



وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة الجليلي بونعامة خميس مليانة

كلية الحقوق والعلوم السياسية.

قسم الحقوق.

دور المفاوضات في إنجاز تنفيذ العقد التجاري الدولي

مذكرة لنيل شهادة الماستر

تخصص: قانون الأعمال

بإشراف:

د. شكيرين ديلمي

من إعداد الطالب:

لسلوس حكيم

لجنة المناقشة:

- 1) الأستاذ: يحيوي سعيد..... رئيسا
- 2) الدكتور: شكيرين ديلمي..... مشرفا و مقرا
- 3) الأستاذ: كرتوس أنيسة..... عضوا مناقشا

تاريخ المناقشة: 2019/06/26

السنة الجامعية: 2018/2019

تشكرات

الحمد لله المعين والهادي إلى سواء السبيل الذي بعونه وسره أتمنا إنجاز هذا العمل المتواضع، وبعد قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: " من لم يشكر الناس لم يشكر الله، ومن أسدى إليكم معروفا فكافئوه، فإن لم تستطيعوا فادفعوا له "

وأثني بقول الإمام الشافعي رحمة الله عليه:

ما الفخر إلا لأهل العلم أنهم على الهدى لمن اهتدى أدلاء

ففر بعلم تعش به حيا أبداً فالناس موتى وأهل العلم أحياء

لأجل ذلك يشرفني أن أتوجه بالشكر الجزيل إلى الأستاذ الفاضل شكيرين ديلمي

على صبره وعلى دعمه لي، والذي لم ييخل علي بما حباه الله من علم .

كما أشكر كل أساتذة فسم الحقوق وبالأخص الأساتذة الذين أشرفوا على تدريسي

خلال مسار دراستي من أجل نيل شهادة ماستر تخصص قانون أعمال.

وأشكر كل موظفي المكتبة بقطبيها القديم والجديد.

كما لا أنسى رئيسي في العمل السيد عيشوني سليم ، الذي أكن له كل الاحترام

والتقدير على تقديمه الدعم المعنوي وصبره علي طيلة سنتي الدراسة.

وإلى كل من شجعني من قريب أو بعيد

مقدمة:

لقد أخذت نظرية العقد حظا وافرا من الدراسة من قبل رجال الفقه والقانون ، وهو ما لم تعرفه النظريات الأخرى وذلك راجع إلى الدور الذي يلعبه العقد في حياتنا اليومية فهو الأساس الذي تقوم عليه المعاملات المالية في المجتمع سواء على المستوى المحلي أو الدولي.

فالعقد هو الوسيلة القانونية التي يلجأ إليها الأشخاص من أجل تنظيم العلاقات فيما بينهم حيث يحددون من خلاله الحقوق والالتزامات، والمشرع الجزائري على غرار باقي التشريعات عني بتنظيم أحكامه وجعله المصدر الثاني للالتزام بعد القانون ، وبالتالي جدير به أن يلم بجميع المراحل التي يمر بها إبرام العقد لا سيما تلك المرحلة التي يتم فيها بناء العقد وتكوينه.

ولقد كان العقد في الماضي يتم بمجرد التعبير عن إرادتين متطابقتين أي اقتران الإيجاب بالقبول، أي أن التعاقد لا يأخذ وقتا طويلا، وهذا ما أصبح لا يتناسب والعقود ذات التعقيد الفني والمالي والقانوني التي أفرزها العصر الحديث، إذ شهد العديد من التطورات الاقتصادية والتكنولوجية والتي أثرت بشكل كبير على بنیان العقد، فظهرت طائفة من العقود تتصف بالتركيب والتعقيد لأنها ترد على مشروعات عملاقة تقوم بها عادة شركات كبرى متعددة الجنسيات ومليئة بالتعقيدات الفنية والمالية والقانونية.

كل هذه الظروف جعلت من الضروري أن تسبق إبرامها مرحلة من المفاوضات التي تستغرق في كثير من الأحيان وقتا طويلا يتم من خلالها مناقشة وتحديد شروط العقد ودراسة جدواه الاقتصادية والفنية وبالتالي أصبح ينظر للإيجاب والقبول بأنهما المحصلة النهائية للتفاوض فعلى غرار ما ذكرناه سابقا، فإن ثمة مرحلة أولية تسبق مرحلة إبرام العقد وتمهد له

في كثير من الحالات ألا وهي مرحلة المفاوضات، وهي مرحلة لا تقل أهمية عن مرحلة إبرام العقد ، فمن خلالها يتم الإعداد والتحضير للعقد محل التفاوض وذلك بالوقوف على جميع جوانبه الفنية والمالية والقانونية وتسليط الضوء على الصعوبات المتوقعة أثناء تنفيذه والعمل على إذلالها، حيث يمكن من خلال هذه المرحلة الحاسمة معرفة الطرف المتعاقد وظروفه المالية وكذا كفاءاته الفنية، كما يتم تحديد الحقوق والالتزامات المتبادلة بين الطرفين التي ستنشأ عن العقد وتحديد القانون الواجب التطبيق على العقد لا سيما إذا كان هذا العقد دولياً وتحديد وسائل تسوية المنازعات التي قد تنشأ بين الطرفين مستقبلاً حيث تتجلى أهمية هذا البحث في أربعة جوانب:

الجانب الأول: يتمثل في قلة تناول موضوع التفاوض في مجال التجارة الدولية رغم أهمية هذه المرحلة فإنها لم تحظى بالدراسة الكافية من قبل الفقهاء ورجال القانون مقارنة بالمؤلفات التي تناولت العقود والالتزامات دون التطرق إلى مرحلة التفاوض ، إلا فيما يتعلق ببعض الأبحاث المتخصصة التي لم تظهر إلا في منتصف العقد الأخير من القرن الماضي ، ومن ثمة يمكن القول أن أهمية دراسة موضوع المفاوضات في عقود التجارة الدولية تكمن في تسليط الضوء على مرحلة المفاوضات وما يترتب عنها من مسؤوليات.

الجانب الثاني: يتعلق بأن مرحلة المفاوضات هي مرحلة وقائية بالنسبة لطرفي التفاوض ، فالمفاوضات تمنح لأطرافها فرصة الاتفاق حول الشروط التي تتناسب ومصالحهم فيما أن يقررا إبرام العقد أو عدم إبرامه وذلك تقادياً لإبرام عقد يؤدي إلى نشوب نزاعات في المستقبل.

الجانب الثالث: ويتجسد من خلال الأهمية البالغة للمعاملات ذات الطابع المالي والفني الكبيرين والتي يحتاج تنفيذها عدة سنوات وتحفها المخاطر من كل جهة ، كالعقود المتعلقة بإنشاء المصانع أو عقود الشراكة في مجال الصناعات التي تحتاج إلى تكنولوجيا عالية.

الجانب الرابع: إيماننا منا بأهمية المفاوضات في إبرام عقود التجارة الدولية ومدى الالتزام بما تتضمنه هذه المرحلة وكذا المسؤوليات التي تنجر عن قطعها.

ومن أهم العقبات التي تصادف عملية التفاوض، قطع المفاوضات وهي عقبات تصطدم مع مبدأ آخر لا يقل أهمية عن مبدأ المسؤولية وهو حرية التعاقد.

وهذا ما جعلنا نسلط الضوء من خلال دراستنا على الخوض في بحث المرحلة ما قبل التعاقد التي يتم فيها التفاوض حول العقد تمهيدا لإبرامه وهي المرحلة التي يتباحث من خلالها الأطراف حول بنود العقد المزمع إبرامه والمتضمنة مختلف النقاط التي تتعلق بخصوص محل العقد مثل طريقة حل النزاع ، طريقة دفع الثمن، وكذا استلام وتسليم البضاعة...إلخ.

إلا أن هذا لا يترك هكذا وإنما يجب الحد من مبدأ حرية التعاقد حتى لا يتلمص أي طرف من مسؤوليته إزاء قطع التفاوض وبالتالي استوجاب جبر الضرر الذي أصاب الطرف الآخر وهذا ما يتنافى مع مبادئ العدالة وما يقتضيه مبدأ حسن النية من ضرورة مراعاة الأمانة والثقة بين الطرفين المتفاوضين، لذا كان لزاما على القانون بأن يتدخل لتنظيم مرحلة التفاوض من جميع جوانبها.

فبناء على ما سبق ذكره ارتأينا أن نطرح الإشكالات الآتية:

ما المقصود بالمفاوضات في عقود التجارة الدولية؟ وما يميزها عن باقي المصطلحات المشابهة لها؟ وما موقف القانون المقارن من قطع المفاوضات وما هو الأساس القانوني الذي تعتمده مختلف التشريعات الدولية المقارنة لقيام المسؤولية المدنية الناشئة عن مرحلة التفاوض؟ وما طبيعتها القانونية؟ وما شروط قيامها وما هي آثارها؟ وما موقف المشرع الجزائري من تنظيم مرحلة التفاوض؟ وفيما يكمن دور المفاوضات في العقود التجارية الدولية؟ وما عوامل نجاحها؟ وما هو الدور الذي يلعبه المستشار القانوني في مرحلة التفاوض؟

نهدف من خلال دراستنا بحث المرحلة ما قبل التعاقدية التي يتم فيها التفاوض على العقد تمهيدا لإبرامه وهي المرحلة التي يتم فيها مناقشة وتحديد شروط العقد المرتقب من جانب الطرفين وتنتهي هذه المرحلة بصدور إيجاب بات ببند العقد.

وبغرض الإجابة عن الإشكاليات السابقة وجدنا بضرورة اعتمادنا ثلاث مناهج أساسية وهي :

أ- المنهج الوصفي: ويتجلى من خلال ضبط التعاريف والمصطلحات ذات الصلة بموضوع دراستنا.

ب- المنهج التحليلي: ويظهر من خلال وقوفنا عند الأفكار وبعض النقاط التي تحتاج إلى شرح وتحليل.

ت- المنهج المقارن: ويظهر جليا عند عرضنا لموقف القانون المقارن في تأصيل الطبيعة القانونية للمسؤولية الناشئة عن قطع المفاوضات.

كما اعتمدنا من خلال دراستنا على الاستنباط وذلك من خلال عرض أهم المشكلات ومحاولة إيجاد الحلول المناسبة لها، وذلك من خلال استخلاص هذه الحلول من القواعد العامة نظرا لعدم وجود نصوص خاصة بشأن تنظيم مرحلة المفاوضات والمسؤولية التي تترتب عن قطعها.

كما تجدر بنا الإشارة إلى ذكر بعض الصعوبات التي واجهتنا أثناء إنجاز هذا البحث ويمكن تلخيص أهم هذه الصعوبات من خلال مايلي:

- قلة المراجع المتخصصة في موضوع دراستنا وفي حقيقة الأمر يرجع ذلك إلى أن اهتمام الفقه بموضوع التفاوض كمرحلة ممهدة لإبرام العقد لم يظهر إلا حديثا من جهة، ومن جهة ثانية عدم تناول فقهاء القانون العرب الموضوع محل دراستنا إلا في منتصف العقد الأخير من القرن الماضي ، فالمؤلفات التي تناولته هي قليلة مقارنة بالمؤلفات الغربية،

وبهدف تحديد مجال دراستنا وجدنا بضرورة تقسيم بحثنا إلى فصلين رئيسيين وهما على التوالي:

الفصل الأول: نتناول من خلاله ماهية المفاوضات في العقود التجارية الدولية حيث نحدد مفهوم العقد التجاري ، ثم نميزه عن العقد المحلي من خلال إبراز أهم خصائصه، ثم ننتقل إلى ضبط مفهوم المفاوضات من خلال سرد بعض التعريفات التي تخصه، كما نتناول من خلال هذا الفصل مسألة قطع المفاوضات وصورها بها وكذا موقف القانون المقارن في تأصيل الطبيعة القانونية للمسؤولية الناشئة عن قطع المفاوضات، إلى جانب موقف المشرع الجزائري.

الفصل الثاني: نتطرق من خلاله إلى تبيان النظام القانوني للمسؤولية المدنية الناشئة عن مفاوضات العقد التجاري الدولي وذلك من خلال تحديد أساس قيام هذه المسؤولية وكذا الآثار المترتبة عنها، ثم ننتقل إلى إبراز دور المفاوضات في العقد التجاري الدولي وعوامل نجاحها مبرزين انعكاسها الإيجابي على الجانب الاجتماعي والاقتصادي والقانوني وكذا الدور الذي يلعبه المستشار القانوني في هذه المرحلة، والذي لامحالة يسعى جاهدا لإنجاحها وكسب رهانها لصالح مستشاريه.

الفصل الأول

ماهية المفاوضات في العقود التجارية الدولية

قبل الخوض في مناقشة موضوع المفاوضات، لا بد أن نعرّج على تحديد مفهوم العقد التجاري الدولي ولما كانت دراسة فكرة التفاوض في العقد حديثة نسبياً فهي لم تكن محل اهتمام الفقهاء إلا في بداية القرن الماضي لاسيما مع ظهور الثورة الصناعية الأولى والثانية والتي عرفت ازدهاراً في مجال الصناعة والتكنولوجيا.

ومما لا شك فيه أن التطور في مجال الصناعة يعرف ديناميكية في شتى مجالات الحياة الاقتصادية، الاجتماعية والسياسية بات من الضروري الالتجاء إلى تقنيات التفاوض باعتبارها الممهّد لإبرام العقد من عدمه كما تعمل على تقادي أطراف العقد المخاطر التي تنجر عن إتمام إجراءات إبرامه مما قد يلحق بأحدهما خسائر لا يمكن تداركها كما أن من شأن المفاوضات إزالة اللبس والغموض الذي يحيط ببند العقد مما يؤدي إلى تقادي المنازعات التي قد تثار بشأن تنفيذ العقد، كما أن فشل المفاوضات خير من إبرام عقد فاشل كما يرى بعض الفقه أن: "إنهاء التفاوض خير من إنهاء العقد"¹.

ولما كانت مرحلة التفاوض مرحلة ما قبل تعاقدية فلأطراف التعاقد الحرية في إتمام إجراءاته من عدمه²، وهنا يثار الإشكال حول ماهية المفاوضات لا سيما وأن مشكل قطع المفاوضات شائع الوقوع في الحياة العملية وفي هذا الشأن ثار جدل فقهي كبير حول تحديد الطبيعة القانونية للمسؤولية المدنية الناشئة عن قطع المفاوضات إلا أنهم اختلفوا في تحديد

¹ محمد حسين عبد العال، التنظيم الاتفاقي للمفاوضات العقدية، دار النهضة العربية، مصر، طبعة 1998، ص12.

² قندوسي سعاد، المفاوضات في عقود التجارة الدولية، مذكرة لنيل شهادة الماستر، جامعة الطاهر مولاي، سعيدة، الجزائر، السنة الجامعية 2013/2014، ص5.

نوع هذه المسؤولية إن كانت مسؤولية تقصيرية أو عقدية، لذا سنتطرق في هذا الفصل إلى
مبحثين رئيسيين وهما على النحو الآتي كما يلي:

المبحث الأول: مفهوم العقد التجاري ومفاوضاته

المبحث الثاني: قطع المفاوضات

المبحث الأول

مفهوم العقد التجاري الدولي ومفاوضاته

بهدف الوقوف على ضبط تعريف مفاوضات العقد التجاري الدولي يتطلب منا ضبط
مفهوم العقد التجاري الدولي وهذا ما سنحدده من خلال المطالبين الموالين وذلك على النحو
الآتي:

المطلب الأول: مفهوم العقد التجاري الدولي

المطلب الثاني: مفهوم المفاوضات

المطلب الأول

مفهوم العقد التجاري الدولي

سنتناول من خلال هذا المطلب مفهوم العقد التجاري الدولي من خلال تقسيمه إلى
فرعين رئيسيين كما يلي:

الفرع الأول: تعريف العقد التجاري الدولي

لقد تعددت التعاريف بشأن العقد التجاري الدولي، لكن ذلك يتطلب منا الوقوف على
ضبط مفهوم العقد التجاري بصفة عامة كما تجدر الإشارة إلى أن بعضا من الفقه ينكر
وجود العقد التجاري وذلك لافتقاره إلى كيان مستقر وفي مقدمتهم الفقيه "ريبير" الذي يرى
بعدم وجود عقود تجارية بالمعنى الذي يوحي به الاصطلاح، بل هناك عقود مسماة بـ"بيرمها"

التجار فيكسبها طابع التجارية، حيث يقوم بها التاجر لصالح تجارته، لذا يصعب وضع تعريف دقيق للعقود التجارية، مما أدى ببعض الفقهاء إلى محاولات ضبط تعريف يفي بالغرض ففي هذا الشأن عرّفه الفقيه الدكتور عبد «الحي حجازي» على أنه: " هو العقد الذي يجريه التاجر إذا كان متصلا بحرفته التجارية " إلا أنه وجه إليه النقد لاعتماده على أساس شخصي وهو صفة التاجر متجاهلا بذلك العقود التي يجريها غير التاجر بقصد المضاربة¹.

كما عرّفه الأستاذ ريني روديار بأنه: " نقصد بالعقود التجارية الدولية الالتزامات التعاقدية التي تكون عملا تجاريا بالنسبة للأطراف، وبمعنى آخر هي الأعمال التجارية أو الأعمال المختلطة التي يتم صياغتها في الشكل الخاص بالعقود².

أما فيما يخص العقد التجاري الدولي، فإنه ليس من اليسير وضع تعريف دقيق للعقد التجاري الدولي، لأن الفقه القديم لم ينظر إلى العقود من جانب دوليته، ولعل أن أكبر دليل على ذلك هو أن بعض الاتفاقيات الدولية في مجال التجارة الدولية لم تعرف العقد الدولي وإنما تكتفي بنطاق تطبيق الاتفاقية، وقد أجمعت أغلب الدراسات والأبحاث حول أن العقد التجاري الدولي " عبارة عن مجموعة تصرفات قانونية اتفاقية تجري بين أطراف متصلة بالقانون الخاص لإجراء تجارة دولية بينهم " وبذلك يكون قانون التجارة الدولية قد عرف العقد التجاري الدولي الذي يرى العديد من المؤلفين أنه: " اتفاق دولي ذو طابع تجاري أو مدني ينظم علاقات يحكمها القانون الخاص، وتتكفل قواعد القانون الخاص بتحديد القانون الداخلي الواجب التطبيق عليه والمحكمة المختصة بنظر المنازعات الناشئة عنه"³.

1 أحمد محرز، القانون التجاري الجزائري، الجزء الرابع، دار النهضة العربية للنشر، الجزائر طبعة 1980 - 1981 ، ص08.

2 نفس المرجع السابق، ص09.

3 عمر سعد الله ، قانون التجارة الدولية، " النظرية المعاصرة"، الطبعة الأولى، دار هومة للنشر، الجزائر، طبعة 2007، ص157،156،158.

الفرع الثاني: خصائص العقد التجاري الدولي

كما سبق ورأينا آنفاً، فإنه من الصعوبة تعريف العقود التجارية محلية كانت أو دولية إلا أنه من المستقر أن العقود تتميز بخصائص نذكرها كما يلي¹:

أولاً: العقود التجارية عقود رضائية

فركن الرضا أو التراضي المقصود به توافق الإرادتين وتطابق الإيجاب والقبول يؤدي إلى انعقاد العقد، فالعقد ينتج أثره بمجرد تبادل الطرفين التعبير عن إرادتين متطابقتين.

ثانياً: العقود التجارية عقود معاوضة

ويقصد بذلك تبادل الالتزامات فيما بين طرفي العقد، رغم ظهور بعض العقود أنها تتم على سبيل المجاملة أي تبدو وبغير مقابل ظاهر ولكنها تعتبر مع ذلك عقود تجارية لانتهاء نية التبرع، كما هو الحال بالنسبة للبيع بتخفيض كبير عند تصفية بعض البضائع وكما في الخدمات المجانية التي يقدمها البنك لعملائه، فكل هذه المعاملات تظهر للوهلة الأولى على أنها دون عوض، إلا أنها بعوض، وهذا ما يدخل في إطار التسويق الاستراتيجي الذي يعمل على جلب العملاء وكذا الزبائن.

ثالثاً: محل العقد التجاري الدولي

يقصد بمحل العقد موضوع العقد، أي الشيء الذي يدور حوله العقد ومن شروطه أن يكون موجوداً أو قابلاً للوجود، أي أن لا يكون مستحيلاً أو غير ممكناً، كما يجب أن يكون مشروعاً أي غير مخالف للآداب العامة والنظام العام مع العلم أن فكرة الآداب العامة فكرة نسبية إذ قد يعتبر ما يكون منافياً للآداب العامة² في الجزائر غير ذلك في فرنسا، وتجدر الإشارة إلى أن هناك بعض الخصائص تميز العقود التجارية الدولية المحلية عن العقود التجارية المحلية ونذكرها كما يلي:

¹ أحمد محرز، مرجع سابق، ص 11.

² وهي فكرة تتأثر بالديانات، وما تقره من تعاليم وقيم أخلاقية.

1- ميزة الشروط العامة:

ويقصد بهذه الميزة أن عقد التجارة الدولية يحتوي على شروط عامة تمثل قانونا خاصا يحكم كافة جوانب العقد دون حاجة إلى قانون المشرع، وهي بنفس مفهوم رضائية العقد التجاري المحلي حيث يتفق الأطراف حول تحديد الشروط والقواعد العامة التي يستعينون بها في إتمام تعاقدهم¹.

2- ميزة دولية العقد:

إذ تتسم العقود التجارية الدولية بصفاتها الدولية، وتظهر هذه الصفة إذا وقع في شأن أحكام العقد تنازعا بين القوانين الدولية من حيث أهلية المتعاقدين وشروط التعاقد وموضوع العقد والقواعد التي تحكم شكل العقد وموضوعه.

3- ميزة الطرف الأجنبي:

ما يميز العقد التجاري الدولي أنه يتضمن وجود طرف أجنبي متعاقد قد يكون فردا أودولة أو شركة² والشركة هنا غالبا ما تكون شركات متعددة الجنسيات التي تحوي عدة فروع عبر العالم، والتي تحاول السيطرة والهيمنة على الأسواق العالمية بهدف احتكارها³، وهذا حال السوق العالمي في يومنا، إذ لا بقاء الضعيف، وعلية أضحى من واجبا الاحتياط ومواجهة هذه الشركات التي باتت تشكل خطرا خاصة على دول الشرق الأوسط والمغرب العربي الذي ننتمي إلى جغرافيته، خاصة وأن هذه الدول باتت تعاني من التبعية الاقتصادية

¹ وهي شروط وأركان تشترك فيها كافة التشريعات القانونية في مجال العقود، محلية كانت أو دولية كما هو الحال بالنسبة للمشرع الجزائري الذي تناول موضوع العقود في المواد 106 وما يليها من تقنينها المدنية.

² www.google، منتدى القانون التجاري، ماهية العقود التجارية ونظامها القانوني، 22:16، 2019/04/23.

³ وهي الشركات التي تحوي شركة أم في الدولة الأصلية لها أو في دولة أخرى وفروع عدة عبر عدة دول، ونأخذ على سبيل المثال شركة كوكا كولا، وهي تهدف إلى السيطرة على الأسواق العالمية.

وهي ضرب من الاستعمار الغير مباشر، مما يتطلب على تشريعاتها الاحتياط وذلك من خلال سن قوانين الاستثمار التي تتماشى ومصالحها.

المطلب الثاني

مفهوم المفاوضات

يقاس مدى نجاح أي عقد تجاري دولي بمدى نجاح مفاوضاته، فهذه المرحلة الحاسمة دور فعال في عملية إبرام العقود فلهذا الغرض ارتأينا أن نقوم بدراسة الإطار المفاهيمي القانوني لها وهذا ما دفعنا إلى تناول هذا المطلب على النحو التالي:

الفرع الأول: نتناول فيه تعريف المفاوضات أو التفاوض.

الفرع الثاني: ونخصه لتمييز التفاوض عن المصطلحات المشابهة له.

أما الفرع الثالث: نبرز فيه موقف المشرع الجزائري من مرحلة المفاوضات.

الفرع الأول: تعريف التفاوض

بهدف ضبط مفهوم دقيق للتفاوض من الجانب القانوني، وجب الوقوف عند التعريف الاصطلاحي، فالمفاوضة في اللغة العربية هي المساواة والمشاركة¹ فنقول فإوضه في أمره أي جاره، وفأوضوا الحديث، أخذوا فيه وتفاوض القوم في الأمر أي فأوض فيه بعضهم بعض، ففي حديث معاوية قال لدغفل بن حنظلة، بما ضبطت ما أرى؟ قال بمفاوضة العلماء، قال وما مفاوضة العلماء: قال كنت إذا لقيت عالما أخذت ما عنده وأعطيته ما عندي² أما في اللغة اللاتينية Négociation وترادفها في اللغة الفرنسية Négociation

¹ قندوسي سعاد، مرجع السابق، ص6

² قندوسي سعاد، مرجع السابق، ص6 .

وهي تتضمن سلسلة من المحادثات¹ وتبادل وجهات النظر بين الطرفين بهدف الوصول إلى اتفاق، وقد تم التأسيس لهذا العلم الذي أصبح يضاهي باقي العلوم الأخرى على غرار العلوم الإنسانية والاجتماعية... إلخ، وقد أصدرت عدة مؤلفات بمختلف لغات العالم².

أما فيما يخص التعريف الاصطلاحي للتفاوض فقد ورد في شأنه عدة محاولات لضبط تعريف دقيق ولعلمن أهمها نسرد مايلي:

فالعديد carbonier عرّف التفاوض بأنه: " تلك المرحلة التمهيديّة التي يتم فيها دراسة ومناقشة شروط العقد وفي هذه المرحلة لا يكون العقد قد تمّ بل ليس هناك إيجاب بالعقد تمّ قبوله وإنما هناك فحسب عروض وعروض مضادة"³، أمّا الأستاذ letourneau اعتبر أنّ التفاوض يتضمّن اقتراحات واقتراحات مضادة فيها يكون الانفتاح والانسحاب وفترات ترتفع الهمة وأخرى تفتقر فيها لذا فإنّه اعتبر أنّ التفاوض لعبة بامتياز.

-التفاوض على العقد يعتبر مرحلة تمهد لإبرام العقد ، فعلى غرار باقي العقود الفورية التي لا تتطلب تفاوضاً، كإجراء متطلبات الحياة اليومية فإنّ بعض العقود ذات الأهمية البالغة والقيمة المالية الضخمة فإنّها تحتاج إلى أخذ ورد بشأن التفاوض حول الثمن وكذا الجودة، كما أنّ هناك عقود لا تسمح بطبيعتها بالتفاوض، أي أنّ التفاوض بشأنها مستبعداً تماماً لأنّ تحديد شروط العقد فيها خاضع إلى مطلق إرادة أحد الأطراف ولا يسع للمتعاقد الآخر إلاّ الإذعان لبنود العقد وقد اصطلح الفقه على تسميتها بعقود الإذعان⁴، فيرى الدكتور محمد حسين عبد العال: " إن عدم التفاوض في هذه العقود يكمن في الخطر الذي يفرضه أحد

¹ والمحادثات تتطلب أخذ ورد في الآراء والاقتراحات .

² حيث نجد أنّ المؤلفات التي تناولت موضوع المفاوضات التجارية الدولية هي قليلة مقارنة بالمراجع المؤلفة باللغات الأجنبية.

³ رجب كريم عبد الله، التفاوض على العقد (دراسة تأصيلية تحليلية مقارنة)، دار النهضة العربية، القاهرة، طبعة 2000، ص62.

⁴ عبد الرزاق السنهوري، في شرح القانون المدني، مصادر الالتزام، ج1، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، 1952، ص229 .

