُعين وفي المدة المتفق عليها". حكم محكمة الاستئناف الفلسطينية رقم (2001/457)، الصادر بتاريخ، 2003/10/27م.

[432] قضت محكمة النقض الفلسطينية بأنه "وبالنسبة للسبب الثاني المتعلق بالأضرار المعنوية، ولما كان المبرز م/2 بشأن الأضرار المادية فقط ولم يقدم المدعي (المطعون ضده) ما يثبت ما يزيد على هذا الضرر...." حكم محكمة النقض الفلسطينية رقم (2009/391)، الصادر بتاريخ 2010/6/24. يُفهم ضمناً من الحكم السابق، جواز التعويض عن الضرر المعنوي في نطاق المسؤولية التقصيرية إذا ما قام الدعي بإثباته.

[433] تنص المادة (1/187) من مشروع القانون المدني الفلسطيني على أنه "كل من تعدى على الغير في حريته أو في عرضه أو شرفه أو سمعته أو مركزه الاجتماعي أو في اعتباره المالي يكون مسؤولاً عما لحق الغير من ضرر أدبي". كما نصت المادة (3/239) من مشروع القانون المدني الفلسطيني على أنه "يشمل التعويض الضرر الأدبي أيضاً....".

[434] تنص المادة (170) من القانون المدني المصري على أنه "يقدر القاضي مدى التعويض الذي لحق المضرور طبقاً لأحكام المادتين (221) و(222) مراعياً في الظروف الملابسة، فإن يتيسر له وقت الحكم أن يعين مدى التعويض تعييناً نهائياً، فله أن يحتفظ للمضرور بالحق في أن يطالب خلال مدة معينة بإعادة النظر في التقدير". كما تنص المادة (1/221) من القانون المدني المصري على أنه "إذا لم يكن التعويض مقدراً في العقد أو بنص القانون، فالقاضي هو الذي يقدره، ويشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسبب بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام أو للتأخير في الوفاء به، ويعتبر الضرر نتيجة طبيعية إذا لم يكن في استطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول". ونصت المادة (1/222) بأنه "يشمل التعويض الضرر الأدبي أيضاً..."

[435] تنص المادة (1/267) من القانون المدني الأردني على أنه "يتناول حق الضمان الضرر الأدبي كذلك. فكل تعد على الغير في حريته أو في عرضه أو في شرفه أو في سمعته أو في مركزه الاجتماعي أو في اعتباره المالي يجعل المتعدي مسؤولاً عن الضمان".

عن الضرر المعنوي في المسؤولية العقدية[436]، فقد قضت محكمة التمييز الأردنية بأنه "إذا كانت المدعية تستند في دعواها إلى الإخلال بالالتزام العقدي المنسوب للجهة المدعى عليها، فإن التعويض الواجب الحكم به الضرر الواقع فعلاً حين وقوعه في حالة عدم النص على مقداره في القانون أو في العقد، فالمحكمة تقدره بما يساوي الضرر الواقع فعلاً حين وقوعه أي أن التعويض الواجب الحكم به في هذه الحالة هو المقدار الثابت من الضرر والخسارة اللاحقين فعلاً بالعاقد الآخر ولا يشمل الربح الفائت والضرر المعنوي إذ أن هذا التعويض (الضرر المعنوي والربح الفائت) محله الفعل الضار"[437].

ومقدار التعويض المترتب على خطأ أحد الأطراف، يجب أن يكون متناسباً مع الأضرار التي لحقت بالطرف الآخر[438]؛ دون نقصان بحيث لا تتحقق الغاية من التعويض، أو زيادة بما يحول دون إثراء المضرور بلا سبب على حساب المسؤول. وفي هذا المعنى تنص المادة (2/64) من قانون المخالفات المدنية على أنه: "في الإجراءات التي تتخذ للحصول على قسم من التعويض بمقتضى هذه المادة، يكون المبلغ الذي يمكن تحصيله من أي شخص أصل التعويض، المبلغ الذي تجده المحكمة متفقاً مع العدالة والإنصاف بالنظر إلى مدى تبعة ذلك الشخص عن الضرر، وتكون للمحكمة صلاحية إعفاء أي شخص من تبعة المساهمة في التعويض أو الإيعاز بجعل المبلغ الذي يحصل عليه من أي شخص معادلاً للتعويض بكامله".

ويقتضي تناسب التعويض مع الضرر عدم التفات القاضي إلى جسامة الخطأ؛ بسبب أن التعويض يقاس على أساس الضرر وليس مدى جسامة الخطأ[439]، فالغاية من التعويض في نطاق المسؤولية المدنية تعويض المضرور، وليس معاقبة المسؤول كما هو الحال في

---

[436] حكم محكمة التمييز الأردنية، حقوق، رقم (2005/2816)، الصادر بتاريخ 2006/1/2.

[437] حكم محكمة التمييز الأردنية، حقوق، رقم (2006/2721)، الصادر بتاريخ 2007/1/23.

[438] محمد لطفي، مرجع سابق، ص 89.

[439] عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص 971.

المسؤولية الجزائية[440]. وبالمقابل، لا بد من الأخذ بالاعتبار الظروف المحيطة في وقوع الضرر، لا سيما فيما يتصل بدرجة الثقة المتولدة، حول انعقاد العقد من قبل المسؤول وتفويت فرصة انعقاد العقد مع الغير، فضلاً عن مدى المساعي والجهود المبذولة من المضرور في سبيل التعاقد، والمستوى الذي وصلت إليه عملية تكوين العقد؛ بما يؤثر طردياً في رفع قيمة التعويض مقابل الضرر[441].

