



وزارة التعليم العالي والبحث العلمي  
جامعة البوغيالي بونعامة



كلية الحقوق والعلوم السائسية

قسم الحقوق

الخطوات الوقائية قبل تحرير عقود الأعمال

مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر

تخصص: قانون أعمال

بإشراف:

د/ مرباح صليحة

من إعداد الطالبين:

بسيدهم بشري

جلول بن سلطان عبيد

لجنة المناقشة:

1/ الدكتور: سردو محمود ..... رئيسا.

2/ الدكتورة: مرباح صليحة ..... مشرفة ومقرا.

3/ الدكتور: فرمال بوعلام ..... عضوا مناقشا.

السنة الجامعية

2022/2021



## الإهداء

نفتتح كلامنا بمن هنّ فيحاء جناننا الى سندي وملجئي الأمن من كان طوال الوقت داعماً لي  
أهدي ثمرة جهدي للذان لطاماً بعثنا فينا روح الأمل والإصرار على بلوغ مشقات الحياة الى أعز ما املك  
والدائي، فما أجمل أن يجود المرء بأغلى ما لديه والأجم أن يهدي الغالي للأغلى.

لمن أعتز بإسمه وأساعد لأنبي إبنته، من رأيت إنعكاس نجاحاتي في بريق عينيه والدتي.

إلى من علمتني كيف يكون البدأ من الخطوة الأولى، رفيقتي وبطلتي ومعلمتي الأولى،

من علمتني معنى أن يكون الصبر مفتاح النجاح، إلى من علمتني أبعاد الحياة

والدتي.

إلى من أعطاني الكثير دون إنتظار كلمة الشكر إلى من بعثني في العزم والإرادة، صاحباً البصمة

في حياتي الذي لا طالما كانا السندي والرقيق إخوتي العربي، سميدة، أحمد.

ولكل من أحاطوني بإهتمامه ووفرو لي كل سبل الراحة وحثوني على العلم وفتحوا لي سبيل الوصول إليه ولم

يخلو بتقديم كل المساعدات للوصول الى ما أنا عليه، الى صديقاتي ورقيقات دربي حنان، عبير،

فاطمة، آية، سهام.

الى كل من علمني حرفاً منذ أول كلمة لفظ بها لساني ومن رافقتني في كل مشواري الدراسي حتى بلوغي

هذه المرحلة الى كل أساتذتي.

الى من ساهمت في إنجاز هذا العمل والتي عقدت العزم على إنجاز هذه المذكرة زميلتي ورفيقتي

الطفولة جلول بن لطان عبير.

الطالبة: بسيدهم بشرى

## الإهداء

لأن الحياة لا تطيب إلا بكفي أيتها الدرة في قلب الممار، كان لا بد أن تكوني أول من أهديكي هذا العمل، إلى المرأة التي علمتني أن الصوبات وجدت حتى تنتظها والأمداف وجدت حتى نصل إليها، إلى كل من خلط بين الذكاء اللامع والشخصية القوية والمحبة التي لا تعرف حدودا إلى إمي العزيزة حفظها الله ورعاها، و من كل سوء حماها و رزقني طاعتها و أكرمني برضاها.

إلى من كان نورا يهديني وفتح لي أبواب العلم: ومن أحمل اسمه بافتخار والدي العزيز حفظه الله ورعاها وأمدته بالستر والعافية و التوفيق ، و رزقني طاعته و الإحسان إليه وأكرمني برضاه وأطال الله عمره ليبري ثمراته قد حان قطافها بعد طول انتظار إلى القريبين من قلبي العزيزين على نفسي ولسان حالهم الدعاء لي بالتوفيق والتمام إلى أخواتي اللواتي كنوا و لازالوا سندا لي " سهام، نادية، فلة فدوى، مروى " حفظهم الله من كل سوء وبلاء وحمامهم و على دروب الخير سدد خطاهم وإلى من ساندني في محنتي وكان نورا لدربي الى من علمني الصبر و الكفاح أخي العزيز الى خطيبي من كان سندا و معطاء و شجعي و تمرني بصبره و حكمته و الذي تطع الى نجاحاتي بكل أمل و افتخار اشكرك على موافقتك النبيلة

إلى صغيرتي و مشجعتي الدائمة التي أتمنى ان اراها احسن مني طبيبة المستقبل ابنة أختي "هبة الله خديجة" و الى من يحبه القلب طيار المستقبل ابن أختي "براء عبد الودود" المتمني لي دائما بالنجاح حفظهم الله و حقق أحلامهم و سدد خطاهم الى من شاركتني الدراسة من صغري الى تخرجي و تحملت تقلباتي صديقة الطفولة و زميلتي "بسيدهم بشرى" و الى صديقات الدراسة من شاركوني المشوار الدراسي رحاب، حنان، فاطمة، أية

إلى كل من وسعته ذاكرتي و لم تسعه مذكري و كل من سعدني و لو بابتسامة أهدي له نجاحي

## الشكر

الحمد لله الذي بنعمته تتم الصالحات والصلاة والسلام على رسوله الكريم سيدنا محمد ومن تبعه الى يوم الدين.

قال تعالى "ومن يشكر فإنما يشكر لنفسه" سورة لقمان الآية 12، وقال صلى الله عليه وسلم "من لم يشكر الناس لم يشكر الله عز وجل".

بادئ الأمر أول من يشكر ويحمد أثناء الليل واطراف النهار هو العلي العظيم الذي أغرقنا بنعمه، له جزيل الشكر والحمد والثناء العظيم الذي أنارنا بالعلم والمعرفة وأنعم علينا بالعافية وسهل لنا طريق إنجاز هذه المذكرة المتواضعة.

ولا ننسى تقديم الشكر للأستاذة مرياح صليحة لتفضلها بالإشراف على عملنا والتي لم تبخل علينا بتوجيهاتها و نصائحها القيمة و التي كانت عوننا لنا في اتمام هذا العمل كما نتقدم بالشكر للجنة المناقشة على تفضلهم لمناقشة مذكرتنا ومساهماتهم بخروجها الى النور. كما لا يفوتني تقديم الشكر والعرفان لكل عضو في الهيئة التدريسية في كليتنا كلية الحقوق والعلوم السياسية و الى كل الساهرين على نجاح هذه الكلية .

ولا ننسى بالشكر الى كل من الوالدين السند الذي رافقنا طيلت مشوارنا الدراسي منذ بدايته فلهم أسمى التقدير والإمتنان على الدعم المادي والمعنوي والذي لطالما كانا ساهرين طوال مسيرتنا

الدراسيا.

وفي الأخير شكرا لكل من ساهم في هذه المذكرة ولو بالقليل.

قائمة المختصرات

ص	..... الصفحة
ق م ج	..... القانون المدني الجزائري
ق م ف	..... القانون المدني الفرنسي.
ق م م	..... القانون المدني المصري
Op. cit	..... مرجع سابق.

# المقدمة

### مقدمة:

تعد عقود الأعمال العصب الرئيسي للعالم من الناحية الإقتصادية، فبتنوع المعاملات التجارية أصبحت تكتسي هذه العقود الكثير من الأشكال التي لا حصر لها.

برز هذا النوع من العقود نتيجة الإهتمام بالمعاملات التجارية، الذي أصبح حل لا بد منه في ظل التفتح على الأسواق الخارجية من أجل النهوض بالإقتصاد وخاصة في الدول المتقدمة، وظل العمل على هذا المجال حتى ظهر ما يسمى بقانون التجارة الدولية، الذي جاء من أجل تنظيم كل ما يخص هذا المجال.

وعليه، تعتبر عقود الأعمال الأداة الفنية الأكثر شيوعا وإستعمالا في مجال تنظيم العلاقات الناشئة عن المعاملات التجارية المالية والتي لا يتلائم معها الإنعقاد فوري لأنها عقود ضخمة ذات أهمية إقتصادية كبيرة تتطلب الفطنة والحذر والجدية منذ المراحل الأولى لإنعقادها. ومع كل أهميتها الإقتصادية وما تتطلبه من أموال إلا أنها في نفس الوقت تثير مشاكل كبيرة والتي قد تكون بمثابة عقبات قانونية جديدة لم تكن معروفة من قبل في الساحة التجارية الدولية.

نظرا لأهمية عقود الأعمال وصعوبتها وتعقيداتها يستلزم الأمر أن تمر بمرحلة سابقة عن التعاقد وتعتبر هذه الخطوة بمثابة مرحلة تحضيرية أو تمهيدية ووقائية في نفس الوقت، لأنها تقتضي الدخول في مفاوضات حول المسائل المتعلقة بعقود الأعمال، التي تستوجب دراسة الجوانب التقنية والمالية والقانونية قبل تحرير عقد مرضي لكل الأطراف، وذلك من أجل حسم هذه الأخيرة منذ البداية ومناقشتها.

تجدر الإشارة إلى أنه بالرغم من المساعي المبذولة من أجل مرحلة التفاوض، إلا أنه يمكن أن تفشل ولا يتم التوصل إلى الهدف التي كانت ترمي إليه، كما قد يتم العدول عنها أو قطعها، وتثور مشاكل عن هذا العدول خاصة إذا كان بدون سبب ومبرر مشروع، ومن أجل الحاق الضرر بالتفاوض الآخر، وبالتالي يترتب عن ذلك مسؤولية، وذلك من أجل توفير إطار حمائي لهذه المرحلة التفاوضية.

يتمثل نطاق دراستنا في الإحاطة بجوانب عملية التفاوض كمرحلة سابقة على إبرام العقود في مجال الأعمال، وبما أن دراستنا تدخل فيها العقود الدولية إلى جانب العقود الداخلية حاولنا التطرق لقدر من الإتفاقيات المنظمة لمرحلة التفاوض.

## مقدمة

في ظل غياب التنظيم التشريعي بالنسبة للمشرع الجزائري الذي تغاضى عن تنظيم مرحلة التفاوض تم التطرق لمعظم القوانين الخارجية منها التشريع الفرنسي والإنجليزي كون أن العملية تشمل على العنصر الأجنبي.

و من الأسباب التي دفعتنا لإختيار هذا الموضوع :

- في القانون الجزائري لم يتم النص على المرحلة السابقة للتعاقد في القانون المدني، ولم يتم معالجتها إلى يومنا هذا، وكما أنه لم يتم كل من المشرع والفقهاء بأي محاولة للتطرق لهذه المرحلة وهذا ما أثار الفضول حول أي قانون ينظم هذه المرحلة وكيف يتم تسييرها، وماهي المشاكل التي قد يتعرض لها المتفاوضون.

- التطور الذي أصبحت عليه عقود الأعمال والعولمة التي هي عليها إستوجبنا البحث عن المراحل التي تسبق هذه العقود .

- بدافع التخصص وإتمام الدراسات السابقة حول هذا الموضوع وعدم الإكتفاء بقلة المعلومات التي كانت بحوزتنا، مما إستوجب علينا التوسع في الموضوع و البحث فيه أكثر.

تظهر أهمية هذا الموضوع في كون أن العقود التي تحكم عالم الأعمال تخضع لميزة تميزها عن العقود العادية وهي المرحلة السابقة على التعاقد والتي تعرف بمرحلة المفاوضات، وهي من المواضيع المهمة التي تتطلب الدراسة والبحث حولها لأسباب علمية وعملية.

فمن الناحية العلمية، يعد موضوع العقود التمهيدية السابقة على التعاقد من المواضيع المهمة التي تتطلب الدراسة والبحث حولها كونها عقود تتخطى الحاجز الدولي، وكذا لكثرة هذا النوع من العقود في ظل التطورات الإقتصادية التي يشهدها العالم، ونظرا لما تتميز بها هذه العقود من تعقيدات قانونية في ظل غياب إطار تشريعي يحكمها على الرغم من أنها مرحلة سابقة على إبرام العقد وتلم بكافة جوانب العقد وضرورية لإبرامه، فمرحلة التفاوض تسمح لكل الطرفين بمعرفة كل الحقائق حول المشاكل التي قد تعترض أطراف العقد وكذا كيفية الوصول الى حلول ترضي الجميع .

أما من الناحية العملية نجد أن مرحلة المفاوضات تسهل عملية تفسير العقد من طرف القضاء أو المحاكم، وتضمن هذه المرحلة عملية تفسير صحيحة وذلك بالرجوع الى نوايا كلا الطرفين من يوم الدخول الى المفاوضات حتى الى يوم إبرام العقد النهائي، كما تحتوي مرحلة المفاوضات على عدة أدلة تمكن القاضي وكذا المحاكم من توضيح النقاط الغامضة من خلال سلوك الطرفين خلال هاته المرحلة، أو من خلال المستندات

## مقدمة

والوثائق التي تم تبادلها خلال هذه المرحلة، كما تعد مرحلة المفاوضات وسيلة فعالة لحل مشكلة عدم التراضي أو عدم التوافق الفكري بين الأطراف حول عدة مسائل مختلفة تتعلق بالعقد.

حيث واجهتنا العديد من الصعوبات أهمها :

- قلة المراجع المتخصصة في المفاوضات في مجال عقود الأعمال. مما أجبرنا على اللجوء الى المراجع الأجنبية والمقارنة.
- عدم تطرق المشرع الجزائري إلى هذه المرحلة في القانون المدني.
- تشعب موضوع المفاوضات وكثرة العناوين، الأمر الذي ادى بنا إلى الوقوع في متاهة وصعوبة التحكم فيها.

وعليه، بناء على ما سبق حاولنا من خلال هذا البحث الإجابة على إشكالية أساسية تتمحور حول

مناقشة:

ماهي الأحكام القانونية التي تطبق على مرحلة التفاوض كمرحلة سابقة على التعاقد في عقود الأعمال؟

إن تحديد الإشكالية الرئيسة لهذه الدراسة لا يمنع من إدراج عدة تساؤلات فرعية ارتأينا بأنها ضرورية في

سياق هذا البحث وهي:

- ماذا يقصد بالمفاوضات في عقود الأعمال؟ وفيما تتمثل طبيعتها؟ وإلى أي مدى يمكن القول بأهمية هذه

العملية في إبرام العقد؟

- ما مدى القوة الملزمة للمفاوضات كمرحلة سابقة على التعاقد؟

- ما مدى القوة الملزمة للعقود التي تتخلل مرحلة التفاوض العقدي؟

- ما طبيعة المسؤولية الناجمة عن إخلال المتفاوضين بالالتزامات ما قبل التعاقدية وماذا ينجر عن ذلك؟

من أجل توضيح وشرح موضوع دراستنا إرتأينا إتباع المنهج الوصفي وذلك لوصف كافة جوانب

الموضوع والمراحل التي تمر بها المفاوضات والعناصر الأساسية التي تقتضيها، وكذا وضع مرحلة التفاوض في

الصورة التي يمكن أن تكون عليها.

## مقدمة

ومن أجل تحليل بعض النصوص القانونية قمنا بإنتهاج المنهج التحليلي الذي يسمح من شرح و تبسيط المواد وإعادة صياغتها بطريقة أخرى.

وكذا قمنا بإنتهاج المنهج المقارن، وذلك في غياب قيام المشرع بالتطرق لمرحلة التفاوض مما إستدعى الأمر القيام بالمقارنة بين القوانين الدولية المنظمة لعملية التفاوض فيما بينها، وكذا المقارنة بينها وبين ما جاء من أحكام قضائية و آراء فقهية.

في ضوء ما تقدم؛ نرى أنه لتحليل هذا الموضوع وما يثيره من مشاكل نظرية وعملية تقسيم الدراسة إلى فصلين:

نخصص الفصل الأول لدراسة ( النظام القانوني لمرحلة المفاوضات)، بحيث تم تقسيم هذا الأخير الى مبحثين أساسيين، خصصنا المبحث الأول للإطار المفاهيمي للمفاوضات في عقود الأعمال، أما المبحث الثاني خصص للطبيعة القانونية للتفاوض في عقود الأعمال وإتفاقات المنظمة لها.

أما فيما يخص الفصل الثاني فقد تناولنا فيه (الأثار المترتبة على المفاوضات)، وقد تم تقسيم هذا الفصل كذلك الى مبحثين أساسيين، بحيث خصصنا المبحث الأول ل: التزامات الأطراف المتفاوضة، أما المبحث الثاني خصصناه إلى المسؤولية المدنية المترتبة في مرحلة المفاوضات.

وأخيرا، نختم البحث بأهم ما توصلنا إليه من نتائج واقتراحات لتكون تحت نظر القائمين على سن القوانين والمكلفين بتطبيقها.

## الفصل الأول

النظام القانوني لمرحلة المفاوضات

## الفصل الأول: النظام القانوني للمفاوضات

تختلف مرحلة المفاوضات عن مرحلة إبرام العقد ومرحلة ما بعد التعاقد بما يقتضي تحديد مفهوم المفاوضات وتمييزها عن العقد النهائي، كما أنه تتنوع تعريفات التفاوض حسب تنوع موضوع التفاوض وإختلافه في حقول المعرفة والبياديين التي يمكن أن يكون للتفاوض دور فيها،<sup>1</sup> وتختلف أشكال التفاوض بإختلاف طبيعة ونوع العقد المراد إبرامه، ونظرا لطول مدة التفاوض وذلك يقضي مرور هذه الفترة بمراحل للوصول الى إبرام العقد النهائي، وبالمقابل لذلك نجد أنه نظرا لحدثة التفاوض لم يتم التطرق إليه في القانون المقارن لذا يمكن القول بأنه يعد من العقود الحديثة غير المسماة، وعلى ذلك إختلف الفقه حول تحديد الطبيعة القانونية للمفاوضات حول ما إذا كانت ذات طبيعة عقدية أم مادية، وتتخلل هذه المرحلة مجموعة من الاتفاقيات منها ماهي ملزمة للأطراف و منها ماهي مجردة من الطابع الملزم.

ومن هذا المنطلق إستوجب علينا دراسة الإطار المفاهيمي للمفاوضات (المبحث الأول)، والطبيعة القانونية للتفاوض في عقود الأعمال الإتفاقيات المنظمة لها (المبحث الثاني).

### المبحث الأول: الإطار المفاهيمي للمفاوضات في عقود الأعمال

يلعب التفاوض دورا مهما في إبرام العقود، لاسيما في عقود الأعمال التي تتصف بالتعقيدات الفنية والقانونية والصعوبات التي قد تطرأ على هذا النوع من العقود نظرا لما تتميز به من أهمية بكونها من أهم المراحل التي يمر بها العقد وأكثرها تعقيدا وخطورة، إذ تعتبر هي المرحلة الواقية لكافة المشاكل المحتملة الوقوع<sup>2</sup> ومن هذا المنطلق سنتطرق في دراسة هذا المبحث إلى مفهوم المفاوضات في (المطلب الأول)، أما فيما يخص (المطلب الثاني) سنتناول فيه أنواع ومراحل عملية التفاوض.

### المطلب الأول: مفهوم المفاوضات في عقود الأعمال

نظرا لحدثة الموضوع، وعدم النص عليه في النصوص القانونية وفي غياب وجود تعريف جامع مانع للمفاوضات، فإن تحديد مفهوم المفاوضات يستلزم تعريفها (الفرع الأول)، وإبراز ما تتسم به من خصائص

<sup>1</sup> صالح بن عبد الله بن عطاق العوفي، المبادئ القانونية في صياغة عقود التجارة الدولية، مركز البحوث والدراسات الإدارية الرياض، دون رقم الطبعة، 197، ص 88.

<sup>2</sup> تواتي أحمد نور الهدى، النظام القانوني للتفاوض في عقود التجارة الدولية، مذكرة مقدمة لإستكمال متطلبات الماستر أكاديمي تخصص قانون أعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قاصدي مرباح ورقلة، 2013/06/19 ص 9.

ومميزات (الفرع الثاني)، ثم التطرق إلى أشكال عملية التفاوض (فرع ثالث)، وكذا معرفة الأهمية البالغة التي تتميز بها هذه المرحلة (الفرع الرابع) وذلك لإعطاء فكرة شاملة وعامة حول المفاوضات، كما سيتم التطرق إلى تمييز المفاوضات عن النظم المشابهة لها (فرع خامس).

### الفرع الأول: تعريف التفاوض في عقود الأعمال

من أجل الوصول إلى ضبط مصطلح المفاوضات من الناحية القانونية لا بد أولاً من التطرق لمختلف مفاهيمه، كون أن هذه الأخيرة مقترنة بعدة تعاريف تختلف باختلاف مجالها وطبيعتها ومحل عملية التفاوض، مما يستوجب الرجوع إلى بعض المعاجم العربية والفرنسية.

#### أولاً/ التعريف اللغوي لمصطلح المفاوضات

تعني كلمة "المفاوضة" في اللغة العربية مشتق من فعل فوض وفوض إليه الأمر وجعله الحاكم فيه وفوضه أي بدله الرأي بغية الوصول إلى التسوية والاتفاق.<sup>1</sup>

يقال فوض تفويضاً إليه الأمر، مصيره إليه وجعله الحاكم فيه، (فاوض في الأمر مفاوض بأدلة الرأي فيه بغية الوصول إلى التسوية والاتفاق)، والمفاوضات هي جانبي الأخذ والعطاء في الحديث بأدلة القول وفي المال شراكة تثميره، (المفاوضة) تبادل الرأي من ذوي الشأن فيه بغية الوصول إلى تسوية واتفاق.<sup>2</sup>

والمفاوضات جمع مفاوضة وهي مفاعلة من التفاوض وهو يطلق على المجازاة والإختلاط والإشتراك والاتفاق ويقال: "فاوضه في أمره" أي جاره و"قوم فوضى" أي مختلط بعضهم ببعض"، و"تفاوض الشريكان في المال" أي إشتراكاً فيه أجمع "ومالهم فوضى بينهم" إذ لم يخالف أحدهم الآخر.

كما تشير قواميس اللغة العربية إلى أن التفاوض أو المفاوضة تستخدم في اللغة معنيين، أحدهما يدور حول المشاركة والمساواة، والآخر يدور حول المجازاة والمحادثة والحوار وتفاوض القوم في الأمر فإوض فيه بعضهم بعضاً، وهي على مفاعلة من التفويض وفاوضه في أمره أي جاره، وتفاوضو الحديث أخذوا فيه.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> عصمي مريم، عيشور مريم، التفاوض في عقود التجارة الدولية، مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون، تخصص قانون أعمال كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود امعمري، تيزي وزو، 2017، ص8.

<sup>2</sup> تواتي أحمد نور الهدى، المرجع السابق، ص02 .

<sup>3</sup> يسري عوض الله، العقود التجارية الدولية (مفاوضتها، إبرامها، تنفيذها)، جامعة النيلين، السودان 2009، صص 108 / 109.

والمفاوضات جمع مفاوضة وهي مفاعلة من التفاوض وهو ما يطلق على المجارة والإختلاط والإشتراك والاتفاق، ويقال: "قاوضه في أمره" أي جاره، و"قوم فوضى" أي مختلط بعضهم ببعض"، "وتفاوض الشريكان في المال" أي إشتراكا فيه أجمع "ومالهم فوضى بينهم" إذ لم يخالف أحدهم الآخر<sup>1</sup>.

والمفاوضة هي تبادل الرأي مع ذوي الشأن فيه بغية الوصول إلى تسوية وإتفاق.<sup>2</sup>

أما في اللغة الفرنسية فكلمة NEGOCIATION وأصلها في اللغة اللاتينية Négociacion تحمل معنيين الأول بمعنى المتاجرة "commerce" أي عملية شراء وبيع قيمة منقولة أو عملية تداول الأوراق التجارية والمعنى الثاني هو التفاوض إلى العملية التي تتضمن سلسلة من المحادثات وتبادل وجهات النظر وبذل العديد من المساعي من الطرفين بهدف التوصل إلى إتفاق بشأن صفقة معينة ومرادف كلمة négociation أي تفاوض هو كلمة "pourparlers".<sup>3</sup>

#### ثانيا/ التعريف الإصطلاحي لمصطلح المفاوضات

تعد المفاوضات "وسيلة لتبادل وجهات النظر للوصول إلى نتائج مقبولة للطرفين، ولا يشترط أن تكون المسائل المتفق عليها بين الطرفين المتفاوضين هي المطالب المثالية لهما بل تكون حلولا وسطية أو حلولا توفيقية مقبولة من قبل الطرفين المتفاوضين بحيث لا يتجاوز الحد الأدنى في التنازلات والتي تتعارض مع المصالح المبتغاة التي لا ينبغي للمفاوض النزول عنها أو التفريط فيها بأي حال من الأحوال طيلة جولات أو مراحل العملية التفاوضية".<sup>4</sup>

<sup>1</sup> الفهد أحمد بن فهد بن حمين، مفاوضات عقود التجارة الدولية -دراسة فقهية - مجلة الجمعية الفقهية السعودية -السعودية، دار المنظومة، العدد رقم 38، 2017، ص345.

<sup>2</sup> مرجع نفسه، ص 346.

<sup>3</sup> حمودي ناصر، التفاوض في العقود الإقتصادية الدولية، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2002، ص 68.

<sup>4</sup> يسري عوض الله، المرجع السابق، ص 105.

كما تعرف على أنها "الصور المعبرة عن مسار الأمور ما بين طرفين على الأقل، لهم قيم ومعتقدات وحاجات ووجهات نظر مختلفة إلا أنهم يسعون جاهدين لإتفاق حول مواضيع وأمور ذات مصالح وإهتمامات مشتركة".<sup>1</sup>

كما تعرف بأنها "عبارة عن حوار ملتزم بين الأطراف المعنية تحاول عن طريقها الوصول إلى إتفاق يبني على مجموعة من القواعد والإلتزامات والحقوق، ومن الضروري أن تتوفر الرغبة في الوصول إلى هذا الإتفاق".<sup>2</sup>

### ثالثا/ التعريف الفقهي للمفاوضات

تعتبر المفاوضات "فن الإتصال الفعال وإدارة الحوار البناء، فهي سلوك طبيعي يستخدمه الإنسان للتفاعل مع محيطه".<sup>3</sup>

عرف المجتمع الإنساني التفاوض من منطلق العلاقات الإجتماعية والإقتصادية بين أفرادها والتي تستلزم الحوار بين أصحاب المصالح حول الإختلافات الناتجة عن هذا الحوار للوصول إلى نتيجة أو تسوية ومن ثم فالتفاوض هو: "حوار بين طرفين أو أكثر حول موضوع معين بهدف الوصول إلى إتفاق بين المتفاوضين بما يحقق مصلحة كل منهم بالقدر اللازم والممكن".<sup>4</sup>

كما عرفتها الموسوعة الدولية للعلوم الإجتماعية على أنها: "ديناميكية بالغة الدقة والحساسية تتم بين طرفين فردين أو فريقين يتعاونان على إيجاد<sup>5</sup> الإحتياجات والإهتمامات المصالح أو الأهداف".

أنها "تبادل وجهات النظر في مسألة تجارية بين طرفين أو أكثر بقصد الوصول إلى إتفاق مشترك يخدم مصلحة الأطراف وينتج عنه إنتقال رؤوس الأموال والبضائع والخدمات من دولة إلى أخرى".<sup>6</sup>

<sup>1</sup> الفهد أحمد بن فهد بن حمين، المرجع السابق، ص 346.

<sup>2</sup> مرجع نفسه، صفحة نفسها.

<sup>3</sup> عمر سعد الله، قانون لتجارة الدولية (النظرية المعاصرة)، دار هومه للنشر والتوزيع، الجزائر، 2007، ص 163.

<sup>4</sup> سمية ملوكي، استراتيجيات التفاوض في ابرام عقود التجارة الخارجية، مذكرة تخرج لنيل شهادة ماستر أكاديمي في العلوم التجارية، كلية العلوم الإقتصادية والتجارية وعلوم التسيير، قسم العلوم التجارية، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، 2017/2018، ص8.

<sup>5</sup> عصيمي مريم، عيشور مريم، المرجع السابق، ص11.

<sup>6</sup> يسري عوض الله، المرجع السابق، ص108.

عرفه الدكتور محمد إبراهيم دسوقي على أن "التفاوض يسفر على وضع ملامح محددة للعقد الذي يرمي المتعاقدان إلى توقيعه".<sup>1</sup>

وعند النظر في كتابات الباحثين المعاصرين من القانونيين نجد أنه تم تعريف المفاوضات على أنها "عقد بمقتضاه يتعهد طرفاه ببدء التفاوض أو متابعته أو تنظيم سير المفاوضات، بغرض التوصل إلى إبرام عقد في المستقبل".<sup>2</sup>

وعرفه نفس الباحثين على أن التفاوض: "تبادل إقتراحات ومساومات ومكاتبات وتقارير فنية ومدنية وتجارية يتبادلها الأطراف للتعرف على المعاملة المزعم إبرامها وعلى ما سوف يسفر عنه الإتفاق من حقوق والتزامات على عاتق الطرفين، وذلك من خلال أفضل الصيغ القانونية التي تحققها مصلحتهما".<sup>3</sup>

كما يعرف الفقه الأوروبي المفاوضات أنها:

" إجراء محدد يرتكز على هدف معين لينتج عنه إتفاق، أو كما تم تعريفها على أنها مجموعة من المناقشات بين الأفراد للشركاء الإجتماعيين المؤهلين بهدف التوصل إلا إتفاق بشأن المشكلة المطروحة".

وحيث عرف الفقيهان jolibert و tixier التفاوض التجاري على أنه " وجود نقاش حول الشروط التجارية ما بين البائع والمشتري".<sup>4</sup>

وعرفها أيضا الفقيه évoqaunt merle على أن التفاوض "تقنية لحل النزاعات".<sup>5</sup>

ومن هذه التعريفات يلاحظ وتبرز لنا عدة عناصر بإستمرار على أن التفاوض هو إجراء ديناميكي وإرادي وذو هدف لأنه لا يمكن الإتفاق على التفاوض بمحض الصدفة أو من العدم، بل يتم هذا الإجراء بإرادة الأطراف وبغرض الحصول على نتائج والمتمثلة في الوصول إلى حل ونتائج ملموسة، كما أن هذا الإجراء موجود وينطبق

<sup>1</sup> قندوسي سعاد، المفاوضات في العقود التجارية الدولية، مذكرة لنيل شهادة الماستر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الطاهر مولاي، سعيدة، ، قسم الحقوق، 2014/2013 ص8.

<sup>2</sup> الفهد أحمد بن فهد بن حمين، المرجع السابق، ص 352.

<sup>3</sup> مرجع نفسه، ص 353.

<sup>4</sup> Guy Deloffre ،Pédagogie de la négociation commercial، thèse de doctorat en science de l'éducation ،université lorraine ،02 juillet 2013، page 44/45.

<sup>5</sup> Guy Deloff ،Op.Cit ،P44/45

في العديد من مجالات التفاوض كالتفاوض السياسي والتفاوض الدبلوماسي والتفاوض التجاري، وكما قد يكون هذا الإجراء فردي أو جماعي، وفي الأخير نجد أن التفاوض مجرد إجراء مؤقت وأولي حول نزاع فكري ووجهات نظر متضاربة والتي تحتاج إلى توحيدها والإتفاق حولها ووضع لها حد والوصول إلى نتائج وحلول أو تجنبها من الأساس.<sup>1</sup>

ومما سبق يتضح أن الجميع متفقون على أن المفاوضات مرحلة سابقة لإبرام العقد وأنها ممهدة له، وهي تهدف لتقريب وجهات النظر والوصول إلى الإتفاق في قضايا وأمور تهم الطرفين، إلا أنهم يختلفون في تصوير هذه المرحلة وما ينبني عليها من آثار.<sup>2</sup>

لكن يمكن صياغة تعريف شامل للمفاوضات في عقود الأعمال على أنها: مشاورات بين طرفين دوليين حول عقد من العقود التجارية تنتهي بإبرام العقد أو العدول عنه.<sup>3</sup>

#### رابعاً/ التعريف القضائي للمفاوضات

عرفت محكمة التحكيم بغرفة التجارة الدولية في حكم صادر لها بتاريخ 26 أكتوبر 1979 عد التفاوض بأنه: "عقد يتعهد طرفاه بالتفاوض أو بمتابعته من أجل التوصل إلى إبرام عقد معين لم يتحدد موضوعه إلا بشكل جزئي لا يكفي في جميع الأحوال لإنعقاده".<sup>4</sup>

وعرفت محكمة باريس عقد التفاوض في حكم صادر في 23 مايو 1992 بقولها: "عقد المفاوضة هو عقد بمقتضاه يلتزم أطرافه ببدء أو متابعة التفاوض بحسن نية حول شروط عقد يبرم في المستقبل".<sup>5</sup>

#### خامساً/ تعريف التفاوض الإلكتروني

تعرف العملية التفاوضية بتعريف يدل على أنها عبارة عن "إتصال شفوي يتم بين طرفين أو أكثر بهدف الوصول الى إتفاق مشترك على طريقة العمل أو على صيغة مشتركة بينهما، وقد يتم عن طريق الإتصال

<sup>1</sup> Guy Deloffre ،Op.Cit ،P44/45.

<sup>2</sup> الفهد أحمد بن فهد بن حمين، المرجع السابق، ص353.

<sup>3</sup> مرجع نفسه، ص354.

<sup>4</sup> إسلام الدين بعلول، الايطار القانوني لمفاوضات عقود التجارة الدولية، مذكرة لنيل شادة ماستر، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة العربي بن مهيدي، 2018/2019، ص7.

<sup>5</sup> مرجع نفسه، ص8.

المباشر وقد تتم عن طريق<sup>1</sup> تبادل البيانات إلكترونيا عبر البريد الإلكتروني" والتي أخذت في الإنتشار وخاصة في إطار التعامل التجاري الدولي، وعليه فالمقصود بالتفاوض الإلكتروني: تبادل الآراء وتقريب وجهات النظر بين الأطراف المتفاوضة عن طريق وسيلة إلكترونية ويكون الغرض منه إبرام العقد النهائي.<sup>2</sup>

ونجد في هذا الصدد القانون الأمريكي للمعاملات التجارية الإلكترونية لسنة 1999 أجاز إجراء الإتفاقات والمفاوضات وإبرام العقود ونشوء الإلتزامات بطريقة إلكترونية حيث عرف في المادة 2/2 منها ماهية الأعمال التجارية الإلكترونية بأنها: "تلك الأعمال التجارية التي تدار أو تتم بالكامل أو جزء منها بوسائل إلكترونية أو بالتسهيل الإلكتروني"، وهذه الأعمال تهدف الى إبرام العقود أو الوفاء بالإلتزامات الناشئة عن الصفقات التجارية ولذلك أصبح من الضروري صياغة إعلان عبر الأنترنت بدقة ووضوح نظرا لما يترتب على ذلك من مسؤولية في حالة الإخلال بالعقد عند التقاء القبول مع الإيجاب، إذ لا بد من وضع شروط محددة مسبقا بموجب عقد نموذجي للدعوة إلى التفاوض بما يمهد لإبرام عقد مستقبلي بين الطرفين بشكل واضح يفيد أن العرض عبر الأنترنت هو دعوة للتفاوض ولا يترتب إلتزاما قانوني على الجهة المعلنه عن السلعة او البضاعة.<sup>3</sup>

### الفرع الثاني: خصائص التفاوض في عقود الأعمال

إنطلاقا مما سبق التطرق إليه من التعريفات المختلفة للمفاوضات، ونظرا لخصوصية عقود الأعمال وتعددتها وإختلاف محلها وموضوعاتها وكذا إختلاف الأهداف التي ينشدها الأطراف من خلالها فإن لعملية التفاوض عدة خصائص وهذا ما سوف يتم التطرق إليه في هذا الفرع.

### أولا/ خضوع عقود التفاوض للأحكام العامة في نظرية العقود

وبالرجوع الى أحكام القانون المدني نجد أنه وبمجرد تطابق إرادتي الطرفين حول موضوع التفاوض فينتج لنا عقد تفاوض، وبما أن هذا العقد يخضع للأحكام العامة للعقد وبالتالي فإن هذا العقد مؤسس على مبدأ حرية التعاقد ومبدأ سلطان الإرادة المنصوص عليها في المبادئ العامة في القانون المدني فهي طبقا لذلك تصرف

<sup>1</sup> معزز دليلة، التفاوض الإلكتروني كمرحلة سابقة للتعاقد، مجلة الاستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، المجلد 05، العدد واحد، جامعة أكلي محند اولحاج، البويرة، 2020، ص283.

<sup>2</sup> مها نصيف جاسم، رشا عمر صادق، التفاوض الإلكتروني، مجلة مداد الأدب، الجامعة العراقية، كلية القانون والعلوم السياسية العدد الخامس عشر، ص524.

<sup>3</sup> مرجع نفسه، ص525.

إرادي، وتبعا للحرية التي يتمتع بها فإنه يختلف حسب نوع المعاملات واختلاف الأنظمة القانونية، وبالتالي فإن هذا الأخير يعتبر عقد حقيقي يستوجب لصحته توافر الأركان الأساسية اللازمة لقيام أي عقد،<sup>1</sup> وهذا المفهوم تم تكريسه بموجب المادة 1/1 من مبادئ معهد روما للعام 1994 المتعلقة بعقود التجارة الدولية والتي تنص على أنه يتمتع الأطراف بحرية إبرام العقد وفي تحديد مضمونه،<sup>2</sup> وحيث تعتبر حرية المناقشة والحوار والتفاوض من الأمور الجوهرية لما يتسم به الأطراف من الحرية المطلقة ودون تدخل أو تقييد هذه الحرية، كما يجب أن تكون المفاوضات بين أفراد لهم الإرادة على قدم المساواة وهذا وفقا لما أقرته مبادئ اليونيدروا.<sup>3</sup>

### ثانيا/ المفاوضات تقوم على الأخذ والعطاء

تعتبر عملية التفاوض عملية تبادلية لأنها تقوم على تحقيق مكاسب لكلا الطرفين وليس لحساب طرف على آخر، كما تستلزم حرص كل طرف على إدراك إهتمامات وأهداف الطرف الآخر وذلك من أجل التوصل إلى نتيجة نهائية ترضي كلا الطرفين.<sup>4</sup>

### ثالثا/ التفاوض على العقد ذو نتيجة احتمالية

تعتبر هذه العقود من العقود التي يغلب عليها طابع عدم اليقين بمعنى أن هاته الأخيرة لا تعد عقود تامة بالمعنى الدقيق، بقدر ما هو انعكاس لإرادة الأفراد، وبالرغم من أن نتيجة التفاوض احتمالية إلا أنه لا يعتبر هذا العقد من عقود الغرر أو العقود الإحتتمالية التي يكون أحد الإلتزامات فيها متوقفا في وجوده أو مقداره على أمر غير محقق الوقوع أو غير محدد وقت وقوعه.<sup>5</sup>

<sup>1</sup> عبد الواحد محمد، قادة بن شيحة محمد، مراحل إبرام عقود التجارة الدولية، مذكرة مكملة لنيل شهادة الماستر، معهد العلوم الإقتصادية والتجارية وعلوم التسيير، تخصص قانون خاص، تلمركز الجامعي بلحاج بوشعيب، عين تموشنت، 2018/2017، ص9.

