مجلة البحوث في العقود وقانون الأعمال
The Journal of Research in Contracts and Business Law
المجلد07/ العـدد: 02 (2022)، ص 646–661

مبدأ حسن النية في المرحلة السابقة على ابرام عقود التجارة الدولية

The principle of good faith in the stage prior to the conclusion of international trade contracts

[1] بوطبالة معمر [*]، [2] سلطان عمار

[1] جامعة الإخوة منتوري قسنطينة1 (الجزائر) ، boutabala.mammar.2019@gmail.com

[2] جامعة الإخوة منتوري قسنطينة 1(الجزائر)، soltan.amar@yahoo.com

تاريخ الاستلام: 2022/01/24 تاريخ القبول: 022/06/05 2 تاريخ النشر: 2022/06/10

ملخص:

تستهدف هذه الدراسة بيان الدور الذي يلعبه مبدأ حسن النية باعتباره قيدا واردا على حرية الأطراف في مرحلة تكوين عقود التجارة الدولية، لإضفاء الثقة المشروعة على عملية تحضير شروط العقد النهائي، ليأتي هذا الأخير متوازنا في الحقوق والالتزامات التي يرتبها، مراعيا لمصالح الطرفين حتى لا تثار المنازعات بشأنه في مرحلة تنفيذه، وليستمر التعاون بين الطرفين مستقبلا.

كلمات مفتاحية: التوازن العقدي، حرية التعاقد، الثقة المشروعة، النزاهة، العدالة العقدية.

Abstract

This study aims to clarify the role that the principle of good faith plays as a constraint on the freedom of the parties at the stage of forming international trade contracts in giving legitimate confidence to the process of preparing the terms of the final contract, so that the latter is balanced in the rights and obligations it arranges, taking into account the interests of the parties so that no disputes arise regarding it in the implementation phase and to continue cooperation between the two parties in the future.

Keywords: Nodal Balance; Freedom of contract; Legitimate trust; Integrity; Deductive, justice.

[*] المؤلف المراسل.

مقدمة:

تفرض ظاهرة العقود المركبة أو المعقدة ذات الأهمية الاقتصادية الكبيرة، التي تستتبع انتقالا للقيم والثروات، بمبالغ مالية ضخمة وعلى نطاق دولي مفتوح، دخول أطرافها في مرحلة تمهيدية أو تحضيرية يتم خلالها مناقشة شروط العقد النهائي، والقيام بجملة من العمليات القانونية المتميزة والمرتبطة في نفس الوقت، كإعداد خطط المشروع والقيام بالدراسات المالية والقانونية والفنية، وتمويل المشروع، والتأمين على عناصر.... لتصب كل هذه العمليات القانونية في نهاية المطاف في وثيقة عقدية واحدة.

وعليه فقد أصبحت المرحلة التمهيدية السابقة على التعاقد أهم وأخطر مرحلة في حياة عقود التجارة الدولية لما لها من أثر بالغ الأهمية في بلورة شروط العقد النهائي، من جانب حقوق والتزامات كل طرف. فضلا عن أن هذه المرحلة يهيمن عليها مبدأ حرية التعاقد والذي يرتب حرية كل طرف في الدخول في هذه المرحلة أو الانسحاب منها دون أن يرتب ذلك أية مسؤولية مما يضفي على هذه المرحلة نوعا من الخوف والاّ أمن.

وعلى ذلك فقد تركزت الجهود الفقهية والقضائية وحتى التشريعية على محاولة تنظيم المرحلة السابقة على التعاقد من خلال فرض جملة من القيود حتى يجنب الأطراف متاهات هذه المرحلة، وتوفير إطار حمائيٍّ من شأنه إضفاء الثقة المشروعة وبالتالي النجاح في مسعى إبرام العقد النهائي.

ومن أبرز الالتزامات أو القيود التي يجب على أطراف العلاقة قبل العقدية مراعاتها هو الالتزام بحسن النية وشرف التعامل لإضفاء الجدية والتعاون ومراعاة كل طرف مصالح الطرف الآخر، والابتعاد عن كل السلوكيات التي من شأنها عرقلة ونسف الجهود المبذولة أو تحقيق مصالح أحد الأطراف على حساب توقعات وأهداف الطرف الآخر.

غير أنه وبالرغم من الأهمية البالغة التي أصبح يلعبها مبدأ حسن النية في واقع المعاملات التجارية الدولية، إلا أنه لم يحض بالمكانة التي يستحقها، بحكم بأن معظم التشريعات المقارنة تنظر إلى المرحلة قبل العقدية على أنها مجرد عمل مادي لا يرقى إلى مستوى التصرف القانوني الملزم، ولا ترتب بذاتها أية مسؤولية، ومرد ذلك أساسا إلى سيطرة التصور التقليدي لإبرام العقود القائم على الانعقاد الفوري دون المرور بالمرحلة التمهيدية أو التحضيرية التي فرضتها خصوصية ظاهرة العقود المركبة ذات الأهمية الاقتصادية الكبيرة.

وعليه تثار إشكالية هذا البحث والتي تتمحور حول طرح تساؤلا جوهريا: إلى أي مدى يساهم الالتزام بحسن النية –في المرحلة السابقة على التعاقد– في تحقيق التوازن المطلوب في العلاقة العقدية المزمع إنجازها حتى لا تثار المنازعات بشأنها مستقبلا لاسيما في مرحلة تنفيذ العقد؟

ويستتبع ذلك بالضرورة تحديد طبيعة ونوع المسؤولية عن الإخلال بهذا الالتزام بحكم عدم وضوح معالمها ونتائجها في غيبة التنظيم القانوني للمرحلة السابقة على ابرام عقود التجارة الدولية.

إن رصد مختلف الجوانب التي يثيرها هذا الموضوع وبحكم عدم وجود نصوص تشريعية تنظم المرحلة قبل العقدية، وفرض الالتزام بحسن النية دفعت إلى اعتماد منهج الاستنباط كأداة منهجية محورية لاستخلاص الحلول من المبادئ العامة

المستقرة في النظرية العامة للعقود، فضلا عن اعتماد المنهج المقارن بين مختلف التشريعات الداخلية والاتفاقات المنظمة للتجارة الدولية وكذلك أحكام القضاء المتعلقة بهذا الجانب.

إن الإجابة عن التساؤلات المطروحة أعلاه دفعت إلى اعتماد ثلاث محاور أساسية، يتم التطرق في المحور الأول إلى مدلول حسن النية وخصائصه، ويتناول المحور الثاني مدى امتداد مبدأ حسن النّية إلى المرحلة السابقة على التعاقد، والمحور الثالث يتم فيه بيان نوع وطبيعة المسؤولية عن الإخلال بالالتزام بحسن النية في المرحلة السابقة على التعاقد.

المحور الأول: مدلول مبدأ حسن النية وخصائصه:

لقد ارتبط إعمال مبدأ حسن النية في بداياته الأولى بالتخفيف من الشكلية التي كانت تشكل قيداً على بعض أنواع العقود والتي أصبحت تسمى بعقود حسن النية، غير أن نطاقها كان محدوداً [1].

غير أن بروز الأفكار الفردية المنادية بالحقوق الطبيعية للإنسان، وأن المصلحة الجماعية ما هي في المحصلة إلا مجموع المصالح الفردية الخاصة، ورتب هذا الوضع على الصعيد القانوني مبدأ سلطان الإرادة الذي يقوم على أساس أن الأفراد أحرار في تحديد شروط العقد وآثاره، أي أنّهم يتمتعون بكامل الحرية في تحديد حقوقهم والتزاماتهم الناتجة عن العقد، ومن ثَمة فالعقد هو قانون أو شريعة المتعاقدين لا يجوز تعديل الالتزامات التي تتولد عنه إلا برضاء الطرفين المتعاقدين، كما لا يجوز للقاضي التدخل لتعديل بنود العقد بحجة إعادة التوازن إلى الرابطة العقدية أو رفع الالتزام الذي يثقل كاهل أحد الطرفين[2].

