

April 2013

The Commitment of Comparative Legal Systems of the Principle of Pre- Contractual Good Faith at the Phase of Negotiating Contract Terms

Mahmoud Fayyad

Faculty of Law and public Administration- Birzeit University- West Bank- Palestine,
mfayyad@sharjah.ac.ae

Follow this and additional works at: https://scholarworks.uaeu.ac.ae/sharia_and_law



Part of the [Legal Ethics and Professional Responsibility Commons](#)

Recommended Citation

Fayyad, Mahmoud (2013) "The Commitment of Comparative Legal Systems of the Principle of Pre-Contractual Good Faith at the Phase of Negotiating Contract Terms," *Journal Sharia and Law*. Vol. 2013 : No. 54 , Article 4.

Available at: https://scholarworks.uaeu.ac.ae/sharia_and_law/vol2013/iss54/4

This Article is brought to you for free and open access by Scholarworks@UAEU. It has been accepted for inclusion in Journal Sharia and Law by an authorized editor of Scholarworks@UAEU. For more information, please contact sljournal@uaeu.ac.ae.

The Commitment of Comparative Legal Systems of the Principle of Pre-Contractual Good Faith at the Phase of Negotiating Contract Terms

Cover Page Footnote

Dr. Mahmoud Fayyad Faculty of Law and public Administration- Birzeit University- West Bank- Palestine.
mfayyad@sharjah.ac.ae

د. محمود فياض (*)

مدى التزام الأنظمة القانونية المقارنة بمبدأ حسن النية في مرحلة التفاوض على العقد*

ملخص البحث

لا يزال الفقه القانوني المقارن منقسماً على نفسه حول الطبيعة القانونية لمبدأ حسن النية خلال مرحلة التفاوض على العقد، وإلى أي مدى اعتدت الأنظمة القانونية بهذا المبدأ، بسبب اختلافهم حول تعريف هذا المبدأ ودوره في تنظيم العلاقات القانونية قبل إنشاء الرابطة العقدية. ويسعى الباحث في هذه الدراسة إلى وضع تعريف واضح لهذا المبدأ، بيان أهميته في مرحلة التفاوض على العقد ووضع تصور محدد للأفعال التي قد تخالف هذا المبدأ، ليقف في النهاية على كيفية تعامل الأنظمة القانونية المقارنة مع هذه الأفعال. وسيرد البحث على النظام القانوني الألماني، اللاتيني، الإنجليزي، ومبادئ القانون الأوروبي الموحد ومبادئ (الينويدروا). وقد خلص البحث إلى أهمية هذا المبدأ في الحفاظ على توازن العلاقة

(*) يحمل الدكتور محمود فياض درجة الدكتوراه في القانون من جامعتي (جينت وبروكسل) في بلجيكا (برنامج مشترك) باللغة الإنجليزية في موضوع "الحماية العقدية للمستهلك". وقد حصل على درجة الماجستير من جامعة بيرزيت في مجال قانون التجارة الدولية. ويعمل أستاذاً مساعداً في دائرة القانون- كلية الحقوق والإدارة العامة- جامعة بيرزيت في فلسطين. ويهتم الباحث بمواضيع قانون العقود المقارن وحماية المستهلك وقوانين التجارة الدولية.
* أجزى للنشر بتاريخ ٢٤/١/٢٠١٢.

التعاقدية خلال مرحلة التفاوض على بنود العقد، كما خلص إلى اعتبار المدرسة الألمانية والإيطالية هي النموذج المثالي في التعامل مع هذا المبدأ، وقد طورت المحاكم الفرنسية تنظيم هذا المبدأ بشكل ملحوظ في النصف الثاني من القرن العشرين، وأخيراً تأثرت المحاكم الإنجليزية كثيراً بما طورته نظيراتها الأمريكية في تنظيم هذا المبدأ والاعتداد به إلى أن اقتربت بما أخذ به النظام القانوني الفرنسي.

المقدمة

عادة ما تسبق مرحلة الارتباط العقدي مفاوضات ومناقشات بين طرفيه، رغبة منهما في الوصول إلى اتفاق نهائي، ومن ثم الوصول إلى الصيغة النهائية لشكل ومضمون العقد الذي ارتضاه الطرفان. تسمى هذه المرحلة بمرحلة التفاوض على العقد (Pre-contractual negotiations)، وفيها لم يرتب العقد آثاره لعدم وجود الرابطة التعاقدية. ولا يتعارض هذا الأمر مع إمكانية تدخل المشرع الوطني لتنظيم هذه المرحلة المهمة من التعاقد، من خلال فرض التزامات قانونية على أطراف التفاوض، تهدف إلى الحفاظ على حالة من التوازن العقدي فيما بينهما خلال هذه المرحلة⁽¹⁾ وتساهم - إلى حد كبير - في الوصول إلى شروط تعاقدية متوازنة، تراعي مصالح طرفيه، بما يخلق حالة من التوازن بين حقوقهما والتزاماتهما التعاقدية التي تم الاتفاق عليها خلال مرحلة المفاوضات على العقد.⁽²⁾

- (1) N J James, Do Not Blame Me, When Disclaimers Work and When They Don't, Law Lecturer, University of Queensland Business School publications 7 (2001).
- (2) P Nebbia, Unfair contract Terms in EC Law, 9 (2007).

ويعتبر مبدأ حسن النية (Good faith) أحد أهم المبادئ القانونية التي من خلالها يستطيع المشرع الوطني التدخل للحفاظ على حالة من التوازن العقدي، من خلال فرض التزامات قانونية على طرفي التعاقد، تتغلب على حالة عدم التوازن التي قد تنشأ نتيجة لاختلاف المراكز القانونية لطرفي التعاقد، أو لوجود ضعف تعاقدية يعترى أحدهما مقارنة مع الطرف الأخر.⁽³⁾ وقد يعمل هذا المبدأ في مرحلة التفاوض على شروط العقد، ويسمى في هذه الحالة بمبدأ حسن النية قبل التعاقد (Pre- contractual good faith)، كما يعمل هذا المبدأ على مراعاة التوازن العقدي لحقوق والتزامات طرفي الرابطة العقدية في أثناء تنفيذ شروط وبنود العقد، ويسمى في هذا الحالة بمبدأ حسن النية التنفيذي (Performance good faith).⁽⁴⁾ وسيكون النوع الأول (مبدأ حسن النية خلال مرحلة التفاوض) هو مدار البحث في هذه الدراسة، التي ستهدف إلى الإجابة عن التساؤلات التالية: ما هو تعريف مبدأ حسن النية ودوره في تنظيم العلاقات التعاقدية وكيف يمكن لهذا المبدأ أن ينظم مراحل قانونية هي سابقة على التعاقد، وما دوره في هذه المراحل وما هي عناصر ومتطلبات مبدأ حسن النية في أثناء مرحلة التفاوض على العقد، وإلى أي مدى اعترفت الأنظمة القانونية المقارنة بوجود هذا المبدأ؟

(3) See: M Schillig, *Inequality of Bargaining Power Versus Market for Lemons: Legal Paradigm Change and the Court of Justice's Jurisprudence on Directive 93/13 on Unfair Contract Terms*, 33-3 European Law Review Journal 336 (2008); R Lawson, *Exclusion Clauses and Unfair Contract Terms*, 18 (2003).

(4) E Hondius, *Unfair Terms in Consumer Contracts, Towards A European Directive*, 3 European consumer law Journal 181 (1998).

[مدى التزام الأنظمة القانونية المقارنة بمبدأ حسن النية في مرحلة التفاوض على العقد]

وسترد هذه الدراسة في الأساس على النظام القانوني اللاتيني مُمثلاً بالقانون الفرنسي والإيطالي، الجرمانى مُمثلاً بالقانون الألماني، الإنجليزي مُمثلاً بالقانون الإنجليزي والقواعد الدولية الموحدة مُمثلة بالقواعد القانونية التي أقرتها مبادئ قانون العقود الأوروبية (PECL)^(٥) ومبادئ المعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص (UNIDROIT)^(٦). وسنجيب عن هذا الأسئلة من خلال اعتماد المنهج الوصفي التحليلي المقارن، من خلال وصف الواقع القانوني القائم واستعراض النصوص

(٥) هي مجموعة المبادئ والقواعد القانونية التي وضعها مجلس قانون العقود الأوروبية (the Commission on European Contract Law) فيما يعرف بمجلس (لاندو) نسبة إلى البروفسور الدنمركي (Ole Land) رئيس هذه اللجنة. وتتكون اللجنة من عدد (٢٢) من خبراء قانون العقود المقارن، يمثلون الدول الأعضاء في هذه الفترة. وهدفت هذه القواعد إلى وضع تصور محدد لتوحيد قانون العقود على مستوى دول الاتحاد الأوروبي، من خلال الوصول إلى حالة من الانسجام التشريعي بين ما أخذت به الأنظمة القانونية المقارنة. وبدأ المجلس أعماله في العام (١٩٨٢). وتم إنجاز الجزء الأول من هذه المبادئ في العام (١٩٩٥)، وتم إنجاز الجزء الثاني منها في العام (١٩٩٩)، وأخيراً أنجز الجزء الثالث والأخير في العام (٢٠٠٢). واعتمدت هذه المبادئ بشكل عام على نصوص اتفاقية الأمم المتحدة للبيع الدولي للبضائع للعام (١٩٨١) ونصوص مبادئ المعهد الدولي لتوحيد قواعد القانون الخاص (اليونيدروا)؛ لذا يتضح التشابه الكبير بين هذه المبادئ والقواعد. وفي العام (٢٠٠٥) تم استبدال هذه اللجنة بمجموعة عمل قانون العقود الأوروبي الموحد (the Study Group on a European Civil Code) برئاسة البروفسور الألماني (Christian von Bar)، حيث تعمل هذه المجموعة على تطوير وتحديث هذه القواعد بما يتلاءم مع متطلبات وتوجهات الأنظمة القانونية القائمة لدول الاتحاد الأوروبي. ولمزيد من التفاصيل حول هذه المبادئ يرجى زيارة الرابط الإلكتروني التالي:

<http://www.jus.uio.no/lm/eu.contract.principles.1998/doc.html> visited on 22/5/2011.

(٦) أصدر المعهد الدولي لتوحيد قواعد القانون الخاص (International institute for the unification of private law) في العام (١٩٩٤) مجموعة من القواعد الموحدة التي تُعنى بتوحيد عقود التجارة الدولية. وسميت هذه المبادئ بمبادئ (اليونيدروا) الخاصة بعقود التجارة الدولية، وهي بمثابة قانون عقود ينظم المعاملات التجارية الدولية. وتعتبر هذه المبادئ امتداداً لتطور قواعد "قانون التاجر". وتم إنشاء هذا المعهد في مدينة (روما) عام (١٩٢٦) بمقتضى معاهدة جماعية عقدت في ظل عصبة الأمم، ليكون بمثابة منظمة تابعة لعصبة الأمم، لذلك كان يُطلق عليه (معهد روما). وفي الوقت الحالي، ينبع هذا المعهد لاتحاد دولي يضم عدد (٦١) دولة، ويجتهد في إعداد مشروعات قوانين موحدة تُعنى بتوحيد عقود التجارة الدولية. ولمزيد من التفاصيل حول هذه المبادئ يرجى زيارة الرابط التالي:

<http://www.unidroit.org/mm/statute-e.pdf> visited on 14/5/2011.

القانونية والأحكام القضائية ذات العلاقة بالموضوع، ومن ثم سنقوم بتحليل هذه الأحكام قانوناً للوقوف على مضمونها وجوهرها. وأخيراً، سيرد هذا الوصف والتحليل على العديد من الأنظمة القانونية المشار إليها أعلاه، للوقوف على النهج الذي اتبعته هذه الأنظمة في تنظيم هذا المبدأ. وسيبدأ هذا البحث بالحديث عن التنظيم القانوني لمبدأ حسن النية في الأنظمة القانونية المقارنة (المبحث الأول)، ومن ثم سينتقل لبيان مظاهر هذا المبدأ في مرحلة التفاوض على شروط العقد ومدى اعتراف الأنظمة القانونية بهذه المعايير (المبحث الثاني).