<sup>2</sup> إيهاب عبد المجيد محمد اسماعيل السراج، عقود التجارة الدولية، بحث تكميلي لنيل درجة الماجستير في القانون، كلية القانون جامعة الخرطوم، 2005، ص30.

<sup>3</sup> يسري عوض الله، المرجع السابق، ص 121.

<sup>4</sup> بوطباله معمر، الإطار القانوني لعقد التفاوض، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم القانونية، تخصص قانون عام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الإخوة منتوي، قسنطينة، 2017/2016، ص13.

<sup>5</sup> بن علوان حكيم، زيام نوال، المفاوضات في عقد الإقتصاد الدولي، مذكرة لنيل شهادة الماستر، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة الجليلي بونعامة، خميس مليانة، 2019/2018، ص20.

## رابعاً/ التفاوض مؤسس على المساواة في المراكز القانونية بين الاطراف المتفاوضة

الإعتراف بتساوي الطرفين في مراكزهم القانونية عند التفاوض يعطي مجالاً للحوار والنقاش الهادف والذي يؤدي إلى تحقيق النتائج المرجوة من التفاوض وهذا ما سمي بالمساواة القانونية.<sup>1</sup>

## خامساً/ التفاوض مرحلة تمهيدية للتفاوض

تعتبر مرحلة التفاوض على العقد مرحلة تحضيرية وبمقتضى هذا الأخير يتم تبادل وجهات النظر وتنظيم علاقات الأفراد تمهيداً لإبرام العقد النهائي، وفي حالة توصل الطرفان إلى إتفاق أولي حول المسائل المطروحة فإنه يتم إفراغه في قالب شكلي، مع مواصلة التفاوض حول المسائل الأخرى بغرض التوصل إلى إتفاق نهائي وإنعقاد العقد.<sup>2</sup>

## سادساً/ خصائص التفاوض الإلكتروني

زيادة للخصائص التي يتميز بها التفاوض العادي المذكور سابقاً نجد أن التفاوض الإلكتروني والتفاوض الحضوري بين الأطراف يشتركان في أغلب الخصائص، إلا أن التفاوض الإلكتروني ينفرد بخاصية خاصة به والمتمثلة في:

أن المفاوضات تتم عبر وسائل الإتصال الحديثة وبالتالي ينعقد الحضور المادي للأطراف، كما لا يوجد مجلس حقيقي، حيث يتم التفاوض عن بعد بوسائل إتصال حديثة.<sup>3</sup>

## الفرع الثالث: أشكال التفاوض في عقود الأعمال

إن عملية التفاوض تأخذ أشكالاً مختلفة وذلك بحسب الظروف أو الوسيلة المستعملة، فقد تتم عملية المفاوضات بين الأطراف في نفس المكان، كما قد تتم بين أطراف قد تفصل بينهم وبين عملية التفاوض مسافة وكما قد تحدث عملية التفاوض بإستعمال الوسائل الإلكترونية وهذه الوسيلة التي أصبح يعتمد عليها بفعل التطورات، لذلك سوف يتم التطرق لكل هذه الأشكال كما يلي:

<sup>1</sup> يسري عوض الله، المرجع السابق، ص 121 .

<sup>2</sup> المرجع نفسه، ص 117.

<sup>3</sup> مها نصيف جاسم و رشا عمر صادق، المرجع السابق، ص 568.

**(1) التفاوض بين غائبين**

يتم هذا الشكل من التفاوض بين طرفين، كل منهما في مكان مختلف وتفصل فترة زمنية بين صدور التعبير عن الإيجاب من أحدهما وعلم الطرف الآخر به، بحيث يتم هذا التفاوض بواسطة رسول دون أن يكون نائبا عنه أو كذلك قد يتم من خلال تبادل البرقيات أو بواسطة التلكس والفاكس، وقد تتم العملية التفاوضية بين غائبين بشكل مختلط، والمقصود من ذلك أن يتم جزء بشكل مباشر بين الطرفين والجزء الآخر يتم عن طريق تبادل النوايا.<sup>1</sup>

**(2) التفاوض بين حاضرين**

قد يتم التفاوض بطريق الإتصال المباشر بين المفاوضين، بحيث لا تكون هنالك فترة زمنية تفصل بين صدور الكلام وعلم الطرف الآخر به، وهذا النوع من التفاوض يتم إما عن طريق إجتماع الطرفين في مكان واحد أو يكون هنالك إتصال مباشر بإحدى وسائل الإتصال الحديثة بالرغم من إختلاف مكان تواجد كل منهما.<sup>2</sup>

**(3) التفاوض عبر شبكة الانترنت**

التفاوض عبر شبكة الأنترنت هو بمثابة تفاوض إلكتروني، ويكون حول العقود التي ترد على محل إلكتروني مثل عقود إقتناء السلع والخدمات أو المعلومات الإلكترونية كالبرامج، حيث يتم عرض المنتجات والسلع والخدمات مع بيان أو عدم بيان أسعارها عبر متجر إفتراضي موجود في مركز تجاري على موقع معين على الشبكة، ولقد أصبح هذا الشكل من التفاوض كثير الإستعمال والتطبيق في المفاوضات العقدية فمن خلال هذه الخصائص وكذا الأهمية الكبيرة للتفاوض الإلكتروني على المشرع التدخل لتنظيمه في قانون التجارة الإلكترونية.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> معزوز دليلة، المرجع السابق، ص 288.

<sup>2</sup> مرجع نفسه، صفحة نفسها.

<sup>3</sup> مرزاقه امعمري، المفاوضات في عقود التجارة الدولية بإستخدام تكنولوجيا المعلومات والإتصال، مذكرة مقدمة لإستكمال متطلبات شهادة الماستر في الحقوق التخصص: القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قاصدي مرباح ورقلة 2015/2016، ص 12.

## الفرع الرابع: أهمية التفاوض في عقود الأعمال

تعد المفاوضات مرحلة أساسية في مرحلة التعاقد، ذلك أن التوازن العقدي للعقد الذي يزعم الطرفان على إبرامه يعتمد بشكل كبير على سير هذه المفاوضات، وقد كانت العقود فيما مضى من الأزمان يمكن أن تتعقد بإيجاب وقبول فوريين دون أن يكون للوقت الفاصل بينهما دور أساسي في تقريب وجهات النظر المختلفة بين المتعاقدين، وذلك لكون تلك المعاملات محدودة وبسيطة من حيث القيمة والنطاق، ومن ثم كان العقد الذي تبرم بواسطة سهلا وسريعا، ولكننا في هذا الزمان وإن وجد الإقتران الفوري بين الإيجاب والقبول في العقود البسيطة المألوفة كعقود الإستهلاك اليومي، إلا أنه لا يوجد في العقود المركبة والمعقدة التي ظهرت نتيجة للتطورات الحديثة والتقدم العلمي التكنولوجي والذي شمل كثيرا من جوانب الحياة التجارية، فإن تلك العقود ولما كانت تتم بين مشروعات خاصة أو حكومات، وقيمتها تقدر بمبالغ طائلة وضخمة وكل منها يدار عن طريق مدراء وخبراء فإن تمام إبرام العقد يجب أن تسبقه عدة مفاوضات، خصوصا أن هذا النوع من العقود قد لا يندرج ضمن العقود الفورية فبعضها قد يستغرق عدة سنوات لتنفيذه، لذا كان من اللازم أن تسبق مرحلة التوقيع على العقد مرحلة المفاوضات التي تهدف إلى تقريب وجهات النظر والإتفاق على الشروط الجوهرية للعقد وتحقيق مصلحة الأطراف، حيث تعد هذه المرحلة السابقة بمثابة مرحلة إعداد العقد لأن هذه المرحلة تقلل إلى حد كبير ما يمكن أن تتطوي عليه هاته العقود الكبيرة من مخاطر وتعقيدات، وذلك عن طريق دراسة العرض المقدم من الطرف الآخر ودراسة جدية للمعلومات المقدمة في هذا العرض ومدى مناسبتها لأحواله ومصالحه.<sup>1</sup>

## أولا/ الأهمية الإجتماعية

إن الإنسان كائن إجتماعي بطبعه لا يمكنه العيش بمفرده، كما لا يمكنه إشباع حاجاته اليومية بموارده الذاتية، وليتسنى له إشباع تلك الحاجات والرغبات فيستوجب عليه الإتصال بالآخرين للحصول على الموارد التي لا تتوفر لديه، ولا يمكن الحصول على هذه الأخيرة فجأة أو يحدث عرضا، بل يجب تمهيده وتوطئة الطريق إليه بتبادل الأحاديث والمناقشات وتلبية الحاجات أو المعارضة، وهذا هو التفاوض في صورته الأولى وهو واقع بين الناس بصفة يومية.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> الفهد أحمد بن فهد بن حمين، المرجع السابق، ص 356 .

<sup>2</sup> يسري عوض الله، المرجع السابق، ص 125 .

ثانيا/ الأهمية الاقتصادية للمفاوضات

إن الضرورات الاقتصادية التي تقتضيها عقود الأعمال التي يقتضي تنفيذها فترة طويلة، تحتاج إجراء مفاوضات أثناء تنفيذ العقد، حيث يعد التفاوض وسيلة مهمة من وسائل إعادة التوازن العقدي في حالة ظهور حوادث وظروف مفاجئة، وتهدف المفاوضات إلى الإبقاء على التعامل والتواصل بين أطراف المعاملات الدولية،<sup>1</sup> وكما يلعب التفاوض عدة أدوار في عقود الأعمال، فهو لم يعد ينحصر فقط في الحصول على المواد المنتجة أو البحث عن الأسواق لتصريف المنتجات وإنما هو أوسع وأشمل، حيث يمتد ليشمل الجوانب المالية والتقنية والعملية.<sup>2</sup>

حاصل ما تقدم فإن المفاوضات تلعب دورا هاما في حياة عقد الأعمال فهي ضرورة فرضتها التطورات الحاصلة في مجال المعاملات التجارية الدولية وهي تعد أخطر مرحلة في العقد.<sup>3</sup>

ثالثا/ الأهمية العملية للمفاوضات

المفاوضات هي أداة أساسية في التقريب بين وجهات النظر المتباينة بين أطراف العلاقة التعاقدية لاسيما في عقود الأعمال التي يزيد فيها هذا التباين وذلك بالنظر لشدة المنافسة التي يفرضها الأطراف من جهة والإختلاف بين أطراف العلاقة من جهة أخرى، ومن جانب الإختلاف الثقافي والاجتماعي والفكري والإقتصادي كما تمكن المفاوضات كل طرف من التعرف على ظروف وشروط العملية التعاقدية ونطاق الحقوق والإلتزامات لكل طرف قبل الإرتباط الفعلي بتصرف قانوني ملزم.<sup>4</sup>

رابعا/ الأهمية القانونية للمفاوضات

تتجلى الأهمية القانونية للتفاوض في عقود الأعمال من عدة وجوه يمكن إجمالها فيما يلي:

<sup>1</sup> يسري عوض الله، مرجع سابق، ص126 .

<sup>2</sup> تواتي أحمد نور الهدى، المرجع السابق، ص15 .

<sup>3</sup> بوطباله معمر، المرجع السابق، ص15.

<sup>4</sup> مرجع نفسه، ص14.

**(1) المفاوضات تمنع من الإدعاء بالإذعان**

الأصل أن يقوم العقد على أساس من الحرية الكاملة لكل من طرفيه في مناقشة كل ما يرتبه له العقد من حقوق وما يفرضه عليه من إلتزامات، ولكن في بعض الأحيان قد تفرض الشروط من أحد الطرفين لما يتمتع به من قوة إقتصادية تتمثل في إحتكاره لبعض السلع والخدمات الضرورية،<sup>1</sup> فعقد الإذعان هو العقد الذي يعرض فيه أحد الأطراف شروطا تم إعدادها مسبقا، حيث أنه في هذه القيود لا يمكن التفاوض حول بنود العقد، وتوفر هذا المعيار يعني إنعدام إرادة الطرف الآخر في التفاوض،<sup>2</sup> وحتى تنتقي صفة الإذعان عن العقد يستلزم التفاوض بين الطرفين بصدد خدمة أو عقد أو سلعة، ومادام تم التفاوض ووافق الطرف الآخر على شروط العقد بعد تشاور ومناقشة وتفاوض إذن يستنتج من ذلك أن يكون الطرف الآخر وافق بعد مناقشة وإقناع.<sup>3</sup>

**(2) المفاوضات تجعل من الإيجاب غير صالح للقبول**

إن العقود التي يسبقها المفاوضات فإن الدعوة إلى التفاوض ولو من جانب واحد وأيا كان هذا الجانب تؤدي إلى تجرد الإيجاب من صفته هذه ليصبح مجرد دعوة غير ملزمة ترمي إلى مناقشة عناصر العقد المقترح فإذا تقدم أحد الطرفين بإقتراح إفتتاح المفاوضات بصدد عقد معين، فهو لم يوجب على نفسه شيئا حتى الآن فليس هناك من إيجاب حتى نبحث عن القبول، وإذا تقدم أحد الطرفين بإيجاب متكامل أوضح فيه إرادته للتعاقد على أسس معينة وكانت هذه الأسس تتضمن العناصر الجوهرية للتعاقد كافة وإقران الموجب إيجابه هذا بالدعوة إلى التفاوض بشأن ما ورد في إيجابه، يفسر الإيجاب هنا بأنه مجرد دعوة للبحث في شروط العقد ويصبح الإيجاب غير صالح للقبول فالموجب هنا يعلن أن إيجابه غير محدد وقاطع، وبالتالي فلا يكون هذا الإيجاب قانونيا لأن أحد شروط الإيجاب هو أن يكون قطعيا<sup>4</sup> جازما وباتا ومعد سلفا.<sup>5</sup>

<sup>1</sup> محمد إبراهيم دسوقي، الجوانب القانونية في إدارة المفاوضات وإبرام العقود، الإدارة العامة للبحوث، دون رقم الطبعة، 1995 ص15 .

<sup>2</sup> يسري عوض الله، المرجع السابق، ص130.

<sup>3</sup> محمد إبراهيم دسوقي، مرجع سابق، ص 16.

<sup>4</sup> مرجع نفسه، ص19.

<sup>5</sup> يسري عوض الله، المرجع السابق، ص130.

وكما أنه ووفقا للقواعد العامة إذا تقدم أحد الطرفين بإيجاب إلترزم بالبقاء طوال المدة التي إقترن بها الإيجاب بالدعوة للتفاوض، والموجب لا يمكنه الرجوع عن إيجابه طيلة هذه المدة وإذا إنتهت هذه المدة سقط الإيجاب ولا إلتزام على الموجب أن يجدد ايجابه.<sup>1</sup>

### (3) المفاوضات وسيلة لتفسير العقد في مرحلة التنفيذ

في حال ما إذا كانت عبارات العقد غير واضحة والألفاظ تتسم بالغموض والإبهام فيجب على القاضي أن يقوم بتفسيرها ليتوصل إلى معرفة ما إتجهت إليه إرادة الأطراف وتفسيرها عن طريق المفاوضات التي جرت بين المتعاقدين في المرحلة التمهيديّة للعقد وخصوصا إذا كانت مسجلة في محاضر، على عكس إذا كانت الألفاظ واضحة وغير مبهمّة فلا ضرورة لتفسيرها بل يقتصر القاضي على تطبيقها فقط.<sup>2</sup>

### خامسا/أهمية التفاوض الإلكتروني

تعد مرحلة التفاوض الإلكتروني مرحلة إعلام وإستعلام لأطراف التفاوض فمن خلالها يستطيع المتفاوضون إعداد وتحضير العقد والبحث عن كافة الجوانب القانونية والفنية للعقد، وبيان شخص الطرف الآخر وموقفه القانوني والفني، وتبرز كذلك أهمية التفاوض الإلكتروني في العقود الإلكترونية ذات الإستثمارات المالية فهي مستمرة الأجل ويستغرق التفاوض فيها فترات زمنية طويلة، مما يجعل ما تم الإتفاق عليه في مرحلة التفاوض مرتبط إرتباطا كبيرا بالعقد النهائي، فهذا ما جعل بعض الفقه يقترح وجوب التأكيد أن مرحلة التفاوض جزء لا يتجزأ من العقد النهائي وإعتبرها شرطا أساسيا لإبرام التعاقد لا مجرد مرحلة سابقة تخضع للإجتهادات والتقلبات.<sup>3</sup>

كما أن للتفاوض الإلكتروني دورا في تفسير العقد، فتظهر أهميته من خلال إستطاعة القاضي على إستنباط المقاصد الحقيقية للمتعاقدين في حالة غموض أو نقص في شروط لعقد بالمفاوضة، كما تبرز أهمية

<sup>1</sup> محمد إبراهيم دسوقي، مرجع سابق، ص 18.

<sup>2</sup> مرجع نفسه، صص 17 / 16 .

<sup>3</sup> معزوز دليلة، مرجع سابق، ص 287 .

التفاوض في كون هذا الأخير محددًا للقانون الواجب التطبيق والمحكمة المتخصصة عند وجود نزاع يتطلب التسوية، وبعد وسيلة لتهيئة أنسب للظروف وأكثرها ملائمة لإبرام العقد النهائي.<sup>1</sup>

### الفرع الخامس: تمييز المفاوضات عن غيرها من النظم المشابهة له

يتميز التفاوض بمفهومه عن غيره من المفاهيم المشابهة، والتي تكون قد تختلف معه وأن تكون جزءًا منه أو جزءًا مكملًا له، والهدف من وراء هذا التمييز هو تحديد نطاق العقد وتحديد مرحلة التفاوض ودورها في مجال هاته العقود.

#### أولاً/ تمييز المفاوضات التمهيدية عن الإيجاب

تتميز مرحلة المفاوضات التمهيدية عن الإيجاب الذي يعرف بأنه ذلك التعبير عن الإرادة البات المقترن بقصد الارتباط بالتعاقد الذي ينصب عليه إذا لحقه قبول مطابق وهو لا يكون كذلك إلا إذا صدر في صيغة عرض غير مشروط متضمنًا تحديدًا واضحًا لكل الأركان الرئيسية للرابطة المزمع إنشاؤها، فالذي يميز الإيجاب عن الدخول في المفاوضات في سبيل الوصول إلى عقد معين هو وجود أو عدم وجود النية القاطعة في الارتباط بالتعاقد، فإن وجدت هذه النية كنا أمام إيجاب بات وإن لم توجد كنا أمام مجرد دعوة للدخول في مفاوضات، فإذا كان التعبير مجرد دعوة إلى المفاوضة، فإن قبول هذه الدعوة لا يؤدي إلى إبرام العقد ومن يصدر إيجابًا لا يستقر به الرأي في العادة على أن يصدر إيجابًا باتًا إلا بعد المفاوضات، ومن قبيل ذلك إن يعرض شخص التعاقد دون أن يحدد أركان ذلك التعاقد، وللتفرقة بين ما يعد إيجابًا من ناحية وبين ما يعد مفاوضة بشأن العقد أو دعوة للتعاقد من ناحية أخرى، فالإيجاب خطوة مباشرة إلى العقد فهو يوجه أي الطرف الآخر حتى ما إذا قبله قام العقد، ولا يمكنه الرجوع عن إيجابه أما الدعوة للدخول في مفاوضات فهي لا تتضمن أكثر من أن يستحث بها صاحبها الشخص الذي وجهت إليه على أن يتقدم للتعاقد معه، وعليه فإن الدعوة للتفاوض خطوة إلى الإيجاب في حين أن الإيجاب خطوة للعقد.<sup>2</sup>

أوجه التشابه بين المفاوضات والإيجاب في العقد:<sup>3</sup>

<sup>1</sup> معزوز دليلة، مرجع سابق، ص 278.

<sup>2</sup> مصطفى خضير نشمي، النظام القانوني للمفاوضات التمهيدية للتعاقد، رسالة ماجستير مقدمة إكمالًا للحصول على درجة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، 2014/2013، ص 22.

<sup>3</sup> الفهد أحمد بن فهد بن حمين، المرجع السابق، ص 320.

- أن كلا منهما يكون في مرحلة تسبق إنعقاد العقد.
- أن المفاوضات قد يعقبها إيجاب من الطرفين.
- أوجه الاختلاف بين المفاوضات والإيجاب في العقد:<sup>1</sup>
- أن في الإيجاب تعبيراً جازماً عن إرادة الدخول في العقد وإبرامه، أما المفاوضات فهي مناقشات ومشاورات بين الطرفين حل العقد المزمع إبرامه.
- الإيجاب يكون بعد المفاوضات ولا يسبقها، فبعد إجراء المفاوضات بين الطرفين يصدر الإيجاب والقبول في طرفي العقد إذا توصلوا إلى الإتفاق على إبرامه.
- إن الإيجاب خطوة مباشرة إلى العقد فهو يصدر من أحد الطرفين، فإذا وافقه قبول من الطرف الآخر إنعقد العقد، ولا يسوغ بعد ذلك لأحد الطرفين التحلل من العقد والرجوع عنه، أما المفاوضات فلا تعدو كونها مناقشات وتبادلاً للرأي بين الطرفين.

#### ثانياً/ تمييز التفاوض عن الوعد بالتعاقد

يدخل الوعد بالتعاقد والتفاوض ضمن المرحلة التي تسبق إبرام العقد وكل منها يلعب دوراً في التمهيد لإبرامه إلا أنهما يختلفان من حيث أن الوعد بالتعاقد يتضمن جميع الشروط والمسائل الجوهرية التي يجب أن تتوفر في العقد المزمع إبرامه، خاصة يجب توفر مدة الوعد بدقة ومسألة الشكلية التي يجب توافرها، أما التفاوض فلا يلزم أطرافه بإبرام عقد حتى وإن كانت مرحلة المفاوضات قد تمت في تشكل إتفاقات تمهد به، لأنها غالباً ما تكون غير ملزمة وهدفها هو فتح نقاش بين الأطراف لبحث إمكانية التوصل إلى إبرام عقد لم تحدد ملامحه بعد.<sup>2</sup>

#### ثالثاً/ تمييز التفاوض عن المساومة

تعرف المساومة على أنها عملية بسيطة لا تتطلب إلا القليل من الوقت بالإضافة إلى آثار المساومة تبقى لفترة قصيرة، وعلى ذلك فإنه عادة ما تطبق إستراتيجية أنا أكسب أنت تخسر، وبذلك المساومة في خفية الأمر ما هي إلا سلسلة متواصلة من التعبير عن الإرادة من قبل طرفيها، وعليها يمكن القول أن هناك أوجه اختلاف وتشابه بين الفكرتين، فتتمثل أوجه التشابه لكل من المساومة والتفاوض بإعتبار أنهما يحدثان في الفترة قبل العقدية أي قبل إبرام العقد، وأن المساومة تلعب دوراً رئيسياً وفعالاً في إطار التفاوض في عقود الأعمال، أما فيما يخص أوجه الاختلاف نذكر منها أن العقود البسيطة اليومية عادة لا تكون محل تفاوض، بل تكون محل مساومة

<sup>1</sup> الفهد أحمد بن فهد بن حمين، مرجع سابق، ص320.

<sup>2</sup> تواتي أحمد نور الهدى، المرجع السابق، ص15 .

وأيضاً أن المساومة تكون نشاطاً من جانب واحد، لكن هذا لا يعني أنها لا تكون من جانبيين على عكس التفاوض الذي لا يكون تصويره إلا بين شخصين فأكثر، فالتفاوض لا يمكن تصويره إلا في عقد قابل للتفاوض بينما المساومة قد تتصورها في جميع أنواع العقود.<sup>1</sup>

#### رابعاً/ تمييز الوساطة عن التفاوض

تعتبر الوساطة أحد الوسائل السلمية لتسوية المنازعات عن طريق طرف ثالث، أي تدخل طرف بين طرفين أو أكثر لنقل وجهات نظر كل طرف إلى الطرف الآخر ومحاولة إيجاد آراء مشتركة بينهم من خلال تقديم إقتراحات مقبولة للأطراف المتنازعة، وتختلف الوساطة عن المفاوضات في أنها ليس بديلاً لها لكنها جزء من العملية الكلية التي تسمى التفاوض، فتتم الوساطة في إطار هذه العملية الكلية وفي هذه الحالة فإن الوساطة قد تحول المفاوضات من مفاوضات مباشرة إلى مفاوضات غير مباشرة، ولا يمكن اعتبار الوساطة مرحلة واحدة من مراحل التفاوض وإنما هي مرحلة تمهد لها أي ما قبل التفاوض.<sup>2</sup>

#### خامساً/ تمييز الدعوة إلى التفاوض عن الدعوة إلى التعاقد

الدعوة للتعاقد هي دعوة يوجهها طرف إلى طرف آخر أي من شخص إلى آخر، أو تقدم إلى الجمهور بغرض حثهم وإقبالهم على التعاقد معه وفقاً لشروط محددة سلفاً لا يمكن مناقشتها، فهذه الدعوة يهدف من ورائها الداعي إلى التعاقد مباشرة دون الخوض في التفاوض، والمستجيب لهاته الدعوة لا يحق له مناقشة الشروط والإعتراض عليها، أما الدعوة للتفاوض فتعني ذلك العرض المقدم من شخص إلى آخر أو عدة أشخاص لمناقشة والدخول في مفاوضات من أجل إبرام عقد، فالدعوى للتفاوض لا تتضمن العناصر الجوهرية للعقد المراد إبرامه على عكس الدعوة للتعاقد فهي تتضمن كافة الشروط الجوهرية الغير قابلة للمناقشة والتفاوض، كما تختلف مرحلة التفاوض عن الدعوة للتعاقد أنها زمنياً تسبق مرحلة إبرام العقد، ومرحلة التفاوض لا تتضمن إيجاباً جازماً نهائياً وإنما تتضمن فقط عروضاً وعروضاً مضادة تكون قابلة للتعديل، بينما مرحلة إبرام العقد فإن إرادة الأطراف تتجه إلى الإرتباط بالعقد عن طريق تقديم عرض محدد وكاف يتضمن الشروط الجوهرية للعقد المراد إبرامه.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> عصمي مريم، عيشور مريم، المرجع السابق، ص 23.

<sup>2</sup> مرجع نفسه، ص 24.

<sup>3</sup> بوطبالة معمر، المرجع السابق، صص 55/54.

## المطلب الثاني: أنواع ومراحل المفاوضات

إن عملية التفاوض يمكن التمييز فيها بين نوعين من المفاوضات، منها ماهي مفاوضات توزيعية ومنها ماهي مفاوضات تكملية وهذا ماسوف يتم التطرق إليه في (الفرع الأول)، أما (الفرع الثاني) سوف يتم الإشارة فيه إلى المراحل التي تمر بها مرحلة المفاوضات كون أن هذه العملية تخضع لشروط طويل لابد من أن يمر بعدة مراحل.

### الفرع الأول: أنواع المفاوضات

سنتطرق الى المفاوضات من حيث العلاقة التي تحكم الأطراف المتفاوضة وإستنادا إلى هذا يمكن نميز بين نوعين من المفاوضات، المفاوضات التوزيعية، والمفاوضات التكميلية.

#### أولا / المفاوضات التوزيعية

يحتوي هذا النوع من المفاوضات على آراء مختلفة ومتضاربة مع بعضها البعض، فيرغب كل طرف في تفضيل مصالحه والحصول عليها على حساب الطرف الآخر، كما يطلق عليها بإسم مفاوضات الصراع، كما يميز هذا النوع من المفاوضات على أنها تقترض وجود سباق ما بين الأطراف المتفاوضة، وأنهم يسعون لتحقيق أهداف متعاكسة ومضادة<sup>1</sup> كما يقوم هذا النوع على عناصر والمتمثلة في:

#### (1) البدء في المفاوضات

إن البدء في هذه المفاوضات يكون نتيجة إختلال التوازن في العلاقة القائمة، أو لخرق إتفاق معين أو عدم الإيفاء بشروط محددة سابقا، هذا إذا كانت هناك علاقة مسبقة أو قائمة ما بين الأطراف المعنية<sup>2</sup>.

#### (2) السباق أو الرهان

عند بدء المفاوضات وبغض النظر عن هدفها نجد في طياتها نوع من السباق بين الأطراف، وأي تصرف يؤدي إلى الإنحراف أو عدم التحكم في زمام الأمور قد ينعكس لصالح الطرف الثاني، ولذلك نجد أن كلا الطرفين يحاولان التحكم والسيطرة على المفاوضات بالرغم من إحتياجهم لبعضهم البعض لتحقيق المصالح

<sup>1</sup> عبد الواحد محمد، قادة بن شيخة محمد، المرجع السابق، ص13.

<sup>2</sup> مرجع نفسه، صفحة نفسها.

والأهداف المبتغاة، إلا أن الطرفين في هذا النوع يعملون بإتجاه معاكس لبعضهم ويشكل تنافسي، وعلى ذلك يحدد كل طرف الإستراتيجية المستعملة من أجل الحصول على الغاية المبتغاة من التفاوض.<sup>1</sup>

### (3) الأهداف

إن أهداف الأطراف في هذا النوع من المفاوضات هي أهداف متعارضة وكل هدف يحمل في طياته خطر للطرف الآخر، ذلك لوجود سياق بين الأطراف المتفاوضة ومحاولة كل طرف لتحقيق مصالحه الخاصة والمحددة مسبقاً.<sup>2</sup>

### (4) الجو أو المناخ

إن الجو الذي تقوم فيه المفاوضات التوزيعية بالحذر الشديد والحيطة وعدم الثقة، وذلك لأن كل طرف يحاول السيطرة على أمور المفاوضات، وإن كل خطأ سيستغل من الطرف الآخر ويستعمل ضد الطرف المخطئ، كما يتصف هذا الجو بالإستراتيجيات والتكتيك المستعمل للوصول للأهداف المرجوة، ألا وهي السيطرة على الموقف وفرض الشروط التي يرغبون بها.<sup>3</sup>

### (5) علاقة القوة

إن مبادرات الأطراف المتفاوضة تكون موجهة للبحث عن أفضل العلاقات أو الروابط، ونعني بأفضل العلاقات عندما يستطيع هذا الطرف أو ذاك أن يحصل على ما يريده من الطرف الثاني بالكامل، أي يفرض شروطه عليه وأن هذا الأخير يقبل بها لأن ليس لديه خيار آخر، وهنا نقول بأن الأول في موقع قوة بالنسبة للثاني، وأن العلاقة هي علاقة قوة والثاني قبل بما يسمى بشروط الإذعان، لهذا نجد أن كل طرف في المفاوضات يتمنى أن تربطه بالطرف الثاني علاقة قوة.<sup>4</sup>

<sup>1</sup> سميحة القيلوبي، التفاوض في عقد نقل التكنولوجيا، مقال منشور في مجلة الأحكام، شركة الخدمات التعليمية، عدد الثامن القاهرة، 1997، ص16.

<sup>2</sup> عبد الواحد محمد، قادة بن شيحة محمد، المرجع السابق، ص13.

<sup>3</sup> المرجع نفسه، ص23.

<sup>4</sup> سعدي سعدي توفيق، دور المفاوضات في إنعقاد عقود التجارة الدولية، مذكرة لنيل شهادة الماستر، تخصص قانون أعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الجليلي بونعامة، جامعة خميس مليانة، 2018/2019، ص17.

ثانيا/ المفاوضات التكميلية

يختلف هذا النوع من المفاوضات عن المفاوضات التوزيعية إختلافاً كلياً سواء من حيث الأهداف أو أسلوب التفاوض أو طريقة تنفيذه، ولكن تكمن نقطة الإختلاف الجوهرية هو أنه في المفاوضات التعاونية أهداف ومصالح الأطراف تكون مشتركة وموحدة، كما أنهم يعملون سوياً من أجل تحقيق هذه الأهداف، كما يتم تضافر جهودهم من أجل تسهيل عملية التنفيذ وإزالة المعوقات التي قد تصادفهم، كما أن كل تأخير أو خطأ أو إنحراف يؤثر سلباً على مصلحتهم جميعاً، ولذلك نجد أن هذه المفاوضات تتصف بصفات معينة نعددها فيمايلي<sup>1</sup>:

- 1) فيما يخص جو المفاوضات فإنه تسوده الثقة المتبادلة وأن كل طرف يبذل جهده من أجل نجاح هذه المفاوضات، والعمل على تحقيق الهدف المشترك.
- 2) لا يوجد صراع ما بين الأطراف المتفاوضة، ذلك لأن موضوع الرهان والسباق ينصب على تحقيق الهدف أو المشروع المشترك على أحسن وجه، لذلك فإن إحتمال ظهور خلافات وصراع المصالح يكون ضعيف جداً.
- 3) التعاون والتكامل هو الأساس الذي يبني عليه كافة المراحل اللاحقة سواء أثناء المفاوضات أو بمراحل الإنجاز.<sup>2</sup>

الفرع الثاني: مراحل المفاوضات

تمر عملية التفاوض بثلاثة مراحل، وهي كآآتي: مرحلة إنعقاد العقد، مرحلة سير عملية الفاض، ومرحلة إنهاء المفاوضات.

<sup>1</sup> سميحة القيلوبي، المرجع السابق، ص66.

<sup>2</sup> مرجع نفسه، صفحة نفسها.

## أولاً/ مرحلة إنعقاد التفاوض

وتتمثل هذه المرحلة في الدعوة إلى التفاوض، وتتمثل هذه الأخيرة في العرض الذي يتقدم به شخص للتعاقد دون أن يحدد عناصره وشروطه<sup>1</sup> وذلك بأن يقوم أحد الطرفين بتوجيه هذه الدعوة وهي بمثابة إيجاب وبقبول الطرف الآخر يؤدي إلى إنعقاد عقد التفاوض بينهما.<sup>2</sup>

حيث يسعى كل طرف لبيان الإحتياجات الأساسية في هذا العرض بغرض التوصل إلى تصور مشترك وتفاهم متبادل حول نقاط العقد الرئيسية وذلك عن طريق تبادل العروض والعروض المضادة ومناقشة شروط العقد المختلفة.<sup>3</sup>

ومنه فإذا أعلن أحد المتفاوضان الدخول في المفاوضات للتعاقد فهو يعني في الواقع قبوله للمشاركة في صنع التصور المشترك الذي سوف يتم التعاقد عليه في المستقبل، أي قبول الدعوى إلى التفاوض للمشاركة في صنع إيجاب جديد وهو ما يسمى إيجاب مشترك الذي يكون محل مفاوضات.<sup>4</sup>

ويرى الخبراء في مهارات وإستراتيجيات التفاوض وفنون الحوار وأساليبه أن العرض الإفتتاحي في أي مفاوضة تجارية وإقتصادية، لا بد أن يكون مدروسا وقويا من حيث عناصره لأنه أكثر المراحل أهمية وينعكس على مدار المفاوضات برمتها.<sup>5</sup>

وكما قد تكون هذه الدعوة مقترنة بأسس التي يجري عليها التفاوض فيحدد له مثلا الهيكل العام لحقوق والتزامات الطرفين في العقد المزمع إبرامه، أي لا يكتفي أحد الطرفين بدعوة الآخر إلى التفاوض بصورة مجردة كما تتسم هذه الدعوة بدرجة من الوضوح.<sup>6</sup>

وتبدو أهمية تحديد أسس التفاوض في أن هذه الأسس تصلح من بعد سندا لتفسير العقد، كما أنها قد تكون دليلا على عدم سلامة الرضا من عيوب الغلط أو التدليس، كما أن الأسس عند الإتفاق عليها تصلح أن تكون

<sup>1</sup> مرزاقه معمري، المرجع السابق، ص20.

<sup>2</sup> عبد الواحد محمد، قادة بن شيحة محمد، المرجع السابق، ص14.

<sup>3</sup> مرزاقه معمري، مرجع سابق، ص20.

<sup>4</sup> عبد الواحد محمد، قادة بن شيحة محمد، المرجع السابق، ص15.

<sup>5</sup> مرزاقه معمري، مرجع سابق، ص20.

<sup>6</sup> يسري عوض الله، المرجع السابق، ص14.

كإطار أو خطة للمفاوضات، ومن ثم تبدو أهميتها في أنها تقوم قرينة عند نكول أحد الطرفين عن إلتزامه بالإستمرار في التفاوض.<sup>1</sup>

### ثانيا/ مرحلة سير المفاوضات

وفي هاته المرحلة يبدأ الطرفان في التفاوض الفعلي على العقد وذلك بعقد جلسات تفاوضية أو تبادل المكاتبات والإتصالات بغية بحث وتحديد شروط العقد المختلفة والتوصل إلى إتفاق نهائي.

وكما يخرج الطرفان من دائرة جس النبض وتقديم العروض والعروض المضادة إلى تحديد العناصر الرئيسية للتعاقد وكذا حقوق والتزامات أطراف التفاوض ليجعلهم عل بيينة ومعرفة تامة بطبيعة العقد والشخص المتعاقد معه.<sup>2</sup>

وتدور المفاوضات بين طرفي التعاقد في مجلس العقد للإتفاق على تفاصيل العقد والمراد إبرامه بينهما، وقد يأخذ إبرام العقد جلسة واحدة أو عدة جلسات لحين الإنتهاء من الإتفاق على كل التفاصيل اللازمة.

كما أنه في هذه المرحلة يتم وضع مشروع مقترح يطرح أثناء اللقاء المحدد مع الطرف الثاني، يسمى بمشروع الإتفاق، والذي فيه يتحدد ويتم إحترام الأهداف الرئيسية للمؤسسة ورعاية مصالحها مع إحترام وجهات نظر الطرف الثاني، عدا أن يقوم كل طرف بطرح مشروعه ومناقشة الأطراف هذه المشاريع فإنه من المحتمل الوصول إلى إتفاق بعد إجراء التغييرات أو التعديلات التي يرونها ضرورية، وقد تنتهي المفاوضات إلى عدم الإتفاق مما يؤدي إلى تأجيلها أو توقفها أو إنقطاعها.<sup>3</sup>

بعد إنتهاء الطرفان من مرحلة المفاوضات يقوم أحدهما بوضع صيغة نهائية للإيجاب وفقا لما تم التوصل إليه من حلول أثناء التفاوض كي يتم تصديره للطرف الآخر، وتعتبر هاته المرحلة أكثر تقدما في الطريق إلى العقد.<sup>4</sup>

<sup>1</sup> لسلوس حكيم، دور المفاوضات في إنجاح تنفيذ العقد التجاري الدولي، مذكرة لنيل شهادة الماستر، تخصص قانون الأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الجليلي بونعامة، خميس مليانة، 2018/2019، ص23.

