الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة البليدة 02- لونيسي علي
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم القانون الخاص

النظام القانوني للتفاوض على عقود الأعمال في ضوء التشريع الجزائري

أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه علوم في القانون
تخصص: قانون أعمال

من إعداد الطالب
عبدو محمد

إشراف الأستاذ الدكتور
خليل عمرو

لسنة الجامعية 2017-2018

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة البليدة 02- لونيسي علي
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم القانون الخاص

النظام القانوني للتفاوض على عقود الأعمال في ضوء التشريع الجزائري

أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه علوم في القانون
تخصص: قانون أعمال

من إعداد الطالب
عبدو محمد

أعضاء لجنة المناقشة

بوسهوة نور الدين	أستاذ	جامعة البليدة 02	رئيسا
خليل عمرو	أستاذ	جامعة البليدة 02	مشرفا ومقررا
علواش نعيمة	أستاذة محاضرة "أ"	جامعة البليدة 02	عضوا مناقشا
تومي هجيرة	أستاذة محاضرة "أ	جامعة خميس مليانة	عضوا مناقشا
جبار جميلة	أستاذة محاضرة "أ	جامعة خميس مليانة	عضوا مناقشا
علياتي محمد	أستاذ محاضر "أ"	جامعة المدية	عضوا مناقشا

السنة الجامعية 2017-2018

لبسم الله الرحمن الرحيم

﴿وَقُلِ اعْمَلُوا فَسَيَرَى اللَّهُ عَمَلَكُمْ وَرَسُولُهُ وَالْمُؤْمِنُونَ وَسَتُرَدُّونَ إِلَى عَالِمِ الْغَيْبِ وَالشَّهَادَةِ فَيُنَبِّئُكُمْ بِمَا كُنْتُمْ تَعْمَلُونَ﴾

سورة التوبة الآية 104

﴿ فَتَعَالَى اللَّهُ الْمَلِكُ الْحَقُّ وَلَا تَعْجَلْ بِالْقُرْآنِ مِنْ قَبْلِ أَنْ يُقْضَى إِلَيْكَ وَحْيُهُ وَقُلْ رَبِّ زِدْنِي عِلْمًا ﴾

سورة طه الآية 114

الإهداء

إلى روح جدتي الطاهرة رحمها الله تعالى، التي كانت نعم المؤمنة ولا نزكي على الله أحد، والمجاهدة والشاعرة والتي كانت لي نعم النور الذي أنار لي طريق الخير والعمل والإيمان، تغمدها الله برحمته وجعلها من الخالدين والخالدات في جنات الفردوس

وإلى الأم الغالية التي ضحت بالنفس والنفيس حتى وصلت إلى هذه الدرجة، حفظها الله وجزاها كل خير.

وإلى عائلتي الصغيرة، وإلى روح ابنتي رحمها الله وئام، وإلى أبنائي الأعزاء، أحمد ولقمان

وإلى رفيقة الدرب التي كانت نعم العون بالتشجيع إلى آخر المشوار.

الطالب عبدو محمد

الشكر

الحمد لله الذي تتم به الصالحات، والحمد لله الذي وفقنا إلى إتمام هذه الأطروحة،
فاللهم لك الحمد والشكر كله من قبل ومن بعد.
كما أوجه الشكر كله إلى أستاذي المحترم والفاضل الأستاذ الدكتور عمرو خليل على إشرافه
على هذا العمل ودعمه المتوصل بالنصح والدعم والإرشاد،
ببذل الجهد اللازم لإتمام هذا العمل
كما أقدم شكري الجزيل إلى الأساتذة الأفاضل على قبولهم مناقشة هذه الأطروحة،
من خلال لجنة المناقشة الموقرة بداية برئيسها المحترم.
كما أتقدم بالشكر إلى كل من ساعدنا من قريب أو من بعيد، وأخذ بأيدنا في الأوقات
المناسبة للدفع بهذا العمل ليصل إلى مبتغاه، وخاصة أساتذة كلية الحقوق والعلوم
السياسية، بجامعة البليدة 02
فالشكر كل الشكر لكم جميعا

الطالب عبدو محمد

ملخص

إن التفاوض على العقود وخاصة عقود الأعمال ذات الأهمية الخاصة، أو كما تسمى بالعقود الثقيلة، والتي من غير الممكن إبرامها من أول وهلة دون التفاوض على تفاصيلها للوصول إلى إبرام العقد المنشود، لأن التفاوض الناجح حتما يؤدي إلى إبرام وتنفيذ عقد دون صعوبات محتملة، وخاصة في بلد يحتاج إلى إبرام عقود أعمال ذات أهمية مالية واقتصادية وذات آثار اجتماعية هامة.

إن أهمية التفاوض على عقود الأعمال تزداد يوما بعد يوم، وزيادة اهتام الفقه والقضاء بها جعلنا نولي هذا الموضوع الأهمية اللازمة بالدراسة والبحث، بتحديد مختلف عناصره بداية بمفهومه ونطاقه ومجالات وضاوبطه وأهدافه ومراحله ومختلف الحقوق والالتازامات التي تنشأ خلال هذه المرحلة إلى جانب تحديد الطبيعة القانونية للمسؤولية خلالها.

وخاصة أن المشرع الجزائري لم يؤطر هذه المرحلة ولو بنص قانون واحد، رغم أن الطرف الجزائري في إبرامه لكل عقود الأغمال العامة يمر وبشكل حتمي بهذه المرحلة والتي قد تدوم وقتا طويلا، إذا فما المانع من تأطيرها القانوني، من خلال مختلف أحكامها وتطبيقاتها وطبيعتها القانونية، ومختلف الاتفاقات سواء كانت وقتية أو مرحلية والتي يبرمها الأطراف خلال هذه المرحلة ما يعود على الطرف الضعيف في هذه العلاقة بالفائدة العلمية والتكنولوجية والاقتصادية وهذا ما ذهبنا إليه في أطروحتنا هذه بالدراسة والتحليل والتأصيل لفككرة النظام القانوني للتفاوض على عقود الأعمال على ضوء التشريع الجزائري.

إن اهتمامنا بهذا الموضوع والذي نراه على درجة عالية من الأهمية وخاصة بالنسبة للدول النامية ومنها بلدنا الجزائر، فعن طريق التفاوض الذكي والجاد والمدروس من طرف فريق متخصص في عملية التفاوض، يمكننا أن نكسب الكثير في مجلات عديدة وهذا ما انتهجته كثير من الدول التي أصبحت متطورة اليوم.

إذا للوصول بهذه الدراسة إلى أهدفها المرجوة اتبعنا المنهج التأصيلي والتحليلي وأحيانا المنهج المقارن والنقدي كذلك من خلال طرح إشكالية عامة تتناسب وحداثة وصعوبة الموضوع وأهميته الملحوظة، ولتجسيد ذلك وضعنا خطة بعناية خاصة ومتزنة إلى أبعد الحدود، وتمن خلال تدعيم دراستنا هذه ببعض التطبيقات القضائية التي تضفي على هذا الموضوع أهمية خاصة.

وفي الأخير نتوج دراستنا هذه باستنتاجات واقتراحات وتوصيات قانونية وعملية وفنية لعملية التفاوض على عقود الأعمال، وهذا طبعا على ضوء التشريع الجزائري والذي لم نجد فيه ولو مادة تهتم بهذا الموضوع، وهذا في عصر أصبح يسمى بعصر التفاوض على عقود الأعمال دون منازع.

قائمة المختصرات باللغة العربية

1. **ق. م. ج:** القانون المدني الجزائري
2. **ق. ع. ج:** قانون العقوبات الجزائري
3. **ق. أ. ج:** قانون ألأسرة الجزائري
4. **ق. ص. ع. ج:** قانون الصفقات العمومية الجزائري.
5. **ق. م. أ:** القانون المدني الألماني
6. **ق. إ. س:** قانون الالتزامات السويسري
7. **ق. م. إ:** القانون المدني الإيطالي.
8. **ق. م. ف:** القانون المدني الفرنسي
9. **ق. م. م:** القانون المدني المصري
10. **ق. ع. ف:** قانون العقوبات الفرنسي
11. **د. م. ج:** ديوان المطبوعات الجامعية
12. **ق. م. أر:** القانون المدني الأردني.
13. **د. ن. ع:** دار النهضة العربية
14. **ج. ر:** جريدة رسمية
15. **ش. م. ج:** شركات متعددة الجنسيات
16. **ط:** طبعة
17. **ج:** جزء
18. **ص:** صفحة
19. **م .ن .ف :** محكمة النقض الفرنسية

قائمة المختصرات باللغة الفرنسية

1. **FIDIC**: Fédération Internationale des ingénieurs, conseils
2. **C. C. I**: Chambre de commerce Internationale
3. **L. G. D. G**: Librairie générale de droit et de jurisprudence
4. **J. o**: Journal officiel
5. **Ed**: Edition
6. **Art**: Article
7. **Th**: Thèse
8. **OPU**: Office des publications Universitaires
9. **C. I. J**: Cour Internationale de Justice
10. **J. T**: Journal des tribunes
11. **Ibid**.: Ibidem
12. **Cir**: Circuit
13. **Cass**. Com: Cour Cassation, chambre commerciale
14. **Cass**. Civ, Cour Cassation, chambre civil
15. **Bult**. civ: Bultin des arrêts des chambre civiles, de la coir de cassasion
16. **Obs**: observation
17. **S**: Suivant
18. **T**: Tome

قائمة المحتويات

الشكر

الإهداء

قائمة المختصرات

قائمة المحتويات

مقدمة 18

الباب الأول: المرحلة السابقة على التعاقد

الباب الأول: المرحلة السابقة على التعاقد 29

الفصل الأول: تاريخ ومفهوم وأهداف المرحلة السابقة على التعاقد

الفصل الأول: تاريخ ومفهوم وأهداف المرحلة السابقة على التعاقد 31

المبحث الأول: نبذة تاريخية عن المرحلة السابقة على التعاقد 32

المطلب الأول: التفاوض على العقد في العصور القديمة 33

الفرع الأول: طرق التفاوض في العصور القديمة 33

الفرع الثاني: التفاوض على العقود في القانون الروماني 36

الفرع الثالث: المفاوضات على العقود في الإسلام 38

المطلب الثاني: التفاوض على العقود في العصور الوسطى 40

الفرع الأول: التفاوض على العقد في القانون الجرماني 40

الفرع الثاني: دور القانون الكنسي والقانون الطبيعي 41

الفرع الثالث: دور الشريعة الإسلامية 42

المطلب الثالث: التفاوض على العقود في العصر الحديث 43

الفرع الأول: العقد وتأثره بالتطورات الحديثة 43

الفرع الثاني: عقود الإذعان والعقود النموذجية 45

الفرع الثالث: العقود المركبة أو الثقيلة 46

أولا– في مجال الإنتاج 46

ثانيا– في مجال التوزيع 47

المبحث الثاني: مفهوم مرحلة التفاوض على العقد 51

المطلب الأول: تعريف التفاوض على العقد 51

الفرع الأول: المعنى اللغوي للتفاوض على العقد 52

الفرع الثاني: المعنى الاصطلاحي للتفاوض على العقد 52

الفرع الثالث: محاولة وضع تعريف مختار للتفاوض على العقد 54
المطلب الثاني: مميزات المرحلة السابقة على التعاقد 55
الفرع الأول: التفاوض على العقد ثنائي الجانب على الأقل ويتم باتفاق الطرفين 55
الفرع الثاني: التفاوض على العقد يقوم على التعاون المتبادل، وهو ذو نتيجة احتمالية 57
الفرع الثالث: التفاوض على العقد مرحلة تمهد لإبرام العقد النهائي 59
المطلب الثالث: التمييز بين التفاوض على العقد والأفكار القريبة منه 61
الفرع الأول: التمييز بين التفاوض على العقد وإبرام العقد 61
الفرع الثاني: التمييز بين التفاوض على العقد والمساومة والإعلام 64
الفرع الثالث: التمييز بين التفاوض على العقد والتشاور والمحادثة 70
المبحث الثالث: أهداف المرحلة السابقة على التعاقد 73
المطلب الأول: وضع العقد المراد إبرامه في إطار قانوني محدد 73
الفرع الأول: تحديد الأطراف المتعاقدة مستقبلا 74
الفرع الثاني: تحديد موقع المتفاوض بالنسبة للعقد المراد إبرامه 76
الفرع الثالث: حدود وطبيعة وأنواع الأعمال المنفذة بعد إبرام العقد 79
المطلب الثاني: تحديد حقوق والتزامات الأطراف المتفاوضة 80
الفرع الأول: تحديد الحقوق والالتزامات خلال مرحلة التفاوض 81
الفرع الثاني: تحديد حقوق والتزامات العقد المراد إبرامه 85
الفرع الثالث: العوامل المختلفة المؤدية إلى نجاح مرحلة التفاوض على العقد 91
المطلب الثالث: تحديد طرق تسوية المنازعات عند تنفيذ العقد المنشود 92
الفرع الأول: حماية القانون المدني الجزائري للمتفاوض من الطرق الاحتيالية 93
الفرع الثاني: تحديد كيفية تسوية المنازعات وديا 94
الفرع الثالث: طرق تسوية المنازعات قضائيا أو تحكيميا 96
المبحث الرابع: الطبيعة القانونية للمرحلة السابقة على التعاقد 98
المطلب الأول: موقف الفقه التقليدي 98
الفرع الأول: نظرية الخطأ عند إبرام العقد 99
أولا– مضمون النظرية 99
ثانيا– آثار نظرية إيرنج في القوانين الحديثة 101
ثالثا– نقد النظرية 102
رابعا– العلاقة بين نظرية إيرنج ومرحلة التفاوض على العقد 103
الفرع الثاني: نظرية تحمل التبعة العقدية ونظرية الوكالة 104

الفرع الثالث: نظرية الفضالة ونظرية فاجيلا 107
المطلب الثاني: موقف الفقه والقضاء المعاصرين 115
الفرع الأول: المفاوضات الغير مصحوبة باتفاق للتفاوض 115
أولا– موقف القانون الفرنسي 116
ثانيا– موقف القانون الألماني 117
ثالثا– موقف القانون السويسري 118
رابعا– موقف القانون الإيطالي 119
خامسا: موقف القانون الأنجلو أمريكي 119
الفرع الثاني: المفاوضات المصحوبة باتفاق للتفاوض 121
أولا– موقف القانون الفرنسي 122
ثانيا– موقف القانون الأنجلو أمريكي 122
الفرع الثالث: تأثير العولمة على المرحلة السابقة على التعاقد 124
أولا– العولمة والمرحلة السابقة على التعاقد 125
ثانيا– نظرة الأنظمة القانونية إلى المرحلة السابقة على التعاقد 125
ثالثا– تقارب الأنظمة القانونية من خلال التزامات مرحلة التفاوض 127
المطلب الثالث: محاولة لإرساء الطبيعة العقدية للمرحلة السابقة على التعاقد 128
الفرع الأول: الطبيعة المادية للمرحلة السابقة على التعاقد ومبدأ حرية التفاوض 128
أولا– إعمال مبدأ التفاوض الحر على العقود 128
ثانيا: استبعاد الطبيعة المادية للمرحلة السابقة على التفاوض 131
الفرع الثاني: إرساء الطبيعة العقدية للمرحلة السابقة على التعاقد 133
الفرع الثالث: الطبيعة القانونية لمرحلة التفاوض في القانون المدني الجزائري 143
الفصل الثاني: ميادين ومجالات وضوابط المرحلة السابقة على التعاقد
الفصل الثاني: ميادين ومجالات وضوابط المرحلة السابقة على التعاقد 146
المبحث الأول: التفاوض على مختلف العقود وميادينها 147
المطلب الأول: التفاوض على مختلف العقود 147
الفرع الأول: التفاوض على العقود الدولية 148
الفرع الثاني: تنظيم التفاوض على العقد الدولي 151
الفرع الثالث: القانون الواجب التطبيق عن قطع التفاوض في العقود الدولية 153
المطلب الثاني: ميادين التفاوض على العقود 158
الفرع الأول: المفاوضات التجارية والاقتصادية 158

الفرع الثاني: المفاوضات الاجتماعية 160
الفرع الثالث: المفاوضات السياسية والعسكرية 162
المطلب الثالث: العقود الغير قابلة للتفاوض 163
الفرع الأول: مفهوم عقد الإذعان 164
أولا– تعريف عقد الإذعان 164
ثانيا– المفهوم التقليدي لعقد الإذعان 165
ثالثا– المفهوم الحديث لعقد الإذعان 166
رابعا– المصادر الحديثة لعقود الإذعان 168
الفرع الثاني: الطبيعة القانونية لعقد الإذعان 170
أولا– الرأي الأول: عقد الإذعان ليس عقدا حقيقيا 170
ثانيا– الرأي الراجح: عقد الإذعان هو عقد حقيقي 170
ثالثا– التفاوض ليس شرطا لوجود التراضي أو صحته في عقد الإذعان 171
الفرع الثالث: عدم قابلية عقد الإذعان للتفاوض 171
أولا– مفهوم عدم القابلية للتفاوض 172
ثانيا– مبررات عدم القابلية للتفاوض 173
ثالثا– عدم القابلية للتفاوض 175
المبحث الثاني: ضوابط ومراحل المرحلة السابقة على التعاقد 179
المطلب الأول: الضوابط التي تحكم المرحلة السابقة على التعاقد 179
الفرع الأول: الضوابط المنهجية التي تحكم المرحلة السابقة على التعاقد 180
أولا– منهج المصلحة المشتركة 181
ثانيا– منهج الصراع 181
ثالثا– منهج التحليل الكمي 182
رابعا– المنهج السلوكي 182
خامسا– منهج حد الأمان أو حافة الخطر 183
سادسا– المنهج المتكامل للتفاوض 184
الفرع الثاني: الضوابط البشرية التي تحكم المرحلة السابقة على التعاقد 185
أولا– تنمية الإدراك والأوضاع الذهنية 186
ثانيا– المهارات المطلوبة 187
الفرع الثالث: الضوابط المالية والفنية التي تحكم المرحلة السابقة على التعاقد 189
المطلب الثاني: مراحل العملية التفاوضية على العقد 191

الفرع الأول: مرحلة ما قبل العملية التفاوضية 192
الفرع الثاني: مرحلة بدء جلسات التفاوض 193
الفرع الثالث: مرحلة سريان عملية التفاوض 195
المطلب الثالث: التفاوض كعلم وفن وتكتيكاته المختلفة 197
الفرع الأول: التفاوض كعلم وفن 197
الفرع الثاني: الأساليب والتكتيكات المختلفة لعملية التفاوض 199
الفرع الثالث: سمات المفاوض الجيد 202
المبحث الثالث: التفاوض على العقود الإلكترونية 206
المطلب الأول: ماهية وأهمية التفاوض على العقد الإلكتروني 206
الفرع الأول: ماهية التفاوض على العقد الإلكتروني 207
الفرع الثاني: أهمية التفاوض على العقد الإلكتروني 211
الفرع الثالث: مدى جواز التفاوض الإلكتروني على العقد الشكلي 214
المطلب الثاني: الدعوة إلى التفاوض عبر الإنترنت 217
الفرع الأول: الدعوة إلى التفاوض الإلكتروني والدعوة إلى التعاقد الإلكتروني 217
الفرع الثاني: الدعوة إلى التفاوض الإلكتروني والدعوة إلى التفاوض التقليدي 219
الفرع الثالث: التحديات القانونية التي تواجه التفاوض الإلكتروني 222
المطلب الثالث: التفاوض الإلكتروني 225
الفرع الأول: المفاوضات الإلكترونية ومبدأ سلطان الإرادة 226
الفرع الثاني: عقد التفاوض الإلكتروني 237
الفرع الثالث: المسؤولية في مرحلة التفاوض الإلكتروني وآلية تسوية المنازعات 241
أولا– التفاوض الآلي 243
ثانيا– التفاوض بمساعدة الكمبيوتر 245
ثالثا– تقييم التفاوض الآلي والتفاوض بمساعدة الكمبيوتر من حيث الفعالية 246
الباب الثاني: الجانب التطبيقي للمرحلة السابقة على التعاقد
الباب الثاني: الجانب التطبيقي للمرحلة السابقة على التعاقد 248
الفصل الثالث: انعقاد وسير المرحلة السابقة على التعاقد
الفصل الثالث: انعقاد وسير المرحلة السابقة على التعاقد 251
المبحث الأول: التحضير والدعوة إلى التفاوض على العقد المنشود 252
المطلب الأول: التحضير للتفاوض على العقد المنشود 252
الفرع الأول: التحضير لعملية التفاوض على العقد 253

الفرع الثاني: الدراسات التمهيدية لعملية التفاوض 255
أولا– مضمون الدراسة التمهيدية 256
ثانيا– طرق إجراء الدراسة التمهيدية 257
الفرع الثالث: البحث عن الطرف الآخر للتفاوض 259
أولا– البحث عن المتعاقد الآخر 259
ثانيا– التحقق من شخصية المتعاقد الآخر 260
ثالثا– وسائل التحقق من شخصية المفاوض الآخر 261
رابعا– مدى حرية الشخص في اختيار من يتفاوض معه 262
خامسا– مجال الوعد بالتفضيل 263
المطلب الثاني: الدعوة إلى التفاوض أو الإيجاب بالتفاوض 265
الفرع الأول: الإيجاب الصريح بالتفاوض على العقد 265
أولا– صور الإيجاب بالتفاوض في التعاقد المباشر 267
ثانيا– صدور الإيجاب بالتفاوض في التعاقد بطريقة المناقصة 269
ثالثا– الطبيعة القانونية للدعوة إلى المناقصة 270
الفرع الثاني: الإيجاب الضمني بالتفاوض على العقد 271
أولا– صور الإيجاب الضمني بالتفاوض 272
ثانيا– الإيجاب المقترن بتحفظ 273
الفرع الثالث: الأثر القانوني للإيجاب بالتفاوض على العقد 274
المطلب الثالث: قبول التفاوض على العقد المنشود 276
الفرع الأول: القبول الصريح بالتفاوض على العقد 276
الفرع الثاني: القبول الضمني بالتفاوض على العقد 277
الفرع الثالث: الأثر القانوني لقبول التفاوض على العقد 280
المبحث الثاني: سير مرحلة التفاوض على العقد 282
المطلب الأول: التزامات الأطراف خلال المرحلة السابقة على التعاقد 283
الفرع الأول: الالتزام بالتفاوض على العقد بحسن نية 283
الفرع الثاني: الالتزامات الناشئة عن مبدأ حسن النية عند التفاوض على العقد 287
الفرع الثالث: الآثار المترتبة عن الإخلال بالتزامات مرحلة التفاوض 310
المطلب الثاني: الإتفاقات المنظمة للمرحلة السابقة على التعاقد 316
الفرع الأول: عقد التفاوض 316
الفرع الثاني: الاتفاقات المؤقتة المنظمة في المرحلة السابقة على التعاقد 324

الفرع الثالث: الاتفاقات المرحلية وتطبيقاتها في مرحلة التفاوض على العقد 329
المطلب الثالث: انتهاء المرحلة السابقة على التعاقد 335
الفرع الأول: نجاح المرحلة السابقة على التعاقد 336
الفرع الثاني: فشل المرحلة السابقة على التعاقد 345
الفرع الثالث: الضعف التعاقدي، ووسائل حماية الطرف الضعيف في مرحلة التفاوض على العقد 351
أولا– مفهوم الضعف التعاقدي ومظاهره 351
ثانيا– وسائل حماية الطرف الضعيف في مرحلة التفاوض على العقد 352
المبحث الثالث: القطع التعسفي للمرحلة السابقة على التعاقد 354
المطلب الأول: حرية العدول عن مواصلة التفاوض على العقد 355
الفرع الأول: حرية العدول عن التفاوض في أي مرحلة منه 356
الفرع الثاني: وجود ما يقيد العدول عن التفاوض 358
الفرع الثالث: العدول أو رفض الإيجاب الذي يؤدي إلى قطع المفاوضات 360
المطلب الثاني: المسؤولية المدنية عن القطع التعسفي للمفاوضات العقدية 363
الفرع الأول: المسؤولية المدنية عن قطع التفاوض في القوانين الأجنبية 363
الفرع الثاني: شروط المسؤولية في المرحلة السابقة على التعاقد 366
الفرع الثالث: موقف القانون المدني الجزائري من قطع التفاوض 370
المطلب الثالث: القانون الواجب التطبيق على المسؤولية في مرحلة التفاوض على العقد 373
الفرع الأول: القانون الواجب التطبيق على المسؤولية في التفاوض على العقد في القانون الدولي 373
الفرع الثاني: تحديد نوع المسؤولية لتحديد القانون الواجب التطبيق 376
الفرع الثالث: القانون الواجب التطبيق على عقد التفاوض 377
الفصل الرابع: مبدأ إعادة التفاوض والتنفيذ في المرحلة السابقة على التعاقد
الفصل الرابع: مبدأ إعادة التفاوض والتنفيذ في المرحلة السابقة على التعاقد 380
المبحث الأول: مبدأ أو شرط إعادة التفاوض على شروط العقد 382
المطلب الأول: المقصود بمبدأ إعادة التفاوض على العقد 382
الفرع الأول: تعريف شرط إعادة التفاوض 383
الفرع الثاني: الوقائع والأحداث التي يمتد إليها شرط إعادة التفاوض 385
الفرع الثالث: الأثر المترتب على تحقق شرط إعادة التفاوض 389
المطلب الثاني: شرط إعادة التفاوض لحل النزاعات وديا 390
الفرع الأول: أهمية شرط إعادة التفاوض لحل النزاعات 390
الفرع الثاني: وقف تنفيذ العقد والالتزام بشرط إعادة التفاوض 392

الفرع الثالث: مدى تدخل الغير لإعمال شرط إعادة التفاوض 394
المطلب الثالث: تطبيقات شرط إعادة التفاوض 395
الفرع الأول: التطبيقات الاقتصادية لشرط إعادة التفاوض 396
الفرع الثاني: التطبيقات التشريعية والقضائية لشرط إعادة التفاوض 398
الفرع الثالث: أثر عدم الالتزام بشرط إعادة التفاوض 402
المبحث الثاني: التنفيذ العيني والتنفيذ بطريق التعويض في مرحلة التفاوض على العقد 404
المطلب الأول: التنفيذ العيني في المرحلة السابقة على التعاقد 404
الفرع الأول: المقصود بالتنفيذ العيني في المرحلة السابقة على التعاقد 405
الفرع الثاني: ما مدى جواز إجبار المدين على التنفيذ العيني في مرحلة التفاوض 408
الفرع الثالث: تطبيقات قضائية فيما يخص إجبار المدين على التفاوض على العقد 411
المطلب الثاني: التنفيذ بمقابل أو عن طريق التعويض في مرحلة التفاوض على العقد 411
الفرع الأول: المقصود بالتنفيذ بمقابل في مرحلة التفاوض على العقد 412
الفرع الثاني: الأضرار التي يعوض عنها في مرحلة التفاوض على العقد 414
أولا– ضياع الوقت 414
ثانيا– نفقات التفاوض 414
ثالثا– الفرص الضائعة 415
رابعا– تفويت فرصة إبرام العقد محل التفاوض 415
خامسا– تفويت فرصة إبرام عقد بديل مع الغير 418
سادسا– المساس بالسمعة التجارية 418
سابعا– عدم تنفيذ عقود أخرى أبرمت مع الغير استنادا إلى مشروع العقد المتفاوض عليه 419
الفرع الثالث: التعويض بمقابل في مرحلة التفاوض على العقد 420
المطلب الثالث: مسؤولية الغير عن إفساد المفاوضات العقدية 422
الفرع الأول: مدى تدخل الغير لإفساد المفاوضات العقدية 423
الفرع الثاني: تطبيقات قضائية حول تدخل الغير لإفساد المفاوضات العقدية 423
الفرع الثالث: موقف الإسلام من تدخل الغير في إفساد المفاوضات 426
المبحث الثالث: نظرية الكفاية الذاتية للعقد أو فكرة العقد الطليق 430
المطلب الأول: فكرة العقد الطليق 430
الفرع الأول: مفهوم العقد الطليق 431
الفرع الثاني: طبيعة العقد الطليق 432
الفرع الثالث: التطبيق القضائي لمبدأ العقد الطليق 433

المطلب الثاني: تحقيق مبدأ الكفاية الذاتية للعقد 434
الفرع الأول: ماهية العقود النموذجية أو النمطية 435
الفرع الثاني: الطبيعة القانونية للعقود النموذجية 436
أولا– العقود النموذجية واختفاء ظاهرة تنازع القوانين 436
ثانيا– واقع العقود الدولية 437
الفرع الثالث: الهيئات المهتمة بإعداد العقود النموذجية أو النمطية 438
المطلب الثالث: الانتقادات الموجهة لنظرية الكفاية الذاتية للعقد 442
الفرع الأول: حقيقة العقد الطليق بين الإرادة والقانون 442
أولا– عدم سمو الإرادة الفردية على القانون وحاجة العقد إليه 443
ثانيا– عدم القدرة على التمسك بفكرة العقد الطليق 444
الفرع الثاني: العجز عن إدراك مبدأ الكفاية الذاتية للعقد 445
أولا– المحاكم تؤكد وجود ثغرات في صياغة العقد الدولي 446
ثانيا– الحاجة إلى النمطية في القانون الوطني 446
الفرع الثالث: حقيقة العقود النموذجية الدولية 446
الخاتمة 449
قائمة المراجع 468
résumé 484

مقدمة

لا يمكن إنكار أنه من خلال العقود تنشأ مختلف الالتزامات والحقوق، لذا فإن لها أهمية لا يمكن إغفالها في مختلف مجالات الحياة اليومية وفي مختلف المعاملات والعلاقات على كل المستويات في المجتمع، سواء على المستوى المحلي أو الدولي، لذا نجد أن الفقه يعطي للعقد أهمية خاصة في القانون المدني، كما أن له مكانة وأهمية في مختلف النظم القانونية.

إلا أن بعض العقود لها مكانة وأهمية مميزة، عندما تهتم بمجالات ذات مكانة اقتصادية هامة وبالخصوص في العقود المركبة والتي تحتاج إلى رؤوس أموال ضخمة.

لذا كان من الضروري أن تهتم الدراسة بجميع المراحل التي يمر بها العقد وبشكل خاص التفاوض على العقد، لكونها مرحلة هامة لبناء بنود ومراحل العقد بصورة تجعله متزنا دون مشاكل تعيق تنفيذه.

وفي عهد سابق كان يتم تكوين وإبرام العقود بشكل سريع وبسيط، وهذا بإيجاب وقبول بسيطين فينعقد العقد وينتهي الأمر، وأحيانا يثور النقاش بالأخذ والرد سرعان ما يتوج في النهائية بالاتفاق على مختلف شروطه وبنوده، حيث تنحصر المناقشة حول المساومة على الثمن وجودة ونوعية محل العقد، حيث كانت العقود تتم ببساطة كبيرة خاصة في المجال الزراعي كمعاملات ونشاط غالب في تلك المجتمع .

وفي العصر الحديث ونظرا لما أصبحت تتسم به العقود من تركيب وأهمية مالية واقتصادية بالغة، فإنها أصبحت ترد على مشروعات كبيرة تنجزها شركات عملاقة ومتعددة الجنسيات والتي تقوم بعمليات مركبة ومليئة بالتعقيدات القانونية والفنية تقدر كلفتها بأموال معتبرة، لذا فإنها تنطوي على مخاطر عديدة.

وبذلك أصبح من غير الممكن إبرام هذه العقود من أول لقاء وبشكل سريع كما هو مألوف في العقود اليومية العادية والبسيطة، أي بمجرد تبادل إيجاب وقبول فوريين وبسيطين بل أصبح من الضروري أن تسبق إبرام العقد. مرحلة هامة من التفاوض بشكل مدروس حول مختلف شروط العقد والتي قد تستغرق كثيرا من الوقت قد يمتد إلى عدة سنوات، وقد تتطلب إنفاق أموال باهظة ، لدراسة وتحديد مختلف عناصر العقد، وما ينشأ عن مفاوضاتهم من اتفاقات جزئية ووقتية مختلفة الطبيعة والقيمة القانونية، إلى جانب الآثار المترتبة على ذلك، إلى جانب دراسة الجدوى والأهداف الاقتصادية التي يرجوها الأطراف من بناء العقد، وتوفير وتحديد مصادر تمويله، وكيفية إتباع الإجراءات والحصول على الرخص الإدارية اللازمة وتوقي المنازعات التي قد تنشأ عنه، وتبيان سبل تسويتها والقانون الواجب التطبيق.

إذا تلعب المفاوضات العقدية وخاصة في مجال الأعمال دورا وقائيا هاما لإبرام العقد المنشود في النهاية، كما أنه يمكن التفاوض لحسم الخلافات التي يمكن أن تنشب بين الأطراف في المستقبل، ومن

خلال ذلك فإن الهدف من المفاوضات العقدية هو الوصول إلى إصدار قبول بات لإيجاب بات كذلك، ينعقد به العقد في النهاية، فهما الحد الفاصل بين نهاية التفاوض ومرحلة إبرام العقد، فقد دأب الفقهاء على توضيح مرحلة التفاوض عن طريق استبعاد ما يعتبر إيجابا باتا، وضربوا لذلك أمثلة كثيرة .

وإذا نشأت فكرة عقد معين لدى أحد الأطراف، وعقد العزم على إبرامه فأول شيء يقوم به هو البحث عن المتعاقد الآخر لعرض فكرة العقد، فإذا قبلها من حيث المبدأ فإنهما يتفقان على المكان والزمان للدخول في مفاوضات حول تفاصيل وشروط هذا العقد وهكذا شيئا فشيئا يبدأ بناء العقد المنشود.

إن المفاوضة تعتبر جزءا مهما من العمل القانوني الذي يحيط بالعقد، وفي العقود الدولية ذات الأهمية الكبيرة خاصة إذا تعلقت بعقود الأعمال فهي عقود مركبة ومعقدة وطويلة المدة، ذات علاقة قانونية متشابكة، لذا فالمفاوضة قبل إبرامها ذات أهمية بالغة ولا بد منها، خاصة في عقود نقل التكنولوجية وعقود استخراج المعادن، وعقود المنشآت الكبرى إلى جانب عقود أخرى تحتاج إلى هذه المرحلة الضرورية.

ومن خلال التفاوض يتم تحديد تفاصيل العقد في مشروع أولي يحدد بشكل واضح الإرادة المشتركة لأطرافه، وبعد ذلك يتم التبادل النهائي للتعبير لهذا المشروع ، ثم في النهاية التوقيع عليه، ليصبح هذا المشروع هو العقد النهائي القابل للدخول في مرحلة تنفيذه لذا فإن مرحلة التفاوض تكون في كثير من الأحيان سابقة لإبرام العقد وأحيانا لاحقة له، وهذا ما يعرف بمرحلة إعادة التفاوض التي قد تكون في عقد لاحق، أو شرطا في العقد السابق، وهو الحاصل في أغلب العقود المتفاوض عليها.

لذا فإنه من خلال مرحلة التفاوض والتحضير الجيد للعقد المراد إبرامه وتنفيذه من خلالها قد تكون هي مشروع العقد بحد ذاته، فكل مرحلة من عملية التفاوض يتم الاتفاق عليها وتصبح بإرادة الأطراف مرحلة من مراحل العقد، ومن خلال ذلك يتم تحديد كل الصعوبات المتوقعة، والغير متوقعة، بإيجاد الحلول المناسبة لها والاتفاق على مبدأ إعادة التفاوض عليها حتى عند تنفيذ شروط العقد، إلى جانب تجديد نطاق المسؤولية خلالها، ومختلف الجوانب القانونية الخاصة بمرحلة التفاوض، ثم تحديد وسائل تسوية المنازعات، ثم تحديد مختلف المسائل النظرية والعملية والفنية التي يراها الطرفان مهمة وجديرة بالدراسة والتحضير الجيد باستعمال كل الوسائل، مالية كانت أو بشرية أو تقنية أثناء عملية التفاوض.

والمفاوضات العقدية لها دور كبير وبارز في طريق التمهيد لإبرام العقد المعين والمقصود، من خلال مفاوضات طويلة، وذلك حتى يقف طرفي التعاقد على كافة جزئيات العقد وتفاصيله .

وتبرز الأهمية المؤكدة لمرحلة المفاوضات من خلال اتفاقات منها ما هو مؤقت ومنها ما هو جزئي، وما يحصل من تداخلات في بعضها أمرا واردا يستدعي دراسته والنظر فيه، يأتي ذلك مع غياب الدور التشريعي لتنظيم هذه المرحلة الهامة[1]

بالإضافة إلى ذلك فإن للمرحلة السابقة على التعاقد أهمية كبرى في فرض وإعادة التوازن العقدي، ولاسيما في العقود الدولية الزمنية التي يتم تنفيذها وتحديد آثارها لفترة طويلة، مما يستتبع معه احتمالية تغير الظروف، مما يستلزم إعادة التوازن العقدي بإعادة التفاوض على مراحل وشروط العقد، وتعديل بعض الالتزامات والحقوق بين طرفي العلاقة، وهذا ما يعرف بشرط إعادة التفاوض.

وللمفاوضات أهمية قانونية بالغة، حيث أنها وسيلة للإبقاء على التعامل والتواصل بين أطراف المعاملات خاصة الدولية منها، فعادة يكون هناك نص أو بندا في العقود الدولية يسمى "شرط التفاوض لفض وتسوية المنازعات وديا"، وبمقتضى هذا الشرط يرتضى الأطراف الجلوس سويا لإنهاء الخلاف بينهما وفقا لما تنتهي إليه المشاورات والمفاوضات التي تبنى على الدراسة والبحث.

وكذلك فإن لمرحلة التفاوض أهميتها من حيث أنها تفسح المجال للتعرف على شخصية المتعاقد الآخر، وطبيعة ومختلف الضمانات وسبل تنفيذ بنود العقد ومراحله، وهذا لا يتأتى إلا من خلال التساؤلات والتحفظات والمفاوضات قبل الدخول في إبرام العقد النهائي هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى فإن هذه الأهمية تفرضها الجوانب الفنية المعقدة لتلك العقود مما يتبعها كثير من التفاوض لاستجلاء الغموض والصعوبات المختلفة لهذه العقود.

لذلك فأن مشكلة الفهم لقواعد العقود الدولية على وجه الخصوص، وبوجه آخر يشكل عائق اللغة عقبة جديدة في صياغة العقود باللغة الإنجليزية، وخاصة اللغة القانونية لها، لذا توجد أكاديميات تعمل على التدريب على احتراف صياغة العقود باللغة العربية والإنجليزية وإكساب المشاركين مهارات التفاوض، وحصول المشاركين على دبلوم متخصص في ذلك، وفق منهج علمي وعملي أكاديمي تطبيقي[2].

كما أنه من الطبيعي أن لا تتجه إرادة الطرفين دفعة واحدة إلى كل الجزئيات والمسائل التي تقوم عليها عملية التفاوض من أجل الوصول إلى التراضي على كل المسائل وبالتالي إلى تطابق الإرادتين،

1- أ/ روان عبد المعطي قاضي، الجوانب القانونية لمرحلة المفاوضات العقدية، مكتبة الجامعة الأردنية، كلية الدراسات العليا، الجامعة الأردنية، مذكرة ماجستير، آب، 2011، محملة على الموقع الإلكتروني:. http theses ju.edu.jo.

2- مثل أكاديمية السادات للعلوم الإدارية، والجمعية العربية للعلوم القانونية، وأكاديمية العدالة للدراسات القانونية والاقتصادية، وهذا بالقاهرة بمصر.

فالأمر يقتضي إذا التباحث والتفاوض للوصول إلى هذا التطابق بين الإرادتين، ومن المسلم به أن هذا التفاوض ليس له فعالية ملزمة[1].

ولا نذيع سرا إذا قلنا أن جل أسباب نجاح العقد أو فشله تعود في الأصل إلى مرحلة التفاوض وإلى المستوى الذي يتم به الإعداد لهذه المرحلة لبناء العقد المنشود، فكلما كان التفاوض جيدا كان العقد متوازنا دون عقبات خاصة عند تنفيذ بنوده مما يحقق أهداف ومصالح طرفي العقد معا، دون خلافات ومشاكل تعكس المعادلة تماما، مما يجلب الخسائر وفوات الفرص وتضيع الوقت وحتى الخدش والمساس بسمعة الأطراف المتعاقدة، وكلما كان الإعداد سيئا وتم بشكل مقتضب كلما جاء العقد المنتظر غير متوازن ومليئا بالثغرات والغموض، ويظهر كل ذلك بشكل جلي عند تنفيذه، مما يؤدي إلى فشل العقد وفشل تحقيق أهدافه المرجوة والمخطط لها وخاصة بالنسبة للطرف المتلقي في هذه العلاقة.

إذا نلاحظ أن مرحلة التفاوض على العقد تلعب دورا وقائيا هاما بالنسبة للأطراف المتفاوضة والمتعاقدة مستقبلا، وسواء تم العقد أو لم يتم فالمفاوضات الناجحة هي أكبر ضمانة لقيام عقد جيد وناجح، بل وقد يكتسب الطرف الضعيف من خلاله مكاسب هامة في مجالات عديدة، وخاصة إذا أدارها بشكل ذكي يحاول من خلالها اكتساب جانبا من المعرفة الفنية والعلمية وجلب التكنولوجيا التي يفتقدها، ويحاول الظفر باتفاقات هامة تحقق له كل ذلك أثناء التفاوض.

ومن جهة أخرى فإن فشل التفاوض بعد أن يتضح لكل طرف حقيقة الصعوبات والمشاكل القائمة في توازن مختلف مراحل وشروط العقد المرجو إبرامه، ومن جهة أخرى فإنه عند استحالة التوفيق بين مصالح وأهداف كل طرف خلال المرحلة السابقة على التعاقد، هذا يعتبر وبالتأكيد أحسن وقاية في هذه المرحلة من عقد يجلب الخسائر والنزاعات والصعوبات لأطرافه مستقبلا، وهذا بلا شك من مصلحة أطراف التفاوض طبعا، وبالتالي فإن المفاوضات الفاشلة خير من عقد فاشل في المستقبل.

وقد تتأثر المفاوضات في العقود الدولية بشكل خاص بعدة عوامل خارجية وبشكل سلبي منها بيئة المفاوضات التي تشمل الزمان والمكان والأحداث والمحيط وحتى الأشخاص وبالتالي تكون بيئة التفاوض أجنبية على أحد الأطراف أو عليهما معا، إلى جانب تأثر المفاوضات بشأن العقود الدولية بالثقافة الأجنبية، فالانتقال إلى دولة أجنبية للتفاوض من أجل الوصول إلى إبرام عقد ما خاصة في مجال الأعمال، وهو المجال الذي يحظى بأهمية مميزة لدى كل طرف، هذا يعني التعامل مع طرف تفكيره

1- د/ سليمان مرقص، الوافي في شرح القانون المدني في الالتزامات، نظرية العقد والإرادة المنفردة، ج 1، طبعة 04، دار الكتب القانونية، مصر 1987، ص 96.

وتصرفاته وأقواله وأفعاله مختلفة عن الطرف المقابل في العلاقة، إلى جانب البيروقراطية المحتملة والإجراءات والتنظيمات القانونية والإدارية الأجنبية التي قد تصطدم بها المفاوضات، وفي غالب الأحيان نجد أن المفاوضين لا يملكون سلطة اتخاذ القرار المناسب في الوقت المناسب وبالخصوص في استصدار بعض الوثائق والرخص الإدارية والقانونية، مما يحتم عليهم ابتداء وقبل الدخول في عملية التفاوض معرفة كل الإجراءات الإدارية والقانونية التي تتطلبها مجريات ومراحل عملية التفاوض من بدايتها إلى نهايتها.

وقد توجد كذلك مرحلة للتفاوض على عقود تتعلق بمشاريع كبيرة يباشرها أشخاص طبيعيين أو معنويين، كما هو الحال بالنسبة مثلا لعقود التأمين أو عقود المفتاح في اليد أو عقود الـ (بي، أو، تي) والعقود الصناعية، وعقود الأعمال الأخرى وبصفة عامة فهي عقود تحتاج إلى المفاوضات قد تستغرق وقتا طويلا وتستهلك نفقات كبيرة، وتحتاج إلى جهد كبير من طرف فريق متخصص في ميادين كثيرة.

إذا ومن خلال ما سبق ذكره يظهر جليا دون أدنى شك أن للمرحلة السابقة على التعاقد أهمية بالغة ومكانة خاصة سواء كان العقد دوليا أو محليا، من خلال عدة ميادين سواء كانت علمية أو فنية أو عملية أو قانونية أو مالية...الخ، هذه الأهمية التي تزداد يوما بعد يوم، في زمن أصبحت فيه الدول وخاصة النامية منها بحاجة ماسة إلى مشروعات تنموية في كل المجالات خاصة الحيوية منها والتي تحتاج إلى رؤوس أموال كبيرة، وذلك لتحقيق أهداف عديدة من خلال جلب استثمارات متنوعة أجنبية كانت أو وطنية وتحقيقها في واقع حياة الناس.

إن هذه الأهمية البالغة هي التي تدفعنا إلى دراسة موضوع التفاوض خاصة على عقود الأعمال وهذا للوقوف على الجوانب القانونية والفنية لهذا الموضوع من خلال دراسة وتحديد طبيعة العلاقة بين الأطراف، ثم تحديد مختلف الالتزامات والحقوق التي تنشأ من خلالها، ثم محاولة وتحديد طبيعة المسؤولية التي تترتب عن الإخلال بهذه الالتزامات والحقوق أو عن قطع عملية التفاوض سواء كان عاديا أو تعسفيا.

إن تزايد المشكلات التطبيقية وحتى القانونية والتي تظهر من حين لآخر خلال المرحلة السابقة على التعاقد، لعل أهمها وأكثرها حدوثا في الواقع العملي هي مشكلة قطع التفاوض بشكل مفاجئ دون سبب جدي، أي بشكل تعسفي قد يلحق أضرارا بالطرف الآخر، وهذا ما يدفعنا إلى محاولة تحديد المسؤولية المترتبة عن هذا القطع التعسفي الذي لا مبرر له، أو عن الأضرار الناشئة من الإخلال بمختلف الالتزامات والاتفاقات التي تنشأ عن التفاوض، وهذا يطرح في كثير من الدول نزاعات ومشاكل تحيد بأهداف العملية ككل عن مسارها الحقيقي، هذا ما يظهر الأهمية العملية لهذه المشكلات مما يجعلنا نقف على أنها جديرة

بالدراسة والتأصيل والبحث عن الحلول القانونية اللازمة لهذه الوضعية الغير مرغوب فيها من الطرف الطرف الضعيف في هذه العلاقة.

وفي الحقيقة إن هذه المشكلات تنشأ من أن مبدأ المسؤولية يصطدم بمبدأ آخر له أهميته وهو مبدأ حرية التعاقد، فإن كان المبدأ الأول يهم المجتمع من حيث تحقق العدالة فيه، فإن المبدأ الثاني يهم كذلك المجتمع من حيث أنه يحفظ للمعاملات أمنها وتوازنها وازدهارها ومنه فإن أعمال المبدأ الثاني على إطلاقه قد يستدعي رفض أي تدخل قانوني في العلاقة بين أطراف التفاوض، بحيث لكل منهما كامل الحرية في قطع التفاوض دون التعرض لأي مسؤولية مهما كان التصرف والمسلك وحتى الضرر الناشئ عن هذا العدول أو القطع التعسفي، الذي يلحق خسائر كبيرة ويؤدي إلى ضياع فرص كانت متاحة بالموازاة أثناء التفاوض مع جهات وأطراف أخرى، وهذا ما يخالف بلا أدنى شك دواعي استقرار وأمن المعاملات وخاصة المفاوضات العقدية التي لا تحظى بأي تأطير قانوني، وما تستدعيه من أعمال لمبدأ حسن النية في التعامل والذي تنشأ عنه عدة التزامات تؤكده أو تنفيه إذا لم يلتزم به أحد الأطراف مما يهدد العملية برمتها.

لذا كان من الواجب ومن الضروري أن يتدخل القانون وبالسرعة اللازمة في مرحلة التفاوض لينظم العلاقات ويحدد الحقوق والالتزامات وينظم مختلف الاتفاقات المبرمة قبلها أو خلالها، وتحديد الطبيعة القانونية لهذه المرحلة والآثار المترتبة عنها، وبالتالي ضمان التوازن المطلوب بين مصالح الأطراف في تلك العلاقة، ونؤكد ونلح على أن هذا الأمر يهم خاصة الدول السائرة في طريق التنمية.

وهذا ما بدأت تقتنع وتهتم وتسلم به مختلف التشريعات والأنظمة القانونية خاصة من حيث الدراسة والبحث حول ما له علاقة بهذا الموضوع، وهذا ما سنحاول تناوله بالبحث والدراسة في مجال محدد وهو مجال الأعمال بكل ميادينه ومجالاته المتنوعة ، والتي لها أهمية خاصة في حياة الناس، وهذا رغم الصعوبات المادية والمعنوية التي اعترضتنا في هذه الدراسة نظرا لحداثة هذا الموضوع نسبيا وبالخصوص في مجتمع كالجزائر السائر في طريق النمو، والذي يحتاج إلى نقل المعرفة العملية والتكنولوجية والفنية، والتي يكون التفاوض حولها هام جدا، وقد يتحقق كل ذلك بعد إبرام العقود المنشودة بشكل نهائي، وهذا ما انتهجته كثير من الدول التي أصبحت في مصاف الدول المتطورة اليوم.

إن المرحلة السابقة على التعاقد تمهد لإبرام العقد النهائي، بحيث يتم تحديد الحد الفاصل لنهاية المفاوضات وإبرام العقد، أي الوصول إلى صدور الإيجاب البات بالعقد على أساس مشروع العقد الذي تم تحضيره في مرحلة المفاوضات وهذا من بين الأهداف الأساسية لعملية التفاوض ككل، لذا فإن دراستنا هذه تتوقف عند هذا الإيجاب البات، مع استبعاد كل ما يتعلق بالعقد .

وفي كثير من العقود مثل عقد نقل التكنولوجية تسبقه دائما مفاوضات بين طرفيه المورد والمستورد للتكنولوجيا، ولما كان لهذا العقد صيغة دولية في أغلب الأحيان، فإن مفاوضاته تكون دقيقة ومتشعبة وأحيانا شاقة ومعقدة إذ تناقش خلال هذه المفاوضات تفاصيل كثيرة يتعاون في معالجتها أهل الخبرة الفتية والقانونية، وقد يستغرق ذلك وقتا طويلا و لا تقل مدتها عن الستة أشهر وقد تصل إلى ثلاث سنوات.

وتجري المفاوضات حول مسائل جوهرية تفصيلية لهذا العقد مثل تحديد التزامات كل طرف بعد تحديد مضمون العقد بشكل دقيق والضمانات المختلفة، وكيفية تسوية الخلافات بين الطرفين أثناء تنفيذ وسريان شروط العقد على أساس مبدأ عام يؤطر بشكل عام عملية التفاوض. ككل وهو مبدأ حسن النية في التعامل مع مراعاة العمل بمختلف المبادئ الفرعية التي تتسرب من هذا المبدأ الإطار، مثل مبدأ الجدية والتعاون...الخ، وكشف مختلف الأخطار التي تنجم عن استعمال هذه التكنولوجية في بعض الميادين الحساسة مثل الصحة والزراعة...الخ، والعمل على جعل الطرف المستورد يطلع على وسائل اتقاء هذه المخاطر، ثم العمل على إعلام الطرف المستورد ببعض القيود الخاصة بشروط تصدير هذه التكنولوجية والدعاوى القضائية المتصلة بها.

وكذلك الشأن بالنسبة للعقود الإلكترونية التي لا يجتمع أطرافها في مجلس عقد حقيقي لكنه مجلس افتراضي مرئي وسمعي عبر الإنترنت، أي عن طريق وسيط الكتروني مرورا بعملية التفاوض التي يقصد بها أمران ينصب أولهما على تلك العقود التي ترد على محل المفاوضات الإلكترونية، مثل العقود التي تنصب على مختلف عقود الأعمال وعقود الخدمات وعقود المعلومات الإلكتروني، وثانيها هي أداة التفاوض الإلكتروني، حيث وفرت التكنولوجية الحديثة المختلفة وسائل اتصال مباشرة بالغة التقدم، وذلك بفضل الأقمار الصناعية والألياف البصرية، مثل التلفون الدولي المباشر، والتلفون المرئي، ومؤتمرات الفيديو، وشبكات الإنترنت بمختلف تطبيقاتها، وهذا للوصول إلى تحقيق الأهداف والمصالح المشتركة كمرحلة تمهيدية لمعرفة المركز المالي والقانوني لكل طرف إلى جانب تحقيق الحقوق والالتزامات، ومختلف المسائل الفنية المتعلقة بسريان العقد وشروطه.

ولا شك أن المفاوضات الإلكترونية أضحت ذات أهمية كبرى في العقود الإلكترونية إلى حد جعل البعض ينادي بوجوب أن يكون لهذه المفاوضات اعتبارات قانونية خاصة، وجعلها جزء لا يتجزأ من العقد النهائي، بحيث تكون شرطا أساسيا لإبرام العقد، لا مجرد مرحلة سابقة تخضع للاجتهادات والتقلبات.

إذا من خلال التطرق لهذا الموضوع نحدد ماهية التفاوض على العقد الإلكتروني ثم تحديد الأطراف التي تتدخل في ذلك، وهل هذا التفاوض يتم على كل العقود سواء كانت رضائية أو عينية أو شكلية، وخاصة التي ترد على عقود الأعمال والخدمات بشكل عام، إلى جانب بعض عقود الأعمال الهامة، كما في عقود المنشآت الكبرى مثلا، وقد تحتوي في طياتها على عقود أخرى، والتي يجب كذلك التفاوض على كل عقد فيها على حدا، قبل الوصول في نهاية التفاوض إلى إبرام العقد النهائي.

إن للمفاوضات الإلكترونية التي فرضتها التكنولوجية الحديثة والوسائل المتطورة عبر شبكة الإنترنت ومؤتمرات الفيديو...الخ، أنها تحتاج وبالضرورة إلى تدخل المختصين القانونيين لوضع الإطار القانوني اللازم وتجديد المفاهيم الفقهية لكل المسائل المتعلقة بهذا الموضوع الهام الذي أصبح لصيقا بالحياة العامة للفرد ومختلف المؤسسات في مجالات كثيرة، خاصة في مجال التجارة والأعمال.

لذلك نرى اليوم من خلال إزدهار وتطور مختلف المعاملات، والتفاوض على مختلف العقود خاصة ذات الجدوى المالية والاقتصادية الكبيرة، وذات الآثار الاجتماعية المختلفة أصبحت تتم وبشكل واسع عبر وسائل الاتصال العصرية ذات المنافع والمميزات الخاصة، دون أن نلغي طبعا التعامل والتفاوض التقليدي الذي يعتمد على الاتصال المباشر بين المتفاوضين حول طاولة واحدة على أساس قيامها على مبدأ الدعامات الورقية التقليدية، والتي كذلك لها مميزات وفوائد لا يمكن أن ينكرها أحد من المختصين وحتى المتفاوضين أنفسهم، وهذا خاصة في عقود الأعمال التي يكون التفاوض فيها ذو أهمية بالغة، وجهد ومال، ووقت كبيرين .

إلى جانب التفاوض بشأن إبرام عقود التجارة الدولية التي لا يمكن أن يتم إبرامها دون هذه المرحلة، من خلال محاولة الأطراف خلال التفاوض الوصول إلى اتفاق شامل وقابل للتنفيذ يرضي كليهما، وهذا بدءا بالتحضير الجيد لعملية التفاوض حول مختلف المسائل الجوهرية والتفصيلية، من خلال أولا تحديد أطراف التفاوض، ثم تحديد المسائل المادية والقانونية المتعلقة بالاجتماعات واتخاذ كل الإجراءات الإدارية اللازمة لذلك، ليدخل الأطراف في عملية التفاوض باستعمال كل الأساليب وحتى الحيل ليقنع كل طرف بشروطه الطرف الآخر وقد يلجأ حتى إلى ممارسة بعض الضغوط لحمل ودفع الطرف المستورد للقبول ببعض الشروط باستعمال طرق عديدة يلجأ إليها الطرف المورد، مما قد يؤدي إلى فشل المفاوضات .

ويظهر التطبيق العملي أن المفاوضات تبقى الوسيلة المتبعة من قبل الدول والشركات وخاصة المستوردة والضعيفة في هذه العلاقة في مجال عقود التجارة الدولية، وهي التي تكشف مدى الجدية والتعاون وحسن نية الأطراف والإصرار من أجل الوصول إلى إبرام العقد في النهاية، لذلك فإنه يتطلب أن يسبق

عملية التفاوض معرفة كل ما يتعلق بها من تحضيرات مختلفة الجوانب المتعلقة بها وهذا قبل الجلوس على طاولة المفاوضات لضمان أسس وأسباب نجاحها، وبدون ذلك فلن يتحقق التوازن العقدي المنشود ويؤدي ذلك إلى سوء صياغة العقد وإبرامه بعد ذلك بهذا الاختلال فإنه يؤدي حتما إلى اختلافات وصعوبات كثيرة ونزاعات قد تؤدي بهم إلى القضاء، وهذا عند تنفيذ العقد.

هذه بعض العقود الهامة التي سنتطرق لها من خلال بحثنا هذا، إلى جانب عقود أخرى لا تقل أهمية عنها مما يجعل عملية التفاوض حولها ضرورية ولا يمكن استبعادها خاصة بالنسبة للطرف المتلقي، الذي يحتاج إلى خبرة وقدرات الطرف الآخر في مجالات كثيرة، مما يجعل الجانبين يدخلان في التفاوض بمفاوضين مؤهلين لذلك، من خلال معرفة كل الأمور التي تستوجبها هذه المرحلة، مع الإحاطة بمختلف التكتيكات المستعملة خلالها، مع تحديد الإطار الزمني لها، وكيفية إدارة ومتابعة وإنهاء هذه المفاوضات.

ومن خلال الخوض في هذا الموضوع ارتأينا أن نتبع المنهج التحليلي وكذا التأصيلي ثم المنهج المقارن في بعض الحالات، وأحيانا بشيء من النقد، ثم نقوم بعملية إسقاط على الحالة الجزائرية وخاصة في مجال الأعمال بشكل عام .

ومن أجل هذه الدراسة والتي نراها ذات أهمية بالغة والتي تفرض نفسها في الواقع القانوني والعملي في نفس الوقت، والتي سنبذل كل الجهد اللازم حتى تكون دراستنا هذه موضوعية خالية من أي ميولات شخصية، بل سيكون للفقه والقضاء الرأي الغالب في ذلك بشيء من الموازنة والاقتراح والترجيح، وهذا كله من أجل طرح إشكالية عامة لهده الدراسة وهي مفهوم وأحكام التفاوض على عقود الأعمال ومختلف تطبيقاته العملية واشكالاته القانونية ، والتي سنجيب عنها وفق المناهج السالفة الذكر، انطلاقا واعتمادا على القواعد العامة وآراء مختلف الفقه والقضاء بشكل أساسي، وهذا نظرا لخلو معظم التشريعات من نصوص قانونية خاصة بمرحلة التفاوض على العقد، وبالخصوص منها التشريع الجزائري.

ومن جانب آخر فإن القانون المدني الجزائري لم ينظم المرحلة السابقة على التعاقد بنصوص قانونية واضحة، تجعل العقد المتفاوض عليه متوازنا ومتعادل لجميع الأطراف.

ثم يتم بعد ذلك ومن خلال بحثنا هذا استنتاج الحلول المناسبة وأحيانا اللازمة لمختلف مراحل التفاوض والإشكالات القانونية التي تطرح في هذا الموضوع، ثم محاولة تقييم وتعميم النتائج المتوصل إليها مع مراعاة المرونة اللازمة لفتح مجال البحث والدراسة باستمرار في هذا المجال، من أجل العمل على تطوير الأفكار الخاصة بهذا الموضوع حسب الحاجات والمستجدات التي تطرأ في المستقبل في مجال الأعمال والاقتصاد بشكل عام، وخاصة بما يرتبط أساسا بالجانب الفقهي والتشريعي بشكل عام.

كل ذلك من أجل إعطاء صورة واضحة عن مرحلة التفاوض على عقود الأعمال وبيان حقيقتها والأهمية البالغة التي تحضى بها، إلى جانب توضيح موقف بعض التشريعات التي اهتمت بهذا الموضوع على المستوى الدولي، إلى جانب الإشارة إلى موقف الشريعة الإسلامية في هذا الشأن ثم محاولة ذكر مختلف المشاكل التي تثير النزاعات أمام القضاء وهيأت التحكيم في المرحلة السابقة على التعاقد والتي تنصب على العقود ذات الآثار الاقتصادية والتي لها آثار وتبعات اجتماعية هامة كهدف نهائي وفي مجتمع كالجزائر.

إن هذه العقود المتفاوض عليها تنطوي على مخاطر عديدة يجب أخذها بعين الاعتبار عند التفاوض عليها، لتجنب الوقوع فيها تجنبا لضياع الوقت وتفويت الفرص وإهدار للنفقات المالية وجهود المختصين والمفاوضين لبناء مراحل وشروط هذه العقود، والتي كثيرا ما يكون في أمس الحاجة إليها الطرف المتلقي والذي يهدف من خلالها دفع عجلة التنمية الاقتصادية والخدماتية والعلمية في بلاده تلبية للحاجات المتزايدة في مختلف الميادين، ولمختلف الفئات الاجتماعية وبالخصوص في العقود ذات الطابع الدولي، دون أن نغفل أنه قد تكون قوانين هذه الدول هو الواجب التطبيق في النزاعات الخاصة بهذا الموضوع.

وهذا البحث هو كذلك عبارة عن دراسة تأصيلية، لأننا نحاول جهدنا لتأصيل وترسيخ فكرة وعملية التفاوض على عقود الأعمال وهذا لجلب الانتباه لهذا الموضوع الهام، باعتبار المرحلة السابقة على التعاقد هامة جدا وأساسية وضرورية لتكوين عقد متوازن يحقق الأهداف الآنية وحتى المستقبلية وهذا من خلال تحديد المفهوم والمجال الحقيقي لهذه المرحلة وطبيعتها القانونية ثم محاولة فرضها كفكرة قانونية قائمة بذاتها جديرة بالدراسة من الفقه، واهتمام المشرع بها انطلاقا من واقع حياتنا اليومي، وذلك من خلال استقراء ودراسة مختلف الأفكار وأراء الفقه والأحكام القضائية في هذا الصدد، ثم نحاول استخلاص الحلول القريبة من واقعنا الجزائري المعاش لتبيان الفوائد المنتظرة من كل ذلك.

وللإجابة على كل ما سبق طرحه من أفكار بشكل عام من خلال هذه الدراسة فإننا نقترح لذلك وضع الخطة التالية والتي تتكون بشكل عام من العناصر التالية:

- **المقدمة**
- **الباب الأول: المرحلة السابقة على التعاقد**
- **الباب الثاني: الجانب التطبيقي للمرحلة السابقة على التعاقد**
- **الخاتمة**

الباب الأول

المرحلة السابقة على التعاقد

الباب الأول
المرحلة السابقة على التعاقد

إنه من المسلم به أن ظاهرة التفاوض بشكل عام ظاهرة إنسانية عامة، إذ أنها أمر ضروري ملاصق لحياة الإنسان وخاصة عند قيامه واستعداده لإبرام عقود تتمتع بأهمية خاصة، وهذا على مدار مراحل التاريخ في كافة المجتمعات وقد أخذت عدة أشكال بدء من العصر القديم وصولا إلى العصر الحديث والذي أصبحت أهميته تكبر مع مرور الزمن، وخاصة في عقود الأعمال ذات المردود الاقتصادي الكبير والتي لها اسقاطات اجتماعية إيجابية على الفرد والجماعة، وخاصة في ظل نظام عالمي جديد يمتاز بالهيمنة والتحكم والسيطرة على معظم الأسواق في العالم، والذي يحاول بشتى الطرق لمنع ظهور أقطاب اقتصادية جديدة تنافسه على هذه الأسواق في الدول المتخلفة أو السائرة في طريق النمو.

إن تعدد أطراف التعاقد وتعقد العملية التعاقدية وتنوعها من حيث القوة العلمية أو العملية أو التكنولوجية، يتطلب من هذه الأطراف المرور بالضرورة بمرحلة هامة قبل الصياغة النهائية لشروط العقد، وهي مرحلة التفاوض والتي قد تكون هي العقد نفسه في كثير من الحالات، وخاصة في العقود ذات القيمة الاقتصادية الكبيرة في مجال المال والأعمال.

لذا ارتأينا في دراستنا هذه من خلال هذا الباب دراسة هذا الموضوع تحت عنوان المرحلة السابقة على التعاقد وخاصة منها عملية التفاوض على العقود، وبالخصوص في عقود الأعمال، وهذا من خلال فصلين، وهما على التوالي:

- **الفصل الأول: تاريخ ومفهوم وأهداف المرحلة السابقة على التعاقد**
- **الفصل الثاني: ميادين ومجالات وضوابط المرحلة السابقة على التعاقد**

الفصل الأول

تاريخ ومفهوم وأهداف

المرحلة السابقة على التعاقد

الفصل الأول

تاريخ ومفهوم وأهداف المرحلة السابقة على التعاقد

إن فكرة التفاوض كما نعرفها اليوم فكرة حديثة نسبيا، وإن كانت ظاهرة إنسانية قديمة قدم الإنسان في حد ذاته، ولكنها عبر العصور ومراحل التاريخ عرفت أشكالا مختلفة وتطورت مع تطور المجتمعات والاحتياجات، فهي لم تظهر في بحوث ومؤلفات الدارسين والفقهاء إلا في بداية القرن العشرين تقريبا، وهذا لعدم لجوء الأطراف إلى التفاوض على العقود في العصور الماضية بالطريقة والشكل الذي نعرفه اليوم، وهذا نظرا لاتسام كل العقود عندهم بالبساطة وعدم التعقيد.

ولم يحتاج المتعاقدون إلى مرحلة التفاوض بمعناها الحديث إلا مؤخرا، وذلك عندما ألقى التطور الرهيب والحديث بكل ظلاله على مختلف النواحي والمجالات والميادين التي يتعامل من خلالها الأفراد والمؤسسات، والتي أصبحت مليئة بالتعقيد والتركيب.

ولكي نستعرض مرحلة التفاوض هذه بالدراسة والتحليل علينا وفي البداية أن نستعرض ونخوض في نبذة تاريخية عن التفاوض على العقود، ثم نقوم ببيان مفهوم وأهداف عملية التفاوض وطبيعتها القانونية، وهذا من خلال أربعة مباحث والتي نعنونها على النحو التالي:

- **المبحث الأول: نبذة تاريخية عن المرحلة السابقة على التعاقد**
- **المبحث الثاني: مفهوم مرحلة التفاوض على العقد**
- **المبحث الثالث: أهداف المرحلة السابقة على التعاقد**
- **المبحث الرابع: الطبيعة القانونية للمرحلة السابقة على التعاقد**

المبحث الأول

نبذة تاريخية عن المرحلة السابقة على التعاقد

إن ظاهرة التفاوض أمر ضروري وهام ملاصق لحياة الإنسان، في شتى الأعمال التي يباشرها في مجالات عديدة، فهي ظاهرة إنسانية عامة تدحرجت وانتقلت على مدار مختلف مراحل التاريخ البشري في كافة المجتمعات، حيث عرفت أشكالا عديدة بداية من العصر القديم وما يتصف به من مميزات وصولا إلى عصرنا الذي أصبحت فيه فكرة التفاوض تتطور وتأخذ مكانتها شيئا فشيئا بالدراسة والبحث سواء من الطرف القانونين أوالاقتصاديين وحتى السياسيين، وهذا مواكبة للمستجدات الحديثة وما عرفه العقد من تطور إلى جانب ظهور عقود جديدة، خاصة في ميدان الأعمال وما يصاحبه من إبرام لعقود كثيرة لها خصوصيات حساسة وهامة يوليها الأطراف أهمية بالغة، إذا فهي تحتاج إلى مرحلة من التفاوض بعد الدراسة والتحضير الجيد لمختلف جوانب ومراحل وشروط العقد.

إذا من خلال هذا المبحث نحاول أن نستقرأ ونساير ظاهرة التفاوض عبر مختلف العصور من خلال الكشف عن الكيفيات والصور والطرق التي كانت تتم بها، وكيف تطورت مع تطور المجتمعات عبر الزمان والمكان وصولا إلى العصر الحديث، وبشكل مميز مع ظهور ما يسمى بالنظام العالمي الجديد الذي يعمل على تكريس بطريقة أو بأخرى الهيمنة وفرض الأحادية القطبية في العالم وخاصة على الدول الضعيفة اقتصاديا، وبالتالي فرض السيطرة الكافية على الأسواق العالمية.

إن العمليات التفاوضية وجدت منذ قديم الزمان فهي مرتبطة بشكل مباشر بالنشاط الإنساني في مختلف الميادين وهذا منذ ظهور الإنسان الأول لكنها عرفت أشكالا وصور عديدة عبر التاريخ، وتبقى عملية التفاوض مستمرة باستمرار الإنسان إلى أن يرث الله الأرض ومن عليها.

إذا من خلال هذا المبحث التمهيدي سنبحث مختلف صور التفاوض على العقود في مختلف العصور من خلال ثلاث مطالب أساسية على النحو التالي:

- المطلب الأول: التفاوض على العقد في العصور القديمة
- المطلب الثاني: التفاوض على العقد في العصور الوسطى
- المطلب الثالث: التفاوض على العقد في العصر الحديث

المطلب الأول: التفاوض على العقد في العصور القديمة

التفاوض على العقد أصبح من المسائل العادية والطبيعية خاصة في بعض العقود التي يوليها الأشخاص أهمية مميزة، وهو لصيق بمختلف أعمال الفرد والجماعة في ميادين ومجالات عديدة، وفي مختلف المجتمعات، لكن هل يعني ذلك أن المجتمعات القديمة عرفت فكرة التفاوض؟ وكيف كانت تمارسها؟ وهل رتبت عليها مسؤوليات وآثار معينة؟ مثل ما هو عليه الحال في المجتمعات المعاصرة لذلك سنحاول بحث هذا الأمر من خلال ثلاث فروع، الفرع الأول هو طرق التفاوض على العقود في العهود الحضارية القديمة، ثم نعالج في الفرع الثاني التفاوض على العقود في القانون الروماني، ثم ندرس في الفرع الثالث موضوع المفاوضات على العقود في الإسلام.

الفرع الأول: طرق التفاوض التفاوض في العصور القديمة

إنه لم يعنى الفقه ببيان هذه المسألة، ولما كان التفاوض على العقد يرتبط بحرية التفاوض وبعروة وثقى، سوف نستقرؤ تاريخ العقد في العصور القديمة، من أجل الوقوف على طرق التعاقد فيها، ومدى ما كان يتمتع به الطرفان من حرية في مناقشة شروط العقد، بداية من المجتمعات البدائية حيث كان الإنسان البدائي الأول يعيش في كنف جماعات متفرقة في شكل قبائل رحل، وكانت كل قبيلة تشكل بذاتها مجتمعا مغلقا يقوم على الاكتفاء الذاتي، ذلك أن حاجات الإنسان البدائي وموارده كانت محدودة ولم تكن القبيلة تلجأ إلى التبادل التجاري لمختلف السلع مع القبائل الأخرى إلا في حالات نادرة، وحتى وإن تم هذا التبادل فإنه كان يتم في صورة جماعية بزعامة شيخ القبيلة[1]، وقبله كان يتم ذلك ليلا في مكان محدد أو على حدود القبيلة بشكل صامت وحتى دون أن يلتقي أفراد القبيلة، وذلك بوضع سلعة في مكان محدد ثم العودة في وقت آخر لتسلم السلعة المقابلة في نفس المكان وبشكل صامت ودون لقاء يذكر[2].

وبعد أن دخل الإنسان في مرحلة الزراعة البدائية، بدأت تظهر لدى القبائل الحاجة إلى التبادل، رغم أن هذه المجتمعات لم تعرف العقد كفكرة بمعناها الدقيق، فلم يكن العقد وسيلة تبادل بدائية[3]، فالواقع أن هذه المجتمعات لم تعرف في تعاملها سوى التبادل المباشر، أي أموال مقابل أموال وخدمات مقابل خدمات، وقد اتخذ التبادل المباشر صورتين:

1- د/ صوفي أبو طالب، تاريخ النظم القانونية والاجتماعية، 1988، ص 35.

2- د/ إسحاق إبراهيم منصور، نظريتا القانون والحق، د. م. ج، ط 07، الجزائر 2007، ص 15

3- د/ عبد الكريم عبد اللاه، التفاوض على العقد، د. ن. ع، القاهرة، مصر 2001،ص 13.

1- المقايضة: وقد كانت وقتها تتخذ صور المقايضة الصامتة، فلم تكن تتم في الأسواق حتى يتصور حدوث اتصال ونقاش بين المقايضين، وإنما كانت تتم في صورة تبادل مادي للبضائع، وذلك بوضع هذه الأخيرة على الحدود بين القبيلتين ثم العودة مرة أخرى لأخذ البضائع المقابلة التي توضع في نفس المكان من قبل القبيلة الأخرى، ولم يكن الطرفان يرى أحدهما الآخر في غالب الحالات، أو على الأقل كان التبادل يتم باستخدام الإشارة، ويعلل هذا الصمت بالخوف من الأعداء، أو لأن الاتصال الشخصي كان ممنوعا، أو للجهل باللغات، وبطبيعة الحال لم يكن يتصور حدوث تفاوض في هذا النوع من التبادل الصامت[1].

2- الهبة: لم تكن الهبة في المجتمعات القديمة تشبه عقد الهبة في القوانين المدنية الحديثة، وهو فعل تبرعي دون أي مقابل في كثير من الأحيان وإنما كانت تتم بين القبائل كطريقة من الطرق في تبادل الخدمات والسلع وكانت تتم في الأعياد والمناسبات، ويتم ذلك من خلال طقوس وألفاظ معينة، وكانت تتم بهدف التفاخر بين القبائل ويلتزم شيخ القبيلة برد ضعفها في مناسبة مماثلة، وإلا وقع عليه جزاءا معنويا في فقدان شرفه ولقبه[2].

وكذلك فإنه لا يمكن تصور حدوث تفاوض بين القبائل في هذه المبادلات لذا يمكن القول أن التفاوض على العقد بمعناه المعروف في أيامنا هذه لم يكن معروفا لدى المجتمعات البدائية لأن العقد في المقام الأول لم يكن معروفا لديها.

البدايات التفاوضية: لم يعرف التفاوض في التبادل التجاري بين القبائل البدائية، لكنه كان معروفا كعمليات تجارية منذ قديم الزمان بين الأفراد كعمل إنساني بمعناه العام، فأول عملية تفاوضية تعود لآدم وحواء عليهما السلام، واستمرت العمليات التفاوضية عبر الزمان والمكان وأخذت تتطور معهما وستبقى هذه العمليات مادام الإنسان باقيا في هذه الحياة ، ويدل على ذلك قصة ابني لآدم قابيل وهابيل، حيث قام قابيل بقتل أخيه هابيل بعد أن ضاق ضرعا بعملية التفاوض مع أخيه هابيل، فوصلت المفاوضات بينهما إلى طريق مسدود بأن أنهى أحد الطرفين الآخر[3].

التفاوض في العهود الحضارية القديمة: وحتى وإن مارست الحضارات القديمة التفاوض في تلك العصور لم تمارسه على أساس أنه علم وفن له أصوله وطرقه ووسائله، بل مارسته على أساس أنه جزء من العادات

1- د/ إسحاق إبراهيم منصور، نظريتا القانون والحق، المرجع السابق، ص 20.

2- Noma n Goma, théorie, des sources de l'obligations, Paris L. G. D. J. 1968, P 38.

3- د/ محمود علي ود/ محمد عوض هزايمية، مدخل إلى فن المفاوضات، ط1، دار الحامد للنشر والتوزيع، الأردن 2006، ص 14 وما بعدها.

والأخلاق والتقاليد وهذا من خلال تتبع الحضارات القديمة، فقد عرفها الفراعنة في مصر وعرفها اليونان والرومان القدماء فقد كانت وسيلة من وسائل التواصل والتفاهم بين المجتمعات البشرية والحضارات المتجاورة.

لقد عرفنا أن الإنسان البدائي القديم قبل تشكل حتى المجتمعات والقبائل لم يعرف عملية التفاوض، لكن مع تكون القبائل والمجتمعات والحضارات القديمة أصبحت عملية التفاوض ضرورية تعترف للتعاون والاستقرار والسلم والحماية، وحتى المتوحشين تفاوضوا فيما بينهم وكانت الصلات والمفاوضات التجارية وخاصة حول السلع الغذائية هي السابقة على المفاوضات السياسية والاجتماعية[1].

ومن خلال تناول حضارة بلاد الرافدين في بابل وسومر وآشور، نلاحظ أنها تدل على إنسان تلك الحضارات امتهن التجارة وتبادل السلع منذ أكثر من خمسة آلاف سنة، ووثق لهذه المهن كثيرا من الوثائق القانونية والإدارية والفنية إضافة إلى صكوك وعقود تجارية وهذه العلاقات والتي كان أطرافها إما بائع ومشتري أو آخذ ومعط، تتم دون شك في الغالب بنوع من التفاوض والتفاهم.

ونتيجة للتطور الذي حققته الحضارات عبر الحقب الزمنية المختلفة، مستفيدة من انجازات بعضها البعض، فقد نشأت علاقات جديدة أدت إلى زيادة الحاجة إلى الاتصال وحل المشاكل الناجمة عن نشاط التبادل التجاري والمعاملات الاجتماعية، والاتفاق على قواعد صحيحة لعملية الترتيب تلك، فبرزت العمليات التفاوضية كوسيلة ملبية لهذه الحاجة المتزايدة واختص بها رجال ذوو شخصية قوية وخبرة ودراية مميزة[2].

المفاوضات في جاهلية العرب: ويمكن القول أن طبيعة العرب المتمثلة في حب الأسفار والتنقل بسبب الظروف الاقتصادية والاجتماعية والجغرافية الصعبة، دفعتهم إلى ممارسة التجارة، والاجتماع في الأسواق، مما سهل لهم نسج علاقات وارتباطات واسعة ومتنوعة مع بعضهم البعض، الأمر الذي أدى إلى ظهور الحاجة إلى إرسال الوفود لتقديم التهاني والتعازي أو للتشاور وفقا لطبيعة الحدث سواء كان تجاريا أو اجتماعيا...الخ، وفي مثل هذه الأحداث يتم تبادل الآراء ووجهات النظر حول القضايا التي تهمهم جميعا، فقد يتم التفاوض لعقد تحالفات على النصرة والنجدة، ونذكر هنا إلى أهم الأحلاف والمعروف بحلف

1- د/ محمود على ود/ محمد عوض هزايمية، المرجع السابق، ص 15 وما بعدها.

2- د/ شوقي نادي ود/ غالي أبو الثمن، التفاوض مهارة وإستراتجية، بغداد...د. أ. ن، 1991، ص 31.

الفضول، حيث قال عنه رسول الله صلى الله عليه وسلم:﴿ لقد شهدت في دار عبد الله بن جدعان حلفا ما أحب لي به من حمر النعم، ولو أدعى به في الإسلام لأجبت﴾[1].

كما عرف العرب السفارة، حيث كانوا يلتمسون في سفرائهم ورسلهم المفاوضين لغيرهم في مسائل ومجالات عديدة، كالمعرفة والخلق وسرعة البديهة والذكاء والصبر والحكمة والشجاعة والإقدام والفصاحة والوقار والأمانة والثقافة والعلم، وأن يكون واسع الصدر في المحاورة والمفاوضات وهذا ما يمكننا اليوم أن نستفيد منه بالنسبة للفرد المفاوض.

الفرع الثاني: التفاوض على العقود في القانون الروماني

وفي روما القديمة كان المجتمع زراعيا معاملاته محدودة قليل الاتصال بالعالم الخارجي، يقوم على مبدأ الاكتفاء الذاتي الذي كان في أول الأمر يعتمد على المقايضة، ثم ظهرت النقود كوسيلة للتعامل وشهد المجتمع الروماني نوعا من التحضر خاصة بتراجع العصبية القبلية، إلى أن أصبح للفرد كيان مستقل بإمكانه التصرف بمفرده ولحسابه الخاص.

لكن القانون الروماني لم يعرف في عصوره الأولى سوى الشكلية التامة في التعاقد، فلم يظهر فيه مبدأ سلطان الإرادة إلا على سبيل الاستثناء في عهود حديثة نسبيا وبعد تطور طويل.

