

القيمة القانونية للاتفاقات المتعلقة بالمفاوضات قبل التعاقدية

The legal value of pre-contractual negotiation agreements

بناسي شوقي*

Bennassi Chawki

جامعة الجزائر 1 بن يوسف بن خدة (الجزائر)، chawkidroit@gmail.com

تاريخ النشر: 2021/12/20

تاريخ القبول: 2021/10/31

تاريخ الاستلام: 2021/07/02

ملخص:

لقد فرضت المفاوضات قبل التعاقدية نفسها في الحياة العملية، خصوصا في العقود المتعلقة بالمشروعات الكبيرة ذات المردودية المالية الضخمة، ولم تعد مجرد مناقشات ومشاورات وتبادل للآراء لحسن النبض، بل أصبحت محل تنظيم محكم من قبل الأطراف الراغبة في التعاقد، يشارك في إعداداته الخبراء والفنيون من مختلف التخصصات، وقد تجسّد ذلك في شكل اتفاقات أولية (اتفاق المبدأ واتفاق الإطار) أو اتفاقات مرحلية (الاتفاق الجزئي والاتفاق المؤقت)، مما فتح الباب واسعا للتساؤل عن القيمة القانونية لهذه الاتفاقات في ظل تعدّد أشكالها، وتنوّع وظائفها، واختلاف تسمياتها، مما قد يتطلب تدخل القانون في المستقبل لوضع الخطوط العريضة لها من أجل توحيد المصطلحات، وتحديد المفاهيم، تحقيقا للأمن القانوني الذي تنشده كل التشريعات المدنية.

الكلمات المفتاحية: عقد، اتفاق، مسؤولية، مفاوضات، قبل تعاقدية.

Abstract:

Pre-contractual negotiations have imposed themselves in working life, especially in contracts for large projects with huge financial returns, They are no longer mere discussions, consultations and exchanges of views, but have become tightly regulated by parties wishing to contract, with the participation of experts and technicians from various disciplines, reflected in the form of preliminary agreements (principle agreement and framework agreement) or interim agreements (partial agreement and provisional agreement), This has given rise to a wide question of the legal value of such agreements in the light of their multiplicity, the diversity of their functions and their different designations, which may require the future intervention of the law to outline them in order to standardize terminology and define concepts, in order to achieve the legal security sought by all civil legislation.

Keywords: Contract; Agreement; Liability; Negotiation; Pre-contractual.

مقدمة:

ينعقد العقد في جميع التشريعات المدنية بتطابق الإيجاب والقبول، وفي هذا المعنى نصت المادة 59 مدي جزائري: "يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما المتطابقتين دون الإخلال بالنصوص القانونية"¹، فالتراضي جوهر العقد، إذ يمثل توافق الإرادتين على إحداث آثار قانونية، وهذه هي الصورة الكلاسيكية التي ورثها القانون المدني عن قانون نابليون (1804)، فقد صدر هذا الأخير منذ أكثر من قرنين من الزمن في بيئة زراعية بالدرجة الأولى، ومن ثم كان من الطبيعي أن يتأثر بيئته الاجتماعية البسيطة القائمة على "العقود الصغيرة" كالبيع والإيجار والوكالة التي يحتاجها المواطن في حياته اليومية، ومن ثم يكفي تطابق الإيجاب والقبول لانعقادها، بغض النظر عما إذا كانت عقود ذات تنفيذ فوري أو عقود ذات تنفيذ متتابع.²

ويظهر أن الصورة الكلاسيكية المذكورة أعلاه للتعاقد تعرف، منذ أزيد من سبعين سنة أو أكثر، تحديدا ملموسا في الساحة القانونية الوطنية والدولية، فبالنظر إلى التطور الاقتصادي الكبير الذي تعيشه المجتمعات المعاصرة، برزت بعض "العقود الكبيرة" مثل عقود نقل التكنولوجيا، وعقود الاستثمار، وعقود التجارة الدولية وغيرها من العقود الحديثة³، وأصبح من غير الممكن انعقادها بمجرد تطابق الإيجاب والقبول⁴، وإنما بات من الواجب أن تتخللها مفاوضات بين الأطراف الراغبة في التعاقد، يحضرها فريق من الخبراء، لمناقشة الجوانب القانونية والفنية للعمليات العقدية المزمع إبرامها مستقبلا، وتستغرق مدة معتبرة من الزمن في شكل جلسات للمناقشات والمشاورات واقتراح العروض والعروض المضادة⁵.

والواقع أن المفاوضات قبل التعاقدية، في بعض جوانبها، لم تعد مجرد مناقشات ومشاورات ومقترحات وتبادل للآراء من أجل الوصول إلى إبرام العقد النهائي الذي يلي مصالح جميع الأطراف، بل أصبحت محل تنظيم اتفاقي من قبل الأطراف الراغبة في التعاقد، بالنظر لضخامة المشروعات، والوقت الطويل الذي يستغرقه التفاوض بشأنها، والمخاطر التي تحيط بها من كل جانب، فبرزت أشكال مختلفة لما يسمى بـ "الاتفاقات المتعلقة بالمفاوضات قبل التعاقدية"⁶، وقد تنوعت وظائفها الفنية، واختلفت تسمياتها في الحياة العملية، وتعددت دراساتها في مصنفات الفقهاء، وتضاربت الأقوال بشأنها، ولم تستقر التشريعات المدنية الحديثة على تنظيمها تنظيما قانونيا من أجل توحيد أحكامها⁷.

وإذا كان الفقه قد اهتم كثيرا بموضوع المسؤولية المدنية عن قطع المفاوضات قبل التعاقدية منذ زمن بعيد⁸، فإن الاهتمام يجب أن ينصب اليوم على دراسة الاتفاقات المتعلقة بالمفاوضات قبل التعاقدية، وإذا كان من الممكن إرجاع هذه الاتفاقات، حسب بعض الفقه، إلى مجموعتين، تضم الأولى الاتفاقات الأولية، وهي اتفاقات لا تشكّل غاية مقصودة في ذاتها، وتضم الثانية الاتفاقات المرحلية، وهي اتفاقات مقصودة في ذاتها⁹، فإن

الإشكالية المناسبة لمعالجة هذا الموضوع هي كالآتي: ما هي القيمة القانونية للاتفاقات المتعلقة بالمفاوضات ما قبل التعاقدية؟ إن طبيعة الموضوع تتطلب اتباع المنهج التحليلي الاستقرائي المقارن، وتكون معالجة الموضوع من زاويتين: القيمة القانونية للاتفاقات الأولية المتعلقة بالمفاوضات قبل التعاقدية (أولاً)، والقيمة القانونية للاتفاقات المرحلية المتعلقة بالمفاوضات قبل التعاقدية (ثانياً).

أولاً: القيمة القانونية للاتفاقات الأولية المتعلقة بالمفاوضات قبل التعاقدية

تتمثل أبرز الاتفاقات الأولية المتعلقة بالمفاوضات قبل التعاقدية، في الحياة العملية، في اتفاق المبدأ (1)، واتفاق الإطار (2)¹⁰.

1- اتفاق المبدأ: اتفاق على التفاوض

اتفاق المبدأ (*Accord de principe*) أو اتفاق التفاوض (*Accord de négociation*)¹¹ هو اتفاق يلتزم بموجبه طرف أو عدة أطراف ببدء مفاوضات أو السير فيها من أجل الوصول إلى إبرام العقد النهائي مستقبلاً¹². لقد اعترفت به محكمة النقض الفرنسية (الغرفة الاجتماعية) أول مرة في قرار لها بتاريخ 24 مارس 1958، وكانت وقائع القضية تدور حول عامل بمصانع (*Renault*) إلى غاية 1940، إذ بعدها التحق بصفوف المقاومة ضد الاحتلال الألماني، وبعد التحرير طالب عن طريق رسالة موصى عليها بإعادة إدماجه، كما أن أحد الأغيار تدخل لصالحه، وكان ردّ مصانع (*Renault*) أنه عندما يسمح نشاط السيارات بذلك، فإن إمكانية الإدماج تكون محل دراسة، ولكن شيئاً من ذلك لم يحدث. وبعد رفع الأمر إلى القضاء، رأى قضاة الموضوع أن القضية تتعلق بوعد ملزم لجانب واحد، يترتب في ذمة مصانع (*Renault*) تعهداً نهائياً، ولكن محكمة النقض الفرنسية نقضت هذا القرار، وأقرت بوجود ما يسمى بـ (*Accord de principe*) على أساس أن إرادة الأطراف لم تتوافق حول أي عنصر جوهرى للعقد، وأن التعهد الوحيد من طرف مصانع (*Renault*) كان يتمثل في التفاوض مستقبلاً حول إبرام العقد النهائي¹³.