المتعاقدين ولذا فإن مراعاة الدقة تقتضي القول بأن الإذعان ليس دائما وليد لانعدام المفاوضات وإنما هو حتمية أو كنتيجة لحظرها¹.

ويرى الأستاذ يسري عوض عبد الله أنم المفاوضات في التجارة الدولية تعني: " تبادل وجهات النظر في مسألة تجارية بين طرفين أو أكثر بقصد الوصول إلى اتفاق مشترك يخدم مصلحة الأطراف وينتج عنه انتقال رؤوس الأموال والبضائع والخدمات من دولة إلى أخرى "

فعلى ضوء تعريفه للتفاوض، يخرج من مفهوم المفاوضات التجارية الدولية الجدل تمسك المتفاوضين كل برأيه اعتقادا منهما بصحته دون الإنصات للطرف الآخر، وعدم مقدرة أي من الطرفين إقناع الآخر بالرأي الذي يتبناه، وهذا ما يتنافى مع مفهوم التفاوض الذي ينطوي على الإقناع والحث على تقبل وجهات النظر المخالفة للوصول إلى اتفاق وسط أو تقبل الرأي المخالف وتبنيه، كما يخرج من مفهوم الأستاذ المناقشة بمفهومها المتعارف عليه والتي لا تهدف بها التوصل إلى اتفاق مع الآخرين كما أن المناقشة تكون غير فعالة في إقناع وحث الآخر بتقبل الرأي الآخر، أي أنه مجرد أسلوب لمعرفة وجهات النظر المختلفة حول قضية معينة، على نقيض التفاوض الذي لا بد أن يكون له هدف، لذلك فإن المناقشة أحد مظاهره.

ومن خلال بحثنا وتعمقنا في عديد آراء الفقهاء والمؤلفين بهذا المجال توصلنا إلى أن التفاوض يشمل المناقشة والحوار الذي يتم بين الأطراف المتفاوضة وكذلك تبادل الاقتراحات والمساومات والمكاتبات والتقارير والدراسات الفنية بما في ذلك الاستشارات القانونية التي يتبادلها أطراف التفاوض ليكون كل منهما على بينة من أفضل الأشكال القانونية التي تحقق المصلحة وللتعرف على ما يسفر عنه الاتفاق من حقوق والتزامات لطرفيه، وهذا ما ذهب إليه الدكتور أبو العلاء النمر، حيث أعطى تعريفا يقترب من الصواب، وهو تعريف جامع، فعلى ضوء ما سبق ذكره، نجد أن مفهوم المفاوضات يتسع ليشمل خطابات النوايا

¹ انظر محمد حسين عبد العال، مرجع السابق، المرجع السابق، ص 21 .

والمقترحات الأولية التي يبديها أحد الطرفين، كإعلان الرغبة في التعاقد ولو لم يصل إلى حد الإيجاب الكامل والمقترحات المضادة التي يتقدم بها الطرف الآخر والنقاشات التي تدور سواء كانت شفوية أو مكتوبة، وسواء كانت مباشرة أو عن طريق أحد مكاتب الخبرة المتخصصة التي تشمل شتى المعلومات والدراسات الفنية والاقتصادية والقانونية المتبادلة بين الطرفين شريطة أن يتم ذلك بقصد التوصل إلى اتفاق وبمعنى أدق التوصل إلى أفضل إطار عقدي لصياغة علاقتهما وتحديد حقوق والتزامات كل منهما¹.

ونرى من خلال توصلنا إلى ما ذهب إليه الفقه والعارفين بمجال المفاوضات أن التفاوض أضحي فن قائم بحد ذاته²، يتطلب كفاءة ومعرفة خاصة من شأنها الوصول إلى اتفاق حول إبرام العقد، يؤدي إلى تحقيق مصالح اقتصادية، ولا يقوم ذلك على مجرد شخص واحد فحسب بل على طاقم تفاوضي بأكمله يضم مجموعة أشخاص أكفاء ذو صلة بمجالات تخصصهم وفق متطلبات العقد المراد إبرامه .

الفرع الثاني: تمييز التفاوض عما يشابهه من المصطلحات.

يتميز التفاوض عن باقي المفاهيم المشابهة له بمجموعة من الخصائص والتي قد تكون جزءا من التفاوض أو تتكامل معه وقد تختلف معه، ولهذا وجدنا بضرورة سرد بعض المصطلحات المشابهة للتفاوض، وإجراء مقارنة بينها، وذلك تفاديا للخلط بين المصطلحات لا سيما وأن القانون لا يحتمل التأويل.

أولا : التمييز بين التفاوض على العقد والمساومة.

كثيرا ما يثار اللبس بين التفاوض Négociation والمساومة Bargaining إذ يعتقد الكثيرون من رجال الأعمال أن المساومة تعني التفاوض والصحيح أن مصطلح التفاوض

¹ ابو العلاء علي أبو العلاء النمر، مفاوضات عقود التجارة الدولية، دار النهضة العربية بالقاهرة ، الطبعة الأولى 2002 ص22 .

² وذلك راجع لكون المفاوضات أصبحت تعرف جدة وإبداع وذلك حسب حنكة الشخص المتفاوض ، كما أنها تحتاج إلى ملكات شخصية.

يختلف كثيرا عن المساومة، وهذا ما دفعنا إلى تبيان أوجه الشبه والاختلاف بينهما حيث أن مصطلح التفاوض أشمل معنى من مصطلح المساومة، التي تعني تبادل المقترحات بشأن شروط الاتفاق حول مسائل معينة أو حول شروط الاتفاق في مسألة ما¹ ومعنى ذلك أن المساومة على عنصر الثمن أو المقابل المادي ولا تتناول باقي العناصر الأخرى².

ويعتبر البعض المساومة نشاطا من جانب واحد، يقوم به أحد الطرفين أثناء التفاوض على العقد، بهدف الضغط على الطرف الآخر للحصول منه على تخفيض أو زيادة في الثمن أو في المقابل، كما تتعلق المساومة عادة بالتبادل أي إنجاز أو كسب شيء في مقابل تقديم أو التنازل عن شيء، ولذلك فإن القاعدة الأساسية والوحيدة للمساومة هي أن كل اقتراح يتم في مقابل تنازل معين فهي عملية مشروطة يتم التنازل فيها بمقابل³.

وفي الأصل تحدث المساومة أثناء التفاوض على العقد، وهي تلعب دورا رئيسيا وفعّالا في إطار التفاوض على العقد، إذ تعد من أقدم التكتيكات التفاوضية استخداما، ولهذا فإن التفاوض أكثر شمولاً من المساومة فهي تعتبر جزءاً من التفاوض فالمساومة مجرد جزء في التفاوض، فعلى ضوء ما سبق ذكره يمكننا القول بأن التفاوض والمساومة يشتركان في كون كلاهما ممهدين للتعاقد النهائي، أما فيما يخص وجه الاختلاف بينهما فنتمثل في أن المساومة غالباً تكون من جانب واحد وهي تنطوي على اهتمامات متعارضة، بخلاف التفاوض الذي يكون عملاً ثنائياً على الأقل وينطوي على اهتمامات عامة مشتركة، كما أن المساومة يمكن أن نطلق عليها أنها عملية تنافسية بينما التفاوض يركز على الثقة

¹ محمد طارق، مهارات التفاوض والتعاقد الحديثة في المجالات المختلفة، الدار الجامعية للنشر الإسكندرية، مصر 2006، ص 21.

² كريم رجب عبد اللاه، مرجع السابق، ص 118.

³ يسري عوض عبد الله، العقود التجارية الدولية: مفاوضاتها - إبرامها - تنفيذها، مكتب اليسري للاستشارات القانونية، بلد النشر والطبعة مجهولين، ص 132.

ارجع إلى منيرة أحمد عبد الله البشاري، فض منازعات التجارة الدولية، دراسة لمبدأ التفاوض في إطار منظمة التجارة العالمية، الطبعة الأولى 2003، شركة ناس للطبع والنشر، ص 194

والمعلومات، ومن أهم أوجه الخلاف أن المساومة ترد على عنصر واحد وهو عنصر المقابل المادي، بينما يكون التفاوض على كافة عناصر العقد.

ثانياً: التمييز بين التفاوض على العقد والإعلام

يتميز التفاوض على العقد عن الإعلام الذي يعني إحاطة الطرف الآخر لما بالمعلومات التي لا يستطيع الوصول إليها عن طريق لآخر والتي من شأنها التأثير على إرادته في اتخاذ قرار بخصوص التعاقد من عدمه، وبهذا يكون الهدف من الإعلام التنوير¹ ذلك أن التفاوض لا يقف عند حد الإعلام الذي يعد التزام من الالتزامات التي تقع على عاتق الأطراف نتيجة الدخول في التفاوض وعلى ذلك فثمة فرق كبير بين الفكرتين².

وتبرز أهمية الإعلام³ بوجه خاص في المعاملات التجارية الخاصة الدولية، لا سيما وأن التعامل وعقد الصفقات يتم على ضوء ما يتوفر لدى المتعاملين من معلومات وبيانات دون اشتراط المعرفة السابقة، والهدف من الإعلام زرع الثقة بين المتعاملين، وفي كثير من الأحيان يتم إبرام اتفاق يقضي بالإعلام ويتنوع الإعلام، فإما أو يكون اختيارياً يقوم به الشخص بمحض إرادته دون أن يلزمه ذلك عقد أو قانون، وإما أن يكون إلزامياً يفرضه القانون أوالعقد وهو ما يعبر عنه بالالتزام بالإعلام.⁴

كما يجدر بنا أن نفرق بين الإعلام والاستعلام يعتبر الأول أن يقوم طرف بتقديم معلومات إلى طرف آخر، أما الاستعلام فهو جمع المعلومات والبحث عنها من طرف واحد، ونرى أن الاستعلام يسبق الإعلام، باعتبار أن الإعلام يكون أثناء مرحلة المفاوضات في حين الاستعلام يكون قبل الخوض في التفاوض.

¹ محمد إبراهيم الدسوقي ، الجوانب القانونية في إدارة المفاوضات وإبرام العقود، الطبعة الأولى 1415 ، مطبعة معهد الإدارة العامة بالرياض ،ص75.

² التفاوض أوسع من الإعلام ، فهذا الأخير جزء من التفاوض.

³ والإعلام يختلف عن الإعلان ، فهذا الأخير يهدف إلى جلب الزبائن بهدف ترويج سلعة أو خدمة .

⁴ رجب عبد اللاه، مرجع السابق، ص121 .

ثالثاً: التمييز بين التفاوض على العقد والدعوة إلى التعاقد

تبدأ المفاوضات دائماً بدعوة من طرف لآخر يعبر فيه عن رغبته في التفاوض بشأن عقد معين تمهيداً لإبرامه في المستقبل ولمن وجهت له الدعوة حق القبول أو الرفض وفق لمبدأ سلطان الإرادة¹، فالقاعدة أن الدعوة إلى التفاوض لا ترتب التزاماً حقيقياً على عاتق أي من الطرفين، فهي لا تلزم صاحبها بالبدء في المفاوضات ولا تلزم الآخر بقبول التفاوض وتوجه هذه الدعوة إلى التفاوض إما إلى أفراد معينين كما يمكن أن توجه إلى الجمهور²، حيث يعبر من خلالها الموجب عن رغبته في التفاوض على عقد معين دون الخوض في تفاصيله، كما لا يعلن من خلالها عن إرادته الباتة والنهائية في إبرام هذا العقد، ومفاد ذلك أن الدعوة إلى التعاقد لا تلزم الطرفان بإتمام إبرام العقد تبعاً لمبدأ سلطان الإرادة الذي يقضي بحرية التعاقد وهو حق متاح لكلا طرفي العقد في المفاوضات، ويخول هذا الحق لأصحابه عدم إلزامهم بمتابعة إجراءات إبرام العقد وبالتالي إعفائهم من المسؤولية إزاء ذلك فهم غير مجبرين بإبرام العقد، باعتبار أن الدعوة إلى التعاقد مجرد إيجاب يحتاج إلى قبول³.

فمن خلال ما سبق ذكره نخلص إلى أن الدعوة إلى التفاوض تتضمن اقتراحاً بالدخول في المفاوضات بشأن عقد معين دون الدخول في تفاصيله⁴، كما يمكن للموجب للتفاوض حق رفض التعاقد مع من يستجيب لدعوته دون أن يتحمل المسؤولية عن هذا الرفض ما لم تقوم في حقه أركان المسؤولية التقصيرية⁵، ذلك أن الدعوة للتفاوض الهدف منها إتاحة الفرصة للموجه لهم الإيجاب للتفاوض التفكير في الدخول في التفاوض وإجراء المشاورات، ومن هنا يظهر جلياً أن الاستجابة لدعوة التفاوض هي غير قبول التعاقد إنما قبول للإيجاب

¹ وقد تكون هذه الدعوة في شكل مناقصات أو خطابات للنوايا، أو دعوة مباشرة للطرف الذي يمتاز بطابع تميزه في مجال اختصاصه.

² والمقصود بالجمهور عامة الناس.

³ عبد العزيز المرسي حمود، الجوانب القانونية لمرحلة التفاوض ذو الطابع التعاقدية، الطبعة الأولى 2005، دون دار نشر، ص 20 .

⁴ أي دون التطرق إلى كافة عناصره الجوهرية.

⁵ ونقص الخطأ التقصيري، والضرر الناتج عنها والعلاقة السببية.

بالتفاوض وهو غير ملزم للطرفين بإبرام العقد محل التفاوض وإنما يلزم الطرفين بإبداء حسن النية في التفاوض¹.

والإيجاب بالتفاوض قد يأخذ إحدى صورتين:

الصورة الأولى: قد يعبر فيه الموجب للتفاوض عن رغبته بشكل صريح وجازم لا لبس فيه.

أما الصورة الثانية: إذا كان الداعي إلى التفاوض لم يعلن عن نيته في التفاوض وإنما تستخلص من الظروف المحيطة بالدعوة.

أما الدعوة إلى التعاقد فهو أن يوجه شخص عرضا بإبرام عقد معين إلى شخص آخر أو عدة أشخاص مبدئيا من خلال عرضه بعضا من العناصر الجوهرية للعقد المراد إبرامه، وهذا ما يميز الدعوة إلى التعاقد عن الدعوة إلى التفاوض.

فبناء على ما سبق ذكره، نخلص إلى أن وجه الشبه بين المصطلحين يتمثل في أن كليهما يعد ممهدا للإيجاب كخطوة نحو التعاقد النهائي ولا يرتبان مسؤولية تعاقدية ما لم تتوافر أركان المسؤولية التقصيرية، أما فيما يخص وجه الاختلاف بينهما فإنه يظهر من خلال الهدف الحقيقي لكليهما فالموجب بالتفاوض تتجه إرادته إلى الدخول في المفاوضات لمناقشة شروط العقد سعيا للتوصل إلى اتفاق مرض للطرفين، أما الدعوة إلى التعاقد فلا يقصد التفاوض، بل يقصد التعاقد الفور، بحيث لا يملك الموجه له الإيجاب سوى القبول أو الرفض.

رابعاً: تمييز التفاوض عن الوعد بالتعاقد

الوعد بالتعاقد اتفاق يعد بموجبه أحد المتعاقدين أو كلاهما بإبرام عقد معين في المستقبل، وهو عقد ملزم للواعد ويكون ملزماً للجانبين، يلتزم الطرفان بإبرام العقد النهائي في

¹ فعلى الطرف الراغب في التفاوض سواء كان الموجب أو الموجه إليه الإيجاب أن يتحلى بمعيار الرجل الحريص.

خلال مدة معينة يتم الاتفاق عليها في عقد الوعد بالتعاقد¹، ويعتبر الوعد بالتعاقد مرحلة تعلق على مرحلة التفاوض².

أما فيما يتعلق بالتمييز بين الوعد بالتعاقد الملزم لجانب واحد والوعد بالتعاقد الملزم لجانبين يتجلى في أن العقد النهائي لا يتوقف قيامه في العقد الملزم لجانبين على إبداء الموعد رغبته في ذلك بل يقوم لحلول الموعد المتفق عليه.

كما تجدر الإشارة إلى كون الوعد بالتعاقد باعتباره عقدا تمهيديا، يتطلب لانعقاده تلاقي تعبيرين عن إرادتين متطابقتين موضوعهما التواعد على العقد الأصلي في المستقبل.

الفرع الثالث: موقف المشرع الجزائري من مرحلة المفاوضات.

لم ينظم القانون المدني الجزائري صراحةً أحكام المرحلة السابقة على التعاقد، حيث ترك الأمر بيد الفقه والقضاء مكتفيا بالنص على أن العقد لا يعتبر منعقدا إلا عند التعبير عن الإيجاب والقبول وتوافقهما، وهذا ما تشير إليه أحكام المادة 59 من ق م ج. كذلك لا بد من الاتفاق على جميع المسائل الجوهرية المتفاوض عليها طبقا للمواد 65 و 71 من ق م ج.

كما نصّت المادة 107 من نفس القانون، على أنه: "يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه ويحسن نية"³ هذا على عكس ما تبنته القوانين الأجنبية كالقانون الإيطالي، والياباني، والألماني، السويسري، إلا أنه كان يستحسن على المشرع الجزائري ضمن التعديلات التي أتى بها سنة 2005، تنظيم المرحلة السابقة على التعاقد ويكون ذلك بتحديد

¹ جمال فاخر النكاس، العقود والاتفاقيات الممهدة للتعاقد وأهمية التفرقة بين العقد والاتفاق في المرحلة السابقة على التعاقد، بحث منشور بمجلة الحقوق تصدرها جامعة الكويت، مجلس النشر العلمي، العدد الأول، السنة العشرون، مارس 1996، ص 140،

² محمد الشيخ عمر، فانون المعاملات المدنية لسنة 1984، طبعة 2004، مصادر وأحكام الالتزام، بدون دار نشر، ص 77.

³ الأمر رقم 75-58 مؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون المدني المعدل و المتمم، ج

التزامات الأطراف المتفاوضة وحمايتهم بصفة واضحة لا ضمنية، نظرا لما ينجم عنها من مشكلات قانونية التي تفتح الباب للنزاع والصراع مستقبلا.

على هذا الأساس، يقترح إضافة جديدة للمادة 107 المذكورة سابقا كالتالي:

"يجب على الأطراف أثناء التفاوض وإبرام العقد، التعامل بنزاهة، وأمانة، وحسن نية"¹ و هذا ما ينطبق على إبرام العقود سواء التقليدية أو الحديثة.²

المطلب الثالث

الدعوة إلى التفاوض

وتعرف أيضا بمصطلح الإيجاب بالتفاوض، فلما كان التفاوض مناقشة مشتركة لعناصر عقد مقترح بهدف الوصول إلى صيغة أو تصور مشترك مقبول من الطرفين، فيجوز لهما أن يغيرا بإرادتهما في مدى حقوقهما والتزاماتهما حتى يصلا إلى تصور مشترك يؤدي إلى إبرام العقد³، ويتم التفاوض بين الأطراف عن طريق الدعوة إلى التفاوض، وهي دعوة يوجهها أحد الطرفين للآخر للتفاوض بشأن إبرام عقد مستقبلي بينهما، وهي بمثابة اقتراح للتفاوض على عقد معين تمهيدا لإبرامه في المستقبل دون أن تتضمن الشروط الجوهرية للعقد المراد إبرامه.

والإيجاب بالتفاوض يأخذ إحدى صورتين إما أن يكون صريحا وإما أن يكون إيجابا ضمنيا وذلك ما سنعرفه من خلال الفرعيين الآتيين:

¹ العربي بلحاج، الإطار القانوني للمرحلة السابقة على إبرام العقد في ضوء القانون المدني الجزائري، دراسة مقارنة؛ دار وائل للنشر، الجزائر طبعة 2010، ص 10.

² دحداح سهيلة و زريقي ليلي، الإطار القانوني للفترة ما قبل التعاقد، مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون، جامعة عبد الرحمان ميرة بجاية، الجزائر السنة الجامعية 2012/2013، ص 12.

³ وذلك بهدف إحداث توازن بين حقوق والتزامات الأطراف.

الفرع الأول: الإيجاب الصريح بالتفاوض

وتتعدد الصور التي يعبرها عن الإيجاب بالتفاوض، فقد يدعو الطرفين الآخر إلى الدخول في المفاوضات بناءً على أسس معينة، وقد يكفي بتحديد موضوع العقد المقترح فحسب دون بيان أسس التفاوض، وقد يكون ذلك بناءً على اتفاق خاص أو من خلال عقد سابق على الدخول في المفاوضات وفي العادة تبدأ المفاوضات بتقديم دعوة مجردة للتفاوض أو بدعوة مقترنة بأسس التفاوض.

أولاً: الدعوة المجردة للتفاوض

ومفاد هذه الصورة أن يدعو أحد الطرفين الطرف الآخر للدخول في المفاوضات بشأن إبرام عقد في المستقبل حول موضوع معين، دون بيان للعناصر الرئيسية للتعاقد فيوافق الطرف الثاني على التفاوض¹ والدعوة المجردة إلى التفاوض لا ترتب أي التزامات على عاتق طرفيه، ما لم يتبين من ظروف التفاوض أن أحدهما قد أدخل في اعتقاد في ذهن الطرف الآخر الاقتناع بأن توقيع العقد النهائي قد أصبح وشيكاً، فالأصل أن الأطراف لهم كامل الحرية في العدول عن التفاوض طالما كان ذلك بحسن نية ذلك لأن الالتزام بالتفاوض هو التزام ببذل عناية وليس التزاماً بتحقيق نتيجة².

ثانياً: الدعوة المقترنة بأسس التفاوض

في هذه الصورة يحدد الموجب للطرف الآخر الأسس³ التي يجري التفاوض عليها فيحدد لها الشروط التي يرغب في إتباعها وطبعاً تحقيقاً لمصالحه التي يسعى إلى تحقيقها من خلال الدعوة إلى التفاوض ومن جملة هذه الأسس التي يسعى إلى قيام مفاوضاته عليها

¹ محمد إبراهيم دسوقي مرجع سابق ص 26.

² مثله مثل المحامي والطبيب فمهنتهما تقتضي الاجتهاد بالدفاع عن المتهمين واسترداد حقوق الضحايا بالنسبة للمحامي، وإنقاذ حياة المرضى ومحاولة شفائهم بالنسبة للطبيب.

³ ونقصد بذلك الطرق والشروط الواجب اتباعها والتي يجب أن يحترمه الطرف المقابل وإلا تم رفض قبوله الذي لا يكون له أساس من الصحة كأن لا يحترم الشروط المحددة في دفتر الشروط، كأن يشترط على المتعامل المراد التعاقد معه أن يتمتع بالخبرة اللازمة كأن تكون مدة 10 سنوات وهو لا إلا بخبرة لا تتعدى السبع سنوات وهنا يكون قد خالف عرضه الشروط المقدمة من طرف الموجب، أو صاحب الدعوة للإيجاب.

نذكر مثلا الهيكل العام لحقوق والتزامات الطرفين في العقد المزمع إبرامه¹، أي لا يكتفي أحد الطرفين بدعوة الآخر إلى التفاوض بصورة مجردة.

وتتسم الدعوة المقترنة بأسس التفاوض بدرجة من الوضوح حيث تنصب على عقد محدد بنوعه وبحيث يقتصر دور المفاوضات على تحديد باقي عناصر العقد الجوهرية² وتتخذ الدعوة المقترنة بأسس التفاوض أشكالاً متعددة، منها تحديد الأسس العامة للتفاوض وقد تكون في صورة إيجاب مع الإعلان على أنه لا يكتمل إلا بالتفاوض على كل أو بعض عناصره سواء كانت جوهرية أو تفصيلية³.

وتبدو أهمية تحديد أسس التفاوض في أن هذه الأسس تصلح من بعد سنداً لتفسير العقد، كما أنها قد تكون دليلاً على عدم سلامة الرضا من عيوب الغلط أو التدليس، كما أن الأسس عند الاتفاق عليها تصلح أن تكون كإطار أو خطة للمفاوضات ومن ثم تبدو أهميتها في أنها تقوم قرينة عند نكول أحد الطرفين عن التزامه بالاستمرار في التفاوض⁴.

ونجد هذا النوع من الدعوة الصريحة إلى التفاوض في مجال المعاملات التجارية خاصة العقود التي تبرم عن طريق المناقصات التي تدخل في إطار الصفقات العمومية وهذا نجد أن المشرع الجزائري قام بإصدار المرسوم الرئاسي الجديد رقم 247/15 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العمومي والذي ألغى المرسوم الرئاسي رقم 10/236 المعدل والمتمم والذي كشفت الممارسة العملية وجود الكثير من الثغرات والاختلالات التي تعترضه، فالمناقصة هي دعوة صريحة إلى التفاوض باعتبارها تضع في متناول المرشحين الراغبين في إيداع ملفاتهم التي تتضمن عروضهم دفتر شروط، والمناقصة قد تكون وطنية أو دولية كما يمكن أن تكون مفتوحة أو محدودة وذلك راجع إلى خصوصية التوريد

¹ ونجد هذه الصورة في حياتنا العملية عند إبرام العقود المتعلقة بالصفقات العمومية، والتي من خلالها يتم دعوة الراغبين في تقديم عروضهم مقابل دفتر شروط يحدد الإطار العام وكذا الشروط الواجب توافرها وكذا احترامها من قبل المرشحين بهدف قبول ترشحهم .

² محمد حسين عبد العال، مرجع سابق، ص 11 .

³ محمد إبراهيم دسوقي، مرجع سابق، ص 27.

أوالمشاريع المراد تنفيذها من قبل الدولة والملاحظة الواجب ذكرها بالنسبة لكيفية إبرام الصفقات العمومية إنها تختلف بالنسبة للمعايير المستخدمة في مرحلة تخصيص أو إسناد الصفقة بالنسبة للمناقصة، فإن المعيار المستخدم هو معيار الثمن فأقل العروض ثمنا هو المرسي عليه المزاد، وكذلك الأمر بالنسبة للتعاقد عن طريق التراضي.

الفرع الثاني: الإيجاب الضمني بالتفاوض

ويأخذ صورة دعوى أحد الطرفين للآخر في الدخول في مفاوضات بشأن إبرام عقد في المستقبل حول موضوع معين دون تحديد العناصر الرئيسية للعقد المراد إبرامه فهي لا ترقى أن تكون إيجابا بالعقد بل هي مجرد دعوة ضمنية للتفاوض حول هذا العقد وتتخذ الدعوة الضمنية للتفاوض صورتين:

الصورة الأولى وهي العرض الغير متضمن للعناصر الجوهرية للعقد وهي الصورة الأكثر شيوعا في حياتنا العملية ومثال ذلك عرض السلع في واجهات المحل دون بيان سعرها وهو بمثابة دعوة ضمنية للتفاوض، وكذلك من أمثلتها وضع لافتة (للبيع) على زجاج السيارة وهي لا تعد إيجابا بالبيع لأنها لا تحدد المبيع بدقة ولا ثمن المبيع باعتبارهما عنصرين أساسيين في عقد البيع، كما أن إرادة المالك لا تتجه إلى إبرام عقد في الحال مع أول شخص يستجيب لهذا العرض وإنما تتجه نيته إلى التفاوض حول الثمن وكيفية الوفاء وتحديد الشيء المبيع وما يتعلق به، كتحديد مواصفاته وطريقة الاستعمال...إلخ.

فاللافتة تعبر عن الدعوة الضمنية بالتفاوض وتعتبر ضمنية لأن المالك لم يعبر صراحة بأنه يريد التفاوض عما يستنتج ذلك من خلال اللافتة¹. ونفس الحكم ينطبق على الإعلانات التي تنشر في الصحف والمجلات مثل إعلانات بيع الشقق أو إيجارها دون ذكر عناصر العقد.²

¹ انظر حسام الدين كامل الأهواني، النظرية العامة للإلتزام، الجزء الأول، (المصادر الإرادية للإلتزام)، ط 3، (د.ن)، القاهرة 2000، ص 112.