فلم تكن الإرادة في ظل هذا القانون قادرة على إنشاء العقد وتحديد أثاره بمجرد الاتفاق عليه، بل كان لا بد من إفراغ هذا الاتفاق في أحد القوالب الشكلية الواردة في القانون على سبيل الحصر، وهي القرض الرسمي المسمى – نكسوم– والعقد الكتابي، والاشتراط الشخصي، والقرض العيني، وهي كلها عقود شكلية لا تتم إلا بعد التلفظ بعبارات معينة وإجراء مراسيم وطقوس محددة، أو بعد تسليم الشيء محل الالتزام كما في العقد الأخير، فقد كانت هذه العقود حرفية التنفيذ لا يعتد بها، فلا يعتد فيها بحسن أو سوء نية الطرفين، ومن ثم كانت تدخل في عداد القانون الضيق، فإذا لم يتخذ الاتفاق أحد هذه الأشكال صار هو والعدم سواء بسواء، فلا يترتب عليه أي أثر قانوني، بل كان هذا الأثر يترتب على الألفاظ والطقوس والإجراءات التي يقررها القانون[2]، ومن ثم فإنه أي خطأ في أي إجراء شكلي يؤدي إلى إبطال العقد، والعكس هو الصحيح حتى وإن كانت الإرادة معيبة أو منعدمة بشكل تام.

1– السيرة النبوية لابن هشام أبي محمد عبد المالك بن هشام المعافري، تحقيق مصطفى السقا وإبراهيم الاتياري وعبد الحفيظ الشلبي، دار نشر مصطفى البابي الحلبي وأولاده، مصر 2010.

2– د/ صوفي أبو طالب، تاريخ النظم القانونية والاجتماعية.، دار النهضة العربية، مصر 1988، ص 36.

وفي ظل هذه الشكلية التامة التي سادت المجتمع الروماني آنذاك، فإنه يستبعد ظهور أي تفاوض على العقد بمعناه الحالي والحديث، وحتى تفاوض الطرفان بغية إبرام أحد العقود، فإنه لا يترتب عليه أي أثر قانوني سواء عند نجاحه أو عند فشله، فالتفاوض يقوم على أساس حرية الإرادة في مناقشة شروط العقد وتحديد آثاره، وهذا ما لم يكن يعترف به القانون الروماني الشكلي، الذي كان يحدد نماذج شكلية ليس للأطراف إلا الانضمام لأحد هذه النماذج، وبالتالي لم تكن هناك الحاجة إلى التفاوض لإبرام العقد[1].

غير أن هذه العقود الشكلية ما لبثت أن أصبحت غير كافية لمواجهة ما طرأ على المجتمع الروماني من تطور بفعل الاتساع الأفقي للدولة الرومانية، وقد تحول هذا المجتمع إلى مجتمع تجاري داخليا وخارجيا وسادت المهنة الحرفية في المجتمع وانتشارها الواسع مما شكل اقتصادا حرفيا بالمعنى الكامل[2].

ومن ثم كان لا بد من إحداث تغيير في نظم التعاقد لمواكبة هذا التطور في المجتمع، ولهذا ظهرت بعض العقود الغير شكلية بجوار الشكلية على سبيل الاستثناء، وقد عرفت بالعقود الرضائية وهي البيع والإيجار والشركة والوكالة، وسميت كذلك لأن التراضي وحده كان يكفي لانعقادها دون الحاجة إلى أي شكليات، وقد اعتبرت هذه العقود من عقود حسن النية، أي عقود غير حرفية التنفيذ، حيث كان القاضي يعتد في تفسيرها بإرادة المتعاقدين ويكملها وفقا للمألوف بين الناس والشرفاء.

وفضلا عن ذلك ظهرت العقود العينية والعقود الغير مسماة والاتفاقات البريتورية، والاتفاقات الشرعية، وهي كذلك من العقود التي تحتاج عند إبرامها إلى شكلية محددة، ورغم كل هذا إلا أن القانون الروماني لم يسلم ولم يعترف للإرادة بسلطان بإطلاقه، بل ظل يعتبر الشكلية هي الأصل العام ولا يعترف للإرادة بسلطان إلا على سبيل الاستثناء، فقد ظل الاتفاق لا يرقى إلى مرتبة العقد إلا إذا أفرغ في أحد القوالب الشكلية، أو اندرج تحت أحد العقود العينية أو الرضائية أو الغير مسماة، أو الاتفاقات البريتورية أو الشرعية[3].

وإن كنا لا نستبعد وقوع تفاوض بشأن هذه العقود الجديدة لاسيما العقود الرضائية، إلا أنه يبدو أن مرحلة المفاوضات على العقود لم تحضى بأي اهتمام يذكر في القانون الروماني حتى في آخر مراحل تطوره ولعل ذلك يرجع للسببين التاليين:

1- د/ صوفي أبو طالب، المرجع السابق، ص 334 وما بعدها.

2- د/ رجب كريم عبد اللاه، التفاوض على العقد، المرجع السابق، ص 15.

3- د/ صوفي أبو طالب، نفس المرجع ، ص 458.

السبب الأول: أن المعاملات في هذا العصر ظلت تتسم بالبساطة وعدم التعقيد، ومن ثم لم يكن الطرفان في ذلك الوقت في حاجة للدخول في تفاوض من أجل الإعداد والتحضير للعقد.

السبب الثاني: إن الاتفاق على التفاوض لم يكن يندرج ضمن العقود الرومانية الشكلية أو غير الشكلية، ولا يرتب أي مسؤولية في حالة الإخلال به ولا يرتب أي مسؤولية عن قطع المفاوضات بفعل الخطأ الذي سبب ضررا للغير[1].

وننوه بهذا الصدد أن القانون الروماني قد تضمن في آخر مراحل تطوره، يمنح للمشتري حسن النية دعوى البيع لاسترداد ما دفعه للحصول على تعويض عما لحقه من ضرر من جراء بطلان البيع لاستحالة محله وعدم مشروعيته، فرغم بطلان البيع إلا أن القانون أعطى للمشتري دعوى البيع ليتمكن من الحصول على التعويض لكونه حسن النية ومراعاة لاعتبارات العدالة، وإذا من خلال ذلك يمكن القول بأن التفاوض على العقد لم تتم معالجته من خلال ما سبق ملاحظته[2].

الفرع الثالث: المفاوضات على العقود في الإسلام

كانت العرب تطلق عبارة المراوضة على المفاوضات التي كان يجريها الرسول صلى الله عليه وسلم بداية انطلاق الدعوة الإسلامية خاصة مع مشركي مكة، حيث كان أقطاب التفاوض مع محمد صلى الله عليه وسلم وقريش، ومن النماذج على هذا الشكل من التفاوض صلح الحديبية الذي وقعه الرسول صلى الله عليه وسلم مع قريش، فبعد أن اشتد عود الإسلام وأصبح قوة يحسب حسابها، وجدت قريش أن لا سبيل للتفاهم مع محمد صلى الله عليه وسلم إلا بالمفاوضات، فكان صلح الحديبية المعروف، والتي تم التوصل إلى بنوده بعد مفاوضات دارت بين الرسول صلى الله عليه وسلم وسهيل بن عمرو الذي بعثته قريش عندما جهز الرسول صلى الله عليه وسلم نفسه لدخول مكة ماديا ومعنويا[3].

فكان ما كان من حديث وتبادل للرأي أثناء عملية التفاوض التي خلصت إلى أن تضع الحرب أوزارها عشر سنين، يأمن فيهن الناس بعضهم بعضا، وعلى أنه من يأتي محمدا من قريش بغير إذن وليه رده عليهم، ومن جاء قريشا ممن مع محمد لم يردوه عليه، وتكون الصدور منطوية على ما فيها لا تبدي عداوة، ولا سرقة ولا خيانة، وأنه من أراد أن يدخل في عقد محمد وعهده دخل فيه، ومن أحب أن يدخل في عقد قريش وعهدهم دخل فيه، ودخلت خزاعة في عقد محمد صلى الله عليه وسلم، ودخلت بكر في عهد

1- A. Cohérier, Les obligations naissant des pour porters prealables, la formation des contrats, Paris 1989, P 09.

2- A. Cohérier, op cit, p 18.

3- د/ محمود علي ود/ محمد عوض الهزايمية، المرجع السابق، ص 19 وما بعدها.

قريش، كما نصت اتفاقية الصلح على أن يرجع الرسول صلى الله عليه وسلم وصحبه في عامهم هذا فلا يدخلون مكة، ويدخلونها في العام المقبل، ويقيمون بها ثلاثا ومعهم سلاح الراكب[1].

ونتيجة لذلك مضى محمد صلى الله عليه وسلم ومضت معه رسالة الإسلام، حتى دانت له الجزيرة العربية قبل انتقاله لملأ الأعلى، وجاء من بعده الخلفاء الراشدون الذين سيروا الجيوش وخضعت لهم الكثير من الدول ذات شأن آنذاك، والمهم في الأمر أن هناك مدنا ظهرت إلى الوجود بسبب الفتح الإسلامي، كالبصرة والكوفة ودمشق وبغداد وقرطبة وغدت من أهم المراكز التجارية في العالم، وازدهرت فيها الصناعات المتعددة إلى حد اتسعت فيه منتوجاتها، ولم تقتصر الأسواق التجارية على حدود البيع والشراء، بل توسعت لتكون أماكن للتشاور والاجتماع للتفاوض، وفض النزاعات، وإبرام عقود التحالف والمصالحة، وإلى غير ذلك من الأنشطة التي تتطلب توافر متفاوضين بأعداد كبيرة.

والملاحظ أن المفاوضات في العصر الجاهلي اقتصرت على قضايا التجارة والحرب والصراع بين القبائل، لكن مع ظهور الإسلام توسعت قضايا المفاوضات وخرجت من خلالها عن الحدود التي رسمت لها في العصر الجاهلي، لتأخذ مفهوما سياسيا واجتماعيا، وتصبح أداة من أدوات نشر تعاليم الإسلام، ووسيلة لمجادلة غير المسلمين ودعوتهم للتخلي عن ديانتهم والدخول في الإسلام، وأداة من أدوات عقد المعاهدات على اختلاف أنواعها أيضا[2].

وأما في العصر الأموي، فكانت المفاوضات وسيلة من وسائل تنفيذ السياسة الخارجية للدولة وكانت السبيل لدفع الحرب وعقد التحالفات، والوسيلة لتثبيت شروط الهدنة والوصول إلى صيغ التفاهم لعقد المعاهدات مع الأمم الأخرى، وفي العصر العباسي، مرت المفاوضات بتطورات جديدة لم تعرف من قبل، فبلغت درجة عالية من التقدم بحيث أصبحت تخضع لقواعد دقيقة وأسس وأصول واضحة، ما أتاح لهذه الدولة لعب دور هام في توثيق العلاقات مع غيرها من أمم أهل الأرض يوم ذلك فكانت بغداد تعج بالوفود وتنطلق منها كذلك قوافل تضم أهل الفكر والتجارة والصناعة قاصدة الدول الأجنبية، لتنهي مهمتها عن طريق التفاوض مع الدول التي تقصدها بعقد المعاهدات السياسية والاقتصادية والحربية المختلفة، والتي تمثل في واقع الأمر المجالات الرئيسية للمفاوضات[3].

1- سيرة ابن هشام، المرجع السابق، ص 185

2- د/ سعيد رمضان البوطي، فقه السيرة، دار الفكر، دمشق، سوريا، ط1، 1991، ص 43 وما بعدها.

3- د/ سعيد رمضان البوطي، المرجع نفسه، ص 45.

المطلب الثاني: التفاوض على العقود في العصور الوسطى

إذا من خلال هذا العصر سنرى كيف أن العقد تطور من العهد الروماني إلى العهد الجرماني، وحلول الثاني محل الأول، مما أدى ذلك إلى التأثير على تطور العقد وعلاقة ذلك كله بفكرة التفاوض على العقد، وبذلك سنتطرق من خلال الفرع الأول إلى التفاوض على العقد في القانون الجرماني، ثم نعالج في الفرع الثاني دور القانون الكنسي، والقانون الطبيعي، ثم نعالج في الفرع الثالث دور الشريعة الإسلامية، وهذا كله من خلال ما سيأتي بيانه:

الفرع الأول: التفاوض على العقد في القانون الجرماني

عقب الغزو البربري الجرماني وسقوط الإمبراطورية الرومانية الغربية عام 476م، بدأ العقد الجرماني يأخذ مكانه بجوار العقد الروماني، وما لبث أن حل تماما محل العقد الروماني الذي تلاشى دون أن يخلف وراءه أدنى أثر.

والعقود الجرمانية في ذلك الوقت كانت إما عقودا شكلية أو عقودا عينية، فقد كان العقد لا ينعقد ولا يكون ملزما إلا عندما يقوم ويجتهد أحد الطرفين للقيام بأداء معين إلى الطرف الآخر من العقد، أما في العقود الأخرى كانت لا تنشئ التزاما إلا بعد تقديم عربون أو وضع اليد في اليد، ومن ثم فإن الاتفاق الذي لا يتخذ شكلا من هذه الأشكال يكون بلا قيمة[1].

وفي ظل هذه الأوقات المتردية لم تعد الكنسية قادرة على الدفاع عن المبادئ السامية للديانة المسيحية، والتي كانت مزدهرة في نهاية الإمبراطورية الرومانية، مثل القانون الطبيعي، ومبدأ حسن النية، والعدالة، والاعتداد بالإرادة على حساب الشكلية في بعض الأحيان، لكن في ظل مجتمع غارق في العنف الشديد والقتل المنتشر والسرقة المتفشية فيه، فإن هؤلاء القوم لم يكونوا يفهمون أن المتعاقدين ينبغي أن يكونا حسني النية، وأن الإكراه والتدليس مثلا يمكن أن يعيب الإرادة[2].

ونتيجة لذلك فإن التفاوض على العقد يمكن أن تنشأ عنه حقوقا والتزامات، لم تكن لتوجد في ظل التقاليد والنظام الجرماني، والتي يغلب عليها الطابع الشكلي كما تطرقنا له سابقا وتجاهله لمبدأ حسن النية.

1- د/ صوفي أبو طالب، تاريخ النظم القانونية والاجتماعية، المرجع السابق، ص 377.

2- د/ صوفي أبو طالب، نفس المرجع، ص 337.

الفرع الثاني: دور القانون الكنسي والقانون الطبيعي

أولا- دور القانون الكنسي

لم يكن لمبدأ حسن النية واحترام العهود أن يسود ويعمل به إلا في ظل ومن خلال تعاليم ديانة مقدسة، وقد لعب القانون الكنسي دورا لا ينكر في الحياة القانونية، وفي القرن السادس عشر (16)، هاجم فقهاء الشكلية ونادوا بأن العقد المجرد من أي شكل يكون ملزما بذاته، وقد تجلى ذلك في أقوال الكنسيين- بحيث أن: سنت توماس يقول:«الرجل يلتزم اتجاه الرجل بوعده»، ويقول ديمولن:«اتفاق الرضا يكفي لعمل اتفاق»، ويقول لويسل:«الأبقار تتقيد بقرونها والرجال يتقيدون بكلامهم».

وهكذا أرسى فقهاء القانون الكنسي المبدأ العام القاضي بأن العقد هو مجرد اتفاق الإرادتين على إحداث أثر قانوني، غير أنهم أقاموا هذا المبدأ على أساس الأخلاق فقط، دون أن يصلوا في ذلك إلى حد تقرير مبدأ سلطان الإرادة، أو المبدأ المعروف وهو مبدأ حرية التعاقد بشكل مطلق إذ أن هذه الحرية المطلقة كانت تتنافى مع الفلسفة السائدة في المجتمع آنذاك، حيث كان نظام الإقطاع ونظام الملكية لا يقبلان الحرية الفردية في الحياة الاجتماعية، فقد كانت هذه الحرية المطلقة حكرا على النبلاء ورجال الدين وقد تجلى ذلك في مبادئ وأفكار فقهاء ورجال دين تلك المرحلة[1].

هذا ورغم أن مجرد الاتفاق ولو كان بدون أي شكلية معينة قد أصبح ملزما على يد الكنسيين إلا أن القانون الكنسي لم يعتني بقضية التفاوض على إبرام العقود، ويرجع ذلك إلى معاملات كانت لا تزال تنعم بالبساطة وعدم التعقيد، وبالتالي لم تكن هناك حاجة إلى الدخول في مفاوضات لإبرام العقد[2].

غير أنه هناك حقيقة يتعين عدم إهمالها، وهي أنه عندما يختفي القانون الشكلي ليحل محله قانون آخر يعول في البداية على إرادة الطرفين، فإنه لا بد من أن يتولد عن المرحلة قبل العقدية بعض الآثار القانونية، وهذا ما حدث بالفعل في ظل القانون الكنسي، ومنه فقد نشأت فكرة الغبن في التعاقد، وذلك من خلال إرساء القاعدة التي تقضي بأن كل من حصل على منفعة مبالغ فيها من العقد يلتزم بتعويض الطرف المغبون، أو يكون العقد قابلا للإبطال.

ورغم أن الغبن لا يتصل بالتفاوض إلا بطريق غير مباشر، إلا أنه يجب أن لا ننسى أن العقد إنما يتأثر بالغبن عادة بسبب ما يتميز به المفاوض من براعة ودهاء في المفاوضات التمهيدية، وبذلك يتمكن من الحصول على مزايا لا تتعادل إطلاقا مع ما أعطاه[3].

1- N. Goma, op cit, P 59.

2- رأي الدكتور كريم رجب عبد اللاه، التفاوض على العقد، المرجع السابق، ص 20.

3- A. Cohérier, op cit, P 10.

ثانيا – دور القانون الطبيعي

إن الدور الذي لعبه الكنسيون في إرساء المبادئ الجديدة، القاضي بأن كل اتفاق يكون ملزما بذاته، سرعان ما تلاشى في القرن الثامن عشرة (18) على يد فقهاء القانون الطبيعي الذين جحدوا هذا الدور بقولهم (إن احترام الاتفاقات هو أحد مبادئ القانون الطبيعي) وكان الهدف من ذلك واضحا هو إقصاء الكنسية عن الحكم، بل وحتى تحييد الدولة، بدعوى أن المصدر الأول للسلطة والقانون لا يكمن في الله ولا في الدولة بل في الإنسان ذاته بوصفه كائنا مطلقا[1].

وهكذا تم تهميش دور الدولة، وتبنى المجتمع شعار "**دعه يعمل دعه يمر**" وأصبح العقد طليقا من كل قيد وترسخت القاعدة الشهيرة التي تقول أن "**العقد شريعة المتعاقدين**"[2].

وقد كانت هذه القاعدة الجديدة للعقد تتلاءم مع طبيعة المجتمع وبنيانه الاقتصادي آنذاك، وقد كانت جهود الأفراد تكفي بذاتها لإدارة دفة الصناعة والتجارة بصورة ناجحة، وكان العقد الذي يناقش بحرية تامة من طرفيه، هو أفضل طريقة وأسلوب للتبادل، ولهذا لم تشعر الدولة مطلقا بضرورة التدخل في الحياة الاقتصادية[3]، وقد تبنى قانون نابليون ثم القانون المدني الفرنسي الحالي هذا التصور الجديد للعقد.

ويمكننا القول بأن العقد بصورته الجديدة التي وصل إليها في ذلك الوقت كان عقدا قابلا للتفاوض وذلك لكونه عقدا حرا في ظل اقتصاد حر، فقد كان ممكنا مناقشة شروطه بكل حرية من طرفي العقد، بالنظر لما كان يتمتع به من مساواة نسبية في المراكز الاقتصادية، وإن لم يحظى التفاوض باهتمام الفقه في هذا الوقت، فذلك يرجع إلى بساطة العقود وعدم تعقيدها.

الفرع الثالث: دور الشريعة الإسلامية

إنه يتعين علينا في الأخير التنويه بالدور الذي لعبته الشريعة الإسلامية الغراء في هذا الموضوع فمنذ أن أطل فجر الإسلام على الإنسانية في أواخر القرن السادس الميلادي، حرصت الشريعة الإسلامية على إرساء مبدأ احترام العقود، ومبدأ الرضائية حيث أن الله عز وجل قال:﴿ **يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آَمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ** ﴾[4].

1- J. Zaksa, op cit, P 100 et s.

2- وهي عبارة للفقيه دوما، أنظر د/ صوفي أبو طالب، المرجع السابق، ص 458.

3- N. Goma, op cit, P 61.

4- سورة المائدة الآية 01.

وقال الله عز وجل:﴿ **يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آَمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ** ﴾[1]، وعن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال:﴿المسلمون عند شروطهم إلا شرطا حرم حلالا، أو أحل حراما﴾[2].

وعلى هذا فإن العقد في الشريعة الإسلامية هو عقد رضائي من حيث الأصل، وبذلك فهو عقد بالضرورة قابل للتفاوض حول كل المسائل المتعلقة بالعقد وظروف انعقاده وتنفيذه، وهذا بكل حرية، شريطة أن لا يضمناه شرطا يحرم حلالا أو يحلل حراما.

وإن كان فقهاء الشريعة الإسلامية لم يعنوا بوضع نظرية عامة للعقد، وإنما تناولوا كل عقد على حدا لكن الفقهاء المحدثين قاموا بمحاولات طيبة في هذا الخصوص[3].

المطلب الثالث:التفاوض على العقود في العصر الحديث

منذ بداية القرن الثامن عشر (18) والعالم يشهد تطورات متلاحقة وتغيرات مستمرة، فأطلت على العالم ثورة صناعية مست كل الجوانب الاقتصادية والاجتماعية والسياسية للمجتمع، كل هذا كان له أثر كبير على العقد ذاته، وأدى حتى إلى ظهور عقود جديدة وكل العناصر المتعلقة بالعقد سواء قبل أو أثناء أو بعد إبرام العقد ومنها المرحلة الأولية قبل إبرام العقد، وهي مرحلة التفاوض على العقد، سندرس ذلك من خلال الفروع التالية: الفرع الأول العقد وتأثره بالتطورات الحديثة، أما الفرع الثاني فهو عقود الإذعان والعقود النموذجية، أما الفرع الثالث فهو العقود المركبة أو الثقيلة على النحو الذي سيأتي بيانه.

الفرع الأول: العقد وتأثره بالتطورات الحديثة

في مطلع القرن العشرين أرست دعائم الثورة الصناعية الثانية، فاخترعت السيارة والطائرة واكتشفت مصادر جديدة للطاقة، ثم شهدت السنوات الواقعة بين الحربين العالميتين ظهور صناعات وتقنيات جديدة، وتم استخدام الطاقة الذرية في مجالات الصناعة والنقل وغيرها.واليوم فإن ثورة صناعية جديدة قد وقعت،

1- سورة النساء الآية 29.

2- حديث رواه الدراقطني في سننه وهو أبو الحسن علي بن عمر ابن أحمد بن مهدي بن مسعود بن النعمان بن دينار البغدادي الدراقطني توفي سنة 286 هـ، حققه وضبط نصه عليه: شعيب الأرنؤوط وأصحابه، مؤسسة الرسالة، بيروت لبنان، ط1، 2004، كتاب البيوع، ج3، ص 426.

كما روى هذا الحديث البيهقي في سننه، وهو أحمد بن الحسين بن علي بن موسى الخسروجردي، أبو بكر البيهقي، المتوفي، المحقق من محمد عبد القادر عطاء، دار الكتاب العلمية، بيروت لبنان، ط3، كتاب الشركة، باب الشرط في الشرط وغيرها، ج6، ص 131.

3- د/ عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، دار النهضة العربية، القاهرة، ص96.

وهي الثورة الصناعية الثالثة وهي ثورة في المعلوماتية والتكنولوجيا، واستخدام الأقمار الصناعية في الاتصال، مما أدى إلى سرعة تدفق أوجه المعرفة العلمية وانتشارها إلى كافة المجتمعات، وقد واكب ذلك ظهور أشكال جديدة للطاقة ووسائل جديدة للنقل والاتصال، وطرق حديثة متطورة جدا في مختلف الصناعات[1].

هذا كان له تأثير كبير على بنيان كثير من العقود وشروطها، وأدى ذلك حتى إلى ظهور عقود جديدة لم تكن معروفة من قبل، إلى جانب ظهور ما يعرف بالعقود المركبة والتي تتسم بكثير من التعقيد في عدة جوانب وميادين لها دور هام في بناء العقد النهائي، فكان غير ممكن أن يتم عقدها من أول لقاء، بل يجب أن يسبق ذلك وبالضرورة مرحلة هامة من المفاوضات يعمل الأطراف من خلالها على التباحث والدراسة وتبادل الأفكار واقتراح الحلول والتعاون من أجل الوصول في النهاية إلى خلق نوع من التوازن بين مختلف مراحل وشروط العقد، والتي تعود في نهاية المطاف وبعد تنفيذ العقد بالفائدة المرجوة لأطراف العقد، وبالتالي تحقيق الأهداف والمصالح لكل طرف دون غبن أو خسارة تذكر.ومنذ بداية الخمسينات وفي مختلف العلوم الإنسانية، لقي موضوع التفاوض لحل النزاع التجاري أو الاجتماعي أو السياسي قدرا كبيرا من الاهتمام الجدي من قبل العلماء والباحثين، واليوم أصبح للمفاوضات معاهد متخصصة هدفها تدريس قانون التفاوض وقواعده وأسسه ومرتكزاته، وتخريج مفاوضين يتسلحون بالمعرفة، حاذقين واسعي الحيلة، يعرفون كيف ينتهزون الفرص، وكيف يبتون في الأمور، أذكياء يتحلون بالصبر، لديهم القدرة على المثابرة من أجل الوصول إلى حلول لكل النزاعات وإن اختلفت مبادؤها وأنواعها[2].

وتعتبر المفاوضات من المواضيع الواسعة والمهمة في حياتنا المعاصرة، سواء كانت على مستوى الأفراد أو المنظمات، حيث تكاد تلازم أغلب النشاطات التي يقوم بها بني البشر في حياتهم اليومية، وعلى الرغم من قدم موضوع المفاوضات عبر التاريخ إلى أنها أصبحت في أيامنا الحاضرة ذات أهمية متزايدة حتى أطلق بعض الكتاب على هذا العصر تسمية "عصر التفاوض" باعتبار التفاوض وسيلة هامة لتبادل الآراء والأفكار، وضروري لحلحلة التناقض والصراع، وهذا للوصول إلى حالة من الرضا والاقتناع حول المسائل العالقة.

1- د/ رجب كريم عبد اللاه، التفاوض على العقد، المرجع السابق، ص 24.

2- د/ محمود علي ود/ محمود عوض الهزايمية، مدخل إلى عقد المفاوضات، المرجع السابق، ص 22.

ورغم شيوع عملية التفاوض على نطاق واسع، ليس هناك حتى الآن نظريات عامة أو خاصة بالتفاوض تستطيع أن تفسر جميع جوانب العملية التفاوضية برمتها[1].

ومن خلال هذه التطورات الحديثة ظهرت مشروعات كبيرة، وعملاقة في مجال الصناعة والتجارة بكل أنواعها، وأصبحت المؤسسات الصغيرة والمتوسطة لا تستطيع الدخول أو حتى الاستمرار في ساحة التنافس، وخاصة بعدما تحولت هذه الأخيرة من منافسة داخلية إلى منافسة دولية، خاصة بعد توقيع اتفاقية الجات، جولة أورغواي 1994 فقد أخذت الشركات الوطنية تتحول إلى مجال الأعمال الدولية بالبحث عن الشريك الدولي للنشاط معه، فتكونت ما يعرف بالشركات المتعددة الجنسيات، فكان من شأن ذلك أن تحولت الصفقة من مجرد صفقة داخلية بسيطة إلى صفقة عالمية أو دولية معقدة[2].

ومن المسلم به أن البيئة الاجتماعية والاقتصادية تؤثر سلبا أو إيجابا على بنيان العقد وكلما زادت المعاملات والنشاطات كلما أصبحت العلاقات التعاقدية أكثر تعقيدا أو تركيبا، ومن ثم كان من الطبيعي أن يتأثر العقد وبنيانه بالتطورات التي طرأت على المجتمع في هذا العصر الحديث فقد أثمرت هذه التطورات نوعين من العقود.

الفرع الثاني: عقود الإذعان والعقود النموذجية

لدى تزايد الإنتاج بالجملة للسلع النمطية أدى ذلك إلى ظهور نوع جديد من العقود، تتوحد فيها شروط التعاقد دون تفرقة بين حالة وأخرى، وذلك لتحقيق السرعة في التعاقد دون التفرقة بين حالة وأخرى، وذلك لتحقيق السرعة في التعاقد التي تقتضيها طبيعة التعامل في بعض الحالات.

وكان أول ما ظهر من هذا النوع من العقود تلك العقود المسماة "عقود الإذعان" وفيها يحدد الموجب مسبقا بشكل عام ومجرد شروط التعاقد، ولا يقبل مناقشتها من قبل الطرف الآخر، فهو إما أن يقبلها جملة أو يتركها جملة، وتظهر هذه العقود عندما يكون الموجب محتكرا للخدمة أو المنتوج[3] أو السلع، والتي يكون الطرف الآخر في حاجة إليها، فهو قد يخضع في النهاية لهذا النوع من الشروط.ثم ظهرت العقود النموذجية وهي عبارة عن نماذج مطبوعة لشروط التعاقد، ولا يتعدى دور الطرفين فيها إلا على ملئ البيانات التي تحدد هويتهما، وقد أصبحت النماذج مصدرا حديثا لعقود الإذعان، حيث يستعين بها الموجب

1- د/ محمود علي ود/ محمد عوض الهزايمية، المرجع السابق، ص 22.

2- د/ محمود علي ود/ محمد عوض الهزايمية، نفس المرجع، ص 23.

3- د/ بودالي محمد، الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري، دار هومة، الجزائر، ص 11 وما بعدها.

اليوم لفرض شروط موحدة مفروضة على الراغبين في التعاقد، والصفة الغالبة والبارزة لهذه العقود، هي أن هذه العقود لا تقبل التفاوض حول شروطها مطلقا وهذا معروف لدى العام والخاص[1].

الفرع الثالث: العقود المركبة أو الثقيلة

يقصد بهذا النوع من العقود الذي يتألف من عدة عقود، أو عمليات خاصة تترابط فيما بينها وتتكامل لتحقيق عملية وهدف واحد، وتعد هذه العقود نتيجة طبيعية، لما يكتنف المعاملات الدولية والداخلية في العصر الحديث من تعقيد وتركيب، حيث تكثر النواحي الفنية والعملية والاقتصادية والقانونية في الصفقة والعقد الواحد، وتقوم بهذه العمليات المركبة في غالب الأحيان شركات عملاقة وحتى متعددة الجنسيات، وتقدر قيمتها بمبالغ طائلة وهائلة، ونتعرض فيما يلي لأهم العقود المركبة ثم نبين أهمية وضرورة التفاوض عليها، ونجد مجال الأعمال يفاجئنا يوما بعد يوم بصور جديدة من هذه العقود ومن ثم فإنها لا تقع تحت الحصر، ومن أهم صور هذا النوع من العقود نجد:

- **عقود التبعية الاقتصادية:** أدى تركز وسائل الإنتاج ورؤوس الأموال إلى ظهور تباين معتبر في القدرة الاقتصادية، ليس فقط بين الأفراد والشركات بل كذلك بين الشركات فيما بينها وهو ما تولد عنه ما يعرف بعقود التبعية الاقتصادية، فعن طريق هذا النوع من العقود تتمكن هذه الشركات الكبرى من أجل أن تكفل لنفسها حق الاحتكار لكل أو جزء من نشاط شركة أخرى لمدة زمنية معينة وهذه الصور الجديدة من العقود تظهر بوجه خاص في المجالين التاليين[2]:

أولا- في مجال الإنتاج

1- عقود التكامل في المجالات الزراعية: فهي وسيلة مبتكرة لتمويل الأعمال الزراعية، وهي تزداد أهمية يوما بعد يوم، ومن النماذج المستعملة في تلك عقود تسمين المواشي، والعقود الزراعية، وهي تمكن للمزارع أو المربي من الحصول على مساعدة مالية من رجال الصناعة أو التجارة مقابل التزامات محددة في شكل مالي، لتربية المواشي أو لتنمية مجال زراعي معين، أو توريد مباشر لحيوانات بهدف تسمينها، غير أن المساعدة لا تكون مجانا، فالمزارع يلتزم بتحقيق أهداف وشروط عديدة مقابل ذلك مثل: الالتزام بإنتاج الكمية المطلوبة، وكذا عدم البيع للغير، والخضوع لتعليمات الطرف الآخر في إدارة العمل والإنتاج وتحديد ثمن المعاملات والبيع، ومحصلة ذلك ارتباط المزارع اقتصاديا بالطرف الآخر، محافظا على استقلاله القانوني.

---

1 - F. terré, ph simler et Y lequette, Droit civil, les obligations . ed, Dalloz, Paris 1996, P 65.

2- J. Ghestin, op cit, p 47.

2- عقود المقاولة من الباطن: عقد المقاولة من الباطن هو الذي يقوم المقاول بمقتضاه بإسناد مهمة تنفيذ أو إنجاز أو تحقيق جزء من أعمال الإنتاج أو الخدمات المسندة له إلى مقاول آخر، ويظل أمام رب العمل أو الطرف الآخر في العقد هو المسؤول عن التنفيذ والإنجاز المتفق عليه. أي لا بد من أن يقوم رب العمل أو الراغب في التشييد مباشرة مع أصحاب المهن المختلفة، فإنه يقوم بإبرام عقد مع طرف واحد وهو المقاول الرئيسي العام، ويقوم هذا الأخير بإبرام عقود مقاولة من الباطن مع أطراف متخصصة في أعمال فنية كثيرة، (كهرباء، سباكة.....الخ)، أو إبرامها للقيام بصناعات متخصصة، والأمثلة على ذلك كثيرة[1].

ثانيا- في مجال التوزيع

1- عقد الامتياز التجاري: وهذا الذي يلتزم بمقتضاه صاحب علامة تجارية "مانح الامتياز" بألا يبيع منتجاته في إقليم معين إلى المتعاقد الآخر " صاحب الامتياز" على أن يلتزم هذا الأخير في المقابل بتوزيع المنتجات المرسلة إليه من الطرف الأول فحسب، مع احترام السياسة التجارية المحددة بواسطة مانح الامتياز، ويستخدم هذا العقد في العمل من أجل توزيع المنتجات التي تصنع بالجملة كالملابس، والمنتجات البترولية والسيارات...الخ، ويمتاز هذا العقد بكونه يبرم لتوزيع منتجات كاملة الصنع، وأن صاحب الامتياز ليس وكيلا لمانح الامتياز، فهو يعمل لحسابه وتحت مسؤوليته الشخصية، ويمتاز هذا العقد بالضرورة على حق القصر[2].

2- عقد السماح: وهو العقد الذي يجيز فيه أحد المنتجين أو أحد "الفرونشسور" إلى تاجر آخر "الفرونشسي" حق استخدام طرق البيع ووسائل الخدمة المقدمة من طرف مانح الإذن أو المجيز وهذا النوع أو الأسلوب في التوزيع منتشر في مجال الخدمات الفندقية والمطاعم وخدمات تأجير السيارات.

والفرونشيز عملية مركبة من عدة عقود، الترخيص بالعلامة التجارية، ونقل التكنولوجيا والمساعدة الفنية...الخ[3].

3- عقد نقل التكنولوجيا: يترتب عنه التزامات متبادلة بين طرفيه، المورد والمستورد وفق ما يتفق عليه، ومن أهم التزامات المورد هو الالتزام بنقل التكنولوجيا، والالتزام بالضمان والمساعدة الفنية والالتزام بالتكوين...الخ، هذا بشكل عام، أما المستورد فيلتزم أولا بدفع مقابل التكنولوجيا كما يلتزم بالمحافظة على

1- J. Ghestin, op cit, p 48.

2- د/ سميحة القليوبي، شرح العقود التجارية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1992، ص 194.

3- سميحة القيلوبي، نفس المرجع ، ص 208.

السرية، إلى جانب التزامات أخرى يتم الاتفاق عليها خلال مرحلة التفاوض على العقد والتي تدرج في العقد النهائي، إلى جانب التزامات أخرى ينص عليها القانون[1].

4- عقود المساعدة والتوريد: وهي منتشرة في مجال تجارة الوقود والمشروبات، وقد ظهرت في بداية هذا القرن، في شمال وشرق فرنسا بخصوص توريد البيرة إلى المقاهي.

ولكي يضمن المنتج توزيع منتجاته، فإنه يقوم بتمويل إنشاء أو تجديد محل تجاري (مقهى أو محطة وقود) يمتلكه المستفيد، في مقابل التزام هذا الأخير، بالتزود بالسلع من عند المورد وحده فقط، حيث أنها عقود طويلة الأجل، فإنه يتم عادة تنظيم التفاوض عليها وإبرامها عن طريق عقد إطار.

5- عقود التشييد: وهي عقود خاصة بتشييد وتجهيز الأبنية المعدة لمختلف الأغراض، إلى جانب أعمال الهندسة المدنية الخاصة بإقامة البنية التحتية مثل: إنشاء الجسور وتعبيد الطرق والصرف الصحي وشبكات المياه، ومد خطوط السكك الحديدة وإنشاء الموانئ...الخ وهي أعمال مركبة ومعقدة، قد يتدخل فيها أكثر من طرف في التنفيذ، مثل عقد الكنسورسيوم الإنشاءات وعقد اتحاد الشركات، وفيه يتضامن أكثر من مقاول تجاه رب العمل سواء ماليا أو فنيا أو تجهيزا ويتخذ الكنسورسيوم عادة شكل الإتحاد المؤقت بين المقاولين، دون إنشاء شركة واحدة بل يبقى كل مقاول مستقل قانونا عنهم، ويكون مسؤول قبل المقاولين الآخرين عن تنفيذ ما كلف به أي جزء من الأعمال فقط، لكن المقاولين يكونون مسؤولين أمام رب العمل مسؤولية تضامنية، إذ بموجب هذا العقد يقوم المقاولون بمجموعة عمليات خاصة (بناء، سباكة، كهرباء...الخ) تكون فيما بينها عملية تشييد واحدة[2].

إلى جانب تركيب يرجع إلى تعدد المهام قد يكون التشييد فيها مرحلة من عملية مركبة مثل: عقود البي أو تي (B. O. T) ، وقد انتشرت هذه العقود بشكل كبير في الآونة الأخيرة، بهدف إقامة البنية التحتية للدول خاصة في البلدان النامية التي تعجز عن توفير الإمكانيات المالية والفنية اللازمة لإنجاز هذه الأعمال الضخمة، فعن طريق B. O. T تتمكن الدولة صاحبة المشروع من تمويل وتنفيذ هذا المشروع دون حاجة لأن تقترض وتحمل أعباء الديون. لكن يجب على الدول أن تحتاط وتحترس وتأخذ حذرها اتجاه هذا النوع الخطير من العقود وخاصة خلال مرحلة التفاوض عليها لكي لا تفرض عليها شروط قاسية[3]، وبالنسبة للطرف المنفذ قد يكون هذا النوع من العقود صورة ووجه من أوجه الاستعمار الاقتصادي للعام الثالث، ومنه فإنه يتم تنفيذ هذه العقود على ثلاث مراحل، أولها مرحلة البناء، ثم مرحلة التشغيل للحساب

1- J. Ghestin, op cit, p 51.

2- P. Glavinis, Le contrat international de construction, éd, GLN Joly 1993, P 225 et s.

3- د/ عصام فرج الله محسن إبراهيم، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر 2017، ص 12 وما بعدها.

الخاص لمنفذ العقد لمدة محدودة يتم الاتفاق عليها، قد تصل إلى عدة سنوات، ثم المرحلة الأخيرة وهي مرحلة النقل، فيها يمتلك الطرف ملكية الإنشاءات أي الدولة صاحبة المشروع أو إحدى مؤسساتها العامة التي تمنح حق الاستغلال[1].

وهناك عقود أخرى يكون فيها التشييد عملية مركبة مثل: عقد المفتاح في اليد، وفيه يلتزم المنفذ بجميع الأعمال من تصميم وتنفيذ وتجهيز ونقل التكنولوجيا وتكوين العمال، وعندما يكون كل شيء جاهزا قد يقوم بتسليم المنشأة أو المصنع إلى رب العمل جاهزا للاستغلال أو التشغيل في الحال.

وتتضمن هذه العملية عقدين، عقد مقاولة وعقد بيع، وهنا يتطلب وبشكل ضروري البدء بمرحلة التفاوض بإنشائها بشكل تحدد فيه الالتزامات بشكل دقيق لكل طرف[2].

6- عقود التأجير التمويلي: وهي صورة من صور العقود المركبة الحديثة، فقد ظهرت في الولايات المتحدة الأمريكية مند عام 1952 ولم تظهر في فرنسا إلا في عام 1962، وصورته هو أن يرغب شخص في شراء شيء معين منقول أو عقار لكنه لا يملك السيولة النقدية لذلك فيلجأ إلى مؤسسة تمويلية (بنك أو مؤسسة مالية غالبا)، ويحصل منها على توكيل بشراء هذا الشيء باسم ولحساب هذه المؤسسة، ثم يبرم مع هذا الشخص عقد إيجار لهذا الشيء لمدة معينة، مقابل أجرة محددة تتضمن بلا شك هامش ربح للمؤسسة المؤجرة، على أن يتضمن عقد الإيجار وعدا من جانب واحد يتعهد فيه المؤجر ببيع هذا الشيء إلى المستأجر، عند نهاية عقد الإيجار، وفي نهاية مدة الإيجار هناك ثلاث خيارات هي: إما أن يرد الشيء المؤجر للمؤسسة، وإما أن يجدد معها عقد الإيجار وإما- وهذا هو[3] الهدف الحقيقي من التأجير التمويلي- أن يشتري هذا الشيء، وعندئذ تحسب مبالغ الإيجار الدورية المدفوعة للمؤجر من ثمن البيع. وهكذا فإن عملية التأجير التمويلي تجتمع فيها ثلاث عقود، عقد شراء الشيء بواسطة المستأجر، وعقد إيجار، ووعد من جانب آخر ببيع هذا الشيء المستأجر في المستقبل بالإضافة إلى التوكيل بالشراء المخول للمستأجر في بداية العملية.

1- رأى- د/ رجب كريم عبد اللاه، المرجع السابق، ص 33.

2- J. Schmidt, Négociation et conclusion de contrats, op cit, P 76.

3- د/ شريف مصطفى كمال طه، ود/ مصطفى كمال طه، النظام القانوني للتأخير التمويلي، دار الفكر القانوني، الإسكندرية، مصر 2016، ص 17 وما بعدها.

إلى غير ذلك من العقود المركبة الشائعة الانتشار مثل عقود التنقيب على البترول واستخراجه من اليابسة أو البحر، وعقود الصرف، وعقود الاستثمار المشترك للتكنولوجيا الجديدة، وعقود المعلوماتية[1].

ضرورة التفاوض لإبرام العقود المركبة: الحقيقة أن مثل هذه العقود المركبة وغيرها من العقود الغير واضحة المعالم التي أنتجتها التطورات الحديثة، لم يعد يلائمها أسلوب التعاقد التقليدي التي تبرم بشكل بسيط وسريع، فقد أصبحت هذه الطريقة غير قادرة على مواجهة متطلبات التبادلات الدولية، ووسائل التسويق والإنتاج الحديثة ذات القيمة الاقتصادية الكبيرة والتي تمتاز بالتعقيد والغموض، لذا فإنه من الأكيد والضروري الدخول بشأنها في مرحلة تفاوض مكثف، تستغرق في كثير من الأحيان وقتا طويلا، أكثر من الوقت اللازم لإبرام العقود التقليدية البسيطة[2].

وإبرام هذه العقود يتطلب التحضير الأولي والدراسات التمهيدية والمناقشات المعمقة، وذلك من أجل توضيح وتحديد الجوانب الفنية والمالية والقانونية والإدارية المتعلقة بهذه العقود، لذا كان من الواجب أن يلتقي الطرفان مسبقا للتفاوض على العقد المراد إبرامه وذلك للتصدي لكل الجوانب المتعلقة بالمشروع من طرف فرق وخبراء متخصصين كل في مجاله، لتحديد بشكل دقيق كل العناصر المتعلقة ببنود العقد، وبيان ضمانات حسن التنفيذ والميعاد المتوقع للتسليم، وبيان شروط التخفيف أو الإعفاء من المسؤولية وشروط مراجعة العقد، وبيان شروط إعادة التفاوض أثناء أو بعد التنفيذ، وشروط تجديد العقد وشرط التحكيم، والقانون الواجب التطبيق...الخ[3].

وبعد ذلك يقوم الطرفان بالتأهب والاستعداد للبداية في التحضير النهائي للعقد المراد إبرامه، ثم الدخول في مرحلة تنفيذ شروط العقد، وذلك عن طريق تعبئة وجلب الأيدي العاملة الفنية والمتخصصة على وجه التحديد، وتوفير التجهيزات اللازمة لأعمال التنفيذ إلى جانب الحصول على التراخيص الإدارية المطلوبة، وإبرام عقود أخرى مصاحبة مثل عقود توريد المواد الأولية لتنفيذ العقد الأساسي، وتدبير موارد التمويل المالي ومصادره إلى جانب إبرام مختلف العقود الخاصة بالتأمينات المطلوبة والضرورية، لذا نلاحظ أن مرحلة التفاوض على هذه العقود ومختلف عناصره والجوانب المتصلة به أمر هام وضروري، في هذه العقود المركبة، لأن التفاوض الجيد يؤدي حتما إلى عقد جيد، والعكس صحيح في كل الحالات.

1- د/ نبيل إبراهيم سعد، الضمانات الغير مسماة في القانون الخاص، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر 1991، ص 615.

2- د/ حسام الأهواني، المفاوضات في الفترة قبل التعاقدية، ومراحل امتداد العقد الدولي، تقرير مقدم إلى ندوة الأنظمة التعاقدية للقانون المدني ومقتضيات التجارة الدولية، معهد قانون الأعمال الدولي، القاهرة، 02 و03 يناير 1993، ص 82.

3- د/ حسام الأهوانين نفس المرجع، ص 83.

المبحث الثاني

مفهوم مرحلة التفاوض على العقد

ليس للإنسان حرية الاختيار في ممارسة التفاوض أو عدمه، لأنه يمتد تقريبا لكل مواثيق الحياة، فهو مظهر من مظاهر السلوك الإنساني، لمناقشة أمور أو أعمال يتم الاتفاق أو عدم الاتفاق بشأنها، ومن المفاهيم الخاطئة التي يعتقدها البعض بشأن التفاوض هي اقتصاره على حالات الصراع، أو تعارض المصالح وتقاطع الأهداف، بل العكس يمكن القول أن ظهور حالات الصراع أو النزاع يرتبط في غالب الحالات بغياب التفاوض بين الأطراف، أو عدم فاعلية هذا التفاوض عند حدوثه، فمن لأفكار الخاطئة اقتصار التفاوض على التفاهم بين النقابات والاتحادات مع إدارة المصنع مع إدارة المؤسسات والإدارات...الخ أو بين سفراء الدول المختلفة أو في حالات النزاع والحروب والصراعات.

الحقيقة أن التفاوض يقع في كل مجالات الحياة وفي جميع الأوقات، حيث نشاهد ونعايش في حياتنا اليومية مع الكثير من الحالات التفاوضية، خاصة في مجال الأعمال والصناعات والخدمات، كعملية رسمية مدروسة تتم بين عدة أطراف لتحقيق غايات وأهداف وإشباع رغبات محددة.

إذا من خلال هذا المبحث جدير بنا أن نتطرق في البداية وقبل الخوض في موضوع هذه الدراسة أن نتطرق إلى مفهوم التفاوض على العقد من خلال ثلاث مطالب أولها تعريف التفاوض على العقد، أما المطلب الثاني فهو المميزات الهامة للمرحلة السابقة على التعاقد، أما المطلب الثالث فهو تحت عنوان التمييز بين التفاوض والأفكار القريبة منه؛ على النحو الذي سيأتي بيانه.

.المطلب الأول: تعريف التفاوض على العقد

إن الفقه على العموم يتجنب وضع تعريف محدد وواضح لظاهرة التفاوض على العقود، ونحن ننادي بذلك لأنه يعد بمثابة حجر الزاوية في البنيان القانوني لظاهرة التفاوض كمرحلة سابقة لإبرام العقد النهائي، فمن خلال هذا التعريف يمكن أن تتمكن من تحديد الطبيعة القانونية للتفاوض على العقد، ثم يمكننا أن نهتدي إلى أحكامه الخاصة، وحتى نستطيع الوصول إلى هذا التعريف يستحسن بنا أن نبين ذلك من خلال ثلاث فروع كما يأتي بيانه من خلال الفرع الأول بعنوان: المعنى اللغوي للتفاوض على العقد، أما الفرع الثاني فهو بعنوان: المعنى الاصطلاحي للتفاوض على العقد، أما الفرع الثالث فهو بعنوان: وضع تعريف للتفاوض يعتمد عليه، على النحو الذي سيأتي بيانه.

الفرع الأول: المعنى اللغوي للتفاوض على العقد

المفاوضة في اللغة العربية هي المساواة والمشاركة، فهي مفاعله من التعويض، كأن كل واحد منهما رد ما عنده إلى الطرف الآخر أو إلى صاحبه، وفاوضه في أمر، أي جاراه ويقال تفاوضوا الحديث أي أخذوا فيه، وتفاوض القوم في الأمر أي فاوض فيه بعضهم بعضا، وفي حديث معاوية قال له عقل ابن حنظله: بم ضبطت ما أرى؟ قال بمفاوضة العلماء، قال وما مفاوضة العلماء؟ قال: كنت إذا لقيت عالما أخذت ما عنده وأعطيته ما عندي[1].

أما في الفرنسية فإن كلمة Négociation وأصلها في اللغة اللاتينية هو: Négotiatio – فإنها تحمل معنيين، المعنى الأول هو التجارة Commerce أي عملية الشراء والبيع لقيمة منقولة، أو عملية تداول الأوراق التجارية.

والمعنى الثاني هو أن التفاوض هو العملية التي تتضمن سلسلة من المحادثات، وهو تبادل وجهات النظر، وبذل العديد من المجهودات من الطرفين، من أجل التوصل إلى اتفاق وتفاهم حول عقد أو صفقة معينة، ومرادف كلمة Négociation أي تفاوض هو كلمة Pour parler[2].

الفرع الثاني: المعنى الاصطلاحي للتفاوض على العقد

لإرساء تعريف معين ومحدد للتفاوض على العقود هناك عدة محاولات من جانب الفقه نذكر منها المحاولات التالية:

يعتبر التفاوض على العقد من الممارسات اليومية التي يمارسها الأفراد، ومن أقدم مظاهر السلوك الإنساني الشائعة الاستخدام شاء الإنسان أم أبى، إذ ليس له حرية الاختيار بين ممارسة التفاوض أو عدمه، لأن التفاوض سمة أساسية من سمات الحياة لكل البشر، ولا يقتصر التفاوض على مجرد الالتقاء حول مائدة التفاوض لمناقشة قضايا عمل أو أمور أخرى يتعين الاتفاق أو عدم الاتفاق حولها، وإنما يمتد إلى كل مواقف الحياة مع كل الأطراف وحول أية قضية أو موضوع أو هدف يختلف في شأنه.

1- ابن منظور محمد بن كريم، 711 هـ، 1311 م، لسان العرب، دار المعارف،القاهرة ، ب ت، باب فوض، ص 3486.

2- أنظر - .Nouveau Petit la rousse, 1994, Le petit La Rousse Allustré 1997-

فلا يكفي لانعقاد العقد أن يأتي القبول مطابقا للإيجاب في المسائل الجوهرية فقط، بل يتعين أن يأتي التطابق في كافة المسائل أيا كانت أهميتها، فلا ينطبق الإيجاب على القبول سواء بالزيادة أو النقصان أو التعديل، فإن الأمر هنا لا يعد وأن يكون فيه الطرفان إلا في حالة تفاوض سابق للتعاقد[1].

ولكن يحدث في بعض الأحيان أن يتفق الطرفان على جميع المسائل الجوهرية في العقد، ولكنهما لم يتمكنا من الاتفاق على بعض المسائل التفصيلية أو الثانوية، فيقررا إرجاء الاتفاق عليها لوقت لاحق[2].

ومن المفاهيم الخاطئة التي يحملها البعض بشأن التفاوض هي اقتصار التفاوض على حالات الصراع، أو تعارض المصالح وتقاطع الأهداف، في حين أنه يمكن القول أن ظهور حالات الصراع أو النزاع يرتبط في الغالب بغياب التفاوض بين الأطراف ذات العلاقة أو عدم فعالية هذا التفاوض عند حدوثه، وليس كل أو معظم حالات الصراع ناتجة عن ندرة الموارد أو تعارض المصالح، وإنما ترجع غالبيتها إلى غريزة الأفراد بالتملك أو حب السيطرة دون السعي للتفاوض مع الآخرين[3].

ويذهب العميد Carbonnier إلى تعريف المفاوضات بأنها تلك المرحلة التمهيدية التي تتم فيها دراسة ومناقشة شروط العقد، وفي هذه المرحلة لا يكون العقد قد تم، بل وليس هناك إيجاب بالعقد ككل يمكن قبوله، وإنما هناك فقط عروض وعروض مقابلة وقد تكون عروضا مضادة[4].

ويذهب الفقيه Carnu إلى تعريف التفاوض بكونه مجموعة من العمليات التمهيدية تتمثل في المباحثات والمساعي والمشاورات وتبادل وجهات النظر، بهدف الوصول في الأخير إلى اتفاق محدد المعالم والعناصر.

ومن جانبه يذهب الأستاذ حسام الأهواني إلى تعريف التفاوض بأنه تبادل الاقتراحات والمساومات والتقارير والمكاتبات والدراسات الفنية والاستشارات القانونية التي يتبادلها أطراف التفاوض، ليكون كل منهما على بينة من أفضل الأشكال القانونية التي تحقق مصلحة الأطراف، ومعرفة ما ينجم عن هذا التفاوض من حقوق والتزامات لأطرفه[5].

1- د/ ياسر أحمد كامل الصيرفي، دور القاضي في تكوين العقد، د. ن. ع، القاهرة، مصر 2000، ص 10.

2- هذا ما نصت عليه المادة 65 من ق. م. ج الساري المفعول.

3- د/ مصطفى محمود أبو بكر، التفاوض الناجح، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2005، ص 18.

4- J. Carbonnier, Droit civil, les obligations 20é ed, PUF 1996, P 72.

5- د/ حسام الدين كمال الأهواني، أستاذ القانون المدني، كلية الحقوق جامعة عين شمس، الأنظمة التعاقدية للقانون المدني، ومقتضيات التجارة الدولية، جامعة القاهرة، مصر 1994، ص 50.

ويعرف بعض الفقه المفاوضات قبل التعاقدية التحضيرية التي تسبق الإيجاب النهائي للعقد والتي لا يوجد فيها سوى مجرد عروض وعروض مضادة ويتم فيها دراسة شروط العقد المحتمل والتفاوض بشأنها.

الفرع الثالث: محاولة وضع تعريف مختار للتفاوض على العقد

إذا وعلى ضوء التعريفات السابقة يمكن أن نقترح التعريف الموالي للتفاوض على العقد، فالتفاوض على العقد هو حدوث إتصال مباشر أو غير مباشر بين شخصين أو أكثر بمقتضى اتفاق بينهما يتم خلاله تبادل العروض والمقترحات والدراسات الفنية والقانونية وبذل المساعي المشتركة بهدف التوصل إلى اتفاق مشترك بشأن عقد معين تمهيدا لإبرامه في المستقبل.

إذا من خلال هذا التعريف يمكن تمييز التفاوض على العقد على غيره من الأفكار المشابهة للتفاوض ومن خلاله يمكن بيان الطبيعة القانونية له من خلال الاعتماد على هذا التعريف، وهذا سواء كان التفاوض مباشرا وجها لوجه، أو بطريق غير مباشر عن طريق المراسلة أو وسائل الاتصال الحديثة، ثم محاولة إظهار هذا المفهوم كفكرة قانونية قائمة بذاتها يمكن دراستها من كل جوانبها وتأصيلها كنظرية قائمة بذاتها[1].

لأن هذه المفاوضات لا تخضع لأي شكل محدد، لأنه كان في اعتقاد المؤلفين القدماء عدم إعطاء هذه المرحلة أية قيمة قانونية، حتى أن القانون القديم كان يتجاهلها تماما، وأما بالنسبة للمؤلفين المعاصرين فإنهم ينظرون إلى المفاوضات باعتبارها مجموعة أحداث أو تصرفات قانونية لا بد من الإطلاع عليها حتى يتم تكييفها قانونا، وليس كفئة قانونية معروفة ومتجانسة[2].

والتفاوض إما أن يسفر عن إبرام العقد بانتهاء الفترة ما قبل العقدية، وإما ألا يتم الاتفاق وتصل المفاوضات إلى طريق مسدود وعدول عن الاستمرار في التفاوض إعمالا بمبدأ سلطان الإرادة والحرية في التعاقد، لأسباب وأعذار مقبولة وبالتالي إن أسفرت المفاوضات إلى إبرام العقد النهائي كنا بصدد عقد جيد فكان الأطراف أمام مستقبل أفضل[3].

1- د/ رجب كريم عبد اللاه، المرجع السابق، ص 64.

2- د/ نصيرة بوجمعة سعدي، عقود نقل التكنولوجيا، رسالة دكتوراه، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 1992، ص 121.

3- ج/ حسام الدين كمال الأهواني، الأنظمة التعاقدية للقانون المدني، ومقتضيات التجارة الدولية، المرجع السابق، ص 51.

المطلب الثاني: مميزات للمرحلة السابقة على التعاقد

يتميز التفاوض على العقد بخصائص معينة من شأنها أن تجعل منه فكرة قانونية قائمة ومستقلة بذاتها ويمكن ترسيخها من خلال هذه الخصائص، بحيث يمكن للتفاوض على العقد أن يتبوأ المكان الخاص بجوار الأفكار القانونية الأخرى دون أن يلتبس أو يختلط بها، وسنتطرق لهذه الخصائص من خلال الفروع التالية، أولها هو أن التفاوض على العقد ثنائي الجانب على الأقل ويتم باتفاق الطرفين، ونتطرق في الفرع الثاني، أن التفاوض على العقد يقوم على التعاون المتبادل وهو ذو نتيجة احتمالية، وفي الفرع الثالث فنتطرق فيه إلى التفاوض على العقد مرحلة تمهد لإبرام العقد النهائي، وذلك من خلال ما سيأتي:

الفرع الأول: التفاوض على العقد ثنائي الجانب على الأقل ويتم باتفاق الطرفين

لا خلاف في أن التفاوض على العقد يكون دائما ثنائي الجانب على الأقل، أي أنه يتم من جانبين أو أكثر ولا يتصور حدوثه من جانب واحد، ويكون هذا التفاوض بنوع من الاتصال والحوار والنقاش وجها لوجه أو عن طريق المراسلة، المهم أن يكون شخصان على الأقل، والتفاوض في جوهره يقوم على التفاعل والدراسات والتعاون والمشاركة وهذا يحتاج إلى بذل الجهد وتظافره حتى يؤتي ثماره ويحقق في النهاية أهدافه، وهذا لا يمكن تصوره من طرف واحد فقط، وإنما لا بد من وجود طرفين على الأقل[1].

وإذا كان من الممكن أن يحدث تعاقد مع النفس نيابة عن طرفين بتبادل إيجاب وقبول، أو نيابة عن أحد الطرفين وأصيلا عن نفسه، إلا أنه لا يمكن تصور حدوث تفاوض مع النفس، فالتفاوض في حقيقته يقوم على الحوار المتبادل بالاتصال بين الطرفين وهذا للتقريب بين وجهات النظر وتبادل الدراسات للوصول إلى التوافق بين الطرفين ولإيجاد التوازن المناسب بين المصالح المتعارضة، وهذا للوصول إلى اتفاق مشترك على كل عناصر ومراحل وشروط العقد المراد إبرامه، ومحال أن يتحقق ذلك من شخص أو طرف واحد. فالتفاوض على العقد يكون بالضرورة تصرفا إراديا من قبل الطرفين دون أي إجبار أو إكراه عليه، فالتفاوض على العقد لا يتم إلا عند ما تتجه إرادة الطرفين إلى الدخول في التفاوض بكل حرية بهدف التوصل إلى إبرام عقد معين، هنا لا بد أن تكون الإرادة حقيقية بنية جازمة وحسنة على التفاوض بالجدية الكافية، وهذا حتى يتم القول بوجود تفاوض على العقد[2].

ومن ثم فإن التفاوض الصوري، مثل التفاوض مع شخص للحصول على معلومات سرية عنه، أو لإعاقته عن إبرام صفقة مع الغير، هذا لا يعد تفاوضا حقيقيا طبعا وهذا لانعدام نية التفاوض أو لعدم

---

1 −C. Dupont, La négociation, 4ed, Dalloz, Paris 1994, P 11.

2− د/ بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني الجزائري، د. م. ج، الجزائر 2015 ، ص 168.

حسنها ابتداء من أحد الطرفين، كذلك لا يصح أن يحدث التفاوض مع أو من شخص هازل أو عديم التمييز[1].

ومن ناحية ثانية فإن إرادة الطرفين تظل حرة تماما طيلة مرحلة المفاوضات، فلكل طرف الحرية الكاملة في الدخول في التفاوض أو الاستمرار فيه، أو الانسحاب منه ولو في آخر لحظة من مرحلة التفاوض ككل، ولكن ذلك يكون دون تعسف أو إضرار بالطرف الآخر، وهذا لهيمنة مبدأ حرية التعاقد على العملية التفاوضية. وإن كان هناك إجبار قانوني على التعاقد بشأن بعض العقود، فإنه لا يمكن أن يكون هناك إجبار على التفاوض، لأن التفاوض بطبيعته يقوم على التعاون والمشاركة بحسن نية وهو ما لا يتصور حدوثه في ظل الإجبار أو الإكراه، فالتفاوض على العقد بين طرفيه يجب أن يتم في حرية تامة حتى يمكن أن يتحقق له النجاح، فيثمر في الأخير عقدا كاملا[2].

ويترتب على ذلك أنه لا يجوز للقاضي مطلقا أن يجبر أحد الطرفين على الدخول في التفاوض أو الاستمرار فيه، بل ولا يجوز له أن يحل محل الطرفين أو أحدهما في التفاوض ثم يمضي إلى إبرام العقد النهائي.

التفاوض على العقد يتم باتفاق الطرفين: التفاوض على العقد يتم باتفاق الطرفين دوما، سواء كان هذا الاتفاق صريحا أو ضمنيا وهذا أهم ما يميز التفاوض على العقود، ومن المسلم به والمعترف به أن التفاوض على العقود يكون مكتوبا أو شفويا، لا يتم بين الطرفين بالصدفة البحتة دون سابق علم بينهما، وإنما يتم بين الطرفين بمقتضى اتفاق سابق بينهما بهدف إبرام عقد في النهاية، فهما يتفقان عليه من حيث المبدأ أو في بداية التفاوض. فعندما تتولد فكرة العقد لدى أحد الأطراف، فإنه يقوم بعرض هذه الفكرة على الطرف الآخر، فإذا وافق هذا الأخير على إبرام العقد من حيث المبدأ، وكان هذا العقد بحاجة إلى إعداد وتحضير، فإن الطرفان يتفقان على الدخول بشأنه في تفاوض لمناقشة شروطه وتحديد تفاصيله وكل متطلباته. فإن لم يشرع الطرفان في التفاوض فورا فإنهما يحددان الزمان والمكان اللذين يتم فيهما التفاوض مستقبلا. وهكذا فإن التفاوض على العقد يتم بين الطرفين، بمقتضى اتفاق سابق بينهما، حيث تتجه إرادتهما بالفعل إلى الدخول في التفاوض بقصد إبرام عقد معين في المستقبل، لذلك نلاحظ بشكل واضح دون

1– د/ محمد عبد الظاهر حسين، مقال، الجوانب القانونية للمرحلة السابقة على التعاقد، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، السنة 22، العدد02، جويلية 1998، ص 770.

2- Chr. larroumet, op cit, p 244.

غموض أن التفاوض على العقد يختلف عن غيره من الأعمال التي قد تتم بالمصادفة دون أي اتفاق مسبق بين الطرفين[1].

فهو من جهة أخرى يختلف بشكل كلي عن الأعمال المادية التي تحدث بالمصادفة وبشكل مفاجئ بين شخصين لا تجمعهما أي علاقة سابقة، دون إرادة سابقة تتدخل في ذلك ولم يتفقا مسبقا على ذلك بل هو حادث مفاجئ. ومن ناحية أخرى فإن التفاوض على العقد يختلف عن اللقاءات التي تتم بين شخصين فجأة ودون اتفاق سابق على التحادث واللقاء، فضلا على أن إرادتهما لا تتجه إلى ترتيب أي أثر قانوني عن هذه المحادثة واللقاء، فالهدف هو الحديث فقط. فالتفاوض يعد من أعقد العمليات ففيه محاورة ومراوغة وكر وفر، وإقبال وإدبار، وإصرار ومثابرة، بغرض تحسس المصلحة، وجس النبض وتكوين فكرة عن العقد[2].

وعلى خلاف ذلك فإن التفاوض ليس الهدف منه مجرد الحديث والدردشة، ولكن يهدف أطرافه من خلاله إلى التوصل إلى إبرام عقد معين. فكل متفاوض يرغب ويهدف في أن يلتزم المتفاوض الآخر بالتفاوض معه بحسن نية، وخاصة هذه الرغبة تكون من الطرف الضعيف في العلاقة، ويحاول أن يرتب عن العملية التفاوضية آثارا قانونية خاصة بالنسبة للطرف الضعيف كما قلنا، أي الطرف الذي يحتاج للاستفادة منها من الطرف القوي في هذه العلاقة في مجالات عديدة علمية أو تكنولوجية أو فنية...الخ.

الفرع الثاني: التفاوض على العقد يقوم على التعاون المتبادل، وهو ذو نتيجة احتمالية

ويتميز التفاوض على العقد كذلك بكونه يقوم على التبادل والتعاون والأخذ والعطاء للتقريب بين الآراء المختلفة التي قد تكون متعارضة، وذلك بتبادل العروض والمقترحات والدراسات التمهيدية مع تقديم التنازلات من الطرفين، وذلك بتعديل بعض الشروط والمطالب لكل طرف، حتى يتحقق نوع من التوازن بين مصالح الطرفين المتفاوضين[3].

لأنه إذا كان هناك عدم قابلية مسبقة للتنازل أو التعديل أو حتى نقاش عادي فليس ثمة تفاوض على شروط العقد، بل أننا نكون بصدد عقد إذعان، لأن ذلك ليس من مقتضيات وطبيعة التفاوض على تحضير العقود، التي تقتضي الحرية التامة من قبل طرفي التفاوض، بل إن مجرد قبول الدخول في التفاوض بشأن العقد، يعني أن كل طرف يقبل مناقشة شروطه أو التعديل فيها وحتى التنازل عن بعضها،

---

1 – J. Schmidt, Négociation et conclusion de contrats, op cit, P 201.

2– د/ عبد المعطي خيال، النظرية العامة للالتزام، طبعة 1993، د. ن. ع، مصر ، ص 122.

3– د/ حسام الأهواني، النظرية العامة للالتزام، ج 1، مصادر الالتزام، الطبعة الثانية، القاهرة 1995، رقم 90، ص 75.

وذلك حتى يتوصل الطرفان معا إلى اتفاق مشترك، يكون كل طرف منهما قد ساهم بقدر معين في تكوين العقد المستقبلي المراد إبرامه. إن النتيجة الطبيعية للمفاوضات العقدية هي أن يتوصل في النهاية ويتم بالفعل إبرام العقد النهائي المتفاوض بشأنه، وذلك بنجاح الطرفان في التوصل إلى اتفاق نهائي بشأن جميع شروط وتفاصيل العقد، وفي الأخير يقومان بإبرام العقد عن طريق تبادل إيجاب وقبول متطابقين ثم التوقيع نهائيا على وثيقة العقد، غير أن هذه النتيجة هي دائما نتيجة إحتمالية قد تتحقق وقد لا تتحقق، فليس كل تفاوض يؤدي إلى إبرام العقد في نهايته بالفعل، وإنما قد ينتهي التفاوض إلى لا شيء[1].

والعلة في ذلك أن التفاوض على العقد يهيمن عليه مبدأ حرية التعاقد، أي أن كل متفاوض يظل يتمتع خلال كل مراحل التفاوض بكامل حريته في إبرام العقد أو عدم إبرامه أي أن إرادته بشأن العقد تكون غير باتة حتى آخر لحظة، فلا يتقيد بشكل نهائي بالعقد إلا بعد أن تتبلور كل نقاطه الأساسية وحتى التفصيلية برضاه، دون إجبار أو إكراه أو ضغط على إرادته، لكن هذه الحرية لا بد أن تبقى دائما في حدود عدم الإضرار أو التعسف في استعمالها دون سبب موضوعي مقنع ومدروس، لأن إطلاق هذه الحرية لا يعني التعسف في استعمالها.

فالواقع في عملية التفاوض تجعل الطرفان لا يمكنهم التكهن منذ البداية بما ستسفر عنه المفاوضات بين الطرفين، فهي إما أن تكلل بالنجاح وإما أن تنتهي بالفشل الذريع ولا يملك الطرفان إلا الأمل وحسن النية في كل ذلك والإرادة اللازمة لبذل الجهد اللازم لإنجاح العملية، وذلك دون الجزم بشأن النتيجة النهائية بشأن العملية التفاوضية القائمة بينهما فقد يختلف الطرفان في آخر لحظة، فيتفرقا دون الوصول إلى هدف بل وقد يقوم أحد الطرفان أو كلاهما بقطع المفاوضات فجأة ودون سابق إنذار، أو يكتفي بالقول للطرف المقابل سنلتقي لنكمل ونواصل ما بدأنا، ثم يذهب دون رجعة[2].

إن عدم التأكد من نتيجة التفاوض تجعل الطرفان في غير راحة، فيما يتفاوضان بشكل غير مريح حتى يصلا إلى اتفاق، حتى أن معنى يفاوض في اللغة اللاتينية هو عدم الراحة لمعنى كلمة Negatium[3].

1- د/ حسام الأهواني، المرجع السابق، ص 75.

2- د/ أمية الدهان، مقال بعنوان: إدارة المفاوضات وتنمية مهارتها في المنطقة، مجلة الدراسات، الجامعة الأردنية، العدد 03، مارس 1986، ص 126.

3- د/ أمية الدهان، المرجع نفسه، ص 126.

ولعل ما سبق الإشارة إليه هو ما يدفع بالطرفين أحيانا إلى إفراغ اتفاقهما على التفاوض في محرر مكتوب، وذلك لضمان عنصر الأمن للتفاوض بتوفير الدليل الكتابي على وجود تفاوض بينهما، فضلا عن تحديد الالتزامات التي تقع على عاتقهما أثناء التفاوض.وبالرغم من أن نتيجة التفاوض على العقد هي دائما نتيجة احتمالية، إلا أن الاتفاق على التفاوض لا يعتبر من عقود الغرر أو العقود الاحتمالية، أي التي يكون أحد الالتزامات فيها متوقفا في وجوده أو مقداره على أمر غير محقق الوقوع، أو غير محدد وقت وقوعه[1].

فالواقع أن الاتفاق على التفاوض لا يلزم الطرفين إلا بالتفاوض بحسن نية، وما يتفرع عن ذلك من التزامات، لكنه لا يفرض عليهما أصلا إبرام العقد في نهاية التفاوض، فالالتزام بالتفاوض هو التزام ببذل عناية وليس بتحقيق نتيجة، وإنما تتجه إرادة الطرفان إلى مجرد التفاوض على العقد وفقا لقواعد مبدأ حسن النية السائد في المعاملات، أما إبرام العقد فهو أمر يتوقف على الرغبة النهائية للطرفين، بحيث يكون لكل متفاوض الحرية الكاملة في التعاقد من عدمه.

وهكذا فإن الالتزام بإبرام العقد لا يدخل في عداد الالتزامات الناشئة عن الاتفاق على التفاوض،ومن ثم فإن اتفاق التفاوض يعتبر بمثابة عقد محدد وليس عقد غرر كما يتبادر إلى ذهن البعض[2].

الفرع الثالث: التفاوض على العقد مرحلة تمهد لإبرام العقد النهائي

يعتبر التفاوض مرحلة تحضيرية بكل مقتضياتها في الطريق الصحيح لإبرام العقد المراد في نهاية هذه المرحلة، فالتفاوض يهدف إلى التحضير والإعداد الجيد لشروط ومراحل العقد على كل المستويات لإبرام هذا العقد، وتحقيق هذه النتيجة، وهذا هو السبب الرئيسي لعملية التفاوض ككل، وذلك بمناقشة بنود العقد، وإجراء الدراسات اللازمة لذلك، وكلما توصل الطرفان إلى تفاهم حول بعض النقاط أو الشروط، فإنه عليهما بصياغتها في اتفاق مرحلي، ثم يواصلا التفاوض حول الشروط الباقية، وبذلك يتحرك الطرفان خطوة بخطوة، ومرحلة تلوى الأخرى نحو الاتفاق على كل مراحل العقد وبنوده[3].

بعض الخصائص الأخرى لعملية التفاوض: هناك بعض الخصائص الأخرى تميز عملية التفاوض على غيره من الأنشطة التي يقوم بها الشخص في مختلف مناحي حياته، وهذه الخصائص تتمثل فيما يلي:

أ-**التفاوض هو عملية متكاملة** : وليس أنشطة مجزئة يمكن القيام بها بطريقة منفصلة، فهو يحتاج إلى ارادة واعية تقوم على الإعداد والتخطيط الجيد، والتنظيم والتوجيه والمتابعة والتقييم.

1- د/ عبد المنعم فرج الصدة، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر 1992، ص 76.

2- د/ حسام الأهواني، المرجع السابق، ص 80.

3- د/ حسام الأهواني، المرجع نفسه، ص 95.

ب- التفاوض عملية مستمرة، وليس حدثا طارئا أو موقفا عارضا أو نشاطا مؤقتا، لذا لا يجب أن نتعامل مع التفاوض على أنه موقف طارئ أو مأزق نسعى للخروج منه بأي وسيلة ويجب أن نضع باعتبارنا أن أحد مقومات النجاح في التفاوض يتعلق بالممارسة المستمرة والخبرة المتراكمة.

ج-أن عملية التفاوض تكون هادفة في كل الأحيان، وهذا الهدف يتمحور حول فض النزاع وحسم الخلاف للوصول إلى تحقيق الغايات والأهداف التي ترضى الأطراف المتفاوضة، وتحسس المصلحة وجس النبض وتحديد أساسيات العقد[1].

د- التفاوض عملية احتمالية معقدة تتأثر بهيكل العلاقات الاجتماعية وعادات وتقاليد ولغة الأطراف المتفاوضة.

هـ- التفاوض عملية نفسية تتأثر بإدراكات واتجاهات وشخصيات المفاوضين.

و-التفاوض عملية تتأثر بالعلاقات السابقة واللاحقة بين الطرفين، وكذلك بالأهداف المعلنة والغير معلنة لكل منهما.

ز-الآثار المترتبة عن عملية التفاوض تتجاوز عادة إبرام العقد أو إتمام الاتفاق بين الطرفين، حيث أنها عملية مستقبلية في طبيعتها، فهي لا تعالج فقط مشاكل وأحداث الحاضر، بل تأخذ بالاعتبار الآثار المستقبلية.

ح- عملية التفاوض تعتمد على مهارات المفاوضين في مجال الاتصال، ولباقتهم وقدراتهم على التصرف والتعامل مع الآخرين[2].

فإذا ما توصلا إلى اتفاق نهائي على جميع الشروط الجوهرية والتفصيلية في العقد، فإن العقد يكون ساعته جاهزا للانعقاد، ومن ثم ينتقل الطرفان إلى المرحلة الثانية والأخيرة، وهي مرحلة إبرام العقد، فيقومان بتبادل إيجاب وقبول متطابقين وفقا للاتفاقات التي أبرمت خلال كل مرحلة من مراحل التفاوض، فيقوما بإفراغها في ورقة مكتوبة بشكل نهائي، ثم يوقعان عليها، وعندئذ ينعقد العقد بصفة نهائية وتامة[3].

1- د/ بلحاج العربي، مشكلات المرحلة السابقة على التعاقد، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ص 11 وما بعدها.

2- د/ ثابت عبد الرحمن إدريس، المدير والتحديات المعاصرة، القاهرة، مكتبة عين شمس، 1992، ص 277 وما بعدها.

3 - د/ ثابت عبد الرحمن إدريس، نفس المرجع، ص 278.

المطلب الثالث: التمييز بين التفاوض على العقد والأفكار القريبة منه

إن ما بيناه من خصائص تميز مرحلة المفاوضات العقدية، يسمح لنا الآن بأن نميز بشكل سهل بينه وبين الأفكار التي تقترب منه، والهدف من ذلك هو تحديد النطاق الخاص بالمفاوضات العقدية، والدور الحقيقي الذي تلعبه في التحضير لإبرام عقد جيد، لذا فإننا سندرس هذا المطلب من خلال الفروع التالية:

الأول هو التمييز بين التفاوض على العقد وإبرام العقد، والثاني هو التمييز بين التفاوض على العقد والمساومة والإعلام، أما في الفرع الثالث فهو التمييز بينه وبين التشاور والمحادثة، وهذا على النحو الآتي بيانه:

الفرع الأول: التمييز بين التفاوض على العقد وإبرام العقد

ومن يصدر منه الإيجاب لا يستقر به الرأي في العادة على أن يصدر إيجابا باتا إلا بعد مفاوضات قد تطول، ويعد من قبيل التفاوض في أن يعرض شخص التعاقد دون تحديد أركانه، وإن كانت شخصية المتعاقد محل اعتبار فلا يعد ايجابا بالعقد، بل يعد إيجابا بالتفاوض إلى جانب العقود الموجهة للجمهور فلا تعد إيجابا بل يكون دعوة إلى التفاوض. والقانون لا يرتب في الأصل على قترة المفاوضات أثرا قانونيا[1].

إذا يمر العقد عموما قبل إبرامه بشكل نهائي بفترة أولية تسمى الفترة قبل التعاقدية أو تسمى كذلك المرحلة السابقة على التعاقد، يكون خلالها العقد في مرحلة التكوين والتحضير، وتبدأ هذه الفترة عادة منذ اللحظة التي يعلن فيها أحد الطرفين عن رغبته في التعاقد إلى الطرف الآخر، وتنتهي في اللحظة التي ينعقد فيها العقد تماما، ويدخل في مرحلة التنفيذ[2].

ويختلف مضمون المرحلة السابقة على التعاقد باختلاف نوع العقد الذي يرجى إبرامه فإذا كان هذا العقد من عقود الإذعان أي العقود الغير قابلة للتفاوض، أو من العقود البسيطة التي تتم سريعا دون تفاوض، فإن هذه العقود تعرف مرحلة واحدة هي مرحلة إبرام العقد بشكل مباشر.

أما إذا كان العقد من العقود القابلة للتفاوض وتم التفاوض عليه بالفعل، فإن العقد يمر إذا بمرحلتين الأولى هي المرحلة السابقة على التعاقد بالتفاوض، والمرحلة الثانية هي مرحلة إبرام العقد، ثم تأتي مرحلة تنفيذه. إذا في مرحلة التفاوض على العقد، هي التي يجري فيها مناقشة شروط وبنود العقد بالدراسات

1– د/ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، دار إحياء التراث العربي، لبنان، دون سنة نشر، ص 206.

2- J. Ghestin, La formation du contrat, op cit, P 293.

اللازمة من كل الجوانب، ودراسة الجدوى الاقتصادية، هذا كله يهدف إلى التحضير لبناء عقد جيد وناجح دون إشكالات عند الدخول في مرحلة تنفيذه، وهذا كله بعد التوصل إلى اتفاق شامل يتوج بإبرام العقد[1].

أما مرحلة إبرام العقد فهي تلك المرحلة التي يجري فيها انعقاده وإبرامه بشكل نهائي، وذلك عن طريق تبادل إيجاب وقبول متطابقين، دون الرجوع إلى مناقشة حول شروطه ولما كانت دراستنا هذه تقتصر على مرحلة التفاوض على العقد، فإنه يتعين علينا التمييز بشكل واضح بين التفاوض على العقد وإبرام العقد. ووجه الشبه بين المرحلتين هو أن كلا منهما يعتبر مرحلة قبل العقدية التي تسبق تمام العقد، فهما مرحلتان في اتجاه العقد، وبالرغم من ذلك فإن التفاوض على العقد يختلف عن إبرام العقد من عدم وجوده[2].

