

الالتزام التفاوض بحسن نية في ضوء تعديلات القانون الفرنسي أكتوبر ٢٠١٦م بالمقارنة بالقانون الكويتي

الدكتور/ ظفر محمد الهاجري

أستاذ مساعد

أكاديمية سعد العبدالله للعلوم الأمنية

ملخص:

الالتزام بحسن النية هو مبدأ أخلاقي رفيع، وهو يعني الاستقامة والنزاهة والتعامل بشرف. في مجال العقود ينبغي أن يلتزم الأطراف المتفاوضة بحسن النية، ولا يعتمد أحدهما تضليل الآخر أو إخفاء أي معلومة ما دامت جوهرية ومهمة للعقد محل التفاوض. لذلك فإن البحث سوف يبحث مدى كفاية القواعد القانونية الوطنية في حماية المتفاوض بحسن نية، وهل يلزم تدخل تشريعي لتنظيم هذا الالتزام بقواعد قانونية أمره على غرار التشريع الفرنسي، أم أنه يكفي ما ورد في القانون المدني الكويتي. هذا يستلزم تحليل ودراسة الالتزام بحسن النية في التفاوض في كل من التشريع الكويتي، ونظيره الفرنسي وبعض التشريعات المقارنة، للوقوف على موقف المشرع الكويتي وتقييمه في ظل هذه التعديلات. هذا البحث سوف يتناول طبيعة التزام التفاوض العقدي بحسن نية في القانون المقارن. ثم يفحص مدى الالتزام بالإعلام في مرحلة التفاوض العقدي. أخيراً سوف نناقش الآثار المترتبة على الإخلال بمبدأ حسن النية في التفاوض.

مقدمة :

الحمد لله رب العالمين وصلاةً وسلاماً على سيدنا محمد خاتم الأنبياء والمرسلين، ورحمة الله للعالمين، وعلى آل بيته الطيبين الطاهرين أما بعد:

الالتزام بحسن النية يعني عموماً الاستقامة والنزاهة والتعامل بشرف^(١)، وهو مبدأ أخلاقي رفيع، وفي مجال العقود هو كل فعل أو امتناع عن فعل من شأنه أن يؤدي إلى عدم تكوين العقد أو تنفيذه، وفي مرحلة المفاوضات العقدية يقصد منه الابتعاد عن كافة ما من شأنه تعطيل المفاوضات، أو التأثير في نزاهتها، ولم يتعرض

(١) في ذات المعنى انظر: د. عبد المنعم موسى إبراهيم - حسن النية في العقود - بدون دار نشر - ٢٠٠٦ - ص ٣ وما بعدها.

المشرع، سواء الكويتي أو الفرنسي أو الإنجليزي^(٢) لتعريف المقصود بحسن النية، بينما يعرفه جانب من الفقه بأنه التعامل بصدق واستقامة بصورة تبقي الحق ضمن الغرض من التفاوض بدون الإضرار بالطرف الآخر^(٣).

فكون الطرفين المتفاوضين يلتزمان بحسن النية يعني أن كليهما سيلتزم بما ينبثق عن حسن النية من التزامات، ولا يعتمد أحدهما تضليل الآخر، أو إخفاء أي معلومة أو بيانات ما دامت جوهرية ومهمة للعقد محل التفاوض، كما يقتضي حسن النية الحفاظ على سرية المعلومات التي يكشف عنها أثناء مرحلة التفاوض، فالمفاوضات تعتبر ساحة للتعامل بأمانة وثقة، وليس للتعامل بالكذب والخداع والتضليل، من هنا يمكن القول أن الالتزام بحسن النية في مرحلة التفاوض العقدي يصنع نوعاً من التوازن بين طرفي العقد من خلال تمكين الأطراف من الوقوف على المعلومات المطلوبة والالتزام بالحفاظ عليها، وكذلك ضمان الشفافية في إطار التفاوض، ونشوء المسؤولية في حالة الإخلال بما يقتضيه حسن النية^(٤).

والمفاوضات تتمثل فيما يعرضه الطرفان من وجهات النظر حول مآلتيان التعاقد عليه فلا يصل الإيجاب والقبول فيها إلى المرحلة النهائية الباتة إلا بعد أخذ ورد بين الطرفين^(٥). فلا يعتبر عقداً، و ما يتم فيها لا يكفي لإبرام العقد، وهذا ما يميزها عن العقد الابتدائي الذي يعتبر عقداً تاماً يحتوي على بنود تعتبر جزءاً من العقد

(٢) Laurent Vandomme, "Negotiating international contracts", (2003), International Business Law Journal, 489; LA BONNE FOI: NOTION PROTÉIFORME - par Brigitte LEFEBVRE- La bonne foi: notion protéiforme (1996) 26 R.D.U.S. - p. 323.

(٣) د عبد الحليم عبد اللطيف - مبدأ حسن النية وأثره في التصرفات القانونية - دراسة مقارنة - دار النهضة العربية - ١٩٩٧م - ص ١٨٧.

M.G. Bridge, 'Does Anglo-Canadian Law Need a Doctrine of Good Faith?' (1984) 9 Canadian Journal of Business Law 385, 412-413; R. Brownswood, 'Good Faith in Contracts Revisited' [1997] CLP 111; Pedro Barasnevicus Quagliato, "The duty to negotiate in good faith", (2008), International Journal of Law & Management, 214.

(٤) د. وائل حمدي أحمد - حسن النية في البيوع الدولية - دراسة تحليلية مقارنة في الاتفاقيات الدولية والتشريعات المقارنة - دار النهضة العربية - ٢٠١٠م - ص ٣٦٦.

(٥) د. عبد الرزاق السنهوري- شرح القانون المدني- النظرية العامة للالتزامات - نظرية العقد- الجزء الأول، الطبعة الثانية الجديدة - منشورات الحلبي الحقوقية، - بيروت، لبنان- ١٩٩٨ - ص ٢٨٣.

النهائي^(٦). فالعقد يتكون بمجرد توافر أركانه والتي من بينها القصد المشترك للمتعاقد والذي يتكون من إيجاب يصادفه قبولاً.

كما توضح المفاوضات التزامات كل طرف، وتزيل الغموض المحتمل، إلى جانب أنها تسمح بالاطلاع، وتتيح الاستعانة بأصحاب الخبرة، أو حتى التجربة، وهو ما لن يكون إلا في مرحلة المفاوضات^(٧).

وهنا تكمن أهميتها الكبيرة بمساهمتها في معرفة حقيقة الوضع، ومدى استعداد كل طرف لإبرام العقد، حيث تقوم بدور وقائي يتمثل في عدم إبرام عقد ينشأ عنه نزاعات مستقبلية^(٨).

ولما كان التفاوض بحسن نية التزاماً على عاتق طرفي التفاوض، بذلك يكون له دائن ومدين ومصدر هو إرادة المتعاقدين، إلا أن هذه الإرادة لا تفرض على الطرفين التفاوض بحسن نية طبقاً للتشريع الكويتي، وأغلب التشريعات المقارنة كالمصري أو الإنجليزي^(٩).

أما القانون الفرنسي، فقد فطن إلى أهمية هذا الالتزام، وتناول تنظيمه بقواعد أمرة في تعديلات أكتوبر ٢٠١٦م، من خلال المادة (١١٠٤) مدني فرنسي، فأصبح التزاماً على عاتق طرفي التفاوض من بداية المفاوضات وحتى تنفيذ كافة مراحل العقد، ثم نظمت المادة (١١١٢) المفاوضات العقدية، والمسؤولية الناشئة عنها، والالتزام بالإعلام وحدوده وعبء إثبات القيام به، وجزاء الإخلال به.

والواقع أن الالتزام بحسن النية لا يرتبط بنجاح أو فشل المفاوضات والعدول عن التعاقد، ففي كل الأحوال سواء انتهت المفاوضات بالنجاح أو الفشل، ونحن نرى بالتسوية بين الحالتين في تقرير المسؤولية عن التفاوض بحسن نية، وهو ما تبناه المشرع الفرنسي صراحة بتقرير المسؤولية عن إفشاء الأسرار التي تم الاطلاع عليها بناء على الالتزام بالإعلام.

(٦) د. برهام محمد عطا الله - أساسيات نظرية الالتزام في القانونين المصري واللبناني - الدار الجامعية - بيروت - ١٩٩٢ م - ص ٨.

(٧) د. محمد حسين منصور- النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام- الدار الجامعية الجديدة للنشر، بيروت، ٢٠٠٠، ص ٥٣.

(٨) انظر: د. جابر عبد الهادي سالم، مجلس العقد في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي - الدار الجامعية الجديدة للنشر، الإسكندرية - ٢٠٠١ م - ص ٣.

(٩) جدير بالذكر أن الالتزام بحسن النية ليس فقط على النطاق الوطني بل نجد بعض الاتفاقيات الدولية تشير إلى ضرورة الالتزام بحسن النية في مرحلة التفاوض العقدي، مثال ذلك نص المادة (١٢/٧) من اتفاقية فينا للبيع الدولي لسنة ١٩٨٠م.

وعلى العموم فإن مبدأ حسن النية يمثل حلقة يمتزج فيها الالتزام القانوني بالأخلاق والشرف في التعامل، ولا يخفى أن فكرة الأخلاق مرنة تختلف باختلاف المكان والزمان، وطبيعة العقد وموضوعه، وتتأثر بشكل كبير بالثقافة المجتمعية المحيطة، وما إلى ذلك من ظروف لا نهائية يلزم معها وضع قاعدة عامة تقضي بالالتزام بحسن نية في كافة مراحل التعاقد سواء في مرحلة التنفيذ أو مرحلة المفاوضات ما قبل العقد.

مشكلة البحث :

تثور مشكلة البحث حول تحديد مدى كفاية القواعد القانونية الوطنية في حماية المتفاوض حسن النية، وهل يلزم تدخل تشريعي لتنظيم هذا الالتزام بقواعد قانونية أمرة على غرار التشريع الفرنسي، أم أنه يكفي ما ورد في القانون المدني الكويتي؟. وهو الأمر الذي دفعنا إلى تحليل ودراسة الالتزام بحسن النية في التفاوض في كل من التشريع الكويتي، ونظيره الفرنسي وبعض التشريعات المقارنة، للوقوف على موقف المشرع الكويتي وتقييمه في ظل هذه التعديلات.

خطة البحث :

ينقسم البحث إلى مقدمة وثلاثة مباحث وخاتمة تشمل على أهم النتائج والتوصيات.

المبحث الأول : طبيعة التزام التفاوض العقدي بحسن نية في القانون المقارن.

المبحث الثاني : الالتزام بالإعلام في مرحلة التفاوض العقدي

المبحث الثالث : الآثار المترتبة على الإخلال بمبدأ حسن النية في التفاوض

المبحث الأول

طبيعة التزام التفاوض العقدي بحسن نية في القانون المقارن

عرض وتقسيم:

التزام حسن النية مبدأ أخلاقي في الأساس، ووسيلة لاحترام تطبيق القواعد القانونية^(١٠)، ويشمل جميع العقود في مرحلة التفاوض، ولا يقتصر على أنواع محددة منها، فطالما هناك مفاوضات يفترض التزم الأطراف بمبادئ حسن النية في هذه المرحلة.