ولكن مع انتشار أفكار المذهب الاجتماعي تغير موقف التشريعات من مبدأ سلطان الإرادة وأصبح العقد لا يستمد قوته من الإرادة بل من اعتبارات اجتماعية توفر الثبات والاستقرار للعلاقات التعاقدية.

وعلى ذلك سيتم التطرق لمدلول مبدأ حسن النية في المذهب الفردي والاجتماعي، ثم إبراز خصائص هذا المبدأ وذلك على النحو التالي:

أولا: مدلول مبدأ حسن النية:

يقتضي بيان مدلول حسن النية التطرق لهذا المبدأ في المذهب الفردي ثم المذهب الاجتماعي للوقوف على خصائصه التي تميزه عن باقي الأنظمة القانونية التي تقترب منه.

1- مدلول مبدأ حسن النية في المذهب الفردي:

إن إطلاق العنان لحرية الأفراد في علاقاتهم التعاقدية لتحقيق مصالحهم أو تقييد هذه الحرية لخدمة أهداف المصلحة الجماعية عن طريق إعطاء الأولوية للقاعدة القانونية، أثر وبشكل واضح على الدور الذي يلعبه مبدأ حسن النية في مراحل العملية التعاقدية من تكوينها إلى تنفيذها.

فأنصار المذهب الفردي[3] يرون في مبدأ حسن النية أنه يخدم حرية التعاقد ويحافظ على قدسية الاتفاقات، ويعني واجب الوفاء بالعهد ويشكل جزء من القانون الطبيعي وليس من الممكن القيام بالمبادلات المالية والتجارية بدونه فهو ضمان للحرية الفردية بدلا من أن يكون قيدا عليها. فكل طرف في العلاقة التعاقدية يجب أن يعتمد اعتمادا كليا على

نفسه للحفاظ على مصالحه، وعلى الفرد أن يكون محترسا عند الدخول في عملية التعاقد حريصا على تحقيق مصالحه الخاصة دون أن يتقيد بقواعد الأخلاق، لأن تحقيق المصلحة الخاصة يؤدي بالضرورة إلى تحقيق المصلحة الجماعية.

وقد عبر جانب من الفقه عن هذا الموقف بقوله: (يفترض أن تبرم العقود بحرية وأن تنفذ بفعالية وأن يصبح التنظيم الاجتماعي الواسع ممكنا على الأقل في مجتمع الأفراد على ما تُصَوِّرُهُ النظرية الفردية متمتع بعقل ناضج وخاضع للمصلحة الذاتية المستترة) [4].

وقد أدى رواج الأفكار الداعية إلى الأخذ بمبدأ سلطان الإرادة إلى تبنيها من قبل واضعي القوانين فجاء تقنين نابوليون لسنة 1804 متماشيا مع هذه الأفكار في أخذه بمبدأ سلطان الإرادة إلى حد بعيد حيث جاء في المادة 1134 منه: (أن الاتفاق إذا تم شرعا يقوم مقام القانون لمن تعاقد) [5].

2- مدلول مبدأ حسن النية في المذهب الاجتماعي:

وفي مقابل أنصار المذهب الفردي حاول أنصار المذهب الاجتماعي[6] التقليل من غلو مبدأ سلطان الإرادة في إبرام العقود عن طريق التركيز على بلوغ الأهداف الاجتماعية، والعقد حسب هؤلاء يستمد قوته ليس من إرادة الأطراف بل من اعتبارات اجتماعية توفر قدراً من الثبات والاستقرار للمعاملات الجارية في المجتمع فالعقد بهذا المنظور هو أداة لتحقيق التضامن الاجتماعي ومن ثم فإن أساس الالتزام المتولد عن العقود ليس سلطان الإرادة بل هو سلطان القانون وينحصر دور الإرادة في مجرد تحريك القاعدة القانونية.

وفي نفس السياق يؤكد جانب من أنصار المذهب الاجتماعي أن أساس الالتزام العقدي هو مبدأ حسن النية والعدالة بَدَلاً من الإرادة اللذين يجب أن يسودا العلاقات التعاقدية واستندوا في ذلك إلى النصوص الواردة في التقنينات المدنية كالمادة 1134 من القانون المدني الفرنسي.

صفوة القول إن التطور الحاصل على مستوى المعاملات المالية والتجارية وتطور الأفكار الفلسفية المنادية بتدخل المشرع لتحقيق العدالة العقدية والتي تؤدي بالضرورة إلى تحقيق المصلحة العامة للمجتمع، دفعت إلى تبني موقفا توفيقيا بين مبدأ سلطان الإرادة كأساس عام وبين مراعاة مقتضيات مبدأ حسن النية كقيد وارد على حرية الأطراف في جميع مراحل العملية التعاقدية، وهذا ما تبنته معظم التشريعات الداخلية وكذلك الاتفاقيات الدولية المتعلقة بتنظيم العلاقات التجارية الدولية.

وتأكيدا لأهمية مبدأ حسن النية في مجال إبرام العقود يذهب العميد Ripertإلى أن حسن النية هو أحد الوسائل التي يستخدمها المشرع والمحاكم لإدخال القاعدة الأخلاقية في القانون الوضعي، ومن ثم فلا يوجد تعريف عام أو موحد لحسن النية بل هناك تعاريف بقدر التطبيقات الخاصة بهذا المفهوم [7].

ثانيا خصائص مبدأ حسن النية:

يبدو واضحا من العرض السابق أن مبدأ حسن النية لا يتضمن مدلولا واحدا وذلك بالنظر إلى تعدد الأدوار التي يؤديها في مجال إبرام التصرفات القانونية، فقد يأتي بالمفهوم الشخصي ويعني هنا ذات الشخص المطلوب الحكم على تصرفاته كما يأتي بالمفهوم الموضوعي ويكتسب طابعا أخلاقيا بحتا، بحيث يشكل قاعدة للسلوك تفرض على الشخص

مراعاة الالتزام بالأمانة وعدم الغش في المعاملات، ويجري تقديره على نحو موضوعي ومجرد وفقا للسلوك الحسن في المجتمع، فحسن النية بهذا المفهوم يعني امتناع الشخص عن القيام بأي سلوك من شأنه أن يعرقل أو يحرم الطرف الآخر من المزايا المشروعة التي رتبها الالتزام لصالحه [8].

وعليه يمكن القول بأن مبدأ حسن النية هو التزام قانوني يتميز بمجموعة من السمات والخصائص يمكن إجمالها فيما يلي[9]:

1- أنه التزام تبادلي مفروض على أطراف العملية التعاقدية، حيث يكون كل طرف دائنا بهذا الالتزام ومدينا به في نفس الوقت غير أن مضمون الالتزامات التي يرتبها تختلف من طرف إلى آخر حسب موقعه وحالته والملابسات التي تحيط به والتي تتطلب مراعاة كل طرف لمصالح الطرف الآخر.

2- ينطوي الالتزام بحسن النية في جوهره على أمر باطني يختلج داخل الشخص ويحرك إرادته باتجاه سلوك معين كما يشكل في نفس الوقت ضابط لهذا السلوك يقره القانون.