فمن جهة أولى فإن مرحلة التفاوض دائما تسبق مرحلة إبرام العقد وهذا أمر مسلم به، خاصة في العقود الهامة التي تحتاج إلى هذه المرحلة، فإن تم الاتفاق على كل ذلك تأتي مرحلة إبرام العقد، بعد إفراغ كل ما تم التفاوض عليه في وثيقة نهائية ويوقعان عليها بشكل نهائي. ومن جهة ثانية فإن إرادة الطرفان تكون غير باتة ونهائية في المرحلة السابقة على التفاوض، وهذا لأن بنود العقد ما زالت غير واضحة وغير مدروسة بشكل جيد، لذا فإن إرادة الطرفين في هذه المرحلة تظل غير نهائية إلا بعد الاتفاق بشكل بات ونهائي على كل عناصر العقد التفصيلية والجوهرية[3].

فليس ثمة إيجاب وقبول نهائي في مرحلة المفاوضات، وإنما هناك مجرد عروض وعروض مقابلة، ولا يعتبر العرض المقدم أثناء التفاوض إيجابا، بالمعني الفني والدقيق، وإنما هو مجرد عرض أو اقتراح أو تبادل تفاوضي غير ملزم، فلا يترتب عليه أي أثر قانوني، دون أن يتقيد به الطرف الذي قدمه بل ويحق له تعديله أو الرجوع عنه كلية وذلك بتقديم عرض جديد، ويتم الأمر بهذا الشكل حتى تتحدد إرادة الأطراف وتصبح إرادة نهائية عازمة على إبرام العقد أو عدم إبرامه[4].

وحين الوصول إلى إرادة جازمة ونهائية لإبرام العقد يقوم أحد الطرفين بتوجيه إيجاب للطرف الآخر، يتضمن شروط العقد الجوهرية والتفصيلية المتفاوض عليها والمتفق عليها، ثم يقوم الطرف الآخر بقبول هذا الإيجاب دون قيد أو شرط، فينعقد العقد ويتقيد به الطرفان بصفة نهائية. ومن جهة ثالثة فإن

1- د/ حسام الأهواني، المرجع السابق، ص 03 وما بعدها.

2 – د/ محمد حسين عبد العال، التنظيم الاتفاقي للمفاوضات العقدية، د. ن. ع، ص 57 وما بعدها

3 – د/ محمد حسين عبد العال، نفس المرجع، ص 58.

4- J. Carbonnier, obligations, op cit, P 72.

مرحلة التفاوض على العقد قد تستغرق عادة وقتا طويلا قد يتجاوز مدة الشهور والسنين، لأن التفاوض قد يتطلب الكثير من الدراسات والمحادثات اللازمة، وهي أعمال قد تتطلب زمنا طويلا لتحقيقها[1].

وعلى العكس من ذلك فإن مرحلة إبرام العقد تكون في كثير من الحالات مرحلة قصيرة قد تستغرق دقائق قليلة، لأن هذه المرحلة الأخيرة ماهي إلا تحصيل حاصل لمرحلة التفاوض على العقد، فتكون عملية إبرامه فورية، حيث يتم قبول الإيجاب فور صدوره بوقت قصير، ويحدث ذلك بوجه خاص في التعاقد بين حاضرين في مجلس العقد، خاصة عندما لم يعين الموجب ميعادا للقبول، والأصل أن يصدر القبول فور صدور الإيجاب، لأنه قبل الوصول إلى هذه المرحلة مر الطرفين بمرحلة التفاوض على هذا العقد، وجاز للموجب التحلل من إيجابه، ومع ذلك فإنه من الجائز أن يتراخى القبول لبعض الوقت وليس هناك ما يمنع ذلك، شريطة أن يصدر قبل انفضاض مجلس العقد، وألا يكون الموجب قد عدل عن إيجابه قبل صدور الإيجاب.

غير أن إبرام العقد قد يستغرق هو الآخر بعض الوقت، وهو ما يحدث عندما يكون الإيجاب مقترنا بميعاد للقبول لمن وجه إليه هذا الإيجاب، ويتم تعيين هذا الميعاد من الموجب عادة، وقد يستغرق هذا الميعاد من ظروف الحال أو من طبيعة المعاملة، ويحدث ذلك خاصة في التعاقد بين غائبين بطريقة المراسلة، بحيث يكون الإيجاب دائما مصحوبا بميعاد للقبول صريحا أو ضمنيا، والميعاد الضمني غالبا ما يكون ذلك الوقت الذي يلزم عادة لوصول الرسالة إلى المرسل إليه، وتلقي الرد منه بالطريق المعتاد[2].

ومهما كان الأمر فإن الوقت الذي يستغرقه التفاوض على العقد يكون دوما أكبر بكثير من الوقت الذي يستغرقه إبرام العقد، وللتميز بشكل دقيق بين مرحلة التفاوض على العقد ومرحلة إبرامه، يتعين علينا تبيين الحد الذي يفصل بيمهما، يذهب فريق من الفقهاء إلى القول بأن مرحلة التفاوض على العقد تشمل كل الفترة قبل العقدية، فلا تنتهي هذه الأخيرة إلا في اللحظة التي ينعقد فيها العقد نهائيا، فطالما ظل الطرفان متمتعان بالحرية والتصرف بشأن العقد، فإن المفاوضات لا تنتهي حتى وإن كان الإيجاب صدر بالفعل ولم يبقى لقيام العقد سوى قبول هذا الإيجاب ممن وجه إليه[3].

---

1 −J. Chmidt, négociation et conclusion de contrat, op cit, N° 16, P 10.

2− د/ الصدة، المرجع السابق، ص 111.

3− د/ رجب كريم عبد اللاه، المرجع السابق، ص 77.

غير أن الراجح[1] والذي نرى فيه الصواب، يرى أن التفاوض على العقد ينتهي في اللحظة التي يصدر فيها الإيجاب، إذ في هذه المرحلة تكون المفاوضات قد حققت الهدف منها، حيث يكون الأطراف قد توصلا إلى اتفاق حول جميع المسائل التفصيلية والجوهرية في العقد، وبالتالي تنهى المفاوضات أو تعلق لوقت لاحق، وتنتهي المفاوضات بتوجيه إيجاب بالعقد إلى الطرف الآخر، فإذا قبل الطرف الآخر هذا الإيجاب دون شرط أو تحفظ، انعقد العقد نهائيا. وهكذا يكون الإيجاب هو الحد الفاصل بين المفاوضات وإبرام العقد، وعند ظهور الإيجاب ينتهي التفاوض، وعند ما لا يصاغ ويحدد الإيجاب ويطرح على الطرف الآخر ظل التفاوض قائما وبالإيجاب تنتهي مرحلة الدراسات والتشاور والأخذ والرد، فتدخل مرحلة الحزم والتأكيد على التعاقد بالقبول المطابق للإيجاب المقدم[2].

فالإيجاب إذا هو ثمرة التفاوض السابق بين أطراف العقد على عناصر العقد بالتعاون والتشاور بينها دون أن ينفرد أحدهما بوضع هذه العناصر كما في عقود الإذعان، وبذلك يعبر عن هذا الإيجاب بالإيجاب الناشئ، هذا الإيجاب يكون مفصل على المقاس باتفاق الأطراف[3].

الفرع الثاني: التمييز بين التفاوض على العقد والمساومة والإعلام

يسود اعتقاد لدى الفقه مؤداه أن كلمة مساومة – مرادف لكلمة مفاوضة– ومن ثم فإنه يكتفي باستخدام إحدى الكلمتين للتعبير عن التفاوض على العقد، ولهذا فإن الفقه عادة يفرق بين العقود القابلة للتفاوض والعقود الغير قابلة للتفاوض أي عقود الإذعان، باستخدام عبارة "عقود مساومة" وعقود إذعان[4].

والصواب أن المفاوضة تختلف كثيرا عن المساومة، فثمة فارق كبير بين الفكرتين، إذ أن فكرة التفاوض على العقد أوسع بكثير من فكرة المساومة، بحيث أن المساومة كثيرا ما توجد في غياب التفاوض، وإن كان المتفاوضون يلجؤون عادة إلى المساومة أثناء التفاوض باعتبارها تكتيكا تفاوضيا فعالا، إلا أن ذلك لا يبرر الخلط بين الفكرتين وفيما يلي نتناول بالشرح فكرة المساومة، ثم نبين أوجه الاختلاف بينها وبين التفاوض على العقد[5].

1- J. Chmidt, négociation et conclusion de contrat, op cit, P 02 et s.
- J. Carbonnier, op cit, P 226.

2– د/ الصدة، المرجع السابق، ص 106 وما بعدها.

3– عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج 1، مصادر الالتزام، المجلد الأول، العقد رقم 100، ص 202 وما بعدها.

4– د/ جميل الشرقاوي، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، 1995، ص 65.

– د/ عبد الناصر توفيق العطار، مصادر الالتزام، القاهرة 1990، ص 117.

5– د/ أمية الدهان، إدارة المفاوضات، المقال السابق، ص 123.

أولا – فكرة المساومة

حتى يتسنى لنا الوقوف على فكرة المساومة، يتعين علينا إظهار معنى المساومة ومجالاتها المختلفة:

1- معنى المساومة

- **المعنى اللغوي للمساومة:** المساومة في اللغة العربية هي المجاذبة بين البائع والمشتري على السلعة والفصال على ثمنها، والعمل على أخذها بثمن يناسب صاحبه، ويقال: استام مني بسلعتي استياما إذا كان هو العارض عليك الثمن[1]، وفي الحديث النبوي الشريف نهى أن يسوم الرجل على سوم أخيه، وذلك بأن يتساوم المتبايعان على السلعة ويتقارب على الانعقاد.

وفي اللغة الفرنسية فإن كلمة :Marchandage- تعني محاولة الحصول على سلعة بأفضل ثمن، وذلك بأن يقوم المشتري بالفصال في الثمن مع البائع[2].

- **المعنى الاصطلاحي للمساومة:** تعرف المساومة بأنها نشاط من جانب واحد، يقوم به أحد الطرفين بهدف الضغط على الطرف الآخر للحصول منه على تخفيض أو زيادة في الثمن، عند انعقاد العقد، أو أثناء التفاوض على العقد، ومن خلال ذلك: يتبين لنا الخصائص التي تميز المساومة كما يلي: فهي أولا نشاط من جانب واحد لا تستلزم حدوث أخذ وعطاء بين الأطراف، بل يكفي أن يقوم بالمساومة طرف واحد، وعادة ما تكون من طرف المشتري ولو لم يكن لها أي نتيجة أو استجابة من البائع.

وأخيرا فالمساومة ترد على أحد عناصر العقد وهو الثمن دون غيره، أي المقابل المالي سواء بالزيادة أو بالإنقاص، ولا تتناول باقي عناصر العقد الأخرى.

2- مجالات المساومة: ليس هناك ما يمنع أن تحدث المساومة عند إبرام العقد، وأكيد أنها تحدث أثناء مرحلة التفاوض من كلا طرفيه أو من أحدهما، سواء عند إبرام العقود المركبة أو إبرام العقود البسيطة، دولية كانت أو محلية[3].

وغالبا ما تحدث المساومة من جانب المشتري، الذي يهدف إلى تخفيض الثمن الذي يعرضه عليه البائع، وهو ما يعرف في الحياة العملية عادة بـ –الفصال في الثمن– والمساومة كما أنها ترد على الثمن، فإنها كذلك ترد على باقي صور المقابل المالي في العقود الأخرى، مثل الأجرة في عقد العمل، والأجرة في

1- ابن منظور، لسان العرب، المجلد 12- حف م- دار صادر، بيروت 2010، (اتسام، سوم، مساومة)، ص 183.

2- Nouveau Petit Robert, Paris 2010, p 276,

3- د/ رجب كريم عبد اللاه، المرجع السابق، ص 114.

عقد الإيجار، والأتعاب الخاصة بالفنيين والمتخصصين مثل المحاسب والطبيب والمهندس.

المساومة في عقود الإذعان: رغم انعدام المفاوضة في هذه العقود، إلا أن المساومة قد تقع عند إبرام عقد من هذه العقود، وهذا للتخفيف من عيوب غياب مرحلة التفاوض فيها، وكثرا ما تحدث المساومة من جانب الطرف المذعن، فليس المقصود منها مناقشة شروط العقد مع الطرف الموجب، ولكن تحدث المساومة بهدف الحصول على تخفيض الثمن فقط بالمساومة عليه، وتحديد الثمن في مثل هذه العقود يحدده الموجب وفقا لمحض إرادته، ويتجلى ذلك في تخفيض الثمن بنسبة مئوية معينة مثل 05% أو 10% ...الخ.وفي الغالب أن الموجب لا يستسلم لمثل هذه المساومة فيرفض أي تخفيض، مثل التعاقد مع شركات التلفون، أو شركة الكهرباء والغاز، أو مؤسسات المياه...الخ، حيث ترفض هذه المؤسسات أو الشركات التفاوض مع العميل حول شروطها، ولا حتى مجرد المساومة حول تخفيض الثمن، والسبب طبعا معروفا وهو احتكار هذه المؤسسات للخدمة أو السلعة المقدمة لعامة الناس، لكن هذا لا يمنع أن تؤتي المساومة أثرها بشكل استثنائي لبعض العملاء المميزين، وذلك لأسباب خاصة لها علاقة بتشجيع الاستثمار أو لأسباب اقتصادية محددة، أو تؤتي المساومة ثمارها من خلال موقع بعض العملاء مثل: الطلاب أو معوق أو جندي أو معوز، أو مجاهد أو ابن شهيد أو أرملة شهيد...الخ، وقد تقضي بمجانية الخدمة أو التخفيض من الثمن. وقد يلجأ الموجب إلى هذه التخفيضات في الحالات السابقة الذكر، لأهداف يريد تحقيقها لأوضاع يريد الحفاظ عليها، مثل العمل على جذب أكبر عدد من العملاء من أجل السرعة في تصريف السلع المتراكمة لديه، أو الحفاظ على زبائن دائمين لأكبر فترة زمنية في المستقبل، وهذا ما يحقق الشهرة والرواج للسلع والخدمات المقدمة[1].

أوجه الاختلاف بين التفاوض على العقد والمساومة: هكذا يظهر لنا جليا أن التفاوض على العقد يختلف كثيرا عن المساومة، وعلى الرغم من أن كلاهما يحدث أثناء مرحلة التفاوض، وبالرغم من أن المساومة من أهم أساليب وتكتيكات التفاوض غير أنه ثمة أوجه اختلاف تظل قائمة بينهما وهي على النحو التالي:

1- إن المساومة هي نشاط من جانب واحد، وإن لم يستجيب الطرف الآخر لذلك، والتفاوض على العقد هو دائما عمل ثنائي الجانب على الأقل، بشكل مشترك بينهما قد يؤدي إلى نتيجة منتظرة بتقديم تنازلات متبادلة، وقد ترد على كثير من شروط وبنود العقد.

2- في حين أن المساومة ترد على عنصر واحد من عناصر العقد، وهو الثمن، أو المقابل المالي وبالمقابل فإن التفاوض على العقد قد يرد على كثير من عناصر العقد، بما في ذلك عنصر الثمن،

---

1 - J. F. maubert, Négocier, op cit, P 153

ومن خلال ذلك نلاحظ أن موضوع التفاوض على العقد يعتبر أوسع بكثير من فكرة وموضوع المساومة.

3- غير أن التفاوض لا يحدث إلا بخصوص العقود التي تقبل التفاوض حول جميع شروطها وعناصرها، في حين أن المساومة قد تحدث في كافة أنواع العقود سواء كانت قابلة للتفاوض أم لا، والمساومة كثيرا ما تحدث أثناء عملية التفاوض على العقد، وقد يحدث أيضا عند إبرامه، وحتى عند إبرام عقد من عقود الإذعان الغير قابل للتفاوض، وهذا ما يدل على أن المساومة قد تحدث رغم غياب المفاوضة، وأنها تختلف بشكل واضح عن المفاوضة[1].

التمييز بين التفاوض على العقد والإعلام: يتميز الإعلام المتبادل بين المتفاوضين عن التفاوض على العقد، بالرغم من أن التفاوض على العقد يستوجب قيام كل متفاوض بإعلام المتفاوض الآخر، وهذا لا يعني أن التفاوض هو الإعلام، فثمة فارق واضح بين الفكرتين.

ويقصد بالإعلام L'information- هو قيام شخص بإحاطة الغير علما بصفات شيء معين، بغية تنوير إرادته قبل اتخاذ قرار بشأنه.

وقد أخد الإعلام مكانة كبيرة وهامة في العصر الحديث، نظرا لما يتسم به هذا الأخير من تعقيد وتنوع في المعاملات والأحداث والمواضيع والبيانات المرتبطة بالتطور التكنولوجي والعلمي والاقتصادي والسرعة المذهلة في تدفق المعلومات، والكثافة الهائلة في المعاملات والعلاقات والأعمال في مختلف المجالات. مثل القانونية منها[2]سواء على الصعيد العام أو الخاص، فللإعلام دور هام في العديد من مجالاتها كما سنرى ذلك فيما يلي:

أ- الإعلام في مجال القانون الخاص: تبرز أهمية الإعلام خصوصا في مجال الأعمال التجارية وإبرام الصفقات العمومية، وإبرام مختلف العقود الهامة مثل عقود البيع الهامة والإيجار، وعقود الرهون...الخ، حيث أن هذه المعاملات تتم على أساس ما يتوفر لدى المتعاملين من معلومات وبيانات، وشيوع الإعلام فهو إما أن يكون اختياريا أو يكون إلزاميا.

1- د/ رجب كريم عبد اللاه، المرجع السابق، ص 120.

2- لقد حقق في موضوع الأعلام، د/ خالد جمال أحمد في مؤلفه الالتزام بالإعلام قبل التعاقد، د. ن. ع، القاهرة، مصر 2003، ص 364 وما بعدها.

- د/ سمير منتصر، الالتزام بالتبصير، د .ن .ع، مصر 1990.

- د/ سعيد سعد عبد السلام، الالتزام بالإفصاح في العقود، د. ن. ع، مصر 2000.

ب- الإعلام في مجال القانون العام: يقوم عادة المشرع في البلدان المختلفة على القيام بالاستعلام والإعلام لدى ولمختلف طبقات المجتمع، قبل إقدامه على إصدار أو تعديل بعض القوانين التي تحتاج لذلك، وذلك بهدف الوقوف على رأي الأغلبية العامة في ذلك، حتى تأتي هذه القوانين موافقة للصالح العام، بما يكفل له الفعالية والاستقرار أثناء تطبيقه. ويكون ذلك إما بالطرح على الاستفتاء، مثل مشروع الدستور أو اتفاقية دولية تكون الدولة عازمة على الانضمام إليها، أو اللجوء إلى الاستطلاع الرأي العام Sandage- بهدف الوقوف على نبض رجل الشارع ورأيه فيما هو قائم من اتجاه معين أو قانون معين تمهيدا للقيام بإصلاح في موضوع هذا الاستطلاع[1].

ج- الهدف من الإعلام في مجال القانون الخاص: الإعلام قد يكون التزاما في العقد على شكل دعاية أو استعلام، وقد يكون اختياري يهدف إلى معرفة رأي الزبون في كثير من الميادين للإطلاع على رأي ومزاج الزبون للقيام بالتحسينات والتغيرات المرافقة واللازمة لجذب الزبائن، وهذا طبعا بهدف جذبهم. وقد يكون هذا الإعلام بهدف الإشهار للسلع والخدمات، وهذا في مختلف وسائل الإعلام المعروفة وفي مختلف الأماكن المرخص بها دون تدليس الذي يعتبر عيب من عيوب الإرادة، والتدليس نوعان، الأول هو التدليس المباح كالمبالغة في مدح السلع وهذا الأمر مألوف بين عامة الناس[2].

غير أنه يجب أن لا تصل الداعية المبالغة فيها إلى حد التضليل والخداع، وإلا اعتبرت بمثابة تدليس يجيز للطرف المضرور المطالبة بإبطال العقد والتعويض اللازم، والأمثلة على ذلك كثيرة ومعروفة خاصة في المعاملات التجارية[3].

وهناك الإعلام الذي يفرضه القانون والذي يعرف بالإعلام الإلزامي والذي قد يفرضه العقد بحيث يلتزم كل شخص مقدم على التعاقد بتقديم المعلومات والبيانات المتعلقة بالعقد إلى من سيتعاقد معه، حتى يقدم هذا الأخير على التعاقد بإرادة حرة متنورة، بل ويلتزم كل متعاقد بإعلام المتعاقد الآخر بكل معلومة أو واقعة تطرأ أثناء تنفيذ العقد. فإن الالتزام بالإعلام يكون على كاهل الطرفين أثناء التفاوض على العقد، لكن يكون جليا وواضحا في مجال عقود الإذعان، حيث يرى جانب من الفقه أن الالتزام بالإعلام أصبح بمثابة الشريعة العامة لعقود الإذعان، لذلك فإن هذه الأخيرة دون إعلام قد تجعل الطرف المذعن فريسة سهلة للطرف الذاعن.من أجل ذلك تدخل المشرع الفرنسي بنص خاص ليرتب التزاما عاما بالإعلام على عاتق

1- د/ رحب كريم عبد اللاه، المرجع السابق، ص 123.

2- د/ صوني أبو طالب، المرجع السابق، ص 476.

3- د/ الصدة، المرجع السابق، ص 217.

المحترفين بهدف حماية المستهلك، وذلك من خلال قانون الاستهلاك ومن خلال القانون رقم 93- 949 المؤرخ في 26 يوليو 1993، وهو ما نصت عليه المادة L. 111- 1-[1].وهكذا فإن هذه المادة تضع أساسا قانونيا للالتزام بالإعلام من البائعين أو مقدمي الخدمات بإعلام المستهلكين حول صفات السلعة أو الخدمة، بل ويجعل من هذا الالتزام التزاما عاما يقع على عاتق كل من يحترف التعاقد مع المستهلكين.

وإن كان الالتزام بالإعلام ينشأ عادة في الفترة قبل العقدية، فإنه يقع كذلك على المتعاقدين خلال مرحلة تنفيذ العقد،وهو ما يساعد التنفيذ الفعال لشروط وبنود العقد، ويعد من بين مستلزمات وشروط العقد، وهذا نص عليه المشرع المصري كذلك إلى جانب المشرع الفرنسي[2] وتكون طبيعية الالتزام بالإعلام حسب طبيعة العقد المراد إبرامه بين الطرفين.

أما المشرع الجزائري فإنه لم يشذ عن هذا الالتزام، حيث أنه نص على الالتزام بالإعلام بشكل وجوبي بإعلام الزبائن والمستهلكين بأسعار وتعريفات السلع والخدمات وشروط البيع كما يحدد الكيفية التي يبديها البائع في إعلام المستهلك بموصفات الشيء المبيع مهما كان شكله، وباستعمال الوسيلة المناسبة لنوع السلعة، كما يلتزم البائع بإعلام المستهلك بأية طريقة كانت وحسب طبيعة المنتوج، بالمعلومات النزيهة والصادقة المتعلقة بمميزات هذا المنتوج أو الخدمة وشروط البيع الممارس وكذا الحدود المتوقعة للمسؤولية التعاقدية لعملية البيع أو الخدمة[3].

كما نص المشرع الجزائري في قانون حماية المستهلك وقمع الغش[4] على إلزامية إعلام المستهلك عن كل ما يتعلق بالمنتوج الموضوع للاستهلاك بوسائل مختلفة مثل الوسم والدليل وبأي وسيلة مناسبة، وباللغة العربية أولا ثم بأي لغة يفهما المستهلك بشكل يسهل الفهم على المستهلك[5].

ومن خلال ذلك فإن الإعلام هو مجرد وصف للشيء إيجابا أو سلبا بشكل اختياري للترويج للسلعة أو خدمة ما، أو من أجل الاستعلام أو التحري عنها، ويكون ذلك التزاما في عقد عند إبرام العقد أو عند تنفيذه من أجل تنوير إرادة الطرف الآخر.

1- J. Ghestin, op cit, N° 610, P 597.

2- المادة 148/ 1 من القانون المدني المصري.

3- قانون رقم 04- 02 مؤرخ في 23 يونيو سنة 2004، يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، البداية من المادة 4، 5 إلى المادة 09 من هذا القانون.

4- هو القانون رقم 09- 03 المؤرخ في 25 فبراير سنة 2009، يتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش.

5- المادة 17 و18 من القانون 09- 03 السالف الذكر.

ومهما كان الأمر فإنه لا يمكن الخلط بين التفاوض على العقد والإعلام، فكل منهما يختلف عن الآخر من حيث الطبيعة والمجال، حيث أن التفاوض على العقد يتضمن بحث ومناقشة شروط العقد المختلفة لتحديدها ثم إفراغها في اتفاق مشترك قد يكون نهائيا، في حين أن الإعلام يقتصر على وصف الشيء الذي يرد عليه العقد من أجل العلم به دون أن يتطرق إلى مناقشة ودراسة شروط العقد. وفي المقابل فإن المفاوضات العقدية لا يمكن تصور حدوثها إلا بالعمل والتعاون المشترك بحسن نية بين طرفي العقد المراد التوصل إلى إبرامه، تبادل العروض ومناقشتها وتقديم التنازلات اللازمة من كلا الطرفين للتوصل إلى اتفاق يحظى بموافقتهما، بينما الإعلام قد يقوم به أحد الطرفين فقط، حتى ولو ظل الطرف الآخر سلبيا تماما، وإن كان التفاوض ضروري ولازم في هذه المرحلة، إلا أن الإعلام يمكن أن يحدث خارج مرحلة التفاوض، غير أنه ومن المعروف أن الإعلام قد يتم عند إبرام عقود الإذعان والتي لا تقبل التفاوض أصلا، بل وحتى عند تنفيذ العقد الذي تم إبرامه والتفاوض عليه، فالمفاوضات تلعب دورا وقائيا بالنسبة لمرحلة إبرام العقد، ويحد من المنازعات في المستقبل، لذا يبدو صحيحا ما يراه البعض من أن – إنهاء التفاوض خير من إنهاء العقد[1].

الفرع الثالث: التمييز بين التفاوض على العقد والتشاور والمحادثة

التفاوض على العقد يتميز كذلك عن مجرد التشاور، على الرغم من أن التفاوض يتضمن بشكل أساسي التشاور بين الطرفين، ذلك لا يعني أن التفاوض هو التشاور.

ويقصد بالتشاور هو تبادل الرأي بين شخصين حول مسألة معينة تخصهما معا، أو أحدهما فقط تمهيدا لأخذ القرار المناسب بشأنها، مثل التشاور مع المهندس أو رجل الدين أو المحامي...الخ، غير أن التشاور يجد مكانته في إطار القانون، حيث كثيرا ما تلجأ مؤسسات الدولة إلى التشاور مع الجهة المتخصصة قبل أن تقدم على اتخاذ قرار معين، بل قد يلزمها القانون بذلك، لذا فقد تؤسس الدولة هيئات ومنظمات استشارية في شتى الميادين. إن التشاور يهدف إلى مجرد إبداء الرأي في مسألة معينة، وبذلك فإنه يختلف كثيرا عن التفاوض عن العقد، رغم تشابههما في تضمنهما أحيانا حوار حقيقيا بين المشير والمشار عليه إلا أنه يظل مختلفا تماما عنه. فيما أن التفاوض على العقد يكون أطرافه هم أصحاب الشأن والقرار فيما يتم التفاوض عليه، غير أن التشاور يقتصر دوره على إبداء الرأي فقط دون اتخاذ قرار معين

1– د/ نزيه محمد الصادق المهدي، الالتزام قبل التعاقدي بالإدلاء بالبيانات المتعلقة بالعقد وتطبيقاته على بعض أنواع العقود، د. ن .ع، القاهرة، مصر 1982، ص 42.

– د/ محمد حسين عبد العال، التنظيم الاتفاقي للمفاوضات العقدية، د. ن .ع، مصر 198، ص 12.

في الموضوع المتشاور عليه فهي لا تخص المشير بها وقد يكون صاحب القرار طرف ثالث غير المستشار والمشير، وهذا ما لا يكون كثير في التفاوض على العقد[1].

ومن جهة أخرى فإن التفاوض يقضي بتقديم التنازلات من الطرفين للتوصل إلى اتفاق بين الطرفين بالتراضي معا، وهذا ما يكون في التشاور بشكل ملزم فهو حر في اتخاذ القرار أو الاحتفاظ برأيه لنفسه دون تنازلات فكل ما في الأمر هنا هو مجرد استشارة فقط فهدفها إنارة إرادة المستشير الذي قد يقبل الاستشارة أو يستبعدها نهائيا دون تقديم أي تنازلات للحفاظ على رأيه، عكس عملية التفاوض على العقد عندما يقارن بها. إلى جانب ذلك فإن أطراف التفاوض يتقيدون بالاتفاق المتواصل إليه في كل مرحلة من مراحل وخطوات التفاوض، غير أنه لا أحد ملزم بالتقيد بما يسفر عنه التشاور في الرأي في مسألة ما فلا يوجد ما يمنع إلغاء واستبعاد هذه الاستشارة والعمل باستشارة أخرى ورأي آخر.وإن كان التشاور قد يكون ملازما لعملية التفاوض ككل، أو خارج هذه العملية من خلال قيام أحد الأطراف أو كلاهما بالقيام باستشارات خارج التفاوض مع شخصيات أو جهات أخرى، وهذا لدعم عملية التفاوض من خلال إنارة بعض النقاط والمسائل المدرجة في هذه العملية لاستنارة إرادة أحد أو كلا الطرفين لأخذ القرار المناسب[2].

إذا تلاحظ أن فكرة التشاور تختلف عن فكرة التفاوض على العقد وإن كانتا تتقاطعان خاصة أثناء عملية التفاوض ، وقد يكون التشاور لوحده خارج مجال التفاوض إذا من خلال ذلك نتأكد أن التشاور ليس هو التفاوض على العقد.

بينما عندما نميز بين التفاوض على العقد والمحادثة على الرغم من أن التفاوض يتضمن غالبا محادثة بين أطرافه من أجل مناقشة شروط ومراحل العقد، إلا أن ذلك لا يعني أن المفاوضة هي المحادثة، إلى جانب أن هناك فوارق عديدة بينهما. والمحادثة هي تبادل أطراف الحديث حول فكرة أو موضوع أو حدث معين أو حول فكرة عامة غير معينة بذاتها، وتتخذ المحادثة في الحياة العامة صور عديدة، مثل المحادثة السياسية أو بين المؤتمرين في الندوات والمؤتمرات والملتقيات والأيام الدراسية، وقد تكون عبارة عن كلام عام وثرثرة بين شخصين أو أكثر اجتمعوا صدفة في أي مكان سواء كان عاما أو خاصا. وفي المحادثة لا يسعى الأطراف فيها إلى إبرام عقد معين، وإن يقتصر دورهم على تبادل أطراف الحديث والكلام في موضوع محدد أو غير محدد، بل وقد يجبرهما الحديث إلى الخروج من موضوع إلى آخر جديد دون قيود، بل وقد ينتقلان إلى موضوع ثالث وهكذا سواء كان بالاتفاق أو الاختلاف حول الأفكار المطروحة،

1- د/ يحي الجمل، المرجع السابق، ص 126.

2- د/ يحي الجمل، نفس المرجع ، ص 127.

فالهدف هنا تبادل الأفكار لمعرفة مختلف الآراء وحتى وإن كانت في تعارض تام، وقد تكون المحادثة لمجرد ملئ الفراغ والوقت فقط. وبعد ذلك يفترق الطرفان دون أي التزام، ولو لم تؤدي هذه المحادثة إلى أي نتيجة تذكر[1].

بينما التفاوض على العقد قد يجعل الأطراف يلتزمون بالتزامات معينة، بينما الخوض في المحادثة لا ينشئ أي التزامات على عاتق المدعي، اللهم إلا واجب الحيطة والحذر دون الإضرار بالغير، ولو قطع الحديث فجأة وغادر صاحبه دون إعذار مسبق فلا لوم عليه، فالأخلاق وآداب الحديث هي وحدها التي تحكم العلاقة بين طرفي المحادثة، إلا إذا اقترف أحدهما خطأ أو جريمة بمناسبة المحادثة كالقذف والسب أو الضرب في حق من يتحدث معه، فهنا تطبق القواعد العامة للمسؤولية الجنائية أو المسؤولية المدنية، أو كلاهما معا بحسب الأحوال.في حين أن التفاوض على العقد لا يحدد إلا بناء على اتفاق مسبق بين أطرافه يحددان فيه مكان وزمان التفاوض سواء كان هذا الاتفاق صريحا أو ضمنيا، بمجرد قبول أحد الطرفين إيجاب الطرف الآخر بالدخول في التفاوض، إلا أن المحادثة غالبا ما تحدث بمحض الصدفة، دون اتفاق مسبق على إجرائها أو على المحادثة حول موضوع معين[2].

إلا أن التفاوض على العقد قد يتم بتبادل الرسائل أو يتم شفاهة أو بهما معا، بينما المحادثة لا تتم عموما إلا شفاهة وقد تتم اليوم بوسائل الاتصال الحديثة.

الملاحظ من كل ما سبق أن المحادثة تختلف عن المفاوضة على العقد بشكل كبير سواء من حيث المراحل أو من حيث الطبيعة، وحتى من حيث هدف كل منهما، وإن كان التفاوض يحوي في كل مراحله كل عناصر وتفاصيل العقد، وهذا يجعلنا نلاحظ الأهمية البالغة لعملية التفاوض على العقود.

بينما التفاوض يتم بين الأطراف ولكل منهما مصلحة معينة في ذلك، عكس المحادثة التي قد تتم دون أي مصلحة تذكر، فالدور هنا هو إبداء الرأي فقط، إلى جانب أن التفاوض يستدعي تقديم تنازلات معينة من أحد الطرفين أو كلاهما، عكس ما يحدث في المحادثة تماما إلى جانب الأطراف في التفاوض يتقيدان بما أسفرت عنه هذه العملية من اتفاق، غير أنه لا أحد يتقيد بما ستسفر عنه المحادثة في النهاية.

1- د/ رجب كريم عبد اللاه، المرجع السابق، ص 133.

2- د/ رجب كريم عبد اللاه ، نفس المرجع ، ص 134 وما بعدها.

المبحث الثالث

أهداف المرحلة السابقة على التعاقد

إنه في مختلف المفاوضات وعلى مختلف العقود وفي مختلف المجالات، يجب تحديد في بداية التفاوض بشكل لا لبس فيه أهداف هذه المفاوضات، وهذا ابتداء بتحديد طبيعة العقد المتفاوض عليه، وهذا من حيث تحديد الأطراف أو الهيئات أو المؤسسات التي تدخل في هذه العملية، كما يجب تحديد الأساليب الفنية والعملية التي يجب استعمالها خلال كل مراحل التفاوض خاصة في مجال الأعمال والعمليات التجارية.

لذا يجب أن يكون أطراف التفاوض في بداية مرحلة التفاوض قد عقدوا العزم والنية على بذل قصارى الجهد وتوفير كل الوسائل اللازمة لتحقيق وبلوغ الأهداف المحددة بوضوح في بداية العملية التفاوضية باتفاق وتراضي.

إذا من خلال ذلك سندرس هذا المبحث من خلال ثلاث مطالب أساسية أولها وضع العقد المارد إبرامه في إطار قانوني، والثاني نبين فيه تحديد التزامات وحقوق الأطراف المتفاوضة، أما فيما يخص المطلب الثالث نتطرق فيه إلى تحديد طرق تسوية المنازعات عند تنفيذ العقد المنشود وهذا من خلال ما سيأتي.

المطلب الأول: وضع العقد المراد إبرامه في إطار قانوني محدد

إن الصياغة القانونية لعقد ما وخاصة في مجال الأعمال عموما هي في الحقيقة صيغة في بعض الحالات، وهذا من خلال حصر المشاكل والصعوبات المطروحة والتي تقتضي في كثير من الأحيان وجود أناس مختصين للقيام بذلك.

وكذلك عليهم تحديد ووضع الشروط الجوهرية والتفصيلية للعقد وهذا في المرحلة السابقة على التعاقد، وهذا ما يستدعي بالضرورة تعيين الجهات التي ستساهم في تنفيذه وكذا وضع العلاقات القانونية وتحديدها لأكثر ملاءمة من أجل الوصول إلى الأهداف المحددة والمرجوة سلفا بوضوح تبعا للظروف المحيطة بالعقد.

إذا من خلال ذلك سندرس في هذا المطلب ثلاث فروع أولهما ندرس فيه تحديد الأطراف المتعاقدة مستقبلا، أما في الفرع الثاني نحدد وندرس فيه موقع المتفاوض بالنسبة للعقد المراد إبرامه من العقد، أما في الفرع الثالث نحدد فيه حدود وطبيعة الأعمال المنفذة من قبل المتعاقدين.

الفرع الأول: تحديد الأطراف المتعاقدة مستقبلا

يجب تحديد مسبقا إن كان تنفيذ العقد سيناط إلى جهة واحدة أو إلى عدة جهات.

أ- **إناطة العقد إلى جهة واحدة:** في هذه الحالة تتمثل بأشكال متعددة نتطرق لبعضها بالتتابع كما يلي:

1- حالة تجمع شركات: في هذه الحالة يجب التعرف على أي من هذه الشركات سوف يقع عليها الاختيار من أجل تنفيذ العقد، إن مثل هذا الإجراء قد يستبعد أحيانا وقد يلجأ إليه الأطراف إذا كانت شركة معينة تتمتع بخصوصية فنية وعملية في ميدان معين، وقد يكون إبرام العقد معها بسبب اختصاصها المعروف على الصعيد الدولي، وقد يفرض أحد أطراف العقد عند التفاوض مع الشركة الأم إبرام العقد في النهاية من قبلها لأسباب ترتبط بقدرتها المالية بشكل خاص.في جميع الحالات يجب التفاوض ثم التقرير مسبقا، إذا كان تجمع الشركات الذي من المقرر إحالة العقد عليه إن كان سيقوم بتنفيذ كافة شروط وفقرات العقد أو أجزاء منها بنفسه أو سيكون مضطرا للتعاقد من الباطن لجزء أو أكثر من بنود العقد، وهذا لما ينطوي عليه هذا الشكل من التنفيذ للمتعاقد الرئيسي، أما بالنسبة للطرف الآخر فقد يحمل هذا الشكل صعوبات ومحاذير، لذا يجب تقدير ذلك بدقة وعناية خاصة من خلال عملية التفاوض على هذا العقد[1].

ومن جهة أخرى إذا كان العقد ينص ضمن بنوده على تنفيذ جزء من شروط العقد في الخارج، أي في بلد يوجد فيه فرع لهذا التجمع، فإن عامل القدرة المالية لهذا الفرع قد تدفع غالبا الطرف الآخر إلى مطالبة الشركة الأم بضمانات مالية، وهو ما يطلق عليه – ضمان حسن التنفيذ- من قبل فرعها، إذ يجب الأخذ بالحسبان حالة عدم القدرة المالية، وعلاقته بتحديد الثمن خلال مرحلة التفاوض على العقد[2].

2- شركة غير قائمة يتم إنشاؤها لغرض معين (Adhoc): إن إبرام بعض العقود وتنفيذها قد لا يتم أحيانا من قبل شركة قائمة وقت انعقاد العقد، بل وقد يتفق الأطراف على إنشاء شركة خصيصا لتنفيذ العقد بعد إبرامه، حيث يتم اللجوء إلى هذا الأسلوب لأسباب مختلفة، خاصة المالية منها، وبناء على ذلك يتم الاتفاق خاصة في مرحلة التفاوض على هذا العقد، على إنشاء شركة لم يكن لها وجود أثناء عملية التفاوض، وهذا لكي يناط لها تنفيذ شروط العقد المتفق عليها. حيث تنص بنود العقد بشكل صريح على التزام المتعاقد الرئيس بإحالة تنفيذ مراحل العقد إلى شخص ثالث، إن أسباب الأخذ واللجوء لهذا الأسلوب هو عدم قناعة الإدارة المانحة للمشروع هو عدم قناعتها بالشخص المترشح لتنفيذ العقد من ضمان فني أو مالي، لذا قد يشترط عليه إنشاء مثل هذه الشركة لكي يناط لها تنفيذ العقد الذي تم التفاوض عليه بشكل

1- د/ محمد على جواد، العقود الدولية، مكتبة دار الثقافة، عمان 1997، ص 09.

2- المادة (ق) من الدليل الصادر عن المنظمة الاقتصادية الأوروبية لإبرام العقود.

دقيق.هذا ما يتم العمل به بالمملكة العربية السعودية، ونيجيريا التي تطلب من الشركات الأجنبية غالبا إنشاء شركة محلية يناط لها تنفيذ بنود العقد من خلال الضمان من الشركة الأم[1].

إضافة إلى الاعتبارات السياسية والاقتصادية والاجتماعية، هناك كذلك اعتبارات مالية تدفع الزبون إلى التعاقد مع أكثر من جهة، فإذا كانت متضامنة فيما بينها فإن ذلك سيمنح للزبون ضمانات جيدة لتنفيذ العقد من خلال الاحتفاظ بحق الرجوع على أي من هذه الجهات تطبيقا لمبدأ المسؤولية المشتركة للتنفيذ المعيب لمختلف مراحل وشروط العقد، إلا أن هذه الطريقة لا تخلو من العيوب أو المصاعب، حيث أن الزبون من ناحية يفضل إبرام العقد مع جهة واحدة مثل الجهة الممثلة والرئيسية بالنسبة للجهات الأخرى المساهمة، نتيجة لما قد تعكسه هذه العلاقة من صعوبات وتناقضات، لذا فإن الجهة المتعاقدة مع الزبون ستظهر بمثابة الوكيل عن باقي الجهات المشاركة في التنفيذ، وستكفل له حسن تنفيذ العقد[2].

بالمقابل قد يتم الجمع بين هاتين الحالتين في بعض الأحيان، أي حالة إنشاء شركة مخصصة لهذه الغاية (Adhoc)، وبين الجمع بين عدة جهات مساهمة (Co- traitant) تتمثل بكيان قانوني واحد، وهذا ما سنراه في الفقرة التالية:

ب- إناطة تنفيذ العقد إلى عدد من الجهات:

1- **إنشاء كيان يتيح له الشخصية القانونية:** هذه القضية تعود بنا إلى الحالة التي سبق التطرق إليها حيث سيناط التنفيذ لجهة واحدة، لكن الواقع سيكون مختلفا هنا، طالما أن الجزء الأكبر من الأعمال ستحال لشركة أخرى التي تعتبر كجهة ثانية بالنسبة للشركة الأم، التي تكون متضامنة مع الشركة الثانوية، وبالتالي يكون ضمانا للزبون بحسن التنفيذ لمجموع الأعمال. وتمنح لهذه الشركة الشخصية القانونية وهي تعكس طبيعة الالتزام اتجاه الزبون وهو ما يطلق عليه في القانون الفرنسي شركة مساهمة (Participation).

إن قيام المشروعات التجارية يخلف الكيان القانوني المناط له تنفيذ الاتفاق، يحمل معه عددا من المشكلات والمصاعب، حيث أن الواقع يشير إلى أن الشركة التي تم تأسيسها لن تكون المنفذ الفعلي لجميع الأعمال أو الخدمات الواردة في العقد وهذا لأسباب مختلفة، سواء كانت أسباب مالية أو بشرية أو فنية، فإنها بذلك تعود لتبرم عقود مقاولات ثانوية مع ذات الجهات التي أنشأتها، بحيث ستتحمل الأخيرة المشاكل المالية الناتجة عن إنشاء مثل هذه الشركة، إلا أن الاتفاق بين هذه المشروعات مع الشركة المناط لها

1- M. Dubison, Les groupement d'entreprise pour les marchés internationaux, Fe du 9, 1979, P 139.

2- د/ محمد علي جواد، المرجع السابق، ص 12.

التنفيذ لمعظم الفقرات العقدية ستزيد من الكلف المالية والنسب الضريبية، لذلك يجب أخذ ذلك بعين الاعتبار عند تحديد ثمن العقد[1].

لقد شاع هذا النمط من تنفيذ العقود في دول أمريكا اللاتينية خاصة في فنزويلا ضمن ميدان تنفيذ خططها، إلا أن المنهج هذا بدأ بالتراجع من الناحية التطبيقية، وفيها يتحمل المساهمون المسؤولية الكاملة الواحدة اتجاه الآخر، أي المسؤولية التضامنية لجميع الجهات المساهمة في الكيان القانوني ذات الاسم المشترك، إلى جانب مسؤوليتها اتجاه الزبون فهي مسؤولية كذلك اتجاه الدائنين، ويأخذ هذا الكيان أحد شكلين، فهو إما تضامني وهو الأكثر شيوعا وإما على شكل تجمع تساهمي[2].

الفرع الثاني: تحديد موقع المتفاوض بالنسبة للعقد المراد إبرامه

أ- المتعاقد لا يساهم في تنفيذ العقد: هذه الحالة تتعلق بالمشروعات ذات الطبيعة التجارية، حيث يقتصر دورها عند حدود معينة، لتسهيل عملية إبرام العقد، أو قد يمتد دورها فهو الغالب بأن تكون كوكيل عن حسن تنفيذ العقد، ومن خلال حصوله على نسبة مئوية من مبلغ العقد مع الجهة المناط لها تنفيذ العقد. وفي بعض الحالات الاستثنائية تمارس مؤسسة صناعية نشاطا تجاريا عندما يقتصر دورها على إعداد التصاميم للمشروع المقرر تحقيقه دون المساهمة في تنفيذه، فهي لا تبرم العقد من قبلها لأسباب مختلفة، كي لا تجازف بخسارة الأرباح المحققة من جهودها، بل ستسهل إبرام العقد بين الزبون ومؤسسة أخرى ينتهي دورها باستلام مكافأة بصفة عميل تجاري. وأحيانا تقوم المؤسسة الصناعية بإبرام العقد ثم تذهب للبحث عن جهة تسند لها تنفيذ العقد، إلا أن موافقة الزبون تجاه هذا الاستبدال يبقى ضروريا، وهذا طبعا مع بقاء المتعاقد الآخر متضامنا مع الطرف المكلف بالتنفيذ من أجل ضمان حسن تنفيذ شروط العقد[3].

ب- المساهمة في تنفيذ العقد: قد تتمتع الجهة الراغبة في التعاقد في بعض الأحيان بحرية الخيار بين حالتين، الأولى هي طلب إحالة تنفيذ العقد إليها حصرا، أو المشاركة مع الغير والثانية أن يكون كمقاول ثانوي، وفي هذه الحالة يمكن أن تكون كمقاولة ثانوية عادية أو كمقاولة ثانوية مندمجة ونوضح ذلك كما يلي:

1 المناط له التنفيذ كمتعاقد رئيسي وليس كمقاول رئيسي: إن الجهة المناط لها تنفيذ العقد سواء كانت بمفردها أو بمشاركة آخرين، فإنها ستكون مسؤولة بشكل مباشر تجاه الزبون عن حسن تنفيذ الشروط

1- M. Dubison, Les groupement d'entreprise, op cit, P 139.

2- محمد علي جواد، المرجع السابق، ص 14

3- محمد علي جواد، نفس المرجع ، ص 15 وما بعدها.

التعاقدية بما فيها الأعمال التي أنيطت إلى مقاول ثانوي، وفي حالة التنفيذ بالتضامن بين جهات متعددة، فإن ذلك لا يعني فقط مسؤولية المنفذ اتجاه الزبون عن حسن تنفيذ الالتزامات التعاقدية، بل كذلك تمنحها حق الرجوع على بقية الأطراف المشاركة في التنفيذ في حالة إثارة المسؤولية التضامنية من قبل الطرف الآخر، وعليه فإن حالة التضامن تؤدي إلى اتساع نطاق دائرة المسؤولية للجهات المشتركة في التنفيذ، وهذا عكس ما هو عليه في إطار المقاول الثانوي الذي تنحصر مسؤوليته عن الأعمال اتجاه المتعاقد معه دون وجود أي علاقة مباشرة بينه وبين الزبون[1]، ولا حتى مع الجهات المشاركة في تنفيذ العقد في حدود الأعمال المناطة لها، إلا إذا كانت هذه الجهات هي كذلك أطرافا في عقد المقاولة الثانوية، وهذا ينطبق كذلك على حالة المقاول الثانوي. وفي كل الحالات يكون المتعاقد الرئيسي وحده المسؤول تجاه الزبون عن جميع الالتزامات بما فيها حسن تنفيذ الأعمال المناطة من قبله إلى المقاول الثانوي. إن غياب العلاقة القانونية المباشرة بين الزبون والمقاول الثانوي تستمر حتى لو تعلق الأمر بمقاول ثانوي جرى اختياره من قبل الزبون، سواء كان ذلك عن طريق وضع الزبون لقائمة بين يدي المقاول الرئيسي تحتوي على عدد من الأسماء المقترحة، أو حتى لو كان تعينهم قد جرى من قبله مباشرة[2].

يمكن القول أن المتعاقد الرئيسي سيكون طرفا اتجاه عقدين لا تربط بينهما أية رابطة قانونية، العقد الرئيسي من جهة وعقد المقاولة من جهة أخرى، وهو مسؤول عن الأعمال العقدية بما فيها التي أسندت للمقاول الثانوي ومن يمكنه تنظيم طرق تسوية المنازعات المحتملة مع مقاوليه القانونيين.

وعلى العموم إن المرشح للتعاقد لا يقبل الدخول في التزام بشكل نهائي قبل ضمان الحصول على التزامات وضمانات كافية من قبل مقاوله الثانوي، كما أنه لا يقبل بثمن تعاقد في تجاه الزبون ما لم يغط ذلك جميع الأعمال بما فيها التي ستناط للمقاول الثانوي، مع الأخذ بالاعتبار جميع الظروف الطارئة ذات الطبيعة المالية والفنية التي قد تظهر عند تنفيذ المقاولة الثانوية، بحيث لا تخرج عن دائرة الشروط الخاصة بالعقد الأصلي خلال مرحلة التفاوض عليها، وحتى عند إدراج تعديلات في العقد الأصلي يجب إدراجها في عقد المقاولة الثانوي، إلى جانب تضمن عقد المقاولة الثانوي جميع الضمانات الضرورية، خاصة إذا كان في تنافس مع بقية الدائنين تجاه المتعاقد الرئيسي[3].

1- محمد علي جواد، التعاقد من الباطن ومبدأ الاعتبار الشخصي في العقد الإداري، بحث مقدم في جامعة بابل، سنة 1992، ص 03 وما بعدها.

2- د/ محمد علي جواد، المرجع السابق، ص 17 وما بعدها.

3- د/ محمد علي جواد، المرجع نفسه، ص 178 وما بعدها.

خاصة عن المبالغ المستحقة، وهذا ما نص عليه التشريع الفرنسي، كما نص على ذلك شروط (Fidic)[1]، على حق المقاول الثانوي، وإذا وجد المقاول الثانوي عدم كفاية القدرة المالية للمتعاقد الرئيس يمكن له الطلب من هذا الأخير تقديم كفالة مصرفية من أجل ضمان الدفع، أو الدفع له ضمن إطار غير قابل للإبطال.

كما أن التشريع الفرنسي في 31 كانون الأول سنة 1973 في مادته الأولى يعرف المقاولة الثانوية بأنها:« اتفاق يتم بواسطة إناطة المتعاقد الرئيسي عن طريق عقد مقاولة ثانوية وتحت مسؤولية شخصا معينا يدعى مقاولا جزءا أو عددا من أجزاء العقد ». وقد ألزم المشرع الفرنسي أن ينصب عقد المقاولة الثانوية على جزء من الأعمال دون جميعها، بحيث أنه على المتعاقد الرئيسي تقديم كفالة ضمان الدفع إلى مقاولة الثاني التي ستكون مستحقة عند تطبيق الشروط لهذه المقاولة.

في المقاولة الثانوية العادية لا يتعرف المتعاقد الثانوي على شروط عقده، والذي أحيل إليه من قبل المتعاقد الرئيسي، دون بقية الالتزامات الواردة في العقد الأصلي وفي حالة وجود عدد من المساهمين في تنفيذ العقد بصفة متضامنين يطلق عليها التجمع الأفقي، بينما نجد طبيعة العلاقة مع المقاولين الثانويين هي اتفاقات ذات صفة عمودية، وقد يترتب على عاتق المقاولة الثانوية جزءا من العقوبات التأخيرية أو الجزاءات الفنية[2].

كما نلاحظ أن نطاق المقاولة الثانوية المندمجة يقضي بأن للطرفين المتعاقدين إمكانية اتخاذ القرارات الخاصة بتنفيذ العقد في الوقت المناسب لضمان حسن التنفيذ ولحماية مصالحهم المشتركة ليس على مستوى المقاولة الثانوية فقط ولكن على صعيد العقد الأصلي والرئيسي كذلك. والجدير بالذكر أن عقد المقاولة الثانوية المندمجة تضع على عاتق المتعاقد الرئيسي، خاصة إذا انصب العقد على استخدام تقنية دقيقة وذات كلفة عالية، يجب تقديمها من قبل المقاول الثانوي، ولكن نسبتها يجب أن تتلاءم مع حجم الأعمال الموكلة له[3].

إن كل هذا يتم التطرق له وبشكل خاص في مرحلة التفاوض على العقد بشكل مفصل ومدقق والتي ستصبح لاحقا دون شك هي العقد النهائي نفسه.

1- Fidic, Fédération : Internationale des Ingénieurs conseils.
2- La loi 75- 1134, du 31/12/1975, Relative a la sous traitance J. C. P, 1976, N° 12, P 2791.
3- M. Dubison, op cit, Paris, P 26.

الفرع الثالث: حدود وطبيعة وأنواع الأعمال المنفذة بعد إبرام العقد

أ- **طبيعة الأعمال المنفذة:** في بعض الحالات يتم الاتفاق على تنفيذ أعمال ذات نمط واحد، معرفة ومحددة بشكل مفصل وواضح، من خلال إبرام عقود مختلفة قائمة على تنفيذ أعمال مختلفة من هندسة مدنية، إلى إنجاز مباني ، توريد المواد الأولية ، تقديم الخدمات...الخ.

وغالبا ما ينصب الالتزام على تنفيذ المتعاقد لأعمال ذات طبيعة مختلفة، وهو ميدان العقود المركبة، مثل عقود ما يسمى " عقود الإنتاج في اليد (Produit en main)، ولقد وجد هذا النمط من العقود تطبيقاته في الجزائر، الذي تنطوي على عدة عمليات من تشغيل متدرج، ثم تأهيل عمال محليين وضمان تكوينهم المستمر لمدة متفق عليها، من أجل أهداف اقتصادية واجتماعية. فلنتصور إن حدث كل هذا خلال مرحلة التفاوض السابقة على التعاقد من خلال الموازنة بين مصالح أطراف العقد بشكل يحقق المصالح الاقتصادية والعلمية والفنية للطرف المتلقي في هذا العقد خاصة إذا كان هذا الأخير في درجة مناسبة من الفطنة والذكاء الاقتصادي، فلنتصور حجم الفوائد التي يمكن أن يتحصل عليها، وللتذكير هذا ما انتهجته كثير من الدول ونجحت فيه. ولكن هذا النمط من العقود لم يكن كافيا مثلا في الجزائر لتحقيق الأهداف المرجوة، لذا فإننا نرى أن التباحث في مرحلة التفاوض تجعل البلد المتعاقد يصل إلى هذا النوع من الاكتساب وتحقيق الأهداف المرجوة[1].

والنمط السالف الذكر عرف تراجعا كبيرا في الآونة الأخيرة، وهناك ميدان آخر لإبرام العقود، والتي يطلق عليها – عقود المفتاح في اليد- وهي التي تضع على عاتق الجهة المحال عليها العقد نصب أجهزة ثابتة ومتكاملة وإثبات صلاحية تشغيلها أو استعمالها وقت الاستلام، وهذا النوع من العقود يمكن أن يتضمن كذلك إلتزام الجهة المنفذة بالإبقاء على الأجهزة والمعدات خلال فترة محددة، وكذلك تأهيل الأشخاص القادرين على تشغيلها وهذا طبعا غير كاف، مما يستدعي البحث على مكاسب أخرى خلال مرحلة التفاوض على هذه العقود، بوضع الخطط والدراسات حول المشروع المراد تنفيذه، ووضع الشروط العامة والخاصة والتفصيلية والانتهاء بالإعلان للتعاقد، بأسلوب الممارسة سواء كانت عامة أو مقيدة[2].

إلى جانب الإناطة لاحقا عملية مراقبة تنفيذ العقد لطرف ثالث ، وهذه العقود – المفتاح في اليد- عرفت نجاحا نسبيا لما لها من مزايا سواء على مستوى الدراسة ثم على مستوى التفاوض وأخير بين التعاقد

1- د/ محمد علي جواد، المرجع السابق، ص 22 وما بعدها.

2- أ/ معاشو عمار، النظام القانوني لعقود المفتاح في اليد بالجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 1989، ص 28.

ثم مرحلة التنفيذ والضمانات اللازمة، ومواجهة مشاكل التنفيذ عندما تكون هذه الأخطاء المرتكبة الناتجة عن مثل هذه الدراسات الأولية التي تتم خارج عملية ومرحلة التفاوض.

ومن جانب آخر فإن عقد المفتاح في اليد ليس بالضرورة أن ينصب على التزام منفرد، بل قد يرد على التزامات مختلفة ومن ثم عقود متنوعة، ويتعدد نتيجة لذلك أطراف العقد، فيشمل عقد التوريد، وعقود الهندسة المدنية وعقود المعرفة الفنية...الخ. وفي مرحلة التفاوض على مثل هذه العقود يمكن مراجعة حالة فسخ أحد هذه العقود، مع تحديد مصير بقية العقود، إلى جانب مراجعة حالة إحتواء عقد منفرد مجموع هذه الأعمال، سواء على مستوى النزاعات أو إيجاد صيغة لحلها، وضمان حسن التنفيذ، وضمان احترام المواعيد الواردة في العقد وإقرار الجزاءات الناتجة عن عدم التنفيذ أو سوء التنفيذ، وذلك كله يحدد خلال مرحلة التفاوض على العقد[1].

ب- نطاق الأعمال المنفذة: إن المتعاقد قد يقوم بتنفيذ الشروط العقدية بنفسه، أو قد يلجأ إلى إبرام عقود ثانوية بعد موافقة الزبون، واللجوء إلى المقاولات الثانوية قد يكون ملزم في بعض الأحيان، وذلك لأسباب ذات طبيعة فنية أو لكثافة الأعمال، لذا يلجأ المتعاقد إلى إبرام عقود أخرى مع جهات متخصصة مثل عقود استئجار أيدي عاملة من شركات أو جهات أو مرافق عامة مختصة في ذلك وتحت مسؤوليتها، مع الأخذ بالاعتبار المسؤوليات والأخطار التي يمكن التعرض لها[2].

المطلب الثاني: تحديد حقوق والتزامات الأطراف المتفاوضة

إنه على أطراف العلاقة التفاوضية العمل بكل عناية على تعيين مختلف الحقوق والالتزامات لكل طرف، وهذا بشكل مفصل وواضح ودقيق لكل شروط وبنود ومراحل العقد الجوهرية والتفصيلية، وتحديد كل الجوانب الفنية والحصص المالية والقانونية، ثم الاهتمام بتحديد الضمانات اللازمة لكل طرف، والجزاءات المترتبة عن عدم أو سوء التنفيذ، وكذا طرق تسوية المنازعات المحتملة، لذلك سنقوم بدراسة كل ذلك في هذا المطلب من خلال الفروع الثلاثة التالية: الأول ندرس خلاله تحديد الحقوق والالتزامات خلال المرحلة السابقة على التعاقد، أما الفرع الثاني سنتطرق من خلاله إلى تحديد الحقوق والالتزامات العقد المراد إبرامه أما الفرع الثالث فهو العوامل المختلفة المؤدية إلى نجاح مرحلة التفاوض على العقد.

1- د/ محمد علي جواد، المرجع السابق، ص 24.

2- د/ محمد علي جواد، المبادئ التي تحكم تحديد الثمن في عقد الأشغال العامة، بحث مقدم إلى جامعة بابل، سنة 1992، ص 06.

الفرع الأول: تحديد الحقوق والالتزامات خلال مرحلة التفاوض

وتتمثل في جميع النصوص والقواعد التي لا يجري النص عليها في العقد، أو التي لا يستند إليها صراحة في المرحلة اللاحقة، وهي تلك الشروط التي لا يمكن استبعاد تطبيقها من قبل المتعاقدين لاحقا بعد جولة من التفاوض عليها.

أ- القواعد التي لا يمكن استبعاد تطبيقها من قبل الأطراف حتى في الحالات التي يعلن فيها الأطراف خضوعهم لقواعد قانون محدد، أو أنهم حددوا حقوقهم وعينوا التزاماتهم في شروطهم العقدية لاحقا، فإن تطبيق هذه القواعد تعتبر نصوصا عقدية ملزمة. لقد ميز النظام القانوني الفرنسي من الأنظمة القانونية ومنها الجزائري، بين تمطين من القواعد التي ليس لأطراف التفاوض القدرة على تجاوزها في شروطهم التفاوضية، التي ستصبح عقدية، إذا كانت المفاوضات ناجحة طبعا، وتتمثل في النظام العام الداخلي الذي يكون ملزما لهم، وكذا النظام العام الدولي المطبق على العقود الدولية مهما كان القانون الذي يحكمها[1].

وبهذا الصدد نجد أن المبادئ المتعلقة بالأهلية يجري فرضها في جميع الأحوال، وكذا الوضع القانوني للأموال، هنا يطبق قانون مكان وجود الأموال، أو حالة إخضاع الأطراف عقودهم مستقبلا إلى قواعد قانون معين، وعندما يتم اختيار جهة قضائية تخضع إلى قانون مختلف فإن مبادئ هذا القانون ستطبق إلزاما من أجل تنفيذ هذا الاختيار[2].

وهكذا نرى أنه في حالة إقرار جهة معينة إنشاء فروع لها في البلد الذي سيجري فيه تنفيذ العقد وبشكل تضامني بين هذا الفرع والشركة الأم، فإن مبادئ إنشاء وعمل الفرع المذكور سيخضع حينئذ إلى قانون البلد الذي نشئ فيه، حتى لو كان القانون الذي يخضع له الأطراف لاحقا أي بين الشركة الأم والزبون مختلفا، كما أن القواعد الضريبية لمكان تنفيذ العقد هي الواجبة التطبيق حتى ولو خضع العقد لقانون آخر، هذه الأمور لها أهميتها في تحديد الثمن من قبل الأطراف المتفاوضة، لذا فإنه سيكون من المفيد جدا الاشتراط بأن تكون الأسعار العقدية لاحقا، وذلك من خلال التفاوض خالصة من جميع الضرائب والرسوم.

وإذا كان المتعاقد من خلال المفاوضات يرغب في الحصول على بعض الإعفاءات الضريبية، فإنه يجب أن يعمل على شمول مقاوله الثانوي من هذه الإعفاءات، إلا أن ذلك يكون غالبا عسير التحقيق[3].

---

1 – د/ محمد علي جواد، المرجع السابق، ص 34 وما بعدها.

2- Pierre Dupont et Delestrait, droit civil introduction a l'étude de Droit civil, Dalloz, 1983, P 98 et s.

3- M. Dubisson, op cit, P 34 et s.

- **الأعراف والعادات الدولية:** إن الرجوع إلى الأعراف الدولية التي تسمى Le mercotoria internationale يتم في حالة عدم كفاية قواعد القانون الذي يخضع له العقد، أو الشروط العقدية ذاتها، إن هذه القواعد والمبادئ الدولية منها ما هو مكتوب ومنها ما غير مدون، وغالبا ما ترد في العقود النموذجية التي تنشر من قبل الاتحادات المهنية، بحيث أن هذه المبادئ أصبحت كوحدة متكاملة قابلة للتطبيق مهما اختلفت جنسيات الأطراف المتعاقدة، رغم ذلك لقد أثيرت تجاه تطبيق هذه المبادئ بعض الانتقادات التي ترد على كيفية التحديد المسبق للشروط العقدية وخضوعها إلى هذه القواعد التي تعني تحميل الطرفين أنفسهم صعوبات أو قيود لا يرغبون في الواقع الخضوع إليها[1].

ب- تعيين الحقوق والالتزامات بموجب القانون الذي يختاره أطراف العقد: قد يغفل أطرافه خلال مرحلة التفاوض تعيين القانون الذي يحكم الشروط العقدية، إلا أن هذا لا يعني عدم خضوعها إلى أي قانون بعد إبرام العقد ونجاح المفاوضات، حيث أن معالجة هذا الأمر سوف لن تتم من قبل أطراف العقد أنفسهم، بل من قبل محكمة العقد، حسب ما تنص عليه بعض الشروط العقدية. هذا فإن المحكمة في تقريرها لذلك تعتمد على معايير مختلفة مثل: مكان تنفيذ العقد، أو مكان حل المنازعات أو مكان محكمة التحكيم، والأول هو المفضل لدى الفقه الفرنسي وحذا حذوه الفقه الألماني والسويسري، فكان إبرام العقد وهو المفضل في إيطاليا، أو الرجوع إلى محل العقد، والأكثر استثناء هو معيار اللغة المستخدمة من قبل الأطراف، فالمعايير هذه التي ترد في العقد ستكون المعيار الذي يعمل به[2].

إن المتخصصين في العقود الدولية متفقون على هذا الاستنكار لمبادئ القانون الدولي الخاص المتعلق بالقانون الواجب التطبيق للعقد، وعند غيابه أو الاختلاف سيتم اللجوء إلى شخص ثالث أو إلى محكمة العقد لغرض تقرير القانون الواجب التطبيق، ولكن ذلك قد يحمل نتائج غير مرغوب فيها لأحد طرفي العقد، لذا فإن عليهم تفادي هذه الحالة من خلال اتفاقهم المسبق على القواعد القانونية الواجبة التطبيق.

غير أنه لا يتمتع الأطراف الراغبون في التعاقد بحرية مطلقة اتجاه اختيار القانون الواجب التطبيق في عقودهم الدولية، بحيث تنص بعض الأنظمة على وجوب الارتباط بين العقد والقانون الواجب التطبيق.

وقد يجري الاتفاق على تطبيق قانون المتعاقد مع الزبون، وهذا يحمل معه سهولة تعرف المورد على النصوص القانونية والتشريعات الضريبية المعمول بها عادة في بلده، وأحيانا مكانا إنشاء المشروع أو

1- Phillip Fauchard, L'arbitrage, commercial internationale, Dalloz, 1965, P 467.
2- Ph. Fauchard, op cit, P 468.

المنشأة الصناعية، وفي ذلك يضع على عاتق المتعاقد الزبون مهمة التعرف على النصوص القانونية، ومن الحلول التي جاءت بها المادة 45 من الدليل الصادر عن منظمة (cce) حول إبرام العقود الصناعية هو اختيار قانون البائع فيما يتعلق بالتوريدات، وقانون المشتري فيما يتعلق بأعمال الهندسة المدنية عندما يحتفظ هذا الأخير تنفيذها من قبله.كما قد يعهد الأطراف إلى المحكمين مهمة البحث عن القانون الواجب التطبيق مع الأخذ بما جاءت به الاتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري كحلول في هذا الجانب، دون إغفال مبادئ وأحكام العقد، والأعراف التجارية، وفي جميع الأحوال يوجد عادة ارتباط بين نصوص وبنود العقد ونصوص ومواد القانون الواجب التطبيق[1].

وهكذا فإنه لا يمكن مثلا لشركة إسبانية الجنسية مع شركة جزائرية اختيار القانون السويسري الذي ليس له أي ارتباط مع جنسيات أطراف العقد ولا مع مكان تنفيذ العقد كأن يكون مكان التنفيذ في أمريكا الجنوبية مثلا، عكس التشريع الفرنسي الذي لا يعمل بهذا المبدأ، بل أجاز للمتعاقدين في ميدان العقود الدولية اختيار القانون الملائم، ومن جهة أخرى يمكن للأطراف إخضاع عقودهم لعدة أنظمة قانونية، وحسب ما يتعلق بهذا الفصل أو ذاك من بنود ومراحل العقد. وهذا ما يحمل معه مجموعة من المحاذير، إلا في حالات استثنائية مبررة لمثل هذا الاختيار، ومن خلاله فإن التنازع بين الأنظمة القانونية المختلفة لا يمكن استبعاده، إضافة إلى أن محكمة العقد يمكن أن تصطدم بمصاعب كثيرة تجاه أي من القوانين الواجبة التطبيق من أجل حسم نزاع معين بالمقابل فإن الصعوبات ستكون محدودة، مع ضمان فوائد كثيرة عند اختيار الأطراف قانونا معينا لجانب الموضوعي للعقد، وقانون آخر للإجراءات الواجب إتباعها، وهذا قد يتم بشكل مدروس وبتأني، إذا كان خلال مرحلة التفاوض على العقد، وهذا لتفادي ظهور أي نزاع معين بين أطراف العقد ومنه وخلالها يمكن تفادي التعارض بين نصوص القانون الواجب التطبيق[2] ونصوص النظام العام الواجبة التطبيق لقانون المرافعات لمكان المحكمة التي تم اختيارها مع القانون الواجب التطبيق للعقد، وفي حالة سكوت العقد حول قانون الإجراءات فإن محكمة التحكيم لها صلاحية تقرير ذلك بالرغم من اختيار قانونا للموضوع معين مختلف عن جوهر العقد، وهذا نادرا ما يحدث إذا كان هذا العقد سبقته مرحلة التفاوض المستفيض على شروط ومراحل العقد. إن الأطراف عادة ما يلجؤون إلى إخضاع خلافاتهم إلى

1- الاتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي المعقود بجنيف، بتاريخ 21 نيسان 1961.

- فهذا ما جاءت به المادة 07 منها، المرجع السابق.

2- د/ أمية حسن علوان، الأنظمة التعاقدية للقانون المدني، ومقتضيات التجارة الدولية، المقال السابق ، ص 19.

قانون الإجراءات لمكان إقامة شروط وبنود العقد فيه، هذه الملاحظة يجب أن تقود الأطراف إلى اختيار مكان التحكيم خاص بنزعاتهم.

فلنتصور نجاعة وأهمية الحلول إذا تم تحديد كل ماسبق ذكره خلال عملية التفاوض الممهدة لإبرام العقد في النهاية[1].

ورغم ذلك وما سبق الإشارة إليه لا يملك الأطراف الحرية المطلقة في اختيار القانون الواجب التطبيق لعقدهم، حيث أن المشروعات الكبيرة التي ينطوي تنفيذها في بلد الزبون المتضمنة توريد وإقامة مثل هذه المشروعات، فالزبون إن كان شخصا عاما سيحاول جاهدا تطبيق قواعد قانون بلده على العقد لأسباب مختلفة، سواء كانت سياسية أو تشريعية، لذا فإن الطرف الراغب في التعاقد يعمل على تقدير وتحديد مخاطر إبرام العقد بعناية من خلال المرحلة السابقة على التعاقد وهي مرحلة التفاوض على العقد. إنه سيكون مفيدا الطلب من الاختصاصيين في القانون بحث تفاصيل القانون الذي يرغب الزبون تطبيقه، والملاحظ أن تطبيق القواعد القانونية لبلدان أوروبا الشرقية قد أثارت الكثير من الصعوبات إلى المصدرين التجاريين، لأنها غير معروفة ولا تحمل حلول منصفة إلى الطرف الآخر[2].

وهناك القانون الياباني الذي رغم تأثره بالأنظمة القانونية الأوروبية، إلا أنه بقي غير معروف لدى الكثير بسبب حاجز اللغة، مما جعل تطبيقه على طرف ما يحمل مصاعب للطرف الآخر لعدم فهمه[3]، إلى جانب بعض الأنظمة القانونية في بعض البلدان كدول الخليج والمملكة العربية السعودية التي تستند إلى مبادئ الشريعة الإسلامية، حيث أنها غير معروفة لدى الكثير من الدول بشكل واضح والتي تثير كثيرا من الصعوبات القانونية خاصة في البلدان غير الإسلامية، والتي تقتضي في المقام الأول فهم قواعد اللغة العربية.

ويمكن الإشارة إلى اللجنة الاقتصادية الأوروبية للأمم المتحدة بجنيف ولجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي المؤسسة في 1966 وهي المعبر عنها اختصارا (UNCITRAL) التي كانت ثمرة جهود من أجل التوفيق بين التجارة الدولية المتعلقة خصوصا بتنفيذ الأحكام التحكيمية الأجنبية الموقع عليها في

1- د/ محمد علي جواد، المرجع السابق، ص 28 وما بعدها.

2- النظام الفرنكو ألماني والنظام الأنجلو سكسوني، حيث أن الجزائر ومصر والعراق وسوريا ولبنان وإيران والبلدان الإفريقية وبلدان أمريكا اللاتينية الذي لم تتبعه.

3- Bonell, La Nouvelle convention des nations unies sur les contrats de vente international de marchandise, D.P. C. I 1981, P 07.

جنيف عام 1931، واتفاقية نيويورك سنة 1958، والاتفاقية الأوروبية حول التحكيم الدولي سنة 1961، وهذه بعض الاتفاقيات التي يمكن تطبيقها على عقد معين.

من جانب آخر فإنه يختلف من قانون لآخر مخاطر الناتجة عن اختيار الأطراف القانون الواجب التطبيق، مثال ذلك ما سيتعلق بالعيب الخفي، فإن مسؤولية البائع تكون بدون تحديد في بعض الأنظمة القانونية في حالة إشارة المشتري لهذا العيب خلال مدة قصيرة بداية تاريخ اكتشافه، كما هو الحال في القانون الجزائري والقانون الفرنسي، بينما نجد في قوانين أخرى ورجوعا إلى نصوص اتفاقية لاهاي لسنة 1964، وكذلك اتفاقية فيينا لسنة 1980 جرى تحديد مسؤولية البائع حسب التدرج الزمني لاكتشاف العيب الخفي.

ولاعتبارات كثيرة يمكن القول أن تحديد القانون الواجب التطبيق في العقود، مصدره الحرية التي تمنحها بعض الأنظمة القانونية للأطراف في اختيار القانون الأكثر ملائمة، وهذا ما أيده المشرع الجزائري إلا ما كان منه محدودا بنص قانوني خاص أو معاهدة دولية، ومن خلال القانون المدني الجزائري نلاحظه أكثر مرونة في اختيار القانون الواجب التطبيق في مختلف الالتزامات التعاقدية[1]، ومع ذلك فإنه يمكن لأطراف العقد استبعاد بعض النصوص القانونية التي لا تناسبهم من القانون المختار ولكن في الحالات التي لا تتعارض مع النظام الدولي العام.

مهما يكن من الأمر إن اختيار القانون الواجب التطبيق، يمنح الأطراف فرصة التعرف المسبق على مبادئ التي سيخضعون لها ومن ثم سيبعدهم عن إحالة التنازع أمام جهات تحكيمية بغية الحصول على قرارات معينة[2]، وهذا ما يستشف من القانون المدني الجزائري الذي يشترط فقط أن لا يكون معارضا للنظام العام والآداب العامة في الجزائر، وفي هذه الحالة يطبق القانون الجزائري في حالة هذه المخالفة[3].

الفرع الثاني: تحديد حقوق والتزامات العقد المراد إبرامه

وذلك يتم من خلال الإشارة إلى بعض العناصر التالية:

1- وهذا ما أبداه المشرع الجزائري في ق م ج خاصة في مواده 17 والمادة 18 منه والمادة 19 والمادة 20 و21 م ج.
- طالع الكتاب الأول، الباب الأول، الفصل الثاني، تنازع القوانين من حيث المكان، قانون مدني جزائري.

2- B. Goldman, Les Conflits de lois dans l'arbitrage international de droit privé, 1963, P 34.

3- المادة 24 من القانون المدني الجزائري الساري المفعول.

أ- لغة العقد: من النقاط الهامة التي يجب الاتفاق عليها مسبقا هي اللغة التي بموجبها سيحرر العقد، ورغم ذلك لا يملك الأطراف حرية مطلقة في تحديدها، حيث أن اختيار لغة معينة لا يخلو من بعض المخاطر، خاصة إذا كانت غير مفهومة من الطرف الآخر.

قديما كان العمل يجري على إقرار لغة الزبون، حتى ولو لم تكن مستعملة دوليا، إلا أنه ما يمكن تقديمه اليوم من امتياز للزبون في هذا الصدد هو وضع ملحق للعقد، يتمثل في نسخة مترجمة منه إلى اللغة التي يتم اختيارها من طرف الزبون، ولكن ما يؤخذ على هذه الترجمة هو عدم دقتها أحيانا، مما قد يؤدي إلى أخطار تمس مصالح الأطراف خاصة عند تنفيذ بنود العقد، وهذا ما يمكن تفاديه سواء على مستوى اختيار لغة العقد أو الترجمة للملحق بالعقد باللغة المختارة من الزبون وهذا خلال مرحلة التفاوض على هذا العقد، بشكل مريح وبالدقة اللازمة وبالوسائل الضرورية دون أية ضغوط موضوعية قبل إبرام العقد النهائي وتفاديا لأي نزاع مستقبلي في هذا الشأن[1].

ورغم ذلك نلاحظ الآن تقسيما ثانيا للعقود من ناحية اللغة، فمنها ما يحرر بلغة دولية مثل: الإنجليزية والفرنسية والإسبانية، وستكون واضحة للطرفين، والنمط الأخر هو تدوينها بلغتين، وهي لغة بلد الزبون واللغة الثانية هو إحدى اللغات الدولية، والغاية من ذلك هو السماح للجهات الإدارية المختصة في بلد الزبون والتي لا تألف اللغة الأخرى بالفهم لنصوص العقد بهذه اللغة، لكن في هذه الحالة الأخيرة يجب بكل حزم استبعاد كل حالات التعارض والغموض لنصوص وعبارات العقد المبرم بلغتين، ولكن يمكن تفادي ذلك إذا كان العقد قد مر بمرحلة التفاوض وخاصة في هذا الموضوع لأن طرفي العقد لهم كل الوقت في الدراسة والتأكد من كل مشاكل أو تعارض في كتابة العقد بهاتان اللغتان، وهذا النمط في كتابة العقد هو المقبول والفعال عمليا[2].

لذا يجب الاستعانة بمختصين للتدقيق في صحة النصوص بشكل جيد، وذلك كله خلال مرحلة التفاوض وليس عند إبرام العقد، ورغم كل ذلك تبقى في بعض الأحيان مشاكل النصوص قائمة.

ب- الديباجة: هناك من يسميها التوطئة أو الاستهلال وكالعادة هو وضع ديباجة للشروط العقدية، ويتم خلالها التذكير الموجز للظروف التي حملت الأطراف على إبرام العقد، إن هذا العرف في الاستهلال يجب صياغته بشكل جيد، لأنه في حالة حصول نزاع بين الأطراف لاحقا تجاه تنفيذ الالتزامات، فإن الرجوع إلى

1- محمودي مسعود، أساليب وتقنيات إبرام العقود الدولية، د. م. ج، الجزائر 2005، ص 92.

2- د/ محمودي مسعود، نفس المرجع ، ص 93.

الديباجة يمثل استذكارا للظروف والحالة العملية الواقعة لحظة إبرام العقد، بالتعرف على النوايا المتبادلة، فهي تساعد بشكل كبير على تفسير بنود وشروط العقد ومختلف المصطلحات المستعملة[1].

ج- المصطلحات: لقد جرى الأخذ بهذه المصطلحات منذ زمن طويل، وهي تعتبر من نصوص العقد، حيث يجري تعريفها بشكل واضح وبأكثر دقة كي تكون تعابير ووسائل تستخدم في تفسير الشروط العقدية، وجرى الأخذ بها أولا من طرف المهندسين الاستشاريين الأمريكيين ثم جرى العمل بها في كل العقود لاحقا وخاصة المهمة منها، وحتى يكون ذلك ناجعا من الأحسن أن يكون ذلك خلال مرحلة التفاوض وخاصة في العقود الدولية، ولاسيما في مجال الصناعة والتجارة ومختلف الأعمال الأخرى، وبذلك فهي تساعد على تبسيط صياغة الشروط العقدية والتعاريف القانونية بشكل دقيق يجعل الأطراف في غنى عن أي نزاع في هذا المجال مستقبلا من سوء فهم وتفسير متعارض للمصطلحات، وعليه يمكن ترتيب الحقوق والالتزامات بالاستناد إليها[2].