المبحث الأول التنظيم القانوني لمبدأ حسن النية في الأنظمة القانونية المقارنة

لا يزال الفقه القانوني المقارن منقسماً على نفسه فيما يتعلق بالطبيعة القانونية لمبدأ حسن النية، ومهمته في تحقيق التوازن التعاقدية تبعاً لاختلاف النظام القانوني محل البحث، حيث اعتد النظام القانوني الألماني بهذا المبدأ كثيراً، جاعلاً منه أحد المبادئ الأساسية التي تحكم وتنظم العلاقة التعاقدية، ليس في مرحلة تنفيذ شروط العقد فقط ولكن في مرحلة التفاوض على شروطه.⁽⁷⁾ واقترب غالبية فقهاء النظام القانوني اللاتيني كثيراً من هذا التوجه، خاصة ما أخذ به القانون الإيطالي كما هو موضح أدناه.⁽⁸⁾ وفي المقابل، اختلف فقهاء القانون الإنجليزي حول مدى فاعلية هذا

- (7) L Russi, Substance or Mere Technique? A Precip on Good Faith Performance in England, France and Germany, 5-1 Hanse Law Review Journal 21-29 (2009).
- (8) G Alpa, A Glance at Unfair Terms in Italy and the United Kingdom: What an Italian Lawyer can Learn from the English Experience, 15- 5 European Business Law Review 1127 (2004).

[مدى التزام الأنظمة القانونية المقارنة بمبدأ حسن النية في مرحلة التفاوض على العقد]

المبدأ في العلاقات التعاقدية؛ حيث لم ينكر بعضهم وجود هذا المبدأ في مرحلة تنفيذ بنود العقد، وأنكروا وجوده في المرحلة السابقة على التعاقد (مرحلة المفاوضات)، على أساس عدم وجود رابطة عقدية في الأساس خلال هذه المرحلة، وبالتالي عدم وجود التزامات تعاقدية. وعلى جانب آخر، أنكر العديد من فقهاء القانون الإنجليزي وجود هذا المبدأ من أساسه في مرحلة ما قبل وبعد التعاقد، على أساس انعدام سلطة القاضي الوطني في البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين، والأخذ بظاهر ما اتفقوا عليه فقط.⁽⁹⁾

ويتطلب تحديد التنظيم القانوني لمبدأ حسن النية خلال مرحلة التفاوض على العقد توضيح تعريف هذا المبدأ ودوره في تنظيم المعاملات التعاقدية بشكل عام، ومن ثم الانتقال إلى بيان الأساس القانوني لمبدأ حسن النية في مرحلة التفاوض على العقد في الأنظمة القانونية المقارنة.

المطلب الأول**تعريف مبدأ حسن النية**

نشأ مبدأ حسن النية مع نشأة القانون الروماني فيما يعرف بمبدأ (bonne foi)، حيث اعتبر مصدراً من مصادر القاعدة القانونية في هذه الفترة، وبموجبه كان يستطيع القاضي الروماني التدخل لفرض التزامات تعاقدية على طرفي العقد، للوصول إلى حالة من التوازن العقدي فيما بينهما متى اختل هذا التوازن نتيجة عدم تعادل المركز القانوني لطرفي العقد.⁽¹⁰⁾ وعادة ما ينشأ اختلال التوازن العقدي في ثلاث حالات:⁽¹¹⁾

(9) P D V Marsh, Comparative Contract Law, England France and Germany, 178 (1993)

(10) See: M.J. Scermaier, Bona Fides in Roman Contract Law, IN R. and S. Whittaker Good Faith in European Contract Law, 63 (2000); N Cohen, Pre-Contractual Duties: Two Freedoms and the Contract to Negotiate, IN J, Beatson and D, Friedmann,

[د. محمود فياض]

قيام أحد طرفي التعاقد بإعفاء نفسه من المسؤولية العقدية متى أخل بالتزام تعاقدى أو قانوني مترتب عليه (Exclusion clauses)؛ وتمتع أحد طرفي العلاقة التعاقدية بسلطة تعديل شروط العقد بعد تكوينه أو إنهائه بإرادته المنفردة (Variation clauses)؛ فرض أحد الطرفين لمبالغ تعويض مبالغ فيها لا تتناسب مع ما قد يرتكبه الطرف المقابل من مخالفات دون أن يكون ملتزماً بمبالغ تعويض مكافئة (Penalty clauses). واختلفت الأنظمة القانونية فيما بعد في التعامل مع هذا المبدأ، كما هو موضح أدناه، على نحو وصل فيه البعض إلى إنكار وجوده واعتباره تعديلاً واضحاً على مبدأ سلطان الإرادة (Private Autonomy)، من خلال فرض التزامات تعاقدية لم تنتج نية أطراف العقد إلى إقرارها.

وتجنبنا التشريعات المقارنة وضع تعريف محدد لهذا المبدأ بسبب وجود اتجاهين متناقضين: ذهب الاتجاه الأول إلى الاعتراف بأهمية هذا المبدأ في تنظيم العلاقات التعاقدية، إلا أنه فضل تجنب وضع تعريف محدد له، رغبة منه في منح القاضي الوطني سلطات واسعة في التعامل معه وافترض وجوده على العلاقة التعاقدية محل البحث. وفي المقابل، أنكر البعض الآخر وجود هذا المبدأ من أساسه؛ لذا كان من

Good Faith and Fault in Contract Law, 25 (1995); M E Storme, Good Faith and the Contents of Contracts in European Private Law, 7-1 electronic Journal of comparative law 3 (2003), available at <http://www.ejcl.org/71/abs71-1.html> visited on 22-3-2011.

- (11) M. Fayyad, The Legislative Consumer protection of the Use of Unfair terms in Palestine, A Comparative Legal Study with the European directive (93/13) on Unfair terms in Consumer Contracts, PhD Thesis, Free University of Brussels (VUB), 19 (2010).

[مدى التزام الأنظمة القانونية المقارنة بمبدأ حسن النية في مرحلة التفاوض على العقد]

الطبيعي تجنب التطرق إلى تعريفه من الأساس.^(١٢) وانفرد المشرع الأمريكي بوضع تعريف لهذا المبدأ بعدما طورت المحاكم الأمريكية العديد من النظريات القانونية الخاصة به، حيث جاء تعريف هذا المبدأ على أنه "الإخلاص في تنفيذ ما تم الاتفاق عليه ومراعاة مصالح الطرف المقابل عند التعاقد"^(١٣)

ويرى خبراء القانون المقارن أهمية تحديد الطبيعة القانونية لهذا المبدأ كبدائية للوصول إلى تعريفه؛ حيث يوجد بعدان هامان لهذا المبدأ: البعد الشخصي والبعد الموضوعي.^(١٤) ويتعلق البعد الشخصي (Subjective criterion) بماهية الاعتقاد الداخلي للشخص المتعاقد والحالة الذهنية التي قد يكون عليها في أثناء التعاقد، على نحو قد يحمله على عدم مراعاة مصالح الطرف المقابل كما يتعامل مع مصالحه. واعتدت المدرسة الألمانية فقط دون غيرها بهذا البعد، على أساس افتراض الصدق والأمانة في المعاملات القانونية.^(١٥) ويتعلق البعد الموضوعي (Objective criterion) بمؤشرات خارجية يمكن البناء عليها عند التعامل مع هذا المبدأ، من خلال البحث في التوازن العقدي بين أطراف العلاقة العقدية في أثناء مرحلة التفاوض على شروط العقد

- (12) F. Juenger, Listening to Law Professors Talk About Good Faith: Some Afterthoughts, 609 Tulane Law review 1253 (1995); M Dean, Unfair Contract Terms: The European Approach, 56-4 Modern law Review 584 (1993).
- (13) It is defined as "faithfulness to an agreed common purpose and consistency with the justified expectations of the other party". See: W Tetely, Good Faith in Contract Particularly in Contract of Arbitration and Chartering, 35 Journal of maritime law and commerce 594 (2004); R Kolb, Principles as Sources of International Law (With Special Reference of Good Faith), Netherlands international law review 20 (2006).
- (14) H. Beal, et al, Cases, materials and Text on Contract law, 371 (2010); S J Burton, Breach of Contract and the Common Law Duty to Perform in Good Faith, 94-2 Harvard law Review 369 (1980).
- (15) M E Storme, Good Faith and the Contents of Contracts in European Private Law, 7-1 electronic Journal of comparative law 5 (2003)

[د. محمود فياض]

Substantive Good) وخلال مرحلة تنفيذ هذه الشروط (Pre contractual Good faith).
(faith

وبناء على هذين البعدين، يضع خبراء القانون المقارن التعاريف التالية لمبدأ حسن النية: الوسيلة التي يستطيع من خلالها القاضي الوطني التدخل لضمان توازن العلاقة العقدية بين الأطراف المتعاقدة (البعد الوظيفي)،^(١٦) وتوقع الطرف المتعاقد معاملة الطرف المقابل له بصدق وأمانة بالشكل الذي يرغب هذا الأخير من الغير في التعامل معه به (معيار التوقع)، وضمان التزام طرفي التعاقد بالصدق والأمانة على نحو يتماشى مع نزاهة المعاملات القانونية (معيار الأمانة). وبناء على هذه التعريفات يضع خبراء القانون المقارن تعريفاً جامعاً لهذا المبدأ على أنه "التزام الطرف المتعاقد بمراعاة مصالح وتوقعات الطرف المقابل بما يضمن نزاهة المعاملات القانونية وتمثيل مصالح أطراف العلاقة التعاقدية بشكل متوازن".^(١٧)

المطلب الثاني

دور مبدأ حسن النية في العلاقات التعاقدية

قامت نظرية العقد في مضمونها على أساس مبدأ سلطان الإرادة، الذي يشير إلى حرية أطراف العلاقة التعاقدية في تحديد الحقوق والالتزامات المترتبة على اتفاقهما.

(16) S.J. Burton, Principles of Contract Law, 445 (2001).

(17) See: M Schillig, Inequality of Bargaining Power Versus Market for Lemons: Legal Paradigm Change and the Court of Justice's Jurisprudence on Directive 93/13 on Unfair Contract Terms, 33-3 European Law Review Journal 337 (2008); P J Powers, Defining the Indefinable: Good Faith and the United Nations Convention on the Contracts for the International Sale of Goods, 18 Journal of law and Commerce 52 (1999); M Dean, Unfair Contract Terms: The European Approach, 56-4 Modern law Review 585 (1993); E M Weitzenbock, Good faith and Fair Dealing in Contracts Formed and Performed by Electronic Agent, 12 Artificial Intelligence and Law 83 (2004).

[مدى التزام الأنظمة القانونية المقارنة بمبدأ حسن النية في مرحلة التفاوض على العقد]

وتؤسس هذه النظرية على قدرة كل طرف على تحديد احتياجاته والتزاماته بعيداً عن تدخل المشرع الذي يأتي دوره لسد أي نقص قد يعترض هذا التنظيم التعاقدية. ويشير الواقع العملي إلى خروج العديد من العلاقات التعاقدية عن هذا الأساس، من خلال اختلاف المركز الاقتصادي أو القانوني لطرفي العلاقة التعاقدية، على نحو يستطيع فيه أحدهما فرض إرادته التعاقدية على الطرف الآخر، ومن ثم تنشأ حالة من اختلال التوازن العقدي بين أطراف هذه العلاقة (Bargaining of Power).⁽¹⁸⁾

ومن هنا تأتي أهمية مبدأ حسن النية باعتباره الأداة القانونية التي يستطيع من خلالها القاضي الوطني التدخل لفرض التزامات تعاقدية على طرفي العقد، لضمان تحقيق هذا التوازن. وفي هذا السياق، يرى الفقيه الإنجليزي (Robert Summers) أن لهذا المبدأ دوراً أساسياً في تمكين القاضي الوطني من مراقبة وضمان تحقيق العدالة التعاقدية، عن طريق الحفاظ على حالة من التوازن العقدي بين طرفي العقد، من خلال افتراض نزاهة العلاقة التعاقدية، وضمان احترام كل متعاقد لمصالح وحقوق الطرف المقابل.⁽¹⁹⁾ ويجمع خبراء القانون المقارن على أهمية هذا المبدأ في تحقيق الأهداف التالية:⁽²⁰⁾ تمكين الطرف المتضرر من الحد- قدر المستطاع- من الخسائر

(18) N J James, Do Not Blame Me, When Disclaimers Work and When They Don't, Law Lecturer, University of Queensland Business School publications 7 (2001); M Auer, Good faith: A Semiotic Approach, 2 European review of private law 285 (2002); M Dean, Unfair Contract Terms: The European Approach, 56-4 Modern law Review 584 (1993).