ولا تتخذ التشريعات المقارنة موقفاً موحداً تجاه طبيعة الالتزام بالتفاوض العقدي بحسن نية، وهو الأمر الذي أدى إلى اختلاف الطبيعة القانونية لهذا الالتزام، فهناك تشريعات لا تعتبر الالتزام بحسن النية في مرحلة المفاوضات التزاماً قانونياً، ومنها التشريع الكويتي والألماني والإنجليزي، ولعل القانون الإنجليزي كان أكثر القوانين المناهضة لاعتبار حسن النية التزاماً قانونياً عموماً، وبشكل خاص في مرحلة التفاوض، كما تعتبره بعض التشريعات الأخرى التزاماً قانونياً، كما هو الشأن في التشريع الفرنسي بعد تعديلات أكتوبر ٢٠١٦م، ويمكن سبب ذلك في اختلاف الأيديولوجية والثقافة القانونية لكل مجتمع مخاطب بالقواعد القانونية التي يصدرها المشرع.

جدير بالذكر أنه على الرغم من ذلك فإن التزام حسن النية يعتبر التزاماً قانونياً في مرحلة تنفيذ العقد، وهو ما تتبناه أغلب التشريعات على غرار المادة (١٩٧) من القانون المدني الكويتي^(١١)، إلا أن الأمر يختلف في المرحلة السابقة للتعاقد " مرحلة التفاوض " وهذا ما نتناوله من خلال عرض مواقف بعض التشريعات المقارنة في تعاطيها لهذا الالتزام، وعلى ذلك سوف نقسم هذا المبحث إلى مطلبين:

(١٠) في ذات المعنى انظر: د. حسام الدين كامل الأهواني - المفاوضات في الفترة قبل التعاقدية ومراحل إعداد العقد الدولي - مجلة العلوم القانونية والاقتصادية - جامعة القاهرة - العدد الثاني - السنة ٣٨ - ص ١٢.

(١١) يقابلها المادة (١٢٩) من التقنين المدني البحريني، والمادة (٢٢١) من قانون الموجبات والعقود اللبناني، والمادة (٢٤٣) من مجلة الالتزامات والعقود التونسية، والفقرة الأولى من المادة (١٤٨) من القانون المدني المصري، والفقرة الأولى من المادة (١٤٩) من القانون المدني السوري.

المطلب الأول التفاوض العقدي بحسن نية ليس التزاماً قانونياً. وفي المطلب الثاني سوف نتناول التفاوض بحسن نية التزام قانوني.

المطلب الأول

التفاوض العقدي بحسن نية ليس التزاماً قانونياً

التشريع الإنجليزي كمثال يأتي على رأس التشريعات التي لا تعتبر الالتزام بالتفاوض العقدي بحسن نية التزاماً قانونياً^(١٢)، حيث لا يأخذ مبدأ حسن النية في هذه المرحلة مكاناً هاماً باعتباره أمراً يتعلق بالنوايا ويخرج عن نطاق التصرفات، فالأصل العام هو حرية الأطراف في الدخول للمفاوضات بهدف إبرام العقد^(١٣)، فلا تترتب في ذمة الأطراف أية مسؤولية بسبب قطع المفاوضات أو عدم متابعتها إلى غاية الوصول إلى اتفاق^(١٤).

وتتخذ المحاكم^(١٥) الإنجليزية في سبيل تفسير العقود التفسير الحرفي بدون الرجوع إلى نية المتعاقدين المشتركة، بافتراض أن المتعاقدين لديهم الدراية الكاملة بالمخاطر التي قد تنجم عن المفاوضات العقدية، فكل طرف عليه حماية مصالحه، وكذلك الانسحاب أثناء المفاوضات دون مسؤولية عليه^(١٦).

فالمبدأ العام في القانون الإنجليزي هو عدم التقيد بحسن النية^(١٧) في

(١٢) Guy Robin, "The principle of good faith in international contracts", (2005) International Business Law Journal, I.B.L.J. 700.

(١٣) Reshma Korde, "Good faith and freedom of contract", (2000) UCL Jurisprudence Review, 143; Jean pierre Scarano, dictionnaire de droit des obligations, 2 e" édition, ellipses, France, 1999, P1 11.

(١٤) Christian Atias, contrats et conventions (tome 8), dalloz, Pris, 1998, P18. Lauren Vandomme, "Negotiating international contracts", (2003) International Business Law Journal, 497, 498.

(١٥) Pedro Barasnevicus Quagliato, "The duty to negotiate in good faith", (2008) International Journal of Law & Management, 217.

تجدر الإشارة في هذا المقام إلى أن محكمة النقض المصرية قضت في حكم لها ١٩٦٧م بأن المفاوضات ليست إلا أعمالاً مادية لا تنشأ عنها المسؤولية مالم تقتزن خطأ تقصيري. أشار لهذا الحكم د، عبد الرازق السنهوري - الوسيط في شرح القانون المدني - ص ١٧٢.

(١٦) Stapleton j. Good Faith in Private Law, 1999 p 26. Pedro Barasnevicus Quagliato, "The duty to negotiate in good faith", (2008) International Journal of Law & Management, 217.

(١٧) Walford V. Miles - IE. G.L.R. - 1990 - P.212. Lauren Vandomme, "Negotiating international contracts", (2003) International Business Law Journal 489.

المفاوضات باعتبارها فكرة غامضة تسمح بتبعات غير مقبولة، ومع ذلك يجب الالتزام بهذا المبدأ في بعض العقود، والتي تفرض بطبيعتها اتباع حسن النية كعقود الوكالة وعقود التأمين، وهو ما أقرته بعض المحاكم الإنجليزية بالاستدلال عليه بالنسبة لبعض العقود^(١٨)، ولا يعترف القانون الإنجليزي بواجب حسن النية الضمني في العقود، فليس هناك ما يدعو إلى إدخال واجب ضمني عام بحسن النية في العقود في القانون الإنجليزي تأسيساً على أن القضاء الإنجليزي يحترم التوقعات المعقولة لأطراف العقد، وهو ما يتماشى تماماً مع مبادئ القانون الإنجليزي^(١٩).

جدير بالذكر أن الموقف التشريعي الإنجليزي تجاه مبدأ حسن النية في العقود ليس صلباً لدرجة عدم إقراره نهائياً، فالمجموعة الاقتصادية الأوروبية أصدرت في توجيهها بالتنسيق بين قوانين الدول الأعضاء في سنة ١٩٨٦م توجيهاً بالاعتداد بحسن النية في الأداء فيما يخص عمل الوكلاء التجاريين، وهو ما تم اعتماده في إنجلترا في سنة ١٩٩٣م، وهذا القول يوضح عدم تجمد الموقف التشريعي الإنجليزي من التزام حسن النية.

أما التشريع الألماني^(٢٠) فإن أساس مبدأ حسن النية في العقود أشير إليه في القانون المدني بخصوص مرحلة التنفيذ فقط، وذلك في المادة (٢٤٢)، والتي نصت على أن يقع على المدين واجب تنفيذ العقد بحسن نية، إلا أن السوابق القضائية تؤيد اتجاه التوسعة في تطبيق حسن النية في العقود، وعدم الاقتصار على التفسير الحرفي للعقود، من ذلك موقف محكمة الاستئناف الألمانية في ٢٢ أكتوبر ١٩٩٥م، كذلك أيضاً يتبنى القانون المدني السويسري^(٢١) مبدأ مماثل لنظيره الألماني في القانون المدني الصادر في ١٩٠٧م. هذه التوسعة في تحديد نطاق تطبيق حسن النية يدعمها

(١٨) Bentsen v Taylor, Sons and Co (1893) 2 QB 274 at 281; Reshma Korde, "Good faith and freedom of contract", (2000) UCL Jurisprudence Review 152.

(١٩) Hadley Design Association v. Lord Mayo and Citizens of the City of Westminster (2003) EWHC 1817 (tcc). Steyn L.J., Contract Law, Fulfilling the Reasonable Expectation of Honest Men (1997) 113 LQRAT.

(٢٠) Kelda Groves, "The doctrine of good faith in four legal systems", (1999) Construction Law Journal, 286.

(٢١) Guy Robin, "The principle of good faith in international contracts", (2005) International Business Law Journal, 699.

جانب كبير من الفقه^(٢٢)، مما يجعل التزام حسن النية يمتد ليشمل مراحل المفاوضات.

أما التشريع الكويتي، فقد تناول التزام حسن النية بشكل صريح في عدة مواضع متفرقة من أهمها المادة (١٩٧)، والتي نصت على أن "يجب تنفيذ العقد طبقاً لما يتضمنه من أحكام، وبطريقة تتفق مع ما يقتضيه حسن النية وشرف التعامل".

يتضح من ذلك أن القانون المدني الكويتي^(٢٣) لم يشر إلى التزام حسن النية في مرحلة المفاوضات، وهو الأمر الذي يثير التساؤل حول طبيعة الالتزام بحسن النية في هذه المرحلة، هل هو التزام بتحقيق غاية أم أنه التزام ببذل عناية؟. إلا أن الثابت أن مبدأ حرية التعاقد المنبثق من مبدأ سلطان الإرادة يتيح للشخص حرية قبول أو رفض التعاقد إلا أن الخروج عن مسلك الرجل العادي في مرحلة التفاوض أو قطعها دون إبداء سبب مشروع يعتبر خطأً تقصيراً.

تبع هذا المسلك عدد لا بأس به من التشريعات المقارنة كالتشريع المصري، والبحريني والإماراتي وغيرها، وكذلك التشريع الفرنسي قبل التعديلات الأخيرة، وأمام هذا الموقف يرى جانب من الفقه أنه من الصعب إثقال عاتق الأطراف المتفاوضة بالتزامات أثناء مرحلة التفاوض، ومن هذه الالتزامات حسن النية، كما أن الالتزام بهذا المبدأ ما هو إلا التزام ببذل عناية^(٢٤)، وأغلب وجهات النظر التي تقرر التزام حسن النية في مرحلة ما قبل التعاقد تجعله على أساس تقصيري بعدم الإضرار بالغير لعدم وجود عقد. بينما يرى جانب من الفقه أنه التزام بتحقيق غاية يلتزم فيه الطرفان باتباع السلوك المألوف، وما جرى عليه العمل في التفاوض^(٢٥)، ونحن من جانبنا نرى بأن مدى الالتزام سواء أكان التزاماً بتحقيق نتيجة أو ببذل عناية يتوقف على طريقة تناول المشرع للقواعد القانونية المنظمة لهذا الالتزام، إضافة إلى إرادة المتعاقدين في تحديد

(٢٢) د. وائل حمدي أحمد - حسن النية في البيوع الدولية - دار النهضة العربية - ٢٠١٠م - ص - ٢٥٣. أيضاً في ذات المعنى انظر: د. أحمد السعيد الزقرد - أصول قانون التجارة الدولية - مكتب العصرية للنشر والتوزيع - مصر - ٢٠٠٧م - ص ١١٧.