² انظر نفس المرجع أعلاه، نفس الصفحة.

أما الصورة الثانية للإيجاب الضمني بالتفاوض هو الإيجاب المقترن بتحفظ ويكون هذا خاصة في العقود التي تكون فيها شخصية المتعاقد محل اعتبار ، فالإيجاب المقترن بتحفظ يخول للموجب حق الموافقة أو عدم الموافقة على إبرام عقد مع شخص معين، فهنا يفقد الإيجاب صفته كإيجاب بالعقد ويصبح مجرد دعوة إلى التفاوض.

أما فيما يخص الأثر القانوني المترتب عن المترتب عن الدعوة الضمنية للتفاوض فهي لا ترتب التزاما حقيقيا على أي من الطرفين إلا إذا تبين أن الإيجاب بالتفاوض الضمني قد وصل إلى علم من وجه إليه حتى وإن وصل إلى علم من وجه إليه يمكن للموجب بالتفاوض أن يرجع عن إيجابه وهذا قبل أن يقترن بقبول فهنا تتحول الدعوة الضمنية للتفاوض متى قبلها الطرف الآخر إلى اتفاق على التفاوض وهو ما يفرض التزام باستمرار التفاوض دون أن يلزم صاحبه بإبرام العقد النهائي وقد يحكم بالتعويض على من دعا إلى التفاوض وفي نيته عدم إتمام إبرام العقد أو بالأحرى عدم السعي إلى ذلك.

الفرع الثالث: قبول التفاوض

يتم قبول الطرف الآخر للدخول في المفاوضات في عقود المفاوضات صراحة وقد تكون في صورة رد على الإيجاب فلا يقبل الإيجاب بحالته الراهنة ولكنه يدعو الموجب إلى التفاوض بشأن ما ورد في إيجابه، أو قد يتقدم بعرض من جانبه يتضمن استبعاد أو إضافة أو تعديل شرط أو أكثر بما يختلف عما ورد في إيجابه، فيكون بذلك قد أبدى اقتراحا مقابلا أو مضادا له¹.

كما يمكن تصور أن يبدي صاحب الإيجاب الأصلي بدوره تعديلا أو اقتراحا مضادا لما أبداه الطرف الثاني من اقتراحات مقابلة أو مضادة، وهذا أمر متصور في عقود المفاوضات إذ يبدو عسيرا توافق وتطابق إرادتين في عقود المفاوضات دفعة واحدة .

¹ أبو العلا على أبو العلا النمر مفاوضات عقود التجارة الدولية مرجع سابق ص20.

ويتخذ القبول هو الآخر صورتين، فإما أن يكون قبول من وجهت إليه الدعوة بالتفاوض صراحة، أو يكون القبول ضمناً¹، وذلك بأن يقوم الشخص الذي وجه إليه الإيجاب بالتفاوض باتخاذ موقف ينبئ بشكل غير مباشر عن قبوله التفاوض ويتخذ القبول الضمني للتفاوض صوراً عديدة في الحياة العملية ولعل من أشهرها دخول من وجه له الإيجاب بالتفاوض مباشرة مع موجه الداعي إلى التفاوض دون التعبير عن إرادته بصيغة صريحة للدخول في التفاوض، وكذلك الأمر بالنسبة لتوجه الشخص إلى الراغب في بيع سيارته الموضوع عليها اللافتة التي توحى بالبيع وذلك ليتناقش معه بشأن البيع، وبالتالي يترتب في هذه الحالة الالتزام بحسن النية بهدف التوصل إلى إبرام العقد النهائي².

المبحث الثاني

قطع المفاوضات

إن الغاية من التفاوض على العقد هو محاولة تقريب بين وجهات النظر بين الأطراف التي تهدف إلى تحقيق مصالحها المتعارضة، حيث أن كل طرف يحاول ترجيح الكفة لصالحه، وهذا ما يؤدي بالنتيجة إلى اتخاذ أطرافها من خلال المفاوضات قراراً نهائياً بإبرام العقد أو عدمه، وحينئذ تكون المفاوضات قد وصلت إلى طريق مسدود، وبالتالي فشلها.

¹ والقبول الضمني يعبر عنه بالسكوت عن الرد على الإيجاب الموجه إليه ويتم من خلال فترة السكوت التفكير بشأن المشروع محل العقد المراد إبرامه مستقبلاً، ويعد هذا الوضع أكثر شيوعاً ونزراً بالملاحظة والاستنتاج أنه من التحفظ الذي يلتزمه الأطراف في عديد المرات وهو تحفظ اتجاه الالتزامات التي يخشى الطرف الموجه إليه الإيجاب أن تقع على عاتقه هذه الالتزامات من جهة وخشية مسائلته عنها مستقبلاً.

² إن معيار حسن النية كما سبق ورأينا في متن بحثنا هو الذي يحدد المسؤوليات وهو معيار يستشف من سياق الظروف المحيطة بمرحلة المفاوضات حيث يلجأ القاضي عندما يعرض عليه نزاع يتعلق بهذه المرحلة الحاسمة أن يجمع كافة الأدلة التي تؤدي به إلى إصدار حكمه أو قراره لي أكمل وجهه دون أن يكون حكمه مريب، ونجد في الواقع أن الدول التي تكون ضعيفة هي التي تعدل عن الاستمرار في التفاوض إذا رأت أن الطرف يمارس الإذعان أو التعسف في حقها.

إن فشل التفاوض في حقيقة الأمر يعد من النهايات المتوقعة للتفاوض على العقد وذلك لأنه كما قلنا إن نتيجة المفاوضات احتمالية فإما أن تؤدي إلى إبرام العقد وتعتبر بأنها مفاوضات ناجحة كما قد تؤدي إلى عدم إبرام العقد والنتيجة هي فشل المفاوضات¹.

كما قد ينجم الفشل التفاوض عن أسباب عدة تؤدي إلى هذا الوضع السلبي إذ قد تصل المفاوضات الجارية بين الطرفين إلى مرحلة تصاب فيها بالجمود التام²، إذ ترجع المفاوضات إلى نقطة البداية وتتوقف عن السير للأمام ويرجع ذلك إلى عدم جدية الأطراف المتفاوضة بمواصلة هذه المرحلة الحاسمة، لاسيما إذا أدرك الأطراف عدم جني فوائد من الاستمرار في هذه المفاوضات ويبقى التساؤل فيما إذا يعاود الأطراف الاستمرار في عملية التفاوض في المستقبل من عدمه³، يرجع أيضا سبب فشل التفاوض إلى وصول المفاوضات إلى طريق مسدود⁴، فالمعروف عن المفاوضات أنها تهدف إلى التقريب بين وجهات النظر المتقابلة للوصول إلى حل وسط يرضي طرفي التفاوض لكن نتيجة تعنت احد الأطراف وتمسكه برأيه من جهة ورفض كل طرف تقديم أي تنازلات مما يجعل استحالة توصل الطرفين إلى اتفاق يرضيهما وبالتالي تصبح هذه المفاوضات غير مجدية مما يفرض على طرفيها إنهاؤها أما السبب الأهم والشائع في الحياة العملية والذي يؤدي بدوره إلى فشل المفاوضات هو قطعها⁵ ومن خلال هذا المبحث سنتطرق أولا إلى تحديد المقصود بقطع المفاوضات وثانيا إلى صور قطع المفاوضات وثالثا موقف الفقه في تأصيل الطبيعة القانونية ورابعا موقف القانون المقارن في تأصيل الطبيعة القانونية للمسؤولية الناشئة عن قطع المفاوضات.

¹ إلا أن الأمر في حال يطرح النزاع على القاضي بأن يتحرى في الأمر ويكون ذلك من خلال محاضر المفاوضات التي تبرز نية الأطراف المتفاوضة باعتبار أن القاضي تترك له السلطة التقديرية في إصدار حكمه.

² رجب كريم، عبد اللاه، مرجع سابق، ص 546.

³ أي عدم التفاوض.

³ حسام الدين كمال الاهواني، مرجع سابق، ص 97.

⁵ وضد القطع هو الاستمرار، لأن المفاوضات قد تمتد إلى عدة شهور وذلك بحسب ضخامة وأهمية الصفقة المراد إبرامها.

المطلب الأول

المقصود بقطع المفاوضات

نقصد بقطع المفاوضات قيام احد طرفي المفاوضات بوضع حد للمفاوضات الجارية سواء علم الطرف الآخر أو لم يعلم إذ يأتي القطع فجأة حيث يتم بقرار من جانب واحد إذ يقرر فيه احد طرفي المفاوضات إنهاء عملية التفاوض¹، و قطع التفاوض قد يولد فعل موجب للمسؤولية إذا كان يمثل خطأ وألحق ضرراً بالطرف الآخر²، فالأصل أن مرحلة التفاوض تخضع لمبدأ حرية التعاقد الذي يفترض سير المفاوضات وفق إرادة الأطراف وذلك ما يخول لهم سلطة قطع المفاوضات متى رغبوا في ذلك، وهذا ما كرسته مبادئ عقود التجارة الدولية.

فمن خلال التفاوض يتطلع كل طرف في استبقاء حرته في عدم التعاقد حتى اللحظة الأخيرة، حيث يمكن لأي طرف قطع التفاوض وبدون مسؤولية طالما إن لهذا القطع مبرر مشروع كان يرى أن شروط العقد بالصورة التي وصلت إليه لا تحقق مصالحه وتعتبر جائرة في حقه.

ثار جدل فقهي حول مدى حرية الأطراف في قطع التفاوض، حيث أن بعض الفقه يأخذ للحد من حرية قطع المفاوضات بمعيار المفاوضات الجيد³ أو الرجل الحريص le bon négociateur الذي يفرض على المتفاوضين واجب إتباع سلوك المفاوضات الجيد أثناء سير المفاوضات لكن هذا المعيار مبهم، لذا فإن غالبية الفقهاء يميلون للأخذ بمعيار حسن النية la Bonne foi.

¹ وهو أمر شبيه بالتعسف في استعمال الحق.

² ومعيار الخطأ هو المعيار الذي تحدد به المسؤولية، كما أخذ به المشرع الجزائري من خلال تقنينه المدني الذي نص فيه من خلال مادته 106، بفرضها على من يصدر عنه عملاً يضر بالغير بالتعويض لصالح من تضرر جراء الخطأ الذي تسبب فيه الملزم بالتعويض، وذلك بهدف جبر الضرر.

³ لهذا الغرض في يومنا أصبح المتعاملين الاقتصاديين.

تلعب حسن النية دورا هاما في المرحلة ما قبل العقدية وذلك لأنها تتدخل في تنظيم سير المفاوضات والتزام المتفاوضين بإتباع سلوك النزاهة والاستقامة والجدية خلال مختلف مراحل التفاوض سواء كُلت بالنجاح أو الفشل ، فمبدأ حسن النية يفرض على طرفي المفاوضة الذي قرر قطعها تحضير الطرف الآخر نفسيا لتحمل مثل هذا الظرف وبالتالي فإن تحلي الطرفين بحسن النية يفرض عليهما متابعة المفاوضات وتفادي كل ما من شأنه أن يؤدي إلى فشل التفاوض والاحتكام إلى العقل وبالتالي التخلي عن السلوكيات الانفعالية التي قد تصدر عن المتفاوضين¹.

وجدير بالذكر الإشارة إلى أهمية العامل النفسي في عملية التفاوض، إذ يجب على المتفاوض الكفاء أن يكون متحميا بروح عالية ورصين وهذا لا يتأتى بين عشية وضحاها وإنما يتطلب تدريبا مستميتا، ولهذا نرى بضرورة تلقين الطاقم التفاوضي تدريب خاص عن طريق مراكز متخصصة في هذا المجال وهذا ما نجده في الدول المتطورة كالو.م.أ واليابان.

المطلب الثاني

صور قطع التفاوض

تأخذ المفاوضات إحدى الصورتين، إما صورة المفاوضات قبل صدور الإيجاب وإما بعد صدوره، وقبل أن نخوض في الصورتين المذكورتين آنفا لا بد أن نحدد مضمون الإيجاب في مرحلة التفاوض باعتبار أن الإيجاب في هذه المرحلة الحاسمة له صبغة خاصة ففي العادة يكون الإيجاب من أحد الطرفين ، فإذا تضمن الإيجاب جميع العناصر الجوهرية للعقد ينعقد العقد بمجرد صدور القبول من الطرف المقابل إلا أنه في العقود التي تسبقها مفاوضات يكون الإيجاب من إنشاء الطرفين حيث أنه يعبر عن التصور المشترك لطرفي المفاوضات حول الموضوع محل المناقشة، وبذلك يعبر عن اتجاه إرادتهما إلى تصور

¹ وهو جانب يتعلق بالمهارات الفردية للشخص المتفاوض الذي عليه التحلي بالصبر والحكمة وحسن التبصر.

مشترك لمشروع العقد المراد إبرامه والذي يلزم الطرفين نفسيهما به، فيكون الإيجاب في هذه الحالة مجرد من صفته ليصبح مجرد دعوة إلى التفاوض غير ملزم ويرمي إلى مناقشة عناصر العقد المفتوح¹.

ويأخذ الإيجاب في المفاوضات وصف الإيجاب المشترك لأنه وليد الإرادة المشتركة لطرفي المفاوضة ليس تعبيراً عن الإرادة المنفردة لأحدهما ويمكن تعريفه بأنه: " هو إيجاب يقدمه أحد طرفي المفاوضة بعد أن يجري تعديله أو تحويله من خلال المفاوضات ليتفق مع وجهة نظر المتعاقد الآخر"²، لا سيما وأن الإيجاب المشترك يتكون بعد تبادل الاقتراحات والاقتراحات المضادة³ بين طرفي التفاوض وبالتالي لا يجوز وصف أحد الأطراف بأنه موجب والآخر قابل، باعتبار أن القبول بدوره هو مشترك ومتبادل بين الطرفين وذلك راجع إلى الإيجاب الذي سطرته إرادتهما المشتركة⁴.

فبناءً على ما سبق ذكره آنفاً، آن لنا أن نستعرض صورتنا قطعية المفاوضات وذلك من خلال الفرعين المواليين:

الفرع الأول: قطع المفاوضات قبل صدور الإيجاب

قبل توصل طرفا المفاوضة إلى صيغة الإيجاب المشترك الذي يوجهه أحد الطرفين للآخر⁵، فيكونان أمام حالة عدم تكون إرادة باتة ما دام أن الشروط الجوهرية غير محددة بدقة، حيث تكون إرادتهما مترددة إزاء الاستمرار في المفاوضات من عدمه، ونكون أمام إرادة مبدئية غير مستقرة وهو الوضع الذي يسمح للأطراف بالعدول وقطع التفاوض بسبب

¹ محمد ابراهيم دسوقي، مرجع سابق، ص 19.

² نفس المرجع أعلاه، ص 30 .

³ والاقتراحات المضادة هي التي تخلق نوع التوازن في الالتزامات سواء في مرحلة ما قبل التعاقد، ومرحلة التعاقد.

⁴ محمد حسن عبد العال ، مرجع سابق، ص 33

⁵ وهنا نقصد الإيجاب الصريح ، الذي يبرز نية الطرف الموجه إليه الإيجاب في الدخول في المفاوضات.

توصلهما إلى اتفاق مشترك يحقق مصالحهما المتعارضة لا محالة، وذلك تجسيدا لمبدأ حرية التعاقد الذي يحمل في طياته مبدأ سلطان الإرادة¹.

إلا أن هذا الأمر في عديد الأحيان يلزم الأطراف بمتابعة المفاوضات وإتمامها التي خاضوا فيها في حال تقييد أنفسهم بما يعرف بالاتفاقات التمهيدية، والتي تكون ثقة فيما بين المتفاوضين بشعورهم بضرورة متابعة المفاوضات والاطمئنان إزاء الطرف الموازي مما يؤدي إلى تزايد الأمل بالوصول إلى اتفاق ينتج أثرا قانونيا من العقد، حيث أنه بالمقابل يؤدي القطع المفاجئ للتفاوض إلى هدم الثقة وخرق مبدأ حسن النية المفروض إتباعه أثناء سير المفاوضات وهذا ما حدا حذوه قرار فرساي المؤرخ في 21 سبتمبر 1995 والذي نص على أنه: " في إطار العلاقات المبرمة عن طريق رسالة النوايا أو مشروع العقد أو ما قبل العقد، كل طرف عليه واجب السير وفق حسن النية اتجاه الشريك الآخر، وأن يكون لديه الرغبة في إجراء مفاوضات حسنة أو تقديم مبررات جادة عن عدم متابعته.

ويصدق الأمر في حال غياب اتفاقات تمهيدية بين الأطراف تلزمهم بمتابعة التفاوض إذ يبقوا ملزمين بمتابعة المفاوضات ويبقوا دائما خاضعين لمبدأ حسن النية وما ينجر عنه من واجب التحلي بصفات الأمانة والنزاهة والاستقامة والجدية وعليه فإنه قبل صدور الإيجاب يمكن للأطراف قطع المفاوضات ولكن بدون الإضرار بمصالح الطرف الآخر وأن يكون هذا القطع له مبرراته وإلا اعتبر صاحب القطع خرق الالتزام المفروض عليه بمتابعة التفاوض وهو التزم متفرع عن الالتزام الأساسي وهو الالتزام بحسن النية، نستنتج أن المرحل

¹ وهو مبدأ مكرس في القانون لا سيما القانون الدستوري الذي يحمي الحريات الفردية، ويحررهم من القيود التي تحد من هذه الحريات ومن بينها حرية التملك التي تكون في غالب الأحيان مصدرها العقود التي تعتبر كمصدر من مصادر الالتزام وذلك دون ضغط أو إكراه، ولهذا حمى حرية التعاقد من خلال جعل كل من الإكراه والغلط والتدليس كعيب من عيوب الإرادة، وكذلك الأمر بالنسبة للمفاوضات كمرحلة تسبق مرحلة التعاقد، دون أن ننسى عوارض الأهلية والتي تجعل العقد باطل بطلانا مطلقا ونقصد الجنون والغفلة والعتة والسفه وهي عوارض تسلب الشخص إرادته الحرة، وكذلك الأمر بالنسبة للقاصر الذي انطبق عليه قواعد القانون التجاري حيث ترتبط إرادته بما يدور بين النفع والضرر.

السابقة لصدور الإيجاب يتطلب منا الاحتكام إلى إرادة الأطراف، إلا أن الأمر يختلف في حال صدور الإيجاب وهذا ما سنتعرف عليه من خلال الفرع الموالي.

الفرع الثاني: قطع المفاوضات بعد صدور إيجاب

ونكون بصدد هذه الحالة عندما يتمكن المتفاوضون خلال السير في المفاوضات من التوصل إلى صياغة المشروع المشترك¹، فيقوم أحد الطرفين بتوجيه هذا المشروع إلى الطرف الآخر في سورة إيجاب مع إمكانية إعادة التفاوض بشأنه.

والإشكال المثار حول إمكان الذي صدر عنه الإيجاب العدول عن إيجابه أو عدمه.

فالأصل إذا كان الموجب صدر منه إيجاب موجه إلى الطرف الآخر دون تعيين ميعاد للقبول فهنا يعد الإيجاب القائم غير ملزم وهذا ما يراه الأستاذ عبد الرزاق السنهوري² ومفاد ذلك أنه لا يلزم صاحبه بالإبقاء على إيجابه وله أن يعدل عنه سواء قبل أن يتصل بعلم من وجه إليه وبعده طالما أن قبولا لم يصدر بعد ممن وجه إليه الإيجاب³ وهذا ما أكدته المادة 64 من ق.م.ج التي تنص على أنه: " إذا صدر الإيجاب في مجلس العقد لشخص حاضر دون تحديد أجل للقبول، فإنه الموجب يتحلل من إيجابه إذا لم يصدر القبول فورا وكذلك إذا صدر الإيجاب من شخص إلى آخر بطريق الهاتف أو بأي طريق مماثل".

يستشف من خلال نص المادة أن الإيجاب غير المقيد بمدة يمكن للموجب أن يتحلل منه مالم يلقي قبول فوري لكن هذا لا يمنع من أن يبقى على إيجابه والمقصود بالفورية هنا الوحدة الزمنية المناسبة للرد على الإيجاب في الوقت المناسب واللازم للتفكير فيه قبل الرد لكن أحيانا في حال تعيين ميعاد للقبول يلتزم الموجب بالإبقاء على إيجابه إلى أن ينقضي الميعاد وهذا ما ورد بنص المادة 63 من ق.م.ج بقولها: " إذا عين أجل للقبول التزم الموجب

¹ فصيافة المشروع يكون عن طريق محاضر المفاوضات ، التي يمكن الرجوع إليها في حال نشوب نزاع.

² انظر في ذلك عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص 210 .

³ ارجع إلى نظريات العلم بالإيجاب في القانون المدني .

بالبقاء على إيجابه إلى انقضاء هذا الأجل، وقد يستخلص الأجل من ظروف الحال أو من طبيعة المعاملة".

يستنتج من نص هذه المادة أن الإيجاب يستمد قوته الإلزامية من الإرادة المنفردة ويعتبر إيجاباً ملزماً¹، فالموجب قد يلتزم صراحة في إيجابه بالبقاء عليه مدة معينة، إذ يمنح للموجب له مهلة للتفكير ولتدبير أمره وتحديد موقفه من الإيجاب²، وأحياناً قد يكون تحديد الميعاد ضمناً يستفاد من مجموع الظروف المحيطة أو من طبيعة المعاملة أو من طبيعته، فإذا عرض مالك آلة أن يبيعهها تحت شرط التجربة فمن الميسور أن يستفاد من ذلك من ذلك أنه قصد الارتباط بإيجابه طوال المدة اللازم للتجربة وعند النزاع في تحديد الميعاد يترك الأمر للقاضي الذي يملك السلطة التقديرية في ذلك³.

كما قد يكون مصدر إلزام الموجب بالبقاء على إيجابه مدة معينة هو نص القانون كما جاء به قانون إعلام المستهلكين وحمائتهم في مجال بعض عمليات الائتمان في فرنسا الصادر بتاريخ 10 جانفي 1978 حيث نصت المادة 1/05 منه: " أن تسليم الإيجاب يلزم المقترض بالحفاظ على الشروط التي يبينها خلال مهلة دنيا لأربعة عشر يوماً من تاريخ إصداره⁴ فالإيجاب الملزم لا يجوز العدول عنه من طرف الموجب، لأن القانون من أزمه بذلك، وفي هذا الصدد يطرح التساؤل حول مصير الإيجاب في حال وفاة الموجب.

ومما لا شك فيه أن الإيجاب يستقل عن صاحبه بمجرد صدوره ويظل قائماً حتى بعد موته عملاً بأحكام المادة 62 من ق.م.ج بنصها: " إذا مات من صدر منه التعبير عن الإرادة أو فقد أهليته قبل أن ينتج التعبير أثره، فإن ذلك لا يمنع من ترتب هذا الأثر عند

¹ انظر عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص 210 .

² ولتحديد المدة الزمنية للرد على الإيجاب دور كبير ، وذلك حتى يتسنى للطرف الموجب البحث عن مفاوضين آخرين في حال رفض الموجه إليه الإيجاب الدخول في المفاوضات.

³ انظر في ذلك نفس المرجع أعلاه ، نفس الصفحة.

⁴ سعاد قندوسي ، مرجع سابق، ص 34.

اتصال التعبير بعلم من وجه إليه، هذا ما لم يتبين العكس من التعبير أو من طبيعة التعامل " الأمر يسير في حال عدم إلزام الموجب بالبقاء على إيجابه مدة معينة، فإذا لم يلحقه قبول فوري يسقط الإيجاب بمجرد وفاة الموجب، أما إذا كان الموجب ملزم بالبقاء على إيجابه مدة معينة صراحة ينتقل إلى الورثة حسب رأي بعض الفقه، وعليه على حسب رأيهم تنتقل الالتزامات المحمولة على مورثهم إلى الورثة، إلا أن الإشكال يطرح حول أنه قد يكون هؤلاء الورثة غير عارفين بشؤون المشروع المتفاوض عليه ويفتقدون للكفاءة اللازمة لمناقشة المشروع، مما يفسح المجال للطرف المقابل باستغلال جهلهم ومحاولة التأثير على إرادتهم وذلك بهدف ترجيح كفة التفاوض لصالحه كأن يفشي بعض الأسرار التي باح له بها مورثهم عند تفاوضه معهم وهنا وجد الفقهاء حلا لهذا الوضع ويكمن في تعيين الورثة لموكل يتفاوض لمصلحتهم ويكون من ذوي الخبرة في مجال المشروع محل المفاوضات، وذلك تقاديا للوقوع في مثل هذه المشاكل تتخذ قطع المفاوضات بعد صدور الإيجاب شكلين وهما على التوالي كمايلي:

الشكل الأول: وهو عدول الموجب عن إيجابه عدولا مجردا، أي دون أن يتقدم بعرض جديد، ودون أن يلتفت إلى ما قدمه الطرف الآخر من عروض، إذ لا يمنح فرصة للطرف الآخر بدراسة هذا الإيجاب لكي يصدر قبول.

الشكل الثاني: هو رفض الموجب له الإيجاب رفضا مجردا ولم يقدم هذا الأخير أي اقتراح أو شروط جديدة، فهنا يكتشف أن الموجب له يرفض الاستمرار في التفاوض، وهذا بعكس إذا ما كان رفض الموجب له مقترنا باقتراح مضاد أو شروط جديدة، فهذا لا يعد قطعاً للتفاوض بل يعد إيجاباً¹ ويمكن أن يقترن بقبول أو يكون كأساس للتفاوض بشأنه من جديد. وعليه يعتبر العدول عن الإيجاب في مرحلة التفاوض قطعاً للتفاوض²، لأنه بمجرد الإيجاب

¹ تنص المادة 66 من ق.م.ج: "لا يعتبر القبول الذي يغير الإيجاب إلا إيجابا جديدا".

² خاصة إذا كان هذا العدول متأخرا فإنه كلما طالت مدة التأخر كلما أسفرت عن نية الموجه إليه الإيجاب احتمالية مسؤوليته جزاء هذا العدول.

تخلق ثقة مشروعة لدى الطرف المقابل بمتابعة التفاوض وإتمامه بالتالي يعتبر كل خرق لهذه الالتزامات تعدياً على مبدأ حسن النية¹، خاصة إذا كان الطرف المتفاوض معه ذا وزن كبير في السوق العالمية، وكلما كان كذلك زادت درجة المسؤولية.

المطلب الثالث

موقف القانون المقارن في تأصيل الطبيعة القانونية للمسؤولية الناشئة عن قطع

المفاوضات

يقضي مبدأ سلطان الإرادة حرية التعاقد، فإن التفاوض يخضع لمبدأ حرية العدول² فلا إلزام بالبدء في التفاوض لإبرام عقد ما، كما يجوز لأي من الطرفين أن ينهي المفاوضة ويرفض التعاقد واضعاً بذلك حداً للمفاوضة ولو في مرحلة متقدمة منها، كلما اتضح أن الشروط المطروحة للتعاقد ليست مناسبة أو تتعارض مع مصلحته³، إلا أنه في بعض الحالات لا سيما إذا كانت المفاوضات تأخذ وقتاً طويلاً تكلف صاحبها نفقات كبيرة وتكاليف باهظة كعقود التجارة الدولية، حيث كان لهذه الأخيرة الدور في ظهور نوع جديد من الاتفاقات يطلق عليها اتفاق التفاوض أو عقود التفاوض وهي اتفاقات يلجأ إليها طرفا التفاوض بهدف تدوين هذه الاتفاقات حتى يتسنى لهما الرجوع إليها في حال نشوب نزاع.