(19) This call is mentioned in: R. Brownsword, N. J. Hird and G Howells, Good Faith in Contract: Concept and Context, 26 (1998).

(20) See: J. Beatson and D. Friedmann, Introduction: From Classical to Modern Contract Law, IN J. Beatson and D. Friedmann, Good Faith and Fault in Contract Law, (1995); S. Jones, A Child's First Steps: The First Six Months of Operation - The ICANN Dispute Resolution Procedure for Bad Faith Registration of Domain Names, 23-2 European Intellectual Property Review 66 (2001); M.J. Scermaier, Bona Fides in Roman Contract Law, in R. and S. Whittaker, Good Faith in European Contract

[د. محمود فياض]

التي قد تصيبه نتيجة اختلال التوازن العقدي بينه وبين الطرف المقابل في العلاقة التعاقدية وفرض معايير النزاهة والأمانة في العلاقات التعاقدية على نحو يضمن نزاهة العلاقات التعاقدية، والتغلب على الإشكالات التي قد تعترى التنفيذ الدقيق لبعض المبادئ القانونية الأخرى (مثل مبدأ سلطان الإرادة والحرية في التعاقد)، والحد من استخدام الشروط التعسفية التي قد تظهر في العديد من العقود (مثل عقود الاستهلاك).

وفي هذا السياق، استخدم المشرع الأوروبي هذا المبدأ لضمان نزاهة المعاملات التعاقدية في عقود الاستهلاك، من خلال النص على أهميته في التعامل مع ظاهرة اختلال التوازن العقدي، على نحو يضمن تمثيل مصالح طرفي العقد وضمان التوازن العقدي فيما بينهما؛ لذا، جاءت المادة (٣) من التوجيه رقم (١٣) لسنة (١٩٩٣)^(٢١) الخاص بالشروط التعسفية في عقود الاستهلاك لتقضي ببطان الشرط التعسفي متى خالف هذا الشرط مبدأ حسن النية، عن طريق خلق حالة من عدم التوازن العقدي بين حقوق والتزامات أطراف العقد.^(٢٢)

Law, 63 (2000); N. Cohen, Pre-Contractual Duties: Two Freedoms and the Contract to Negotiate, IN J. Beatson and D. Friedmann, Good faith and Fault in Contract Law, 25 (1995); M. E. Storme, Good Faith and the Contents of Contracts in European Private Law, 7-1 electronic Journal of comparative law 3 (2003), available at <http://www.ejcl.org/71/abs71-1.html> visited on 22-3-2011.

- (21) The council directive of April, 5 1993, on unfair terms in consumer contracts, O.J. L 095, 21/04/1993, P. 29 – 34.
- (22) This article stipulates that, a contractual term which has not been individually negotiated shall be regarded as unfair if, contrary to the requirement of good faith, it causes a significant imbalance in the parties' rights and obligations arising under the contract, to the detriment of the consumer.

المطلب الثالث

الأساس القانوني لمبدأ حسن النية في أثناء

مرحلة التفاوض على شروط العقد

اختلفت الأنظمة القانونية المقارنة في تنظيم مبدأ حسن النية خلال مرحلة التفاوض على العقد إلى ثلاث اتجاهات رئيسية: نص التوجه الأول صراحة على هذا الالتزام في نصوص القانون المدني، بينما أغفل المشرع في التوجه الثاني النص صراحة على هذا الالتزام في قانونه المدني في الوقت الذي عملت به المحاكم الوطنية وأقره فقهاء القانون استناداً إلى نظرية الخطأ، وأخيراً أنكر المشرع الوطني في التوجه الثالث صراحة التطبيق المطلق لهذا المبدأ على الالتزامات التعاقدية وقصره مؤخراً على طائفة معينة من العقود (عقود الاستهلاك) تطبيقاً لتشريعات الاتحاد الأوروبي.

واتبع المشرع الألماني والإيطالي مبادئ القانون الموحد الأوروبي ومبادئ (اليونيدروا) التوجه الأول. وتعتبر المدرسة الألمانية هي الرائدة والنموذج في الالتزام بهذا المبدأ متأثرة بما أخذ به القانون الروماني فيما كان يعرف بمبدأ حسن النية (Bona fide)؛ حيث توسع القانون الروماني قديماً في أعمال هذا المبدأ بشكل عام. وأخذت المدرسة الألمانية بمراعاة الطرف المتعاقد لمصالح الطرف المقابل (Legal interests) في مرحلتي تكوين وتنفيذ العقد كالالتزام وتطبيق عام لهذا المبدأ. هذا ما نصت عليه المادة (٢/٢٤١) من القانون المدني الألماني (BGB) التي ألزمت كل متعاقد بمراعاة حقوق مصالح المتعاقد الآخر،^(٢٣) وتوسعت المادة (٢/٣١١) في هذا

(23) This article stipulates that “An obligation may require each party to have regard to the other party’s rights, legally protected interests and other interests”.

المجال لتجعل من هذا الالتزام مطبقاً على مرحلة التفاوض على العقد^(٢٤) إضافة لمرحلة تنفيذه وفقاً لما جاء في المادة (٢٤٢) من نفس القانون.^(٢٥) ولم يتعد المشرع الايطالي عن هذا النهج، حيث نصت المادة (١٣٣٧) من القانون المدني الايطالي صراحة على وجوب مراعاة طرفي التعاقد لمبدأ حسن النية في مرحلة التفاوض على العقد.^(٢٦) وكذلك نصت كل من مبادئ قانون العقود الأوروبي الموحد ومبادئ (اليونيدروا) صراحة على التزام طرفي التعاقد بالتفاوض وفقاً لمقتضيات حسن النية، حيث جاءت المادة (٢: ٣٠١) من مبادئ قانون العقود الأوروبي تحت عنوان "التفاوض بشكل متعارض من حسن النية"، لتتص في فقرتها الأولى على أن القاعدة العامة هي حرية الأطراف في التفاوض دونما التزام بالوصول إلى التعاقد، وتتص في فقرتها الثانية على وجوب عدم التفاوض بما يتعارض مع مقتضيات حسن النية، في حين جاءت الفقرة الثالثة لتؤسس ماهية التصرفات المخالفة لهذا المبدأ والتي سيتم توضيحها بالتفصيل أدناه.^(٢٧) ونصت مبادئ (اليونيدروا) في المادة رقم (٢. ١. ١٥)

- (24) This article provided that “An obligation with duties in accordance with § 241 (2) also arises as a result of: (1) entry into contractual negotiations.
- (25) This article provides that “The obligor must perform in a manner consistent with good faith taking into account accepted practice”.
- (26) This article constituted that “pre-contractual negotiations and liability. During the course of the negotiations and in the formation of the contract, the parties must act in Good faith”.
- (27) This article provides that “(1) A party is free to negotiate and is not liable for failure to reach an agreement.; (2) However, a party who has negotiated or broken off negotiations contrary to good faith and fair dealing is liable for the losses caused to the other party; (3) It is contrary to good faith and fair dealing, in particular, for a party to enter into or continue negotiations with no real intention of reaching an agreement with the other party.

[مدى التزام الأنظمة القانونية المقارنة بمبدأ حسن النية في مرحلة التفاوض على العقد]

على حكم مماثل لما جاء في نصوص مبادئ قانون العقود الأوروبي، ولكن تحت عنوان "التفاوض بسوء نية".⁽²⁸⁾

واتبعت المدرسة الفرنسية النهج الثاني في التعامل مع هذا المبدأ، حيث نصت المادة (1134) من القانون المدني الفرنسي على التزام طرفي التعاقد بتنفيذ التزاماتهما التعاقدية وفقاً لمقتضيات مبدأ حسن النية.⁽²⁹⁾ ولم يمنع هذا النص فقهاء القانون وقضاء محاكم النقض الفرنسية من التعامل مع هذا المبدأ على أنه التزام قانوني يطبق أيضاً في مرحلة التفاوض على العقد؛ وذلك استناداً لما جاء في القواعد العامة في المسؤولية، وبالأخص نص المادتين (1382) و (1383) اللتين تُلزمان مرتكب الفعل الضار الذي أدى بخطئه، أو بإهماله، أو بتقصيره إلى الإضرار بالغير بضمان هذا الضرر.⁽³⁰⁾

وأخيراً، لم تلزم المدرسة الإنجليزية بداية نفسها صراحة بتطبيق هذا المبدأ كالتزام تعاقدية؛ حيث اعتبرت أن الالتزامات التعاقدية لا تنشأ إلا بالتوقيع على العقد وإنشائه قانوناً. هذا ما أقره مجلس اللوردات صراحة في العام (1992) في القضية الشهيرة (Walford v Miles)، التي أقر فيها صراحة بأنه لا التزام بالتفاوض بحسن نية في نظرية العقد في النظام

(28) See: C Joerges, translated from Germany by L Fraser and P Wilkins, The Europeanization of Private Law as a Rationalization Process and the Contest of Disciplines- An Analysis of the Directive on Unfair terms in consumer contracts, European review of private law 177 (1995); R. Bradgate, Unreasonable Standard Terms, 60 the modern law review limited 584 (1997).

(29) This article stipulates that "They (agreements) must be performed in good faith".

(30) P D V March, Comparative Contract Law, England, France and Germany, 297 (1993).

القانوني الإنجليزي.⁽³¹⁾ وشهد العامان (١٩٩٤) و (٢٠٠٢) تطوراً ملحوظاً في تنظيم
 المشرع الإنجليزي لهذا المبدأ. أولاً: في العام (١٩٩٤)، أصدر المشرع الإنجليزي القانون
 رقم (١٩٩٤/٣١٥٩)⁽³²⁾ الخاص بالشروط التعسفية في عقود الاستهلاك (UTCCR)،
 والذي جاء ليطبق التوجيه الأوروبي رقم (١٣) لسنة (١٩٩٣) الخاص بالشروط التعسفية
 في عقود الاستهلاك. وفي العام (١٩٩٩) ورغبة منه في التنفيذ الدقيق للتوجيه الأوروبي،
 قام المشرع الإنجليزي بتعديل القانون رقم (١٩٩٤/٣١٥٩) بالقانون رقم
 (١٩٩٩/٢٠٨٣)⁽³³⁾ (UTCCR)؛ حيث تبنى القانون الأخير صراحة جميع ما تضمنه
 التوجيه الأوروبي. وفي مجمل الأمر نصت المادتان (١/٣) من التوجيه الأوروبي والمادة
 (١/٥) من القانون الإنجليزي على هذا المبدأ صراحة حينما اعتبرنا الشرط التعاقدى تعسفياً
 متى خالف مقتضيات مبدأ حسن النية.⁽³⁴⁾ وأقر هذا التوجيه صراحة بشمولية مبدأ حسن
 النية الوارد في نص المادة (١/٣) منه لمرحلة التفاوض على شروط العقد، حيث ورد في
 كل من مقدمته وجلسة مداوات (Recital) البرلمان الأوروبي الخاصة بهذا التوجيه رقم
 (١٦) صراحة بوجوب مراعاة مبدأ حسن النية بين طرفي التعاقد في أثناء مرحلة التفاوض
 على شروط العقد وضرورة مراعاة اختلاف المركز التفاوضي لكليهما (the bargaining

(31) Martin Walford v Charles Miles [1992] ADR.L.R. 01/23. For more details about this case, see the following Link:

http://www.nadr.co.uk/articles/published/MediationLawReports/WALFORDvMILE_S1992.pdf visited on 18/7/2011.