(٢٣) يرتب القانون المصري في هذا الصدد عدداً من الآثار بناء على سوء نية أو حسن نية المتعاقد كالقيود التي تحد من رجوع المشتري بضمان العيوب الخفية مع البائع حسن النية، ورفع هذه القيود في حالة سوء نيته. انظر في هذا الصدد: د. مصطفى عبد الحميد عدوي - النظرية العامة للالتزام - مصادر الالتزام - ١٩٩٢م - ص ٣٤٢، وما بعدها.

(٢٤) انظر في ذلك: د. عبد العزيز المرسي - الجوانب القانونية لمرحلة التفاوض ذي الطابع العقدي - دار النهضة العربية - مصر - ٢٠٠٥م - ص ٧٦.

(٢٥) انظر: د. عبد الحليم عبد اللطيف - مبدأ حسن النية في التصرفات القانونية - دار النهضة العربية - ص ٢٢٠.

مداه، سواء أكان مرده لعقد سابق يتضمن الاتفاق على المفاوضات ليكون التزاماً عقدياً، أو الالتزام العام بعدم الإضرار بالغير على أساس تقصيري.

فلا يمكن في حالة خلو التشريع من نصوص أمرة تقضي بضرورة اتباع حسن النية في مرحلة المفاوضات أو عدم اتباعها القول أن التزام المتفاوض بحسن النية في مرحلة المفاوضات هو التزام بتحقيق غاية أو التزام ببذل عناية.

جدير بالذكر أن المادة (١٩٥) من القانون المدني الكويتي نصت على أن: "لا يقصر العقد على ما يرد فيه من شروط أو يسري عليه من أحكام القانون، وإنما يتضمن كذلك ما يعتبر من مستلزماته، وفقاً لما تجري عليه العادة وما تمليه العدالة، ومع مراعاة طبيعة التعامل، وما يقتضيه حسن النية وشرف التعامل"، ويعتبر من مستلزمات العقد مرحلة المفاوضات، والتي يلزم لنجاحها اتباع مبادئ حسن النية، وذلك طبقاً لما تمليه قواعد العدالة، وما يقتضيه شرف التعامل، فهل يكفي هذا النص لإسباغ صفة الإلزام على مبدأ حسن النية في مرحلة المفاوضات؟

نعتقد أنه لا يمكن القول بذلك أو القول بأن المدين ملتزم بتحقيق غاية، وإنما ينبغي على المشرع الكويتي أن يتناول التزام المتفاوض بحسن النية في مرحلة المفاوضات بصورة صريحة في صلب التشريع على غرار نظيره الفرنسي، وإن كنا نرى ضرورة اعتبار هذا الالتزام التزاماً بتحقيق نتيجة، على أن يحاط بالحماية القانونية اللازمة، ويصاغ في صورة قواعد أمرة، بما يعزز الثقة في المفاوضات وفي جديتها، وحماية كلا طرفيه الدائن والمدين بما يكفل تحقيق التوازن العقدي، فهو التزام ضروري لتسهيل التفاوض وعدم التخوف من التحايل وسوء نية المتعاقد الآخر، سواء فشلت المفاوضات أم نجحت وتم إبرام العقد، إضافة إلى احترام الجانب المعنوي من التزام حسن النية واتباع الأساليب العادلة والشريفة في هذه المرحلة.

المطلب الثاني

التفاوض بحسن نية التزام قانوني

(التشريع الفرنسي كمثال)

حسن نية^(٢٦) وهو التزام قانوني حقيقي له طرفان دائن ومدين، وله عناصر

(٢٦) يعرف جانب من الفقه الفرنسي سوء النية بأنه سلوك غير صحيح يتفاوت في درجات عدم

الصدق إلى الخيانة وحتى عدم الاستقامة ويؤدي إلى فقدان ربح أو انتقاص حق:

Raymond Guillien - Jean Vincent, sous la direction de Serge Guinchard; Gabriel Montagnier, Lexique des termes juridiques -15e édition, Dalloz- Paris- 2005, p. 400.

محددة تتمثل في العنصر المادي، وهو مراعاة مقتضيات حسن النية المتمثلة في المصالح المشروعة للطرف الآخر، وعنصر نفسي يتعلق بتوجيه الإرادة إلى مراعاة مصالح الطرف الآخر المشروعة، ونعتقد أن التعديل الذي جاء به المشرع الفرنسي بمقتضى مرسوم ١٠ أكتوبر ٢٠١٦م، هو ترجمة لتغلغل الالتزامات الأخلاقية متمثلة في حسن النية في الالتزامات القانونية واعتبارهما وجهين لعملة واحدة، فلا تثور أي مشكلة بعد ذلك حول مدى اعتبار مبدأ التزام حسن النية التزاماً قانونياً في المراحل السابقة للتعاقد من عدمه من خلال تقرير إلزامية هذا المبدأ ليرقى به إلى جانب القواعد المتعلقة بالنظام العام والآداب باعتبارها مقيدة للحرية في مجال العقود^(٢٧).

فبهذه التعديلات أضحي التزام حسن النية متعلقاً بالنظام العام، لا يجوز الاتفاق على ما يخالفه أو تحديده بما يخالف القانون، ويلتقي مبدأ حسن النية مع فكرة النظام العام في أن كليهما يقتضي مراعاة جوانب أخلاقية لا يجوز انتهاكها، إلا أن الجزاء يختلف بينهما في أن مخالفة النظام العام يكون جزاؤها البطلان، أما مخالفة حسن النية يكون غالباً التعويض - وليس التنفيذ العيني - كما سنرى لاحقاً، وعلى الرغم من وجهات النظر التي نادت باعتبار التزام حسن النية التزاماً قانونياً في كافة مراحل العقد، وكذلك ما ذهب إليه أحكام القضاء، كان جانب من الفقه ينازع في مدى احتواء فكرة النظام العام لحسن النية كمبدأ قانوني على أساس ما يكتنف كلتا الفكرتين من غموض، والتردد في جعل جزاء مخالفة النظام العام في خدمة مفهوم حسن النية^(٢٨).

وقد واجه مبدأ حسن النية عموماً معارضة من جانب من الفقه على أساس أنه التزام أخلاقي والنصوص القانونية يجب أن تشمل على التزامات قانونية، كما أن هذا المبدأ له آثار سلبية على النشاط الاقتصادي بدون جدوى، إلى جانب توسعته لدور القضاء ليتدخل في أمور تعتبر شأناً خاصاً بالطرفين، إضافة إلى كونه التزاماً مرهقاً يفرض على أحد الأطراف التصرف بما فيه مصلحة الطرف الآخر على حساب مصلحته.

(٢٧) Gilles Pillet, "The Reform of French Contract Law and of the General Rules on Obligations: the Civil Code faces the challenges of the market", (2016) International Business Law Journal 235 238; Peter Rosher, "New developments in the impending reform of French contract law" (2015) International Business Law Journal 481, 482, 483.

(٢٨) د. عبد المنعم موسى إبراهيم - حسن النية في العقود - دراسة مقارنة - منشورات زين الحقوقية، بيروت، لبنان، ٢٠٠٦، ص ٩٠.

وفى العموم كانت كافة الانتقادات تتوجه نحو عدم الاعتداد بهذا الالتزام للأسباب التي قد تهدر قاعدة العقد شريعة المتعاقدين، وتمنح القاضي سلطة خطيرة ليزيد في التزامات المتعاقدين، إلى جانب غموض الفكرة وتعلقها بالنوايا والبواطن، بما يمنح سلطة للقاضي ليتدخل في أمور تعتبر شأنها نفسياً خاصاً، ونحن من جانبنا نرى أن حسن النية في الوقت الحاضر والذي أضحت فيه المفاوضات تحتل حيزاً هاماً جداً في مجال العقود، والتي لا يتم الكثير منها بالشكل البسيط أي إيجاب وقبول، بل أصبح الأمر يأخذ وقتاً من المناورة والدراسة، وقد يصل إلى التجربة لمعرفة حقيقة الوضع وما سيؤول إليه الأمر بعد التعاقد النهائي، فأصبح حسن النية واجباً يرقى إلى درجة الالتزام القانوني ليتماشى مع طبيعة المعاملات الراهنة وما يكتنفها من تعقيد.

وبالرجوع إلى موقف الفقه^(٢٩) والقضاء الفرنسيين قبل تعديلات أكتوبر ٢٠١٦م، نلاحظ استقرارهما^(٣٠) على إلزامية مبدأ حسن النية في مراحل المفاوضات والتنفيذ على حد سواء على الرغم من عدم وجود نص صريح على ذلك، وهو ما لقي تأييداً من جانب كبير من الفقه العربي^(٣١)، وعلى الرغم من ذلك لم يكن هناك سبب موحد وعام متفق عليه يبنى عليه التزام المتفاوض بحسن النية في هذه المرحلة، كانت المعارضة على مبدأ حرية المفاوضات هدفها توفير أكبر قدر من الأمن والضمان في مرحلة المفاوضات^(٣٢).

فبينما اعتبر البعض أن السكوت عمداً عن واقعة يعتبر تدليساً، وأن المتفاوض الذي يعتمد كتمان المعلومات سيء النية ومدلس بهذا الكتمان، اعتبر البعض أن ما ورد في أغلب التشريعات من ضرورة مراعاة مقتضيات حسن النية في تنفيذ العقد يتطلب

(٢٩) Schmidt - negociation et conclusion de contyacts - dalloz - paris - 1982-p11.

(٣٠) تجدر الإشارة إلى أن القضاء الفرنسي قبل استقراره على هذا المبدأ كان ينكر كل قيمة قانونية للمفاوضات السابقة على التعاقد، انظر: حفيظة السيد الحداد - العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية - منشورات الحلبي الحقوقية - لبنان - ٢٠٠٣م - ص ١٩٨.

(٣١) انظر: د. وليد صلاح مرسي رمضان - القوة الملزمة للعقد والاستثناءات الواردة عليها بين الفقه الإسلامي والقانون المدني - دراسة مقارنة - دار الجامعة الجديدة للنشر - الإسكندرية - ص ٢٥٠، د. عبد الحكم فودة - تفسير العقد في القانون المدني المصري والمقارن - منشأة المعارف الإسكندرية - ٢٠٠٢م - ص ١٥٦، د. أمين دواس - المسؤولية عن قطع مفاوضات العقد دون سبب جدي"، مجلة جامعة الشارقة للعلوم الشرعية والقانونية، جامعة الشارقة - المجلد الخامس - العدد الأول - صفر ١٤٢٩ هـ - فبراير ٢٠٠٨ - ص ١٨٨.