ويظهر من التعريف المذكور أعلاه أن اتفاق المبدأ عقد حقيقي يترتب التزاماً بالتفاوض¹⁴، ويتمثل هذا الالتزام في أداءين¹⁵: أولهما مباشرة التفاوض ومواصلة النقاش، ويكون ذلك من خلال الاتصال بالطرف الآخر وتقديم اقتراحات، والاستمرار في التباحث، ويعتبر هذا الالتزام التزاماً بتحقيق نتيجة¹⁶. وثانيهما السير في المفاوضات بحسن نية، ويكون ذلك من خلال صياغة اقتراحات جدية ذات علاقة بموضوع العقد، وتتماشى مع أهميته الاقتصادية، وبصورة عامة التحلي بالنزاهة من أجل الوصول إلى إبرام العقد النهائي، ويعتبر هذا الالتزام التزاماً ببذل عناية¹⁷.

ورغم التقارب الموجود بين اتفاق المبدأ وبروتوكول الاتفاق إلا أنهما متميزان من عدة نواح: من ناحية أولى يعتبر اتفاق المبدأ اتفاقاً في حدّ ذاته، في حين أن بروتوكول الاتفاق هو الوثيقة التي يفرغ فيها الاتفاق. ومن

ناحية ثانية يكمن الغرض من اتفاق المبدأ في بدء المفاوضات ومواصلتها، في حين أن الغرض من بروتوكول الاتفاق يكمن في تسجيل العناصر الأساسية التي تم الاتفاق عليها. ومن ناحية ثالثة يتضمن اتفاق المبدأ التزاما بالتفاوض، في حين أن بروتوكول الاتفاق يتضمن التزاما بعدم مناقشة العناصر الأساسية التي سبق الاتفاق عليها¹⁸.

وإذا كان اتفاق المبدأ يرتب التزاما بالتفاوض، فإن هذا لا يعني - بداهة - أنه يرتب التزاما بإبرام العقد النهائي¹⁹، فالحرية تبقى المبدأ المهيمن على المفاوضات، ومن ثم فإنه من المتصور فشل المفاوضات وعدم التوصل إلى إبرام عقد نهائي، ولا تقوم المسؤولية إلا إذا كان هناك قطع للمفاوضات دون سبب جدي، وفي هذه الحالة تكون المسؤولية عقدية باعتبار أن اتفاق المبدأ عقد حقيقي²⁰، ولا شك أنه لا يمكن إجبار المسؤول على تنفيذ التزامه تنفيذا عينيا من خلال إجباره على إبرام العقد النهائي، وإنما يُحكم عليه بدفع تعويض للضحية في شكل مبلغ نقدي²¹.

ويشير الفقه إلى أن الشائع في الحياة العملية أن يأخذ اتفاق المبدأ صورة اتفاق مستقل، ومع ذلك لا يوجد مانع قانوني من أن يرد في صورة بند (*Clause*) يتم الاتفاق عليه، ويُدرج في عقد قائم بين الأطراف المتعاقدة، وعادة ما يكون عقدا ذا تنفيذ متتابع، ولعل أبرز هذه البنود: بند إعادة التوازن العقدي أو ما يسمى (*Hardship*)، وبند التسوية الودية للنزاعات (*Clause d'arrangement amiable des litiges*)، وبند المستقبل (*Clause d'avenir*)²².

وحدير بالذكر أن مشروع (*Catala*) كان يشير إلى اتفاق المبدأ، فقد نصت المادة 1104-1 على ما يلي: "يمكن للأطراف، بواسطة اتفاق مبدئي، التعهّد بالتفاوض لاحقا حول عقد يجب تعيين عناصره والتعاون في ذلك بحسن نية"²³. وفي نفس الاتجاه نصت المادة 26 من مشروع (*Terré*): "يمكن للأطراف، بواسطة اتفاق مبدئي، التعهّد بالتفاوض لاحقا حول عقد يجب تعيين عناصره. يجب على الأطراف عندئذ التعاون بحسن نية لتعيين هذه العناصر"²⁴.

أما بالنسبة للقانون المدني فلا شك أن المشرع لم ينظم اتفاق المبدأ ومع ذلك يمكن القول أنه - تبعا للقانون المدني المصري - قد أشار إليه بصورة ضمنية في المادة 65 مدني (المادة 95 مدني مصري)، إذ هي تقضي بانعقاد العقد إذا اتفقت الأطراف على المسائل الجوهرية، واحتفظت بمسائل ثانوية للاتفاق عليها مستقبلا، ولم تشترط أن يرتبط انعقاد العقد بالوصول إلى الاتفاق على هذه المسائل²⁵، ففي هذه الحالة يشكّل الاتفاق على الاحتفاظ بالمسائل الثانوية لمناقشتها مستقبلا اتفاقا مبدئيا، فهو بمثابة اتفاق على مواصلة التفاوض حول هذه المسائل الثانوية، وهو الرأي الذي يأخذ به بعض الفقه المصري²⁶، ومع ذلك نرى أنه اتفاق مبدئي من نوع خاص

بدليل أن المشرع قد تدخل لتنظيمه من خلال النص على أنه إذا قام خلاف على هذه المسائل فإن المحكمة تقضي فيه طبقا لطبيعة المعاملة ولأحكام القانون والعرف والعدالة²⁷.

وفي نفس الاتجاه يرى بعض الفقه أن البيع بشرط المذاق الذي نظمته المشرع في المادة 354 مدني يعتبر اتفاقا مبدئيا²⁸، ذلك أن الشخص الراغب في الشراء بقبوله تذوق المبيع المعروض عليه من البائع يكون قد رضي بالبيع من حيث المبدأ، بمعنى أنه قبل التفاوض مع البائع بغرض التوصل إلى عقد البيع²⁹، وفي اعتقادنا أن هذا التكييف محل نظر، والأقرب للصواب أن يقال أنه بيع يتضمن خيارا لصالح المشتري يستطيع بمقتضاه أن يرم البيع النهائي أو أن يرفض ذلك، وهو التكييف الذي انتهى إليه بعض الفقه المجتهد³⁰، علما أن غالبية الفقه ترى أنه مجرد وعد بالبيع³¹.

2- اتفاق الإطار: اتفاق على تأطير العلاقات المستقبلية

اتفاق الإطار (*Convention cadre*) هو الاتفاق الذي يحدد المميزات العامة للعلاقات العقدية بين الأطراف المتعاقدة مستقبلا³²، وبعبارة أخرى هو العقد الذي يعمل على تأطير العلاقات العقدية المستقبلية، ومن ثم كان هذا العقد متبوعا بما يسمى في الحياة العملية بـ "عقود التطبيق" (*Contrats d'application*) التي تنضبط بما تم الاتفاق عليه من قواعد في عقد الإطار³³، ويبدو أن جذوره الأولى تعود إلى سنوات العشرينات من القرن الماضي³⁴، عندما ميّزت محكمة باريس في قرار لها بتاريخ 4 يناير 1929 بين العقد القاعدي وعقود البيع التالية له³⁵، ولكن مصطلح (*Convention cadre*) لم يستعمل إلا في سنوات الستينات في قرار بتاريخ 26 يناير 1966 صادر عن محكمة باريس³⁶.

لقد عرّفته المادة 1111 مدني فرنسي بعد تعديل 2016 على النحو الآتي: "عقد الإطار هو توافق بمقتضاه تتفق الأطراف على الخصائص العامة لعلاقاتهم العقدية المستقبلية. وتحدد عقود التطبيق كيفية التنفيذ"³⁷. ويظهر مما تقدّم أن عقد الإطار عقد حقيقي يخضع لأحكام العقود يرتب التزاما رئيسيا بمراعاة القواعد الفنية الواردة فيه عند إبرام عقود التطبيق في المستقبل، وهو ما يجعله يشكّل مع هذه العقود مجموعة عقدية ذات هدف اقتصادي واحد، ومع ذلك فإن هذه العقود تبقى مستقلة عنه³⁸، بدليل أن انعقادها يتطلب التراضي من جديد لاسيما وأن عقد الإطار يستبقي - عادة - تحديد الثمن والكمية لاتفاق لاحق³⁹.