3- يلعب حسن النية دوراً حمائيّاً لتأمين العملية التعاقدية بحيث يأخذ بعين الاعتبار عدم الإتيان بأي سلوك من شأنه إلحاق الضرر بأحد الأطراف أو يؤثر على التوقعات المشروعة، فهو التزام يهدف إلى تحقيق غاية وليس مجرد بذل عناية.

4- أن الالتزام بحسن النية هو مبدأ عام يهيمن على إرادة الأطراف في جميع مراحل العلمية التعاقدية، سواء تعلق الأمر بتكوين العقد أو تنفيذه.

5- أن الالتزام بحسن النية هو مبدأ عالمي معروف بشكل أو بآخر في جميع النظم القانونية يؤدي دورا أساسيا في حسم الصراع بشأن المصالح المتقابلة التي يرتبها العقد، ويكرس في النهاية مبدأ العدالة الذي يجب أن يحكم العقد [10].

المحور الثاني: مدى امتداد مبدأ حسن النّية إلى المرحلة السابقة على التعاقد

سبق القول أن مبدأ حسن النية هو من المبادئ الأساسية المستقرة في النظرية العامة للعقد يختلف مضمونه ومدلوله بحسب الدور الذي يؤديه، فقد يأتي بالمفهوم الشخصي ويعني الاعتقاد أو التصور الخاطئ الذي يختلج في ذهن الشخص حول أمر معين، فيعتقده أو يتصوره على غير حقيقته، وقد يأتي مبدأ حسن النية بالمفهوم الموضوعي يكون بمثابة الضابط أو الموجه لسلوك الأطراف المتعاقدة على نحو لا يخالف مسلك الرجل العادي: بحيث يتسم سلوكهم بالنزاهة والاستقامة والبعد عن الغش والخداع.

لقد أقرت الأنظمة القانونية على اختلاف فلسفاتها ومفاهيمها، مبدأ حسن النية كضابط قانوني واخلاقي في مرحلة تنفيذ العقد إلا أنها لم تعطه المكانة التي يستحقها في المرحلة السابقة على التعاقد رغم وجود بعض الاستثناءات القليلة حيث حاولت بعض الدول مواكبة التطورات الحاصلة على صعيد المعاملات التجارية الدولية بالنص على الالتزام بحسن النية في مرحلة تكوين العقد. كما نجحت المساعي والجهود الدولية في اعتماد مبدأ حسن النية كضابط أساسي لسلوك الأطراف في ابرام عقود التجارة الدولية في جميع مراحل العملية التعاقدية.

وعلى ذلك سيتم التطرق لمدى التزام الأطراف بحسن النية في المرحلة السابقة على التعاقد في الأنظمة القانونية الداخلية ثم الإشارة إلى بعض الاتفاقيات الدولية المنظمة للتجارة الدولية وذلك على النحو التالي:

أولا: في الأنظمة القانونية الدّاخلية

معظم الأنظمة القانونية المقارنة ألزمت الأطراف بمراعاة مبدأ حسن النية ف مرحلة تنفيذ العقد دون أن يمتد ليشمل مرحلة تكوين العقد. غير أن بعض الأنظمة حاولت مواكبة التطورات الحاصلة على مستوى البناء القانوني للعقد من خلال النص على مراعاة الأطراف لمبدأ حسن النية في المرحلة السابقة على العقد.

1- في الأنظمة اللاتينية:

هناك اتجاه عام على مستوى التشريعات اللاتينية على إلزام الأطراف بمراعاة مقتضيات مبدأ حسن النية في المرحلة السابقة على التعاقد من خلال النص على إعمال هذا المبدأ صراحة مع تحديد الجزاءات المترتبة عن الإخلال به.

فالقانون الألماني الذي يعتبر النموذج الأول في فرض الالتزام بحسن النية في المرحلة السابقة على التعاقد، على أساس أنه يقع على عاتق كل متعاقد مراعاة مصالح الطرف الاخر في المرحلة السابقة على التعاقد ومرحلة تنفيذه كالتزام عام تطبيقا لمبدأ حسن النية، وهذا ما يستخلص من نص المادة 241 فقرة 2 من القانون المدني الألماني التي ألزمت كل متعاقد بمراعاة حقوق ومصالح الطرف الأخر، ووسعت المادة 311 من نفس القانون من نطاق مبدأ حسن النية ليشمل المرحلة السابقة على التعاقد وهي مرحلة التفاوض على العقد [11].

أما القانون الإيطالي فقد فرض هو الأخر الالتزام بحسن النية في جميع مراحل العملية التعاقدية، حيث نصت على ذلك المادة 1137 من القانون المدني الإيطالي "يلتزم الأطراف أثناء المفاوضات وابرام العقد بالتعامل بما يتفق وحسن النية"، كما ألزم القانون الإيطالي وتطبيقا لمبدأ حسن النية المتعاقد بإعلام المتعاقد الأخر بكافة ملابسات المرحلة السابقة على التعاقد حتى يكون المتعاقد الاخر على بينة من أمره في التعاقد أو التراجع، وفي حالة عدم اعلامه بذلك يحق له طلب التعويض من الطرف المقابل الذي أخفى عنه بعض المعلومات الجوهرية في التعاقد وهذا ما قضت به المادة 1138 من القانون المدني الإيطالي التي نصت على أنه: "المتعاقد الذي يعلم أو يجب ان يعلم بوجود سبب البطلان ولم يقم بإعلام المتعاقد الأخر به يلتزم بتعويضه عما تكبده الأخير من ضرر ناتج عن ثقته في صحة العقد" [12].

في القانون الفرنسي وبعد تردد طويل في إعمال مبدأ حسن النية في المرحلة السابقة على التعاقد، وبعد تأكيد القضاء الفرنسي الالتزام بمقتضيات حسن النية وشرف التعامل في المرحلة السابقة على التعاقد استقر على أنه يجب التسليم بأن هناك عدة التزامات بالاستقامة والنزاهة تفرض نفسها على الأطراف في إدارة المفاوضات [13] ذاتها، كما أدخل المشرع الفرنسي تعديلا جديداً على القانون المدني سنة 2016[14] حيث نصت المادة 1104 منه على أنه: "يجب أن يتم العقد في تفاوضه وتكوينه وتنفيذه بحسن نية"، كما أكدت المادة 1112[15] من نفس القانون على أن الأطراف يتمتعون بالحرية في التفاوض وقطع المفاوضات في المرحلة السابقة على التعاقد غير أنهم ملزمون بمراعاة ما يفرضه حسن النية. [16].

في القانون الجزائري فإن التزام الأطراف بحسن النية يقتصر على مرحلة تنفيذ العقد دون أن يمتد إلى المرحلة السابقة على التعاقد حيث نصت على ذلك المادة 107 من القانون المدني الجزائري (على أنه يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل

عليه وبحسن نية)[17] ، يبدو واضحا من خلال نص هذه المادة أن المشرع الجزائري مازال حبيس النظرة التقليدية في إبرام العقود والقائمة على الانعقاد الفوري والتي لم تعد تتلاءم مع التطورات والمستجدات الحاصلة على مستوى بنية وتركيبة العقد.

غير أن المحكمة العليا في الجزائر أشارت في حكم شهير لها إلى دور القاضي في تعديل العقد إذا كان يتعارض مع مقتضيات مبدأ حسن النية عن طريق رد الالتزام إلى الحد المعقول، حيث جاء في هذا الحكم على أنه (من المقرر أنه يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبحسن نية، غير أنه إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها جاز للقاضي تبعا للظروف وبعد مراعاة مصلحة الطرفين أن يرد الالتزام إلى الحد المعقول ويقع باطلا كل اتفاق يخالف ذلك)[18].