<sup>2</sup> بلحاج العربي، مشكلات المرحلة السابقة عن التعاقد في القانون المدني الجزائري، دراسة مقارنة، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر، 2011، ص42.

<sup>3</sup> عبد الواحد محمد، قادة بن شيحة محمد، المرجع السابق، ص16.

<sup>4</sup> قندوسي سعاد، المرجع سابق، ص40.

## ثالثاً/ مرحلة إنتهاء المفاوضات

وهي المرحلة الأخيرة التي تنتهي فيها المفاوضات إما بالنجاح وإما بالفشل. ففي حالة الإتفاق فإنه يتم تحديد طرق تطبيق هذا الإتفاق، ويتم تحرير عقد الصفقة حيث يتم تسطير خطوات وشروط التنفيذ وواجبات وحقوق الأطراف المتعاقد، أما في حالة عدم الإتفاق فإن المؤسسة كما قلنا قد تؤجل المفاوضات إلى مرحلة لاحقة أو أن تبحث عن طرف آخر في محاولة للوصول إلى إتفاق معه.<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> عبد الواحد محمد، قادة بن شيحة محمد، المرجع السابق، ص16.

المبحث الثاني: الطبيعة القانونية للتفاوض في عقود الأعمال والإتفاقات المنظمة لها

بعد ما تم التطرق إلى مفهوم عام حول موضوع التفاوض لابد على أساسه من توضيح الطبيعة القانونية لعملية التفاوض في عقود الأعمال،<sup>1</sup> ويعتبر هذا العقد الإتفاق الأول الذي يتم إبرامه بين الطرفين من أجل الدخول في المفاوضات على عقد يراد إبرامه لاحقاً، ويسمى هذا الإتفاق الأولي عملياً بإتفاق التفاوض أو عقد التفاوض، والذي على أساسه يتم الدخول في مرحلة المفاوضات وكذا الإستمرار فيها، وذلك من أجل الوصول إلى مصالح مشتركة للأطراف والذي قد يأخذ منهم الكثير من الوقت والجهد والمال، لذلك إختلف الفقهاء حول الطبيعة القانونية للتفاوض<sup>2</sup> وهذا ما سوف يتم تناوله في (المطلب الأول) أما (المطلب الثاني) سوف يتم التطرق للإتفاقات التي تتخلل هذه المرحلة.

المطلب الأول: الطبيعة القانونية للتفاوض في عقود الأعمال

الفقه التقليدي لم يتناول الطبيعة القانونية لعملية التفاوض بل إكتفى بتبيان طبيعة المسؤولية المترتبة عنها ما إذا كانت تقصيرية أم عقدية، في حين أن الفقه الحديث بالإضافة إلى القضاء قد تم التفريق بين المفاوضات التي تكون مصحوبة بإتفاق صريح وتلك التي تكون غير مصحوبة بإتفاق صريح، في حين أن المشرع لم ينظم هذه النقطة بل إكتفى بالمبادئ العامة التي تحكم تصرفات الأطراف خلال مرحلة التفاوض بإرادة الطرفين.<sup>3</sup>

الفرع الأول: الطبيعة المادية

يعتبر التفاوض ذو طبيعة مرنة ومزدوجة يصعب التفرقة فيها كونها متغيرة ومتطورة وتختلف من عدة جوانب، فكل عملية تفاوض تختلف عن الأخرى بإختلاف العقد المراد إبرامه، وفكرة الطبيعة المادية تقوم على أساس أن التفاوض يعتبر واقعة مادية فقط وبذلك فهو مفرغ من أي قيمة قانونية،<sup>4</sup> وقد ذهب الفقهاء المعاصرين إلى التفريق بين المفاوضات التي تكون مصحوبة بإتفاق صريح والتي تعد ذات طبيعة عقدية وتلك التي لا تكون مصحوبة بإتفاق والتي تعتبر ذات طبيعة مادية حسب نظرهم، وتعد المفاوضات التي تتم دون إتفاق صريح بمثابة إتفاق ضمني بحيث أنه لا يوجد أي عقد ينظم عملية التفاوض ولا وجود لأي نص قانوني منظم

<sup>1</sup> عصمي مريم، عشور مريم، مرجع سابق، ص25.

<sup>2</sup> عبدو محمد، التفاوض على عقود الأعمال بين الطبيعة المادية والطبيعة العقدية وآثارها، مجلة البحوث الدراسات القانونية والسياسية، العدد الثالث عشر: جامعة البليدة2، بدون سنة، ص12.

<sup>3</sup> عصمي مريم، عشور مريم، مرجع سابق، ص25.

<sup>4</sup> سعدي سعدي توفيق، مرجع سابق، ص18.

لهذه العملية،<sup>1</sup> والمشرع الجزائري لم يهتم بمرحلة التفاوض رغم كل التعديلات التي عرفها القانون المدني وترك الأمر للقضاء للإهتمام بهذه المسألة والذي لا يزال يتعبر أن مرحلة التفاوض هي مجرد عمل مادي.<sup>2</sup>

أما تلك المفاوضات التي تكون مصحوبة باتفاق صريح من الطرفين تكون غالباً مكتوبة، بحيث يتم تنظيم العلاقة بين الأطراف المتفاوضة عن طريق عقد، وهذا الإتفاق يعمل على تنظيم العلاقة بين الأطراف المتفاوضة وذلك من خلال تنظيم الإتفاقيات التمهيدية التي تنظم مرحلة التفاوض،<sup>3</sup> وفي هذه الحالة تخرج عملية التفاوض من كونها مجرد علاقة أو عمل مادي لا يرتب أي آثار قانونية وتكتسي الطابع العقدي بحيث يصبح ملزم ومرتب للآثار القانونية بحيث تتحول المسؤولية فيه من مسؤولية تقصيرية إلى مسؤولية عقدية.<sup>4</sup>

يهدف الأطراف المتفاوضة من إبرام إتفاق التفاوض وذلك من أجل التأكيد على أن عملية المفاوضات تتم عن طريق إتفاق سابق بينهما،<sup>5</sup> كما أن الأطراف ملزمون بالتفاوض بحسن النية دون أن يكونوا ملزمين بإبرام العقد النهائي محل عملية التفاوض، وبذلك يكفل للأطراف الحق في العدول في المفاوضات.<sup>6</sup>

لقد إترف كل من الفقه الفرنسي وكذا المصري بالإتفاق الصريح على التفاوض وإعتبرانه إتفاق حقيقي مرتباً لإلتزامات على عاتق الأطراف وحالة الإخلال بها تترتب المسؤولية العقدية،<sup>7</sup> بحيث قضت محكمة النقض المصرية في قرار لها صادر سنة 1967 بأن " المفاوضات ليست إلا عملاً مادياً لا يترتب عنها آثار قانونية فكل طرف له الحرية في قطع المفاوضات دون تعرضه لأي مسؤولية أو تقديم تبرير على عدوله إلا إذا إقترن بهذا العدول خطأ تسبب بضرر للطرف الآخر، هنا تتحقق بموجبه المسؤولية التقصيرية ".<sup>8</sup>

<sup>1</sup> بوزوين محمد، أحكام التفاوض في عقود التجارة الدولية، مذكرة لنيل شهادة الماستر، تخصص القانون الدولي العام، قسم العلوم القانونية والإدارية، جامعة أبي بكر بالقائد، تلمسان، 2014/2015، ص15.

<sup>2</sup> عبدو محمد، المرجع السابق، ص16.

<sup>3</sup> المرجع نفسه، ص20.

<sup>4</sup> حمدي بارود، المبادئ التي تحكم التفاوض في العقود الدولية لنقل التكنولوجيا ومضمون الإلتزام بها "مبدأ حسن النية ومقتضياته"-، مجلة الجامعة الإسلامية، العدد الأول، جامعة الأزهر، 2007/5/23، صص844-845.

<sup>5</sup> مرجع نفسه، صفحة نفسها.

<sup>6</sup> تواتي نور الهدى، مرجع سابق، ص19.

<sup>7</sup> حمدي بارود، مرجع سابق، ص845.

<sup>8</sup> براهيمى فايزة، التزمات الأطراف في مرحلة السابقة للتعاقد، مذكرة لنيل شهادة الماجستير تخصص قانون العقود والمسؤولية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بالقائد، تلمسان، 2008/2009، ص35.

تعد هذه التفرقة خالية من أي أسانيد قانونية مما يجعل من المعيار مزدوج بين الإتفاقيين، وحسب رأي البعض يعد التفاوض ذو طبيعة عقدية دائماً كونه يقوم على إتفاق مسبق من الطرفين سواء كان هذا الإتفاق صريح أم ضمني، فهذا الإتفاق يقر بالبداً في التفاوض حول العقد المراد إبرامه لاحقاً،<sup>1</sup> لذا فإن فكرة الطبيعة المادية للتفاوض لا يمكن التسليم بها لمجافاتها للمفهوم القانوني الصحيح للتفاوض وذلك بالرجوع الى عدد من الأسانيد منها:<sup>2</sup>

**أولاً/** التفاوض يتم بالإتفاق بين المتفاوضين ولم يكن صدفة، فبمجرد دخول الأطراف التفاوض يكون قد خرجا من مرحلة اللقاءات التي تتم بالصدفة والتي تحكمها قواعد المسؤولية التقصيرية، فلا يعقل أن يجد الأطراف نفسيهما في عملية التفاوض مصادفتاً.<sup>3</sup>

**ثانياً/** كما أن التفاوض تصرف ثنائي لا يتم من جانب واحد فقط بل يتم عن طريق طرفين أو أكثر فالعقد لا يتحقق التفاوض عليه إلا بحدوث نوع من الإتصال بين أطرافه.<sup>4</sup>

**ثالثاً/** التفاوض على العقد عمل إرادي لا يكون فيه الإجبار أو الإكراه من أجل إحداث أثر قانوني معين والمتمثل في إبرام العقد.<sup>5</sup>

**رابعاً/** المتفاوضان يهدفان من وراء التفاوض العقدي إلى إحداث أثر قنوني معين وهو الوصول لإبرام العقد النهائي.<sup>6</sup>

إن الأطراف المتفاوضة تكون ملزمة في مرحلة التفاوض لإلتزام حقيقي، فبمجرد أن يدخل الأطراف في عملية التفاوض تقع على عاتقهما إلتزامات ولعل من أهمها الإلتزام بحسن النية ومقتضياته،<sup>7</sup> والتفاوض بحسن النية يعد من أهم الإلتزامات الملقاة على عاتق الأطراف في مرحلة الدخول في المفاوضات والذي يعد إلتزام تبادلي فيه

<sup>1</sup> حمدي بارود، مرجع سابق، ص 845.

<sup>2</sup> بوزوين محمد، مرجع سابق، ص 15.

<sup>3</sup> مرجع نفسه، صفحة نفسها.

<sup>4</sup> تواتي نور الهدى، مرجع نفسه، ص 19.

<sup>5</sup> بوزوين محمد، مرجع سابق، ص 15.

<sup>6</sup> سعدي سعدي توفيق، مرجع سابق، ص 19.

<sup>7</sup> عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الإلتزام بوجه عام- مصادر الإلتزام-، الجزء الأول المجلد الأول، الطبعة الثالثة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2000، ص 89.

طرفين دائن ومدين وكذا محل عملية التفاوض، وبموجبه يلتزم كل طرف إما بالقيام بعمل أو الإمتناع عن عمل وهو الحال أيضا لبقية الإلتزامات الأخرى التي تتفرع عنه، والتي تعد كلها ذات مصدر عقدي الناشئ باتفاق الأطراف والذي يعد من مصادر الإلتزام.<sup>1</sup>

وخلاصة القول فإن الإلتزام الذي يقع على عاتق الأطراف الناتجة عن عملية التفاوض يتفق مع كل من الواقع والمنطق لأن هاته الإلتزامات لم تكن في ذمة الأطراف قبل عملية التفاوض، ولولا إتفاقيهما على التفاوض سواء بطريقة صريحة أو ضمنية على دخول هذه العملية لما نشأت الإلتزامات في ذمتها.<sup>2</sup>

إن التفاوض ذو طبيعة مادية ومن ثم فهو عمل مادي غير ملزم يترتب على التسليم بذلك نتائج عملية غير مستصاعة تتمثل في:<sup>3</sup>

(1) في قيام المسؤولية التقصيرية على العدول عن التفاوض إذا ما إقترن ذلك العدول بخطأ مستقل عنه<sup>4</sup> وهذا مالا يمكن لنا التسليم به على إطلاقه، فيمكن أن تقوم المسؤولية دون وجود خطأ مثل قطع المفاوضات في آخر لحظة دون مبرر وهذا يعد خطأ في حد ذاته والذي يبرر قيام المسؤولية.<sup>5</sup>

(2) لا تقوم المسؤولية التقصيرية إلا إذا تم إثبات الخطأ التقصيري، وهذا يقع على عاتق الطرف المتضرر من قطع المفاوضات وذلك بإقامته الدليل على أن الطرف الآخر قام بخطأ تقصيري مصاحب لعدوله ومستقل عنه.<sup>6</sup>

(3) الأخذ بالمسؤولية التقصيرية في مرحلة التفاوض تجعل الأطراف ينفرون منها كونها تجعل من الطرف المسؤول ملتزما بتعويض الطرف المضرور عن ما أصابه من أضرار سواء كان الضرر متوقعا أو غير متوقع رغم أن الأطراف لا يزالون في مرحلة التفاوض إلا أن المسؤولية تكون جسيمة، ففي حالة لم يتم

<sup>1</sup> تواتي نور الهدى، مرجع سابق، ص 19.

<sup>2</sup> حمدي بارود، مرجع سابق، ص 846.

<sup>3</sup> تواتي نور الهدى، مرجع سابق، ص 19.

<sup>4</sup> مرجع نفسه، ص 20.

<sup>5</sup> حمدي بارود، مرجع سابق، ص 846.

<sup>6</sup> مرجع نفسه، ص 847.

إبرام العقد وقامت المسؤولية العقدية عن عدم التنفيذ هنا يكون الطرف ملتزم بالتعويض عن الضرر المباشر المتوقع فقط.<sup>1</sup>

### الفرع الثاني: الطبيعة العقدية

كلما أمكن إثبات وجود عقد يتطابق فيه إيجاب وقبول الأطراف المتفاوضة من أجل تنظيم عملية التفاوض وكذا تحديد الإلتزامات المنبثقة عن هذا العقد تتعدد المسؤولية العقدية، ولا يمكن تصور ذلك إلا عندما يتطرق الأطراف الى إبرام عقود الأعمال ذات أهمية بالغة ويكتسيها نوع من التعقيد، والتي قد ينبثق عنها مجموعة من العقود والتي من الصعب أن يتم إبرامها في أول وهلة، والأمر الذي يقتضي مرورها برحلة التفاوض والتي يغلب عليها طابع المشقة وتتطلب الكثير من النفقات المالية وكذا جهد ووقت طويل.<sup>2</sup>

يميل الفقه الحديث إلى القول بأن المفاوضات المصحوبة بإتفاق صريح على أنها مفاوضات ذات طبيعة عقدية، وهي تلك المفاوضات التي يتفق أطرافها مسبقا وبصفة صريحة على دخول عملية التفاوض وغالبا ما يكون هذا الإتفاق مكتوبا وبدون فيه تنظيم عملية التفاوض، وفي هذا الحالة تتحول عملية التفاوض من كونها مجرد عمل مادي إلى تصرف قانوني ملزم ومرتب لآثاره القانونية ومن ثم تتحول المسؤولية من مسؤولية تقصيرية إلى مسؤولية عقدية.<sup>3</sup>

بما أن التفاوض هو عمل أو إتفاق رضائي فإن البعض يرى بأن الإتفاق على التفاوض يستوي أن يكون صريح أو ضمنى وهذا وفقا للقواعد العامة، فقوام العقد فيه هو توافق إرادتي الأطراف وهذا يكفي قانونا لقيام العقد، وذلك بتبادل الأطراف التعبير عن إرادتهما عن طريق الإيجاب والقبول وأن يتم تطابق هاتين الإرادتين حتى ولو كان التعبير بصفة ضمنية، فمتى كان هناك تفاوض على العقد فالإتفاق يستشف من رغبتهما في الدخول في المفاوضات، وهذا الإتفاق هو من يحكم العلاقة التعاقدية لكن يلزم الأطراف فقط بالتفاوض بحسن النية لا الإلتزام بإبرام العقد النهائي محل عملية التفاوض، وبذلك فإن الطرفين لهم كامل الحرية في العدول والأمان في المفاوضات، وحتى في غياب الإتفاق الصريح في دخول عملية التفاوض فإن القانون ذاته يلزم الأطراف بالإستمرار في عملية التفاوض، ومن ذلك فإنه تم الإتفاق على أن التفاوض ذو طبيعة عقدية وليس

<sup>1</sup> حمدي بارود، مرجع سابق، ص 847.

<sup>2</sup> عبود محمد، مرجع سابق ص 20.

<sup>3</sup> سعدي سعدي توفيق، مرجع سابق، ص 19.

مجرد أعمال مادية كونها تتمخض عن تصرف قانوني ينشأ بين المتفاوضين يعد مصدر الإلتزامات الناشئة في مرحلة المفاوضات العقدية، وهذا العقد يعرف بعقد التفاوض والذي يعد مستقل عن العقد النهائي،<sup>1</sup> وبالتالي تكون المسؤولية المترتبة عن الإخلال بالإتفاق مسؤولية عقدية، ويرى بعض الفقه بأن إعتبار المفاوضات مجرد عمل مادي غير ملزم هي فكرة لا يمكن قبولها لأنها تتنافى مع مفهوم المفاوضات وتصطدم بالمنطق القانوني السليم،<sup>2</sup> ويستند هذا الرأي لعدة حقائق ومعطيات وهي:

**أولاً/** يعتبر التفاوض نشاط ثنائي قائم على التفاعل والإتصال بين الأطراف ولا يتحقق ذلك إلا من خلال الإتفاق المسبق، فالتفاوض ليس وليد الصدفة وإنما يكون عن طريق إتفاق مسبق بين الأطراف من أجل إبرام العقد النهائي، كما وإتجهت إرادة الأطراف إلى تحديد كل من مكان وزمان التفاوض وكذا كل ما سيتم التطرق إليه في التفاوض، ولهذا لا يمكن إعتبار أن هذه الأعمال هي مجرد نشاط مادي كون أن هذا الأخير يكون وليد الصدفة.<sup>3</sup>

**ثانياً/** المفاوضات ليست وسيلة لتضيق الوقت، بل يهدف أصحابها إلى إحداث أثر قانوني وهو إبرام العقد النهائي، لذلك فإن المتفاوض عن عرضه للتفاوض على الطرف الآخر يعتبر موجبا لعقد التفاوض، أما الطرف الآخر الذي وجه إليه العرض بمجرد دخوله في عملية التفاوض يعتبر قابلاً ضمناً لهذا الإتفاق.

**ثالثاً/** بمجرد دخول الأطراف في عملية التفاوض يعني هذا أن كلاهما أصبح دائن ومدين للطرف الآخر.<sup>4</sup> إذا فبمجرد توافق الإرادتين في دخول عملية التفاوض يكون الأطراف أمام عقد حتى ولو لم يصرحا بذلك وهذا العقد هو من يحكم العلاقة وهذا ما يجعل من عملية التفاوض ذات طبيعة عقدية، فالثابت في عقود الأعمال وخاصة عقود نقل التكنولوجيا تستغرق وقت وجهد كبير بالإضافة للفرص التي يمكن أن يضيعها الأطراف، إذا فإذا كانت مسألة قطع المفاوضات التي تكون خارج أي إلتزام عقدي يكتفي بالمسؤولية التقصيرية والتي لا تقدم ضمانات كافية لعملية التفاوض، ولكي تؤدي المفاوضات الغرض الذي يرجى منها من الجانب

<sup>1</sup> أم كلثوم صبيح محمد، المفاوضات الممهدة للتعاقد ماهيتها وأحكامها، دراسة مقارنة بين الواقع العملي والفرغ التشريعي، بحث مقال منشور في مجلة كلية الحقوق جامعة المستنصرية، بغداد، 2014، ص294.

<sup>2</sup> سعدي سعدي توفيق، مرجع سابق، ص20.

<sup>3</sup> أم كلثوم صبيح محمد، مرجع سابق، ص295.

<sup>4</sup> مرجع نفسه، صفحة نفسها.

الإقتصادي والقانوني بإعتبارها من الأدوات الأساسية لإبرام العقود فكان لابد من البحث عن علاقة قانونية تربط الأطراف المتفاوضة وهي عقد التفاوض.<sup>1</sup>

إذا فالتفاوض هو عمل عقدي وهو عملية حساسة لها ضوابط وعيوب وإجراءات وكذا مراحل، وكل مرحلة تتميز بوضع والتزامات خاصة بها، فيمكن أن تختلف طبيعة التفاوض في عملية تفاوضية واحدة قد يكون السبب إما مراحل عملية التفاوض أو إجراءاتها وإما لأسباب خارجية وهذا الأمر يغلب على عقود الأعمال، والقيام بالتفريق بين الطبيعة القانونية للتفاوض تجعل الأطراف يهتمون هذه المرحلة ولا يمكن إرساء قيمتها القانونية.<sup>2</sup>

### الفرع الثالث: موقف المشرع الجزائري من الطبيعة القانونية لعملية التفاوض

لقد إنقسم الفقه حول هذه المسألة إلى قسمين، فالقسم الأول ذهب إلى القول بأن الأطراف عند توقيعهم على العقد تعد كل الأعمال التي قاما بها في المرحلة السابقة على التعاقد كأنها لم تكن حتى وإن وجد تعارض بين ما تم الإتفاق عليه مسبقا وبين العقد النهائي فلا يعتد بذلك بالعبرة بالعقد النهائي، في حين ذهب الرأي إلى القول بأن عملية التفاوض يكتسبها الطابع العقدي وأعتبروا بأن العقود التي تسمح بتنفيذ العقد النهائي والتي تسبق مرحلة التعاقد هي بمثابة عقود حقيقية مرتبة للأثار القانونية وخاصة إذا إنصرفت إرادة الأطراف إلى إبرام العقد النهائي.<sup>3</sup>

لم يحرك المشرع الجزائري ساكنا من أجل تنظيم عملية التفاوض، فقد أغفل تنظيم الحماية القانونية للأطراف في المرحلة السابقة على التعاقد وترك مسألة تنظيم هذا الأمر للقضاء الذي لا يزال ينظر إلى عملية التفاوض على أنها عمل لا يرتب أي آثار قانونية، فالمشرع الجزائري حاله حال كل التشريعات العربية لا يزال يعمل بمجال التفاوض وفق ما تقتضيه القواعد العامة ضمن مقتضيات مبدأ حسن النية،<sup>4</sup> لكن هذا الأمر لا يعني بأن المشرع الجزائري قام بإهمال مرحلة ما قبل التعاقد إهمالا تاما فقد نظم في بعض نصوصه بعض من

<sup>1</sup> تواتي نور الهدى، مرجع سابق، ص20.

<sup>2</sup> مرجع نفسه، صص21/20.

<sup>3</sup> رابحي أمال، المسؤولية في مرحلة ما قبل التعاقد، مذكرة مقدمة ضمن متطلبات نيل شهادة الماستر في الحقوق تخصص قانون أعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الجيلالي بونعامة، خميس مليانة، 2020/2019، ص24.

<sup>4</sup> مرجع نفسه، ص25.

صوره كالوعد بالتعاقد،<sup>1</sup> والذي يعد بمثابة عقد يلتزم بمقتضاه أحد الأطراف أو كلاهما بإبرام العقد الذي تم الوعد به في المستقبل، إذا ما قدم الموعد له رغبته في الموافقة الى التعاقد في الآجال المحددة.<sup>2</sup>

### المطلب الثاني: الإتفاقات المنظمة لعملية التفاوض

إن المفاوضات التعاقدية في بعض جوانبها لم تعد مجرد مناقشات وتبادل للآراء من أجل الوصل لإبرام العقد النهائي، بل أصبحت محل تنظيم إتفاقي وذلك لضخامة المشاريع وكذا الوقت والجهد الذي تأخذه وكذلك المخاطر التي تحيط به، فظهرت عدة أشكال للتفاوض أو ما سميت بالإتفاقات المتعلقة بالمفاوضات قبل التعاقدية، ولقد تعددت تسميات هذه الإتفاقات وتعددت دراساتها ولم تستقر التشريعات الحديثة في تنظيمها وتوحيد أحكامها، ويمكن تقسيم هذه الإتفاقات حسب بعض الفقه إلى مجموعتين،<sup>3</sup> المجموعة الأولى تضم المستندات أو الإتفاقات التي لا ترتب إلتزامات ( الفرع الأول)، أما المجموعة الثانية تضم الإتفاقات التي ترتب إلتزامات (الفرع الثاني)، وهذا ما سندرسه في هذا المطلب.

### الفرع الأول: الإتفاقات المجردة من الطابع العقدي

يقوم الأطراف في عملية التفاوض بإستعمال مجموعة من الإتفاقات من أجل تبادل المقترحات وذلك من أجل تحديد مضمون العقد المراد إبرامه ويكون ذلك ضمن عقود تمهيدية،<sup>4</sup> والتي تجمع بينها خصائص عديدة تتلخص في كونها إتفاقات مبدئية، فلا يمكن أن تتوافق مصطلحات هذه العقود مع مصطلح العقد النهائي، وعلى الرغم أن هذه الإتفاقات لا ترتب إلتزامات إلا أن هذا لا ينفي أهميتها القانونية، فكل إتفاق من هذه الإتفاقات له

<sup>1</sup> عبد الواحد محمد، قادة بن شيحة محمد، المجمع السابق، ص26.

<sup>2</sup> رابحي أمال، مرجع سابق، ص26.

<sup>3</sup> بناسي شوقي، القيمة القانونية للإتفاقات المتعلقة بالمفاوضات قبل التعاقدية، مجلة البحوث في العقود وقانون الأعمال، عدد 04 جامعة الجزائر 1، 2021/12/20، ص84.

<sup>4</sup> حداح سهيلة، الإطار القانوني للفترة ما قبل التعاقد، مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون، تخصص القانون الخاص الشامل كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2013/2012، ص16.

أهميته في بلورة عملية التفاوض والتعريف بها،<sup>1</sup> وتتمثل هذه الإتفاقات في البروتوكول الإتفاقي، التعهد الشرفي<sup>2</sup> أو الأدبي ورسائل النية.

## أولاً/ الإتفاق الشرفي أو الأدبي

### (1) تعريف الإتفاق الشرفي أو الأدبي

وهو أن يفصح الشخص عن إرادته في الإلتزام أدبياً وأخلاقياً، فكل الخطابات التي تكتسي طابع الإلتزام بأي أمر قبل الغير تكون متعلقة بهذه التعهدات، وفي حالة إفتقد الخطاب لطابع الإلتزام تكون له صفة التوصية ويقصد بها الإخبار الوصفي للموصي عليه فهي لا ترقى للطابع الإلزامي، وهذه التعهدات عادة ما يلجأ إليها في العقود أو الإتفاقيات الكبيرة،<sup>3</sup> ولكن بالرغم من أن هذه الإتفاقات تكون خارج الإطار القانوني لكن هذا الأمر لا يعني أن الأطراف غير ملزمين بها، ولكن الهدف منها قيام الأطراف بإسناد إتفاقهما إلى مرجع آخر غير القانون، وبذلك يتعهد كل طرف بشرفه بتنفيذ الإلتزام.<sup>4</sup>

<sup>1</sup> بونينة عزيز، دحة سفيان، دور المفاوضات في تحسين عقود التجارة الدولية-دراسة حلة ملبنة الحضنة بالمسيبة-، مذكرة مقدمة ضمن متطلبات ميل شهادة ماستر أكاديمي، تخصص مالية وتجارة دولية، كلية العلوم الإقتصادية والتجارية وعلوم التسيير، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، 2010/2011، صص60/59.

<sup>2</sup> الإلتزام بالشرف هو مصطلح إنجليزي (Agreement Gentlemen's)، يندرج ضمن الإلتزامات الأخلاقية المستندة لمبدأ الشرف وحسن المية في التعامل والتي تقتضضي الوفاء بالعهد وهذا التعهد يكون معلق على إرادة الطرف ولا يكون ملزم قانوناً بالإلتزام به .

<sup>3</sup> بلحاج العربي، الإطار القانوني للمرحلة السابقة على إبرام العقود في ضوء القانون المدني الجزائري- دراسة مقارنة-، دار وائل للنشر، الجزائر، 2010، ص102.

<sup>4</sup> لغواطي مصطفى أمين، بليمان يونس، الإطار القانوني للمرحلة السابقة للتعاقد، مذكرة مكملة لنيل شهادة الماستر في الحقوق تخصص قانون خاص معق، معهد العلوم الإقتصادية والتجارية وعلوم التسيير، المركز الجامعي بالحاج بوشعيب، عين تموشنت 2016/2017، ص32.

## (2) القيمة القانونية للتعهدات الشرف

إعتبر بعض الفقه والقضاء هذه التعهدات بمثابة أعمال مجاملات لا ترتب أي إلتزامات فهي مجردة من الطابع الإلزامي، فهي أعمال أخلاقية وأدبية محضة وبذلك فهي تخرج من حيز قانون العقود والإلتزامات<sup>1</sup> ولمعرفة القيمة القانونية لابد من التعرّيج لبعض المواقف القانونية وكذا القضائية.

## أ/ موقف الفقه والقضاء في فرنسا

ذهب الفقه والقضاء الفرنسي إلى القول بأن التعهد الشرفي في غير المعاملات التي تقتضي المجاملة قد يترتب آثار قانونية، كون أن الشخص المتعهد يكون ملزماً بتنفيذ ما تعهد به وإلا عد مسؤولاً، ولكن لا بد من أن تكون عبارات التعهد واضحة يمكن من خلالها إثبات النية إلى التعهد، وقد أقرت المحكمة الفرنسية في قرارات حديثة لها في قضية نفقة الزوج على زوجته بعد الطلاق كون أن الزوج تعهد بذلك وهو تعهد يتمخض عن إلتزام قانوني، وإعتبرت أن مضمون الإلتزام واضح كون أن نية الإلتزام مساوية تماماً للتحمل بالإلتزام.<sup>2</sup>

وقد ذهب الفقه وفق هذا المنطلق بأن التعهد هو صنو لفكرة إلزام الشخص نفسه بأمر قبل الغير، كما يفرض قدراً معقولاً من التحديد لمحل الإلتزام يوفر قواماً متميزاً، وعلى ذلك فإن هذا التعهد له صفة التصرف القانوني المنشئ للإلتزام.<sup>3</sup>

## ب/ موقف القانون والقضاء الإنجليزي

يعتبر هذا التعهد ملزماً قانوناً حسب كل من الفقه والقضاء الإنجليزي إذا صيغ بعبارات وألفاظ محددة وواضحة مما يدخل في نطاق العقد مما يترتب عليه من مسؤولية المتعهد بتنفيذ تعهده، ولكن كأصل فإن هذا التعهد ليس له أي قيمة من الناحية القانونية لأن طابع المخاطرة غائب في هذا الإلتزام ولم يتم الأخذ بهذا المبدأ في القضاء الإنجليزي من خلال عدة تطبيقات قضائية.<sup>4</sup>

<sup>1</sup> لغواطي مصطفى أمين، بليمانى يونس، مرجع سابق، ص32.

<sup>2</sup> بلحاج العربي، الإطار القانوني للمرحلة السابقة على إبرام العقود في ضوء القانون المدني الجزائري، مرجع سابق، ص103.

<sup>3</sup> مرجع نفسه، ص104.

<sup>4</sup> لغواطي مصطفى أمين، بليمانى يونس، مرجع سابق، صص33/32.

## ثانياً/ البروتوكول الإتفاقي

يدل هذا المصطلح على العديد من الإتفاقيات التمهيدية السابقة لمرحلة العقد النهائي كعقود التوريد مثلا وهو مصطلح شائع بين التجار والشركات التجارية، فهذا النوع من العقود تمر المفاوضات فيها بمرحلتين المرحلة الأولى يغلب فيها الطابع الإقتصادي، أما المرحلة الثانية ذات طابع قانوني، فهو يعمل على صيانة الشروط الأساسية للعقد فهو من العقود الملزمة للجانبين.<sup>1</sup>

## (1) تعريف البروتوكول الإتفاقي

تعرف البروتوكولات الإتفاقية<sup>2</sup> على أنها "محررات يكتفي فيها الطرفان المتفاوضان بتسجيل إتفاقيتهما على الإطار العام للعقد النهائي دون النظر إلى الشروط التي تترجم هذا الإطار إلى حقوق وإلتزامات أو غيرها من الشروط المكتملة".<sup>3</sup>

وقد إستخدم هذا المصطلح في مجالات عدة للدلالة على أنواع من الإتفاقيات، ففي قانون العمل مثلا أستخدم مصطلح البروتوكول الإتفاقي في هذا المجال دلالة على تلك الإتفاقيات المبدئية التي يتم التوصل إليها في القضايا العمالة السابقة على التوقيع على إتفاق جماعي ملزم، ولهذا دلالة على عدم وجود إلتزامات ثابتة في هذه المرحلة، ولا يكون هناك أي إلتزامات إلا بعد التوقيع على الإتفاق الجماعي وإعتماده من طرف جهة مختصة.<sup>4</sup>

<sup>1</sup> تواتي أحمد نور الهدى، المرجع السابق، ص27.

<sup>2</sup> إختلف الفقه في تعريف البروتوكول الإتفاقي وتحديد طبيعته القانونية، إلا أن مصدره لا يثير أي جدل حيث أنه نشأ في أحضان القانون العام إنطلاقا من القانون الدبلوماسي وصولا الى القانون الإداري، ليستقر في أحكام القانون الخاص وخاصة في التعاملات التجارية.

<sup>3</sup> مرازقة معمر، المرجع السابق، ص26.

<sup>4</sup> مجاجي سعاد، خطابات النوايا كوسيلة قانونية لتأمين تنفيذ الإلتزامات- دراسة تأصيلية تحليلية مقارنة- مذكرة تخرج لنيل شهادة ماجستير في القانون الخاص تخصص قانون مسؤولية المهنيين، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بمر بالفايد، تلمسان 2012/2011، ص28.

## (2) التمييز بين البروتوكول الإتفاقي وخطاب النوايا

نظرا لتداخل عناصر البروتوكول الإتفاقي بعناصر خطاب النوايا حاول العديد من الفقهاء التمييز بينهما<sup>1</sup> ويتميز البروتوكول الإتفاقي عن خطاب النوايا بمعياريين، المعيار الأول هو معيار الهدف أو المعيار الكمي بحيث يضم هذا الإتفاق أغلب عناصر العقد النهائي إلا تلك التي تتعلق بتنفيذه وشروطه الجزئية، لذلك يتم الإتفاق عليه في المرحلة السابقة في التفاوض، أما المعيار الثاني فهو المعيار الشكلي، بحيث يكون هذا البروتوكول في شكل نموذجي ويوقع عليه من قبل الأطراف في وقت واحد، ومن أهم العقود التي يتم التفاوض فيها من خلال إتفاقات مرحلية عقد نقل التكنولوجيا وعقود التوريد البيانات.<sup>2</sup>

## (3) القيمة القانونية لإتفاقات البروتوكولية

يرى بعض الفقه بأن هذا الإتفاق هو إتفاق حقيقي له آثاره القانونية مثله مثل باقي العقود، وفي حالة الإخلال به تترتب عليه المسؤولية العقدية وذلك في حالة العدول عن التفاوض أو المسائل الجوهرية المتفق عليها، ويرى آخرون بأن هذا النوع من الإتفاقات لا ترقى إلى مرتبة العقد فهي مجرد إتفاق على التفاوض في شكل عقد، وبذلك تكون المسؤولية في حالة الخطأ هنا مسؤولية تقصيرية.<sup>3</sup>

## ثالثا/ رسائل النية

إختلف الفقه حول التسمية كل حسب الزاوية التي ينظر إليها لمضمون هذه الرسائل وكذا الغرض الذي أصدرت لأجله،<sup>4</sup> ومصطلح رسائل النية يشمل عدة إتفاقات والتي يتم تبادلها من أحد الأطراف في مرحلة التفاوض التي تسبق إبرام العقد النهائي، وقد ظهرت رسائل النية في نطاق فكرة المستندات قبل التعاقدية والهدف من هذه الرسائل هو التأكيد على حسن نية الأطراف في إنجاح العملية التعاقدية، وذلك مما تبعثه من طمئينة في نفس الطرف الآخر بجدية الطرف الآخر في إتمام العقد، ورسائل النية عدة أنواع منها ما يتضمن

<sup>1</sup> عبد القادر العرعاري، الطبيعة القانونية للاتفاقات التمهيدية التي تسبق إبرام العقود النهائية-دراسة مقارنة-، المؤتمر الخامس عشر للهيئات الشرعية للمؤسسات المالية الإسلامية، الرباط، بدون سنة، ص70.

<sup>2</sup> مرزاقه معمري، مرجع سابق، صص26/27.

<sup>3</sup> المرجع نفسه، ص33.

<sup>4</sup> بوزورين محمد، مرجع سابق، ص19.