الفرع الثاني

صور الأضرار محل التعويض النقدي

أولاً: نفقات عملية التعاقد

المصروفات التي يتكبدها الطرف المضرور فيما يتصل بمتطلبات تكوين العقد، تتسع في مداها لتشمل إجراء الدراسات والتقارير المختلفة، وتكاليف السفر والإقامة والاتصالات[442]. وتتفاوت مفرداتها من حالة لأخرى وفقا لظروف الحال. وحتى يحصل مدعي الضرر على تعويض لما بذله من نفقات ومصروفات؛ فلا بد من قيام رابطة السببية بين الضرر المادي الذي يتجسد بالنفقات، وبين الخطأ المرتكب من قبل الفاعل الآخر المتمثل في الانحراف عن السلوك المألوف بمخالفة مقتضيات حسن النية[443]. وعليه؛ يجب التمييز بين حالتين؛ الأولى أن تكون النفقات والمصروفات قد بذلت في سبيل إجراءات عملية التعاقد، بمعنى أن تكون قد فرضتها طبيعة المرحلة السابقة على التعاقد وظروفها الخاصة[444]. إذ تستدعي ظروف المفاوضات إعداد دراسات واستشارات متنوعة وعمليات حسابية، أو تنظيم رسومات وخرائط خاصة بالمشروع أو إجراء دراسات فنية وميدانية مختلفة، أو أن طبيعة الصفقة تستلزم سفراً

---

[440] أمين دواس، قانون المخالفات المدنية ومجلة الأحكام العدلية، مرجع سابق، ص 191.

[441] حمدي بارود، مرجع سابق، ص 564.

[442] بلحاج العربي، مرجع سابق، ص 191.

[443] محمد محمد، مرجع سابق، ص 242.

[444] مصطفى العوجي، مرجع سابق، ص 177. حسام الأهواني، مرجع سابق، ص 409.

وإقامة من أجل الاطلاع والتباحث حولها[445]. وهكذا، فإن مثل هذه المصروفات وما يقابلها تعد خسارة حقيقية وفعلية أحاطت بالطرف المتضرر؛ ومن ثم يستحق تعويضاً عادلاً وموازياً لما بذله بمناسبة المرحلة السابقة على التعاقد من مصروفات دون جدوى[446]. والحالة الثانية أن تكون النفقات والمصروفات التي بذلها المدعي خارج نطاق سير التعاقد، سواءً أنفقت قبل الدخول في مرحلة تكوين العقد أو اثنائها، دون مراعاة مدى الجدية في التعاقد[447]؛ لأنه حتى الوصول إلى انعقاد العقد يظل لكل من الطرفين حرية عدم التعاقد؛ الأمر الذي يفرض على كل طرف واجب الاحتراز والتنبه إلى مسلكيات وتصرفات الطرف الآخر، بحيث إذا وجدها تنبئ عن الرغبة بعدم مواصلة التعاقد، توقف عن متابعة بذل النفقات دون طائل[448]. وبخلاف ذلك؛ فإذا أمل أحد الأطراف بمفرده بالوصل للتعاقد، وتكبد بعض المصروفات في سبيل ذلك، دون الانتباه ومراعاة اشارة ظروف التعاقد وملابساته بصعوبة الوصول إلى انعقاد العقد؛ فلا تقع تلك المصروفات إلا على مسؤوليته الشخصية[449].

وفي ذات السياق، تجدر الإشارة إلى أنه أثناء سير إجراءات التعاقد قد يتجه أحد الأطراف نحو إبرام عقود أخرى، مرتبطة بإبرام العقد النهائي محل التكوين، فيكون أحد أطرافها شخصاً آخر يعد من الغير بالنسبة إلى عملية التعاقد[450]. فمثلاً قد يقوم شخص بالسعي إلى إقامة مشروع بناء شقق سكنية؛ وأثناء المفاوضات مع مالك الأرض التي يرغب بالبناء عليها، تعاقد مع إحدى المكاتب الهندسية بهدف وضع الخرائط، أو تعاقد مع شركة مقاولات من أجل إسناد عملية البناء إليها، وغيرها من التعاقدات المتصلة بالمشروع. وتبرز الإشكالية من عدم الوصول إلى إبرام العقد النهائي؛ الذي ينعكس سلباً على العقود الأخرى المبرمة مع

---

[445] معمر بوطبالة، مرجع سابق، ص 224.

[446] مصطفى نشمي، مرجع سابق، ص 86.

[447] عبد العزيز حمود، مرجع سابق، ص 297.

[448] مصطفى العوجي، مرجع سابق، ص 172.

[449] أمين دواس، المسؤولية عن قطع مفاوضات العقد دون سبب جدي، مرجع سابق، ص 184.

[450] عروبة المعموري، مرجع سابق، ص 163.

الغير بما يحول دون تنفيذها[451]. فإذا كان عدم نجاح عملية التعاقد يعود إلى الشخص الذي لم يرتبط بتلك العقود، وعدم التزامه بمقتضيات حسن النية في التعاقد، والعدول عنه بصورة مفاجئة دون وجود مبرر مشروع، فيثور السؤال عن مدى إمكانية قيام الطرف المضرور بمطالبة المسؤول عن العدول عن إبرام العقد النهائي، بقيمة التعويضات التي يدفعها للغير بسبب عدم تنفيذه للالتزامات التي تحتويها العقود المبرمة معهم، وما قد يلحقه من أضرار أدبية تصيب سمعته بالنيل من مصداقيته وقدرته المهنية؟

في هذا الصدد يتجه بعض الفقه، وبحق، إلى التفرقة بين فرضين من منظور تحقق العلم من عدمه بهذه العقود من قبل الطرف الآخر[452]. فإذا ما كان هذا الأخير عالماً بحالة ما يبرمه الطرف المضرور من عقود مع الغير، أو تسبب في إبرامها بهدف تشجيعه على الإستمرار بإجراءات التعاقد التي انسحب منها؛ ففي هذا الفرض فإن قواعد العدالة والمنطق تقتضي إلزامه بتعويض الضرر المتمثل في استحالة تنفيذ ما أبرم من عقود مرتبطة بالعقد[453]. وأما في فرض جهل المتفاوض الآخر بأمر هذه العقود، أو تسجيل اعتراضه على إبرامها؛ فلا يجافي العدالة والمنطق تحميل من أبرمها بشكل منفرد ما قد يحكم عليه من تعويضات[454]. فقد كان من الواجب عليه المحافظة على توزان افعاله، وعدم الاندفاع بخفة نحو إبرام مثل هذه العقود المرتبطة بعقد غير محدد مضمونه؛ تتساوى فيه احتمالات الوصول إليه من عدمه خاصة إذا ما كانت المفاوضات في بدايتها[455].