(32) Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations 1994 (1994 SI 3159).

(33) Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations 1999 (1999 SI 2083).

(34) Article (5/1) of the English legislation provides that " A contractual term which has not been individually negotiated shall be regarded as unfair if, contrary to the requirement of good faith, it causes a significant imbalance in the parties' rights and obligations arising under the contract, to the detriment of the consumer.

[مدى التزام الأنظمة القانونية المقارنة بمبدأ حسن النية في مرحلة التفاوض على العقد]

(positions) عند تقدير تعسفية الشروط التعاقدية. ثانياً، أقر مجلس اللوردات في العام (٢٠٠٢) بوجود بعض تطبيقات هذا المبدأ، كما هو موضح أدناه، في القضية الشهيرة (Yeoman's Row Management Limited v Cobbe)،^(٣٥) متأثراً بتطور الأحكام القضائية للمحاكم الأمريكية.^(٣٦)

المبحث الثاني

تطبيقات مبدأ حسن النية خلال مرحلة التفاوض على العقد وتنظيمها في الأنظمة القانونية المقارنة

في محاولة منهم لفهم وظيفة هذا المبدأ في مرحلة التفاوض على العقد، أورد خبراء القانون المقارن التصرفات التالية باعتبارها مخالفة لجوهر ومضمون هذا المبدأ في مرحلة التفاوض على العقد:^(٣٧) (١) التفاوض بنية عدم التعاقد، (٢) والتفاوض مع عدة أطراف بهدف الاستقرار على طرف واحد للتعاقد، (٣) ووقف المفاوضات دون سبب مشروع، (٤) وتوقيع اتفاق يعلم المتعاقد أنه باطل، (٥) والالتزام بالحفاظ على السرية. وتشكل هذه التصرفات في مجموعها مظاهر مخالفة مبدأ حسن النية في مرحلة التفاوض على العقد؛ حيث يكفي وجود عنصر واحد منها للحكم بعدم مراعاة هذا المبدأ في المرحلة السابقة للتعاقد. وستكون هذه المظاهر مدار البحث المفصل في هذا الجزء من الدراسة.

(35) Judgments - Yeoman's Row Management Limited and Another V Cobbe, Appellate Committee Lord Hoffmann Lord Scott of Foscote Lord Walker of estingthorpe Lord Brown of Eaton-under-Heywood Lord Mance, available at:

<http://www.parliament.the-stationery-office.co.uk/pa/ld200708/ldjudgmt/jd080730/yeoman-1.htm> visited on 12/8/2011.

(٣٦) مشار إلى هذه القضية بالتفصيل أدناه عند الحديث عن الالتزام بعدم وقف المفاوضات في النظام القانوني الإنجليزي.

(37) H. Beal, et al, Cases, Materials and Text on Contract Law, 376 (2010).

المطلب الأول التفاوض بنية عدم التعاقد (No intention to conclude a contract)

نمثل على هذه الحالة بقيام طرف (س) بالتفاوض مع طرف (ص) على شراء محل تجاري يملكه الأخير، ليس برغبة في شراء المحل ولكن لتقويت الفرصة على طرف (ع) لشراء هذا المحل لسبب ما.^(٣٨) وفي حال تأكد الطرف (س) من انصراف رغبة الطرف (ع) في الشراء سيقوم هذا الطرف (س) بوقف التفاوض مع مالك المحل (ص).^(٣٩) وقد تنشأ هذه الحالة أيضاً في حال رغب الطرف المتفاوض في الحصول على معلومات سرية تتعلق بمحل التفاوض (المبيع) دون أن تكون لديه الرغبة في الشراء. وتظهر هذه الحالة بشكل كبير في عقود نقل التكنولوجيا التي تستمر مرحلة المفاوضات فيها لمدة زمنية كبيرة؛ حيث تركز بشكل أساسي على التفاوض على مقابل المعرفة الفنية (Know-How) التي سيتحصل عليها المشتري، بالتالي يجب أن يضطلع على جميع تفاصيل هذه المعرفة ليتمكن من تقديرها مادياً.^(٤٠) وقد تتجه نية هذا الطرف بسبب عدم رغبته أصلاً في التعاقد، وقد تكون بسبب إدراكه لعدم إمكانية الوفاء بمتطلبات التعاقد ومع ذلك يتفاوض بنية التفاوض لا التعاقد. ومن الممكن أن تنشأ نية عدم التعاقد قبل بدء المفاوضات، وقد تكون في أثنائها، وفي الحالة الثانية يستمر هذا الطرف في التفاوض رغم اتجاه نيته إلى عدم الارتباط العقدي.

(٣٨) مثل تجنب منافسة الغير (ع) له في السوق المحلية أو تجنب مجاورته لعدم منافسة منتجاته.

(٣٩) مشار إلى هذا المثال في التوضيح الثاني لنص المادة (٢٠١ . ١ . ٢) من مبادئ (اليونيدروا).

(40) K. Laursen and E. Elgan, Trade Specialization Technology and Economic Growth: Theory and Evidence from Advanced Countries, 199 (2000).

[مدى التزام الأنظمة القانونية المقارنة بمبدأ حسن النية في مرحلة التفاوض على العقد]

واتفقت الأنظمة القانونية كافة على عدم جواز قيام طرف بالتفاوض مع آخر على إنشاء عقد متى اتجهت نية أيٍّ منهما في البداية إلى عدم إنشاء هذا العقد. ويعتبر هذا التصرف بمثابة مخالفة صريحة لمقتضيات مبدأ حسن النية، ويلزم الطرف المخل بالتعويض. هذا ما نصت عليه صراحة المادة (٢: ٣٠١) من مبادئ القانون الأوروبي الموحد التي جاءت تحت عنوان (التفاوض بسوء نية)، حيث نصت في فقرتها الثالثة على أنه "يعتبر مخالفاً لمبدأ حسن النية قيام طرف ما بالتفاوض على إنشاء عقد في وقت اتجهت لديه النية على عدم إنشاء هذا العقد".^(٤١) ونصت الفقرة الثالثة من المادة (٢. ١. ١٥) من مبادئ (اليونيدروا) على حكم مماثل.^(٤٢) ولم يختلف الحال في النظام القانوني الألماني عما هو مشار إليه في هذه المبادئ؛ حيث قضت المادة (٨٢٦) من القانون المدني الألماني بإلزام الشخص بالتعويض متى اتجهت نيته إلى الإضرار بالغير على نحو يتعارض مع مقتضيات المصلحة العامة والقواعد العامة التي أقرها القانون.^(٤٣) هذا ما ذهب إليه القانون المدني الفرنسي أيضاً وفقاً لنص المواد (١٣٨٢) و (١٣٨٣) المشار إليهما أعلاه. ويقدر التعويض في مثل هذه الحالة بالكسب الفائت الذي أصاب الطرف المتضرر، ويحسب على أساس فرق السعر الذي دفعه كل من المتعاقد الذي كان يرغب فعلاً في الشراء (الطرف ع)

- (41) This article provides that "It is contrary to good faith and fair dealing, in particular, for a party to enter into or continue negotiations with no real intention of reaching an agreement with the other party.
- (42) This article provides that "It is bad faith, in particular, for a party to enter into or continue negotiations when intending not to reach an agreement with the other party".
- (43) This article provides that "a person who, in a manner contrary to public policy, intentionally inflicts damage on another person is liable to the other person to make compensation for the damage".

والسعر الذي باع به البائع متى تمكن من بيع المبيع فيما بعد لطرف آخر بسعر أقل (السعر الذي دفعه الطرف ع منقوصاً منه السعر الذي باع به المالك فيما بعد لطرف آخر). وفي حال لم يستطع المالك بيع هذا المحل التجاري أو حال حصول الطرف المتفاوض على معلومات سرية تتعلق بالمبيع، يقدر التعويض في هذه الحالة بالضرر الفعلي الذي أصاب الطرف المقابل، ويخضع في تقديره للقواعد العامة.⁽⁴⁴⁾

وفي النظام القانوني الإنجليزي، لم يرد النص على هذه القاعدة بشكل مباشر، إلا أن المحاكم الإنجليزية شرعت هذا الالتزام تأسيساً على مبدأ التدليس (Fraud) كأحد مظاهر عيوب الإرادة التي تلزم الطرف المخل بالتعويض وفقاً لما هو معمول به في القواعد العامة، وهذا الحكم قضت به المحكمة الفيدرالية الأمريكية حينما قضت بأن تفاوض المؤجر مع المستأجر على تمديد عقد الإيجار كان بهدف استمرار انتفاع المستأجر بالعين المؤجرة طوال فترة المفاوضات، ومن ثم دفع الأجرة خلال تلك الفترة إلى حين وصول المؤجر إلى اتفاق مع شخص ثالث كان يرغب في شراء العقار من هذا المؤجر.⁽⁴⁵⁾ وفي قضية أخرى قضت ذات المحكمة بأن العطاءات التي طرحها المعلن، ومن ثم تفاوضه مع أكثر من متقدم لهذا العطاء يتنافى مع مقتضيات مبدأ حسن النية، على أساس اتجاه نية هذا المعلن من البداية إلى التعاقد مع طرف محدد بذاته من بين المتقدمين لهذا العطاء.⁽⁴⁶⁾

(44) See: P D V Marsh, Comparative Contract Law, England France and Germany, 293 (1993).

(45) VICTOR MARKOV ET AL., APPELLANTS v. ABC TRANSFER & STORAGE COMPANY ET AL., RESPONDENTS, Appeal from a judgment of the Superior Court for King County, No. 650312, Theodore S. Turner, J., entered March 16, 1967. Available at: http://wa.findacase.com/research/wfrmDocViewer.aspx/xq/fac.19690717_0040233.wa.htm/qx visited on 16/5/2011.

(46) Heyder Products Co v United States, 140 F Supp. 409 (Ct.Cl.1956).

المطلب الثاني

التفاوض مع عدة أطراف بنية التعاقد مع طرف واحد (Conducting Parallel Negotiations)

لم تتكر الأنظمة القانونية المقارنة كافة حق الفرد في التفاوض مع أكثر من شخص أو جهة، لمقارنة الشروط التي قد يحصل عليها والمفاضلة فيما بينها لاختيار الأفضل، طالما لم يخل هذا الطرف بمبدأ حسن النية في التفاوض. ويؤسس هذا الحكم على قاعدتين: الأولى هي مبدأ حرية التعاقد الذي بنيت عليها نظرية العقد في جوهرها؛ أما القاعدة الثانية فهي عدم وجود التزام قانوني على أي من أطراف التفاوض بإعلام الطرف المقابل بقيام هذا الطرف بمفاوضات مع أطراف أخرى. وفي المقابل، يعتبر هذا التصرف مخالفاً لمقتضيات مبدأ حسن النية في حالتين: (أ) متى اشترط الطرف التفاوض لهذا الشخص حصرياً التفاوض معه (Exclusive Negotiations)، أي اشترط عدم إجراء أية مفاوضات مع الغير طوال مدة المفاوضات بين الطرفين؛^(٤٧) (ب) إذا دل واقع التفاوض على حتمية توقيع العقد بين الطرفين على نحو لا يقبل الشك (مثل الاتفاق على جميع الشروط الجوهرية وغير الجوهرية للعقد وإرجاء التوقيع عليه لزمان معلوم). هذا ما قضت به محكمة استئناف (Versailles) فرنسية في العام (١٩٩٢) فيما يعرف بقضية (Gallay v Alvat Belgie Company) حينما رفضت مطالب المدعى

(47) S J Burton, Breach of Contract and the Common Law Duty to Perform in Good Faith, 94-2 Harvard Law Review 369 (1980).