رسائل من أجل البدء في المفاوضات، ومنها ما هي رسائل تتضمن تحديد النقاط التي تم الإتفاق عليها ومنها ما يتضمن الإنعقاد بصفة نهائية.<sup>1</sup>

وتعتبر هذه الرسائل أعمال إنفرادية إرادية تتميز بأنها تخلو من أي قيمة قانونية ملزمة من الجانب القانوني ولا ترتب أي التزام.<sup>2</sup>

### الفرع الثاني: الإتفاقات التي تستند إلى عقد

إن عملية المفاوضات تقوم على أساس الأخذ والعطاء بين المتفاوضين وذلك من أجل تقريب وجهات النظر بينهما عن طريق تبادل المقترحات والآراء، فيقوم كل طرف من تقديم تنازلات وتعديلات من جانبه للوصول إلى حالة من التوازن بين مصالحه ومصالح الطرف الآخر، وهذه المرحلة في أغلب الأحيان ينتج عنها عدة وثائق ومستندات تصب في عدة قوالب يسجل فيها ما تم التوصل إليه في تلك المرحلة، وكل مرحلة يمر بها الأطراف تثبت بمستند،<sup>3</sup> وعادة ما يلجأ الأطراف إلى هذا النوع من المستندات من أجل تأمين عملية التفاوض، لأن كل طرف منهم يجد نفسه أما عاملين، عامل أمن المفاوضات الذي يقضي شعور كل طرف بالأمن في تلك المرحلة، وعامل حرية المفاوضات والذي يعني الإنسحاب من المفاوضات في أي وقت، ومن أجل التوفيق بين العاملين لابد من وضع عملية التفاوض في شكل عقود تمهيدية<sup>4</sup> وهذا ما سيتم التطرق إليه في هذا الفرع.

### أولاً/ خطاب النوايا

خطاب النوايا من المفاهيم السائدة في الساحة الدولية وهذا المصطلح يكتسيه بعض اللبس مما يستدعي التطرق إلى تعريفه أولاً ثم التطرق لباقي عناصره.<sup>5</sup>

<sup>1</sup> بوذينة عزيز، دحة سفيان، مرجع سابق، ص 60.

<sup>2</sup> مرزاقة معمري، مرجع سابق، ص 20.

<sup>3</sup> لغواطي مصطفى أمين، بليمان يونس، المرجع السابق، ص 28.

<sup>4</sup> بوزورين محمد، مرجع سابق، ص 20.

<sup>5</sup> إسلام الدين بعلول، المرجع السابق، ص 18.

## (1) تعريف خطاب النوايا

لهذا الإتفاق عدة مسميات نذكر منها "خطاب التفاهم، أو البروتوكول" لكن مصطلح خطاب النوايا يبقى المصطلح الأكثر تداولاً في عالم الأعمال، وفي غياب وجود تعريف جامع مانع لهذا الاتفاق سوف نأخذ بعض تعاريف الفقهاء.<sup>1</sup>

هناك من عرفه على أنه " إتفاق مبدئي يتم التوصل إليه قبل إبرام العقد النهائي يتعلق بتنظيم عملية التفاوض"، وهناك من عرفه " هو كل وثيقة مكتوبة قبل العقد النهائي، تعكس الإتفاقات أو الفهم المبدئي لطرف أو أكثر من أطراف التعاقد التجاري بغية الدخول في عقد مستقبلي"، وعرف أيضا بأنه " هو مستند يرغب الأطراف من خلاله الحصول على إمتياز تجاري، أو إئتمان دولي، أو إلتزام العميل بضمانات فنية أو تقنية أو عدم التفاوض مع أي مورد آخر وغيرها".<sup>2</sup>

## (2) صور خطاب النوايا

لخطاب النوايا أربعة صور وهي كالآتي:

- خطاب يدل على رغبة الأطراف في التعاقد مع تحديد كل العناصر الأساسية التي تم إقتراحها من طرفهم، وبعد ذلك يتم مناقشة تلك المقترحات وتحديد تاريخ ومكان عملية التفاوض وكذا تحديد الإلتزامات التي تتخلل هذه المرحلة،<sup>3</sup> ومثال ذلك الحصول على موافقة جهة حكومية أو مجلس إدارة الشركة الطرف في التعاقد وغير ذلك.<sup>4</sup>
- يعتبر هذا الإتفاق من المستندات المعاصرة لعملية المفاوضات في حال ما إذا كان يتضمن تفاصيل المعاملة محل العقد، كالإتفاق على شرط معين أو إشمال الخطاب على العناصر الأساسية للعقد المراد إبرامه.<sup>5</sup>

<sup>1</sup> لغواطي مصطفى أمين، بليمان يونس، مرجع السابق، ص 28.

<sup>2</sup> مرجع نفسه، ص 29.

<sup>3</sup> دحداح سهيلة، مرجع سابق، ص 17.

<sup>4</sup> لغواطي مصطفى، المرجع السابق، ص 36.

<sup>5</sup> دحداح سهيلة، مرجع سابق، ص 18.

- هذا الخطاب يتضمن ضمان أو تأمين أو كفالة.<sup>1</sup>
- هذا الخطاب يتم الإثبات فيه ما تم التوصل إليه من قبل الأطراف في هذه المرحلة وفي حالة إنعقاده تكون ضمن الأعمال التحضيرية.<sup>2</sup>

### 3) القيمة القانونية لخطاب النوايا

يعتمد في الأساس لتحديد القيمة القانونية لخطاب النوايا أسلوب صياغتها والألفاظ التي تم إستخدامها، لذلك فقد تعددت التكييفات لهذا الإتفاق وذلك بتعدد الأنواع والصور.<sup>3</sup>

#### أ/الوضع في القانون الفرنسي

في القانون الفرنسي لوجود لنص يقضي بأن خطاب النوايا له قوة ملزمة بإعتباره عقد، إذا الأصل أنها لا ترتب أي مسؤولية عقدية لكل من الطرفين، لكن في حالة ما إذا تم النص في هذا الخطاب على بعض النقاط الأساسية الخاصة بلعقد النهائي تترتب المسؤولية العقدية إذا تم الإخلال بما تم النص عليه.<sup>4</sup>

وقد إعترف القضاء الفرنسي بالمسؤولية العقدية في حالة ثبت وجود نية لدى الأطراف في وجود عقد من العقود في مرحلة التفاوض، كما أشار أيضا إلى أن الخطابات الموجهة يمكن مسائلة مرسلها تقصيرا مع تعويض الطرف الآخر على الأضرار التي لحقت وذلك بسبب إدلائه لمعلومات بعثت الثقة في نفسه.<sup>5</sup>

#### ب/الوضع في القانون الجزائري

لم يبدي المشرع الجزائري إهتماما بالمرحلة السابقة على إبرام العقد وخاصة خطاب النوايا، بحيث إكتفى بتنظيم المرحل التالية لإبرام العقد، هذا وإن المشرع رغم تلك التعديلات التي أدخلها على القانون المدني في القانون رقم 10/05 المؤرخ في 20/06/2005 والقانون 05/07 المؤرخ في 13/05/2007 لم يهتم بمرحلة

<sup>1</sup> دحداح سهيلة، مرجع سابق، ص 18.

<sup>2</sup> مرجع نفسه، صفحة نفسها.

<sup>3</sup> يسري عوض عبد الله، المرجع السابق، ص 151.

<sup>4</sup> علي أحمد صالح، المفاوضات في العقود التجارية الدولية، الطبعة الأولى، دار هومة للنشر والتوزيع، الجزائر، 2012 ص 343.

<sup>5</sup> بالحاج العربي، الإطار القانوني للمرحلة السابقة على إبرام العقد في ضوء القانون المدني الجزائري، مرجع سابق، ص 100.

المفاوضات، وترك كل ما يخص هذه المرحلة للقضاء الذي لا زال يعتبر مرحلة المفاوضات مجرد عمل مادي لا ينشئ أي التزام إذا لا تتقرر في حق الطرف المقصر سوى المسؤولية التقصيرية.<sup>1</sup>

رغم نص المشرع على بعض صور المرحلة التمهيدية للعقد كالوعد بالتعاقد والتعاقد بالعربون وغيرها والتي عادة ما يلحقها إبرام العقد النهائي إلا أن العبرة تبقى بالبند المنصوص عليها في العقد حتى ولو كانت مخالفة لتلك الشروط المنصوص عليها في العقد التمهيدي، وقد إستقر إجتهد المحكمة العليا أن للقاضي السلطة التقديرية في تفسير المحررات بحسب نية الأطراف مستندا على وقائع الدعوى وظروفها، ومهما يكن فإن خطاب النوايا بالنظر لمضمونه يبقى خاليا من الطابع العقدي يبقى مجرد دعوة للتعاقد أو بدء المفاوضات، ولا بد للأطراف عند صياغة هذا الخطاب بإستعمال عبارات صريحة تعبر على الطابع الغير ملزم لكي لا تكون سببا موضوعيا أو سندا قانونيا لمقتضياتهم بعد ذلك.<sup>2</sup>

### ثانيا/ عقد الإطار

عادة ما يهدف الأطراف في العقود ذات الأهمية الإقتصادية إلى وضع المفاوضات ضمن عقود أو إتفاقيات تمهيدية من أجل تسهيل هذه المرحلة وخاصة في عقود التوريد والعقود التي تحمل سلسلة من العقود في طياتها فيتم الإتفاق على عقد الإطار من أجل تنظيم كل الشروط الأساسية التي على أساسها يتم إبرام العقد النهائي وهو ما يسمى بالعقود اللاحقة.<sup>3</sup>

### (1) تعريف عقد الإطار

عقد الإطار<sup>4</sup> هو ذلك الإتفاق الذي به يتم تجديد مميزات العامة للعلاقة التعاقدية بين الأطراف حول العقد المراد إبرامه أو هو ذلك الإتفاق الذي يؤطر به العلاقة التعاقدية المستقبلية، ويسمى هذا العقد في الحياة العملية

<sup>1</sup> مجاجي سعاد، المرجع السابق، صص 40/39.

<sup>2</sup> مرجع نفسه، صص 41/40.

<sup>3</sup> على أحمد صالح، المرجع السابق، ص 412.

<sup>4</sup> إن جذور هذا العقد الأولى تعود الى سنوات العشرينات من القرن الماضي، عندما ميزت محكمة باريس في قرار لها المؤرخ في 4 يناير 1929 بين العقد القاعدي وعقود البيع التالية له، ولكن مصطلح « contrats d'applicatuion » لم يستعمل إلا في سنوات الستينيات في قرار بتاريخ 26 يناير 1966 صادر من محكمة باريس.

بعقد التطبيق، وقد تم تعريفه عل أنه " هو ذلك العقد الذي يحدد الشروط الرئيسية التي يلتزم الطرفان بإتباعهما فيما يبرمانه في عقود لاحقة".<sup>1</sup>

ولقد تم تعريفه في ق م ف في مادته 1111 في تعديله سنة 2006 على أنه " عقد الإطار هو توافق بمقتضاه تتفق الأطراف على الخصائص العامة لعلاقتهم العقدية المستقبلية، وتحدد عقود التطبيق كيفية التنفيذ".<sup>2</sup>

إن عقد الإطار هو عقد مستقل وهو من عقود التطبيق التي يتم إبرامها لاحق، وهو عقد ممهّد للعقد التطبيقي اللاحق فهو عقد تمهيدي من أجل التحضير لقيام عقود التطبيق وهو مستقل عنها، لذلك لا يكفي الإتفاق على عقد الإطار من أجل قيام عقود التطبيق فلا بد من أن يتفق الطرفان على كل العقود المراد إبرامها وعقد الإطار هو عقد حقيقي ولذلك يستوجب لإنعقاده توافر كل الشروط اللازمة لإبرام العقد.<sup>3</sup>

## (2) أهداف ومميزات عقد الإطار

يهدف عقد الإطار إلى تيسير عملية إبرام وتنفيذ العقود المطبقة أو المنفذة أو عند الحاجة إلى إبرامها فليس من الضروري أن يتم التطرق لكافة العناصر الأساسية للعقد التطبيقي الوارد مباشرة على السلعة مثلا وذلك نظرا لصعوبة تحديدها، لكن هذا الأمر لا يمنع من التطرق للعناصر الجوهرية للعقد التطبيقية أو التنفيذية ويتم إبرامه من من قبل أطرافه متى رغبوا بذلك.<sup>4</sup>

لابد من التعرّيج على أن الوعد بالتعاقد المشار إليه في ق م ج في مادتيه 71 و 72 ليس نفسه عقد الإطار، وإنما هذا الأخير إتفاق مميز ينعقد بإتفاق الطرفان عليه إتفاقا مستقبليا، ولكن الوعد بالتعاقد يتم عند علم الموعود له وحده عن رغبته في الوقت المحدد على قبوله التعاقد، وتميز إتفاق الإطار عن غيره من العقود التمهيديّة وخاصة عقد التفاوض كون يتضمن الشروط الرئيسية التي على أساسها يتم إبرام عقود التطبيق أو التنفيذ، والذي قد ينصب في بعض الأحيان على عناصر شكلية لهذه العقود أو يتضمن عناصر لها علاقة

<sup>1</sup> بوزينة عزيز، دحة سفيان، مرجع سابق، ص 62.

<sup>2</sup> بناسي شوقي، المرجع السابق، ص 87.

<sup>3</sup> سعدي سعدي توفيق، المرجع السابق، ص 25.

<sup>4</sup> لغواطي مصطفى أمين، بليمان يونس، مرجع سابق، ص 34.

بمضمون العقد أو بعض بنود خاصة بالعقود المستقبلية، وبما أن عقد الإطار يخضع للقواعد العامة من حيث شروطها "رضا، محل وسبب" إلا أنه وبفعل تعدد وظائفه وأهدافه يصعب الإحاطة بكافة موضوعه.<sup>1</sup>

### (3) آثار عقد الإطار

تتجلى آثار عقد الإطار كونه يحدد موضوع علاقات الأطراف المستقبلية، وكذا ضبط القواعد العامة التي تحكمها والتمثلة في خلق إلتزامات إيجابية<sup>2</sup> المتعلقة بإبرام العقود التطبيقية مثل وضع نماذج لطلبات التعاقد وتحديد أوقات تقديمها وتحديد كفيات الإعلام بقبولها،<sup>3</sup> وإما خلق إلتزامات سلبية<sup>4</sup> مثل الشروط التي تلزم أحد الطرفين بقصد تعامله في سلعة أو الخدمة على الطرف الآخر،<sup>5</sup> كما يتضمن أيضا عقد الإطار بنود في طياته ذات طابع جزائي واجبة الأعمال على الطرف المخل بالإلتزام التي ينشئه عقد الإطار، كما قد يتضمن عقد الإطار بند من أجل الإلغاء الحكمي في حالة عدم تنفيذ الإلتزامات.<sup>6</sup>

### ثالثا/ عقد التفاوض

تقوم عملية التفاوض في الأساس دون وجود إتفاق مسبق، إلا أن الأطراف قد يلجؤون إلى إبرام إتفاقات يحددون بموجبها إلتزامات كل منهم وكل ذلك ضمن ما يسمى بالإتفاق بحسن النية،<sup>7</sup> وعادة ما يلجأ الأطراف إلى إبرام هذا النوع من العقود عند دخول عملية المفاوضات وذلك خوفا منهم من ضياع حقوقهم نتيجة لغياب تنظيم قانوني لهذه المرحلة، لذلك يتم إبرام هذا العقد من أجل وجود سند ينظم هذه المرحلة.<sup>8</sup>

<sup>1</sup> بلحاج العربي، الإطار القانوني للمرحلة السابقة على إبرام العقد في ضوء القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص108.

<sup>2</sup> مرجع نفسه، صفحة نفسها.

<sup>3</sup> لغواطي مصطفى أمين، بليمانى يونس، مرجع سابق، ص35.

<sup>4</sup> بلحاج العربي، الإطار القانوني للمرحلة السابقة على إبرام العقد في ضوء القانون المدني، مرجع سابق، ص108.

<sup>5</sup> لغواطي مصطفى أمين، بليمانى يونس، مرجع سابق، ص35.

<sup>6</sup> بلحاج العربي، الإطار القانوني للمرحلة السابقة على إبرام العقد في ضوء القانون المدني، مرجع سابق، صص108-109.

<sup>7</sup> براهمي فايزة، مرجع سابق، ص37.

<sup>8</sup> إدريموش مونية، مرحلة ما قبل العاقد، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر في القانون، تخصص القانون الخاص الداخلي، كلية

الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2015/2014، ص24.

**(1) تعريف عقد التفاوض**

إن معظم العقود تتسم بالبساطة كونها تتعقد بمجرد تطابق الإيجاب والقبول دون الحاجة لمدة فاصلة بينهما من أجل التفاوض، لذلك لم تتطرق القوانين الوضعية لعقد التفاوض كون أن الظروف الإقتصادية لم تساعد للكشف عن أهمية هذه العقود، لذلك أعتبر عقد التفاوض من العقود الحديثة لذلك لا بد من التطرق أولاً لتعريفه.<sup>1</sup>

يعتبر عقد التفاوض تصرف إرادي قانوني الهدف منه هو ترتيب آثار قانونية، ولا يمكن الإلمام بتعريف إتفاق المبدأ إلا من خلال مجالاته التي يتم إستخدامه فيها، ويوجه التعريف في هذا المقام إلى أحد المفهومين أو كلاهما معاً، أولهما هو مفهوم الإتفاق على الهدف أي قبول الأطراف لمبدأ التعاقد في غياب الإتفاق على العناصر الجوهرية للعقد بما يعنيه إلترام الأطراف بصفة متبادلة بالسعي للإتفاق على هذه العناصر من أجل الوصول للعقد النهائي، ويرى بعض الفقه بأن هذا الإتفاق هو عقد بموجبه يلتزم الأطراف في مواجهة بعضهم البعض بالتفاوض حول العقد الذي ينويان إبرامه والذي لو تحدد شروطه بعد، أو هو ذلك العقد الذي يهدف من خلاله كل طرف إلزام الطرف الآخر بالبدء في المفاوضات وكذا الإستمرار فيها، أما المفهوم الثاني هو مفهوم الإتفاق على مشروع للعقد بكل متطلباته وصولاً لنقطة الإلتقاء بين إرادة الطرفين.<sup>2</sup>

وقد تم تعريف هذا الإتفاق من طرف محكمة التحكيم بغرفة التجارة الدولية على أنه " عقد بمقتضاه يتعهد طرفاه بالتفاوض أو بمتابعة التفاوض من أجل التوصل إلى إبرام عقد معين لم يحدد موضوعه إلا بشكل جزئي لا يكفي في جميع الأحوال لانعقاده".<sup>3</sup>

**(2) شروط صحة عقد التفاوض**

عقد التفاوض لا بد أن تتوفر فيه شروط صحة التراضي أي لا بد من توافر أهلية الأداء، وأن تكون الإرادة خالية من العيوب من أجل أن تكون عملية التفاوض صحيحة، كون أن عملية التفاوض الهدف منها إحداث آثار قانونية، فإذا كان كل طرف في عملية التفاوض أهلاً لهذه العملية وكانت إرادته سليمة إنعقد العقد، ويترتب عن

<sup>1</sup> براهيمي فايزة، مرجع سابق، ص 38.

<sup>2</sup> مرجع نفسه، صص 40/38.

<sup>3</sup> إدرنموش مونية، مرجع سابق، ص 25.

هذا عدم إلزام الأطراف بإبرام العقد النهائي بل يلزمهم فقط بالتفاوض، وقد يرد هذا العقد بصفة مستقلة على شكل شرط متضمن في عقد آخر وهذا النوع نجده في المجالين الصناعي والتجاري.<sup>1</sup>

من أبرز التطبيقات القضائية القاضية بإتفاق التفاوض هو ما صدر عن محكمة النقض الفرنسية سنة 1958 في قضية معروضة أمامها ضد شركة رونو للسيارات، بحيث تم الإعلان وبصفة صريحة على وجود إتفاق التفاوض بين العامل والشركة رغم عدم وجود تصريح بهذا الإتفاق، إلا أنه تم استخلاصه من خطابات الشركة الموجهة للعامل الذي قدم طلب للعودة، وقد تم تأكيد ذلك من طرف العميد كاربونييه في أحد تعليقاته على قرار المحكمة بعبارة "من يرضى بالمبدأ عليه أن يرضى بالنتائج التي تترتب عليه، وإلا كان منتصلا من المبدأ".<sup>2</sup>

<sup>1</sup> تواتي نور الهدى، مرجع سابق، ص 29/28.

<sup>2</sup> مجاجي سعاد، المرجع السابق، ص 49/48.

## خلاصة الفصل الأول

تعتبر مرحلة المفاوضات مرحلة ضرورية ومهمة في حياة عقود الأعمال، وذلك لأهميتها في هذه المرحلة فعملية التفاوض تم فالمفاوضات تم إعتبارها مرحلة يتبادل فيها الأطراف وجهات النظر حول موضوع تجاري ولكن لا يخفى أنه ومع التطور الإلكتروني الواقع في حياتنا أصبح يمكن للمتفاوضين الدخول في المفاوضات عن طريق وسائل إلكترونية وهو تطور عرفه التفاوض، و من خلال هذا التعريف قد يصطدم مصطلح التفاوض مع مصطلحات أخرى الأمر الذي يقتضي تمييزه عن غيره من المصطلحات التي تتقارب وإياها في بعض النقاط وعدم الخلط بينهم لأن كل مرحلة تتميز بخصائصها وبما يميزها عن غيرها، وبما أن مرحلة التفاوض تقتضي مرورها بشروط طويل الأمر الذي يدفع هذه المرحلة بالمرور بعدة نجد أن بمراحل من يوم إنعقاد مرحلة التفاوض إلى حين إنتهائها، والهدف من هاته المرحلة هو صعوبة عقود الأعمال وضخامتها مما تستلزم العناية الجيدة بإبرام هاته العقود، وتكمن هذه المرحلة في مرور العقد بمرحلة التفاوض.

وبالرجوع إلى القيمة القانونية للتفاوض نجد أن الفقه قد إختلف حول هذه الأخيرة فكل منهم ينظر إليها من زاوية محددة، فمنهم من يقر بأن المفاوضات ذات طبيعة مادية لا ترتب أي آثار قانونية، وهناك من يرى بأن التفاوض ذو طبيعة عقدية ومن ثم فإنه يرتب آثار قانونية يقع بموجبها جملة من الإلتزامات على عاتق الأفراد وهذه المرحلة تستلزم الوقوف عند عدة محطات تستوجب إبرام مجموعة من العقود منها ماهي ذات أهمية والتي تعد ذات طبيعة عقدية ومنها ماهي عديمة القيمة، إلا أنهما في حد سواء لهما القيمة بحيث تعد واجبة الإحترام مكن قبل كلا الطرفين.



الفصل الثاني  
الأثار المترتبة في التفاوض

الفصل الثاني: الآثار المترتبة في التفاوض

عند قيام الأطراف بالتفاوض حول العقد من حيث شروطه فإن هذه المرحلة تفرض على الأطراف جملة من الإلتزامات واجبة الإحترام في جميع مراحل عملية التفاوض كمرحلة سابقة على إبرام العقد والتي تعتبر جوهر عملية التفاوض لضمان جديتها وتعزيز الثقة بين الأطراف من أجل الوصول إلى إبرام عقد نهائي، وتقتضي هذه العملية أن تكون إرادة الأطراف متتورة بكل ما يتعلق بهذه المرحلة من أجل أن يحصل كل طرف على كل المعلومات التي من شأنها أن تحدد قرار إبرام العقد من عدمه، وبمجرد قيام أحد الأطراف بدعوة الطرف الثاني للتفاوض يفرض جملة من الإلتزامات وهي القيام بعملية التفاوض والإستمرار فيها، ويتعبر مبدأ حسن النية أساس الإلتزامات التي تقع على عاتق الأطراف في مرحلة التفاوض والذي يكسب هذه المرحلة نوع من الشفافية والنزاهة في التعامل من أجل الوصول الى عقد صحيح لا يشوبه أي عيب.

الأصل أن حرية الأطراف تكتسي مرحلة التفاوض والتي تكمن في حرية الطرف في الدخول في المفاوضات من عدمه ولا يتعرض للمساءلة إلا إذا سبب ضرر للطرف الآخر، وفي هذه الحالة تقوم المسؤولية وفقا لما تقتضيه المسؤولية التقصيرية متى توافرت شروطه وهذا وفقا لأغلب التشريعات المقارنة، لكن نظرا للتطور الذي شهدته الإتفاقيات المبرمة خلال عملية التفاوض والتي يجد فيها الأطراف أنفسهم أمام عقود تسبق العقد النهائي والتي بدورها تضع على عاتق الأطراف إلتزامات لها طبيعة خاصة مما جعل مسألة تحديد المسؤولية تثير جدل فقهي وقضائي في ما إذا كانت المسؤولية المترتبة مسؤولية عقدية أم تقصيرية.

ومن خلال هذا سوف نحاول أن ندرس في هذا الفصل كل من الإلتزامات التي تفرض على الأطراف خلال مرحلة التفاوض في (المبحث الأول)، كما سوف نبين في (المبحث الثاني) نوع المسؤولية الملقاة على عاتق الأطراف وما يترتب عنها من جزاء.

المبحث الأول: إلتزامات الأطراف المتفاوضة

من أجل إبرام عقود الأعمال والوصول إلى إبرام العقد النهائي تسبق هذه المرحلة مجموعة من المراحل أو ما يسمى بمرحلة التفاوض العقدي، ومتى كانت هذه المرحلة صحيحة مستوفية لكافة شروطها يقع بموجبها على الأفراد جملة من الإلتزامات، منها ماهي إلتزامات رئيسية والتي تتمثل في الإلتزام بالتفاوض وكذا الإلتزام بحسن النية، ومنها ما هو إلتزامات فرعية والتي تختلف بحسب إرادة الأطراف وكذا بإختلاف العقد المراد إبرامه، وذلك من أجل ضمان جدية مرحلة التفاوض وعدم إستخدامها لتحقيق أغراض تتنافى مع العقد المراد إبرامه.

ومن هذا المنطلق سوف نقسم مبحثنا هذا الى مطلبين أساسيين بحيث سوف نتطرق في (المطلب الأول) الإلتزامات الأساسية في مرحلة التفاوض، أما (المطلب الثاني) سنتطرق فيه الى الإلتزامات الفرعية أو الثانوية في مرحلة التفاوض.

المطلب الأول: الإلتزامات الأساسية في مرحلة التفاوض

الأصل أن مرحلة التفاوض تخضع لإرادة الأطراف في الدخول فيها من عدمه، ففي حالة لم تتفق إرادة الأطراف يمكن فض هذه المرحلة والإسحاب منها، لكن هذه الحرية قد تعطي للأطراف إحساس عدم الأمان كون أن هذه المرحلة قد تنتهي في أي وقت، وكون أن المعاملات التجارية تقتضي الخضوع لمبدأ إستقرار المعاملات فلا بد على كل طرف أن يلتزم بالدخول في المفاوضات العقدية وكذا الإستمرار فيها بغض النظر إذا إنتهى الأمر بإبرام العقد النهائي أم لا، فبمجرد إنهاء الطرف لكافة مراحل التفاوض يعتبر كأنه قام بالإلتزامه.<sup>1</sup>

وعلى هذا الأساس سوف نقوم بتقسيم مطلبنا إلى فرعين، بحيث خصصنا (الفرع الأول) للإلتزام بالتفاوض، أما فيما يخص (الفرع الثاني) خصصناه للإلتزام بالتفاوض بحسن النية.

<sup>1</sup> بوطبالة معمر، المرجع السابق، ص 66.

الفرع الأول: الإلتزام بالتفاوض

يعتبر هذا الإلتزام من أهم الإلتزامات التي تقع على عاتق الأطراف بمجرد إتفاقيهما على التفاوض وفي حالة إخلالهما بهذا الإلتزام أو تخلفه يعتبر كأنه غير موجود، وفي حالة ما إذا وجد شرط في العقد يعفي أحد الأطراف من هذا الإلتزام أو كلاهما يعد الإتفاق باطل.<sup>1</sup>

وإذا إتفق الأطراف على الدخول في مرحلة التفاوض من أجل الوصول في النهاية لإبرام عقد نهائي فإن هذه المرحلة تحمل شقين، الشق الأول يتمثل في البدء في المفاوضات في الوقت الذي تم تحديده ووفقاً لما تقتضيه هذه المرحلة، أما الشق الثاني فيتمثل في الإستمرار في التفاوض<sup>2</sup> وهذا ما سوف يتم التطرق إليه في هذا الفرع.

أولاً/ الإلتزام بالبدء في التفاوض

ويقصد بهذا الإلتزام بداية تلاقي المتفاوضين من أجل إتخاذ الإجراءات اللازمة لإفتتاح المفاوضات ويتم فيه إجراء المناقشات والحوارات وتبادل المقترحات التي ترتبط بالعقد الذي يسعى الأطراف إلى الوصول إليه، ويتخلل هذا الإلتزام تحديد كل من مكان وزمان المفاوضات، وعلى من تقع أعباء نفقات الدراسات الأولية التي يمكن أن تجرى خلال هذه المرحلة.<sup>3</sup>

ويقع هذا الإلتزام على عاتق كل من الطرفين فهو إلتزام تبادلي، فكل طرف عليه الحضور للمفاوضات في المكان والزمان المحددين، ويمكن أن يقع هذا الإلتزام على عاتق طرف دون الآخر، تكون هنا بمثابة دعوة للتفاوض وتقديم المقترحات أو عرض الدراسات التي يقوم عقد التفاوض على أساسها.<sup>4</sup> وعادة ما يتفق الأطراف على من يقع الإلتزام بالبدء في المفاوضات وفي حلة عدم وجود إتفاق فإن كل طرف ملتزم بها في آجال معقولة.<sup>5</sup>

<sup>1</sup> نوري عائشة، صوادقي محمد نجيب، عقد التفاوض، مذكرة لنيل شهادة الماستر تخصص قانون أعمال، طلبة الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الجيلالي بونعامة، خميس مليانة، 2019/2018، ص 64.

<sup>2</sup> عبد المجيد قادري، مراد عمران، إلتزامات الأطراف في المرحلة السابقة للتعاقد، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، العدد 02، 2019، ص 785.

<sup>3</sup> يسري عوض عيد الله، المرجع السابق، ص 183/182.

<sup>4</sup> أحمد بن فهد بن حمين، المرجع السابق، ص 373.

<sup>5</sup> نوري عائشة، صوادقي محمد نجيب، مرجع سابق، ص 65.

وقد تناولت محكمة النقض الفرنسية سنة 1992 أبرز الأحكام القضائية التي تناولت موضع البدء في المفاوضات، ومفاد القضية هو قيام مندوب شركة التأمين بالإستقالة من منصبه وفور قيامه بذلك قامت الشركة بتعيين شخص آخر مكانه دون السماح له بإقتراح شخص ما ليشغل منصبه، وقد قضت محكمة الموضوع بأن شركة التأمين أخطأت وأضاعت الفرصة للمندوب بالقيام بفتح مفاوضات وإقتراح شخص ما من أجل أن يخلفه وقد أيدت محكمة النقض ما جاء في حكم محكمة الموضوع.<sup>1</sup>

ويقع على الأطراف بمجرد دخول دائرة التفاوض جملة من الإلتزامات وذلك بمراعاة أصول التفاوض التي يقتضيها هذا الإلتزام وإلا عد مسؤولاً عن الإخلال بهذا الإلتزام.<sup>2</sup>

ويعتبر الإلتزام بالبدء في المفاوضات هو الإلتزام بتحقيق نتيجة وذلك أن الطرف المدين به ملزم بتحقيق هذه النتيجة والتي تتمثل في البدء في التفاوض، وإذا إمتنع المدين عن القيام بهذا الإلتزام تقوم عليه المسؤولية العقدية ولا يمكنه التملص من هذه المسؤولية كونه ملزم بتحقيق نتيجة لا بذل عناية.<sup>3</sup>

وتظهر أهمية إعتبار الإلتزام بالبدء في المفاوضات بإلتزام بتحقيق نتيجة على مستوى إثبات الخطأ عند إثبات أركان المسؤولية، فيكفي تخلف الطرف عن البدء في المفاوضات في الميعاد المحدد لتحقيق المسؤولية العقدية.<sup>4</sup>

### ثانيا/ الإلتزام بالإستمرار بالتفاوض

إن مرحلة السير في المفاوضات تعني نشوء حالة واقعية يجب الإعتداد بها وقوامها أن كل طرف بعث في نفس الطرف الآخر الثقة بأن هذه المرحلة سوف تنتهي بإبرام العقد النهائي متى سارت أمور التفاوض على أحسن وجه، وهذه الثقة تزداد كلما تقدمت مرحلة التفاوض وعلى أساس هذه الثقة يتكبد الأطراف نفقات وجهد من أجل الإعداد للعقد النهائي، وفي حالة ما إذا كان أحد الأطراف سيء النية في دخول التفاوض والحق ضررا بالطرف الآخر فللطرف المتضرر الحق في اللجوء الى القضاء من أجل جبر الضرر الذي لحق به، وقد أرسى مبادئ اليونيدورا أن أصل التفاوض هو إرادة الأطراف ففي حالة

<sup>1</sup> JOANNA SCHMIDT-SZALEWSKI:La période précontractuelle en droit français. Rev. Internationale de droit comparé.N.02. 1990. P 558.

<sup>2</sup> يسري عوض عيد الله، مرجع سابق، ص183.

<sup>3</sup> عبد المجيد قادري، مراد عمرانى، مرجع سابق، ص787.

<sup>4</sup> مرزقة معمري، المرجع السابق، ص38.

إنتهت عملية التفاوض بعد الإتفاق لا يسأل الأطراف على ذلك إلا في حالة ما إذا كان التفاوض بسوء نية.<sup>1</sup>

ويعتبر قطع المفاوضات قطعاً تعسفياً دون وجود مبرر جدي يعد إخلالاً بالتزام الإستمرار في التفاوض مما يترتب المسؤولية على الطرف الذي قطع التفاوض، فالطرفين ملزمين بالقيام بكل الجهود التي من شأنها إزالة كل الصعوبات التي يمكن أن تعترض هذه المرحلة ومن ضرورياتها عدم تضيق الخناق على الطرف الآخر، ولا يجب إنتهاج أسلوب الإلجاء دون المبادرة بأدنى محاولة للتنازل فهذه التصرفات تؤدي الى عدم الإتفاق.<sup>2</sup>

ومن أبرز ما أثار الجدل حول حالة قطع المفاوضات بطريقة تعسفية بحيث يتم تفاوض الأطراف حول شروط العقد ثم يقوم أحد الأطراف بتعليق رغبته على التفاوض على تنازلات أخرى الحادثة التي جمعت كل من الإتحاد السوفياتي والولايات المتحدة حول صفقة شراء القمح، بحيث تقدم الإتحاد السوفياتي بطلب إلى الولايات المتحد الأمريكية من أجل صفقة خاصة بالقمح، وذلك من أجل سد العجز في إنتاج محصول القمح نتيجة الأضرار التي مست هذا المحصول خلال مرحلة ما في شمال روسيا وذلك مقابل مبلغ ممتاز، لكن رغم ذلك إنتهج الطرف الآخر إستراتيجية مشددة من أجل إجبار الطرف الروسي أن يتم التعامل بالذهب بدل الأموال النقدية، وكان الهدف من ذلك هو إستنزاف رصيد الذهب لدى روسيا وبالمقابل تقويته لدى الولايات المتحدة كما قامت هذه الأخيرة بإدراج نص للحصول على صفقة أخرى متعلقة بالبترول بسعر أدنى لكن المفاوضات باءت بالفشل.<sup>3</sup>

وبما أن حالة الإستمرار في المفاوضات حالة تقتضي بالضرورة أن يبذل كل طرف جهد وكذا تكلفه هذه المرحلة أعباء مالية فإن حالة عدم الجدية في نية أحد الأطراف أو تم اللجوء إلى هذه العملية من أجل القيام بدعاية، فهذا الأمر يؤدي بالضرورة الى إلحاق الأضرار بالطرف الآخر الذي لا بد من إنصافه، ولكن القضاء وفق في هذا الصدد بين إعتبارين من أجل عدم التعسف في إستعمال هذه الميزة فالإعتبار

<sup>1</sup> يسري عوض عيد الله، مرجع سابق، صص 184/183.

<sup>2</sup> عبد المجيد قادري، مراد عمراني، مرجع سابق، صص 788.

<sup>3</sup> بوطبالة معمر، المرجع السابق، ص 72.

الأول هو حماية الطرف الذي وضع ثقته بالطرف الآخر الذي لجأ للتفاوض، أما الإعتبار الثاني فجاء لحماية حماية الطرف الآخر من عدم إجباره على إبرام العقد النهائي تحت أي ضغط.<sup>1</sup> إلا أنه من الناحية القضائية فقد تم تغليب الرأي الثاني وذلك تأثراً بمبدأ سلطان الإرادة والحرية التعاقدية، إلا أنه في بداية التفاوض على كل الطرف التيقن أولاً بأن هذه العملية غير ملزمة ومن المتوقع أن الطرف الآخر لا يلتزم بها، إلا أنه وبالنظر لخصوصية المعاملات التجارية كان لابد من ملاحقة الأطراف المخلة بهذا الإلتزام وذلك من أجل إلزامهم بالتعويض عن القطع التعسفي للمفاوضات، وعلى هذا الأساس فقد إتجهت المحاكم الفرنسية إلى القول بأن في حالة الإنسحاب من مرحلة التفاوض بعد مضي مدة يعد بمثابة قطعاً تعسفياً للتفاوض، إلا أن المسألة هنا تبقى مسألة بذل عناية لا تحقيقي نتيجة أي إبرام العقد النهائي.<sup>2</sup>

وعموماً ففي حالة لم يتم إحترام هذا الإلتزام تقوم المسؤولية المدنية، فهذا الإلتزام يزداد شدة كلما قطعت مرحلة التفاوض شوطاً كبيراً وكان لابد من نجاح العملية، بحيث كان لابد على الطرف مواصلة التفاوض وإذا عدل عنه عد مخطأ وقامت المسؤولية المدنية، كما أن الفقه إتجه إلى القول بأن حتى وفي غياب هذا الإلتزام في العقد فقد ذهب إلى التسليم بالحماية القانونية للمرحلة القبل العقدية وذلك تماشياً مع نبدأ حسن النية.<sup>3</sup>

### الفرع الثاني: الإلتزام بحسن نية

الأصل في المفاوضات العقدية أنها مفاوضات مجردة لكن يمكن للأطراف إدراج هذا العمل ضمن عقود من أجل تنظيمها، ومن هذا يخرج الإلتزام بالتفاوض كونه عمل مادي ليدخل ضمن التصرفات القانونية وهذا الإلتزام يوجب على الأطراف القيام به بحسن نية.<sup>4</sup>

<sup>1</sup> بن أحمد الحاج، القانون المدني الجزائري ومرحلة المفاوضات العقدي، مجلة القانون والعلوم السياسية، العدد الثاني، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الطاهر مولاي، سعيدة، 2015، ص 22.

<sup>2</sup> مرجع نفسه، صص 23/22.

<sup>3</sup> رابحي أمال، المرجع السابق، ص 59.