التحديد الدقيق لعناصر العقد: إن هذا التحديد يعتبر من مبادئ العقد الأساسي لاسيما في العقود المهمة المتضمنة لأعمال وخدمات مختلفة، إن تعريف عناصر العقد يجب أن يتم بشكل متكامل من خلال تحديد التفاصيل الدقيقة الواردة في الشروط العقدية، بغية تلافي حصول أي نزاع احتمالي وخاصة عند تنفيذ بنود ومراحل العقد، وتظهر هذه الشروط بشكل خاص عبر الشروط الفنية والمالية والشروط الخاصة بالعقد، من مسار قد يكون طويلا بدءا من مرحلة التفاوض على العقد إلى مرحلة إبرامه ثم المرحلة الهامة في كل ذلك هي مرحلة تنفيذ العقد[3].

إن التحديد الدقيق لشروط العقد يساعد الأطراف على تثبيت الأسعار في العقد بشكل أفضل، وكذا تحديد الفقرات الإضافية، مما يجعل التفاوض بين الأطراف انطلاقا من الأسعار المتعلقة بها، إلى جانب إظهار المميزات الفنية للشروط العقدية بشكل واضح ومرضي، وهذا كله يتم في مرحلة المفاوضات بشكل مدروس وبشكل جيد، مما يسهل لاحقا تحديد الوسائل اللازمة لتحقيق التنفيذ، ثم الاستلام الجيد بعد الإنجاز.

1- محمد علي جواد، المرجع السابق، ص 35 وما بعدها

2- د/ محمودي مسعود، المرجع السابق، ص 96.

3- د/ صالح – ص- خالص، المرجع السابق، ص 125.

- د/ يونس صلاح الدين علي، العقود التمهيدية، المرجع السابق، ص 35 وما بعدها.

1- ثمن العقد: إن من عناصر المعاوضة الجوهرية هو قيام أطراف العقد بتحديد الأسعار آخذين بعين الاعتبار الصعوبات والضغوط التي قد ترد وتظهر خلال مرحلة التفاوض على العقد، وإذا تضمن العقد عناصر مختلفة فسيكون ضروريا تحديد ثمن لكل منها وحسب طبيعة كل منها، مثال ذلك ما يتعلق بالتجهيزات والأشغال والمساعدات الفنية ...الخ، لكن بعض العناصر من العقد يكون من الصعب تحديد أسعارها وقت إبرام العقد، لذلك يتم تحديد ثمنها بصفة مؤقتة. ومن أجل احتساب هذه الأسعار هناك طرق مختلفة، كاشتراط سعر اتفاقي أو ثمن متغير، لكن غالبا ما يعمل المتعاملون أو المتعاقدون مع الزبون في تقرير أسعار قابلة للمراجعة أو إعادة النظر فيها تبعا لمتغيرات الظروف، إلا أن غياب الثمن عن العقد يفقده مشروعيته أو حتى وجوده[1].

كذلك يجب الاهتمام في تحديد مواعيد معينة وأمكنة محددة للتسديدات من خلال تواريخ وأماكن محددة وثابتة، وتحاول الجهة المتعاقدة هنا أن تحصل على سلفة الزبون أو المشتري، وذلك للتقليل من المخاطر المقدمة، وذلك بنسبة معينة، وهذا لتغطية بعض النفقات تجنبا للظروف التي قد تهدد بإيقاف تنفيذ العقد، في حالة عدم الدفع[2].

2- مدة العقد: من العناصر الأساسية الأخرى وهو وجوب تحديد مدة تنفيذ شروط وبنود العقد بشكل مزيل لأي غموض كلما كان ذلك ممكنا[3]، مع تحديد كل العناصر الهامة خلال هذه المدة مثل مرحلة مطابقة المواد أو محل العقد للشروط وبنود العقد، ثم تحديد إجراءات الاستلام وشروطه من أجل تفادي كل التباس أو غموض لتحديد مسؤوليات الطرفين عند نهاية العقد[4].

طالما أن هذا التاريخ المحدد يعني نهاية مفعول الضمانات المصرفية الواجب استردادها بشكل أوتوماتيكي فيما يتعلق بالعقود المركبة التي تحتوي على فقرات ومراحل متعددة، تنفيذها يأتي بالتعاقب فإنه يجب ترتيبها ضمن المدة الكلية للعقد، على أن تحدد لها مدة وسطية ينفذ كل منها على حدة، بحيث يمكن تحديد الفقرات التي تم إنجازها خارج المدة المحددة للعقد[5]، دون أن يؤدي ذلك إلى إثارة المسؤولية عن التأخير لمجموع فقرات العقد، وكل هذا كان من الممكن أن يحدث بشكل جيد ومدروس من طرف أشخاص

1- محمد علي جواد، المرجع السابق، ص 37.

2- Jez . Droit administratifs theorie generale des contrats de l'administrative, 1934, P 631.

3- إن تحديد المدة يجب أن يكون كافية لتنفيذ العقد، حيث لا تكون طويلة تؤدي إلى إبطاء ولا بالقصيرة التي يضطر معها المتعاقد بالإسراع.

4- د/ حمزة حداد، قانون التجارة الدولية، بيروت، 1980، ص 251.

5- د/ حمزة حداد، نفس المرجع، ص 251.

خبراء في التخصص، ومن الأفضل أن يحدث هذا خلال مرحلة التفاوض على العقد والتي تكون في مجملها مشروع لعقد لاحق[1].

د- الصعوبات التي يمكن أن تظهر أثناء تنفيذ العقد: إنه من النادر أن لا يتعرض تنفيذ شروط وبنود ومراحل عقد ما إلى صعوبات وإشكالات ذات طبيعة قد تكون معدلة له، أو مؤثرة في التوازن الاقتصادي الذي جرى تنظيمه خلال مرحلة التفاوض أو عند إبرام العقد، وأحيانا تؤدي هذه الصعوبات إلى وقف تنفيذ العقد بشكل مؤقت أو حتى بشكل نهائي، وبذلك على أطراف العقد خلال مرحلة التفاوض التوقع وبشكل شامل ومدروس لمثل هذه الصعوبات من أجل إدراجها في شروطهم العقدية من أجل الاحتياط لها، ولكن مهما كانت درجة التوقع لطبيعة هذه الظروف الطارئة فإنها قد تظهر خارج دائرة التوقعات، أو أنها تظهر بدرجة أقوى أو أعلى مستوى مما كان متوقعا لها، كذا على أطراف التفاوض على العقد أن يضعوا في الحسبان وفي مشروع عقدهم المبادئ الواجبة التطبيق لمثل هذه الصعوبات مهما كانت طبيعتها، أو إدراج مبدأ إعادة التفاوض أثناء وقوع هذه الصعوبات من أجل إعادة التوازن لشروط العقد، وقد تجعل هذه الصعوبات تنفيذ العقد مكلفا جدا أو مستحيلا كما سنراه فيم ايلي[2]:

1- الصعوبات التي تجعل العقد مكلفا: إن هناك من الصعوبات الفنية التي ترتبط بتقنيات فنية تستخدم في تنفيذ بنود العقد أو إقامة مبنى مثلا في أرض يظهر عند بناءه على غير التوقعات التي توقعها الأطراف، وفي هذه الحالة يجب تعويض المتعاقد عن النفقات الإضافية وهذا من الممكن توقعه خلال مرحلة التفاوض وإدراجه في الشروط العقدية، وهذا مثال عن بعض الصعوبات التي يمكن توقعها والتي قد تتسبب في الاختلال المالي للعقد ككل[3].

إلا أن التعويض لا يتقرر إلا إذا نصت شروط العقد على مثل هذه الصعوبات، ويكون المتعاقد مع الزبون لم يقبل صراحة أو ضمنا تنفيذ التزامه وفق هذه الحالة، إلا إذا واجهها لاحقا.

وقد تظهر صعوبات ذات طبيعة مالية أو اقتصادية ناتجة عن ارتفاع الأسعار مثلا، المرتبطة بأسباب التضخم النقدي، لذا يجب الإشارة خلال مرحلة التفاوض في مشروع العقد على شرط مراجعة الثمن، وإلا كان الأمر مجحفا في حق المتعاقد اتجاه الزبون، ويبدو هذا الأمر غير منطقي أو غير مبرر.

---

1 -Jaque georgel, L'execution du contrat Administrative, J. C. A 1986, Paris , P 522.

2- د/ محمد علي جواد، المرجع السابق، ص 39.

3- J. gergel, op cit, p 523.

إن الصعوبات الاقتصادية التي قد تظهر خلال تنفيذ العقد، لا تجعل من تنفيذه أكثر كلفة فقط بل تؤدي إلى انقلاب فعلي في التوازن المالي له، لذلك يتم الاتفاق على معالجة مثل هذه الحالة خلال مرحلة التفاوض على العقد، من خلال إيراد شرط خاص يدعى (hard Ship) وبغيابه فإنه على المتعاقد مع الزبون الاستمرار في تنفيذ العقد وتحمله جميع النتائج المترتبة على هذا الانهيار في التوازن المالي للعقد دون أن يكون له حق التعويض.كما يجب الأخذ بالحسبان الصعوبات ذات الطبيعة الإدارية وكذلك الضريبية، التي قد يتعذر فهمها بشكل جيد وقت مباشرة المفاوضات العقدية، وهذا الجانب يعتبر أساسيا ومؤثرا في التوازن المالي للعقد، وآثارها قد تكون أكثر خطورة من التي ترتبها الصعوبات الاقتصادية وذلك بسبب تقصير المختصين بالقيام بدراسة معمقة خلال مرحلة التفاوض على العقد[1].

2- الصعوبات التي تجعل تنفيذ العقد مستحيل بشكل نهائي أو مؤقت: هذه الصعوبات تكون في غالب الأحيان غير متوقعة ولا يمكن مقاومتها وتتمثل في نظرية القوة القاهرة، والتي تمنح المدين بالالتزام الحق في تعليق تنفيذ الشروط العقدية، ولكن إذا تجاوزت أثارها لفترة طويلة أو لمدة محددة لها، فإن فسخ العقد سيكون النتيجة النهائية لها، وهذا ما يجب الإشارة إليه في مرحلة التفاوض على بنود العقد، من خلال النص في الشروط العقدية على حالة الإعفاء من التنفيذ للالتزامات وشروط تطبيقها مع تنظيم إجراءات التبليغ وفض المنازعات، وتعيين طرق احتساب النفقات المترتبة عن هذه الحالة، وكذلك تحديد المدة اللازمة لسريانها، بحيث يمنح الطرفين حق الفسخ لاحقا[2].

3- تحديد المسؤوليات الناتجة عن عدم تنفيذ أو سوء تنفيذ الشروط العقدية: من الأمور الواجب مراعاتها من قبل الأطراف عند إبرامهم للعقد هو تنظيمهم للعقوبات الواجبة التطبيق في حالة عدم التنفيذ أو لسوءه، وهذا من الأفضل أن يكون خلال مرحلة التفاوض وغياب ذلك يعني تحمل طرفي العقد المخاطر الناتجة عن إحالة الموضوع إلى المحكمة المختصة، هذه العقوبات غالبا ما تكون ذات طبيعة مالية، وتعتبر عندئذ جزاءات يجري تحديد مقاديرها عموما بدرجة وأهمية الخطأ.

بالمقابل يمكن للزبون إيقاع العقوبة بحق المتعاقد عن طريق حجز جميع أو جزء من الضمانات المصرفية المودعة لضمان التنفيذ الحسن لشروط العقد[3].

1- د/ محمد علي جواد، المرجع السابق، ص 40.

2- A1, Article 45, du guide de la commission économique pour L'EUROPE.

3-د/ محمد علي جواد، نفس المرجع، ص 40.

الفرع الثالث: العوامل المختلفة المؤدية إلى نجاح مرحلة التفاوض على العقد

إنه من منطلق التطورات الحديثة التي طرأت على كثير من العقود المركبة والثقيلة، وتطورات التجارة الدولية، وما تستلزمه من وقاية لأسباب التنازع، وتفادي مختلف الصعوبات والعقبات التي تعيق تنفيذ مختلف الشروط، أصبح مفروضا على الأطراف اللجوء إلى عملية التفاوض عليها كمرحلة سابقة لمرحلة إبرام العقد، إذا هناك ضرورة منطقية وأخرى قانونية وضرورة عملية تفرض ضرورة اللجوء إلى المفاوضات العقدية.

من هذا المنطلق أصبحت العملية التفاوضية التعاقدية، وخاصة في مجال العقود الدولية التجارية ممتدة الآثار والتنفيذ، تقوم على إتباع إستراتيجية معينة وتطبيق تكتيكات ملائمة لتنفيذها، ومهارات فنية في عالم التفاوض على العقود متسمة بالذكاء والإقناع، يجب أن يتصف بها الكوادر الحقيقية التي تتوافر لها الخبرة التفاوضية والقدرة على تحديد الأولويات، وهذا كله في إطار النزاهة والشرف والأمانة وتجنب الخداع، وحسن الاستماع واليقظة الدائمة والإدارة الجدية والتنظيم والتنسيق، والإعداد الجيد لجدول الأعمال، وتحديد الأولويات والأهداف الأساسية لعملية التفاوض، هذا كله ضمن إطار أخلقيات التفاوض وآدابه[1].

فحسب الخبراء في مجال التفاوض، فإنه يقف وراء كل إستراتيجية تفاوضية وتكتيك عملي، عوامل فنية وشخصية وموضوعية تؤدي إلى نجاح المفاوضات، التي يجب أن تقوم على منهج واضح للنقاط والمسائل والأهداف التي سيدور حولها التفاوض[2].

وجدير بالتنويه، أنه كلما كان هناك تلاق في المصالح، وتوفرت النوايا الحسنة، كلما سادت المرونة في المفاوضات، والعكس صحيح إذ أنه كلما غابت المرونة عن التفاوض وساد التشدد كانت المحصلة النهائية غير مضمونة النجاح، كما أنه كلما تعددت الأطراف المتفاوضة وزاد عددها كلما زاد ذلك من تعدد المصالح واختلاف وتعارض وجهات النظر، وهذا دون إغفال المؤهلات العلمية والدبلوماسية والأخلاقية، واللباقة والحكمة، وحسن التصرف والقدرة على تحويل الخصوم إلى أصدقاء، وكذا الابتعاد عن أساليب الوعود الكاذبة والخداع والغش، كلها من أهم العوامل التي تؤدي إلى نجاح المفاوضات[3].

1- هذا ما سنتطرق له لاحقا بشيء من التفصيل من خلال هذه الدراسة.

2- د/ بلحاج العربي، مشكلات المرحلة السابقة على التعاقد، د. م. ج الجزائر، 2011، ص 38 وما بعدها.

3- د/ محمود علي ود/ محمد الهزايمة، المدخل إلى فن المفاوضات، المرجع السابق، ص 147.

كما يلاحظ من خلال الممارسة العملية لعملية التفاوض على كثير من العقود هو وجوب تحلي الطرف المفاوض بسعة الصدر والصبر الكبير، واعتماد أسلوب الإقناع عند تقديم العروض، وهذا خاصة عندما يكون الطرف الآخر يمتاز بصفات شخصية معينة[1].

لذا يجب الإكثار هنا من الاعتذار، ومحاولة كسب الطرف الآخر، وتفادي عدم التصادم، وهي مهام لا تحتاج إلى جهد كبير وذكاء شديد من مفاوضين ذوي ذكاء وخبرة في ميدان التفاوض على العقود، وخاصة الهامة منها[2].

لا بد للطرف المفاوض المتمرس في الميدان أن تكون له إستراتيجية عامة ورؤيا واضحة لعملية التفاوض ككل بمختلف مراحلها، مما يجعله يرتب الأولويات والأهداف والأساليب الملائمة لكل مرحلة خلالها، وهذا خاصة في محاولة للوصول إلى الإيجاب البات والحازم الذي ينعقد به العقد المنشود، وخاصة في عقود الأعمال الثقيلة ذات الأهمية الاقتصادية الهامة والتي لها آثار اجتماعية كثيرة على المجتمعات إذا هذه الأساليب الهامة تلعب الدور الكبير والأكيد لنجاح أو فشل عملية التفاوض، مما يهدد ويفوت على الطرف المحتاج في هذه العلاقة إبرام عقد هام له الأهمية الخاصة عنده. قد يجد الأطراف أنفسهم بصدد عقد مبرم بين طرفين، وهذا العقد يتضمن قدرا كبيرا من الشروط المتعارضة، تتجاوز أهدافهم الخاصة به، مما يضفي ظلالا من الشك حول حقيقة مقصودهم، وهذا التعارض والغموض قد يحصل عادة إذا كان العقد النهائي لم يمر بمرحلة التفاوض بشكل مدروس على كل عناصر وشروط العقد بشكل مفصل يزيل أصلا الغموض والتعارض والشك[3].

المطلب الثالث: تحديد طرق تسوية المنازعات عند تنفيذ العقد المنشود

من الواجب والضروري في مجرى المفاوضات العقدية أن يتم تحديد مسبق للطريقة أو الطرق الواجب إتباعها لتسوية الخلافات التي قد تظهر مستقبلا، لذلك يجب أن يكون فصلا أو بنودا في العقد توضح كيف يتم تسوية الخلافات التي يمكن أن تظهر نتيجة لظهور معوقات أثناء مرحلة تنفيذ العقد.

إذا يمكن دراسة طرق تسوية هذه في هذا المطلب من خلال ثلاث فروع ، الأول ندرس من خلاله حماية القانون المدني الجزائري للمتفاوض من الطرق الاحتيالية، أما الثاني ندرس من خلاله تحديد كيفية

1- كأن يكون شديد الحساسية، عدائي ومشاكس وسريع الغضب...الخ، أو كأن الطرف القوي في العلاقة التفاوضية فهدفه فقط التحصيل المالي فقط.

2- د/ بلحاج العربي، مشكلات المرحلة السابقة على التعاقد، المرجع السابق، ص 40.

3- د/ هشام خالد، أولويات التحكيم التجاري الدولي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر 2004، ص 179.

تسوية المنازعات وديا، أما في الفرع الثالث فسوف ندرس من خلاله طرق تسوية المنازعات قضائيا وتحكيميا.

الفرع الأول: حماية القانون المدني الجزائري للمتفاوض من الطرق الاحتيالية

إن مرحلة التفاوض هي مجرد عمل مادي غير ملزم، كما يرى ذلك الفقه والقضاء الجزائري، لا يرتب عليه في ذاته أي أثر قانوني، ولا ينشأ على عاتق الطرفين المتفاوضين أي التزام، فكل مفاوض حر في قطع المفاوضات في الوقت الذي يريده، دون أن يتعرض لأية مسؤولية عقدية، وفقا لمبدأ سلطان الإرادة، وحرية الارتباط التعاقدي، إلا إذا كان متعسفا أو خرج عن حدود مبدأ حسن النية في التعامل، فالمسؤولية على من عدل عن التفاوض وقام بقطع المفوضات، إلا إذا اقترن ذلك بخطأ تقصيري أو إساءة أو تشهير بصورة تعسفية، مع ثبوت سوء النية لدى المفاوض، تتحقق معه المسؤولية التقصيرية في المرحلة السابقة على التعاقد، إذا نتج عنه ضرر بالطرف الآخر، على أساس أن العقد لم يبرم بعد[1].

إن المبدأ في القانون المدني الجزائري هو حرية التفاوض، بقصد الوصول إلى بلورة وتحديد مضمون العقد المراد إبرامه، بكل جدية وصدق وأمانة، ورغم هذا فإن المشرع يحمي كل طرف من التدليس في المرحلة السابقة على التعاقد، إذا بدت أن وسائل الدعاية والإعلان أو الطرق الاحتيالية كانت هي الدافع وراء التعاقد، لذلك يمكن أن تتجلى حماية المتفاوض من خلال حمايته من الطرق الاحتيالية أو التحذير أو الخداع[2]، ويقع عبئ إثبات الحيل أو الخداع وفقا للقواعد العامة على من يدعيه، وذلك بكافة طرق الإثبات[3].

والتضليل إذا هو اللجوء إلى الحيلة والخداع للتمويه ، أو استعمال الغش، عن طريق السكوت العمدي أو التصريح الكاذب لدفع المتفاوض إلى التعاقد، هي من عيوب الرضا، التي يجبز إبطال العقد لمصلحة الطرف المدلس عليه، إذا توفرت طبعا شروط التدليس[4].

---

1 – د بلحاج العربي، نظرية العقد في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 2015، ص 115.

2– د/ بلحاج العربي، مشكلات المرحلة السابقة على التعاقد، المرقع السابق ، ص 48 وما بعدها.

– هذا ما نصت عليه المادة 323 من القانون المدني الجزائري،.

3– هذا ما نصت عليه المادة 86 من القانون المدني الجزائري.

4 – هذه الشروط نصت عليها المادة السابقة 86 من ق . م. ج الساري المفعول.

ويقع عبء إثبات الحيل والخداع وفقا للقواعد العامة، على من يدعيه بكافة طرق الإثبات، ويمكن أن يقتصر على طلب التعويض باعتبار أن التدليس عمل غير مشروع، أو فعل ضار سيلزم من ارتكبه بتعويض الضرر الناتج عنه طبقا لأحكام المسؤولية التقصيرية[1].

ومن المعلوم كذلك، فإن قانون العقوبات الجزائري يجرم الممارسات التجارية التدليسية أو الغير نزيهة[2].

وحتى الكذب المفضوح الذي يتجاوز حدود المألوف في التعامل، وهو ما أشارت إليه محكمة النقض السورية في أحد قراراتها المشهورة، من أنه قد يكون مجرد الكذب في بعض الحالات كافيا في حد ذاته لاعتباره طريقا احتياليا إذا كانت الوسيلة المستعملة لتضليل الطرف الآخر هي الدافع الحقيقي والرئيسي للتعاقد، وقد يتحقق هذا حين يكون المتفاوض مكلفا بإعطاء معلومات أو بيانات خاصة، يعلق عليها الطرف الآخر أهمية بالغة في عملية التفاوض الذي قد يفضي في النهاية إلى إبرام العقد المنشود، من خلال الإخلال بالتزام بالإعلام.

ونحن نرى أنه لا يكفي حماية المتفاوض خلال هذه المرحلة، بواجبات عامة تقوم على أساس الخطأ التقصيري في جانب المفاوض الآخر بإثباته وإثبات الضرر الناجم عنه، إلا إذا قام المشرع بحماية الأطراف المتفاوضة من خلال نصوص واضحة في القانون المدني الجزائري، تحمي هذا المتفاوض من خلال التحديد الصريح والواضح لمختلف الحقوق والالتزامات التي تفرضها مرحلة التفاوض وجزاء الإخلال بها، وخاصة الطرف الضعيف أو المتلقي في مرحلة التفاوض، أي الطرف الذي يحتاج إلى نقل التكنولوجيا والمعرفة العلمية والفنية في مختلف الميادين تدعيما للتنمية الاقتصادية والاجتماعية وبالخصوص في البلدان السائرة في طريق النمو ومنها بلدنا الجزائر[3].

الفرع الثاني: تحديد كيفية تسوية المنازعات وديا

إن هذه الطرق يقصد بها محاولة حل الخلافات دون اللجوء إلى المحاكم أو القضاء، إذ أن الهدف الأساسي للأطراف المتعاقدة هو الوصول إلى تحقيق ما تم الاتفاق عليه في حل النزاع وديا ودون خسارة

1- وهذا ما قضت به المادة 124 من ق. م. ج الساري المفعول.

2- وهذا ما قضت به المواد من 24 إلى 28، والمواد 37 و38 من ق. ع. ج الساري المفعول.

3- د/ بلحاج العربي، مشكلات المرحلة السابقة على التعاقد، المرجع السابق، ص 49.

في الوقت أو زيادة في المصاريف التي يتطلبها حل النزاع قانونيا، لذلك فإن الإجراءات التي يبدأ بها الطرف في مواجهة الخلافات، تكون تدريجية ومتلاحقة للوصول إلى حل سليم يرضي الطرفين[1].

إن هذه الطريقة تعتبر من أبسط وأفضل الطرق في تسوية الخلافات، وأنها توجب على الطرفين أن يعبروا بصورة صريحة في بنود العقد عن رغبتهم في تسوية الخلافات في حالة حدوثها عن طريق المفاهمة والمصالحة، وكذلك تحديد الإجراءات الواجب إتباعها لتحقيق هذه المصالحة، واقتراح جملة من الحلول التي يمكن الأخذ بها وفقا لكل حالة دون اللجوء إلى القضاء أو التحكيم، كما عليهم تحديد الفترة أو المدة التي تستغرقها إجراءات المصالحة، وكذا تحديد النقطة التي ينطلقون منها وهي ما تسمى بنقطة البداية، وهي في الغالب تكون مذكرة مرفوعة من الطرف المعني موجهة إلى الطرف الثاني في العقد يطلب فيها البدء في إجراءات التفاهم المتفق عليها مسبقا في بنود العقد. ويقوم الطرفان بعد ذلك بتحديد موعد يجتمعان فيه لغرض مناقشة الخلافات وأسبابها ومحاولة إيجاد الحلول والتسوية والوصول في الأخير إلى اتفاق جديد، في أثناء المفاوضات، بحيث يتم تقديم وتبادل الآراء والدراسات والحجج اللازمة من كل طرف والتي تسمح بتقييم الوضعية الحالية التي وصل إليها الأطراف[2].

إن هذا العرض قد يؤدي إلى اختيار حل معين ومناسب بين الحلول المختلفة المطروحة أو المحددة مسبقا، وقد يكون من المفيد أن يتفق كلا الطرفين على تعيين جهة ثالثة تشارك في عملية المصالحة والتفاهم في حالة بقاء الخلاف قائم بينهما. وقد يكون هذا الطرف الثالث بصفته المعنوية أو صفته الفنية في العقد، أي طرف فني متخصص لإبداء الرأي والنصح وتقديم الحلول المناسبة، إذا في هذه الحالة الطرف الثالث هو الخبير الفني الذي يعد تقريرا في الموضوع[3].

إن اللجوء إلى الخبير يقدم مزايا عديدة حيث يساعد ذلك الأطراف المعنية على تحديد ومعرفة أسباب الخلاف فيما بينهم بشكل أكثر دقة، وبمعنى آخر فإن الخبير سيحدد أصل ومنبع الخلاف وكذا النتائج التي تترتب عن ذلك، إضافة إلى صياغة الحل الذي يقترحه لتجاوز هذه الإشكالية مما يسهل إمكانية الوصول إلى اتفاق ما بين الأطراف المتنازعة. إن هذا الخبير الفني يمكن أن يعين من قبل

1- د/ بلحاج العربي، المرجع سابق ، ص 50.

2- د/ عبد الكريم عبد اللاه، المرجع السابق، ص 153

3- د/ صالح – ص- خالص، في الإعلام التجاري والمفاوضات التجارية الدولية، دار المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2001، ص 113.

الأطراف المعنية والمتعاقدة، أو من قبل طرف واحد، أو أن كل طرف يعين خبيرا على حدة على أن يتضمن العقد على نص يوضح طريقة هذا التعيين[1].

الفرع الثالث: طرق تسوية المنازعات قضائيا أو تحكيميا

إذا كانت الإجراءات وكل المساعي الودية لحل الخلافات بين أطراف العقد لم تعط نتيجة، فيكون أمام الأطراف المتعاقدة الطرق القانونية، أي القضائية أو التحكيمية.

إن النظر في مسألة معينة من قبل القضاء، أو من قبل محكمة تحكيم يعتمد على طبيعة القضية والصفقة والاتفاق الوارد في نصوص العقد، فمثلا قد يتفق الطرفان في حالة حصول نزاع أن تطرح المسألة أمام القضاء لتسويتها في محكمة من محاكم الدولة لذلك يسمى هذا بتسوية الخلاف قضائيا.

إذا في الحالة التي يكون فيها إثارة النزاع حتميا فإنه من الضروري رفعه إلى محكمة الاختصاص سواء كانت محكمة قضائية أو محكمة تحكيم[2]. فإذا وقع الاختيار على محكمة التحكيم الأطراف يملكون خيارات تحديده، فلهم اللجوء إلى إجراءات التحكيم المحلي أو الدولي، أو الاستعانة بمؤسسة دولية لها صلاحية حسم الخلافات مثل: غرفة التجارة الدولية (C. C. I)[3] أو لجنة الأمم المتحدة لأوروبا[4]، وجمعية التحكيم الأمريكي وفي هذه الحالة فإن التحكيم سيكون مؤسساتيا.

وفي إطار تحديد القواعد الواجبة تطبيقها للنظر في مسألة الخلاف الذي ينشأ بين المتعاقدين، يفترض أيضا تحديد القانون الواجب تطبيقه من قبل قاضي أو محاكم التحكيم وبشكل عام يطبق القانون السائدة في المنطقة التي يجري فيها التحكيم إن طرح النزاع على المحاكم القضائية أو على محاكم التحكيم فلكل منها محاسنها ومساوئها، فمثلا إن اللجوء إلى المحاكم القضائية تكون تكلفته أقل، وأن العدالة وعدم التحيز تكون متوفرة، إلا أنه وبالمقابل نجد أن التحكيم يكون أكثر سرعة، ويكون أكثر توافقا مع بعض العقود والصفقات حيث أنه يكون أكثر سرية، وأن الخلافات ما بين الأطراف المتعاقدة لا يطلع عليها الغير عكس ما هو عليه الأمر في المحاكم القضائية، إلا أن تكلفة التحكيم تكون باهضة[5].

إن الاختيار ما بين التحكيم والقضاء يعتمد على طبيعة العقد أو الصفقة المبرمة بين الأطراف، فإنه من المفضل أن يتم اللجوء إلى القضاء في العقود والصفقات التجارية المألوفة والاعتيادية، على عكس

1- د/ صالح –ص – خالص، المرجع السابق ، ص 114 وما بعدها.

2- د/ محمد علي جواد، المرجع السابق، ص 42.

3- C. C. I: - Chambre du commerce internationale.

4- يطلق عليها: - La commission des Nations Unies pour l'Europe

5- د/ أبو زيد رضوان، الأسس العامة في التحكم الدولي، دار الفكر العربي، مصر ّ1981، ص 08.

ما في العقود والصفقات التجارية الدولية والتي لا تدخل في إطار العلاقات التجارية الدولية والتي لا تدخل في إطار العلاقات التجارية البسيطة والمألوفة فإنه من المفضل اللجوء إلى التحكيم لفض النزاعات[1].

وفيما يتعلق بمشكلة تعيين المبادئ والقواعد التي تنطبق على النزاع من قبل طرفي العقد، فإن لهم اختيار رأي قانون إجرائي مستقل عن القانون الواجب التطبيق لموضوع العقد، وعلى العموم سيكون قانون المكان الذي تقع فيه المحكمة، مع ذلك على الأطراف دراسة نصوص قانون ذلك المكان الذي تقع فيه المحكمة، وقد يؤخذ بقانون البلد الذي يجب تنفيذ الأحكام فيه، لذا يقتضي البحث فيما إذا كان قانون الإجراءات المحلي لا يسمح للمترافعين الطعن بالقرارات التحكيمية أمام المحاكم الوطنية، فإن كان الجواب إيجابيا فإنه يقتضي الحصول على أمر تنفيذ من أجل تطبيقه[2].

وبهذا الصدد فإن شركات التأمين للتجارة الخارجية تعترف عموما بشرعية الأحكام الصادرة في إطار التحكيم الدولي، وحتى لو كان الطرف المستفيد من الحكم لا يستطيع الحصول على أمر تنفيذي في البلد الذي يقتضي أن يجري فيه، فإن منح أحد الأطراف تعويضا معينا، يمكن له الحصول على دفع وثيقة التأمين الاعتمادية، عند غياب التنفيذ الطوعي من قبل الطرف الآخر. إن ما يجري العمل به في العقود الدولية التي يكون تنفيذها في البلدان الغير صناعية، هو أن تسوية منازعاتها تتم عن طريق اللجوء إلى محكمة بلد ثالث يطبق موضوع العقد وقانون المرافعات، ولكن الأكثر شويعا هو اللجوء إلى محكمة تحكيم دولية يترأسها محكم لا يحمل جنسية أيا من الأطراف ويطبق قانون موضوع العقد وقانون الإجراءات يجري الاتفاق عليه في العقد ذاته. أما طرق التسوية الأخرى فهي تتمثل بمحكمة مكان البلد الذي يجري فيه تنفيذ العقد، أو عن طريق التحكيم المحلي الذي يحمل المحكم جنسية لا يختلف عن جنسية المتعاقدين أو أحدهما، فقد يكون سببا لرفضها اعتياديا، ورغم ذلك فإن بعض بلدان الشرق الأوسط وأمريكا اللاتينية تعمل على فرض هذا النمط الأخير في تسوية المنازعات من خلال إجراء منافسة بين الجهات الراغبة في التعاقد بشرط الموافقة على هذه الطريقة في تسوية المنازعات، رغم تقدير البعض أنها مصدر مخاطر للمتعاقد فيما يتعلق بمصدر وثيقة التأمين الاعتمادية، حتى لو كان المؤمن يقدم ضمانات لعقد معين، الأخذ بهذه الطرق في التسويات، حيث أن تنفيذ الضمان يعتمد على قدرة الجهة المتعاقدة الحصول على قرار نهائي يدين الزبون[3].

1- د/ صالح – ص- خالص، المرجع السابق، ص 117 وما بعدها

2- د/ أبو زيد رضوان، الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي، دار الفكر العربي، القاهرة، ص 67، وما بعدها.

3- د/ أبو زيد رضوان، نفس المرجع، ص 67 وما بعدها.

ومن جهة أخرى فإن المقارنة بين التحكيم المحلي (Adhoc) والتحكيم المؤسساتي يكون هنا هذا الأخير هو المفضل من قبل المتعاقدين لما يلمسونه من ضمانات، ولاسيما لدى شركات التأمين الاعتمادية، وفي إطار التحكيم في (C. C. I) نجد أن إجراءات التبليغ للقرارات تكون مبسطة بحيث أن محكمة التحكيم هي التي تقوم بالتبليغ دون نفقات إضافية[1].

المبحث الرابع

الطبيعة القانونية للمرحلة السابقة على التعاقد

على الرغم من اتفاق الفقهاء على مبدأ قيام المسؤولية في مرحلة التفاوض على العقد، إلا أن الخلاف احتدم بين الفقهاء حول الطبيعة القانونية للمسؤولية المدنية في هذه المرحلة باعتبار أن هذه المرحلة لا تنفلت من زمام القانون، رغم أن القانون عموما لم ينظمها ولم يشير إليها بشكل واضح في مختلف القوانين خاصة القانون المدني، إلا أن آرائهم تتشتت حينما يحاولون رد هذه المسؤولية إلى نظام قانوني معين، إلا أن التساؤل يثور حول نوع هذه المسؤولية هل هي عقدية أم تقصيرية ؟ وعلى أي أساس يقوم كل نوع من دون سواه ؟ وقد تباينت النظريات التي قيل بها في هذا الصدد حتى إلتبس الأمر.

إلا أن الفقه عموما يلاحظ أنه يتحدث على طبيعة التفاوض على العقد في هذه المرحلة وينازع حولها، غير أنه لا يتنازع حول الطبيعة القانونية للتفاوض نفسه رغم أنه هو الأصل والمسؤولية هي الفرع، لذا وجب تحديد كل منهما بشكل متتابع، فلو اعتبرنا التفاوض على العقد كواقعة مادية لترتبت هنا المسؤولية التقصيرية، ولو اعتبرت تصرفا قانونيا عقديا لكانت ذات طبيعة عقدية.

لهذا سوف نتطرق بالدراسة لهذا الموضوع وهو الطبيعة القانونية للتفاوض على العقد، من خلال ثلاث مطالب، نتعرض في الأول لموقف الفقه التقليدي من هذه المسألة ثم في الثاني نبين موقف الفقه والقضاء المعاصرين ثم نتطرق في المطلب الثالث لمحاولة لإرساء الطبيعة العقدية للمرحلة السابقة على التعاقد وهذا على النحو التالي:

المطلب الأول: موقف الفقه التقليدي

بدأ التفاوض على العقد يلفت أنظار الفقهاء منذ أواخر القرن التاسع عشر وأوائل القرن العشرين، والتصدي للمسؤولية في هذه المرحلة، وكان الفقه يخلط بين المسؤوليات في هذه المرحلة، سواء عن قطع

1- Article 45, du guide de la commission économique pour L'EUROPE.

التفاوض أو المسؤولية عن بطلان العقد، فقد كان يتحدث عن المسؤولية قبل العقدية بصفة عامة دون تمييز.

وقد ظهرت آنذاك في هذا الأمر عدة نظريات فقهية، ذاعت شهرتها حتى اليوم، فيما يخص الطبيعة القانونية للمسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض وتواتر الشراح على ذكرها[1]، وسندرس ذلك من خلال الفروع التالية: الأول هو نظرية الخطأ عند إبرام العقد، أما الثاني فهو نظرية تحمل التبعة العقدية، ونظرية الوكالة، أما الثالث نظرية الفضالة ونظرية فاجيلا.

الفرع الأول: نظرية الخطأ عند إبرام العقد

هذه النظرية هي أهم النظريات التي قبل بها في مجال التفاوض على العقد، حيث جرت عادة الفقهاء على ذكرها وهم بصدد الحديث عن الطبيعة القانونية للمسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض، باعتبار أن هذه النظرية مثل الاتجاه الفقهي القائل بأن هذه المسؤولية ذات طبيعة عقدية، ويرجع الفضل في صياغتها إلى العلامة إيرنج (Ihring) فقيه ألماني معروف وهذا في سنة 1860[2].

أولا- مضمون النظرية

تتلخص نظرية الخطأ في إبرام العقد، التي قال بها إيرنج في أن كل شخص يقدم على التعاقد يكون هو السبب في بطلانه، بحيث إن أقام مظهرا كاذبا يطمئن إليه المتعاقد الآخر يلتزم بتعويض هذا الأخير بمقتضى العقد الباطل، أي أن مسؤوليته عن هذا الخطأ تكون مسؤولية عقدية قوامها العقد الباطل نفسه. وقد دفع إيرنج إلى وضع هذه النظرية بشكل خاص صدور حكم من محكمة كولونيا بألمانيا في قضية تتلخص وقائعها في أن تاجرا بمدينة كولونيا أرسل إلى المصرف الذي يتعامل معه بمدينة فرانكفورت برقية يأمره فيها بأن يبيع لحسابه عددا معينا من الأوراق المالية، ونتيجة لغلط تسرب إلى البرقية أثناء نقلها اختفى مقطع (Ver) مكن كلمة (VerKoufen) أي (يبيع) وبقي من الكلمة مقطع (Koufen) أي يشتري ووصلت إلى المصرف هكذا، فقام هذا الأخير بشراء العدد المحدد من الأوراق المالية لحساب التاجر بدل من أن يبيع، وحدث بعد ذلك أن انخفضت قيمة هذه الأوراق انخفاضا هائلا فطالب المصرف التاجر بفرق السعر، ولكن التاجر تمسك ببطلان الوكالة لعدم مطابقة الإيجاب للقبول، إلا أن المحكمة لم تعبأ بزعمه وقضت ضده بالتعويض، وقد استندت المحكمة في قضائها إلى أن وسيلة البرق كوسيلة للمراسلة تنقصها

1- د/ جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية المدنية، ج 1، مطبعة جامعة القاهرة، مصر 1985، ص 118 وما بعدها.
2- د/ حسام لطفي، المرجع السابق، ص 33.

الدقة والأمان في الوقت الذي تتوفر فيه وسائل أخرى أكثر أمانا[1]، مثل البريد والرسول، فمن يلجأ إلى هذه الوسيلة رغم مخاطرها فهو مقصر، ويتحمل النتائج الضارة، ولكن المحكمة لم تحدد في حكمها طبيعة المسؤولية. ومن هنا يرى إيرانج أنه من العدل أن يلتزم المتعاقد الذي جاء بسبب بطلان العقد من جانبه بتعويض المتعاقد الآخر عما أصابه من ضرر من جراء اعتقاده في صحة العقد اعتقادا يؤيده الظاهر. غير أن نصوص القانون الروماني الذي كان مطبقا في ألمانيا في عهده لم يكن ليسعفه في التوصل إلى هذا الحل، لأن هذا القانون يعرف القاعدة العامة المقررة اليوم في المسؤولية التقصرية، بل كان يحصر التعويض على حالات معينة على سبيل الحصر. وقد هداه البحث في القانون الروماني إلى نصوص تجيز للمتعاقد في العقد الباطل الذي يكون باطلا بسبب عدم توافر شروط المحل، ومطالبة البائع بتعويض من المشتري عن الضرر الذي أصابه من جراء اعتقاده في صحة البيع، اعتقادا يؤيده الظاهر سواء كان البائع عالما بسب البطلان أو غير عالم[2].

وقد استند إيرنج إلى هذه النصوص لكي يقول بهذه النظرية العامة مؤداه أن كل متعاقد يتسبب في بطلان العقد بسوء نية أو بحسنها يلتزم بتعويض المتعاقد الآخر عما لحقه من ضرر بمقتضى العقد الباطل ذاته، وقد أطلق على هذه النظرية اسم " الخطأ عند إبرام العقد".وتتميز هذه النظرية بثلاث خصائص تتعلق بطبيعة المسؤولية وفكرة الخطأ ومقدار التعويض، بحيث يجعل المسؤولية عن الخطأ عند إبرام العقد مسؤولية عقدية توجب التعويض على أساس العقد الباطل الذي تسبب في بطلانه الطرف المدعى عليه ولو كان حسن النية[3].

ونخلص من ذلك إلى أن نظرية الخطأ عند إبرام العقد تجعل المسؤولية عن تعويض المتعاقد المتضرر من بطلان العقد مسؤولية عقدية، تقوم على أساس العقد الباطل ذاته، وبذلك فإنها تجعل من التعويض أثرا أصليا يترتب على العقد الباطل بوصفه عقدا، وليس بوصفه واقعة مادية تكون عملا غير مشروع. ودعوى المسؤولية تتأسس على خطأ المدعى عليه عند إبرام العقد وقيام سبب البطلان إلى جانبه سواء كان عالما به أو غير عالم به، لأنه من يقدم على التعاقد يلتزم بضمان صحة العقد فإذا لم تتوفر هذه الصحة لسبب آت من ناحيته، فإنه يكون قد أخل بهذا الالتزام[4].

1- د/ محمد حسام محمود لطفي، المرجع السابق، ص 34 وما بعدها.

2 - د/ محمد حسام محمود لطفي، المسؤولية، نفس المرجع، ص 35.

3 -Jhring, op cit, P 27.

4 -Jhring, op cit, P 28 et s.

كما أن التعويض يكون عن المصلحة السلبية دون المصلحة الإيجابية، كما في العقد الصحيح من خلال تقاعس المتعاقد الآخر في تنفيذ العقد، ويمكنه مطالبة التعويض إذا كان المتعاقد هذا حسن النية في حالة بطلان العقد، والغالب أن يكون التعويض عن المصلحة السلبية أقل من التعويض عن المصلحة الإيجابية، لما فاته من كسب وليس لما لحقه من خسارة، إلا إذا ثبتت هذه الخسارة.

وفي الأخير يلخص إيرنج نظريته في القاعدة التالية: إن بذل اليقظة العقدية هو أمر مطلوب في العلاقات العقدية التي تكون في طور التكوين مثل ما هو مطلوب في العلاقات القائمة بالفعل، وعدم مراعاة هذه اليقظة ينشئ في الحالتين دعوى عقدية بالتعويض، وقد استخلص من ذلك أن الخطأ عند إبرام العقد لا يختلف عن الخطأ العقدي[1].

ثانيا – آثار نظرية إيرنج في القوانين الحديثة

لم تكن هذه النظرية مجرد نظرية فقهية، وإنما كان لها أثر ملموس في بعض القوانين الحديثة فقد أخذ بها القانون الألماني صراحة، كما أنه قد تأثر بها بعض الشراح الفرنسيين، بل إن منهم من توسع فيها وذهب إلى أبعد ما ذهب إليه إيرانج نفسه من مدى، و قد اشترط ونص المشرع الألماني طبقا لنظرية إيرنج ألا يزيد مبلغ التعويض عن المصلحة السلبية، في حالة بطلان العقد لعدم جدية إعلان الإرادة أو الخطأ في الإعلان عنها، أو الخطأ في نقل إعلان الإرادة أو حالة إبطال العقد لاستحالة المحل، في هذه الحالات يجب أن يتجاوز التعويض المصلحة الإيجابية[2].

يجب أن يعلم سبب البطلان أو القابلية للإبطال، ولكن القانون الألماني لم يجعل المسؤولية في هذه الحالات مسؤولية عقدية وفقا لرأي إيرنح، وإنما أقامها على تحمل التبعية تارة وعلى التقصير تارة أخرى، وأعطى للمضرور الحق في التعويض في هذه الحالات حتى ولو كان المدعى عليه غير مخطئ[3]. أي حتى ولو كان بطلان العقد أو إبطاله راجعا إلى سبب أجنبي لا يد له فيه، ومنه يكون القانون الألماني قد حاد عن نظرية إيرنج، عن أهم خصائصها المميزة لها، فلم يجعل المسؤولية عن بطلان العقد أو إبطاله مسؤولية عقدية، بل جعلها مسؤولية غير عقدية. غير أنه ليس في القانون المدني الفرنسي ما يقابل المادتين 122 و307 من القانون المدني الألماني، ومع ذلك ذهب فريق من الفقهاء الفرنسيين إلى الأخذ

1– د/ محمد حسين عبد العال، التنظيم الاتفاقي لمرحلة التفاوض على العقد، المرجع السابق، ص 38

2– هذا ما نصت عليه المواد 118 و119 و120 و122 من القانون المدين الألماني.

3– د/ الصدة، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص 218.

بنظرية إيرنج واعتبار المسؤولية عن بطلان العقد مسؤولية عقدية[1]، وقد استند في تأسيس هذا الرأي إلى المادة 1599 من القانون المدني الفرنسي الخاصة ببطلان بيع ملك الغير، وذهبوا إلى أن القانون الفرنسي يأخذ بنظرية إيرنج بمقتضى هذه المادة، إذ أن الالتزام بالتعويض في هذه الحالة ليس مصدره خطأ البائع، لأن الأخير يلتزم بالتعويض ولو كان حسن النية، ولكن مصدره اتفاق ضمان ضمني يلازم كل تعاقد ويلتزم بموجبه المتعاقد بضمان صحة العقد، وبالتالي تكون المسؤولية هنا مسؤولية عقدية، وليس تقصيرية، كقاعدة عامة، بمقتضاه يتعهد ضمنا كل شخص مقدم على التعاقد بأن يكون في وضع يسمح له بإبرام العقد دون أن يوجد من جانبه ما يعوق قيامه أو يؤدي إلى بطلانه، فإذا أخل بالتزامه ووقع العقد باطلا أو قضى بإبطاله، فإنه يكون مسؤول عن تعويض الطرف الآخر مسؤولية عقدية. أما التقنين المدني المصري الحالي فقد أثر في كثير من أحكامه، فلم يكن غريبا أن يتعرض واضعوه لنظرية إيرنج، بل كانت هناك نية من جانبهم في الأخذ بها، وبذلك يتضح جليا أن القانون المدني المصري لا يأخذ بنظرية إيرنج، وهذا نفس الاتجاه الذي سلكه المشرع الجزائري في القانون المدني[2].

ثالثا – نقد النظرية

رغم ما حققته نظرية الخطأ عند إبرام العقد من شهرة لم يأفل لها نجم حتى اليوم إلا أنها لم تسلم من النقد الذي نال من جوهرها فقد أخذ عليها ما يلي:

1– إن هذه النظرية تنطوي على تحايل لا مبرر له، فقد استند إيرنج في إرساء نظريته إلى نصوص تائهة من القانون الروماني الذي لم يكن يعرف المبدأ العام للمسؤولية التقصيرية الذي يمكن تطبيقه على الخطأ التي يقع من المتعاقد عند إبرام العقد فتؤدي إلى إبطاله، ورجوع الطرف المتضرر بالتعويض من جراء بطلان العقد على الطرف الآخر، أما اليوم فلم يعد هناك ما يبرر ذلك، خاصة بعد أن تم إرساء مبدأ عام للمسؤولية التقصيرية في القوانين المعاصرة يقضي بأن كل خطأ يسبب ضررا للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض[3].

---

1 – د/ الصدة، المرجع السابق، ص 219.

2– حيث كان المشروع التمهيدي يتضمن نصا يقرر هذه النظرية، وهو في نص المادة 204 منه، لكن هذا النص تم استبعاده.

3– طالع المادة 124 من القانون المدني الجزائري التي تنص على ذلك.

– د/ محمد حسين عبد العال، التنظيم الاتفاقي لمرحلة التفاوض على العقد، المرجع السابق، ص 40

2- إن إيرنج قد أخذ بفكرة ضيقة للبطلان تخالف ما هو ثابت في القواعد العامة، فقد رأى أن البطلان وإن أدى إلى زوال الأثر الرئيسي للعقد، وهو الالتزام بالتنفيذ، فإنه لا يزيل الأثر الثانوي له فهو الالتزام بالتعويض عن المصلحة السلبية، وهذا ما بدا لبعض الفقه تناقضا في فكرته، إذ أنه يؤسس المسؤولية على ذات العقد رغم بطلانه، والآثار التي لا تقابل الركن أو الشرط الباطل تظل صحيحة والعكس صحيح، وإن ناد به البعض في الفقه الفرنسي.

3- إنه لا يمكن أن ينسب للعقد التزاما سابقا على وجوده وعن الخطأ قبل إبرامه وإتمامه، فالواقع أن ذلك يتنافى مع القصد الحقيقي للمتعاقدين، لأنه لا يمكن قبول الأثر الرجعي للعقد الذي نادى به إيرنح حينما رأى أن العقد نفسه ينشئ التزاما ببذل العناية واليقظة عند إبرامه، إذ أن إرادتهما تتجه إلى إنشاء التزاماته تسرى في المستقبل فحسب دون أن تعود إلى الماضي.

4- كما أنه لا يمكن قبول فكرة المصلحة السلبية، لكونها لا تستند إلى أساس قانوني سليم فهي لا تعدو إلا أن تكون حيلة ابتدعها إيرنج لكي يجعل العقد الباطل ينتج أثار يختلف عن آثار العقد الصحيح، كما أن التعويض عن المصلحة السلبية دون المصلحة الإيجابية ينطوي على حكم لا تقره القواعد العامة، ويصعب تبريره في بعض الحالات[1].

5- لقد رفض جمهور الفقهاء في فرنسا وجميعهم في مصر الأخذ بنظرية إيرنج ورأوا أن قواعد المسؤولية التقصيرية هي وحدها الواجبة التطبيق، إذا ما اقترن العدول عن التعاقد أو صاحب بطلان العقد خطأ اقترفه أحد الطرفين وألحق ضررا بالطرف الآخر، ذلك أن المسؤولية التقصيرية هي الشريعة العامة للمسؤولية المدنية، أما المسؤولية العقدية فهي مسؤولية استثنائية لا تقوم إلا بوجود عقد صحيح بين المضرور والمسؤول عن هذا الضرر، فهي جزاء الإخلال بالتزام عقدي، ومن ثم تظل الفترة السابقة على إبرام العقد ومنها مرحلة وفترة التفاوض على العقد خارجة عن نطاقها[2].

رابعا- العلاقة بين نظرية إيرنج ومرحلة التفاوض على العقد

وهذا ما يهمنا في النهاية من دراسة هذه النظرية، فقد تواتر الفقهاء على القول بأن إيرنج قد تناول في نظريته هاته مرحلة التفاوض على العقد، واعتبر المسؤولية عن قطع المفاوضات مسؤولية عقدية تتأسس على اتفاق ضمني يفترض أن الطرفان قد ابرماه بمجرد دخولهما في التفاوض.

---

1 - د/ محمد حسام محمود لطفي، المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض، المرجع السابق، ص 41 وما بعدها.

2- د/ عبد الرزاق السنهوري، مصادر الالتزام المجلد 1، العقد، ص 125.

والآن بعد دراسة نظرية إيرنج يتأكد لنا أن هذا القول بعيد كل البعد عن الحقيقة، رغم ما توسع فيه الفقهاء في هذه النظرية وذهبوا أبعد مما ذهب إليه ايرنج نفسه من مدى، نجد أن هذه النظرية ليس لها أية علاقة بمرحلة التفاوض على العقد، أو بطبيعة المسؤولية عن قطع المفاوضات، فهي تتعلق فحسب بمسألة التعويض عن بطلان العقد وتؤسس المسؤولية بهذا التعويض على العقد الباطل نفسه وليس على اتفاق ضمان ضمني، كما أنها لا تنطبق إلا على مرحلة إبرام العقد وبالتحديد ما يتم قبول الإيجاب وينعقد العقد[1].

الفرع الثاني: نظرية تحمل التبعة العقدية ونظرية الوكالة

أ- **نظرية تحمل التبعة:** لم تكن نظرية ايرنج النظرية الوحيدة التي قال بها الفقه الألماني بل أن هذا الفقه عني بالعديد من النظريات الأخرى التي اجتهدت في البحث عن أساس آخر للمسؤولية قبل العقدية، أي مرحلة التفاوض على العقد وذلك لتفادي عيوب نظرية ايرنج، نادى بهذه النظرية الفقيه الألماني فنشيد (Win sheid) وفكرتها أن كل شخص يقدم على التعاقد باتخاذه زمام المبادرة يتحمل تبعة نشاطه التعاقدي فيكون مسؤولا عن الأضرار الناتجة عنه والتي تلحق بالطرف الآخر وحتى بالغير نتيجة عدم قيام العقد أو بطلانه، وحتى وإن كانت هذه الأسباب مجهولة منه تماما، ذلك لأن النشاط التعاقدي يتضمن عدة أخطار قد تلحق أضرارا بأطرافه أو القائمين به، فيجب أن يتحمل الطرف البادئ به، ولا معنى لتحميل الطرف الآخر أو الغير تبعته، وتنعقد مسؤولية البادئ بمجرد حدوث ضرر منه وحتى لو لم يكن مخطئا، وحتى ولو كان حسن النية لا يعلم بسبب الضرر، ولكنه يستطيع أن يدفع المسؤولية عن نفسه بإثبات أن هذا الضرر ناشئ عن خطأ المضرور كأن يثبت أن هذا الأخير مضى في التعاقد مع العلم باستحالة المحل. والواقع أن هذه النظرية لا تختلف كثيرا عن نظرية ايرنج التي تحمل المتعاقد تبعة الأسباب التي عاقت إبرام العقد أو أدت إلى بطلانه، حتى ولو كان حسن النية، فكلتا النظريتين تتفقان في النتيجة، لكنهما يختلفان في أساس المسؤولية، وعبئ الإثبات. إن نظرية فينشيد تقيم مسؤولية البادئ بالنشاط التعاقدي على أساس تحمل تبعة هذا النشاط، وهكذا فإنها تجعل المسؤولية مادية وليست عقدية[2].

وكنتيجة طبيعية لذلك فإن عبء الإثبات يختلف في النظريتين، فإنه وفي نظرية ايرنج تقع على المضرور عبئ إثبات إخلال المسؤول بالتزامه باليقظة عند التعاقد، فضلا عن إثبات الضرر وعلاقة السببية بين الخطأ والضرر، لكن في نظرية فينشيد يكفي أن يقوم المضرور بإثبات الضرر الذي أصابه

1- د/ عبد الكريم عبد اللاه، التفاوض على العقد، المرجع السابق، ص 225 وما بعدها.

2- د/ محمد حسام محمد لطفي، المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض، المرجع السابق، ص 42

لكي تقوم مسؤولية غريمه، وعندئذ ينتقل عبئ الإثبات إلى هذا الأخير، الذي يمكنه أن يدفع المسؤولية عنه بإقامة الدليل على إهمال المضرور أو عمله بما أعاق قيام العقد أو أدى إلى بطلانه[1].

أولا- مزايا هذه النظرية

لا تخلو نظرية فينشيد من مزايا عملية نوجزها فيم ايلي:

1- سهولة الإثبات: لا شك أن الإثبات هو جوهر الحق من الناحية العملية، فالحق بلا دليل هو والعدم سواء، وقد كفلت نظرية تحمل التبعة العقدية للطرف المضرور طريقا سهلا للإثبات، حيث اكتفت لقيام المسؤولية أن يثبت المضرور وقوع ضرر عليه من جراء النشاط التعاقدي الذي بادر إليه المسؤول وهذا أمر يسير، لأن الضرر غالبا ما يكون ماديا يسهل إقامة الدليل عليه، ولو جاز لنا تطبيق هذه النظرية على المسؤولية في مرحلة المفاوضات العقدية لعادت بالفائدة الكبيرة على المتفاوض المضرور، حتى ولو كان الخطأ يصعب إثباته، فإثبات الضرر يكفي حسب هذه النظرية لإثبات المسؤولية وخاصة في مرحلة التفاوض على العقد والأمثلة على ذلك كثيرة.

2- الاستجابة لمقتضيات العدالة: إن الأخذ بهذه النظرية في مجال المسؤولية المدنية يمثل استجابة حقيقية لمقتضيات العدالة، إذ أن هذه النظرية تكفل للمضرور حماية قانونية فعالة، وذلك لأنها تعطيه الحق في الحصول على تعويض عادل في حالات ينتفي فيها الخطأ، فتلزم الطرف الآخر يتحمل تبعة نشاطه الذي أضر بالغير، بصرف النظر عن قيام الخطأ في جانبه، لذلك أخذت التشريعات الحديثة بفكرة تحمل التبعة في عدة حالات، وهذا ما ذهب إليه المشرع الألماني بالأخذ بهذه النظرية[2].

ثانيا- عيوب هذه النظرية

رغم ما تتميز به من مزايا إلا أنها لم تسلم من النقد كما يلي:

1- إن هذه النظرية لم تفصل بين مشكلة التعويض عن قطع المفاوضات ومشكلة التعويض عن بطلان العقد، بل هي تتناول الفترة قبل العقدية ككل لا يتجزأ.

2- إنها لم تفصح عن طبيعة المسؤولية قبل العقدية هل هي عقدية أم تقصيرية[3].

1- د/ محمد حسام محمد لطفي، المرجع السابق، ص 34 وما بعدها.

2- د/ محمد عبد العال، المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض، المرجع السابق، ص 45 وما بعدها.

3- د/ حسام لطفي، المرجع السابق، ص 46.

3- إنها تنطلق من فكرة أن البادئ بالنشاط التعاقدي لا يتحمل التبعة دائما، وعليه وحده تقوم المسؤولية باعتباره الموجب، والحقيقة أن ذلك لا يتفق مع الواقع العملي[1]، فليس البادئ بالتفاوض هو الموجب بالضرورة، لأن الأدوار تتبادل بين الطرفين عادة، فمن تقدم بالعرض أولا قد يصير هو القابل في النهاية، وقد يكون البادئ بالتفاوض هو الضحية، وذلك عندما يقوم متلقي العرض والأول بقطع المفاوضات.

4- إن الأخذ بفكرة تحمل التبعة في مجال التفاوض من شأنه أن يجعل الناس يعزفون عن الدخول في التفاوض، رغم ما له من فوائد كثيرة وذات أهمية كبيرة، في الحياة الاقتصادية، فمن يعلم وفق هذه النظرية أن بمجرد مبادرته بالدعوة إلى التفاوض سيحمل كل النتائج الضارة المترتبة على فشله حتى ولو لم يكن هو المخطئ، فإنه لن يفكر يوما في أن يتفاوض كي لا يجر على نفسه المتاعب، إذ أن فشل المفاوضات هو أمر محتمل دائما، كما أن هذه الفكرة تصطدم بمبدأ حرية المنافسة السائد في بلدان كثيرة[2].

ب-نظرية الوكالة: صاحب هذه النظرية هو الفقيه الألماني شورل، وفكرتها أن الدعوة إلى التفاوض تتضمن لمن توجه إليه توكيلا ضمنيا باتخاذ كل الأعمال اللازمة للوصول إلى إبرام العقد فإذا فشلت المفاوضات ولم تؤدي إلى إبرام العقد فإن الموكل يلتزم وفقا للقواعد العامة بأن يرد للوكيل كل المصروفات التي أنفقها في سبيل تنفيذ الوكالة رغم أنه لم ينجح في مهمته. ومثال ذلك أن شخصا دخل في تفاوض مع مقاول من أجل تنفيذ مشروع معين وطلب منه إعداد التصميمات والمقاسات والدراسات اللازمة، بعد ذلك منعه من تنفيذ المشروع فإنه بإمكان المقاول وفقا لهذه النظرية أن يطالب هذا الشخص عن طريق دعوى الوكالة برد النفقات التي تكبدها في سبيل إعداد هذه التصميمات والدراسات[3].

وهكذا فإن شورل يجعل المسؤولية في مرحلة المفاوضات مسؤولية عقدية تقوم على أساس عقد وكالة ضمني، فهو يعتبر الشخص الذي تلقى دعوة إلى التفاوض بمثابة وكيل عن صاحب هذه الدعوة في القيام بما يلزم للوصول إلى إبرام العقد، بحيث إذا قام هذا الأخير بقطع المفاوضات أو أنها فشلت لسبب آخر، فإنه يلتزم بتعويض هذا الوكيل عما أصابه من ضرر من جراء تنفيذ الوكالة أي تعويضه عما أنفقه

---

1 - A. Cohérier, op cit, P 94.

2- د/ رجب كريم عبد اللاه، المرجع السابق، ص 236.

3- هذا ما يوافق المادة 1999 مدني فرنسي والمادة 710 مدني مصري والمادة 571 من ق. م. ج، وما بعدها.
- د/ جمال زكي، المرجع السابق، ص 132.

في سبيل الإعداد والتحضير لإبرام العقد، وتكون دعوى التعويض دعوى عقدية، هي دعوى الوكالة. إنه لا يمكن إنكار ما في هذه النظرية من ابتكار، حيث أنها تضع حلا سهلا للمسؤولية في مرحلة المفاوضات العقدية بافتراض وجود عقد وكالة بين الطرفين، بل إن المشرع الفرنسي قد تأثر بهذه الفكرة في حالة خاصة، هي حالة التفاوض مع مهندس من أجل تشييد بناء، والتي يقوم فيها المهندس بعمل تصميمات ودراسات بناء على طلب صاحب العمل، ففي هذه الحالة إذا فشلت المفاوضات فإنه من حق المهندس أن يطالب صاحب العمل بأتعابه، فلا يمكن تبرير ذلك إلا بوجود وكالة أعطاها صاحب العمل للمهندس للقيام بما يجب من تصاميم ودراسات[1].

نقد النظرية: لقد تعرضت هذه النظرية للنقد من جانب الفقه، فقد أخذ عليها أن الوكالة عقد يفترض لقيامه اتفاق طرفين، وهذا الاتفاق لا يمكن أن يوجد ضمنا بمجرد الدخول في التفاوض، وإذا كان العدول عن الإيجاب يمنع قيام العقد الأصلي، فإنه يمنع من باب أولى قيام هذه الوكالة المزعومة.

ولكن يرد على ذلك بأن فكرة الوكالة الضمنية فكرة صحيحة لا غبار عنها، إذ أن القانون لا يشترط أن يكون قبول الوكالة صريحا بل يكفي أن يكون ضمنيا، كما لو بدأ الوكيل في تنفيذ الوكالة، دون أن يشير إلى قبوله بشكل صريح[2].

ومع ذلك فإننا لا نقبل فكرة الوكالة كأساس للمسؤولية في مرحلة التفاوض على العقد لأن هذه الفكرة أو النظرية تتعارض تماما مع فكرة التفاوض، ففي الوكالة يقوم الوكيل بالعمل باسم ولحساب الموكل ولا يعمل لحساب نفسه ولذلك لا يوجد تعارض بين مصالح الطرفين، وبعكس التفاوض على العقد، فإن كل متفاوض يعمل باسمه ولحسابه الخاص، ويسهر بكل جهد على حماية مصالحه فحسب، وحتى لو أدى ذلك إلى إهدار مصالح المفاوض الآخر، فالمصالح تكون متعارضة والأهداف متباينة خلال مرحلة التفاوض، ومن ثم لا يمكن أن نصف أن العلاقة بين المتفاوضين بأنها وكالة[3].

الفرع الثالث: نظرية الفضالة ونظرية فاجيلا

أ- نظرية الفضالة: نادى بهذه النظرية الفقيه الألماني "تون" الذي ذهب إلى تأسيس المسؤولية قبل العقدية على فكرة الفضالة، فقد اعتبر أن الشخص الذي وجهت إليه دعوة إلى التفاوض فضوليا يدير شأنا لرب العمل الذي وجهت إليه هذه الدعوة، ومن ثم يستطيع الرجوع على هذا الأخير عند فشل المفاوضات

1- د/ محمود جمال زكي، الوجيز في نظرية الالتزام، ط 3، د. ن. ع، مصر 1978، ص 132.

2- Cohérier, op cit, P 80.

3- Cohérier, op cit, P 81.

لاسترداد ما انفق عن طريق دعوى الفضالة، ذلك لأن النفقات التي قام بإنفاقها في سبيل الوصول في النهاية إلى إبرام العقد كان قد أنفقها تحقيقا للمصلحة المشتركة للطرفين، فهو وإن كان يهدف إلى تحقيق مصلحته الخاصة، إلا أنه يحقق في ذات الوقت مصلحة صاحب الدعوة، فيحق له بالتالي أن يسترد المصروفات التي أنفقها لمصلحته. وبذلك استطاع دون أن يتجنب الانتقادات التي وجهت إلى النظريات السابقة، ما دام أنه أخرج المسؤولية قبل العقدية من دائرة العقد، واعتبرها مسؤولية شبه عقدية[1].

نقد النظرية: ليس من المعقول الأخذ بفكرة الفضالة كأساس للمسؤولية في مرحلة التفاوض على العقد وذلك للأسباب التالية:

1- إن الفضالة تفترض أن يكون رب العمل جاهلا بتدخل الفضولي، حال أن المتفاوض يقوم بما يلزم للوصول إلى إبرام العقد بعلم من المتفاوض الآخر، بل ومن مشاركة منه أحيانا.

2- إن الفضولي يتولى القيام بشأن عاجل لرب العمل، في حين أن المتفاوض ليس في عجلة من أمره لكي يسارع بالاتفاق، إذا كان بإمكانه أن ينتظر ريثما يتأكد من نجاح المفاوضات.

3- إن المتفاوض يهدف إلى تحقيق مصلحة خاصة، فهو يهدف إلى دراسة جدوى العقد بالنسبة له، وكذلك الاستعداد للتنفيذ، وعدم إضاعة الوقت، بينما في الفضالة هو أن يتولى الفضولي شأن غيره، وهذا ما يتناقض مع التفاوض، وحتى وإن استفاد المتفاوض الآخر فإن ذلك يتم عرضا ودون قصد منه، ومن ثم يظل هذا العمل خارجا عن نطاق الفضالة[2].

4- وأخيرا فإن هذه النظرية ليست لها فائدة حقيقية في الحياة العملية، لأنها تقصر حق المتفاوض المضرور في التعويض على استرداد المصروفات التي أنفقها لمصلحة المتفاوض الآخر فحسب، دون التي أنفقها لمصلحته هو[3].

ب- في الفقه الإيطالي نظرية فاجيلا: لعل هذه النظرية هي الأولى من نوعها التي عالجت المسؤولية في مرحلة التفاوض بشكل مباشر وصريح، فقد ميزت بوضوح بين مرحلة التفاوض على العقد ومرحلة إبرام العقد، وأبرزت خصائص كل مرحلة، والآثار القانونية التي تترتب عليها، ويرجع الفضل في صياغتها إلى

1- د/ جمال زكي، المرجع السابق، ص 132.

2- د/ محمد حسام محمود لطفي، المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض، المرجع السابق، ص 48 وما بعدها.

3- د/ رجب عبد الكريم عبد اللاه، المرجع السابق، ص 256.

المستشار الإيطالي جبريل فاجيلا، وذلك في دراسة قيمة تناول فيها بعمق الفترة قبل العقدية من الناحية النفسية والاقتصادية والقانونية، وانتهى إلى إرساء مسؤولية شبه عقدية من نوع خاص[1].

أولا- مضمون النظرية

فهي ترتكز على ثلاث محاور رئيسية، ينطلق منها فجايلا ليركز على مصداقية نظريته:

المحور الأول: إن الفترة قبل العقدية ليست مكونة من مرحلة واحدة، بل هي تنقسم إلى ثلاث مراحل متتابعة، تتميز كل مرحلة بخصائص معينة، كما أن هذه الفترة لها قيمة قانونية وتترتب عليها أثار معينة.

المحور الثاني: في هذه المرحلة ما دام أن العقد لم ينعقد فإن كل طرف يحتفظ بكامل حريته في العدول عن التعاقد طيلة هذه الفترة.

المحور الثالث: أنه يجب التوفيق بين مبدأ حرية العدول والمسؤولية عن هذا العدول بحيث تنعقد المسؤولية في كل مرحلة من هذه المراحل بدرجات متفاوتة.

1- مراحل ثلاثة في الفترة قبل العقدية: يذهب فاجيلا إلى القول أن الطرفين يمران بثلاث مراحل وهما في طريقهما إلى العقد، وهي على التوالي: مرحلة المفاوضات التمهيدية ثم مرحلة صياغة الإيجاب، ثم مرحلة تصديره[2].

المرحلة الأولى: مرحلة المفاوضات التمهيدية: وهي من أولى المراحل خاصة عند إبرام العقود الهامة المركبة، فيتفاوض الأطراف حول العناصر العقدية الهامة، بمناقشة شروط العقد المختلفة يتبادل المقترحات والعروض، فإذا ما تم التوصل إلى اتفاق حول عناصر معينة، فإن الأطراف يقومون ببلورة هذه العناصر في اتفاقات متلاحقة كما يرى فاجيلا، وليست ملزمة ولا ترقى إلى مرتبة العقود، فهي عبارة عن اتفاقات جزئية، غير ملزمة للأطراف بشكل نهائي، فكل شيء متوقف على الاتفاق النهائي على مشروع العقد ككل. ويقول فاجيلا أن مرحلة المفاوضات تشبه مرحلة التشريع والتصويت عليه مادة بمادة، شريطة أن يتم التصويت على المشروع كله في النهاية، غير أن كلام فاجيلا غير دقيق بحيث أن أعضاء البرلمان لا يملكون الرجوع بعد التصويت على أمر وافقوا عليه من قبل، بينما في التفاوض على العقد يبقى الأطراف في حرية تامة بالرجوع، فكل طرف له حرية الرجوع على ما أقره أو الإنسحاب من التفاوض في أي وقت دون قيد أو شرط ولو عند ما يعرض عليه مشروع العقد في النهاية، أو يتراجع عن أجزاء منه ويأتي بأجزاء وعروض جديدة. فالواقع والقول دائما لفاجيلا: أن كل ما يحدث في مرحلة المفاوضات هو من قبيل

---

1 - د/ محمد حسام لطفي، المرجع السابق، ص 47.

2- د/ رجب كريم عبد اللاه، المرجع السابق، ص 243.

الأعمال التحضيرية من خلال اجتماعات ومناقشات وتبادل وجهات النظر، فلا شيء بات ولا محدد في هذه المرحلة، فليست هناك إنفاقات حقيقة، بل اتفاقات تمهيدية يحكمها الهدف منها وهو التحضير للعقد النهائي فكل طرف يعلن عن رضائه في هذه المرحلة، مع الاحتفاظ بحق المراجعة، أو الحق في العدول[1].

المرحلة الثانية: مرحلة صياغة الإيجاب: بعد الفراغ من مرحلة التفاوض، يعكف أحد الأطراف على صياغة مشروع العقد النهائي لتوجيهه إلى الطرف الآخر في صورة إيجاب نهائي، وهذا ما يحدث في الصفقات الكبرى كما يرى فاجيلا، وهذا بعد تحديد النقاط الجوهرية في إتفاقات متلاحقة، وعندئذ تتوقف المفاوضات وإن أخذت تتغير في بعض نقاط هذا الإيجاب النهائي يحق للطرف الآخر أن يقبل هذا الإيجاب أو يرفضه.

ولذا يرى فاجيلا وجود مرحلة بين التفاوض ومرحلة تصدير الإيجاب وهي مرحلة صياغة الإيجاب الذي يحق لأي طرف وفق ما تم التوصل إليه من تفاهم وحلول أثناء التفاوض، وكي يتم تصديره إلى الطرف الآخر، والاستعداد إلى الدخول في مرحلة إعلان الإرادة التي ينعقد العقد فيها نهائيا[2].

المرحلة الثالثة: مرحلة تصدير الإيجاب: هذه هي المرحلة الأخيرة في الطريق إلى إبرام العقد، فعندما ينتهي أحد الطرفين من صياغة الإيجاب فإنه يقوم بتصديره إلى الطرف الآخر، وبذلك يتم الإعلان رسميا عن الإرادة النهائية، والباتة في التعاقد وتتجسد في العالم الخارجي الملموس، فإن صادفها قبول مطابق انعقد العقد[3].

ثانيا: القيمة القانونية للمراحل الثلاثة قبل العقدية: يذهب الفقه عادة إلى القول بأن المراحل السالف ذكرها ليست لها أية قيمة قانونية وأن المرحلة الثالثة هي وحدها التي لها قيمة قانونية، وهذا التجاهل لم يرق للفقيه الإيطالي فاجيلا وهو ما نادى به بترتيب آثارها القانونية المحددة، وهذا ما يجب أن يكون في حقيقة الأمر سواء على المستوى التشريعي أو على المستوى الفقهي. فمرحلة التفاوض هي واقعة مادية لا يمكن أن تخلو من أي صفة قانونية في نطاق محدد وغير ممكن أن لا يعتد بها القانون، فضلا عن ذلك فإن الأطراف أو الطرفان يبرمان اتفاقات تمهيدية خلال مختلف مراحل التفاوض على العقد، لا يمكن أن تعتبر مجرد اتفاقات في الهواء، فقد تكون سببا لقيام المسؤولية، فوفقا للأعراف التجارية تعتبر بالفعل تصرفات قانونية يعتد بها القانون بل ويرتب عليها بعض الآثار القانونية أهمها المسؤولية، ويجب أن يوضع في مقدمة هذه

---

1 −Soleille, op cit, P 706.
2- Soleille, op cit, P 710.
3- Soleille, op cit, P 710.

الاتفاقات الاتفاق الأولي الذي يتفق بمقتضاه الطرفان على الدخول في التفاوض من أجل إبرام العقد في النهاية، وهو ما يعرف باتفاق التفاوض[1].

الآثار القانونية للمراحل الثلاث قبل العقدية: لقد اعتبر فاجيلا المراحل الثلاث هذه بمثابة وقائع قانونية نتيجة لآثار قانونية معينة وليس مجرد وقائع مادية لا يعبأ بها القانون، غير أنه عند ما حاول تحديد هذه الآثار تبنى فكرة سلبية وأخرى إيجابية لتلك الآثار، فقد رأى أن بعض الآثار تعجز هذه المراحل عن ترتيبها وهذه هي الآثار السلبية، في حين ثمة آثار أخرى ينبغي أن تترتب عليها آثار قانونية وهذه هي الآثار الإيجابية[2].

1- الآثار السلبية للمراحل الثلاث قبل العقدية: يرى فاجيلا إلى اعتبار أن منها بقاء لكلا الطرفين الحرية المطلقة في العدول في أي مرحلة من المراحل الثلاثة هذه وكحق مكفول لكلا الطرفين، مهما اختلفت تسميات هذا الحق يسمى قطع أو الانسحاب من المفاوضات، وبما أن القبول لم يصدر بعد في المرحلة الثالثة فإن كل طرف يظل حرا في أن يستمر أو أن يعدل عن التفاوض ككل.

2- الآثار الإيجابية للمراحل الثلاث قبل العقدية: إذا كان مجرد الدخول في المفاوضات يهدف إبرام عقد معين ينشأ عنها، كما رأينا واقع يحميه القانون، وتكون له قيمة قانونية، فإن هذه الأخيرة يجب أن يترتب عليها بعض الآثار الإيجابية والتي تتمثل فقط في قيام المسؤولية قبل العقدية، وقد عالج فاجيلا في هذا الصدد المسؤولية في المراحل الثلاث قبل العقدية، بحيث تنعقد المسؤولية في كل مرحلة من هذه المراحل بدرجات متفاوتة وقد بين فاجيلا شروط قيامها وأساسها ونطاقها على النحو التالي:

ثالثا- المسؤولية في مرحلة المفاوضات حسب فاجيلا

تقوم المسؤولية في هذه المرحلة حسب فاجيلا من الانسحاب التعسفي من المفاوضات وفق العصر الثلاث السالفة الذكر كما يلي:

أ- شروط المسؤولية: يشترط فاجيلا لقيام المسؤولية عن الانسحاب التعسفي من المفاوضات توافر أربعة شروط كمايلي:

1- الرضاء الصريح أو الضمني بالدخول في التفاوض.

2- عدم الاستناد إلى أسباب موضوعية

3- وجود قيمة مالية أهدرها الانسحاب من التفاوض

1- Soleille, op cit, P 713.

2- د/ محمد حسام محمود لطفي، المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض، المرجع السابق، ص 50.

4- وجود علاقة سببية بين الضرر والرضاء بالتفاوض

ب- أساس المسؤولية: وفق رأي فاجيلا فإن المسؤولية عن الانسحاب من المفاوضات، إذا كان المتفاوض قد انسحب دون الاستناد إلى أسباب موضوعية، أي أسباب اقتصادية، يرى فاجيلا أن الطرفان لا يتحملان التزام عقدي أثناء التفاوض، لأنه لو انسحب أحدهما من المفاوضات وكان انسحابه له مبرره من الناحية الموضوعية، فلا تقوم مسؤوليته حتى ولو أصاب الطرف الآخر ضرر من جراء ذلك[1].

والحقيقة أن فاجيلا يؤسس المسؤولية على فكرة الضمان القانوني، والذي يكمن في واقعة القبول الإرادي بالدخول في التفاوض، فبمجرد هذا القبول ينشأ ضمان قانوني يلتزم بمقتضاه كل طرف بعد الانسحاب من المفاوضات بدون مبرر موضوعي، وحتى لو رفض المتفاوض أن يتعهد بهذا الضمان، فإذا هو ضمان قانوني وليس ضمانا اتفاقيا. فإن المسؤولية عن الانسحاب من المفاوضات وفق رأي فاجيلا هي نوع من تحمل التبعة بموجب القانون، والذي يقوم على أساس العدالة وبسبب فعل الإرادة[2].

ج- نطاق المسؤولية: يحدد فاجيلا نطاق المسؤولية عند الانسحاب التعسفي من المفاوضات بالأضرار التي تحدث بعد قبول الطرف المنسحب الدخول في التفاوض فيقتصر التعويض على النفقات التي تكبدها الطرف المضرور بعد بدء المفاوضات بغية التحضير لإبرام العقد، وبذلك تخرج الأضرار الأخرى قبل الدخول في التفاوض لانقطاع العلاقة السببية بينها وبين الرضا بالتفاوض، أو الأرباح المنتظرة أو تفويت الفرص...الخ.

المسؤولية في مرحلة صياغة الإيجاب: بعد الاتفاق على النقاط الجوهرية للعقد، وبالتالي يحق لكل طرف التعويل على ذلك فيتجلى بالتالي على مختلف الفرص التي تعرض عليه، فإذا عدل الطرف الآخر بعد ذلك دون مبرر موضوعي فإنه يكون مسؤولا عن تعويض الطرف المضرور، ليس على نفقات التفاوض فقط، بل وعن الفرص الضائعة كذلك.

المسؤولية بعد تصدير الإيجاب: إذا صدر الإيجاب النهائي صارت له قيمة قانونية واقتصادية لا يمكن إهدارها دون تعويض فهو يعد إعلانا نهائيا على التعاقد، ورغم ذلك يظل الموجب حرا في الرجوع عن إيجابه طالما لم يصدر قبول مطابق ينعقد به العقد نهائيا، ومع ذلك فإنه إذا رجع في إيجابه التزم بمقتضى الضمان القانوني بتعويض الطرف الآخر، وتختلف المسؤولية في هذه المرحلة عن المسؤولية في المرحلتين السابقتين الأولى والثانية، إذ لا يشترط لقيامها أن يكون الرجوع في الإيجاب تعسفيا بل يكفي مجرد الرجوع

1- Soleille, op cit, P 714.
2- Soleille, op cit, P 724 et s.

فيه كي تقوم مسؤولية الموجب، سواء كان مبررا أو غير مبرر، والتعويض يشمل نفقات التحضير للعقد بل يشمل أيضا الفرص الضائعة[1].

تقدير النظرية: لا شك أن نظرية فاجيلا قد لعبت دورا فعالا في تحديد الطبيعة القانونية للمفاوضات العقدية، فقد أثار الكثير من الأفكار التي ترشد إلى الحل الصحيح، ومع ذلك فإنها لم تسلم من النقد، وذلك على التفصيل التالي:

أ- **مزايا النظرية:** تتميز نظرية فاجيلا بما يلي:

1-الاعتراف بأن للتفاوض على العقد قيمة قانونية حقيقية لا يمكن تجاهلها، وهي عبارة عن واقعة قانونية يحميها القانون ويرتب عليها آثارا قانونية إيجابية، هي قيام المسؤولية في حالة الانسحاب التعسفي من المفاوضات.