وهذا ما جعل القانون المقارن يفرق في مرحلة التفاوض من أجل الوصول لإبرام العقد بين حالتين وهذا ما سنتطرق إليه من خلال الفرعين الآتيين:

الفرع الأول: المفاوضات غير المصحوبة باتفاق التفاوض

الفرع الثاني: المفاوضات المصحوبة باتفاق التفاوض

¹ خاصة وأن التجارة الدولية تقتضي الثقة والائتمان، فالعدول يدل على عدم الجدية في المعاملة، وهذا قد يكلف الطرف الذي يعدل عن المفاوضات خسائر مالية من خلال دفعه لتعويضات مالية.

² إلا أن هذا الحق لا يعني التعسف في استعماله باعتبار مرحلة التفاوض مرحلة قد ينتج عنها خسائر مالية كما سنوضحه في الفصل الثاني.

³ قندوسي سعاد، مرجع سابق، ص55.

الفرع الأول: المفاوضات غير المصحوبة باتفاق التفاوض.

وهي الحالة التي تتم بدون أن يكون هناك اتفاق صريح ينظمها وهي دخول الأطراف في المفاوضات دون صياغة اتفاقهما على إجراء التفاوض في شكل مكتوب¹، ودون أن يصرحا بهذا الاتفاق، ولذا فإنه يطرح في هذا الشكل من المفاوضات عدة إشكاليات خصوصا في ظل غياب نص قانوني ينظم العلاقة بين الطرفين، فضلا عن عدم وجود اتفاق صريح بالتفاوض، ولذا يثار تساؤل حول القيمة القانونية لمثل هذه المفاوضات؟ وإن وجدت مسؤولية في هذا النوع من المفاوضات، فما طبيعة هذه المسؤولية؟²

وهذا ما يدفعنا إلى استعراض موقف القانون المقارن إزاء هذا الوضع، وذلك من خلال ما يلي:

أولا: موقف القوانين الرومانية الجرمانية

ثانيا: موقف القانون الفرنسي.

ثالثا: موقف القانون في بعض الدول العربية.

أولا: موقف القوانين الرومانية الجرمانية Romano – germantique

ويمثل هذه القوانين كل من القانونين الألماني والإيطالي، فبالنسبة للقانون الألماني، فقد كان القانون الألماني القديم يحمل الطرف الذي لا يلتزم بحسن النية أثناء التحضير للعقد المسؤولية العقدية وهذا الالتزام أعيد نقله في المشروع التمهيدي للقانون الألماني في المادة 97 منه.

ولقد نص القانون المدني الألماني على تطبيقات هذه المادة في المواد 122 و 179

¹ سواءا كان ذلك في شكل محاضر أو أي مستندات أخرى.

² نقصد بها إن كانت مسؤولية عقدية أو تقصيرية.

و 307 وفحوى هذه المواد أنها توقع عقوبة على كل من يبدي سوء النية خلال الفترة ما قبل التعاقدية، وهذا راجع لتأثر الفقه والقضاء في ألمانيا بنظرية الخطأ عند تكوين العقد، للفقيه الألماني إهرنج¹، وأصبح من المقبول لديهما أنه بمجرد الدخول في التفاوض من أجل إبرام عقد ما تنشأ بين طرفي المفاوضة علاقة قانونية، تلزم أطرافها بمراعاة الأمانة وحسن النية في التفاوض، ويترتب عن الإخلال بهذه الالتزامات قيام المسؤولية ما قبل العقدية، أم هي مسؤولية شبه عقدية تنطبق عليها قواعد المسؤولية العقدية.

أما فيما يخص القانون الإيطالي، فقد بدأ في إيطاليا الاهتمام بمرحلة المفاوضات، منذ أكثر من قرن مع الفقيه الإيطالي فاجيلا، حيث تأثر القانون المدني الإيطالي بهذه النظرية وانعكس ذلك في المادتين 1337 و 1338، إذ تنص المادة 1337 على أنه « يلتزم الطرفان بإجراء التفاوض وإبرام العقد بحسن نية»، ولذلك يكون القانون الألماني و الإيطالي من بين التشريعات المدنية الحديثة التي تضمن قانونهما المدني النص على المرحلة ما قبل العقدية.

ثانيا: موقف القانون الفرنسي

على عكس القانونين الجرمانى والرومانى فإن فقهاء القرن التاسع عشر بفرنسا، لم يعتنوا بمرحلة التفاوض واعتبروها عديمة الفائدة من الناحية القانونية.²

وقد اعتمدوا مبدأ الحرية التعاقدية ولم يقبل الفقهاء حين ذاك بنشأة التزامات قانونية على عاتق المتفاوضين قبل إبرام العقد، إلا أنه في بداية القرن العشرين بدأ الفقه الفرنسى يهتم بدراسة المفاوضات التمهيديّة، خاصة بظهور المشاكل التي أصبحت تعترى مرحلة التفاوض مما طرح إشكالات بشأن تحمل المسؤوليات في غياب معيار يحددها، والفقيه³ لاب Labbe أول من اعتنى بمشكل المفاوضات التمهيديّة وذلك من خلال تعليقاته على بعض

¹ وهو من رواد النظرية العقدية بألمانيا.

² أنظر رجب كريم عبد اللاه، مرجع سابق، ص 55 .

أنظر: أحمد أبو الوفا ، المفاوضات الدولية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، طبعة 2005 ، ص 2.

الاجتهادات القضائية لكن الإشكال الذي طرح نفسه في فرنسا هو في حالة كون المفاوضات مجرد محادثات بين الأطراف لم يتم تدوينها في شكل معين لا سيما القانون المدني الفرنسي لم ينص على مرحلة المفاوضات، لأن مبدأ حرية التعاقد هو المبدأ الذي يحكم القانون المدني الفرنسي، وهذا ما يفسر عدم تطرق القانون المدني الفرنسي إلى التفاوض، وهو ما أدى بالفقه والقضاء الفرنسيين بالاجتهاد من إرساء دعائم المسؤولية ما قبل العقدية بما في ذلك المسؤولية عن قطع المفاوضات مستعينين في ذلك بالقواعد العامة في المسؤولية المدنية وقد اتفق جمهور الفقهاء الفرنسيين ويؤيدهم في ذلك القضاء إلى القول بأن المفاوضات غير المصحوبة باتفاق التفاوض ما هي إلا أعمال مادية غير ملزمة، لأنها تخضع لمبدأ حرية التعاقد، وفي حالة وقوع ضرر لأحد طرفي المفاوضة خارج إطار اتفاقات التفاوض فقواعد المسؤولية التصيرية هي الفيصل في تحديد المسؤولية الواجبة التطبيق على المرحلة ما قبل العقدية عند قطع المفاوضات¹، كما شبه الفقهاء الفرنسيون مرحلة المفاوضات في غياب اتفاق التفاوض بمرحلة الخطوبة فالأولى ممهدة لإبرام عقد الزواج، والثانية ممهدة لإبرام العقد التجاري، ولكلاهما حق العدول شرط عدم الإضرار بالطرف الثاني وإلا سئل مسؤولية التصيرية تلزم صاحبها بالتعويض وقد سائر القضاء الفرنسي هذا الموقف حيث رفض وجود واجب الوفاء في الخطوبة الذي يوجد فقط بين الأزواج، لكن يوجد واجب الاستقامة كما هو الحال بالنسبة للمفاوضات².

ثالثاً: موقف القانون في بعض الدول العربية

سنحاول أن نستعرض موقف القانون في بعض الدول العربية من مرحلة المفاوضات في ظل غياب اتفاق التفاوض، بداية سنسلط الضوء على موقف المشرع الجزائري.

حيث أن المشرع الجزائري لم يتطرق إلى مرحلة المفاوضات التي تسبق إبرام العقد، وحذا في ذلك حذو المشرع الفرنسي الذي يتبنى مبدأ سلطان الإرادة مفسحاً المجال لإرادة

¹ وهذا ما كرسه من خلال المادتين 1382 و1383 من القانون المدني الفرنسي.

² قندوسي سعاد، مرجع سابق، ص 16.

الأطراف وحررتهم في التعاقد، حيث خلت نصوصه من مرحلة المفاوضات¹ غير أنه في ظل التشجيع على الاستثمار الذي حتمته الظروف الاقتصادية الراهنة أنشأ نوعاً جديداً من المعاملات العقدية التي تستوجب مرحلة تفاوض سابقة لإعدادها، وخصوصاً وأن الجزائر تزخر بثروات طبيعية بهدف استقطاب المستثمرين الأجانب²، خاصة وأنها أبرمت اتفاقيات الشراكة مع الاتحاد الأوروبي التي ولدت ظهور عقود تتصف بالتعقيد التركيب تحتاج إلى مفاوضات سابقة وهو ما جعل المشرع الجزائري يحاول أن يواكب هذا التطور الذي تعرفه المعاملات الاقتصادية والتجارية، لذا فقد نص مثلاً في المادة 04/85 من القانون رقم 01 / 02 المؤرخ في 05 فيفري 2002 والمتعلق بالكهرباء وتوزيع الغاز بواسطة القنوات على أنه: " تحدد الأسعار والعقود عن طريق التفاوض الحر بين المتعاملين والمعنيين " ولكن يؤخذ بهذا النص على العموم ولم يحدد نصوص تتحدث عن مرحلة التفاوض بدقة.

حتى القضاء لم يكن موقفه واضحاً إزاء تنظيم هذه المرحلة الحاسمة خصوصاً في ظل غياب الاجتهادات القضائية المتعلقة بمرحلة التفاوض فكان حتماً الرجوع إلى القواعد العامة للمسؤولية المدنية ولا سيما قواعد المسؤولية التقصيرية المنصوص عليها في المادة 124 من ق.م.ج المعدلة والتي تنص على وجوب من قام بعمل أي كان وألحق ضرر بالغير يلزم مكان سبباً فيه بالتعويض، وعليه العدول عن المفاوضات مرهونة بوجود عنصر الخطأ ينتج عنه ضرر يقع عبء إثباته على عاتق الطرف المتضرر.

كما قضت محكمة النقض المصرية في حكم لها، بأنه لا يجوز لأي من الطرفين في مرحلة التفاوض، أن يتخذ أحدهما إجراء ما من شأنه أن يوقع الطرف الآخر في فهم خاطئ للظروف ويحمله تكاليف ما كان يتحملها لولا هذا الإجراء و عليه حملت الطرف الخاطئ التعويض على أساس المسؤولية التقصيرية بغض النظر عن وجود اتفاق من عدمه ما دام التزم بالتفاوض بمجرد الدخول فيه.

2 عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص، 207.

3 حسام الدين كامل الأهواني، مرجع سابق، ص 103

أما عن موقف القانون التونسي من المفاوضات غير المصحوبة باتفاق التفاوض فإن مجلة الالتزامات والعقود التونسية والتي دخلت حيز التنفيذ سنة 1907 أين كانت المعاملات المدنية تتسم بالبساطة، وقد طغت على القواعد المضمنة بتلك المجلة مبادئ الحرية التعاقدية، التي تتنافى وإخضاع المرحلة ما قبل العقدية إلى القانون، إذ أكد santilana في تقريره المتعلق بمجلة الالتزامات والعقود التونسية على تبني محرري المجلة لمبدأ سلطان الإرادة مبررا هذا الخيار بمقولة « أن الدين الإسلامي المبني على حسن النية جاء بحكم الضرورة مفسحا المجال إلى أبعد حد لإرادة الإنسان و متخلصا من التشبث بالشكليات»،

أما فيما يخص موقف القانون اللبناني، لم يعرف المشرع اللبناني المفاوضات وجل ما ذكره بموجب المادة 172 من قانون الموجبات والعقود « أنه في عقود التراضي ت جري المنافسة والمساومة في شروطها وتوضع الحرية بين المتعاقدين»،

وظل الاجتهاد القضائي في لبنان يعالج مسألة المفاوضات بالرجوع إلى نص المادة 122 من قانون الموجبات والعقود اللبناني، والتي تحدد مفهوم الخطأ، ومن بين الأحكام القضائية التي أخذت بنص هذه المادة في مجال المسؤولية في مرحلة المفاوضات، ما رأته محكمة استئناف جبل لبنان بتاريخ / 25 / 04 / 1968 "بعدم مسؤولية طرفي العقد في حال أقر أحدهما على وقف المفاوضات التمهيدية بشأن بيع شقة للسكن"

الفرع الثاني: المفاوضات المصحوبة باتفاق التفاوض.

وهي تلك المفاوضات التي تتم بناء على اتفاق صريح من الطرفين بالدخول في المفاوضات من أجل إبرام عقد معين، وعادة ما يكون هذا الاتفاق مكتوبا ويتضمن تنظيم العلاقة بين الطرفين أثناء التفاوض وعند فشله، وهو شائع في يومنا ويطلق على هذا النوع من اتفاقات التفاوض في الحياة العملية عدة مسميات أبرزها "الاتفاق المبدئي" وكذا "عقد التفاوض" والغاية من لجوء أطراف المفاوضة إلى هذا النوع من المفاوضات هو لضمان استمرار عملية التفاوض وإلزام الأطراف المتفاوضة، حيث أن الإخلال بهذه الاتفاقات يؤدي

إلى قيام المسؤولية العقدية، وكذا تسهيل عمل القاضي عند طرح النزاع عليه مما يدفعنا إلى إبراز موقف القانون المقارن من هذه الاتفاقات وذلك من خلال مايلي:

أولاً: موقف القانون الفرنسي.

ثانياً: موقف القانون الأنجلو ساكسوني (الأنجلو أمريكي).

ثالثاً: موقف القانون في بعض الدول العربية.

أولاً: موقف القانون الفرنسي

أطلق الفقهاء الفرنسيين عدة تسميات على اتفاقات التفاوض فهناك من يطلق على جميع الاتفاقات التي تسبق إبرام العقد بما يسمى ما قبل العقد *contrat avant*، وهناك من اعتبرها عقود مقدمة دون أن تلزم أطرافها إبرام العقد النهائي، لكن غالبية الفقه الفرنسي تقبل بسهولة وجود التزامات ما قبل عقدية ذات طبيعة عقدية حيث لم يتردد الفقهاء الفرنسيون في الاعتراف باتفاق التفاوض، فقد اعتبروه اتفاقاً حقيقياً، ينشئ على عاتق الطرفين التزامات حقيقية يترتب على الإخلال بها قيام المسؤولية العقدية، ومثال ذلك أن الإخلال باتفاق المبدأ، يعتبر إخلالاً بالتزام تعاقدي يقضي بإلزام طرفي المفاوضة باستمرار التفاوض بحسن نية، وعليه قيام المسؤولية العقدية في جانب من اخل بهذا الالتزام¹.

أما بالنسبة لموقف القضاء الفرنسي، فإنه اجتهد في تكيف الاتفاقات قبل تعاقدية تماشياً مع إرادة الأطراف حيث لم يتردد القضاء الفرنسي في اعتبار أن هذه الاتفاقات السابقة لإبرام العقد تنطبق عليها المسؤولية ما قبل العقدية ذات طبيعة عقدية كما أن محكمة العدل للاتحاد الأوروبي اعتبرت أن بروتوكول اتفاق التفاوض ملزم²، وبهذا نجد أن هذا البروتوكول قد ساهم في انتعاش الترسانة القانونية في ميدان المفاوضات.

¹ رجب كريم عبد الله، مرجع سابق، ص 264 .

² محكمة العدل الأوروبية أنشأت بمقتضى معاهدة روما سنة 1957 وهدفها تحقيق التوحيد في تطبيق القانون بين الدول الأوروبية.

ثانيا : موقف القانون الأنجلو ساكسوني

بالنسبة للتشريعات الأنجلوساكسونية ، أما مايسمى بالبلدان Law Common فإنها لا تعتمد على قوانين صادرة عن جهاز تشريعي (البرلمان) مثل ما هو جاري العمل به في دول Law Civil مثل فرنسا والجزائر وغيرها، بل تعتمد قوانينها على قرار تعتبر هذه القوانين قوانين قضائية تقوم على نظام السوابق القضائية، ومن بين هذه القوانين على سبيل المثال القانون الإنجليزي والأمريكي.

إن كل من القانون الإنجليزي والأمريكي لا يفرضان قيودا أوالتزامات على عاتق الأطراف المتفاوضة، بل يخول لهم مطلق الحرية في التفاوض of Freedom negotiation ، فالمفاوضة في الفكر السائد في القانون الأمريكي والانجليزي تقوم على الاحتمال والمخاطر ولذا يجب على كل متفاوض أن يتوخي الحيطة والحذر وهو يتفاوض، وهكذا فإن القانون الأنجلو ساكسوني لا يفرض التزاما عاما بالتفاوض بحسن النية وإنما ينظر في كل مشكلة على حدى، ويقدم حولا فرضية بالنسبة لتلك المشكلة الناتجة عن الإخلال بالعدالة في مرحلة التفاوض¹.

فعلى ضوء ما سبق ذكره نجد أن التشريعات الأنجلو ساكسونية تخضع مرحلة التفاوض سواء في حالة وجود اتفاق التفاوض أو بدونه، لمطلق حرية الأفراد، إلا إذا أقرن التفاوض بوجود حالة غش أو تدليس أو خيانة ثقة الطرف الآخر أثناء التحضير للعقد، فيترتب على المسؤول عن تلك الأفعال جبر الضرر طبقا لقواعد المسؤولية التقصيرية غير أنه في الآونة الأخيرة بدأ القضاء الأنجلو ساكسوني، لا سيما القضاء الأمريكي بالاعتراف باتفاق التفاوض المكتوب، وفي هذا الصدد صدر أهم حكم قضائي في الولايات المتحدة الأمريكية، من حيث قيمة التعويض المحكوم به وذلك في 14 نوفمبر 1985 في القضية المشهورة بقضية Texco، وتعد شركة Texco من أهم الشركات البترولية في أمريكا آنذاك، إذ تدخلت هذه الأخيرة في إفساد صفقة شراء شركة PENNZOIL لشركة GETTY وذلك بعد أن كان قد

¹ قندوسي سعاد ، مرجع سابق، ص48 .

حرر بين شركتي PENNZOIL و GETTY برتوكول اتفاق ، إذ اتفقا فيه على جميع المسائل الجوهرية بما فيها سعر شراء السهم الواحد ولم يبقى إلا موافقة مجلس إدارة شركة GETTY وهنا تدخلت شركة Texco عارضة على شركة GETTY مبلغ أكبر من المبلغ المعروف من طرف شركة¹ PENNZOIL، حيث دخلت هذه الأخيرة في مفاوضات مع شركة GETTY أسفرت عن توقيع خطاب نوايا بينهما تضمن الاتفاق على شراء شركة Texco لشركة GETTY مع شرط تحمل شركة Texco المسؤولية في مواجهة الغير على مما دفع شركة PENNZOIL في 10 جانفي 1984 إلى دعوة قضائية ضد شركة Texco ومطالبتها بالتعويض وذلك من جراء تدخلها غير المشروع في إفساد الصفقة التي جرت بينها وبين شركة GETTY وعلى هذا الأساس أصدر القاضي casseb حكمه التاريخي بإلزام شركة Texco بتعويض شركة PENNZOIL وأهم ما جاء في هذا الحكم هو اعتراف المحكمة بأن الاتفاق المبرم بين شركتي GETTY و PENNZOIL عقد ملزم بطرفيه رغم أنها اعتبرت الإخلال به يرتب مسؤولية تقصيرية.

ثالثا : موقف القانون في بعض الدول العربية

كما ذكرنا آنفا فإن الدول العربية لم تنص على مرحلة التفاوض ولم تعطي أية أهمية للمرحلة السابقة على إبرام العقد، لكن الإشكال يثار في حالة وجود اتفاق تفاوض بين طرفي المفاوضات، فما موقف القوانين العربية من هذا الاتفاق ؟.

ففيم يخص المشرع الجزائري، في الظاهر أن تقنينه المدني لم يتطرق إلى فكرة اتفاق التفاوض، وهي الحالة التي يلزم فيها الأطراف المتفاوضة أنفسهم بإنفاقات تمهيدية، تقوم عادة على محورين أساسيين، الأول هو إلزام الأطراف على مواصلة التفاوض، والثاني هو تنظيم عملية التفاوض وهذا من أجل التوصل إلى اتفاق وإضفاء الجدية على مرحلة التفاوض، إلا أنه بالرجوع إلى نص المادة 65 من ق.م.ج والتي تنص على أنه: "إذا اتفق

¹ وهي صورة من صور المنافسة غير مشروعة وغير الشريفة.

الطرفان على جميع المسائل الجوهرية في العقد، واحتفظا بمسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد، ولم يشترطا أن لا أثر للعقد عند عدم الاتفاق عليها، اعتبر العقد منبرما وإذا قام خلاف على المسائل التي لم يتفق عليها، فإن المحكمة تقضي فيها طبقا لطبيعة المعاملة ولأحكام القانون، والعرف والعدالة"، ويقابلها نص المادة 95 من القانون المدني المصري ويفهم من صياغة المادة أن عدم تضمن الاتفاق للمسائل التفصيلية لا يحول دون انعقاد العقد وهذا بخلاف المادة 154 من القانون المدني الألماني، فإنها تعتبر أن الاتفاق على بعض الشروط لا يكفي لانعقاد العقد، حتى ولو كانت تلك الشروط هي الشروط الرئيسية، ولو كانت تلك الشروط محررة كتابيا، فحسب القانون المدني الألماني تظل مرحلة ما قبل التعاقد قائمة حتى تماما الاتفاق على كافة المسائل الداخلية المضمنة في العقد، وهذا الرأي أخذ به بعض الفقهاء المصريين واعتبروا أن المادة 95 من القانون المدني المصري والتي تقابلها المادة 65 في القانون المدني الجزائري، والتي قررت بان الاتفاق على الاحتفاظ بالمسائل التفصيلية يتم الاتفاق عليها فيما بعد يعتبر اتفاق¹ على التفاوض، حيث يلتزم الطرفان بالتفاوض حول المسائل المؤجلة وهو التزام ببذل عناية، فلا يلتزم الطرفان بضرورة التوصل إلى اتفاق حول هذه المسائل، وإنما يلتزمان بضرورة الدخول في مفاوضات من أجل المناقشة والتوصل إلى اتفاق مع مراعاة قواعد حسن النية فإذا فشلت المفاوضات، فلا مفر من إعمال أحكام المادة 95 مدني مصري وهي تدخل المحكمة لتحديد تلك المسائل المؤجلة وفقا لطبيعة المعاملة ولأحكام القانون والعرف والعدالة².

وهكذا فإننا نرى أن الأستاذ الأهواني أحسن التقدير عندما اعتبر أن الاحتفاظ بالمسائل التفصيلية يتم الاتفاق عليها فيما بعد يعتبر اتفاق، كما نرى أن المادة 65 من القانون المدني الجزائري تضمنت في سياقها فكرة الاتفاق على التفاوض، وهو ما يعني أن المشرع الجزائري اعترف ضمنا باتفاق التفاوض على غرار موقف القانون المصري من اتفاق التفاوض، فهو

¹ حسام الدين كامل الأهواني، مرجع السابق، ص 136 و ما يليها.

² نفس المرجع أعلاه، ص 140 .

كموقف القانون الجزائري لم يتطرق إلى فكرة اتفاق التفاوض، وقد تدارك الفقه المصري الحديث الأمر من خلال اعترافه باتفاق التفاوض مسلماً بأن اتفاق التفاوض لا سيما الصريح¹، ينشئ على عاتق الطرفين التزاماً عقدياً بالتفاوض يتعين تطبيقه وفقاً لما يوجبه حسن النية حسب نص المادة 2/148 من القانون المدني المصري إذا ما أخل أحد الطرفين بالتزامه بالتفاوض بحسن النية فإنه يكون مسؤولاً مسؤولية عقدية طبقاً لنص المادة 215 مدني مصري.

أما بالنسبة للمشرع التونسي في الفصلين 23 و 24 من مجلة الالتزامات والعقود التونسي²، عندما نظم مسألة الاتفاقات الناقصة التي يبرمها الأطراف فيما بينهم ويجعلون بعض النقاط الأساسية موضوع تباحث لعقد تالي، ونفي عنها الصيغة الإلزامية حتى ولو وقع تحريرها كتابياً³.

أما عن رأي الفقه التونسي فقد اعتبر الأستاذ محمد الزين أنه يترتب على عقود التفاوض المسؤولية العقدية، أما بالنسبة لموقف القضاء الكويتي من اتفاق التفاوض فإنه لا يقر بأهمية اتفاقات التفاوض وهذا ما أكدته محكمة التمييز الكويتية بقولها " المراحل السابقة على التعاقد لا ترتب في الأصل أثر قانونياً"، وهو رأي صريح بعدم اعترافها بمرحلة التفاوض وهذا ما قد يخلق مشاكل لا حصر لها خلال هذه المرحلة التي يصبح أطرافها رهينة خسائر مالية ضخمة جراء دخولهم في مفاوضات.

¹ ونقصد به الاتفاق على التفاوض، وهو ذلك الاتفاق الذي يكون بشكل مكتوب، وهو يعتبر أكثر ضماناً من حالة عدم الاتفاق على التفاوض وكذا التفاوض الضمني، وذلك ما من شأنه أن يولد الاطمئنان لدى طرفي النزاع مما يسهل لهما تحديد المسؤوليات لا سيما فيما يتعلق بالمسائل التي يتم حولها التفاوض.

² وهي مجلة قانونية هامة تحوي جملة من القوانين وكذا الاجتهادات القضائية التي يتم من خلالها تنظيم المسائل القانونية، كما هو الحال بالنسبة لمرحلة التفاوض.

³ قندوسي سعاد، المرجع السابق، ص 51.

الفصل الثاني

النظام القانوني للمسؤولية المدنية الناشئة عن المفاوضات

إن معرفة النظام القانوني لأي موضوع في مجالات القانون حتى يتسنى لنا التحكم في جميع جوانبه، وعليه بات من الضروري لنا بأن نحدد النظام القانوني للمسؤولية المدنية الناشئة عن مفاوضات العقد التجاري الدولي، وهو موضوع دراستنا ولا يتأتى ذلك إلا إذا حددنا أساس قيام المسؤولية الناشئة عن مرحلة المفاوضات، كما سنتطرق إلى الآثار التي تنتج عن هذه المسؤولية وذلك في حالتها وجود وعدم وجود اتفاق، ثم نقوم بإبراز دور المفاوضات في العقد التجاري الدولي مركزين على الجانب الاقتصادي والاجتماعي وكذا القانوني نظرا لأهميتهم، ثم ننتقل إلى وعليه وجدنا بضرورة تقسيم فصلنا إلى مبحثين أساسيين على النحو الآتي:

المبحث الأول: أساس قيام المسؤولية المدنية الناشئة عن المفاوضات.

المبحث الثاني: دور المفاوضات في عقود التجارة الدولية.

المبحث الأول

أساس قيام المسؤولية المدنية الناشئة عن المفاوضات

لقد تضاربت آراء الفقهاء حول الأساس الذي يؤدي إلى قيام المسؤولية التي تنشأ عن مرحلة التفاوض مما أدى تبني مجموعة من النظريات التي يبني أصحابها أسسهم بالنظر إلى طبيعة المسؤولية فمنهم من قال أنها عقدية ومنهم من يرى أنها تقصيرية، كما نستعرض الآثار الناشئة عن المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض وهذا ما سنتعرف عليه من خلال المطلبين المواليين:

المطلب الأول: شروط قيام المسؤولية المدنية الناشئة عن المفاوضات.