ثانياً: الوقت الضائع في تكوين العقد

دخول الأطراف في المرحلة السابقة على التعاقد غالباً ما يستهلك وقتاً طويلاً يمتد عدة شهور أو سنوات، وفقاً لطبيعة موضوع التعاقد ونوعه، وفي حال عدم نجاح الأطراف

---

[451] محمد محمد، مرجع سابق، ص 255.

[452] محمد لطفي، مرجع سابق، ص 97.

[453] عبد العزيز حمود، مرجع سابق، ص 308.

[454] محمد أبو زيد، مرجع سابق، ص 83.

[455] محمد لطفي، مرجع سابق، ص 97.

بالوصول إلى التعاقد نتيجة قيام أحدهم بالعدول عن التعاقد على نحو غير مشروع؛ فمن الأضرار المتوقع أن تلحق بالطرف الآخر، إهدار وقته وجهده؛ مما يُنشئ حقاً بالحصول على تعويض عن ذلك الوقت الضائع[456]. وفي ذات السياق لا بد من التمييز بين فرضين الأول وجود عمل خاص بالطرف المضرور فيكون مناط التعويض اهدار الوقت وترك عمله الخاص مما ترتب عليه خسارة حقيقية. وأما الفرض الثاني هو عدم وجود عمل خاص، فلا بد من التعويض وفقاً لقواعد العدالة عن الجهد المبذول طوال فترة تكوين العقد. وقد قررت محكمة النقض المصرية تعويض الشخص المضرور عن الوقت الذي قضاه في خارج البلاد للبحث عن الآلات اللازمة لعمل المشروع؛ والمتمثل في إهماله مباشرة محله التجاري في مصر خلال المدة التي قضاها في الخارج، اعتماداً منه على جدية العرض المتقدم إليه في أن تبلغ المفاوضات غايتها بإقامة المشروع[457].

ثالثاً: تفويت فرصة انعقاد العقد

يعد تفويت فرصة انعقاد العقد، دون مسوغ مشروع، ضرراً محققاً يستوجب التعويض؛ حتى لو كانت الإفادة من انعقاده أمراً محتملاً؛ فالتعويض لا ينصب على الفرصة ذاتها بالتعاقد لأنها أمر احتمالي، وإنما يرتكز على تفويتها باعتباره ضرراً مؤكداً[458]. فالعبرة في تقرير وجود وتحقق تفويت الفرصة تكمن بالضرر الفعلي الذي لحق المضرور والمتمثل في حرمانه من فرصة انعقاد العقد ووسيلة تحقيق ذلك الكسب[459]. وبذلك يتميز تفويت الفرصة عن الكسب الفائت على اعتبار أن هذا الأخير ضرر غير محقق لم يصيب المضرور بالفعل.

---

[456] عبد العزيز حمود، مرجع سابق، ص 297. عروبة المعموري، مرجع سابق، ص 159. بوطبالة معمر، مرجع سابق، ص 255.

[457] حكم محكمة النقض المصرية، مدني، رقم (24)، سنة 17، الصادر بتاريخ 1966/1/27م.

[458] يوسف شندي، مرجع سابق، ص 460. أمين دواس، المسؤولية عن قطع مفاوضات العقد دون سبب جدي، مرجع سابق، ص 191.

[459] إبراهيم أبو الليل، تعويض تفويت الفرصة: القسم الأول، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، الكويت، ع. 2، م. 10، 1986، ص 108.

وبالنتيجة؛ يستقل تعويض تفويت الفرصة عن الكسب الفائت في المسؤولية السابقة على التعاقد[460].

ويتعين لتحقق تفويت الفرصة باعتباره ضرراً واجب التعويض وجود فرصة جدية وحقيقية لانعقاد العقد[461] أولاً، بحيث يتحقق معها احتمال أو رجحان هذا الانعقاد، ثم ضياع هذه الفرصة ثانياً وما يترتب عليه من حرمان نهائي من انعقاد العقد وصيرورته مستحيلاً بعد أن كان محتملاً[462]. فمجرد دخول شخص في مرحلة سابقة على التعاقد لا يكفي لعد ذلك فرصة لتحقيق إبرام العقد وكسب المنافع المأمولة، بل يتعين أن يتوافر ما يرجح احتمال إبرام العقد بالنظر إلى المستوى الذي وصلت إليه المرحلة السابقة على التعاقد[463]؛ كأن تكون وصلت مستوى متقدماً، فقد بذلت النفقات والجهود في إعداد الدراسات والاستشارات وغيرها؛ وتزايدت الثقة بعدم العدول عن فكرة التعاقد عبر الوصول إلى تقديم الإيجاب والرد عليه؛ أو انتظار اتمام الإجراءات الشكلية القانونية بالتسجيل هذا من جانب. ومن جانب آخر لا بد من النظر بالاعتبار للظروف المحيطة؛ كتفويت الطرف المضرور فرصة التعاقد مع طرف ثالث بسب الثقة التي أولاها للطرف المقابل، واعتقاداً منه بأن فرصة انعقاد العقد محل التكوين مؤكدة[464].