والواقع أن عدم تحديد الثمن في عقد الإطار طرح مشكلة مدى صحة هذا العقد على أساس أن تحديد الثمن يشكل شرطا من شروط محل العقد⁴⁰، لقد رأت محكمة النقض الفرنسية، في بداية الأمر، أن عقود الإطار المتعلقة بالتوريد التي لا تتضمن تحديدا للثمن تعتبر باطلة استنادا إلى المادة 1591 مدني فرنسي المتعلقة بتحديد الثمن في عقد البيع⁴¹، وبعد الانتقادات الموجهة لهذا الاجتهاد تمسكت محكمة النقض الفرنسية بموقفها القاضي بالبطلان ولكنها استندت إلى المادة 1129 مدني فرنسي المتعلقة بوجوب تعيين المحل⁴². وفي خطوة جديدة ميّزت

محكمة النقض الفرنسية بين نوعين من العقود، بين العقود التي تتضمن أساسا الالتزام بمنح (نقل حق عيني) والعقود التي تتضمن أساسا الالتزام بالقيام بعمل، فقضت ببطالان الأولى دون الثانية⁴³. وفي تحوّل كبير قضت الجمعية العامة لمحكمة النقض الفرنسية بتاريخ الفاتح ديسمبر 1995 باستبعاد تطبيق المادة 1129 مدني فرنسي، وأقرت تحديد الثمن بصورة انفرادية⁴⁴، وأجازت ذلك - فيما بعد - في كل العقود على اختلاف أنواعها إلا ما استثنى بنص خاص⁴⁵.

وللإشارة فإن المشرع الفرنسي قد استفاد من الاجتهاد القضائي المذكور أعلاه، فقد نظم مسألة تحديد الثمن في عقود الإطار على إثر تعديل 2016، إذ نصت المادة 1164 مدني فرنسي على ما يلي: "في عقود الإطار يمكن الاتفاق على أن يكون الثمن محددا انفراديا من أحد الأطراف، ويقع عليه عبء تبرير المبلغ في حالة الاعتراض... في حالة التعسف في تحديد الثمن، يمكن رفع طلب للقاضي للحصول على تعويض، وعند الاقتضاء، فسخ العقد"⁴⁶. ويبدو أن المشرع الفرنسي قد وضع عدة ضوابط لمسألة التحديد الانفرادي للثمن في عقود الإطار من عدة نواح: من ناحية أولى جاءت المادة 1164 مدني فرنسي بعد المادة 1163 مدني فرنسي المتعلقة بتعيين المحل، مما يفيد أن المادة 1164 مدني فرنسي مجرد استثناء من قاعدة وجوب تعيين المحل. ومن ناحية ثانية إذا كانت المادة 1164 مدني تجيز التحديد الانفرادي للثمن من قبل أحد الأطراف، فإن ذلك محكوم بجملة من الشروط، إذ لا يكون إلا في عقود الإطار وبشرط أن يكون العقد قد تضمن مسبقا جواز ذلك. ومن ناحية ثالثة يقع على الطرف الذي حدّد الثمن انفراديا الالتزام بالتبرير بخصوص المبلغ المحدّد إذا اعترض الطرف الآخر على ذلك. ومن ناحية رابعة يتعيّن على الطرف الذي يحدّد الثمن انفراديا تفادي التعسف في استعمال هذه المكنة تحت طائلة التعويض أو فسخ العقد عند الاقتضاء⁴⁷.

وبناء على ما تقدّم ذكره فإن اتفاق الإطار، حسب شراح المادة 1164 مدني فرنسي، لا يكون، بمفهوم المخالفة، باطلا لعدم تعيين المحل، إلا إذا لم تتم الإشارة منذ البداية إلى جواز تعيين الثمن بالإرادة المنفردة من قبل أحد الأطراف⁴⁸.

ثانيا: القيمة القانونية للاتفاقات المرحلية المتعلقة بالمفاوضات قبل التعاقدية

تتمثل أبرز الاتفاقات المرحلية المتعلقة بالمفاوضات قبل التعاقدية، في الحياة العملية، في الاتفاق الجزئي (1)، والاتفاق المؤقت (2)⁴⁹.

1- الاتفاق الجزئي: اتفاق على عناصر العقد

الاتفاق الجزئي (*Accord partiel*) أو ما يسمى بـ (*Punctation*)⁵⁰ هو الاتفاق الذي يجسّد توافق الأطراف المتفاوضة، أثناء المفاوضات، حول بعض عناصر العقد، أساسية كانت أم ثانوية، مع بقاء التفاوض

قائما حول بعض العناصر الأخرى⁵¹، ويُلجأ إلى الاتفاق الجزئي كلما كانت العملية العقدية تحتاج إلى حسم جملة من المسائل الفنية والقانونية، سواء كانت هذه العملية بسيطة تتعلق بعقد واحد أو مركبة تتعلق بعدة عقود، ففي الحالة الأولى قد تحتاج الأطراف المتفاوضة إلى حسم مسألة الموصفات الفنية ثم الأسعار إلى غير ذلك من المسائل، وفي الحالة الثانية قد تحتاج إلى حسم العقد المتعلق بالبيع ثم العقد المتعلق بالوكالة ثم العقد المتعلق بالإيجار إلى غير ذلك من العقود⁵².

والسؤال المطروح هو: هل يرقى الاتفاق الجزئي إلى درجة العقد النهائي المنشود إبرامه إذا تعلق الأمر بعملية عقدية بسيطة كالبيع أو الإيجار؟ يبدو أن الجواب على هذا السؤال يحتاج إلى تفصيل على النحو الآتي:

- إذا تم الاتفاق على بعض العناصر الجوهرية للعقد أو على بعض العناصر الثانوية، فلا شك أن ذلك لا يشكّل عقدا مادام أنه لم يتم الاتفاق على جميع العناصر الجوهرية للعقد. أما إذا تم الاتفاق على جميع العناصر الجوهرية للعقد، وتمت إثارة المسائل الثانوية⁵³، ففي هذه الحالة نُميّز بين الفرضيات التالية:

- إذا تم الاتفاق على ربط انعقاد العقد بالتوافق على جميع عناصر العقد، جوهرية كانت أم ثانوية، فإن الاتفاق الجزئي حول العناصر الجوهرية دون الثانوية لن يرتقي إلى درجة العقد النهائي المنشود⁵⁴، وإنما يرتب - باعتباره اتفاقا تمهيديا - التزاما بمواصلة التفاوض من أجل الوصول إلى توافق على العناصر الثانوية⁵⁵، فإذا تحقق ذلك انعقد العقد النهائي، وإذا لم يتحقق تكون المفاوضات قد فشلت، وبالتالي لن ينعقد العقد النهائي، ويكون السقوط مصير الاتفاق الجزئي حول العناصر الجوهرية⁵⁶.

- إذا تم الاتفاق على كفاية التوافق على جميع العناصر الجوهرية لانعقاد العقد مع ترك التوافق على العناصر الثانوية المثارة لوقت لاحق، فإن الاتفاق الجزئي في هذه الحالة يرتقي إلى درجة العقد النهائي المنشود إذا توصلت الأطراف إلى الاتفاق على جميع المسائل الجوهرية، وتلتزم هذه الأطراف بمواصلة التفاوض للتوافق حول العناصر الثانوية، فإذا قام خلاف حول هذه العناصر وجب البحث عما إذا تضمن الاتفاق الجزئي ما يسمى بند التحكيم (*Clause d'arbitrage*)، ففي هذه الحالة يتم حلّ هذا الخلاف عن طريق التحكيم⁵⁷، أما إذا لم يتضمن الاتفاق الجزئي هذا البند فإنه يتم الفصل في الخلاف عن طريق القاضي وفق القواعد العامة⁵⁸.

- إذا لم يتم الاتفاق على كفاية التوافق على جميع العناصر الجوهرية لانعقاد العقد، وتوصلت الأطراف إلى الاتفاق على جميع العناصر الجوهرية في العقد دون العناصر الثانوية التي تمت إثارتها ولم يشترط ألا ينعقد العقد عند عدم الاتفاق عليها، ففي هذه الحالة يجب تطبيق المادة 65 مدني ونصها كالآتي⁵⁹: "إذا اتفق الطرفان على جميع المسائل الجوهرية في العقد واحتفظا بمسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد ولم يشترط أن لا أثر للعقد عند عدم الاتفاق عليها، اعتبر العقد منبرما وإذا قام خلاف على المسائل التي لم يتم الاتفاق عليها، فإن المحكمة تقضي فيها طبقا لطبيعة المعاملة ولأحكام القانون، والعرف، والعدالة"⁶⁰.

ويؤخذ من هذه المادة أمران مهمان: أولهما أن المشرع قد حكم - استثناء - باعتبار الاتفاق الجزئي حول المسائل الجوهرية عقداً نهائياً. وثانيهما أنه أحال الفصل في المسائل الثانوية، عند الخلاف، إلى القاضي الذي يقضي فيها طبقاً لطبيعة المعاملة وأحكام القانون والعرف والعدالة.