المطلب الثاني: آثار المسؤولية المدنية الناشئة عن قطع المفاوضات.

المطلب الأول

شروط قيام المسؤولية المدنية الناشئة عن المفاوضات

انطلاقاً من تعريف الفقيه بلانيول للمسؤولية المدنية بأنها: "عبارة عن ذلك الجزاء الذي يترتب القانون على الإخلال بالتزام سابق" فإذا كان مصدر هذا الالتزام هو الإرادة فهي مسؤولية عقدية، وهي التي تنشأ من الإخلال بما التزم به المتعاقد، وإذا كان مصدره القانون فهي مسؤولية تقصيرية وهي التي تترتب على ما يحدثه الفرد من ضرر للغير بخطئه، وبما أن مرحلة المفاوضات هي مرحلة سابقة على إبرام العقد، فهي بذلك تعد مجالاً خصباً لاقتراف أطرافها أخطاء متعددة تلحق ضرراً بالطرف المقابل، مما يحمل المسؤول عنها المسؤولية المدنية بغض النظر عن طبيعة هذه المسؤولية وطبقاً للقواعد العامة يجب لقيام المسؤولية المدنية بصورتها العقدية والتقصيرية توافر ثلاث شروط وهي: الخطأ،

الضرر، والعلاقة السببية، وهو ما دفعنا نورد هذا المطلب في ثلاث فروع رئيسية وذلك على النحو الآتي:

الفرع الأول: الخطأ.

الفرع الثاني: الضرر.

الفرع الثالث: العلاقة السببية.

الفرع الأول : الخطأ

بيد أن المفاوضات هي مرحلة يتم فيها مناقشة و دراسة مسائل مختلفة بشأن العقد المراد إبرامه وذكر شروطه والقيام بأعمال تحضيرية وفحوص فنية ودراسات قانونية، اجتماعية و اقتصادية... الخ.

وبغرض الوصول إلى وضع صيغة مشتركة لمشروع العقد المراد إبرامه في المستقبل، وبما أن مرحلة التفاوض تخضع لمبدأ الحرية، إذ يمكن قطعها في أي وقت من طرف أحد المتفاوضين، لكن من المعروف أيضا أن الإرادة الفردية باعتبارها أساس نشأة الالتزام تفقد قيمتها إذا لم تراعى المبادئ القانونية العامة ولم تحترم في نشأتها مبدأ حسن النية أن الفقه والقضاء اتفقا على أن مرحلة التفاوض من شأنها أن تفرض على الأطراف التقيد بالتزامات معينة تهدف إلى حماية مصالحهم والمحافظة على الثقة الناشئة بينهم خلال سير المباحثات في حال الانحراف عنها تعد خطأ يترتب عنه قيام المسؤولية المدنية يعرف بالخطأ ما قبل التعاقدى باعتباره يقع أثناء تكوين العقد¹.

ويأخذ الخطأ في مرحلة التفاوض صورة عدم تنفيذ المتفاوض للالتزام على الوجه المعتاد²، لكن الإشكال يثار بخصوص المعيار الذي يأخذ به للاعتداد بالخطأ إذا اعتبر

¹ قندوسي سعاد ، مرجع سابق، ص 59 .

² وهنا على المتفاوض أن يسلك سلوك الرجل الحريص، أي الحريص على الاستمرار في المفاوضات بهدف إنجازها.

وضع معيار من طرف القضاة لضبط سلوك الأطراف خلال مرحلة التفاوض مما يشكل تعقيدا في إثباته ولقد اتفق الفقه والقضاء على وضع معيار الرجل العادي *le bon père de famille* أي أن الخطأ يتمثل في الانحراف عن سلوك الرجل العادية وبالتالي يكون سلوك المتفاوض خاطئا إذا كان منافيا لسلوك الرجل العادي الذي يوجد في نفس الظروف الخارجية التي تتم فيها المفاوضات، هذا إذا كان المدين بالالتزام شخصا عاديا، أما إذا كان شخصا مهنيا أو حرفيا فيختلف المعيار ليصبح معيار الرجل المهني الموضوع في نفس ظروف المدين¹.

رأينا في الفصل الأول في مجال قطع التفاوض أن الفقه والقضاء الحديث بدأ يميل إلى ترسيخ معيار حسن النية لمعرفة السلوك الخاطئ في مرحلة المفاوضات² حيث اعتبر الأستاذ Gorphe أن حسن النية هو: " بمثابة النموذج القانوني الذي يمثل الوسيلة التي تملي على القاضي النوع المتوسط من السلوك الاجتماعي الصحيح بالنسبة لنوعية الأعمال التي يبيث فيها " وقد سائر القضاء الفرنسي هذا الرأي، واعتبر أن سلوك الأطراف خلال مرحلة التفاوض يجب أن يخضع لمبدأ حسن النية وما يقتضيه هذا المبدأ من الاستقامة والثقة والأمانة في التعامل، وكل مخالفة لهذا المبدأ تشكل سلوكا خاطئا يترتب عنه قيام المسؤولية التقصيرية³ ومن صور هذا السلوك الخاطئ إجراء عدة مفاوضات مع عدد من الأشخاص في نفس الوقت بكيفية تجعل كل متفاوض يعتقد أنه الوحيد مع إخفاء أمر المفاوضات الموازية عنه، مما يولد الثقة المشروعة لدى الطرف المقابل في نجاح هذه المفاوضات، فيتحمل مصاريف باهظة لتسيير والإعداد إبرام العقد، فالخطأ هنا لا يتمثل في القيام بعدة مفاوضات في نفس الوقت، لأن كل متفاوض حر في إجراء ما شاء منها، بل الخطأ يتمثل في إخفائها عن الطرف المقابل وإيهامه بقرب التعاقد معه، وفي هذا الصدد

1 محمد حسين عبد العال، مرجع سابق، ص 1 .

² حيث يقع عبء إثبات ذلك على الطرف المتضرر من مرحلة التفاوض.

3 قندوسي سعاد، مرجع سابق، ص 54 .

حمل القضاء في فرنسا 216 شركة أطالت المفاوضات، وأجرت مباحثات مع الغير دون إعلام الطرف المقابل المسؤولية التقصيرية على أساس المادة 1382 مدني فرنسي، وفحوى القضية أنه قامت شركة في الدخول في مفاوضات مع شركة بناء وأوكلت إليها بموجب رسالة نوايا مهمة دراسة تنفيذ المشروع وتقييم التكلفة المالية لإنجازه ولكنها كانت في نفس الوقت تجري مباحثات مع شركة أخرى منافسة وكلفتها ببناء العمارة دون أن تعلم شركة البناء الأولى، واعتبرت المحكمة أن سلوك الشركة صاحبة المشروع خاطئاً يتنافى مع مبدأ حسن النية وما يقتضيه من الاستقامة والشفافية في التعامل¹، وهكذا يعتبر مبدأ حسن النية بما يتضمنه من سلوكات واجبة الاتباع المركز الذي تدور حوله الالتزامات المفروضة على المتفاوض في مرحلة المفاوضات، حيث يعد الإخلال به يشكل خطأ².

وعليه سنتطرق إلى تحليل مبدأ حسن النية وأهم الالتزامات المتفرعة عنه، كما نحاول أن نعرف الطبيعة القانونية للخطأ في مرحلة التفاوض هل هو خطأ تقصيري أم عقدي مع بيان حالات قيام المسؤولية التقصيرية والعقدية و ذلك من خلال مايلي:

أولاً: الإخلال بالالتزام بالتفاوض بحسن نية

بالنظر إلى الدور الفعال والإيجابي الذي يلعبه مبدأ حسن النية في مرحلة التفاوض باعتباره مبدأ يحكم سلوك الأطراف نحاول أن نسلط الضوء على مضمون هذا المبدأ و تحديد طبيعته القانونية و معرفة أهم الالتزامات المتفرعة عنه وذلك من خلال مايلي:

1- مضمون المبدأ:

قبل أن نتطرق إلى مضمون مبدأ حسن النية يستحسن بنا أن نتوقف عند المعنى اللغوي لكلمة حسن النية *la bonne foi* فالنية لغة: تعني القصد وعزم القلب على شيء

1 ومن شأن هذه السلوكات أن تؤثر سلباً على سمعتها، مما يجعل الشركات الأخرى تعرض عن التعامل معها.

2 قندوسي سعاد، مرجع سابق، ص 61 .

معين¹، أما الحسن لغة: من حسن الشيء تحسيناً، أي زينه وجمله² أما معيار الحسن والسوء، فهما عبارة عن أحكام اجتماعية ترتبط بالقيم السائدة في مجتمع معين.

أما عن مضمون هذا المبدأ، فإن محاولة وضع تعريف محدد لمبدأ حسن النية في القانون المدني ليس أمراً سهلاً و ذلك لتعدد أدوار حسن النية وتباينها في التصرفات القانونية هذا من جهة، ومن جهة أخرى إن حسن النية تتداخل فيه الأخلاق والقانون، فمبدأ حسن النية في القانون، يكفل تكريس قواعد الأخلاق، لذا نجد أن غالبية التشريعات، قد قننت حسن النية كمبدأ عام يحكم سلوك أطراف العقد يجب عليهم مراعاته في تعاملهم وتصرفاتهم، لا سيما وأن القانون مجموعة القواعد التي تحكم سلوك الفرد في المجتمع، وكل من يخالفها يتعرض لجزاء، والجزاء هنا مدني وليس عقابي إلا أنه لم يوضع تعريف موحد لفكرة حسن النية، في هذا الشأن ظهر اتجاهان في تعريف مبدأ حسن النية:

الاتجاه الأول: المفهوم الذاتي أو الشخصي لمبدأ حسن النية

يرى أصحاب هذا الاتجاه أن القانون يعتد بحسن النية باعتبارها حالة نفسية أو ذهنية تتمثل في الجهل بواقعة أو ظرف ما، أو هي ذلك الاعتقاد الخاطئ أو المغلوط *croyance Erronnée* الذي يتولد في ذهن شخص ما³ حيث يرى أنصار هذا الاتجاه بأن القانون يجب أن يعتمد على مقاصد الأطراف في تعريف حسن النية و بهذا المفهوم فإن حسن النية يعكس حالة نفسية لشخص اعتقد أنه يسير وفق القواعد القانونية بينما الحقيقة عكس ذلك والمفهوم الذاتي لحسن النية هو المقصود بحسن النية في إطار قواعد الحياة والالتصاق والبناء فوق ملك الغير، فحسن النية في هذه الحالات يتمتع بمركز قانوني لا يتمتع به سيء النية.

1 عبد الحلیم عبد اللطیف القونی، مبدأ حسن النية و أثره في التصرفات، في الفقه الإسلامي و القانون المدني المصري، (دراسة مقارنة)، (د.ن)، القاهرة، 1997، ص 86.

2 نفس المرجع أعلاه ص 39 و ما يليها 21.

1 عبد الحلیم عبد اللطیف القونی، المرجع السابق، ص 84.

الاتجاه الثاني: المفهوم الموضوعي لمبدأ حسن النية

فأصحاب هذا الاتجاه يرون أنه لا يجب إصاق مفهوم حسن النية بنية الأطراف بل لابد من إلحاق مفهوم حسن النية بمفهوم موضوعي، ولذا فإن حسن النية حسب المفهوم الموضوعي يرتدي ثوبا أخلاقيا خالصا و يتمثل في تلك الأحكام الاجتماعية التي تفرض على الأشخاص إتباعها و التمسك بالنزاهة والاستقامة في التعامل حيث يرى سلاي أن حسن النية بالمفهوم الموضوعي هو: "مثل أعلى يمكننا عند الضرورة إحلاله محل إرادة الأطراف".

فحسن النية بالمفهوم الموضوعي يمكننا من تقدير العلاقات القانونية من زاوية أخلاقية لتسليط الجراء على التصرفات المخالفة للنزاهة والثقة وحرى بنا أن نشير ونؤكد أن الشارع الحكيم قد فرض على الأفراد لاسيما منهم المتعاقدين أو الذين هم في إطار إبرام العقد الالتزام بمبدأ حسن النية وما يقتضيه من صدق وأمانة ونزاهة في التعامل والتي تتجسد في الالتزام بالإعلام والالتزام بالنصيحة والالتزام بالمحافظة على الأسرار وغير ذلك من الالتزامات التي تتفق مع حسن المعاملة وبذلك تكون الشريعة الإسلامية الغراء السبّاقة على القانون الوضعي في هذا الصدد، فقد أرسى التزامات الأطراف المتفاوضة منذ ما يزيد على أربعة عشر قرنا من الزمان، غير أنها لم تظهر في القانون الوضعي إلا حديثا¹.

أما التقنيات الوضعية، فإنها كرسّت مبدأ حسن النية في مجال تنفيذ العقد في حين أنها لم تضع نصا يفرض صراحة حسن النية في العلاقات بين الأطراف في مرحلة التفاوض وخصوصا أن المراحل السابقة لإبرام العقد أصبحت لا تقل أهمية عن مرحلة تنفيذه لا سيما في عصرنا هذا وبالأخص في مجال عقود نقل التكنولوجيا وعقود التجارة الدولية² مع ذلك هناك قلة نادرة من التقنيات نصت صراحة على مبدأ حسن النية في مرحلة التفاوض

¹ قندوسي سعاد، مرجع سابق، ص 61.

² عبد الحليم عبد اللطيف القوني، مرجع سابق، ص 23.

كالتقنين المدني الإيطالي، وهذا ما أدى بالفقه و القضاء في فرنسا بالتسليم بحسن النية باعتباره ضابط أخلاقي للسلوك يعتبر أحد المبادئ التي تحكم المرحلة ما قبل العقدية¹.

أما عن موقف المشرع الجزائري رغم أنه لم ينص صراحة على مبدأ حسن النية في المرحلة ما قبل العقدية إلا أنه كرس ذلك ضمنا في نص المادة 86 ق.م.ج في فقرتها الثانية التي تنص " يعتبر تدليسا السكوت عمدا عن واقعة أو ملابسة إذا ثبت أن المدلس عليه ما كان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة أو هذه الملابسة " حيث اعتبر المشرع السكوت العمدي عن واقعة مؤثرة في التعاقد تدليسا وعليه يجوز إبطال العقد، ويمكن المطالبة بالتعويض على أساس المسؤولية التقصيرية لكن بالرجوع إلى نص المادة 86 / 2 نجد أن المشرع الجزائري تحدث عن الجزاء في حال مخالفة حسن النية في المرحلة ما قبل عقدية والذي يؤدي إلى إبرام عقد معيب إذ اعتبر أن العقد في هذه الحالة قابل للإبطال و يمكن تعويض المتضرر على أساس المسؤولية التقصيرية، ويثار الإشكال هل يسرى مبدأ حسن النية في حال التفاوض الذي ينتهي بالعدول و بالتالي لا يبرم العقد؟.

من الناحية المنطقية لا محل للترقية بين الحالتين فهما يدخلان في إطار مرحلة واحدة وهي مرحلة ما قبل العقد، غير أن الجزاء يختلف بحسب ما إذا كانت المفاوضات قد انتهت بالتعاقد أم لا.

فإذا انتهت المفاوضات بالتعاقد، فإن الجزاءات العقدية يمكن أن تطبق وإن فشلت المفاوضات فلا محل إلا للمسؤولية التقصيرية²، وفي حالات استثنائية المسؤولية العقدية ففي الحالتين يكون التقويم منصبا على سلوك سابق للتعاقد وأساس الأخذ بمبدأ حسن النية في مرحلة التفاوض هو أن تكون المفاوضات ساحة للتعامل بأمانة وشرف ونزاهة وليست

2 كما تنص المادة 1 / 7 من مبادئ عقود التجارة الدولية على أنه " يجب على كل طرف أن يتصرف وفق لما تقتضيه حسن النية و الأمانة في التعامل في التجارة الدولية".

1 حسام الدين كامل الأهواني، مرجع سابق، ص 199.

ساحة للأكاذيب والخداع.

فصور الخطأ في مرحلة في مرحلة التفاوض والتي سنراها لاحقا تكون نتيجة لمخالفة مبدأ حسن النية.

2 - الطبيعة القانونية للالتزام بالتفاوض بحسن النية:

يشكل مبدأ حسن النية سواء أثناء التفاوض أو عند إبرام العقد التزاما وليس واجبا عاما، فهو التزام حقيقي له دائن ومدين ومحل وسبب ينشأ بمجرد دخول الطرفين في مفاوضة، في حين أنه يتقيد بالواجب العام، في أي وقت واتجاه أي شخص، ومصدر حسن النية هو اتفاق التفاوض وهو التزام تبادلي، فيكون كل طرف في المفاوضة حريصا على مصالح المتفاوض الآخر كحرصه على مصالحه الشخصية¹.

أما فيما يتعلق بطبيعة هذا الالتزام، فقد يبدو للوهلة الأولى أنه التزام ببذل عناية لكن إذا تفحصنا جيدا هذا الالتزام نجد أن التفاوض يوجب على المتفاوض أن يكون حسن النية أثناء التفاوض، بحيث لو علم أحد طرفي المفاوضة أن الطرف الآخر لن يكون حسن النية لامتنع حتما عن الدخول معه في مفاوضات لأن حسن النية كل لا يتجزأ، إما أن يكون الشخص حسن النية أو سيء النية ولذا يجب عدم الخلط بين الالتزام بالتفاوض بحسن النية وبعض الالتزامات المتفرعة عنه كالتزام بمواصلة التفاوض الذي يعد التزاما ببذل عناية، بمفهوم آخر أن الالتزام بالتفاوض بحسن النية، لا يعني البتة أن يكون المتفاوض ملزما بإبرام العقد النهائي، لأن ذلك من شأنه المساس بحرية التعاقد².

3 - أهم الالتزامات المتفرعة عن مبدأ حسن النية: يتفرع عن هذا الالتزام مجموعة من

الالتزامات القانونية التي من شأنها تنظيم سير عملية المباحثات وإلزام المتفاوضين بإتباع

2 رجب كريم عبد اللاه، المرجع السابق، ص 419

² قندوسي سعاد، المرجع السابق، ص 60.

سلوك النزاهة سواء وقع التوصل إلى إبرام العقد أو لم يقع ذلك، وهو سلوك قد ينتج مباشرة عن مبدأ حسن النية أو ينظمه ، ويمكن ذكر أهم هذه الالتزامات من خلال مايلي:

4-الالتزام بالاستمرار في التفاوض:

إن الاتفاق على التفاوض سواء كان صريحا أو ضمنيا، لا يلزم الطرفين بإبرام العقد النهائي بالفعل بل يظل كل متفاوض متمتعاً بكامل حريته في التعاقد من عدمه، إلا أنها تبقى حرية مقيدة حتى تحد من التعسف في استعمال الحق لذا فإنه ينشأ التزام قانوني على عاتق طرفي المفاوضة بالاستمرار في التفاوض وهو التزام يفرض على أطراف التفاوض ببذل كل ما في وسعهم من جهد لمواصلة التفاوض وهو ما يوضح جدية الأطراف في المفاوضات أما الاعتبار الثاني فيتمثل في حماية الطرف الآخر من أن يجبر على عقد لا يريده، تحت تهديد الالتزام بالتعويض.

أما عن طبيعة الالتزام بالاستمرار في التفاوض، فهو مجرد التزام ببذل عناية وليس التزاما بتحقيق نتيجة فعلية أن يسعى جاهدا لإنجاح المفاوضات لا قطعها وينجر عن عدم احترام الالتزام بالاستمرار في التفاوض قيام المسؤولية المدنية والواقع أن الالتزام بمواصلة التفاوض يفرض إذا أوشكت المفاوضات على قرب أجل إبرام العقد.

5- الالتزام بالإعلام:

يؤدي الدخول في المفاوضات في الفترة السابقة على إبرام العقد إلى قيام حالة من الثقة المتبادلة بين الطرفين إذ يلتزم كل طرف بأن يحيط الطرف الآخر علما بكل ما يعرفه من ظروف تتعلق بالعقد محل التفاوض وهذا ما يعرف بالالتزام بالإعلام.

لقد تضاربت الآراء حول أساس هذا الالتزام إن كان من قواعد الأخلاق أو فرض من أجل حماية الإرادة أو ناتج عن مبدأ النظرة الاجتماعية إلى العقد وقد ظهرت الحاجة إلى الالتزام بالإعلام الذي يلقي على عاتق أطراف التفاوض أو المتعاقدين، بسبب تطور

التشريعات التي تحمي المستهلك، وذلك لعدم مساواة المعلومات عند إبرام العقد بين المحترفين غير محترفين وذلك لحمايتهم، فكان لابد من وجود التزام بالإعلام ما قبل عقدي إذن يعد الالتزام بالإعلام وسيلة لحماية طائفة من المتعاقدين الأضعف شأنا بسبب نقص المعرفة.

فالالتزام بالإعلام مفروض على كل متفاوض ، ومفاد هذا الالتزام أن يتخذ موقفا إيجابيا اتجاه المتفاوض الآخر فيطلع على كافة البيانات والمعلومات المتعلقة بالعقد المزمع إبرامه لا سيما في ظل عدم التعادل في المعلومات¹، وتطرح المسألة في بعض العقود الخصوصية كعقود نقل التكنولوجيا.

وفي هذا الصدد يجب أن نشيد بموقف المشرع الجزائري، مقارنة ببعض القوانين، ففي المادة 286² التي سبق وأن أشرنا إليها، أنه اعتبر مجرد السكوت عمدا عن واقعة مؤثرة في التعاقد تدليسا، يؤدي إلى إبطال العقد إلا أن المشرع رأى أن مجرد السكوت عمدا يكفي أحيانا لقيام التدليس ويكون بذلك قد كرس الالتزام بالإعلام ما قبل العقدي في هذه المادة وألزم المتفاوض بالشفافية وعدم الكتمان طيلة مرحلة المفاوضات.

ونشير إلى الالتزام بالإعلام يقتصر فقط على البيانات والمعلومات التي يستحيل على المتفاوض الآخر العلم بها بنفسه، ولو كان قد استعلم بنفسه عن البيانات والمعلومات المتعلقة بالعقد المراد إبرامه.³

ثانيا: التكييف القانوني للخطأ

إن الخطأ في مرحلة التفاوض يتمثل في إخلال المتفاوضين بالالتزامات التي تقيدهم خلال سير المفاوضات نحو تكوين العقد، ولا شك أن أهم صورة للخطأ في هذه المرحلة و

¹ محمد دسوقي، مرجع سابق، ص 77.

² راجع نص المادة 86 من التقنين المدني الجزائري.

³ محمد ابراهيم دسوقي، مرجع سابق، ص 20.

أكثرها حدوثاً في الحياة العملية هي قطع المفاوضات بدون مبرر جدي إذ أن ذلك يعد إخلالاً واضحاً بالالتزام بالتفاوض بحسن النية، مما يؤدي في حال فشل المفاوضات إلى قيام المسؤولية المدنية وهذا يؤدي بنا إلى طرح تساؤل حول الطبيعة القانونية للخطأ المرتكب أثناء مرحلة المفاوضات هل هو خطأ عقدي أم تقصيري؟

إلا أنه عموماً الفقه الحديث يفرق بين قطع المفاوضات الذي يكون في غياب اتفاق التفاوض والذي يطبق عليه نظام المسؤولية التقصيرية وبين قطع المفاوضات الذي يتم بوجود عقود التفاوض¹ والذي يؤدي إلى قيام المسؤولية العقدية والتي يحلو للأستاذ LETOURNEAU أن يسميها بنظام الانحراف، والمقصود به الحيد عن السلوك السوي الذي يفترض أن يسلكه المفاوض الجاد، وبدورنا نرى أن النظام يمكن أخذه كمعيار لتحديد المسؤولية التقصيرية في مجال المفاوضات ويضفي عليها الصبغة القانونية ولا يجعلها مجرد أخذ ورد في الآراء ووجهات النظر².

1 - الخطأ التقصيري:

يقصد بالخطأ التقصيري بوجه عام الانحراف عن السلوك المألوف للشخص العادي وعليه فللمتضرر من الخطأ الذي ارتكب أثناء المرحلة التي تسبق إبرام العقد له الحق في المطالبة بالتعويض على أساس المسؤولية التقصيرية والتي تنشأ سواء في حالة صدور إيجاب أو عدم صدوره.

منطق القول أنه ما لم يصدر إيجاب بالتعاقد خلال التفاوض، فإن قطع المفاوضات لا ينشئ أية مسؤولية باعتبار خضوع هذه المرحلة إلى حرية الأطراف وهذه الحرية تفرض حق رفض التعاقد، وحدود هذا الحق هو عدم التعسف والذي يمكن تقديره عن طريق قواعد

¹ محمد حسين عبد العال، مرجع سابق، ص 27.

² قندوسي سعاد، مرجع سابق، ص 73.

المسؤولية التقصيرية لكن هذا لا يعني أخذ هذه الحرية على إطلاقها بل تقتضي حسن النية من الطرفين الذي يفرض على الأطراف التحلي بالنزاهة والحرص على استمرار المفاوضات والسعي لإنجاحها فالمفاوض الذي يقطع المفاوضات يعد خارقاً لمبدأ حسن النية يكون قد تسبب في وقوع خطأ لأن هذا المبدأ هو معيار تحديد الخطأ، كما أن قطع المفاوضات يتخذ عدة صور تعد في مجملها مخالفة لمبدأ حسن النية وتشكل بذلك خطأً تقصيرياً.

ولذا فقد اتفق الفقهاء على أن هناك مجموعة من الظروف والوقائع التي حثمت إقرار مبادئ عقود التجارة الدولية تقتضي الحفاظ على السر المهني أثناء مرحلة التفاوض.

كما تتجسد سوء النية في القطع المفاجئ للمفاوضات ومثال ذلك أنه أحياناً وأثناء التفاوض يقوم أحد الطرفين بالقيام بنفقات للتحضير للعقد ويتفاجأ في آخر لحظة بقطعها من الطرف الآخر وفي هذا الصدد قضت محكمة استئناف Montpellier في قرارها الصادر بتاريخ 09 ديسمبر 1998 الذي تتلخص وقائعه فيما يلي: " إن ممول مسرح Montpellier تفاوض مع مدير المطرب Head Murray من أجل إمضاء عقد الإنجاز عرض جماهيري فشرع منظم مسرح Montpellier في بدء حملته بالصاق البطاقات الإشهارية وبث رسائل إذاعية ولكن عن طريق البريد الموجه ثلاث أسابيع فقط قبل العرض تفاجأ بقرار ممول العرض بإيقاف العرض وعليه قضت محكمة استئناف Montpellier أن قرار الممول بوقف العرض جاء متأخراً وفجائياً بالنظر للتاريخ المحدد للحفل وعلى هذا الأساس حملت المسؤولية الشبه تقصيرية للممول وذلك لعدم جديته في التعاقد " و من صور التي تدل على نية الإضرار في قطع التفاوض هو أن يدخل أحد طرفي المفاوضة التفاوض من أجل تضييع فرصة هامة للتعاقد على الطرف المقابل.

في بعض الحالات ليس بالضرورة توافر سوء النية أو نية الإضرار للقول بأن قطع المفاوضات يعتبر خطأً بل يكفي مجرد الغفلة، كالاستخفاف بالأمر فهذا التصرف يكفي

وحده لقيام المسؤولية وفي هذا المعنى قضى مجلس النقض الفرنسي رفض طعن بالنقض الشركة قامت بقطع المفاوضات بعد أن تبين لها أن وضعها المالي لا يسمح لها بمواصلة المفاوضات وسبب رفض الطعن الذي تقدمت به الشركة من قبل مجلس النقض أن هذه الشركة بإهمالها لم تقم بدراسة مالية لأوضاع السوق قبل الشروع في مفاوضات وعليه حكم عليها بتعويضات¹.

