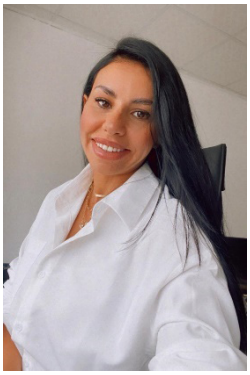
مجلة ربع سنوية علمية محكمة

باب أبحاث القانون والإعلام:

البند الجزائي في مرحلة ما قبل التعاقد في الاجتهاد القضائي الأردني

Penalty Clause in pre-contract phase in Jordanian Jurisprudence



بقلم الباحثة: دعاء عبد الوهاب سلام الختاتنة

طالب دكتوراه في جامعة بيروت العربية / كلية الحقوق والعلوم السياسية / قسم القانون الخاص

Dua'a Abd Alwahab Sallam Alkhatatneh

PhD student at Beirut Arab University/ Faculty of Law and Political science / Department of Private Law

Doaakhatatneh@gmail.com

المشرف: الأستاذ الدكتور فوزي أدهم

Dissertation Supervisor: Dr. Fawzi Adham

تاريخ الاستلام: 2024 /9/20 تاريخ القبول: 2024 /11/20 تاريخ النشر: 2024 /12/25

ملخص

إن الغاية من كتابة هذا البحث هي تسليط الضوء على صحة البند الجزائي في مرحلة ما قبل التعاقد، حيث إن مرحلة ما قبل التعاقد أو كما تسمى بمرحلة المفاوضات هي المرحلة التي تسبق العقد الصحيح المتضمن للإيجاب والقبول والمنتج لآثاره، و يتم الاتفاق بين أطراف العقد على الأمور الجوهرية في العقد وبحرية تامة، إلا أن تلك الحرية ليست مطلقة، فيجب أن يتقيد المتفاوضون في مرحلة ما قبل التعاقد بالمبادئ التي تحكم هذه المرحلة، أي أن على كل متفاوض أن يلتزم بحسن النية وما يقتضيه من عدم الإخلال بالثقة في التعامل، فعدم جدية المفاوضات يمثل إخلالاً بمبدأ حسن النية، حيث يؤدي إلى هدر نفقات بلا فائدة، كذلك تفويت فرصة التعاقد مع متفاوض آخر، لذلك أثيرت مسألة البند الجزائي في مرحلة ما قبل التعاقد و الطبيعة القانونية للمسؤولية في مرحلة ما قبل التعاقد و موقف القضاء الأردني إزاءها.

توصلنا في هذا البحث وباستعراض اجتهادات القضاء الأردني بهذا الخصوص إلى أن مسؤولية المخل بالتزامه أثناء مرحلة المفاوضات هي مسؤولية تقصيرية تتمثل بالتعويض عن الفعل الضار، و تتطلب جميع الشروط الواجبة لقيامها من خطأ و ضرر و علاقة سببية، و عليه لا يتصور إعمال البند الجزائي في مرحلة ما قبل التعاقد بحيث يمثل استبعاداً لسلطة القضاء في حدود المسؤولية التقصيرة وبالتالي مخالفة لقاعدة آمرة.

Abstract

The purpose of writing this research is to shed light on the validity of the penalty clause in pre-contract stage, the pre-contract stage or as it is called the negotiation stage is the phase that precedes the desired contract that includes offer and acceptance, whereas the contract parties discuss and agree freely the essential matters in the contract, except that said freedom is restricted, as the negotiators in the pre-contract stage adhere to some principles, which means that every negotiator shall adhere to good well and not breach trust in dealing, whereas the lack of seriousness in negotiations represents a breach of good well, which cause waste of expenses and opportunities to deal with other contactors, that was the main reason behind raising the penalty clause issue in the pre-contract stage and the legal nature of liability in the pre-contract stage and the

position of the Jordanian judiciary towards this.

In conclusion and after reviewing the Jordanian judicial position regarding penalty clause in pre-contract phase, we found in this search that any breach of obligations in the pre-contract stage could occur tort liability which is compensating harmful act, which require necessary conditions such as breach, damage and cause, therefore, implementation of penalty clause in pre-contract phase is inconceivable, which represent exclusion of the judiciary in tort liability and violation of a peremptory rule.

مقدمة

لم تكن المرحلة السابقة على التعاقد محور اهتمام القانون المدني وشراحه، وعلة ذلك أن المبادئ التي ترعى العقود والتي طورها التشريع والفقه والاجتهاد كانت تنشأ ضمن إطار العقود فقط، ونتيجة لذلك كان يسيطر عليها سلطان الإرادة.

لذا اتجه البحث في مرحلة تكوين العقد، كما انصب الاهتمام على سبل حماية إرادة المتعاقدين من الغلط والخداع والغبن والإكراه وعدم الأهلية وسلامة سبب العقد من مخالفته للنظام العام والآداب العامة[1].

ومع ازدهار الحركة الاقتصادية في العالم، وما تفرع عنها من معاملات مالية وعقود، وبالنظر إلى حجم العقود التي تبرم بين المنتجين والمستهلكين والموزعين أصبحت أعداد كبيرة من العقود تتسم بالتعقيدات والتركيبات الفنية والقانونية، وتعاظمت أهميتها الاقتصادية، حيث أصبحت تنطوي على مخاطر كبيرة لكونها ترد على مشروعات كبيرة جداً وذات أهمية عالية وتحتاج لفترات طويلة لتنفيذها[2]، لذا لم يعد العقد ثمرة مفاوضات أو اتفاق بين مواطنين عاديين، بل ثمرة مفاوضات أحياناً طويلة جداً ومعقدة وقد تصل لسنوات بين أصحاب الاختصاص وقانونين متخصصين في العقود، ومنها عقد نقل

1 مصطفى العوجي، القانون المدني العقد، الجزء الأول، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2019م، ص 161.

2 محمد حسن قاسم، القانون المدني الالتزامات العقد، المجلد الثاني، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان،2018 ، ص 141.

التكنولوجيا[1].

لذا كانت الحاجة ملحة لمواكبة هذا التطور الذي أوجد أوضاعاً قانونية مستجدة، ومنها الوضع القانوني للمتفاوضين قبل انعقاد العقد، والوضع القانوني للاتفاقات التمهيدية والمبدئية تعبيراً عن إرادة التعاقد أو التفاوض، فنظراً لغايات التنظيم التشريعي لمرحلة ما قبل التعاقد، كان على الفقه والقضاء بيان المبادئ التي تحكم هذه المرحلة، وهذا ما يثير إشكالية البحث الرئيسية وهي: هل يعتبر البند الجزائي في مرحلة ما قبل التعاقد بنداً صحيحاً ومنتجاً لآثاره؟ وتتفرع عن هذه الاشكالية عدة أسئلة ومنها ما هو موقف الاجتهاد القضائي الأردني من البند الجزائي في مرحلة المفاوضات؟ وهل تعتبر المسؤولية في المرحلة السابقة للتعاقد عقدية أم تقصيرية؟ هذا ما سنجيب عليه من خلال البحث، وقد تم اعتماد التقسيم الثنائي للبحث والمنهج التحليلي الوصفي، حيث يهدف البحث الى الوصول الى الطبيعة القانونية للمسؤولية المدنية في مرحلة ما قبل التعاقد و أثر البند الجزائي خلال هذه المرحلة.