وعليه، فإن تفويت الفرصة يدخل في نطاق الأضرار التي يشملها التعويض في المسؤولية السابقة على التعاقد، وتقدره المحكمة جزئياً وفقاً لدرجة رجحان فرصة انعقاد العقد. وفي ذات

---

[460] يوسف شندي، مرجع سابق، ص 476.

[461] وفي سياق التعويض عن فقدان الفرصة يُشار إلى أن المشرع الفرنسي في المرسوم رقم 2016-131 بتاريخ 2016/2/10 المعدل لقانون العقود الأحكام العامة وإثبات الإلتزامات توجه بقصر التعويض على الضرر الفعلي دون التعويض عن فقدان فرصة إبرام العقد، كما لا يشمل التعويض الكسب الفائت المتوقع الحصول عليه لو تم إبرام العقد بموجب نص المادة(1112) من القانون المدني الفرنسي بأنه "في حال ارتكاب خطأ في المفاوضات، فإن تعويض الضرر الناجم عن ذلك لا يجوز أن يتضمن تعويضاً عن فقدان المكاسب التي كان يمكن تحقيقها من العقد الذي لم يبرم". للمزيد انظر: يوسف شندي، مرجع سابق، ص 457-461.

[462] إبراهيم أبو الليل، مرجع سابق، ص 85.

[463] يزيد نصير، مرحلة ما قبل إبرام العقد، عقد التفاوض بحسن نية، مرجع سابق، ص 35. أحمد سلامة، مرجع سابق، ص 76. بلحاج العربي، مرجع سابق، ص 194.

[464] محمد لطفي، مرجع سابق، ص 94. محمد محمد، مرجع سابق، ص 253.

السياق تنص المادة (60/أ) من قانون المخالفات المدنية "إذا كان قد لحق بالمدعي ضرر فلا يحكم بالتعويض إلا عن الضرر الذي قد ينشأ بصورة طبيعية في سياق الأمور الاعتيادية والذي ينجم مباشرة عن المخالفة المدنية التي ارتكبها المدعى عليه". ويُفهم من ذلك إجازة التعويض عن فقدان الفرصة إذ لا ينطبق إلا في المسؤولية التقصيرية، بينما لا تقر مجلة الأحكام العدلية التعويض عن تفويت الفرصة[465] فلا ينفذ عند قيام المسؤولية العقدية. وقد اسس مشروع القانون المدني الفلسطيني للتعويض عن تفويت الفرصة في المسؤوليتين العقدية والتقصيرية[466]. وهو ذات الحكم المقرر في القانون المدني المصري[467] والقانون المدني الأردني[468]. وفي ذات المعنى استقر القضاء المصري على تعويض الضرر الناشئ عن تفويت الفرصة بوجه عام، فقد قضت محكمة النقض المصرية بأنه "إذا كانت الفرصة أمراً محتملاً فإن تفويتها أمر محقق، وليس في القانون ما يمنع من أن يحسب في الكسب الفائت ما كان المضرور يأمل الحصول عليه من كسب ما دام لهذا الأمل اسباب مقبولة"[469]. وفي ذات الاتجاه سار القضاء الأردني إذ قررت محكمة التمييز الأردنية "إن المتفق عليه فقهاً وقضاءً التفرقة واجبة بين الفرصة ذاتها وبين تفويت الفرصة؛ إذ أن

---

[465] أمين دواس، قانون المخالفات ومجلة الأحكام العدلية، مرجع سابق، ص 186.

[466] تنص المادة (186) من مشروع القانون المدني الفلسطيني على أنه "يقدر التعويض في جميع الأحوال بقدر ما لحق المضرور من ضرر، وما فاته من كسب بشرط أن يكون ذلك نتيجة طبيعية للفعل الضار". كما نصت المادة (1/239) مشروع القانون المدني الفلسطيني على أنه "إذا لم يكن التعويض مقدراً في العقد، قدرته المحكمة، ويشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب، بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام كلياً أو جزئياً، أو تنفيذه على وجه معيب أو للتأخر في الوفاء به، ويعد الضرر نتيجة طبيعية إذا لم يكن في استطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول".

[467] تنص المادة (170) من القانون المدني المصري على أنه "يقدر القاضي مدى التعويض الذي لحق المضرور طبقاً لأحكام المادتين 221 و222 مراعياً في الظروف الملابسة...". وتنص المادة (1/221) من القانون المدني المصري على أنه "إذا لم يكن التعويض مقدراً في العقد أو بنص القانون، فالقاضي هو الذي يقدره، ويشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسبب بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام أو للتأخير في الوفاء به...".

[468] تنص المادة (266) من القانون المدني الأردني على أنه "يقدر الضمان في جميع الأحوال بقدر ما لحق المضرور من ضرر وما فاته من كسب بشرط أن يكون ذلك نتيجة طبيعية للفعل الضار". ونصت المادة (363) من القانون المدني الأردني على أنه "إذا لم يكن الضمان مقدراً في القانون أو في العقد فالمحكمة تقدره بما يساوي الضرر الواقع فعلاً حين وقوعه".

[469] حكم محكمة النقض المصرية، مدني، رقم (1995)، سنة 61، الصادر بتاريخ 1996/4/21 . أنظر أيضاً: حكم محكمة النقض المصرية، مدني، رقم (860)، سنة 45، الصادر بتاريخ 1979/5/16. وكذلك، حكم محكمة النقض المصرية، مدني، رقم (4300)، سنة 63، الصادر بتاريخ 1994/11/10.

الفرصة ذاتها هي من قبيل الضرر الاحتمالي والتي لا يترتب عليها التعويض عن الأضرار.
أما تفويت الفرصة فهي من قبيل الضرر المحقق والذي يوجب التعويض"[470]

[470] حكم محكمة التمييز الأردنية، حقوق، رقم (2015/3417) ، الصادر بتاريخ 2016/3/20.