أما عن أساس الخطأ التقصيري في المرحلة التي تسبق إصدار الإيجاب، فقد اعتبر فقه القضاء في فرنسا أن الخطأ التقصيري يستند إلى فكرة إساءة استعمال الحق وهي نظرية فقه قضائية² إذ لا يوجد نص في القانون المدني الفرنسي الحديث ينص على التعسف في استعمال الحق ويرجع ذلك لأن واضعي تقنين نابليون كانوا متأثرين بمبادئ الثورة الفرنسية وبنزعتها الفردية التي تقوم على تقديس حقوق الفرد فكان من الطبيعي خلو التقنين المدني الفرنسي من النص على فكرة إساءة استعمال الحق ، وهذا بخلاف الشأن بالنسبة للقانون المدني الجزائري إذ نص في المادة 124 مكرر على أنه: " يشكل الاستعمال التعسفي للحق خطأ لاسيما في الحالات الآتية:

- إذا وقع بقصد الإضرار بالغير³.
- إذا كان يرمي للحصول على فائدة قليلة بالنسبة إلى الضرر الناشئ للغير،⁴ إذا كان الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة."

وجدير بالذكر أن القضاء الجزائري لم يتعرض إلى حالة القطع التعسفي للمفاوضات ليقر على ضوءها بوجود خطأ تقصيري، وربما يعود ذلك إلى أن المتفاوضين عادة ما

¹ قندوسي سعاد، مرجع سابق.

² معنى أن القضاء استند عند إقراره بفكرة إساءة استعمال الحق في المرحلة التي تسبق إصدار الإيجاب إلى آراء فقهاء القانون بخصوص هذه المسألة.

³ وعليه يجب النظر في نية من صدر عنه الخطأ

² وهو خير دليل على أن المشرع الجزائري يأخذ بنظرية المسؤولية التقصيرية.

يحسمون المشاكل المنبثقة عن سير المفاوضات رضائيا ولا يلتجئون بذلك إلى القضاء، لكن في حالة عرض مثل هذا المشكل أمام المحاكم الجزائرية، فإن الأسس القانونية متوافرة للإقرار بالخطأ التقصيري للمتفاوض الذي قطع المفاوضات تعسفا وذلك من خلال المادتين 124 و124 مكرر ق.م.ج.

2 - الخطأ العقدي:

لا شك أنه عند تكوين علاقة تعاقدية وجب تنفيذها ومن ثم إذا أخل أحد طرفي هذه العلاقة بتنفيذ الالتزامات التي تثقل كاهله فإنه يكون مسؤولا اتجاه المتعاقد معه وذلك وفقا لقواعد المسؤولية العقدية ولقيام المسؤولية العقدية لابد من توافر ثلاث شروط هي: وجود عقد صحيح يربط بين المسؤول والمضروب وأن يقع من الطرف المسؤول الذي أخل بأحد التزاماته الناشئة عن هذا العقد إلحاقه ضررا للطرف الآخر المضروب.

فعلى هذا النحو يعتبر الخطأ العقدي هو عدم تنفيذ المدين لالتزامه العقدي سواء كليا أو جزئيا أو التأخر في التنفيذ أو التنفيذ المعيب، خلصنا من خلال بحثنا في طبيعة الاتفاقات التمهيدية التي تتخلل سير المفاوضات سواء للتمهيد أو لتنظيم المفاوضات أنها تعد مجرد مرحلة من مراحل التفاوض أين الإرادة التعاقدية تكون في طريقها إلى التعاقد¹.

الفرع الثاني: الضرر

إن ثبوت الخطأ في جانب المتفاوض لا يكفي وحده لقيام المسؤولية بل لابد من وجود ضرر ناتج مباشرة عن ذلك الخطأ وترابطهما علاقة سببية، فالضرر هو الركن الثاني من أركان المسؤولية المدنية سواء كانت تقصيرية أو عقدية، فإذا انتفى الضرر فلا مسؤولية ولا تعويض²، وهذا ما أكدته المادة 124 من ق.م.ج، حيث اشترط المشرع الجزائري بصفة

¹ قندوسي سعاد ، مرجع سابق، ص 96.

² رجب كريم عبد اللاه، مرجع سابق، ص 497

قاطعة ضرورة توافر الضرر القيام المسؤولية التقصيرية وهذا ما سنتعرف عليه من خلال هذا الفرع.

أولاً: أنواع الضرر.

قد يكون الضرر مادياً يصيب المضرور في جسمه أو ماله وهو الغالب الوقوع ، وقد يكون أدبياً يصيب المضرور في عاطفته أو شعوره أو كرامته أو شرفه وعليه يمكن تعريف الضرر بأنه ذلك الأذى الذي يصيب الشخص من جراء المساس بحق من حقوقه أو مصلحة مشروعة له، فالضرر المادي في المفاوضات هو ذلك الأذى الذي يصيب الشخص ويتمثل في الخسارة المالية التي تترتب عن المساس بمصلحة مشروعة للمتضرر وهي حسب القانون المدني الجزائري هي تلك المصلحة التي لا تتعارض مع النظام والآداب العامة المنصوص عليها في المادتين 96 و 97 ق.م. ج¹، فالضرر المادي يتمثل في المال والجهد والوقت الذي صرفه في مرحلة المفاوضات أما الضرر الأدبي فيتجلى الضرر الذي يلحق الشخص في كرامته أو شعوره أو شرفه أو في عاطفته بل حتى في سمعته الاقتصادية والتجارية وقد توسع القضاء في مفهوم الضرر الأدبي إذ اعتبر الضرر الأدبي كل ما يصيب الشخص من أذى لكن الإشكال الذي كان قائماً هو حول كون الضرر الأدبي موجبا للتعويض أم لا.

ولذا ثار جدال في فرنسا حول هذه المسألة وعلى أثره اتفق الفقه والقضاء على أن الضرر، إلا أن الفقه والقضاء في أغلب الدول استقر تعويض المتفاوض المضرور أدبياً أومادياً فإن عبء إثباته يقع عليه لأنه الدائن بالالتزام ويثبت الضرر بكافة الطرق² وذلك لأن الضرر واقعة مادية.

¹ راجع نص المادتين المذكورتين أعلاه من التقنين المدني الجزائري.

² وهذا ما قضت به المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 17 جوان 1987، تحت رقم: 49174، المجلة القضائية عدد 3، 1990، ص 27.

ويقدر القاضي التعويض طبقاً لنص المادة 131 المعدلة من ق.م.ج التعويض عن الضرر الذي لحق المصاب طبقاً لأحكام المادتين 182 و182 مكرر مع مراعاة الظروف الملابسة، فإن لم يتيسر له وقت الحكم أن يقدر مدى التعويض بصفة نهائية، فله أن يحتفظ للمضروب بالحق في أن يطالب خلال مدة معينة بالنظر من جديد في التقدير.

ثانياً: الشروط التي يجب توافرها في الضرر

وهي شروط يجب توافرها لقيام الضرر وهي كالتالي:

- يجب أن يكون الضرر محققاً لقيام المسؤولية والضرر المحقق هو الضرر الذي يجب أن يكون قد وقع فعلاً أو سيقع حتماً¹ فالضرر المحقق الوقوع في المستقبل في حكم الضرر المحقق وجب التعويض عنه.

ومن أمثلة الضرر المحقق الوقوع هي تلك النفقات التي تحملها المضروب فعلاً منها نفقات الإقامة والانتقال بسبب المفاوضات وأجور بيوت الخبرة التي استعان بها لهذا الغرض.

أما عن الضرر المتمثل في مافات المتفاوض المضروب من كسب فمن الصعب تقبله في كل الحالات في المسؤولية ما قبل العقدية إذ أن القول به يعني في الوقت نفسه أننا نرتب أثراً على عقد لم يبرم بعد، إذا الكسب المراد تعويضه هو ما كان يأمل المضروب تحقيقه من وراء إبرام العقد، أما وأنه لا يوجد حديث عن عقد في المرحلة السابقة على التعاقد بل ينصب الكلام عن خطأ ترتب عليه قطع المفاوضات أو توقفها قبل أن تؤدي إلى إبرام عقد، فإنه من المقبول في هذه الحالة هو تعويض المضروب من توقف المفاوضات أو فشلها عما لحقه من خسارة بسبب هذا الفشل أو ذلك التوقف أما عن النتائج أو المكاسب التي كان ينتظر تحقيقها بعد إبرام العقد فليس هناك مجال لتعويضها².

1 عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص 2

2 قندوسي سعاد، مرجع سابق، ص 98.

- أما عن شرط أن يكون الضرر متوقعا أو غير متوقعا فهو يختلف حسب نوع المسؤولية، فإذا كانت المسؤولية عقدية فيجب أن يكون الضرر متوقعا هو ذلك الضرر الذي يمكن توقعه وقت إبرام الاتفاقات التمهيدية المتعلقة بمرحلة المفاوضات .

- و إضافة إلى ذلك يشترط أن لا يكون الضرر قد تم تعويضه من قبل و لو من غير طريق المدين إذ لا يجوز أن يحصل المضرور على أكثر من تعويض لجبر الضرر، ولهذا فإن المحاكم الفرنسية لا تقضي غالبا بالتعويض عن النفقات العادية التي يبذلها المهني في سبيل التفاوض مع العملاء بشأن مهنته و ذلك لأن المهني يفرض عليه طابع نشاطه تدوين تلك المصاريف مسبقا بالسجل الخاص بحسابات المؤسسة¹.

الفرع الثالث: العلاقة السببية

لقيام مسؤولية المتفاوض المدنية سواء كانت عقدية أو تقصيرية أن تتوافر علاقة سببية بين الخطأ الذي أرتكبه والضرر الذي أصاب المتفاوض الآخر.

فالعلاقة السببية هي الركن الثالث للمسؤولية وقد نصت المواد 124 و 125 و 126 ق.م.ج على ضرورة توافر ركن السببية بين الضرر والخطأ القيام المسؤولية التقصيرية ، أما عن علاقة السببية في المسؤولية العقدية فقد نصت عليها المادة 176 من ق.م.ج على أنه: " إذا استحال على المدين أن ينفذ الالتزام عينا حكم عليه بتعويض الضرر الناجم عن عدم تنفيذ التزامه، ما لم يثبت أن استحالة التنفيذ نشأت عن سبب لا يد له فيه، ويكون الحكم كذلك إذا تأخر المدين في تنفيذ التزامه".

ويستنتج من نص المادة أنه يجب أن يكون خطأ المدين هو السبب المباشر في حدوث الضرر وعلى المتفاوض المتضرر أن يثبت علاقة السببية بين الخطأ والضرر، كما يجب عليه أن يثبت أن هذا الخطأ هو السبب المباشر في وقوع الضرر².

¹ قندوسي سعاد، مرجع سابق، 99.

² نفس المرجع السابق، ص 101 .

وفي كل الأحوال يقع على عاتق المدين المتفاوض عبء نفي العلاقة السببية إذا ادعى عدم قيامها، وقد نصت المادة 127 ق.م.ج على أسباب نفي العلاقة السببية بقولها: "إذا أثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب لا ي دله فيه كحادث مفاجئ أ أو قوة قاهرة، أو خطأ صدر من المضرور أو خطأ من الغير، كان غير ملزم بتعويض هذا الضرر، ما لم يوجد نص قانوني أو اتفاق يخالف ذلك"¹.

إن ل قد رأينا من خلال النظام القانوني للمسؤولية المدنية الناشئة عن قطع المفاوضات أهم شروط قيام هذه المسؤولية، بحيث بدون توافرها لا يمكن أن تقوم المسؤولية عن قطع التفاوض، كما حاولنا معرفة الحالات التي تكون فيها هذه المسؤولية عقدية والحالات التي تكون فيها تقصيرية، ويبقى لنا أن نستعرض آثار هذه المسؤولية وهذا ما سندرسه في المطلب الموالي.

المطلب الثاني

آثار المسؤولية المدنية الناشئة عن المفاوضات

ينتج عن المسؤولية الناشئة عن المفاوضات لا سيما قطعها أثاران يميزانها عن غيرها، الأول يتمثل في أن قطع المفاوضات في الأحوال التي يعد فيها هذا القطع خطأ يتسبب في ضرر للطرف المقابل، فيحق لهذا الأخير أن يطالب بالتعويض لإصلاح الضرر إلا أن السؤال المطروح حول نوع التعويض الذي يمكن أن يستفيد منه المتفاوض الضحية إن تعويضا عينيا أو تعويضا بمقابل لا سيما في الحالات التي يستحيل فيها التنفيذ العيني، كما وجدنا بضرورة عرض موضوع نطاق تطبيق القانون على المسؤولية المدنية الناشئة عن مفاوضات العقد التجاري، وهذا ما سنعرفه من خلال الفروع الموالية²:

¹ قندوسي سعاد، مرجع سابق، ص 101 .

² نفس المرجع السابق، ص 103 .

الفرع الأول: التنفيذ العيني La Réparation en nature

سنتعرف من خلال هذا الفرع على تعريف التنفيذ العيني في مرحلة المفاوضات وموقف الفقه منه، وذلك على النحو التالي:

أولاً: تعريف التنفيذ العيني

يقصد بالتنفيذ العيني تنفيذ عين ما التزم به المدين وهو النمط المثالي لجبر الضرر، إذ يؤدي إلى إصلاح الضرر إصلاحاً تاماً وإعادة الحالة إلى ما كانت عليه¹، فللدائن الحق في مطالبة المدين بالتعويض العيني وإجبار المدين عليه وقد نص عليه القانون المدني الجزائري في المادة 164 منه.

وفي حال ما إذا كان تنفيذ الالتزام عيناً غير ممكناً أو غير ملائماً إلا إذا قام به المدين نفسه يجوز للدائن أن يحصل على حكم بإلزام المدين بهذا التنفيذ بدفع غرامة إجبارية إن امتنع عن ذلك حسب نص المادة 174 ق.م.ج.

وإذا كان الالتزام المراد تنفيذه عيناً هو التزام بعمل، ولم يقدّم المدين بتنفيذه التزامه يجوز للدائن أن يطلب ترخيصاً من القاضي في تنفيذ الالتزام على نفقة المدين إذا كان هذا التنفيذ ممكناً وهذا ما قضت به المادة 170 ق.م.ج ويقابلها المادة 1144 مدني فرنسي².

وبما أن الالتزام العيني هو الأصل، فلا يجوز للدائن مطالبة المدين بالتعويض إذا أمكن له أدائه عيناً وما يعيننا في هذا الصدد هو دراسة الحالة التي لم يقدّم فيها أحد أطراف التفاوض بتنفيذ التزامه اختيارياً، بأن رفض الدخول في التفاوض أو الاستمرار فيه، رغم إعداره، فهل يجوز للمتفاوض الآخر طبقاً للقواعد العامة المتعلقة بالتنفيذ العيني أن يلجأ إلى القضاء طالبا الحكم بإجبار المتفاوض المدين بالدخول معه في التفاوض أو الاستمرار فيه؟

1 لأنه يرجع الأطراف إلى الحالة الأولى التي كانا عليها قبل التعاقد.

² قندوسي سعاد، مرجع سابق، ص 105 .

بمعنى آخر هل يجوز إجبار المتفاوض على تنفيذ التزامه بالتفاوض عينا؟ وهذا ما سنتطرق له فيما يلي:

ثانيا : موقف الفقه من التنفيذ العيني في مجال المفاوضات

استبعد أغلب الفقه التنفيذ العيني الجبري من مجال التفاوض حيث ذهب الفقهاء إلى أبعد من ذلك ورأوا عدم جواز إجبار المتفاوض على تنفيذ التزامه بالتفاوض عينا حتى ولو لم يكن هذا التنفيذ مستحيلا ولا مرهقا وذلك للأسباب التالية:

باعتبار أن محل الالتزام الذي لم ينفذ هو " التفاوض " وليس "التعاقد" لذلك فليس من المقبول القول بانعقاد العقد لأن المتفاوض يرفض تماما الدخول في التفاوض والاستمرار فيه، فإذا أُجبر على ذلك كان هذا الإجبار مساس بحريته الشخصية وليس من المعقول أن تعين المحكمة من يمثل المدين في عملية التفاوض ولو كانت المرحلة التي توقفت عندها المفاوضات مقبولة ويمكن معها إبرام العقد وهذا ما أقرته محكمة بروكسل التجارية على استحالة التنفيذ العيني لإعلان مبادئ الاتفاق¹ Accord de principe، وأكدت أن ما ضاع هو فرصة للتعاقد وليس العقد نفسه إن الإجبار على التفاوض يكون غير مجد في مجال التفاوض، وذلك لأن التفاوض بطبيعته يحتاج إلى التعاون الحقيقي بين الطرفين، ليس الضغط على إرادة المتفاوض المقابل لإبرام العقد².

ورغم ندرة التطبيقات القضائية في شأن الإجبار على التفاوض إلا أن ثمة حكما صادرا من محكمة استئناف باريس في 28 ديسمبر 1976 قضى بالإجبار على التفاوض وقد استند إليه بعض الفقه للقول بإمكانية إجبار المتفاوض على تنفيذ التزامه بالتفاوض عينا إذا ما قدر القاضي ذلك وتتعلق وقائع هذا الحكم بعقد توريد كمية من زيت المازوت بين

¹ قندوسي سعاد، مرجع سابق، ص 101 .

² نرى أن محكمة بروكسل أبلت بلاءا حسنا في تقديرها، حيث أضفت نوعا من الجدية وقوة في شور الأطراف بالزامية المفاوضات.

شركتي EDF و Shell وقد كان العقد يتضمن بندا يلزم الطرفين بإعادة التفاوض حول الثمن في حالة ارتفاع وانخفاض الأسعار وعقب ارتفاع أسعار البترول كان لابد أن يتفاوض الطرفان حول تعديل الثمن وهذا ما حدث فعلا، لكن التفاوض باء بالفشل ورفع الأمر إلى محكمة استئناف باريس حيث قضت هذه الأخيرة قبل أن تفصل في الموضوع بإلزام الطرفين بالتفاوض كمحاولة للتوصل إلى اتفاق على أن يكون للمحكمة في حالة فشل المفاوضات أن تقضي على ضوء المفاوضات والحلول المقترحة، إما بإبطال العقد أو تعديله بمعرفتها، وأحيانا ينظم المتفاوضون بعض الالتزامات الخاصة في شكل عقود مؤقتة كالالتزام بالسرية والالتزام بالاستقامة والالتزام بالقصر وهي كلها التزامات بتحقيق نتيجة ويمكن في حالة عدم تنفيذها أن يلجأ الدائن إلى التنفيذ بقوة القانون.

وما نستنتجه من خلال دراستنا للتنفيذ العيني مستبعد تماما في كل الأحوال التي يكون فيها الأطراف في مرحلة التفاوض ولكن الإشكال عن إمكانية اللجوء إلى أسلوب التنفيذ بمقابل أو عن طريق التعويض لجبر ما لحق المتفاوض الدائن من أضرار وهذا ما سنجيب عنه في الفرع الموالي.

الفرع الثاني: التنفيذ بمقابل أو عن طريق التعويض

لما استحال التنفيذ العيني في مجال التفاوض كان لزاما علينا إيجاد بديل لرد الحقوق إلى أصحابها فلم نجد خير من التنفيذ بالتعويض أو التنفيذ بمقابل. فالتنفيذ بمقابل هو أن يدخل المسؤول في ذمة المضرور قيمة معادلة لتلك التي حرم منها فهو لا يرمي إلى محو الضرر بل يرمي إلى جبره¹. و غالبا ما يكون التعويض بمقابل نقدي وهو الأصل الذي نصت عليه المادة 132 ق.م. ج في فقرتها الثانية².

¹ ومعنى الجبر محاولة التخفيف من حدة الضرر إذ في غالب الأحيان يستحيل جبر الضرر بصفة كاملة.

² سعاد قندوسي، مرجع سابق، ص 104 .

وفيم يلي نستعرض التعويض كجزء على إخلال المتفاوض بالتزامه بمواصلة التفاوض، ثم ننتقل إلى تحديد الأضرار الموجبة للتعويض في مرحلة المفاوضات وذلك على النحو التالي:

أولاً: التعويض كجزء على إخلال المتفاوض بالتزامه بمواصلة التفاوض

يترتب على عدم تنفيذ المتفاوض لالتزامه الناشئ خلال مرحلة التفاوض والمتمثل في الاستمرار في التفاوض¹، في نشوء حق المتفاوض الآخر في الحصول على تعويض نقدي عادل وشامل عن كل ما أصابه من ضرر من جراء عدم التنفيذ ما دام قد تعذر إجبار المتفاوض المدين على تنفيذ التزامه عينا حسب نص المادة 176 ق.م. ج وعموما يقدر التعويض بطريقتين:

1- تقدير التعويض من قبل القاضي :

تقتضي القواعد العامة بأن يتولى القاضي مهمة تقدير التعويض شريطة ألا يكون هذا التعويض مقدرا في اتفاق التفاوض وهذا ما قضت به نص المادة 182 من التقنين المدني الجزائري فحسب نص هذه المادة على القاضي تقدير التعويض الذي يشمل ما لحق الدائن من خسارة وما فاتته من كسب، كما يجوز له أن يقدر التعويض الأدبي، الذي ألم بالمتفاوض المضرور والهدف هو إعادة المتفاوض المضرور إلى الوضع الذي كان عليه قبل الدخول في التفاوض وعلى نفقة المتفاوض المسؤول غير أنه يجب على القاضي عند تقديره للتعويض أن يقتصر على الضرر المباشر فحسب والذي يعد نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام، ويجب أن يكون التعويض عن الضرر الحال والمحقق الوقوع في المستقبل².

والضرر المحقق الوقوع هو الذي يكون كنتيجة عن الإخلال بالالتزامات المتعلقة بمرحلة المفاوضات كأن يفشي أحد الطرفين لسر مهني يكون عرضة لاستغلاله صناعيا مستقبلا.

¹ هنا نقصد بالقطع التعسفي، وعدم الاستمرار في التفاوض لأسباب غير جدية.

² قندوسي سعاد، المرجع السابق، ص 105 .

ويعتبر تقدير التعويض من المسائل الموضوعية التي يفصل فيها قضاة الموضوع الذين تخول لهم السلطة التقديرية أداء مهامهم المنوطة بهم¹، باعتبار أن القاضي ملزم بالفصل في النزاع المطروح عليه، على أن يسبب حكمه بما يستتبطه من حجج .

2- تقدير التعويض من قبل الأطراف:

وهي الحالة التي يلجأ فيها الطرفين بنفسيهما لتقدير التعويض والذي يعرف بالشرط الجزائي المنصوص عليه في المادة 183 ق.م.ج، وعليه فإنه خلال مرحلة المفاوضات قد يتفق أطراف التفاوض على توزيع نفقات التفاوض بينهما وذلك للحيلولة دون نشوء نزاع بشأنها في المستقبل وتتمثل في جميع النفقات التي يتكبدها المتفاوضين في سبيل التفاوض على العقد وعادة ما يكون ذلك في شكل شرط ، لكن هذا الشرط لا يعتد به إذا كانت نية الأطراف تدل على أن هذا الاتفاق لا ينطبق إلا إذا فشلت المفاوضات بدون خطأ من أحدهما².

ثانيا: الأضرار الموجبة للتعويض في مرحلة التفاوض

تتعدد الأضرار التي تسفرها مرحلة المفاوضات نتيجة عدم التزام أحد الأطراف بالتزاماته التفاوضية ، إلا أننا نحاول أن نسردها أهمها وذلك من خلال مايلي³:

1- ضياع المال:

تقتضي المفاوضات في غالب الأحيان إلى أموال ينفقها المتفاوض خلال مرحلة التفاوض في شكل نفقات شرط أن تكون قد تمت بمناسبة التفاوض أو بسببه مما يجعله يتكبد خسائر مالية شرط أن لا يكون ذلك نتيجة غفلة وعدم احترازه، وعليه وجب على الطرف المتسبب في هذه الخسارة ملزما بالتعويض جزاء انسحابه للمفاوضات أو قطعها، إلا

¹ قندوسي سعاد، مرجع سابق، ص 104 .

² قندوسي سعاد، مرجع سابق، ص 106 .

³ يسري عوض عبد الله ، مرجع سابق، ص 234 وما يليها.

أن النفقات العادية التي يؤديها المهني نظير جلبه للعملاء والتفاوض معهم لا توجب التعويض وهذا ما استقر عليه أغلب الفقه والقضاء.

2- ضياع الوقت:

فالمفاوضات عادة تأخذ وقتا ولذا يجب التعويض عنها متى قام الدليل عليها ويتمثل الوقت الضائع في الساعات أو الشهور أو السنين التي تكون قد استغرقتها المناقشات أو الدراسات ويجدر التنويه بحكم فرنسي شهير في هذا المقام أبرز موضوع التعويض عن ضياع الوقت¹، فقد أعلن زوجان رغبتهما في قبول إيجاب تمثّل في طرح عقار للبيع، ثم طلبا تمديد مدة القبول حتى يتسنى لهما تدبير التمويل اللازم للشراء وبعد ثلاثة أشهر أفصحا عن إرادة قاطعة في عدم الشراء وعلى أثر ذلك تمسك موجه الإيجاب بأن الرفض جاء متأخرا وطلب تعويض عن ضياع فرصة يبرر إلزام الزوجين بجبره ولكن محكمة النقض أبت إلا أن تؤكد أن مناط الحكم بالتعويض هو معرفة ما إذا كان الموجب التزم بإيجابه بالفعل ولم يتصرف في العقار طول هذه المدة من عدمه.

3- تفويت الفرصة:

ومناطق هذا الضرر أن المفاوضات قد تفوت فرصة الكسب، في ظل وجوب التزام أطراف التفاوض بعدم إجراء مفاوضات موازية مما يؤدي بعدول أحدهما عن التفاوض إلى تفويت الفرصة على الطرف المقابل بإجراء صفقات قد تكسبه المال.

مما أقرّ القضاء في مجمله بأنه إذا كان الحرمان من الكسب احتماليا لا يكفي أساسا للتعويض، فإن الحرمان من فرصة تحقيق هذا الكسب تمثّل ضررا محققا واجب التعويض و هكذا يمكن تعريف تفويت الفرصة بأنها، ذلك الحرمان من فرصة جادة وحقيقية لتحقيق

1 خاصة إذا كان المتعامل الأجنبي ذو سمعة كبيرة في الأسواق العالمية، فوقته من ذهب.

كسب احتمالي، وهذا ما أقره القضاء الفرنسي¹، وما نلاحظه بهذا الشأن أن القضاء الفرنسي أثنى رصيده القانوني في مجال المفاوضات التجارية وأعطى لها عناية كبيرة.

4- المساس بالسمعة التجارية

ويتمثل ذلك في الضرر المادي والمعنوي الذي يلحق المتفاوض في سمعة المتفاوض² الأدبية، فقد يظهر ذلك متفاوض في مظهر الساذج الذي يسهل خداعه، فينال ذلك من سمعته بين العاملين في التجارة الدولية وفي التجارة عموماً ولقد حكمت محكمة النقض المصرية تطبيقاً لذلك بجبر ما لحق المتفاوض المضروب من قطع المفاوضات من ضرر أدبي تمثل في إظهاره بمظهر من يسهل انخداعه ومن لا يوثق به، فقد اعتبرت المحكمة بأن في ذلك ما ينال من سمعة المتفاوض المضروب في السوق التجارية³.

الفرع الثالث: القانون الواجب التطبيق على المسؤولية المدنية الناشئة عن المفاوضات.