1 يعرف عقد نقل التكنولوجيا بأنه: اتفاق يتعهد بمقتضاه المورد بأن ينقل بمقابل معلومات متطورة إلى المستورد لاستخدامها في طريقة فنية خاصة لإنتاج سلعة معينة أو تطويرها أو لتشغيل آلات أو اجهزة أو لتقديم خدمات، ولايعتبر نقلاً للمعرفة الحديثة بمجرد بيع أو شراء أو تأجير أو استئجار السلع ولا بيع المعاملات التجارية أو الأسماء التجارية أو الترخيص باستعمالها إلا إذا ورد ذلك كجزء من عقد نقل المعرفة الحديثة أو كان مرتبطاً به ارتباطاً لا يقبل التجزئة». وقد عرفه المشرع المصري في قانون التجارة الجديد في المادة (73) بأنه ذلك الاتفاق بين طرفين أحدهما المورد والذي يلتزم بأن ينقل معلومات فنية الى الطرف الثاني ألا وهو المستورد وذلك لاستخدامها في طريقة فنية خاصة لانتاج سلعة معينة، أو تطويرها، أو لتركيب أو تشغيل آلات أوأجهزة أو لتقديم خدمات. وعقود نقل التكنولوجيا متعددة فمنها مثلاً: عقد تسليم المفتاح باليد، وعقد التخليص، وعقد المساعدة الفنية. أنظر: نصيرة سعيد، عقود نقل التكنولوجيا في مجال التبادل الدولي، ط1، دار الفكر العربي، القاهرة، 1987م، ص 17، كما تحتل المفاوضات أهمية كبيرة في عقود التجارة الإلكترونية، لأن هذالنوع من= =التعاقد هو تعاقد عن بعد، وعليه لا يستطيع كل طرف من أطراف التفاوض التحقق من شخصية وأهلية الطرف الآخر للتعاقد،أو سلامة المستندات التي يقدمها، أو التحقق من السلعة أو الخدمة المبيعة بشكل ينفي الجهالة، وبالتالي تنطوي عقود التجارية الإلكترونية على بعض المخاطر بالنسبة للمشتري أو مت لقي الخدمة، ومن شأن المفاوضات أن تقلل إلى حد كبير من هذه المخاطر، حيث يستطيع طالب الخدمة أو المشتري من خلال المفاوضات الاتصال بموقع التاجر ليدرسا العرض المقدم منه، ويطلب ما يحتاج من معلومات تساعده على التأكد من جدية ومشروعية العرض، بل تمكنه بعض الأحيان من التجربة الافتراضية للسلعة أو الخدمة التي ستكون في المستقبل محلاً للتعاقد، راجع: عبدالمجيد الحكيم، الكافي في شرح القانون المدني الأردني والقانون المدني العراقي والقانون المدني اليمني في الالتزامات والحقوق الشخصية، مصادر الالتزام، ج1، ط1، الشركة الجديدة للطباعة، عمان، الأردن، 1993م، ص 165.

المطلب الأول

البند الجزائي في مرحلة ما قبل التعاقد في ظل الاجتهاد القضائي الأردني

يقصد بمرحلة ما قبل التعاقد (أو مرحلة التفاوض)، بالمرحلة التي يتبادل بها أشخاص العلاقة العقدية المستقبلية وجهات النظر ويناقشون الاقتراحات رغبة منهم في الوصول إلى إبرام العقد[1].

وقد عرفها البعض بأنها: «قيام أطراف العلاقة العقدية المستقبلية بتبادل الاقتراحات والمساومات والدراسات والتقارير الفنية بالاستشارات القانونية ومناقشة الاقتراحات التي يضعانها سوية أو ينفرد بوضعها أحدهما ليكون كل منهما على بينة مما يقدمان عليه للوصول إلى أفضل النتائج التي تحقق مصالحهما، وللتعرف على ما يسفر عنه الاتفاق بينهما من حقوق لها والتزامات عليها[2].

كما يمكن تعريفها على أنها: «قيام طرفين بتبادل الاقتراحات إلى أن يتم قبول العرض المقدم من أحد الأطراف من قبل الطرف الآخر مما يؤدي إلى تشكيل عقد»[3].

يتضح من التعريفات السابقة بأن مرحلة المفاوضات تتميز بأنها تقوم على التبادل والتعاون للتقريب بين وجهات النظر المختلفة. وذلك عن طريق تبادل العروض والمقترحات بشأن وضع شروط العقد أو تعديلها، الأمر الذي يقتضي في بعض الأحيان تقديم تنازلات من قبل أحد الطرفين، ويتحقق نوع من التوازن بين مصالح الطرفين المتعارضة.

وهذه المرحلة يتعين أن تتم بين الطرفين بحرية تامة، فيثمر عقداً جديداً، ويترتب على ذلك أنه لا يجوز للقاضي مطلقاً أن يجبر أحد الطرفين على البدء بهذه المرحلة أو

---

1 فؤاد العلوانين وعبد جمعة الربيعي، الأحكام العامة في التفاوض والتعاقد، ط1، بيت الحكمة، بغداد، 2002م، ص 15.

2 ياسين الجبوري، المبسوط في شرح القانون المدني، ج2، دار العلم والثقافة للنشر و التوزيع،عمان، الأردن،2006، ص 94.

3 “Two parties exchange proposals until an “offer” by one party is “accepted” by the other forming a contract”

E. Allan Farnsworth Precontractual liability and Prelininary agreements, fair dealing and Failed Negotiations, Vol. 87, No. 2, March 1987, p. 218. Jstor.org/stable/1122561.

الاستمرار بها، بل ولا يجوز له أن يحل محل الطرفين للبدء في هذه المرحلة[1].

إضافة إلى حرية الإنسان في عدم الالتزام بأي أمر لا يرغب الالتزام به، فالمناقشة ليست التزاماً بل عرض للرأي واستماع لوجهات النظر، فالحرية هي شعار هذه المرحلة، فالأصل هو حرية التعاقد أو عدم التعاقد.

إلا أن تلك الحرية ليست مطلقة، فيجب أن يتقيد المتفاوضين في مرحلة ما قبل التعاقد بالمبادئ التي تحكم هذه المرحلة، أي أن على كل متفاوض أن يلتزم بحسن النية وما يقتضيه من عدم الإخلال بالثقة في التعامل، فعدم جدية المفاوضات يمثل إخلالاً بمبدأ حسن النية، حيث يؤدي إلى هدر نفقات بلا فائدة، كذلك تفويت فرصة التعاقد مع متفاوض آخر[2].

أيضاً يتمثل الإخلال بحسن النية بالمماطلة غير المبررة في إبداء الآراء والرغبات أو المواقف من عروض مقدمة، أو إنهاء المتفاوض الآخر لتفويت فرصة التعاقد مع منافس، سواء حصل هذا الإخلال بصورة قصدية أو عن إهمال أو عدم اكتراث[3]، فيمكن أن تثور مسؤولية المتفاوض عن الضرر الذي ألحقه نتيجة عدم جديته في تكوين العقد المرجو في مرحلة ما قبل التعاقد، لكن تكمن الصعوبة في تحديد طبيعة هذه المسؤولية، وهو ما سنبحثه في الفرع الأول من هذا المطلب.

الفرع الأول

الطبيعة القانونية للمسؤولية المدنية في مرحلة ما قبل التعاقد في الاجتهاد القضائي الأردني

تعتبر مرحلة ما قبل التعاقد مرحلة تمهيدية في الطريق إلى العقد، ففي هذه المرحلة يتم الإعداد والتحضير لإبرام العقد النهائي، وإن كانت هذه المرحلة تخلو من إلزام الطرفين على إبرام العقد، فإنها تهدف في النهاية إلى تحقيق هذا الإبرام، إذ لم يدخل الطرفان في هذه المرحلة التي يتخللها التفاوض والتراضي إلا بهدف التوصل إلى اتفاق يبرم على أساسه العقد النهائي، وبالتالي فإن المرحلة السابقة على التعاقد هي خطوة ممهدة للعقد

1 محمد جواد، العقود الدولية، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، بلا تاريخ نشر، ص 14.
2 محمد، قاسم، مرجع سابق، ص 142.
3 شيراز سليمان، حسن النية في إبرام العقود، ط1، دار دجلة، عمان، الأردن، 2008م، ص 336.