<sup>4</sup> إدرنموش مونية، المرجع السابق، ص 41.

إن مبدأ حسن النية يلعب دور مهم في مجال العقود سواء في المرحلة السابقة على العقد أو في مرحلة تنفيذه وهذا ما أشار إليه المشرع الجزائري في نص المادة 107 من القانون المدني.<sup>1</sup>

ويعتبر جوهر المفاوضات وسبب نجاحها الإلتزام بالتفاوض بحسن نية، فلا بد أن يتحلى الأطراف المتفاوضة بالصدق في التعامل وهذا المبدأ تأخذ به معظم القوانين، لذلك وجب أن يلتزم الأطراف بحسن النية إتجاه الطرف الآخر، وأن يتفادى إقاعه في الضرر بسوء نية أو عن إهمال منه، فالهدف من الإهتمام بمبدأ حسن النية هو تحقيق حد أدنى من العدالة في العلاقات الإقتصادية لذلك إستوجب الإهتمام بالنيات والمقاصد في التصرفات وكذا تحقيق إستقرار المعاملات.<sup>2</sup>

وقد ذهب في هذا الصدد جانب من الفقه إلى إعتبار أن من أهم عناصر الإلتزام الأساسي بالتفاوض الناشئ عن عقد التفاوض، الإلتزام بحسن النية وشرف المعاملة، وإذا كان عقد التفاوض كغيره من العقود يحكمه مبدأ سلطان الإرادة وقاعدة العقد شريعة المتعاقدين، إلا أن هذا الإلتزام والمتمثل في التعامل بحسن النية وشرف التعامل يعتبر كقيد عليهما.<sup>3</sup>

#### أولاً/ مفهوم حسن النية

إن تعريف مبدأ حسن النية<sup>4</sup> يبدو صعباً لإفتقاره على الدقة والوضوح وصعوبة التحكم في الحالات التي تندمج في هذا المعنى، وفكرة حسن النية هي فكرة تختلط فيها الأخلاق مع القانون فهي نقطة إتصال بينهما وهذا ما يجعل تحديد تعريفها بالأمر الصعب، فوحدة القياس في القانون تختلف عن وحدة القياس في الأخلاق، ففي القانون مفهوم حسن النية يختلف حسب التصرف القانوني، فمثلاً في مرحلة تنفيذ العقد نجد أن حسن النية يعني الأمان والإستقامة.<sup>5</sup>

<sup>1</sup> الأمر رقم 58-75 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975 المتضمن القانون المدني المعدل و المتمم.

<sup>2</sup> عبد المجيد قادري، مراد عمرانني، مرجع سابق، ص 788.

<sup>3</sup> بوطباله معمر، مرجع سابق، ص 74.

<sup>4</sup> إعتد هذا المبدأ كمصدر للقواعد القانونية عند مشأة القانون الروماني، وجاء من أجل إعطاء القاضي القدرة على التدخل من أجل فرض إلتزامات تعاقدية على الأطراف المتعاقدة ن أجل الحصول على توازن تعاقدية.

<sup>5</sup> على أحمد صالح، المرجع السابق، صص 391/392.

لذلك سوف نقوم بإعطاء بعض التعريفات الفقهية لمبدأ حسن النية:

يقصد بحسن النية إدراج وإعمال مبادئ الصدق والصراحة والأمانة وعدم الغش والكذب والتقيد بالنزاهة في أي تعرف أو إجراء يقوم به الأطراف المتعاقدة، ولقد أشار فقهاء الرومان إلى قاعدة هامة مفادها "الغش يفسد كل شيء"<sup>1</sup>

حسن النية هو إمتناع الشخص عن القيام بأي سلوك من شأنه أن يعرقل أو يحرم الطرف الآخر من المزايا المشروعة التي رتبها الإلتزام لصالحه.<sup>2</sup>

وعرفه آخرون على أنه عبارة عن سلوك قويم يتصف بالمعقولية والعدالة والإنصاف والأمانة في التصرف، وهناك من عرفه بأنه المبدأ الذي يقضي غياب الأضرار والتصرف وفقا لسلوكيات المعقولة المقررة طبقا لأعراف السائدة.<sup>3</sup>

والإلتزام بحسن النية في سير المفاوضات هو إلتزام مفروض ضمنا دون الحاجة للنص عليه في العقد صراحة، وهذا الإلتزام يبقى قائما طيلة مرحلة التفاوض إضافة للإلتزام بالإعتدال والإستقامة المفروض في هذه المرحلة من أجل الوصول الى إبرام العقد النهائي.<sup>4</sup>

وتكمن أهمية مبدأ حسن النية عند خبير القانون المقارن فيما يلي:

- في حالة عدم التوازن العقدي بين أطراف العلاقة التعاقدية تمكن الطرف الآخر من توقي الخسائر التي تصيبه.
- فرض معايير النزاهة والأمانة في العلاقة التعاقدية من أجل ضمان التوازن العقدي.
- الحد من استخدام الشروط التعسفية.
- تعطي للقاضي الحق في التدخل من أجل تعديل الإلتزامات من أجل تحقيق التوازن العقدي من أجل إستقرار العلاقة.<sup>5</sup>

<sup>1</sup> بلحاج العربي، الإطار القانوني للمرحلة السابقة على إبرام العقد في ضوء القانون المدني الجزائري، المرجع السابق ص67.

<sup>2</sup> على أحمد صالح، المرجع السابق، ص 393.

<sup>3</sup> نائلة أوصيف، سهام شناح، المفاوضات في عقود التجارة الدولية، مذكرة مقدمة ضمن متطلبات نيل شهادة الماستر تخصص قانون أعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، 2019-2020، ص 40.

<sup>4</sup> مرازقة معمري، المرجع السابق، ص41.

<sup>5</sup> المرجع نفسه، صص 78/79.

ثانيا/ مكانة الإلتزام بحسن النية

المشروع الجزائري في نص المادة 107 من القانون المدني نص على مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود لكن جانب من الفقه ذهب إلى القول أن المشروع خلال نصه في المادة 107 على حسن النية أشار ضمنيا لمبدأ حسن النية في جميع مراحل العقد.<sup>1</sup>

(1) موقف المشروع الفرنسي

في القانون الفرنسي مبدأ حسن النية يقتصر فقط على مرحلة تنفيذ العقد فقط، وحسب ما جاء في نص المادة 3/1134 من ق م ف فلا وجود لنص يقضي بمبدأ حسن النية في مرحلة التفاوض، وقد أيد القضاء الفرنسي هذا الرأي، وقد ذهب جانب من الفقه الفرنسي إلى الإعتراف بمبدأ حسن النية في إبرام العقد يفرض أن يكون هذا المبدأ منذ الدخول في مرحلة التفاوض، وقد حسم المشروع الفرنسي هذا الأمر بتعديله للقانون المدني في 2016 في المادة 1104 حيث إعتبر أن هذا المبدأ لا بد أن يكون في كافة مراحل العقد.<sup>2</sup>

(2) موقف اتفاقية فيينا 1980 للبيع الدولي لبضائع

إن الإتفاقيات الدولية المتعلقة بتنظيم العقود التجارية الدولية لم يتم النص فيها صراحة على إحترام هذا المبدأ في المفاوضات لكن إشارة إليه في بعض أحكامها مثل ما تم النص عليه في إتفاقية فيينا للبيع الدولي للبضائع 1980 والتي جاءت لتؤكد إحترام مبدأ حسن النية في مادتها 7 فقرة 1، وهذه الضرورة تم النص عليها كذلك في مبادئ اليونيدروا للعقود التجارية الدولية 1994 والتي نصت على ضرورة إحترام هذا المبدأ من كل الأطراف.<sup>3</sup>

ثالثا/ دور حسن النية في العلاقات التعاقدية

يعتبر مبدأ سلطان الإرادة أساس مبدأ الحرية التعاقدية، فالأطراف لهم الحرية في تحديد مضمون العقد وكذا مضمون الحقوق والإلتزامات التي تترتب عن العقد كل حسب إحتياجاته وإلتزاماته، ولكن هذه الحرية لا تكون مطلقة كونها تؤدي إلى إختلال المراكز القانونية، ومن هنا تأتي ضرورة الأخذ بمبدأ حسن

<sup>1</sup> بلحاج العربي، الإطار القانوني للمرحلة السابقة على إبرام العقد في ضوء القانون المدني الجزائري، المرجع السابق ص144.

<sup>2</sup> عبد المجيد قادري، مراد عمرانني، المرجع السابق، ص 791.

<sup>3</sup> نائلة أوصيف، سهام شناح، مرجع سابق، ص 44.

النية في التعامل والتي تعطي للقاضي القدرة على التدخل من أجل فرض التزامات معينة، في هذا الصدد ذهب الفقيه الإنجليزي روبرت سامر إلى القول " مبدأ حسن النية يلعب دوراً أساسياً في تمكين القاضي الوطني من مراقبة وضممان تحقيق العدالة التعاقدية عن طريق الحفاظ على حالة التوازن العقدي بين طرفي العقد من خلال افتراض نزاهة العلاقة التعاقدية وضممان إحترام كل متعاقد لمصالح وحقوق الطرف الآخر<sup>1</sup>.

#### رابعاً/ موقف بعض القوانين والإتفاقيات الدولية من مبدأ حسن النية

إن الإتفاقيات الدولية المنظمة للمعاملات التجارية الدولية حاولت أن تتجاوز القصور التشريعي في مرحلة التفاوض خاصاً فيما يخص فرض مبدأ حسن النية في هذه المرحلة، ومن أبرز ما جاء من إتفاقيات إتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولي للبضائع 1980، ومبادئ توحيد قواعد القانون الدولي الخاص بروما.

#### (1) مبدأ حسن النية في القانون الفرنسي

بالرغم من إهتمام المشرع الفرنسي بالمرحلة السابقة على التعاقد وبالأخص مبدأ حسن النية<sup>2</sup>، إلا أن هذا الأخير لم يضع تعريفاً لهذا المبدأ مكتفياً بالقاعدة الرومانية القائلة بأن " الإتفاقيات لا ترتب التزامات" إلا أن واضعو القانون الجديد إعتبروا أن لمبدأ حسن النية مفهوماً أساسياً في العقد<sup>3</sup>.

#### (2) إتفاقية فيينا للبيع الدولي للبضائع

نصت إتفاقية فيينا للبيع الدولي للبضائع على مبدأ حسن النية في مادتها 7 فقرة 1 وهذه المادة أثارة جدلاً ما بين واضعي هذه الإتفاقية حول الدور الذي يلعبه مبدأ حسن النية في مرحلة التفاوض، وقد ذهب جانب من الفقه والأحكام القضائية على إعتبار أن مبدأ حسن النية التي نصت عليه الإتفاقية يختص

<sup>1</sup> بوطبالة معمر، مرجع سابق، ص 78.

<sup>2</sup> مبدأ حسن النية في القانون الفرنسي هو مبدأ قديم، وقد مر هذا المبدأ بمرحلتين مرحلة القانون القديم، حيث متأثراً القانون الفرنسي بالقانون الروماني، ومرحلة القانون الحديث الذي جاء متأثراً بنظرية القانون الطبيعي.

<sup>3</sup> بوكلو كنز، بوطرنخ فضة، مدأ حسن النية في إبرام وتنفيذ العقود، مذكرة مكملة لنيل شهادة الماستر في القانون تخصص قانون أعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد الصديق بن يحيى، جيجل، 2018/2017 صص13/12.

بقواعد التفسير فقط، ولا يلعب سوى دور محدود وليس له قيمة حتى أنه لا يفرض التزامات على الأطراف.<sup>1</sup>

وقد ذهب بعض الأحكام القضائية إلى نفس السياق في تفسيرها لنص المادة، وهذا ما ذهبت إليه محكمة التحكيم التي شكلت وفقا لقواعد غرفة التجارة الدولية<sup>2</sup> حول قضية معروضة أمامها حول عقد توزيع معدات صناعية ألمانية الصنع المبرمة بين شركتين، الطرف الألماني يكون البائع أما الطرف الآخر وهو المشتري يعد طرفا إسبانيا، وقد إنتهت محكمة للتحكيم في هذه الواقعة وتطبيقا لنص المادة 7 السابقة الذكر أن مبدأ حسن النية لا يجوز التمسك به في مرحلة تنفيذ العقد لإلزام الشركة المدعية بتوريد المعدات الصناعية، ويبدو واضحا أن محكمة التحكيم سلكت التفسير الضيق لنص المادة.<sup>3</sup>

ولكن بإختلاف الآراء الفقهية حول مبدأ حسن النية ذهب الرأي الراجح من الفقه إلى القول بأن مبدأ حسن النية الذي تم التطرق له في نص المادة 7 من إتفاقية فيينا له دور مزدوج، كونه يتعلق بتفسير الإتفاقية أما الجانب الآخر يأخذ به كضابط لسلوك الأطراف وتصرفاتهم في كل مراحل التفاوض وحتى مرحلة أبرام العقد وتنفيذه.<sup>4</sup>

### (3) مبادئ اليونيدروا

جاءت هذه الإتفاقية بحلول توفيقية بين الشريعة العامة ودول النظام اللاتيني، ومن خلال ما جاء في هذه الإتفاقية بشأن مبدأ حسن النية<sup>5</sup> فقد تبنت النظام اللاتيني بحيث أن هذا المبدأ لا يقتصر دوره على تفسير العقد فقط وإنما شمل أيضا مرحلة التفاوض على العقد وهذا مانصت عليه المادة 2 في فقرتها 5 من هذا المبدأ، وقد فسر جانب من الفقه نص المادة أنها لم تعطي تعريف لمبدأ حسن النية لكن أشارت إلى دخول التفاوض دون وجود نية للوصول إلى إتفاق يعد بمثابة سوء النية.<sup>6</sup>

<sup>1</sup> بوطبالة معمر، المرجع السابق، ص90.

<sup>2</sup> محكمة التحكيم الدولية التابعة لغرفة التجارة الدولية هي مؤسسة تحكيم مستقلة تابعة لغرفة التجارة الدولية يقتصر دورها في إدارة النزاعات من الناحية الإجرائية.

<sup>3</sup> بوطبالة معمر، مرجع سابق، ص91.

<sup>4</sup> مرجع نفسه، ص92.

<sup>5</sup> وفقا للمادة 1 فقرة 7 من مبادئ اليونيدروا، يقع على عاتق كل طرف متعاقد الإلتزام بأن يتصرف وفقا لما تقتضيه حسن النية وأمانة التعامل في التجارة الدولية، ولا يجوز للأطراف استبعاد هذا الإلتزام أو تقييده.

<sup>6</sup> بوطبالة معمر، مرجع سابق، صص94/93.

(4) موقف المشرع الجزائري

بالنظر للأهمية البالغة لمبدأ حسن النية ودوره البارز في العلاقات التعاقدية، مما دفع جل النظم القانونية العالمية للإهتمام به،<sup>1</sup> إلا أن المشرع الجزائري لو ينص صراحة على مبدأ حسن النية في مرحلة التفاوض إقتصر فقط على النص عليه في مرحلة تنفيذ العقد في نص المادة 107 من ق م ج،<sup>2</sup> وبذلك فإن هذا المبدأ له وجود في التشريع الجزائري وهذا ما أثبتته المادة السالفة الذكر،<sup>3</sup> يمكن أن يستشف الأمر أيضا بقول القاضي Mestr بأن العقد يعد بمثابة جسم واحد ومن الضرور أن يرويه حسن النية تمام،<sup>4</sup> وذهب جانب من الفقه قضى بتفسيره لنص المادة أنها أشارت ضمنا لوجود هذا الإلتزام في جميع مراحل العقد.<sup>5</sup>

وقد تم الأخذ بمبدأ حسن النية من التشريع الفرنسي،<sup>6</sup> وهذا ما أكده الدكتور علي علي سليمان بقوله بأن حسن النية معيار شخصي أستمد من التشريع الفرنسي، ويتم إستباطه من طرف القاضي من سلوك الأطراف المتعاقدة آخذا بمعيار الرجل العادي.<sup>7</sup>

ولا يخفى بأن المشرع الجزائري وحسب ما تناوله في نص المادة الأولى من القانون المدني بأن القانون يأخذ بمبادئ الشريعة الإسلامية كأساس للقانون، لذلك فإن هذه الأخيرة تأخذ بالنوايا والمقاصد بحيث تضمن العديد من الأحاديث النص على هذا المبدأ كقول الرسول صلى الله عليه وسلم: "إنما الأعمال بالنيات، وإنما لكل امرئ ما نوى"، وكذلك عند العودة الى الجانب القضائي فإن عبارات حسن النية قد تم تناولها بصفة كبيرة في الأحكام القضائية.<sup>8</sup>

<sup>1</sup> بوكولة كنزة، مرجع سابق، ص14.

<sup>2</sup> بلحاج العربي، الإطار القانوني للمرحلة السابقة على إبرام العقد في ضوء القانون المدني الجزائري، مرجع سابق ص144.

<sup>3</sup> بوكولة كنزة، مرجع سابق، ص14.

<sup>4</sup> رابحي أمال، المرجع السابق، ص50.

<sup>5</sup> بلحاج العربي، الإطار القانوني للمرحلة السابقة على إبرام العقد في ضوء القانون المدني الجزائري، مرجع سابق ص144.

<sup>6</sup> بوكولة كنزة، بوطرنخ فضة، مرجع سابق، ص 14.

<sup>7</sup> علي علي سليمان، النظرية العامة للإلتزام، مصادر الإلتزام في القانون الجزائري، الطبعة 7، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر، 2007، ص 92.

<sup>8</sup> بوكولة كنزة، بوطرنخ فضة، المرجع السابق، صص 15/17.

المطلب الثاني: الإلتزامات الفرعية في مرحلة التفاوض

إن الإلتزام بالتفاوض يندرج ضمنه عدة إلتزامات أساسية والتي سبق التطرق إليها وهي الإلتزام بالتفاوض وكذا الإلتزام بحسن النية، وهذه الإلتزامات تتفرع عنها إلتزامات أخرى فرعية،<sup>1</sup> والتي تنبثق من الدرجة الأولى عن الإلتزام بحسن النية، وقد جاءت من أجل تنظيم عملية سير المفاوضات<sup>2</sup> وجاءت لتكمل الإلتزامات الأساسية، وقد تعددت الإلتزامات الفرعية بإختلاف العقد المراد إبرامه وطبيعة العملية التعاقدية ومن أبرز هذه الإلتزامات الإلتزام بالإعلام(الفرع الأول)، الإلتزام بالمحافظة على سرية المفاوضات(الفرع الثاني)، وكذا الإلتزام بحظر المفاوضات الموازية (الفرع الثالث)، وهذا ما سوف يتم التطرق إليه في هذا المطلب.

الفرع الأول: الإلتزام بالإعلام

مبدئياً من المسلم به أن أطراف التفاوض لا يوجد ما يلزمهم في مرحلة التفاوض من إحاطة الطرف الآخر بما يحيط بالعقد، فكل طرف يكون مهتم بالعقد لا بد من أن يقوم بكافة تحرياته بنفسه، ومبدأ الإلتزام بالإعلام لا يرقى سوى بكونه تصرف أخلاقي، إلا أنه في وقتنا هذا أصبح هذا الإلتزام في مرحلة التفاوض إلتزام لا بد منه،<sup>3</sup> لأن الجانب المعرفي بين الأطراف في مرحلة المفاوضات يعد من أهم عوامل تكوين الإرادة، فكل طرف ملزم بإعلام<sup>4</sup> الطرف الآخر بكل ما يتعلق بالعقد المراد إبرامه، وهذا الإلتزام هو إلتزام مستقل عن العقد كونه ناشئ في مرحلة سابقة عن إبرامه لتمكين كل طرف من إتخاذ موقف إتجاه العقد، لذلك إستوجب أن يقدم الطرف كل المعلومات اللازمة ليكون الطرف الآخر على دراية بكافة التفاصيل،<sup>5</sup> ولما يوفره أيضاً من حماية قانونية لأطراف العقد وذلك أنه يحدد عيوب الرضا لذلك أستوجب القيام بهذا الإلتزام من أجل سلامة الرضا من العيوب.<sup>6</sup>

<sup>1</sup> علي أحمد صالح، المرجع السابق، ص 413.

<sup>2</sup> نائلة أوصيف، سهام شناح، المرجع السابق، ص 45.

<sup>3</sup> بن أحمد الحاج، المرجع السابق، ص 19.

<sup>4</sup> الإلتزام بالإعلام قبل العقد ليس وليد اللحظة فجنوره تمتد الى الماضي البعيد، ظهر في القوانين القديمة كالقانون الروماني وقد بين هذا الإلتزام جانب من الفقه القديم بوضوح لما له من أثر كبير في إستقرار المعاملات وكذا توفير الثقة وحسن النية في مجال العقود و الإلتزامات.

<sup>5</sup> عبد المجيد قادري، مراد عمرانني، المرجع السابق، ص794.

<sup>6</sup> علي أحمد صالح، مرجع سابق، صص412/413.

أولاً/ تعريف الإلتزام بالإعلام<sup>1</sup>:

الإلتزام بالإعلام كغيره من المصطلحات لم يرق القانون بتعريفها تاركاً الأمر للفقهاء، بحيث عرفه البعض على أنه: " الإلتزام الذي يسبق التعاقد، بحيث يلتزم أحد طرفي العقد بإعلام الآخر عن البيانات التي يجب توافرها في التعاقد ليتم إبرام عقد خال من أي عيب وكامل بكافة مفرداته نتيجة لظروف وإعتبارات معينة ترجع لطبيعة الشخص المتعاقد معه، أو لطبيعة العقد نفسه، أو إلى إعتبار آخر يجعل من العقد مستحيلاً إذا تمّ كتمان بيانات محددة وضرورية في التعاقد".<sup>2</sup>

وعرف أيضاً على أنه: " الإلتزام الذي بواسطته ينبه أحد أطراف العقد الطرف الآخر على مخاطر التعاقد ومنافعه، فيجعله على بينة من ظروف التعاقد ليكون خياره بالتعاقد قائماً على معرفة تامة بسبب التزامه".<sup>3</sup>

كما يقصد به: " إلتزام قانوني سابق على إبرام العقد الإلكتروني، يلتزم بموجبه أحد الطرفين الذي يملك معلومات جوهرية فيما يتعلق بالعقد المزعم إبرامه، بتقديمها بوسائل إلكترونية في الوقت المناسب وبكل شفافية وأمانة للطرف الآخر الذي لا يمكنه العلم بها بوسائل خاصة ليتم إبرام عقد خال من أي عيب".<sup>4</sup>

من خلال التعريفات يتضح بأن هذا الإلتزام يقع على عاتق الطرف إتجاه الطرف الآخر حول المعلومات التي يصعب الحصول عليها نظراً لإعتبارات إما وضعيته أو إمكانياته، فمثلاً الشخص العادي ليس بمرتبة الخبير ذلك من أجل أن تكون العملية التعاقدية واضحة لكل طرف، وقد اختلف الفقهاء حول الأساس الذي يرد عليه وجود هذا الإلتزام، حيث ذهب الإتجاه الأول إلى القول بأن هذا الإلتزام يجد أساسه في الإلتزام بالتسليم إذا كنا أمام عقد بيع، وهذا الإلتزام يقع على عاتق البائع وبذلك فإن هذا الأخير يقع على عاتقه الإلتزام بإعلام الطرف الآخر بكل ما يتعلق بالتسليم، وذهب إتجاه آخر إلى القول بأن هذا

<sup>1</sup> الإلتزام بالإعلام هو إلتزام من شأنه خلق نوع من التكافؤ في المراكز العقدية بين المتعاقدين وخاصو في ضل ظهور عقود عملاقة ذات العنصر الأجنبي والتي يعتمد فيها على وسائل تكنولوجية متطورة وظهور شبكات ضخمة التي تتسابق على إيجاد مستجدات لجذب العملاء، مما يعودي هذا الى وجود حالة عدم التوازن لذلك لا بد على المفاوض بالقيام بالإفصاح عن كل المظاهر التي تشغل خطورة مصاحبة للعقد.

<sup>2</sup> إدريش موني، مرجع سابق، ص 44.

<sup>3</sup> عبد المجيد قادري، مراد عمران، مرجع سابق، ص 797.

<sup>4</sup> مرزاقه معمري، مرجع سابق، صص 42/41.

الإلتزام يجد أساسه في نظرية عيوب الرضا وخاصة التدليس، وذلك بإخفاء أحد الأطراف لبعض المعلومات المهمة التي من شأنها أن تخلق رضا غير سليم لدى الطرف الآخر حتى وإن لم يستعمل طرق إحتيالية فبمجرد السكوت يعد تدليسا، أما الإتجاه الثالث ذهب إلى القول بأن هذا الإلتزام يجد أساسه في مبدأ حسن النية بإعتباره إلتزام عام يشمل كافة العلاقة التعاقدية، فلا بد أن يكون هذا الإلتزام بأمانة ولذلك أي كتمان للمعلومات التي من شأنها أن تغير من رأي الطرف الآخر تعد إخلالا بالإلتزام بمبدأ حسن النية.<sup>1</sup>

وأهم ما جاء من أحكام في هذا المجال ما قضت به محكمة النقض الفرنسية حول قضية بين زوجين إشتريا قطعة أرض من امرأة من أجل بناء مبنى سكني، لكن إكتشف الزوجين بعد إتمام عقد البيع أن تحت الأرض محتوى مائي يعيق البناء وهذا الأمر يحتاج لإصلاحات مكلفة، وعلى هذا الأساس أراد الزوجان فسخ عقد البيع لكن محكمة أول درجة رفضت الطلب، وعلى عكس ما قضت به هذه الأخيرة قضت المحكمة التي تم الإستئناف أمامها نقض الحكمة لأن هناك تعارض مع ماجاءت به المادة 1134 من ق م ف، بحيث كان على البائعة أن تعلم الزوجين بكل العناصر الجوهرية للأرض وعلى ذلك فقد أخلت المرأة بواجب الإعلام، وجاء حكم مماثل من محكمة الإستئناف بباريس الذي يفرض حسن النية في التعاقد.<sup>2</sup>

وينقسم الإلتزام بالإعلام الو نوعين وهما:

### (1) الإعلام الإختياري

والذي يغلب في العقود ذات الطابع الإشهاري أو الإعلاني، يقوم الطرف بإعلام الطرف الآخر بكل ملابسات العقد دون أن يكون ملزما بذلك ويكون ذلك بقصد القيام بالعملية الإشهارية للمنتج المراد بيعه.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> عبد المجيد قادري، مراد عمران، مرجع سابق، ص 797.

<sup>2</sup> بوطباله معمر، مرجع سابق، صص 102/103.

<sup>3</sup> بوكلو كتنزة، بوترنيخ فضة، مرجع سابق، ص 45.

## (2) الإعلام الإجباري

إن هذا الإلتزام وبحسب ما جاء في المواد 7 و8 من القانون 04-02<sup>1</sup> المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية فيما يخص الإلتزام الذي يقع على عاتق البائع بإعلام الأعوان الإقتصاديين بإعلام زبائنه بالأسعار والتعريفات عند طلبها، لذلك هذا الإلتزام حسب ماذهب إليه البعض يقتضي شرطين الأول متمثل في معرفة المدين بالمعلومات وأهميتها للطرف الأخر، أما الثاني يتمثل في جهل الطرف للمعلومات المتعلقة بالعقد جهلاً مشروعاً.<sup>2</sup>

### ثانياً/ مضمون الإلتزام بالإعلام

إن الإلتزام بالإعلام في مرحلة التفاوض لا يقتصر على الإعلام بالبيانات التي تتصل بالعقد وإنما قد تصل إلى حد أبعد من مجرد الإعلام، فقد ذهب جانب من الفقه إلى القول أن هناك درجات متفاوتة للمعلومات تتحدد وفقاً لمضمونها وتندرج كلها تحت ما يسمى بالإعلام وهذه المعلومات تختلف بحسب العقد المراد إبرامه ومنها:

### (1) الإلتزام المجرد بالإعلام

وهذا الإلتزام يتمثل في مجرد إعلام أحد أطراف المتفاوضة الطرف الآخر بالمعلومات والبيانات الضرورية التي تتعلق بالعقد الذي يتفاوض الأطراف عليه.

### (2) الإلتزام بالتحذير

وهذا الإلتزام يقع على عاتق الطرف وذلك متى كانت هناك خطورة مادية أو قانونية فيقوم بلفت نظر الطرف الآخر لهذه الخطورة من أجل أن يقوم بإتخاذ الحيطة لتفادي الخطورة.

### (3) الإلتزام بالنصيحة والمشورة

إن الإلتزام بالإعلام لا يقتصر دوره فقط على تقديم المعلومات المتعلقة بالعقد فقد يتعدى ذلك ويصل إلى تقديم النصيحة إذا دعت الضرورة إلى ذلك، وهذا الإلتزام عادة ما يكون في العقود الفنية المعقدة.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> القانون رقم 04-02 المؤرخ في 27 يناير 2004، المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، جريدة رسمية عدد 41، مؤرخ في 27 يونيو 2004.

<sup>2</sup> بوكلو كنز، بوطرنخ فضة، مرجع سابق، ص 46.

<sup>3</sup> يسري عوض عيد الله، المرجع السابق، ص 203/204.

إن الإلتزام بالإعلام مبدأ كرسه معظم التشريعات لكن المشرع الجزائري لم ينص على هذا الإلتزام بنص صريح خلال مرحلة التفاوض العقدي لكن وجوده حسب غالبية الفقه يجد أساسه في نظرية عيوب الرضا وهذا إستنادا على ما جاء في نص المادة 2/86 من ق م ج، وهو ما أقرته المحكمة العليا في إجتهاداتها وذلك بإعتبارها بأن السكوت عن واقعة مؤثرة بمثابة تدليس، وقد نص التشريع الجزائري على هذا الإلتزام في نصوص خاصة منها ما تم النص عليه في قانون حماية المستهلك في الفصل الثاني في مواد 17 و 18، ونصوص أخرى المتعلقة بقانون التأمينات في مواد 13 و 8 و 5، وكذا القانون رقم 2/4 المؤرخ في 13 جوان 2004 المتعلق بتحديد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية في مادته 4، وتم النص عليه أيضا في القانون المتعلق بشركات التأمين في القانون 4/6 المؤرخ في 30 فيفري 2006.<sup>1</sup>

### ثالثا/ مرقف الإتفاقيات الدولية من الإلتزام بالإعلام

#### 1) موقف إتفاقية فيينا 1980 بشأن البيع الدولي للبضائع

هناك جدل فقهي كبير حول هذا الإلتزام وذلك نتيجة لغياب نص صريح في هذه الإتفاقية ينص على فرض الإلتزام بالإعلام، فهناك من يرى بأن الإلتزام بالإعلام من الإلتزامات التي تفرضها الإتفاقية كونها تعتبر من عادات الأطراف في هذا النوع من العقود مستنديين على نص المادة 9 فقرة 1 من الإتفاقية.<sup>2</sup>

#### 2) مبادئ اليونيدروا

لم تنص مبادئ اليونيدروا مثلها مثل إتفاقية فيينا على هذا الإلتزام لكن الغالب من الفقه ذهب إلى القول بأن هذا الإلتزام يستشف من نص المادة 7 في فقرتها 1 من هذا المبدأ بأن يلتزم كل الطرفين بالتصرف وفقا لما تقتضيه حسن النية وأمانة التعامل في التجارة الدولية، وعليه فإن طرفي التفاوض ملزمين بالإعلام بكافة المعلومات المتعلقة بالعقد المراد إبرامه وذلك إستنادا لما يقتضيه بدأ حسن النية.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> القانون رقم 03-09 مؤرخ في 25 فبراير 2009، المتعلق بحماية المستهلك وقنع الغش، جريدة رسمية عدد 15 الصادرة بتاريخ 8 فبراير 2009.

<sup>2</sup> تنص المادة 9 فقرة 1 من الإتفاقية على أنه: "يلتزم الطرفان بالأعراف التي إتفقا عليها، بالعادات التي استقر عليها التعامل بينهما"

<sup>3</sup> بوطبالة معمر، مرجع سابق، ص 113.

### (3) مشروع التقنين الدولي للسلوك في مجال نقل التكنولوجيا

نص هذا المشروع على جملة من الإلتزامات التي تقع على عاتق الأطراف في مرحلة التفاوض على عقود نقل التكنولوجيا<sup>1</sup> ومن بينها هذه الإلتزامات بالإعلام، وقد أدرج هذا المشروع جملة من الأصول التي ينبغي على الأطراف مراعاتها من بينها إعطاء المستورد كل المعلومات بشكل تفصيلي التي يستلزمها العقد من أجل تمكينه من الوقوف على كافة عناصر التكنولوجيا وكذا تقدير قيمتها، وكذا القيام بالتصريح بكل ما تم إبرامه من إتفاقات مسبقة التي من شأنها أن تؤثر على عقد نقل التكنولوجيا المراد التفاوض بشأنه، بالإضافة إلى تعهدات تفرض على المستورد.<sup>2</sup>

ويمكن القول بأن وفقا لهذا الإلتزام لا بد على كل طرف في عملية التفاوض أن يدلي بكل المعلومات التي لها علاقة بالعقد المراد إبرامه لاطالما كانت هذه المعلومات ذات أهمية في إبرامه، ولا بد أن تتم هذه المرحلة بشفافية والمصارحة لكي يتمكن كل طرف بعقد العقد النهائي عن قناعة وإرادة سليمة، ولا سيما أن الحاجة إلى هذا الإلتزام أصبحت متزايدة بفعل التطورات الصناعية والتكنولوجية وذلك من أجل التبصر على كافة العناصر الأساسية للعقد المراد إبرامه.<sup>3</sup>

#### الفرع الثاني: الإلتزام بالسرية

تدور أغلب عقود الأعمال على مسائل ذات طبيعة تكنولوجية أو فنية كما هو الحال في بعض العقود كعقد نقل التكنولوجيا، بحيث أنه يجب على الأطراف في هذا العقد أن يقومو بتحديد نطاق هذا الإلتزام بالحفاظ على السرية من حيث المكان مثلا أو الزمان أو من هم الأشخاص الذين يمكنهم الإطلاع على أسرار التكنولوجيا.<sup>4</sup>

<sup>1</sup> يعد عقد نقل التكنولوجيا بمثابة إتفاق يقوم من خلاله ناقل التكنولوجيا بالتعهد بلاقيام بالنقل بمقابل نفولومات فنية إلى مستورد التكنولوجيا من أجل إستخدامها في طرق فنية خاصة، وذلك من أجل إنتاج سلعة ما أو القيام بتطويرها، أو تشغيل آلاتها.

<sup>2</sup> بوطبالة معمر، مرجع سابق، صص113/114.

<sup>3</sup> عثمان النور عثمان الحاج، الطبيعة القانونية لمفاوضات التجارة الجولية، مجلة القانون والمجتمع، العدد الأول، معهد الدراسات الإجتماعية والإعلامية، جامعة النيلين، السودان، 2020، ص 129.

<sup>4</sup> محمد غسان صبحي العاني، الإخلال باللتزام السرية في عقد نقل تكنولوجيا-دراسة منقولة-، قدمت هذه الرسالة إستكمالا لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في القانون الخاص، تخصص قانون خاص، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، 2016، ص 36.

وتعتبر المحافظة على سرية المعلومات في المجال التجاري والصناعي وغيرها من المبادئ الهامة التي تحكم مرحلة التفاوض في عقد نقل التكنولوجيا، ومفاد هذا الإلتزام ليس سرية مرحلة التفاوض بل سرية المعلومات التي يمكن أن يحتويها هذا العقد، وهذه الإلتزام غير مقتصر على مرحلة تنفيذ العقد بل يستوجب القيام به حتى في المرحلة السابقة وهي مرحلة التفاوض.<sup>1</sup>

#### أولاً/ تعريف الإلتزام بالسرية

قبل أن يتم التطرق إلى تعريف الإلتزام بالسرية لابد من التعرّيج لمفهوم المعلومات السرية<sup>2</sup> والتي تم تعريفها من طرف المحكمة الفرنسية العليا بأنها: " وسيلة تصنيع أو عملية تستخدم في الأعمال التجارية والتي تعطي صاحبها ميزة تنافسية على هؤلاء الذين لا يعرفونها".<sup>3</sup>

أما الإلتزام بالسرية في المفاوضات فقد عرف بأنه: " ذلك الأثر المترتب على اتفاق الأطراف المتفاوضة والذي يقتضي أن يقوم أحد الأطراف بالحفاظ على سرية المعلومات التي تم التحصل عليها نتيجة عقد الأعمال الخاصة بالمفاوض الآخر والتي يمكن أن تضر بالطرف الآخر في حالة إفشائها.<sup>4</sup> وقد عرفه آخرون على أنه: " الإلتزام الذي يفرض الصمت من طرف الأطراف المتفاوضة بخصوص كل ما تم الوصول إليه أو إكتشافه أثناء مرحلة التفاوض، من خلال ما تم دراسته من خلال المناقشات والمستندات والأبحاث والدراسات التي تتعلق بالعقد المراد إبرامه".<sup>5</sup>

ومن هذه التعريفات يظهر بأن لهذا الإلتزام وجهان، الأول متعلق بسرية المفاوضات من حيث سيرها وشروط العقد ومراحل المفاوضات وما تم الإتفاق عليه وكل الأمور التي ما زالت في طور المناقشة، أما فيما يخص الوجه الثاني فيتعلق بأن يلتزم كل طرف بالحفاظ على كل المعلومات المقدمة من الطرف

<sup>1</sup> تكارلي نورهان، عقود نقل التكنولوجيا في ظل القانون الجزائري، مذكرة نهاية الدراسة لنيل شهادة الماستر، تخصص قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الحميد بن باديس، مستغانم، 2020/2019، ص 63.

<sup>2</sup> حسب ماهو متعارف عليه فإن السر التجاري على أنه: " واقعة ينحصر نكاق العلم بها في عدد محدود من الأشخاص إذا كانت ثمة مصلحة يعترف بها القانون لشخص أو أكثر في أن يظل العلم بها محصور في ذلك النطاق". بمزيد من المعلومات أنظر: محمد غافر، ميثاق طالب عابد، الإلتزام بالسرية في التفاوض والتكنولوجيا، عقود التحويل، مجلة الحقوق للعلوم القانونية والسياسية، العدد الثاني، السنة السادسة، ص 367.

<sup>3</sup> نائلة أوصيف، سهام شناح، المرجع السابق، ص 49.