من المسائل التي تطرح معرض الحديث عن المسؤولية المدنية الناشئة عن قطع المفاوضات مسألة تحديد القانون الواجب التطبيق على هذه المسؤولية إذا كان النزاع ذا طابع دولي، أي أن يكون أحد أطراف التفاوض شخصاً أجنبياً أو أن التفاوض جرى في بلد أجنبي، ويحدث ذلك عادة عندما يكون التفاوض بشأن عقد دولي وهو ذلك العقد الذي يشمل على عنصر أجنبي⁴ حيث تثار عدة مشاكل بالنسبة للقانون الواجب التطبيق على المسؤولية الناتجة عن قطع المفاوضات وذلك نظراً لاختلاف الحلول المتبعة في القانون المقارن بشأن المسؤولية المدنية في مرحلة المفاوضات.

¹ نظراً لندرة العناصر المادية التي تساهم في تحديد مقدار الضرر المتمثل في ضياع الوقت، فإن القاضي يقوم بتقدير التعويض عنه جزافاً وفقاً لقواعد العدالة بالقدر اللازم لجبر ما لحق المتفاوض من ضرر من يوم تحققه وحتى لحظة صدور الحكم.

انظر في ذلك يسري عوض عبد الله، المرجع السابق، ص 237.

² لا سيما وأن السمعة التجارية تعتبر أهم عنصر من العناصر المعنوية التي تدخل في تكوين المحل التجاري.

³ يسري عوض عبد الله، المرجع السابق، 239.

⁴ قندوسي سعاد، مرجع سابق، ص 109 .

كما سبق ورأينا في الفصل الأول من بحثنا والمبحث الأول من الفصل الثاني وهذا ما يدفعنا للبحث عن الحل بالرجوع إلى القانون المدني الجزائري دون الخوض في باقي التشريعات حيث نكتفي بالتركيز على موقف المشرع الجزائري إزاء هذا الوضع، فإذا عرض على القاضي الجزائري نزاع بشأن المسؤولية المدنية الناتجة عن قطع المفاوضات، وكان هذا النزاع ذا طابع دولي فإنه يتعين عليه، أولاً البحث عن قاعدة الإسناد التي يندرج تحتها النزاع والتي يتم عن طريقها تحديد القانون الواجب التطبيق.

ويتوقف تحديد قاعدة الإسناد المختصة على تكييف القاضي للعلاقة المتنازع عليها وذلك بردها إلى طائفة معينة يخصصها القانون بقاعدة إسناد¹ محددة ويتم تكييف العلاقة موضوع النزاع طبقاً لقانون القاضي أي طبقاً للقانون الجزائري وفي ذلك تقول المادة 9 من القانون المدني الجزائري " يكون القانون الجزائري هو المرجع في تكييف العلاقات المطلوب تحديد نوعها عند تنازع القوانين لمعرفة القانون الواجب تطبيقه " وبما أن كافة النظم القانونية المعاصرة تفرق بين العقد والفعل الضار وتجعل المسؤولية العقدية جزاء الإخلال بالعقد والمسؤولية التقصيرية جزاء الفعل الضار، فإنه يصبح من الأهمية تحديد ما محل التفاوض يتعلق بالعقد أو غير ذلك، ومادام الفقه والقضاء يميز بين التفاوض المصحوب باتفاق والذي يترتب عنه المسؤولية العقدية وغير مصحوب باتفاق والذي يترتب عنه المسؤولية التقصيرية بات من واجب القاضي التأكد من وجود اتفاق التفاوض بين الطرفين أو عدمه وذلك حتى يتسنى له تكييف العلاقة القائمة بينهما ووصفها بأنها علاقة تعاقدية أو غير تعاقدية لذا وجدنا استعراض الحالتين موضوع الجدل.

أولاً: في حالة وجود اتفاق التفاوض

2 ونقصد بها إسناد القانون الواجب التطبيق على النزاع محل التفاوض ، وذلك بالنظر إلى طبيعته وهي قواعد ترشد القاضي لإصدار حكم عادل يرضي الطرفين .

فإذا قام الدليل على وجود اتفاق على التفاوض بين الطرفين كانت مهمة القاضي سهلة، إذ أنه يعتبر العلاقة بين الطرفين في هذه الحالة تعاقدية ومن ثم يطبق على النزاع قاعدة الإسناد الخاصة بالالتزامات التعاقدية وقد تضمنت المادة 18 المعدلة من القانون المدني على أنه: " يسري على الالتزامات التعاقدية القانون المختار من المتعاقدين إذا كانت له صلة حقيقية بالمتعاقدين أو العقد، وفي حالة عدم إمكان ذلك يطبق قانون الموطن المشترك أو الجنسية المشتركة ".

ويستفاد من هذا النص أن النزاع ذو الطابع الدولي الناشئ عن الإخلال باتفاق التفاوض يخضع كقاعدة عامة إلى القانون الذي اختارته إرادة المتعاقدين¹ أي بإمكان الطرفين المتفاوضين أن يحددا في اتفاقهما على التفاوض وبشكل صريح القانون الواجب التطبيق الذي يحكم العلاقة بينهما أثناء التفاوض و سواء كللت المفاوضات بالفشل أو النجاح² وحينئذ يصير هذا القانون هو الواجب التطبيق شريطة أن لا يكون مخالفا للنظام العام في الجزائر حسب نص المادة 24 من تقنينه المدني³.

ثانيا: في حالة غياب اتفاق التفاوض

وهي الحالة التي لم يقم فيها دليل على وجود اتفاق التفاوض بين الطرفين فحينئذ تكون مهمة القاضي جد شاقة، فإنه غالبا ما تعتبر المفاوضات في هذه الحالة مجرد عمل مادي وهذا ما أكده القضاء الفرنسي، وعليه فإذا طرح مثل هذا النزاع على القاضي الجزائري عليه أن يقوم أولا بتكييف العلاقة بين الطرفين طبقا لأحكام المادة 20 من ق.م.ج التي تنص على أنه: " يسري على الالتزامات غير التعاقدية قانون البلد الذي وقع فيه الفعل المنشئ

1 وفقا لمبدأ سلطان الإرادة.

2 علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، ط3، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، 1991، ص44.

1 نادية فوضيل، تطبيق القانون الأجنبي أمام القضاء الجزائري، دار هومة للطباعة والنشر و التوزيع الجزائر، 2004، ص 9-17.

للتزام"، غير أنه فيما يتعلق بالالتزامات الناشئة عن الفعل الضار لا تسري أحكام الفقرة السابقة على الوقائع التي تحدث بالخارج وتكون مشروعة في الجزائر أو كانت تعد غير مشروعة في البلد الذي وقعت فيه¹.

فإذا اعتبر القاضي المطروح عليه نزاع ذا طابع دولي متعلق بالمفاوضات غير المصحوبة باتفاق التفاوض بأنها مجرد عمل مادي فإنه حسب نص المادة 20 ق.م.ج فإن القانون الواجب التطبيق هو قانون البلد الذي وقع فيه الفعل الضار الناشئ عن قطع المفاوضات فإذا كان هذا الفعل وقع في فرنسا مثلا فلا صعوبة لأن القاضي الجزائري سيطبق على النزاع قواعد المسؤولية التقصيرية الموجودة في القانون الفرنسي.

لكن الإشكالية إذا وقع الفعل الضار في ألمانيا ومن ثم أصبح القانون الألماني هو الواجب التطبيق على النزاع فعندئذ يجد القاضي الجزائري نفسه في مأزق إذ أن القانون الألماني يعتبر هذا النوع من المفاوضات شبه عقدية وعليه يطبق آثار المسؤولية العقدية، وهو إشكال راجع لاختلاف الفقه والقضاء في تأصيل المسؤولية الناشئة عن قطع المفاوضات وغياب النصوص التشريعية التي تنظم مرحلة التفاوض من شأنه أن يخلق صعوبات كثيرة في الحياة العملية وفي مجال القانون الواجب التطبيق على المنازعات ذات الطابع الدولي وهذا ما يؤكد على ضرورة أن يهتم الفقه والقضاء من خلال الاجتهادات القضائية كما يتوجب على المشرع تدارك الأمر والاهتمام بمرحلة التفاوض باعتبارها مرحلة تسبق إبرام العقد ونجاح القيد وتنفيذه من حسن إجراء.

¹ قندوسي سعاد ، مرجع سابق، ص 111 .

المبحث الثاني

دور المفاوضات في عقود التجارة الدولية وعوامل نجاحها

لا يتفق رأيان حول الدور الفعّال الذي تلعبه المفاوضات في مجال التجارة الدولية، فبعد أن تعرّفنا على الأساس الذي تقوم عليه المسؤولية المدنية للمسؤولية الناشئة عن مرحلة التفاوض والجدل الفقهي الذي أثارته محاولة تحديد هذه المسؤولية بات من الضروري أن نبرز دور المفاوضات في إبرام العقد التجاري الدولي وحسن تنفيذه فكان لزاما علينا نبين أهم المجالات التي تتأثر بمرحلة المفاوضات، ومن ثمّة ننتقل إلى تبيان دور المستشار القانوني في عملية التفاوض.

وهذا ما اضطرنا إلى أن نورد بحثنا في مطلبين رئيسيين وذلك كما يلي:

المطلب الأول: دور المفاوضات في عقود التجارة الدولية

المطلب الثاني: عوامل نجاح المفاوضات في عقود التجارة الدولية

المطلب الأول

دور المفاوضات في عقود التجارة الدولية

آثرنا من خلال هذا المطلب أن نبين أهمية التفاوض وكذا الدور الذي تلعبه في حياتنا المعاصرة التي تحتاج إلى تنمية مستدامة ولا يحصل ذلك إلا من خلال مبدأ التعاون فيما بين الدول ولا يتأتى ذلك إلا من خلال المعاملات التجارية التي تجرى من خلال عقود التجارة الدولية وذلك بالتركيز على أهم المجالات التي تتأثر بها هذه العقود، ونخص بالذكر الجانب الاقتصادي والجانب الاجتماعي وكذا القانوني والتي تشكل وحدة متجانسة تسعى المفاوضات إلى إنعاشها من خلال التوصل إلى اتفاق يؤدي إلى إبرام عقد تجاري يفي بالغرض.

ولهذا وجدنا بضرورة تقسيم مطلبنا إلى فرعين رئيسيين وذلك على النحو التالي:

الفرع الأول: دور المفاوضات في المجال الاجتماعي والاقتصادي

الفرع الثاني: دور المفاوضات في المجال القانوني

الفرع الأول: دور المفاوضات في المجال الاجتماعي والاقتصادي

تسعى الدول من خلال المبادلات التجارية التي تحصل عن طريق العقود التجارية إلى تنمية اقتصادها الذي ينعكس إيجاباً على الحياة الاجتماعية وذلك راجع لاختلاف البيئات وهذا ما أدى إلى اختلاف الموارد من إقليم إلى إقليم، ومن دولة إلى دولة، ومن شعب إلى شعب، مما أدى إلى وجوب خلق علاقات من أجل تبادل هذه الحاجيات وبالتالي سدها ولعل أهم وسيلة للاتصال وتقريب وجهات النظر بين الدول العقود التجارية الدولية¹، ومع

¹ يسري عوض عبد الله، مرجع سابق، ص 124-126.

التطور التكنولوجي والتجاري، وانتقال رؤوس الأموال الضخمة، وحاجة الأطراف إلى استمرارية العلاقة فيما بينهم أصبح التفاوض لنقل تلك التكنولوجيا والحصول على الموارد، وما يتبع ذلك من أمور ومشاكل في المراحل المختلفة للتعاقد، كان لزاما على الدول التفاوض للحفاظ من أجل إقناع الدولة الغنية بتلك الموارد بهدف سد الحاجيات التي تنقصهم، وهذا ما تقتضيه الضرورات الاجتماعية والاقتصادية.

أولاً: الضرورات الاجتماعية للمفاوضات

وهي ضرورات تفرض اللجوء إلى التفاوض حيث باعتبار أن الإنسان كائن اجتماعي بطبعه لا يستطيع أن يعيش بمعزل عن الجماعة، وذلك راجع لعجزه عن سد كل حاجياته الضرورية، كما لا يسعه الاعتماد على موارده الذاتية فحسب وللوصول إلى سد تلك الحاجات والرغبات وجب عليه الاتصال بالآخرين، للحصول على الموارد التي تنقصه وكل ذلك يحتاج إلى توطئة الطريق إليه، بتبادل الحوار الذي ينال بها غاياته فيلبي الطرف الآخر ويستجيب له من خلال تقديم عروض، وهذا ما ينتج عنه تفاوض في أولى صورته وهو واقع بين الناس بصفة يومية¹ من خلال البيع والشراء.

ثانياً: الضرورات الاقتصادية للمفاوضات

تقتضي الضرورات الاقتصادية في العقود التجارية الدولية التي يمتد تنفيذها فترة طويلة ضرورة إجراء مفاوضات أثناء تنفيذ العقد عند تغير الظروف حيث تعد وسيلة مهمة من وسائل إعادة التوازن العقدي بين الطرفين عند ظهور حوادث وظروف مفاجئة غير متوقعة أدت إلى اختلال توازن الاقتصادي في العقد الدولي مما يستدعي إجراء تعديلات على الالتزامات لإعادة التوازن العقدي على ضوء المستجدات الطارئة، ولقد درج التعامل في مجال العقود الدولية الممتدة والتنفيذ على تضمين عقودهم شرط إعادة التفاوض² Renégociation، عند تغير الظروف أو حدوث مشقة في التنفيذ وفضلا عن ذلك فإن

¹ أحمد عبد الكريم سلامة النظام القانوني لمفاوضات العقود الدولية بحث منشور الكترونياً في موقع الدليل الإلكتروني للقانون العربي على الرابط التالي www.arablawninfo.com. اطلع عليه على الساعة 11 سا و 25 د بتاريخ 10/04/2019

² نجد هذه الحالة في المفاوضات المتعلقة بالعقود التجارية التي يكون محلها سلع تعرف ارتفاع وانخفاض في البورصة مما يؤدي إلى إعادة التفاوض بسبب متغيرات اقتصادية تفرضها بورصة الأسواق.

للمفاوضات ضرورة اقتصادية أخرى تتمثل في أنها تلعب دوراً مهماً في الإبقاء على التعامل والتواصل بين أطراف المعاملات الدولية، بحيث تكون هنالك فرصة لهم لتسوية خلافاتهم بالطرق الودية، ومن ثمة يكون لها أثراً إيجابياً مما يجنبها خسائر في المال والجهد والوقت بسبب تلك الخلافات وكذا توطيد العلاقات بين أطراف العلاقات التجارية والحفاظ عليها قد أقرت مبادئ العقود التجارية الدولية التي أقرها المعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص معاهدة Uni droit عام 1994 المعدلة في العام 2004 هذا الشرط في الفقرة الثالثة من المادة السادسة.

والتي بموجبها منحت الحق للطرف الذي تعرض لأحداث طارئة طلب إعادة التفاوض مع بيان الأسس التي يقوم عليها على ألا يتأخر في توجيه هذا الطلب دون سبب مبرر، وعلى ألا يمنح هذا الحق للطرف الذي تعرض للحادث المفاجئ الحق في الامتناع عن التنفيذ، مع منحه حق اللجوء إلى القضاء وعلى القاضي عند توفر الحادث الطارئ إنهاء العقد في تاريخ محدد وفقاً لأحكام تحدد لاحقاً أو تعديل العقد بهدف إعادة توازنه وعلى ذلك يعد التفاوض وسيلة لإعادة التوازن الاقتصادي للعقد والحفاظ على الصلة والتعاون المستمر بين الأطراف وتسوية المنازعات التي قد تنشأ بين أطرافه¹.

الفرع الثاني: دور المفاوضات في المجال القانوني

كأصل عام يحصل التعاقد بمجرد تطابق الإيجاب والقبول ولا يشترط أن تسبقه مفاوضات لتكوين العقد أو لصحته، إلا أن هذه العقود رغم كونها مباشرة وغير مسبقة بمفاوضات تعرف أيضاً مرحلة ما قبل التعاقد²، من الناحية النظرية وهي الفترة الزمنية القصيرة التي تبدأ بالاتصال ما بين الطرفين وتنتهي بقيام العقد فعلاً ومن هنا يبرز دور التفاوض في عقود التجارة الدولية وذلك من عدة جوانب ويتجلى ذلك من خلال الجوانب الآتية³:

¹ ونجد هذا الوضع في المعاملات التي تحصل بين الدول المتقدمة والدول المتخلفة في إطار نقل التكنولوجيا.

² هنا نطرح بعض العقود الخاصة، مثل العقود المركبة، ونأخذ على سبيل المثال عقد الفندقية، والذي قد يتضمن عقود

أخرى مثل عقد الإطعام، ضمان النقل، التأمين... إلخ، وكذلك الأمر بالنسبة لعقد الأشغال العمومية.

³ يسري عوض عبد الله، مرجع سابق، ص 124-135.

1- المفاوضات تجعل الإيجاب من صنع الطرفين معا:

على نقيض العقود العادية التي يكون فيها الإيجاب صادر من أحد المتعاقدين ليبقى القبول من الطرف الآخر كفيل بإبرام العقد، وهو الوضع المألوف في التعاقد وهذا ما لا نجده في عقود التجارة الدولية التي تسبقها مرحلة المفاوضات والتي يتوقف قيام العقد فيها على مشيئة الطرفين، وذلك راجع لالتقاء إرادتهما في تصور مشترك وهو ما يمكن اعتباره بمثابة إيجاب مشترك أسفرت عنه إرادتهما معا يجعلهما يبرمان العقد النهائي الذي يصبح مصدر التزامهما¹.

1- المفاوضات تجعل من الإيجاب غير صالح للقبول:

القبول هو اللفظ أو ما يقوم مقامه الصادر ثانيا من كلام المتعاقدين الواقع جوابا لكلام الموجب إلا أنه في مجال العقود التجارية الدولية التي تسبقها المفاوضات، فمجرد الدخول في المفاوضات يؤدي إلى تجريد الإيجاب من صفته هذه ليصبح مجرد دعوة غير ملزمة تهدف إلى مناقشة عناصر العقد المراد إبرامه في المستقبل.

والتفاوض إيجابا صحيحا وبالتالي لا يصلح لأن يكون صالحا قبول الطرف في الإيجاب الصادر بصيغة الاستقبال لا يصح وعلى ذلك فإن التفاوض يجعل من الإيجاب الصادر في مثل هذه العقود إيجابا غير صالح للقبول ذلك أن الإيجاب يصدر في حال التفاوض عن إرادة مشتركة حيث تصدر بعد مناقشات وتحفظات ومساومات وتعديلات في الإيجاب الصادر ابتداءً مما تسفر عنه صياغة مشتركة الإيجاب جديد لهذا يمكننا القول بأن الإيجاب في عقود المفاوضات لا يكون إيجابا بالمعنى الاصطلاحي المعهود².

3- المفاوضات تمنع من الادعاء بالإذعان:

إن عقد الإذعان هو العقد الذي يعرض فيه أحد الأطراف شروطا تم إعدادها مسبقا، إما بواسطته وإما من قبل الغير، وذلك بسبب تمتعه بمركز اقتصادي ولا يقبل التفاوض فيها مع المتعاقد الآخر والذي لا يسعه إلا القبول باعتباره طرف ضعيف لا يملك الخيار في

¹ يسري عوض عبد الله، مرجع سابق، ص 138.

² نفس المرجع أعلاه، ص 139.

فرض رأيه و تتعدم إرادته كونه الحلقة الأضعف في العقد لا سيما عند تحديد بنود العقد¹ وسعياً من التشريعات لحماية الطرف الضعيف خولت لهذا الأخير حق الالتجاء إلى القضاء بهدف موازنة الالتزامات الناشئة عن العقد، وإلغاء الشروط الجائرة في مثل هذا النوع من العقود، إلا أن الأمر يختلف في مجال العقود المسبوقة بتفاوض حيث يستفيد الطرف الذي يشعر بالإذعان من فرصة ترجيح الكفة لصالحه ولو للتخفيف من الأعباء المالية التي قد تكلفه، وبالتالي عدم احتجائه بالإذعان، وهو أمر يتوقف على مدى إقناع الطرف الضعيف والتأثير على إرادة الطرف القوي، وهنا يكمن الدور الفعال للطاقت التفاوضي ولا يتأتى ذلك إلا إذا كان يضم من يملكون خبرة كافية في التفاوض².

4- المفاوضات وسيلة لتفسير العقد في مرحلة التنفيذ:

إن الهدف من تفسير العقد تحديد ما اتجهت إليه إرادة طرفي العقد، فالتفسير يستعان به لمعرفة مضمون عبارات العقد وما ترمي إليه من خلال صياغة العبارات الواردة في العقد واستخلاص معانيها الظاهرة دون انحراف عن المعنى الظاهر إلى معان أخرى بحجة أنها هي المعاني التي تتمثل فيها الإرادة الباطنة، خاصة ونحن أن القانون يأخذ بالظاهر ولا يأخذ بالبواعث والنوايا، وباعتبار أن المفاوضات بما تتضمنه من مناقشات ودراسات متبادلة بين الطرفين مرجعاً لها لتفسير العقد من حيث الكشف عن النية المشتركة لهما والتي تستشف من خلال مختلف الوثائق والمستندات³ التي تبرز هذه النيات.

إلا أنه في الحياة العملية في مجال التجارة الدولية تتوقف أولاً على إرادة الطرفين، إذ قد يتفقان على تحديد مصيرها بعد إبرام العقد، حيث يحرص الأطراف في عقود التجارة الدولية على منحها الصبغة الرسمية يلجأ إليها عند الضرورة مما يعطيها قيمة قانونية تكشف عن نية الأطراف، وفي هذا السياق أوصت اتفاقية فيينا للبيع الدولي لعام 1980⁴ في مادتها

¹ محمد عبد القادر حسين، الجوانب القانونية للمرحلة السابقة للتعاقد، الطبعة الأولى، المطبعة الفنية لطباعة والنشر، القاهرة، طبعة 2002، ص 49 .

² يسري عوض عبد الله، مرجع سابق، ص 129.

³ وفي الغالب تتضمن هذه المستندات محاضر يحررها الأطراف ويوقعون عليها عند كل لقاء.

⁴ وذلك سعياً منها في إرساء مبادئ التفاوض من جهة، ومن جهة ثانية اقتراح حلول للمشاكل التي قد تنجر عن إخلال أطراف طرفي العقد الدولي بالتزاماتهم التفاوضية.

الثامنة على ضرورة الاعتداد بالبيانات والتصرفات الصادرة عن أحد الطرفين عند تفسير نصوص العقد وفقا لما قصده هذا الطرف نحن بدورنا أدركنا أهمية وثائق التفاوض والالتجاء إليها لتفسير نوايا الأطراف المتفاوضة سواء قبل إبرام العقد أو بعده وذلك بهدف البحث عن النية المشتركة للأطراف فهي كفيلة بالحفاظ على حقوق الأطراف من جهة والتوفيق بين الطرفين من جهة وإعادتهما إلى طريق الاتفاق المشترك الذي يحقق مصالحهما المشتركة، وبمفهوم المخالفة فإن محاولة كل طرف ترجيح كفة التفاوض لصالحه وبالتالي إرهاب الطرف المقابل بالتزامات تثقل كاهله من شأنها خلق نزاعات يستحيل حلها إلا عن طريق الالتجاء إلى القضاء¹.

2- المفاوضات وسيلة للوقاية من النزاعات المستقبلية :

يهدف الأطراف من المناقشات التي تسير مرحلة المفاوضات اتخاذ الاحتياطات التي تمنع قيام أسباب النزاع مستقبلا، والمفاوضات تلعب دورا وقائيا سواء أسفرت عن إبرام العقد أم لم تسفر عن إبرامه، فالمفاوضات الجيدة تكون ضمان فعال للوقاية من المنازعات المستقبلية التي قد تنشأ بين الأطراف².

3- المفاوضات تحدد مضمون الالتزام العقدي:

من خلال المناقشات والمراسلات التي تمت في مرحلة التفاوض، يمكن تحديد ما تم الاتفاق عليه من التزامات متبادلة بين طرفي العقد، خاصة إذا ما اتفقا على الالتجاء للوثائق والمحاضر المحررة أثناء هذه المناقشات، وهذا الأمر يسهل على القاضي بناء حكم عادل من خلال ما استنتجه من هذه الوثائق باعتبارها وسائل إثبات³.

¹ يسري عوض عبد الله ، مرجع سابق، ص 130 .

² نفس المرجع السابق، ص 134 .

³ نفس المرجع السابق، ص 134 .

المطلب الثاني

عوامل نجاح المفاوضات في عقود التجارة الدولية

إيماننا منا بأهمية مرحلة التفاوض في عقود التجارة الدولية ومدى نجاحها، وجدنا بضرورة البحث في أهم العوامل وكذا الاستراتيجيات الفعالة التي يتوجب على المفاوض الناجح فردا كان أو طاقما أن يتبعها بهدف تحقيق الغاية المرجوة من العملية التفاوضية، فارتأينا أن نركز على عاملين هامين أحدهما موضوعي يتعلق بموضوع المفاوضات مباشرة والآخر ذاتي يتعلق بشخصية وكفاءة المفاوض ومدى خبرته التي يكتسبها لا محالة من التدريب المستمر لا سيما وأن المفاوضات أضحت فنا يتطلب إبداعا لا مجرد معارف ثابتة، كما نستعرض دور المستشار القانوني في مرحلة التفاوض وهذا ما دفعنا إلى إيراد هذا المطلب في فرعين رئيسيين على النحو الآتي:

الفرع الأول: العوامل الذاتية والموضوعية لنجاح المفاوضات

الفرع الثاني: دور المستشار القانوني في مرحلة المفاوضات

الفرع الأول: العوامل الذاتية والموضوعية لنجاح المفاوضات

نميز مجموعة من العوامل التي تساعد على إنجاز مرحلة المفاوضات وإتمامها على أحسن وجه، ومن هذه العوامل ما نصفها بالموضوعية لتعلقها بموضوع المفاوضات مباشرة، ومنها ما هو ذاتي لاتصالها بالمتفاوض سواء كان فردا أو طاقما تفاوضي بصورة ذاتية أو شخصية ونستعرض أهم هذه العوامل كالاتي¹:

- تمتع المتفاوضين بالخبرة التفاوضية اللازمة، والقدرة على تحديد الأولويات، والذكاء وبعد النظر والقدرة على الإقناع، والالتزام بالأمانة والنزاهة الشرف والإرادة الجادة والقدرة على

¹ دحداح سهيلة ورزقي ليلي، المرجع السابق، ص ص 10، 11.

الإعداد والتحضير الجيد لجدول الأعمال، والتنظيم والتنسيق، وتحديد الأهداف الأساسية لعملية التفاوض والالتزام بأخلاقيات التفاوض وآدابها.

- التوفر على المؤهلات العلمية في مجال الموضوع المتفاوض فيه كأن يكون ملم بالمعارف المتعلقة بالتجارة الدولي والعلم بأحوال السوق الدولي والتغيرات التي تعترضه.

- مواصفات المفاوضات من حكمة وحسن تصرف والقدرة على تحويل الخصوم إلى أصدقاء واستمالتهم إلى تحقيق مصالحه.

- الابتعاد عن أساليب الوعود الكاذبة، والغش، والخداع وتجدر الإشارة إلى أنه كلما كان هناك تلاق في المصالح وتوفرت النوايا الحسنة، كلما سادت المرونة في المفاوضات والعكس صحيح وكذلك كلما تعددت الأطراف المتفاوضة، كلما أدى ذلك إلى تعدد المصالح واختلاف وجهات النظر.

- وجوب التحلي بالصبر وسعة الصدر لا سيما إذا واجه المتفاوض تعصب من قبل الطرف الآخر ومحاولة فرض رأيه وذلك من خلال فرض حوار هادئ وجو ملائم من أجل ضمان الاستمرار في المفاوضات وعدم قطعها¹.