وقد تفلح في التوصل إليه وقد تخفق في ذلك، تبعاً لنجاح أو فشل هذه المرحلة.

الالتزام بالمبادئ التي تحكم مرحلة التفاوض من حرية التفاوض وحسن النية يعتبر ضابطاً لسلوك الأطراف خلال هذه المرحلة، فإذا انطوى سلوك المتفاوض على ما يخالف ويخل بهذه المبادئ فإنه يكون مخطئاً وتنهض مسؤوليته المدنية[1].

والمسؤولية المدنية هي الالتزام بتعويض الضرر المترتب على الإخلال بالتزام أصلي سابق، وهي على نوعين عقدية وتقصيرية[2]، وإن الحديث عن المسؤولية المدنية الناشئة في مرحلة المفاوضات تتطلب بيان طبيعتها، حيث إن هذه المرحلة هي ذات نتيجة احتمالية، إذ قد ينجح الطرفان في التوصل إلى اتفاق نهائي بشأن جميع الشروط الجوهرية في العقد، وقد تنتهي هذه المرحلة بتطابق الإيجاب والقبول أو بالتوقيع نهائياً على وثيقة العقد[3].

حيث نصت المادة (100/1) من القانون المدني الأردني على أنه: «يطابق القبول الإيجاب إذا اتفق الطرفان على كل المسائل الجوهرية التي تفاوضا فيها، أما الاتفاق على بعض المسائل فلا يكفي لالتزام الطرفين حتى لو أثبت هذا الاتفاق بالكتابة».

وجاء الاجتهاد القضائي بعدة قرارات تبين موقفه من التفاوض ومنها: « وحيث لم يرد للمحكمة ما يفيد ويثبت أن أطراف العقد قد تفاوضا على عقد الإيجار موضوع الطلب فإن ما ينعاه المستأنف يعوزه الدليل علاوة على أن المفاوضة هي مرحلة سابقة لإبرام العقد والذي يتطلب فيما بعد ارتباط الإيجاب بالقبول لإدراج العقد على حيز الوجود مما يستوجب رد هذا السبب»[4].

وقد تفشل هذه المفاوضات في أي مرحلة من المراحل المكونة لها، وبالتالي فنتيجة هذه المرحلة احتمالية، قد تتحقق وقد لا تتحقق، فليس البدء بهذه المرحلة يعني الاستمرار بها حتى النهاية، إن احتمالية هذه المرحلة يسيطر عليها مبدأ حرية التعاقد، بمعنى أن كل

1 محمد حسن قاسم، العقد، مرجع سابق، ص 143.
2 سليمان مرقس، موجز أصول الالتزامات، مطبعة لجنة البيان العربي، القاهرة، مصر، 1961، ص 11.
3 يزيد نصر، مرحلة ما قبل إبرام العقد، بحث منشور في مجلة المنارة، العدد 3، جامعة آل البيت، الأردن، 2001م، ص 133.
4 قرار محكمة بداية عمان بصفتها الاستئنافية رقم 2801 لسنة 2010 الصادر بتاريخ 11/5/2010، منشورات مركز عدالة.

طرف يبقى طيلة فترة المفاوضات متمتعاً بكامل حريته في إبرام العقد أو عدم إبرامه، فلا تقيد إرادته نهائياً.

ولا يعد العدول عن هذه المرحلة والمفاوضات خطأ بحد ذاته، وإنما يجب أن يقترن هذا العدول بوقائع أخرى تثبت الخطأ[1]، ومثال على ذلك إنهاء التفاوض بصورة مفاجئة ودون سبب جدي.

والخطأ الذي تثار معه مسؤولية المتفاوض يتحقق في أي مرحلة من مراحل التفاوض عند بدء المفاوضات، أو أثناءها، أو في لحظة إنهاء المفاوضات الدائرة بين الأطراف[2]، وبالتالي تنهض المسؤولية المدنية والتي توجب التعويض.

ولكن اختلف الفقهاء حول طبيعة المسؤولية المدنية في مرحلة ما قبل التعاقد بين اعتبارها مسؤولية عقدية أو مسؤولية تقصيرية، فقد اعتبر البعض أن الخطأ الصادر من أحد المتفاوضين في مرحلة ما قبل التعاقد هو خطأ يوجب قيام المسؤولية العقدية، وذلك على أساس أن الأطراف المتفاوضة تربطها علاقة عقدية مبنية على وجود اتفاق مبدئي في الدخول في المفاوضات لإبرام العقد المنشود[3].

بالرجوع إلى المبادئ التي تحكم المفاوضات، فإن حرية التعاقد من عدمه تقف عند التصرف الخاطئ المسبب ضرراً للمتفاوض الآخر، أي الخطأ في التعامل معه، فيسأل المخطئ عن الضرر الذي يسببه للمفاوض الآخر، وعليه فإن المسؤولية المدنية القائمة في إخلال أحد المتفاوضين بأحد مبادئ التفاوض تقوم على ثلاثة شروط وهي ذاتها الشروط التي تقوم عليها المسؤولية العقدية والتقصيرية وهي الخطأ، الضرر، وعلاقة السببية.

يرى أنصار هذا الاتجاه بأن طبيعة المسؤولية المدنية للمتفاوض المخطئ هي مسؤولية عقدية، حيث أعطت المحاكم الأطراف الحرية في التفاوض باستبعاد خطر الوقوع في المسؤولية قبل التعاقدية، وبالرجوع للأحكام المتعلقة بالإيجاب والقبول فلا يتصور قيام المسؤولية العقدية إلا إذا تم إبرام العقد نتيجة لقبول الإيجاب، ومثل القبول فإن

1 يزيد نصير، مرجع سابق، ص 207.
2 محمد حسن قاسم، مرجع سابق، ص 143.
3 عمر محمد، الطبيعة القانونية للمسؤولية السابقة على التعاقد، بحث منشور على الموقع الالكتروني. www.Mohamoon-montada.comص4، 2010م

للمعارض أن يتراجع عن طريق إبطال العرض[1]، إذ إن الخطأ العقدي الذي قام به يلحق الضرر بالمتفاوض الآخر.

ويتمثل الخطأ العقدي في هذه المرحلة، بقطع المفاوضات دون سبب، أو الانسحاب من المفاوضات في المرحلة الأخيرة منها، وبالتالي يكون المفاوض قد ارتكب خطأ بحق الطرف الآخر يوجب عليه المسؤولية نتيجة عدم الالتزام بمبدأ حسن النية في التفاوض[2].

أيضاً يتمثل الخطأ العقدي في مرحلة المفاوضات العقدية في حال قيام أحد الأطراف بالتفاوض بنية الاطلاع على أسرار الطرف الآخر وقيامه باستغلال تلك الأسرار لأغراض خاصة به بعيدة عن العقد المنشود، فيعد ذلك المفاوض مخطئاً نتيجة إخلاله بالالتزام بالسرية[3]، حيث يرى أنصار هذه النظرية بوجود عقد ضمني بين المفاوضين حول إدارة المفاوضات بحسن نية ودون إرادة الإضرار بالغير[4].

على الرغم من المحاولات العديدة لربط المفاوضات بالمسؤولية العقدية، إلا أن معظم الفقه والاجتهاد لم يأخذ بهذه النظرية، ومنها الاجتهاد القضائي الأردني.

أما بالنسبة للرأي الآخر، فيرى أنصار هذا الرأي بأن الخطأ الذي يصدر من المتفاوض ويسبب الضرر للمتفاوض الآخر يمثل مسؤولية تقصيرية تقع على عاتق المتفاوض المخطئ، وعلى ذلك فإن علاقة المفاوضين بقيت خارج إطار التعاقد، فلا مجال لإقامة المسؤولية على أساس الخطأ العقدي، حيث لا يوجد رابطة عقدية بين الطرفين[5]، وإنما هي مفاوضات تمهيداً لإنشاء رابطة عقدية.