(٣٢) Cabinets Fontaneau, les formations des contrats internationaux
<http://www.fontaneau.comlcf739.htm>.

بالضرورة توافر حسن نية في بدايته، أي مرحلة المفاوضات، وغير ذلك من أسباب وتفسيرات ترد إلى وجهات نظر مختلفة، نظراً لخلو التشريعات من نصوص صريحة تقضي بالتزام حسن النية في مرحلة التفاوض.

أما التشريع الفرنسي في المادة ١١٣٤ مدني، والتي تم تعديلها بمقتضى من المرسوم ١٠ فبراير ٢٠١٦م، وإن كان يعطي الأطراف الحرية في التفاوض، وأن الالتزام بحسن النية فقط يكون في مرحلة تنفيذ العقد، على غرار التشريع الكويتي، وغيره من التشريعات التي اتخذت نفس المسلك، قد جعل التزام حسن النية في مرحلة المفاوضات التزاماً قانونياً بنص صريح أمر بمقتضى هذا التعديل^(٣٣).

والواقع أن القضاء كان له دور بالغ الأهمية متمثلاً في موقف محكمة النقض الفرنسية التي أقرت التزام حسن النية كالتزام قانوني في مرحلة المفاوضات، فعلى الرغم من مبدأ الحرية التعاقدية إلا أن هذه الحرية قد تستغل للأضرار بالطرف الآخر حسن النية، وذلك طبقاً لما أقرته الغرفة التجارية لمحكمة النقض في ٢٦ تشرين ٢٠٠٣م^(٣٤)، باعتبار أن حسن النية التزام قانوني.

ومن ثم تم تعديل طبيعة الالتزام القانوني بالتفاوض بحسن النية في المادة ١١٠٤، من مرسوم ١٠ أكتوبر ٢٠١٦م^(٣٥)، والتي نصت على وجوب كون التفاوض على العقد وتنفيذه بحسن نية، وهو ما يوضح أن الالتزام بحسن النية في المفاوضات أصبح واجباً قانونياً بعد هذا التعديل بناء على نصوص صريحة أمرة، وجعله أيضاً مسألة من مسائل النظام العام، لا يجوز الاتفاق على مخالفتها، وهو ما من شأنه تعزيز الأمن القانوني، وضمان استقرار المعاملات خاصة مع ما يكتنف هذه المرحلة من حساسية.

فالمادة (١١٠٤) من القانون الفرنسي المعدلة بموجب مرسوم ١٠ أكتوبر ٢٠١٦م، تلزم المتفاوضين بحسن النية في هذه المرحلة، والتي تبدأ منذ الدعوة إليها وتظل كذلك مادامت لم تنته بفشل أو لم يصدر إيجاب من قبل الطرف الآخر، حيث

(٣٣) Catherine Pédamon, "Freedom of Contract and Contractual Justice: the Foundations of the French Reform of Contract Law", (2016), Company Lawyer 53.

(٣٤) Cour de cassation chambre commerciale Audience publique du 26 novembre 2003 N° de pourvoi: 00-10243 00-10949 Publié au bulletin.

(٣٥) Art. 1104 - Les contrats doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi. «Cette disposition est d'ordre public.

تنتهي بصدوره، ومن ثم الدخول في مرحلة أخرى وهى إبرام العقد^(٣٦)، وحسن النية في هذه المرحلة وغيرها من مراحل العقد له مفهوم متغير حسب كل حالة على حدة، فتختلف مقتضياته في مرحلة التنفيذ عن مرحلة المفاوضات، خاصة إذا كان حسن النية وسوئها يرتبط بالعوامل النفسية للأطراف^(٣٧).

ويترتب على كون التفاوض يتم بحسن نية التزام قانوني نتيجة هامة هي خلق نوع من التوازن بين ما تقتضيه حرية التعاقد في مراحل المفاوضات والتي لا يلتزم الطرفان فيها بالوصول إلى صيغة تعاقد نهائي، وبين دواعي الثقة والاستقرار والجدية المفترضة في عملية التفاوض، فامتداد الالتزام بحسن النية إلى مرحلة المفاوضات إلى جانب مرحلة التنفيذ يكسو المفاوضات بطابع الثقة والجدية، وينأى عن التفاوض المغرض بسوء نية.

ونحن من جانبنا نرى أن المشرع الفرنسي قد أحسن صنعا بالنص على اعتبار الالتزام بالتفاوض بحسن نية التزاماً قانونياً، وهو ما يتماشى مع الواقع المحيط والحركة اللامتناهية للعقود على المستوى الوطني والدولي، وما يحيط بها من ملاسبات وانتشار واسع للمفاوضات في أغلب العقود، والتي قد تشوبها في كثير من الأحيان سوء نية، أو قطع للمفاوضات بدون مبرر، أو حتى البدء فيها بغرض التطفل فقط وليس التعاقد، وهو ما يوجب حماية الطرف حسن النية في هذه المرحلة. وبذلك يكون المشرع الفرنسي قد واجه مسألة تآكل قواعد الأخلاق التي كانت تغطي منطقة معينة، فمن المستقر عليه فقهاً وقضاءً أن الروابط القانونية بين الأفراد لا تخضع فقط لقواعد القانون، بل أيضاً يوجد مجال لقواعد الأخلاق. وحيثما تتآكل هذه الأخيرة، فيجب على المشرع التدخل ووضع غطاء تشريعي.

جدير بالذكر أن ما نصت عليه المادة (١١٠٤) من المرسوم الجديد^(٣٨) بضرورة توافر حسن النية في مرحلة التفاوض على العقد إلى حين تنفيذه^(٣٩)، قد

(٣٦) د. عبد العزيز المرسي حمود - الجوانب القانونية لمرحلة التفاوض - ص ٩ وما بعدها.

(٣٧) La Bonne foi: notion proteiforme - par Brigitte LEFEBVRE - La bonne foi: notion protéiforme (1996) 26 R.D.U.S. p. 328:350.

(٣٨) JORF n°0035 du 11 février 2016 - Texte n°25 Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations NOR: JUSC1522466P.

(٣٩) Art 1104 " Les contrats doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi. "Cette disposition est d'ordre public.

جعلت النطاق الزماني لالتزام حسن النية يبدأ من مرحلة المفاوضات، وحتى تنفيذ العقد، كما يمتد طبقاً لنص المادة لمرحلة ما بعد فشل المفاوضات بإلزام كل طرف بعدم الإفصاح عما وقف عليه من معلومات، كما أن هذا الالتزام يقضي باتباع كل سلوك حسن ينم عن رغبة في التعاقد وعدم التحايل بتقديم عروض زائفة أو اشتراطات صعبة التحقيق بغرض إفشال المفاوضات، وبجعل التزام حسن النية التزاماً قانونياً بتحقيق نتيجة لا يقدح في رفع المسؤولية عنه الدفع ببذل العناية العادية لتجنب وقوع الضرر، فإذا كان الأمر كذلك وجب على كل طرف أن يقدم كافة المعلومات الصحيحة، والتي تمكن كل طرف من تحديد حقيقة موقفه من التعاقد، بحيث إذا لم يتم التعاقد يكون لديه المبرر الكافي وليس مجرد الدخول في مفاوضات بسوء نية والخروج منها بدون مسؤولية.

والخلاصة أن جعل التزام حسن النية التزاماً قانونياً يخدم صحة التراضي في العقد المزمع إبرامه، ويلزم كل طرف بالوضوح في إرادته، فلا يتمكن من سحب الإيجاب أو رفض القبول دون وجه حق أو مبرر مشروع، وإن كان هذا المبدأ هو حرية التعاقد فلا يجوز ذلك بسوء نية، وإلزام الأطراف بالتفاوض بحسن نية ينبثق منه عدد من الالتزامات الأخرى المهمة منها الجدية في التفاوض، والالتزام بالتعاون، والالتزام بعدم قطع المفاوضات بدون مبرر مشروع، والالتزام بالسرية، وكل هذه الالتزامات متفرعة عن الالتزام الرئيسي وهو التفاوض بحسن نية.

وإثبات حسن النية يكون على الطرف المتضرر، فالأصل في الإنسان حسن النية، ولا يكلف أحد بإثبات الأصل، فحسن النية مفترض، ولمن يدعي بغير ذلك إثبات ما يدعيه بكافة طرق الإثبات.

ولعل أهم التزام يلقي على عاتق الأطراف المتفاوضة هو الالتزام بالإعلام، والذي تناولته المادة (١١٢) من القانون الفرنسي بعد التعديل، وهو ما نتناوله من خلال المبحث التالي :

المبحث الثاني الالتزام بالإعلام فى مرحلة التفاوض العقدي

الالتزام بالإعلام قبل التعاقدى، ينبثق عن التزام حسن النية فى هذه المرحلة، سواء أكان حسن النية التزاماً قانونياً أم أخلاقياً، فحسن النية يقتضى تقديم المعلومات الصحيحة واللازمة لإبرام العقد، وهذا الالتزام له أكثر من مصطلح قانوني كالالتزام بالتبصير أو الالتزام بالإفشاء أو الإخبار، وكلها ذات معنى واحد، ومقتضى هذا الالتزام أن يقوم الطرف المتفاوض بإعلام الطرف الآخر بواقعة يعلم أنها ذات أهمية بالنسبة لهذا الطرف، ويخلق نوعاً من التوازن بين الأطراف محل التفاوض، ولا يقتصر الالتزام بالإعلام على عاتق أحد الطرفين بل على كليهما، ويعرفه جانب من الفقه بأنه الالتزام الذي بواسطته ينبه أحد طرفي العقد الطرف الآخر على مخاطر التعاقد ومنافعه، فيجعله على بينة من ظروف التعاقد ليكون خياره بالتعاقد قائماً على معرفة تامة^(٤٠).

وهنا يمكن القول بأن كون التزام حسن النية التزاماً قانونياً من عدمه فى مرحلة المفاوضات يؤثر بشكل مباشر على التزام الأطراف بالإعلام، فلو كان الالتزام بحسن النية فى مرحلة التفاوض التزاماً قانونياً يكون الإعلام فى هذه المرحلة التزاماً منبثقاً عن التزام حسن النية القانوني، ومن ثم يكتسي بنفس طبيعته، وعلى العكس لو اعتبرنا أن التزام حسن النية ليس التزاماً قانونياً.

ولا يقتصر الالتزام بالإعلام على تقديم المعلومات فقط بل يمتد إلى التزام التحذير من مخاطر الشيء، فهذا الأخير ليس التزاماً مستقلاً وإنما هو التزام يتبع التزام الإعلام، كل ما فى الأمر أنه يعتبر التزاماً مشدداً بالإعلام.