<sup>4</sup> أحمد بن فهد بن حمين، المرجع السابق، ص 391.

<sup>5</sup> علي أحمد صالح، المرجع السابق، ص 481.

الآخر الخاصة بموضوع العقد،<sup>1</sup> كالمعلومات التي يقدمها مورد التكنولوجيا للمستورد من أجل إعلامه بقيمتها وجدواها بالنسبة للغرض الذي يريد تحقيقه المستورد.

وتعد مسألة تحديد سرية المعلومات جدلاً فقهيًا واسع بحيث أعتبر جانب من الفقه أن جميع المعلومات تتسم بالطابع السري أياً كانت طبيعتها، في حين ذهب جانب آخر من الفقه إلى القول بأن المعلومات التي تتسم بالطابع السري لا بد أن تحدد تحديداً دقيقاً وأن نتذكر على سبيل الحصر.<sup>2</sup>

ومن أهم التطبيقات القضائية في هذا المجال القضية التي تستخلص وقائعها أن شخص يدعى سميث أحد الصناعيين، تمكن هذا الشخص من إستحداث طريقة من أجل نقل البضائع وقد تمكن في الأخير من تصميم هذه الطريقة وأقام مصنع لإنتاجها، قامت شركة هذا الشخص بتصنيع الحاويات سنة 1945 وقامت بالإتفاق مع شركة أخرى وهي شركة سافواي من أجل شراء الحاويات من أجل تأجيرها لشركات النقل والتي كانت تستخدم هذه الحاويات بصفة كبيرة من أجل نقل البضائع، وفي نفس السنة أرادت شركة درافو بعرض مع شركة سميث وذلك بضمانها بشراء كمية من الحاويات وعند إجراء شركة درافو بالتواصل مع شركة سميث قامت هذه الأخيرة بإحالتهم لممثل الشركة من أجل التفاوض معه، وقد تم التفاوض بين الطرفين بشأن شراء كمية من الحاويات، لكن التفاوض ذهب الى أبعد من ذلك بحيث عرضت شركة درافو شراء المصنع ككل مما أدى الى قيام شركة سميث بالإفصاح عن المعلومات التفصيلية لنشاط شركته، وكذا التصميمات والنماذج التي تتعلق بالحوايات بصفة دقيقة، وكذا قائمة العملاء، وقامت شركة درافو بجولة في المصنع وتم إطلاعها على كيفية صنع الحاويات، ولكن بوفات سميث صاحب الشركة أدى بشركة درافو بالقيام بإتمام التفاوض مع ورثته لكنها توقفت دون التوصل لإتفاق، لكن شركة درافو قامت بتصميم حاويات من أجل نقل البضائع تماثل التي تصنع في شركة سميث مع القيام بتحسين للمنتج، فتزايد الطلب على حاوياتهم من عملاء شركة سميث، وعلى إثر ذلك رفع ورثت سميث دعوى على شركة درافو مطالبين بمنعها من إستغلال السر التجاري، وفي المقابل دفعت شركو درافو أن المعارف الفنية التي أستخدمت في تصنيع الحاويات ليست بالأمر السري كون أن الحاويات المصنعة من شركة سميث معروضة للبيع في الأسواق لذلك من السهل معرفة مكوناتها وطريقة صنعها، أما عن أسماء العملاء إدعت الشركة أن القائمة غير موجودة أصلاً، فقضت محكمة أول درجة

<sup>1</sup> عبد المجيد قادري، مراد عمراني، مرجع سابق، ص 800.

<sup>2</sup> بوطباله معمر، المرجع السابق، ص 134.

أن المعلومات الفنية فقدت صفة السرية كون أن السلعة موجودة في السوق، وكذا المعلومات المستخدمة من شركة درافو لإنتاج الحاويات نشرت في المجالات وبذلك فقدت صفة السرية،<sup>1</sup> لكن محكمة الإستئناف قضت برفض دفع شركة درافو بحكم أن أساس التصميمات التفصيلية لم يتم نشرها، وكذلك عملية كشف سر صناعة الحاويات يتطلب جهد كبير، كما قضت المحكمة بأن المعلومات التي تستعملها شركة درافو تم الحصول عليها من قبل العمل الذي جمع بين الشركتين وبذلك فإن محكمة أول درجة قد أخطأت الحكم.<sup>2</sup>

### ثانيا/ مكانة الإلتزام بالسرية

تعد مبادئ اليونودروا من أبرز الإتفاقيات الدولية التي أكدت على هذا الإلتزام بتشيدها على أن تكون المعلومات المتوصل إليها في مرحلة التفاوض على عقود الأعمال سرية حتى ولو لم يتم النجاح في مرحلة المفاوضات، حيث نصت المادة 16 من مبادئ اليونيدروا في فقرتها الأولى على أن: " عندما تعطي معلومات على أنها سرية من قبل الطرف في فترة المفاوضات، يكون الطرف الآخر تحت واجب عدم الكشف تلك المعلومات، أو إستخدامها بشكل غير مناسب مع غرضه سواء تم إبرام العقد لاحقا أم لا، وكلما كان ملائما فإن التعويض عن خرق هذا واجب قد يتضمن تعويضا بالمنفعة التي حصل عليها الطرف المقابل"،<sup>3</sup> وقد تم النص على هذا المبدأ أيضا في مبادئ عقود التجارة الدولية في مادتها 4.16<sup>4</sup>

وقد نص المشرع الفرنسي في ق م ف في تعديله 2016 في مادته 1112 في فقرتها الثانية على أن " من يستعما أو يفشي بدون ترخيص معلومة تحصل عليها بمناسبة المفاوضات تقوم مسؤوليته وفقا للقواعد العامة".<sup>5</sup>

أما بالنسبة للمشرع الجزائري فلم ينص صراحة في ق م ج على هذا الإلتزام في مرحلة التفاوض على العقد، لكن بما أن المشرع الجزائري أخذ بمبدأ حسن النية في تنفيذ العقد والذي ذهب جانب من الفقه

<sup>1</sup> بوطبالة معمر، مرجع سابق، ص 135.

<sup>2</sup> مرجع نفسه، صص 136/137.

<sup>3</sup> نائلة أوصيف، سهام شناح، مرجع سابق، ص 50.

<sup>4</sup> مبادئ الموحدة للعقود الدولية التي وضعها معهد روما لتوحيد القانون الخاص في عقود التجارة الدولية.

<sup>5</sup> قارون سهام، القيمة القانونية لعدالة التفاوض في العقود الدولية، مجلة دراسات وأبحاث، المجلة العربية في العلوم الإنسانية والإجتماعية، مجلد 12، عدد3، جامعة محمد الشريف مساعدي، سوق اهراس، 2020، ص 578.

إلى القول بأن المشرع قصد بها كذلك مرحلة التفاوض يمكن من خلالها إستنتاج أن الإلتزام بالمحافظة على سرية ما تم التوصل إليه موجود أيضا،<sup>1</sup> وقد نص المشرع الجزائري في المادة 107 من ق م ج على أن: " ينفذ العقد طبقا لما أشتمل عليه بحسن النية" ونص أيضا من نفس المادة في فقرتها 2 على: "... ولا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه فحسب بل يتناول أيضا ما هو من مستلزماته وفقا للقانون والعرف بحسب طبيعة الإلتزام"، وبهذا يعد الإلتزام السرية من قبل مستلزمات العقد في مرحلة التفاوض.<sup>2</sup>

إلا أنه قد تم النص على هذا الإلتزام في نصوص خاصة فقد تم النص عليه في قانون حماية الملكية الفكرية في مادته 26 وما بعدها في الأمر رقم 03-06 المتعلق بالعلامة التجارية والمؤرخ في 19 جويلية 2003 وكذا المادة 56 ومايليها من الأمر رقم 03-07 المؤرخ في 19 جويلية 2003 والمتعلق ببراءة الإختراع.<sup>3</sup>

وقد نص المشرع الجزائري على هذا المبدأ أيضا في نصوص خاصة منها قانون حماية المؤلف والحقوق المجاورة لها،<sup>4</sup> وكذا القانون الخاص بحماية العلامة التجارية.<sup>5</sup>

### ثالثا/ حدود المعلومات السرية

إن هذا المبدأ ليس إلتزام مطلق فقد يستبعد منه بعض المعلومات ومن بينها تلك التي كانت بحوزة الطرف الآخر قبل الدخول في عملية التفاوض، إذ بهذا المعنى أن هذه الإلتزامات الطابع السهل في التحصل عليها، ويستبعد أيضا من هذا الإلتزام تلك المعلومات الغير مشروعة مثل التي يتم التحصل عليها من التهريب الجمركي، إلا أن هذا الإلتزام يخضع الى قيود من أجل عدم فسح المجال لإفشاء الأسرار الا للسلطات العامة دون الجمهور.<sup>6</sup>

<sup>1</sup> عبد المجيد قادري، مراد عمران، مرجع سابق، ص 801.

<sup>2</sup> الأمر رقم 75-58، المتضمن القانون المدني.

<sup>3</sup> قارون سهام، مرجع سابق، ص 578.

<sup>4</sup> أمر رقم 03-05 مؤرخ في 19 جمادى الأولى عام 1424 الموافق 19 يوليو سنة 2003، يتعلق بحقوق المؤلف والحقوق المجاورة لها.

<sup>5</sup> لأمر رقم 03-06 مؤرخ في 19 جمادى الأولى عام 1424 الموافق 19 يوليو سنة 2003، يتعلق بالعلامات.

<sup>6</sup> التوفيق فهمي، المسؤولية في فترة المفاوضات السابقة على العقد، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والإقتصادية والإجتماعية، جامعة الحسن الأول، بدون بلد، 2009/2010، صص 175 / 176.

رابعاً/ الأشخاص الذين يقع على عاتقهم الإلتزام بالسرية

إن عملية التفاوض قد تشمل عدة أطراف وكل المعلومات التي تكتسي الطابع السري يكون ملزم بها كل الأطراف المتواجدة في هذه العملية، فكل طرف تدخل في عملية المفاوضات بغض النظر عن نوع التدخل يكون ملزماً بالحفاظ على ما تم التطرق إليه، ويمتد هذا الإلتزام حتى إلى مساعدي متلقي المعلومات وحتى من تم التواصل معه بصفة عرضية، ومن أجل التأكيد على الإلتزام بالسرية يمكن أن يتم ذكر ذلك صراحة أن الأطراف ممنوعين من إفشاء الأسرار دون تصريح مكتوب من صاحب المعلومة وذلك من أجل الحد من نقل المعلومات السرية، وكذا من أجل إكساب تلك المعلومات الطابع السري.<sup>1</sup>

الفرع الثالث: الإلتزام بعدم إجراء مفاوضات موازية

يعتبر هذا الإلتزام إلتزام سلبى يقع على عاتق الأطراف بإمتناعه على الدخول في مفاوضات مع منافسين آخرين خلال مدة معينة التي تمكن الأطراف من الوصول لإتفاق على كل ما يتعلق بالعقد المراد إبرامه، وهي المدة التي يمكن أن تقطع المفاوضات بعدها.<sup>2</sup> ومن أجل القيام بالإحاطة بهذا الإلتزام يقتضي القيام بتعريفه وكذا أساسه.

أولاً/ المراد بالإلتزام بحظر إجراء مفاوضات موازية

يراد به أن يلتزم كل طرف في المفاوضات في عقود الأعمال بعدم إجراء مفاوضات أخرى مع طرف ثالث من أجل إبرام نفس العقد الذي يتفاوضون حوله.<sup>3</sup> ويمكن إعتباره أيضاً على أنه العقد الذي يلتزم بمقتضاه الطرفين أو أحدهما بأن يمتنع على القيام بمفاوضات موازية مع الغير في مدة معينة، وهذا الإلتزام هو صورة من صور حسن النية وكذا إستثناء على قاعدة الحرية في القيام بالتفاوض مع الغير.<sup>4</sup>

ثانياً/ أساس الإلتزام بعدم إجراء مفاوضات موازية:

تباينت الآراء الفقهية والأحكام القضائية حول أساس هذا الإلتزام، فقد ذهب بعض الفقه والقضاء إلى القول بأن أساس الإلتزام بعدم إجراء مفاوضات موازية هو إتفاق الأطراف على ذلك، وإتجهت أحكام أخرى

<sup>1</sup> التوفيق فهمي، مرجع سابق، ص 176.

<sup>2</sup> عبد المجيد قادري، مراد عمرانى، مرجع سابق، ص 802.

<sup>3</sup> أحمد بن فهد بن حمين، المرجع السابق، ص 400.

<sup>4</sup> علي أحمد صالح، المرجع السابق، ص 497.

إلى القول بأن إتفاق الأطراف على حظر هذا العمل يمكن إستخلاصه بالإستناد على مبدأ حسن النية وذلك من خلال ملابسات عملية العقد.<sup>1</sup>

### (1) الإتفاق الصريح كأساس لوجود الإلتزام بحظر المفاوضات الموازية

إن الإلتزام بحظر المفاوضات الموازية تجد أساسها عند بعض الأحكام القضائية في الإتفاق الصريح بين الأطراف إلى إحداث أثر هذا الإلتزام بمنع كلا الطرفين أو أحد الأطراف فقط بالقيام بمفاوضات مع الغير، وفي حالة ما إذا أخل أي طرف تقوم عليه المسؤولية العقدية.<sup>2</sup>

وقد قضت محكمة الإستئناف الفرنسية سنة 1992 في إحدى القضايا المعروفة بقضية company belgie alvat v gallay حينما تم رفض مطالب المدعى بالتعويض على أساس إجراء الطرف المقابل لمفاوضات مع جهة أخرى أثناء التفاوض على شرط العقد، مستتدة على أن هذا المدعى لم يشترط حصرية المفاوضات بين الطرفين، كما أن العرض المقدم من المدعى عليه كان موجه للجميع تحت عنوان دعوى للشراكة، لذلك كان من الطبيعي أن تتقدم أكثر من جهة من أجل التفاوض المعلن.<sup>3</sup> والهام في حكم المحكمة أنه لا يوجد أي تعهد يمنع الشركة من التفاوض مع الغير وأن الشركة التي رفعت الدعوى لو كانت تريد فعلا إحتكار التفاوض مع الشركة الأولى لنصت على ذلك في شرط مضمن في الإتفاقية.<sup>4</sup>

### (2) مبدأ حسن النية كأساس لوجود الإلتزام بمفاوضات موازية:

لقد ذهب بعض الفقه إلى القول بأن أساس الإلتزام بحظر التفاوض الموازي هو مبدأ حسن النية بالرغم من عدم وجود إتفاق بين الطرفين المتفاوضين، وللقاضي السلطة التقديرية في تقدير وجود هذا الإلتزام، وذلك بالبحث في ملابسات وظروف العملية التفاوضية.<sup>5</sup>

ومن أبرز ما جاء في هذا المجال هو ما قضت به محكمة فارساي الإستئنافية في حكم صدر عنها بسنة 1995، والتي خلصت المحكمة في هذا القضية بأن العقد أعتبر قائماً بين الطرفين بالتعبير عن

<sup>1</sup> عبد المجيد قادري، مراد عمران، مرجع سابق، ص 804.

<sup>2</sup> بوطبالة معمر، مرجع سابق، ص 164.

<sup>3</sup> عبد المجيد قادري، مراد عمران، مرجع سابق، صص 804-805.

<sup>4</sup> بوطبالة معمر، مرجع سابق، ص 167.

<sup>5</sup> عبد المجيد قادري، مراد عمران، مرجع سابق، ص 805.

إرادتها ورضاهما بالعقد رغم أنه غير موجود كتابة وقد وقعت إحدى الشركتين في خطأ تعاقدية كونها قطعت المفاوضات دون وجود مبرر جدي وعلى أن عملية التفاوض قد إستمرت أربع سنوات كاملة.<sup>1</sup>

ومن هذا تعتبر المدة كلما زادت كلما أصبح الأطراف ملزمون بإبرام العقد النهائي، كون أن المدة إذا طالت تبعث الثقة في نفس الطرفين بأن العقد النهائي محقق الوقوع، ومن أجل أن يحترم الأطراف هذا الإعتقاد لا بد أن يلتزم كل منهما بحسن النية.<sup>2</sup>

وتحت هاذين الأساسين نذكر أهم ما جاء في موضوع عدم إجراء مفاوضات موازية ما جاء في أحكام قضائية صادرة عن محكمة الإستئناف الفرنسية:

في حكم صادر عن محكمة الإستئناف الفرنسية يقضي بأن الطرفين "أ" و "ب" يريدان الحصول على مستجادات عملية التفاوض لا بد عليهما من يفرضاً توقيع بروتوكولات سرية.<sup>3</sup>

كما صدر عن محكمة الإستئناف بباريس حكم يقضي بأن في حال ما إذا أرادت الشركة التوجه إلى تغيير صانع آخر كان لا بد عليها من قطع المفاوضات قبل التوجه الى آخر.

وما يستشف من الأحكام القضائية السابقة الذكر أن الإلتزام بعدم إجراء مفاوضات موازية هو إلتزام فعلي لا يقضي بالضرورة النص عليه صراحة، فكل طرف يريد أن يدخل في مفاوضات مع طرف آخر لا بد عليه أولاً من قطع هذه المرحلة مع التفاوض الأول ثم الدخول في عملية جديدة مع غيره، إلا أنه بفعل ما لحق مجال الأعمال من تطورات جعل من القوة القانونية للإلتزام بعدم الدخول في مفاوضات موازية حتى لو لم يتم النص عليها صراحةً حبيس القضية السابقة الذكر، لأنه عد بأن هذا الإلتزام غير موجود إلا إذا تم الإتفاق عليه ضمن شرط صريح وفي غيابه عد الإتفاق لجديد صحيحاً، وكما هو مسلم به أن هذا الإلتزام قد يفوت على الطرف فرص عديدة كما قد يلحق بالطرف المتعهد خسائر فإنه يمكن الإتفاق على مبلغ مالي كمقابل في حالة ما إذا لجأ الطرف المتعهد الى إبرام مفاوضات مع طرف ثالث وذلك عد بمثابة تعويض.<sup>4</sup>

<sup>1</sup> بوطبالة معمر، مرجع سابق، ص 169.

<sup>2</sup> مرجع نفسه، نفس الصفحة.

<sup>3</sup> التوفيق فهمي، المرجع السابق، ص 179.

<sup>4</sup> مرجع نفسه، صص 179/180.

المبحث الثاني: المسؤولية المدنية المترتبة في مرحلة المفاوضات

أثناء مرحلة المفاوضات قد يقوم أحد الطرفين المتفاوضان بالإخلال بأحد الإلتزامات المترتبة على عاتقه أثناء هذه المرحلة، حيث ظهرت خلال هذه الأخيرة مجموعة من النظريات، حاولت كل نظرية تحديد الأساس الذي تقوم عليه المسؤولية، وإذا كان معظم الفقه التقليدي يرد المسؤولية إلى أساس عقدي رغم إختلاف الزوايا التي ينظر من خلالها إلى هذا الأساس، غير أن هذه النظريات كان لها تأثير محدود على التشريعات المقارنة، الأمر الذي دفع بالفقه الحديث إلى تحديد طبيعة المسؤولية من خلال كونها تقصيرية أم عقدية، وذلك من خلال التمييز بين المفاوضات المصحوبة بعقد تفاوض صريح، وتلك المفاوضات غير المصحوبة باتفاق صريح على التفاوض<sup>1</sup>، إذا ثبت قيام المسؤولية المدنية فإنه ينتج عن قيامها الجزاءات المقررة قانوناً، وهذا ما سنتطرق إليه في (المطلب الأول) الطبيعة القانونية للمسؤولية في مرحلة المفاوضات، أما (المطلب الثاني) فسنتطرق إلى الآثار المترتبة في مرحلة المفاوضات.

المطلب الأول: الطبيعة القانونية للمسؤولية في مرحلة المفاوضات

إختلف الفقه حول الطبيعة القانونية للمسؤولية في المرحلة السابقة للتعاقد وحول الإلتزامات التي ترتبها، فاتجه بعض الفقه إلى أن المفاوضات مجرد وقائع مادية لا تنشأ عنها إلتزامات إلا تلك التي يتطلبها الواجب العام والمتمثل في عدم الإنحراف عن سلوك الرجل العادي وعدم إلحاق ضرر بالغير والتي يترتب عن الإخلال بها مسؤولية تقصيرية، وكما يرى البعض أن المفاوضات ذو طبيعة عقدية يترتب الإخلال بها قيام المسؤولية العقدية وهذا ما سيتم الإشارة إليه.

الفرع الأول: المسؤولية العقدية في مرحلة التفاوض

سنتطرق في هذا الفرع إلى أهم الآراء الفقهية حول الطبيعة العقدية للمسؤولية في مرحلة المفاوضات والأسس التي إستند عليها ثم نلي ذلك بالحديث عن شروط قيام هاته المسؤولية.

<sup>1</sup> بوطبالة امعمر ، المرجع السابق ، ص175.

أولاً/ الأساس القانوني للمسؤولية

سنتطرق في هذا المجال لمختلف الإتجاهات الفقهية التي إعتد عليها أنصار الفقه التقليدي وأنصار الفقه الحديث عند تكييفهم للمسؤولية في مرحلة المفاوضات.

1) موقف الفقه التقليدي

لقد إختلف الفقه حول تحديد أساس المسؤولية العقدية فمنهم من إستند في رأيه إلى الخطأ في تكوين العقد، ورأى إتجاه آخر أن أساسها يعود إلى نظرية الوكالة، في حين ذهب رأي آخر الى إسنادها إلى نظرية تحمل التبعة العقدية.

أ/ الخطأ عند تكوين العقد

جاء بهاته النظرية الفقيه اهرنج، حيث بين أن الخطأ في الفترة السابقة على التعاقد سواء نجم عنه عدم انعقاد العقد أم أدى إلى بطلانه هو خطأ عقدي يثير المسؤولية العقدية على عاتق مرتكبه ويترتب عليه تعويض الضرر الذي لحق الطرف الآخر نتيجة تنفيذ العقد المراد إبرامه أو نتيجة الثقة والطمأنينة إلى قيامه، حيث يرى اهرنج أن العقد بالرغم من بطلانه إلا أنه ينشأ إلتماً بالتعويض كعقد لا بوصفه كواقعة مادية.<sup>1</sup>

وعليه فإن دعوى التعويض تستند إلى دعوى العقد ذاتها وينحصر الخطأ عند اهرنج من خلال إقدام المتعاقد الذي أتى البطلان من جانبه وكان واجبا أن يعلم بذلك حتى لو فرض أنه كان لا يعلم سبب البطلان فمن العدالة أن يتحمل الضرر الذي أصاب المتعاقد الآخر حسن النية.<sup>2</sup>

ب/ نظرية الوكالة

ذهب الفقيه شورول لتأسيس رأيه الى نظرية الوكالة، وعليه فان مضمون هذه النظرية هو أن الدعوة الى المفاوضات من قبل شخص ما تنطوي على توكيل ضمني لمن وجهت إليه بإتخاذ الإجراءات التي من شأنها تمكين الأطراف من إبرام العقد، فإذا إنتهت المفاوضات ولم يتحقق هذا الهدف يتحمل

<sup>1</sup> محمد شاكر محمود محمد، المسؤولية عن قطع المفاوضات، الطبعة الاولى، 2016، المركز القومي للاصدارات القانونية القاهرة، مصر، ص 87.

<sup>2</sup> مرجع نفسه، صفحة نفسها.

الموكل المسؤولية لتعويض الوكيل عن المصروفات التي أنفقتها في سبيل تنفيذ الوكالة على الرغم من عدم بلوغ الغاية.<sup>1</sup>

ولقد تأثر المشرع الفرنسي بهذه النظرية خاصة في مجال التفاوض مع المهندس من أجل تشييد بناء والتي يقوم فيها المهندس بالقيام بعمل التصاميم اللازمة وإعداد الخرائط، وإذا فشلت المفاوضات فإن للمهندس الحق في الرجوع على صاحب العمل بالنفقات اللازمة التي أنفقتها في سبيل إعداد الدراسة، ولا يمكن تبرير ذلك إلا من خلال وجود وكالة أعطاهما صاحب العمل للمهندس.<sup>2</sup>

### ج/ نظرية تحمل التبعية العقدية

تعتبر هذه النظرية تطبيقاً لقواعد العدالة التي تقتضي أن يكون لكل إمرء ثمرة عمله،<sup>3</sup> أي أن كل شخص يقدم على التعاقد بإتخاذ زمام المبادرة يتحمل تبعة نشاطه التعاقدية فيكون مسؤولاً عن الأضرار الناجمة عنه، والتي تلحق بالطرف الآخر أو حتى بالغير نتيجة عدم قيام العقد أو بطلانه بغض النظر إلى الأسباب التي أدت إلى ذلك.<sup>4</sup>

وتترتب مسؤولية هذا الطرف بمجرد وقوع الضرر منه حتى ولو كان حسن النية، إلا أنه يمكن دفع المسؤولية باثبات ضرر الناتج عن خطأ المضرور.<sup>5</sup>

<sup>1</sup> محمد سعيد أحمد اسماعيل، فاروق ابو الشامات، الطبيعة القانونية لمسؤولية الأطراف في مرحلة ما قبل العقد، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد 29، العدد الثاني، 2013، ص ص 325/324.

<sup>2</sup> محمد شاكر محمود محمد، المرجع السابق، ص 104-105.

<sup>3</sup> مرجع نفسه، ص 107.

<sup>4</sup> بن أحمد صليحة، المسؤولية المدنية في حالة قطع المفاوضات، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق والعلوم الاقتصادية، قسم العلوم القانونية والادارية، قانون خاص، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، 2006، ص 51.

<sup>5</sup> مرجع نفسه، نفس الصفحة.

(2) موقف الفقه الحديث

لقد ذهب الفقه الحديث على إعتبار أن المفاوضات المصحوبة بعقد تفاوض تتحول من مجرد عمل مادي إلى تصرف قانوني ملزم، ومن ثم تتحول المسؤولية المترتبة عن الإخلال بالالتزامات التي يفرضها عقد التفاوض إلى مسؤولية عقدية إذا توفرت شروطها.<sup>1</sup>

إذ تكون بصدد المفاوضات المصحوبة بعقد التفاوض متى إتفق الاطراف المتفاوضة إتفاقا صريحا قبل الشروع في المفاوضات من أجل إبرام عقد معين، ويتم إفراغ هذا الإتفاق في عقد ويتضمن هذا الأخير تنظيم المسائل العالقة بين الطرفين أثناء مرحلة المفاوضات<sup>2</sup>، وقد إزدادت هذه الصورة من المفاوضات في العصر الحديث لاسيما في المفاوضات على الصفقات الهامة، وذلك من أجل التوفيق على عامل حرية المفاوضات والذي يستوجب أن يحتفظ كل متفاوض بكامل حريته طيلة مرحلة المفاوضات، وبين عامل أمن المفاوضات والذي يستدعي أن يشعر المتفاوض بالأمان والطمأنينة أثناء عملية المفاوضات.<sup>3</sup>

لقد إعترف الفقه والقضاء في فرنسا بعقد التفاوض وإعتبره إتفاقا حقيقيا ينشئ على عاتق الطرفين إلتزامات حقيقية يؤدي إلى الإخلال بها قيام المسؤولية العقدية وذلك تأسيسا على مبدأ الرضائية في العقود بحيث ينعقد العقد بأي اتفاق متى تم الرضاء به، وفي عقد التفاوض تم رضى الطرفان به، فيعتبر هذا الإتفاق إتفاقا صحيحا<sup>4</sup>.

لقد لعب القضاء الفرنسي دورا هاما في إرساء فكرة عقد التفاوض، حيث أعترف في أكثر من حكم بوجود عقد بين الطرفين على التفاوض ورتب المسؤولية العقدية على كل من أخل بالالتزامات في هذا العقد رغم كون هذا العقد في بعض الأحيان يكون عقدا ضمنيا.<sup>5</sup>

إن القضاء الفرنسي لا يعتد في تكييفه للوقائع والتصرفات محل النزاع بتكييف الخصم لها، لذلك يستطيع القاضي أن يخلع على العلاقة القائمة بين الطرفين تسمية تخالف تلك التي يحبذها الأطراف

<sup>1</sup> بوطباله امعمر ، المرجع السابق، ص 185 .

<sup>2</sup> قندوسي سعاد، المرجع السابق، ص 51.

<sup>3</sup> بوطباله امعمر ، المرجع السابق، ص 186

<sup>4</sup> اسلام الدين بعلول، المرجع السابق ، ص 37/36.

<sup>5</sup> مرجع نفسه، صفحة نفسه.

ويستطيع أيضا أن يقضي بوجود عقد تفاوض بين الطرفين بالرغم من عدم تعبيرهما عن هذا العقد صراحة ويمكنه أيضا أن يصرح بوجود عقد ينكر الطرفان وجوده صراحة أو يصران على إبقائه خارج الإطار القانوني كما هو الحال في الإتفاق الشرفي أو الأدبي.<sup>1</sup>

كما يستخلص القضاء الفرنسي أيضا وجود عقد التفاوض، بالرغم من عدم وجود إتفاق صريح على التفاوض من وقائع وظروف وملابسات الدعوى، فالدخول فعال في المفاوضات عن طريق قبول الإيجاب بالتفاوض الموجه من أحد الطرفين إلى الطرف الآخر، هو دليل على الإتفاق على التفاوض الذي يرتبه عقد التفاوض.<sup>2</sup>

وفي قضية تتلخص وقائعها في أن شركتين توصلتا إلى إتفاق مبدئي لشراء دار نشر، غير أن صاحب دار النشر قام بالتفاوض مع شخص ثالث وأبرم معه عقد البيع، وعلى إثر ذلك ثار نزاع بين الشركتين وصاحب دار النشر، حيث دفعت الشركتان بأن صاحب دار النشر أخل بالاتفاق المبدئي المتوصل إليه، ولما عرض النزاع على محكمة بروكسل التجارية خلصت هذه الأخيرة إلى أن الإتفاق المبدئي المتوصل إليه يتضمن إرتباطا تعاقديا بمتابعة التفاوض، ومن ثم قررت أن صاحب دار النشر قد أخل بالتزاماته التعاقدية عندما قطع المفاوضات دون مبرر بغرض التعاقد مع الغير رغم وجود الإتفاق المبدئي بالإلتزام بالتفاوض.<sup>3</sup>

كما أن الفقه المصري الحديث لم يتردد في الإعتراف بإتفاق التفاوض رغم تشدد محكمة النقض المصرية إتجاه المفاوضات وإعتبارها مجرد عمل مادي غير ملزم، فالإلتزام العقدي بالتفاوض يقتضي من الأطراف إنتهاج سلوك فعال وبناء يحقق تدخلا إيجابيا في التفاوض، حيث أنه القطع في هذه الحالة يصبح أسرا، والقاضي يكون أكثر ميلا إلى تقريره عند وجود إلتزام عقدي بالتفاوض، حيث أن إتفاق التفاوض ينشئ على عاتق الطرفين المتفاوضين إلتزاما عقديا بالتفاوض يستوجب تنفيذه بطريقة تتفق مع مبدأ حسن

<sup>1</sup> بوطبالة امعمر، المرجع السابق، ص 191

<sup>2</sup> اسلام الدين بعلول، المرجع السابق، ص 43.

<sup>3</sup> بوطبالة امعمر، مرجع سابق، ص 191.

النية وهذا ما جاء في نص المادة 1/184 من ق م م، وإذا ما حصل إخلال من أحد المتفاوضين يترتب عن هذا الإخلال مسؤولية عقدية.<sup>1</sup>

أما المشرع الجزائري نجد أنه لم ينص في ق م ج لا من خلال القوانين ذات العلاقة بالعقود على عقد التفاوض بصفته وسيلة يتم التأسيس المسؤولية الملقاة على عاتق الأطراف المتفاوضة جراء الإخلال بأحد الإلتزامات التي تملئها مرحلة المفاوضات على أساسه، وبالتالي فإن المشرع الجزائري أخذ موقفاً ضمنياً لعدم الإقرار بعقد التفاوض.<sup>2</sup>

### ثانياً/ شروط قيام المسؤولية العقدية في مرحلة المفاوضات

إن المسؤولية العقدية تعتبر الجزاء القانوني المترتب عن إنقطاع أو العدول المفاوضات أو فشلها وبالتالي وبالرجوع إلى الأحكام العامة نجد أنه إذا كان مصدر هذا الإلتزام هو الإرادة فالمسؤولية المترتبة لنا هي مسؤولية عقدية، ولقيام لقيام هاته الأخيرة لا بد من توفر أركانها الأساسية المتمثلة في الخطأ والضرر والعلاقة السببية بينهما وهذا ما سيتم الإشارة إليه:

#### (1) الخطأ التعاقدية

ينشئ إتفاق التفاوض إلتزاماً فورياً بالتفاوض على العقد على عاتق طرفيه بحيث يلتزم كل منهما بمناقشة شروط العقد المراد إبرامه بهدف التوصل بشأن هاته الشروط إلى إتفاق نهائي، فإذا قام الطرفان بتنفيذ إلتزامهما كالإلتزام بالجدية أثناء التفاوض والسرية فهنا لا مسؤولية عليهما، لكن في حالة عدم تنفيذ التفاوض إلتزامه فهنا تترتب عنه مسؤولية عقدية ويكون ذلك عن طريق إرتكاب الخطأ، وبالرجوع إلى الأحكام العامة فإن الخطأ هو عدم تنفيذ المدين لإلتزاماته التعاقدية أما الخطأ الناتج عن إتفاق التفاوض فهو عدم تنفيذ المتفاوض لإلتزاماته الناتجة عن إتفاق التفاوض.<sup>3</sup>

تتعدد صور الخطأ العقدي في مرحلة التفاوض بتعدد الإلتزامات في تلك المرحلة وهي عديدة ولذلك سنتطرق لأهمها والشائعة الوقوع :

<sup>1</sup> محمد شاکر محمود محمد ، المرجع السابق، ص132.

<sup>2</sup> اسلام الدين بلعول، المرجع السابق، ص38،

<sup>3</sup> أيت سليمان جعفر، التنظيم العقدي لمرحلة التفاوض، مذكرة لإستكمال متطلبات شهادة الماستر، تخصص قانون الشركات، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، 2018/2017، ص 31.

أ/ رفض الدخول في المفاوضات

في حالة تم الإتفاق بين الطرفين على التفاوض وذلك بقبول أحد الطرفين الدعوة الموجهة إليه وأنه قد تم إفراغ ذلك في إتفاق أولي، فهنا الطرفان يصبحان ملزمان بالدخول فعلا في المفاوضات في التاريخ المحدد، وفي حالة إمتناع أحد الطرفين عن الدخول في المفاوضات يصبح مخلا بالتزامه وبعد هذا الإمتناع خطأ عقدي يؤدي إلى قيام مسؤولية عقدية،<sup>1</sup> ومن أبرز التطبيقات للإخلال بالإلتزام بالبداية في المفاوضات التي سبق بيانها الحكم الصادر عن محكمة النقض الفرنسية في قضية رونو الشهيرة، حيث إستخلصت محكمة النقض الفرنسية من خلال رسالة الشركة الموجهة للعامل عن وجود إتفاق بالتفاوض بين الطرفين وتأسيسا عليه خلصت المحكمة إلى أن الشركة قد أخطأت بإمتناعها عن الدخول في المفاوضات مع العامل بالرغم من تحسين وضعيتها الإقتصادية.<sup>2</sup>

ب/ عدم الإستمرار في المفاوضات دون مبرر مشروع

إن الدخول في المفاوضات يستتبعه حتما الإستمرار فيها وبذل المجهود والمساعي اللازمة لتحقيق أهداف المفاوضات، ولكن يمكن لأحد الأطراف قطع المفاوضات والتوقف عنها فهو أمر جائز ولكن لا بد وأن يكون هذا القطع يستند إلى أسباب جدية وموضوعية، كأن الإستمرار في هاته المفاوضات لا طائل منه وأنه لا تتناسب مع الأهداف التي كان قد رسمها المتفاوض قبل المفاوضات، ولكن قطع المفاوضات دون الإستناد إلى سبب يعتبر خطأ عقدي يترتب عليه قيام المسؤولية العقدية،<sup>3</sup> ومن التطبيقات القضائية حول إنعدام المبرر المشروع ما قضت به محكمة النقض الفرنسية في 1999/02/22، وتتلخص وقائعها بأن مشتري محل تجاري قام بالتفاوض مع ملك العقار المقام فيه المحل بغرض إبرام عقد إيجار جديد للعقار بعد أن أبد المالك إستعداده لإبرام العقد قام بقطع المفاوضات فجأة مع الراغب في الإستئجار وأدى ذلك إلى إخفاق المستأجر في إعادة بيع المحل إلى الغير مما جعله يعجز عن سداد ديونه فتم تصفية المحل قضائيا

<sup>1</sup> بوطبالة امعمر، المرجع السابق، ص 207.

<sup>2</sup> آيت سلمان جعفر، مرجع سابق، ص 32.

<sup>3</sup> بوطبالة امعمر، مرجع سابق، ص 208.

وتم بيعه بثمن بخس، وبعد عرض النزاع على القضاء أيدت محكمة النقض، قضاة الموضوع الذين إعتبروا مالك العقار متعسف لقطعه المفاوضات وذلك لإعدام سبب جدي وراء ذلك.<sup>1</sup>

### ج/ عدم الحفاظ على سرية المعلومات المتعلقة بالمفاوضات

عدم الحفاظ على سرية المعلومات المتعلقة بالمفاوضات يقتضي الإلتزام بحسن نية في التفاوض أن يلتزم الطرف الذي تلقى معلومات ذات طابع سري سواء كانت متعلقة بالمنتج ذاته كالأسرار التكنولوجية أو متعلقة ببعض الأسرار الأخرى كالمعلومات الخاصة بحجم نشاط التفاوض معه ومركزه المالي، وأن يلتزم هذا الأخير على المحافظة على تلك الأسرار وذلك بعدم إفشائها للغير وإستخدامها لأغراض شخصية، دون الحصول على إذن مسبق من مالكها، ففي مثل هذه الحالات يعد ذلك إخلالا بالإلتزام بسرية المعلومات، وبشكل خطأ عقديا يؤدي إلى قيام المسؤولية العقدية.<sup>2</sup>

### د/ دفع المتفاوض الآخر لقطع التفاوض

والمقصود بذلك إقدام أحد الطرفين على القيام بالتصرفات التي من شأنها دفع الطرف الآخر إلى قطع المفاوضات، كتمسك الطرف المتفاوض بثمن غالي إذا كان هو البائع أو التمسك بثمن زهيد إذا كان المشتري، وهذا لكي يجعل الطرف الثاني يمل ويفقد الأمل في إبرام العقد وهذا ما يجعله يقطع المفاوضات، وهذا السلوك الإستفزازي الذي أقدم عليه هذا الطرف يعتبر خطأ عقدي يترتب عليه مسؤولية عقدية.<sup>3</sup>

## (2) الضرر

لا يكفي لقيام المسؤولية وقوع الخطأ فقط بل لابد من أن يترتب عن هذا الخطأ ضرر يصيب الطرف المتفاوض الآخر، فالخطأ لا يأخذ بعين الإعتبار إلا ما ينجم عنه من ضرر، والضرر في مرحلة التفاوض قد يكون ضررا أدبيا أو ماديا، فيتمثل الضرر المادي الذي قد يصيب المتفاوض من الناحية المالية

<sup>1</sup> آيت سلمان جعفر، مرجع سابق، ص34.