ويبدو أن اعتبار الاتفاق حول المسائل الجوهرية "اتفاقاً جزئياً" قد أثار اعتراض بعض الفقه الجزائري على أساس أن "... القول بوجود عقد أو التزام عقدي في الوقت الذي يتفاوض فيه الأطراف حول الجزئيات والتفصيلات في سبيل الوصول إلى العقد النهائي خلال مراحل التفاوض المختلفة هو رأي لا ينسجم مع طبيعة الالتزام والمنطق القانوني ذاته، وكذا مطالب الواقع العملي في التفرقة بين التصرفات السابقة على التعاقد، والتأصيل العلمي للاتفاقات الجزئية الممهدة للتعاقد، وضمانات التفاوض التي تركز على حرية إبرام العقود، فلا يمكن حتى للقاضي أن يقرر وجود عقد لا يرغب فيه أطراف المفاوضات ذاتها، وإن كانت له سلطة تفسير عناصر العقد وتحديد طبيعته إن وجد بطبيعة الحال (م 65 و 71 و 106 و 107 و 111 و 112 من ق.م)."⁶¹ والواقع أنه لا محل لهذا الاعتراض، ذلك أن بعض العقود الكبيرة، حسب الأستاذة (Joanna Schmidt-Szalewski) المختصة في مجال التفاوض، يحتاج إنجازها إلى وقت طويل، ومن ثم تبرم "اتفاقات جزئية" أثناء التفاوض في هذه العقود الكبيرة من أجل تحديد النقاط التي تم الاتفاق عليها، وفي هذا المقام يُطرح الإشكال حول ما إذا كان الاتفاق الجزئي يكفي لوجود العقد النهائي.⁶²

أما إذا تعلق الأمر بعملية عقدية مركبة وتم الاتفاق على جميع العناصر الأساسية لعقد من العقود وانعقد العقد باعتباره اتفاقاً جزئياً نهائياً من مجموعة عقود، فإن السؤال الذي يطرح هو كالاتي: هل ينتج هذا العقد آثاره أم لا؟ الظاهر أنه يجب التمييز بين مجموعة العقود التي تضم عقوداً مستقلة قائمة بذاتها وتلك التي تضم عقداً رئيسياً مصحوباً بمجموعة من العقود الثانوية.⁶³

في الحالة الأولى ينعقد العقد الذي توافرت جميع عناصره الأساسية ولكن إنتاجه لا يثيره يبقى مرتبطاً بما إذا نظمت الأطراف هذه المسألة أم لا، فإذا وُجد تنظيم اتفاقي يقضي بربط إنتاج العقد لآثاره بانعقاد العقود الأخرى لم ينتج العقد آثاره، أما إذا وُجد تنظيم يميز للعقد إنتاج آثاره دون ارتباطه بانعقاد العقود الأخرى أنتج هذا العقد آثاره، أما إذا لم تنظم الأطراف هذه المسألة فالأصل أن كل عقد ينتج آثاره بمجرد انعقاده.

أما في الحالة الثانية إذا تعلق الأمر بالعقد الرئيسي فإنه ينعقد وينتج آثاره دون أن يرتبط ذلك بانعقاد العقد الثانوي إلا إذا وُجد اتفاق يقضي بغير ذلك، أما إذا تعلق الأمر بالعقد الثانوي فإنه ينعقد ولا ينتج آثاره مادام أن العقد الرئيسي لم ينعقد بعد.

2- الاتفاق المؤقت: اتفاق على تنظيم المفاوضات

الاتفاق المؤقت (*Accord temporaire*) هو الاتفاق الذي يهدف إلى وضع تنظيم مؤقت للمفاوضات⁶⁴، وتعتمد الأطراف المتفاوضة على هذه التقنية كلما تعلق الأمر بالمفاوضات طويلة المدة التي تثير الكثير من الاحتمالات والمشكلات القانونية، ومن ثم تظهر فائدة هذه التقنية في الحسم المسبق لكل ما من شأنه أن يعرقل المسار الفعّال للمفاوضات من أجل إبرام العقد النهائي، فإذا كانت المفاوضات تخضع للحرية وحسن النية باعتبارهما من المبادئ التوجيهية للمفاوضات، فإن ذلك لا يمنع الأطراف المتفاوضة من تنظيم بعض المسائل مثلما هو الشأن بالنسبة لتعيين الأشخاص المؤهلين لقيادة المفاوضات، ووضع جدول زمني لسيرها، وتعيين مكان انعقادها، وتحديد من يتحمل المصاريف المتعلقة بالدراسات والاستشارات، ويبقى اتفاق الحصرية واتفاق الإخلاص، واتفاق السرية من أهم صور الاتفاق المؤقت⁶⁵.

بالنسبة لاتفاق الحصرية (*Accord d'exclusivité*) فمن المعلوم أن الأصل هو جواز مباشرة مفاوضات مع الغير في نفس الوقت مع سير المفاوضات مع طرف آخر، وتبرير ذلك أن الحرية تمنح على المفاوضات من بدايتها إلى نهايتها، فلا مانع من الناحية القانونية من فكرة المفاوضات الموازية (*Négociations parallèles*) مادام أنها تراعي حسن النية، فإذا ما أخلت بذلك قامت مسؤولية الفاعل، من ذلك مثلاً أن يجعل أحد المتفاوضين الطرف الآخر يعتقد بقرب إبرام العقد النهائي، في حين أن المفاوضات الموازية التي يقود مع الغير تجعل إبرام ذاك العقد أمراً مستحيلاً. ومن أجل تفادي مثل هذا المشاكل تلجأ الأطراف المتفاوضة إلى إبرام اتفاق مؤقت يتعلق بحصرية التفاوض، فبموجبه يتمتع على أحد الطرفين أو كلاهما التفاوض مع الغير لمدة معينة، وهو ما يحقق الأمن القانوني للمرحلة السابقة على التعاقد، ويضمن إقامة مفاوضات بناءً وجدية قد تقود إلى إبرام العقد النهائي، وكل خرق لهذا الالتزام يرتب المسؤولية العقدية⁶⁶.

أما بالنسبة لاتفاق الإخلاص (*Accord de sincérité*) فهو الاتفاق الذي بموجبه يتعهد أحد الأطراف بأن يكشف للطرف الآخر عن كل تفاوض مع الغير قبل بدء المفاوضات أو أثناء ذلك، وواضح أن الاتفاق يلقي على عاتق المدين التزاماً بالإعلام من نوع خاص يضمن شفافية المفاوضات المتنافسة، وهو على خلاف اتفاق الحصرية لا يمنع الأطراف المتفاوضة من مباشرة مفاوضات أخرى⁶⁷.

وأخيراً بالنسبة لاتفاق السرية (*Accord de confidentialité*) فهو اتفاق شائع في الحياة العملية لاسيما في العقود الدولية، والهدف منه الاحتفاظ بسرية المفاوضات، سواء تعلّق الأمر بوجود المفاوضات في حد ذاتها أو سيرها أو المعلومات المتبادلة بين الأطراف طيلة مدة التفاوض، ومن الواضح أنه يلقي على عاتق المدين التزاماً عقدياً بعدم فعل، أي بعدم إفشاء الأسرار وعدم استعمالها لأغراض شخصية، ولا شك أن خرق هذا الالتزام يرتب المسؤولية العقدية⁶⁸.

خاتمة

لقد أظهرت هذه الدراسة أن انعقاد العقد عن طريق تطابق الإيجاب والقبول قد أصبح صورة كلاسيكية تكاد تقتصر على العقود التي يحتاجها المواطن في معاملاته اليومية من بيع وإيجار ووكالة وغيرها من العقود الشائعة، في حين أن المفاوضات قبل التعاقدية، باعتبارها مرحلة سابقة للتعاقد، تعرف توسعا هائلا في عدة مجالات حيوية ترتبط بضخامة المشروعات، والمخاطر التي تحيط بها، والأموال التي تنفق من أجلها، مما جعلها من المسائل القانونية الشائكة التي تحتاج إلى تسليط الضوء عليها تشريعا وقضاء وفقها من أجل تأصيل أحكامها تحقيقا للأمن القانوني التعاقدية.

والواقع أن المفاوضات قبل التعاقدية لم تعد مجرد واقعة مادية يترتب على قطعها المسؤولية التقصيرية (المسؤولية غير العقدية) مثلما تصوّرها الفقه الكلاسيكي، بل أصبحت محل تنظيم اتفاقي، ومن ثم فإن الإخلال بالالتزامات التي ترتبها الاتفاقات المتعلقة بالمفاوضات قبل التعاقدية يخضع لأحكام المسؤولية العقدية على أساس أن هذه الاتفاقات تمثل عقودا من الناحية الفنية القانونية.

وإذا كانت هذه الاتفاقات تخضع لأحكام قانون العقود بصورة عامة، فإنه مع ذلك ليس الأمر بهذه السهولة من الناحية القانونية، ذلك أن أشكالها متنوعة، ووظائفها مختلفة، ومجالاتها متعدّدة، وهي وليدة الممارسة التعاقدية المرنة، فمنها ما يلزم الأطراف بالتفاوض (اتفاق المبدأ)، ومنها ما يعتبر تأطيرا للعلاقات العقدية المستقبلية (اتفاق الإطار)، ومنها ما يشكّل اتفاقا على عناصر العقد (الاتفاقي الجزئي)، ومنها ما يندرج في إطار تنظيم المفاوضات (الاتفاق المؤقت).