وتناولت تعديلات القانون الفرنسي أكتوبر ٢٠١٦م فى المادة (١١١٢/١)، حدود وعبء إثبات الالتزام بالإعلام، وجزاء الإخلال به، حيث نصت المادة على أنه لا يجوز للأطراف وضع حدود لهذا الالتزام أو تقييده، كما لا يجوز استبعاده من نطاق التزامات التفاوض بحسن نية "les parties ne peuvent ni limiter, ni exclure ce devoir"

(٤٠) انظر فى ذات المعنى: د. حمدي محمود بارود - دراسة حول المبادئ التي تحكم المفاوضات فى عقود نقل التكنولوجيا - مجلة القانون والاقتصاد - العدد الرابع والسبعون - جامعة القاهرة - ٢٠٠٤ - ص ١٤٠.

وهنا يظهر جلياً ربط المشرع الفرنسي الالتزام بالإعلام قبل التعاقدي بحسن النية كالالتزام قانوني نص عليه المشرع ونظمه بنصوص أمرة لا يجوز مخالفتها، فعدم تمكين المتفاوضين من استبعاده أو وضع حدود له يتماشى تماماً مع مقتضيات حسن النية في مرحلة التفاوض، وأن على كل طرف أن يبدي كامل ما لديه من معلومات تؤثر في موقف الطرف الآخر تجاه التعاقد.

وقد أثير خلاف فقهي حول الأساس القانوني للالتزام بالإعلام، فبينما يؤكد البعض على أهميته واستقلالته في سبيل منح القاضي سلطة تحقيق التوازن العقدي^(٤١)، وفي هذا الشأن ربط جانب من الفقه - نؤيده - بين الالتزام بالإعلام والتزام حسن النية باعتبار أنه التزام بالإعلام ينبثق عن حسن النية^(٤٢) وهذا القول يتماشى مع الواقع، فالالتزام العام بالإعلام يجد مجاله الخصب في مرحلة المفاوضات، ويعتبر من مقتضيات حسن النية في هذه المرحلة.

فإذا أخل أحد طرفي التفاوض بهذا الالتزام، جاز للطرف الآخر طلب إبطال العقد، على أساس أن الإخلال بهذا الالتزام يعيب الرضا، وهنا يتضح جلياً ربط المشرع الفرنسي اعتبار حسن النية التزاماً قانونياً بالالتزام بالإعلام قبل التعاقدي، وإجازة إبطال العقد بناء على الإخلال بالالتزام حسن النية في الإعلام، فإجازة طلب إبطال العقد بناء على الإخلال بالالتزام بالإعلام قبل التعاقدي باعتباره إخلالاً بحسن النية ما هو إلا تطبيق لفرض التزام حسن النية من بداية المفاوضات وحتى التنفيذ، ولا يقدر في ذلك القول أن عملية المفاوضات ليست ضمن التعاقد، فكما قلنا سابقاً أن مرحلة المفاوضات وإبرام العقد يفصل بينهما صدور الإيجاب، إلا أن اعتبار التزام حسن النية التزاماً قانونياً يغطي جميع مراحل العقد، ولا يربط بينهما فهو التزام مستقل، وإجازة

(٤١) أثار الالتزام بالإعلام خلافاً فقهيّاً حول أساسه القانوني، فيرى البعض أنه التزام مستقل بذاته لا يرتبط بالعقد، وهو وسيلة قانونية تدعم الثقة المشروعة في الروابط العقدية، فاستقلال هذا الالتزام عن العقد هو أمر ضروري لمنح القاضي سلطة لتحقيق التوازن بين الأطراف، ولذلك يرى البعض من الفقه أن الالتزام ما قبل التعاقدي - بالادلاء بالبيانات المتعلقة بالعقد هو أقوى وسيلة يمكن أن تمنح للمتعاقد الضعيف لتحقيق التوازن العقدي لحظة إبرام العقد. انظر: د. نزبه محمد صادق المهدي - الالتزام قبل التعاقدي بالادلاء بالبيانات المتعلقة بالعقد وتطبيقاته على بعض أنواع العقود - دار النهضة العربية - ١٩٨٢ - ص ٧٠.

(٤٢) أشار إلى هذا الاتجاه، د. رجب كريم عبد اللاه - التفاوض على العقد - مرجع سابق - ص ٤٢٥.

د. أبو العلا علي النمر - مفاوضات عقود التجارة الدولية - دار النهضة العربية - القاهرة - ٢٠٠٢ - ص ١٤٧.

الإبطال هو الجزاء المقرر لمخالفته، أما التعويض فيكون بمثابة جزاء تكميلي إلى جانب الإبطال طبقاً للقواعد العامة في المسؤولية، وهو ما تبنته محكمة النقض الفرنسية سابقاً في بعض أحكامها^(٤٣).

أيضاً تناولت ذات المادة من مرسوم أكتوبر ٢٠١٦م، مسألة عبء إثبات القيام بالالتزام بالإعلام قبل التعاقد، وذلك بتقرير عبء إثبات هذا الالتزام على عاتق الطرف المتضرر، وفي المقابل للطرف الآخر إثبات أنه قام به، وكما أشرنا سابقاً أن للقضاء دوراً مهماً في تعديل النصوص القانونية بما يتماشى مع الاتجاه الذي يسلكه في الواقع حيث أصدرت محكمة النقض الفرنسية، قراراً يفهم منه أن الملتزم بالإعلام عليه أن يثبت أنه نفذ هذا الالتزام^(٤٤)، وقد أضحت الالتزام بالإعلام بهذه التعديلات التزاماً عاماً مرتبطاً بحسن النية،

جدير بالذكر أن المشرع الفرنسي قد جعل الالتزام بالإعلام التزاماً قانونياً في بعض الحالات قبل تقريره كالالتزام قانوني عام في تعديلات أكتوبر ٢٠١٦م، فلم يكن قبل هذه التعديلات يعالج الالتزام بالإعلام بصورة عامة وصريحة إلا في بعض الحالات كإعلام المستهلك الإلكتروني في المادة الثانية من القانون المعروف بقانون توبون الصادر في ٤/٨/١٩٩٤م، وهذا ما أكدته المرسوم الفرنسي رقم ٧٤١ لسنة ٢٠٠١م^(٤٥)، والذي يلزم بإعلام المستهلك في وقت مناسب (والوقت المناسب هنا يكون قبل التعاقد)، وعلى نفس الشاكلة التشريع المصري في قانون التجارة الجديد في المادة (٧٣) فيما يخص عقود نقل التكنولوجيا والمادة (٦) من قانون حماية المستهلك رقم ٦٧ لسنة ٢٠٠٦م، إلا أن المشرع المصري يقر هذا المبدأ في القانون المدني ولو بشكل غير صريح، حيث اعتبر كتمان واقعة مؤثرة في التعاقد تدليساً في المادة (٢/١٢٥)، والتي نصت على أن يعتبر تدليساً السكوت عمداً عن واقعة أو ملابسة إذا ثبت أن المدلس عليه ما كان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة أو هذه الملابسة.

(٤٣) انظر: د. سعيد عبد السلام - الالتزام بالإفصاح بالعقود- دار النهضة العربية - ٢٠٠٠ ص ١٠.

(٤٤) Brigitte Hess-Fallon; Anne-Marie Simon, Droit civil, 5e édition, Collection Aide - émoire- Dalloz; Sirey, Paris, 1999 p. 172.

(٤٥) Ordonnance no 2001-741 du 23 août 2001 portant transposition de directives communautaires et adaptation au droit communautaire en matière de droit de la consommation.

أما القانون الإنجليزي فلا يفرض التزاماً عاماً بالإفشاء قبل التعاقد، إلا أن القضاء الإنجليزي عالج هذه المسألة من خلال استحداث عدد من الآليات القانونية بهدف جبر الضرر الناجم عن التصرف على نحو يخالف مقتضيات العدالة بناء على قواعد المسؤولية التقصيرية^(٤٦).

وقد ثار الخلاف حول طبيعة المسؤولية التي يربتها الإخلال بالتزام الإعلام، وذلك على أثر خلو التشريعات المقارنة من نص يربط المسؤولية صراحة على هذا الإخلال، ولعل أهم ما قيل في هذا الصدد هو أن التزام الإعلام تتحدد طبيعته بحسب الالتزام الذي تم خرقه والوقت الذي حدث فيه، فالأمر يختلف إذا كان الإخلال بواجب عام (تقصيري)، أو بالتزام عقدي^(٤٧).

ففي الحالة الأولى تكون المسؤولية على أساس الخطأ التقصيري، وفي الثانية تكون المسؤولية على أساس قواعد المسؤولية العقدية، وقد يربط الإخلال بالتزام الإعلام جزاء الإبطال، والمسؤولية نتيجة للغلط أو التدليس، فإن لم يزود المتفاوض الراغب في التعاقد بالمعلومات اللازمة يكون قد ارتكب مناورات تدليسية في حالة امتناعه عن ذلك^(٤٨)، وقد يكون على أساس ضمان عدم التعرض أو الاستحقاق، والتعويض في هذه الحالة يكون طبقاً لما تقتضي به القواعد العامة، وذلك خلاف إنما يثور في ظل فراغ تشريعي ينظم هذا الالتزام، بينما لا يكون الأمر كذلك إذا تم تنظيمه بقواعد قانونية صريحة كما هو في المادة (١١١٢) من القانون المدني الفرنسي المعدل، وقد جعل المشرع الفرنسي في هذه المادة جزاء الإخلال بالتزام الإعلام الإبطال وفقاً لعيوب الرضا، ولم يشير إلى التعويض أو التنفيذ العيني وترك الأمر للقواعد العامة في المسؤولية.

Art 1112-1 ”.... Le manquement à ce devoir d’information peut entraîner l’annulation du contrat dans les conditions prévues aux articles 1130 et suivants.”

وقد حمى المشرع الفرنسي الطرف الذي يدلي بالمعلومات بناء على التزامه القانوني بالإعلام ليصنع توازناً بين كلا الطرفين بتقرير المسؤولية في حالة الإفشاء

(٤٦) Atirah - anIntroduction to the law of contract - London - 1995.P24.

(٤٧) د. عبد المنعم موسى إبراهيم - مرجع سابق - ص ٢٨.

(٤٨) انظر: د. محمود جمال الدين زكي - الوجيز في النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني المصري - ٣ - دار النهضة العربية - القاهرة - ١٩٧٨ - ص ١٤٣، د. محمد محمد أبو زيد - المفاوضات في الإطار التعاقدية - دار النهضة العربية - القاهرة - ص ١٦٠.

بالمعلومات التي يتم الإفصاح عنها بناء على هذا الالتزام حيث صاغ المشرع الفرنسي هذا الالتزام في المادة (١١١٢/٢)، عن المسؤولية الناشئة عن إفشاء الأسرار والمعلومات التي تم الوقوف عليها من خلال المفاوضات، وذلك بناء على القواعد العامة في المسؤولية المدنية^(٤٩).