(٤٨) ينتشر استخدام هذا الشرط في المجالات البحثية في الولايات المتحدة الأمريكية، فحينما يرسل ناشر رغبته في نشر مقالة في هذه المجلة، تشترط عليه هذه المجلة عدم إرسال هذه المقالة لمجلات أخرى خوفاً من قيام المجلة الأولى بتدقيق الدراسة والعمل عليها لاتخاذ قرارها بالنشر من عدمه، وفي هذه الحالة ستنكبد هذه المجلة نفقات التدقيق والمراجعة، بالتالي سيكون من غير المنطقي قيام هذا الناشر بالتعاقد مع مجلة أخرى لنشر بحثه في الوقت الذي تكبدت فيه المجلة الأولى هذه النفقات دون أن تحصل على حق النشر.

[د. محمود فياض]

بالتعويض على أساس إجراء الطرف المقابل لمفاوضات مع جهة أخرى أثناء التفاوض على شروط العقد، معللة ذلك بعدم اشتراط هذا المدعي حصرية المفاوضات بين الطرفين، كما أن العرض الذي قدمه المدعي عليه كان موجهاً للجميع تحت عنوان دعوى للشراكة (Search for a Partner)، ومن الطبيعي أن تتقدم أكثر من جهة للمعلن للتفاوض.⁽⁴⁹⁾ وفي قضية أخرى، أيدت محكمة النقض الفرنسية في العام (2003) القرار الصادر عن محكمة استئناف فيما يعرف بقضية (Manoukian)،⁽⁵⁰⁾ والذي قضت فيه محكمة الاستئناف بحق المدعي في التعويض على أساس إخلال المدعي عليه بمبدأ حسن النية في التفاوض، من خلال تفاوضه مع جهات أخرى في وقت انفق فيه الطرفان على ميعاد لتوقيع العقد، وتبين فيه من ظروف التفاوض حتمية التوقيع على العقد. وتمثلت وقائع هذه القضية في قيام مساهم في شركة (س) بالتفاوض مع شركة (Manoukian) على أساس قيام الأخيرة بشراء أسهم جميع الشركة (س). وتم الاتفاق بين الطرفين على جميع شروط وتفاصيل العقد على أن يتم التوقيع عليه بتاريخ 1997/9/24 لحين استكمال الطرفين لبعض الشروط المتفق عليها في أثناء التفاوض. وتم تمديد هذه المدة لتاريخ 1997/11/15. وقام الطرف (س) بالتعاقد مع شركة أخرى لشراء أصول الشركة المساهم فيها بتاريخ 1997/11/10، ولم يلتزم بالتوقيع على العقد مع الشركة (Manoukian) معللاً ذلك بعدم وجود رابطة تعاقدية في الأساس بين الطرفين كونهما لا يزالان في مرحلة المفاوضات.⁽⁵¹⁾ واعتبرت محكمة الاستئناف هذا التصرف مخالفاً لمبدأ حسن النية على أساس وصول الطرفين إلى مرحلة كان فيها التوقيع على

(49) Cour d'appel de Versailles, 5 March 1992, RTD civ. 1992.753 (a French, a British and a Belgian Company).

(50) Cass com, 26 November 2003, Bull civ IV no 186 (Manoukian).

(51) See: G H Treitel, An Outline of the Law of Contract, 78 (1995).

[مدى التزام الأنظمة القانونية المقارنة بمبدأ حسن النية في مرحلة التفاوض على العقد]

العقد حتماً، وقضت تبعاً لذلك بحق الشركة (Manoukian) بتعويض قدره (٤٠٠) ألف فرنك فرنسي. وتم تقدير هذا التعويض على أساس النفقات التي تكبدتها الشركة المدعية خلال فترة المفاوضات شاملة لتكاليف الدراسات التي أجرتها لتقدير موقفها في التعاقد. ولم يشمل هذا التعويض مقدار الكسب الفائت من عدم التعاقد على أساس انتفاء الرابطة التعاقدية من أساسها.^(٥٢)

ولا يختلف الحال في النظام القانوني الإنجليزي عما هو مشار إليه أعلاه باستثناء اشتراط هذا النظام أن يكون شرط حصرية التفاوض محدداً بمدة زمنية معينة كي يتم اعتباره قانوناً.^(٥٣) هذا ما أقره مجلس اللوردات في العام (١٩٩٢) في القضية الشهيرة (Walford v Miles)^(٥٤) حينما رفض الاعتداد بشرط حصرية التفاوض على أساس أن هذا الشرط غير مقترن بفترة زمنية محددة، وبالتالي لا يجوز غل يد الطرف المفاوض من التفاوض مع الغير إلى أجل غير معلوم.^(٥٥) وهذا أيضاً ما قضت به محكمة استئناف الولايات المتحدة الأمريكية (الدرجة الثالثة) قبل ذلك في العام (١٩٨٦) في القضية الشهيرة (Grace Retail Corp v Grossman).^(٥٦)

- (52) For more details about this case, see: John Cartwright, et al, Reforming the French Law of Obligations: Comparative Reflections on the Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription, 42 (2009).
- (53) See the following case: Courtney & Fairbairn Ltd v Tolaini Bros (Hotels) Ltd [1975] 1 All ER 716 at 720, [1975] 1 WLR 297 at 301–302.
- (54) Martin Walford v Charles Miles [1992] ADR.L.R. 01/23.
- (55) For more details about this decision, see the following link:
http://www.nadr.co.uk/articles/published/MediationLawReports/WALFORDvMILE_S1992.pdf visited on 16/2/2011.
- (56) Channel Home Centers Division of Grace Retail Corp v Grossman (1986) 795 F 2d 291, available at:
http://174.123.24.242/leagle/xmlResult.aspx?xmlDoc=19861086795F2d291_11032.xml&docbase=CSLWAR2-1986-2006 visited on 19/2/2011.

المطلب الثالث

وقف المفاوضات دون سبب مشروع (Breaking off Negotiations)

اتفقت الأنظمة القانونية المقارنة كافة على عدم إلزام الطرف المتفاوض بالوصول إلى اتفاق نهائي لموضوع التفاوض، إضافة إلى حقه في وقف التفاوض طالما لم يصل إلى مرحلة التعاقد. وعلى سبيل المثال، نصت الفقرة الأولى من المادة (٢: ٣٠١) من مبادئ القانون الأوروبي الموحد على حق الفرد في التفاوض وعدم مسؤوليته ما لم يتوصل إلى اتفاق مع الطرف المقابل، كما نصت لفقرة الأولى من المادة (٢. ١. ١٥) من مبادئ (اليونيدروا) على حكم مماثل.^(٥٧) في المقابل، أقرت هذه الأنظمة باستثناء على هذه القاعدة مفاده عدم جواز تعسف هذا الطرف في استعمال هذا الحق على نحو يتعارض مع مقتضيات حسن النية، وفي مثل هذه الحالة يُلزم الطرف المخل بالتعويض. وربطت هذه الأنظمة تطبيق هذا الاستثناء بوصول هذه المفاوضات إلى مرحلة متقدمة على نحو يبعث على الاعتقاد بحتمية التعاقد، كما اشترطت عدم وجود سبب مشروع لوقف التفاوض.^(٥٨) وعلى سبيل المثال، قضت محكمة استئناف (ميلانو) في العام (١٩٨٧) في قضية (Bianca) "بعدم التزام الطرف المتفاوض في الوصول إلى نتيجة نهائية بالتعاقد لهذه المفاوضات ما لم تكن المفاوضات قد وصلت لمرحلة متقدمة تبعث على اعتقاد الطرف الآخر بحتمية توقيع العقد، أو أوهم هذا الطرف المقابل بحتمية توقيع هذا العقد".^(٥٩) واختلقت الأنظمة القانونية في بيان الأساس القانوني لهذا

- (57) This article provides that "a party is free to negotiate and is not liable for failure to reach an agreement".
- (58) R.J.P. Kottenhagen, From Freedom of Contract to Forcing Parties to Agreement. On the Consequences of Breaking Off Negotiations in different Legal Systems, Journal of the University of Baltimore Center for International and Comparative Law 61 (2006).
- (59) Bianca, Il contratto (Milano, Giuffrè, 1987) Para 78.

الالتزام (مسؤولية عقدية أم تقصيرية)، كما اختلفت في تقدير هذا التعويض على نحو يقتضي معه البحث في هذين الأمرين بشكل مفصل.

أولاً: الأساس القانوني للالتزام بعدم وقف التفاوض

نصت الفقرة الثانية من المادة (٢: ٣٠١) من مبادئ القانون الأوروبي صراحة على إلزام الطرف المتفاوض بتعويض الأضرار التي أصابت الطرف المقابل نتيجة وقف التفاوض بشكل يتعارض مع مقتضيات حسن النية،^(٦٠) كما نصت الفقرة الثانية من المادة (٢. ١. ١٥) من مبادئ (اليونيدروا) على حكم مماثل. ويتضح من هذين الحكمين اشتراط حدوث ضرر للطرف المتفاوض كي يطالب الطرف المقابل بتعويض هذا الضرر؛ حيث استخدمت عبارة للأضرار التي أصابته (for the losses caused to the other party) وبالتالي أخذت هذه الأحكام بعنصر الضرر كأساس للحكم بهذا التعويض. ولم تحدد هذه المواد الأساس القانوني لهذه المسؤولية (مسؤولية عقدية أم مسؤولية تقصيرية)، كما أنها لم تُشير إلى القانون الواجب التطبيق للتعامل مع هذا الأساس. ويجمع خبراء القانون المقارن على أن المسؤولية العقدية هي الأساس في مثل هذه الحالة، على اعتبار أن إرادة المشرع قد اتجهت منذ البداية حينما تعامل مع هذا الالتزام على أنه التزام تعاقدية.^(٦١) وعلاوة على ذلك، سيكون من شأن تطبيق هذه المسؤولية زيادة التزام الطرف المخل على أساس تعويض الطرف المقابل بشكل أفضل.^(٦٢) ويتعلق التساؤل الثاني بموضوع تنازع القوانين، لذا تبرز هنا نصوص

(60) This article provides that “However, a party who has negotiated or broken off negotiations contrary to good faith and fair dealing is liable for the losses caused to the other party”.

(61) H. Beal, et al, Cases, Materials and Text on Contract law, 382 (2010).

(62) R.J.P. Kottenhagen, From Freedom of Contract to Forcing Parties to Agreement. On the Consequences of Breaking Off Negotiations in different Legal Systems, Journal of the University of Baltimore Center for International and Comparative Law 65 (2006).