ويظهر أنه قد آن الأوان لمحاولة وضع تنظيم قانوني للاتفاقات المتعلقة بالمفاوضات قبل التعاقدية، توحيدا للمصطلحات الفنية، وتحديدًا للمفاهيم القانونية، تحقيقا للتجانس بين التشريع والممارسات التعاقدية، ويمكن الاستفادة في هذا الشأن من بعض المشاريع الفقهية الفرنسية كمشروع (Catala) و (Terré) فيما يخص اتفاق المبدأ، كما يمكن الاستفادة من تعديل القانون المدني الفرنسي في 2016 فيما يخص عقد الإطار (المادة 1111).

قائمة المصادر و المراجع:

– أولا: باللغة العربية

– الكتب

- خليل أحمد حسن قداد، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، ج. 4 عقد البيع، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1996.
- أنس عبد المهدي فريجات، النظام القانوني للمفاوضات، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2018.

- حسام الدين كامل الأهوازي، النظرية العامة للالتزام، ج 1 مصادر الالتزام، مج 1 المصادر الإرادية للالتزام، دار النهضة العربية، مصر، ط3، 2000.
- الدسوقي أبو الليل، العقد غير اللازم، مطبوعات جامعة الكويت، 1994.
- شوقي بناسي، الشرط في قانون العقود، دار الخلدونية، الجزائر، 2020.
- العربي بلحاج، النظام القانوني لمرحلة المفاوضات العقدية، دار هومة، الجزائر، 2019.
- علي أحمد صالح، المفاوضات في العقود التجارية الدولية، دار هومة، الجزائر، 2012.
- علي فيلاي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، موفم للنشر، الجزائر، ط3، 2013.
- علي فيلاي، العقود الخاصة، البيع، موفم للنشر، الجزائر، 2018.
- محمد إبراهيم دسوقي، الجوانب القانونية في إدارة المفاوضات وإبرام العقود، معهد الإدارة العامة، السعودية، 1995.
- محمد حسنين، عقد البيع في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط. 2، 1986.
- مصطفى محمد الجمال، السعي إلى التعاقد في القانون المقارن، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2002.
- يمينه حوحو، عقد البيع في القانون الجزائري، دار بلقيس، الجزائر، 2016.

الرسائل الجامعية

- رجب كريم عبد الإله، التفاوض على العقد، دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 2000.
- سهام قرد، المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2006.
- معمر بوطبال، الإطار القانوني لعقد التفاوض في مفاوضات عقود التجارة الدولية، دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الإخوة منتوري، قسنطينة، 2017.

المقالات

- أحمد السعيد الزقرد، نحو نظرية عامة لصياغة العقود، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، عدد 3، 2003، ص. 177.
- جمال فاخر النكاس، العقود والاتفاقيات الممهدة للتعاقد وأهمية التفرقة بين العقد والاتفاق في المرحلة السابقة على العقد، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، عدد 1، 1996، ص. 133.
- محمد عبد الظاهر حسين، الجوانب القانونية للمرحلة السابقة على التعاقد، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، عدد 2، 1998، ص. 727.

ثانيا: باللغة الأجنبية

- Ouvrages

- G. Chantepie et M. Latina, *La réforme du droit des obligations*, Dalloz, 2016.
- O. Deshayes, Th. Genicon et Y.-M. Laithier, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, LexicNexis, 2016.
- B. Fages, *Droit des obligations*, LGDJ, 9^e, 2019.
- J. Gatsi, *Le contrat-cadre*, LGDJ, 1996.
- J. Ghestin, G. Loiseau et Y.-M. Serinet, *Traité de droit civil, La formation du contrat, t. Le contrat – Le consentement*, Point Delta, 4^e éd, 2014.
- J. Schmidt-Szalewski, *Négociation et conclusion de contrats*, Dalloz, 1982.

- Thèses

- M. Elsehly, *La période précontractuelle*, th. Toulouse, 2018.
- E. Gounot, *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé. Contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique*, thèse Dijon, 1912.
- P. Sarvary-Bene, *Réflexions sur la notion de contrat préparatoire*, th. Montpellier, 2015.
- R. Stancu, *L'évolution de la responsabilité civile dans la phase précontractuelle*, th. Strasbourg, 2015.

- Articles

- L. Aynès, *Indétermination du prix dans les contrats de distribution : comment sortir de l'impasse ?* D. 1993. Chron. 25.
- Diaz et A. Gaudemet, *Les différentes formes d'exclusivité dans les cessions d'actifs de sociétés*, Bull. Joly Sociétés, 2015, p. 462.
- M. Fontaine, *Les clauses de confidentialité dans les contrats internationaux*, RD. Aff. Int. 1991, M. Fontaine, *Offre et acceptation, approche dépassée du processus de formation des contrats ?* in Mélanges P. Van Ommeslaghe, Bruxelles, Bruylant, 2000, p. 115.
- M.-A. Frison-Roche, *L'indétermination du prix*, RTD civ 1992. 269.
- J. Ghestin, *L'indétermination du prix de vente et la condition potestative (de la réalité du consentement à la protection de l'une des parties contre l'arbitraire de l'autre)*, D. 1973, chron. 293.
- J. Ghestin, *Réflexions sur le domaine et le fondement de la nullité pour indétermination du prix*, D. 1993. Chron. 251.
- J. Ghestin, *La responsabilité contractuelle pour rupture des pourparlers*, in Mélanges G. Viney, LGDJ, 2008, p. 455.
- N. D. Issaux, *Les mystères du contrat-cadre*, AJCA 2017, p. 104.
- M. Jeol, *La fixation du prix dans les contrats d'affaires : de l'indétermination de la loi à la détermination du juge*, in Mélanges P. Bézard, Montchrestien, 2002, p. 225.
- A. Latreille, *Réflexion critique sur la confidentialité dans le contrat*, LPA 2006, n° 156, p. 4 et LPA 2006, n° 157, p. 4.
- D. Mazeaud, *La genèse des contrats : un régime de liberté surveillée*, Dr et patr, 1996, p. 44, spé. p. 48.
- I. Najjar, *L'accord de principe*, D. 1991, p. 57.
- F. Pollaud-Dulian et A. Ronzano, *Le contrat-cadre par-delà les paradoxes*, RTD com. 1996. 179.
- A. Rieg, *La punctuation. Contribution à l'étude de la formation successive des contrats*, in Mélanges A. Jauffret, LGDJ, 1974, p. 600.
- R. Saleilles, *De la responsabilité précontractuelle*, RTD civ. 1907, p. 697.
- J. Schmidt-Szalewski, *La période précontractuelle en droit français*, RIDC, 1990, p. 545.
- J. Schmidt-Szalewski, *La force obligatoire à l'épreuve des avant-contrats*, RTD civ, 2000, p. 25.

الهوامش:

¹ يظهر أن نص المادة 89 مدني مصري أدق من نص المادة 54 مدني جزائري، إذ تنص على ما يلي: "يتم العقد بمجرد أن يتبادل طرفان التعبير عن إرادتين متطابقتين مع مراعاة ما يقرره القانون فوق ذلك من أوضاع معينة لانعقاد العقد"، فالأصل هو الرضائية من

خلال تطابق الإيجاب والقبول، ولكن قد يقضي القانون بضرورة مراعاة أوضاع معينة لانعقاد العقد، فيشترط إفراغ العقد في شكل معين (العقود الشكلية) أو تسليم الشيء محل التعاقد (العقود العينية).

² « Parlaient de contrat, l'opération type dont la réalité leur offrait le modèle et à laquelle ils pensaient sans cesse, c'était le vieux contrat traditionnel, où deux personnes d'identique situation juridique et de puissance économique égale exposent et discutent en un libre débat leurs prétentions opposées, font des concessions réciproques et finissent par conclure un accord dont ils ont pesé tous les termes et qui est véritablement l'expression de leurs commune volonté ». E. Gounot, *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé. Contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique*, thèse Dijon, 1912, p13.

³ انظر مثلاً: نصيرة بوجمعة سعدي، عقود نقل التكنولوجيا في مجال التبادل الدولي، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1992. أبو العلا علي أبو العلا النمر، مفاوضات عقود التجارة الدولية، دار النهضة العربية، مصر، 2002.

⁴ Voir : M. Fontaine, *Offre et acceptation, approche dépassée du processus de formation des contrats ?* in Mélanges P. Van Ommeslaghe, Bruxelles, Bruylant, 2000, p. 115.