وفي نفس السياق يذهب جانب من الفقه في الجزائر إلى أن مبدأ حسن النية قبل التعاقدي في حاجة ماسة إلى نص صريح خاص به ذلك أن المرحلة قبل التعاقدية على تنفيذ العقد وهي مرحلة تكوين العقد لا تقل أهمية عن مرحلة التنفيذ بحكم التغيرات الجديدة التي طرأت على الحياة التعاقدية ومع بروز ظاهرة العقود المركبة ذات الأهمية الاقتصادية الكبيرة بحيث أصبحت مرحلة التفاوض بشأن هذه العقود أهم وأخطر من مرحلة تنفيذها كعقود الخدمات وعقود الملكية الفكرية والاستثمار... [19].

ويضيف جانب من الفقه الجزائري أنه كان من اللازم على المشرع الجزائري ضمن تعديلات 2005 التي أُدخلت على القانون المدني تنظيم الفترة السابقة على التعاقد بالنظر إلى الأهمية الكبيرة التي تحتلها في مجال التعاقد تماشيا مع القوانين الحديثة وبالتحديد التزامات أطراف التفاوض وحمايتهم في هذه المرحلة الحساسة من تكوين العقد بصفة واضحة وليس بالضمنية والغموض والفراغ التشريعي لما ينشأ عنها من مشكلات قانونية عديدة الأمر الذي يفتح باب النزاع والخصومة بين الطرفين في المستقبل، ويقترح هذا الجانب من الفقه إضافة فقرة جديدة لنص المادة 107 من القانون المدني يكون نصها كالآتي: "يجب على الأطراف أثناء المفاوضات وإبرام العقود التعامل بنزاهة وأمانة وحسن نية"[20].

2- في القانون الأنجلوأمريكي:

من المعلوم أن القانون الأنجلوأمريكي يقيم العقد على فكرة المقابل المادي وأن المرحلة السابقة على التعاقد تقوم على المخاطرة، بحيث يتحمل كل طرف نتائج تفاوضه، كما أن هذه المرحلة لا تفرض أية التزامات ولا ترتب بذاتها أية مسؤولية.

غير أن التحولات التشريعية التي حدثت على الصعيد الأوروبي والمتعلقة بالبناء القانوني للعقد لاسيما فيما يتعلق بالمرحلة التمهيدية السابقة عن انعقاده أثرت وبشكل واضح على المفاهيم التقليدية السائدة في القانون الأنجلوأمريكي.

فالقانون الإنجليزي وكقاعدة عامة يقضي بأن كل ما يجري خلال المرحلة السابقة على التعاقد من مناقشات أو محادثات تخضع لفكرة المخاطرة ومن ثمة يتحمل كل طرف نتائج دخوله في هذه المرحلة. كما أن كل الاتفاقات التحضيرية أو التمهيدية التي تبرم في المرحلة السابقة على التعاقد في نظر القانون الإنجليزي تصل إلى درجة كبيرة من عدم التحديد

والوضوح في الالتزامات ويؤدي ذلك بالضرورة إلى عدم تحديد مقدار التعويض الذي من الممكن أن يقرر للطرف المضرور ومن ثم فإن المرحلة السابقة على التعاقد في القانون الإنجليزي تتسم بالاحتمالية وعدم اليقين فيما إذا كان العقد النهائي سيبرم أم لا.

وتأكيدا لذلك يذهب القاضي الإنجليزي باركر إلى القول لا يكون العقد الذي يبرم أثناء المفاوضات ملزما إذا كان قائما على أساس إبرام عقد أخر في نهاية هذه المرحلة بحكم أن القانون لا يعترف بالعقد المبرم بغرض ابرام عقد أخر [21].

غير أن المشرّع الأنجليزي لم يكن بمنأى عن التحوّلات التشريعية التي حصلت على الصعيد الأوروبي والمتعلقة بالمرحلة السابقة عن التعاقد بنصوص صريحة تعترف بالتصرفات المنجزة خلالها، وترتب المسؤولية عن الإخلال بالالتزامات التي تقررها، ولأجل ذلك أصدر المشرّع الإنجليزي القانون رقم 1994/3159 المتعلق بالشروط التعسفية في عقود الاستهلاك والذي تم تعديله بموجب القانون رقم 1999/2083 حيث اعتبر الشرط التعاقدي يشكل تعسفا متى خالف مقتضيات مبدأ حسن النية، كما أقر بشمولية هذا المبدأ وامتداده إلى جميع مراحل العملية التعاقدية [22].

وتأكيداً لهذا التطور الحاصل في القانون الإنجليزي يذهب الفقيه الإنجليزي روبرت سامر robert summer إلى القول إن مبدأ حسن النية يلعب دورا أساسيا في تمكين القاضي الوطني من مراقبة وتحقيق العدالة عن طريق الحفاظ على حالة التوازن العقدي من خلال افتراض نزاهة العلاقات العقدية وضمان احترام كل متعاقد لمصالح وحقوق الطرف الآخر [23].

في القانون الأمريكي فإن مبدأ حرية التعاقد هو المهيمن على مرحلة تكوين العقد، فالأطراف العازمة على التعاقد لهم كامل الحرية في التفاوض حول العقد أو الانسحاب دون أن يرتب ذلك أدنى مسؤولية، ويستند القانون الأمريكي في ذلك على نظرية (احتراس المشتري caveatemptor) والتي تنبني على مقولة منطقية وهي (كيف للمرء أن يتدبر أمر نفسه بنفسه فيما يواجهه إذا لم يستطع أن ينجو في أسواق التجارة) فالمشتري يجب أن يكون محترسا (bewure) لأن البائع التاجر قد يكون غشاشا، وأن القانون لا يحمي السذج المغفلين [24].

وهذا ما نص عليه قانون التجارة الأمريكي الموحد (Uniform commercial code)في المادة 203 من القسم الأول كل عقد أو التزام ضمن هذا التشريع يفرض التزاما بحسن النية في تنفيذه وإنفاذه وهو ما عليه الحال في التصريح التالي للعقود the restatement of contructs1986 ، حيث جاء في المادة 205 منه كل عقد يفرض على أطرافه واجب حسن النية ونزاهة حسن التعامل في تنفيذه ونفاذه، ويؤكد الفقه والقضاء في الولايات المتحدة على أن حسن النية يطبق فقط على العقود المبرمة ولا يشمل حكم هذين المادتين مرحلة التفاوض على العقد إلا إذا كان هناك اتفاق مبدئي يلزم الأطراف بالتفاوض بشأن عقد مختلف أو جديد فهنا من الجائز إعمال نص المادتين السالفتين الذكر بحكم أن الاتفاق هو عقد وإلا لا مكان لتطبيق مبدأ حسن النية في المرحلة السابقة على التعاقد، غير أن الاتجاه الغالب في الولايات المتحدة حاليا يجنح نحو الاعتراف بضرورة إعمال مبدأ حسن النية في المراحل السابقة على إبرام العقد حيث اعترفت المحاكم الأمريكية بالالتزام بحسن النية في التفاوض إذ كان مستندا على اتفاق مبدئي وإن لم تكتمل عناصر العقد النهائي المزمع إبرامه، كما اعترف القضاء الأمريكي بمسؤولية الأطراف المتعاقدة في المرحلة السابقة على التعاقد

اعتمادا على نظرية الكسب بلا سبب un justenrichment ونظرية الاحتيال والبيان الكاذب frand and misrepresentation ثم نظرية المانع التعاهدي promisory es toppel [25].