2- وجود رضا بين الطرفين على التفاوض بشكل صريح أو ضمني، فإنه يتحقق بمجرد الدخول في التفاوض.

3- يصبح الطرفان في التفاوض في مركز الدائن والمدين تنشأ بينهما علاقة قانونية خاصة، ترتب على عاتقهما التزامات حقيقية، وليس مجرد واجبات عامة كما يدعي البعض.

4- تحديد الالتزام في هذه المرحلة في عدم الانسحاب منها لأسباب اقتصادية بحتة، وبذلك تختلف نظرية فاجيلا على نظرية ايرنج التي لم تحدد مضمون الالتزام باليقظة عند إبرام العقد.

5- نبذ فكرة تحمل التبعة بمعناها الضيق، والتي تجعل كل قطع للتفاوض مصدرا للمسؤولية، فقد جعل فاجيلا الحرية التعاقدية هي الأصل، والمسؤولية التقصيرية هي الاستثناء فلا تقوم إلا إذا قطع التفاوض بشكل تعسفي بعدم وجود سبب موضوعي أي اقتصادي يبرر هذا الانسحاب، لأنه يكون قد أخل بمبدأ حسن النية السائد في المعاملات، وبذلك فإن هذه النظرية توافق الواقع العملي، وتستجيب لمقتضيات الحياة الاقتصادية الحديثة.

6- تقييد نطاق المسؤولية بالضرر المباشر الذي توجد بينه وبين التفاوض علاقة سببية فعلية، وهذا ما يتفق مع قواعد العدالة، بحيث لا يسأل المتفاوض إلا عن الأضرار التي تسبب في إحداثها بانسحابه من التفاوض[2].

1- د/ محمد حسام محمود لطفي، المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض، النسر الذهبي، للطباعة، مصر 1995، ص 48 وما بعدها.

2- Soleille, op cit, P 728..

ب- عيوب هذه النظرية: لقد انتقدت هذه النظرية من الفقه من عدة جوانب منها:

1- تبني تقسيم ثلاثي لمرحلة التفاوض لا يتفق مع الواقع، فهذه المراحل الثلاثة قد لا توجد في كل العقود فمرحلة التفاوض الأولى تنعدم في عقود الإذعان الغير قابلة للتفاوض، لذا يجب النظر إلى مرحلة التفاوض ككل لا يتجزأ، ولا داعي للتشدد في مرحلة صياغة الإيجاب، إذ لا يوجد في هذه المرحلة إلا مشروع إيجاب لم يتم الإعلان عنه أصلا.

2- الأخذ بمعيار غير منضبط للتفرقة بين الانسحاب التعسفي والانسحاب الغير تعسفي، وهو معيار المصلحة الاقتصادية، الذي يدق البحث في مدلوله والبحث عن النية الحقيقية لمن قطع التفاوض من طرف القاضي لمعرفة تبرير الانسحاب، إلا أن هذا المعيار فضفاض قد يتحجج صاحبه به عند انسحابه وهو في الأصل لا وجود له، وبذلك تنتفي مسؤوليته، ولا يمكن للقاضي الشك في هذا السبب الظاهر.

3- الاستناد لفكرة وهمية لتأسيس المسؤولية في مرحلة التفاوض، وهي فكرة الضمان القانوني التي لا أساس قانوني سليم لها، إذ أن الالتزام القانوني لا ينشأ إلا بنص قانوني خاص، لذلك لا يمكن قبول هذه الفكرة كأساس للمسؤولية في هذه المرحلة، كما أنه لا يخلو من التناقض، فرغم أن فاجيلا يعتبر هذا الضمان قانونيا وليس اتفاقيا، إلا أنه يشترط لوجوده رضا الطرفين بالدخول في التفاوض، وهذا الشرط يوحي بأن هذا الضمان اتفاقي، لأن الضمان القانوني لا يحتاج إلى رضا الطرفين بل يفرض عليهما بقوة القانون، وبدخول الطرفان في التفاوض هذا دليل على وجود اتفاق صريح أو ضمني على ذلك، وهذا يكفي لتأسيس مسؤولية الانسحاب من التفاوض، ولا داعي لافتراض وجود الضمان القانوني لتأسيس هذه المسؤولية.

4- التناقض بين الأفكار الأساسية للنظرية، فهي من ناحية تعترف بحق كل طرف في العدول ولو بعد صدور الإيجاب، في نفس الوقت يجعل الموجب مسؤولا، بمجرد عدوله عن الإيجاب ولو لم يكن متعسفا في هذا العدول، وهي بذلك تأخذ باليسار ما أعطته باليمين[1]، وهي من ناحية أخرى ترضى بقيام المسؤولية على الخطأ، في حين تشترط تعسف المنسحب من التفاوض دون سبب موضوعي يبرر انسحابه وبذلك فهي تنكر فكرة الخطأ.

والواقع أن كل ذلك لا يقلل من شأن النظرية ومالها من فضل في الطريق الصحيح، فقد كشف لنا ما للتفاوض من قيمة قانونية، وأن هناك دائما رضا متبادل من الطرفين للدخول في التفاوض، وأنه بهذا

1- د/ محمد حسام محمود لطفي، المرجع السابق، ص 52 وما بعدها.

الرضا تتكون بين الطرفين علاقة قانونية خاصة، وتنشأ على عاتقهما التزامات حقيقية وليست مجرد واجبات عامة[1].

المطلب الثاني: موقف الفقه والقضاء المعاصرين

كشف التفاوض في مجال التجارة الدولية النقاب عن ظهور نوع جديد من الاتفاقات التمهيدية يطلق عليه – اتفاق تفاوض – أو – عقد تفاوض – حيث جرت عادة المتفاوضين في هذا المجال على إبرام اتفاق مكتوب على التفاوض، وذلك بهدف وضع تنظيم اتفاقي لعملية التفاوض خاصة في التفاوض على العقود الهامة التي يحتاج إبرامها إلى إعداد طويل ودراسات عديدة.

وقد فرض هذا الواقع العملي الجديد نفسه على الفقه والقضاء المعاصرين، حيث اعترف كل منهما بالقيمة القانونية لاتفاق التفاوض واعتبره عقدا حقيقا كسائر العقود ينشئ على عاتق الطرفين التزامات حقيقية ويترتب على الإخلال بها قيام المسؤولية العقدية.

غير أن الفقه والقضاء المعاصرين لم يتخلص نهائيا من تأثير المفهوم التقليدي للتفاوض والذي يعتبر أن التفاوض مجرد عمل مادي غير ملزم لا يترتب عليه سوى المسؤولية التقصيرية، فقد تبينا اليوم تصورا جديدا يفرق بين الحالة التي يكون التفاوض فيها مصحوبا باتفاق تفاوض، وتلك الحالة التي لا يكون فيها مصحوبا باتفاق تفاوض، بحيث يكون الحكم مختلفا في الحالتين فيما يتعلق بطبيعة التفاوض والمسؤولية الناشئة عنها، وسنتعرض لكل ذلك من خلال الفروع التالية: الأول هو المفاوضات غير المصحوبة باتفاق للتفاوض، وأما الثاني فهو المفاوضات المصحوبة باتفاق للتفاوض، أما الفرع الثالث سنتطرق من خلاله إلى موضوع تأثير العولمة على المرحلة السابقة على التعاقد.

الفرع الأول: المفاوضات الغير مصحوبة باتفاق للتفاوض

يقصد بها تلك المفاوضات العقدية التي تتم دون اتفاق صريح ينظمها، وهي الصورة الغالبة للتفاوض، بحيث لا يهتم الطرفان عادة بوضع تنظيم اتفاقي لعملية التفاوض، وإنما يقوما بالدخول في التفاوض مباشرة دون أن يصيغا اتفاقهما على إجراء التفاوض، في ورقة مكتوبة ودون أن يصرحا بهذا الاتفاق، خاصة إذا كان العقد المراد إبرامه قليل الأهمية وغير معقد. وهنا تمكن المشكلة الحقيقية محل الدراسة وهي أنه لا يوجد نص قانوني خاص ينظم هذه العلاقة بين الطرفين، فضلا عن عدم وجود اتفاق

1– د/ حسام الأهواني، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص 80 وما بعدها.

– د/ محمد محمد أبو زيد، المفاوضات في الإطار التعاقدي، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر 1995، ص 12 وما بعدها.

صريح على التفاوض، ولهذا يثور التساؤل في هذه الحالة عن القيمة القانونية لمثل هذه المفاوضات، فهل تفلت هذه المفاوضات من رقابة القانون؟ وهل يكون الطرفان فيها في منأى عن أية مسؤولية؟ وإذا قيل بوجود هذه المسؤولية، فأي نوع من المسؤولية تلك التي تنشأ عن هذه المفاوضات؟ أو بالأحرى ماهي الطبيعة القانونية لمثل هذه المفاوضات؟ وسنحاول فيما يلي إيجاد إجابة لكل ذلك[1].

أولا- موقف القانون الفرنسي

ليس في التقنين المدني الفرنسي أي نص خاص يحكم مرحلة التفاوض، حيث كانت هذه المرحلة لا تمثل أي أهمية عند واضعوه، بل إن هذا التقنين لم يتضمن سوى بعض النصوص القليلة فيما يتعلق بتكوين العقد، ولذلك استعان الفقه والقضاء هناك على إرساء دعائم المسؤولية قبل العقدية على أساس القواعد العامة للمسؤولية المدنية.

وقد ذهب جمهور الفقهاء الفرنسيين ويؤدهم في ذلك القضاء إلى القول بأن المفاوضات الغير مصحوبة باتفاق صريح على التفاوض هي مجرد أعمال مادية غير ملزمة ولا يترتب عليها بذاتها أي أثر قانوني، فمجرد الدخول في هذه المفاوضات لا ينشئ على عاتق الطرفين أي التزام حتى لو توصلا إلى مشروع العقد النهائي، إذ طالما أن العقد لم ينعقد فإن المتفاوض لا يلتزم بشيء، بل يكون له مطلق الحرية في الانسحاب من المفاوضات في الوقت الذي يريد، دون أن يتعرض لأية مسؤولية أو أن يقدم أي مبرر لانسحابه، إلا إذا كان متعسفا في هذا الانسحاب كما لو وقعت منه تصرفات تتنافى مع الأمانة وحسن النية في التعامل، ففي هذه الحالة فحسب تقوم مسؤوليته التقصيرية إن توافرت شروطها[2].

لم يأخذ الفقه والقضاء الفرنسيان بنظرية الخطأ في إبرام العقد في ثوبها الجديد، والتي يقول أنصارها المحدثون بوجود اتفاق ضمني ينعقد بين الطرفين بمجرد دخولهما في التفاوض وينشئ على عاتقهما التزاما باليقظة في التفاوض، بحيث يكون المتفاوض مسؤولا مسؤولية عقدية إن هو أخل بهذا الالتزام، فقد أصبح هذا الرأي منبوذا تماما من جمهور الفقهاء في فرنسا، بدعوى أن هذا الاتفاق الضمني هو مجرد وهم لا أساس له من الحقيقة، إذ أنه لم يدر بخلد الطرفين مطلقا، ولهذا فإن المسؤولية لا تكون إلا تقصيرية، وخاصة عند قطع المفاوضات[3]، والواقع أن هذا الحل يضرب بجذوره في الماضي، فقد أخذت محكمة باريس في حكم قديم صدر في 13 فيفري 1883 قضت فيه بأن الوعد الخادع بالرضاء بالعقد يمكن أن

1- J. schmidt. op cit, P 315.

2-Ghestin, op cit, p 295..

3 - J. schmidt, op . cit, P 547.

- C. Larroumet, op cit, P 218

يشكل خطأ تقصيريا، دون أن يلزم الواعد عقديا وقد تواتر القضاء الفرنسي على ذلك حتى في أحدث أحكامه، وقد أدخل المشرع الفرنسي تعديلا للقانون يفرض فيه من خلال إدخال التعديل الجديد ل ق م ف في التفاوض بحسن النية في أحد مواده مبدأ التفاوض بحسن نية[1].

ثانيا – موقف القانون الألماني

لم يتضمن القانون المدني الألماني نصا عاما ينظم المسؤولية في مرحلة التفاوض، وإنما اكتفى واضعوه بالنص على بعض تطبيقات هذه المسؤولية في القانون الألماني المدني تاركين للفقه والقضاء مهمة إيجاد الحلول المناسبة للحالات الغير المنصوص عليها.

وقد تأثر الفقه والقضاء في ألمانيا بنظرية الخطأ عند إبرام العقد للفقيه الألماني ايرنج، حتى أصبح من المقبول لديهما أنه بمجرد الدخول في التفاوض من أجل إبرام العقد، تنشأ بين الطرفين علاقة قانونية خاصة تلزمهما بمراعاة الحرص والأمانة وحسن النية في التفاوض، ويترتب على الإخلال بهذه الالتزامات قيام المسؤولية قبل العقدية[2].

ويكمن أساس هذه المسؤولية وفقا لما انتهت إليه المحكمة العليا الحديثة في الثقة المتبادلة بين الطرفين، إذ يستطيع كل متفاوض أن يعول على الثقة التي أولاه إياها المتفاوض الآخر، بحيث يكون من حقه أن يحصل على تعويض عما أصابه من ضرر من جراء خيانة هذه الثقة، ويسلم الفقه والقضاء الألمانيان، بأن هذه المسؤولية قبل العقدية ليست مسؤولية تقصيرية وإنما هي نوع خاص من المسؤولية التقصيرية، أو هي بالأحرى مسؤولية شبه عقدية تطبق عليها قواعد المسؤولية العقدية.

أ – شروط المسؤولية قبل العقدية في القانون الألماني: يشترط لقيام المسؤولية قبل العقدية في القانون الألماني توفر ما يلي:

1 – أن يوجد بين الطرفين التزام بمجرد الدخول في التفاوض أو بمجرد الاتصال بينهما لذلك.

2 – أن يخل أحد الطرفين بأحد الالتزامات الناشئة في مرحلة التفاوض، انطلاقا من مبدأ حسن النية[3].

فقام الفقه الألماني بتصنيف هذه الالتزامات إلى ثلاثي أنواع:

أ – الالتزام بإعلام المتفاوض الآخر لظروف التي لا يعلمها والتي تكون مؤثرة في التعاقد.

ب – الالتزام بحماية حياة المتفاوض الآخر وصحته وأمواله.

---

1 – وفق المرسوم 2016/131 المعدل للقانون المدني الفرنسي بتاريخ 2016/02/10.

2 – هذا ما نصت عليه المواد 122 و179 و307 قانون مدني ألماني.

3 – هذا ما نصت عليه المادة 242 مدني ألماني.

ج- أن يكون الإخلال بالالتزام قبل التعاقد إلى الخطأ العمدي أو الإهمال من طرف المسؤول أو أحد تابعية.

ب- آثار المسؤولية قبل العقدية في القانون الألماني: تقوم المسؤولية المتفاوض أو على أحد تابعيه، وقد تقوم استثناء تجاه النائب أو الوسيط الذي شارك في عملية التفاوض، خاصة إذا قام هذا الأخير بخلق ثقة زائفة لدى الطرف الآخر. وبذلك يلتزم الطرف المسؤول بتعويض الطرف المضرور، وفقا لما أصابه على أساس المصلحة السلبية، حيث يلتزم بتعويض ما لحق المضرور من خسارة وما فاته من فرص[1].

ثالثا- موقف القانون السويسري

لم ينظم قانون الالتزامات السويسري بدوره المسؤولية قبل العقدية، تاركا ذلك للفقه والقضاء وقد اختلف الفقه السويسري حول الطبيعة القانونية للمسؤولية في مرحلة التفاوض، وقد ذهب فريق إلى اعتبار المسؤولية مسؤولية تقصيرية[2]، وذلك لأنه اعتبر المفاوضات عبارة عن أعمال مادية، وأن ما يخضع له الطرفان أثناء هذه المرحلة هو مجرد واجبات عامة، وليس التزامات بالمعنى الصحيح.

والرأي الراجح في الفقه السويسري يذهب إلى اعتبار المسؤولية في هذه المرحلة مسؤولية شبه عقدية تنطبق عليها قواعد المسؤولية العقدية في القانون الالتزامات السويسري[3]، وذلك باعتبار أن الإخلال بالواجبات قبل العقدية هي في الحقيقة التزامات قانونية يعد الإخلال بها خطأ يقيم المسؤولية الشبه عقدية، وهذا ما استقر عليه القضاء السويسري، وطبق عليها قواعد المسؤولية العقدية، فبعد تردد من المحكمة الفيدرالية في هذا الشأن استقرت على الأخذ بفكرة الخطأ المفترض في إطار هذه المسؤولية، وهي الفكرة المعمول بها في مجال المسؤولية العقدية طبقا لما نص عليه قانون الالتزامات السويسري، مما مؤداه أن المتفاوض المضرور لا يكون ملزما بإثبات الخطأ في جانب المتفاوض المسؤول، وإنما يكون هذا الخطأ مفترضا ويقع على عاتق المتفاوض المسؤول عبء اثبات انتفاء الخطأ[4].

1- هذا ما نصت عليه المواد 249 و252 مدني ألماني.

2- وهذا وفق حكم المادة 41 من قانون الالتزامات السويسري.

3- وهي الواردة في المادة 97 من قانون الالتزامات السويسري قانون التزامات سويسري.

4- وهذا طبقا للفقرة الأولى من المادة 97 من قانون الالتزامات السويسري.

كما أن هذه المحكمة تطبق أحكام المسؤولية العقدية عن فعل الغير في مجال المسؤولية القبل عقدية، غير أن هذه المحكمة تعتد بالتقادم القصير للمسؤولية قبل العقدية، فتأخذ بالتقادم السنوي الخاص بالمسؤولية التقصيرية، ولا تأخذ بالتقادم العشري والخاص بالمسؤولية العقدية[1].

رابعا – موقف القانون الإيطالي

ينفق القانون الإيطالي مع الاتجاه التقليدي في موقفه من المفاوضات العقدية غير المصحوبة باتفاق تفاوض، حيث يعتبر هذه المفاوضات مجرد أعمال مادية غير ملزمة، فيجوز لأي من الطرفين من حيث المبدأ أن يقطع هذه المفاوضات في أي وقت دون أن يتعرض لأي مسؤولية.

غير أن القانون المدني الإيطالي يتميز بكونه يتضمن نصا خاصا يلقي على عاتق الطرفين التزاما بالتفاوض بحسن نية، والذي ينص على:« يلتزم الطرفان بإجراء التفاوض وإبرام العقد بحسن نية »، وبذلك أزال المشرع الإيطالي أي شك في وجود هذا الالتزام في مرحلة التفاوض، وذلك لا يعني أن المسؤولية قبل العقدية قد أصبحت مسؤولية عقدية أو شبه عقدية في القانون الإيطالي، وإنما تظل هذه المسؤولية تقصيرية، وهذا ما أكدته محكمة النقض الإيطالية صراحة[2].

خامسا: موقف القانون الأنجلو أمريكي

إذا اتجهنا إلى هذه البلاد لوجدنا مفهوما للتفاوض يختلف إلى حد ما عن المفهوم السائد في البلاد الأخرى (Civil Law) وسنحاول أن نبينه باستعراض ذلك في القانون الإنجليزي والقانون الأمريكي.

1 – القانون الإنجليزي: لا يعترف هذا القانون بمبدأ عام يقضي بالالتزام بالتفاوض، فالمفاوضة عنده مجرد عملا ماديا غير ملزم، ولو عند قطع المفاوضات بشكل متعسف، وحتى لو أصاب الطرف المقابل ضرر من جراء ذلك، إن القانون الإنجليزي يتبنى مبدأ يقضي بأن – يتحمل المرء مخاطر تفاوضه. وقد ذهب القضاء الإنجليزي الحديث إلى ترتيب المسؤولية التقصيرية على المتفاوض في بعض الحالات، خاصة إذا ثبت أنه ارتكب غشا أو تدليسا خلال المفاوضة، أو دخل في التفاوض بهدف الحصول على معلومات سرية من الطرف الآخر، ويستند القضاء في ذلك إلى فكرة التعويض عند الإدلاء ببيانات كاذبة، أثناء تكوين العقد[3].

1– التقادم السنوي المنصوص عليه في المادة 60، والتقادم العشري الخاص بالمسؤولية العقدية المنصوص عليه في المادة 127 من قانون الالتزامات السويسري.

2– هذا ما نصت عليه المادة 1337 من القانون المدني الإيطالي.

3- M. Fontaine, op cit, P 34.

وهكذا فإن القانون الإنجليزي لا يفرض التزاما عاما بالتفاوض بحسن نية، وإنما يعالج كل حالة على حدة، ويقدم حلولا فردية للمشكلات الناجمة عن الإخلال بالعدالة في مرحلة المفاوضات[1].

2- القانون الأمريكي: على غرار القانون الإنجليزي فإن القانون الأمريكي لا يفرض قيودا أو التزامات على عاتق الأطراف المتفاوضة، بل أنه يحق لهم مطلق الحرية في التفاوض، وذلك حتى لا يحجم الناس عن الدخول في المفاوضات، الأمر الذي يلحق الضرر الجسيم بالتجارة والمعاملات، فالتفاوض عندهم يقوم على الاحتمال والمخاطرة، فإن لحقه ضرر ما من هذه المفاوضة فلا يلمون إلا نفسه، والتفاوض في ظل القانون الأمريكي يمكن أن يرتب المسؤولية التقصيرية، خاصة إذا ما لجأ أحد الأطراف إلى الغش والتدليس، على أن المحاكم الأمريكية لا زالت لم تقرر الالتزام العام بالتفاوض بحسن نية[2].

3- القانون المصري: نجد أن القانون المصري يشابه في حلوله القانون الفرنسي، إن القانون المدني المصري لم يتضمن بدوره أي نص خاص بمرحلة التفاوض على العقد، تاركا للفقه والقضاء مهمة الاجتهاد لإيجاد الحلول المناسبة وفقا للقواعد العامة[3].

4- القانون الجزائري: لقد حذا القانون الجزائري حذو سابقيه من القانون الفرنسي والمصري، إذ أن القانون المدني الجزائري لم يتضمن أي مواد تنظم مرحلة التفاوض على العقد، وحتى الفقه لم يعطي لهذه المرحلة الهامة الأهمية اللازمة من الدراسة والتحليل والتأصيل ويبقى القضاء في ذلك محكوما بالقواعد العامة كذلك لإيجاد الحلول اللازمة، وهذا نظرا لندرة ما طرح من منازعات على القضاء في هذا الشأن.غير أن الفقه في الجزائر وحتى في مصر غالبا ما يمر سريعا أمام هذه المرحلة، غير أن الدراسات الفقهية التي تبحث هذه المرحلة بالبحث المتعمق قليلة للغاية، لكن في الأيام الأخيرة هذه بدأنا نلاحظ بعض المحاولات التي بدأت تناقش هذا الموضوع من بعض جوانبه مما يجعل الرأي يتجه في هذا الصدد إلى اعتبار مراحل التفاوض ليس إلا أعمالا مادية لا يترتب عليها أثر قانوني، ولو عند قطع المفاوضة عملا بمبدأ حرية التعاقد، وبالتالي يمكن للطرف المتفاوض أن ينسحب من التفاوض في أي وقت يريد ولا يخشى أي مسؤولية، وحتى وإن كان متعسفا في انسحابه وعدوله، وفي حالة إحداث ضرر للطرف الآخر من خلال كل ذلك تقوم

1- د/ هاني صلاح سري الدين، المفاوضات في العقود التجارية الدولية، دراسة مقارنة في القانون المصري والإنجليزي، مجلة الأحكام، المجلد الرابع 1996، ص 69.

2- محمد حسين عبد العال، التنظيم الاتفاقي للمفاوضات العقدية، المرجع السابق، ص 121 وما بعدها.

3- د/ بلحاج العربي، نظرية العقد في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص 81.

المسؤولية العقدية القائمة على أساس الخطأ الذي يقبل إثبات العكس، وعلى الطرف المضرور عبء إثباته[1].

وطبقا للقواعد العامة فلا محل للمسؤولية العقدية بين الطرفين لانتفاء المسؤولية العقدية في هذا الإطار، إذا تقوم المسؤولية التقصيرية إذا توفرت شروطها، وما دام أن التفاوض عمل مادي وليس تصرفا قانونيا فإن الشخص الذي يكلف بالتفاوض لا يكون نائبا بل مجرد وسيط، أن النيابة تكون في التصرفات القانونية فقط[2].

الفرع الثاني: المفاوضات المصحوبة باتفاق للتفاوض

يقصد بذلك تلك المفاوضات التي تتم بناء على اتفاق صريح من الطرفين، وذلك بأن يكون الطرفان قد صرحا قبل الدخول في التفاوض باتفاقهما على التفاوض من أجل إبرام عقد معين، وغالبا ما يكون هذا الاتفاق مكتوبا ويتضمن تنظيما لعملية التفاوض بين الطرفين سواء عند نجاح هذه العملية أو عند فشل عملية التفاوض ككل، وقد ازدادت هذه الصورة من صور المفاوضات في العصر الحديث، خاصة في العقود الهامة والمركبة منها، وهذا ما ندعو إليه نحن اليوم بتقنين ذلك في القانون المدني الجزائري قبل التطرق إلى موضوع العقد فيه، أن يخصص جانبا لموضوع التفاوض وخاصة على العقود ذات الأهمية الاقتصادية والمالية البالغة[3].

وفي الواقع العملي فإن كل طرف يدخل في التفاوض وهو يتجاذبه عاملان هما: عامل حرية التفاوض، والثاني هو أمن المفاوضات، ويزداد هذا الأخير أهمية كلما زادت القيمة الاقتصادية للعقد المتفاوض عليه، إذ يستلزم الكثير من الوقت والجهد والإنفاق والدراسات اللازمة من أجل الإعداد الجيد للعقد للتفاوض عليه، وتزداد هذه الأهمية أكثر بالنسبة للطرف المتلقي أو المستهلك أو الضعيف في هذه العلاقة من عدة جوانب علمية كانت أو فنية أو حتى من جانب اليد العاملة المؤهلة في ميادين أكثر دقة من الجانب الفني، وهذا ينطبق في كثير من الحالات على بلدنا الجزائر، مما يجعل هذا الطرف (المدين) في حالة ماسة إلى ما يضمن جدية وأمانة التفاوض ويكفل له عدم إهدار موارده المالية ومجهوداته ووقته والفرص التي قد تتاح إليه، وخاصة كما قلنا أن القانون لم ينظم مرحلة التفاوض بنصوص خاصة في القانون الجزائري، مما يجعل من المتفاوض المضرور إلا الاعتماد على أساس المسؤولية التقصيرية وعليه بالطبع عبء إثبات شروطها، وقد يخفق الطرف المضرور في إثبات ذلك فتضيع حقوقه سدى، والأمر متروك للقضاء الذي يعتبر التفاوض عملا ماديا.

ومن أجل التوفيق بين كل ذلك يحرص الطرفان في كثير من الأحيان على وضع تفاوضهما في إطار تعاقدي وذلك بأن يبرما اتفاقا صريحا على التفاوض يتضمن تنظيما لحقوقهما والتزاماتهما أثناء سير أو فشل التفاوض، وكثيرا ما يتفقا على صياغة هذا الاتفاق في ورقة مكتوبة بشكل منظم وواضح، فالأكثر

1- د/ بلحاج العربي، مشكلات المرحلة السابقة على التعاقد، د. م. ج، الجزائر، ص 45 وما بعدها.

2- د/ عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، رقم 100، ص 263.

3- وهذا قبل المادة 54 من القانون المدني الجزائري.

من ذلك كيف يكون الحال لو كان هذا الأمر مقنن في شكل خاص يحدد كل ما سبق ذكره، ومنه إذا أخل أحد الطرفين بالتزاماته الناشئة عن هذا الاتفاق، فإنه يكون مسؤولا مسؤولية عقدية وبذلك يبعدون المسؤولية التقصيرية عن نطاق تفاوضهما مما يسهل لكل طرف إقامة الدليل على مسؤولية من حاد منهما عن جادة حسن النية أثناء التفاوض وما ترتبه من التزامات فرعية.

وهذا الاتفاق ينشئ التزاما بالتفاوض ببذل العناية وليس بتحقيق نتيجة، فلكل طرف حق العدول في أي وقت طالما تم بحسن نية، لذا فإن اتفاق التفاوض يكفل لكل طرف حق العدول والأمان في نفس الوقت أثناء مختلف مراحل التفاوض على العقد.وبالتالي ومن خلال هذا الاتفاق يتم تنظيم عملية التفاوض بشكل مؤقت وتحديد مختلف الالتزامات والحقوق بشكل واضح، ثم تحديد أعباء ونفقات التفاوض وتنظيم آثار المسؤولية عند قطع التفاوض بشكل تعسفي كوضع شرط جزائي أو شرط تخفيف أو الإعفاء من المسؤولية.ويطلق على اتفاق التفاوض في الحياة العملية عدة تسميات أهمها:"الاتفاق المبدئي" و"عقد التفاوض" و"اتفاق التفاوض".

فإذا كانت المفاوضات مصحوبة بهذا الاتفاق على التفاوض ينقلب الوضع تماما من مجرد عمل مادي إلى تصرف قانوني ملزم، وتتغير المسؤولية من تقصيرية إلى عقدية، والفقه الذي كان ينكر فكرة وجود اتفاق ضمني بالتفاوض ويعتبرها مجرد وهم، لم يتردد في الاعتراف باتفاق التفاوض، شريطة أن يكون صريحا، إذ لو كان ضمنيا فإنه يرد إلى ساحة الوهم.

وفيما يلي نتناول موقف القانون المقارن من اتفاق التفاوض:

أولا- موقف القانون الفرنسي

لقد اعتبر الفقه والقضاء الفرنسيان اتفاق التفاوض الصريح اتفاقا حقيقيا ينشئ التزامات حقيقية، يترتب على الإخلال بها قيام المسؤولية العقدية، وذلك لأن القانون الفرنسي يعتد بأي اتفاق متى تم الرضاء به، آخذا بمبدأ الرضائية في إبرام العقود، كما أن هذا الاتفاق ليس ما فيه ما يخالف النظام العام والآداب العامة، وبالتالي فلا مانع من الاعتداد به[1].

ثانيا- موقف القانون الأنجلو أمريكي

إنه يتخذ موقفا مخالفا لموقف القانون الفرنسي بشأن اتفاق التفاوض، ولبيان ذلك نتعرض لموقف القانون الإنجليزي ثم القانون الأمريكي من هذا الاتفاق:

1- وفق نص المادة 1142 من القانون المدني الفرنسي.

1- موقف القانون الإنجليزي: إن القانون الإنجليزي يشترط فضلا عن الشروط المعروفة توافر شرط آخر لقيام العقد ونفاذه ألا وهو شرط المقابل، فالقانون الإنجليزي لا يأخذ بمبدأ الرضائية وأن العقد شريعة المتعاقدين في إبرام العقود، وإنما يجب أن يستند هذا الاتفاق إلى مقابل مادي كي يعتبر عقدا ملزما قانونا، فالمتعاقد يلتزم قانونا بتنفيذ ما تعهد به إذا كان قد تلقى مقابلا لتعهده.

فالعقد في القانون الإنجليزي هو عبارة عن صفقة يقوم على أساس التبادل المادي بين طرفيه، وذلك لأن القانون الإنجليزي في الأصل هو قانون تجاري وليس قانونا مدنيا ذو طبيعة اقتصادية دون أخلاقية، فالعقد الذي يعتد بهذا القانون هو الذي يعود بفائدة اقتصادية على المجتمع، لهذا جاء شرط "المقابل" ليضع معيارا موضوعيا يتم التمييز به بين الاتفاق الملزم والاتفاق الغير ملزم[1].

وكنتيجة لما سبق ذكره فإن هذا القانون لا يعترف باتفاق التفاوض، فهذا الاتفاق لا يعتد به في القانون الإنجليزي لأنه لا يستند إلى مقابل مادي ونظرا لاحتمالية نتائجه، أي نجاح التفاوض أمرا احتمالي، ولهذا فإن المحاكم الإنجليزية لا تعترف باتفاق التفاوض ولا ترتب عليه أي أثر قانوني حتى ولو كان هذا الاتفاق صريحا، فحسب القانون الإنجليزي فإنه لكل متفاوض أن يسعى لتحقيق مصالحه الخاصة على النحو الذي يناسبه دون أن يلتزم بالتفاوض بحسن نية، حتى ولو كان اتفاق التفاوض صريحا، إذ أن الاتفاق لا يلزمه شيء. غير أن المحاكم الإنجليزية حديثا بدأت تتجه إلى الاعتراف باتفاق التفاوض وترتيب بعض الآثار عليه، خاصة إذا كان صريحا، وحتى لو قضى وقرر أن اتفاق التفاوض هو اتفاق غير نافذ بالنظر لغموضه وغير محدد المعالم، إلا أن ذلك لا يمنع من استخلاص التزام التفاوض بحسن نية من هذا الاتفاق[2].

2- موقف القانون الأمريكي: وكذلك يرفض القانون الأمريكي الاعتراف باتفاق التفاوض أو ترتيب جزاء على الإخلال به لانتفاء عنصر المقابل، وغموض واحتمالية الآثار المترتبة عنه.

لكن المحاكم الأمريكية شأنها في ذلك شأن المحاكم الإنجليزية في الآونة الأخيرة، بدأت تتجه إلى الاعتراف باتفاق التفاوض وترتيب المسؤولية العقدية عن الإخلال به، وخاصة إذا كان هذا الاتفاق على التفاوض صريحا، ومن أجل ذلك يحاول القضاء الأمريكي أن يكون أكثر مرونة بخصوص شرط المقابل

1- د/ محمد حسام محمود لطفي، المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض، المرجع السابق، ص 09 وما بعدها.

2- د/ رجب كريم عبد اللاه، المرجع السابق، ص 284 وما قبلها.

في هذا الاتفاق، مما جعلها تلعب دورا هاما إيجابيا في مجال التفاوض على العقد، وهذا ما برز بشكل خاص في قضية تكساكو بيزويل الشهيرة[1].

3- موقف القانون المصري: بالرغم من عدم وجود أحكام قضائية في هذا الصدد، رغم أن محكمة النقض المصرية التي اعتبرت التفاوض مجرد عمل مادي غير ملزم، إلا أن الفقه المصري الحديث لم يتردد في أن يعترف باتفاق التفاوض خاصة الصريح منه، فهو اتفاق صحيح لا غبار عليه، يقيم المسؤولية العقدية عند الإخلال به[2].

إن الاتجاه الحديث يفرق بين صورتين من صور التفاوض، فإذا كانت غير مصحوبة باتفاق صريح للتفاوض فإنها تعتبر مجرد عمل مادي لا يترتب عليها أي أثر قانوني ولا يكون المتفاوض مسؤول عن عدوله إلا إذا اقترن ذلك بخطأ مستقل تتحقق معه المسؤولية التقصيرية، وذلك باستثناء القانونين الألماني والسويسري اللذين يعتبران المسؤولية في هذا النوع من المفاوضات مسؤولية شبه عقدية، فإذا كانت مصحوبة باتفاق صريح على التفاوض اعتبرت هنا المسؤولية عقدية[3].

ونحن ننادي للأخذ بالطبيعة العقدية للمفاوضات من خلال وضع نصوص قانونية لهذه المرحلة الهامة، لأنه أصلا التفاوض يتم بالاتفاق وليس بالصدفة في العقود الأعمال ذات الأهمية الخاصة، وقد يكون التفاوض المتفق عليه في حد ذاته بإرادة الأطراف هو المشروع الأصلي للعقد النهائي والواقع العملي يشهد على ذلك في كثير من الحالات، فأولا يتم الاتفاق من حيث المبدأ على الهدف، ثم يتم الدخول في التفاوض على التفاصيل المختلفة، والتي قد تدوم وقتا طويلا فإذا توصلا إلى اتفاق بشأنها، قاما بإبرام العقد في نهاية العملية التفاوضية.

الفرع الثالث: تأثير العولمة على المرحلة السابقة على التعاقد

إن المتابع للتطورات الاجتماعية والفنية والاقتصادية، التي شهدها العالم الحديث منذ بداية القرن التاسع عشر، يلاحظ محاولات لدراسة مرحلة تكوين العقد والسعي المتبادل والمتواصل لإبرامه، وما يتخلله من سلوك الأفراد الساعين لإبرامه، بكل ما يترتب عن ذلك من نتائج.

1- سنتطرق لها لاحقا بالتفصيل، من هذه الأطروحة..

2- د/ حسان الأهواني، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص 80.

3- طالع المادة 215 من القانون المدني المصري.

وهذا ما يمكن ملاحظته في الأسرتين القانونيتين الأنجلو سكسونية والرومانو جرمانية بالرغم من اختلاف فلسفتهما بالنسبة للعقد، إلا أن ظاهرة العولمة التي لم يسلم منها ومن قبضتها حتى القانون، وخاصة مرحلة التفاوض على العقد[1].

أولا- العولمة والمرحلة السابقة على التعاقد

إن العولمة هي ظاهرة كبيرة، تظهر عبر التموين المتتابع في السوق على المستوى التجاري وتتميز بتنقل الممتلكات والخدمات ورؤوس الأموال والقوى المنتجة والأشخاص إذا فهي تعتمد على الترابط الاقتصادي، إلا أنها لم تعتمد على ذلك فقط وإنما امتدت إلى ميادين أخرى مثل: الاتصال والتكنولوجيا والبيئة والعلوم والثقافة وحتى القانون لم يسلم من قبضتها، حتى ظهر ما يعرف بظاهرة عولمة القانون، وتم اعتبار التدفقات المالية كأحد الآثار الاقتصادية الكبرى للعولمة، فقد أجبر خطر هجرة هذه التدفقات وعدم استقرار مجتمعات الدول القومية على مرافقة هذا التحرك عوضا عن محاولة السيطرة عليه. إن الحرية الاقتصادية والعلاقة التعاقدية الدولية جعلت مختلف الأنظمة القانونية في منافسة، وقد نجحت هذه الأنظمة وسمحت للأطراف باختيار القانون الأكثر ملائمة للنموذج القانوني المتعاقد عليه في إطار عملية قانونية محددة[2].

لذلك فإن الدول أصبحت مجبرة على منح عناية خاصة للمتطلبات القانونية للمتعاملين الاقتصاديين وأطراف التجارة الدولية، قصد المحافظة على توازنها وقوتها المالية والاقتصادية، وهذا ما جعل بطريق غير مباشرة يظهر هذا التوافق في الأنظمة القانونية للدول.

فتظهر آثار العولمة بشكل واضح أثناء المرحلة السابقة على التعاقد وهي مرحلة لم تتوقف في استقطاب الاهتمام خاصة في عقود الأعمال الدولية، وهذه الأهمية مستوحاة من القيمة المتزايدة للعقود المتفاوض بشأنها وطول المحادثات وكذا الاستثمارات والجهود التي تقتضيها هذه العقود[3].

ثانيا- نظرة الأنظمة القانونية إلى المرحلة السابقة على التعاقد

تظهر الطبيعة التجارية للقانون الأنجلوسكسوني من خلال نظرته السابقة للتعاقد بالإنفرادية، يتحمل الطرف المفاوض مخاطر هذا العمل من خلال انقطاعه تتجسد هذه الحرية المطلقة للتفاوض التي تسمح

1- مقال للأستاذ / نجيب عيسى، آثار العولمة على المسؤولية السابقة للتعاقد، الأكاديمية للدراسات الاجتماعية والإنسانية، قسم العلوم الاقتصادية والقانونية، العدد 14، جوان 2014، ص 81.

2- مقال للأستاذ/ نجيب عيسى، آثار العولمة على المسؤولية السابقة للتعاقد، نفس المرجع ، ص 82..

3- مقال الأستاذ/ نجيب عيسى، المرجع السابق، ص 15..

بقطع التفاوض في أي وقت ودون أي تبرير، ولأي سبب كان، وبالتالي لن يكون هناك أي التزام بمواصلة التفاوض إلا إذا كانت هناك أسباب جدية للقطع، وهذا ما تجسد في القضية المشهورة walfordv. Miks[1]، وقد اعتبر أن الالتزام بالتفاوض بحسن نية لا يتوافق مع حالة التنافس الموجودة بين المتفاوضين، والتي يحق لكل طرف أحس بها أن لا يدافع إلا عن مصالحه الخاصة، لذا يجوز لكل طرف حسب هذا المنطق الإنسحاب من المفاوضات دون مبرر إذا كان له مصلحة في ذلك[2].

إذا حاولت هذه الأنظمة وضع توازن معين في المرحلة السابقة للتعاقد، بين حرية التفاوض، والحاجة إلى أمن قانوني، الأمر الذي يحث المتعاملين الاقتصاديين على الأخذ بالمبادرة بالتفاوض والاستثمار دون الخوف من وقوع خسائر ناجمة عن الصفة العشوائية للمفاوضات، لذا تفهم الحرية ورهان المنافسة ومتطلبات الأعمال في هذه الأنظمة في إطار التعاون والاحترام المتبادل لمصالح الأطراف[3] الدول القارية التي طورت تزاوج إجباري بين القانون والاقتصاد، أجبرت على الالتفاف حول النموذج الإنجلوسكسوني قصد الحفاظ على قوتها التنافسية على الصعيد الدولي. فإن كانت هذه النتيجة صالحة في مختلف ميادين القانون فهي ليست صحيحة أثناء المرحلة السابقة على التعاقد. إن هيمنة القانون الأنجلوسكسوني قد اهتزت فاسحة المجال للنظام الرومانوجرماني الذي حقق نجاحا أكبر على الصعيد الدولي، والذي نجده كثيرا يلبي مصالح التجارة والمتعاملين الدوليين. إن الحرية التعاقدية المطلقة التي طغت على القانون الأنجلوسكسوني والتي أخذت شهرتها في المجالات القانونية الأخرى، لها أثر عكسي أثناء المرحلة السابقة على التعاقد، لأن السوق تجد حسابها في نظام الحرية المقيدة، ومن خلال ذلك بدأ النظام الأنجلوسكسوني يراجع نفسه لمواكبة التطورات في التعاملات والتعاقدات، وفرض ذلك تعديلا على الفلسفة الفردية الأنجلوسكسونية، وثم التعبير عن ذلك بوصفه في قرار محكمة الاستئناف بكاليفورنيا في قضية Kevina. Copeland v. Baskin Robbins USA بالولايات المتحدة الأمريكية. فضلا عن ذلك نلاحظ التقارب الكبير لخطابات المحكمة من ذلك التبني منذ وقت طويل في الأنظمة الرومانو جرمانية. كما أنها أكدت بأنه:« لقد انتهت الأيام التي كان يجلس فيها الأجداد حول النار ويتفاوضون حول تبادل الفؤوس الحجرية مع جلود الدببة، فاليوم الرهانات أكثر أهمية والمفاوضات أكثر تعقيدا، فنادرا ما تنعقد الصفقات في جلسة واحدة من المفاوضات، فالعقود اليوم لا تأخذ وقتا طويلا فقط بل أنها تتطلب تكاليف

1- Rabih monzer, La négociation des contrats internationaux, un essai d'harmonisation des Régimes juridiques Romano germaniques et Anglo- Saxons, LGDJ, 2008, P 193.

2- M. Fontaine et F. de HY. Lettres d'intention in droit des cantrats i internationaux, analyse et redaction de clause, 2emeéd . FEC Brulant, 2003, P 05 et s.

3- أ/ نجيب عيسى، آثار العولمة على المسؤولية السابقة للتعاقد، مرجع نفسه ، ص 82.

وجهد وسائل فنية أيضا». لهذا يجب أن يحصل الأطراف على بعض الضمانات، بأن لا تتأثر أموالهم ومشاريعهم ومجهوداتهم للتمديد الغير مفيد للمفاوضات، أو تبديل رأي الطرف الذي استفاد من الموقف الضعيف الذي سببه هذا التفاوض[1].

ولتحقيق هذه الغاية وتجاوز غياب مبادئ عامة يمكن تطبيقها في القانون الأنجلوسكسوني، جعلت أنظمة القانون العام بعض آلياتها القديمة ملائمة لمتطلبات المرحلة السابقة للتعاقد، وقد اعتمدوا في ذلك على الأثراء بلا سبب مصورين ما أصبح يعرف Picemeal solution (حلول حالة بحالة) للمشاكل غير العادلة أثناء هذه المرحلة السابقة على التعاقد[2].

إن المسؤولية التقصيرية تترتب في حالة الإدلاء بمعلومات كاذبة، أما الإثراء بلا سبب فيه العمل به أثناء القطع التعسفي للمفاوضات ، فالأولى تستخدم في القانون الإنجليزي وتطبق خاصة أثناء إنجاز أعمال أولية بناء على طلب أحد المتفاوضين. أما الثانية تستخدم في الولايات المتحدة الأمريكية وتسمح بمنع المفاوضين من الرجوع عن وعودهم إذا خلقوا ثقة مشروعة فيما تخص الإبرام المستقبلي للعقد. إن تنوع الوسائل المطبقة من طرف الأنظمة القانونية الرومانوجرمانية، والأنجلوسكسونية في مرحلة المفاوضات قد تم تجاوزه بتقارب فلسفتهما القانونية الحالية تأثير ظاهرة العولمة، ويظهر ذلك بتجانس الحلول التي يقترحانها سواء على مستوى الالتزامات السابقة للتعاقد أو المسؤولية المترتبة على ذلك[3].

ثالثا – تقارب الأنظمة القانونية من خلال التزامات مرحلة التفاوض

انتهت الأنظمة الأنجلو سكسونية والرومانو جرمانية تحت تأثير ظاهرة العولمة إلى تبني نفس الالتزامات السابقة، سامحة بالحفاظ على التوازن بين حرية المفاوضين وأمنهم القانوني.

ما يلاحظ إذا بعد تقارب الالتزامات، تم تكوين أخلاقيات للتعاقد حقيقية مشتركة لجميع هذه الأنظمة متخطية إذا الاختلافات الثقافية والعلمية والفنية والاقتصادية، وهي مصنفة زمنيا في فئتين: الأولى المفروضة أثناء عملية التفاوض في حد ذاتها، أما الفئة الثانية وهي الالتزامات المفروضة في نهاية عملية التفاوض على العقد[4].

1– د/ نزيه محمد الصادق المهدي، الالتزام قبل التعقد، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر 1982، ص 201 وما بعها.

2– أ/ نجيب عيسى، المقال، المرجع السابق، ص 83.

3– أ/ نجيب عيسى، نفس المرجع ، ص 84.

4– هذا ما سنتطرق له بالدراسة فيما سيأتي في هذه الدراسة.

المطلب الثالث: محاولة لإرساء الطبيعة العقدية للمرحلة السابقة على التعاقد

إن التفرقة التي أقامها الفقه والقضاء المعاصران بين المفاوضات التي تكون مصحوبة باتفاق صريح، أو باتفاق ضمني بالدخول في المفاوضات العقدية، لذلك يمكن الحكم بين تفاوض وآخر، ونميز بشكل غير عادل بين المراكز القانونية للمتفاوضين.

إن العدل والمنطق العملي يقضيان بوجوب توحيد الطبيعة القانونية للتفاوض، بحيث تحكمه قواعد قانونية واحدة وواضحة دون تمييز بين مفاوضة وأخرى، خاصة في عقود الأعمال ذات الأهمية البالغة اقتصاديا وعلميا وفنيا...الخ، وذلك حتى يتحقق الاستقرار والمساواة في المراكز القانونية للأطراف المتفاوضة، وبالتالي تجنب المشكلات القانونية التي قد تنشأ في الواقع العملي بسبب هذه التفرقة، وخاصة ما يتعلق منها بنوع المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض، وعبء الإثبات، ومقدار التعويض، والقانون الواجب التطبيق فضلا على أن هذا التوحيد من شأنه أن يؤدي إلى الاستقرار في التعامل في المجتمع، وهناك من ينادي لإرساء الطبيعة العقدية للتفاوض، دون الطبيعة المادية له، فهذا ما سنتطرق له من خلال الفروع الثلاثة التالية: الأول بعنوان الطبيعة المادية للمرحلة السابقة على التعاقد ومبدأ حرية التفاوض، أما الفرع الثاني فبعنوان إرساء الطبيعة العقدية للمرحلة السابقة على التعاقد، أما الفرع الثالث فسنتطرق من خلاله للطبيعة القانونية للمرحلة السابقة على التعاقد في القانون المدني الجزائري وهذا على النحو التالي:

الفرع الأول: الطبيعة المادية للمرحلة السابقة على التعاقد ومبدأ حرية التفاوض

في حقيقة الأمر هو أن يجري التفاوض على أي عقد بحرية بين الأطراف دون وجود اتفاق على تنظيمها أو إطار يرتب التزامات أطرافها، بحيث يكون لكل طرف استكمال التفاوض أو التوقف عنه، دون التوصل إلى إبرام العقد المنشود، وهذا ما يعرف ويصطلح عليه بنظام التفاوض الحر.

أولا- إعمال مبدأ التفاوض الحر على العقود

بحيث يميل أطراف التفاوض في العقود المختلفة وخاصة الدولية منها إلى الانطلاق بعيدا عن القوانين الوضعية وقواعدها المقيدة، حيث يسود عندهم أن إعمال القوانين الوطنية يقود إلى مشكلات لا نهاية لها، مما يؤدي إلى زعزعة واضطراب العلاقة بين الأطراف في التفاوض الذي جرى بحرية بينهما، لذا يحبذون إجراء مفاوضاتهم في مناخ كامل من الحرية. وقد ساهم الفراغ التشريعي الذي عرفته الأنظمة التشريعية ومنها التشريع الجزائري دعم هذا الطرح الداعي إلى الحرية والانطلاق في إجراء عملية التفاوض

على العقود والتصرفات الإدارية، ما عدا بعض القوانين التي سبق الإشارة إليها[1] وهي قليلة، فقد خلت القوانين الوضعية من نظام يحكم المراحل التمهيدية السابقة على إبرام العقود ومنها مرحلة التفاوض.

غير أنه حتى ولو وجدت تلك الأنظمة القانونية لعملية التفاوض ككل، فإن أطراف تلك العملية سيلجؤون إلى تحييد ذلك النظام القانوني وجعله احتياطيا بتعظيم دور مبدأ سلطان الإرادة، وتفعيل قاعدة العقد شريعة المتعاقدين، بحيث يقومون بأنفسهم بالتفاوض الحر الذي لا يقيدهم، فيستطيع كل واحد من أطراف التفاوض تطبيق استراتيجية التفاوض التي يراها مناسبة من أجل الوصول إلى مقاصده والظفر بالعقد المراد إبرامه أو بالصفقة التعاقدية، وحتى وإن دفعته ظروف حال عملية التفاوض إلى إتباع أساليب غير شريفة من خروج عن مقتضيات النزاهة وشرف التعامل وإتباع أساليب المكر والخداع[2].

إذا من خلال ما سبق يمكن القول بأن التفاوض الحر هو عبارة عن مفاوضات دون أن يكون هناك اتفاق صريح ينظمها، وهذا ما يعرف بالتفاوض المادي، بحيث يكون لكل طرف حق التوقف أو العدول عن التفاوض دون أن يرتب عن ذلك أي مسؤولية لتجاهله.

إذا الأصل هو حرية الأطراف في الدخول في المفاوضات بهدف إبرام العقد المنشود ولكل طرف حرية استعمال التفاوض أو التوقف دون الوصول إلى إبرام العقد النهائي، وذلك تطبيقا لمبدأ حرية العدول عن المفاوضات، هذا المبدأ الذي هو نتاج لمبدأ آخر هو مبدأ حرية التعاقد[3].

كما أن الأشخاص أحرارا في مرحلة المفاوضات على العقود، فلهم الاستمرار فيها أو قطعها دون ترتيب أي مسؤولية، فالتفاوض يساعد الأطراف على الموازنة بين الربح والخسارة لذلك فهم أحرار في قطعه لأنه لا يشكل إلا موازنة بين مصالح الطرفين[4].

والأصل أن المتعاقد لا يجبر على التفاوض، إلا إذا دعت الضرورة والمصلحة العامة لذلك، وقد تقيد الإرادة ولا تكون حرة وهذا لمقتضيات المصلحة العامة، من خلال التعاقد مع أشخاص معينين أعطى لهم القانون امتيازات معينة دون غيرهم من الأشخاص[5].

1- القانون المدني الإيطالي لعام 1942، والقانون المدني اليوناني لعام 1946.

2- د/ محمود علي ود/ محمد عوض الهزايمية، المرجع السابق، ص 22.

3- بحث أكاديمي، للأستاذ الودادي، أرشيف منتديات تايمز من خلال الموقع الإلكتروني عبر الإنترنت التالي: www. Startimes. Com

4- Rome Rodiere, la formation du contrat, Paris 1976, P 45.

5- أ/ خليفاتي عبد الرحمان، مدى اعتداد القانون الجزائري لمبدأ سلطان الإرادة في إنشاء العقد وتنفيذه، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، الجزائر 1987، ص 29.

ونحن نقول أن نظام التفاوض الحر في ظاهره يعطي مساحة واسعة للأطراف التفاوض للتصرف بكل حرية فقد يصل الأمر إلى قطع التفاوض أو التوقف عنه لمدة طويلة، لكن هذا الأمر يكون كذلك إذا كانت أطراف التفاوض في مرتبة واحدة من حيث القوة الاقتصادية والفنية والمالية...الخ، فلا ضرر يذكر بالنسبة لهما، لكن فما الحال إذا كان أحد الأطراف ضعيفا في هذه العلاقة اقتصاديا وعلميا وفنيا وحتى ماليا، فإن هذه الحرية في التفاوض قد تضر به كثيرا فهو بالتأكيد يحتاج ويصبو إلى إبرام العقد النهائي لتحقيق مقاصده وأهدافه القريبة والبعيدة من خلال عملية التفاوض، فهو يحتاج وخاصة في أيامنا هذه إلى أن تكون عملية التفاوض مؤطرة بنظام تشريعي متعدد بداية من القانون المدني ثم قانون الاستثمار وقانون التجاري...الخ.

دون ذلك يخول مبدأ حرية التفاوض لأحد الأطراف حرية العدول فقطع التفاوض في أي وقت وفي أي مرحلة منه، دون أن يترتب عن هذا العدول أي مسؤولية، باعتبار أن المفاوضات مجرد عمل مادي لا ترقى إلى مستوى التصرف القانوني الاتفاقي الذي يؤدي على ما يولده من التزامات إلى قيام المسؤولية، وهذا ما أكدته محكمة النقض المصرية في أحد قراراتها[1].

إذا من خلال كل ذلك تصبح عملية التفاوض عبارة عن مجرد محادثات عادية لا ترتب أي مسؤولية، بل تفرض على صاحبها الواجبات العامة في التعامل التي إذا أخل أي طرف بها تترتب عليه المسؤولية التقصيرية إذا توفرت أركانها المعروفة من خطأ وضرر وعلاقة سببية، هذا الضرر الذي يشتمل الأضرار الأدبية والمادية الناتجة عن ضياع الوقت ونفقات التفاوض والنفقات التي صرفت من أجل إبرام العقد النهائي ومصاريف التنقل والإقامة والدراسات الأولية التي قدمت في المفاوضات، والأضرار المترتبة عن المساس بالسمعة التجارية وأي ضرر آخر ناتج عن الإخلال بالتزامات التفاوض بالإضافة إلى الضرر الناتج عن تفويت الفرص[2].

1- حيث قضت "الإعلان الموجه للجمهور أو الأفراد لا يعدو أن يكون إلا دعوة للتفاوض، وأن المفاوضات ليست إلا عملا ماديا، ولا يترتب عليها أي أثر قانوني، فكل متفاوض حر في قطع المفاوضات في الوقت الذي يريده دون أن يتعرض لأية مسؤولية أو يطالب ببيان مبررات لعدوله".

- بحث أكاديمية، للأستاذ أيداردي الودادي، أرشيف منتديات تايمز، مرجع سابق.

2- هذا ما سندرسه بالشرح من خلال ما سيأتي من هذه الدراسة.

ثانيا: استبعاد الطبيعة المادية للمرحلة السابقة على التفاوض

الواقع أن الطبيعة المادية للتفاوض، والتي ترى أن التفاوض هو مجرد عمل مادي غير ملزم ومفرغ من أية قيمة قانونية، وهي فكرة بعيدة عن المنطق العملي وعن الصواب لكونها تناقض المفهوم الصحيح للتفاوض، ولا تتفق مع المنطق القانوني السليم.

والتفاوض على العقد يتم في كل الحالات بناء على اتفاق سواء كان صريحا أو ضمنيا، وبالتالي فإن التفاوض على العقد يكون دائما ذو طبيعة عقدية، يقرر الطرفان من خلاله التفاوض من أجل الوصول إلى إبرام العقد في نهايته، الذي كانا قد اتفقا عليه مبدئيا في بداية العملية التفاوضية ، بحيث تستند هذه الطبيعة العقدية إلى حقائق هامة تدعم هذا الطرح من خلال[1]، ما سيأتي بيانه.

1- التفاوض يكون بالاتفاق وليس بالمصادفة: إن التفاوض في حقيقته نشاط من طرفين بالمشاركة والتعاون عن طريق اتصال مباشر أو غير مباشر بينهما، للوصول إلى تفاهم مشترك لإبرام عقد معين في النهاية، وبالتالي لا يتم ذلك التفاوض بالصدفة البحتة، بل باتفاق صريح أو ضمني مكتوبا أو شفويا، وقد يتزامن هذا الاتفاق عند الدخول في التفاوض أو قبول الدخول فيه، المهم في كل ذلك أن ثمة اتفاق على التفاوض يتم دائما بين الطرفين ويتفاوض على أساسه.

إذ أنه ليس من المعقول والمقبول أن يجد الطرفان نفسيهما فجأة يتفاوضان على عقد دون سابق علم أو رغبة أو اتفاق على ذلك من حيث الزمان والمكان، وتحديد مبدئيا العقد المراد التفاوض على عناصره وتفاصيله، إذا هل يتم كل ذلك بالمصادفة؟ مما لاشك فيه أن كل هذا لا يكون من قبيل الصدفة أو المفاجأة، وإنما توجد دائما إرادة سابقة من الطرفين على التفاوض، وقد يتم الإعداد له بعناية خاصة من عقود الأعمال ذات الأهمية الواضحة للطرفين وذات القيمة المالية الكبيرة. وبذلك يختلف التفاوض عن مجرد العمل المادي، لأن هذا الأخير قد يحدث فجأة وبالصدفة ودون سابق علم أو اتفاق بين أطرافه، كحادث الطريق وكثير من الحوادث الأخرى يحدث فجأة وبالصدفة، أي حدوث الفعل الضار، وكذا الفعل النافع حيث يحدث من الفضولي فجأة دون علم من رب العمل[2].

2- المتفاوضان يهدفان إلى إحداث أثر قانوني: الطرفان منذ البداية في التفاوض يقومان بتحديد الهدف منه، وهو إبرام العقد المراد التفاوض من أجله، وليس الهدف المحادثة فقط، فالتفاوض وسيلة لإبرام العقد في النهاية، ولم يبقى إلا دراسة التفاصيل والاتفاق حولها، وهذا ما يتم طبعا بحسن نية، وكل طرف يبذل

1- د/ عبد الكريم عبد اللاه، المرجع السابق، ص 289.

2 -Labarthe, op cit, p 162.

المجهود المطلوب لإنجاح التفاوض والالتزام من كل طرف على تحقيق التزاماته المختلفة واستفاء حقوقه، ومنه فإن الإخلال بأي التزام خلال التفاوض فمآله معروف وهو الفشل[1].

3- أطراف التفاوض ليس من الغير: هذا ما يجمع عليه الفقه على أن أطراف التفاوض ليس من الغير، نظرا لوجود علاقة خاصة بين طرفي التفاوض ترتب على عاتقهما التزامات معينة ولهذا لا يمكن اعتبارهما من الغير، ويقصد بالغير كل من لم يوجد بينه وبين شخص آخر أية علاقة تعاقدية، مثل من يلتقي بأي شخص للقيام بنزهة فكل من هذين الشخصين يعتبر من الغير في علاقته بالآخر، لعدم وجود أي علاقة تعاقدية تربطهما[2].

بينما في التفاوض على العقد، غالبا ما توجد علاقة تعاقدية بين الطرفين تتمثل في اتفاقهما على التفاوض بشكل ضمني أو صريح، وبالتالي أصبح كل منهما دائنا ومدينا تجاه الآخر وبالتالي لم يعودا من الغير.

4- أطراف التفاوض يتقيدان بالتزامات محددة: أهم التزامات التفاوض منذ بدايته هو الالتزام بالتفاوض بحسن نية، والالتزام بالإعلام، والالتزام بالتعاون، والالتزام بالمحافظة على الأسرار إلى جانب التزامات عديدة أخرى لكن يبقى دائما السؤال مطروح حول طبيعة هذه الالتزامات، وهل هي مجرد واجبات عامة، أو التزامات بالمعنى الدقيق؟ وما هو مصدرها؟

1- التزامات التفاوض على العقد هي التزامات حقيقة: يذهب جانب من الفقه إلى القول بأن التزامات التفاوض مجرد واجبات عامة في أعمال مادية خالية من أي التزامات قانونية، ومنه فإن مخالفتها لا يترتب عليها سوى المسؤولية التقصيرية.

غير أن الرأي الراجح في الفقه يذهب إلى أن التزامات التفاوض هي التزامات حقيقية، فالحقيقة أنه بالدخول في التفاوض لم يعد الطرفان في مجال واجبات عامة.

ويعد الالتزام بالتفاوض بحسن نية الناشئ عن الدخول في التفاوض، وهو أهم التزام بما تحمله الكلمة من معنى، وذلك لأنه التزام متبادل بين الطرفين بإرادتهما، و لما أقدم على التفاوض في حالة علم أحد الطرفين بانتفاء هذا الالتزام، كما أن لهذا الالتزام دائن ومدين ومحل يرد عليه، فكل متفاوض مدين بهذا

1- أ/ براهامي فايزة، التزامات الأطراف في المرحلة السابقة للتعاقد، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر 2014، ص 133 وما بعدها.

2- د/ عمر سعد الله، قانون التجارة الدولية، دار هومة، الجزائر 2007، ص 167.

الالتزام ودائن به في نفس الوقت، أي هو التزام تبادلي، فهو يلزم المتفاوض بالقيام بعمل أو الامتناع عن القيام به[1].

ونفس الشيء يقال في التزامات التفاوض الأخرى، كالالتزام بالإعلام، والالتزام بالتعاون والالتزامات الأخرى كلها التزامات حقيقية تنشأ دون شك عن الالتزام العام وهو الالتزام بالتفاوض بحسن نية.

2- التزامات التفاوض مصدرها اتفاق التفاوض:من خلال ما سبق ذكره فإنه يتبادر إلى الذهن في هذا الشأن، بأن لكل التزام مصدر ينشأ عنه، فما هو مصدر هذا الالتزامات؟

ولا يبقى من مصادر الالتزام سوى العقد، ويكون وحده مصدرا لالتزامات التفاوض، ولا نقل هنا العقد النهائي المراد التفاوض عليه لأنه لم يتما إبرامه بعد، وإنما نقصد به ذلك الاتفاق التمهيدي الذي يتم بين الطرفين من أجل الدخول في التفاوض، فهو ما نسميه "اتفاق التفاوض" سواء كان صريحا أو ضمنيا، وسواء كان مكتوبا أو شفويا، لأنه اتفاق رضائي في طبيعته.

وأشار إلى ذلك الفقه الفرنسي، فبعد أن بين أنه بمجرد الدخول في التفاوض ينشأ على عاتق لطرفين التزامات معينة، وأضاف قائلا إن هذه الالتزامات لا تنشأ عن القانون وإنما تنشأ عن الاتفاق الإرادي للطرفين بشكل صريح أو ضمني، وهذا الحل هو الذي يتفق مع الواقع والمنطق، فمن ثم فإن هذا الاتفاق هو مصدر هذه الالتزامات. وبالتالي نقول أن التزامات التفاوض هي التزامات حقيقية، ليست مجرد واجبات عامة وهي ذات طبيعة عقدية تجد مصدرها دائما في اتفاق الطرفين الصريح أو الضمني على التفاوض، ومنه فإن المسؤولية التي تنشأ عن الإخلال بهذه الالتزامات هي وحدها المسؤولية العقدية[2].

الفرع الثاني: إرساء الطبيعة العقدية للمرحلة السابقة على التعاقد

بعدما رأينا ما للفكرة المادية للتفاوض من سلبيات، فإننا نشجع إرساء الطبيعة العقدية للتفاوض وفي كل الحالات فإن التفاوض على العقد هو دائما ذو طبيعة عقدية، نظرا لوجود دائما اتفاق صريح أو ضمني على التفاوض، فمتى وجد تفاوض على عقد معين وخاصة إذا كان ذو أهمية بالغة، فمعنى ذلك أن هناك اتفاق بين الطرفين على هذا التفاوض، وهذا الاتفاق هو الذي يحكم العلاقة بينهما أثناء التفاوض أو

1- فهذا ما ذهب إليه المشرع الفرنسي في تعديله الأخير للقانون المدني من خلال المرسوم 2016/ 131، المؤرخ في 10 فيفري 2016، من خلال تعديل حوالي 350 مادة، حيث أدرج تنظيم جديد للمفاوضات في المادة 1104، واشترط ضرورة توافر حسن النية في مرحلة التفاوض إلى حين تنفيذه، فحسن النية أصبح واجبا في مرحلة المفاوضات، ومسألة من مسائل النظام العام، وهو ما يعزز استقرار المعاملات في المرحلة السابقة على التعاقد، ونتمنى أن يحذو حذوه المشرع الجزائري.

2- د/ محمد حسين عبد العال، التنظيم الاتفاقي للمفاوضات العقدية، المرجع السابق، ص 94.

عند فشله، الأمر الذي يجعل عملية التفاوض ذاتها وما ينشأ عنها من مسؤولية ذات طبيعة عقدية، وهذا الاتفاق الصريح أو الضمني بالتفاوض هو وحده الذي ينشأ على عاتق الطرفي التفاوض بحسن نية، وما يتفرع عنه من التزامات أخرى، وبالتالي تصبح التزامات عقدية وليس مجرد واجبات عامة ومادية فقط، وهذا الاتفاق يسمى أحيانا كذلك بـ " الاتفاق المبدئي"وتارة أخرى يدعى بـ" عقد التفاوض" لكن الاتجاه الغالب يسميه بـ" اتفاق التفاوض"[1].

أ- **تعريف اتفاق التفاوض:** هو اتفاق بين شخصين أو أكثر يلتزم كل منهما اتجاه الآخر بالتفاوض على عقد معين بهدف التوصل إلى إبرامه، ومن هذا التعريف يتبين لنا أن اتفاق التفاوض يتميز بخصائص معينة هي[2]:

1- اتفاق التفاوض هو عقد حقيقي: فهو يتم بتوافق إرادتين على إحداث الأثر القانوني المقصود لذا يلزم لقيامه شروط الانعقاد وشروط الصحة اللازمة لأي عقد، ونركز هنا على محل العقد، وهو محل الالتزام الرئيسي فيه، وهو الالتزام بالتفاوض ومحله هو محاولة التوصل إلى إبرام العقد النهائي، بمعالجة كل عناصره ومواده ومراحله حتى الوصول إلى الهدف النهائي، لهذا يجب أن يكون هذا العقد ممكنا وأن لا يكون إبرامه مستحيلا في ذاته، وإلا كان اتفاق التفاوض باطلا لاستحالة المحل، وأن يكون العقد النهائي المتفاوض عليه معينا أو قابلا للتعيين، وذلك بأن تحدد طبيعته على الأقل، وإلا كان هذا الاتفاق باطلا لعدم تعيين المحل، كما يجب أن لا يكون العقد النهائي مخالفا للنظام العام والآداب العامة، وإلا كان اتفاق التفاوض باطلا لعدم مشروعية المحل، كما يجب أن يكون السبب مشروعا وهو إبرام العقد النهائي وهو السبب من اتفاق التفاوض والباعث عليه، لذا يجب أن يكون مشروعا وإلا كان اتفاق التفاوض باطلا. إلى جانب ذلك يجب توافر شروط صحة هذا الاتفاق، وهذه الشروط عبارة عن شروط صحة التراضي، فهي الأهلية وسلامة الإرادة من العيوب، لذا يجب توافر هذه الشروط وإلا كان اتفاق التفاوض قابلا للإبطال.

2- **اتفاق التفاوض هو اتفاق رضائي:** إن هذا الاتفاق كقاعدة عامة يعتبر اتفاقا رضائيا بالتراضي بين الطرفين على الدخول في التفاوض ولا يلزم أن يفرغ هذا الاتفاق في شكل معين، ما لم يتفق الطرفان أو ينص القانون على خلاف ذلك، فيجوز الدخول في التفاوض بالكتابة أو باللفظ أو بالإشارة المتداولة عرفا، وذلك باتخاذ موقف يدل بشكل قاطع على حقيقة المقصود، بل ويجوز أن يتم التعبير عن ذلك بطريقة

1- د/ محمد وحسين عبد العال، نفس المرجع، ص 95.

2- رجب كريم عبد اللاه، المرجع السابق، ص 215 وما قبلها.

=- وهذا الاتفاق لا يمكن تصوره عمليا إلا في العقود الهامة والثقيلة خاصة في مجال المال والأعمال.

ضمنية، ولكن في العقود الهامة لا يمكن تصور اتفاق التفاوض إلا صريحا، وفي كثير من الحالات لا يكون إلا مكتوبا منشئا لالتزامات عديدة، متبوعا بعد ذلك باتفاقات تمهيدية أخرى سواء كانت وقتية أو جزئية[1].

3- اتفاق التفاوض هو اتفاق تمهيدي: أهم شيء يميز اتفاق التفاوض هو أنه مجرد اتفاق تمهيدي يسبق العقد النهائي، وهو يقود إليه، ويسمى بالعقد التمهيدي، فالأطراف من خلاله ومن أجل تذليل كل العقبات والصعوبات بغية التوصل إلى تفاهم مشترك حول شروط ومراحل هذا العقد، وخاصة بالنسبة للطرف الضعيف في هذه العلاقة من حيث المعرفة العلمية والتكنولوجية وحتى المالية...الخ، من أجل تحقيق التوازن لبنود العقد من خلال مفاوضات قد تطول زمنا طويلا[2].

ويترتب على ذلك نتيجة هامة هي أن اتفاق التفاوض لا يلزم الطرفين بإبرام العقد النهائي بشكل قاطع، وإنما يلزمهما بالتفاوض فقط بهدف التوصل إلى إبرامه، فهو التزام ببذل عناية، وليس التزاما بتحقيق نتيجة، فلا مسؤولية على أي طرف إذا لم يتوصلا إلى إبرام العقد النهائي، مهما كانت الأضرار التي أصابت الطرف الآخر من جراء عدم إبرام العقد النهائي، وذلك ما لم يكن أحد الأطراف قد أخل بالتزامه بالتفاوض بحسن نية، أو عند قطع التفاوض بشكل مفاجئ ودون مبرر مشروع أو بسبب الأفعال الخاطئة المؤدية إلى فشل التفاوض كعدم التعاون المطلوب، فحينئذ تقوم المسؤولية العقدية لا عن قيام العقد النهائي وإنما بسبب عدم التفاوض بحسن نية[3].

وفضلا عن ذلك فإن القاضي لا يجوز له عند فشل التفاوض أن يحل محل الطرفين ويقضي بقيام العقد النهائي، ما دام أن الطرفان لم يتفقا على كافة الشروط الجوهرية للعقد، غير أن الاتفاق على التفاوض وإن كان اتفاقا تمهيديا، إلا أنه يتميز عن غيره من الاتفاقات التمهيدية الأخرى، فهو من ناحية يتميز عن الوعد بالتفضيل، إذ أن الوعد بالتفضيل لا يلزم الواعد بالتفاوض مع الموعود له بالفعل، وإنما يلزمه بتفضيل هذا الأخير عن غيره، وذلك بأن يختاره وحده دون سائر الأشخاص الراغبين في التعاقد، إما بالتفاوض معه حول العقد المراد إبرامه، إذا قرر هذا الواعد التفاوض لإبرام عقد معين في المستقبل أو وعده بالتعاقد معه مباشرة[4].

1- د/ محمد حسين عبد العال، المرجع السابق، ص 97.

2- Labarthe, op cit, P 138 et s.

3- J. Schmidt, op cit, P 202.

4- د/ سعيد جبر، الوعد بالتفضيل، دار النهضة العربية، القاهرة 1993، ص 11 ما بعدها.

كما أن اتفاق التفاوض يكون دوما ملزما لجانبين يرتب التزامات متبادلة بينهما، غير أن الوعد بالتفضيل عادة ما يكون ملزما لجانب واحد وهو الواعد فقط، أما الموعود له فلا يلتزم بأي شيء[1].

ومن ناحية أخرى فإن اتفاق التفاوض يتميز عن الوعد بالتعاقد ففي حين أن الوعد بالتعاقد قد يتضمن اتفاق الطرفين على جميع المسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه والمدة التي يجب إبرامه فيها[2]، بالمقابل فإن اتفاق التفاوض لا يتضمن شيئا من ذلك، وغاية الأمر أنه يتضمن على رضاء الطرفين بالتعاقد في المدة المحددة لذلك دون حاجة لأي إجراء آخر، غير أن العقد النهائي المتفاوض عليه يتطلب لانعقاده رضاء جديدا من الطرفين، وفضلا عن ذلك فإن الواعد إذا نكل عن وعده بالتعاقد وقاضاه الموعود له طالبا تنفيذ الوعد فإن القاضي يحكم له بانعقاد العقد النهائي، ويقوم الحكم مقام العقد[3]، وأما إذا رفض أحد طرفي اتفاق التفاوض أن ينفذ التزامه بالتفاوض، فإن القاضي لا يمكنه أن يحل محله في إبرام العقد النهائي، ولا يكون للطرف المضرور إلا بالرجوع بالتعويض[4].

4- اتفاق التفاوض غالبا ما يكون غير محدد المدة: إن اتفاق التفاوض يكون غالبا في عمومه غير محدد المدة إذ لا يحدد أطرافه غالبا تاريخا معينا تنتهي عنده المفاوضات، ولهذا يجوز لكل متفاوض طبقا للقواعد العامة في العقد الغير محددة المدة أن ينهي اتفاق التفاوض في الوقت الذي يريد، شريطة أن يخطر المتفاوض الآخر في الوقت المناسب وإلا اعتبر مخلا بالتزام التفاوض بحسن نية. ولكن ليس ثمة ما يمنع الطرفين من أن يحددا مدة للتفاوض، ويحدث ذلك عندما يتم التفاوض على مشروع عاجل لا يحتمل التأخير، وبانتهاء هذه المدة يتحلل كل طرف من التزاماته ما لم يثبت أن أحد الطرفين قد تسبب بتسويفه الغير المبرر من ضياع الوقت، فعندئذ يكون هذا الطرف مسؤولا عن تعويض الطرف الآخر[5].

ب- صور اتفاق التفاوض: هناك صورتان لاتفاق التفاوض، فقد يكون هذا الاتفاق اتفاقا مستقلا وقد يكون بندا أو شرطا مدرجا في عقد أصلي.

1- د/ سعيد جبر، المرجع نفسه، ص 12.

2- طالع المادة 71 من القانون المدني الجزائري.

3- هذا ما نصت عليه المادة 72 من القانون المدني الجزائري.

4- د/ محمد حسين عبد العال، المرجع السابق، ص 136.

5- د/ عبد الكريم عبد اللاه، المرجع السابق، ص 310.

أولا- الاتفاق المستقل عن العقد بالتفاوض

يعد الاتفاق المستقل عن التفاوض الصورة الأكثر شيوعا في الحياة العملية، وهذا ما يفضله الأطراف المتفاوضة عموما، ويحدث ذلك في العقود المتفاوض عليها أول مرة، فيتم الاتفاق على التفاوض في اتفاق مستقل وقائم بذاته سواء كان مكتوبا أو شفويا، وقد يكون العقد المراد التفاوض عليه قائما في حد ذاته ويريد الطرفان إعادة التفاوض حلوله وإعادة إبرامه من جديد في المستقبل، وهذا ما يعرف بموضوع إعادة التفاوض ووفقا للمستجدات المختلفة والجديدة ، ومع ذلك يفضلان الاتفاق على إعادة التفاوض عليه في اتفاق لاحق ومستقل عنه[1].

ثانيا- شرط التفاوض

غير أن اتفاق التفاوض يظهر أحيانا في الحياة العملية في صورة شرط أو بند مدرج في عقد أصلي قائم بين الطرفين، وهو ما يحدث وبصفة خاصة في العقود ذات التنفيذ المستمر، خاصة في العقود التجارية أو الصناعية[2]، وفي الواقع العملي أنه كلما امتد تنفيذ العقد لفترة زمنية طويلة كلما زاد احتمال ظهور الكثير من الصعوبات التي تعترض هذا التنفيذ، وذلك طبقا ونظرا لقابلية الظروف الاقتصادية المحيطة بالعقد للتغير المستمر، مما قد يخل بالتوازن الاقتصادي للعقد ويجعل تنفيذه على ما اتفق عليه مرهقا للمدين، لذا يحرص الطرفان في مثل هذا النوع من العقود على تضمين العقد شرطا يلتزم بمقتضاه كل منهما بالتفاوض حول كيفية التغلب على هذه الصعوبات، وإعادة التوازن لشروط العقد، ومواجهة ما قد ينشأ بينهما من منازعات، حتى يتحقق للعقد الاستقرار المطلوب حتى يمكنه تحقيق الهدف المنشود منه، بل وقد يكون الهدف والغرض من التفاوض بحث إمكانية تمديد أو تجديد العقد لفترة زمنية أخرى، وذلك لترسيخ العلاقة التعاقدية بين الطرفين في المستقبل، ويطلق على هذا الشرط عموما " شرط إعادة التفاوض"، وقد يسمى بمسميات مختلفة بحسب الهدف المرجو منه[3].

ج- تقد ير فكرة اتفاق التفاوض: ما لبث الفقه أن اعترف باتفاق التفاوض الذي يتم بين الطرفين صراحة أو كتابة، إلا أنه ظل حتى اليوم يعزف عن الاعتراف بوجود اتفاق ضمني بين الطرفين على التفاوض، إن أصحاب الشأن أنفسهم هم الذين أعلنوا عن وجود اتفاق تفاوض، ربما حتى قبل أن يعرفه الفقه والقضاء. لقد ظهر الاتفاق الصريح على التفاوض ليكون دليلا مؤكدا على رفض ذوي الشأن لما تواتر عليه الفقه

1- J. schmidt, op cit, P 203.
2- Mousseron: Technique contractuelle, op cit, P 52 et s.
3- د/ حسام لطفي، المرجع السابق، ص 18.

والقضاء من أن التفاوض ليس إلا عملا ماديا لا يرتب أثرا قانوني، مما يؤكد على أن التفاوض هو بمثابة تصرف قانوني ينشئ التزامات حقيقية ناشئة عن هذا الاتفاق، وليس عن أي مصدر آخر، ونحن بدورنا ننادي إلى إدراج ذلك في نصوص قانونية خاصة بهذا الاتفاق والالتزامات الناشئة عنه، وبذلك تكون عملية التفاوض أكثر جدية والتزاما وشرعية، ومع ذلك يبقى الطرفان في حرية من أمرهم في العدول أو عدم إبرام العقد النهائي، أما خلال التفاوض في حد ذاته يبقى الطرفان ملتزمان بعدة التزامات أولها الالتزام بالتفاوض بحسن نية عموما، ينشأ عنه التزامات أخرى، والتقيد بمختلف الاتفاقات المبرمة خلال مرحلة التفاوض سواء كانت وقتية أو مرحلية. واتفاق التفاوض اتفاق رضائي وليس اتفاقا شكليا، وفي غالب الأحيان يكون مكتوب، وهذا لا يمنع أن يكون شفهيا، أو بالإشارة المتداولة عرفا، وقد يعبر عنه بشكل ضمني وليس هناك ما يمنع من ذلك. إن اشتراط أن يكون اتفاق التفاوض صريحا وإلا فلا يعتد به، هو اشتراط يتعارض تماما مع صحيح القانون، مما يشجع على تجاهله والاكتفاء بأن يكون هذا الاتفاق ضمنيا طبقا للقواعد العامة، لأن أطراف التفاوض لا يدخلون فيه إلا بناء على اتفاق سواء كان صريحا أو ضمنيا بإيجاب أو قبول صريحان أو ضمنيان، وهو أمر يتفق مع الواقع ويتماشى مع صحيح القانون[1].