<sup>2</sup> مرجع نفسه، صفحة نفسها .

<sup>3</sup> بوطباله امعمر، المرجع السابق، ص211.

كالمصروفات التي أنفقها في سبيل التفاوض على العقد الذي باء بالفشل،<sup>1</sup> إضافة إلى ذلك الوقت الذي أمضاه في المفاوضات والفرص التي فاتته بسبب ذلك ومصاريف الدراسات الفنية والتقنية والخبرة، وتقويت فرصة إبرام العقد المنشود، أو إبرام عقود مماثلة مع أشخاص آخرين، وكذلك ضياع حقوقه المالية في معلوماته السرية التي تم إفشاؤها أو إستغلالها بدون إذنه.<sup>2</sup>

أما الضرر الأدبي فهو كل ما يمس المتفاوض في سمعته وإعتباره كأن يؤدي فشل هذا التفاوض إلى تشويه السمعة التجارية للمتفاوض والضرر الأدبي لا يمس الذمة المالية بل فيه مساس بشعور الإنسان وكرامته ومركزه الإجتماعي،<sup>3</sup> ونذكر في هذا الشأن أن بعض الفقه كان يعارض مبدأ تعويض الضرر الأدبي بحجة أن مثل هذا الضرر لا ينقص من الذمة المالية للمضرور شيئاً وأنه من الصعب تقديره نقداً وفقاً للقواعد العامة فإنه للتعويض عن الضرر يستلزم توفره على شروط وهي:

أ/ أن يكون الضرر محققاً أي حالاً وذلك إذا وقع فعلاً أو محقق الوقوع مستقبلاً،<sup>4</sup> والضرر محققاً إذا كان قد حصل فعلاً وتجسدت آثاره على الواقع، ولكن الضرر المحقق لا يقتصر على ذلك الذي وقع فقط بل يشمل كذلك الضرر المستقبلي، وذلك طالما يكون وقوعه مستقبلاً أمراً محققاً وأكد وليس مجرد احتمال قد لا يقع.<sup>5</sup>

ب/ أن يكون الضرر مباشراً يعني أن يكون نتيجة طبيعية لإخلال المتفاوض بالتزامه، ويكون كذلك إذا كان ليس بإستطاعة المتفاوض الآخر أن يتوقاه ببذل جهد معقول،<sup>6</sup> ذلك لأنه في بعض الأحيان يترتب عن الخطأ الواحد أو الفعل الضار عدة أضرار تكون متعاقبة ومتسلسلة ومرتبطة ببعضها البعض، فيثور السؤال عن الأضرار الواجبة التعويض والغير واجبة التعويض، وبالتالي فإن الضرر الذي يستوجب التعويض هو ذلك الذي ينجم مباشرة عن الخطأ أو الفعل الضار أي الضرر المباشر دون غيره.<sup>7</sup>

<sup>1</sup> محمد شاكر محمود، المرجع السابق، ص 192.

<sup>2</sup> بلحاج العربي، مشكلات المرحلة السابقة على إبرام العقد في ضوء القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص 193.

<sup>3</sup> محمد شاكر محمود محمد، مرجع سابق، ص 192.

<sup>4</sup> لحلو خيار غنيمية، نظرية العقد، طبعة 2018، بيت الافكار للنشر والتوزيع، دار البيضاء، الجزائر، ص 201.

<sup>5</sup> علي فيلاي الالتزامات - الفعل المستحق التعويض - الطبعة الثالثة 2015، موفم للنشر، الجزائر، ص 283.

<sup>6</sup> محمد شاكر محمود محمد، مرجع سابق، ص 194.

<sup>7</sup> علي فيلاي، المرجع السابق، ص 296.

ج/ أن يكون الضرر شخصي من المعروف أنه ليس كل من لم يلحقه ضررًا أن يطالب بالتعويض فالضرر كما تم تعريفه هو الأذى الذي يلحق الشخص نتيجة المساس بحقوقه ومصالحه الشخصية وهذا ما يبرز الطابع الشخصي للخسارة المعنوية أو المالية التي لحقت بالمضروب.<sup>1</sup>

### (3) العلاقة السببية

إن العلاقة السببية بين الخطأ والضرر تعتبر الشرط الثالث من شروط المسؤولية العقدية فهي صاحبة الدور الفعال في تحديد الصلة بين الخطأ والضرر، وهذا ما نجده في المفاوضات المنظمة بالعقد، حيث أنه وإذا أخل أحد المتفاوضين بالالتزام بالتفاوض الواقع على عاتقهم وسبب هذا الإخلال ضررًا للطرف الآخر فهنا تقوم المسؤولية العقدية بكامل أركانها،<sup>2</sup> وبالتالي فإنه لا يكفي أن يخطئ المتفاوض في تنفيذ التزاماته التي تفرضها عليه قواعد حسن النية، ولا يكفي أيضًا أن يترتب عن ذلك ضرر يصيب المتفاوض الآخر بل يجب أن يكون ما نتج من ضرر هو نتيجة مباشرة للخطأ العقدي الذي وقع، وهذا ما يعبر عنه بالعلاقة السببية بين الخطأ والضرر، فإذا انقطعت العلاقة السببية لسبب أجنبي كقوة القاهرة أو بفعل الغير أو خطأ المضروب نفسه فلا مسؤولية عن ذلك، فإذا إشتراك مع الخطأ سبب آخر لقطع المفاوضات أو فشلها فتطبق حينئذ القواعد العامة المتعلقة بالإشتراك في الخطأ، أما إذا نجم عن القوة القاهرة استحالة تنفيذ الأداء المتفق عليه فإن الالتزام المدين ينقضي، ولا يكون هناك مجال للتعويض.<sup>3</sup>

### الفرع الثاني: المسؤولية التقصيرية في مرحلة التفاوض

سنتطرق في هذا الفرع إلى أهم الآراء الفقهية حول الطبيعة التقصيرية للمسؤولية في مرحلة المفاوضات والأسس التي إستند عليها ثم نلي ذلك بالحديث عن شروط قيام هاته المسؤولية.

#### أولاً/ الأساس القانوني للمسؤولية

ذهب الكثير من الفقهاء إلى أن فكرة المسؤولية التقصيرية هي التي تحكم مرحلة التفاوض بحجة أن أحكام هذه المسؤولية هي وحدها التي تطبق عند عدم وجود عقد، وهذا ما سنوضحه فيما يلي من خلال

<sup>1</sup> علي فيلاللي، المرجع السابق، ص 297.

<sup>2</sup> ادرنموش مونية، المرجع السابق، ص 76 .

<sup>3</sup> محمد شاكر محمود محمد، مرجع سابق، ص 196.

التطرق لمختلف الإتجاهات الفقهية التي إعتد عليها أنصار الفقه التقليدي وأنصار الفقه الحديث عند تكييفهم للمسؤولية في مرحلة المفاوضات .

### 1) موقف الفقه التقليدي

إختلف الفقه التقليدي في تحديد الأساس القانوني للمسؤولية التقصيرية، وهذا ما سنوضحه في النظريات التالية:

#### أ/ نظرية التعسف في إستعمال الحق

حاول بعض الفقهاء تأسيس فكرة المسؤولية التقصيرية في المرحلة السابقة على التعاقد على أساس نظرية التعسف في إستعمال الحق، ولذلك لأنه قد يحدث الضرر من جراء إستعمال حق مقرر قانوناً أو إتفاقاً.<sup>1</sup>

ويقصد بالتعسف في إستعمال الحق هو إستعمال الشخص للحق المخول له لا ليحقق به نفعاً لنفسه بل ليقع ضرراً بغيره فهو مخطئ، وحسن النية هو معيار إستعمال الحق المشروع والإخلال بهذا المبدأ في إستعمال الحقوق يؤدي إلى التعسف في إستعمال الحق.<sup>2</sup>

ولقد نص المشرع الجزائري في المادة 124 مكرر من ق م ج حول التعسف في إستعمال الحق والتي تنص كالآتي: "يشكل الإستعمال التعسفي للحق خطأ لاسيما في الحالات الآتية إذا وقع بقصد الأضرار بالغير، إذا كان يرمي إلى الحصول على فائدة قليلة بالنسبة إلى الضرر الناشئ للغير، إذا كان الغرض منه هو الحصول على فائدة غير مشروعة"<sup>3</sup>، ومما يعني أن صاحب الحق قد اخل بالغاية التي تقرر من أجلها هذا الحق عن عمد أو بسبب إهمال أو تقصير منه أو أن يستعمل حقه سعياً للحصول على غاية غير مشروعة، كأن تكون مخالفة للنظام العام والآداب العامة ومناقض للغاية التي تقرر من أجلها.

<sup>1</sup> الأصل أنه ليس لأحد أن يشكو من إستعمال هذا الحق الذي يعتبر في ذاته عملاً جائزاً ومشروعاً ما لم يكن هناك خطأ عنه ويسبب ضرراً للغير ففي هذه الحالة يتحول الحق إلى فعل غير مشروع يترتب عليه مسائلة الفاعل إلزام بالتعويض .

<sup>2</sup> محمد شاكر محمود، مرجع سابق، ص 109.

<sup>3</sup> علي فيلالي، المرجع السابق، صص 68/69.

ويؤخذ على هذه النظرية تجاهلها بأن ثمة إلتزامات يمكن أن تنشأ عن العديد من العقود التي قد تبرم بين أطراف التفاوض ويكون الغرض منها تنظيم عملية التفاوض، أو الحفاظ على سرية المعلومات، أو الإلتزام بعدم التفاوض مع الغير، وعليه فالإخلال بالإلتزامات الناتجة عن مثل هذه العقود وإن كان يقع في مرحلة تسبق إبرام العقد النهائي، إلا أنه لا يمكن بأي حال تجريدتها من طبيعتها العقدية.<sup>1</sup>

كما أن رخصة التعاقد ليست حقا حتى يمكن القول بإمكان الحصول على التعسف عند ممارسته بالمعيار الموضوعي للتعسف،<sup>2</sup> كما يصعب عمليا إثبات النية السيئة القاصدة بأضرار الشخص فهو معيار ذاتي محض، فالطرف السيئ النية يمكن أن يخفي نيته السيئة بستار من المصلحة المشروعة كما يصعب على الطرف المضروب إثبات هذه النية السيئة الكامنة في النفس وبالتالي يهدر حقه في التعويض.<sup>3</sup>

### ب/ الفضالة

يتفق أغلب الفقه في فرنسا وعلى رأسهم الفقيه الألماني تون الذي إعتبر أن المسؤولية في مرحلة المفاوضات تخضع لقواعد المسؤولية التقصيرية، حيث عد تون أن الشخص الذي وجهت له دعوة للبدء بالمفاوضات فضوليا يدير شأننا من شؤون رب العمل (صاحب العمل)، عليه يمكن الرجوع على هذا الأخير بدعوى الفضالة لإسترداد ما أنفقه للإلتزام بالعقد،<sup>4</sup> فهو وإن كان يسعى إلى مصلحة شخصية أساسا ولكنه في الوقت عينه يهدف إلى تحقيق مصلحة صاحب الدعوة فيكون من حقه إسترداد ما أنفقه لمصلحة الأخير.<sup>5</sup>

## (2) موقف الفقه الحديث

لقد إتجه الفقه الحديث وكذلك الكثير من أحكام القضاء، إلى وضع تفرقة بين المفاوضات التي تجري مصحوبة بعقد تفاوض، وتلك المفاوضات غير المصحوبة بعقد تفاوض، ففي الحالة الأولى، وكما سبقت

<sup>1</sup> محمد سعيد احمد اسماعيل، فاروق أبو الشامات، المرجع السابق، ص326.

<sup>2</sup> محمد شاكر محمود، المرجع السابق، ص115.

<sup>3</sup> مرجع نفسه، صفحة نفسها.

<sup>4</sup> فإن هذه النظرية عديمة الجدوى في الحياة العملية لأنها تقتصر حق المتفاوض المضروب في التعويض على إسترداد ما أنفقته لمصلحة المتفاوض الآخر فحسب، دون التي انفقها لمصلحته هو.

<sup>5</sup> محمد سعيد احمد اسماعيل، فاروق ابو الشامات، المرجع السابق، ص325.

الإشارة إليه، فإن المسؤولية المترتبة هي مسؤولية عقدية، بينما في الحالة الثانية فإن المسؤولية المترتبة هي مسؤولية تقصيرية، غير أن هذه التفرقة كما يذهب إلى ذلك جانب من الفقه الحديث هي تفرقة تحكيمية تفتقر إلى الأساس القانوني ومن شأنها إيجاد ازدواجية في المعيار المطبق على المسألة الواحدة<sup>1</sup>.

ويقصد بها الدخول في مفاوضات بصورة مباشرة من دون أي إتفاقيات صريحة تنظم عمليات التفاوض أي عدم قيام الطرفين بوضع أي آلية أو إتفاقية تنظم عملية التفاوض أو دون صياغة إتفاق على إجراء التفاوض في ورقة مكتوبة أو أن يصرحا بهذا الإتفاق<sup>2</sup>.

لم يتضمن ق م ف أي نص ينظم مرحلة التفاوض على العقد، ولهذا إتجه الفقه والقضاء الفرنسيان إلى الإستعانة بالقواعد العامة في المسؤولية المدنية وذلك لغرض تنظيم أسس المسؤولية قبل العقدية والإكتفاء بالنص عليها في م 1382 من ق م ف المتعلقة بالمسؤولية عن الفعل الضار بإعتبار أن هذه المادة تطرح كقاعدة عامة "كل خطأ سبب ضرراً للغير يلزم من إرتكبه بالتعويض" تكفي لحل جميع المشاكل المتعلقة بالمسؤولية المدنية بما فيها تلك الناشئة في المرحلة السابقة عن التعاقد وتلك الناجمة عن قطع المفاوضات، لهذا ذهب جمهور الفقهاء الفرنسيين ويؤيدهم القضاة في ذلك إلى القول بأن المفاوضات الغير مصحوبة بإتفاق صريح على التفاوض هي مجرد أعمال مادية غير ملزمة، وأن للمتفاوض الحرية المطلقة في الإنسحاب من التفاوض دون أن يتعرض إلى المسؤولية إلا إذا كان متعسفا في إستعمال حقه في الإنسحاب لأنه وفي هذه الحالة تقوم مسؤوليته<sup>3</sup>.

ومن أبرز التطبيقات القضائية بشأن المفاوضات غير المصحوبة بعقد تفاوض، والمرتبة للمسؤولية التقصيرية، ما قضت به محكمة النقض الفرنسية في تاريخ 20/03/1972، في قضية تتلخص وقائعها في أن مفاوضات جرت بين شركتين لشراء آلة ضخمة باهظة الثمن أمريكية الصنع، حيث قامت الشركة الراغبة في الشراء بإرسال من عاين تشغيل الآلة متحملة نفقات الرحلة، ثم طلبت من الشركة الأخرى، وهي وكيل الصانع في فرنسا، ببيانات إضافية من أجل إختيار النوع المناسب من الآلة، غير أنها و بدلا من تسليم كشف البيانات التي وصلتها من الصانع إلى الشركة الراغبة في الشراء، قامت ببيع الآلة إلى

<sup>1</sup> محمد سعيد احمد اسماعيل، فاروق أبو الشامات، المرجع السابق، ص 202.

<sup>2</sup> قندوسي سعاد، المرجع السابق، ص 46.

<sup>3</sup> محمد شاكر محمود محمد، المرجع السابق، ص 140/139 .

شركة منافسة، مع الإمتناع مدة 42 شهرا عن بيع آلة أخرى، وقد أيدت محكمة النقض الفرنسية حكم محكمة الموضوع، حيث أدانت الشركة المدعى عليها بقطع المفاوضات فجأة ودون مبرر، بعد أن وصلت المفاوضات إلى مرحلة متقدمة - مع علمها بالمبالغ الضخمة التي أنفقتها الشركة المدعية من أجل إبرام الصفقة، وخلصت المحكمة في نهاية المطاف إلى أن الظروف والملابسات التي أحاطت بقطع المفاوضات، جعلته قطعاً تعسفياً مقيماً للمسؤولية التقصيرية<sup>1</sup>.

كما لا يرتب القانون الإنجليزي عن المفاوضات، سواء كانت مصحوبة بعقد تفاوض أو غير مصحوبة بعقد تفاوض أية مسؤولية، ويرجع ذلك لسببين رئيسيين، السبب الأول أن مفهوم العقد في القانون الإنجليزي يختلف عن مفهوم العقد في الدول الأوروبية الأخرى، فإذا كانت هذه الأخيرة تنظر إلى أنه يكفي لإنعقاد العقد توافق إرادتين متطابقتين، غير أن الأمر ليس بهذه الصورة في القانون الإنجليزي، إذ ليس كل إتفاق لإرادتين يعتبر عقداً، وإنما يجب أن يستند العقد في القانون الإنجليزي إلى مقابل مادي، حيث يعتبر عقداً ملزماً من الناحية القانونية، فإن لم يتلق الشخص مقابلاً مادياً في يده، فلا يمكن الحديث عن عقد ويجب أن يكون المقابل المادي صادراً من الموعد له شخصياً، و ليس من طرف شخص آخر، ويجب أن يتم تقديم المقابل المادي في ذات الوقت الذي يصدر فيه الوعد.

أما السبب الثاني، فيكمن في أن المفاوضات في القانون الإنجليزي، تقوم على فكرة المخاطرة التي تقتضي توخي الحذر، بحيث يحرص كل طرف متفاوض على تحقيق مصالحه الخاصة، وتحمل مخاطر تفاوضه، ومن أبرز التطبيقات القضائية في هذا المجال والمتعلقة بعدم الإعراف بعقد التفاوض، القضية التي تتلخص وقائعها، في أن إحدى الشركات الهندية أرسلت رسالة نية إلى شركة أخرى، تخبرها فيها عن رغبتها في التعاقد معها، وبدء الأشغال دون إنتظار، ولكن سرعان ما ثار بين الشركتين نزاع، والذي تم رفعه إلى القضاء، حيث قررت المحكمة أن رسالة النية الصادرة من الطرف الأول، لم تنشئ أي إلتزام تعاقدي، رغم بدء تنفيذ الأشغال من الطرف الآخر<sup>2</sup>.

إن ق م م شأنه شأن القوانين الأخرى المقارنة لم يتضمن نصاً خاصاً ينظم فترة المفاوضات تاركاً للفقهاء والقضاء مهمة الإجتهد وإيجاد الحلول، ولقد إستقر الرأي لدى الفقه المصري بأن المفاوضات هي

<sup>1</sup> بوطباله امعمر، المرجع السابق، ص187.

<sup>2</sup> المرجع نفسه، ص 188.

مجرد عمل مادي لا يترتب عليه أي أثر قانوني، فكل طرف متفاوض حر في قطع المفاوضات في أي وقت يريد ومن دون أن يتعرض لأي مسؤولية، والعدول لا يصلح لأن يكون سببا للمسؤولية وذلك لأنه يستند لمبدأ حرية التعاقد، وهذه الحرية مكفولة لكل طرف متفاوض، إلا أنه إذا إقترن العدول بخطأ الحق ضررا بالطرف الآخر بالطرف الآخر فهنا يترتب عنه مسؤولية الطرف العادل وذلك على أساس المسؤولية التقصيرية المبنية على الخطأ الثابت.<sup>1</sup>

وعلى غرار ما ذهب إليه المشرع المصري، فإن المشرع الجزائري لم يورد أيضا أي نص قانوني يحكم مرحلة المفاوضات، إذ أن تنظيم العقد في القانون الجزائري، يقتصر فقط على مرحلة إبرامه ومرحلة تنفيذه ولم يول المشرع أي إهتمام يذكر لمرحلة التفاوض على العقد، وعليه يذهب جانب من الفقه الجزائري بأن المفاوضات غير المصحوبة بعقد تفاوض في القانون الجزائري تعد عملا ماديا وليس تصرفا قانونيا ويترتب عن العدول أو الإنسحاب من المفاوضات أي أثر إلا إذا كان هذا العدول قد صاحبه خطأ مستقل من أحد المتفاوضين أدى إلى إلحاق الضرر بالتفاوض معه، ففي مثل هذه الحالة نكون بصدد قيام المسؤولية التقصيرية إذا توافرت شروطها.<sup>2</sup>

#### ثانيا/ شروط قيام المسؤولية التقصيرية

بالرجوع إلى القواعد العامة فإن شروط قيام المسؤولية التقصيرية تتمثل في الخطأ التقصيري والضرر والعلاقة السببية بينهما، وسبق وأن تطرقنا إلى الضرر والعلاقة السببية في المسؤولية العقدية فهما لا يختلفان عن بعضهما إلا فيما يخص الضرر في المسؤولية العقدية، المتفاوض يسأل عن الضرر المباشر المتوقع فقط على عكس الضرر في المسؤولية العقدية يسأل عن الضرر المباشر المتوقع والغير المتوقع إلا أنه إستوجب التطرق إلى الخطأ التقصيري الذي يختلف عن الخطأ العقدي.

<sup>1</sup> محمد شاكر محمود محمد، المرجع الشاكر، ص136.

<sup>2</sup> بوطباله امعمر، المرجع السابق، ص190.

الخطأ التقصيري

الخطأ التقصيري هو إنحراف الشخص في سلوكه عن سلوك الرجل العادي الذي يوجد في نفس الظروف الخارجية المتعلقة بمرتكب الفعل، أما الإلتزام الذي يعتبر الإخلال به خطأ في المسؤولية التقصيرية فهو إلتزام ببذل عناية، وهو أن يكون الشخص متبصراً ويقظاً في سلوكه حتى لا يضر بالغير فإذا إنحرف عن هذا السلوك المفروض كان هذا الإنحراف خطأ يستوجب المسؤولية التقصيرية، وعلى ضوء ذلك يكون المتفاوض مخطئاً خطأً تقصيرياً في العديد من الحالات نذكر أهمها:

أ/ التجسس وإضاعة الفرصة

ولقد أكدت هذا المعنى نص الفقرة الثالثة من المادة 15-02 من مجموعة المبادئ المتعلقة العقود التجارة الدولية التي أقرها معهد توحيد القانون الخاص في روما سنة 1994 والتي تنص على أنه: "ويعتبر سيء النية خصوصاً الطرف الذي يفتتح أو يتابع المفاوضات وهو يعلم أن ليس لديه نية الوصول إلى اتفاق"<sup>1</sup>. إذ أن المفاوضات تتميز بعنصر الإحتمالية وفي هذه المرحلة المهمة من العقد يتبادل الطرفان معلومات حول العقد، وهاته المعلومات ذات أهمية والتي يطلع عليها الشخص لهدف شخصي خارج إطار التعاقد.<sup>2</sup>

ب/ الدخول في المفاوضات بهدف إعاقتها

ويقصد بها تلك المفاوضات التي يدخل فيها الطرف المتفاوض، لابهدف التفاوض على إبرام العقد وإنما بقصد إعاقة المتفاوض الآخر قصد إشغاله وتعطيله عن إتمام صفقة أخرى كان على وشك إتمامها وإبرامها مع الغير وذلك لتحقيق مصلحة شخصية له أو لغيره وبمجرد تحقيق مبتغاه يلجأ إلى قطع المفاوضات، وهنا مسؤولية المتفاوض الذي قام بإعاقة المفاوضات وإفشالها تكون تقصيرية، وذلك لأن قطع المفاوضات بدون مبرر مشروع تعد خطأً تقصيرياً يترتب عنه المسؤولية العقدية التي تقتضي أن يتفاوض الشخص وفق مسلك الرجل العادي.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> اسلام الدين بعلول، المرجع السابق، ص 43.

<sup>2</sup> محمد شاكر محمود محمد، المرجع السابق، ص 209.

<sup>3</sup> مرجع نفسه، ص 210.

الفرع الثالث: الطبيعة المزدوجة للمسؤولية في مرحلة المفاوضات

على عكس الفقه التقليدي هناك فقهاء يجدون أن المسؤولية في مرحلة التفاوض تأخذ طريق بين المسؤولية العقدية والتقصيرية، كما يروا أن المسؤوليتين لا تتوافق مع مرحلة التفاوض سواء المسؤولية العقدية التي جاء بها الفقهاء الألمان أو المسؤولية التقصيرية التي جاء بها المصريون والفرنسيين، ولهذا فإن المسؤولية في مرحلة التفاوض لها طبيعة خاصة لا يمكنها أن تكون داخل إطار المسؤولية العقدية أو المسؤولية التقصيرية، وذلك لأن المتفاوضون في هذه المرحلة ليسوا بغرباء بل هم على علاقة ببعضهم البعض ولكن في نفس الوقت ليسوا على علاقة تعاقدية وليسوا بمتعاقدين.<sup>1</sup>

ومن ثم ظهرت نظرية فاجيلا والذي قام بدراسة المرحلة السابقة للتعاقد بعمق، ويرى هذا الفقيه أن المرحلة السابقة للتعاقد تمر بثلاث مراحل أساسية<sup>2</sup> ولكل مرحلة من هذه المراحل قيمة قانونية، ويترتب عن كل مرحلة آثار قانونية معينة،<sup>3</sup> وتتعقد المسؤولية في كل مرحلة من المراحل الثلاث ولكن بدرجات متفاوتة.

أولا/ المسؤولية في مرحلة المفاوضات التمهيديّة

بين فاجيلا أن المسؤولية في مرحلة المفاوضات تنتج عن الانسحاب التعسفي من المفاوضات ودون وجود مبرر شرعي وان يترتب عن هذا الانسحاب أضرار مالية.<sup>4</sup>

ثانيا/ المسؤولية في مرحلة صياغة الإيجاب

في هذه المرحلة تزداد الثقة والطمأنينة بين الطرفين وتزداد فرص إبرام العقد وعلى ضوءها يتخلى كل طرف عن الفرص التي تعرض عليه، فإذا عدل الطرف الآخر بعد ذلك دون مسوغ مشروع فإنه يكون مسؤولاً عن تعويض الطرف المضرور عن الفرص الضائعة بالإضافة إلى نفقات التفاوض.<sup>5</sup>

<sup>1</sup> Mahmoud elsehly .la période précontractuelle :etude comparée des régimes francais et égyptien , en vue de l'obtention du doctorat de L'universite de toulouse capitole, école doctorale ;droit et science politique , 2018 ,p 138 , 139

<sup>2</sup> قندوسي سعاد، المرجع السابق، ص40.

<sup>3</sup> بوطيالة امعمر، المرجع السابق، ص158.

<sup>4</sup> محمد شاكر محمود محمد، المرجع السابق، ص122.

<sup>5</sup> مرجع نفسه، صفحة نفسها.

ثالثاً/المسؤولية بعد تصدير الإيجاب

إذا صدر الإيجاب النهائي ووجه إلى الموجه إليه فإنه ينشأ ضمان قانوني بأن الموجب لا يعدل عن إيجابه، فإذا عدل عن إيجابه هو ملزم بموجب الضمان القانوني بتعويض الطرف الآخر، وتختلف هنا المسؤولية عن المرحلتين السابقتين، إذ لا يشترط في العدول عن هذه المرحلة أن يكون تعسفياً بل مجرد العدول يلزم صاحبه التعويض للطرف الآخر عن نفقات التفاوض والفرصة الضائعة.<sup>1</sup>

إن الأساس الذي يستند إليه فاجيلاً لقيام المسؤولية قبل التعاقدية هو فكرة الضمان القانوني والمتمثل في واقعة القبول الإرادي بالدخول في المفاوضات، فبمجرد حصول هذا القبول ينشأ ضمان قانوني يلتزم بمقتضاه كل طرف بعدم الإنسحاب من المفاوضات دون الإستناد إلى أي مبرر جدي أو موضوعي.<sup>2</sup>

أما بالنسبة للتعويض عن الأضرار التي تلحق الطرف المضرور في مرحلة التفاوض على العقد فيقتصر نطاقه حسب فاجيلاً على النفقات التي أنفقتها المضرور منذ بدء المفاوضات، من أجل الإعداد والتحضير للعقد المزمع إبرامه، كنفقات إعداد الدراسات الأولية، ونفقات الإقامة والنقل، وغيرها من النفقات التي تتطلبها عملية التفاوض.<sup>3</sup>

المطلب الثاني: آثار المسؤولية المدنية المترتبة في مرحلة المفاوضات

بعد دراسة طبيعة المسؤولية الملقاة على الأطراف المتفاوضة وتحديد أساسها القانوني، وجب البحث في الآثار التي تترتب عن هذه المسؤولية سواء كانت عقدية مردها عقد التفاوض، أو تقصيرية في الحالة التي لا يوجد فيها عقد التفاوض.

إن تحديد آثار المسؤولية المدنية يتطلب تبيان الجزاء المترتب عن الإخلال بالإلتزامات الناشئة خلال مرحلة المفاوضات والذي يتنوع بين التنفيذ العيني للإلتزام (الفرع الأول)، وفي حالة تعذره نكون أمام التنفيذ بمقابل (الفرع الثاني).

<sup>1</sup> قندوسي سعاد، المرجع السابق، ص41.

<sup>2</sup> بوطباله امعمر، المرجع السابق، ص183.

<sup>3</sup> مرجع نفسه، صفحة نفسها.

الفرع الأول: التنفيذ العيني

نظم المشرع الجزائري أحكام التنفيذ العيني للإلتزام في إطار ق م ج في المواد من 164 الى 175.

لكن الملاحظ من خلال إستقراء مختلف المواد المتضمنة لأحكام التنفيذ العيني للإلتزام أن المشرع الجزائري لم يعرف التنفيذ العيني واكتفى بالنص في المادة 164 على أن: " يجبر المدين بعد إعداره طبقا للمادتين 180 و 181 على تنفيذ إلتزامه تنفيذا عينيا، متى كان ذلك ممكنا." <sup>1</sup>

يتبين أن المشرع الجزائري تبنى فكرة التنفيذ العيني متى كان ذلك ممكنا فقط<sup>2</sup>، على أنه إذا كان في التنفيذ العيني إرهاب للمدين جاز للمحكمة أن تصدر حكما بناء على طلب المدين أن يتم التنفيذ بناء على عوض نقدي بشرط أن لا يلحق ضررا جسيما ذلك بالدائن، وبمفهوم المخالفة جاز للدائن أن يطلب من المحكمة اجبار المدين على تنفيذ الإلتزام تنفيذا عينيا ولكن بشرط أن يكون هذا التنفيذ ممكنا وغير مرهق للدائن<sup>3</sup>، ويكون هذا الإلزام عن طريق وسائل قانونية من أجل حث المدين المتعنت على تنفيذ إلتزامه وهي الغرامة التهديدية وهذا ما نصت عليه المادة 174 من ق.م.ج.

وهذا ما أخذ به جانب من الفقه الذي يري بأنه يمكن للقاضي إجبار المتفاوض على تنفيذ إلتزامه بالتفاوض عينا وذلك بإعمال سلطته التقديرية، ويستند هذا الرأي على حكم صدر عن محكمة إستئناف باريس في 28 سبتمبر 1976، والذي قضى بالإلزام بالتفاوض وتعلق وقائع هذه القضية بعقد توريد كمية من زيت المازوت بين شركة EDF وشركة شال Shall، وتضمن العقد بندا يلزم الطرفين بإعادة التفاوض حول الثمن في حالة ارتفاع أو انخفاض الأسعار، وبعد حرب أكتوبر 1973 إرتفعت أسعار البترول، ودخل الطرفان في مفاوضات من أجل تعديل السعر، ولكن المفاوضات باءت بالفشل، وحينما تصدت المحكمة للنظر في النزاع قضت قبل أن تفصل في الموضوع بالإلزام الطرفين بالتفاوض كمحاولة للتوصل إلى إتفاق

<sup>1</sup> الأمر رقم 75-58، المتضمن القانون المدني.

<sup>2</sup> مصطفى أمين، أعراب زهرة، التنفيذ العيني للإلتزام، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر، تخصص قانون خاص معمق كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود امعمري، تيزي وزو، 2018/2019 ص15.

<sup>3</sup> مرجع نفسه، نفس الصفحة.

على أن تكون للمحكمة في حالة فشل المفاوضات، أن تقضي على ضوء المفاوضات والحلول المقترحة إما بإبطال العقد أو فرض تعديل بمعرفتها.<sup>1</sup>

وكذلك في مجال تكون إمكانية تنفيذ الإلتزامات التي يفرضها التفاوض تنفيذا عينيا، أن هناك إلتزاما يقبل بطبيعته التنفيذ العيني جبرا، وهو الإلتزام بالمحافظة على سرية المعلومات المقدمة خلال مرحلة المفاوضات .

فإذا قام المتفاوض الذي تلقى معلومات سرية بإستغلالها، أو تصرف فيها لحسابه الشخصي، جاز للمتفاوض المضروب من هذا الإخلال بالإلتزام بالمحافظة على سرية المعلومات، أن يتخذ الإجراءات القضائية المناسبة لمنع هذا المتفاوض من تحقيق ذلك، وإذا تمكن هذا الأخير من مباشرة عملية إستغلال تلك المعلومات ذات الطابع السري بالفعل، فإن صاحب المعلومات يستطيع أن يجبره على عدم الإستمرار في هذا الإستغلال، كأن يلجأ إلى القضاء من أجل إستصدار حكم بغلق المنشأة التي يمارس فيه هذا الإستغلال الغير مشروع، وهذا دون الإخلال بحق المتفاوض المضروب في المطالبة بالتعويض لجبر ما أصابه من ضرر.<sup>2</sup>

غير أنه هناك جانب من الفقه حاول إستبعاد التنفيذ العيني في مجال المفاوضات في عقود الأعمال وقد ذهب الفقه في عدم جواز إجبار المتفاوض على تنفيذ إلتزامه بالتفاوض تنفيذا عينيا، حتى ولو لم يكن هذا التنفيذ لا مستحيلا ولا مرهقا وذلك لسببين هما:

- لأن تنفيذ الإلتزام بالتفاوض تنفيذا عينيا يستوجب تدخل المتفاوض المدين شخصا والحال أنه يرفض أصلا الدخول في المفاوضات أو الإستمرار فيها، فإذا أجبر على فعل ذلك ففي هذا الإلجبار مساس لحرية الشخصية وحرية التعاقد.<sup>3</sup>
- يتمثل في أن إجبار المتفاوض على بدء المفاوضات أو الإستمرار فيها يكون غير مجد في مجال المفاوضات في عقود الأعمال، ذلك أن التفاوض في طبيعته يحتاج إلى التعاون بين الطرفين، بالإضافة إلى ضعف فرص المفاوضات وإجبار أحد طرفي العقد على التفاوض

<sup>1</sup> بوطالة امعر، المرجع السابق، ص 220.

<sup>2</sup> مرجع نفسه، نفس الصفحة.

<sup>3</sup> اسلام الدين بعلول، المرجع السابق، ص 47.

والجلوس على طاولة المفاوضات في مواجهة الطرف الآخر في جو نفسي يسوده التوتر والنزاع، ولا شك في صحة هذه النتيجة كلما تعلق الأمر بالتفاوض الذي يستهدف إقامة علاقة تعاقدية، وهو نفس الشيء يقال عن اللجوء إلى الحكم على الطرف الآخر بغرامة تهديدية لدفع الطرف المتفاوض للعودة إلى طاولة المفاوضات في عقود الأعمال<sup>1</sup>.

### الفرع الثاني: التنفيذ بمقابل

التنفيذ بمقابل هو أن يدخل المسؤول في ذمة المضرور قيمة معادلة لتلك التي حرم منها، فهو لا يرمي إلى محو الضرر بل يرمي إلى جبره، وعادة ما يكون التعويض بمقابل نقدي وهو الأصل طبقاً لنص المادة 2/132 ق م ج، إذا تعذر على الدائن إجبار المدين المتفاوض على تنفيذ إلتزامه المتمثل في الإستمرار في التفاوض عينياً، فيمكنه طلب تعويض نقدي عادل وشامل عن كل ما أصابه من جراء عدم التنفيذ طبقاً للمادة 176 ق.م.ج التي تنص على أنه: " إذا استحال على المدين أن ينفذ الإلتزام عينا حكم عليه بتعويض الضرر الناجم عن تنفيذ إلتزامه"، يقدر القاضي التعويض إذا لم يكن مقدراً في العقد أو بنص القانون، طبقاً للمادة القانون 182. م.ق.ج.<sup>2</sup>

ويتولى القاضي تحديد التعويض عل قدر الضرر، لأن قوام المسؤولية المدنية هو إعادة التوازن الذي إختل نتيجة للضرر الذي وقع. ويشمل التعويض العناصر التالية:

### أولاً/ نفقات التفاوض

من أهم الأضرار التي قد يتكبدها المتفاوض المضرور هي النفقات التي صرفت في سبيل إبرام العقد والدراسات الفنية وتقارير الخبراء والجهد الضائع في تحضير العقد وإعداد النماذج والأضرار الناجمة عن إفشاء معلومات سرية، ولكي يستحق التعويض يجب أن لا يكون الخطأ بسبب الدائن المضرور لسذاجته أو خفته، كأنه يجب أن لا تكون التكاليف باهضة ونفقات خارجة عن المؤلف.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> اسلام الدين بعلول، مرجع لسابق، ص 47.

<sup>2</sup> أحمد صليحة، آثار المسؤولية المدنية الناشئة عن إخلال المتفاوض بالتزامه بالتفاوض بحسن نية، مجلة العدد العاشر جامعة قاصدي مرباح، جانفي 2014، ص 120.

<sup>3</sup> مرزاقة معمري، المرجع السابق، ص 57.