إن القانون الأمريكي في عمومه يتجه وبصورة تدريجية نحو إعمال مبدأ حسن النية في المراحل السابقة على التعاقد ولكن تحت مسميات مختلفة وذلك تحت تأثير التطورات الحاصلة على مستوى واقع المعاملات التجارية الدولية وضرورة مواكبتها.

ثانيا: مبدأ حسن في اتفاقيات التجارة الدولية

تؤدي اتفاقيات التجارة الدولية دورا هاما في محاولة إيجاد قواعد موحدة تأخذ في الاعتبار مختلف النظم الاجتماعية والاقتصادية والقانونية تسهم في إزالة الحواجز القانونية في مجال التجارة الدولية ومن ابرزت الاتفاقيات الدولية في هذا المجال والتي نصت على اعمال ومراعاة مبدأ حسن النية في التجارة الدولية اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولي للبضائع لعام 1980 ومبادئ معهد روما اليونيدروا المتعلقة بعقود التجارة الدولية لعام 1994.

1- الوضع في اتفاقية فيينا بشأن البيع الدولي للبضائع:

سعت اتفاقية فيينا بشأن البيع الدولي للبضائع إلى محاولة إرساء تفسير موحد لأحكامها بحكم أن التفسير المتعدد من شأنه أن يضعف نصوصها إلى حد كبير وعلى ذلك نصت المادة 7 فقرة 1 من الاتفاقية على ضرورة أن يُراعى في تفسير هذه الاتفاقية عدة أمور أساسية من بينها مراعاة حسن النية في التجارة الدولية Le respect de la bonne foi dans les contrats internationaux [26].

وفي سياق التأكيد على مراعاة مبدأ حسن النية في اتفاقية فيينا يذهب جانب من الفقه مع مفهوم ضرورة أن يتفق مسلك الأطراف مع النية الضمنية والمتوقعة وفقا للعادات والمعاملات التجارية. ويخلص جانب آخر من الفقه إلى القول بشأن ما ورد في المادة 7 فقرة 1 من اتفاقية فيينا فيما يتعلق بالالتزام بحسن النية وإن ورد هذا الالتزام مقترنا بالتفسير فإنه في واقع الامر يطرح مبدأ عاما يلزم كل ذي شأن في عقد البيع يلتزم به القضاة وهم يفسرون ويلتزم به المتعاقدون وهم يبرمون وينفدون، بل أن الاتفاقية نفسها التزمت به إذ تضمنت أحكاما لا يفسرها إلّا حسن النية الذي ينبغي أن يسود المعاملات [27].

2- الوضع في مبادئ اليوندروا:

أكدت هذه المبادئ على شمولية مبدأ حسن النيّة وامتداده إلى المرحلة السابقة على التعاقد حيث نصّت المادة 1 فقرة 7 من هذه المبادئ على أنه يلتزم كل طرف بأن يتصرف وفقا لما يقتضيه مبدأ حسن النيّة وأمانة التعامل في التجارة الدولية.

وفي نفس السياق يؤكد جانب من الفقه في شأن ما ورد في هذه المبادئ فيما يتعلق بإعمال مبدأ حسن النيّة، أن هذه الأخير يعد من الأفكار الأساسية التي ترتكز عليها هذه المبادئ كما توجد في مختلف الفصول التي تحتويها ، والتي تعد تطبيقا مباشرا أو غير مباشر لهذا المبدأ ومن ثم ينبغي أن يكون سلوك الأفراد متسما بحسن النيّة وأمانة التعامل خلال حياة

العقد، ويشمل ذلك بالضرورة المرحلة السابقة على التعاقد فضلا عن أن الصيغة المستخدمة تدل على أن حسن النيّة وأمانة التعامل يجب تفسيرها في ضوء الظروف ومعايير ممارسة الأعمال والتي تتباين من قطاع تجاري إلى آخر أو حتى داخل القطاع التجاري الواحد أي مراعاة ظروف البيئة التي تعمل في نطاقها المشروعات بحسب حجمها ومهارتها الفنيّة [28].

يبدو واضحا من خلال العرض السابق أن مبدأ حسن النيّة هو التزام أو قيد يرد على حرية الأطراف في المرحلة السابقة على التعاقد، ينصرف مدلوله إلى أن يتسم سلوك الأطراف بالنزاهة والاستقامة والابتعاد عن كل مظاهر الغش والخداع، ومراعاة كل طرف لمصالح وتوقعات الطرف الآخر حتى يتم التوصل إلى بلورة شروط العقد النهائي بشكل متوازن يضمن نجاح تنفيذ العقد النهائي ولا تثار النزاعات بشأنه.

المحور الثالث: طبيعة المسؤولية عن الإخلال بالالتزام بحسن النية في المرحلة السابقة على التعاقد

من الثابت أن المرحة قبل العقدية يهيمن عليها مبدأ حرية التعاقد أي أن الأطراف يتمتعون بالحرية الكاملة في الدخول في هذه المرحلة أو الانسحاب منها دون أن يترتب ذلك أدنى مسؤولية إلا إذا صاحب العدول عن مناقشة شروط العقد النهائي بعض السلوكات الخاطئة والتي من شأنها إلحاق الضرر بالطرف الآخر، فإن ذلك يرتب قيام المسؤولية إذا توفرت شروطها.

ولكن المشكلة التي تثار بشأن المسؤولية قبل العقدية هي تحديد نوع وطبيعة هذه المسؤولية هل هي مسؤولية تقتصر به أم مسؤولية العقدية ويرجع هذا التباين والاختلاف حول طبيعة ونوع المسؤولية في المرحلة قبل العقدية إلى اختلاف التكييف القانوني لهذه المرحلة نفسها هل هي مجرد عمل مادي لا يرقى إلى مستوى التصرف القانوني الملزم أم أنها تصرف ملزم يرتب التزامات متقابلة؟

في الواقع يواجه القاضي أو المُحكّم صعوبة كبيرة في تحديد طبيعة أو نوع المسؤولية في المرحلة السابقة على التعاقدّ، ومرجع ذلك إلى أن المسؤولية قبل التعاقدية تقع على نقاط التماس بين المسؤولية العقدية والتقصيرية وهذا، هو السبب الأساسي حسب جانب من الفقه في قصور التنظيم القانوني للمرحلة السابقة على التعاقد في معظم الأنظمة القانونية [29].

ومن أجل حسم النقاش الفقهي الواسع بشأن طبيعة ونوع المسؤولية في المرحلة السابقة على التعاقد ووضع الحلول الملائمة في هذا المجال يذهب الفقه الغالب حديثا إلى التمييز بين حالة عدم وجود اتفاق مبدئي في المرحلة السابقة على التعاقد وحالة وجود مثل هذا الاتفاق.

أولا: في حالة عدم وجود اتفاق مبدئي:

تدخل الأطراف في هذه الحالة المرحلة قبل العقدية دون وجود اتفاق مبدئي على تنظيمها وفي نفس الوقت عدم وجود نصوص قانونية صريحة تخص هذه المرحلة بالتنظيم.

فالقضاء والفقه في فرنسا يعتبران أن المرحلة السابقة عن التعاقد غير المصحوبة باتفاق مبدئي على التفاوض هي مجرد عمل مادي غير ملزم فدخول الطرفين في المفاوضات لا ينشئ على عاتقهم أي التزام قانوني طالما أن العقد لم ينعقد بعد، فلكل طرف مطلق الحرية في الدخول في المفاوضات أو العدول عنها دون أيّة مسؤولية إلا اذا اقترن العدول بخطأ كأن

يقوم أحد الأطراف بقطع المفاوضات أو الانسحاب منها في الوقت الذي تكون فيه لدى الطرف الآخر الاعتقاد المشروع بأن العقد سيبرم لا محالة أو أن يقوم بتصرف يتنافى مع مقتضيات مبدأ حسن النيّة وشرف التعامل [30].