⁵ انظر في تعريف المفاوضات: رجب كريم عبد الإله، التفاوض على العقد، دكتوراه، جامعة القاهرة، 2000، ص. 64، إذ عرّفها على النحو الآتي: "التفاوض على العقد هو حدوث اتصال مباشر أو غير مباشر بين شخصين أو أكثر بمقتضى اتفاق بينهم، يتم خلاله تبادل العروض والمقترحات وبذل المساعي المشتركة، بهدف التوصل إلى اتفاق بشأن عقد معين تمهيداً لإبرامه في المستقبل"، وجدير بالذكر أن القانون المدني الفرنسي قد نظم المفاوضات في المواد من 1112 إلى 1112-2، وبعد تعديل 2018 أصبح نص المادة 1112 على النحو الآتي:

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

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

⁶ لا يجب الخلط بين هذه الاتفاقات المتعلقة بالمفاوضات قبل التعاقدية وما يسمى بـ "ما قبل العقود" (Les avant-contrats)، كالوعد بالتعاقد (Promesse de contracter) والوعد بالتفضيل (Pacte de préférence)، فالأولى تنشئ التزامات تتعلق بالتفاوض، في حين أن الثانية تنشئ التزامات تتعلق بالعقد المراد إبرامه، وما يؤكد ذلك أن التنفيذ الجبري للعقد على سبيل التعويض يتصور في الثانية دون الأولى. انظر في هذا المعنى:

J. Ghestin, G. Loiseau et Y.-M. Serinet, *Traité de droit civil, La formation du contrat, t. Le contrat – Le consentement*, Point Delta, 4^e éd, 2014, p. 516. Voir à propos de la distinction entre avant-contrat et contrat préparatoire : P. Sarvary-Bene, *Réflexions sur la notion de contrat préparatoire*, th. Montpellier, 2015, p. 268. M. Elsehly, *La période précontractuelle*, th. Toulouse, 2018, p. 246.

⁷ يدعو بعض الفقه العربي إلى ضرورة التمييز بين الاتفاق والعقد في المرحلة السابقة على التعاقد. انظر: جمال فاخر النكاس، العقود والاتفاقيات الممهدة للتعاقد وأهمية التفرقة بين العقد والاتفاق في المرحلة السابقة على العقد، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، عدد 1، 1996، ص. 133. والواقع أنه لا أهمية لهذا التمييز ما دام أن الإخلال بالالتزامات التي ترتبها هذه الاتفاقات يخضع لأحكام المسؤولية العقدية. انظر: محمد عبد الظاهر حسين، الجوانب القانونية للمرحلة السابقة على التعاقد، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، عدد 2، 1998، ص. 768.

⁸ R. Saleilles, *De la responsabilité précontractuelle*, RTD civ. 1907, p. 697 ; P. Roubier, *Essai sur la responsabilité précontractuelle*, th. Lyon, 1911.

انظر في الفقه الجزائري: سهام قرد، المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض، كلية الحقوق، جامعة الجزائر1، 2006، وهي تتميز بين مرحلة التفاوض واتفاق المبدأ واتفاق الإطار، والواقع أن هذه الاتفاقات هي في حد ذاتها تنظيم اتفاقي للمفاوضات. انظر مثلاً: محمد حسن عبد العال، التنظيم الاتفاقي للمفاوضات العقدية، دار النهضة العربية، مصر، 1998.

⁹ أنس عبد المهدي فريجات، النظام القانوني للمفاوضات، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2018، ص. 228.

¹⁰ يقول الأستاذ مصطفى محمد الجمال عن الاتفاقات الأولية: "لا تمثل غاية نهائية في ذاتها بقدر ما تمثل وسيلة للوصول إلى العقد النهائي المنشود، ولذلك تنتمي إلى مرحلة المفاوضات وتظل محكومة بضوابطها، فلا تكون كيانا عقدياً مستقلاً به". المرجع السابق، ص. 233.

¹¹ يطلق بعض الفقه على اتفاق المبدأ مصطلح "اتفاق التفاوض". انظر: رجب كريم عبد الإله، المرجع السابق، ص. 303، ويرى أنه عقد حقيقي، ويمثل اتفاقاً رضائياً وتهديداً غير محدد المدة. في حين يطلق عليه بعض الشراح مصطلح "عقد التفاوض". انظر: علي أحمد صالح، المفاوضات في العقود التجارية الدولية، دار هومة، الجزائر، 2012، ص. 354. انظر أيضاً: معمر بوطالبة، الإطار القانوني لعقد التفاوض في مفاوضات عقود التجارة الدولية، دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الإخوة منتوري، قسنطينة، 2017.

¹² Voir : I. Najjar, *L'accord de principe*, D. 1991, p. 57. J. Schmidt-Szalewski, *Négociation et conclusion de contrats*, Dalloz, 1982, n° 375, p. 201. J. Ghestin, G. Loiseau et Y.-M. Serinet, op. cit, p. 519.

¹³ Cass. soc, 24 mars 1958, JCP G 1958, II, n° 10868, note J. Carbonnier.

¹⁴ « Les parties ont entendu, après divers contacts préalables, organiser contractuellement leurs négociations... il en résulte, contrairement à ce qu'a estimé le tribunal, des obligations non pas de nature quasi délictuelle mais de nature contractuelle ». CA Versailles, 21 sept 1995, RTD civ 1996, p. 145, obs. J. Mestre.

¹⁵ J. Schmidt-Szalewski, *La période précontractuelle en droit français*, RIDC, 1990, n° 2, p. 560. Voir aussi : B. Fages, *Droit des obligations*, LGDJ, 9^e, 2019, p. 63.

¹⁶ CA Paris, 20 nov 1992, JCP E 1993, pan, n° 111, RTD civ 1993, p. 348, obs. J. Mestre.

¹⁷ Cass. com, 2 juill 2002, n° 00-13.459, RJDA 2003, n° 52, RTD civ 2003, p. 76, obs. J. Mestre et B. Fages. Cass, 1^{re} civ, 29 mai 2013, n° 12-16.563.

¹⁸ انظر في التمييز بين اتفاق المبدأ وبروتوكول الاتفاق في الفقه العربي: أنس عبد المهدي فريجات، المرجع السابق، ص. 240.

مصطفى محمد الجمال، السعي إلى التعاقد في القانون المقارن، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2002، ص. 259. وانظر في الفقه الجزائري: معمر بوطالبة، المرجع السابق، ص. 44. ويجب الحذر من الخلط بين اتفاق المبدأ وما يسمى رسالة النية (Lettre d'intention)، فهذه الأخيرة وثيقة يعبر فيها أحد الأطراف عن رغبته في مباشرة مفاوضات من أجل السعي إلى إبرام عقد من العقود، في حين أن اتفاق المبدأ هو عقد حقيقي يترتب التزامات على الطرفين. انظر: معمر بوطالبة، المرجع السابق، ص. 46.

Voir : R. Stancu, *L'évolution de la responsabilité civile dans la phase précontractuelle*, th. Strasbourg, 2015, p. 382.

¹⁹ Paris, 1^{re} ch. A, 28 sept 1976, JCP, 1978. II. 18810, note J. Robert ; Rev. Arbitrage, 1977, 341 ; Journ. Not. 1978, 74, obs. M. Vasseur : Cass. soc. 19 déc 1989, pourvoi, n° 88-13.388.

²⁰ يقول الأستاذ محمد إبراهيم دسوقي: "وأما جزاء الإخلال بالاتفاق على الالتزام بالتفاوض فإنه يتحدد وفقا لأحكام المسؤولية

العقدية ما دمنا بصدد اتفاق تم الإخلال به". الجوانب القانونية في إدارة المفاوضات وإبرام العقود، معهد الإدارة العامة، السعودية، 1995، ص. 108. انظر أيضا: علي فيلاي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، موفم للنشر، الجزائر، ط3، 2013، ص. 131.

Voir : J. Ghestin, *La responsabilité contractuelle pour rupture des pourparlers*, in *Mélanges G. Viney*, LGDJ, 2008, p. 455.

« *La rupture des pourparlers qui résultent du contrat de négociation, si elle est fautive, constitue une défaillance contractuelle* donnant lieu à des dommages-intérêts en faveur de l'autre partie ».

CA Paris, 7 nov 2002, RTD civ 2003, p. 76, obs. J. Mestre et B. Fages.

²¹ J. Schmidt-Szalewski, *La force obligatoire à l'épreuve des avant-contrats*, RTD civ, 2000, p. 32. Voir : B. Fages, op. cit., p. 63.

²² انظر في شرح هذه البنود: رجب كريم عبد الإله، المرجع السابق، 311 وما بعدها. أنس عبد المهدي فريجات، المرجع السابق،

ص. 276 وما بعدها. علي أحمد صالح، المرجع السابق، ص. 370 وما بعدها. معمر بوطالب، المرجع السابق، ص. 35 وما

بعدها. انظر بخصوص (Hardship) في الفقه الجزائري: أحمد مروي، شرط إعادة التفاوض في عقود التجارة الدولية، دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2016. عبد اللطيف هي، حدود الأخذ بفكرة إعادة التفاوض في العقد، دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة

أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2016.