Art. 1112-2. - Celui qui utilise ou divulgue sans autorisation une information confidentielle obtenue à l'occasion des négociations engage sa responsabilité dans les conditions du droit commun - (٤٩)

المبحث الثالث

الآثار المترتبة على الإخلال بمبدأ حسن النية في التفاوض

عرض وتقسيم:

في هذا الصدد يرى جانب من الفقه أن الالتزام بحسن النية في مرحلة التفاوض، ما هو إلا التزام ببذل عناية، ومن الصعب وضع أي التزام على عاتق الأطراف المتفاوضة أو نسبة خطأ لأي منهما في هذه المرحلة^(٥٠).

بينما يرى جانب آخر من الفقه^(٥١) أن الالتزام بالتفاوض بحسن نية يعتبر التزاماً بتحقيق نتيجة، وفي وجهة النظر هذه يكون هناك مدين ودائن يلتزم كل منهما بحسن النية في التفاوض، وعدم تعطيل المفاوضات أو استغلال ما اطلع عليه من معلومات بطريقة غير مشروعة، كما يلتزم بسلوك المتعاقد حسن النية بطريقة لا تضر بالمتعاقد الآخر، ونحن من جانبنا نؤيد ما يذهب إليه هذا الاتجاه وهو اعتبار الالتزام بالتفاوض بحسن نية التزاماً بتحقيق نتيجة، فتعزيز طبيعة هذا الالتزام تدفع إلى تحري حسن النية وبث مزيد من الثقة والاستقرار في عمليات التفاوض، والبعد بها عن التعامل بسوء نية، وهو ما قد تبناه المشرع الفرنسي وتناوله في تعديلات ١٠ أكتوبر ٢٠١٦م، والتي نأمل باتباع خطواته في التشريع الكويتي، وجعل الالتزام بالتفاوض بحسن نية التزاماً قانونياً يبدأ من مرحلة التفاوض مروراً بمرحلة الإبرام، وكذلك أثناء التنفيذ، وبعد انتهاء العقد.

والأصل أن الطرفين لهم حرية الإرادة في الدخول في علاقة تعاقدية، أو العدول عنها بالإرادة المنفردة الحرة، فلكل طرف الرفض تبعاً لمصلحته وله حرية اختيار الطرف الآخر وكذلك الاستمرار في العلاقة أو التخلي عنها^(٥٢).

فيرى جانب من الفقه أن الشخص حر في التفاوض، وهو أيضاً حر في عدم التفاوض، فكل متفاوض حر أن ينسحب من المفاوضات في أي وقت، أو يقطعها ما لم

(٥٠) د. عبد العزيز المرسى - الجوانب القانونية لمرحلة التفاوض ذي الطابع التعاقدى - دار النهضة العربية - ٢٠٠٥م - ص ٧٦.

(٥١) د. عبد الحليم عبد اللطيف - مبدأ حسن النية وأثره في التصرفات القانونية - دراسة مقارنة - دار النهضة العربية - ٢٠٠٧م - ص ١٨٧.

(٥٢) François Terré, Philippe Simles, Yres Lequette, Droit civil, les obligation, 7ème édition, Dalloz, 1999, P29.

يتجاوز هذه المرحلة^(٥٣)، ونحن نعتقد أن هذه الحرية يجب أن تكون في إطار حسن النية، ويترتب على الإخلال بذلك في مرحلة التفاوض قيام مسؤولية الطرف الذي أخل بما عليه من التزام، فالقانون لا يرتب على قطع المفاوضات في حد ذاته أي أثر ما لم يقترب بخطأ ارتكب في هذه المرحلة^(٥٤)، يتمثل أصلاً في الخروج عن المألوف في التعامل، والإخلال بحسن النية يعتبر خروجاً عن هذا الأصل وانحرافاً عن السلوك المعتاد خاصة بغرض الإضرار بالغير.

وطبقاً للقواعد العامة يختلف جزاء المسؤولية المدنية بين التنفيذ العيني، أو التعويض أو التنفيذ بمقابل، وذلك في ضوء أحكام التشريع الكويتي وتعديلات القانون الفرنسي أكتوبر ٢٠١٦م، فهل يتماشى نظام التنفيذ العيني والتعويض بمقابل مع الإخلال بالالتزام حسن النية في المفاوضات.

ولتوضيح ذلك سوف يتم تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين. المطلب الأول التنفيذ العيني. المطلب الثاني التعويض كجزاء عن الإخلال بحسن النية في مرحلة التفاوض.

المطلب الأول

التنفيذ العيني

يكون التنفيذ العيني دوماً في حالة عدم وفاء المدين بما عليه من التزام عن طريق التنفيذ الجبري^(٥٥)، وعن طريق التنفيذ العيني يتم إجبار المدين على إصلاح الضرر الذي ارتكبه كاملاً وإعادته إلى الحالة التي كان عليها^(٥٦)، والأصل في الالتزام أن تنفيذه يكون عينياً، وفي حالة المفاوضات يكون الضرر المترتب هو قطع المفاوضات، كما أن الدائن لا يمكن له المطالبة بالتعويض إذا كان التنفيذ العيني ممكناً طبقاً للمادة (١١٤٤) مدني فرنسي، وبالنظر إلى التفاوض العقدي باعتباره مرحلة سابقة على إبرام العقد النهائي يتضح أن التنفيذ العيني يكون بإجبار المتعاقدين الآخر على الدخول في المفاوضات أو الاستمرار فيها في حالة قطعها بدون مبرر مشروع

(٥٣) د. عبد الرزاق السنهوري - شرح القانون المدني، نظرية العقد - مرجع سابق - ص ٢٣٨.

(٥٤) د. عبد الرزاق السنهوري - الوسيط في شرح القانون المدني - النظرية العامة للالتزام بوجه عام - مصادر الالتزام - الجزء الأول - بدون طبعة - دار النهضة العربية - ص ٢٠٦.

(٥٥) د. محمد حسام محمود لطف - المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض - دراسة في القانونين المصري والفرنسي - النسر الذهبي للطباعة - ١٩٩٥ - ص ٨٣.

(٥٦) (Ph) Le Tourneau, La rupture des négociations, RTD.civ, 1998, p. 488.

وإحاقه ضرراً بالمتفاوض الآخر. ونعتقد مع الاتجاه الغالب من الفقه^(٥٧) أن التنفيذ العيني لا يمكن إعماله في مجال المفاوضات العقدية ولو كان المتفاوض سيء النية، وكان التنفيذ ليس مرهقاً للمدين به، فالتفاوض بطبيعته يقوم على التعاون المشترك بين الأطراف المتفاوضة، والقول بإجبار أحدهم على الدخول في المفاوضات والاستمرار فيها يتنافى تمام مع مبدأ حرية التعاقد، ولا يؤثر في احترام هذه الحرية ما قد تكون عليه طبيعة الالتزام بحسن النية في مرحلة التفاوض سواء أكانت التزاماً قانونياً أم مجرد التزام أخلاقي ببذل عناية، خاصة إذا كان حسن النية أساسه النوايا الداخلية، ونعتقد أن التنفيذ العيني لا يمكن إعماله في مجال المفاوضات السابقة للتعاقد، فليس هناك ثمة عقد تم إبرامه، والفرصة الضائعة على الطرف المتفاوض يقابلها مبدأ الحرية في التعاقد، فإن جاز التعويض عن الضرر فلا يجوز - من وجهة نظرنا - التنفيذ العيني^(٥٨)، مهما كانت طبيعة الالتزام بحسن النية في مرحلة المفاوضات.

فإذا كان الإخلال بحسن النية يقوم في الأساس على النوايا والتي لا يمكن إصلاحها عن طريق التنفيذ العيني، كما أن الخطأ الذي يرتكبه المتفاوض سيء النية يتمثل في عدم بدء المفاوضات بدون مبرر مشروع، وهذا الخطأ يكون التنفيذ العيني فيه هو إلزام المتعاقد بالتفاوض وإبرام العقد، ويحصل بذلك الطرف الآخر على أكثر مما طلب وهو إبرام العقد، وليس البدء في التفاوض^(٥٩)، وإن كنا نرى أن الإجبار على التفاوض ليس بالضرورة أن ينتهي إلى عقد نهائي ليعطي المضرور أكثر مما طلب، بل يكون السبب في عدم قابلية التنفيذ العيني هو منافاته للاتجاه السليم بإدخال طرف في التفاوض على غير رغبته، وهو ما سيثير الشك حول كافة ما يتطلبه أثناء التفاوض، ولو كانت اشتراطات ومصالح مشروعة لمجرد تعارضها مع وجهة نظر الطرف الآخر.

(Ph)Le Tourneau,op.cit.,p. 489.

(٥٧)

(P) Jourdain, La bonne foi, Rapport Français,(journée louisianaises),Travaux de l'Association Henri Capitant,TXLIII,Litec,1992,p.131.

(٥٨) جدير بالذكر أن موقف محكمة بروكسل الذي أجبرت فيه المتفاوضين على التنفيذ العيني والدخول في المفاوضات لم يكن إلا محاولة لفض النزاع، وأن التدخل القضائي والتنفيذ العيني ينافي المنطق الصحيح في نطاق المفاوضات العقدية، حول هذا الحكم انظر:

C.A Paris,28 sept.1976, cité par (J)Schmidt-Szalewski,op.cit.,p32.

(٥٩) د. رجب كريم عبد اللاه - مرجع سابق - ص ٦٢٠.

كما أن الدعوة إلى التفاوض لا تشكل وعداً ملزماً، والضرر الذي ينجم عن الإخلال به هو إضاعة فرصة التعاقد وليس العقد نفسه الذي لم تتحدد معالمه بعد ولا عناصره الجوهرية، مما سبق نخلص إلى عدم منطقية التنفيذ العيني كجزاء للإخلال بمبدأ حسن النية في مرحلة المفاوضات السابقة للتعاقد في ظل أحكام التشريع الكويتي والفرنسي على حد سواء، وسواء أكان التزام حسن النية التزاماً قانونياً بتحقيق نتيجة، أم مجرد لازمة من لوازم العقد والتزام ببذل عناية.

المطلب الثاني

التعويض كجزاء عن الإخلال بحسن النية في مرحلة التفاوض

التعويض هو ما يتم به جبر الضرر، ولكن لا يمكن محوه، ويكون التعويض بإلزام المتسبب في الضرر (المدين) بدفع المقابل للمضرور بالقدر الذي تحدده المحكمة، وغالباً ما يكون متناسباً مع ما لحق المضرور من ضرر مادي ومعنوي على حد سواء.

والإخلال بحسن النية في مرحلة التفاوض - كما قلنا - يتخذ عدة صور، فقد يكون بالإحجام عن بدء المفاوضات أو قطعها أو تقديم بيانات غير صحيحة تؤدي إلى إحجام الطرف الآخر عن التفاوض، أو تكون من قبل الطرف الذي يدخل في المفاوضات بدون جدية بأي غرض آخر غير الرغبة في التعاقد وبنية عدم إبرام العقد منذ البداية.