---

1 "Courts have traditiondly accorded parties the freedom to negotiate without risk of precontractual liability, under the classic rule of offer and acceptance, there is no contractual liability until a contract is made by the acceptance of an offer; prior to acceptance, the offerer is free to back out by revoking the offer".
E. Allan Farnsworth, مرجع سابق، ص221

2 محمد الدسوقي، الجوانب القانونية في إدارة المفاوضات وإبرام العقود، بحث منشور في معهد الإدارة العامة، الرياض، 1415هـ، ص 123.

3 عمر محمد، الطبيعة القانونية للمسؤولية السابقة على التعاقد، مرجع سابق، ص 6.

4 جلال العدوي، أحكام الالتزام، الدار الجامعية، بيروت، لبنان، بدون تاريخ نشر ، ص 166.

5 مصطفى العوجي، مرجع سابق، ص 167.

وفقاً لأنصار هذا المبدأ فإن المسؤولية التي تحكم مرحلة التفاوض هي نظرية المسؤولية التقصيرية، وقد أيد الأستاذ السنهوري هذا الاتجاه بقوله: «إن المسؤولية التي تحكم مرحلة التفاوض والتي تعتبر من أسهل وأيسر الوسائل تطبيقاً على هذه المرحلة، هي نظرية المسؤولية التقصيرية»[1].

فلا يمكن قيام مسؤولية عقدية بلا عقد تم الاتفاق بين طرفيه على جميع المسائل الجوهرية فيه، وتم التراضي عليه بالإيجاب والقبول، حيث تكون في هذه الحالة بصدد عقد وليس مرحلة تمهيدية لإبرام العقد، وعليه فقد قررت محكمة استئناف عمان ما يلي: « ورداً على ذلك وبرجوع المحكمة إلى المسلسلين (5 و6) من بينات المدعية تجد المحكمة أن المسلسل رقم (5) هو خطاب نوايا موجه من المدعى عليها إلى المدعية تضمن دعوة للتعاقد (... يسرنا إبلاغكم نيتنا بإحالة العطاء على شركتكم بمبلغ إجمالي (17.785.492.088) دينار حسب شروط ووثائق العطاء علماً بأن المبلغ النهائي سيتم احتسابه بحسب شروط العقد...) وجاء في المسلسل رقم (6) رداً على ما جاء في المسلسل رقم (5) (... بالإشارة إلى خطاب النوايا الصادر من قبلكم .... نفيدكم علماً بموافقتنا على إحالة المشروع على شركتنا وبالتالي الموافقة على مضمون خطاب النوايا...)، وبذلك انعقد العقد بين الشركتين على تنفيذ العطاء حسب شروط وثائق العطاء وقيمته المحددة والواضحة للطرفين حيث ارتبط إيجاب المدعية بقبول المدعى عليها وانعقد العقد عملاً بالمادة (87) من القانون المدني، حيث تم الاتفاق بين الطرفين على جميع المسائل الجوهرية في العقد)»[2].

لذا اعتبر القضاء الأردني مرحلة التفاوض هي مرحلة سابقة لإبرام العقد إن لم يتم الاتفاق على المسائل الجوهرية ولم يتم الإيجاب والقبول سنداً لنص المادة (100) من القانون المدني، وعليه فقد ورد قرار لمحكمة استئناف عمان يؤيد ذلك، حيث جاء فيه أنه: « تجد المحكمة وفي ظل هذه البينة الكافية فإن عقد البيع بين الطرفين لم يستكمل ولم تتمكن المدعى عليها من الانتفاع بالمحل واستخدامه وتملك الآلات الموجودة بداخله إنما بقي الأمر في إطار المفاوضات وهي مرحلة أولية سابقة لإبرام عقد البيع

1 عبدالرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، المجلد الثاني، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2009، ص 221.

2 قرار محكمة استئناف عمان رقم 4902 لسنة 2020، الصادر بتاريخ 5/10/2020، موقع قرارك.

الذي لم يتم»[1].

يتبين اتجاه القضاء والاجتهاد الأردني نحو اعتبار المسؤولية في مرحلة المفاوضات بعيدة كل البعد عن المسؤولية العقدية، حيث يعتبر الفقه والاجتهاد هذه المرحلة هي مرحلة سابقة للتعاقد. إذ جاء في قرار محكمة التمييز الأردنية ما يلي: «المبدأ: أما بخصوص ما يثيره المميز بمخالفة المحكمة لنص المادة (98) من القانون المدني التي تنص على (إذا عين ميعاد للقبول التزم الموجب بالبقاء على إيجابه إلى أن ينقضي هذا الميعاد)، فإن دعوة المدعي عليها وعرض التعاقد مع المدعي لم تصل إلى الإيجاب البات وإنما دعوة للتعاقد وهي المرحلة السابقة، لإنشاء العقد، وحيث أن محكمة الاستئناف قد توصلت إلى هذه النتيجة فيكون قرارها صحيحاً ومتفقاً وأحكام القانون»[2].

وتتمثل هذه المسؤولية بالإخلال بحرية التعاقد والتفاوض بحسن نية، وتكون في حالة إخلال أحد الأطراف بمبادئ النزاهة المتمثلة بقطع المفاوضات دون سبب مما يلحق الضرر بالطرف الآخر الذي اعتقد جازماً بأن العقد على وشك التوقيع، وعليه يحق للمتضرر المطالبة بالتعويض على أساس المسؤولية التقصيرية وهو ما أقرته محكمة النقض المصرية في قرارها التالي:» إن هذه المحكمة ترى أن التكييف الصحيح للوقائع حسبما سجلها الحكم الابتدائي والمطعون فيه هو اعتبار ما تم بين الطرفين لم يجاوز مرحلة المفاوضات على تكوين شركة بينهما، وأن الطاعن لم يكن جاداً في هذه المفاوضات ولم يكن أبداً يقصد أن تبلغ غايتها من عقد الشركة مع المطعون ضده، بل إنه أوهم الأخير برغبته في تكوين هذه الشركة لمجرد الحصول منه على فكرة المشروع واستخدامه في اختيار الآلات اللازمة للمصنع لدراسته بذلك على أن تقوم بتنفيذ المشروع شركة يكونها الطاعن مع آخرين ممن يقبلون المساهمة معه في رأس مال الشركة وهو ما تم له فعلاً بتكوينه الشركة مع الأستاذ الذي ساهم بنصف رأس المال، وذلك بخلاف الطاعن الذي كان يريد أن يشترك بعمله فحسب. لوما كان مسلك الطاعن على النحو المتقدم تجاه المفاوضات التي أجراها مع المطعون ضده، وعدم إخطار الأخير بقطع المفاوضات في وقت مناسب يعتبر خطأ من الطاعن. وقد ترتب على هذا الخطأ ضرر

1 قرار محكمة استئناف عمان رقم 6279 لسنة 2020، الصادر بتاريخ 17/10/2021، موقع قرارك.
2 قرار محكمة التمييز الأردنية بصفتها الحقوقية رقم 2343 لسنة 2019 الصادر بتاريخ 7/5/2019، منشورات مركز عدالة.

للمطعون ضده يتمثل فيما تكبده من خسارة بسبب اضطراره لإهمال محله التجاري خلال المدة التي قضاها في الخارج لأجل اختيار الآلات للمصنع اعتماداً على أن الطاعن جاد في وصول المفاوضات إلى غايتها وكذلك الخسارة التي لحقت بالمطعون ضده جراء حصول الطاعن منه على فكرة المشروع والسبق في تنفيذه مما نال من سمعته واعتباره في السوق التجاري. وعليه، فالطاعن ملزم بالتعويض عن هذه الأضرار الناتجة عن خطأ عملاً بالمادة (163) من القانون المدني، وحيث استند المطعون ضده في دعواه إلى الخطأ العقدي، فإن هذا لا يمنع المحكمة الاستئنافية من أن تبني حكمها بالتعويض على خطأ تقصيري متى بثت لها توافر هذا الخطأ. [1].