²³ Art. 1104-1. « Les parties peuvent, par un accord de principe, s'engager à négocier ultérieurement un contrat dont les éléments sont à déterminer, et à concourir de bonne foi à leur détermination ».

²⁴ Art. 26. « Les parties peuvent, par un accord de principe, s'engager à négocier ultérieurement un contrat dont les éléments sont à déterminer. Elles doivent alors concourir de bonne foi à leur détermination ».

²⁵ تنص المادة 65 مدني: "إذا اتفق الطرفان على جميع المسائل الجوهرية في العقد واحتفظا بمسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد

ولم يشترطا أن لا أثر للعقد عند عدم الاتفاق عليها، اعتبر العقد منبرما وإذا قام خلاف على المسائل التي لم يتم الاتفاق عليها، فإن المحكمة تقضي فيها طبقا لطبيعة المعاملة ولأحكام القانون، والعرف، والعدالة".

²⁶ محمد أبو زيد، المفاوضات في الإطار التعاقدية، دار النهضة العربية، مصر، 1995، ص. 37. حسام الدين كامل الأهواني،

النظرية العامة للالتزام، ج 1 مصادر الالتزام، مج 1 المصادر الإرادية للالتزام، دار النهضة العربية، مصر، ط3، 2000، ص. 145.

رجب كريم عبد الإله، المرجع السابق، ص. 325.

²⁷ يقول الأستاذ العربي بلحاج: "إذا توصل المتفاوضان حول مسائل العقد، خارج أي إطار عقدي، إلى الاتفاق على العناصر

الأساسية للعقد المرتقب محل التفاوض، تاركين العناصر التفصيلية أو المكملة أو الثانوية الأخرى لاتفاق لاحق، فإن مثل هذا الاتفاق

المبدئي (*Accord de principe*)، يسمى بفكرة التكملة أو الإكمال أو (*Punctuation*) في الفقه الأنجلوسكسوني، ينشئ

على عاتق طرفيه التزاما بضرورة مواصلة التفاوض حول العناصر المؤجلة التفصيلية أو الثانوية...". النظام القانوني لمرحلة المفاوضات

العقدية، دار هومة، الجزائر، 2019، ص. 261. والواقع أن هذا التحليل يخلط بين الاتفاق الجزئي (*Accord partiel*)

والاتفاق المبدئي (*Accord de principe*)، فالاتفاق الأول هو الذي يسمى (*Punctuation*) وليس الاتفاق الثاني،

والفرق بينهما أن الأول يتضمن الاتفاق على بعض عناصر العقد، في حين أن الثاني لا يتضمن ذلك، وإنما يتضمن بدء المفاوضات

أو السير فيها. وبناء على ذلك فإن المادة 65 مدني تضمنت الاتفاقين معا، اتفاق الطرفين على المسائل الجوهرية للعقد وهو ما يشكل اتفاقا جزئيا، واتفاق الطرفين على الاحتفاظ بالمسائل الثانوية للتفاوض حولها مستقبلا وهو ما يشكل اتفاقا مبدئيا.²⁸ تنص المادة 354 مدني على ما يلي: "يتعين على المشتري في البيع بشرط المذاق أن يقبل المبيع كيفما شاء غير أنه يجب عليه أن يعلن بقبوله في أجل المحدد بعقد الاتفاق أو العرف، ولا ينعقد البيع إلا من يوم هذا الإعلان".

²⁹ رجب كريم عبد الإله، المرجع السابق، ص. 327. محمد حسين عبد العال، المرجع السابق، ص. 100.

³⁰ يقول الأستاذ الدسوقي أبو الليل: "وفي اعتقادنا أن اللجوء إلى فكرة العقد غير اللازم والقول إن كلا من البيع بشرط التجربة والبيع بشرط المذاق بيع قائم، ولكنه غير لازم في مواجهة المشتري، لكونه يتضمن خيار الرجوع لصالحه، في ضوء ما تسفر عنه التجربة أو المذاق، يجيب على كافة تساؤلاتنا السابقة، ويضفي على العقد تكييفه الصحيح". العقد غير اللازم، جامعة الكويت، 1994، ص. 59. انظر: شوقي بنّاسي، الشرط في قانون العقود، دار الخلدونية، الجزائر، 2020، ص. 141.

³¹ انظر في الفقه الجزائري: محمد حسنين، عقد البيع في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط. 2، 1986، ص. 35. خليل أحمد حسن قداد، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، ج. 4 عقد البيع، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1996، ص. 71. يمينه حوحو، عقد البيع في القانون المدني الجزائري، دار بلقيس، الجزائر، 2016، ص. 45. علي فيلاي، العقود الخاصة، البيع، موفم للنشر، الجزائر، 2018، ص. 108، هامش رقم 1.

³² انظر في تعريف عقد الإطار: رجب كريم عبد الإله، المرجع السابق، 379. أنس عبد المهدي فريجات، المرجع السابق، ص. 297. علي أحمد صالح، المرجع السابق، ص. 509.

³³ Voir : J. Gatsi, *Le contrat-cadre*, LGDJ, 1996 ; F. Pollaud-Dulian et A. Ronzano, *Le contrat-cadre par-delà les paradoxes*, RTD com. 1996. 179 ; N. D. Issaux, *Les mystères du contrat-cadre*, AJCA 2017, p. 104.

³⁴ Voir : R. Stancu, op. cit, p. 349.

³⁵ C. A. Paris ; 4 janv. 1929. Gaz. Pal. 1929.1.jur.701.

³⁶ C. A. Paris ; 26 janv. 1966.1.210, concl. Lecourtier.

³⁷ **Art. 1111.** « Le contrat cadre est un accord par lequel les parties conviennent des caractéristiques générales de leurs relations contractuelles futures. Des contrats d'application en précisent les modalités d'exécution ».

³⁸ رجب كريم عبد الإله، المرجع السابق، ص. 480. العربي بلحاج، المرجع السابق، المرجع السابق، ص. 242.

³⁹ محمد إبراهيم دسوقي، المرجع السابق، ص. 109. أنس عبد المهدي فريجات، المرجع السابق، ص. 315.

⁴⁰ Voir : M. Jeol, *La fixation du prix dans les contrats d'affaires : de l'indétermination de la loi à la détermination du juge*, in Mélanges P. Bézard, Montchrestien, 2002, p. 225 ; J. Ghestin, *L'indétermination du prix de vente et la condition potestative (de la réalité du consentement à la protection de l'une des parties contre l'arbitraire de l'autre)*, D. 1973, chron. 293 ; *Réflexions sur le domaine et le fondement de la nullité pour indétermination du prix*, D. 1993. Chron. 251 ; M.-A. Frison-Roche, *L'indétermination du prix*, RTD civ 1992. 269 ; L. Aynès, *Indétermination du prix dans les contrats de distribution : comment sortir de l'impasse ?* D. 1993. Chron. 25.

⁴¹ Cass. com, 27 avr 1971, n° 70-10.752 et 70-10.753, Bull. civ. IV, n° 107 ; D. 1972. 353, note J. Ghestin ; Cass. com, 12 févr 1974, D. 1974. 414.

⁴² Cass. com, 11 oct 1978, n° 77-11.624, Bull. civ. IV, n° 225.

⁴³ Cass. com, 9 nov 1987, n° 86-13.984, Bull. civ. IV, n° 237 ; Cass. com 22 janv 1991, n° 88-15.961, Bull. civ. IV, n° 36.

⁴⁴ Ass. plén, 1^{er} déc 1995, n° 91-15.578, 91-19.653, 91-15.999, 93-13.688, D. 1996. 13, note L. Aynès ; Defrénois 1996. 748, obs. Ph. Delebecque ; JCP 1995, II, 22565, obs. J. Ghestin ; LPA 27 déc 1995, p. 11, note D. Bureau et N. Molfessis ; RTD civ 1996, 153, obs. J. Mestre.

⁴⁵ Cass. civ, 1^{er} mai 2004, n° 03-13.847, RDC 2004. 925, obs. D. Mazeaud.

⁴⁶ **Art. 1164.** « Dans les contrats cadre, il peut être convenu que le prix sera fixé unilatéralement par l'une des parties, à charge pour elle d'en motiver le montant en cas de contestation... En cas d'abus dans la fixation du prix, le juge peut être saisi d'une demande tendant à obtenir des dommages et intérêts et le cas échéant la résolution du contrat ».

⁴⁷ G. Chantepie et M. Latina, *La réforme du droit des obligations*, Dalloz, 2016, p. 341.