الخاتمة

لما كانت المرحلة السابقة على التعاقد خارجة عن نطاق العقد، غير أنها في الواقع لا تخرج عن نطاق القانون؛ فتمتد القواعد القانونية العامة بشكل نسبي لتحتوي بعض اعمال الأطراف وسلوكياتهم اثناء سيرها وانقضائها، ما يؤسس إلى حالة قانونية خاصة كانت مثار الدراسة خرجنا منها بمجموعة من النتائج والتوصيات على النحو التالي:

النتائج

أولاً: تناولت التشريعات النافذة في فلسطين، وكذلك التشريعات محل المقارنة، بيان فترة إبرام العقد دون ظهور للمعالم الخاصة بالمفاوضات؛ لا سيما أنها تستغرق حيزاً زمانياً يسبق فترة إبرام العقد في مرحلة ما قبل التعاقد، وتؤدي دوراً موضوعياً ذا أهمية في تكوين عناصر العقد.

ثانياً: يحكم سلوكيات الأطراف وتصرفاتهم خلال المرحلة السابقة على التعاقد؛ مبدأ حرية التعاقد وحسن النية. ويؤدي هذا الأخير دوراً بارزاً منذ الشروع فيها إلى حين اختيار التعاقد أو العدول عنه، غير أن النصوص القانونية النافذة في فلسطين، وكذلك الشأن في الأردن ومصر جاءت خلواً من الأحكام الناظمة لسريانهما على مرحلة ما قبل التعاقد. وعلى الرغم من محاولة تأصيل مبدأ حسن النية سنداً للقواعد العامة بالقياس على سريانه اثناء تنفيذ العقد وتفسيره؛ إلا أن شمولية تطبيقه في سائر جزئيات مرحلة ما قبل التعاقد، تتطلب حكماً قانونياً صريحاً في النظام القانوني الفلسطيني، بالإضافة للأنظمة الأخرى محل المقارنة، الأمر الذي يكرس اهميته، ويوحد الأساس القانوني في وجوب التزام الأطراف بمقتضياته.

ثالثاً: مما لا شك فيه أن فرض الالتزامات في المرحلة السابقة على التعاقد؛ يضفي عليها طبيعة قانونية تتسم بالجدية، ما يوجب على الأطراف احترامها وعدم مخالفتها. وهو ما يضمن مراعاة مصالحهم وحفظ حقوقهم بشكل متوازن ومشترك؛ لذلك ظهرت الالتزامات عبر تقديم المعلومات والمحافظة عليها وتعاون الأطراف في تكوين العقد. صحيح أن هذه

الالتزامات تأصلت في هذه الدراسة سنداً إلى مبدأ حسن النية، غير أن اختلاف جزئياتها وتعدد خصائصها، وما يحقق سلامة العلاقة التعاقدية في طور التكوين، يوجب نصوصاً قانونية خاصة، الأمر الذي غاب عن المشرع الفلسطيني في التشريعات السارية، دون اختلاف مع التشريعات في مصر والأردن.

رابعاً: لقد ظهر جلياً في متن هذه الدراسة، غياب النصوص التي تناولت المسؤولية في المرحلة السابقة على التعاقد في فلسطين، بالتنظيم الصريح والمباشر وهو ما ينطبق أيضاً في الأردن ومصر. ويفرض هذا القصور معالجة أحكام مرحلة ما قبل التعاقد في نطاق القواعد العامة لكل من المسؤولية العقدية والتقصيرية. وعليه، تستند المسؤولية في المرحلة السابقة على التعاقد في الأصل إلى القواعد العامة في المسؤولية التقصيرية؛ ويعود السبب في ذلك إلى نفاذ أحكامها لعدم وجود عقد بين الأطراف، بالإضافة إلى إمكانية إسقاط أحكامها بما يلائم مبدأ حسن النية، باعتباره ضابطاً لسلوك الأطراف في مجريات عملية التعاقد. فالانحراف عن مقتضيات حسن النية يعد خطأً، فإن ترتب عليه ضرر للطرف الآخر، مع وجود علاقة سببية مباشرة بين الخطأ والضرر؛ تكونت أركان المسؤولية التقصيرية. وينطبق عليها في فلسطين أحكام قانون المخالفات المدنية، وبناءً عليه يعوض الطرف المضرور عن الخسارة اللاحقة فعلاً بما تمثله من اضرار مادية ومعنوية، بالإضافة إلى تفويت فرصة انعقاد العقد باعتبارها ضرراً محققاً. في حين يخرج من نطاق التعويض عن الكسب الفائت لأنه ليس مؤكداً فالتعويض عنه يعني ترتيب أثراً على عقد لم ينعقد.

خامساً: تقوم المسؤولية العقدية للتعويض عن الأضرار الناشئة في المرحلة السابقة على التعاقد عند وجود اتفاق أو شرط صريح ينظم المسائل الخاصة بها. فإن أخطأ أحد الأطراف وخالف الالتزام المفروض عليه على نحو تسبب بالضرر للطرف المقابل، وجبت مساءلته سنداً لأحكام المسؤولية العقدية ذات التأصيل في النظام القانوني الفلسطيني في مجلة الأحكام العدلية؛ فيعوض الطرف المضرور عن الخسارة اللاحقة سواءً عن الضرر المادي

والضرر المعنوي، ويخرج عن نطاق التعويض الكسب الفائت لكونه ضرر غير محقق وكذلك تفويت الفرصة فلا تعوض عنها مجلة الأحكام العدلية.