وعند تعويض المضرور في مرحلة المفاوضات يكون التعويض عن مسؤولية المفاوض التقصيرية بحدود الضرر الواقع فعلاً، استناداً لنص المادة (363) من القانون المدني والتي نصت على أنه: «إذا لم يكن الضمان مقدراً في القانون أو في العقد فالمحكمة تقدره بما يساوي الضرر الواقع فعلاً حين وقوعه» وسنداً لنص المادة (256) من ذات القانون والتي نصت على أنه: «كل إضرار بالغير يلزم فاعله ولو غير مميز بضمان الضرر»، وحيث إن المسؤولية التقصيرية تستند إلى أركان يجب توافرها للحكم بالتعويض على الطرف المخل وهي الخطأ، الضرر، وعلاقة السببية بينهما، فإن عبء إثبات الخطأ يقع على عاتق المضرور حيث إن الخطأ واجب الإثبات في المسؤولية التقصيرية.

وقد أكدت محكمة التمييز الأردنية على شروط توافر أركان المسؤولية التقصيرية ليصار إلى التعويض حيث جاء في قرارها: «وحيث أن أساس المطالبة بالتعويض يستند إلى أركان المسؤولية التقصيرية التي تقوم على توافر الخطأ والضرر وعلاقة السببية بينهما والخطأ يتمثل إخلالاً بالتزام قانوني يقصد منه بذل العينة والتبصر في السلوك الواجب حتى لا يضر الغير فإذا انحرف الشخص عن المألوف في سلوك الشخص العادي كان الخطأ يستوجب المسؤولية ومن ثم يؤدي إلى الإلزام بالتعويض الناشئ عن الخطأ لوقوع الضرر»[2].

1 قرار محكمة النقض المصرية بتاريخ 27/1/1966، نقلاً عن محمد عبدالظاهر حسين، الجوانب القانونية للمرحلة السابقة على التعاقد، بحث منشور في مجلة الحقوق، الكويت، ع2، السنة 22، 1998م.

2 قرار محكمة التمييز الأردنية بصفتها الحقوقية رقم 5767 لسنة 2020 الصادر بتاريخ 2021-2022، موقع قرارك.

وعليه فإن أثر المسؤولية التقصيرية في مرحلة ما قبل التعاقد تتمثل بالتعويض عن الفعل الضار، ولا يتصور اللجوء إلى التنفيذ العيني وإجبار المتفاوض الذي أخل بالتزامه على العودة إلى المفاوضات والسير بها[1].

والضرر الذي يتم التعويض عنه، يجب أن يكون أكيداً ومتحققاً بجهة المتفاوض الآخر ويشمل هذا التعويض الضرر الذي وقع بالمضرور وما لحقه من خسارة وما فاته من كسب.

وتدخل الأضرار المعنوية ضمن تقدير التعويض، حيث إن التعويض عن الاخلال في مرحلة المفاوضات يكون في حدود المسؤولية التقصيرية، ويشمل هذا التعويض الضرر الأدبين أن أي يتم تعويض المتفاوض المضرور عن الضرر الأدبي الذي لحقه جراء أفعال المتفاوض المخطئ، والمتمثلة بالإساءة بسمعة المتفاوض، وقد نصت المادة (267/1) من القانون المدني الردني على الضرر الأدبي حيث جاء بها: « 1- يتناول حق الضمان الضرر الأدبي كذلك. فكل تعد على الغير في حريته أو في عرضه أو في شرفه أو في سمعته أو في مركزه الاجتماعي أو في اعتباره المالي يجعل المعتدي مسؤولا عن الضمان».

وفي جميع الأحوال لا يتم تعويض المتفاوض المضرور عن الربح المأمول من العقد وهو ما اتجه إليه القضاء الفرنسي الحديث، حيث استبعد التعويض عن المزايا المنتظرة من العقد المنشود والربح المأمول منه[2].

هذا وقد بينا الطبيعة القانونية للمسؤولية المدنية في مرحلة ما قبل التعاقد وموقف القضاء الأردني واجتهادات محكمة التمييز الأردنية ازاء مرحلة المفاوضات، سنبحث في الفرع الثاني الطبيعة القانونية لهذه المرحلة واذا كانت تعد المسؤولية في مرحلة ما قبل التعاقد تقصيرية أم عقدية.

1 محمد حسن قاسم، مرجع سابق، ص 149.
2 مصطفى العوجي، مرجع سابق، ص 17، ومحمد قاسم، مرجع سابق، ص 149.

الفرع الثاني

الطبيعة القانونية للبند الجزائي في مرحلة ما قبل التعاقد في الاجتهاد القضائي الأردني

إن التفاوض على العقد ينتهي قانوناً في الوقت الذي يصدر فيه الإيجاب، وبالتالي يتشكل العقد المنشود، إذ في هذه اللحظة الحاسمة تكون المفاوضات قد حققت الغرض منها، وهو وصول الطرفين المتفاوضين إلى اتفاق على جميع المسائل الجوهرية للعقد، ومن ثم تنتهي مرحلة المفاوضات وتبدأ مرحلة إبرام العقد.

إذ إن عدم التزام المتفاوض بالمبادئ التي تحكم مرحلة ما قبل التعاقد، تقيم مسؤولية عن الخطأ الذي ارتكبه وألحق الضرر بالمتفاوض الآخر، وقد يكون هذا الخطأ متمثلاً بقطع المفاوضات بسوء نية أو بدون سبب جدي، هذه المسؤولية، وإن اختلف الفقه في تحديد طبيعتها القانونية إلا أنها تقوم على التعويض، أي تعويض المضرور عن الأضرار المادية والمعنوية (الأدبية) التي لحقت به جراء أفعال المتفاوض المخطئ[1].

كما رأينا سابقاً اختلاف الفقه والاجتهاد حول الطبيعة القانونية للمسؤولية المدنية في مرحلة ما قبل التعاقد، حيث اتجه البعض إلى اعتبارها مسؤولية عقدية تقوم على أساس إخلال بالتزام عقدي وهو عقد التفاوض.

واتجه البعض الآخر إلى اعتبارها مسؤولية تقصيرية تقوم على أساس الإضرار بالغير، ورأينا أيضاً بأن أكثر التطبيقات للبند الجزائي نجدها في العقود والمسؤولية العقدية، لكن ذلك لا يمنع من الاتفاق على البند الجزائي في ظل المسؤولية التقصيرية، فهل من الممكن لأطراف التفاوض الاتفاق على البند الجزائي في حال إخلال أحد الأطراف بالمبادئ العامة التي تحكم المفاوضات.

يمكن تصور اتفاق أطراف التفاوض على تعويض اتفاقي بينهما في حال أخل أحد أطراف التفاوض بمبدأ حسن النية، كأن يتفق المتعاقدان على أن يقوم المتفاوض الذي يفشي الأسرار والمعلومات التي قد حصل عليها نتيجة التفاوض بدفع تعويض معين متفق عليه بينهما للمتفاوض المضرور.

1يخضر مليس، مرحلة المفاوضات التعاقدية، بحيث منشور في مجلة المنار للبحوث والدراسات القانونية والسياسية، العدد1، جامعة يحيى فارس، المدية، الجزائر، العدد 1، 2017م، ص 169.

أيضاً يمكن للمتفاوضين الاتفاق على التعويض وإعمال البند الجزائي في حال إخلال أحدهما بشرط إعلام المتفاوض الآخر، حيث إن الإعلام يعد من أهم الواجبات التي فرضها مبدأ حسن النية في التفاوض، فيه يقرر التزاماً على عاتق الطرفين بالإدلاء للطرف الآخر بكافة البيانات والمعلومات التي لديه بخصوص العقد الذي تجري المفاوضة بشأنه، وذلك لتفادي قبول أحد الأطراف إبرام العقد دون دراية أو علم بمحل هذا العقد أو طبيعته أو حتى صفة المتعاقد الآخر لإبرام العقد دون مناقشته[1].