ومن أبرز التطبيقات القضائية في هذا المجال ما ذهبت إليه الدائرية التجارية لمحكمة النقض الفرنسية؛ من أن المسؤولية عن قطع المفاوضات تعتبر مسؤولية تقصيرية لعدم وجود اتفاق مبدئي لأن المفاوضات قد قطعت بدون مبرر مشروع وفجأة ومن جانب واحد Trompu sans raison légitime brutalement et unilatéralement.

وتتلخص وقائع هذه القضية في قيام شركتين بمفاوضات من أجل شراء آلة لصناعة الأنابيب من الإسمنت، وأثناء المفاوضات قامت الشركة الراغبة في الشراء بإرسال مندوب لها إلى الولايات المتحدة الأمريكية من أجل معاينة الآلة على نفقتها وطلب من الشركة البائعة مزيدا من المعلومات لاختيار النوع المناسب، ولكن الشركة البائعة وبدلا من تسليم هذه المعلومات المطلوبة التي وصلتها من الشركة الأمريكية قامت ببيع نفس الآلة إلى شركة منافسة وقطعت المفاوضات.

خلصت المحكمة في حكمها بإدانة الشركة المدعى عليها بقطع المفاوضات فجأة ودون الاستناد إلى مبرر مشروع بعد أن وصلت إلى مرحلة متقدمة جداً، وأن الظروف التي أحاطت بقطع المفاوضات جعلته قطعا تعسفيا مرتبا للمسؤولية التقصيرية، كما أقرت محكمة النقض الفرنسية أن للمضرور من خطأ وقع في المرحلة السابقة على التعاقد له الحق في المطالبة بالتعويض على أساس المسؤولية التقصيرية إعمالا لنص المادة 1372 من القانون المدني الفرنسي sur le délictuel fondement de la responsabilité[31].

وفيما يخص عدم مراعاة مقتضيات مبدأ حسن النية في المرحلة السابقة على التعاقد فقد قضت محكمة النقض الفرنسية أن نية الإضرار بالطرف الآخر L'intention de nuire كشرط يقيم المسؤولية التقصيرية وإن كان يرتب المسؤولية إلا أن نية الإضرار لا تعد عنصرا ضروريا لانعقاد هذه المسؤولية إذ يكفي في هذا الصدد أن يتصرف المتفاوض بخفة Avait agi avec légèreté لتوافر عنصر الخطأ الذي يرتب المسؤولية [32].

وتجدر الإشارة إلى أن بعض التطبيقات القضائية في فرنسا استقرت على أنه في حالة عدم وجود اتفاق مبدئي على التفاوض في المرحلة السابقة على التعاقد يمكن للقاضي أن يستخلص وجود عقد تفاوضي ضمني من خلال الوثائق والمستندات التي يتبادلها الطرفان كرسائل النية التي تتضمن في الغالب الأعم ما يفيد وجود اتفاق مبدئي ينظم العملية قبل العقدية كما يمكن استخلاص وجود عقد تفاوضي ضمني من خلال وقائع ومجريات الدعوى المعروضة أمام القاضي [33].

كما تذهب بعض التطبيقات القضائية في الولايات المتحدة إلى وجود اتفاق ضمني في المرحلة قبل العقدية، اعتمادا على رسائل النية المتبادلة بين الطرفين، ويرتب عدم مراعاة مقتضيات مبدأ حسن النية وشرف التعامل قيام المسؤولية العقدية [34].

ثانيا: في حالة وجود اتفاق مبدئي:

إن المرحلة قبل العقدية إذ كانت منظمة بمقتضى اتفاق مبدئي حسب ما ذهب إليه جانب من الفقه الحديث فإن الاخلال بالالتزامات التي يرتبها هذا الاتفاق يؤدي إلى قيام المسؤولية العقدية إذا توفرت شروطها من خطأ عقدي، وعلاقة

سببيّة وضرر، فإذا نص هذا الاتفاق المبدئي على حظر إجراء مفاوضات موازية مع طرف آخر أو عدة أطراف أخرى، فإن ذلك يعد إخلالا ببنود الاتفاق ويتعارض مع ما يقتضيه مبدأ حسن النية وشرف التعامل، وتجدر الإشارة هنا إلى أن جانبا من الفقه الحديث[35] يذهب إلى أبعد الحدود في إضفاء الصبغة العقدية على المرحلة التي تسبق العقد النهائي أو تكوين العقد، إذ يعتبر أن التفرقة بين المفاوضات المنظمة بعقد مبدئي، وتلك غير المنظمة بمثل هذا العقد هي تفرقة تَحَكُمِيَةٌ تفتقر إلى الأساس القانوني، وتؤدي إلى تمييز غير عادل في المراكز القانونية، وأن العدل والمنطق يقضيان بتوحيد الطبيعة القانونية للمرحلة السابقة على التعاقد، بحكم أنها تقع عن طريق الاتفاق سواء كان صريحا أو ضمنيا.

كما أن الطرفين حينما قبلا الدخول في التفاوض يكونان قد رضيا في نفس الوقت بالتعاقد من حيث المبدأ، ولم يبق أمامهما سوى الاتفاق على شروط العقد النهائي حتى يتم إبرامه، فضلا عن أن الدخول في المرحلة التمهيدية يرتب على عاتق الطرفين التزامات معينة أهما الالتزام بالتفاوض بحس نية؛ أي أن كل متفاوض يتوقع من المتفاوض الآخر أن يتسم سلوكه بالالتزام بالنزاهة والاستقامة، ومصدر هذه الالتزامات هو الاتفاق التمهيدي أو المبدئي على التفاوض، ذلك أن توحيد الطبيعة القانونية للمسؤولية قبل التعاقدية من شأنه أن يؤدي إلى تلافي المشكلات التي قد تقع فيما يتعلق بتحديد قواعد الإثبات ونطاق التعويض والقانون الواجب التطبيق.

خاتمة:

صفوة القول أن مبدأ حسن النية هو التزام وقيد أساسي يقع على عاتق الأطراف في جميع مراحل العملية التعاقدية، سواء تعلق الأمر بمرحلة تكوينه أو تنفيذه، وتزداد أهميته والدور الذي يلعبه في المرحلة السابقة على التعاقد بالنظر إلى أن هذه المرحلة أصبحت أهم وأخطر مرحلة في حياة العقد على الإطلاق، بحكم أنها تتميز بالاحتمالية واللايقين فيما إذا كان العقد النهائي سيبرم أم لا، فضلا عن ما تتطلبه من جهد ومال ووقت، كما أن أحد الأطراف قد يجد نفسه تحت طائلة الالتزام القانوني دون أن تتجه إرادته فعلا إلى ذلك، وعلى ذلك فإن مقتضيات مبدأ حسن النية تفترض أن يتسم سلوك الأطراف في هذه المرحلة بالنزاهة والاستقامة والبعد عن كل مظاهر أو صور سوء النية، وتوجيه الإرادة نحو غاية واحدة وهي إنجاح إبرام العقد النهائي بشكل متوازن في جو يسوده الاعتدال والمعقولية التي تقوم على أساس مراعاة كل طرف لمصالح الطرف الآخر فيما يتعلق بأهدافه وتوقعاته المشروعة.