والتعويض يتناسب مع طبيعة الضرر في هذه المرحلة، إلا أن إقرار التعويض على الطرف الذي أخل بالتزام حسن النية يختلف باختلاف التكييف القانوني لطبيعة الالتزام بحسن النية، فلو لم يكن هذا الالتزام التزاماً قانونياً بتحقيق نتيجة، وهي اتباع ما يقتضيه حسن النية في التفاوض وما يترتب عليه من التزامات لا يمكن معه القول بإلزام المنسحب من المفاوضات أو الطرف الذي رفض الدخول فيها بالتعويض، فلا التزام قانوني عليه ما لم يكن سبباً في ضرر مباشر ومحقق لحق بالطرف الآخر يمكن مساءلته عنه بناء على قواعد المسؤولية التقصيرية، والقانون المدني الكويتي في المادة (١٩٥) نص على أن: "لا يقصر العقد على ما يرد فيه من شروط أو يسري عليه من أحكام القانون، وإنما يتضمن كذلك ما يعتبر من مستلزماته، وفقاً لما تجري عليه العادة وما تمليه العدالة، ومع مراعاة طبيعة التعامل وما يقتضيه حسن النية وشرف التعامل"، ونص في المادة (١٩٧) على أن: "يجب تنفيذ العقد طبقاً لما يتضمنه من أحكام، وبطريقة تتفق مع ما يقتضيه حسن النية وشرف التعامل" نلاحظ

من خلال مطالعة هذين النصين أن المشرع الكويتي يقصر التزام حسن النية على مرحلة تنفيذ العقد، بينما لا يقصر العقد على ما ورد فيه من أحكام وشروط، وإنما يتضمن ذلك مستلزماته والتي يجب أن تتم وفق ما تقتضيه العدالة وحسن النية، وشرف التعامل، فهل يعتبر المشرع الكويتي مبدأ حسن النية ملزماً يجب التعويض بمجرد الإخلال به؟.

إن الأحكام التي وردت في هذين النصين يقتصر تطبيقها فقط في حالة وجود عقد تم تكوينه ودخل حيز التنفيذ. ونعتقد في هذه الحالة أن التزام حسن النية في مرحلة المفاوضات لا يعتبر التزاماً قانونياً في التشريع الكويتي، فلو أن المشرع يعتبره كذلك لكان نص على ذلك صراحة، وأن مجرد الالتزام بحسن النية في المفاوضات ما هو إلا التزام ببذل عناية عادية، لا يمكن المساءلة عن الإخلال به إلا في حالة تحقق ضرر وثبوت الخطأ وعلاقة السببية بينهما، وذلك على العكس من المشرع الفرنسي الذي فرض التزام حسن النية من بداية مرحلة المفاوضات ومروراً بمرحلة إبرام العقد وتنفيذه وكان صريحاً في ذلك؛ مما يجعل القول بأن مصدر التعويض عن الإخلال بحسن النية في هذه المرحلة هو القانون نفسه.

والتعويض في هذا الفرض يكون تقديره من قبل القاضي، فلا اتفاق على قدر تعويض سبق تحديده يمكن الرجوع إليه، أما إذا كان هناك اتفاق قبل الدخول في التفاوض يحدد التعويض، فيتم الرجوع إليه، وقد يتفق الطرفان على قدر التعويض بعد وقوع الضرر أو الإخلال بحسن النية في التفاوض، وتقدر المحكمة التعويض في حالة عدم وجود اتفاق على قدره ويكون بقدر ما لحق من ضرر وما فات من كسب، كما يجب أن يكون التعويض عن ضرر تتوافر فيه شروط الضرر القابل للتعويض.

وهنا يثور التساؤل حول طبيعة الأضرار التي يجب التعويض عنها، كجزاء لإخلال أحد الأطراف بالالتزام بحسن النية؟.

يترتب على سوء نية المتفاوض الذي رفض بدء المفاوضات أو قطع المفاوضات بدون مبرر مشروع مما ترتب عليه تفويت فرصة التعاقد على الطرف الآخر، حيث يقوم المتفاوض حسن النية بعمل الدراسات الفنية والاستعانة بالخبراء والانتقال، وغير ذلك، وإنفاق ما يلزم من أجل الإعداد للتفاوض وهذه النفقات التي تتم بمناسبة التفاوض يخسرها نتيجة لعدول المتفاوض الآخر، وهذه الخسائر يجب أن يتحملها الطرف الذي أخل بالتزام التفاوض^(٦٠).

Cass.com, 20Mars 1972, JCP, 1973, II, 17543, note, (J)Schmidt.

(٦٠)

وهنا يلزم ألا يكون المتفاوض الذي يدعى بالضرر قد أحدث الضرر بخطئه نتيجة لإهماله أو تقصيره مما دفع الطرف الآخر لقطع المفاوضات، كذلك ما يترتب على قطع المفاوضات من إضاعة وقت المتفاوض حسن النية.

إلا أن الأمر يصبح أكثر تعقيداً في حالة الادعاء بالتعويض عن تفويت الفرصة بقطع المفاوضات، وذلك باعتبار أن الضرر في هذه الحالة ضرر احتمالي وليس محققاً؟.

على الرغم من أن التعويض لا يكون إلا عن الضرر المحقق، إلا أننا نذهب مع محكمة النقض المصرية والتي أقرت التعويض عن الضرر المترتب على تفويت الفرصة، طالما أن المضرور كان يأمل الحصول على هذا الكسب بناء على أسباب معقولة^(٦١).

فالحقيقة أن الضرر متوقع في حالة قطع المفاوضات وعدم الدخول فيها، شريطة ألا يكون هذا التعويض بالمخالفة لمبدأ حرية الإرادة في التعاقد، فمن وجهة نظرنا لا يمكن التعويض عن الفرصة الفائتة ما لم يكن هناك خروج عن مسلك الرجل العادي سواء أكان هذا الخروج عن عمد أم إهمال، فليس هناك ثمة عقد تم إبرامه يمكن الرجوع إليه، والقول بالتعويض بمجرد وقف أو عدم الدخول في المفاوضات ينافي المنطق ويعطي الطرف المتضرر فوق حقه ويضر بالطرف الآخر ويتعدى على حريته، وذلك على الرغم من إقرار محكمة النقض الفرنسية التعويض شريطة أن تكون الفرصة حقيقية وجادة^(٦٢)، وهنا نعتقد بضرورة إيقان المتفاوض حسن النية بقرب التعاقد النهائي على الرغم من سوء نية الطرف الآخر، أو أن التفاوض في هذا الاتجاه فوت عليه فرصة عقد آخر كان سيبرمه لولا دخوله في التفاوض مع هذا الطرف، أو أن العدول لم يكن له مبرر مشروع لإمكان القول بأن الفرصة التي فاتته حقيقة وجادة.

وعلى العموم يجب أن يكون التعويض جابراً للضرر الذي لحق بالمضرور، - المادى والمعنوى^(٦٣) - ويجبر فوات الفرصة فقط ولا يتعدى ذلك إلى تقدير تعويض

(٦١) هذا المبدأ مستقر عليه في قضاء محكمة النقض المصرية انظر: الطعن رقم ٤٧٩٧ لسنة ٦٤ قضائية - جلسة ١٥ يناير ٢٠٠٧م - مجموعة أحكام محكمة النقض المصرية أيضاً، حكم محكمة النقض المصرية - ١٣ نوفمبر ١٩٨٥م، أشار إلى هذه الأحكام، د. إبراهيم الدسوقي أبو الليل، تعويض تفويت الفرصة، مجلة الحقوق الكويتية - السنة العاشرة - العدد الثالث - سبتمبر - ١٩٨٦ - ص ١٥٢.

(٦٢) CA.RIOM, 10 Juin 1992, RTD.civ. 1993, p343, obs (J)Mestre.

(٦٣) Pour des illustrations, V., par ex., CA Versailles, 1er avr. 1999, RJDA 1999, n° 1285; CA Paris, 17 janv. 2003, cité par O. Deshayes, art. préc., spéc. n° 3.

يتناسب والمنفعة التي كانت ستعود إليه من إبرام العقد، فالضرر يتمثل في الفرصة الفائتة وليس في ما لحق به نتيجة عدم إبرام العقد، وهذا القول يتماشى مع ما نصت عليه المادة (١١١٢) من القانون الفرنسي والتي أجازت التعويض عن الضرر الذي يلحق بالتفاوض نتيجة سلوك المتفاوض الآخر وليس التطرق إلى التعويض عن ما فاتته من فرصة بقدر المنفعة التي كانت ستعود عليه من إبرام العقد^(٦٤). إن حكم هذا النص لا يعتبر من قبيل الأحكام الموضوعية، ولكن يتضمن حكماً يتعلق بالإثبات حيث رأى المشرع الفرنسي أن مسألة إثبات انحراف المتفاوض عن مسلك الرجل العادي يصعب من الناحية العملية إثباتها، فضلاً عن تضارب الأحكام بشأنها، من هنا تدخل المشرع ووضع حكم هذا النص، حيث يكفي إثبات قطع المفاوضات حيث يفترض هنا خروجاً عن مسلك الرجل العادي.

ومن خلال ما سبق يتضح لنا أن ما ورد في القانون المدني الكويتي بخصوص التزام التفاوض بحسن نية، وما ينبثق عنه من التزامات إلى جانب المسؤولية المترتبة على الإخلال به لم يأخذ حيزاً تشريعياً واضحاً يمكن الرجوع إليه في تكييف المسؤولية عن هذه المرحلة، من هنا ندعو المشرع الكويتي إلى إعادة النظر في هذه المسألة، والنص على التزام حسن النية في مرحلة المفاوضات باعتبار أنه التزام قانوني، وعدم قصره على مرحلة التنفيذ فقط، وذلك استجابة لدواعي العصر والتقدم الاقتصادي الهائل والمعقد الذي يكتنف كثيراً من العقود بما لا يسمح بانعقادها بالشكل المبسط لانعقاد العقد.

أما عن تعديلات القانون الفرنسي التي جاء بها مرسوم ١٠ أكتوبر ٢٠١٦م، تعتبر وبحق استجابة لما دعا إليه الفقه والقضاء من أجل اعتبار حسن النية التزاماً قانونياً في مرحلة التفاوض، وكذلك ما ينبثق عنه من التزام بالإعلام فحسن ما جاء به ونأمل أن تحذو تشريعاتنا العربية وعلى رأسها التشريع الكويتي حذو المشرع الفرنسي، وإقرار التزام حسن النية باعتباره التزاماً قانونياً في مرحلة المفاوضات السابقة للتعاقد.

(٦٤) Art. 1112.-L'initiative, le déroulement et la rupture des négociations précontractuelles sont libres. Ils doivent impérativement satisfaire aux exigences de la bonne foi.