- التزام الدقة والوضوح وعدم الغموض عند تبادل العروض والاقتراحات والحسم في المسائل التي تحتاج إلى وضع النقاط على الحروف، وكذا اختيار الوقت المناسب لتقديم الاقتراحات².

الفرع الثاني: دور المستشار القانوني مرحلة المفاوضات

لا شك وأن للمستشار القانوني دور فعّال خلال مختلف مراحل المفاوضات إلى غاية الوصول إلى مرحلة إبرام العقد وصياغته، ويكمن دوره على سبيل المثال لا الحصر في النقاط الآتية³:

¹ مما يؤدي إلى نشوء نزاعات سواء كانت آنية أو مستقبلية بسبب الانطباع السلبي الذي يتركه التعصب والغضب لدى الطرف المقابل.

² باعتبار أن عامل الوقت مهم يجب مراعاته عند عرض الاقتراحات، إذ لا يتم طرحها في جو مشحون ومتوتر.

³ عن الموقع الإلكتروني <https://www.law-arab.com/2016/06/Legal-Counsel.html> اطلع عليه في

2019/06/10 على الساعة 11:13 د.

- يقوم المستشار القانوني للطرف التفاوضي كأن يكون مصنع أو شركة بالبحث في في أصلها وكذا رأس مالها، جنسيتها، معاملاتها السابقة أو بالأحرى سيرتها الذاتية، وكذا التأكد من شهادة السوابق العدلية الخاصة بها، على أن يكون هذا البحث بالتنسيق وتوحيد الجهود مع المدير التجاري للشركة بهدف الحصول على أدق التفاصيل.
- والمعلومات التي من شأنها إنجاح عملية التفاوض ومن ثمة نجاح العقد التجاري الدولي.
- اقتراح أهم الحلول القانونية التي تثار أثناء المفاوضات والتي تتعلق ببند العقد وذلك من خلال اقتراح الإجراءات القانونية المناسبة المتعلقة بالصفقة والتي ينجر عنها جملة من الالتزامات والمسؤوليات التي يتحملها الأطراف أثناء تنفيذ العقد مثل مسؤولية النقل وطريقة دفع الثمن...إلخ.
- كما يبرز دور المستشار خاصة عند تحرير محاضر ووثائق التفاوض من خلال مراجعة والتأكد من المسائل التي تم الاتفاق عليها¹.
- القيام بالبحث والتمحيص لدراسة جوانب التعامل التجاري المحتمل ووضع التحليل والنتيجة النهائية وتقديم المشورة لأصحاب الشركة حتى يتسنى لهم مدى فائدة الدخول في هذا العمل من عدمه.
- احتمال الربح المخاطر والخسائر وكافة الجوانب التي تواجه العمل التجاري في بدايته من خلال الالتزامات التي تقع على عاتقه والتي يتم الاتفاق عليها أثناء مرحلة التفاوض.
- الاستعلام بكافة الطرق بما فيها الموقع الإلكتروني الخاص بالطرف المقابل واستعمال العلاقات الشخصية حول كيفية إدارة تسيير صفقاتها ومشاريعها التجارية الدولية، خاصة ما تعلق منها بالجانب القانوني².

¹ تلعب الصياغة دور هام في تنفيذ الالتزامات وعليه يجب ضبط المصطلحات بصفة قطعية لا تقبل التأويل، وعليه من مهام المستشار القانوني التأكد من الألفاظ والعبارات المستخدمة صياغة مختلف الوثائق المتعلقة بالتفاوض

² وهي ما تعرف بمرحلة المباحثات، وهي مرحلة مهمة تسبق مرحلة المفاوضات وهي تتضمن دراسة السوق من جهة وجمع معلومات عن المتعامل الاقتصادي أو التجاري المراد فتح مفاوضات معه.

- المساهمة في اتخاذ القرارات المتعلقة بالمفاوضات من خلال ما قام بسماعه وتحليله لما يدور في اجتماع التفاوض من خلال تدوين النقاط التي تتعلق بالجزء القانوني والتي قد يرغب بالحصول على أجوبة عنها.

الخاتمة:

أضحى موضوع التفاوض حول تكوين العقد محل استقطاب الباحثين في ميدان العلوم القانونية والاقتصادية وذلك باعتباره حجر الأساس في تكوين العقد، فظهرت الحاجة إلى الاهتمام بمرحلة التفاوض لا سيما في ظل ظهور نوع جديد من العقود التي تتصف بالتركيب والتعقيد الفني نتيجة التطور الذي شهده العصر الحديث خاصة في مجال التجارة الدولية وبالأخص عقود نقل التكنولوجيا التي تضم طرفين من جنسيتين مختلفتين أحدهما قوي يملئ إرادته، والآخر ضعيف يرضخ للأمر الواقع، فبات من الضروري إحداث توازن بين التزامات الطرفين وتقريب وجهات النظر بينهما، ولا يتأتى ذلك إلا من خلال التفاوض بهدف الوصول إلى تصور مشترك يتمخض عنه إبرام عقد.

وعليه فقد عرّفنا التفاوض بأنه: " وسيلة يلجأ إليها كل من يرغب في التعاقد ويتم بالتقاء بين شخصين أو أكثر بطريق مباشر أو غير مباشر بغرض تبادل الاقتراحات والعروض وبذل المساعي المشتركة بهدف التوصل إلى اتفاق بشأن عقد معين تمهيدا لإبرامه في المستقبل " كما خلصنا من هذا التعريف أن التفاوض مرحلة تمهيدية لإبرام العقد وهو ذو نتيجة احتمالية فقد يسفر عن إبرام العقد أو عدم إبرامه وهو وليد إرادة الأطراف إلى التفاوض.

كما توصلنا إلى أن التفاوض هو خطوة إلى طرح الإيجاب تتخذ شكل دعوة يوجهها أحد الطرفين للآخر للدخول في التفاوض أو ما يسميها الفقه بالإيجاب بالتفاوض فإذا تمّ قبول هذا الإيجاب ممن وجه إليه قام اتفاق التفاوض الذي ينشئ على عاتق الطرفين التزامات متبادلة على رأسها الالتزام بالتفاوض بحسن نية والاستمرار في التفاوض دون أن يلزمهم بإبرام العقد النهائي.

كما وصلنا إلى نتيجة هامة وهي أن مرحلة التفاوض يهيمن عليها مبدأ حرية التعاقد وعليه يمكن لطرفي التفاوض العدول عنه في أي وقت شاء، فقطع التفاوض لا يعتبر خطأ

إلا إذا اقترن بعناصر أخرى توجب قيام المسؤولية المدنية، ومن خلال تطرقنا لتأصيل طبيعة هذه المسؤولية من قبل القانون المقارن والذي عادة ما يفرّق بين التفاوض الغير مسبق باتفاق والتفاوض المصحوب باتفاق لتحديد نوع المسؤولية وترتيب آثارها.

أمّا النتيجة الأخيرة التي خلصنا إليها أنه بمجرد دخول طرفين في مفاوضة يصبحان من الغير ويخرجان من دائرة الواجبات العامّة ويترتب على دخولهما في التفاوض مجموعة من الالتزامات الخاصّة.

أمّا بخصوص الفصل الثاني فقد تناولنا شروط قيام المسؤولية المدنية الناشئة عن المفاوضات لا سيما قطعها وهي الحالة أكثر شيوعاً في الوقت الرّاهن ولعلّ من أهم شروط قيام هذه المسؤولية عنصر الخطأ الذي ينتج عن الإخلال بالالتزامات التي ترتبها مرحلة المفاوضات على عاتق أطراف التفاوض وأهمها الالتزام بالتفاوض بحسن نية وما يتفرع عنه من التزامات كالاتزام بالاستمرار في التفاوض والالتزام بالإعلام ثم استخلصنا أن الخطأ قد يكون في حالات خطأ تقصيري وله صورتان وعموماً اشترط القضاء الفرنسي حتى يمكن اعتبار أن قطع التفاوض يمثل خطأً تقصيرياً أن يكون العدول عن المفاوضة أو قطعها أو الانسحاب منها بأنه خطأ قائم على سوء النية أو نية الإضرار وليس مجرد خطأ عادي وذلك لإيجاد توازن بين فكرة الحرية التعاقدية وفكرة التعامل على أساس مقتضيات حسن النية، كما لاحظنا أنه قد يكون الخطأ عقدياً في حالة وجود الاتفاقات التمهيدية المنشئة للالتزام في التفاوض أو المنظّمة لمرحلة المفاوضات وقد توصلنا في هذا الشأن إلى أنه في حالة وجود اتفاقات التفاوض تقوم التزامات الأطراف على أساس شبه عقدي أي من خلال التزام من طبيعة مدنية يرتبط بالمفاوضات العقدية ويرتب آثار المسؤولية التقصيرية عند خرقه وهي اتفاقات مبدئية لا ترقى إلى درجة عقد، إذ يبقى الطرفان محتفظان بحقهما بعدم التعاقد إذا ما رأوا أن ذلك لا يخدم مصالحهما.

أما عن آثار المسؤولية المدنية الناشئة عن قطع المفاوضات فإننا خلصنا بنتيجة هامة هي أن التنفيذ العيني الجبري مستبعد تماما من مجال التفاوض فلا يجوز إجبار المتفاوض المدين على تنفيذ التزامه بالتفاوض عينا، حتى ولو لم يكن هذا التنفيذ مرهقا أو مستحيلا نظرا لما في هذا الإجبار مساسا بحرية المتفاوض الشخصية ولعدم جدوى التفاوض حينئذ وإنما تقتصر مسؤولية هذا المتفاوض على تعويض المتفاوض المتضرر تعويضا نقديا.

والنتيجة الأخرى التي خلصنا إليها هي أن الأضرار التي يعرض عنها في مرحلة التفاوض هي: ضياع المال من خلال نفقات التفاوض، ضياع الوقت، تفويت فرصة الكسب، والمساس بالسمعة التجارية.

وقد انتهينا أخيرا إلى تحديد القانون الواجب التطبيق على المسؤولية المدنية الناشئة عن المفاوضات لا سيما في حالة قطعها خاصة في الحالة التي تكون فيها المفاوضات غير مصحوبة باتفاق التفاوض إذ أن هذا النوع من المفاوضات ليس له حكم واحد في جميع الدول.

كما وجدنا بضرورة إدراج مطلب يتضمّن دور المفاوضات في المجال الاجتماعي والاقتصادي والقانوني وعوامل نجاح هذه المرحلة الحاسمة فمنها ما هو موضوعي يتعلّق بالظروف المحيطة بالعملية التفاوضية ومنها ما هو ذاتي يلتصق بشخصية المتفاوض وحنكته ولعلّ هذا الأمر يجب أن يتوافر في المستشار القانوني الذي لا محالة يلعب دورا في إنجاح المفاوضات نظير ما يتمتع به من معارف ودراية بأمور العقود ومفاوضاتها.

أما النتيجة العامة التي خلصنا إليها من خلال دراسة موضوع المفاوضات في عقود التجارة الدولية، أنه وفي ظل غياب تشريعات تنظم مرحلة المفاوضات باعتبارها مرحلة ممهدة لإبرام العقد، لاحظنا أن الفقه والقضاء قاما بتحديد إطار المسؤولية في مرحلة

المفاوضات وذلك عن طريق تحديد نطاق هذه المسؤولية وشروط قيامها في حالة قطع المفاوضات وآثارها.

وما يجدر الاعتراف به أنه رغم كون فكرة المسؤولية التقصيرية عن الإخلال بالمفاوضات توفر نوعاً من الانضباط أثناء مرحلة التفاوض فلا تصبح هذه الأخيرة مجالاً للتعسف والعبث إلا أنها لا توفر ضماناً كافياً للمتفاوضين فهي ترتب التزامات سلبية بخلاف الالتزام العقدي الذي يترتب التزامات إيجابية من شأنها دفع عجلة المفاوضات إلى الأمام مما يزيد من فرص نجاح المفاوضات.

و عليه نقترح ما يلي:

- إذا ما رأى أحد المتفاوضين في عدم خدمة العقد المراد إبرامه محل المفاوضات وكذا الالتزامات المتعلقة به يتعارض مع مصالحه، عليه المبادرة بقطع المفاوضات في أقرب وقت لأنه كلما طال مدة التفاوض زادت احتمالية الخطأ وبالتالي المسؤولية، باعتبار أن حسن النية تزيد بزيادة الوقت مما يولد الثقة باقتراب إبرام العقد.

- يجب على أطراف التفاوض ولتفادي مشاكل تعترض مرحلة المفاوضات أن يبادروا منذ البداية على إبرام اتفاق تمهيدي إما لإنشاء التزام بالاستمرار في التفاوض أو تنظيم المفاوضات، وخاصة في المفاوضات التي تتم بشأن العقود الهامة كعقود نقل التكنولوجيا التي تتضمن معارف فنية وأسرار مهنية وأن يتم ذلك في شكل مكتوب وأن يحدّدوا ضمن هذا الاتفاق التزامات قانونية محددة كالالتزام بعدم إفشاء المعلومات وهذا من شأنه أن يؤدي إلى تجسيد فكرة حسن النية في التفاوض وصياغتها في قوالب قانونية أكثر وضوحاً وتحديداً درءاً للتأويل وبيان الواجبات التي تفرضها على عاتق الأطراف، حتى يتسنى للأطراف الرجوع إليها في حال نشوب نزاع سواء قبل المرحلة التعاقدية أو بعدها.

- يجب أن يحدّد اتفاق التفاوض طريقة وتفاصيل العقد النهائي، كما ينبغي تنظيم نفقات التفاوض وأسلوب توزيعها عندما يفشل التفاوض وهذا حرصا على زيادة فرص نجاح المفاوضات فكلما كان الاتفاق على التفاوض محدّدا ومفصلا كلما كان الالتزام بالتفاوض الناشئ عنه أكثر قوة ووضوحا.
- إذا تعلّق التفاوض بعقد دولي وجب الاتفاق على القانون الواجب التطبيق على المنازعات التي قد تثار بشأنه وذلك وفق تدوين هذا الاتفاق لأن الواقع الرّاهن أثبت أن مجمل المنازعات التي أثّرت بخصوص تنفيذ العقد التجاري الدولي ومفاوضاته يتعلّق بالقانون الواجب التطبيق على النزاع المرتبط الناشئ عنهما.
- يتوجب على طرفا التفاوض صياغة النقاط التي اتفقا عليها في وثيقة التفاوض لأن هذا الأمر من شأنه بأن يدفع بالمفاوضات إلى الأمام مما يخلق التشجيع على الإقدام وعدم التراجع بحيث يشعرهما بضرورة الاتفاق على النقاط المتبقية وبالتالي الشعور بالالتزام بها والحرص على تنفيذ الالتزامات المتعلقة بها.
- في حالة الاتفاق على بعض المسائل الجوهرية وعدم تفصيلها، وجب الإشارة إلى ذلك في بند من بنود العقد ، حتى يتسنى لهما الاستمرار في تنفيذ التزامات العقد أوقطعا.
- يجب على من يتولى صياغة اتفاق التفاوض أن يتوخى الحذر إزاء الألفاظ والعبارات المستعملة أثناء التحرير، وذلك من خلال الاستعانة بالعارفين في المجال، وهذا ما دفعنا إلى التطرق لدور المستشار القانوني في مرحلة المفاوضات إلى غاية إبرام العقد وتنفيذه.
- يجب على كل متفاوض الاستعداد لاحتمال قطع المفاوضات من قبل المتفاوض الآخر، إذ من المسلم به أن لكل طرف مطلق الحرية في العدول عن المفاوضة إذا

- ما كان مبررا حتى لا ينصدم في الأخير ويزرع فيه الروح الانهزامية التي تجعله يعرض عن المفاوضات إذا ما أتاحت له فرصة ذلك.
- على أطراف المفاوضات عدم التسرع في اتخاذ القرارات الحاسمة كإبرام عقود مع الغير أثناء التفاوض استعدادا لتنفيذ العقد النهائي.
- من خلال بحثنا المتواضع ندعو رجال القانون الذين لديهم دراية بشؤون القانون الدولي خاصة أساتذة الحقوق والمحامين والقضاة بأن يولوا اهتماما وعناية بموضوع المفاوضات والبحث فيها والاحتكاك بأقرانهم من مختلف الدول والاستفادة من تجاربهم بهدف التحكم فيه وإيجاد الحلول المناسبة للمشاكل المتعلقة بها خاصة قطع المفاوضات وذلك بهدف الوقاية منها من جهة، وإيجاد حلول للمشاكل التي تنشأ عنها من جهة ثانية.
- نقترح على مختلف الهياكل المتخصصة في التعليم والتكوين بأن يخصص لموضوع التفاوض مساحة كافية عند دراسة نظرية العقد وخصوصا وأن هذا الموضوع أصبح ضرورة اقتصادية واجتماعية وحتى نفسية وأن يتخلى عن ذلك الاعتقاد التقليدي بأن التفاوض هو مجرد عمل مادي غير ملزم وهو ما من شأنه أن ينفّر الأشخاص من التفاوض خوفا من ضياع حقهم ووقتهم ومالهم في مفاوضات لا أمان فيها.
- نقترح بضرورة تدخل المشرع الجزائري لتنظيم مرحلة التفاوض من خلال التفتح على باقي التشريعات العالمية وأن تستفيد من تجربتهم في هذا المجال، وذلك حماية لأطرافها الجزائريين عند إبرام عقود تجارية دولية، خاصة الذين لا يملكون الخبرة الكافية في هذا المجال مما يجعلهم يفشلون في مرحلة ما قبل التعاقد، بل قد يكلفهم جهلهم أموالا ضخمة نظير التعويضات التي تفرض عليهم جرّاء مسؤولياتهم المدنية الناشئة عن الإخلال بالتزاماتهم التفاوضية سواء كان هذا الأخير مصحوبا باتفاق أو غير ذلك.

- نقترح بضرورة الاهتمام بمسألة التدريب والتكوين والاستشارة وذلك من خلال التشجيع على إنشاء مراكز ومكاتب متخصصة في مجال التدريب وتقديم الاستشارات، وذلك بهدف نشر ثقافة الحوار البناء والتأثير في الآخرين واللذان يعتبران سلاح ذو حدين في يد المفاوض الناجح.
- نقترح استحداث مهنة أو منصب المفكر الإستراتيجي، كما هو معمول به في الدول المتقدمة على غرار الو.م.أ وكندا، والذي يكمن دوره في إجراء المباحثات والقيام بالمفاوضات إلى غاية إبرام العقد وضمان حسن تنفيذه.

قائمة المصادر والمراجع :

1-المصادر:

أ-الأوامر :

1- الأمر رقم: 58/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم.

2- الأمر رقم: 02-250 المؤرخ في 24 يوليو 2002، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية.

ب-المراسيم:

المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المؤرخ في 2 ذو الحجة عام 1436 الموافق لـ 16 سبتمبر لسنة 2015 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.

ج -القوانين :

1- القانون رقم: 02-01 المؤرخ في 5 فبراير سنة 2002، المتعلق بالكهرباء وتوزيع الغاز بواسطة القنوات لجريدة الرسمية العدد 08.

2- القانون رقم: 04-02 المؤرخ في 23 يونيو 2004، الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية (الجريدة الرسمية العدد41/2004).

2-المراجع:

أ-الكتب:

أ-1 الكتب العامة:

1- أحمد محرز، القانون التجاري الجزائري، الجزء الرابع، دار النهضة العربية للنشر، الجزائر، طبعة 1981.

- 2- عمر سعد الله، قانون التجارة الدولية، " النظرية المعاصرة"، الطبعة الأولى، دار هومة للنشر، الجزائر، طبعة 2007.
- 3- عبد الرزاق السنهوري، في شرح القانون المدني، مصادر الإلتزام، ج1، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان.
- 4- علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، طبعة 1991 .
- 5- علي علي سليمان، دراسات في المسؤولية المدنية في القانون المدني الجزائري (المسؤولية عن فعل الغير - المسؤولية عن فعل الأشياء - التعويض) ، ط 3، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، الجزائر ، 1989 .
- 6- منيرة أحمد عبد الله البشاري، فض منازعات التجارة الدولية ، دراسة لمبدأ التفاوض في إطار منظمة التجارة العالمية، الطبعة الأولى، شركة ناس للطبع والنشر، القاهرة، مصر، طبعة 2003.
- 7- محمد الشيخ عمر، قانون المعاملات المدنية لسنة 1984، مصادر وأحكام الإلتزام، بدون دار نشر، طبعة 2004.
- 8- جمال فاخر النكاس، العقود والاتفاقيات الممهدة للتعاقد وأهمية التفرقة بين العقد والاتفاق في المرحلة السابقة على التعاقد، بحث منشور بمجلة الحقوق تصدرها جامعة الكويت، مجلس النشر العلمي، العدد الأول، السنة العشرون، مارس 1996.
- 9- أعراب بلقاسم ، القانون الدولي الخاص الجزائري ، (تنازع القوانين) ، ج 1، دار هومة الجزائر، 2005.
- 10- العربي بلحاج، الإطار القانوني للمرحلة السابقة على إبرام العقد في ضوء القانون المدني الجزائري، دراسة مقارنة؛ دار وائل للنشر، الجزائر طبعة 2010 .

- 11- حسام الدين كامل الأهواني، النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول، المصادر الإرادية للالتزام، الطبعة الثالثة، (د.ن)، القاهرة 2000.
- 12- عبد الحليم عبد اللطيف القوني، مبدأ حسن النية وأثره في التصرفات، في الفقه الإسلامي والقانون المدني المصري، (دراسة مقارنة)، (د.ن)، القاهرة، طبعة 1997.
- 13- محمد عبد القادر حسين، الجوانب القانونية للمرحلة السابقة للتعاقد، الطبعة الأولى المطبوعة الفنية لطباعة والنشر، القاهرة، طبعة 2002.

أ- الكتب المتخصصة:

- 1- محمد حسين عبد العال، التنظيم الاتفاقي للمفاوضات العقدية، دار النهضة العربية مصر، طبعة 1998.
- 2- رجب كريم عبد اللاه، التفاوض على العقد (دراسة تأصيلية تحليلية مقارنة)، دار النهضة العربية، القاهرة، طبعة 2000.
- 3- أحمد أبو الوفا، المفاوضات الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، طبعة 2005.
- 4- أبو العلاء علي أبو العلاء النمر، مفاوضات عقود التجارة الدولية، دار النهضة العربية للنشر، القاهرة، الطبعة الأولى 2002.
- 5- محمد طارق، مهارات التفاوض والتعاقد الحديثة في المجالات المختلفة، الدار الجامعية للنشر الإسكندرية، مصر 2006.
- 6- يسري عوض عبد الله، العقود التجارية الدولية : مفاوضاتها - إبرامها - تنفيذها، مكتب اليسري للاستشارات القانونية، بلد النشر والطبعة مجهولين.
- 7- محمد إبراهيم الدسوقي، الجوانب القانونية في إدارة المفاوضات وإبرام العقود، الطبعة الأولى 1415هـ، مطبعة معهد الإدارة العامة بالرياض.

8- عبد العزيز المرسي حمود، الجوانب القانونية لمرحلة التفاوض ذو الطابع التعاقدية، الطبعة الأولى، دون دار نشر، طبعة مجهولة.

ب-الرسائل العلمية:

1- قندوسي سعاد، المفاوضات في عقود التجارة الدولية ، مذكرة لنيل شهادة الماستر، جامعة الطاهر مولاي، سعيدة، الجزائر، السنة الجامعية 2014/2013.

2- دحداح سهيل وزرقي ليلي، الإطار القانوني للفترة ما قبل التعاقد، مذكرة شهادة الماستر في القانون، جامعة عبد الرحمان ميرة بجاية، الجزائر السنة الجامعية 2013/2012.

ج-المواقع الإلكترونية:

1- منتدى القانون التجاري، ماهية العقود التجارية ونظامها القانوني، www.google. 22:16 بتاريخ: 2019/04/23.

2- أحمد عبد الكريم سلامة النظام القانوني لمفاوضات العقود الدولية بحث منشور الكترونيا في موقع الدليل الالكتروني للقانون العربي على الرابط التالي:
www.arablawinfo.com. اطلع عليه على الساعة 11 سا و 25 د بتاريخ 10/04 . 2019 /04

الفهرس:

1.....	مقدمة.....
7.....	الفصل الأول: ماهية المفاوضات في عقود التجارة الدولية.....
8.....	المبحث الأول: مفهوم العقد التجاري الدولي.....
8.....	المطلب الأول: مفهوم العقد التجاري الدولي.....
8.....	الفرع الأول: تعريف العقد التجاري الدولي.....
10.....	الفرع الثاني: خصائص العقد التجاري الدولي.....
12.....	المطلب الثاني: مفهوم المفاوضات.....
12.....	الفرع الأول: تعريف التفاوض.....
15.....	الفرع الثاني: تمييز التفاوض عما يشابهه من المصطلحات.....
20.....	الفرع الثالث: موقف المشرع الجزائري من مرحلة المفاوضات.....
21.....	المطلب الثالث: الدعوة إلى التفاوض.....
22.....	الفرع الأول: الإيجاب الصريح بالتفاوض.....
24.....	الفرع الثاني: الإيجاب الضمني بالتفاوض.....
25.....	الفرع الثالث: قبول التفاوض.....
26.....	المبحث الثاني: قطع المفاوضات.....
28.....	المطلب الأول: المقصود بقطع المفاوضات.....
29.....	المطلب الثاني: صور قطع التفاوض.....
30.....	الفرع الأول: قطع المفاوضات قبل صدور الإيجاب.....
32.....	الفرع الثاني: قطع المفاوضات بعد صدور الإيجاب.....
35.....	المطلب الثالث: موقف القانون المقارن في تأصيل الطبيعة القانونية للمسؤولية الناشئة عن قطع المفاوضات.....

36.....	الفرع الأول : المفاوضات غير المصحوبة باتفاق التفاوض.....
40.....	الفرع الثاني: المفاوضات المصحوبة باتفاق التفاوض.....
47	الفصل الثاني : النظام القانوني للمسؤولية المدنية الناشئة عن المفاوضات.....
48.....	المبحث الأول : أساس قيام المسؤولية المدنية الناشئة عن المفاوضات.....
48.....	المطلب الأول: شروط قيام المسؤولية المدنية الناشئة عن المفاوضات.....
49.....	الفرع الأول : الخطأ.....
61.....	الفرع الثاني : الضرر.....
64.....	الفرع الثالث: العلاقة السببية.....
65.....	المطلب الثاني : آثار المسؤولية المدنية الناشئة عن المفاوضات.....
66.....	الفرع الأول : التنفيذ العيني.....
68.....	الفرع الثاني :التنفيذ بمقابل أو عن طرق التعويض.....
72.....	الفرع الثالث: القانون الواجب التطبيق على المسؤولية المدنية الناشئة عن المفاوضات.....
76.....	المبحث الثاني : دور المفاوضات في عقود التجارة الدولية وعوامل نجاحها.....
77.....	المطلب الأول : دور المفاوضات في عقود التجارة الدولية.....
77.....	الفرع الأول : دور المفاوضات في المجال الاجتماعي والاقتصادي.....
79.....	الفرع الثاني : دور المفاوضات في المجال القانوني.....
83.....	المطلب الثاني : عوامل نجاح المفاوضات في عقود التجارة الدولية.....
83.....	الفرع الأول: العوامل الذاتية والموضوعية لنجاح المفاوضات.....
84.....	الفرع الثاني : دور المستشار القانوني في مرحلة المفاوضات.....
88.....	الخاتمة.....
96.....	قائمة المصادر والمراجع.....