وعلى الرغم من أن مبدأ حسن النية كضابط أخلاقي للسلوك يتسم بعدم الوضوح وعدم التحديد بحكم تغير ظروف الزمان والمكان، فالنزاهة والأمانة والاستقامة هي مفاهيم مطاطة وفضفاضة يمكن الذهاب بها في أي اتجاه. غير أن أهميته تكمن في الدور الكبير الذي يلعبه في الرقي بالقانون من أجل الاستجابة للتطورات والتغييرات الحاصلة في المجتمع، فالقاضي وبما يملكه من سلطة تقديرية يلعب دورا أساسيا وملموسا في تحديده لإيجاد الحلول القانونية الواقعية للوقائع المعروضة أمامه، وهذا يحقق بدون شك المرونة المطلوبة في العمل القضائي التي هي أساس الوصول إلى الحقيقة وتكريس العدل والإنصاف، فمبدأ حسن النية يؤدي دورا مؤسسيا يسهل عمل الجهاز القضائي ويواكب مختلف التحولات الحاصلة على مستوى النسيج الاجتماعي.

وإذا كان إعمال مبدأ حسن النية لم يحظ بالقبول من جانب معظم الأنظمة القانونية الداخلية بحجة أن المرحلة السابقة على التعاقد تقوم على المخاطرة وعدم وضوح الالتزامات التي ترتبها، إلا أن التطورات الحاصلة على مستوى المعاملات التجارية الدولية دفعت ببعض الأنظمة القانونية الداخلية إلى النص على إعمال مبدأ حسن النية في المرحلة السابقة على التعاقد بصورة واضحة وصريحة بعيدا عن كل التأويلات والآراء المتضاربة حول إعمال هذا المبدأ في هذه المرحلة من حياة العقد من عدمه.

إن إعمال مبدأ حسن النية –في المرحلة السابقة على التعاقد– للوصول إلى إبرام عقد متوازن وعادل يتطلب كذلك توحيد الطبيعة القانونية للمسؤولية المترتبة عن الاخلال بهذا المبدأ، بحيث تكون دائما مسؤولية عقدية لأن حدوث هذه المرحلة يكون دائما بالاتفاق سواء كان مكتوبا أو ضمنيا، بغية توحيد المراكز القانونية فيما يتعلق بتحديد قواعد الاثبات ونطاق التعويض والقانون الواجب التطبيق وهذا سيسهم بدون شك في إضفاء المزيد من الأمان على المرحلة السابقة على التعاقد وفي إبرام عقد متوازن لا تثار المنازعات بشأنه مستقبلا.

قائمة المراجع:

1 – الكتب:

– أحمد علي صالح، المفاوضات في العقود التجارية الدولية، دار هوما، الجزائر، 2011.

– أبو العلا علي أبو العلا، مفاوضات عقود التجارة الدولية، دار النهضة العربية، مصر، 2002.

– بلحاج العربي، الجوانب القانونية للمرحلة قبل العقدية، دار هوما، الجزائر، 2014.

– شيرزاد عزيز سليمان، حسن النية في إبرام العقود، دار دجلة، الأردن، 2000.

– محسن شفيق، اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولي للبضائع، دار النهضة العربية، 1980.

– عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج 1 –مصادر الالتزام–، دار إحياء التراث، بيروت–لبنان، 1966.

– عادل أحمد حشيش، أساسيات الاقتصاد السياسي، منشورات الحلبي الحقوقية، لنان، 2003.

– نزيه محمد الصاق المهدي، الالتزام قبل التعاقدي بالإدلاء بالبيانات المتعلقة بالعقد، دار النهضة العربية، القاهرة، 1982.

2 – الأطروحات:

– بلال عبد المطلب بدوي، مبدأ حسن النية في مرحلة المفاوضات قبل العقدية، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، القاهرة، 2001.

– السيد بدوي، حول نظرية عامة لمبدأ حسن النية في المعاملات المدنية، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، 1989.

3 – المقالات:

– محمود فياض، مدى التزام الأنظمة القانونية بمبدأ حسن النية في مرحلة التفاوض على العقد، بحث منشور في مجلة الشريعة والقانون، كلية الحقوق، جامعة الإمارات العربية المتحدة، العدد54، أفريل2013.

4 – النصوص القانونية:

- القانون المدني الجزائري الصادر بمقتضى الأمر رقم 75 بتاريخ 26 سبتمبر 1975، المعدل بالقانون رقم 10 لسنة 2005، وبالقانون رقم 5 لسنة 2007.
- الأمر رقم 2016-131 الصادر 10-02-2016 من القانون المدني الفرنسي.
-القانون المدني الألماني (G B G) 1990. GERMAN Bûrgerliche Gestzbuch GBG 1900.
- القانون المدني الإيطالي 1942.(II codice civile Italiano 1942) ITALIAN civil .

المؤلفات باللغة الأجنبية:

- Fernando kyven, La responsabilité précontractuelle dans le commerce international, fondements et règles, thèse doctorat, paris, 2010.
- Loncle J et Trochon J, la phase de pourparlers dans les contrats internationaux, RDAI/IBLY, n° 1997.

التهميش:

[1]- من المقرر في القانون الروماني القديم أن العقد الذي يفرغ في الشكل المطلوب يصبح ملزما بخلاف العقد الذي لا يفرغ في شكل معين لا يرتب أي أثر قانوني، غير أن تأثر الرومان بفكرة القانون الطبيعي حول التركيز من الشكل إلى المضمون أو الجوهر مع الميل إلى ما تمليه الأخلاق ويفرضه الضمير الحي في علاقات محددة أو معاملات معيّنة من حسن النيّة. شيرزاد عزيز سليمان، حسن النيّة في إبرام العقود، دار دجلة، الأردن، 2008، ص 27.

[2]- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج 1 -مصادر الالتزام-، دار إحياء التراث، بيروت-لبنان، 1966، ص 146.

[3]- برزت الأفكار الفردية (المذهب الفردي) في فرنسا من خلال إعلام حقوق الإنسان والمواطن عام 1789 حيث تضمن في المواد 1 و2 و3 على (أن الناس ولدوا أحرارا ومتساوين في الحقوق، وهدف كل جماعة سياسية هو حفظ حقوق الإنسان الطبيعية التي لا تسقط ...)، وممارسة الحقوق الطبيعية لكل فرد لا حدود لها غير تلك التي تتضمن للآخرين من أعضاء المجتمع التمتع بنفس هذه الحقوق، ومن أبرز الفلاسفة الذين نقلوا مبدأ الحرية في هذا الميثاق إلى النطاق القانوني الفيلسوف كانط حيث نادى بمبدأ سلطان الإرادة واستقلاليته (الفيلسوف كانط 1804/1724). انظر: جاك كوستان، المطول في القانون المدني تكوين العقد، ترجمة: منصور القاضي، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، لبنان، 2008، ص 46.

[4]- شيرزاد عزيز سليمان، 1رجع سابق، ص55.

[5]- شيرزاد عزيز سليمان، المرجع نفسه، ص 39.

[6]- يدعوا أنصار المذهب الاجتماعي إلى تدخل الدولة لإشباع الحاجات الإنسانية بشكل جماعي حيث يقع على عاتقها تنظيم عمليات الإنتاج والتوزيع وانعكست الفلسفة الاجتماعية علة النطاق القانوني حيث برزت الأفكار المنادية بالحد من غلو سلطان

الإرادة وإخضاع التصرفات للقانون والذي يجب أن يعلوا الإرادة من أجل خلق الثبات والاستقرار الذي يجب أن يسود المعاملات، فالعقد فهو الوسيلة والأداة التي تحقق التضامن الاجتماعي عن طريق توجيه الإرادة الى هذا الهدف، ومن أبرز منظري المذهب الاجتماعي(الاشتراكي) كارل ماركس و فريدريك انجلز. عادل أحمد حشيش، أساسيات الاقتصاد السياسي، منشورات الحلبي الحقوقية، لنان، 2003، ص ص 140-141.