اتفاقية روما الثانية (Rome II)،^(٦٣) التي نصت مادتها رقم (١٢) على ولاية النظام القانوني الذي سينظم العقد على أساس افتراض انعقاد العقد في مثل هذه الحالة (أي افتراض أن العقد قد انعقد وتحديد القانون الواجب التطبيق في هذه الحالة ليكون أساس المسؤولية).^(٦٤)

ووفقاً للنظام القانوني الألماني، لا يجوز للطرف المفاوض وقف المفاوضات متى حمل الطرف المقابل - عن طريق الخطأ - على الاعتقاد بحتمية التعاقد، ما لم يستند هذا التوقف إلى سبب معقول. وتستند هذه المدرسة في تقديرها لهذا الالتزام إلى نظرية الخطأ في إيهام الغير بالتعاقد.^(٦٥) والملاحظ هنا أنه لم يكن هناك تنظيم تشريعي واضح ينظم هذا الاستثناء، لذا اجتهدت المحاكم الألمانية لتطور ما يعرف بمبدأ (*Culpa in contrahendo*)^(٦٦) الذي يشير إلى التزام الطرف المتعاقد بمراعاة مصالح الطرف المقابل (Legal interests)، وعدم حمله على التعاقد بطرق غير شرعية، إضافة إلى التزامه بواجب النصح والإعلام (The duty to inform).^(٦٧) وأخذت العديد من المحاكم الألمانية بهذا المبدأ في العديد من الأحكام القضائية.^(٦٨) ودفع هذا الأمر المشرع

- (63) Regulation (EC) No 864/2007 of the European Parliament and of the Council of 11 July 2007 on the law applicable to non-contractual obligations (Rome II).
- (64) This article provides that “The law applicable to a non-contractual obligation arising out of dealings prior to the conclusion of a contract, regardless of whether the contract was actually concluded or not, shall be the law that applies to the contract or that would have been applicable to it had it been entered into”.
- (65) A. Claire and K. Christopher, How do German Contracts do as Much With Fewer Words?, 79 Chicago-Kent Law Review 889 (2004).
- (٦٦) كانت البداية في العام (١٨٦١) بواسطة القاضي الألماني (Rudolph von Jhering).
- (67) See: Friedrich Kessler and Edith Fine, *Culpa in Contrahendo, Bargaining in Good Faith, and Freedom of Contract: A Comparative Study*, international Journal of Private law 401 (1994).
- (68) BGH 10 July 1970, NJW 1970, 1840 and BGH 12 June 1975, NJW 1975, 1774, reliance damages must be paid by a party who in the course of negotiations has made

[مدى التزام الأنظمة القانونية المقارنة بمبدأ حسن النية في مرحلة التفاوض على العقد]

الألماني لتنظيم هذا الالتزام في التعديل الذي تم عام (٢٠٠٢) على القانون المدني الألماني، وذلك في نص المادة (٢٤١) التي تحدثت عن الالتزام بمبدأ حسن النية والتزام الطرف المتعاقد بمراعاة مصالح الطرف المقابل، والمادة (٣١١) التي جعلت من هذا الالتزام شاملاً لمرحلة التفاوض على العقد وليس مقتصرًا على مرحلة تنفيذه. وأخيراً، تؤسس هذه المسؤولية في النظام القانوني الألماني على أنها مسؤولية عقدية، على اعتبار أن مبدأ (*Culpa in contrahendo*) هو مبدأ تعاقدية في الأساس. وسيضمن هذا التأسيس تمثيل مصالح الطرف المتضرر من وقف التفاوض بشكل أفضل لعدة أسباب: (أ) تستوجب أحكام المسؤولية التقصيرية في النظام القانوني الألماني توافر عنصر النية أو الإهمال في الإضرار بالغير (المواد ٨٢٣ و ٨٢٦)، وهو أمر قد يصعب إثباته في مثل هذه الحالات؛ (ب) تنتهي المسؤولية التقصيرية في النظام القانوني الألماني بوفاة الشخص المتضرر، ولا تجوز فيها الإنابة (المادة ٨٤٢)، على عكس المسؤولية العقدية التي يمكن أن تنتقل للغير.^(٦٩)

وأُسست المدرسة الفرنسية حظر وقف التفاوض على أساس مبدأ التعسف في استخدام الحق، وفي هذا استبعاد صريح لوجوب توافر عنصر النية في الإضرار بالطرف المقابل عند إعمال هذا الحظر. هذا ما قضت به محكمة النقض الفرنسية صراحة في العام (١٩٦٩) في القضية الشهيرة (*Monoprix*) حينما نقضت قرار محكمة الاستئناف الذي اعتبر الطرف المتفاوض غير متعسف حينما أوقف التفاوض

the other party believe that a contract will certainly be concluded, but then without good reason or from ulterior motives refuse to go ahead.

(69) See: C Joerges, translated from Germany by L Fraser and P Wilkins, The Europeanization of Private Law as a Rationalization Process and the Contest of Disciplines- An Analysis of the Directive on Unfair Terms in Consumer Contracts, European review of private law 177 (1995).

مع الطرف المقابل بشكل غير مبرر نظراً لانتفاء نية الإضرار.^(٧٠) وفي هذا القرار، قضت محكمة النقض بأن وقف التفاوض دون سبب مشروع يعتبر شكلاً من أشكال التعسف في استعمال الحق دون الحاجة إلى البحث في نية هذا الشخص، الأمر الذي يستوجب معه التعويض،^(٧١) كما قضت محكمة النقض الفرنسية صراحة في حكم شهير آخر بمخالفة وقف التفاوض بدون سبب مشروع لمقتضيات مبدأ حسن النية متى تسبب في إحداث ضرر للطرف المقابل، ومتى وصلت المفاوضات إلى مرحلة اعتقد فيها الطرف المقابل بحتمية التعاقد.^(٧٢) وهذا يعني أن تطبيق هذا الحظر لا يتطلب توافر سوء النية في الطرف الذي أوقف التفاوض، بل يكفي أن يكون قد تعامل بما يتعارض مع مقتضيات مبدأ حسن النية عند اتخاذ هذا القرار. ويتحقق هذا بوقف التفاوض في مرحلة وصل فيها الطرف المقابل إلى الاعتقاد بحتمية التعاقد دون أن يكون هناك سبب مشروع لهذا التوقف. وأخيراً، تؤسس المدرسة الفرنسية أحكام هذه المسؤولية على أساس قواعد المسؤولية التقصيرية وليس العقدية، وهذا ما أخذت به العديد من قرارات محكمة النقض الفرنسية.^(٧٣) واتبعت المحاكم الإيطالية ما أخذت به المدرسة الفرنسية كذلك.^(٧٤)

(70) Cour de appel du Pau, 14 January 1969, D 1969.716.

(71) John Cartwright, et al, Reforming the French Law of Obligations: Comparative Reflections on the Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la Prescription, 108 (2009).

(72) Cass civ Ire, 12 April 1976, Bull civ 1122; Def 1976.31434.5.389.

(73) See for instance: Cass com, 20 March 1972; Cf Case C 340/00 Taconi, ECJ, 17 September 2002 (2002) ECR I-7357.

(74) G Alpa, A Glance at Unfair Terms in Italy and the United Kingdom: What an Italian Lawyer can Learn from the English Experience, 15- 5 European Business Law Review 1139 (2004).

[مدى التزام الأنظمة القانونية المقارنة بمبدأ حسن النية في مرحلة التفاوض على العقد]

وفي النظام القانوني الإنجليزي، اتسم الأمر بالغموض والتعارض الفقهي والقضائي إلى أن تدخل مجلس اللوردات في العام (٢٠٠٢) وحسم هذا الجدل. وقبل هذا التاريخ، لم يكن من السهل الادعاء بوجود هذا الالتزام كون أحكام المسؤولية التقصيرية لا يمكن الاعتداد بها في النظام القانوني الإنجليزي ما لم يكن هناك تغيير مصاحب للفعل الموجب لهذه المسؤولية، ومن هنا تنشأ نظرية عيوب الإرادة بمعناها التقليدي دون الحاجة إلى الخوض في جدل مبدأ حسن النية في مرحلة التفاوض.^(٧٥) وعلاوة على ذلك، حتى لو وصلت مرحلة التفاوض بين الطرفين إلى الوعد بالتعاقد، فإن نظرية العقد في النظام القانوني الإنجليزي لا ترتب مسؤولية على من صدر منه الوعد ما لم يقدّم الطرف المقابل بفعل ما مرتبط بهذا الوعد (مثل قيامه ببيع قطعة أرض يملكها بناء على وعد من الطرف المقابل ببيع سيارة له)، إضافة إلى وجوب تضرر هذا الطرف مادياً جراء قيامه بهذا الفعل وعدول الطرف الواعد عن وعده.^(٧٦) وفي العام (٢٠٠٢)، أصدر مجلس اللوردات البريطاني قراره الشهير في القضية (Yeoman's Row Management Limited v Cobbe)^(٧٧) الذي أقر فيه بالزام الطرف المفاوض بالتعويض في حال وقف التفاوض مع الطرف المقابل، تأسيساً على مبدأ (Estoppel) الذي يعني في اللغة العربية الحظر أو المنع، أي حظر ومنع وقف

(75) The final report of the Law Commission and the Scottish Law Commission on unfair terms in contracts, LAW COM No. 292/SCOT LAW COM No. 199.

(76) L. Miller, After the Unfair Contract Terms Directive; Recent European Directives and English Law, 3- 1 European Review of Contract Law 92 (2007).

(77) Judgments - Yeoman's Row Management Limited and Another V Cobbe, Appellate Committee Lord Hoffmann Lord Scott of Foscote Lord Walker of estingthorpe Lord Brown of Eaton-under-Heywood Lord Mance, available at:

<http://www.parliament.the-stationery->

office.co.uk/pa/ld200708/ldjudgmt/jd080730/yeoman-1.htm visited on 12/8/2011.

[د. محمود فياض]

التفاوض. وينص هذا المبدأ على منع الطرف المتفاوض من وقف المفاوضات مع الطرف المقابل، تأسيساً على مقتضيات مبدأ حسن النية.^(٧٨) وتتلخص وقائع هذه القضية في قيام متخصص بترميم وبيع عقارات بالتعاقد مع شركة على أساس قيام الأولى بشراء مجموعة من العقارات المنتشرة في ست مدن إنجليزية وتخليص ملكيتها بمبلغ (١٢) مليون جنيه إسترليني، على أن يقوم هذا المتخصص باستخراج تراخيص الترميم وإجراء عمليات ترميم هذه العقارات، على أن يقتسم الطرفان الأرباح التي تزيد عن (٢٤) مليون جنيه إسترليني بالتساوي بعد أن يحصل كل طرف على مقابل ما أنفقته، ويتم التوقيع على العقد فيما بعد. وبعد أن قام هذا المتخصص بالعمل على مدار (١٨) شهراً واستخرج جميع تراخيص الترميم، عدلت الشركة عما توصلت إليه في المفاوضات، وعرضت العقارات للبيع بمبلغ (٢٠) مليون جنيه إسترليني، مستندة في ذلك إلى عدم إبرامها عقد مع الطرف الآخر، وأن ما فعلوه لم يتعد مرحلة المفاوضات. وقضت محكمة الاستئناف بإلزام الشركة بالتعويض تأسيساً على وصول الطرفين لمرحلة من المفاوضات المتقدمة على نحو لا يجوز فيه العدول عن التفاوض (Estoppel). ونقض مجلس اللوردات قرار محكمة الاستئناف بالرغم من عدم اعتراضه على التكييف القانوني الذي استندت إليه محكمة الاستئناف. وجاء في قرار مجلس اللوردات التأكيد على أهمية هذا المبدأ (مبدأ حظر العدول عن التفاوض) متى وصل الطرفان إلى مرحلة متقدمة في المفاوضات على نحو لا يثور فيه الشك في إتمام التعاقد، وذلك بتوافر شرطين: يتمثل الشرط الأول في التأكد من مقدار الفائدة أو الربح الذي كان سيجنيه الطرف المتضرر من التعاقد، وفي هذه القضية كانت الأرباح

(٧٨) تعتبر المدرسة اللاتينية أساس هذا المبدأ، ويشار إليه في اللغة الفرنسية (estopper) ويقابله المصطلح الإنجليزي (stop up) ويعني الحظر أو القيد على فعل أمر ما.

[مدى التزام الأنظمة القانونية المقارنة بمبدأ حسن النية في مرحلة التفاوض على العقد]

احتمالية وغير معلومة بالتحديد، بينما يتمثل الشرط الثاني في وجوب مراعاة ما نصت عليه القواعد القانونية الأمرة على العقد محل التفاوض، وفي هذه القضية لم يراع الطرفان القواعد المتعلقة بحتمية كتابة عقود بيع العقارات كي تعتبر صحيحة. وهذا يعني أن مجلس اللوردات أقر بوجود هذا الالتزام ولم ينكر على محكمة الاستئناف التمسك به، إلا أنه نقض قرار محكمة الاستئناف لعدم توافر هذين الشرطين. ومن الواضح أن مجلس اللوردات قد تأثر في توجهه هذا بما أخذت به المحاكم الأمريكية والأسترالية التي يرجع إليها الفضل في تطوير العمل بمبدأ (Estoppel).^(٧٩)

ثانياً: تقدير التعويض الناتج عن وقف التفاوض:

اختلفت الأنظمة القانونية المقارنة في تحديد كيفية تقدير التعويض المستحق للطرف المتضرر من وقف التفاوض إلى اتجاهين رئيسيين: انفردت المدرسة الإنجليزية بالتوجه الأول؛ حيث أخذت بوجوب تقدير هذا التعويض على أساس تقدير الكسب الفائت الذي كان يتوقعه هذا الطرف من التعاقد (Expectation interests)، من خلال تعويضه عن ما فاته من كسب كان يتوقعه عند التفاوض على العقد.^(٨٠) وأخذت المدرسة الإنجليزية بهذا التوجه على أساس أنها قد تشددت في الحكم باستحقاق هذا التعويض، وبالتالي اتجهت لمصلحة الطرف المتضرر عند تقديرها لهذا التعويض متى أستحق. وفي المقابل، اتجهت المدرسة الألمانية والإيطالية في تقدير

(٧٩) مشار إلى تفاصيل هذه القضية ومبررات الحكم في الموقع الالكتروني المشار إليه أعلاه الخاص بتحليل عناصر هذه القضية.