بالتالي يمكن أن تحدد البنود الجزائية مبلغاً مقطوعاً للتعويض عن ضرر ناجم عن خطأ تقصيري أو التعويض عن ضرر نتج عن خطأ تعاقدي على حدّ سواء[2].

عند البحث بإمكانية إعمال البند الجزائي في المسؤولية التقصيرية سواءً في مرحلة ما قبل التعاقد أم في حالة ارتباط وجود الأطراف بعلاقة تعاقدية في القانون الأردني وفي اجتهادات المحاكم الأردنية، لم نجد ما يؤيد فكرة إعمال البند الجزائي في إطار المسؤولية التقصيرية، وإنما نجد تطبيقاً له في المسؤولية العقدية وفي العقود الصحيحة فقط، وعليه فقد قررت محكمة التمييز الأردنية بقرارها الصادر بتاريخ (19/4/2012) ما يلي: «ونجد أن محكمة الاستئناف وبقرارها المطعون فيه قد غفلت عن معالجة هذين السببين ولم تبحث في مدى صحة الشروط الجزائية على ضوء مدى صحة عقود البيع الجارية بين الطرفين وهل تعتبر عقوداً صحيحة وترتب آثاراً قانونية من ضمنها العمل بما جاء في الشروط الجزائية أم أنها تعتبر عقوداً باطلة لا ترتب أثراً بين المتعاقدين سوى إعادة الحال إلى ما كانت عليه قبل التعاقد وكان يتعين والحالة هذه بحث هذا الأمر لما له من أهمية بالنتيجة التي يمكن الوصول إليها من ناحية إعمال الشرط الجزائي من عدمه»[3].

1 نزيه المهدي، الالتزام قبل التعاقدي بالأداء بالمعلومات المتعلقة بالعقد وتطبيقاته على بعض أنواع العقود، دراسة فقهية قضائية مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1982م، ص 39.

2 طلال المهتار، البند الجزائي في القانون المدني، أطروحة مقدمة استكمالا لمتطلبات درجة الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة باريس للحقوق والاقتصاد والعلوم الاجتماعية، باريس، فرنسا، 1974، ص57.

3 قرار محكمة التمييز الأردنية بصفتها الحقوقية رقم 522 لسنة 2012، الصادر بتاريخ 19/4/2012، منشورات موقع قسطاس.

لذا وحيث لم يأخذ المشرع الأردني بإمكانية إدراج البند الجزائي في المسؤولية التقصيرية، وإنما ترك سلطة تقدير التعويض للمحكمة وهي سلطة تقديرية[1]، شريطة أن يكون التعويض مساوياً للضرر[2]، وحيث إن القضاء الأردني اتجه إلى أن طبيعة المسؤولية المدنية في مرحلة ما قبل التعاقد هي مسؤولية تقصيرية، فلا يتصور الأخذ بالبند الجزائي الذي قد يتفق عليه أطراف التفاوض انطلاقاً من اعتبار ذلك استبعاداً لسلطة القضاء وهو مخالف لقاعدة آمرة وفقاً لنص المادة (270) من القانون المدني الأردني والتي جاء بها: «يقع باطلاً شرط يقضي بالإعفاء من المسؤولية المترتبة على الفعل الضار».

وهو ما أكدته محكمة التمييز الأردنية بقولها: «إن القاعدة أنه يقع باطلاً كل شرط يقضي بالإعفاء من المسؤولية المترتبة على الفعل الضار مادة (270) مدني لأن الإعفاء من المسؤولية مخالف للنظام العام إذ إن أجازته تيسر فتح باب الإضرار بالناس أو يدفعهم إلى عدم التحرز في تصرفاتهم»[3].

يتضح موقف القضاء الأردني من عدم إمكانية إعمال البند الجزائي في نطاق المسؤولية التقصيرية كما تبين لنا سابقاً. ولكن مع التطور التكنولوجي والصناعي المذهل في العصر الحديث ظهرت عقود جديدة تتسم بالتعقيد والتي يصعب معها إبرام العقد مباشرة عن طريق الإيجاب والقبول، وهذه العقود تسمى بعقود التفاوض الإلكترونية.

حيث إن إرادة الفرد بمقتضى مبدأ سلطان الإرادة في إطار القواعد العامة للقانون المدني تشرع وتنشئ لذاتها وهذا يعني أن للإرادة الحق في إنشاء ما تشاء من العقود دون التقيد بالعقود التي نظمها المشرع[4]، وعليه يتحقق لأي فرد أن يدخل في عقد من العقود غير المسماة في القانون، ونظراً للتطور وللحاجة الملحة لمواكبة التطورات التكنولوجية، فقد يشرع الأفراد إلى اللجوء إلى العقود الإلكترونية، فغالباً ما يلجأ الأشخاص، ولا سيما

1 نصت المادة (264) من القانون المدني الأردني على ما يلي: «يجوز للمحكمة أن تنقص مقدار الضمان أو أنْ لا تحكم بضمان ما إذا كان المتضرر قد اشترك بفعله في إحداث الضرر أو زاد فيه».

2 نصت المادة (266) من القانون المدني الأردني على أنه «يقدر الضمان في جميع الأموال بقدر ما لحق المضرور، من ضرر معافاته من كسب بشرط أن يكون ذلك نتيجة طبيعة للفعل الضار».

3 قرار محكمة التمييز الأردنية بصفتها الحقوقية رقم 8875 لسنة 2018، الصادر بتاريخ 23/4/2019، منشورات موقع عدالة.

4 أنور سلطان، أحكام الالتزام الموجز في النظرية العامة للالتزام – دراسة مقارنة – في القانون المصري واللبناني، بدون دار نشر، 2002، ص 92.

حالة عدم إمكانية التواجه في ذات المكان إلى إبرام عقود مفاوضات الكترونية، تشمل مفاوضات واقتراحات ودراسات واستشارات للوصول إلى العقد المنشود.

كما أشرنا سابقاً فإن ما يميز مرحلة المفاوضات هو عنصر الاحتمال، حيث يمكن إبرام العقد المنشود، ويمكن أن تصل تلك المفاوضات إلى طريق مسدود، وعليه يبقى لعقد المفاوضات أهميته في حال قيام المسؤولية العقدية لأي من طرفيه بإخلاله بالمبادئ التي تحكم تلك المفاوضات.

غالباً ما يلجأ الأطراف في مرحلة التفاوض الإلكتروني إلى تأمين تلك المفاوضات وبالتالي زيادة فرص التوصل إلى العقد النهائي، ويتم ذلك بوضع تنظيم اتفاقي للمفاوضات وذلك عن طريق إبرام العقود المنظمة للعملية التفاوضية، بحث يترتب على إخلال أي منهما بالتزاماته التعاقدية مسؤولية عقدية، وهو ما يعرف بعقد التفاوض الإلكتروني[1]. يمكن تعريف عقد التفاوض الإلكتروني بأنه: «عقد تمهيدي مؤقت يتم إبرامه وتنفيذه بوسائل إلكترونية عبر شبكة الإنترنت ويلزم جانبيه الدخول في التفاوض الإلكتروني والاستمرارية بحسن نية بهدف إبرام عقد الكتروني معين»[2].

لذا فإن خصائص عقد التفاوض الإلكتروني تتمثل في ما يلي: عقد رضائي، أي أنه يقوم على التراضي بتوافق الإرادتين بالإيجاب والقبول، وهو عقد ملزم للجانبين، أي أنه يفرض التزامات على عاتق طرفيه المتعاقدين، وهو عقد تمهيدي يهدف إلى التمهيد إلى العقد المنشود، وهو عقد مؤقت أي أنه محدد المدة ينتهي بالوصول إلى العقد المقصود.