[7]- جاك غستان، مرجع سابق، ص 269.

[8]- علي أحمد صالح، المفاوضات في العقود التجارية الدولية، دار هوما، الجزائر، 2011، ص 329-393.

[9]- شيرزاد عبد العزيز، مرجع سابق، ص 182.

[10]- أبو العلا علي أبو العلا النمر، مفاوضات عقود التجارة الدولية، دار النهضة العربية عصر 2002، ص 151-152.

[11]- GERMAN Bûrgerliche Gestzbuch GBG 1900.

[12]- ورد في القانون الإيطالي:(ITALIAN civil (II codice civile Italiano 1942 . وأشار إليه كذلك:
Loncle J, et Trochon J. la phase de pour par les dans les contrats internationaux. RDAI / IBLY n°=1 1997 p14

[13]- من أبرز التطبقيات القضائية لذلك ما قضت به محكمة النقض الفرنسية في حكم لها، حيث رتبت المسؤولية عن الإخلال بواجب الإعلام الذي يفرضه حسن النية في مرحلة التفاوض على العقد، وتتلخص وقائع القضية في أن أحد الأشخاص أبرم عقد ايجار تركيب وصيانة مواصلة تيليفونيه مع إحدى الشركات ودفع المشترك عربون لبرام القعد، غير أنه عند لحظة توقيع العقد النهائي تمسك المشترك بأن الشركة المتعاقدة معه قد أخفت عليه الشروط الجائرة المتعلقة بالعقد لاسيما فيما يتعلق بالجزاء والمتمثل في دفع مبلغ كبير من المال، وكان رد الشركة على أن مجرد السكوت أو الكتمان لا يعتبر تدليسا ولا تنشأ عنه أية مسؤولية على عاتق الشركة، وأن المشترك يقع عليه واجب الاستعلام حول الشروط التي يتضمنها العقد، وكان رد المحكمة (محكمة الموضوع(لو أنه حتى ولو كان المشترك ولو علم لحظة توقيع العقد النهائي بهذه الشروط الجائرة فإن هذا العلم جاء متأخراً بحيث أن قراره في الاختيار بين إبرام العقد من عدمه مع خسارة العربون لم يعد قرارا صادرا عن رضى حر وسليم.
وقد أيدت محكمة النقض الفرنسية الحكم الصادر عن محكمة الموضوع على أساس أنه يحمي المتعاقد الذي يطلب منه تنفيذ تعهداته والتزاماته دون أن يكون قد أحيط علما بنطاق هذه الالتزامات.

CASS.civ.Du 05/06/1971JSP71-417.

أشار إليه: نزيه محمد الصاق المهدي، الالتزام قبل التعاقدي بالإدلاء بالبيانات المتعلقة بالعقد، دار النهضة العربية، القاهرة، 1982، ص 63.

[14]- modifie par ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portent réforme du droit des contrat du régime de la preuve des obligations.

[15]Ar 1112 /1 c.civ F. l'initiative de la dourelement et la rupture des négociations précontractuelles - sont libres ils doivent impérativement satis faire aux exigences de la bonne foi.

[16]- الأمر رقم 2016- 131 الصادر 10-02-2016 من القانون المدني الفرنسي.

[17]- القانون المدني الجزائري الصادر بمقتضى الأمر رقم 75، بتاريخ 26 سبتمبر 1975 المعدل بالقانون رقم 10 لسنة 2005 وبالقانون رقم 5 لسنة 2007.

[18]– المحكمة العليا الجزائرية غ م 2000/02/16 ملف رقم 213691 م ق 2001 ع 1، ص 125.

[19]– علي أحمد صالح، مرجع سابق، ص 404-405.

[20]– بلحاج العربي، الجوانب القانونية للمرحلة قبل العقدية، دار هوما، الجزائر، 2014، ص 95.

[21]– بلال عبد المطلب بدوي، مبدأ حسن النية في مرحلة المفاوضات قبل العقدية، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، القاهرة، 2001، ص 239.

[22]– محمود فياض حدي التزام الأنظمة القانونية بمبدأ حسن النية في مرحلة التفاوض على العقد، بحث منشور في مجلة الشريعة والقانون كلية الحقوق جامعة الإمارات العربية المتحدة، العدد 54، أفريل 2013، ص 237.

[23]– محمود فياض، مرجع سابق، ص 232.

[24]– إن أغلب المحاكم الأمريكية لا تقر كقاعدة عامة بمبدأ حسن النية في المرحلة السابقة على التعاقد ماعدا ولاية لويزيان التي تتبع نظام القانون المدني حيث جاء قانونها المدني المادة 1759 Louisiana civil code على أن (حسن النية يجب أن يحكم تصرفات الملتزم والملتزم له كلما كان ملائما للالتزام) Loisiana civil code1870 والذي تم تقنينه عمليا وتدريجيا منذ سنة 1987، أشار إليه شيرزاد عزيز سليمان، مرجع سابق، ص 57.

[25]– شيرزاد عزيز سليمان، المرجع نفسه، ص 60.

[26]– أبو العلا علي أبو العلا النمر، مرجع سابق، ص 159.

[27]– السيد بدوي، حول نظرية عامة لمبدأ حسن النية في المعاملات المدنية، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، 1489، ص 2-3.

[28]– علي أحمد صالح، المفاوضات في العقود التجارية الدولية، مرجع سابق، ص 669.

[29]– Casscom 20 mars 1973- 17543 أشار إليه أبو العلا علي أبو العلا النمر، مرجع سابق، ص 192-193.

[30]– Casscom 12 oct 1993- le xilasu n°=1468 أشار إليه أبو العلا علي أبو العلا النمر، مرجع سابق ص 191.

[31]– Cassciv 08oct 1963 Bull 1,N249 p359 أشار إليه أحمد علي صالح مرجع سابق ص 121-122.

[32]– أبو العلا علي أبو العلا النمر، مرجع سابق، ص 191.

[33]– علي أحمد صالح، مرجع سابق، ص 718-719.

[34]– وهذا ما استقر عليه القضاء الأمريكي في قضية Texco incv peinnzoil1976 وتتلخص وقائعها في أن شركة peinnzoil اتفقت مع المساهمين الرئيسيين في شركة جيتي Getty بموجب مذكرة تفاهم Menorane hum of greementعلى دخولها كشريك معهم انطوت المذكرة على شرط ضرورة اعتمادها في مجلس الإدارة حتى تصبح نافذة وبعد اعتماد مذكرة التفاهم تم الإعلان عن ابرام عقد مبدئي agreement inprinciple موضحا أن نفاذه متوقف على توقيع العقد النهائي غير أنه وبعد مفاوضات سريعة وسرية تم نشر إعلان على أن شركة جيتي Getty قد اشتراها تكساسو قامت شركة peinnzoil بمحاولة التنفيذ العيني لمذكرة الاتفاق أمام محاكم ولاية دولارا غير أن الأمر رفع أمام محكمة تكساس على شركة تكساسو لمطالبتها بمبلغ سبعة مليار دولار كتعويض زيادة عن 7 مليار دولار كجزاء عن تحريضها شركة جيتي على الخروج عن تعهدها التعاقدي لمخالفة ذلك لمبدأ حسن النية والتعامل بإنصاف ونزاهة/ Fernando kyven, la responsabilité pré contractuelle dans le commerce international fondements et regles ,these doctorat paris, 2010, p 55.

[35]– أبو العلا علي أبو العلا النمر، مرجع سابق، ص 199.