موقف القضاء من فكرة اتفاق التفاوض: لعب القضاء دورا هاما في إرساء فكرة اتفاق التفاوض، وقد اضطلع القضاء الفرنسي القيام بالدور الأكبر في هذا الصدد، حيث أعترف في أكثر من حكم بوجود اتفاق بين الطرفين على التفاوض، ورتب المسؤولية العقدية على من أخل به منهما، وحتى لو كان هذا الاتفاق اتفاقا ضمينا، وقبل التطرق لذلك نبين أولا سلطة القاضي التقديرية في استخلاص اتفاق التفاوض[2].

أولا- سلطة القاضي التقديرية في استخلاص اتفاق التفاوض

يتمتع القاضي بسلطة تقديرية في تكون اعتقاده الذاتي، فهو في سبيل ذلك لا يتقيد في تكييفه للوقائع والتصرفات محل النزاع بتكييف الخصوم لها، وإنما يسعى بنفسه للتوصل إلى التكييف الذي يتفق وصحيح القانون، وبذلك يمكنه أن يقضي بوجود عقد بين الطرفين رغم عدم تعبيرهما عنه صراحة أو كتابة، وحتى رغم إنكار الأطراف لهذا العقد، أو يصران على إبقائه خارج نطاق القانون، فهو يقدر أن العقد موجود إذا توفرت أركانه وشروطه ولو كان الطرفان يجهلانه أو يتجاهلانه، وإنما يجب تطبيق صحيح القانون، وفي مجال التفاوض على العقد فإن الطرفان كثيرا ما يصرحان باتفاقهما على التفاوض، لذا تقع على عاتق

1- هذا وفق ما نصت عليه المادة 60 من ق. م . ج.

- د/ محمد حسين عبد العال، المرجع السابق، ص 118 وما بعدها.

2- د/ عبد الكريم عبد اللاه، المرجع السابق، ص 329.

القاضي في مثل هذه الحالات مهمة استخلاص هذا الاتفاق، وذلك إما من الأوراق المتبادلة بين الطرفين[1]، وإما من وقائع الدعوى، ولكن الأمر يصير أكثر صعوبة عندما لا تكون هناك أية أوراق متبادلة بين الطرفين المتفاوضين، خاصة إذا كان هذا التفاوض على عقد قليل الأهمية، وهنا وطبقا للقواعد العامة يمكن إثبات اتفاق التفاوض بكافة طرق الإثبات، إلا إذا كانت قيمة الاتفاق تزيد عن مبلغ معين من النقود هنا يجب إثبات اتفاق التفاوض بالكتابة، غير أن القضاء الفرنسي أكثر مرونة في هذا الأمر خاصة إذا كان الاتفاق ضمني فإنه يستخلص هذا الاتفاق من ظروف الحال مهما كانت قيمته[2].

ولعل أهم الوقائع دلالة على اتفاق الطرفين على التفاوض هو دخولهما في التفاوض بالفعل، الذي يعتبر كقرينة على اتفاقهما على التفاوض، لأن رضاؤهما على التفاوض هو السبب في ذلك.

ثانيا – الأحكام الصادرة عن القضاء الفرنسي بخصوص اتفاق التفاوض

رغم اتجاه القضاء الفرنسي إلى التفرقة بين المفاوضات الغير مصحوبة باتفاق تفاوض وتلك المصحوبة بهذا الاتفاق، بحيث تكون المسؤولية عن قطع هذه المفاوضات تقصيرية في الحالة الأولى، وعقدية في الحالة الثانية، وذلك أسوة بالاتجاه السائد في الفقه، غير أنه قد أقر في كثير من الأحكام وفي مختلف المجالات، بشكل مباشر أو غير مباشر بوجود اتفاق تفاوض بين الطرفين بالرغم من عدم تصريح الطرفين بهذا الاتفاق، وهذا ما يدل على أن القضاء الفرنسي يعترف بوجود اتفاق التفاوض ولو كان ضمنيا[3].

وفيما يلي نعرض لأهم هذه الأحكام وأكثرها شهرة في هذا الخصوص:

قضية مصانع رونو للسيارات: لعل أشهر وأهم الأحكام والتي صدرت عن القضاء الفرنسي بخصوص اتفاق التفاوض، وهو ذلك الحكم الجريء الذي أصدرته محكمة النقض الفرنسية في 24 مارس 1958 في شأن قضية مصانع رينو للسيارات فقد استطاعت هذه المحكمة في هذا الحكم أن تخرج من صمتها وتعلن بعبارات واضحة دون أي شك عن وجود اتفاق تفاوض بين الطرفين، لتقضي بذلك على مزاعم الفقه التقليدي الذي طالما أصر على أن هذا الاتفاق هو مجرد وهم لا يوجد إلا في مخيلة من يقول به، ولذا فإن هذا الحكم يعتبر سند قوي للذي يؤيد بوجود هذا الاتفاق ويدعو إليه. وتتمثل وقائع هذه القضية في أن عاملا في مصانع رينو للسيارات كان قد ترك عمله ليلتحق بصفوف المقاومة إبان الاحتلال الألماني

1– د/ عبد الكريم عبد اللاه، المرجع السابق، ص 329.

2- J.Schmidt, op cit, P 154 et s.

3– د/ عبد الكريم عبد اللاه، المرجع السابق، ص 333.

لفرنسا، وعقب التحرير طالب العامل إدارة الشركة بإعادته إلى العمل فردت عليه الإدارة بخطاب قالت فيه: « إن النشاط الحالي لمصانع الشركة لا يسمح بأن يعطيك الآن ردا ايجابيا»"، وبعد ذلك قام شخص من الغير بالتوسط لهذا العامل لدى إرادة الشركة، فردت عليه هذه الأخيرة بخطاب قالت فيه:« نتعهد بأن نبحث من جديد إمكانية إعادته للعمل عندما يسمح بذلك نشاط الشركة »، ولكن الشركة لم تقم بذلك رغم تحسن ظروفها الاقتصادية، وبعرض الأمر على محكمة الموضع قضت بأن تعهد الشركة الوارد في هذين الخطابين هو تعهد نهائي يلزمها بإعادة العامل إلى العمل بالفعل، إلا أن محكمة النقض ألغت هذا الحكم ، وقررت بأن هذا التعهد لا يعدو أن يكون إلا عبارة عن "اتفاقا مبدئيا" يلزم الشركة فحسب بأن تبحث مع العامل مدى إمكانية إعادته إلى العمل في ضوء الظروف الاقتصادية الجديدة للشركة[1].

فهكذا اعترفت محكمة النقض الفرنسية صراحة ولأول مرة بوجود اتفاق مبدئي بالتفاوض بين الطرفين، ومن الواضح أن الطرفين لم يصرحا بهذا الاتفاق، لكن المحكمة استخلصت هذا من خطابي الشركة للرد على العامل، وهذا ما أكده العميد كاريونيه في تعلقيه على هذا الحكم، حيث رأى أن الطرفين قد وافقا على إبرام عقد العمل من حيث المبدأ، أي اتفقا على المبدأ فحسب ثم قال عبارته الشهيرة:«من يرضى بالمبدأ عليه أن يرضى بالنتائج التي تترتب عليه، وإلا كان منفصلا عن المبدأ».

إذا الواقع أن الاتفاق المبدئي يتضمن تعهدا ضمنيا من الطرفين بالتعاون فيما بينهما، عن طريق التفاوض، ومن أجل تحويل المبدأ المتفق عليه إلى عقد نهائي، فبذلك تكون محكمة النقض الفرنسية قد أقرت بهذا الحكم فكرة اتفاق التفاوض الضمني[2].

في مجال عقد الشركة: وفي هذا المجال كذلك اعترفت محكمة النقض الفرنسية بوجود اتفاق تفاوض ضمني بين الطرفين المتفاوضين، وذلك في قضية تتلخص وقائعها في أن شخصا قام بتقديم عرض شفوي إلى طبيب يقترح عليه فيه تكوين شركة بينهما لاستغلال عيادة طبية، يساهم هو منها بقطعة أرض ومنزل يمتلكهما، فقبل الطبيب ذلك العرض، وبدأ هذا الشخص على الفور في اتخاذ الإجراءات اللازمة لتكوين الشركة، ولكن عندما عرض مشروع عقد الشركة على الطبيب رفض هذا الأخير التوقيع عليه أو حتى مناقشته، بل وقد أمر بوقف الأعمال الجارية، وبعرضه الأمر على محكمة الموضوع، سلمت هذه الأخيرة بوجود اتفاق تمهيدي بين الطرفين على التفاوض وقضت بفسخ هذا الاتفاق لخطأ الطبيب، وألزمت هذا

1 - J. carbonnier, op cit, p137

– J.Schmidt, op cit, P 205.

2 – M. Geninet, th prec, P 203.

الأخير بالتعويض، فضلا عن إلزامه بتحمل أتعاب المهندس ونفقات الأعمال التي تمت، وعندما طعن في الحكم أمام محكمة النقض الفرنسية قضت المحكمة بتأييده. وبالتالي يؤكد الفقه الفرنسي أن محكمة النقض قد اعترفت في هذا الحكم بوجود اتفاق تفاوض بين الطرفين يلزمهما بالتفاوض على عقد هذه الشركة بحسن نية، ومن ثم اعتبرت قطع الطبيب المفاوضات فجأة ودون سبب مشروع بعدم تنفيذه لمحتوى هذا الاتفاق، يبرر الحكم بفسخه وإلزام الطبيب بالتعويض ولا شك أن هذا الاتفاق هو اتفاق ضمني غير صريح بين الطرفين، ولكن المحكمة استخلصت هذا الاتفاق من ظروف الحال[1].

وفي قضية حديثة نظرتها محكمة استئناف باريس عام 1996 كانت شركتان قد اتفقتا على الدخول في التفاوض من أجل الإندماج بينهما، وبعد عدة جلسات قامت إحدى الشركتين بإخطار الأخرى بانسحابها من المفاوضات، وعندما طعن في هذا الحكم أمام محكمة استئناف باريس، قضت المحكمة بتأييده، وقد سلمت المحكمة في حيثيات الحكم بوجود اتفاق تفاوض بين الطرفين ينشئ على عاتقهما التزامات تعاقدية بالتفاوض بحسن نية، إلا أنها رأت مع قرار التحكيم ألا ترتب مسؤولية على عاتق الشركة التي قطعت المفاوضات، وذلك لكونها لم تخل بقواعد حسن النية، السائدة في المعاملات التجارية، حيث أنها قد أخطرت الشركة الأخرى في الوقت المناسب بعزمها على العدول عن المفاوضة، فضلا من أن الاتفاق على التفاوض لا يلزم الطرفين البتة بإبرام العقد النهائي بالفعل.

في مجال عقد الإيجار: أتيحت الفرصة كذلك لمحكمة النقض الفرنسية كي تطبق فكرة اتفاق التفاوض الضمني في مجال عقد الإيجار، وذلك في قضية تتلخص وقائعها في أن مؤسسة بيغاسو اتفقت مع مؤسسة برغل على أن تؤجر لها محلا تجاريا لمدة عام، ولم دب الخلاف بينهما حول بعض التفاصيل رفع الأمر للقضاء، حيث تمسكت مؤسسة "بيغاسو" بأن ما اتفقت عليه مع مؤسسة " برغل" هو مجرد شغل مؤقت للعين المؤجرة، لحين إبرام عقد الإيجار النهائي، في حين ادعت مؤسسة "برغل" أن عقد الإيجار النهائي قد تم بالفعل ويجب تنفيذه، أبدت محكمة النقض في الموضوع عن رفضها إدعاء مؤسسة "برغل" مع الحكم في نفس الوقت على مؤسسة "بيغاسو " بالتعويض.الأمر المهم في هذا الحكم هو الأساس الذي بنى عليه الحكم بالتعويض، هو أنه اعتبرت المحكمة أن مؤسسة "بيغاسو" قد أخلت بالتزامها العقدي بالتفاوض بحسن نية، وذلك لأنها لم تطلع مؤسسة "برغل" على الشروط التي ترغب في التعاقد على أساسها مما أدى إلى فشل التفاوض بينهما، كما أنه ما تم الاتفاق عليه بين الطرفين لم يكن إذن عقد إيجار نهائي، لأنهما لم

---

1 – M. Geninet, op cit, P 306.

- M. Geninet, theorie génerale des avant- contras en droit privé , Paris II 1985, P 305 et 306.

يتفقا على كل شروطه، وإنما اتفقا فحسب على التفاوض من أجل إبرامه، وبالطبع فإن هذا الاتفاق على التفاوض هو اتفاق ضمني استنتجته المحكمة من خلال ظروف الحال[1].

نستخلص من كل ما تقدم إلى أن هناك دائما اتفاق تفاوض بين الطرفين، سواء كان صريحا أو ضمنيا، يؤيده الفقه والقضاء الحديث، الذي بدأ يترسخ في فكرة اتفاق التفاوض سواء كان صريحا أو ضمنيا.

بعد أن شاع استخدام اتفاق التفاوض في الجانب العملي، اتجه الفقه إلى الاعتراف به سواء كان ضمنيا أو صريحا، ولا مأخذ عليه من الناحية القانونية، لذا يجب أن نعترف أنه كلما كان هناك تفاوض على العقد، فثم ودون أدنى شك اتفاق على التفاوض وإن كان الطرفان لم يصرحا به، فإن هذا الاتفاق يستخلص ضمنا من مجرد دخول الأطراف في التفاوض على أن هذا الدخول لا يتم كما علمنا سابقا إلا برضائهما واتفاقهما وهذا دون أدنى شك[2].

هذا الاعتراف بوجود الاتفاق صريحا كان أو ضمنيا من شأنه أن يوجد الحلول القانونية المطبقة في مرحلة التفاوض، حيث تكون المسؤولية في هذه المرحلة مسؤولية عقدية دون تمييز بين حالة وأخرى، الأمر الذي يؤدي إلى استقرار المعاملات وتشجيع الناس على الدخول في التفاوض على العقود، وخاصة ذات الأهمية الخاصة وبالأخص في مجال الأعمال، مما يعود بالفائدة على الأطراف خاصة الطرف الضعيف في العلاقة من الناحية المالية والاقتصادية والعلمية.

إذا من خلال التفاوض في شتى الميادين وعلى مختلف العقود في مجال الأعمال، يمكن الحصول على فوائد وامتيازات للدفع بالاقتصاد إلى الأمام، وهذا ما انتهجته كثير من الدول التي تعتبر اليوم من الدول المتطورة أو حتى الأكثر تطورا في العالم.

ونحن بدورنا في الجزائر ندعو الفقه عموما والمشرع خصوصا للاهتمام بهذا الموضوع الحساس بالدراسة والفحص والتأصيل ثم الانتقال إلى مرحلة التشريع في مختلف القوانين ذات الصلة في مجال الأعمال والاستثمار، بداية بالقانون المدني الجزائري، بداية بالفرض على أطراف التفاوض الاتفاق الصريح المكتوب على الدخول في التفاوض، وبالتالي تكون هذه المرحلة قائمة على أساس المسؤولية العقدية خاصة في عقود الأعمال ذات الأهمية، وحتى تكون هذه المرحلة الهامة قائمة على التزامات معينة أهمها الالتزام

1- J.Schmidt, op cit, P 203.

2- د/ محمد حسين عبد العال، التنظيم الاتفاقي للمفاوضات العقدية، المرجع السابق، ص 54.

على التفاوض بحسن نية، والذي تتفرع منه عدة التزامات أخرى أهمها الالتزام على التفاوض بجدية وبالتعاون المتبادل المطلوب...الخ.

الفرع الثالث: الطبيعة القانونية ل>مرحلة التفاوض في القانون المدني الجزائري

تعد عملية التفاوض أو المرحلة السابقة على التعاقد، من أخطر وأهم مراحل العقد على الإطلاق لما لها من أهمية في تحديد معظم وأهم شروط وبنود ومراحل العقود المراد إبرامها، كما يقوم من خلالها تحديد مختلف الالتزامات وحقوق طرفي العقد، وما قد تثيره من إشكالات قانونية عديدة، سواء كانت التزامات خاصة بعملية التفاوض في حد ذاتها، أو ما يتعلق منها بنطاق ونوع المسؤولية المدنية التي تنشأ على الطرف المتسبب في عدم بلوغ الغاية ومقاصد عملية التفاوض ككل، وهي إبرام العقد المنشود، بشكل تعسفي أو غير نزيه. فمرحلة المفاوضات هي مرحلة استكشافية، قد تحمل كثيرا من المفاجئات والتناقضات، لما تثيره من مناقشات ومساومات ومثابرة ومصابرة، وتحسس دائم للمصلحة وجس النبض وتكوين فكرة شاملة عن أساسيات التعاقد، ومن ثم ونظرا للأهمية البالغة لمرحلة المفاوضات العقدية وخاصة في العقود الثقيلة الغير تقليدية، التي لا تلائمها القواعد الكلاسيكية المعروفة من إيجاب وقبول[1] فوريين، لذا تثير المرحلة السابقة على التعاقد نوعين من الصعوبات القانونية، صعوبات تتعلق بتمييزها وتحديدها، وصعوبات أخرى مرتبطة بالإحاطة الشاملة بالنظام القانوني للمفاوضات العقدية وأحكامها، وأهم من ذلك هو تحديد الطبيعة القانونية للمرحلة السابقة على التعاقد هل هي مادية أو قانونية، وبعبارة أخرى هل هي تقصيرية أم عقدية وهذا كله من خلال القانون المدني الجزائري. إن القانون المدني الجزائري لم ينظم الطبيعة القانونية للمرحلة السابقة على التعاقد بنصوص وقواعد قانونية خاصة، مكتفيا بالعقد ذاته والمراحل التالية على إبرامه، ينصه على تنفيذ كل طرف في العقد لالتزاماته وفقا لما اشتمل عليه وبحسن نية، وكذا المسؤولية المدنية المترتبة على الإخلال بهذه الالتزامات أو ببعضها من خلال تنظيم عناصر المسؤولية العقدية من خطأ وضرر وعلاقة السببية[2].

إن المشرع الجزائري ومن خلال القانون المدني الجزائري ورغم ما طرأ عليه من تعديلات[3]، لم يهتم بمرحلة التفاوض على العقد، فقد أغفل تنظيم الالتزامات خلال هذه المرحلة، كما أنه سكت عن تحديد

1- د/ بلحاج العربي، مشكلات المرحلة السابقة على التعاقد، د. م. ج، الجزائر، 2011، ص 183 وما بعدها.

2- د/ بلحاج العربي، مشكلات المرحلة السابقة على التعاقد، نفس المرجع، ص 11.

3- تعديل رقم 10/05 المؤرخ في 2005/06/20، وكذا القانون 05/07 المؤرخ في 2007/05/13 التي مست القانون المدني الجزائري في كثير من مواده.

طبيعة المسؤولية خلالها، كما سكت كذلك عن حماية المتفاوض خلال المرحلة السابقة على التعاقد، تاركا الأمر بيد القضاء الذي ما زال يعتبر مرحلة التفاوض مجرد عمل مادي لا يرتب إلا المسؤولية التقصيرية. وهي مهمة صعبة وشاقة على عاتق المضرور لإثبات أركان هذه المسؤولية، في كثير من الحالات، وقد يفشل هذا الطرف في إثباتها وخاصة إثبات الخطأ التقصيري اللازم لقيام المسؤولية التقصيرية قبل التعاقدية للمتفاوض وهكذا تضيع حقوق المضرور[1].

لذا كان يستحسن أن يتضمن تعديلات القانون المدني التي أوردها المشرع الجزائري نصا صريحا يحدد طبيعة المسؤولية خلال مرحلة التفاوض على العقد ونصا صريحا على التفاوض بحسن نية، وبحرية كل طرف خلال مرحلة المفاوضات وتحديد طبيعة المسؤولية متى تكون تقصيرية ومتى تكون عقدية. وذلك لحماية الطرف الضعيف في المفاوضات، وخاصة في العقود التجارية وعقود الأعمال عموما ذات الأهمية الاقتصادية والمالية، والتي تتطلب إجراء مفاوضات طويلة ومكلفة وشاقة بشأنها[2].

غير أن المشرع الجزائري اهتم بالمرحلة السابقة على التعاقد في عقد هام في حياة الإنسان وهو عقد الزواج وما يترتب عليه من آثار هامة في حياته، فقد نظم المشرع الجزائري المرحلة السابقة على عقد الزواج ضمن أحكام الخطبة أو الوعد بالزواج[3].

وعلى هذا الأساس فإن البحث عن المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض تستلزم على المشرع تقنين الجوانب القانونية للالتزامات الناشئة عن مرحلة التفاوض على العقد، من خلال تحديد نطاق المفاوضات العقدية، وتحديد وتقنين مختلف الاتفاقات المبرمة قبل وخلال المرحلة السابقة على التعاقد، والآثار المترتبة عليها[4].

1-د/ بلحاج العربي، مشكلات المرحلة السابقة على التعاقد، المرجع السابق، ص 117.

2- وإن كان القانون المدني الجزائري يعالج مبدأ حسن النية في مختلف التعاملات سواء في المرحلة السابقة أو غيرها، في المواد 107 و172/ 2، ق. م. ج.

3- من خلال قانون الأسرة حدد هذه المرحلة السابقة على عقد الزواج من خلال المادة 5 و6 المعدلتين بالأمر 02/05 المؤرخ في 2005/02/27.

4- د/ بلحاج العربي، المشكلات المرحلة للمرحلة السابقة على التعاقد، المرجع السابق، ص 15.

الفصل الثانـي

ميادين ومجالات وضوابط

المرحلة السابقة على التعاقد

الفصل الثاني

ميادين ومجالات وضوابط المرحلة السابقة على التعاقد

تثير المرحلة قبل العقدية موضوعين أساسيين، الموضوع الأول هو أحكام سير التفاوض وما يخضع له من قواعد قانونية إلى حين إبرام العقد المنشود، فهناك عقود يتفق فيها على التفاوض والتشاور في حالة حدوث أمر معين، كارتفاع الأسعار أو عدم الحصول على التراخيص المطلوبة، فهذه المفاوضات يفرضها العقد وتكون لاحقة لإبرامه، ولهذا تكون ذات طابع عقدي يحكمهما ما يتم بشأنها من اتفاق، وتدعى هذه المفاوضات بمرحلة إعادة التفاوض عند بعض الفقه كما سنرى ذلك لاحقا.

أما الموضوع المقصود هو تلك المفاوضات السابقة على التعاقد، وما ينجر عنها من اتفاقات منظمة وقتية، أو اتفاقات مرحلية أو ما يسمى بالاتفاقات الجزئية، وإن كانت الدراسة من المفروض أن تتم من خلال القانون المدني الجزائري، والذي في الحقيقة لم يتطرق لهذه المرحلة لا من قريب أو من بعيد، إلا أننا سوف نستأنس به في بعض المواضيع ذات العلاقة بمبدأ حسن النية والرضا وعيوبه وبكل ما يتعلق بالمسؤولية التقصيرية أو المسؤولية العقدية، ودراسة الأحوال التي تؤدي إليها قواعد الإسناد في القانون الدولي الخاص إلى تطبيق القانون الجزائري، مع التطرق من خلال ذلك إلى اتفاقية فيينا بشأن البيع الدولي للبضائع باعتبارها مثالا للقانون الموحد.

إلى جانب أن التفاوض على هذه العقود مهما كان مجالها محليا أو دوليا أصبح ميدانا هاما في الحياة العملية هدفه الوصول إلى إبرام مختلف العقود من أجل في النهاية تحقيق الحاجات المختلفة للفرد والجماعة والمؤسسات العامة والخاصة، على مختلف المستويات والميادين، سواء في سياق تفاوضي اقتصادي أو تجاري، أو حتى التفاوض السياسي أو التفاوض الاجتماعي.

ونظرا لما أصبح يتسم به العصر الحاضر من تطور تكنولوجي، ونظرا لما أصبحت تلعبه المفاوضات من دور وقائي هام في إبرام العقود بشكل ناجح، وخاصة عند تنفيذ هذه العقود.

إذا سنتطرق من خلال هذا الفصل وفي مبحثه الأول لموضوع التفاوض على مختلف العقود وميادينها، ثم نتطرق في المبحث الثاني لموضوع ضوابط ومراحل المرحلة السابقة على التعاقد، ثم ندرس في المبحث الثالث موضوع التفاوض على العقود الإلكترونية وهذا على النحو التالي بيانه.

المبحث الأول

التفاوض على مختلف العقود وميادينها

إن المفاوضات تتمثل في حوار يجري بين متعاقدين احتماليين من أجل البحث عن إمكانية إيجاد توافق الإرادات بجعل الحقوق والالتزامات التي تمثل محل العقد المراد التوصل إلى إبرامه وهذا من أجل تحقيق مشترك للأهداف التي تجري من أجلها المفاوضات، إن المبادئ التي تحكم المفاوضات تختلف من عقد إلى آخر[1].

وتسبق مرحلة التفاوض أو المباحثات بشأن التعاقدات الدولية بالإعلان عن العملية وإجراء الاتصالات مع المتعاملين ، وتتأثر عملية التفاوض بعدة عوامل ، وتستدعي في سيرها مراعاة أخلاقيات أساسية قد تترتب عنها نتائج قانونية لها انعكاساتها على العقد الدولي، فتتنوع النظم القانونية بشدة فيما يتعلق بشكل العقود، والنظم القانونية للمفاوضات وكذلك المسؤولية المحتملة المرتبطة بتلك المفاوضات، ومما زاد من أهمية المفاوضات في هذه العقود التطورات الهامة الحديثة التي طرأت على هذه العقود في المجال الاقتصادي والتجاري.

وقد تكون هذه العقود محلية داخل إقليم الدولة سواء في القطاع العام أو القطاع الخاص والتي تحكمها عدة قوانين بداية من قانون المناقصات ومرورا بقانون الاستثمار ثم القانون المدني الذي يمثل الشريعة العامة، وانتهاء بمختلف القوانين ذات الصلة بمجال الأعمال عموما، وميادين أخرى كثيرة، إلى جانب عقود أخرى ذات صفة خاصة وهي العقود الغير قابلة للتفاوض، وهي ما تعرف بعقود الإذعان.

إذا ومن خلال كل ذلك سندرس هذه العناصر من خلال ثلاث مطالب نحاول من خلالها الإلمام بموضوع هذا المبحث، بداية المطلب الأول بعنوان التفاوض على مختلف العقود، ثم ندرس في المطلب الثاني موضوع ميادين التفاوض على العقد، أما المطلب الثالث نتطرق فيه للعقود غير قابلة للتفاوض وهذا على النحو التالي:

المطلب الأول: التفاوض على مختلف العقود

إن محل العقد يتمثل في الحقوق والالتزامات التي يتم التوافق عليها بالبحث والدراسة من قبل متعاقدين احتماليين، من خلال حوار يتم بينهما يتمثل في المفاوضات التي تسبق تحقيق هدفها النهائي وهو

1- د/ محمودي مسعود، أساليب وتقنيات إبرام العقود الدولية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 2006، ص 87.

إبرام العقد، سواء عن طريق إبرام العقود لإنشاء الشركات العامة أو الخاصة، أو تكفل شركة قائمة عامة أو خاصة لتحقيق المشاريع في المجال الاقتصادي أو التجاري أو الاجتماعي بصفة عامة.

إن هذه العقود المختلفة تكون ميادينها ومجالاتها عديدة ومتداخلة، ونحن نركز على مرحلة التفاوض عليها بشكل جدي، وهذا لضمان نجاحها وتجاوز مختلف العقبات خاصة عند تنفيذ العقود المتفق عليها بعد التفاوض.

لذلك سندرس هذه العناصر في هذا المطلب من خلال ثلاث فروع أولها التفاوض على العقود الدولية، أما في الفرع الثاني نتطرق فيه لموضوع تنظيم التفاوض على العقد الدولي، أما الفرع الثالث فهو تحت عنوان القانون الواجب التطبيق عن قطع التفاوض في العقود الدولية، وهذا على النحو التالي:

الفرع الأول: التفاوض على العقود الدولية

مرحلة التفاوض تعتبر أصعب المراحل التي يمر بها العقد الدولي، لتمتع هذه العقود بخصائص وسمات تميزها عن غيرها من العقود، لما تتميز به من نفقات باهظة وجهدا كبيرا، وإعداد الدراسات المالية والقانونية والفنية، وتشكيل فريق مفاوضين، والخبراء، فهذه المرحلة تلعب دورا بارزا ومحوريا في مستقبل العقد المزمع إبرامه[1].

لهذا فإن المفاوضات في ظل الوضع الحالي للمعاملات الدولية أصبحت مهمة لأسباب كثيرة منها:

1- اتسام العقود الدولية بالتركيب والتنافس، وما تتميز به من خصائص وسمات هامة خاصة منها عنصر السرية الذي تتميز به كثير من هذه العقود.

2- مفاوضات فاشلة خير من عقد فاشل يجلب النزاعات والخسائر المختلفة لأطراف العلاقة.

3- تحقيق فرصة مناقشة شروط العقد، دون إذعان أو إجبار، كما أنه وسيلة جيدة لتفسير العقد في مرحلة التنفيذ.

4- إتسام المفاوضات في العقود الدولية الهامة بالتنظيم، وأضحت علما قائما بذاته له أصوله وقواعده ومناهجه[2].

1- د/ أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، ط1، د. ن. ع، القاهرة مصر، 2001، ص 59.

2- د/ آمال زيدان عبد اللاه، الحماية القانونية للأسرار التجارية في عقود نقل التكنولوجيا، د. ن. ع، القاهرة مصر 2009، ص 101 وما بعدها.

كما أن الإعداد للتفاوض الذي يسبق إبرام العقد الدولي هو حقا من العمليات الشاقة التي تستغرق وقتا وجهدا ونفقات، بل يمكن القول أن المفاوضات التي يتم الإعداد لها جيدا تنتهي غالبا بإبرام عقد ناجح، يتم تنفيذه بطريقة سليمة وهادئة، وتحقيق كل طرف ما يبتغيه من ورائه[1].

إن المبادئ التي تحكم المفاوضات تختلف من عقد لآخر، فما يرد ضمن إطار عقد يبرم بالاتفاق المباشر (gré a gré)، يختلف عن عقد يبرم بأسلوب الممارسة (Appel d'offre)، ففيما يتعلق بالاتفاق المباشر فإن المفاوضات ستكون مفتوحة نسبيا، بحيث يجري تحديد الشروط التعاقدية من قبل الزبون الاحتمالي، إلا أن صياغتها ترد ضمن شروط عامة، تاركا مناقشة وإقرار تفاصيلها بشكل متكامل خلال مرحلة المفاوضات، وفي الواقع العملي فإن مقدم العطاء يحاول أن يحرر عطاءه بطريقة تجعله جذابا رغم أنه لا يعلم بحقيقة نوايا الزبون وغالبا فإنه يكون من الصعب التراجع عن عرضه خلال مرحلة التفاوض، لكنه يمكنه الإضافة بالإيجاب والتحسين، لذا يبقى العرض المقدم في إطار الاتفاق المباشر لا يكون كاملا في عناصره لذا تسعى المفاوضات إلى الوصول إلى اتفاق نهائي بشكل تدريجي بين الإرادات. لذا فإن الطرف المتلقي أو الضعيف في هذه المفاوضات يبذل كل جهده عن طريق المفاوضين لصياغة شروط عقدية تعود عليه بالفائدة على مستويات عديدة كالتكوين أو على المستوى الفني أو العلمي أو على مستوى الإنجاز، أو نقل التكنولوجيا أو التحكم فيها ومتابعتها بالصيانة والتجديد للوصول في النهاية إلى محاولة إنتاجها محليا[2].

وبالعكس أن إبرام عقود بالممارسة (Appel d'offre) يكون من خلال مفاوضات مختلفة، حيث يتم على أثر إيداع عطاء من قبل الراغب في التعاقد، لذا فإن هذا النوع من المفاوضات سيكون بصفة مقيدة من حيث الشكل أو الشروط ومعايير اختيار المتعامل المتعاقد وفق نظام تنقيط وشروط معينة[3] نص عليها قانون الصفقات العمومية الجزائري والذي حدد الجهات والهيئات المعنية والغير معينة بهذا

1- أ/ غنام محمد غنام، النظام القانوني لمفاوضات العقود الدولية، منتدى كلية الحقوق، جامعة المنصورة، مصر على الموقع الإلكتروني:http:// www. F- law. Net

2- د/ محمد علي جواد، العقود الدولية مفاوضاتها وإبرامها وتنفيذها، كلية دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن 1997، ص 45.

3- طالع قانون الصفقات العمومية الجديد، وفق المرسوم الرئاسي رقم 2010- 236 مؤرخ في 2010/10/07 يتضمن تنظيم الصفقات العمومية، معدل ومتمم بالمرسوم الرئاسي رقم 11- 98 مؤرخ في 2011/03/01، معدل ومتمم بالمرسوم الرئاسي رقم 11- 222 مؤرخ في 2011/07/16 معدل ومتمم بالمرسوم الرئاسي رقم 12- 23 المؤرخ في 2012/01/18، والمرسوم الرئاسي 13- 03 المؤرخ في 2013/01/13.

القانون[1]،وينص كذلك على كيفية إجراء المفاوضات من خلال قيام الوزير المعني في ميدان عمليات الاستيراد للمنتوجات والخدمات، بتأسيس لجنة وزارية مشتركة خاصة مشكلة من أعضاء مؤهلين في الميدان المعني وتكلف بإجراء المفاوضات في اختيار الشريك المتعاقد[2]، في مجال التسيير والاستثمار سواء على مستوى إنجاز الأشغال أو اقتناء اللوازم أو إنجاز الدراسات أو تقديم الخدمات، ويتم كل ذلك عن طريق إبرام الصفقات العمومية وفقا لإجراء المناقصة الذي يشكل القاعدة العامة، أو وفق إجراء التراضي كقاعدة استثنائية لإبرام العقود[3]، والذي يهمنا هنا هو أنه يمكن لهذه المناقصات أن تكون دولية وفق أشكال معينة حددها قانون الصفقات العمومية منها، المناقصة المفتوحة أو المناقصة المحدودة...الخ.

ومن خلال كل ذلك ما يهمنا في هذا الشأن هو المعايير القانونية التي يجب أن تكون في اختيار المتعامل المتعاقد، ووزن كل منها مذكور في دفتر الشروط[4]، كما يمكن أن تدرج معايير أخرى يشترط أن تكون مدرجة في دفتر شروط المناقصة.

كما أنه لا يمكن أن يسمح بأي تفاوض مع المتعهدين بعد فتح الأظرفة وأثناء العروض لاختيار الشريك المتعاقد[5]، مما يعني أنه يمكن مباشرة المفاوضات فور رسوا العطاء على أحد المتعاملين سواء كان فردا أو تجمعا لمؤسسات، علما أن العناصر التي يجري عليها التفاوض ستكون أقل عددا من الناحية العملية مقارنة بالعقد المبرم عن طريق الاتفاق المباشر أو التراضي[6].

ب- التعاقد عن طريق التراضي أو الأسلوب المباشر: لقد نص المشرع الجزائري في قانون الصفقات العمومية على هذا الأسلوب في التعاقد وفق شروط معينة وهو أسلوب يلجأ إليه استثناء ووفق شروط محددة قانونا[7].

وما يهمنا في هذه الحالة فإن تقديم العرض لا تتبعه مفاوضات، عدا فيما يتعلق بالتاجر الذي قد يوافق على منح المشتري بعض الامتيازات الخاصة كتخفيض في الأسعار وهذا في الحالة التي يكون فيها العطاء ضمنيا، وبالمقابل فإن العطاء الصريح يجري تقديمه من قبل الشخص الراغب في التعاقد وفق شكل

1- طالع المادة 02 من قانون الصفقات العمومية السالف الذكر وما يليها من مواد.

2- طالع المادة 05 الفقرة الثانية من قانون الصفقات العمومية.

3- إن أسلوب التراضي لا يكون إبرامه إلا في الحالات الواردة في المادة 43 من هذا لقانون الصفقات الغمومية .

4- لقد تم النص على هذه المعايير في نص المادة 56 من قانون الصفقات العمومية الجزائري.

5- هذا ما نصت عليه المادة 58 من قانون الصفقات العمومية الجزائري.

6- د/ محمد علي جواد، المرجع السابق، ص 46 وما قبلها.

7- هذا ما نصت عليه المادة 43 من قانون الصفقات العمومية الجزائري.

كتابي، وبناء عليه يمكن الشروع في عملية المفاوضات لاحقا مع الشخص المرسل إليه العطاء والمتمثل في الزبون الذي يتم البحث عنه بعناية كبيرة على أساس شروط معينة تحمل معها ضمانات كافية للدخول معه في التفاوض ثم إبرام العقد سواء كان مؤسسة أو مرفق عام أو زبون عادي طبيعي في الداخل وفي الخارج. أما الوكلاء التجاريون يساهمون من خلال عملهم على ضمان المخاطر التي قد يتعرض العقد إليها بعد التفاوض عليه ثم إبرامه[1].

الفرع الثاني: تنظيم التفاوض على العقد الدولي

أصبحت المفاوضات لازمة وضرورية تسبق إبرام العقد الدولي، لاسيما في الوضع الحالي للمبادلات والمعاملات الدولية، ويرجع ذلك إلى عدة أسباب:

أولها – أسباب موضوعية: يرجع إلى أن العقود الدولية المعاصرة ليست بالعقود البسيطة التي يتفق على عناصرها وتبرم من أول لقاء، فهي عقود مركبة ومعقدة فنيا.

ثانيها – أسباب شخصية: ترجع إلى أطراف تلك العقود فغالبا ما يتنافس على تلك العقود شركات عملاقة ذات نشاط دولي، ويلزم التعامل معها الوقوف على سوابق أعمالها، وخبراتها السابقة ومنهجها في التعامل، كما أن الطرف الآخر غالبا ما يكون كذلك من الدول النامية، التي تسعى إلى إقامة مشروعاتها وتحقيق أهدافها التنموية اجتماعيا واقتصاديا وفق أفضل الشروط التي تتلائم مع إمكانياتها المادية وكل ذلك يستلزم الدخول في مفاوضات شاقة وعسيرة حول ما يرجى إبرامه من عقود دولية. وتلعب إرادة الأطراف دورا لا يستهان به في تنظيم عملية التفاوض خصوصا وأن النظم القانونية المختلفة تكاد تخلو من أي تنظيم قاعدي يمكن إتباعه[2]، ومنها النظام القانوني الجزائري.

ثالثا – ضرورة وأهمية المفاوضات

أ – الضرورات المنطقية: المتأمل في مفهوم المفاوضات يدرك أن هناك عدة ضرورات منطقية تفرض اللجوء إليها من حيث:

1 – التواصل والتفاعل الإنساني

2 – الوقاية من أسباب النزاع والخلاف وإعداد الحلول لها إن طرأت مستقبلا.

ب – الضرورات العملية: وتتمثل في أن المفاوضات أداة للتفاهم وتقريب وجهات النظر بين الأطراف خاصة في العقود الدولية بين دول متباينة في ثقافاتها الاجتماعية والاقتصادية والفكرية وحتى السياسية. ومن ناحية

---

1 – د/ محمد علي جواد، المرجع السابق، ص 50 وما قبلها.

2 – د/ أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة 2008، ص 58.

أخرى لوقوف كل طرف على ظروف وشروط العملية التعاقدية، ونطاق حقوقه والتزاماته، قبل الارتباط الفعلي بتصرف قانوني ملزم[1].

ج- الضرورات الاقتصادية: إن هذه المفاوضات تعد وسيلة فعالة لإعادة التوازن العقدي، عند ظهور ظروف غير متوقعة تؤدي إلى اختلال الأداءات الاقتصادية، لأن مثل هذه المفاوضات تستغرق وقتا طويلا لتنفيذها، كعقود بناء المصانع، وإنشاء الجسور والمطارات، وإعادة البنية التحتية وغيرها، وفي تلك الأثناء قد تجد وتظهر ظروفا سياسية أو اقتصادية، كانخفاض سعر العملة، أو ارتفاع باهظ في أسعار المواد الأولية، أو تعديلات تشريعية، كصدور قانون يمنع خروج العملة الصعبة أو يمنع الاستيراد والتصدير، فإنه يصبح تنفيذ العقد باهظا ومرهقا، وقد يكون في بعض الحالات مستحيلا، ويصبح المدين في موقف حرج يلحق به أضرارا فادحة لا يمكنه احتمالها، لهذا درج التعامل في مجال العقود الدولية الممتدة الآثار والتنفيذ إلى تضمين عقودهم شرط لمراجعة الصعوبة أو المشقة، والمسمى في الفقه الإنجليزي Clause de hard Ship وفي الفقه الأمريكي يشترط الاختلال الكبير، ومقتضى التزام الأطراف بإعادة التفاوض Renégociation حول العقد لمواجهة الظروف الطارئة التي حدثت لرفع الضرر الذي تحمله الأطراف من جراء تلك الظروف[2].

وقد نصت على التفاوض في حالة تغيير الظروف hard Ship المبادئ المتعلقة بعقود التجارة الدولية التي أقرها معهد Uni droit عام 1994 أنه في حالة شرط الصعوبة (تغير الظروف) hard Ship يكون للطرف المتضرر إعادة فتح باب المفاوضات ويجب أن يقدم الطلب دون تأخير وأن يكون مسببا[3].

ودون الدخول في تفاصيل هذا الشرط يكفي أن تقرر أن المفاوضات تعتبر الأساس والأداة الفنية لانعقاد العقد، وتصويب مساره بتخفيف الضرر عمن لحقه، حفاظا على الصلة والتعاون المستمر بين طرفي العقد، ومن دونه سيتفاقم الضرر بالنسبة لأحد طرفيه أو لكلاهما، مما قد يؤدي إلى أن ينفسخ العقد إن وصل الأمر إلى استحالة تنفيذ الالتزامات[4].

د- الضرورات القانونية: حيث تعتبر المفاوضات وسيلة للإبقاء على التعامل والتواصل بين أطراف المعاملات الدولية، فالمتأمل في العديد من العقود الدولية يدرك أن من بين نصوصها وبنودها بندا خاصا

1- د/ محمد حسين عبد العال، المرجع السابق، ص 10 وما بعدها.

2- أ/ عمر حجي، الإشكالات المرتبطة بالتفاوض وإعادة التفاوض، مقال مقدم لمجلة الفقه والقانون العدد 04، جوان 2016، ص 06.

3- أ/ م ن أسيل د/ باقر جاسم، النظام القانوني لشرط إعادة التفاوض، مقال مقدم، الموقع الإلكتروني السالف الذكر.

4- د/ أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص 66 ما بعدها.

يسمى "بند أو شرط التفاوض لتسوية المنازعات وديا".وبمقتضى ذلك الشرط يرتضى الأطراف الجلوس سويا لإنهاء الخلاف بينهم، بتقديم تنازلات بينهم وفق ما تنتهي إليه المفاوضات والمشاورات، وقد يأخذ الأمر ويشكل قضية مصغرة، حيث يلتقي الطرفان ويسوون مشاكلهم داخليا فيما بينهم، كما لو كانوا عملاء أو زملاء صناعة أو مهنة واحدة سابقين. وهذا ما يجب الأخذ بهذا الاعتبار عند اختيار استراتيجية المفاوضات[1].

عطاء المفاوضات: إن تنفيذ البرامج والمشروعات الكبيرة تتطلب عادة تقديم عطاءات غير محددة وغير كاملة وهذا ما يطلق عليه بعطاء المفاوضات، كما أن قبول مثل هذه العطاءات من قبل الطرف الموجه إليه خلال فترة نفاذ العطاء، لا يحمل إلى محررها سوى الالتزام بالشروع في المفاوضات تطبيقا لمبدأ حسن النية، من أجل الوصول إلى إبرام العقد، فإذا أهمل هذا الالتزام ومن قبل محرره فإنه سيكون مقصرا وستثار مسؤوليته، إلا أنه يملك الخيار بعدم الاستمرار في المفاوضات بعد الشروع فيها، إذا وجد نفسه خلالها بأنه غير راغب أو غير قادر على تنفيذ مثل هذا العقد، ويكون قد أوفى بالتزاماته من خلال قبوله بالشروع في إجراء المفاوضات وخلال المدة المحددة للعطاء[2].

الفرع الثالث: القانون الواجب التطبيق عن قطع التفاوض في العقود الدولية

إن الحلول التي تبنتها قوانين دول القارة الأوروبية ومحاكم دول المجموعة الأنجلو أمريكية وإن تشابهت على الأقل في كثير من نتائجها، فإننا نلاحظ مع ذلك وجود فوارق في النظرة السائدة عن العقد، كما رأينا ذلك سابقا، مما ترتب عليها أيضا اختلاف في موقف الفقه والقضاء إزاء المسؤولية العقدية، ويترتب بين التحفظ أو السخاء في إقرار هذه المسؤولية حسب القانون المعني، ويظهر هذا الاختلاف لنا أهمية مسألة القانون الواجب التطبيق لسببين:

الأول: إن تكييف المسؤولية في مرحلة التفاوض تحسم مسألة تحديد القانون الواجب التطبيق، حيث أن التكييف يتم عامة طبقا لقانون القاضي، وبالتالي للفكرة السائدة فيه عنها.

الثاني: تتوقف الحلول التي تفصل في موضوع النزاع على القانون الذي تعينه قاعدة الإسناد من بين القوانين التي يتنازع كل منها في التطبيق على الحالة المعروضة[3].

1- د/ أمية حسن علوان، الأنظمة التعاقدية للقانون المدني ومقتضيات التجارة الدولية، المرجع السابق، ص 19 وما بعدها.

2- د/ أمينة حسن علوان، نفس المرجع، ص 19 وما بعدها.

3- د/ عبد الكريم عبد اللاه، المرجع السابق، ص 662 وما بعدها.

أما معالجة بعض أحكام التحكيم التجاري الدولي فيبررها بدوره أيضا الاختلاف الذي قد يكون أحيانا جسيما في الحلول السائدة في القوانين التي تتنازع على تطبيقها وكان من الصعب العثور على مؤشرات كافية في الحالة المعروضة تبرر تفضيل الإسناد إلى قانون معين من بينها، مما قد يدعو المحكم إلى طرح مسألة تحديد القانون الواجب التطبيق وفق قواعد التنازع التقليدية، أو إلى تبني حلول يستخلصها من القواعد السائدة بين التجار في المعاملات التجارية الدولية Les Mercatoria.

أ- القانون الواجب التطبيق على المسؤولية قبل التعاقدية عن قطع المفاوضات: على عكس اهتمام الفقه المتزايد بهذه المسألة في ألمانيا وسويسرا نلاحظ قلة الأبحاث التي عالجتها في الدول الأوروبية الأخرى، فلعل ذلك يعود إلى أن ألمانيا كانت مهد نشوء نظرية الخطأ عند تكون العقد، والتي تأثر بها الفقه والقضاء في سويسرا، بالإضافة إلى ذلك لعب التنظيم الفريد للمسؤولية التقصيرية في القانون المدني الألماني دورا في الاهتمام بالمسؤولية قبل التعاقدية، فالقانون المدني الألماني لا يعرف نصا شبيها بالنص في القانون المدني الفرنسي والقانون المدني الجزائري الذي تضمن قاعدة عامة تقر المسؤولية للشخص بالتعويض عن الضرر الناتج عن أفعاله التي ارتكبها بخطأ، ولقد قصر القانون المدني الألماني، مسؤولية الشخص عن أفعاله التي تنطوي على تعديه على قيم معينة حددها القانون وهي الحياة وسلامة الجسم والملكية أو حق آخر للغير، ولا يقر القانون المدني الألماني مبدأ التعويض عن الضرر الذي يلحق الذمة[1]، فضلا عن ذلك يجوز للمتبوع استبعاد مسؤوليته عن أعمال تابعيه، بإثبات عدم إخلاله بواجب العناية في اختيار التابع ورقابته عليه وفق القانون المدني الألماني[2].

حيث يتوقف تحديد القانون الواجب التطبيق وأهمية مصادره على المحكمة التي عهد إليها بهذه المهمة، سواء كانت محاكم أو قضاة دوليون أو محكمون في نزاع يتعلق بعقد من عقود التجارة الدولية.

ب- تكييف المسؤولية عن قطع المفاوضات قبل التعاقدية: إذا عرض نزاعا بشأن قطع المفاوضات قبل التعاقدية يتضمن عنصرا أجنبيا، يتعين على القاضي لتعيين وتحديد القانون الواجب التطبيق البحث عن قاعدة الإسناد التي يندرج تحتها النزاع المفروض، ويتوقف تعيين قاعدة الإسناد المختصة على تكييف العلاقة المتنازع عليها، ويتم تكييف العلاقة موضوع النزاع طبقا لقانون القاضي، ولما كانت كل النظم القانونية المعاصرة تفرق بين العقد والفعل الضار، يصبح من الأهمية تحديد ما إذا كان الشخص المتضرر

1- هذا وفق نص المادة 1382 مدني فرنسي، المقابلة للمادة 823 مدني ألماني، اللتان تقابلان المادة 124 من القانون المدني الجزائري وما بعدها.

2- هذا ما نصت عليه المادة 831 من القانون المدني الألماني.

من قطع المفاوضات في وقت غير مناسب، يؤسس دعواه على الإخلال بالالتزام يترتب على عقد أبرمته الأطراف بشأن هذه المفاوضات[1]، في هذه الحالة تكون مهمة القاضي في التكييف يسيرة، إذا تحقق من أن النزاع يدور حول المسؤولية المترتبة عن الإخلال بالالتزام العقدي المذكور وعلى العكس تكون مهمة القاضي في تكييف العلاقة عسيرة إذا لم يؤسس الطرف المتضرر دعواه على الإخلال بالتزام عقدي، وذلك لأن القانون الألماني وجانب من الفقه والقضاء في سويسرا لا يعتبران المسؤولية قبل التعاقدية مسؤولية تقصيرية، وإنما ذات طبيعة عقدية أو يضعانها في مكانة تقع بين المسؤولية التقصيرية والمسؤولية العقدية، ولقد رتب عن هذا المنظور القضاء الألماني في غالبية أحكامه والرأي السائد حتى وقت قريب في فقه القانون الدولي الخاص الألماني إخضاع الخطأ في تكوين العقد للقانون الذي يحكم العقد[2].

وقد ذهب بعض الفقه أن الطرف المتضرر من قطع المفاوضات في وقت غير مناسب أن يتثبت أن الطرف الآخر قد أخل بالتزام عقدي أو أنه ارتكب خطأ تقصيريا، في الحالة الأولى يكون القانون الذي يحكم العقد، وفي الحالة الثانية قانون الدولة التي وقع فيها الفعل الضار هو القانون الواجب التطبيق، إن هذا الرأي أبدته الفكرة السائدة عن المسؤولية قبل التعاقدية في أغلب القوانين المعاصرة، إلا أنه لا يناسب النظرة إلى هذه المسؤولية في القانون الألماني، والقوانين التي تأثرت به، ويميل الفقه الحديث في ألمانيا إلى هجر النظرية الغالبة هناك، مناديا بإتباع تكييف وظيفي وإسناد متعدد ومتنوع حسب الحالة المعنية كبديل للتكيف الموحد العقدي وبالتالي الإسناد الموحد الذي تتبناهما النظرية الحالية في القانون الألماني[3].

ومن بين الآراء الحديثة التي عالجت مسألة القانون الواجب التطبيق على المسؤولية قبل التعاقدية دراسة أعدها جير فريد فيشر Ger fried Fischer تبنى فيها ضرورة الإسناد حسب المصلحة الأجدر بالحماية بين المصالح المختلفة التي تكتنف العلاقة القانونية المعنية. ويشير فيشر إلى أن نقطة البداية لتعيين المصلحة الأجدر بالحماية التي تحسم تحديد القانون الواجب التطبيق هي أن المسؤولية عن الخطأ في تكوين العقد مؤسسة على رابطة خاصة تتمثل في علاقة التزام بين الطرف المتضرر والطرف المسؤول عند التمهيد لإبرام العقد. لهذا ينبغي أن تكون مصلحة الأطراف التي تكتنفها العلاقة المذكورة أساسا هي المعيار الحاسم، ولما كان أساس المسؤولية هو الإخلال بالتزامات معينة، كان لكل طرف مصلحة أن

1- د/ أمية حسن علوان، المرجع السابق، ص 33 وما بعدها.

2- د/ أمية حسن علوان، نفس المرجع ، ص 35 وما قبلها.

3- رأي الأستاذ ريغو (Régaux) في هذه المسألة، - د/ أمية حسن علوان، نفس المرجع ، ص 36.

يحتذى في سلوكه حذو الواجبات التي يفرضها عليها القانون المحيط به والمألوف له، الأمر الذي يبرر إخضاع الخطأ في تكوين العقد لقانون دولة محل الإقامة العادية، أو مركز أعمال الطرف المسؤول[1].

لكن من الملاحظ أن كل طرف ينظر ويرتب حماية مصالحه الخاصة طبقا للقانون المألوف له كما أن لهذا الطرف مصلحة في أن تخضع لهذا القانون الواجبات التي يتعين على الطرف الآخر مراعاتها في سلوكه، وكذلك المسؤولية التي تتولد عن الإخلال بها، على أنه في مجال العقود الدولية طالما أن كل طرف قد تعامل من إقليم دولته فإن مصلحة الطرف المضرور الذي عول بثقته أقل جدارة في الحماية من مصلحة الشخص الذي قد تترتب عليه المسؤولية، ورغم أن كل طرف يعلم أنه يتعامل مع وسط خاضع لقانون أجنبي، فإن الطرف المضرور إذا تنازل عن توفير وسائل خاصة لحماية مصالحه أكثر من سبب يدفعه إلى أن يستقصي عما إذا كان قانون دولة الطرف المسؤول يلزم هذا الأخير بدرء الضرر والتعويض عنه وبالتالي ينبغي تطبيق قانون دولة الطرف المسؤول وذلك قياسا على المعمول به في الحالات المماثلة في ميدان العلاقات الداخلية[2].

إن الطرف المضرور في المفاوضات لم يعول على صحة العقد ونفاذه وإنما على توقع تكوين العقد وإبرامه فمنهم من يرى أن ذلك عبارة عن واقعة تبادل تعبيرين متطابقين عن الإرادة، كان من الممكن إسنادها لو وجدت إلى القانون الذي كان يحكم العقد، فليس هناك من سبب مقنع يفرض على من تسبب في إحداث ضرر لغيره أن يدخل في اعتباره مراعاة واجبات السلوك وأثارها وفقا للقانون الذي يخضع له العقد، كما لا يحق أيضا للطرف المضرور أن يدخل هذا الأمر في حسابه وليس من الضروري أن يتطابق في جميع الأحوال مركز ثقل العقد المراد إبرامه مع مركز ثقل علاقة المفاوضات قبل التعاقدية[3].

- **القانون الذي يحكم المفاوضات قبل التعاقدية بين حاضرين:** نظرا لأن النزاع حول قطع المفاوضات يتعلق بالمسؤولية عن السلوك المؤسس على علاقة ثقة، فإن تحديد دائرة التعامل التي تأسست فيها علاقة الثقة المذكورة يلعب الدور الحاسم في تعين القانون الواجب التطبيق ويحدد دائرة التعامل التي تجري فيها المفاوضات، وينتظر منها سعي وإجراء مفاوضات في مركز أعمال دولة الطرف الآخر بشأن العقد، أي يحتذى في سلوكه أثناء هذه المفاوضات بالقواعد السائدة هناك، ولا يجوز له طالما أن العقد لم يبرم بعد

1- د/ أمينة حسن علوان، المرجع السابق، ص 33 وما بعدها.

2- د/ أمينة حسن علوان، نفس المرجع ، ص 40.

3- هذا رأي الأستاذ فيشر، الأنظمة التعاقدية للقانون المدني ومقتضيات التجارة الدولية، المرجع السابق، ص 40 وما بعدها. د/ بلحاج العربي، مشكلات المرحلة السابقة على التعاقد في ق م ج، المرجع السابق، ص 36 وما بعدها.

على لن يسفر عن التأكيدات الصادرة بخصوص هذا العقد أي أثر وفقا للقانون الذي كان سيحكم العقد لو أنه كان قد تم إبرامه، إن الطرف المضرور وبناء على التأكيدات التي صدرت، فإن تعويله وثقته ينصبان على التعويض عن ما تكبده من نفقات التي تكفل بها وفقا لذلك ويكون من المشروع للطرف المضرور في ظل هذه الظروف أن ينطلق في ثقته وتعويله من منظور القانون المألوف له ولو اختلفت أحكامه عن القانون الذي كان سيحكم العقد المراد إبرامه[1].

وكثيرا ما يحدد اتفاق التفاوض اتفاق الأطراف مكان المفاوضات، ومنه يتم إرساء مكان التفاوض وتركيزه في ظل قانون مشترك للأطراف في تحديد القانون الواجب التطبيق على الفعل الضار، وهذا لانتماء أطراف التفاوض لنفس البيئة والمحيط، فمثلا لو أجرى جزائريان مفاوضات أثناء إقامة مؤقتة في سويسرا فإن المسؤولية عن قطع المفاوضات قبل التعاقدية تخضع للقانون الجزائري الذي يعتبر القانون الساري في محيطهما المشترك ولو كان هذا القانون الجزائري مثلا أكثر تشددا في ترتيب المسؤولية قبل العقدية من القانون السويسري[2].

– **القانون الذي يحكم المفاوضات قبل العقدية بين غائبين:** قد تجري المفاوضات بين غائبين سواء كتابة أو تبادل الأطراف نقل محتواها عن طريق وسائل الإبلاغ الحديثة مثل الفاكس[3]، ويثير هذا النوع من المفاوضات سؤالين هما:

1– هل يمكن نسبتها وإرجاعها إلى دائرة تعامل معينة؟

2– هل في حالة إمكان نسبة المفاوضات بين غائبين إلى دائرة تعامل في دولة معينة هل يجب إتباع السلوك في التعامل التي يفرضها قانون هذه الدولة؟

إذا تغاضينا عن العقود المبرمة مع المستهلكين نظرا لما تخضع له من نصوص قانونية ذات صفة جنائية نلاحظ أن دائرة التعامل بين التجار والتي يتوقف عليها تعيين القانون الواجب التطبيق على المفاوضات، فيكون مركز ثقل المفاوضات هو مكان الشخص الذي يقدم الطلب فقانون هذا المكان هو الواجب التطبيق، ونظرا لدولية سوق البيوع فيصبح ضابط الإسناد لتحديد القانون الذي يحكم العقد، مما

1– – د/ أمينة حسن علوان، ملاحظات حول القانون الواجب التصديق على المسؤولية قبل التعاقد عن قطع المفاوضات في العقود الدولية، معهد قانون الأعمال الدولي، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، دار جلاكسي للطباعة والنشر 1994، ص 19 وما بعدها.

– د/ حسام الدين كمال الأهواني، المفاوضات في الفترة قبل التعاقدية، المرجع السابق، ص 49.

2– هذا رأي الأستاذ فيشر، المرجع السابق، ص 41.

3– أو عن طريق الإنترنت وهذا ما سنعرفه لاحقا، من خلال المبحث الثالث من هذا الفصل.

يدعو إلى تطبيق مبدأ تغليب مصلحة الطرف الذي قد يسأل على مصلحة الطرف المتضرر، هذا لا يعني أنه لا يمكن مساءلة كل طرف إلا وفقا للقانون السائد في الدولة التي يوجد فيها مركز أعماله. إن النظرية التقليدية الغالبة إلى وقت قريب وخاصة في ألمانيا تقضي بإخضاع المسؤولية المترتبة عن قطع المفاوضات قبل التعاقدية للقانون الذي يحكم العقد، لكن هناك رأي حديث ينادي بهجر النظرية التقليدية، ويتبنى التعدد في الإسناد لتحديد القانون الواجب التطبيق على المسؤولية قبل التعاقدية وضرورة الأخذ في الاعتبار تنوع طرائقها والمصلحة الأجدر بالحماية في كل طائفة منها، ونظرا لأن المشرع لم ينظر لهذه المسؤولية خلال مرحلة التفاوض يجعلنا دوما كما هو معمول به الرجوع إلى القواعد العامة وفق المسؤولية التقصيرية[1].

المطلب الثاني: ميادين التفاوض على العقود

إن التفاوض أصبح ميدانا هاما وضروريا من ميادين التعامل اليومي هدفه الأساسي هو تحقيق الحاجات المتنوعة في ظروف جيدة على كافة الأصعدة، حيث يمكن تقسيم التفاوض من حيث الميدان أو الموضوع الذي تدور حوله العملية التفاوضية، وبالتالي يمكن تقسيم هذا المطلب إلى ثلاث فروع، الأول منها بعنوان المفاوضات التجارية والاقتصادية، أما الفرع الثاني فهو تحت عنوان المفاوضات الاجتماعية، أما الفرع الثالث نعنونه بالمفاوضات السياسية والعسكرية كما سيأتي بيانه على التفصيل الآتي.

الفرع الأول: المفاوضات التجارية والاقتصادية

يعتبر الاتجاه نحو التكتل من أهم الظواهر الاقتصادية التي يشهدها العالم حاليا، حيث أصبح السمة الأساسية لسياسات الدول المختلفة ، وهو ما أدى إلى ظهور العديد من التكتلات الاقتصادية، مثل الاتحاد الأوروبي، والتي كان لها الأثر الواضح على الحياة التجارية، فظهرت اتحادات المنتجين، واتحادات المستهلكين واتجهت الشركات العالمية إلى الإندماج بين بعضها البعض، وقد اتجهت هذه الشركات إلى إنشاء شبكة توزيع من خلال عقود يطلق عليها، عقود الشبكة Contrats Réseaux– نتج عنها شبكة من الموزعين عبر العالم يتمتعون بالشخصية القانونية المستقلة تديرها الشركة المنتجة من خلال إبرامها عقود مع هؤلاء الموزعين، وهي عقود غير مسماة أفرزتها الممارسات العملية، مثل عقد التوزيع المعتمد، أو عقد التوزيع الإقليمي، أو عقد الامتياز التجاري[2]، وهذه العقود لا يمكن تصور قيامها دون المرور بمرحلة من المفاوضات الهامة لبنائها بشكل مدروس.

1– د/ محمد حسام محمد لطفي، المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض، المرجع السابق، ص 57.

2– د/ ياسر سامي قريني، عقود التجارة الدولية، ط1، شركة ناس للطباعة، القاهرة، مصر 2011، ص 11.

تعتبر المفاوضات في الميادين الاقتصادية من أكثر أنواع المفاوضات انتشارا لأنها تتناول أكثر جوانب الإنسان ضرورة واحتياجا، فعلى سبيل المثال لا الحصر نلاحظ أن هذا النوع من التفاوض يتناول كل نشاط شراء أو تأمين الاحتياجات، يقابله كل نشاط حول البيع وما يتصل به من تصدير وإنتاج وترويج وتوزيع ونقل للمنتجات من مناطق إنتاجها إلى مناطق التوزيع والاستهلاك، وكذلك نشاط التمويل وما يشتمل عليه من ضرورة توفير المال اللازم لذلك، ونشاط الإنشاءات والتوسعات الخاصة بالشركات المتعددة الأغراض، كشركات المقاولات العامة والخاصة، التي تشتغل بالبيوع المختلفة والتمويل والصيانة والخدمات والبناءات والإنشاءات المتعددة[1].

التفاوض في مجال الأعمال قد أصبحت عقود مبرمجة متصلة بالمشاريع الكبرى الخاصة بالصناعة مثل الحديد والصلب، والطاقة وصناعة السيارات، وصناعات أخرى، والتي أخذت صيغة التعاقد عن طريق المفتاح في اليد[2].

تفاوض شركة متعددة الجنسيات والبلد المضيف، يتم هذا التفاوض وفق نموذج يعرف بنموذج الاحتكار الثنائي، ووفقا لهذا النموذج يكون للمستثمر الأجنبي السيطرة على رأس المال والتكنولوجيا والإدارة ومهارات التسويق، والترويج للمشروع تجاريا، وللدولة المضيفة السيطرة على حق الدخول للبلد، وعلى شروط التشغيل فيما بعد، ورغم عدم عدالة هذا النموذج تضطر الدول المضيفة للقبول بمنافعه القليلة، ويبقى المجال مفتوحا لإعادة التفاوض في المستقبل بين الطرفين إذا نجح المشروع[3].

إن تحليل الثنائية التفاوضية بين الطرفين يكشف عن عيوب كثيرة، منها أن موقف الطرفين غير متوازن، فالأول قوي والثاني ضعيف يبحث عن من يساعده في تنمية اقتصادية عن طريق الاستثمار في ميادين كثيرة[4].

وكذلك هناك مجالات أخرى تدخل ضمن هذا الصنف من التفاوض، كنشاط الأفراد والعلاقات العمالية مع العاملين بالشركات وما يتضمنه من توفير عمالة مدربة ومؤهلة قادرة على الإنتاج وتقديم الخدمات المناسبة المواكبة للتطورات الحديثة العلمية والفنية، وكل نشاط يتعلق بالحصول عل مصادر الإنتاج، وحقول المعرفة وامتيازات العلاقات التجارية وبراءات الاختراع، وهي تمثل ميدانا ومجالا هاما من مجالات التفاوض، إضافة إلى نشاط الحصول على التصاريح والايجازات الإدارية المختلفة وكل النشاطات

1- د/ محمود على ود/ محمد عوض الهزايمة، المرجع السباق، ص 37 وما بعدها.

2- D, Mahfoud lacheb, Droit des affaires, o.p.u, Alger, 2005, P 132.

3- د/ علي عباس، إدارة الأعمال الدولية، دار الحامد للنشر والتوزيع، الأردن 2007، ص 137.

4- د/ علي عباس، نفس المرجع، ص 138.

التي تتعلق بالإنتاج المشترك والتعاون في تقديم الخدمات وإنجاز الإنشاءات الاقتصادية المختلفة، ونشاط منح الائتمان والاقتراض والاستثمار، والتوافق مع ما يتطلبه المستهلك، وكل المقتضيات والشروط الخاصة بالبيئة[1].

الفرع الثاني: المفاوضات الاجتماعية

وهي كل نقاش أو محاولة للفهم تدور حول أية ظاهرة اجتماعية، وخاصة في العمل بين العمال ورب العمل أو الإدارة، من خلال المرور بالإجراءات الهادفة إلى تسوية النزاع بطريقة ودية أو سلمية قبل إخضاعها لقاض العمل، وهذا ما تعمل على تكريسه قوانين العمل في إطار مفاوضات تجري بين الطرفين من خلال آليات المصالحة والوساطة. سواء كان النزاع فرديا أو جماعيا[2]. ولاسيما في إطار القانون المتعلق بتسوية المنازعات الفردية والقانون المتعلق بتسوية الخلافات الجماعية وحق الإضراب[3].

فكل خلاف قائم في مجال العمل يتحمله في إطار عملية تسوية داخل المؤسسة المستخدمة عن طريق التفاوض للوصول إلى تسوية ودية[4]، وفق إجراءات داخلية محددة في المعاهدات والاتفاقات الجماعية، أو من خلال أسلوب التظلم أو المصالحة من القرارات الإدارية، وذلك من خلال مفاوضات بين الطرفين لسحب القرار أو مراجعته أو تعديله[5]، واحترام الهرم التنظيمي للمؤسسة نفسها[6]، وتتميز عملية التفاوض بمجموعة من الخطوات التي لا بد من القيام بها، فهي النواة للعبور من مرحلة إلى أخرى خلال التفاوض إلى غاية التوقيع على الاتفاق النهائي لإنهاء النزاع[7].

1- د/ أحمد بوشحمة، أصول التفاوض، الأردن 1997، ص 73 وما بعدها.

=- د/ ثابت عبد الرحمن إدريس، المرجع السابق، ص 50 وما بعدها

2 - أ/ رشيد واضح، علاقات العمل في ظل الإصلاحات الاقتصادية في الجزائر"، دار هومة، الجزائر 2002، ص 181.

3- وهذا وفق القانون 04/90 المؤرخ في 06 فيفري 1990 المتعلق بتسوية المنازعات الفردية المعدل والمتمم بالقانون 28/91 المؤرخ في 1991/12/21، والقانون 02/90 المؤرخ في 06 فبراير 1990، المتعلق بالوقاية من النزاعات الجماعية في العمل وتسويتها وممارسة حق الإضراب، المعدل والمتمم بالقانون رقم 27/91 المؤرخ في 1991/12/21.

4 - د/ أحمية سليمان، التنظيم القانوني لعلاقات العمل في التشريع الجزائري، د. م. ج ط2، الجزائر 1994، ص 243.

5 - الاتفاقيات الجماعية وكيفية إبرامها ومحتواها وكيفية إثباتها وتنفيذها،نصت عليها المادة 114 من القانون 11/90 المؤرخ في 1990/04/21، هذه المادة معدلة ومتممة بموجب الأمر رقم 21/96، الخاص بالاتفاقيات الجماعية.

6 - فهذا ما نصت عليه المادة 114 من القانون 11/90 المؤرخ في 1990/04/21، وهذه المادة المعدلة ومتممة بموجب الأمر رقم 21/96 الخاص بالاتفاقيات الجماعية.

7 - أ/ لمي منصور العتيبي، المفاوضات الجماعية كأسلوب لحل المنازعات في اقتصاد السوق، رسالة ماجستير، كلية الاقتصاد والعلوم السياسية، جامعة القاهرة 2008، ص 159.

فهذا من خلال الاستعداد الجيد للمفاوضة، مما يترتب على ذلك معرفة لماذا نتفاوض ومع من يتم ذلك؟ وما هي القدرة التفاوضية التي تتمتع بها لذلك؟ وكيفية الوصول لتحقيق المطالب؟ وما البدائل التي يمكن أن تطرح في حالة عدم القبول لمطالب معينة، لذا يجب الاستعداد الجيد لكل ذلك، حتى تتوافر فرص النجاح للمفاوضة الجماعية والعكس صحيح[1] ويشمل الاستعداد لذلك الخطوات التالية:

1- تحقيق المراحل الإجرائية للعملية التفاوضية

2- إعداد الفريق التفاوضي وتدريبه[2]

3- إعداد الموضوعات والمعلومات التي تطرح خلال التفاوض

4- خلق جو من التجاوب والتفاهم مع الطرف الآخر لحسم التفاوض.

5- اختيار التكتيكات المناسبة للتفاوض[3]

وبعد استنفاذ كل إجراءات المعالجة الداخلية داخل المؤسسة المستخدمة، فيمكن للعامل إخطار مفتش العمل أو لجنة المصالحة. بهدف التوفيق بين الطرفين[4].

لقد نظم المشرع الجزائري علاقات العمل الجماعية وأصدر أحكاما ونصوصا قانونية يعالج فيها الخلافات التي تنشأ بسبب أو بمناسبة العمل، وقرر نظامي المصالحة والتحكيم وعملية التفاوض التي تتدخل فيها عدة جهات محددة قانونا سواء كانت من نقابة العمال أو مفتشية العمل المختصة إقليميا لمعالجة النزاع الجماعي الذي أدى إلى قيام الإضراب، وخلاله عمليات التفاوض والمصالحة والوساطة التي نص عليها القانون[5].

فالمفاوضات تتم كذلك في أطر أخرى اجتماعية كثيرة في إطار الأسرة ومحيطها وبين الأصحاب وفي مختلف النوادي ومجالات الصلح العشائري، وفي مجال علاقات أخرى كثيرة داخل المجتمع، ولإنجاح هذه المفاوضات الاجتماعية، فلا بد لها أن تسير وفق هيكل وإطار القيم السائدة في المجتمع والذي يحكمه

---

1 – د/ إيمان منصور ود/ شريف عيد، الوساطة وفق التفاوض، د .ن .ع، القاهرة، مصر 2017، ص 30.

2 – د/ جورج فولو، دليل المفاوض، ط1، مكتبة جرير، القاهرة 2000، ص 125 وما بعدها.

3 – د/ روجرد أوسمون، أسرار قوة التفاوض، ط1، مكتبة جرير، القاهرة 2004، ص 226 وما بعدها.

4 – وهذا ما نصت عليه المادة 05 من القانون 04/90 والقانون 03/90 المؤرخ في 1990/02/06، المتعلق بمفتشية العمل.

5– د/ محمد الصغير بعلي، تشريع العمل في الجزائر، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة الجزائر، سنة 2000، ص 93 وما بعدها.

– عمليات التفاوض بين الأطراف المتنازعة والمصالحة والوساطة وحتى التحكيم في النزاعات الجماعية من خلال القانون 02/90 المعدل والمتمم السالف الذكر، بداية من المادة 04 منه وما يليها.

السلوك الحضاري للفرد والأسرة والمجتمع ككل، ويتصف التفاوض الاجتماعي بالمرونة المحددة نظرا لكثافة المحادثات الاجتماعية وسيطرتها ونفوذها الذي يصعب الخروج منه دون تكلفة أهمها احترام الفرد لذاته التي تحددها عدة معايير وأطر وقيم اجتماعية، وعادة ما تتأثر المفاوضات الاجتماعية بالميولات والاتجاهات والدين والثقافة والمعتقدات والقيم الاجتماعية في المجتمع والتي يصعب جدا تجاوزها أو إهمالها أو حتى مخالفتها[1].

لكن هذا النوع أو الميدان التفاوضي لا يكون مجالا لدراستنا التي سنركز من خلالها على ميدان التجارة والأعمال، وذلك على الرغم من أهميتها التي تكمن عموما في تحقيق الأهداف الاجتماعية والمهنية العديدة والمتنوعة.

الفرع الثالث: المفاوضات السياسية والعسكرية

أولا- المفاوضات السياسية:

فهي تتعلق بالعمل السياسي وعلاقاته بين مختلف الدول، ويتميز التفاوض السياسي بعدم الاستقرار على حال معين ، فيتغير بتغير الحكومات والأفراد والأحداث والظروف التي يمكن التكهن بطبيعتها، وتعمل المفاوضات في هذا المجال على إحداث شكل من أشكال التهدئة وتحقيق الأهداف بدون اللجوء إلى العنف من خلال الالتزام بالمحافظة على الحقوق مقابل تقديم الواجبات، ومن أهم مجالات التفاوض السياسي لترشح للانتخابات، والتفاوض بين الأحزاب وبين الأحزاب والحكومة أو أي جهاز من أجهزتها، والتفاوض بين الحكومات والدول، والمفاوضات التي تعقب العمليات العسكرية، والتفاهم لتشكيل الأحلاف المختلفة[2].

وما يدور حول حماية المصالح بين الدول ووسائل رعايتها، والتفاوض حول الاتفاقات الخاصة بالوضع السياسي لأي طرف من أطراف التفاوض...الخ، بحيث أن المفاوضات السياسية تحتاج إلى متابعة وقوة دفع مستمرة ورقابة دقيقة. وتعد المفاوضات من أولى وسائل حل النزاعات الدولية وحتى الداخلية، وبين أطراف النزاع وبواسطة طرف ثالث، وهي وسيلة تضرب بأعماقها في أعماق التاريخ، كوسيلة لإزالة حدة التوتر أو الأزمات، سواء عن طريق الاتصال المباشر أو غير المباشر بين الأطراف المعنية، يشترط أن يكون ذلك مرهون بعدم الرغبة في فرض حقوق لا يملكها طرف معين أو الرغبة في هضم حقوق الطرف

1- د/ محمود علي، ود/ محمد عوض الهزايمة، المرجع السابق، ص 38.

2- د/ محمود علي، ود/ محمد عوض الهزايمة، المرجع نفسه، ص39.

الآخر أو طرف آخر غائب عن عملية التفاوض. على أساس أنه لكي يكون هناك تفاوض لا بد من وجود شيء يتم التفاوض عليه ويدخل في سلطة أو اختصاص الأطراف المعنية[1].

ثانيا – المفاوضات العسكرية

كثيرة هي الحروب وكثيرة هي أسبابها وما ينتج عنها من آثار عديدة كالتدمير والقتل والتهجير...الخ، فالأطراف المتصارعة ومجال القتال كثيرا ما تصل إلى قناعة تقضي وقف التقاتل والميل والبحث عن فرص للتفاوض لوضع حد لمختلف الآثار المدمرة وخاصة تعادل القوة التدميرية لكل طرف دون غالب أو مغلوب كثيرا ما تدفع باتجاه المفاوضات، والتي يرتجى منها تصحيح الأوضاع أو التقاط الأنفاس أو الخروج من حالة الحرب إلى حالة السلم.

وتتركز أهم المجالات التفاوضية العسكرية في الفصل بين القوات وتسليم الأسرى، وتبادل الأسرى والجرحى ونقل الموتى والبحث عن المفقودين، كما قد يدور التفاوض العسكري حول المناورات المشتركة والإنتاج المشترك للسلاح والذخيرة، أو الحصول على السلاح والتجهيزات والإمدادات وتبادل المعلومات العسكرية، وكذلك التفاوض حول المناطق المنزوعة السلاح، ومفاوضات برامج التدريب والتكوين والإعداد العسكري، والاستشارات العسكرية، وتقديم الخدمات والمعلومات العسكرية السرية والعلنية ...الخ[2].

لكن ومن الملاحظ أن هذا الميدان من المفاوضات ليس من مواضيع بحثنا في هذه الدراسة لدا سنقتصر على ما قدمناه في هذا الميدان من المفاوضات العسكرية.

المطلب الثالث: العقود الغير قابلة للتفاوض

لقد سادت الأفكار التي تنادي بإطلاق حرية الفرد وسلطان إرادته، وهذا خاصة في القرنين الثامن عشر والتاسع عشر، حيث شهد مبدأ سلطان الإرادة ازدهارا كبيرا ومنه ترك قانون الإرادة للأفراد في تنظيم المعاملات داخل المجتمع دون تدخل منه، فالمقصود بمبدأ سلطان الإرادة، بأن الإرادة قادرة على إنشاء التصرف القانوني وتحديد آثاره، فالإرادة وحدها ودون أي شكلية قادرة على إنشاء العقد، شريطة أن لا يخالف النظام العام والآداب العامة وقد تبنى المشرع الفرنسي وحذا حذوه المشرع الجزائري وكثيرا من التشريعات الأخرى، هذا المبدأ في التقنين المدني، حيث نص القانون المدني الفرنسي والجزائري ثم المصري على أن العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقررها

1– د/ أحمد أبو الوفاء، المفاوضات، د. ن. ع، القاهرة، مصر 2014، ص 46.

2– د/ محمود علي ود/ محمد عوض الهزايمة، المرجع السابق، ص 38 وما بعدها.

القانون[1]، وقد ترتب عن مبدأ سلطان الإرادة مبدأ مؤداه أن كل شيء قابل للتفاوض وخاصة العقود منها بتحديد شروطها دون فرض أو إملاء.

لكن هذا المبدأ على الإطلاق لم يكن ليصمد أمام مختلف التطورات الاقتصادية والاجتماعية التي شهدها العالم، مما زاد إلى ظهور أنواع جديدة من العقود مما أدى إلى السرعة في إبرامها وفق شروط محددة وموجودة، ودون أي تفاوض بشأنها مما أدى إلى ظهور طائفة من العقود غير قابلة للتفاوض، بحيث ينفرد الموجب بتحديد شروط العقد ولا يقبل أي مناقشة فيها، ويكون للطرف الآخر أن يقبلها جملة أو أن يرفضها دون أن يستطيع مناقشة الموجب حولها فإذا ما قبلها فكأنه رضخ وأذعن لمشيئة الموجب، لذا أطلق على هذا النوع من العقود اسم "عقود الإذعان".

وفيما يلي نتناول بالشرح لفكرة عقود الإذعان كعقود غير قابلة للتفاوض وذلك في ثلاث فروع، نخصص الأول لمفهوم عقد الإذعان، والثاني للطبيعة القانونية لعقد الإذعان، والفرع الثالث لعدم قابلية عقود الإذعان للتفاوض وهذا على النحو التالي بيانه.

الفرع الأول: مفهوم عقد الإذعان

أولا- تعريف عقد الإذعان

1- المعنى اللغوي لكلمة إذعان: الإذعان في اللغة هو الانقياد، وأذعن الرجل انقاد وسلم وأذعن له أو خضع له وذل، والإذعان يعني كذلك الإسراع مع الطاعة[2]، قال الله عز وجل:﴿ **وَإِنْ يَكُنْ لَهُمُ الْحَقُّ يَأْتُوا إِلَيْهِ مُذْعِنِينَ**﴾[3]، قال في ذلك القرطبي في تفسيره أي طائعين منقادين[4].