التوصيات

لما جاءت التشريعات محل المقارنة في الدراسة، لا سيما مجلة الأحكام العدلية ومشروع القانون المدني الفلسطيني وكلاً من القانون المدني المصري والأردني؛ خلواً من تنظيم صريح للمرحلة السابقة على التعاقد، فلا بد من ضرورة اتجاه المشرع في كل من فلسطين والأردن ومصر؛ لتنظيم أحكامها ضمن نطاق التشريعات المدنية، مع الأخذ بعين الاعتبار ما يلي من توصيات:

أولاً: بيان المعالم الأساسية لمبدأ حرية التعاقد، باعتباره من المبادئ الأساسية السارية في المرحلة السابقة على التعاقد؛ من خلال حرية الشخص في التعاقد أو عدم التعاقد، وحرية اختيار المتعاقد معه، وحرية الأطراف في تحديد مضمون العقد.

ثانياً: وجوب النص بشكل صريح على امتداد تطبيق مبدأ حسن النية؛ ليشمل المرحلة السابقة على التعاقد في فترتي المفاوضات وإبرام العقد. مع الإشارة إلى المعيارين الشخصي والموضوعي في قياس مبدأ حسن النية، وإبراز أهم مقتضياته لا سيما النزاهة والأمانة ومراعاة المصالح المشروعة للطرف الآخر.

ثالثاً: لزوم تناول الالتزامات التي تقع على عاتق الأطراف بشكل صريح، لا سيما الالتزام بتقديم المعلومات الجوهرية والمؤثرة في التعاقد، من قبل الطرف الذي يستأثر بها؛ بهدف تنوير إرادة الطرف الآخر، وقيامه باختيار التعاقد بناءً على إرادة حرة ومستنيرة. بالإضافة إلى ضرورة النص بشكل صريح، على وجوب المحافظة على سرية المعلومات المتصلة بموضوع التعاقد من قبل المتلقي، وحظر استخدامها أو استغلالها بأي طريقة تؤدي للإضرار بصاحبها. وضرورة اتجاه المشرع بالنظر إلى تطبيق الالتزام بالتعاون في سائر مراحل التعاقد

لا سيما المرحلة السابقة على التعاقد؛ لما يشكله من فرض الجدية التي تساهم في نجاح التعاقد واستقرار المعاملات.

رابعاً: وجوب النص بشكل واضح وصريح على سريان أحكام المسؤولية التقصيرية على مخالفة مبدأ حسن النية ضمن المرحلة السابقة على التعاقد، مع ثبوت تطبيق المسؤولية العقدية عند وجود اتفاق أو شرط صريح. وعلى وجه الخصوص لا بد من معالجة المشرع الفلسطيني أحكام المسؤولية التقصيرية ضمن نطاق مشروع القانون المدني الفلسطيني، مما يساهم في توحيد الأساس القانوني، بعيداً عن خلو التشريعات النافذة خاصة قانون المخالفات المدنية ومجلة الأحكام العدلية من نص صريح يتناول المرحلة السابقة على التعاقد، وتباينها في إبراز المعالم الأساسية للمسؤولية التقصيرية.

خامساً: لما كان التعويض جبراً للضرر الحال بالطرف المضرور، فيكون لزاماً فرض نص قانوني، يوجب التعويض عن الخسائر اللاحقة كافة مع اختلافها وتنوعها، مع إلزامية التعويض عن فقدان فرصة انعقاد العقد، دون التعويض عن الكسب الفائت.

المصادر والمراجع

المصادر

- مجلة الأحكام العدلية لسنة 1876م.
- قانون المخالفات المدنية رقم (36) لسنة 1944، المنشور في جريدة الوقائع الفلسطينية عدد (1380)، بتاريخ 1944/12/28م.
- قانون المخالفات المدنية المعدّل رقم (5) لسنة 1947، المنشور في جريدة الوقائع الفلسطينية، عدد (1563)، بتاريخ 1947/3/15م.
- مشروع القانون المدني الفلسطيني (قانون نافذ في قطاع غزة، صدر عن المجلس التشريعي المُنعقد في غزة بتاريخ 2012/7/26م).
- القانون المدني الأردني رقم (43) لسنة 1976، المنشور في الجريدة الرسمية الأردنية عدد (2645)، بتاريخ 1976/8/1م.
- القانون المدني المصري رقم (131) لسنة 1948.
- قانون التجارة النافذ في الضفة الغربية رقم (12) لسنة 1966، المنشور في الجريدة الرسمية الأردنية، عدد (1910)، بتاريخ 1966/3/30م.
- قانون حماية المستهلك رقم (21) لسنة 2005، المنشور في جريدة الوقائع الفلسطينية عدد (63)، بتاريخ 2006/4/27م.
- قانون التأمين الفلسطيني رقم (20) لسنة 2005، المنشور في جريدة الوقائع الفلسطينية عدد (62)، بتاريخ 2006/3/25م.
- قانون العمل الفلسطيني رقم (7) لسنة 2000، المنشور في جريدة الوقائع الفلسطينية عدد (39)، بتاريخ 2001/11/25م.
- القرار بقانون رقم (31) لسنة 2018 بشأن الحماية والسلامة الطبية والصحية، المنشور في جريدة الوقائع الفلسطينية، عدد (147)، بتاريخ 2018/9/23م.