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

خاتمة :

تناولنا من خلال الدراسة التزام حسن النية في مرحلة المفاوضات، وذلك بالتعرض لدراسة طبيعته في التشريعات المقارنة، والتي تتخذ مواقف مختلفة حول تكييفه القانوني وذلك في المبحث الأول، ثم تناولنا في المبحث الثاني الالتزام بالإعلام في مرحلة التفاوض باعتباره التزاماً ينبثق عن التزام حسن النية في مرحلة التفاوض، وكذلك جزاء الإخلال بالتزام حسن النية في هذه المرحلة، وذلك في المبحث الثالث، وكانت الدراسة في ضوء تعديلات القانون المدني الفرنسي أكتوبر ٢٠١٦م، والتي أرست عدداً من القواعد الهامة، حيث جعلت التزام حسن النية التزاماً قانونياً بنصوص صريحة آمرة، ومن خلال البحث توصلنا إلى عدد من التوصيات التي نقترحها، ولعل أهمها ما يلي :

- ١ - على المشرع الكويتي أن يتناول بالتنظيم التزام حسن النية في مرحلة المفاوضات باعتباره مبدأ لازماً لمواكبة التطور وما أصبحت عليه عمليات التفاوض العقدية في الوقت الراهن، فتقرير المسؤولية عن التفاوض بحسن نية يقضي على خلاف حول أساس وطبيعة المسؤولية عن الإخلال بحسن النية في مرحلة التفاوض، ويحقق أكبر قدر من الأمن القانوني واستقرار المعاملات.
- ٢ - القانون المدني لم يشر إلى التزام المتفاوض بحسن النية، وإنما أشار إلى التزام حسن النية في مراحل التنفيذ أو فيما يعتبر من مستلزمات العقد، وكان من الأحرى أن ينص على التزام حسن النية في مرحلة التفاوض صراحة حتى لا ينازع أحد في مدى التزامه بهذا المبدأ.
- ٣ - يجب أن يتم التفاوض على العقود وإبرامها وتنفيذها وتفسيرها، وأن يلتزم أطرافها بعد انتهائها بحسن النية، لما يحققه هذا الالتزام من ثقة واستقرار في المعاملات.
- ٤ - مصطلح حسن النية واسع بما يكفي ليضم التزامات النصح والنزاهة والإعلام، والتحذير، وكافة ما من شأنه مراعاة الثقة المتبادلة، فالنص عليه كمبدأ عام في جميع مراحل العقد يقدم فائدة كبرى في مجال العقود.
- ٥ - ينبغي على المشرع الكويتي أن يقرر جزاء البطلان والتعويض عن الإخلال بالتزام الإعلام العام قبل التعاقدي ولا يقصره على أنواع معينة من العقود.
- ٦ - ينبغي على المشرع الكويتي في حالة تقرير التزام حسن النية في مرحلة المفاوضات أن يحيط الطرف الملتزم بحسن النية، وما ينبثق عنه من التزامات أخرى بحماية قانونية كافية حتى لا يستغل هذا الالتزام للإضرار به كإفشاء الأسرار التي يتم الوقوف عليها في مرحلة المفاوضات.

وفى النهاية لا يسعني إلا أن أقول: إن نشدان الكمال جزء من طبيعة الإنسان، وأن الكمال لله وحده، فأن كان حسناً فممن الله، وإن كانت الأخرى فممني ومن الشيطان، والشكر لله عليه توكلت وإليه أنيب.

قائمة المراجع

باللغة العربية :

- د. إبراهيم الدسوقي أبو الليل، تعويض تفويت الفرصة، مجلة الحقوق الكويتية- السنة العاشرة - العدد الثالث - سبتمبر- ١٩٨٦م.
- د أبو العلا علي النمر - مفاوضات عقود التجارة الدولية - ط - دار النهضة العربية - القاهرة - ٢٠٠٢م.
- د. أمين دواس- المسؤولية عن قطع مفاوضات العقد دون سبب جدي "، مجلة جامعة الشارقة للعلوم الشرعية والقانونية، جامعة الشارقة - المجلد الخامس - - العدد الأول - صفر ١٤٢٩ هـ - فبراير ٢٠٠٨م.
- د. أحمد السعيد الزقرد - أصول قانون التجارة الدولية - المكتب العصرية للنشر والتوزيع - مصر- ٢٠٠٧م.
- د. برهام محمد عطا الله - أساسيات نظرية الالتزام في القانونين المصري واللبناني - الدار الجامعية، بيروت، - ١٩٩٢م.
- د. جابر عبد الهادي سالم- مجلس العقد في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي - الدار الجامعية الجديدة للنشر، الإسكندرية - ٢٠٠١م.
- د. حسام الدين كامل الأهواني - المفاوضات فى الفترة قبل التعاقدية ومراحل إعداد العقد الدولي - مجلة العلوم القانونية والاقتصادية - كلية الحقوق - جامعة القاهرة.
- د. حمدي محمود بارود - دراسة حول المبادئ التي تحكم المفاوضات في عقود نقل التكنولوجيا - مجلة القانون والاقتصاد - العدد الرابع والسبعون - جامعة القاهرة - ٢٠٠٤م.
- د سعيد سعد عبد السلام - الالتزام بالإفصاح بالعقود- دار النهضة العربية - القاهرة - ؟؟؟م.
- د. عبد المنعم موسى إبراهيم - حسن النية في العقود - بدون دار نشر - ٢٠٠٦م.
- د. عبد الحليم عبد اللطيف - مبدأ حسن النية وأثره في التصرفات القانونية - دراسة مقارنة - دار النهضة العربية - ١٩٩٧م.
- د. عبد الرزاق السنهوري- شرح القانون المدني- النظرية العامة للالتزامات -

- نظرية العقد- الجزء الأول، الطبعة الثانية الجديدة - منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان- ١٩٩٨ م.
- د. عبد الرزاق السنهوري - الوسيط في شرح القانون المدني- النظرية العامة للالتزام بوجه عام - مصادر الالتزام - الجزء الأول - بدون سنة نشر - دار النهضة العربية.
- د. عبد العزيز المرسي - الجوانب القانونية لمرحلة التفاوض ذي الطابع العقدي - دار النهضة العربية - مصر - ٢٠٠٥م.
- د. عبد الحكم فودة - تفسير العقد في القانون المدني المصري والمقارن- منشأة المعارف الإسكندرية - ٢٠٠٢م.
- د. عبد الحليم عبد اللطيف - مبدأ حسن النية وأثره في التصرفات القانونية - دراسة مقارنة - دار النهضة العربية - ٢٠٠٧م.
- د. عبد المنعم موسى إبراهيم - حسن النية في العقود - دراسة مقارنة- منشورات زين الحقوقية، بيروت، لبنان، ٢٠٠٦م.
- د. محمد حسام محمود لطفي - المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض- دراسة في القانونين المصري والفرنسي - النسر الذهبي للطباعة - ١٩٩٥م.
- د. محمد حسين منصور- النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام- الدار الجامعية الجديدة للنشر، بيروت، ٢٠٠٠ م.
- د. محمود جمال الدين زكي - الوجيز في النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني المصري - دار النهضة العربية - القاهرة - ١٩٧٨م.
- د. مصطفى عبد الحميد عدوى - النظرية العامة للالتزام- مصادر الالتزام- ١٩٩٢م.
- د. وائل حمدي أحمد - حسن النية في البيوع الدولية - دراسة تحليلية مقارنة في الاتفاقيات الدولية والتشريعات المقارنة - دار النهضة العربية - ٢٠١٠م.
- د. وليد صلاح مرسي رمضان - القوة الملزمة للعقد والاستثناءات الواردة عليها بين الفقه الإسلامي والقانون المدني- دراسة مقارنة - دار الجامعة الجديدة للنشر - بدون سنة نشر.
- د نزيه محمد صادق المهدي - الالتزام قبل التعاقد بالإدلاء بالبيانات المتعلقة بالعقد وتطبيقاته على بعض أنواع العقود - دار النهضة العربية - ١٩٨٢م.

بالغة الأجنبية :

- Atirah, An Introduction to the Law of Contract, London, 1995.
- Bentsen v Taylor Sons and Co (1893).
- Brigitte Hess-Fallon ; Anne-Marie Simon, Droit civil, 5e édition, Collection Aide - émoire- Dalloz ; Sirey, Paris, 1999.
- Cabinets Fontaneau, les formations des contrats internationaux; <http://www.fontaneau.com/lcf739.htm>.
- Catherine Pédamon, “Freedom of Contract and Contractual Justice: the Foundations of the French Reform of Contract Law”, (2016), Company Lawyer 53.
- Christian Atias, contrats et conventions (tome 8), dalloz, Paris, 1998.
- François Terré, Philippe Simles, Yves Lequette, Droit civil, les obligation, 7ème édition, Dalloz, 1999.
- Gilles Pillet, “The Refom of French Contract Law and of the General Rules on Obligations: the Civil Code faces the challenges of the market”, (2016) International Business Law Journal 235 238.
- Guy Robin, “The principle of good faith in international contracts”, (2005) International Business Law Journal, I.B.L.J. 700.
- Hadley design association v Lord Mayo and citizens of the city of Westminster (2003) EWHC 1817 (tcc) - steyn L.j,contact law,fulfilling the reasonable expectation of honest men (1997) 113 LQRAT.
- Jean Pierre Scarano, dictionnaire de droit des obligations, 2 e" édition, ellipses, France, 1999.
- Kelda Groves, “The doctrine of good faith in four legal systems”, (1999) Construction Law Journal, 286.
- La Bonne foi: notion proteiforme - par Brigitte LEFEBVRE La bonne foi: notion protéiforme (1996) 26 R.D.U.S.

- LA BONNE FOI: NOTION PROTÉIFORME - par Brigitte LEFEBVRE- La bonne foi: notion protéiforme (1996) 26 R.D.U.S.
- Lauren Vandomme, "Negotiating international contracts", (2003) International Business Law Journal, 497, 498.
- Pedro Barasnevicius Quagliato, "The duty to negotiate in good faith", (2008) International Journal of Law & Management, 217.
- Peter Rosher, "New developments in the impending reform of French contract law" (2015) International Business Law Journal 481, 482, 483.
- Raymond Guillien - Jean Vincent, sous la direction de Serge Guinchard; Gabriel Montagnier, Lexique des termes juridiques -15e édition, Dalloz- Paris- 2005.
- M.G. Bridge, 'Does Anglo-Canadian Law Need a Doctrine of Good Faith?' (1984) 9 Canadian Journal of Business Law 385, 412-413.
- R. Brownswood, 'Good Faith in Contracts Revisited' [1997] CLP 111.
- Reshma Korde, "Good faith and freedom of contract", (2000) UCL Jurisprudence Review, 143.
- Schmidt - negociation et conclusion de contyacts - dalloz - paris - 1982.
- Stapleton j. good faith in private law, 1999.
- (Ph) Jourdain, La bonne foi, Rapport Français,(journée louisianaises),Travaux de l'Association Henri Capitant,TXLIII,- Litec,1992.
- (Ph) Le Tourneau, La rupture des négociations,RTD.- civ,1998.
- Walford V. Miles - IE. G.L.R. - 1990.