2- عقد الإذعان في الاصطلاح القانوني: كان الأستاذ سالي هو أول من ابتدع تسمية Contrat d'adhision في فرنسا بداية القرن العشرين، والتي معناها "عقد الانضمام" أي العقد الذي يحدد شروطه الموجب، ويقتصر دور القابل على مجرد الانضمام إلى العقد دون مناقشة حول شروطه، وفي البلدان العربية كان الأستاذ السنهوري هو أول من ابتدع تسمية "عقد إذعان" باختياره هذه التسمية عن تسمية "عقد الانضمام" وقد علل ذلك بأن الإذعان يتضمن معنى الاضطرار والقبول، ولقد صادفت هذه التسمية رواجا لدى الفقه والقضاء وانتقلت إلى القوانين المدنية الحالية. ويمكن تعريف عقد الإذعان بأنه العقد الذي يعرض

1- هذا ما نصت عليه المادة 106 مدني جزائري، والتي تعادلها المادة 147 مدني مصري.

2- ابن منظور، لسان العرب، المرجع السابق.

3- سورة النور الآية 49.

4- الجامع لأحكام القرآن للقرطبي، المكتبة التوفيقية، القاهرة مصر، د. س. ن، ص 282.

فيه الموجب شروط تم إعدادها مسبقا بنفسه أو من قبل الغير، ولا يقبل التفاوض فيها حول شروطها مع المتعاقد الآخر[1].

ثانيا – المفهوم التقليدي لعقد الإذعان

بدأت فكرة عقد الإذعان ضيقة للغاية، حيث اشترط الفقه التقليدي أن تتوفر في العقد خصائص معينة حتى يمكن اعتباره عقد إذعان وهي:

1 – تعلق العقد بسلع أو مرافق تعتبر من الضروريات بالنسبة للمستهلكين أو المنتفعين.

2 – احتكار الموجب لهذه السلع أو المرافق احتكارا قانونيا أو فعليا، أو منعدمة تماما، أو على الأقل سيطرته عليها سيطرة تجعل المنافسة فيها محدودة النطاق.

3 – صدور الإيجاب إلى الناس كافة وبشروط واحدة وعلى نحو مستمر، أي لمدة غير محدودة[2].

4 – صدور الإيجاب في قالب نموذجي، ويعرض ككل يقبل جملة أو يرفض، في شكل مطبوعة لا يفهمها الشخص العادي، تتضمن عادة شروط كثيرة في الغالب في صالح الموجب بعضها تخفف المسؤولية العقدية، وبعضها يشدد من مسؤولية الطرف الآخر.

ويبقى واضحا من خلال نصوص القوانين المدنية، أن عقود الإذعان غير قابلة للتفاوض بحيث يقتصر دور من وجه إليه الإيجاب على مجرد التسليم بشروط الموجب دون النقاش.

وهذا ما اتجهت إليه محكمة النقض المصرية وأخذها بالمفهوم الضيق لعقود الإذعان وفق الشروط التقليدية التي سبق ذكرها، وبذلك رفضت هذه المحكمة اعتبار عقود بيع السيارات من عقود الإذعان، أن السيارات لا تعتبر وفق الشروط السالفة الذكر من الضروريات واللوازم الأولية للجمهور، وكذلك عقود النقل الداخلي للركاب الذي تتولاه مؤسسات عامة وخاصة ونفس الأمر بالنسبة لعقود تأجير الوحدات السكنية، مما ينتفي في ذلك عنصر عدم المنافسة وينتفي معه كذلك عنصر الاحتكار[3].

وهكذا فإن عقود الإذعان وفقا للمفهوم التقليدي الذي تتبناه محكمة النقض المصرية تنحصر في دائرة ضيقة تحددها خصائص معينة لا تسمح بدخول عقود أخرى فيها، والقاسم المشترك في عقود الإذعان عموما أن الموجب فيها يكون في مركز اقتصادي متغلب لأن معظم عقود الإذعان هذه والتي تصدرها

1– د/ رجب كريم عبد اللاه، المرجع السابق، ص 169 وما بعدها.

2– د/ أنس محمد عبد الغفار، آلية مواجهة الشروط التعسفية في عقود الإذعان،دار الكتب القانونية، مصر 2013، ص 15.

3– د/ رجب كريم عبد اللاه، نفس المرجع ، ص 170 .

الدولة ومرافقها يكون في وضع احتكار قانوني كأن تنفرد شركة بإنتاج سلعة أو تقديم خدمة معينة، بل وقد لا يتوفر الاحتكار ومع ذلك تضعف المنافسة بفعل توحيد شروط التعاقد بين من يمارس نشاطا معينا، بحيث لا يجد العملاء جدوى من البحث عن شروط أفضل لدى شركات أخرى، مثل التعاقد مع البنوك وشركات التأمين، وكذلك الموجب وفي هذه العقود يعرض إيجابه في شكل بات ونهائي ولا يقبل تفاوضا فيه، فالموجب له إما أن يقبل بشروط الإيجاب جملة وإما أن يدعها دون أية مناقشة فيها، ولكن عادة ما يلجأ هذا الأخير ويضطر إلى قبول هذه الشروط، نظرا لأن العقد يتعلق بسلعة أو خدمة تعتبر من الضروريات التي لا تستقيم الحياة بدونها[1].

ثالثا – المفهوم الحديث لعقد الإذعان

لقيت هذه العقود تطورا عميقا يواكب التطور الاقتصادي والتكنولوجي الذي شهده العالم مؤخرا، وبالتالي تخلصت من حجمها الضيق الذي ولدت به منذ مطلع القرن العشرين، وهذا ما حدث بالفعل خاصة في البلدان المتقدمة، فقد اتسعت دائرة عقود الإذعان اتساعا هائلا، حتى أنها أصبحت تستوعب اليوم كافة العقود التي تتم وفقا لشروط محددة مسبقا ولا تقبل المفاوضة حول شروطها.

فقد تخلى الفقه الحديث عن الشروط التقليدية التي كانت تشترط في العقد حتى يصبح عقد إذعان، واكتفى بأن يكون التفاوض بشأنه مستبعدا دون الشروط التقليدية المعروفة سلفا فأصبحت العقود البسيطة المعروفة يمكن أن تتحول إلى عقود إذعان دون اعتبار لمركز أحد أطرافها. ولا يشترط كذلك أن يكون الإيجاب في عقد الإذعان عاما ودائما، أي أن يوجه إلى الجمهور ولمدة غير محددة، وإنما يمكن أن يوجه إلى شخص معين ولمدة محددة، مثل الإيجاب الموجه إلى شخص بذاته بخصوص بيع شيء معين محدد لا يمكن التفاوض حوله[2].

وفضلا عن ذلك فإنه لا يشترط أن تتم عقود الإذعان في صورة نماذج، بل قد تتم بشكل شفهي أو بأي شكل آخر. وهكذا فإن عقد الإذعان أصبح يدخل في مجالها عقودا جديدة تضاف إلى العقود التقليدية السابق ذكرها، منها عقود البيع بثمن محدد في مختلف المجالات العامة والتي تعقد دون إمكانية لحدوث عملية التفاوض حولها[3].

1– ومن الأمثلة على عقود الإذعان التقليدية عقود الاشتراك في الكهرباء والمياه والغاز والتليفون والبريد، وشركات الطيران والبواخر، وشركات النقل العامة، وعقود التأمين والعقود المصرفية.

2– د/ نزيه المهدي، الالتزام قبل التعاقد، المرجع السابق، ص 69.

3– د/ نزيه المهدي، المرجع السابق، ص 70.

– **التعاقد بواسطة آلة ذاتية التشغيل:** أسفر التطور التكنولوجي عن ظهور نوع جديد من عقود الإذعان، وهي العقود التي يتم إبرامها بالتعامل المباشر مع آلة أوتوماتيكية يتم بموجبها التشغيل التلقائي وفقا لنظام معين، ومن بينها ماكينات التوزيع الأوتوماتيكية، والتي ذاع استخدامها اليوم خاصة في الدول المتقدمة والتي بدأنا نعرفها نحن اليوم، بحيث يتم وضعها في الأماكن العامة التي يرتادها الجمهور من أجل توزيع الخدمات المختلفة ذات الحجم الصغير، وليس على العميل إلا إتباع الإرشادات التي تظهر أمامه على شاشة صغيرة، ثم يحصل على الخدمة المطلوبة[1].

وقد أثار التساؤل بين الفقهاء عما إذا كان التعامل مع مثل هذه الآلات يعتبر عقدا حقيقيا أم لا، ولقد رفض جانب من الفقه اعتبار مثل هذه العملية عقدا بالمعنى الصحيح لأنها لا تمنح العميل الإئتمان أو الثقة العقدية التي هي من السمات الجوهرية للعقد، فهذه العملية تتم بطريقة فورية، دون وجود أي التزامات فبمجرد الدفع يتم استلام الشيء وينتهي الأمر، فليس هناك مثلا التزام بالضمان لصعوبة إثباته أو تفاهة الضرر، وما دام أن هذه العملية لا يتولد عنها التزامات فإنها لا توصف بالعقد، فضلا عن أن هذه العملية لا تتم بين شخصين وإنما هي تتم بالتعامل المباشر مع الآلة، وهو ما ينفي كونها عقدا حقيقا[2].

وفي اعتقادنا أن هذه العملية هي عقد حقيقي، وهذا العقد هو ثمرة التقدم التكنولوجي الحديث، الذي أحدث ثورة وتطورا عميقا في نظرية العقد التقليدية، فلم يعد من اللازم أن يحدث اتصال مباشر بين المتعاقدين عند إبرام العقد، وإنما يكفي أن يتم التراضي بينهما بمجرد تبادل إيجاب وقبول متطابقين، ولا تهم الوسيلة التي تم بها هذا التبادل بعد ذلك، كما يستطيع صاحب البضاعة أن يستعين بشخص من الغير لتوزيع بضاعته، فإنه بإمكانه أيضا أن يستعين بالوسائل التكنولوجية الحديثة للقيام بذلك ويوفر لنفسه الوقت والجهد والمال. وليس من شك أن العميل في هذه الحالة إنما يتعاقد مع صاحب الآلة وليس مع الآلة ذاتها، لأن هذه الأخيرة إنما تنفذ ما أراده صاحبها، فالواقع أن وجود الآلة في مكان عام هو بمثابة إيجاب موجه للجمهور، وهو إيجاب صادر من صاحب الآلة نفسه، طالما أنه هو الذي وضع الآلة في المكان العام، وهو الذي زودها بما يود بيعه من السلع، وحدد ثمن كل سلعة على حدى، وبرمج الآلة على طريقة تشغيل

1– مثل توزيع المشروبات والمأكولات، والسجائر وطوابع البريد، وتذاكر المترو، وتذاكر السينما، والنقد...الخ، إلى جانب ماكينات الخدمات المختلفة (تصوير، تنظيف...الخ).

2– د/ رجب عبد الكريم عبد اللاه، المرجع السابق، ص 175.

معينة، وبإتباع العميل للشروط المطلوبة يكون قبل إيجاب صاحب الآلة، وعندئذ يتم العقد دون أي صعوبة تذكر، وتتطابق الإرادتين طبقا لما هو ملاحظ عمليا[1].

فضلا عن ذلك فإن هذه العملية تنشئ على عاتق الطرفين التزامات حقيقية، إلا أنه يصعب إثباتها، فهذه الصعوبة لا تنفي وجودها ويمكن التغلب على هذه الصعوبة بتفعيل عنصر الأمان في الوسائل التكنولوجية الحديثة.

وهكذا فإن العقد المبرم بطريق التعامل المباشر مع آلة ذاتية التشغيل هو عقد صحيح دون أي شك، وهو عقد إذعان، لأن صاحب الآلة يحدد شروطا معينة للتعامل مع الآلة ولا يقبل مناقشة فيها.

رابعا –المصادر الحديثة لعقود الإذعان

الغالب أن الموجب هو الذي يحدد هذه الشروط، إلا أنه هناك مصادر أخرى حديثة لهذه الشروط.

1– شروط يضعها الموجب

وهي التي يعدها الموجب بعناية قبل مرحلة التعاقد، ويقرر التعاقد على أساسها دون تعديل فيها، وعادة تكون هذه الشروط عامة ومجردة لأنها تحكم عددا غير محدد من العقود دون تمييز في شكل إيجاب عام ودائم، وهي بذلك إما أن تدرج بالعقد أو إما أن تلحق به، أو أن يحال إليها كالوائح الداخلية للمصنع، والفنادق...الخ[2].

2– العقود النموذجية

تعد العقود النموذجية Contrats types المصدر الثاني لعقود الإذعان، بحيث أنها تتضمن شروطا عامة نموذجية يتم إبرام عقود الإذعان الفردية على منوالها، وهذا ما تحدده النقابات المهنية المختصة، وبالتالي تكون عقود الإذعان هنا قد وضعت من قبل الغير وليس من قبل الموجب نفسه، وحتى تأخذ هذه الصيغ النموذجية شكل العقد بالمعنى التام لا بد من أن يعلم بها القابل قبل إبرامها بزمن معين، بشكل مباشر أو غير مباشر[3].

---

1 – Ph- Malaurie et L. Aynes, op cit, N° 375 P 125.

2- Larroumet, op cit, N° 256, P 245.

3- J. Schmidt, Négociation et Conclusion du contrats, op cit. P 253.

3- المصطلحات الموحدة

تقوم المصطلحات الموحدة بدور فاعل في توحيد شروط العقد، حيث يقوم عادة المتعاقدين على استخدام هذه المصطلحات في عقودهم والتقيد بمعاينها أو أن يحيلوا عليها لتفسير شروط العقد، ومن ثم فإنها تعد شروطا عامة نموذجية.

ولعل أشهر هذه المصطلحات – مصطلحات التجارة الدولية "Incoterms" التي أعدتها غرفة التجارة الدولية "CCI" بهدف إرساء مجموعة من القواعد لتفسير أهم المصطلحات المستخدمة في التجارة الدولية[1]، وذلك للحد من المنازعات التي تثور بين الأطراف بسبب عدم الدقة وتفسير هذه المصطلحات، واختلاف هذا التفسير من بلد لآخر، وقد جرت العادة على الإحالة إلى هذه المصطلحات في عقود التجارة الدولية.

إلى أن فكرة الإذعان ولدت ضيقة للغاية على أيدي الفقه الفرنسي في بداية القرن العشرين، وهذا ما اعتنقه الفقه والقضاء الجزائري وحتى المصري، ثم أخذت هذه الفكرة تتسع مؤخرا في الدول المتقدمة لتستوعب ما أسفر عنه التطور الاقتصادي والتكنولوجي من عقود حديثة تتم من خلال صيغ نموذجية وفي غياب أية مناقشة أو تفاوض عند إبرام العقد.

ويذهب المشرع الجزائري إلى هجر فكرة عقود الإذعان الضيقة، والأخذ بمعنى أكثر اتساعا ليحتوي متطلبات حماية المستهلك في مواجهة تجار لا يتعاملون إلا من خلال عقود نموذجية ، لا يتركون فيها أي مجال للتفاوض ولاسيما أن القانون المدني الجزائري وحتى المصري لم يشترط الاحتكار أو السيطرة ، أو كون السلعة من الضروريات، وإنما اكتفت بوجود عقد إذعان بمجرد التسليم بشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل أي مفاوضة حولها[2]، وهو عين ما يطالب به الفقه الحديث للتوقف عنده لتحديد عقد الإذعان، وقد ألزم المشرع الجزائري الطرف الموجب الالتزام بالقواعد والشروط القانونية التي حددها قانون حماية المستهلك[3]، وتفادي كل ممارسات مقيدة للمنافسة ومراقبة التجمعات الاقتصادية، قصد زيادة الفعالية الاقتصادية وتحسين ظروف معيشة المستهلكين[4].

1- وهذه المصطلحات هي التي سنحددها بشكل واضح لاحقا وهي:
-Exw, Fca, Fas, FOB, CFR, CIF, CPT, CIP, DAF, DES, DEQ, DDU, DDQ.

2- طالع في ذلك نص المادة 70 من القانون المدني الجزائري، والمادة 100 من القانون المدني المصري.

3- وهو القانون 09-03 المؤرخ في 25 فبراير سنة 2009، يتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش.

4- من خلال الأمر 03- 03 المؤرخ في 10 يوليو سنة 2003 يتعلق بالمنافسة، معدل ومتمم بالقانون رقم 08- 12 المؤرخ في 25 يونيو سنة 2008.

الفرع الثاني: الطبيعة القانونية لعقد الإذعان

من خلال تعريف هذا النوع من العقود كما سبق ذكر ذلك، ومن هنا اختلف الفقهاء فيما يتعلق بطبيعة هذا العقد، ففريق ينكر عليه وصف العقد، وفريق يعتبره عقدا حقيقيا كسائر العقد.

أولا- الرأي الأول: عقد الإذعان ليس عقدا حقيقيا

كان الأستاذ سالي هو أول من لفت الأنظار إلى عقد الإذعان وأول من أنكر عليه وصف العقد وقد تبعه في ذلك فريق من فقهاء القانون العام[1]، وصحبهم في ذلك أن هذا العقد لا تتوفر فيه الإرادة التعاقدية المشتركة، وإنما هناك إرادة وحيدة تسيطر على الإرادة الأخرى ولا توجد مساواة التي تفرضها فكرة العقد، كما أن النقاش فيه معدوم فلا يكون قبول الطرف المذعن فيه عن حرية وبينة[2]، وإنما يكون قبوله أقرب إلى المشيئة، فهذا هو بمثابة مركز قانوني منظم تنشئه إرادة الموجب المنفردة، ومن ثم يجب تفسيره كما يفسر القانون أو اللائحة وأن تراعي في تطبيقه مقتضيات العدالة وحسن النية[3].

إن الإرادة المنفردة للطرف القوي هي التي تلعب الدور الحاسم في تحديد شروط وآثار العملية التعاقدية[4].

ثانيا- الرأي الراجح: عقد الإذعان هو عقد حقيقي

يذهب جمهور فقهاء القانون المدني في فرنسا ومصر والجزائر إلى أن عقد الإذعان هو عقد حقيقي يتم بتوافق إرادتين، ويخضع للقواعد التي يخضع لها سائر العقود، وبالتالي فهم يفندون مزاعم أصحاب الرأي الأول، أن إرادة الموجب لا يمكن أن تنتج أثرا إلا بعد انضمام إرادة القابل إليها، وبذلك تساهم الإرادتان في إبرام العقد، ويرى هذا الفريق أن كل العقود التي ترد في الميدان الاقتصادي أو الأعمال بشكل عام يتعرض فيها الطرفان إلى قدر قليل أو كثير من الضغط الاقتصادي، والمساواة القانونية هي المطلوبة في العقد، أما المساواة الاقتصادية فليست لازمة، لأن اتفاق الإرادتين لا يعني بالضرورة أن يكون لكل من الإرادتين دور معادل للدور الآخر[5].

1- أمثال ديجيو هوريو، والعميد نعمان جمعة.

2- د/ أنس محمد عبد الغفار، آليات مواجهة الشروط التعسفية في عقود الإذعان، دار الكتب القانونية، مصر 2013، ص 55 وما بعدها.

- المستشار إبراهيم سيد أحمد، عقود الإذعان فقها وقضاء، دار الكتب القانونية، مصر 2010، ص 07 وما بعدها.

3- R. salleilles, Déclaration de volonté, op cit, P 229 et s.

4- N. Goma, op cit, N° 49, P 69.

5- د/ بودالي محمد، الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري، دار هومة، الجزائر 2007، ص 10.

ثالثا – التفاوض ليس شطرا لوجود التراضي أو صحته في عقد الإذعان

رغم أن عقد الإذعان غير قابل للتفاوض والنقاش حول بنوده المختلفة، إلا أن ذلك لا ينقص أصلا من قيمته القانونية ولا يجرده من وصف العقد، فالواقع أنه لا يشترط في القانون المدني الجزائري مثلا لوجود التراضي أو لصحته أن يكون مضمون العقد محل تفاوض سابق بين الطرفين، ومنه فإنه بمجرد تبادل الإيجاب وقبول متطابقين يتم العقد ولا يهم كيف تم وضع شروط العقد وممن وضعت، وإلا خرجت كثير من العقود من التعاملات اليومية التي تقتضيها السرعة في التعاقد مع الجمهور والتي يتطلبها حسن سير المعاملات في المجتمع. لذا يجب احترام الإرادة العقدية، فلا يجوز لا للقانون ولا للقاضي التدخل في الحياة التعاقدية للأفراد، ما دام أن مبدأ سلطان الإرادة واستغلالها بذاتها يحكم تكوين العقد وتنفيذه معا[1].

كما أنه من المسلم به لدى الفقه، أن التراضي يمكن أن يقع على جملة شروط العقد، دون تفاصيل شروط العقد، بل يكون قبولها جملة واحدة بأي شكل من الأشكال، كما أنه لا يمكن الاعتذار بجهل شروط العقد من الطرف المذعن، ومنه يتعين أن الطرف القابل (المذعن) أن يكون عالما بشروط العقد المختلفة علما نافيا للجهالة، كما هو الحال في سائر العقود، وهذا ما جرت عليه العادة عند إبرام عقد من عقود الإذعان ببيان صريح منه بهذا العلم عند توقيعه عليه[2].

وقد أكدت محكمة النقض الفرنسية على ضرورة أن يكون الطرف المذعن عالما بشروط العقد حتى يكون نفاذه في حقه، فقد قضت بعدم سريان الشرط الذي يقضي بسقوط الحق في التأمين في حالات معينة إذا كان هذا الشرط لم يذكر في وثيقة التأمين المسلمة للمؤمن له.

ونخلص من ذلك إلى أن عقد الإذعان هو عقد حقيقي يقوم على الرضاء المتبادل بين الطرفين، مثله في ذلك مثل سائر العقود، وكل ما هنالك أنه عقد غير قابل للتفاوض، وهو أمر لا يؤثر أصلا في صحته، وإنما يميزه فحسب عن العقود القابلة للتفاوض في بعض الأحكام.

الفرع الثالث: عدم قابلية عقد الإذعان للتفاوض

إن عدم قابلية عقد الإذعان للتفاوض هو المعيار الوحيد والجوهري لهذا العقد مهما كان نوع هذا العقد أو أن يكون الإيجاب فيه عاما أو دائما، ولا يهم أن يكون الاحتكار قانوني أو فعلي، فهذه كلها أمور ثانوية، ولا يميز عن باقي العقود قد يوجد بدونها، فهو عين ما ذهب إليه الاتجاه الحديث في الفقه، حيث لا

=– د/ عبد الحكيم فودة، تفسير العقود، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر 1993، ص 311.

1– د/ عبد الحكيم فودة ، الوسيط في نظرية العقد، نفس المرجع ، ص 82.

2– يقول –أوافق– وبالتوقيع على صيغة نموذجية أو الإحالة على شروط عامة.

يشترط في عقد الإذعان إلا أن يكون غير قابل للتفاوض فقط، فقد يكون متعلقا بسلعة أو خدمة من الكماليات[1].

أولا- مفهوم عدم القابلية للتفاوض

يقصد بعدم القابلية للتفاوض، أن يكون التفاوض على العقد مستبعد تماما، أي أن يكون الموجب رافضا للتفاوض حول شروطه، بحيث يعرض هذه الشروط ككل تقبل جملة أو ترفض دون أية مناقشة. ومنه فإن غياب التفاوض حول العقد لا يعني بالضرورة أننا بصدد عقد إذعان، أي لسنا بالضرورة أمام عقد غير قابل للتفاوض، وإنما يجب أن يكون التفاوض على هذا العقد ممنوعا أصلا، أي أن تكون شروطه من البداية غير قابلة للتفاوض أو النقاش مهما كان الحال[2].

ومن هذا فإن العقد إذا كان قابلا للتفاوض من حيث الأصل، ولكن المتعاقد الآخر لم يتفاوض فيه بمحض إرادته واختياره، وقبل بشروط الموجب كما هي دون نقاش، فإن هذا العقد رغم ذلك يظل عقدا قابلا للتفاوض ولا يتحول بسبب عدم التفاوض إلى عقد إذعان، لأن عدم التفاوض في عقد الإذعان ليس اختياريا بل هو مفروض منذ البداية على الطرف المذعن بالتسليم بشروطه دون نقاش إن أراد التعاقد. وبالمقابل فإن عقد الإذعان لا يتحول إلى عقد قابل للتفاوض لمجرد قيام الطرف المذعن بالمساومة فيه، حتى ولو أدت هذه المساومة إلى نتيجة ما، كتخفيض في السعر مثلا، إن ذلك لا يعني أن الموجب أصبح قابلا للتفاوض، بل يظل رافضا للتفاوض حول شروطه، كل ما في الأمر أنه قبل بتقديم تخفيضا في الثمن لا يعد وأن يكون نسبة مئوية من الثمن الأصلي، دون أن يوافق على الدخول معه في مفاوضة لإعادة تحديد شروط العقد[3].

ومع ذلك فإنه من المتصور والممكن أن يكون العقد في الأصل عقد إذعان، ثم يتحول في حالة معينة إلى عقد قابل للتفاوض، مثال ذلك عقد التأمين، حيث يتم هذا العقد عادة من خلال صيغ نموذجية لا يمكن التفاوض فيها، ولكن عندما يتعلق التأمين بمشروع كبير ومعقد فإن هذه الصيغ قد لا تتناسب معه، نظرا لطبيعته الخاصة، وبذلك فإن شركة التأمين تضطر في هذه الحالة إلى الدخول في مفاوضات مع طالب التأمين للتوصل إلى عقد تأمين معين تراعي فيه الظروف الخاصة بالمشروع، وذلك بتحول عقد التأمين في هذه الحالة من عقد إذعان إلى عقد قابل للتفاوض حول بنوده وتفاصيله المختلفة. لضمان توازن

1- مثل التعاقد مع محلات المجوهرات، وبيوت التجميل والفنادق ومحلات الترفيه...الخ.

2-Chr, Larroumet, op cit, N° 264, P244.

3- طالع في ذلك التمييز بين التفاوض على العقد والمساومة، ص 50 وما بعدها.

العقد، إلا أن القواعد العامة في القانون المدني تضمنت عددا من التقنيات التي يمكن أن يسهم إعمالها في محاربة عدم التوازن العقدي، والتي منها، الغبن والاستغلال وقاعدة مبدأ حسن النية، ونظرية السبب[1].

ثانيا – مبررات عدم القابلية للتفاوض

قد يبدو من أول وهلة أن الموجب هو من يفرض هذه الصفة على العقد بجعل العقد غير قابل للتفاوض، من خلال استعمال عقود نموذجية في تعامله مع الغير، لتحقيق مصالحه الشخصية فقط، وتحركه في هذا الاتجاه من خلال الأنانية وتحقيقا للمنفعة الخاصة، ولكن الحقيقة غير ذلك، فهناك عوامل موضوعية تدفعه إلى ذلك، وتبرر عدم قابلية هذه العقود للتفاوض، وإن صح وجود تكافؤ بين أطراف العقد من الناحية القانونية، وهو تكافؤ نظري فإنهم بعيدون عن ذلك اقتصاديا واجتماعيا، وبعد التأكد لديهم أن المتعاقد القوي هو الذي يفرض إرادته، وبالتالي قانونه على الطرف الضعيف؛ وعلى هذا الأخير أن يذعن تحت ضغط الحاجة ، ويقبل مكرها ما قام به الطرف القوي بفرضه بحرية، وهكذا تحول العقد من أداة عدالة إلى أداة ضغط، وذلك من خلال عقود نموذجية في تعامله مع الغير، والحقيقة أن هناك عوامل موضوعية تدفعه إلى ذلك، وتبرر عدم قابلية هذه العقود للتفاوض وفيما يلي نتعرض لهذه العوامل على النحو التالي[2]:

1 – عوامل اقتصادية: إن عقود الإذعان من ثمرات التطورات الحديثة الاقتصادية والتكنولوجية في مختلف الميادين، مما أدى إلى ظهور مجموعة كبيرة من المشروعات العملاقة التي تنتج وتوزع السلع بالجملة وتقدم خدمات معينة للجمهور، وكنتيجة طبيعية فإن الصور التقليدية للعقود أصبحت لا تلبي الوضع الجديد للمعاملات، حيث تتطلب الوضعية الجديدة هذه السرعة في تلبية الطلبات وتقديم الخدمات وعدم التنوع في شروط العقد المتعلق بها، ومنه فإن كان من الضروري اللجوء إلى صيغ نموذجية ذات شروط عامة وموحدة لا تقبل أي مفاوضة أو مناقشة . وفضلا عن ذلك فإنه من الصعب عمليا، إن لم يكن مستحيلا إجراء مفاوضات في المحلات العامة أو المرافق العامة مع كل فرد من أفراد الجمهور على حدة، إذ أن ذلك من شأنه أن يعرقل العملية التسويقية، أو يعرقل سير المرافق العامة، وكيف يتسنى للعميل وهو في العادة شخص غير متخصص أن يقدر ثمن السلعة، أو الخدمة محل التعاقد، والتي يغلب عليها التعقيد الفني[3].

1– د/ بودالي محمد، المرجع السابق، ص 58 وما بعدها.

2 – د/ عبد المجيد الحكيم، الوسيط في نظرية العقد، ج1، بغداد 1967، ص 81.

3– مثل الأدوية، والأجهزة الإلكترونية، والألعاب الترفيهية،.....الخ.

2- عوامل اجتماعية: لقد أصبح الإنسان حديثا يلجأ إلى الحياة الجماعية، ويخشى على نفسه من التعامل بانفراد، وهذا كنتيجة للتطورات العميقة التي طرأت على المجتمع الحديث، فهو يفضل السير وسط الجماعة من خلال الاستهلاك الجماعي والعمل الجماعي...الخ، ويسعى لمسايرة الركب حتى لا يكون فريسة سهلة في متناول التجار، مما دفعهم إلى الانضمام إلى جمعيات وتنظيمات ونقابات جماعية للدفاع عن مصالحهم، ولوضع صيغة نموذجية ذات شروط موحدة للتعامل من خلالها دون تفرقة بين شخص وآخر، وذلك حتى يشعرون بالمساواة والعدل في التعامل[1].

3- عوامل قانونية: أسفر التطور الاجتماعي والاقتصادي الذي شهده العالم مؤخرا عن حدوث تطور محسوس في التعاملات التعاقدية، فلم يعد العقد يتم دائما بعد التفاوض بين طرفيه، وإنما أصبح يتم في كثير من الحالات في شكل صيغ نموذجية وفي غياب أية مفاوضة، ويتم التعاقد في هذه الحالة بمجرد ملئ البيانات في تلك الصيغ[2].

وليس هناك ما يمنع قانونا أن يتم التعامل من خلال عقود نموذجية غير قابلة للتفاوض أو حتى النقاش، إذ أن التفاوض ليس شرطا قانونيا لوجود العقد أو لصحته كما ذكرنا ذلك سابقا. بل أن هناك مبادئ قانونية تدعو إلى استبعاد التفاوض كلية في بعض المجالات، وأهم هذه المبادئ مبدأ مساواة المنتفعين أمام المرافق العامة، والذي على أساسه تلتزم المرافق العامة بتقديم خدماتها العامة دون تمييز لأي سبب كان، ولا شك أن أفضل وسيلة لتحقيق هذا المبدأ هو توحيد شروط التعاقد معهم، بحيث يتم تقديم الخدمات لهم من خلال عقود نموذجية غير قابلة للتفاوض[3]، لأن التفاوض مع كل منتفع لوحده من شأنه أن يخل بمبدأ المساواة بين المنتفعين رغم تماثل ظروفهم، كما أن ذلك من شأنه فتح الباب أمام الرشوة والوساطة والمحسوبية للحصول على خدمات هذه المرافق العامة[4].

والواقع أنه لحسن سير المعاملات وتحقيق الاستقرار لها داخل المجتمع يقتضي إعمال مبدأ المساواة بين المنتفعين حتى أمام المرافق الخاصة، والمحلات التجارية التي تقدم منتجاتها وخدماتها المختلفة لجمهور المستهلكين. وذلك تحت رقابة الهيآت المختصة .

1- د/ رجب كريم عبد اللاه، التفاوض على العقد، المرجع السابق، ص 188.

2- J. Ghestin, La nation du contrat, op cit, P 147 et s.

3- د/ محمد الصغير بعلي، القانون الإداري، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة الجزائر سنة 2004، ص 204 وما بعدها.

4- يطلق على هذا النوع من العقود اسم- عقود النافذة .contrats de guichet.

- أنظر في ذلك: J. Ghestin . la formation du contrat, op cit, P 71. -

ثالثا – عدم القابلية للتفاوض

إن المشكلة الحقيقية التي قد تنجم عن غياب التفاوض في عقود الإذعان هي إشكالية إدراج شروط تعسفية في العقد، فالموجب إذ أتيحت له الفرصة لكي ينفرد بتحديد شروط العقد، فمن الطبيعي أن يحاول تغليب مصالحه على مصالح الطرف المذعن بفعل ما جبلت عليه النفس الإنسانية والإثار وحب الذات، وهذا ما يحدث بالفعل، إذ كثيرا ما يتضمن عقد الإذعان شروط مخففة لمسؤولية الموجب، وحتى معفية منها أحيانا، في الوقت الذي يتضمن فيه شروطا جائرة بالنسبة إلى الطرف المذعن، وعادة ما تكون هذه الشروط غامضة ومعقدة، بحيث يصعب على عامة الناس فهمها، وكثيرا ما تطبع في شكل صيغ نموذجية وكثيرا ما يطلع الطرف المذعن على هذه الشروط بعد التوقيع على هذا العقد، بحيث قليلا ما تتاح الفرصة للإطلاع عليها بروية قبل ذلك، فعلى سبيل المثال فإن عميل البنك أو شركة التأمين لا يستطيع الحصول على نسخة من العقد إلا عند ما يعلن عن رغبته الفعلية في التعاقد، وكذا نزيل الفندق لا يعلم بشروط العقد إلا بعد التعاقد بالفعل حيث يجد هذه الشروط معلقة في غرفته[1].

غير أنه ثمة ضمانات مختلفة تكفل للطرف المذعن حماية فعالة في ظل غياب المفاوضة تضمن أن لا يتعسف الموجب في شروطه، بحيث يتحقق نوع من التوازن العقدي بين الطرفين، وفيما يلي نحاول التطرق لهذه الضمانات[2]:

1- ضمانات قانونية: ما كان للمشرع الجزائري ليقف موقف المتفرج أمام هذا الوضع المتمثل في وضع شروط تعسفية وفرضها على متعاقد لا يملك النقاش والتفاوض حولها بل تدخل ليكفل للطرف المذعن حماية تشريعية فعالة، بداية من الشريعة العامة من خلال القانون المدني، الذي نص على أنه إذا تم العقد بطريقة الإذعان، وكان قد تضمن شروطا تعسفية، جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط أو أن يعفى الطرف المذعن منها، وذلك وفقا لما تقضي به الحالة ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك[3].

كما أنه لا يجوز أن يكون تأويل العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضارا بمصلحة الطرف المذعن[4] إلى جانب بعض القوانين الأخرى التي تكفل هذه الحماية منها قانون العمل وقانون حماية المستهلك وقمع الغش الذي يوفر ضمانات عديدة للطرف المذعن من حماية وأمن وإلزامية الضمان والخدمة

1- سميت هذه، العقود بعقود الجمهور، les contrats de Masse – أنظر في ذلك: Carbonnier, op cit, p 48.

2- د/ أنس محمد عبد الغفار، آليات مواجهة الشروط التعسفية في عقود الإذعان، المرجع السابق، ص 119.

3- هذا ما نصت عليه المادة 110 من ق. م. ج .

4- هذا ما نصت عليه المادة 112 الفقرة الثانية من ق. م. ج .

ما بعد البيع، وإلزامية إعلام المستهلك، وذلك من خلال عدم المساس من خلال الخدمة المقدمة للمستهلك بمصلحته المادية، وأن لا تسبب له ضررا معنويا.

كما أنه يمكن تقرير هذه الضمانات بآليات أخرى قانونية تتمثل في جمعيات حماية المستهلكين[1]، فهي تهدف إلى ضمان حماية المستهلك من خلال إعلامه وتحسيسه وتوجيهه وتمثيله، كما يمكن لهذه الجمعيات حتى تؤدي واجبها بشكل مرن وفعال أن تستفيد من المساعدة القضائية، كما يمكنها أن تتأسس كطرف مدني، عندما يتعرض مستهلك أو عدة مستهلكين لأضرار تسبب فيها نفس المتدخل وذات أصل مشترك[2].

وهذا ما ذهب إليه المشرع المصري والفرنسي بأن كفل هذه الحماية من خلال قوانين عديدة من القانون المدني إلى قانون الاستهلاك، وعقد العمل، وعقد التأمين.

ومن أجل تفعيل هذه الحماية التشريعية، أنشأ المشرع الفرنسي "لجنة الشروط التعسفية" بمقتضى قانون 10 يناير 1978، وأبقى عليها في قانون الاستهلاك[3]، المذكور في المواد 2- 132 L إلى 5- 132 L، وتختص هذه اللجنة بالبحث عن الشروط التعسفية في العقود المبرمة بين المهنيين وغير المهنيين أو المستهلكين، وذلك من تلقاء نفسها أو بطلب من الجمعيات المعنية بالدفاع عن المستهلك أو من أصحاب الشأن مباشرة أو من الوزير المعني، أو حتى من القاضي، فإذا ما توصلت اللجنة إلى شروط من هذا النوع، فإنها توصى بإلغائها أو تعديلها، ولكن دون أن تتخذ قرارا بذلك، فهذا القرار هو من اختصاص القاضي أو المشرع فحسب، أما هذه اللجنة في هيئة استشارية تابعة لوزير التجارة، وبالتالي فهي جهة إدارية غير محايدة وبالتالي لا يمكن إعطائها سلطة اتخاذ القرارات، بل يبقى ذلك من اختصاص وسلطات القضاء[4].

2- ضمانات قضائية: يقوم القضاء بدور فاعل في حماية الطرف المذعن من مخالب عدم القابلية للتفاوض، من خلال تصديه للشروط التعسفية الواردة في عقود الإذعان، بحيث أن القانون المدني الجزائري أعطى للقاضي سلطة تقديرية واسعة النطاق في هذا الشأن بإلغاء أو تعديل الشروط التعسفية، كما سبق ذكر ذلك في القانون المدني الجزائري، وليس للقاضي من حدود في سلطته هذه إلا ما تقضي به العدالة،

1- هذا ما نصت عليه المادة 19 من قانون حماية المستهلك وقمع الغش السالف الذكر.

2- طالع المواد 21، 22 و23 و24 من قانون حماية المستهلك وقمع الغش.

3- وهو القانون رقم 93- 949 - لقانون الاستهلاك الفرنسي ، المؤرخ في 26 جويلية 1993.

4- Larroumet, op cit, N° 434, P 404.

ولا يجوز للمتعاقدين الاتفاق على سلب القاضي هذه السلطة، مثل هذا الاتفاق يقع باطلا لمخالفته لنظام العام[1].

3- ضمانات اتفاقية: إنه يمكن لمن يهمه الأمر التفاوض بشكل جماعي للتوصل إلى صيغة نموذجية تتضمن شروطا معقولة يجري التعامل على أساسها في العقود الفردية التي تبرم في المستقبل ويمكن أن يتحقق ذلك على المستوى المحلي الداخلي والمستوى الدولي. فعلى المستوى المحلي نرى أن نقابات العمال تقوم عادة بالتفاوض الجماعي مع أصحاب العمل من أجل التوصل إلى عقد عمل جماعي يتضمن شروطا نموذجية تبرم على أساسها في المستقبل عقود العمل الفردية في مهنة معينة، وليس ما يمنع أن تقوم جمعيات حماية المستهلكين للتفاوض مع المهنيين لوضع شروط نموذجية عند بيع أو تقديم الخدمات إلى جمهور المستهلكين[2].

وعلى المستوى الدولي فإن الدول عادة ما تتفاوض فيما بينها بقصد إبرام اتفاقيات دولية تتضمن قواعد موحدة لتنظيم بعض العقود الدولية الهامة والأمثلة على ذلك كثيرة نختار منها ما يلي:

1- اتفاقية وارسو عام 1929 بشأن النقل الجوي الدولي، والتي تتضمن بعض القواعد الموحدة. التي تنظم عقود النقل الجوي الدولي بين أكثر من دولة على متن الطائرة لكل من الأشخاص والأمتعة والبضائع على متن طائرة بمقابل، كما تسري على النقل المجاني على متن طائرة متى قامت به مؤسسة نقل جوي[3]، وقد حرصت الاتفاقية على توحيد بعض أحكام النقل الجوي الدولي، وهي الأحكام المتعلقة بمستندات النقل الجوي ومسؤولية الناقل الجوي، والتعويض الذي يلتزم به هذا الناقل، والشروط الاتفاقية المعدلة للمسؤولية ودعوى المسؤولية، على أنها لم تهتم بمعالجة شكل العقد أو خصائصه أو التزامات أطرافه، تاركة ذلك للقواعد العامة وفقا للقانون الداخلي.

2- اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع[4]، والتي تتضمن مجموعة من القواعد الموحدة التي هي بمثابة الأحكام النموذجية لتنظيم عقود البيع الدولي للبضائع، على أنه يلاحظ أن هذه الاتفاقية يقتصر تطبيقها على تكوين عقد البيع، والحقوق والالتزامات التي ينشئها هذا العقد لكل من

1-هذا ما نصت عليه المادة 110 من ق . م. ج

=- Larroumet, op cit, P 404.

2- مثل الاتفاقات الجماعية التي نص عليها قانون العمل الجزائري، وهوما نصت عليه المادة 114 من قانون العمل 11/90 السالف الذكر، وما بعدها على محتوى هذه العقود.

3- هذا ما نصت عليه المادة الأولى من اتفاقية وارسو 1929 بشأن النقل الجوي الدولي.

4- وهي اتفاقية فيينا سنة 1980 بشأن البيع الدولي للبضائع.

البائع والمشتري[1]، وكذلك فإنه يجوز للطرفين أي البائع والمشتري استبعاد تطبيق هذه الاتفاقية، كما يجوز لهما مخالفة نص من نصوص هذه الاتفاقية أو تعديل أثارها[2].

وفي نهاية القول ننتهي إلى أن عقد الإذعان هو عقد حقيقي يتم بإيجاب وقبول صحيحين ويخضع للقواعد التي تخضع لها سائر العقود، وكل ما يميزها عن العقود الأخرى هو عدم قابليته للنقاش والتفاوض، لكن عدم القابلية هذه لا يعني أن الطرف المذعن يرضخ لشروط الموجب رضوخا تاما دون أي قبول حقيقي منه، فهو يقبل جملة واحدة هذه الشروط بحرية وإرادة تامة، دون أي إجبار من أي كان على ذلك، إذ أنه باستطاعته أن يرفض هذه الشروط إذا كانت لا تناسبه ولا تروق له.

وإذا كان هناك ثمة ضغط اقتصادي يدفعه إلى قبول هذه الشروط، فهذا هو حال جميع العقود تقريبا، وهو ما لا يؤثر في صحة التراضي، كما أن عدم قابلية عقد الإذعان للتفاوض هو أمر فرضته ظروف معينة، قد لا يكون للموجب أي دخل فيها، وفي الوقت نفسه هناك ضمانات حقيقية تكفل للطرف المذعن حماية فعالة من عدم القابلية للتفاوض، وهذا العنصر الأخير هو الذي يميزه عن بقية العقود الأخرى القابلة للتفاوض لذا يمكن تسمية عقد الإذعان "بالعقد الغير قابل للتفاوض"، وبذلك يمكن التميز بوضوح بينه وبين العقد القابل للتفاوض[3].

1- هذا ما نصت عليه المادة 04 من اتفاقية فيينا السالفة الذكر.

2- هذا ما نصت عليه المادة 06 من اتفاقية فيينا هذه.

3- هذا رأي الأستاذ، د/ رجب كريم عبد اللاه، المرجع السابق، ص 198.

المبحث الثاني

ضوابط ومراحل المرحلة السابقة على التعاقد

إن التفاوض على العقد وخاصة الهامة منه يقوم على أساس ومبادئ علمية كعملية إنسانية معقدة، وتتحكم فيه عوامل فنية كثيرة، كما أن العملية التفاوضية عند إجرائها تتطلب الأخذ بكل مستلزمات النجاح، والتي بواسطتها يتم تحقيق الأهداف التي تطمح إليها أطراف التفاوض، ولذا لا بد من الأخذ بمسببات هذا النجاح، والابتعاد عن السلبيات التي تؤدي بالعملية التفاوضية إلى الفشل الذريع، من خلال إتباع مراحل وخطوات عملية قبل وأثناء وبعد التفاوض على العقد، وهذه الخطوات والمراحل إن لم تكن مضبوطة ومدروسة وواضحة فلا تؤدي العملية التفاوضية إلى النتائج المرجوة.

إن هذه الأساليب والمراحل والخطوات وما تستلزمه هي من ضروريات الوصول إلى نهاية ناجحة للتفاوض على اعتبار أن هذه العملية التفاوضية تمر من خلال مجموعة من الحلقات المترابطة والتي نسميها "مراحل" التي قد تكون سريعة دون أي تعقيد يذكر، كما هو الحال في المفاوضات الاقتصادية ومعاملات البيع والشراء والتسويق، بحيث يهدف كل طرف في التفاوض إلى الوصول إلى حلول مشتركة بكثير من التعاون والتنازل لتحقيق الحد الأدنى من المكاسب للطرفين، وقد تكون هذه المفاوضات العقدية طويلة ومعقدة وشاقة، وقد تكون صعبة وفي كثير من العقود المختلفة ذات الأهمية البالغة وفي ميادين كثيرة خاصة منها السياسية والعسكرية وميدان الأعمال الاقتصادي، بين دولتين أو طرفين من دولتين مختلفتين غالبا ما تكون أحدهما مالكة للعلم والتكنولوجيا والخدمة الفنية والتي قد تكون محتكرة من الدولة المالكة لها، لهذا فإن التفاوض على هذه العقود قد يكون قصيرا وفي كثير من الحالات يكون طويلا ومكلفا

في دراستنا هذه ما يهمنا من هذه العقود هي عقود الأعمال ذات الصلة الاقتصادية والتجارية ، ولدراسة هذا الموضوع من خلال هذا المبحث سنتطرق له من خلال ثلاث مطالب أولها هو الضوابط التي تحكم المرحلة السابقة على التعاقد، وثانيها مراحل العملية التفاوضية على العقد، والمطلب الثالث هو التفاوض كعلم وفن وتكتيكاته المختلفة.

المطلب الأول: الضوابط التي تحكم المرحلة السابقة على التعاقد

تستند الضوابط التفاوضية على دعامتين أساسيتين، الأولى تتعلق بالعملية المنهجية الخاصة بالتفاوض، أي المنهج التفاوضي المتبع من خلال التقيد بالقواعد الأساسية المتبعة أثناء مرحلة التفاوض على العقد، والدعامة الثانية تتعلق بالعنصر البشري الذي يستعمل هذا المنهج ويطبق مختلف قواعده، فإذا

ما تم الاستخدام الجيد لهاتين الدعامتين من قبل طرفي التفاوض، فإنه بالتأكيد سيتم تحقيق الأهداف بالحكمة والرشد دون نزاعات تذكر، من خلال أساليب ومهارات معينة ومدروسة، حتى أصبح لذلك مدارس متخصصة يتدرب فيها المتفاوضون على شتى الأساليب والفنون التفاوضية، كل هذا من أجل تحقيق وكسب الأهداف المحددة عند الدخول في أية عملية تفاوضية.

وتحقيقا لدراسة هذا المطلب فإننا سندرس هذه الضوابط التي تحكم العملية التفاوضية من خلال ثلاث فروع: الأول تحت عنوان الضوابط المنهجية التي تحكم المرحلة السابقة على التعاقد أما الفرع الثاني سندرس من خلاله الضوابط البشرية التي تحكم المرحلة السابقة على التعاقد أما الفرع الثالث فبعنوان الضوابط المالية والفنية التي تحكم المرحلة السابقة على التعاقد وهذا على النحو التالي:

الفرع الأول: الضوابط المنهجية التي تحكم المرحلة السابقة على التعاقد

كما هو معلوم وقبل بداية التفاوض على العقد، ومن باب الإعداد والتمهيد لذلك يلجأ الفريق المفاوض إلى اعتماد واختيار المنهج التفاوضي الذي سيتم استخدامه أثناء مجريات التفاوض وهذا ما يعتبر من أهم المستلزمات الفعالة والناجحة للتفاوض، وقبل ذلك علينا تعريف هذا المصطلح بالقول بأن المنهج التفاوضي هو مجموعة من القواعد أو المعايير الثابتة التي يعتمد عليها المفاوض لتحقيق أهدافه جراء قيامه بنشاط حول موضوع كان محط إشكال.

والتفاوض بدون منهج علمي موضوعي يرتبط بالقضية التفاوضية يتحول إلى جدل ونقاش عقيم لا يؤدي إلى أي نتيجة، كما يجب أن نوضح أن طبيعة العلاقة بين طرفي العملية التفاوضية هي التي تحدد بالضرورة نوع المنهج المستخدم في التفاوض، ونوع المنهج المحدد هو الذي يؤدي إلى تحديد الإستراتيجية التفاوضية والتكتيكات اللازمة لتنفيذها.

وبالمجمل يعتمد اختيار المنهج على ما يلي:

1- القضية وأبعادها وأسبابها ومسبباتها.

2- الإحاطة بكافة جوانب القضية والظواهر المحيطة بها.

3- المقدرة على التنبؤ بحركات واتجاهات أطرافها.

4- القدرة على استخدام العوامل الحركية (الثوابت والمتغيرات) المؤثرة لإحداث الأثر المطلوب أو الضغط الكافي، بخلق رد الفعل الموجه للعملية التفاوضية وفقا للاتجاه المطلوب منها قبل البدء بالعملية التفاوضية[1].

إن الكثير من المفاوضين لا يؤمنون باستخدام المناهج التفاوضية لاعتمادهم على خبراتهم التفاوضية السابقة، لذا فإنهم كثيرا ما يقعون في الفشل العام أثناء التفاوض، ومن المعلوم أن العلاقة التفاوضية إما أن تكون إيجابية أو سلبية، فالأولى تتسم بالتعاون والثقة لتحقيق المصالح والأهداف المشتركة، أما الثانية قد تكون علاقة صراعية عدائية يكون هدف كل منها تحقيق مصالحه على حساب الطرف الآخر.

ومن خلال ذلك يمكن تقسيم المناهج التفاوضية إلى نوعين أساسيين هما:

أولا- منهج المصلحة المشتركة

فالعلاقة بين الطرفين فيه تكون إيجابية تعاونية والتفاهم المتبادل، بهدف تحقيق المصلحة والربح المشترك، لذلك يطلق على هذا النوع من التفاوض بأنه تفاوض "رابح – رابح"، ويستخدم في هذا المنهج مجموعة من الأساليب التوافقية التي هدفها تقريب وجهات النظر بين الأطراف المتفاوضة ومن أهم هذه السياسات نجد:

- سياسات التفهم واستيعاب وإدراك مشاكل الآخرين.
- سياسات تبادل الأفكار التي تصب في مصلحة الغير وللجميع
- سياسات التعاون والمشاركة في وضع الخطط والتسويق أو إقامة مشاريع مشتركة
- سياسات التبني والتأييد والتشجيع والتصويب لرغبات واقتراحات الطرف الآخر[2].

ثانيا- منهج الصراع

إذا كانت العلاقة بين أطراف التفاوض عدائية تمتاز بالصراع والتنافس الحاد، لأن هذا النوع من التفاوض يحدث عندما لا يوجد توازن بين طرفي العلاقة، فهناك قوى اقتصادية ومالية وفنية يمكنها فرض رغباتها وشروطها على الطرف الضعيف في هذه العلاقة الذي لا يملك العناصر السالفة الذكر، وهذا المنهج من أكثر المناهج استخداما في الواقع العملي نظرا لعلاقات الصراع والتنافس التي تحكم علاقات والهيئات والأفراد.

1- د/ محمود علي ود/ محمد عوض الهزايمة، المرجع السابق، ص 44.

2- د/ محمود علي ود/ محمد عوض الهزايمة، المرجع نفسه، ص 45 وما بعدها

ويقوم هذا المبدأ على عدة مبادئ أساسية أهمها:

- سياسات الاستحواذ على عناصر القوة الذاتية لإضعاف الطرف الآخر.
- سياسات خلق أسباب الخلاف والشقاق والتناصر بين أفراد الفريق الخصم.
- إضعاف موقف الخصم وسلب إرادته وحرية تفكيره.
- العمل على استخدام أقصى درجات العنف والتهديد لحمل الطرف الآخر على الرضوخ والإذعان للشروط المفروضة من الطرف الأقوى في العلاقة[1].

ولتطبيق هذا المنهج بشكل ناجح وفعال، على الطرف القوي استعمال كل الأجهزة المعاونة له مع تحديد أدوارها ومهامها بشكل واضح، والتي يمكن تحديدها على النحو الآتي بيانه:

- توفير كافة المعلومات المتعلقة بنقاط القوة والضعف لدى الطرف الضعيف في هذه العلاقة.
- خلق نقاط ضعف لدى الطرف الخصم وذلك بإعطاء معلومات مغايرة للواقع والحقائق وتشكيكه في قدراته، وبالتالي إضعاف الرأي العام الذي يقف خلفه.
- زعزعة وحدة القرار لدى الطرف الضعيف، ودفعه إلى التراجع عن بعض قراراته.
- استنزاف قوة الطرف الضعيف وإشغاله بأمور جانبية، وتشكيكه في قدراته.
- الرقابة الكاملة المتواصلة للخصم لكشف نقاط ضعف جديدة في موقفه.

بالإضافة إلى المنهجين التفاوضيين الرئيسيين هناك بعض المناهج التفاوضية الفرعية والتي من أهمها[2]:

ثالثا – منهج التحليل الكمي

الذي يقوم على استخدام مفاهيم علوم الإحصاء والرياضيات والاقتصاد القياسي وعلم الحاسوب، وتطويعها من أجل استخدامها في العملية التفاوضية وترجع أهمية استخدام المنهج الكمي في العمليات إلى تزايد عدد وحجم المتغيرات والبدائل التي تحكم العملية التفاوضية، وتحديد الاحتمالات التي ترتبط باستخدام كل بديل وتعقدها إلى درجة يصعب قياسها سواء من حيث الكم أو الأثر.

رابعا – المنهج السلوكي

يستعمل هذا المنهج بهدف تشخيص وحراسة ومعرفة الطرف المتفاوض معه، ومعرفة رغباته وحاجاته ودوافعه وأهدافه، وكيفية التأثير على هذه الجوانب حتى يسلك سلوكا معينا بذاته، أويتخذ قرار

1– د/ محمود علي ود/ محمد عوض الهزايمة، المرجع نفسه، ص 46

2– د/ نادر أبو شيخة، أصول التفاوض، المجلد الأول، عمان 1998، ص 69.

معينا يتم دفعه إليه، وتبرز أهمية المنهج السلوكي في المساعدة على تشخيص الفرد المتفاوض معه، واختيار الوسيلة أو الطريقة المناسبة لتحقيق الأهداف التي يسعى الفريق المتفاوض إلى تحقيقها ولما كان التفاوض موقف إنساني سلوكي وإدراكي فهو والحالة هذه يخضع لعدة عوامل ومثيرات داخلية وخارجية، كما يخضع لطبيعة ونوع الهدف المراد تحقيقه، ومن ثم يتطلب المنهج السلوكي في المفاوض المرونة والحركة والقدرة على الانتقال من موقف إلى آخر، وانتقاء الأفكار وسهولة ومرونة تقليبها بالرجوع إلى الخبرة الماضية والانتقال منها إلى الوضع الحالي الحاضر[1]، واستخدام كافة القدرات والإمكانيات المتاحة.

خامسا- منهج حد الأمان أو حافة الخطر

يقوم هذا المنهج على معرفة تفصيلية وكاملة بظروف وقدرات وسلطات وإمكانيات الطرف الآخر المزمع التفاوض معه، والضغط عليه بشكل مستمر للقيام بتصرف معين، ويمارس الضغط عن طريق تضييق كافة الفرص ومجالات الحركة، وغلق كافة المسارات والمنافذ السلوكية، والإبقاء على منفذ واحد مفتوح أمامه، والضغط من جديد لإجباره على التوجه لهذا المنفذ، وإن كان مترددا يتم توضيح له مزايا هذا المنفذ وأن يصور له بأنه ساحة الأمان بالنسبة إليه، كما أن الضغوط الممارسة على الخصم لا تتم إلا بعد معرفة حقيقة ظروف الخصم كي تحدد ميادين الضغط عليه، وتحديد بدقة مجالات الجذب لتوجيه الخصم شيئا فشيئا نحو المنفذ المفتوح أمامه والمعد أصلا لهذه الغاية، وصولا إلى ساحة الأمان المعدة مسبقا من الطرف القوى في العلاقة، ويقوم هذا المنهج على عدة خطوات هي[2]:

- تحديد حافة الخطر للخصم بدقة، فمثلا حافة الخطر للتاجر إفلاسه.
- تحديد مجالات الضغط، سواء كانت مادية أو معنوية أو نفسية
- تحديد مجالات الجذب، كالمساعدات والتسهيلات المادية، وتباعد فترات السداد للقروض وغيرها، أو مساعدات معنوية تأتي جراء تنفيذ الاتفاقات، كالسمعة الطيبة والرفاه الاقتصادي واختراق السوق، وكسر الاحتكار...الخ.
- تحديد حدود الأمان بدقة، كتحديد تنفيذ شروط العقد بدقة.
- رسم وصياغة موقف للتقاضي، من خلال جمع الكم المناسب من المعلومات الشاملة والكاملة اللازمة لذلك[3].

1- د/ نارد أبو شيخة، أصول التفاوض، المرجع السابق، ص 100.

2- د/ محمود علي ود/ محمد عوض الهزايمة، المدخل إلى فن التفاوض، المرجع السابق، ص 48.

3- د/ محمود علي ود/ محمد عوض الهزايمة، نفس المرجع ، ص 48 وما بعدها.

سادسا – المنهج المتكامل للتفاوض

إنه من النادر أن يتم معالجة قضية تفاوضية بمنهج واحد مستقل عن المناهج الأخرى، إذا هذا المنهج يقوم على أساس شموليته واحتوائه على كافة المناهج الأخرى، بحيث أنه يتم استعمال منهج تفاوضي معين في مرحلة معينة من مراحل التفاوض، ثم يستعمل منهج في المرحلة الموالية[1] وهكذا قد يتم استعمال مختلف المناهج السالفة الذكر في عملية تفاوضية عقدية واحدة[2]، وهذا طبعا حسب مستلزمات وظروف المفاوضات العقدية ويشترط لاستخدام هذا المنهج توافر مجموعة من الضوابط منها:

أ – التشخيص الجيد والدقيق للموقف التفاوضي بين أطراف العملية التفاوضية، والتحديد الواضح لشروط وظروف المرحلة، التي سوف يتم التفاوض على العقد على أساسها .

ب –إمكانية تحريك وتعديل المواقف التفاوضية، نتيجة استخدام منهج جديد.

ت –أن تكون العملية التفاوضية دائمة ومستمرة، حيث يحتاج الفريق المفاوض لفترة مناسبة من الزمن تتيح له الفرصة لاستخدام هذه المناهج في مراحل مختلفة.

ث – أن تتوافر لدى أفراد الفريق المفاوض القدرة المادية والمعنوية على الحشد، وتجميع واستخدام كافة الموارد التفاوضية، لإنجاح العملية التفاوضية، من خلال توفير التجهيزات والتسهيلات الخاصة بمكان التفاوض، وتوفير المناخ المناسب المحيط بعملية التفاوض على العقد وإنجاح الحملات الإعلامية والاتصالية المرتبطة بذات العملية[3].

ووفقا لما سبق ، على من يكلف بالتفاوض إعداد نفسه بشكل جيد لاستعمال هذه المناهج في كافة مراحل التفاوض، وانتقاء المنهج المناسب الذي يحقق الهدف المنشود، وإلى جانب هذه المناهج السالفة الذكر، يذهب بعض أهل الاختصاص إلى تقسيم آخر للمناهج التفاوضية طبقا لحجم ونوعية المكاسب التي يتطلع الفريق المتفاوض إلى تحقيقها من العملية التفاوضية، فهؤلاء لا يرون أن هناك منهجان هما:« منهج المساومة » الذي يستخدم عندما يحدد أحد الأطراف التفاوض مقاصده وأهدافه من التفاوض في الحصول على أكبر حصة ممكنة من قيمة ثابتة محددة، ومنهج « الجهد المشترك لحل المشكلات » الذي يركز المفاوضون من خلاله على إيجاد حل للمشكلات المتنازع عليها، بحيث تزداد المكاسب التي يحصل عليها كل طرف من أطراف التفاوض ويمتاز هذا المنهج بالجهد المشترك المبذول والنية الخالصة من كل

1– د/ نارد أبو شيخة، المرجع السابق، ص49.

2 – د/ محمود علي ود/ محمد عوض الهزايمة، المرجع السابق، ص 43 وما بعدها.

3– د/ محمود علي ود/ محمد عوض الهزايمة، نفس المرجع، ص 43.

الأطراف للتوصل إلى حل مقنع يحقق الحد الأدنى المطلوب من المكاسب. على أساس الثقة والتعاون والجدية لتحقيق الأهداف المرجوة[1].

الفرع الثاني: الضوابط البشرية التي تحكم المرحلة السابقة على التعاقد

الإنسان هو القادر على إدارة العملية التفاوضية إلى النجاح أو الفشل الذريع، إذا الإنسان هو الركن الأساسي والهام في هذه العملية، فهو في هذه الحالة هو الضابط لها والمتحكم في قيادتها، فإدراك المفاوض للظروف المحيطة بالعملية التفاوضية ومعرفته بالمهارات المطلوبة هي من عوامل نجاح التفاوض على العقد وبالتالي تحقيق الأهداف المرسومة، فهذه المهارات إما أن تكون فطرية أو مكتسبة، وتصقل هذه الصفات من خلال العمل والممارسة والخبرة التفاوضية والتدريب المستمر، ومن بين هذه الصفات الذكاء واللباقة وسرعة البديهة والجرأة والتفاعل والتي من خلالها يمكنهم استيعاب وإدراك الحالة التفاوضية التي هم بصددها[2].

وكثير من المفاوضين يعملون على اكتساب هذه المهارات عن طريق التعلم والتدريب والممارسة الدائمة والفعالة للحصول على الخبرة المطلوبة، فلتفاوض استراتيجيات ومبادئ وتكتيكات لا بد من معرفتها والتعلم على كيفية ممارستها، من خلال ضرورة توفر مهارات الاتصال الفعال والحوار المنتج...الخ، والتي يمكن اكتسابها من خلال الاحتكاك والممارسة والخبرة المتراكمة.

وخلاصة القول أن هذه الصفات والمهارات المختلفة قد تكون فطرية وقد تكتسب من خلال الممارسة والمحاكاة، والتي يمكن أن تضاف للاستعدادات الفطرية للمفاوض لتنتج في النهاية مفاوضا ناجحا[3].

ويمكن القول أنه لما كان الشخص المفاوض هو أساس أية عملية تفاوضية، وأساس تنفيذ الواجبات والمهام، وفي الأخير تحقيق الأهداف التفاوضية، فإنه يتطلب الاهتمام به وإعداده الإعداد الحسن المبني على منهج علمي سليم، حتى تقوم العملية التفاوضية بنجاح وتحقق أهداف المؤسسة أو الجهة التي تعتمده كبيرة كانت أم صغيرة.

1- د/ نادر أبو شيخة، المرجع السابق، ص 69 وما بعدها.

2- د/ محمود علي ود/ محمد عوض الهزايمة، المرجع السابق، ص 69.

3- د/ محمود علي ود/ محمد عوض الهزايمة، نفس المرجع ، ص 70 وما بعدها.

إن عملية إعداد المفاوض ذات أهمية بالغة بحيث يمكن النظر إليها من زاويتين الأولى تحديد حالته الذهنية، والثانية تزويده بالمهارات اللازمة وذلك من خلال الصور التالية[1]:

أولا- تنمية الإدراك والأوضاع الذهنية

إن الأفراد يتفاوضون منذ أن وجدوا، لذا فإن كل فرد لديه معرفة بالعملية التفاوضية لذا على المفاوض أن يدرك الأوضاع الذهنية، والتي من خلالها يمكنه ضبط وتوجيه سير العملية التفاوضية، وإن تم التفاوض من خلال أسلوب المحاولة والخطأ لذا لا بد من تحديد الحالات الذهنية للمفاوض والوقوف على مستلزمات كل حالة منها، في هذه الحالة يحتاج الناس لتنمية أنفسهم بداية من حالة الاعتراف والثقة والتقدير لأهمية المهارات، ثم يستفيد المفاوضون كثيرا من الخبرات والمهارات المشتركة وتعزيزها بالممارسة المستمرة.

ومن خلال ذلك هناك أربع حالات ذهنية مختلفة عند ممارسة التفاوض وهي:

1- حالة التفاوض بدون جدارة وبدون وعي: في ظل هذه الحالة الذهنية فإننا لا نمتلك المهارات اللازمة للتفاوض أي عدم الجدارة وكذلك فإننا غير واعين بحقيقة ما إذا كانت هذه المهارات موجودة أم لا، وعند التعرض لمثل هذه الحالة فإننا نحتاج إلى تنمية مهاراتنا عن وعي بما هو متوفر وغير متوفر منها لدينا، والذي يعكس اعترافنا وتقديرنا لأهمية المهارات اللازمة للتفاوض.

2- حالة التفاوض بدون جدارة ولكن بوعي: في ظل هذه الحالة فإننا نمتلك المهارات اللازمة، ونعرف ونعي بأن هذه المهارات موجودة وتعتبر هذه المرحلة صحية إذا ما فدرنا اكتساب المهارات اللازمة والمطلوبة[2].

3- حالة التفاوض بخبرة ووعي: وهذه الحالة تعني أننا نمتلك المهارات اللازمة للتفاوض، ونفكر بعناية وحرص حول كيفية استخدام هذه المهارات في التطبيق العملي.

4- حالة التفاوض بجدارة ولكن بدون وعي: أخيرا فإن هذه الحالة تعني أننا عندما نتفاوض يظهر لنا أننا أكفاء وأصحاب جدارة، ونستخدم عمليا المهارات التفاوضية اللازمة ولكن بدون وحتى مجرد التفكير فيها، إذ يمكن أن تؤدي هذه الحالة إلى ما يعرف بأخطاء الجدارة والأداء الضعيف.

1- د/ ثابت عبد الرحمن إدريس، المرجع السابق، ص 39.

2- د/ محمود علي ود/ محمود عضو الهزايمة، المرجع السابق، ص 71 وما بعدها.

إن أفضل هذه الحالات الذهنية السالفة الذكر في مجال التفاوض كما رأينا هي حالة عدم الجدارة بوعي، حيث أنه في ظل هذه الحالة تصبح لدينا الرغبة للتنمية والتحسين والاجتهاد في اكتساب مهارات أفضل، وتعلم أساليب وتكتيكات تفاوضية ناجحة[1].

ثانيا – المهارات المطلوبة

هناك العديد من المهارات التي يجب مراعاتها عند تدريب المفاوض وأهمها:

1– اللياقة في الحديث والتصرف: من خلال احترام الطرف الآخر، ومعرفة الطريق المثلى لطرق باب العقول بطريقة ذكية، مع تقدير وجهات نظر الطرف الآخر، دون التلفظ بأي كلام غير لائق، وهذا يبعث الارتياح لدى الطرف الآخر، وهذا ما يتطلب التدريب المستمر مع حسن الاستماع للطرف الآخر عند تعبيره عن آرائه بكل راحة مما يجعلهم يتخلون عن أفكارهم وآرائهم المتشددة[2].

2– البعد عن الشخصانية: بمعنى الخروج عن دائرة الأنا والابتعاد عن الغرور بالذات، وهذا طبعا ما يكرهه الطرف الآخر، لذا لا بد من تعلم مهارة الاهتمام بالآخرين.

3– التدرب على كيفية إقامة الحجج وتدعيمها بالأقوال والأفعال والتجارب العملية: والتي لها دورها الإيجابي في هذا السبيل، وهذا يتطلب مهارة جمع المعلومات وتحليلها واستخدامها والإلمام بمعارف متنوعة ذات صلة بالتفاوض.

4– ضبط النفس والمحافظة على الهدوء والتحكم في الانفعالات: لأن ذلك يؤدي بالضرورة إلى أريحية في الحوار ودوامه المستمر، والعكس في كل ذلك يؤدي إلى نتيجة عكسية بل يؤدي إلى الفشل، فاكتساب مهارة الصبر تعني عدم استعجال قطف الثمار قبل أوانها[3].

5– التكلم عند الضرورة وعند الوقت المخصص للحديث: بأن يكون الحديث مختصرا ومفيدا وله معنى بعيدا عن الثرثرة، هذا مما يجعل الطرف الآخر مرتاحا، ففي هذا الصدد يتوجب على المفاوض اكتساب مهارة اليقظة والتركيز وحسن الاستماع.

6– قوة الشخصية واتساع النفوذ: وهذا يأتي من قناعة المفاوض بالأمر الذي يتفاوض حوله وفقا للصلاحيات المعطاة له، ومن القاعدة المعلوماتية التي تتوفر لديه قبل وأثناء وبعد العملية التفاوضية.

1– د/ محمود علي ود/ محمد عوض الهزايمة، المرجع السابق، ص 71 وما بعدها.

2– د/ عبد العزيز العوضي، مقال بعنوان أيهما أجدى الأوامر والإقناع، مجلة المجتمع، الكويت، العدد 1463، سنة 2001، ص 56 وما بعدها.

3– د/ عبد العزيز العوضي، نفس المقال، ص 57.

7- توفر كم جيد من المعلومات لتغطية كل جوانب القضية التفاوضية: هذا يتأتى من خلال عمليات البحث والدراسة والإطلاع الصحيح وتبادل المعلومات، لأنه بالقدر الذي تتوفر فيه مثل هذه المعلومات تتسع مساحة وإمكانية التفاوض والمناورة في الوقت المناسب.

8- التواضع وعدم استخدام نبرة الاستعلاء: وذلك من خلال عدم إحراج الطرف الآخر عند كسب نقطة معينة في التفاوض، وعدم الإساءة إلى شخصه مما يؤدي إلى ردود فعل سلبية تهدد العملية التفاوضية ككل[1].

9- مخاطبة الناس بمستوى عقولهم ومراعاة الفوارق الفردية بينهم: من خلال تجنب عدم الصدام مع الطرف الآخر، وعدم كشف أخطائه والتشهير به، ومحاولة تجنب تهويل مجرى الحوار إلى جدال، وإظهار الاهتمام بالآخر بلباقة مناسبة، لكسب تجاوب ومودة الطرف الآخر، حول القضية المطروحة[2].

10- مراعاة متطلبات الآخرين: وهذا يتطلب أن تجتهد وتحاول وضع نفسك مكان من تحاوره وتتفاوض معه، واعلم أنك لن تفهم الذي أمامك كما يقول أهل الصين إلا إذا مشيت في حذائه ألف ميل[3].

11- تخطيط الوقت التفاوضي وجدولة الأعمال المطلوبة: وهذا في إطار الوقت المتاح للتفاوض، بشكل يتلائم مع الأهداف المسطرة لعملية التفاوض، وعلى ضوء الفرص المتاحة والقيود المفروضة[4]، وهنا لا بد من اكتساب مهارة التدريب على إدارة الوقت[5].

12- التدريب على أسلوب الإقناع: لأنه من ضروريات العملية التفاوضية، فالإقناع ينتج عن عمليات متسلسلة من خلال الحوار ثم النقاش والعمل على عدم جعله عقيما دون جدوى مبتعدا عن التعصب للآراء، وللوصول إلى أفضل الآراء، فإن ذلك يتم بعد الوصول إلى حتمية هامة وهي ضرورة الاقتناع بها أولا.

13- التدرب على طرح الأسئلة بوضوح، وعدم المقاطعة عند الإجابة: لأن الأسئلة الواضحة تشجع على استمرار التفاوض والابتعاد عن الخلاف المباشر وهي تشغل الطرف الآخر على البحث والتفكير في الرد على السؤال، ثم اختيار الأجوبة بدقة، وتسجيل الملاحظات خشية النسيان، لإدراجها لاحقا في الوقت المناسب[6].

1- د/ عبد العزيز العوضي، المرجع السابق، ص 57 وما بعدها.

2- د/ عبد العزيز العوضي، نفس المرجع ، ص 57 وما بعدها.

3- د/ عبد العزيز العوضي، المرجع نفسه، ص 58.

4- دايلد ادينيني، كيف تكسب الأصدقاء، بيروت، مكتبة الهلال 1997، ص 102.

5- د/ صلاح الدين محمود، تخطيط الوقت، مجلة المجتمع، الكويت، العدد 1447، 2011، ص 55.

6- حسن الحسن، المرجع السابق، ص 117.

14- وضع حد أعلى وحد أدني لما تريد الوصول إليه من المفاوضات والالتزام بذلك: وذلك بوضع مخطط تفاوضي مرحلي خطوة خطوة بتسلسل منهجي، دون خلط أو تجاوز مرحلة على حساب أخرى، لأن ذلك يدفع الطرف الآخر إلى التفاهم والتعاون.

15- القدرة على معرفة كيف ومتى ولماذا يلجأ إلى الخبراء لاستشارتهم: هذا يعني القدرة على التبصر والعلم والتواضع، هذا ما يدفع إلى توخي الدقة وتضييق هامش الأخطاء وتضييع الفرص وسوء التقدير من خلال استشارة أهل الاختصاص والخبراء في ذلك، وفي ذلك قال الحكماء ما خاب من استخار ولا ندم من استشار الحكماء[1].

إذا هذه بعض الصفات التي يتعين على المفاوض التدرب عليها واكتساب مهاراتها لأداء المهام وتحقيق الأهداف بشكل متقن، وبأقصر الطرق وأقل التكاليف.

إن التدرب على ما سبق من مهارات يتيح للمفاوض استخدام القواعد الأساسية للعملية التفاوضية، ويسهل عليه اختيار المنهج الملائم لموضوع التفاوض، وبالتالي قيادة العمل التفاوضي باقتدار من خلال ضبط المراحل التفاوضية والجلسات المختلفة لأنه هيأ واستعد جيدا ومسبقا لإدارتها، من خلال حرصه على تنمية مدركاته الذهنية، من خلال اكتساب المهارات التفاوضية المختلفة، ولا يكتفي بهذا الحد بل يذهب إلى تعزيزها من خلال الممارسة والإطلاع على كل ما هو جديد.

الفرع الثالث: الضوابط المالية والفنية التي تحكم المرحلة السابقة على التعاقد

لم يعد التفاوض على العقود وخاصة الثقيلة منها دربا من دروب النقاش الارتجالي، بل إنه أصبح علما قائما بذاته له أصوله وقواعده ومناهجه وضوابطه، وهو في الوقت ذاته علم اجتماعي متداخل ومتشابك مع بقية العلوم الإنسانية الأخرى، يأخذ منها ويؤثر فيها[2].

غير أن البعض يشكك في كون التفاوض علم بالمعنى الدقيق، بدعوى أن قواعده لا تقضي بالضرورة إلى نفس النتائج دائما، على عكس العلوم الأخرى.

ويرد على ذلك أنه لا يشترط في العلم أن تفضي قواعده وضوابطه الفنية إلى النتيجة المتوقعة دائما، فليس هناك شك أو خلاف في أن الطب علم قائم بذاته، وبالرغم من ذلك لا نصل من خلال أصوله وفنياته الدقيقة المقترنة في تطبيقها بوسائل وأجهزة غاية في الدقة والتطور، ولكن لا يؤدي إلى النتيجة المحددة وهي الشفاء طبعا، وكذا الأمر في علم النفس وعلم الكيمياء ...الخ.

1- حسن الحسن، المرجع السابق ، ص 116.

2- لقد خاض وألف الفقهاء في هذا العلم وأفردوا له كثيرا من المؤلفات.

إن عدم نجاح المرحلة التفاوضية على العقد رغم إتباع ضوابطه ومناهجه وأصوله وفنياته، فإن ذلك لا ينفي كونه علما، إذ ربما تدخلت عوامل ومؤثرات خارجية تسببت في فشل وإجهاض العملية التفاوضية[1].

ومن جانب آخر فإن التفاوض تحتاج إلى ضوابط فنية تحتاج إلى موهبة وقدرات ذاتية للمتفاوض، ومهارات مكتسبة من الخبرة والتدرب المستمر وحتى من التكوين الأكاديمي التي تهتم بهذا الأمر، ويعتمد التفاوض أساسا فن الإقناع الذي يستدعي تمتع المفاوض به، من خلال إتباع الأسلوب المنطقي والعملي في عرضه لقضيته على الطرف الآخر، وإتباع أسلوب إقراع الحجة بالحجة والدليل، وإذا يكون نافذ التنقل من نقطة إلى أخرى، والتمتع بسرعة البديهية لمواجهة المفاجئات ومختلف الاحتمالات، والتمتع بفنيات المناورة في مختلف الحالات الصعبة والمعقدة والتحلي برباطة الجأش والصبر، والتحلي بالفطنة والذكاء حتى لا تنطلى عليه حيل وخدع ومناورات الطرف الآخر.إلى جانب ضوابط فنية وعملية وإجرائية أخرى تتعلق بكيفية سير والتقدم في مجريات ومراحل العملية التفاوضية، وتتمثل في مختلف الاتفاقات التي تعتبر كأدوات فنية يستعملها الطرفان للتأطير الزمني الوقتي والمكاني لمراحل التفاوض إلى جانب اتفاقات أخرى مرحلية أو جزئية تعتبر كضوابط فنية تساهم في دفع عملية التفاوض إلى الأمام وفي كثير من الحالات تكون هي مضمون وشروط العقد المراد إبرامه[2].

إلى جانب ضوابط فنية أخرى تتعلق بشخص المفاوض ذاته، والتي تختلف حسب موقع أو وضعية الطرف المفاوض من حيث كونه ضعيف أو طرفا قويا، ومهما يكن موقع كل منهما، فالطرف المفاوض الذي يقابلك في طاولة المفاوضات ليس غريما يجب قهره، وإنما هو شريك صفقة مستقبلية يجب التعاون والتكاتف معه من أجل الهدف المشترك وهو إبرام العقد المنشود. والضوابط المالية التي تحكم وتسير من خلالها مختلف مراحل عملية التفاوض، بداية بمرحلة التحضير لهذه العملية في إنجاز لمختلف الدراسات أو اللجوء إلى مكاتب الدراسات وإجراء الخبرات وتحضير مختلف النفقات الجانبية الخاصة بالطرف المفاوض في حد ذاته، إلى جانب النفقات الخاصة لمختلف التأمينات وهذا خاصة في العقود الهامة، أو ما تعرف بالعقود الثقيلة والتي تستغرق فيها مرحلة التفاوض ككل إلى زمن طويل قد يعد بالسنين كما هو جار في بعض الدول وما تتطلبه من نفقات هامة، للوصول في النهائية إلى تحديد النفقات المالية الخاصة بها، وخاصة في العقود الدولية، التي تحتاج إلى عدة عوامل وشروط وضوابط سواء كانت بشرية أو فنية أو

1- د/ رجب كريم عبد اللاه، التفاوض على العقد، المرجع السابق، ص 38 وما بعدها.

2- د/ محمد حسين عبد العال، التنظيم الاتفاقي للمفاوضات العقدية، المرجع السابق، ص 139 وما بعدها.

منهجية ومالية لضمان نجاح عملية التفاوض على العقد وتكليل نهايته بإبرام العقد النهائي المنشود، من خلال تحقيق المقاصد والأهداف من عملية التفاوض في حد ذاتها[1].

وفي المصطلح التعاقدي النابع من عقد نقل التكنولوجيا مثلا، نجد خللا في التوازن في موقع الأطراف، يفسر عبر اختلاف نوعية الخدمات، فالمصدر هو الطرف الذي يقدم المعرفة الفنية ويؤدي الخدمات الاقتصادية، ذات قيمة تكنولوجية عالية، أما المتلقي فإنه يكتفي بدفع السعر المطلوب، وفق شروط تفصيلية لا يمكن صياغتها دون تفاوض جاد قد يطول زمنا طويلا، يمكن للطرف المتلقي أن يحصل على شروط مفيدة له من جوانب عديدة، من خلال تفاوض يتم بشكل ذكي[2].