المراجع

أولاً: الكتب

- أمين دواس، مجلة الأحكام العدلية وقانون المخالفات المدنية، ط. 1، المعهد القضائي الفلسطيني، رام الله، 2012.
- أمين دواس، قانون الأراضي، دون طبعة، المعهد القضائي الفلسطيني، رام الله، 2013.
- أنس فريحات، النظام القانوني للمرحلة السابقة على التعاقد، ط. 1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2018.
- إلياس ناصيف، موسوعة الشركات التجارية، "الأحكام العامة للشركة"، ج. 1، ط. 3 دون دار نشر، دون مكان نشر، 2008.
- بلحاج العربي، الإطار القانوني للمرحلة السابقة على إبرام العقد، دون طبعة، دار وائل دون مكان نشر، 2010.
- بهاء شكري، التأمين في التطبيق والقانون والقضاء: عقد التأمين، ج. 2، ط. 2، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2001.
- توفيق فرج، النظرية العامة للالتزام نظرية العقد، دون طبعة، المكتب المصري الحديث الإسكندرية، 1969.
- جاك غستان، المطول في القانون المدني "تكوين العقد"، ط. 1، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، 2000.
- حسين عامر وعبد الرحيم عامر، المسؤولية المدنية التقصيرية والعقدية، ط. 2، دار المعارف، القاهرة، 1979.
- خالد أحمد، الالتزام بالإعلام قبل التعاقد، دون طبعة، دار النهضة العربية، القاهرة 1999.
- سعد رمضان، المسؤولية المدنية الناشئة عن الإخلال بالسرية، دون طبعة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006.

- سمير تناغو، مصادر الالتزام، ط. 3، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، 2009.
- سهير منتصر، الالتزام بالتبصير، دون طبعة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1980.
- شيرزاد سليمان، حسن النية في إبرام العقود، ط. 1، دار دجلة، الأردن، 2008.
- عبد الحليم عبد اللطيف القوني، حسن النية وأثره في التصرفات في الفقه الإسلامي والقانون المدني، دون طبعة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2010.
- عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام، ج. 1، دون طبعة، مطبوعات جامعة الكويت، الكويت، 1982.
- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج. 1، دون طبعة، دار احياء التراث العربي، لبنان، دون سنة نشر.
- عبد القادر العرعاري، مصادر الالتزام "المسؤولية المدنية"، ط. 3، دار الأمان، الرباط، 2011.
- عدنان السرحان ونوري خاطر، شرح القانون المدني مصادر الحقوق الشخصية الالتزامات، ط. 7، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2019.
- علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، م. 1، دار عالم الكتب، الرياض، 2003.
- علي هادي العبيدي، العقود المسماة البيع والإيجار، ط. 5، دار الثقافة للنشر، الأردن، 2011.
- محمد دسوقي، الجوانب القانونية في إدارة المفاوضات وإبرام العقود، دون طبعة، معهد الإدارة العامة، الرياض، 1995.
- محمد صديق، موضوعية الإرادة التعاقدية، دون طبعة، دار الكتب القانونية، مصر، 2012.
- محمود دودين، الإطار القانوني للمساكن في الأراضي الفلسطينية المحتلة، دون طبعة معهد أبحاث السياسات الاقتصادية الفلسطيني (ماس)، رام الله، 2014.
- محمود دودين وأمين دواس، عقد البيع في مجلة الأحكام العدلية، دون طبعة، دون دار نشر، رام الله، 2013.

❖ محمود زكي، مشكلات المسؤولية المدنية، ج.1، دون طبعة، مطبعة جامعة القاهرة، القاهرة، 1978.
❖ مصطفى الجمال، السعي إلى التعاقد في القانون المقارن، ط. 1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2002.
❖ مصطفى الزرقا، الفعل الضار والضمان فيه، ط. 1، دار القلم، دمشق، 1988.
❖ مصطفى الزرقا، المدخل الفقهي العام، ج. 1، ط. 2، دار القلم، دمشق، 2004.
❖ مصطفى العوجي، القانون المدني، ج. 1، ط. 3، مؤسسة بحسون، بيروت، 2003.
❖ نزيه المهدي، الالتزام قبل التعاقدي بالإدلاء بالبيانات المتعلقة بالعقد وتطبيقاته على بعض أنواع العقود، دون طبعة، دار النهضة العربية، دون مكان نشر، 1982.
❖ هلدير أحمد، نظرية الغش في العقد، دون طبعة، دار الكتب العلمية، بيروت، 2011.
❖ وائل أحمد، حسن النية في البيوع الدولية، ط. 1، دار الفكر والقانون، المنصورة، 2010.
❖ يونس علي، العقود التمهيدية، دون طبعة، دار الكتب القانونية، مصر، 2010.

ثانياً: الرسائل الجامعية

❖ أحمد الخولي، السرية في المفاوضات السابقة على التعاقد، رسالة ماجستير، جامعة اليرموك، الأردن، 2011.
❖ آدم عبد الله آدم، أحكام عقود التجارة الدولية، رسالة دكتوراه، جامعة أم درمان الإسلامية السودان، 2013.
❖ براهمي فايزة، إلتزامات الأطراف في المرحلة السابقة على التعاقد، رسالة ماجستير، جامعة أبي بكر بلقايد، الجزائر، 2009.
❖ بوطبالة معمر، الإطار القانوني لعقد التفاوض، رسالة دكتوراه، جامعة الأخوة منتوري قسنطينة، الجزائر، 2017.

❖ بيلامي سارة، حسن النية في تكوين العقد، رسالة ماجستير، جامعة الأخوة منتوري قسنطينة، الجزائر، 2017.
❖ جنان عيسى، حسن النية في التعاقد، رسالة ماجستير، جامعة أبي بكر بلقايد، الجزائر، 2017.
❖ رعد اللوزي، التنظيم القانوني لمرحلة المفاوضات العقدية في القانون الأردني، رسالة دكتوراه، جامعة العلوم الإسلامية العالمية، الأردن، 2016.
❖ رومان حداد، حسن النية في تكوين العقد، رسالة ماجستير، جامعة آل البيت، الأردن، 2000.
❖ زيتوني فاطمة، مبدأ حسن النية في العقود، رسالة دكتوراه، جامعة أبي بكر بلقايد، الجزائر، 2018.
❖ سليمان الجميلي، المفاوضات العقدية، رسالة ماجستير، جامعة صدام، العراق، 1998م.
❖ شرف بعيرات، آثار الإخلال بمبدأ حسن النية في مرحلة المفاوضات العقدية، رسالة ماجستير، جامعة اليرموك، الأردن، 2018.
❖ صباح الدليمي، المسؤولية المدنية الناشئة عن الإخلال بالسرية، رسالة ماجستير، جامعة النهرين، العراق،2007.
❖ عروبة المعموري، التنظيم القانوني للمرحلة السابقة على التعاقد، رسالة ماجستير، جامعة بابل، العراق، 2008.
❖ علي حسين، الالتزام بالإعلام قبل التعاقد، رسالة ماجستير، جامعة اليرموك، الأردن، 2011.
❖ عمر الزبيدي، المسؤولية السابقة على التعاقد، رسالة ماجستير، جامعة النهرين، العراق، 2006.
❖ فداء خريسات، القيمة القانونية للتفاوض في العقود التجارية، رسالة ماجستير، جامعة اليرموك، الأردن، 2017.