(80) Blackpool & Fylde Aero Club Ltd v Blackpool Borough Council (1990) 1 WLR 1195. Available at: <http://www.law-essays-uk.com/resources/revision-area/contract-law/cases/blackpool-and-fylde-aero-club-vs-blackpool-borough-council.php> visited on 19/7/2011.

هذا التعويض على أساس ضمان تعويض الطرف المتضرر عن الخسائر التي إصابته نتيجة دخوله في المفاوضات (Reliance interests)، أي ضمان عودته إلى الحالة التي كان عليها قبل التفاوض (تعويض جميع الخسائر التي أنفقها في مرحلة المفاوضات). ويشمل هذا التقدير تعويضه عن المكاسب التي قد يكون خسرها نتيجة عدم تعاقد مع الغير وتفضيله التفاوض مع الطرف المخل (أي تعويضه عن أية مكاسب كان يمكن أن يجنيها وعدل عنها بتقرير التفاوض مع الطرف المخل).⁽⁸¹⁾ وأقرت المدرسة الفرنسية بهذا التوجه فيما يعرف بنظرية (فقدان الفرصة) (Loss of chance)⁽⁸²⁾ وتعني باللغة الفرنسية (Theorie de la perte d'une chance)، إلا أن محكمة النقض الفرنسية قد اشترطت في العام (٢٠٠٦) وجود علاقة سببية بين فقدان فرصة التعاقد مع الغير والدخول في المفاوضات التي تم وقفها بواسطة الطرف المخل لتطبيق هذه النظرية.⁽⁸³⁾

المطلب الرابع

توقيع اتفاق يعلم أحد المتعاقدين أنه باطل

(Knowingly entering into an invalid contract)

توضح مبادئ (اليونيدروا) هذه الحالة بقيام متعاقد ببيع شحنة أسلحة عسكرية إلى متعاقد آخر لتسويقها داخل دولة المشتري، في وقت يعلم فيه البائع عدم إمكانية حصول المشتري على إذن استيراد من دولته لتسويق هذه الأسلحة، ولم يقم البائع بإبلاغ المشتري بهذا الأمر. وفي هذه الحالة، يلتزم البائع بتعويض المشتري عن

(81) No 4942, Mass. Foro it. 1980.78.

(82) See the following link: <http://www.aaos.org/news/aaosnow/jan10/managing3.asp> visited on 22/7/2011.

(83) Civ 3, 28 Juin 2006, D 2006.2639, annotated by Mazeaud.

[مدى التزام الأنظمة القانونية المقارنة بمبدأ حسن النية في مرحلة التفاوض على العقد]

جميع النفقات التي بذلها الأخير منذ تاريخ علم البائع بهذه الاستحالة.^(٨٤) واقتصر تنظيم هذا الالتزام كأحد مقتضيات مبدأ حسن النية في أثناء مرحلة التفاوض على العقد في كل من المدرسة الألمانية والإيطالية فقط، على أساس عدم التزام الطرف المفاوض بواجب الإعلام (The duty to inform) باعتباره احد تطبيقات مبدأ حسن النية. وجاءت المادة (١٣٣٨) من القانون المدني الإيطالي تحت عنوان " Knowledge of ground of invalidity " ونصت على التزام الطرف المتعاقد بالتعويض متى علم، أو كان يفترض به أن يعلم، ببطلان العقد دون أن يخبر الطرف المقابل بذلك، حتى لو لم يصدر أي خطأ عن هذا الطرف المخل في أثناء مرحلة المفاوضات.^(٨٥) ويستوي في هذا الأمر متى كان العقد قابلاً للإبطال بشكل كلي أو جزئي متى كان هذا الجزء من العقد جوهرياً في الباعث على التعاقد، ولم يكن الطرف المتعاقد ليقبل بهذا العقد إن هو علم ببطلان هذا الجزء.^(٨٦) ورغبة منها في تجنب تعسف الطرف المتضرر من هذا الفعل في المطالبة بالتعويض، قضت محكمة النقض الإيطالية بعدم التزام الطرف المفاوض بالإعلام متى كان موضوع هذا الإعلام مقررًا بنص القانون، على أساس نظرية افتراض العلم بالقانوني.^(٨٧) وبالتالي، متى كان سبب هذا البطلان

(84) See illustration No. 2 to article 2.1.15 of the UNIDROIT Principles.

(85) This article provides that "any party to a contract who knew or should have known that the contract was affected by invalidity and did not mention anything to the other party, is obliged to pay the other party the damages suffered as a consequence of having entered into an invalid contract".

(86) G Alpa, A Glance at Unfair Terms in Italy and the United Kingdom: What an Italian Lawyer can Learn from the English Experience, 15- 5 European Business Law Review 1134 (2004).

(87) See Brescia Court of Appeal, Girelli vs Novogas, 29 January 2000, Foro it., 2679 (2000, I), but contra Court of Cassation, 11 June 2003, no. 9384, Liquigas vs Girelli, Foro it., 466 (2004, I).

[د. محمود فياض]

منصوصاً عليه في التشريعات الوطنية صراحة، فلا يجوز إلزام الطرف المتفاوض بواجب الإعلام، ومن ثم لا يكون هناك تعدد على مقتضيات مبدأ حسن النية.^(٨٨)

وتضمن القانون المدني الألماني العديد من النصوص القانونية الخاصة بهذا الالتزام، منها المواد: (١٢٢؛ ١١٨؛ ١١٩؛ ١٢٠؛ ١٧٩؛ ٣٠٦؛ ٣٠٧ و ٣٠٩). ووفقاً لهذه المواد، يمكن لنا استنتاج القاعدة القانونية التالية: "يلتزم الطرف المتفاوض بالتعويض متى لم يلتزم بواجب إعلام الطرف المقابل بما قد يؤثر على صحة العقد متى كان هذا الطرف الأول على علم بهذا الأمر". ووفقاً للنظام القانوني الألماني، يهدف واجب الإعلام إلى ضمان تمثيل مصالح طرفي التعاقد بشكل متوازن في أثناء مرحلة التفاوض على العقد، من خلال ضمان تعادل علمهما بكل ما هو ذو علاقة بموضوع العقد والشروط التعاقدية محل التفاوض. ويُعبر عن هذا الهدف بضمان تحقيق التوازن العقدي خلال مرحلة التفاوض على العقد.^(٨٩)

وأخيراً، اتفقت كلتا المدرستين على أن التعويض المستحق في هذه الحالة هو تعويض الطرف المتضرر عن الخسائر التي أصابته نتيجة دخوله في المفاوضات (Reliance interests) المشار إليه أعلاه عند الحديث عن تعويض الالتزام بوقف التفاوض.^(٩٠)

ولم يرد هذا الالتزام صراحة في الأنظمة القانونية الأخرى، إلا أنه يمكن تنظيم مثل هذا الحق تأسيساً على نظرية الغلط في التعاقد في الأنظمة القانونية الأخرى متى

(88) G Alpa, The Implementation of the EC Directive on Unfair Contract Terms in Italy, 5 European Review of Private Law 198 (1997).

(89) I Klauss and L Rathje, Germany: Anti-Competitive Agreements - Sports Rights, 29-11 European competition Law Review Journal 185 (2008).

(90) Y Farah, Allocation of Jurisdiction And the Internet in EU Law, 33-2 European Law Review Journal 271 (2008).

توافرت شروطها، وليس على أساس مخالفة مبدأ حسن النية.

المطلب الخامس

الالتزام بالحفاظ على السرية

(Duty of confidentiality)

تبرز أهمية هذا الالتزام في العقود التي تتطلب التزام البائع بتزويد المشتري بجميع المعلومات المتعلقة بالمبيع التي تميزه عن غيره، كي يتمكن المشتري من تقدير المنافع التي سيحصل عليها من عملية التعاقد، أو كي يتمكن البائع من تسويق المنتج إلى الطرف الآخر. وعلى سبيل المثال، تعتبر مرحلة التفاوض أهم مرحلة في عقود نقل التكنولوجيا، والتي فيها يتمكن المشتري من الاطلاع على جميع تفاصيل المعرفة الفنية من البائع- التي غالباً ما تكون سرية- كي يتمكن من تقدير مقابل هذه المعرفة التي سيدفعها. وفي حال لم يتمكن الطرفان من التعاقد عقب هذه المفاوضات، يلتزم المشتري بالحفاظ على سرية هذه المعلومات، وإلا يكون مسؤولاً تجاه البائع بالتعويض. هذا ما نصت عليه صراحة المادة (٢: ٣٠: ٢) من مبادئ القانون الأوروبي الموحد والمادة (١٦ . ١ . ٢) من مبادئ (اليونيدروا) اللتان ألزمتا الطرف المتفاوض بعدم استغلال هذه المعلومات أو إفشائها على نحو غير مشروع سواء أتم التعاقد أم لم يتم، على أن يلتزم الطرف المخل في مثل هذه الحالة بالتعويض عن الضرر الذي أصاب الطرف المقابل والكسب الذي جناه هذا الطرف المخل.^(٩١) ويلاحظ هنا أن إخلال

(91) Article (3.101) of the European principles of contract law provides that: If confidential information is given by one party in the course of negotiations, the other party is under a duty not to disclose that information or use it for its own purposes whether or not a contract is subsequently concluded. The remedy for breach of this duty may include compensation for loss suffered and restitution of the benefit received by the other party.

[د. محمود فياض]

مستقبل هذه المعلومات يكون إما من خلال إفشائها للعامة أو باستخدامه لها فيما بعد بدون موافقة الطرف المقابل. في كلتا الحالتين، يُشترط لتطبيق مثل هذا الالتزام إعلام الطرف المفاوض للطرف الآخر بسرية هذه المعلومات، ولا يشترط في مثل هذه الحالة اشتراط عدم إفشائها كون السرية ترتبط بعنصر الثقة. وبالتالي، سيعتبر مخالفاً لمبدأ حسن النية إفشاء هذا الطرف لهذه المعلومات أو استغلالها على نحو غير مشروع. وأخيراً، يقدر التعويض في مثل هذه الحالة بمجموع الخسائر التي أصابت الطرف صاحب هذه المعلومات والكسب الذي حصل عليه الطرف مستقبل هذه المعلومات على نحو غير قانوني.

ويلاحظ هنا عدم أهمية البحث في هذا الالتزام متى كانت هذه المعلومات محمية قانوناً بقواعد حقوق الملكية الفكرية (مثل براءات الاختراع)، كون هذه الحماية هي الكفيلة بإلزام الطرف الذي استقبلها واستغلها على نحو غير مشروع بتعويض الطرف المقابل.

وتؤسس المحاكم الإنجليزية مثل هذا الالتزام على أساس قواعد العدالة (Equity) التي تتطلب احترام الثقة التي أولاها الطرف المتعاقد إلى الطرف الآخر. في العديد من القضايا (مثل: Seager Limited v Copydex Limited⁽⁹²⁾؛ The Maine Tunnel cases⁽⁹³⁾)، أقر مجلس اللوردات بإلزام الطرف المخل بتعويض الطرف المقابل متى أخل الأول بهذا الالتزام. وفي المقابل، تؤسس المدرسة الألمانية والفرنسية مثل هذا الإخلال على مخالفة حسن النية في مرحل التفاوض على العقد.