وعليه فإن كان عقد التفاوض الإلكتروني يتمتع بتلك الخصائص، فهو عقد صحيح مرتب لآثاره، وعليه فإن اتفق الأطراف على التعويض المستحق في حالة إخلال أحدهما بالتزاماته، فيكون اتفاق الأطراف صحيحاً وفقاً للقواعد العامة التي تحكم المسؤولية العقدية، فيلزم أطراف العقد بالدخول في المفاوضات والبدء بها في الموعد المتفق عليه، فإذا اتفق الأطراف على قيمة التعويض أي البند الجزائي في حالة تأخر أحدهما في تنفيذ التزامه أو أخل به فيكون ذلك الاتفاق صحيحاً ويتم إعمال البند الجزائي على الرغم من أن هذه المرحلة تسبق مرحلة إبرام العقد المقصود، إلا أن إرادة الأطراف قد اتجهت إلى

1 خالد إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2006م، ص 229.
2 عقيل الدهان ومنذر الحلين، الإطار القانوني لعقد التفاوض الإلكتروني، بحث منشور في مجلة أهل البيت، العدد 8، جامعة أهل البيت، كربلاء، العراق، 2009م، ص 70.

تنظيم مرحلة التفاوض ضمن عقد.

ويلتزم الأطراف بالاستمرار بالمفاوضات وبحسن نية، والالتزام بالمواعيد المحددة للتفاوض، والالتزام بالمحافظة على سرية المعلومات الإلكترونية، كما يلتزم أطراف العقد بعدم التفاوض مع الغير أثناء فترة المفاوضات[1].

ويجب أن يكون الاتفاق بين الأطراف مبني على توافق إرادتيهما، والتزامهما بالإيجاب والقبول، فإن لم يكن كذلك فلا يكون بمثابة عقد وهو ما أقرته محكمة بداية عمان بصفتها الاستئنافية ما يلي: «أما بخصوص ما أبدته المستأنفة أنه كان يتوجب اعتبار الكتاب الذي وجهته المستأنفة للمستأنف بتجديد الاتفاقية فإن المحكمة تجد أن كتاب طلب عرض السعر لا يعدو أن يكون دعوة للتفاوض بموجب أحكام المادة (94/2) من القانون المدني وأن الدعوة للتفاوض تكون قبل إبرام العقد وليس أثناء سريانه كما هو الحال في الدعوى الماثلة الأمر الذي يستوجب معه الالتفات عما أبدته المستأنفة من هذه الناحية»[2].

ويجدر التمييز بين عقود التفاوض الإلكترونية، وعقد التجارة الدولية، حيث إن عقود التجارة الدولية هي تلك العقود المنصبة على معاملات تجارية موجهة لأن تتخطى حدود الدولة لتنتج آثارها في دولة أخرى، وتعتبر أهم وسائل التبادل التجاري الدولي والتي تنظم عملية تبادل السلع والخدمات التي تتم بين دولتين أو أكثر[3]، أما عقود التفاوض الإلكترونية فلا يشترط أن تنصب في التعاملات الدولية، بل أن تتم في ذات البلد ولكن إلكترونياً وليس وجاهياً.

وينادي الفقه والاجتهاد الحديث بمبدأ السيادة لاتفاقات الأطراف والقواعد التي تحكم علاقاتهم، حيث نصت الفقرة الأولى من المادة (1) من مجموعة المبادئ المتعلقة بعقود

1 خالد إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2006، ص 234.

2 قرار محكمة بداية عمان بصفتها الإستئنافية رقم 4559 لسنة 2021، الصادر ب تاريخ 6/9/2021. منشورات موقع قسطاس، كما نصت المادة (94) من القانون المدني الأردني على ما يلي: «1- يعتبر عرض البضائع مع بيان ثمنها إيجاباً. 2- أما النشر والإعلان وبيان الأسعار الجاري التعامل بها ولكل بيان آخر متعقل بعرض أو بطلبات موجهة للجمهور أو للأفراد فلا يعتبر عند الشك إيجاباً وإنما يكون دعوة إلى التفاوض».

3 عدنان العمر، الأصول القانونية للتجارة الدولية، ط1، دار الثقافة، عمان، الأردن، 2017م، ص 171.

التجارة الدولية على أن: «يكون الأطراف أحراراً في إبرام العقد وفي تحديد مضمونه»[1].

لذا حين تكون القواعد الاتفاقية محققة للأمان والعدالة، يقتضي من أطراف التفاوض، تحرير وصياغة الاتفاقات الممهدة لإبرام العقد النهائي، أي وضع التفاوضات ضمن إطار عقدي يضمن تحقيق العدالة والحماية لأطرافه، وبالتالي تزويد هذه الاتفاقات ببند جزائي لضمان عدم الإخلال بها، لما لهذا الشرط من قوة عقدية.

الخاتمة:

بعد هذا العرض لموضوع البند الجزائي والطبيعة القانونية له في مرحلة ما قبل التعاقد وموقف القضاء الأردني والاجتهادات القضائية الأردنية نلاحظ أن البند الجزائي كان معروفاً لدى التشريعات القديمة وتطورت أحكامه مع التطور السريع للعقود والمعاملات بين الأفراد، ونظراً لاتساع دائرة التعاملات و خاصة الالكترونية، و حيث أن العقد يعتبر وليد مفاوضات عدة قد تصل الى عدة سنوات قبل الوصول الى العقد المنشود، فكان لا بد من تنظيم أحكام هذه المفاوضات والمعروفة بمرحلة ما قبل التعاقد لضمان حسن النية لدى الأطراف المتفاوضين، وقد توصلنا من خلال البحث إلى عدة نتائج وتوصيات.

النتائج:

1- إن مسألة شرعية البند الجزائي في المسؤوليتين العقدية والتقصيرية قد فصلت فيها معظم التشريعات، إما بإقرارها في حدود المسؤولية العقدية، أو في حدود المسؤوليتين، وقد حسم القانون الأردني هذه المسألة في نص المادة (270) من القانون المدني بعدم جواز الاتفاق على الإعفاء من المسؤولية أو تعديلها وجعل أحكامها متعلقة بالنظام العام.

2- اختلف الفقه والاجتهاد حول الطبيعة القانونية للمسؤولية المدنية في مرحلة ما قبل التعاقد، حيث اتجه البعض إلى اعتبارها مسؤولية عقدية تقوم على أساس إخلال بالتزام عقدي وهو عقد التفاوض، بينما

1 مجموعة المبادئ المتعلقة بعقود التجارة الدولية لعام 1994. نقلاً عن أحمد الشوبري، التفاوض التعاقدي في إطاره القانوني وأثره في الالتزام، بحث منشور في مجلة كلية الدراسات الإسلامية والعربية للبنات، دمنهور، مصر، العدد 4، الجزء 1، 2019م، ص 1202، الهامش.

اتجه البعض الآخر إلى اعتبارها مسؤولية تقصيرية تقوم على أساس الإضرار بالغير.

3- حسم الاجتهاد القضائي الأردني الخلاف حول الطبيعة القانونية للمسؤولية في مرحلة ما قبل التعاقد واعتبر الاجتهاد القضائي الحديث المسؤولية في مرحلة ما قبل التعاقد (مرحلة المفاوضات) بعيدة كل البعد عن المسؤولية العقدية، حيث تعتبر هذه المرحلة سابقة للتعاقد، وعليه فإن التعويض الواجب على المدين المخل بالتزامه في مرحلة ما قبل التعاقد يتمثل في التعويض عن الفعل الضار.

4- يعتبر عقد التفاوض الإلكتروني عقدا رضائيا وملزما للجانبين، وهو عقد تمهيدي يهدف إلى التمهيد إلى العقد المنشود، ويتم بوضع تنظيم اتفاقي للمفاوضات وذلك عن طريق إبرام العقود المنظمة للعملية التفاوضية، بحث يترتب على إخلال أي منهما بالتزاماته التعاقدية مسؤولية عقدية.