❖ محمد العكام، العدول عن إبرام العقد في مرحلة التفاوض وأثره القانوني، رسالة دكتوراه، جامعة العلوم الإسلامية العالمية، الأردن، 2015.
❖ محمد حفناوي، المفاوضات في عقود التجارة الدولية، رسالة ماجستير، جامعة آل البيت، الأردن، 2002.
❖ محمد قاسم، قانون العقود الفرنسي الجديد باللغة العربية، دون طبعة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2018.
❖ محمد محمد، المسؤولية عن قطع المفاوضات، رسالة ماجستير، جامعة المنصورة مصر، 2015.
❖ محمود دودين، مسؤولية الطبيب المدنية الفردية عن أعماله المهنية، رسالة ماجستير، جامعة بيرزيت، فلسطين، 2006.
❖ مصطفى نشمي، النظام القانوني للمفاوضات التمهيدية للتعاقد، رسالة ماجستير، جامعة الشرق الأوسط، عمان، 2014.
❖ نور الدين أبو مريم، الواجب القانوني بالإدلاء بالمعلومات(الإفصاح) في بعض العقود، رسالة دكتوراه، جامعة النيلين، السودان، 2016.
❖ يوب بن هدى، مبدأ حسن النية في العقود، رسالة ماجستير، جامعة العربي بن مهيدي، الجزائر، 2013.

ثالثاً: المقالات العلمية

❖ إبراهيم أبو الليل، تعويض تفويت الفرصة: القسم الأول، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، الكويت، ع. 2، م. 10، 1986.

❖ أبو العلا النمر، الالتزام بالمحافظة على الأسرار في عقود نقل التكنولوجيا، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، مصر، ع.1، م. 48، 2006.

- أحمد سلامة، النظام القانوني لمفاوضات العقود الدولية، المجلة المصرية للقانون الدولي، مصر، ع. 56، دون مجلد، 2000.
- امين دواس، المسؤولية عن قطع مفاوضات العقد دون سبب جدي، مجلة جامعة الشارقة للعلوم الشرعية والقانونية، الإمارات، ع. 1، م. 5، 2008.
- جمال أبو الخير، النظام القانوني لمرحلة المفاوضات على عقد العمل، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، مصر، ع. 65، دون مجلد، 2018.
- حسام الأهواني، المفاوضات في الفترة قبل التعاقدية ومراحل إعداد العقد الدولي، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، مصر، ع. 2، م. 38، 1996.
- صبري خاطر، قطع المفاوضات العقدية، مجلة كلية الحقوق، جامعة النهرين، العراق، ع. 3، م. 1، 1997.
- عادل بسيوني، مبدأ سلطان الإرادة في الشريعة الإسلامية، مجلة جامعة القاهرة، مصر، ع. 7، م. 8، 1977.
- عبد العزيز حمود، الجوانب القانونية لمرحلة التفاوض ذو الطابع التعاقدي، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة المنوفية، مصر، ع. 20، م. 10، 2001.
- محمد أبوزيد، المفاوضات في الإطار التعاقدي، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، مصر، ع. 1، م.47، 2005.
- محمد حسين، الجوانب القانونية للمرحلة السابقة على التعاقد، مجلة الحقوق، الكويت، ع. 2، م. 22، 1998.

❖ محمود فياض، مدى إلتزام الأنظمة القانونية المقارنة بمبدأ حسن النية في مرحلة التفاوض على العقد، مجلة الشريعة والقانون، كلية القانون، جامعة الأمارات العربية المتحدة، ع. 54، م. 27، 2013.

❖ هادي الكعبي ومحمد هادي، الالتزام قبل التعاقدي بالأعلام، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، كلية القانون، جامعة بابل، العراق، ع. 2، م. 5، 2013.

❖ الهادي عرفة، حسن النية في العقود، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، مصر، ع. 1، دون مجلد، 1986.

❖ يزيد نصير، الإيجاب والقبول في القانون المدني الأردني والمقارن "القوة الملزمة للإيجاب" مجلة علوم الشريعة والقانون، الجامعة الأردنية، الأردن، ع. 1، م. 30، 2003.

❖ يزيد نصير، مرحلة ما قبل إبرام العقد، ج. 1، نظرية الخطأ في اثناء التفاوض والقطع التعسفي للمفاوضات، مجلة المنارة للبحوث والدراسات، الأردن، ع. 3، م. 7، 2001.

❖ يزيد نصير، مرحلة ما قبل إبرام العقد، عقد التفاوض بحسن نية، مجلة المنارة للبحوث والدراسات، الأردن، ع. 3، م. 9، 2003.

❖ يوسف شندي، دور القضاء الفرنسي في الإصلاحات التشريعية الحديثة في مجال العقود: المرحلة السابقة على التعاقد والالتزام بالإعلام، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، الكويت، ملحق خاص، ع. 2، ج. 2، 2017.