(92) Seager Limited v Copydex Limited [1967] 2 All ER 415. Available at: http://www.lawdit.co.uk/reading_room/room/view_article.asp?name=../articles/Seager%20Limited%20v%20Copydex%20Limited.htm visited on 18/6/2011.

(93) For more details about this case, see: R. Herbert, Clinical Evaluation and Management of Work-Related Carpal Tunnel Syndrome, 74 American Journal of industrial medicine 37 (2000).

الخاتمة

خلصت هذه الدراسة إلى بيان أهمية مبدأ حسن النية في تنظيم مرحلة التفاوض على العقد، على نحو يضمن تحقيق التوازن التعاقدية بين الطرفين خلال هذه المرحلة، وضمان تمثيل مصالحهما بشكل عادل. وأدركت بعض الأنظمة القانونية- مثل النظام الألماني والإيطالي- أهمية هذا الأمر منذ زمن بعيد، وانعكس هذا الأمر في النص التشريعي الصريح لتنظيم هذا المبدأ، كما أدركت المحاكم الوطنية في فرنسا أهمية هذا المبدأ وتوسعت في تفسير نصوص القانون التي تحدثت صراحة عن أهمية هذا المبدأ في مرحلة تنفيذ العقد (المادة ١١٣٤ من القانون المدني الفرنسي)، لتجعل منه شاملاً لمرحلة التفاوض عليه أيضاً. وأخيراً، أنكرت المحاكم الإنجليزية منذ البداية الأخذ بهذا المبدأ على أساس انعدام الرابطة التعاقدية، إلا أنها تأثرت بتشريعات الاتحاد الأوروبي ذات العلاقة، واستفادت من النظريات التي طورتها المحاكم الأمريكية لتعترف أخيراً بأهمية هذا المبدأ في تنظيم العلاقات التعاقدية. وتبعاً لهذا، كان من الطبيعي أن يضع المشرع الأوروبي والدولي تنظيماً قانونياً مفصلاً لهذا المبدأ، كي يتوافق مع ما ذهبت إليه الأنظمة القانونية المقارنة.

ويُعرف مبدأ حسن النية بشكل عام على أنه "التزام الطرف المتعاقد بمراعاة مصالح وتوقعات الطرف المقابل بما يضمن نزاهة المعاملات القانونية وتمثيل مصالح أطراف العلاقة التعاقدية بشكل متوازن". وسيضمن هذا المبدأ تمثيل مصالح طرفي التعاقد بشكل متوازن خلال مرحلة التفاوض على شروط هذا العقد، على نحو يؤسس لتوازن حقوق والتزامات طرفي التعاقد، تماشياً مع متطلبات عدالة ونزاهة العلاقات التعاقدية. وتبرز أهمية هذا المبدأ في تمكين القاضي الوطني من التدخل في صلب

العلاقة التعاقدية، ليحافظ على حالة من التوازن العقدي بين حقوق والتزامات طرفي التعاقد، تأسيساً على افتراض حسن نية كلٍّ منهما قبل التعاقد إضافة إلى فترة تنفيذه.

ويجمع فقهاء القانون المقارن على بعض الأعمال القانونية خلال مرحلة التفاوض على العقد التي تعتبر انتهاكاً لمقتضيات هذا المبدأ. ويمكن لنا إيجاز هذه التصرفات على النحو التالي:

- التفاوض بنية عدم التعاقد، وذلك تأسيساً على استغلال رغبة الطرف المقابل في التفاوض، وإجراء مفاوضات معه لجني مزايا أخرى من الغير لا تتعلق بموضوع التعاقد.
- التفاوض مع عدة أفراد في ظل وجود نية مسبقة للتعاقد مع أحدهم. وتبعاً لهذا الحظر، يكون هذا التصرف مخالفاً لمقتضيات مبدأ حسن النية في حال اشترط الطرف المقابل حصرية التفاوض معه، أو إذا دل واقع التفاوض على حتمية توقيع العقد بين الطرفين على نحو لا يقبل الشك.
- وقف التفاوض دون سبب مشروع متى بلغت هذه المفاوضات مرحلة متقدمة تبعث على الاعتقاد بحتمية الارتباط العقدي. واختلفت الأنظمة القانونية في هذا الشأن في التأسيس القانوني لهذه المسؤولية (تقصيرية أم عقديّة)، كما اختلفت في وضع أسس احتساب التعويض المقرر للطرف المتضرر (على أساس الكسب الفائت أو الضرر الفعلي فقط).
- توقيع اتفاق يعلم أحد المتعاقدين أنه باطل على أساس عدم مراعاة مبدأ الالتزام بالأعلام والتبصير. وانفردت كلتا المدرسة الألمانية والإيطالية بهذا

التأسيس القانوني دون سواهما من بقية الأنظمة القانونية المقارنة.

- الالتزام بالحفاظ على سرية المعلومات التي يحصل عليها الطرف المتفاوض، على أساس التعدي على معلومات سرية تتعلق بمحل العقد.

وتعتبر المدرسة الألمانية هي الرائدة في تنظيم هذا المبدأ، حيث استفادت كثيراً مما اخذ به القانون الروماني، وتوسعت محاكمها الوطنية في تطوير نظريات تتعلق بهذا المبدأ على مر العقود. ويفسر هذا التنظيم تأثر المشرع الأوروبي في كثير من توجيهاته التجارية بالمدرسة الألمانية، رغبة منه في تأسيس القواعد التجارية على أسس العدالة والنزاهة الاقتصادية. واقتربت المدرسة الإيطالية كثيراً من نظيرتها الألمانية، وتمكن المشرع الإيطالي من الاستفادة من الخبرات التي طورتها المحاكم الألمانية.

Table of References

Books

- Beal, Fauvarque, Rutgers, Tallon & Vogenaure, Cases, materials and Text on Contract law, UK: Hart Publications (2010).
- Beatson and Friedman, Introduction: From Classical to Modern Contract Law, IN J. Beatson and D Friedmann, Good Faith and Fault in Contract Law, Oxford: Clarendon press (1995).
- Brownsword, N. J. Hird & G Howells, Good Faith in Contract: Concept and Context, London: Dartmouth publishing company limited (1998).
- Burton, Principles of Contract Law, West Group: St. Paul, Minn (2001).
- Cartwright, Vogenauer & Whittaker, Reforming the French Law of Obligations: Comparative Reflections on the Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription, U.S.A: Hart Publishing (2009).
- Cohen, *Pre-Contractual Duties: Two Freedoms and the Contract to Negotiate* IN J. Beatson and D. Friedmann, Good faith and Fault in Contract Law, Oxford: Clarendon press (1995).
- Cohen, *Pre-Contractual Duties: Two Freedoms and the Contract to Negotiate* IN J Beatson and D Friedmann, Good Faith and Fault in Contract Law, Oxford: Clarendon press (1995).
- Fayyad, The Legislative Consumer protection of the Use of Unfair terms in Palestine, A Comparative Legal Study with the European directive (93/13) on Unfair terms in Consumer Contracts (PhD Thesis: Free University of Brussels (VUB) 2010).
- Laursen and Elgan, Trade Specialization Technology and Economic Growth: Theory and Evidence from Advanced Countries, UK: Publishing Inc (2000).
- Lawson, Exclusion Clauses and Unfair Contract Terms, London: Sweet & Maxwell limited (2003).
- Marsh, Comparative Contract Law, England France and Germany, England: Gower Publishing (1993)

- Nebbia, Unfair contract Terms in EC Law, London: Hart publications (2007).
- Scermaier, “Bona Fides in Roman Contract Law” IN R. and S. Whittaker Good Faith in European Contract Law, Cambridge: Cambridge University Press (2000).
- Scermaier, Bona Fides in Roman Contract Law IN R. and S. Whittaker, Good Faith in European Contract Law, Cambridge: Cambridge University Press (2000).
- Treitel, An Outline of the Law of Contract, London: Butterwoths (1995).

Articles:

- Alpa, A Glance at Unfair Terms in Italy and the United Kingdom: What an Italian Lawyer can Learn from the English Experience. 15- 5 European Business Law Review (2004).
- Alpa, A Glance at Unfair Terms in Italy and the United Kingdom: What an Italian Lawyer can Learn from the English Experience. 15- 5 European Business Law Review (2004).
- Alpa, The Implementation of the EC Directive on Unfair Contract Terms in Italy. 5 European Review of Private Law (1997).
- Auer, Good faith: A Semiotic Approach. 2 European review of private law (2002).
- Bradgate, Unreasonable Standard terms. 60 the modern law review limited (1997).
- Burton, Breach of Contract and the Common Law Duty to Perform in Good Faith. 94-2 Harvard law Review (1980).
- Burton, Breach of Contract and the Common Law Duty to Perform in Good Faith. 94-2 Harvard law Review (1980).
- Claire and Christopher, How do German Contracts do as Much With Fewer Words?. 79 Chicago-Kent Law Review (2004).
- Dean, Unfair Contract Terms: The European Approach. 56-4 Modern law Review (1993).
- Farah, Allocation of Jurisdiction And the Internet in EU Law. 33-2 European Law Review Journal (2008).

- Herbert, Clinical Evaluation and Management of Work-Related Carpal Tunnel Syndrome. 74 American Journal of industrial medicine (2000).
- James, Do Not Blame Me, When Disclaimers Work and When They Don't. Law Lecturer, University of Queensland Business School publications 7 (2001).
- Joerges, translated from Germany by L Fraser and P Wilkins, The Europeanization of Private Law as a Rationalization Process and the Contest of Disciplines- An Analysis of the Directive on Unfair terms in consumer contracts. European review of private law (1995).
- Jones, A Child's First Steps: The First Six Months of Operation - The ICANN Dispute Resolution Procedure for Bad Faith Registration of Domain Names. 23-2 European Intellectual Property Review (2001).
- Juenger, Listening to Law Professors Talk About Good Faith: Some Afterthoughts. 609 Tulane Law review (1995).
- Kessler and Fine, Culpa in Contrahendo, Bargaining in Good Faith, and Freedom of Contract: A Comparative Study. International Journal of private law (1994).E Hondius, Unfair Terms in Consumer Contracts, Towards A European Directive. 3 European consumer law Journal (1998).
- Klauss and L Rathje, Germany: Anti-Competitive Agreements - Sports Rights. 29-11 European competition Law Review Journal (2008).
- Kolb, Principles as Sources of International Law (With Special Reference of Good Faith). Netherlands international law review (2006).
- Kottenhagen, From Freedom of Contract to Forcing Parties to Agreement. On the Consequences of Breaking Off Negotiations in different Legal Systems. Journal of the University of Baltimore Center for International and Comparative Law (2006).
- Miller, After the Unfair Contract Terms Directive; Recent European Directives and English Law. 3- 1 European Review of Contract Law (2007).
- Powers, Defining the Indefinable: Good Faith and the United Nations Convention on the Contracts for the International Sale of Goods. 18 Journal of law and Commerce (1999).

[مدى التزام الأنظمة القانونية المقارنة بمبدأ حسن النية في مرحلة التفاوض على العقد]

- Russi, Substance or Mere Technique? A Precis on Good Faith Performance in England, France and Germany. 5-1 Hanse Law Review Journal (2009).
- Schillig, Inequality of Bargaining Power Versus Market for Lemons: Legal Paradigm Change and the Court of Justice's Jurisprudence on Directive 93/13 on Unfair Contract Terms. 33-3 European Law Review Journal (2008).
- Storme, Good Faith and the Contents of Contracts in European Private Law. 7-1 electronic Journal of comparative law (2003).
- Storme, Good Faith and the Contents of Contracts in European Private Law. 7-1 electronic Journal of comparative law (2003).
- Tetely, Good Faith in Contract Particularly in Contract of Arbitration and Chartering. 35 Journal of maritime law and commerce (2004).
- Weitzenbock, Good faith and Fair Dealing in Contracts Formed and Performed by Electronic Agent. 12 Artificial Intelligence and Law (2004).