التوصيات

1- نوصي المشرع الأردني بتنظيم أحكام المسؤولية مرحلة ما قبل التعاقد ضمن نصوص القانون.

2- نوصي المشرع الأردني بتنظيم أحكام العقود الالكترونية و عقود التفاوض الالكتروني وفقاً لما جاء في مجموعة المبادئ المتعلقة بعقود التجارة الدولية و التي نظمت أعمال وأحكام عقود التجارة .

3- نتمنى على المشرع الأردني إضافة نصوص قانونية ضمن القانون المدني تنظم عملية المفاضات العقدية (مرحلة ما قبل التعاقد) نظرا لأهميتها في الوقت الحاضر وارساءً لمبدأ التعاقد وفق مقتضيات حسن النية.

4- نتمنى من المشرع الأردني تحديد ماهية الخطأ في مرحلة ما قبل التعاقد، حيث يؤدي ذلك إلى جدية التعامل والتفاوض تفادياً للخطأ و بالتالي تطبيق قواعد المسؤولية على الطرف المتفاوض المخطئ.

المراجع:

1 – أحمد الشوبري، التفاوض التعاقدي في إطاره القانوني وأثره في الالتزام، بحث منشور في مجلة كلية الدراسات الإسلامية والعربية للبنات، دمنهور، مصر، العدد 4، الجزء 1، 9102م.

2– مصطفى العوجي، القانون المدني العقد، الجزء الأول، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2019م.

3– محمد حسن قاسم، القانون المدني الالتزامات العقد، المجلد الثاني، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان ،2018م.

4 – محمد عبدالظاهر حسين، الجوانب القانونية للمرحلة السابقة على التعاقد، بحث منشور في مجلة الحقوق، الكويت، ع2، السنة 22، 8991م.

5– نصيرة سعيد، عقود نقل التكنولوجيا في مجال التبادل الدولي، ط1، دار الفكر العربي، القاهرة، 1987م.

6– عبدالمجيد الحكيم، الكافي في شرح القانون المدني الأردني والقانون المدني العراقي والقانون المدني اليمني في الالتزامات والحقوق الشخصية، مصادر الالتزام، ج1، ط1، الشركة الجديدة للطباعة، عمان، الأردن، 1993م.

7– فؤاد العلوانين وعبد جمعة الربيعي، الأحكام العامة في التفاوض والتعاقد، ط1، بيت الحكمة، بغداد، 2002م.

8– ياسين الجبوري، المبسوط في شرح القانون المدني، ج2، دار العلم والثقافة للنشر و التوزيع،عمان، الأردن،2006م.

9– محمد جواد، العقود الدولية، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، بلا تاريخ نشر.

10– شيراز سليمان، حسن النية في إبرام العقود، ط1، دار دجلة، عمان، الأردن، 2008م.

11– سليمان مرقس، موجز أصول الالتزامات، مطبعة لجنة البيان العربي، القاهرة، مصر، 1961م.

12– يزيد نصر، مرحلة ما قبل إبرام العقد، بحث منشور في مجلة المنارة، العدد 3، جامعة آل البيت، الأردن، 2001م.

13– محمد الدسوقي، الجوانب القانونية في إدارة المفاوضات وإبرام العقود، بحث منشور في معهد الإدارة العامة، الرياض، 1415هـ.

14– عبدالرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، المجلد الثاني، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2009م.

15 – عمر محمد، الطبيعة القانونية للمسؤولية السابقة على التعاقد، بحث منشور على الموقع الالكتروني،0102 م

moc.adatnom–noomahoM.www

16– جلال العدوي، أحكام الالتزام، الدار الجامعية، بيروت، لبنان، بدون تاريخ نشر.

17– يخضر مليس، مرحلة المفاوضات التعاقدية، بحيث منشور في مجلة المنار للبحوث والدراسات

القانونية والسياسية، العدد1، جامعة يحيى فارس، المدية، الجزائر، 2017م.

18- نزيه المهدي، الالتزام قبل التعاقدي بالأداء بالمعلومات المتعلقة بالعقد وتطبيقاته على بعض أنواع العقود، دراسة فقهية قضائية مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1982م.

19- أنور سلطان، أحكام الالتزام الموجز في النظرية العامة للالتزام – دراسة مقارنة – في القانون المصري واللبناني، بدون دار نشر، 2002م.

20- خالد إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2006م.

21- عدنان العمر، الأصول القانونية للتجارة الدولية، ط1، دار الثقافة، عمان، الأردن، 2017م.

22 – عقيل الدهان ومنذر الحلين، الإطار القانوني لعقد التفاوض الإلكتروني، بحث منشور في مجلة أهل البيت، العدد 8، جامعة أهل البيت، كربلاء، العراق، 9002م.

الأبحاث باللغة الانكليزية:

1 - E. Allan Farnsworth Precontractual liability and Prelininary agreements, fair dealing and Failed Negotiations, Vol. 87, No. 2, March 1987, p. 218. Jstor.org/stable/1122561

2- Mustafa Al Awji, Civil Law, Contract, Al Halabi Publishing, Beirut, Lebanon, 2019

3- Mohammad Hasan Qasem, Civil Law, Obligations, Contract, 1st copy, Al Halabi Publishing, Beirut, Lebanon, 2018.

4- Naseera Saed, Technology transfer contract in international exchange, 1st copy, Al fekr Al Arabi publishing, Cairo, Egypt.

5- Abd Almajeed Alhakeem, sufficient explanation of Jordanian, Yemeni, Iraqi Civil Law in obligations, Sources of commitment, P.1, Copy 1, Al Jadedah Publishing, Amman, Jordan, 1993.

6- Foad ALalwaneen and Abd Jomaa Alrabeie, General Provisions of negotiations and contracts, copy 1, Bait Alhekmah publishing, Baghdad, Iraq, 2002.

7- Yaseen Aljbouri, simplified explanation of Civil Law, Dar Al Elem publishing, Amman, Jordan, 2006.

8- Mohammad Jawad, International Contracts, Copy 1, Dar Al Thaqafa publishing, Amman, Jordan.

9- Shiraz Suleiman, Good well In contracting, copy 1, Dejla Publishing, Amman, Jordan, 2008.

10- Sulaiman Markas, Summary of principles of obligations, Lejan Albayan press, Cairo, Egypt, 1961.

11- Yazeed Naser, pre-contracting phase, published paper in Almanara Journal. Vol. 3, Al AL Bait university, Amman, Jordan, 2001.

12- Mohammad AL Dasoqi, Legal aspects in negotiating and contracting, published paper in Al Edara Al Ammeh Journal, Suadi Arabia.

13- Abd Al Razzaq Al Sanhouri, The Mediator in explaining Civil Law, part 1, vol 2, Al Halabi publishing, Beirut, Lebanon, 2009.

14- Jalal Al Adawi, Provisions of commitment, Beirut, Lebanon.

15- Yakhdor Mallees, contracts negotiations phase, Published paper in AL Manar journal for legal and political studies, vol 1, Yahia Fares University, Algeria, 2017.

16- Nazeeh Al Mhadi, Pre-contractual commitment to perform information related to the contract and its applications to some types of contracts, a comparative jurisprudential study, Cairo, Egypt, 1982.

17- Anwar Sultan, Commitment Provisions summary in General theory of commitment, Comparative study between Lebanese and Egyptian law, 2002.

18- Khaled Ibrahim, Electronic Contract, Dar Al Fekr AL Jamei publishing, Alexandria, Egypt, 2006.

18- Adnan Al Omar, Legal Principles of international trade, copy 1, Da rAl Thaqafa publishing, Amman, Jordan, 2017.

المواقع الالكترونية:

1- www.Mohamoon-montada.com

2- www.qarark.com

3- https://qistas.com