⁴⁸ « ...ce n'est que dans le domaine des contrats cadre et à condition que le contrat ait prévu cette modalité de détermination du prix. A contrario, un contrat cadre qui ne prévoirait pas une telle modalité dès l'origine serait nul pour indétermination de l'objet ». O. Deshayes, Th. Genicon et Y.-M. Laithier, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, LexisNexis, 2016, p. 269.

⁴⁹ يقول الأستاذ مصطفى محمد الجمال: "يقصد بالاتفاقات المرحلية السابقة على التعاقد اتفاقات تنصب على جزء من الغاية التي يتوخاها الطرفان من العقد المنشود أو تحقق هذه الغاية بصفة وقتية احتياطية، انتظاراً لتمام الاتفاق على هذا العقد، مهني بهذه المثابة اتفاقات سابقة على التعاقد لكنها في الوقت ذاته اتفاقات نهائية تحقق التزاماً بين الطرفين في حدود النطاق الموضوعي أو الانطاق الزمني المؤقت المتفق عليه". المرجع السابق، ص. 314.

⁵⁰ يطلق بعض الفقه العربي على الاتفاق الجزئي مصطلح "الاتفاق المرحلي". انظر: رجب كريم عبد الإله، المرجع السابق، ص. 507. وفي اعتقادنا أن هذا المصطلح الأخير دقيق، إذ هو يشمل "الاتفاق المؤقت" باعتباره اتفاقاً مرحلياً هو الآخر، مع أنه متميز عن الاتفاق الجزئي.

⁵¹ Voir : A. Rieg, *La punctuation. Contribution à l'étude de la formation successive des contrats*, in Mélanges A. Jauffret, LGDJ, 1974, p. 600. J. Schmidt-Szalewski, *Négociation et conclusion de contrats*, op. cit, n° 455, p. 245.

⁵² انظر في صور الاتفاق الجزئي: رجب كريم عبد الإله، المرجع السابق، ص. 510. أنس عبد المهدي فريجات، المرجع السابق، ص. 353. علي أحمد صالح، المرجع السابق، ص. 555.

⁵³ إذا تم الاتفاق على العناصر الجوهرية ولم تتم إثارة المسائل الثانوية فإنه لا إشكال في انعقاد العقد، لأن القانون لا يستلزم لانعقاد العقد إلا الاتفاق على المسائل الجوهرية، ومن ثم فهو لا يستلزم لانعقاده الاتفاق على غيرها من المسائل الثانوية، وفي هذه الحالة تخضع هذه المسائل، في مرحلة تنفيذ العقد، لحكم القواعد العامة. انظر: مصطفى محمد الجمال، المرجع السابق، ص. 172.

⁵⁴ يرى الأستاذ رجب كريم عبد الإله أنه "في هذه الحالة يكون الاتفاق المرحلي غير نافذ في حق الطرفين كاتفاق نهائي، وإنما يكون نافذه معلقاً على شرط واقف، هو التوصل إلى اتفاق حول المسائل المؤجلة". المرجع السابق، ص. 514. والواقع أنه لا يمكن التسليم بهذا التحليل، ذلك أن من خصائص الشرط أن يكون غير محقق الوقوع، في حين أن الاتفاق حول المسائل الثانوية هو بيد الأطراف.

⁵⁵ إذا رفض أحد المتفاوضين مواصلة التفاوض حول المسائل الثانوية دون مبرر مشروع قامت مسؤوليته على أساس أن هذا الرفض يشكل قطعاً خاطئاً للمفاوضات، وتكون المسؤولية - في هذه الحالة - مسؤولية عقدية، لأن الأمر يتعلق بخرق التزام عقدي ناتج عن الاتفاق الجزئي. انظر: حسام الدين كامل الأهواني، المرجع السابق، ص. 145.

⁵⁶ يرى الأستاذ رجب كريم عبد الإله أنه "إذا فشل التفاوض حول هذه المسائل، ولم يتوصل الطرفان إلى اتفاق بشأنهما، اعتبر الاتفاق المرحلي لاغياً من تلقاء نفسه... على أنه يجب التسليم بهذا الحل حتى عند سكوت الطرفين، لأن عدم إبرام العقد النهائي معناه تخلف الشرط الذي يتوقف عليه نفاذ الاتفاق المرحلي". المرجع السابق، ص. 520. وفي اعتقادنا أن الأمر لا يتعلق بأحكام الشرط، وإنما يتعلق بجزء السقوط (Caducité)، أي سقوط الاتفاق الجزئي (الاتفاق المرحلي)، ولا يعتبر ذلك تطبيقاً لأحكام الشرط، وإنما يقال أن الاتفاق الجزئي قد فقد عنصرًا ضروريًا لفعاليته والمتمثل في عدم الاتفاق على المسائل الثانوية، وبالتالي يكون مصيره السقوط.

⁵⁷ رجب كريم عبد الإله، المرجع السابق، ص. 522.

⁵⁸ حسام الدين كامل الأهواني، المرجع السابق، ص. 144.

⁵⁹ إذا كان نص المادة 65 مدني مطابقاً لنص المادة 95 مدني مصري، فإن هذا الأخير قد نص على ما يلي: "... واحتفظا بمسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد ولم يشترط أن العقد لا يتم عند عدم الاتفاق عليها..."، في حين أن المادة 65 مدني جزائري نصت: "... واحتفظا بمسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد ولم يشترط أن لا أثر للعقد عند عدم الاتفاق عليها..."، وواضح أن النص المصري هو الأدق، إذ أن النص الجزائري يوحي أن العقد ينقضي بغاية ما في الأمر أنه لا يترتب عليه أي أثر، وكأنه عقد معلق على شرط واقف.

⁶⁰ لتطبيق المادة 65 مدني جزائري يجب توافر ما يلي: 1- وجود اتفاق على جميع المسائل الجوهرية. 2- إثارة المسائل التفصيلية دون الاتفاق عليها. 3- الاحتفاظ بالمسائل التفصيلية للاتفاق عليها فيما بعد. 4- عدم اشتراط ألا أثر للعقد عند عدم الاتفاق على المسائل التفصيلية. انظر: علي فيلاي، المرجع السابق، ص. 130.

⁶¹ العربي بلحاج، المرجع السابق، ص. 262.

⁶² « *Il s'agit de conventions passées au cours des pourparlers, par lesquelles les parties fixent les points de la négociation sur lesquels elles sont d'ores et déjà d'accord... Le problème est de savoir si l'accord partiel est, à lui seul, suffisant à l'existence du contrat définitif* ». J. Schmidt-Szalewski, *La période précontractuelle en droit français*, op. cit, p. 561.

⁶³ رجب كريم عبد الإله، المرجع السابق، ص. 521 و 541.

⁶⁴ انظر: أنس عبد المهدي فريجات، المرجع السابق، ص. 380. محمد إبراهيم دسوقي، المرجع السابق، ص. 114، وهو يطلق على الاتفاق المؤقت مصطلح "عقد تنظيم المفاوضات". علي أحمد صالح، المرجع السابق، ص. 553، وهو يطلق على الاتفاق المؤقت مصطلح "العقد المؤقت".

⁶⁵ انظر في شرح هذه الاتفاقات: العربي بلحاج، المرجع السابق، ص. 294 وما بعدها.

⁶⁶ Voir : O. Diaz et A. Gaudemet, *Les différentes formes d'exclusivité dans les cessions d'actifs de sociétés*, Bull. Joly Sociétés, 2015, p. 462.

انظر في الفقه العربي: أحمد السعيد الزرّود، نحو نظرية عامة لصياغة العقود، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، عدد 3، 2003، ص. 277، وهو يرى أن اتفاق الحصرية يربط التزاماً سلبياً على المتفاوضين أو أحدهما بعدم التفاوض مع الغير بشأن الصفقة موضوع المفاوضات مدة محددة، فإن لم تحدد مدة أمكن لحكمة الموضوع تعيين مدة معقولة.

⁶⁷ D. Mazeaud, *La genèse des contrats : un régime de liberté surveillée*, Dr et patr, 1996, p. 44, spé. P. 48.

⁶⁸ Voir : A. Latreille, *Réflexion critique sur la confidentialité dans le contrat*, LPA 2006, n° 156, p. 4 et LPA 2006, n° 157, p. 4. M. Fontaine, *Les clauses de confidentialité dans les contrats internationaux*, RD. Aff. Int. 1991, p. 3.

انظر في الفقه العربي: أحمد السعيد الزقرد، المرجع السابق، ص. 277، وهو يرى أن اتفاق السرية يترتب التزاما بالمحافظة على البيانات أو المعلومات التي يتيسر له الاطلاع عليها خلال مرحلة التفاوض، وجدير بالذكر أن القانون المدني الفرنسي قد نص على الالتزام بالسرية بعد تعديل 2016 في المادة 1112-2 على النحو الآتي:

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