إن قطع المفاوضات من قبل المتفاوض معه، تؤدي إلى إلحاق ضرر أكيد بالطرف الآخر، حيث تشكل هذه النفقات بالنسبة له خسائر حقيقية تلحق ضررا به، يتعين على المتفاوض معه والمسؤول عن قطع المفاوضات جبرها<sup>1</sup>.

وحتى يستطيع المتفاوض المضور المطالبة بالتعويض عن تلك النفقات، يشترط أن تكون هناك علاقة سببية بين هذه النفقات، وبين عملية التفاوض التي إنتهت إلى الفشل، ومفاد ذلك أن تكون هذه النفقات قد تمت بمناسبة إجراء المفاوضات، ومن ثم لا يمكن إسترداد ما أنفقه المتفاوض قبل بدء عملية التفاوض، أو بعد إنسحاب المتفاوض الآخر من المفاوضات.<sup>2</sup>

ويخرج من دائرة نفقات التفاوض ما لم ينفق في سبيله، فالمتفاوض المسؤول عن الضرر لا يتحمل النفقات التي أنفقها المضور قبل البدء في التفاوض أو التي أنفقها بعد علمه بإنسحابه من التفاوض، فلا مجال لإسترداد المضور لما أنفقه إذا ثبت أن هذه النفقات تكبدها لسذاجته أو خفته أو عدم إحترازه، حيث أنه بعد ذلك لا يمكن أن يلوم إلا نفسه، كأن يكون قد أسرف وبذر كقيامه بإجراء دراسات فنية تمهيدية باهظة التكاليف لا تتناسب مع حجم المشروع المتفاوض عليه، فيكفي في هذه الحالة أن يقوم المسؤول بقطع العلاقة السببية بين تلك النفقات التي تكبدها المضور وبين المفاوضات التي تم العدول عنها.<sup>3</sup>

### ثانيا/ الوقت الضائع

إن التعويض عن ضياع الوقت من الأضرار المتوقعة عادة في مرحلة المفاوضات ويستحق التعويض عن أيا كانت المرحلة التي وصلت إليها المفاوضات، ويتم تقديره جزافيا وفقا لقواعد العدالة بالقدر اللازم لجبر الضرر.<sup>4</sup>

ويقتصر التعويض على المصلحة السلبية كالمصاريف التي أنفقها المتفاوض والخسارة التي تكبدها من جراء قطع التفاوض، دون المصلحة الإيجابية والتي تشمل الكسب الذي فاتته لعدم تمام العقد.

<sup>1</sup> بوطبالة امعمر ، المرجع السابق، ص224.

<sup>2</sup> مرجع نفسه، صفحة نفسها.

<sup>3</sup> اندرنموش مونية، المرجع السابق، ص77.

<sup>4</sup> مرزاقه معمر، المرجع السابق، ص58.

وعلى العموم وبما أن من خصائص هذا المرحلة "الإحتمالية" وبالتالي يصعب تقدير التعويض بشأنها وعليه فالأضرار الغير متوقعة والإحتمالية المستقبلية لا تعوض.<sup>1</sup>

### ثالثاً/ تفويت الفرصة

يقصد بتفويت الفرصة الحرمان من فرصة جادة وحقيقية لتحقيق كسب إحتمالي بإعتبارها ضرراً محققاً أصاب المضرور، لذا فإن التعويض الذي يستحقه هذا المضرور يقدر بقدر هذا الضرر المحقق أي يقدر بقيمة الفرصة التي ضاعت عليه.<sup>2</sup>

يعتبر تفويت الفرصة من الأضرار المتوقعة في مرحلة التفاوض، حيث يؤدي قطع المفاوضات إلى حرمان المتفاوض المتضرر من القطع من فرصة حقيقية وجادة لتحقيق كسب إحتمالي،<sup>3</sup> ويتمثل هذا الكسب الإحتمالي في:

#### 1) الضرر المتمثل في تفويت فرصة إبرام العقد محل التفاوض

أخذ القضاء موقفاً متشدداً في بادئ الأمر وكان لا يقبل تعويض الطرف المتضرر من قطع المفاوضات عن مجرد إبرام العقد المتفاوض عليه، فليس للمضرور أن يطلب التعويض عن مزايا عقد لم يكن له أن يعتمد عليه إذ أن تعويضه عن هذه المزايا يؤدي إلى حصوله على ما يفوق ما حرم منه<sup>4</sup>.

ويؤيد جانب من الفقه هذا الإتجاه فيرى أنه من غير المقبول أن ينشأ للمتفاوض المضرور حق في التعويض عن مجرد عدم إبرام العقد معه، وذلك لأن إبرام العقد يكون دائماً أمراً إفتراضياً مما لا يتصور معه قيام فرصة جادة في تحقق الكسب، ومن ثم يجب أن يقتصر التعويض في حالة قطع المفاوضات على نفقات التفاوض دون أن يمتد إلى الأرباح المحتملة تحقيقها.<sup>5</sup>

<sup>1</sup> مرزاقه معمري، مرجع سابق، ص 58.

<sup>2</sup> محمد محمود محمد شاكر، المرجع السابق، 272.

<sup>3</sup> مرجع نفسه، صفحة نفسها.

<sup>4</sup> وهذا ما قد قضت به محكمة بروكسل البلجيكية حيث قالت في حكم لها في 24 يونيو 1985 " ليس للطرف المضرور من قطع المفاوضات أن يطالب بالتعويض عن المزايا التي كان سيحصل عليها من عقد لم يكن له ان يعتمد عليه ".

<sup>5</sup> محمد محمود محمد شاكر، المرجع السابق، 272.

ولكن لا يمكن أن يتم الأخذ بهذا الإتجاه على مجمله، وذلك لأن الحرمان من فرصة إبرام العقد والحصول على أرباحه هو ضرر محقق وحال ومن ثم يجب التعويض عنه، وهذا ما قضت به محكمة النقض المصرية في حكم لها " أنه إذا كانت الفرصة أمراً محتملاً فإن تفويتها أمر محقق يجيز للمضرور أن يطالب بالتعويض عنها ولا يمنع القانون من أن يدخل في عناصر التعويض ما كان المضرور يأمل الحصول عليه من كسب من وراء تحقق الفرصة.

وهذا ما إتفق عليه القضاء والفقهاء في فرنسا ومصر على وجوب تعويض المتفاوض المتضرر من قطع التفاوض عن حرمانه من فرصة إبرام محل التفاوض بشرط ان تكون هذه الفرصة حقيقية وجادة.<sup>1</sup>

## (2) الضرر المتمثل في تفويت فرصة إبرام عقد مع الغير

يذهب جانب من الفقهاء وتأييده في ذلك بعض أحكام القضاء، إلى أنه يحق للمتفاوض المضرور من فشل المفاوضات، المطالبة بتعويضه عن تفويت الفرصة عليه إبرام عقد آخر، عوضاً عن العقد المتفاوض عليه والذي فشل في إبرامه، ويشترط في ذلك أن يثبت أنه تخلى عن الفرصة بحسن نية، إعتقاداً منه على الأمل الكاذب الذي خلقه المتفاوض الآخر في نفسه، والذي جعله يعتقد بأن العقد محل التفاوض سيبرم لا محالة.

وفي مثل هذا الفرض يستطيع المتفاوض الذي تخلى عن فرصة أو فرص أخرى إبرام عقد بديل مع الغير، بأن يطالب الطرف الآخر المتفاوض معه بالتعويض عن تفويت فرصة إبرام عقد آخر بديل مع الغير لأن المتفاوض الآخر قام بقطع المفاوضات دون الإستناد في ذلك إلى سبب جدي أو موضوعي وبذلك يكون قد أضعاف فرصة حقيقية لإبرام عقد بديل مع الغير.<sup>2</sup>

ويشترط لإستحقاق هذا التعويض أن تكون الفرصة البديلة جادة وحقيقية وقائمة، وألا يكون ضياع فرصة إبرام عقد بديل مع الغير، راجعاً إلى سذاجة المتفاوض المضرور، وذلك بأن يتسبب هذا الأخير كليا أو جزئياً في ضياعها بسبب خطأ صادر منه.

<sup>1</sup> محمد محمود محمد شاك ، مجع سابق، صص 273 / 274.

<sup>2</sup> بوطبالة امعمر ، المرجع السابق، ص232.

وفي هذا الصدد لم يتردد الفقه الجزائري وكذا المحكمة العليا في أحد إجهاداتها، في إعتقاد مبدأ التعويض عن تقويت الفرصة في شكل مبدأ عام، لأن الفرصة وبالرغم من كونها أمراً إحتمالياً غير مؤكد فإن تقويتها يشكل نوعاً من أنواع الضرر المحقق الذي يصيب الطرف الآخر، والذي يستوجب أن يأخذه القاضي بعين الإعتبار عند تقديره للتعويض، وهذا وفقاً لظروف وملابسات كل قضية على حدة، رغم صعوبة تقدير الفرص كقيمة مالية.<sup>1</sup>

#### رابعاً/التعويض عن السمعة التجارية

إن المعاملات التجارية تقوم على أساس الثقة التي تتولد في نفسية المتعامل، الذي يقبل على التعاقد من خلال البحث على المتعاقدين الذين يتمتعون بسمعة تجارية طيبة في الأوساط التجارية، سواء تعلق الأمر بالمركز المالي أو التجاري، أو الكفاءة العالية في إدارة العملية التعاقدية.

وعليه، فإن قطع المفاوضات من أحد الأطراف المتفاوضة دون الإستناد في ذلك إلى أي سبب جدي أو موضوعي، من شأنه أن ينال من السمعة التجارية للطرف الآخر، حيث تحوم الشكوك حول سلامة مركزه المالي أو قدرته على إدارة العملية التفاوضية، الأمر الذي يؤثر بشكل مباشر على نشاطه التجاري ويعرضه لخسائر كبيرة يصعب جبرها، ولأن التعويض عن السمعة التجارية يندرج في نطاق مفهوم الضرر الأدبي الذي يتعين جبره، فإن القاضي عندما يتصدى لتقدير التعويض يجب عليه أن يأخذ التعويض عن السمعة التجارية بعين الإعتبار.<sup>2</sup>

ومن أهم التطبيقات القضائية في مجال التعويض عن الضرر الأدبي بسبب قطع المفاوضات، ما قضت به محكمة النقض المصرية في حكمها الصادر بتاريخ 27/01/1966، حيث إنتهت من خلاله إلى تعويض التاجر الذي قطع المفاوضات معه فجأة، ودون أي مبرر عن الضرر المادي والأدبي الذي أصابه، من جراء إظهاره بمظهر من يسهل خداعه ومن لا يوثق فيه، مما نال من سمعته في السوق التجارية<sup>3</sup>

<sup>1</sup> بوطبالة امعمر، مرجع سابق، ص 232 .

<sup>2</sup> مرجع نفس، صص 226 / 227 .

<sup>3</sup> مرجع نفسه، صفحة نفسها.

### خلاصة الفصل الثاني:

إن عملية التفاوض تأخذ أساسها من تنظيم العملية العقدية، وتعد المفاوضات بمثابة مرحلة يتم من خلالها تأمين عملية التفاوض من جهة وكذا الإستعداد لإبرام العقد النهائي إذا ما تم التوفيق بين مصالح الأطراف المتفاوضة، فبجرد ما أن يتم قبول الأطراف الدخول في عملية المفاوضات سواء كان ذلك بصفة صريحة أو ضمنية، يقع على عاتق كل طرف جملة من الإلتزامات والتي تأخذ أساسها من الإلتزام بحسن النية وتعد كافة الإلتزامات الأخرى بمثابة إلتزامات فرعية، وهذه الإلتزامات تقع على عاتق كل الأطراف أو أحدهما سواء كان هذا الإلتزام يتسم بالطبيعة العقدية، أو كان مجردا من الطابع العقدي فكل طرف ملتزما بها تحت مقتضيات حسن النية وشرف التعامل، وفي حالة أخل أحد الأطراف بهذه الإلتزامات تترتب عليه قيام المسؤولية المدنية، والتي تم الأخذ بها فقها من زاويتين إستنادا لوجوج العقد من عدمه، ففي حالة ما إذا كان إتفاق التفاوض مستندا الى عقد تفقرت المسؤولية العقدية، وفي حالة لم يستند على عقد التفاوض تقوم المسؤولية التقصيرية، وفي كلتا الحالتين تتقرر المسؤولية متى توافرت شروطها كما هو منظم في القواعد العامة بتوافر كل من الخطأ والضرر والعلاقة السببية.

في حالة قيام أحد الأطراف بالإخلال بعملية التفاوض يتقرر على ذلك جزاء والمتمثل إما في التنفيذ العيني أو التنفيذ بمقابل، لكن وفي حالة صعوبة تطبيق الحالة الأولى لأنه لا يمكن إجبار أي طرف من الدخول في عملية التفاوض لذلك فإن التنفيذ الأصح هو التنفيذ بمقابل، وهو تعويض الطرف المضرور على مافاته من كسب وما لحقه من خسارة، لأن الطرف المتقاعس عن التفاوض أو الذي لم يتم عملية هذه العملية دون سبب جدي قد يلحق للطرف الأخر أضرار كون أن هذا الأخير عند قبوله عملية التفاوض قد وقعت على عاتقه إلتزامات عدة من بينها الإلتزام بعدم القيام بمفاوضات موازية وهذا ما قد يضيع عليه العديد من الفرص، كما قد يكون هذه الإخلال مرهقا للطرف المضرور بحيث يكلفه إهدار الكثير من المال والوقت والجهد، لذلك يمكن للطرف المتضرر المطالبة بالتعويض عن الأضرار الأدبية والمادية التي لحقت به.

خاتمة

في نهاية دراستنا يمكن القول بأن المفاوضات في عقود الأعمال مرحلة أصبح من اللازم المرور بها من أجل إبرام العقود الضخمة المتعلقة بعقود الأعمال، فقد بات من الضروري الإهتمام بهذه المرحلة نتيجة ظهور نوع من العقود ذات الطابع الفني المعقد والتي يصعب الحصول فيها على إيجاب وقبول في وقت واحد، وهذه العملية يتم فيها الإتصال بين الأطراف من أجل المناقشة على العقد الذي يريدون إبرامه مستقبلاً، وذلك من خلال دراسة محل العقد وكذا المقابل له والكشف على العقد من كافة زواياه وكذا التأكيد على جدوى إبرام هذا العقد وما يترتب عنه من إيجابيات ومزايا تعود على أطرافه، والحاجة التي تدفع الأطراف من المرور بهذه المرحلة هي بعث الثقة والطمئينة وكذا الثقة بين الأطراف المتفاوضة ويبرز العمل بهذه المرحلة في العقود ذات الطابع المالي والتي تكون فيها الشركات الضخمة طرفاً فيها، وتتميز هذه المرحلة بخصوصية وأهمية كبيرة وذلك بسبب الدور الهام الذي تلعبه في إستقرار المعاملات التجارية، ومن أجل نيل أطراف ثمار هذه المرحلة لابد من أن تكون مرحلة المفاوضات مبنية على أسس صارمة من خلال الإلتزام بحسن النية وما يتفرع عنه من إلتزامات وكل هذا من أجل الوصول الى الهدف المرجو من مرحلة التفاوض وهو إبرام العقد النهائي.

يقوم الأطراف في مرحلة المفاوضات بالإبرام مجموعة من العقود من أجل تسهيل هذه المرحلة، منها ما يتم النص عليه ضمن عقود ومنها ما يخلو من الطابع العقدي، ومن المسلم به أن مرحلة المفاوضات يطغى عليها حرية الأفراد بالدخول في المفاوضات وكذا الخروج منها لكن دون الإخلال بالإلتزامات التي تفرضها هذه المرحلة، وما يعطي القوة الملزمة لهذه المرحلة هو خرق أحد الأطراف لهذا الإلتزام، وفي حالة ما إذا تم الإخلال بهذه الإلتزامات تقوم المسؤولية والتي إختلف الفقه حول تحديد نوعها فمنهم من يصنفها على أساس المسؤولية العقدية ومنهم من يصنفها على أساس المسؤولية التقصيرية، وأذا تقررت المسؤولية وثبتت بأنها مستوفية لكافة شروطها فلا بد من تقرير الجزاء ألا وهو التعويض والذي يقدر بما يعادل الضرر الذي أحدثته الطرف المخطأ فقيمة التعويض تكون مساوية لمقدار الضرر لاتزيد أو تنقص عنه وهو ما يسمى بمبدأ التعويض الكامل، إلا أن مقدار التعويض في الضرر المتمثل في ضياع الفرص يبقى أمر إحتمالي لا يمكن تخمينه فيمكن تقديره على أساس قيمة العرض المفوت، إذا كان سهل المنال تكون قيمة التعويض منخفضة أما إذا كان صعب المنال يكون التعويض ذو قيمة كبيرة.

حاولنا في دراستنا الإلمام بأهم العناصر الأساسية التي تقتضيها مرحلة المفاوضات وأهم النتائج التي تم التوصل إليها التي سوف يتم التطرق إليها:

1/ إن عملية المفاوضات على الرغم من أنها مرحلة تكون سابقة على إبرام العقد النهائي إلا أنها لا تقل أهمية عن هذه الأخيرة، فكلما سارت عملية المفاوضات على أحسن وجه وبطريقة سليمة تم التوصل إلى إبرام العقد النهائي خالي من العيوب.

3/ يتم اعتبار عملية المفاوضات أنها وصلت للغاية التي وجدة من أجلها إذا لم يتم قطعها، أي السير في عملية المفاوضات كلها حتى إنتهائها وليس العبرة بإبرام العقد النهائي.

4/ عملية التفاوض هي عملية إرادية تطغى عليها حرية الأطراف، أي يهيمن عليها مبدأ الحرية في التعاقد وعليه فإن كل طرف له الحرية الكاملة في الدخول في المفاوضات وكذا العدول عليها ولا تترتب عليه أي مسؤولية إلا إذا إقترن الخطأ بعناصر أخرى تستوجب قيام المسؤولية.

5/ يقع على عاتق الأطراف بمجرد دخولهما في عملية المفاوضات مجموعة من الإلتزامات الواجبة الإحترام رغم عدم وجود نصوص خاصة تقضي بها وأساسها هو الإلتزام بحسن النية.

6/ بالرغم من عدم وجود نصوص خاصة تنظم مرحلة التفاوض إلا أن الفقه والقضاء تكفلا بتحديد نطاق المسؤولية.

7/ إن من متطلبات الثقة في عملية التفاوض أنها عملية مشروعة وهذه المشروعية يتم الوصول إليها من خلال الظروف المحيطة بهذه العملية.

8/ لا وجود لتنظيم عملية المفاوضات في التشريع الجزائري وكذا في التشريعات العربية، لذلك تلبس بعض المصطلحات المستخدمة في هذا المجال نوع من اللبس وعدم الوضوح.

9/ المشرع الجزائري بالرغم من أهمية مرحلة المفاوضات إلا أنه أهملها رغم كل التعديلات التي ألحقها بالقانون المدني، وتم اعتبار أن عملية المفاوضات مجرد أعمال مادية لا توتّي أي آثار قانونية لذلك لا تقوم المسؤولية على الإخلال بهذه المرحلة.

10/ كل الإلتزامات التي تتخلل مرحلة المفاوضات مصدرها الإلتزام بحسن النية وتتفرع عن هذا الإلتزام مجموعة من الإلتزامات الفرعية.

11/ الجزء الملائم في مرحلة التفاوض هو التنفيذ بمقابل، إلا أن التنفيذ العيني يعتبر مساسا بحرية التفاوض الشخصية.

ويظهر لنا في الأخير بأن عملية التفاوض هي مرحلة تطغى عليها إرادة الأطراف بحيث أن القوة الملزمة له تبقى أمر نسبي يخضع لإرادة الأطراف إما بإضفاء الصفة الملزمة للتفاوض وإما تجريده منها ويتم الإتفاق عليه إما بصفة صريحة أو ضمنية وبما أن المشرع الجزائري أغفل جانب التفاوض نقترح:

- ضرورة تدخل المشرع لتنظيم مرحلة المفاوضات في شكلها العام، والمفاوضات قبل تحرير عقود الأعمال بشكل خاص لما لهذه العملية من أهمية علمية وقانونية في إبرام العقود وذلك لتجنب الوقوع في الأخطاء، وإبرام عقود صحيحة، كما لها أهمية ودور في تحقيق التنمية الإقتصادية.

- دعوة القضاء الأخذ بعين الإعتبار بمرحلة التفاوض لما لها من أهمية في إستقرار المعاملات بين الأطراف وتسهيل عملية إنجاز العقود وذلك بتجنب إبرام عقود فاشلة لا جدوى منها.

- ضرورة تكوين فرق وطنية مكونة من رجال القانون والاقتصاد في مجال التفاوض في عقود الأعمال من أجل تحقيق الاكتفاء وعدم الإستجداد بالمكاتب الدولية المتخصصة في مجال التفاوض والتي تتطلب أموال باهضة مقابل الاستشارات القانونية والتجارية والمالية.

# المراجع

### قائمة المراجع:

#### أولا/ القوانين

- الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975 المتضمن القانون المدني المعدل و المتمم.
- القانون رقم 04-02 المؤرخ في 27 يناير 2004، المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية جريدة رسمية عدد 41، مؤرخ في 27 يونيو 2004.
- أمر رقم 03-05 مؤرخ في 19 جمادى الأولى عام 1424 الموافق 19 يوليو سنة 2003، يتعلق بحقوق المؤلف والحقوق المجاورة لها.
- القانون رقم 09-03 مؤرخ في 25 فبراير 2009، المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، جريدة رسمية عدد 15 الصادرة بتاريخ 8 فبراير 2009.
- لأمر رقم 03-06 مؤرخ في 19 جمادى الأولى عام 1424 الموافق 19 يوليو سنة 2003، يتعلق بالعلامات.

#### ثانيا: المراجع باللغة العربية

#### الكتب:

#### الكتب العامة:

- بن أحمد الحاج، القانون المدني الجزائري ومرحلة المفاوضات العقدي، مجلة القانون والعلوم السياسية العدد الثاني، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الطاهر مولاي، سعيدة، 2015.
- عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الإلتزام بوجه عام- مصادر الإلتزام-، الجزء الأول، المجلد الأول، الطبعة الثالثة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2000.
- العربي بلحاج ، الإطار القانوني للمرحلة السابقة على إبرام العقد في ضوء القانون المدني الجزائري دراسة مقارنة، دار وائل للنشر، الجزائر، 2010.
- العربي بلحاج ، مشكلات المرحلة السابقة عن التعاقد في القانون المدني الجزائري، دراسة مقارنة، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر، 2011.

- علي علي سليمان، النظرية العامة للإلتزام، مصادر الإلتزام في القانون الجزائري، الطبعة 7، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2007.
- علي فيلاي، الإلتزامات -الفعل المستحق التعويض- الطبعة الثالثة 2015، موفم للنشر، الجزائر.
- غنيمة لحو خيار ، نظرية العقد، طبعة 2018، بيت الافكار للنشر والتوزيع، دار البيضاء، الجزائر.  
كتب متخصصة:
- صالح علي أحمد، المفاوضات في العقود التجارية الدولية، الطبعة الأولى، دار هومة للنشر والتوزيع الجزائر، 2012.
- عمر سعد الله، قانون لتجارة الدولية (النظرية المعاصرة)، دار هومه للنشر والتوزيع، الجزائر، 2007.
- عوض الله يسري، العقود التجارية الدولية (مفاوضتها، ابرامها، تنفيذها )، جامعة النيلين، السودان 2009.
- محمد ابراهيم دسوقي الجوانب القانونية في إدارة المفاوضات و ابرام العقود، الإدارة العامة للبحوث، دون رقم الطبعة ، 1995.
- محمد شاكر محمود محمد، المسؤولية عن قطع المفاوضات، الطبعة الأولى، 2016، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، مصر.
- الأطروحات والمذكرات:  
رسائل الدكتوراه:
- معمر بوطباله، الإطار القانوني لمرحلة التفاوض في مفاوضات عقود التجارة الدولية، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الإخوة منتوري، قسنطينة 2017/2016.
- رسائل الماجستير:
- إيهاب عبد المجيد محمد اسماعيل السراج، عقود التجارة الدولية، بحث تكميلي لنيل درجة الماجستير في القانون، كلية القانون، جامعة الخرطوم، 2005.

- سعاد مجاجي ، خطابات النوايا كوسيلة قانونية لتأمين تنفيذ الإلتزامات- دراسة تأصيلية تحليلية مقارنة- مذكرة تخرج لنيل شهادة ماجستير في القانون الخاص تخصص قانون مسؤولية المهنيين، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بمر بالقائد، تلمسان، 2012/2011.
  - صليحة بن أحمد، المسؤولية المدنية في حالة قطع المفاوضات، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق والعلوم الاقتصادية، قسم العلوم القانونية والإدارية، قانون خاص، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة 2006.
  - فايذة براهيم، إلتزامات الأطراف في مرحلة السابقة للتعاقد، مذكرة لنيل شهادة الماجستير تخصص قانون العقود والمسؤولية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بالقائد، تلمسان 2009/2008.
  - محمد غسان صبحي العاني، الإخلال بالتزام السرية في عقد نقل تكنولوجيا-دراسة منقولة-، قدمت هذه الرسالة إستكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في القانون الخاص، تخصص قانون خاص، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، 2016.
  - مصطفى خضير نشمي، المفاوضات التمهيدية للتعاقد، رسالة ماجستير مقدمة إستكمالاً للحصول على درجة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، قسم القانون الخاص 2014/2013.
  - ناصر حمودي، التفاوض في العقود الاقتصادية الدولية، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2002.
- مذكرات الماستر:**
- إسلام الدين بعلول، الإطار القانوني لمفاوضات عقود التجارة الدولية، مذكرة لنيل شادة ماستر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة العربي بن مهيدي، 2019/2018.
  - أمال راجحي، إلتزامات المفاوض وأثرها على قيام المسؤولية في مرحلة ما قبل التعاقد، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص قانون أعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الجبالي بونعامة، خميس مليانة، 2020-2019.

- أمينة مصطفاي، أعراب زهرة، التنفيذ العيني للالتزام، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر، تخصص قانون خاص معمق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود امعمري، تيزي وزو، 2019/2018.
- توفيق سعدي سعدي، دور المفاوضات في إنعقاد عقود التجارة الدولية، مذكرة لنيل شهادة الماستر تخصص قانون أعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الجبالي بونعامة، جامعة خميس مليانة 2019/2018.
- التوفيق فهمي، المسؤولية في فترة المفاوضات السابقة على العقد، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والإقتصادية والإجتماعية، جامعة الحسن الأول، بدون بلد 2010/2009.
- جعفر أيت سليمان، التنظيم العقدي لمرحلة التفاوض، مذكرة لإستكمال متطلبات شهادة الماستر تخصص قانون الشركات، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، 2018/2017.
- حكيم بن علوان، زيام نوال، المفاوضات في عقد الاقتصاد الدولي، مذكرة لنيل شهادة الماستر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الجبالي بونعامة، خميس مليانة، 2019/2018.
- حكيم لسوس، دور المفاوضات في إنجاح تنفيذ العقد التجاري الدولي، مذكرة لنيل شهادة الماستر تخصص:قانون الأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الجبالي بونعامة، خميس مليانة، 2019/2018.
- سعاد قندوسي، المفاوضات في العقود التجارية الدولية، مذكرة لنيل شهادة الماستر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الطاهر مولاي، سعيدة، 2014/2013.
- سمية ملوكي، إستراتيجيات التفاوض في إبرام عقود التجارة الخارجية، مذكرة تخرج لنيل شهادة ماستر أكاديمي في العلوم التجارية، كلية العلوم الإقتصادية والتجارية وعلوم التسيير، قسم العلوم التجارية جامعة محمد بوضياف، المسيلة، 2018/2017.
- سهيلة دحداح، الإطار القانوني للفترة ما قبل التعاقد، مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون، تخصص القانون الخاص الشامل، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية 2013/2012.
- عائشة نوري، محمد نجيب صواذقي، عقد التفاوض، مذكرة لنيل شهادة الماستر تخصص قانون أعمال كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الجبالي بونعامة، خميس مليانة، 2019/2018.

- عزيز بوذينة، دحة سفيان، دور المفاوضات في تحسين عقود التجارة الدولية-دراسة حلة ملبنة الحضنة بالمسيبة-، مذكرة مقدمة ضمن متطلبات نيل شهادة ماستر أكاديمي، تخصص مالية وتجارة دولية كلية العلوم الإقتصادية والتجارية وعلوم التسيير، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، 2011/2010.
- كنزة بوكلو، بوطرنخ فصة، مبدأ حسن النية في إبرام وتنفيذ العقود، مذكرة مكملة لنيل شهادة الماستر في القانون، تخصص قانون أعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد الصديق بن يحيى جيجل، 2018/2017.
- محمد بوزوين، أحكام التفاوض في عقود التجارة الدولية، مذكرة لنيل شهادة الماستر، تخصص القانون الدولي العام، قسم العلوم القانونية والإدارية، جامعة أبي بكر بالقائد، تلمسان، 2015/2014.
- محمد عبد الواحد، محمد قادة بن شيحة، مراحل إبرام عقود التجارة الدولية، مذكرة مكملة لنيل شهادة الماستر معهد العلوم الإقتصادية والتجارية وعلوم التسيير، تخصص قانون خاص، المركز الجامعي بلحاج بوشعيب، عين تموشنت، 2018/2017.
- مريم عصمي، مريم عيشور، التفاوض في عقود التجارة الدولية، مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون تخصص قانون أعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود امعمري، تيزي وزو، 2017.
- مصطفى أمين لغواطي، بليمان يونس، الإطار القانوني للمرحلة السابقة للتعاقد، مذكرة مكملة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص قانون خاص معمق، معهد العلوم الإقتصادية والتجارية وعلوم التسيير، المركز الجامعي بالحاج بوشعيب، عين تموشنت، 2017/2016.
- معمري مرزاق، المفاوضات في عقود التجارة الدولية باستخدام تكنولوجيا المعلومات والاتصال، مذكرة مقدمة لإستكمال متطلبات شهادة الماستر في الحقوق التخصص: القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قاصدي مرباح ورقلة، 2016/2015.
- مونية إدريموش، مرحلة ما قبل التعاقد، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر في القانون، تخصص القانون الخاص الداخلي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2015/2014.
- نائلة أوصيف، سهام شناح، المفاوضات في عقود التجارة الدولية، مذكرة مقدمة ضمن متطلبات نيل شهادة الماستر، تخصص قانون أعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بوضياف، المسيلة 2020-2019.

• نور الهدى تواتي أحمد، النظام القانوني للتفاوض في عقود التجارة الدولية، مذكرة مقدمة لإستكمال متطلبات الماستر أكاديمي، تخصص قانون أعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قاصدي مرياح ورقلة، 2013/06/19.

• نورهان تكارلي، عقود نقل التكنولوجيا في ظل القانون الجزائري، مذكرة نهاية الدراسة لنيل شهادة الماستر، تخصص قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الحميد بن باديس مستغانم، 2020/2019.

### المجلات والملتقيات:

• أحمد بن فهد بن حمين، مفاوضات عقود التجارة الدولية- دراسة فقهية-، مجلة الجمعية الفقهية السعودية، العدد38، 2017.

• أم كلثوم صبيح محمد، المفاوضات الممهدة للتعاقد ماهيتها وأحكامها، دراسة مقارنة بين الواقع العملي والفرغ التشريعي، بحث مقال مشور في مجلة كلية الحقوق جامعة المستنصرية، بغداد، 2014.

• إيناس مكي عبد نصار ، فراس مكي عبد الناصر، أثر تكنولوجيا المعلومات على المفاوضات العقدية العدد 06 ، سنة جوان 2019.

• حمدي بارود، المبادئ التي تحكم التفاوض في العقود الدولية لنقل التكنولوجيا ومضمون الإلتزام بها "مبدأ حسن النية ومقتضياته"-، مجلة الجامعة الإسلامية، العدد الأول، جامعة الأزهر، 2007/5/23.

• دليلة معروز، التفاوض الإلكتروني كمرحلة سابقة للتعاقد (دراسة مقارنة )، مجلة الأستاذ الباحث لدراسات القانونية والسياسية، جامعة اكلي محند أولحاج -البويرة، المجلد 05، العدد 01، 2020.

• سميحة القيلوبي، التفاوض في عقد نقل التكنولوجيا، مقال منشور في مجلة الأحكام، شركة الخدمات التعليمية، عدد الثامن، القاهرة، 1997.

• سهام قارون، القيمة القانونية لعدالة التفاوض في العقود الدولية، مجلة دراسات وأبحاث، المجلة العربية في العلوم الإنسانية والاجتماعية، مجلد 12، عدد3، جامعة محمد الشريف مساعدي، سوق أهراس 2020.

• شوقي بناسي، القيمة القانونية للاتفاقات المتعلقة بالمفاوضات قبل العاقدية، مجلة البحوث في العقود وقانون الأعمال، عدد 04، جامعة الجزائر 1، 2021/12/20.

- صالح بن عبد الله بن عطف العوفي، المبادئ القانونية في صياغة عقود التجارة الدولية، مركز البحوث والدراسات الإدارية، الرياض، دون رقم الطبعة، 1997.
- صليحة أحمد ، آثار المسؤولية المدنية الناشئة عن إخلال المتفاوض بالتزامه بالتفاوض بحسن نية، مجلة العدد العاشر، جامعة قاصدي مرباح، جانفي 2014.
- عبد المجيد قادري، مراد عمران، التزامات الأطراف في المرحلة السابقة للتعاقد، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية و السياسية، العدد 02، 2019.
- عثمان النور عثمان الحاج، الطبيعة القانونية لمفاوضات التجارة الجولية، مجلة القانون والمجتمع، العدد الأول، معهد الدراسات الإجتماعية والإعلامية، جامعة النيلين، السودان، 2020.
- كاظم كريم الشمري، المسؤولية في الفترة ما قبل التعاقد، مجلة الفتح، العدد السابع والعشرون، كلية اليرموك، 2006.
- محمد سعيد أحمد اسماعيل، فاروق ابو الشامات، الطبيعة القانونية لمسؤولية الأطراف في مرحلة ما قبل العقد، مجلة جامعة دمشق للعلوم الإقتصادية والقانونية، المجلد 29، العدد الثاني، 2013.
- محمد عبدو، التفاوض على عقود الأعمال بين الطبيعة المادية والطبيعة العقدية وآثارها، مجلة البحوث الدراسات القانونية والسياسية، العدد الثالث عشر: جامعة البليدة 2، بدون سنة.
- مها نصيف جاسم و رشا عمر صادق، التفاوض الإلكتروني، مجلة مداد الادب، الجامعة العراقية، كلية القانون والعلوم السياسية، العدد الخامس عشر.

### مؤتمرات:

- عبد القادر العرعاري، الطبيعة القانونية للاتفاقات التمهيديّة التي تسبق إبرام العقود النهائية-دراسة مقارنة-، المؤتمر الخامس عشر للهيئات الشرعية للمؤسسات المالية الإسلامية، الرباط، بدون سنة.

### ثانيا/ المراجع باللغة الأجنبية:

- Guy Deloffre , Pédagogie de la négociation commercial , thèse de doctorat en science de l'éducation , université lorraine ,02 juillet 2013 page 44 ،45
- JOANNA SCHMIDT-SZALEWSKI:La période précontractuelle en droit français. Rev. Internationale de droit comparé.N.02. 1990. P 558.

- Mahmoud elsehly .la période précontractuelle :etude comparée des régimes francais et égyptien , en vue de l'obtien du doctorat de L'universite de toulouse capitole, école doctorale ;droit et science politique , 2018.

## فهرس المحتويات

4	مقدمة
	الفصل الأول : النظام القانوني للمفاوضات
9	المبحث الأول: الإطار المفاهيمي في عقود الأعمال
9	المطلب الأول: مفهوم المفاوضات في عقود الأعمال
10	الفرع الأول: تعريف التفاوض في عقود الأعمال
15	الفرع الثاني: خصائص التفاوض في عقود الأعمال
17	الفرع الثالث: أشكال التفاوض في عقود الأعمال
19	الفرع الرابع: أهمية التفاوض في عقود الأعمال
23	الفرع الخامس: تمييز المفاوضات عن غيرها من النظم المشابهة لها
26	المطلب الثاني: أنواع ومراحل المفاوضات
26	الفرع الأول: أنواع المفاوضات
28	الفرع الثاني: مراحل المفاوضات
32	المبحث الثاني: الطبيعة القانونية للتفاوض في عقود الأعمال والإتفاقات المنظمة لها
32	المطلب الأول: الطبيعة القانونية للتفاوض في عقود الأعمال
32	الفرع الأول: الطبيعة المادية
36	الفرع الثاني: الطبيعة العقدية
38	الفرع الثالث: موقف المشرع الجزائري من الطبيعة القانونية لعملية التفاوض
39	المطلب الثاني: الإتفاقات المنظمة لعملية التفاوض
39	الفرع الأول: الإتفاقات المجردة من الطابع العقدي
44	الفرع الثاني: الإتفاقات التي تستند إلى عقد

52	خلاصة الفصل
<b>الفصل الثاني: الآثار المترتبة في التفاوض</b>	
55	المبحث الأول: إلتزامات الأطراف المتفاوضة
55	المطلب الأول: إلتزامات الأساسية في مرحلة التفاوض
56	الفرع الأول: الإلتزام بالتفاوض
59	الفرع الثاني: الإلتزام بحسن النية
66	المطلب الثاني: الإلتزامات الفرعية في مرحلة التفاوض
66	الفرع الأول: الإلتزام بالإعلام
71	الفرع الثاني: الإلتزام بالسرية
76	الفرع الثالث: الإلتزام بعدم إجراء مفاوضات موازية
79	المبحث الثاني: المسؤولية المدنية المترتبة في مرحلة المفاوضات
79	المطلب الأول: الطبيعة القانونية للمسؤولية في مرحلة المفاوضات
79	الفرع الأول: المسؤولية العقدية في مرحلة المفاوضات
88	الفرع الثاني: المسؤولية التقصيرية في مرحلة المفاوضات
95	الفرع الثالث: الطبيعة المزدوجة للمسؤولية في مرحلة المفاوضات
96	المطلب الثاني: آثار المسؤولية المدنية المترتبة في مرحلة المفاوضات
95	الفرع الأول: التنفيذ العيني
97	الفرع الثاني: التنفيذ بمقابل
104	خلاصة الفصل
106	خاتمة