تتمثل عملية نقل التكنولوجيا في كثير من الأحيان على الحصول على نتائج أعمال البحوث وبالحق استعمالا لبراءة الاختراع، أو بناء مجمع صناعي، أو تأهيل الأشخاص المحليين، من خلال قيام الطرف المتلقي بالاختيار ما بين عدة تكنولوجيات تناسبه و تناسب الجنسيات الاقتصادية من خلال أن يتجه اهتمامه إلى التقنيات التي أثبتت فعاليتها وراجت في العالم الموافقة لقدراته التقنية. في إطار البرنامج الاقتصادي والاجتماعي في البلدان المتلقية. لذا يجب التدقيق في مرحلة بناء هذا العقد، مما يجعل العقد ناجحا أثناء تنفيذه ويحقق في النهاية مقاصد وأهداف كل طرف في هذا العقد، وهذه المرحلة هي مرحلة التفاوض على العقد والتي على أساسها يكون العقد ناجحا أو فاشلا. وهذا طبعا في إطار حماية مصالح الطرف الأول وتحقيق تقدم صناعي للطرف الثاني، لأنه سوف يرتاب مصدر التكنولوجيا من هذه الأوساط التي تميل بنظرهم نحو هذا الشريك، والخاضعة للتعديل في غير مصلحتهم، لذلك يجب البحث عن توازن عرض بين الحتميات المتضاربة، وذلك يتم خلال المرحلة السابقة على التعاقد من طرف مفاوض كفء قادر على تحقيق ذلك[3].

المطلب الثاني: مراحل العملية التفاوضية على العقد

إن الأساليب والمهارات المستعملة خلال العملية التفاوضية ومستلزماتها، هي من ضروريات الوصول إلى نهاية للتفاوض الناجح على اعتبار أن التفاوض على العقد يمر من خلال مجموعة من الحلقات المترابطة والتي تدعى "مراحل" وهذه المراحل قد تكون سريعة وقصيرة ودون تعقيد، كما هو الحال

1- د/ محمود على ود/ محمد عوض الهزايمة، ذكرا بعض الضوابط في مرجعهما السابق، الضوابط المنهجية والضوابط البشرية ونحن نصف هذا الضابط الهام وهو الضابط المالي الذي يعتبر أهم الضوابط التي تسير مرحلة التفاوض ككل.

2- د/ صالح بكر الطيار، العقود الدولية لنقل التكنولوجيا، شهد للشر والتوزيع، القاهرة مصر، ط 1، سنة 1992، ص 25.

3- د/ صالح بكر الطيار، نفس المرجع ، ص 26.

في العديد من المفاوضات الاقتصادية ومعاملات البيع والشراء والتسويق، وبالتالي تكون العملية التفاوضية إيجابية وتعاونية، لتحقيق الحد الأدنى من المطالب والأهداف المشتركة، ويكون التفاوض على العقد طويل وشاق ومعقد وصعب، كما هو الحال في المفاوضات على المنشآت الكبرى التي تحتاج إلى عدة عمليات معقدة ومركبة ذات مواصفات علمية دقيقة.

إن القائمين على العملية التفاوضية يدركون جيدا أن هناك عدة مستويات لهذه العملية، التي تعتمد على نوع العقد المتفاوض عليه والأهداف المراد تحقيقها، ومن خلال هذا المطلب سنتناول دراسته من خلال ثلاث فروع، الأول هو مرحلة ما قبل العملية التفاوضية أما الثاني فهو مرحلة بدء جلسات التفاوض، أما الفرع الثالث فهو مرحلة سريان عملية التفاوض ، وهذا على النحو التالي:

الفرع الأول: مرحلة ما قبل العملية التفاوضية

هذه أولى مراحل العملية التفاوضية، ويتم من خلالها اتخاذ عدة إجراءات لها صلة مباشرة بالعملية التفاوضية وفي مقدمتها الاتفاق على مبدأ التفاوض والموضوعات التي ستدور حولها العملية التفاوضية، وهذا من خلال ما سيأتي بيانه[1]:

أ- الموافقة على مبدأ التفاوض: وهذه خطوة أساسية من الخطوات التي تتيح انطلاق التفاوض على العقد، وهي تعني إقناع الطرفين بأهمية وضرورة العملية التفاوضية، وأن التفاوض هو الطريق الأفضل لحل كل النزاعات وتخطي كل العقبات وتحديد كل الشروط الفنية والمالية والقانونية للعقد المراد التفاوض حوله، وبالتالي تحقيق الأهداف المسطرة من كلا طرفي العلاقة، وهذا مما يؤدي إلى تحقيق المصالح والنتائج المشتركة مما يؤدي إلى تحقيق رضا طرفي العلاقة، وأما فيما يتعلق بكيفية الاتفاق على اللجوء إلى المفاوضات بالإقناع بين الطرفين فهو يأخذ صورا ووسائل عديدة، ومنها المبادرات الشخصية مباشرة، أو عن طريق وسيط مختص يقوم بهذه المبادرة[2].

ب- الموضوعات التفاوضية: وهذا العنصر يتضمن عدة عناصر أساسية تتعلق بتحديد الموضوعات وما يتعلق بها وتشمل:

1- تحديد الموضوعات محل التفاوض: سواء كانت الموضوعات المحددة أو المحتمل الخوض فيها.

2- تصنيف الأهداف المرغوب تحقيقها: كأن يتم تحديد الأهداف الحيوية والأساسية والتي لا يجوز التنازل عنها والتي تعتبر خطا أحمر لا يمكن تجاوزه، وأهداف غير أساسية يمكن التنازل عنها والتضحية بها أو

1- د/ محمود علي ود/ محمود عضو الهزايمة، المرجع السباق، ص 112 وما بعدها.

2- وهذا ما سنتطرق له لاحقا من خلال هذه الدراسة.

ببعضها مقابل مكاسب هامة أخرى، ويعتمد تحديد الأهداف بين الأساسية والحيوية وغير حيوية، على طبيعة الوضع التفاوضي القائم والإمكانيات الاقتصادية والمالية والفنية والعلمية المتوفر لكل طرف في التفاوض، وهذا يتم عموما وفق أجندة مدروسة بأهداف حيوية أساسية لا يمكن التنازل عنها، وهذه الأهداف يتم تحديدها، من خلال أولا تحديد عناصر المفاوضات من خلال أولا الدعوة إلى التفاوض ثم تحديد العنصر الثاني وهو الإيجاب بالتفاوض اللذان يمثلان مضمون المفاوضات[1].

3- تحليل الوضع التفاوضي للأطراف: وهذا يتم من خلال تحديد ومعرفة أهداف الأطراف الأخرى، ثم التعرف على مختلف البدائل المتاحة، ومعرفة مدى حاجة الطرف الآخر للتفاوض وإمكاناته المالية والمادية للاستمرار في العملية التفاوضية، وذلك حتى لا يتعرض التفاوض لأزمة مالية تؤثر على سير المفاوضات[2].

وأثناء هذه المرحلة يجب إعطاء وقت للتحضير قبل البدء في العملية التفاوضية، كما يجب تحديد بداية هذه المرحلة ونهايتها بشكل واضح، والفصل بينها وبين المراحل الأخرى للتفاوض على العقد بداية من خلق أجواء تفاوضية مناسبة تسهم في إنجاح العملية ككل. وبعد الاتفاق المبدئي على التفاوض حول عقد معين تأتي مرحلة التحضير لعملية التفاوض من خلال التمهيد والإعداد الجيد والذي يشمل عناصر ومستلزمات عديدة[3].

الفرع الثاني: مرحلة بدء جلسات التفاوض

وهذه المرحلة تبدأ بالضرورة عندما يجلس الطرفان على طاولة واحدة للتفاوض، من خلال الحوار والنقاش والدراسة انطلاقا من جدول الأعمال المتفق عليه، لهذه الجلسة التفاوضية، وذلك من خلال استعمال كل الأساليب المتاحة خاصة أسلوب الإقناع ومختلف تكتيكات التفاوض وأدوات المساومة من أجل التأثير على السلوك التفاوضي للطرف الآخر، وعادة ما تستعمل مجموعة من العمليات والإجراءات التفاوضية الهامة والتي هي في صلب وجوهر التفاوض وهي:

1- اختيار التكتيك التفاوضي المناسب للموضوع التفاوضي: من خلال التركيز على تكيف تحقيق الأهداف المرسومة.

1- د/ يونس صلاح الدين علي، العقود التمهيدية، دار الكتاب القانونية، القاهرة، مصر 2010، ص 37 وما بعدها.

2- د/ محمود على ود/ محمد عوض الهزايمية، المرجع السابق، ص 113 وما قبلها.

3- وهذا ما سندرسه لاحقا من خلال ما سيأتي من هذه الدراسة.

2- الاستعانة بكل الأدوات والوسائل التفاوضية المناسبة: مثل تحضير المستندات والوثائق وكافة البيانات والمعلومات التي من شأنها أن تعزز وتقوي وجهة نظر الفريق المفاوض.

3- ممارسة الضغوط التفاوضية على الطرف الآخر: لدفعه إلى تقديم تنازلات تفاوضية خلال جلسات، التفاوض وحتى خارجها يمكن أن تكون اقتصادية ومعنوية ونفسية وقد تصل إلى درجة أن تكون حتى سياسية[1].

4- تبادل الاقتراحات وعرض وجهات النظر: من كلا الطرفين بالدراسة والتباحث في إطار الخطوط العريضة لعملية التفاوض، وذلك بتقديم الحجج والآراء والمقترحات التي تلعب دورا رئيسيا في تحقيق الأهداف التفاوضية، إضافة إلى استخدام أساليب الترهيب والترغيب اعتمادا على الجو العام للعملية التفاوضية.

5 - المرونة والتعاون للوصول إلى حلول توافقية: من خلال طرح المواقف المختلفة من الطرفين تجاه المواضيع المطروحة حول نقاط الاتفاق ونقاط الاختلاف، ومن خلاله يتبع الأطراف أسلوب المساومة والكسب المتبادل، أي لا يعطي أي يتنازل إلا بشروط معينة، فلا تنازل عما لك حق فيه وتشدد فيما لا حق لك فيه.

ومن خلال ذلك يجب أن تكون التنازلات متبادلة من الطرفين خدمة للهدف المشترك بينهما، ولا ينطلقا في بداية التفاوض بشروط صعبة وتنازلات قليلة، ثم مباشرة جلسات التفاوض بأخلاقيات يجب مراعاتها للسير بالعملية قدما والانتقال من مرحلة إلى أخرى ومن ميدان إلى آخر ومن بين هذه الأخلاقيات نذكر منها[2]:

1- عدم مقاطعة الطرف الآخر حتى ينتهي من حديثه

2- الإمساك عن الكلام وعدم التكلم إلا عند الضرورة

3- عدم إلزام النفس بمقترحات الطرف الآخر[3]

4- البداية بمناقشة القضايا ذات الاختلاف الكبير

5- ضرورة الاستماع إلى تبريرات الطرف الآخر بالاهتمام اللازم.

1- د/ ناجي معلا، التفاوض الإستراتيجية والأساليب، عمان، دار هزان 1992، ص 103 وما بعدها.

2- د/ ناجي معلا، نفس المرجع، ص 104.

3- د/ حسن الحسن، المرجع السابق، ص 34 وما بعدها.

إلى جانب أخلاقيات وإجراءات عديدة يتوجب على الفريق المتفاوض القيام بها وسيأتي تفصيل ذلك في حينه من خلال هذه الدراسة والبحث[1].

الفرع الثالث: مرحلة سريان عملية التفاوض

إن الحاجة إلى فترة التفاوض وخاصة في عقود الأعمال وعقود التجارة الدولية، تكون مرحلة التفاوض ضرورية لبنائها، بل إن الحاجة قد تدعو إلى تنظيم فترة المفاوضات نفسها عن طريق إبرام العديد من العقود المنظمة لفترة المفاوضات، والمستقلة عن العقد النهائي المنشود[2].

لقد تمخض عن التطور الصناعي والتقني في العصر الحديث ظهور أنواع من العقود، اتسمت بالتركيب والتعقيد، لكونها تتعلق بمشروعات عملاقة، تنفذها شركات كبرى، الكثير منها متعدد الجنسيات، أو ترد على عمليات مركبة ومليئة بالتعقيدات الفنية والقانونية، لذلك يكون من الصعب بل من المستحيل إبرامها مباشرة دون الدخول في مفاوضات تستغرق وقتا طويلا، ومن خلال سريانها يتم تحديد أهم ومعظم التزامات وحقوق طرفي العقد، وما ينشأ عنها من مشكلات قانونية سواء ما تعلق منها بالإخلال بالالتزامات السابق تحديدها، أو ما يتعلق منها بنطاق ونوع المسؤولية التي تنشأ على عاتق الطرف المتسبب في عدم بلوغ الغاية المرجوة من التفاوض، وهي إبرام العقد النهائي[3].

يلجأ أطراف العقد خاصة الدولي منه إلى التفاوض لبحث أوجه الاختلاف بينها وتذليل الصعاب، وتقديم وجهات النظر والمناقشة بهدف الوصول إلى التوافق المطلوب ، ومرحلة التفاوض تحتاج في سريانها إلى منهج منظم، تحدده عوامل متفرقة وتفرض على القائم بها أخلاقيات معينة، وتفضي إلى نتائج تدون في محررات أو اتفاقيات عديدة[4].

أو اتفاقيات أو محررات تحمل في طياتها مجمل ما توصل إليه الأطراف أثناء عملية التفاوض، وأنها أداة عمل لضبط نتائج المباحثات وتذليل العراقيل والعقبات، وتعرف بالاتفاقات الجزئية أو المرحلية وقد تكون في مجملها عند نهاية التفاوض هي مشروع العقد في حد ذاته، وهي من الوسائل التي تدفع المفاوضات إلى السير إلى الأمام من خلال الاتفاق على عناصر ونقاط لا يتم الرجوع إليها ثانية، لذلك

1- طالع الباب الأول، الفصل الأول، المبحث الأول، الذي ندرس فيه عملية التفاوض من بدايتها إلى نهايتها بشيء من التفصيل.

2- د/ يونس صلاح الدين علي، العقود التمهيدية، دار الكتب القانونية، المرجع السابق، ص 19.

3- د/ يونس صلاح الدين علي، العقود التمهيدية، دار الكتب القانونية، نفس المرجع ، ص 20.

4- د/ محمودي مسعود، المرجع السابق ، ص 92.

يفضل أطراف التفاوض التعامل بها على عدة مراحل متتابعة، ويتم إبرام اتفاق مرحلي في نهاية كل مرحلة تفاوضية، يتضمن النقاط التي تم الاتفاق عليها في تلك المرحلة حتى لا يعود الطرفان إلى مناقشتها مرة أخرى، ويعد ذلك خطوة في اتجاه العقد النهائي لأنه يتضمن جزء من شروط هذا الأخير تم الاتفاق عليها بالفعل، لذا فهو اتفاق جزئي سابق على التعاقد، لكن في الوقت ذاته هو اتفاق نهائي يحقق التزاما بين الطرفين في حدود النطاق الموضوعي أو النطاق الزمني المؤقت المتفق عليه، لكن هذا لا يعني التوصل إلى تعاقد بات نهائي[1].

إن اللجوء إلى اتفاقات جزئية أو مرحلية عادة ما يكون في العقود الدولية ويتم ذلك للتصدي للمسائل المستعصية، بحيث يفصل الأطراف في تجزئتها وتناولها على مراحل، وقد يتم تقسيم المتفاوضين إلى فرق صغيرة يتولى كل فريق منه التفاوض بشأن مسألة معينة، وعند التوصل إلى اتفاق بشأنها يتم جمعها في اتفاق مرحلي واحد[2].

وسريان مرحلة التفاوض يتم من خلال وضع خطة يتم إتباعها أثناء سريان عملية التفاوض في طرح المسائل وإدارة النقاش، فذلك كله يدور بين التشدد واللين، حسب ظروف الحال وصولا إلى تحقيق الأهداف المرسومة من خلال استراتيجيات وتكتيكات متنوعة يلجأ إليها المتفاوض كأدوات أثناء مرحلة سريان التفاوض[3].

إن سير المفاوضات بشكل سليم يعد ضمانة للتوازن العقدي في الاتفاق المزمع إبرامه، وتكمن أهميته في كون العوامل والأحداث التي يمكن أن تعيب رضا أحد الأطراف تقع في هذه المرحلة السابقة على العقد، ويستند لها أيضا في تفسير العقد عند الضرورة لذلك، كما أن هذه المرحلة تتميز عن العقد كمبدأ عام بعدم ارتباط أطرافها بشكل ملزم، هذا ولن تنظم التشريعات الحديثة هذه المرحلة، تاركة الاجتهاد للفقه والقضاء[4].

وتبقى مشكلة واحدة فهي مشكلة التمسك بأوراق تبادلها الأطراف في مرحلة التفاوض، ويتمسك بها أحدهما بعد إبرام العقد، ليحدد مدلول بند معين أو يوسع في معناه، فهي مشكلة خطيرة، يمكن حلها في وضع ما يسمى ببند الأركان الأربعة –clause de quatre coins– ومفاده جعل العقد المحرر بين

1– أ/ براهامي فايزة، التزامات الأطراف في المرحلة السابقة للتعاقد، المرجع السابق ، ص 62.

2–أ/ براهامي فايزة، نفس المرجع ، ص 63.

3– د/ غنام محمد غنام، النظام القانوني لمفاوضات العقود الدولية، مقال محمل على الموقع: www. F. law. net

4– أ/ روان عبد المعطي، الجوانب القانونية المنظمة لمرحلة المفاوضات العقدية، مكتبة الجامعة الأردنية، مقال منشور على الموقع: http:// thèses. Jv. edv. Jo.

أطراف الوثيقة الوحيدة المنظمة للعلاقة فيما بينهما، فلا يمكن لأي منهما التمسك بما يسبقه إلى الوجود من اتفاقات شفوية أو مكتوبة أثناء مرحلة المفاوضات[1].

من خلال سريان مرحلة التفاوض يتحدد موضوع التفاوض على العقد، من خلال صياغة مشتركة لمشروع العقد الذي يسعى الأطراف إلى إبرامه، وهو مشروع الإيجاب المشترك، وإذا كان العقد لا يتم إلا باقتران القبول بالإيجاب، إلا أن المفاوضات لا تنتهي عادة بإعداد هذا الإيجاب، ولا يبقى أمام الأطراف سوى قبولهم لهذا الإيجاب بتوقيعهم على مشروع العقد الذي عكفوا على إعداده واشتركوا في صياغته طوال مرحلة سريان مرحلة المفاوضات، بإيجاب بات ونهائي من جهة، وكاملا ومحددا من جهة أخرى[2].

المطلب الثالث: التفاوض كعلم وفن وتكتيكاته المختلفة

يعد التفاوض في ذاته عملية إنسانية بالغة التعقيد، فهو يقوم على أسس ومبادئ علمية، وتتحكم فيه عوامل فنية كثيرة ولدراسة التفاوض على العقد من الناحية القانونية يتعين علينا بادئ ذي بدء أن نحيط علما بالجوانب الفنية والعلمية، وذلك على الوجه التالي بيانه من خلال ثلاث فروع، الأول ندرس فيه التفاوض كعلم وفن أما الفرع الثاني سندرس من خلاله الأساليب والتكتيكات المختلفة لعملية التفاوض، أما الفرع الثالث سندرس من خلاله صفات المفاوض الجيد.

الفرع الأول: التفاوض كعلم وفن

لم يعد التفاوض نوع من النقاش والجدال والمحادثة الارتجالية، بل إنه أصبح علما قائما بذاته له قواعده وأصوله ومناهجه، وهو في الوقت نفسه علم اجتماعي متداخل ومتشابك مع غيره من العلوم الإنسانية، يأخذ منها ويتأثر بها. غير أن البعض يشكك في كون التفاوض علم بالمعنى الدقيق بدعوى أن قواعده لا تفضي بالضرورة إلى نفس النتائج دائما، على عكس العلوم الأخرى مثل الرياضيات والفيزياء...الخ. ويرد على ذلك بأنه لا يشترط العلم أن تفضي قواعده ومعطياته إلى النتيجة المتوقعة دائما، فليس من شك أن الطب علم وبالرغم من ذلك لا نصل من خلال قواعده وأصوله إلى النتيجة المحددة وهي الشفاء دائما، وكذلك الحال في علم الكيمياء وعلم النفس...الخ. إذا لم ينتهي التفاوض بالنجاح المطلوب، رغم إتباع مناهجه ومراحله وأصوله فإن ذلك لا ينفي كونه علما، فقد تتدخل عوامل ومؤثرات خارجية تسبب في إجهاض العملية التفاوضية. ولا يمكن التسليم بأن التفاوض يعتمد على الحيلة والحظ والتلاعب من كلا الطرفين، لأن من أهم قواعد اللعبة والحيلة إما كسب كل شيء أو خسارة كل شيء، والواقع أن الأمر

1- د/ محمد حسام محمود لطفي، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، القاهرة، 2002، ص 82.

2- د/ محمد حسين عبد العال، التنظيم الاتفاقي للمفاوضات العقدية، د. ن. ع، القاهرة مصر، 1998، ص 57.

يختلف كلية في عملية التفاوض، فإن كان هذا الأخير يحتوي تعارضا في المصالح، فليس يعني ذلك أن يكسب أحد المتفاوضين كل شيء، ويخرج المتفاوض الآخر بدون أي مكاسب، وإنما الهدف من التفاوض هو التوصل إلى حل يرضي جميع الأطراف، وذلك بالتقريب بين وجهات النظر المختلفة، من خلال تقديم التنازلات المتبادلة والمطلوبة بين الطرفين. فالواقع والأصل أن التفاوض يقوم على التعاون والتكامل والتفاهم، وليس على الغدر والتناحر والحيلة، فالطرف الذي يجلس أمامك إلى طاولة المفاوضات ليس غريما لك يجب قهره، وإنما هو شريك صفقة مستقبلية تحتاج إلى التعاون والتفاهم من الطرفين للوصول إلى الهدف المشترك وهو إبرام العقد النهائي المنشود[1].

ومن ناحية أخرى فإن التفاوض على العقد فن يحتاج إلى موهبة، وقدرات ذاتية للمفاوض، ومهارات مكتسبة من الخبرة والتدريب المستمر، ويعتمد التفاوض من الأساس على فن الإقناع، ومن ذلك يجب أن يكون المفاوض متمتعا بالقدرة على الإقناع، وذلك من خلال استخدام الأسلوب المنطقي في عرض اقتراحاته وآرائه وطلباته وأهدافه المختلفة على الطرف الآخر، ومواجهة الحجة بالحجة المدروسة ودحض الدليل بالدليل المقابل، ثم الانتقال من نقطة إلى أخرى، كما يجب أن يكون سريع البديهة وفي أتم الاستعداد لمواجهة الاحتمال والمفاجآت، وأن يمتلك القدرة على المناورة في المناطق ذات الحساسية الكبيرة، كما عليه أن يتحلى بالصبر ورباطة الجأش، حتى لا يتمكن الطرف الآخر من التأثير عليه وتسليم أكثر مما يجب من الحقوق والالتزامات، وكذا حتى لا يتمكن إثارة غضبه وتفجيره، كما يجب عليه أن يكون كيسا فطنا لا تنطلي عليه حيل ومناورات الطرف الآخر[2].

إذا من خلال ما سبق نلاحظ فعلا دون أدنى شك التفاوض في ذاته عملية فنية تحتاج إلى قدر كاف من المهارات والاستعدادات والخبرة والذكاء والمرونة اللازمة لمواجهة مراحل بناء العقد والمناورات والمفاجآت التي قد تطرح أثناء عملية التفاوض على الشروط المختلفة للعقد.

إنه من المفاهيم الخاطئة التي يؤمن بها البعض بشأن عملية التفاوض هي اقتصاره على الحالات المتنوعة من الصراع فقط، أو تقاطع الأهداف وتعارض المصالح، في حين أن حالات الصراع والنزاع والفشل في نهاية المطاف ترتبط في الغالب بغياب التفاوض بين الأطراف، أو عدم فعالية هذا التفاوض، الذي يتم بدون قدرات فنية من كلا الطرفين في كثير من الحالات وخاصة في العقود ذات الأهمية البالغة لأحد الأطراف أو لكلاهما، ويرجع إلى انسياق أحد الأطراف إلى غريزة الإنفراد بالتملك أو حب السيطرة

1- د/ رجب كريم عبد اللاه، المرجع السابق، ص 39 وما قبلها.

2- د/ مفيد شهاب، المقال السابق، ص 983 وما بعدها.

دون السعي للحوار والنقاش والتفاوض مع الطرف الآخر بأسلوب فني علمي مدروس وبكثير من الاستعداد والتحضير الجيد لعملية التفاوض بكل مراحله ومحطاته خاصة إذا كان هذا الأخير ذو مدة طويلة تقاس بالشهور والسنوات[1].

الفرع الثاني: الأساليب والتكتيكات المختلفة لعملية التفاوض

إنه قبل الدخول في التفاوض يتم مسبقا رسم إستراتيجية معينة وسياسة تفاوضية محددة من خلال قيام كل طرف بتحديد أهدافه ومقاصده من مرحلة التفاوض ككل، وفي سبيل تحقيق ذلك يلجأ المتفاوض بمجرد جلوسه إلى طاولة المفاوضات إلى استخدام بعض التكتيكات والمناورات من أجل الضغط على المتفاوض الآخر، ومن أجل تحقيق الأهداف المرجوة من عملية التفاوض[2].

وتكتيكات التفاوض لا يمكن حصرها لذلك سنقوم بعرض أهم التكتيكات المستخدمة في الحياة العملية على النحو التالي:

1- تكتيك الرجل الطيب والرجل الشرس: وذلك بأن يقوم رئيس الفريق المتفاوض بدور الرجل المتساهل ويقوم أحد أعضاء الفريق وهو في الغالب المستشار القانوني بدور الرجل الشرس، ومن خلال هذه الأدوار المتبادلة بينهما يتمكن الرجلان من حمل الفريق الآخر على تقديم التنازلات الممكنة والمنتظرة منهما.

2- تكتيك فرق تسد: ويعتمد هذا الأسلوب على الاهتداء إلى مواطن التضارب والخلاف بين أعضاء الطرف الآخر، ثم محاولة زرع الفرقة بينهم، وجعلهم قدر الإمكان ينقسمون فيما بينهم وحينئذ يسهل الفوز عليهم وتحقيق أكبر قدر من المكتسبات والتنازلات[3].

3- تكتيك التهديد بالانسحاب من المفاوضات: في كثير من الحالات ما يلجأ الطرف المفاوض إلى التلويح والتهديد بالانسحاب من المفاوضات كلما وصلت هذه الأخيرة إلى نقطة خلاف في الرأي والتصلب فيه أو عدم التنازل عن عنصر ما، وفي غالب الأحيان ما يضعف المتفاوض الآخر وخاصة الضعيف في هذه العلاقة بينهما أمام هذه الحيلة فيسارع إلى تقديم تنازلات من جانبه لإرضاء المتفاوض الغاضب، وغالبا ما يكون الطرف القوي في هذه العلاقة التفاوضية، ولمنعه من الانسحاب، ويعتمد نجاح هذا التكتيك على وجود رغبة جامحة لدى المتفاوض الآخر في إنجاح المفاوضات، كما لو كانت الصفقة مهمة ومصيرية

1- د/ مصطفى محمد أبو بكر، التفاوض الناجح، الإسكندرية مصر، الدار الجامعية الجديدة، 2005، ص 18.

2- د/ مصطفى محمد أبو بكر، نفس المرجع، ص 18.

3- د/ محمد أحمد، المرجع السابق، ص 228.

بالنسبة للطرف الآخر[1]، وأياما كان الأمر من الأفضل ترك الطرف المنسحب يذهب ويغادر إلى حيث أتى، لأنه لو كانت هذه الصفقة مهمة وضرورية ومفيدة له فسوف يعود ثانية[2].

4- تكتيك جس النبض: ويهدف هذا التكتيك إلى معرفة أهداف المتفاوض الآخر من العقد المراد إبرامه في النهاية والوقوف على استعداداته وقدراته الشخصية والمالية من أجل رسم السياسة المثلى لفرض الشروط المناسبة له.

5- تكتيك استغلال نقاط الضعف: ويكون ذلك بالاهتداء إلى نقاط الضعف لدى الطرف الآخر في المفاوضات، والقيام بالضغط عليه بشدة حتى ينهار ويسلم بالشروط المفروضة عليه ومن أهم عوامل الضعف عامل الوقت، كأن تكون الصفقة عاجلة للغاية، وأن يكون رؤساء المتفاوض المقابل قد حددوا له فترة زمنية يجب أن يعود بعدها ظافرا بالصفقة، وكذلك عامل الحاجة الماسة إلى هذه الصفقة، أو عامل وجود هذه الصفقة بأنها الوحيدة التي تتناسب مع الإمكانيات المالية للمتفاوض الآخر.

6- تكتيك المساومة: حيث تعتبر المساومة من أقدم وأشهر التكتيكات التفاوضية على الإطلاق حيث جرت العادة على استخدامها في التفاوض حتى لدى عامة الناس، ويتم اللجوء إلى المساومة بوجه خاص عند تحديد الثمن، بحيث يحاول المشتري التمسك بثمن أقل من الثمن المعروض، وذلك لحمل البائع على تخفيض إلى حد يرضى الطرفين عموما[3].

7- تكتيك ترك الطرف الآخر يقدم اقتراحه أو العرض الأول: ومن خلال ذلك يتناوله الطرف الآخر بالمناقشة وإسقاط عليه اقتراح أو العرض المضاد أو البديل، مما يجعل صاحبه في موقف المدافع.

8- تكتيك المفاجأة في العرض والمناقشة: من حيث تعديل أسلوب التحدث والمخاطبة والذي قد يكون غير متوقع في ذات الوقت، وذلك على نحو يشعر الطرف الآخر أن هناك تغير في الموقف، مما قد يجعل ذلك الطرف الآخر على استعداد لتقديم التنازلات أو تعديل اقتراحاته المطروحة على طاولة التفاوض[4].

9- تكتيك الصمت المؤقت: وذلك يحدث أثناء الحوار التفاوضي، أي الإحجام عن الحديث في وقت محدد، والامتناع عن الرد الفوري وتأجيل الإجابة بتغير مجرى الحديث، وذلك بالاستفادة من عامل الوقت، وإعطاء الفرصة للفريق المفاوض للتفكير في مغزى الأمر أو السؤال المطروح وأهدافه.

1- د/ محمد أحمد، المرجع السابق، ص 229 وما بعدها.

2- د/ محمد سعيد الحلفاوي، المقال السابق، ص 202.

3- د/ رجب كريم عبد اللاه، المرجع السابق، ص 43 وما قبلها.

4- د/ أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص 76.

10- تكتيك التحديد الزمني والموضوعي لنطاق التفاوض: وذلك بوضع حد أقصى للمدة التي تنتهي عندها المفاوضات، أو تحديد المسائل والنقاط التي لا يجوز للمفاوضات الخروج عنها، ويرمي هذا التكتيك إلى حصر الطرف الآخر ومنعه من التسويف والمماطلة ودفعه إلى اتخاذ قرار سريع، أو النزول عن عرض أو مطلب معين في التفاوض[1].

11- تكتيك التنازل الأول في السعر: واعتبار هذا التنازل مكافأة أو إكرامية، وإشعار من قدم له بأنه التنازل الأخير، فلا يطلب غيره بعد ذلك، غير أن هذا التكتيك الخاص بالتنازلات لا يمكن إتباعه إلا في مواقف محددة، وبضوابط مقبولة كأن يأخذ مثلا عرض الفرصة الأخيرة، والذي يمثل قيمة بالنسبة للطرف الآخر مثلا، وكأن يكون مثلا هذا التنازل باتا لا يجوز الرجوع عنه حتى ولو لم يؤتي هذا التنازل ثماره ولم يقدم الطرف الآخر شيئا مقابله، إلا أن كل ذلك لا يمنع من الأخذ بمبدأ المعاملة بالمثل أو التبادل في طرح التنازلات[2].

تقدير تكتيكات التفاوض: لا شك أن هناك تكتيكات أخرى كثيرة والقائمة على أساس الكذب والمراوغة والتشويه والتظليل وقلب الحقائق، والإرهاق الجسدي والتخويف بالمجهول، وفرض الأمر الواقع واستغلال نقص خبرة المفاوض الآخر، وتصيد هفواته ونقاط ضعفه، وهذا لا يتفق أصلا مع المفهوم الصحيح للتفاوض، فالواقع أن هذا الأخير يجب أن يتم في جو مفعم بالصدق والأمانة وحسن النية والثقة المتبادلة بين الطرفين، بعيدا عن الغش والخداع والكذب والمنافسة الغير شريفة[3].

إذا كل هذه التكتيكات الغير المشروعة والتي يقصد بها خداع المتفاوض واستغلاله تعتبر أعمالا غير مشروعة، فهي تعتبر حيلا تدليسية تعيب الإرادة، فإذا ما تم إبرام العقد بناء عليها كان للمتعاقد المدلس عليه الحق في طلب إبطال العقد، والتعويض عما لحقه من ضرر جراء ذلك[4].

غير أنه إذا تحلى المفاوض بالخصال الحميدة النابعة من الخبرة في التفاوض وخاصة في العقود الدولية، وهي من عوامل نجاح المفاوضات واستراتيجياتها، فالمفاوض هنا لا يتعرض لمغبة الوقوع في دائرة المحظورات القانونية التي ترتب المسؤولية كما سنرى لاحقا.

1- د/ أحمد عبد الكريم سلامة ، المرجع السابق ، ص 77.

2- د/ حسن محمد وحيد، مقدمة في علم التفاوض، الكويت ، سلسلة عالم المعرفة، الكويت 1994، ص 60.

3- حيث يقر كثير من المفاوضين أنه كلما كان الوقت قصيرا للمفاوضات كلما كانت العملية التفاوضية أكثر جدية.

4- د/ محسن أحمد الخضيري ، المرجع السابق ، ص 245 وما بعدها.

الفرع الثالث: سمات المفاوض الجيد

من الصفات والسمات الحسنة التي يجب أن يتميز بها المفاوض الجيد، والسعي لكسبها مما يمكنه إدارة مراحل التفاوض باقتدار وذكاء وحكمة قد يصل بها إلى نهايتها وهي إبرام العقد المنشود، ويمكن تلخيص هذه الصفات على النحو التالي:

1- الحكم السليم للأمور والقدرة على التمييز بين القضايا الأساسية والفرعية.

2- الاستعداد والالتزام بالتخطيط الدقيق لكل التفاصيل وإيجاد البدائل.

3- الحكمة والصبر والانتظار حتى تظهر الصورة بأكملها.

4- القدرة على الاستماع بعقل متفتح

5- امتلاك البصيرة للنظر إلى الموضوع بوجهة النظر الطرف الآخر.

6- الشجاعة في الاستعانة بالفريق المساعد في الوقت المناسب.

7- الثقة بالنفس القائمة على المعرفة.

8- الشخصية المتوازنة بحيث أنه يمزج الدعابة مع الجد

9- الالتزام بالنزاهة والقدرة على إرضاء كافة الأطراف

10- القدرة على التفاوض بفعالية مع الطرف الآخر وكسب ثقته[1].

تستطيع القول أن المفاوض الفرد عادة ما يتصرف استنادا إلى مجموعة من القيم والعادات والتقاليد الاجتماعية التي تحدد سلوكه اتجاه القضايا اليومية التي يواجهها والمفاوض الناجح عادة ما يعتمد على مدى إلمامه بالمعرفة المتعلقة بالسلوك الإنساني بصفة عامة، والتي تعتمد على علم النفس وعلم الاجتماع معا، بالإضافة إلى المهارات السلوكية المختلفة في التعامل مع الآخرين أثناء التفاوض، والمعرفة بالسلوك الإنساني تستمد أهميتها من أنها تساعد المفاوض على تفسير وتحليل وفهم سلوك الآخرين، والتنبؤ به والتأثير فيه أو السيطرة عليه في الأخير، والمهارات السلوكية هي نتاج الموهبة والتعلم والخبرة السابقة، التي تستند إلى المعرفة بالسلوك الإنساني، سواء كان سلوك الفرد الواحد أو الجماعة أو سلوك المؤسسة أو سلوك الدولة...الخ، وفي مجال المفاوضات هناك سلوك يعرف بالسلوك التفاوضي يقوم به الشخص الموكل بإجراء المفاوضات، لذا كان من الواجب الإحاطة بخصائص هذا السلوك والتي تتلخص فيما يلي:

1- د/ محمود علي ود/ محمد عوض الهزايمة، المدخل إلى فن المفاوضات، المرجع السابق، ص 125، وما بعدها.
- موقع إلكتروني: http// www. Egypt. Org/ Arabic

1- السلوك الإنساني له سبب: فهذا يعني أنه لا يصدر من فراغ بل هناك سبب لكل سلوك، قد يكون مصدره تكوين الفرد الداخلي أو المثيرات الخارجية، إن العملية التفاوضية تشكل نقطة انطلاق السلوك التفاوضي للإنسان فهي مصدر إلهام له.

2- السلوك الإنساني موجه نحو هدف معين: أي أن سلوكه موجه نحو هدف يسعى إلى تحقيقه وهذا ما يفسر سلوكنا المتنوع عند كل هدف، أما في مجال التفاوض، فإن سلوك الشخص موجه نحو هدف محدد، وهو تحقيق الأهداف والمقاصد التي شرعت المفاوضات أصلا من أجلها.

3- السلوك الإنساني يمكن ملاحظته ويمكن قياسه: فأداء العامل يمكن قياسه في صورة الوحدات المنتجة، وسلوك المفاوض يمكن قياسه بمجموع الأهداف التي حققها في العملية التفاوضية[1].

4- السلوك الإنساني له محفزات ودوافع تحركه: يوفر مجال المفاوضات الرغبة في تقليل الخسائر عادة ما تكون حافزا للدخول في المفاوضات، أو تحقيق أهداف علمية أو اقتصادية، والإدراك أن المفاوضات هي الوسيلة المثلى لتحقيق الأهداف والمقاصد مما يكون حافزا للدعوة للتفاوض، والرغبة والدافع لنبذ وحل الخلافات تكون بمثابة دافع للوصول إلى حلول مرضية ومقبولة بين أطراف التفاوض على العقد[2].

أنماط الشخصية الإنسانية التفاوضية: يعتبر السلوك السمة المميزة والدالة على نمط الشخصية التفاوضية، كما أن نمط الشخصية يؤثر على السلوك الذي ينتهجه أي شخص مفاوض أثناء العمل التفاوضي، فعلى سبيل المثال الشخص الذي يثير المشاكل والصعوبات ولا يعرف الاستقرار على رأي ويميل إلى حب الظهور والمجادلة، فإن هذا الشخص يتمتع بشخصية المفاوض المشاغب، والشخص الفضولي البطيء في ردة الفعل، الميال إلى التفاصيل والإطالة في التفكير والتركيز على الموضوعية وعدم الاهتمام بالعواطف والمشاعر، فهذا الشخص يتمتع بشخصية المفاوض المحلل، والشخص الذي يتمتع بمزاج عصبي ومتوتر في معظم الأحيان ويتصلب في رأيه ويميل إلى المبادرة في الرد بعنف، فإن هذا الشخص يتمتع بشخصية المفاوض العدواني[3].

إن الشخص الفرد بلا شك هو العمود الفقري لأية عملية تفاوضية فهو يؤثر ويتأثر بها، وفي هذا التوجه، فإننا سنميل إلى عدم الإكثار في تصنيف الشخصيات التفاوضية بل نصنفها باختصار

1- د/ محمود علي ود/ محمد عوض الهزايمة، المدخل إلى فن المفاوضات، المرجع السابق، ص 126 وما بعدها.

2- د/ ثابت عبد الرحمن إدريس، التفاوض مهارات واستراتيجيات، المرجع السابق، ص 374 وما بعدها.

3- د/ محمود علي ود/ محمد عوض الهزايمة، نفس المرجع ، ص 128.

في ثلاث شخصيات: أولها الشخصية المسيطرة، والشخصية التابعة، والشخصية المستقلة، فكل شخصية لها دورها حسب نوع العقد المتفاوض عليه. لذا كان من الواجب التعرف على أنماط المفاوضين، حتى يمكن العزف معهم على نفس الخط والموجة فيحدث الاتصال الفعال، فعند ما تعرف نمط شخصية من أمامك تتخلى مؤقتا على نمط شخصيتك وتحدث عملية الاتصال، وهذا بإتباع بعض الملاحظات الهامة نذكر منها باختصار ما يلي[1]:

- خذ من كلامه وأكمل الحديث
- لا تخاطبه ما دام الأمر خارج الأمور الشرعية
- أنصت له باهتمام ولا تدع الابتسامة تغادر تغرك
- لا تظهر له جهلا ببعض الأمور
- قم بمحاكاته في وضعيات جلوس وفي تنفسه ما استطعت.

بتلك تكسب وده وتتم عملية الاتصال بنجاح ومنه يمكنك قيادته بسهولة، ولكي تقيس قدراتك التفاوضية، يمكنك أن تتأكد من ذلك كمفاوض من خلال ما يلي:

1- هل تقبل على المفاوضات وأنت مستعد بشكل جيد؟

2- هل تصدق كل ما يقال لك أثناء التفاوض؟

3- هل أنت متفائل أثناء حوارك التفاوضي؟

4- هل تعتقد أنك تجيد التعبير عن وجهة نظرك؟

5- هل أنت قادر بحق على تحديد الأولويات؟

6- هل تحب استشارة الآخرين أثناء التفاوض؟

7- هل تستطيع التفكير وأنت تحت ضغط معين؟[2]

8- هل تشعر بالملل عند المنافسة لوقت طويل؟

9- هل أنت مفاوض جيد؟

إن المفاوض الكفؤ والجيد والناجح هو الذي تكون له المقدرة على التخطيط واستعمال الوقت الممنوح له ، للملائمة بين الأهداف والتخطيط، والمفاوض الذي يضع حدا أدنى لمفاوضته وحد أعلى متقيدا بهما في مراحل العملية التفاوضية، فيبدأ بالنقطة "أ" ثم النقطة "ب"، فلا يذهب إلى النقطة ج،

1- د/ محمود علي ود/ محمد عوض الهزايمة، المرجع السابق ، ص128.

2- د/ محمود علي ود/ محمد عوض الهزايمة ، المرجع نفسه، ص129 .

قبل أن ينتهي من النقطة "ب"، كما أنه عليه أن لا يسارع في تقديم اقتراحات مضادة بشكل عدائي، لأن لها أثار سلبية على عملية التفاوض من شأنها الإرباك والعرقلة، وفي حالة محاولة إقناع الطرف الآخر في مسألة ما عليه اعتماد الحجج والبراهين والوقائع، والمفاوض الجيد عندما يقرر يجب أن يكون حازما دون تردد ، والذي قد يكون له آثار سلبية على عملية التفاوض ، وأجمع الباحثون على أن المفاوض الناجح هو الذي يتقن طريقة طرح الأسئلة والاقتراحات، كما أجمعوا على أن فن طرح الأسئلة له تأثير كبير في تقدم المفاوضات ونجاحها[1].

لقد ذكرنا من هذه الصفات، وأهمها الصفات الخلقية المتمثلة عموما في النزاهة والشرف وحسن التعامل والتعاون، وأهم ما يجب أن يميز المتفاوض في هذه المرحلة هو عدم تعامله بالرشوة، سواء بالأخذ أو بالعطاء، لأن العمل بها سواء كان المفاوض في القطاع العام أو الخاص سوف يقضي تماما على مختلف الأهداف والمقاصد القريبة والبعيدة من مرحلة التفاوض كما سبق ذكر ذلك.

وكذلك في المفاوضات بين الدول في مختلف الميادين وخاصة مجال المال والأعمال، هناك صفات وعوامل متأصلة في شخصية الدولة تنشأ معها ومنها ما تفرضها البيئة الدولية، بحيث تشكل هذه الصفات والعوامل دوافع قبول أو إحجام عن العمليات التفاوضية، فعلى مستوى الدول، فالدولة لكي تحافظ على هذه الصفات والعوامل نجدها تعزز موقفها من خلال انضمامها لحلف تنتمي إليه، أو بسبب قوتها الاقتصادية، أو بسبب ثروتها الطبيعية، فترفض التفاوض أحيانا معتمدة على ذلك، والبعض الآخر لا يمتلك مثل هذه الإمكانيات والقدرات فيقبل بالمفاوضات ويوافق على الدخول فيها.

إن بعض هذه الصفات والعوامل من صنع الإنسان، وبعضها من صنع الطبيعة فما كان من صنع الإنسان يعتمد على السلوك الإنساني، فإنه يجب الإحاطة بخصائص هذا السلوك المختلف وما كان من صنع الطبيعة يعتمد على موقع الدولة الجغرافي ووزنها وموقعها في النظام الدولي[2].

وفي العقود الهامة أو العقود القائمة على الاعتبار الشخصي، ففي مثل هذه العقود فإن الراغب في التعاقد لا يتفاوض مع أي شخص يصادفه أو يبدي رغبته في الدخول في التفاوض، وإنما هو يتفاوض مع الشخص الذي تتوافر فيه صفات معينة تضمن للعقد الحد الأدنى من النجاح في

1- بحث يدخل ضمن متطلبات نيل شهادة ماجستير على الموقع الإلكتروني:
منتديات سكول ديزاد التعليمية الجزائرية، منتديات الجامعة والبحث العلمي، ومنتدى العلوم الاقتصادية وعلوم التسيير، بحث يدخل ضمن متطلبات نيل شهادة الماجستير حول ...مبادئ التفاوضwww. Ias. Onec. dz

2- ثابت عبد الرحمن إدريس، المرجع السابق، ص 330.

المستقبل، فهو لا يختار شخصا لمجرد أن التفاوض معه سيكون سهلا وأنه سيجعل العقد مليئا، وإنما الأهم من ذلك أن يكون هذا الشخص في مركز مالي ومهني وعلمي وصناعي قوي، ويمتاز بصفات عملية وأخلاقية ستسمح كلها بتنفيذ العقد المنشود بعد إبرامه بشكل صحيح دون عقبات ونزاعات في المستقبل. فيبحث عنه بطرقه الخاصة، أو عن طريق التقدم لمناقصة عامة فيستعين بالغير مثل السماسرة أو البنوك أو الغرف التجارية[1].

المبحث الثالث

التفاوض على العقود الإلكترونية

إن العالم اليوم يشهد حاليا تطورات متلاحقة في نظم المعلومات والتي واكبتها تطورات أخرى في نظم الاتصالات، وقد نجم عن الاقتران بين المجالين إلى ظهور تقنيات اتصال مذهلة، تحول العالم بها إلى قرية كونية صغيرة، حيث لم يعد البشر أسرى لأماكنهم القاطنين فيها، وهو الذي له بالغ الأثر على كافة مناحي الحياة الاقتصادية والاجتماعية والعلمية والقانونية، وأدى إلى وجود نوع جديد من التجارة ألا وهي التجارة الإلكترونية، وبذلك تحولت أسواق العالم إلى أسواق واسعة النطاق تلتقي فيها الأطراف المتعاقدة عن بعد، عبر تقنيات الاتصال الحديثة، فيتبادلون المعلومات والبيانات و الصور بسهولة كبيرة وبسرعة فائقة.

ومن بين العمليات التي تتم عن طريق هذا الاتصال الحديث، وبعد أن يصل العميل أو المستهلك إلى تحديد السلعة أو الصفقة أو العملية المراد إنجازها، هنا تبدأ المفاوضات حول هذه الأمور، من خلال تحديد ومناقشة مختلف الشروط العقدية للوصول في نهاية المطاف إلى التعاقد النهائي بشأنها.

والتفاوض الإلكتروني على العقد هو الذي سنركز عليه دراستنا في هذا المبحث الذي سنقسمه إلى ثلاث مطالب، أولها هو ماهية وأهمية التفاوض على العقد الإلكتروني، وثانيها الدعوة إلى التفاوض عبر الإنترنت، أما المطلب الثالث فهو التفاوض الإلكتروني.

المطلب الأول: ماهية وأهمية التفاوض على العقد الإلكتروني

نظرا للأهمية البالغة للتفاوض وخاصة على العقود ذات الأهمية البالغة منها سواء كانت تجارية أو صناعية وفي مجال مختلف الأعمال، ونظرا لازدياد المعاملات والاحتياجات في هذا المجال وخاصة على المستوى الدولي سواء على مستوى الأفراد أو الشركات الصناعية أو التجارية وفي مختلف الميادين وهذا كله يتم وفق مبدأ أساسي وهام وهو مبدأ حرية التفاوض ثم حرية التعاقد بهدف تحقيق المصالح المشتركة.

1- M. Dubisson, op cit, p 64.

وإذا كان الأمر كذلك فإن أهمية التفاوض تزداد في مجال العقود الإلكترونية التي أسفرت عنها التطورات التكنولوجية الحديثة، حيث أصبحت الطريقة التقليدية غير قادرة على مواكبة ومواجهة متطلبات الأعمال والتجارة الإلكترونية ووسائل التسويق عبر شبكة الإنترنت.

وقبل الخوض في موضوع التفاوض على العقد الإلكتروني كان يجب علينا البداية في ذلك بتحديد ومن خلال الفرع الأول من هذا المطلب ماهية التفاوض على العقد الإلكتروني، ثم نخوض في الفرع الثاني أهمية التفاوض على العقد الإلكتروني أما الفرع الثالث فبعنوان مدى جواز التفاوض الإلكتروني على العقد الشكلي، وهذا على النحو الآتي بيانه.

الفرع الأول: ماهية التفاوض على العقد الإلكتروني

عادة ما يلجأ كما قلنا ذلك سابقا إلى الإعداد المسبق والتمهيدي لإبرام بعض العقود التي تتسم بالتعقيد، كعقود مركبة أو ذات أهمية اقتصادية، أو عقود تستمر فترة زمنية طويلة، وكذلك بشأن العقود الإلكترونية حين تفرض طبيعتها أنها تبرم وقبل ذلك يتفاوض عليها عبر الوسيط الإلكتروني، أي شبكة الإنترنت، حين لا يوجد اتصال مباشر بين أطرافه، والذي لا يجمعهم مجلس عقد حقيقي ولكنه افتراضي مرئي وسمعي عبر الإنترنت ، فيكون لزما إبرام هذا النوع من العقود عن طريق تبادل المعلومات والآراء والاقتراحات المتضمنة للعناصر الأساسية للتعاقد وموضوعه، يقصد إتمام العقد مستقبلا مما يحقق مصلحة الأطراف المتفاوضة ودون أن يكون هذا التفاوض المتبادل هو العقد النهائي، ولا حتى إيجابا ملزما[1].

وهذا ما يطلق عليه إصطلاح "التفاوض العقدي في مرحلة ما قبل التعاقد" أو ما يسمى بالمرحلة التمهيدية"، وقد يتمثل في التفاوض الإلكتروني للتعاقد، ويتم من خلال تبادل البيانات الإلكترونية عن طريق وسيط إلكتروني هو الإنترنت، في هذا الصدد فهذا التفاوض هو الوسيلة الأكثر ملاءمة لإبرام العقد الإلكتروني، حيث يكون عقد مبرم عن بعد، بحيث يفصل بين الأطراف المتفاوضة مسافات كبيرة جغرافيا، والذي قد يجهل كل منهم المركز المالي للطرف الآخر وأهليته...الخ، كطبيعة خاصة للتعاقد عبر الإنترنت، حين يفترض تبادل المعلومات بشأن العاقدين ومضمون العقد، وضمانات تنفيذه عن طريق البيانات الإلكترونية تدريجيا إلى حين الوصول إلى صياغة تفصيلية للإيجاب المكون للجوانب المختلفة للعقد[2].

1- د/ أحمد عبد التواب محمد بهجت، إبرام العقد الإلكتروني، دار النهضة العربية، مصر، ط 1، 2009، ص 62.

2- د/ حسام الدين كمال الأهوائي، النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول، مصادر الالتزام، دار الثقافة للنشر والتوزيع، مصر، ط 2، 1995، ص 50.

ولا يستثني من ذلك سوى العقد الإلكتروني الذي يبرم من خلال العقود النموذجية والنمطية الإلكترونية، حيث يتم التعاقد عن طريق برنامج الموقع الإلكتروني، الـ Web، وفقا لشروط عامة لا يجوز مناقشتها[1]. كعقد إذعان كما سبق ذكر ذلك، وقد يتم التفاوض الإلكتروني وفق عناصر عديدة منها:

1- التراضي بالعقد الإلكتروني: ولما كانت الكثير من العقود الإلكترونية المبرمة عبر الإنترنت تبرم وفق نماذج معدة سلفا من جانب البائع أو الموزع أو المورد فإنه يحق لنا أن نتساءل عن طبيعة هذه العقود، وما إذا كانت من عقود الإذعان من عدمها[2]، والمسلم به أن عقود المساومة هي التي يتم إبرامها عقب مفاوضات متوازنة ومتكافئة بين طرفيها وذلك التكافؤ قد يكون اقتصاديا أو حتى فعليا بحيث لا يتمكن أحد الطرفين على فرض إرادته على الآخر، أما في عقود الإذعان فإن الطرف الأقوى اقتصاديا أو قانونيا يفرض شروطه على الآخر الذي عليه أن يقبل أو يرفض هذه الشروط كما هي[3]من خلال عقود نمطية ينعدم فيها رضا الطرف الضعيف من خلال أي فرصة للتفاوض بشأن هذه العقود[4].

لقد كرست مبدأ الرضائية اتفاقية فينا للبيع الدولي للبضائع والصادرة عام 1980، حيث نصت صراحة على عدم اشتراط الكتابة أو أي شكلية أخرى سواء لانعقاد العقد أو لإثباته، ومن ثم يجوز التعبير عن الإرادة بأي وسيلة، وقد حذت بعض الدول الوطنية حذو تلك الاتفاقية، ومنه قانون التجارة الموحد الأمريكي، حيث يجيز إظهار التراضي بأي وسيلة مادامت تظهر تراضي طرفيه، بما في ذلك سلوكهما الذي يظهر ويدل على إقرارهما بوجود العقد، ومن ثم يصح أن يتم التعبير عن الإرادة التعاقدية عبر وسائل الاتصال الإلكترونية، وخاصة على شبكة الإنترنت بأي طريقة كانت، سواء عن طريق البريد الإلكتروني أو عن طريق المعاملات الإلكترونية المؤتمنة، لا يتدخل البشر في ذلك فيتم التعاقد بين وسيط إلكتروني المؤتمن أو شخص طبيعي، أو بين وسيط إلكتروني مؤتمن ووسيط إلكتروني مؤتمن آخر، وعند استخدام رسالة بيانات في تكوين العقد لا يفقد العقد صحته أو قابليته للتنفيذ[5].

1- د/ محمد حسين منصور، الإثبات التقليدي والإلكتروني، دار الفكر الجامعي، مصر، 2006، ص 45.

2- د/ همام محمد محمود زهران، الأصول العامة للالتزام، نظرية العقد، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر 2004، ص 32.

3 - د/ مصطفى أحمد أبو عمرو، مجلس العقد الإلكتروني، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر 2005"، ص 59.

4 - د/ إبراهيم الدسوقي أبو الليل، إبرام العقد الإلكتروني في ضوء القانون الإماراتي والقانون المقارن، بحث مقدم للمؤتمر العلمي الأول، المنظم من كلية شرطة دبي، تحت عنوان "الجوانب القانونية والأمنية للعمليات الإلكترونية، في الفترة من 26-2003/04/27.

5- د/ أيمن مأمون أحمد سليمان، إبرام العقد الإلكتروني وإثباته، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر 2008، ص 95 وما بعدها.

2- وقت استلام الرسالة الإلكترونية: ما لم يتفق المنشئ والمرسل إليه على غير ذلك، يتحدد وقت استلام رسالة بيانات على النحو التالي:

إذا كان المرسل إليه قد عين نظام معلومات لغرض استلام رسائل البيانات، يقع الاستلام وقت دخول رسالة نظام المعلومات المعين، أو وقت استرجاع المرسل إليه لرسالة البيانات، إذا لم يكن له النظام الذي تم تعينه، وإذا لم يعين المرسل إليه نظام معلومات يقع الاستلام عندما تدخل رسالة البيانات نظام معلومات تابعا للمرسل إليه[1].

3- مكان استلام الرسالة الإلكترونية: ما لم يتفق المرسل والمرسل إليه تعتبر رسالة البيانات قد أرسلت من المكان الذي يقع فيه مقر عمل المرسل وتعتبر قد سلمت في المكان الذي يقع فيه مقر عمل المرسل إليه، ويقصد بمقر العمل هو المقر الرئيسي إذا تعددت مقراته أو إلى محل إقامته إذا لم يكن له مقر عمل[2].

ويمحى أي أثر قانوني إذا وصلت هذه الرسالة مغلوطة أو منقوصة، أو إذا انقطع الاتصال لمدة قصيرة، تكفي لإحداث شك في سلامة الرسالة، وعبء إثبات ذلك على الطرف المستقبل إثبات أن الرسالة وصلت بهذه الطريقة الغير سليمة، وفقا للقواعد العامة للإثبات، فالبينة على من ادعى[3].

4- إقرار المرسل إليه باستلام الرسالة: يجوز للأطراف الاتفاق على أن رسالة البيانات رسالة أصلية، دون الحاجة إلى تعزيزها برسالة أخرى، أما إذا وجد اتفاق بين الطرفين على أن رسالة البيانات مشروطة بتلقي الإقرار باستلام لتلك الرسالة، فيتم التعامل هنا مع رسالة البيانات وكأنها لم ترسل أصلا إلى حين، ورود الإقرار، وإذا لم يرد هذا الأخير في حدود الوقت المناسب والمحدد بعد توجيه إشعار إلى المرسل إليه، فللمرسل أن يعامل رسالة البيانات كأنها لم ترسل أصلا، كما يمكن له التمسك بما له من حقوق أخرى[4].

ويمكن القول في الخلاصة، أن هذه الطريقة في التفاوض على العقود إلكترونيا ليست إلزامية إذ يجوز للأطراف الاتفاق فيما بينهما على التفاوض وإبرام العقد بطرق أخرى، وهذا ما يكون ناجحا ومفيدا للأطراف في العقود الهامة والمركبة ذات الصبغة الدولية.

5- جهة التوثيق الإلكتروني: الثقة والأمان لدى الأطراف في العقد الإلكتروني هما من أهم الأمور التي يتعين توافرها في هذا النوع من التعاقد، نظرا لما تتسم به هذه العقود من عدم الالتقاء الفعلي بين أطراف

1- د/ أيمن مأمون أحمد سليمان، المرجع السابق، ص 95.

2- د/ أيمن مأمون أحمد سليمان، نفس المرجع، ص96

3- د/ أيمن مأمون أحمد سليمان، المرجع نفسه، ص 67 وما بعدها.

4- د/ أيمن مأمون أحمد سليمان، نفس المرجع، ص 101 وما بعدها.

العلاقة، فضلا عن عدم وجود علاقات سابقة بين الأطراف وذلك في معظم العقود، لذا يجب ويستلزم وجود طرف ثالث محايد سواء كان شخصا طبيعيا أو اعتباريا معنويا، حتى يضمن سلامة المحرر الإلكتروني، من الاحتيال والعبث، ويؤمن عملية التوقيع الإلكتروني، وذلك بالتحقق من شخصية المتعاقدين، أو المتفاوضين. وبذلك تكون جهة التوثيق الإلكتروني مسؤولة عن توثيق العقد الإلكتروني، الأمر الذي يجعل الوضع تطبيقا لمهمة الموثق العادي من حيث تحديد الأهلية القانونية في التعامل والتحقق من مضمون التعامل وسلامته، وكذا جديته وبعده عن الغش والاحتيال[1].

الجهة المختصة بالتوثيق الإلكتروني: قد تكون هيئة تنشأ من الدولة لذلك مما يزيد من الثقة بين المتعاملين وهذا بالتصديق على معاملاتهم وهذا بإصدار شهادات إلكترونية، والتي تنتهي بعملية التصديق.

مقدم خدمات التصديق Prestataire de Service de Certification: ويرمز إليه بالمختصر – PSC– ويتدخل بناء على طلب شخصين أو أكثر بهدف إنشاء وحفظ وإثبات الرسائل الإلكترونية وإثبات التوقيع الإلكتروني أو تقديم خدمات أخرى كالحفظ في الأرشيف.

وللقيام بالتصديق من جهة التوثيق، يجب الحصول على ترخيص بذلك من الجهة التي يحددها القانون نظير مقابل مالي تحدده هذه الجهة.

إلزامية إنشاء جهة متخصصة للتوثيق الإلكتروني: ألزم التوجيه الأوروبي دول أعضاء الإتحاد الأوروبي بالترخيص بقيام جهات خاصة تتولى مهام اعتماد التوقيعات الإلكترونية، وذلك عن طريق إصدار شهادات تثبت استفاء التوقيع الإلكتروني للشروط اللازمة يعتد به في الإثبات وارتباطه بالمستند المذيل به مع تأمينه من أي تغيير في مضمونه. ويأخذ التوجيه الأوروبي رقم 93 لسنة 1999 التوثيق الإلكتروني، وأطلق عليه تسمية مقدم خدمات التصديق، وهي نفس التسمية [2] التي جاء بها المشرع الجزائري[3].

دور جهات التوثيق الإلكتروني: يمكن إجمالها فيما يلي:

1– التحقق من هوية الشخص الموقع

2– إثبات مضمون التبادل الإلكتروني

3– تحديد لحظة إبرام العقد بعد الانتهاء من التفاوض

1– أ/ ناجي الزهراء، التجربة التشريعية الجزائية في تنظيم المعاملات الإلكترونية المدنية والتجارية، بحث مقدم في المؤتمر العلمي المغاربي الأول حول المعلوماتية والقانون، المنعقد من 28 إلى 29 /2009/10 بطرابلس ليبيا.

2– د/ نسرين عبد الحميد نبيه، الجانب الإلكتروني للقانون التجاري، منشأة المعارف، الإسكندرية 2008، ص 295.

3– هذا بموجب المرسوم التنفيذي رقم 07– 162.

4- إصدار المفاتيح الإلكترونية للتفاوض على العقود أو لإبرامها[1].

ولممارسة التصديق الإلكتروني، ألزم المشرع الجزائري[2] وجوب الحصول على ترخيص تمنحه سلطة البريد والمواصلات، وهذا الترخيص يكون مرفق بدفتر شروط يحدد حقوق وواجبات مؤدي الخدمات والمستعمل ونشاط مؤدى خدمات التصديق الإلكتروني نشاطا تجاريا يخضع للقيد التجاري طبقا للقانون التجاري، وبذلك تكون مهمة توثيق العقد الإلكتروني من مهمة جهة التوثيق الإلكتروني[3].

الفرع الثاني: أهمية التفاوض على العقد الإلكتروني

قد تتعاظم أهمية التفاوض على بعض العقود، عندما تتعلق بأنشطة ذات قيمة اقتصادية خاصة، لاسيما في العقود التي يكون موضوعها مركب ومعقد، أو تلك التي تتطلب رؤوس أعمال معتبرة، فالأطراف هنا لا بد من أن تتفاوض حول شروط هذا العقد وينشأ عن مفاوضاتهم اتفاقات جزئية وتحضيرية مختلفة الطبيعة والقيمة القانونية الإلزامية[4].

وتبدو أهمية التفاوض الإلكتروني، بشأن كل تفاوض عقدي في مرحلة الإعداد التمهيدي لإبرام العقد من عدة وجوه:

الوجه الأول: فهو يعتبر كوسيلة للتفاهم وتقريب وجهات النظر بين الأطراف المتحاورة.

الوجه الثاني: حتى يقف كل طرف متعاقد على ظروف التعاقد المراد تحقيقه، فيصلوا إلى أفضل البنود والصيغ، والتي تحقق مصلحة كل الأطراف، وتبصرهم مبدئيا بحقوقهم والتزاماتهم.

الوجه الثالث: كذلك هي وسيلة وقائية لتجنب ماعساه أن ينشأ من نزاع في المستقبل أو الحد من دائرته على الأقل، فهذا التفاوض هو الوسيلة الأكثر ملاءمة لإبرام العقد الإلكتروني حيث يكون عقد مبرم عن بعد، وتظهر أهميته أنه يقرب بين أطراف متفاوضة تفصل بينهما مسافات كبيرة والذي يجهل كل طرف

---

1 - د/ أحمد عبد التواب محمد بهجت، إبرام العقد الإلكتروني، المرجع السابق، ص 224.

2- هذا وفق القانون رقم 15- 04 المؤرخ في 2015/02/01، المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين.

- لقد نص قانون العاملات والتجارة الإلكترونية الإماراتي على تعيين مراقب لخدمات التصديق.

- وقانون المبادلات والتجارة الإلكترونية التونسي، فقد تم النص في المادة الثامنة (08) على إنشاء مؤسسة.

- الوكالة الوطنية للمصادقة الإلكترونية - بالدولة.

أما المشرع الجزائري فقد نص في القانون رقم 15- 04 المؤرخ في 2015/02/01، السالف الذكر على الهيئة المذكورة.

3- وفق المرسوم التنفيذي 07- 162 السالف الذكر.

4- أ/ ناجي الزهراء، البحث السابق ذكره.

منهم في هذا النوع من التفاوض، أهلية المتفاوض الآخر وعمره ومركزه المالي كطبيعة خاصة للمتعاقد الآخر عبر الإنترنت[1].

وتظهر أهميته كذلك من خلال تبادل المعلومات بشأن العاقدين ومضمون العقد وضمانات تنفيذه عن البيانات الإلكترونية بشكل تدريجي، لحين الوصول إلى صياغة تفصيلية للإيجاب المكون للجوانب المختلفة للعقد المراد إبرامه[2].

ولا يستثنى من ذلك سوى العقد الإلكتروني الذي يبرم من خلال العقود النموذجية والنمطية الإلكترونية، حيث يتم التعاقد عن طريق برنامج على الموقع الإلكتروني WeB وفقا لشروط عامة لا يجوز مناقشتها، كعقد إذعان وفق ما سبق ذكره[3].

وتظهر أهمية التفاوض الإلكتروني من خلال تحديد ثلاث عناصر أساسية وهي:

العنصر الأول: تحديد الاحتياجات العقدية بوضوح: فكل طرف في التفاوض الإلكتروني عليه أن يرصد أهدافه ورغباته، سواء يحددها بنفسه أو بالاستعانة بخبير، وخاصة عندما يكون العقد المتفاوض عليه من العقود التي تحتاج إلى أدوات وأجهزة وبرامج تلبي حاجاته ورغباته التعاقدية المتنوعة. وهذا ما يعرف في الحياة العملية والاقتصادية وفي الصفقات المختلفة باسم " دراسة الجدوى"[4].

العنصر الثاني: تحديد الشروط العامة للتعاقد عن طريق التفاوض: على ضوء تحديد المتفاوض لاحتياجاته المختلفة خلال مرحلة التفاوض يبدأ في تعيين شروط التعاقد التي يقبلها لإبرام العقد، ممثلة في الالتزامات العامة والخطوط العريضة للعقد الراغب في إبرامه، والتي تأخذ شكل قائمة من الاشتراطات أو كراسة الشروط المحضرة مسبقا، وبذلك يفهم كل طرف في التفاوض نطاق التعاقد ومضمونه من حقوق والتزامات، ولتجنب كل خلاف قد ينشب بين أطراف التفاوض.

العنصر الثالث: اختيار الوسيط الإلكتروني للمتفاوض: بمعنى اختيار مقدم الخدمة الإلكترونية، والذي يعاون المتفاوض على حسن توصيل البيانات الإلكترونية، والتي على أساسها يتم تكوين العقد وتفصيلاته، بالتعبير الإلكتروني يلزم أن يكون واضحا وغير مغلوط وبشكل صحيح وسريع، مع شرح كل الصعوبات

1- أ/ براهمي فايزة، التزامات الأطراف في المرحلة السابقة للتعاقد، المرجع السابق ، ص 02.

2- د/ أحمد عبد التواب محمد بهجت، المرجع السابق، ص 63.

3- د/ محمد حسن منصور، المرجع السابق، ص 45.

4- د/ محمد حسن منصور، نفس المرجع، ص 46.

التي قد تقابل المتفاوض إلكترونيا، ولا شك أن يكون هذا الوسيط المختار حسن السمعة ذو خبرة سابقة وكفاءة كافية[1].

وقد يكون للتفاوض الإلكتروني وإبرام العقد الإلكتروني خاصة في المجال التجاري والأعمال عموما من حيث أن التفاوض وعموما التعاقد الإلكتروني يتميز بثلاث عناصر أساسية، من حيث توسيع مجال النشاط التجاري، ثم حدوث تحول للدعامات الورقية وأخيرا فكرة التدويل للنشاط التجاري وعقود الأعمال[2].

كما تظهر أهمية التفاوض الإلكتروني على عقود الأعمال المختلفة من حيث تقريب المسافات الجغرافية بين أطراف العلاقة، وكذلك ربحا للوقت وتقليصا للنفقات المختلفة خاصة إذا كان التفاوض تقليديا ودوليا بين طرفين من دولتين مختلفتين، وكذا معالجة كل الصعوبات والعقبات التي قد تواجه تنفيذ العقد المراد عقده مستقبلا.

كما تظهر هذه الأهمية عبر هذه الوسيلة الغير ورقية، من حيث الثقة والأمان لدى المتعاملين يأتيان في مقدمة الضمانات التي يتعين توافرها لإزدهار المعاملات الإلكترونية، لأن هذه الأخيرة تم بين أشخاص عن بعد لا يلتقون، وقد لا يعرف بعضهم البعض الآخر، الأمر الذي يستوجب توفير الضمانات الكفيلة بتحديد هوية المتعاملين، وتحديد حقيقة التعامل ومضمونه من خلال التيقن من إرادة الأطراف وصحتها، ونسبتها إلى من صدرت منه، وكذا التأكد من طبيعة التعاقد ومضمونه[3].

ولتحقيق هذا استلزم الأمر وجود طرف ثالث محايد موثوق به يتأكد بطرقه الخاصة من صحة كل ما سبق ذكره بمحاربة الغش والتحايل، وقد يتمثل هذا الطرف الثالث المحايد في أفراد وشركات أو جهات مستقلة محايدة، تقوم بدور الوسيط بين المتعاملين لتوثيق تعاملاتهم الإلكترونية، سميت بجهات أو سلطات التوثيق[4].

1- د/ محمد حسن منصور، المرجع السابق، ص 46.

2- د/ محمد السيد عرفة، التجارة الدولية الإلكترونية عبر الإنترنت، المجلد الأول، الإمارات العربية المتحدة، سنة 2000، ص 06. من خلال بحث مقدم في الفترة من 01 إلى 03 ماي 2000، مقدم في مؤتمر تحت عنوان القانون والكمبيوتر والإنترنت، الذي نظمته كلية الشريعة والقانون بجامعة الإمارات العربية المتحدة.

3- أ/ سليم سعداوي، عقود التجارة الإلكترونية، دار الخلدونية، الجزائر 2008، ص 86.

4- أ/ سليم سعداوي، نفس المرجع ، ص 87.

- لقد تم التطرق لجهات التوثيق في، المبحث الثالث، المطلب الأول الفرع الأول من هذا الفصل الثاني من الباب الأول.

الفرع الثالث: مدى جواز التفاوض الإلكتروني على العقد الشكلي

لقد أثار الفقه الفرنسي وحتى المصري هذا التساؤل حول مدى إمكانية انعقاد العقد الشكلي عبر الإنترنت أي إلكترونيا.

ويمكن رد الآراء المختلفة التي نادى بها الفقه في هذا الصدد إلى أربع آراء يمكن جمعها كالآتي:

فذهب رأي أول إلى أن العقود الشكلية، لا يمكن انعقادها شكليا بالطريق الإلكتروني عبر شبكة الإنترنت مستندا على أن:

1- الشكلية الإلكترونية ممثلة في الكتابة والتوقيع الإلكتروني على دعامة غير ورقية لا يمكن أن يغني عن الكتابة والتوقيع التقليدي الورقي، والتي يطلبها القانون صراحة لانعقاد العقد الشكلي.

2- إن إبرام العقد الإلكتروني ليس إلا شكلية إثبات لا شكلية انعقاد، حتى لا يكون ركنا لا ينعقد العقد إلا به، ولكن وسيلة لإثبات العقد فقط[1].

في حين ذهب رأي آخر في الفقه على عكس ذلك إلى جواز إبرام العقود الشكلية عبر الإنترنت عن طريق العقود الإلكترونية مستندا بدوره على

1- أن نص المادة 1316 مدني فرنسي السالفة الذكر، جاءت بصياغة عامة بشأن استلزام الكتابة في إبرام العقد الشكلي، دون تفرقة صريحة بين الكتابة الورقية والكتابة الإلكترونية، مما يجوز في نظره إبرام العقود الشكلية بالكتابة الإلكترونية، شأن الكتابة الغير إلكترونية سواء بسواء، باعتبار أن النص يؤخذ على عموميته طالما لم يخصص نص يصرفه عن عموميته الواردة به.

2- وأن التوجيه الأوروبي رقم 31 لسنة 2000، بشأن التجارة الإلكترونية قد منع على تشريعات الدول الأعضاء من وضع عراقيل أو عقبات تحول دون الاعتراف بالعقد الإلكتروني بل حثهم على إقرار التصرفات المبرمة إلكترونيا[2].

كما أنه لا يجب أن نغفل على أن الموثق ألإلكتروني ليس مؤداه بسط شكلية الانعقاد، وهو ليس موظفا عاما من شأنه أن يهدر كل قيمة شكلية يعتد بها القانون بشأن إبرام العقود الشكلية إلكترونيا.

1- هذا ما نصت عليه المادة 01/1316 على أن ذلك ليس شكلية إثبات لا شكلية انعقاد. من ق. م. ف.

2- د/ أحمد عبد التواب محمد بهجت، المرجع السابق، ص 79 وما قبلها.

وهذا ما يستدعي المشرع إلى تعديل قانون الشهر والتوثيق الجزائري، بأن يجوز أن يكون الموثق العقدي الإلكتروني موظفا عاما كما في فرنسا، الذي نص صراحة على جواز إبرام العقود الشكلية إلكترونيا ولكن بنص صريح من المشرع كما فعل ذلك المشرع الفرنسي[1].

وهذا كما يجب على المشرع المدني الجزائري أن يدرج تعديلا في القانون المدني ليفصل في هذا الموضوع بالشكل الذي ذكرناه سابقا في هذا الموضوع الخاص بإبرام العقود الشكلية إلكترونيا وتحديد بنص صريح في حجية الإثبات فيما هل هي خاصة بانعقاد هذا العقد أم بإثباته، كما فعل ذلك المشرع الفرنسي بنص صريح، حين دعم هذه الشكلية الإلكترونية المشكوك في قوتها القانونية بالنظر للشكلية التقليدية الورقية، بشكلية أخرى غير متنازع في قيمتها القانونية، وتؤكد الشكلية والكتابة الإلكترونية، وهذا عن طريق إرسال المستندات الورقية الدالة على صدق المستندات الإلكترونية مع إخطار المتعاقد الإلكتروني من جانب الموثق العقدي التقليدي أو موظف الشهر العقاري بخطورة التصرف الشكلي ومضمونه بخطاب مسجل مصحوب بعلم الوصول.

إذا الشكلية أو الكتابة الإلكترونية هي أضعف وأوهن من أن تكون شكلية مقبولة قانونا أو تحظى بالثقة من المشرع لانعقاد العقود الشكلية إلكترونيا، إلا وفق نص صريح في القانون ووفقا لما يشترطه لتدعيم هذه الشكلية الإلكترونية الظنية بأسلوب أو بإجراءات معينة وبشكلية ورقية مدعمة لها[2].

وبتعديل القانون المدني الجزائري، انتقل المشرع إلى الإثبات في النظام الإلكتروني حيث أصبح للإثبات في هذا النظام مكانة، ضمن قواعد الإثبات في القانون المدني الجزائري[3]. ومنه تعتبر الكتابة بالشكل الإلكتروني كالإثبات بالكتابة على الورقة، بشرط إمكانية التأكد من هوية الشخص الذي أصدرها، ومحفوظة في ظروف تضمن سلامتها[4].

وبهذا يكون المشرع الجزائري قد ساوى بين الكتابة الإلكترونية والكتابة العادية من حيث حجية الإثبات، إلا أن هناك بعض التصرفات الهامة من الأفضل أن تبرم في الشكل التقليدي دون الإلكتروني مثل الرهن، وعقد الشركة، والعقود الواردة على العقار وبعض التصرفات الشخصية مثل الزواج والوصية، غير أن المشرع الجزائري لم يتعرض للنظام القانوني الذي يحكم العقد الإلكتروني ولم يعرفه[5].

1- في التشريع الفرنسي رقم 575 الصادر في 21 جويلية 2004، الخاص بالمعاملات الإلكترونية.

2- د/ أحمد عبد التواب محمد بهجت، المرجع السابق ، ص 82 وما قبلها

3- وفق نص المادة 323 مكرر من . ق. م. ج.

4- وفق نص المادة 323 مكرر 1 من . ق. م. ج.

5- أ/ ناجي الزهراء، البحث السابق.

فيكون عدم إجازة إبرام العقد الشكلي إلكترونيا مناقضا لأحكام التوجيه الأوروبي السابق ذكره بمؤداه جواز التصرفات الشكلية إلكترونيا، شأنها في ذلك شأن كل كتابة تقليدية على دعامة ورقية.

في حين ذهب رأي ثالث قد أثر ضمنيا مبدأ شكلية الانعقاد في العقود الإلكترونية والاعتداد بالكتابة الإلكترونية المكونة للشكلية الإلكترونية كركن في انعقاد العقود الرسمية المبرمة على دعامة غير ورقية افتراضية[1]، وهذا ما ذهب إليه المشرع المصري[2]، وهذا كلما توفرت في الشكلية الإلكترونية الشروط التي استلزمتها قواعد القانون المصري السابق ذكره، والذي نص صراحة على أنه للكتابة الإلكترونية والمحررات الإلكترونية في نطاق المعاملات المدنية والتجارية والإدارية ذات الحجية المقررة للكتابة والمحررات الرسمية والورقية ...الخ[3].

وهذا خاصة بعدما ظهرت مهنة موثق العقد في مجال التعاقدات الإلكترونية كوسيط محايد وموثوق به، والذي تتحدد وظيفته في إثبات مضمون المستندات والعقود الإلكترونية وتوثيقها شأن الموثق التقليدي سواء بسواء[4].

وهذا ما أكده التوجيه الأوروبي بشأن وظيفة مقدم خدمة التوثيق للتوقيع الإلكتروني الوارد في المستندات العقدية، والذي أصبح يمارس نفس دور الموثق العقدي في مصر وفرنسا.

نلاحظ مما سبق أن هناك خلط بين شكلية الإثبات وشكلية الانعقاد حين تم الاعتراف بالكتابة الإلكترونية التي لها نفس الإثبات في المحررات الرسمية والعرفية.

بينما نلاحظ أن المشرع المصري في القانون السالف الذكر في المادة 15 منه، لم يقر بالشكلية والكتابة الإلكترونية سوى أن لها فقط الحجية في الإثبات ليس أكثر، لا شكلية انعقاد لا ينعقد العقد بها.

ومن خلال ما سبق يجب أن لا نغفل أن عمل الموثق الإلكتروني ليس مؤداه، كما رأينا سابقا بأنه يثبت شكلية الانعقاد على التوقيع الإلكتروني، ولكن هو فقط التحقق من نسبته إلى صاحبه المتعاقد الإلكتروني للتثبت من هويته ومركزه العقدي وأهليته ليس أكثر، وهو ما ذهب إليه عموم الفقه في هذه الصدد كما سبق ذكر ذلك.

1- د/خالد إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، دار الفكر القانوني، مصر 2006، ص 151.

2- قانون مصري رقم 15 لسنة 2004 الخاص بالتوقيع الإلكتروني.

3- هذا ما نصت عليه المادة 15 من القانون السالف الذكر رقم 2004/15 الخاص بالتوقيع الإلكتروني المصري.

4- J. Ghestin, La formation du contat, op cit, p 391 et s.

المطلب الثاني: الدعوة إلى التفاوض عبر الإنترنت

يقصد به العرض الذي يتقدم به أحد الأشخاص للتعاقد دون أن يحدد عناصر العقد وشروطه، كأن يضع إعلانا للجمهور يعرض فيه السلعة من غير تحديد سعرها أو نوعها أو مواصفاتها[1]، وأهم ما يميز مرحلة التفاوض هو عنصر الاحتمال، بمعنى أنه من الغير المؤكد بالنسبة لطرفي التعاقد أن يسفر الاتفاق سواء بالبيع أو الشراء أو بالتعاقد عموما، لذلك فإن هذه الطريقة في العرض هي بمثابة دعوة إلى التفاوض حول هذه الشروط سواء كانت جوهرية أو حتى تفصيلية.

وقد تكون هذه الدعوى بالأسلوب التقليدي المعروف، أو عن طريق الإنترنت ومن خلال الدعوة إلى التفاوض يسعى كل متعاقد إلى التعرف على الشخص الآخر الذي قد يصل في نهاية التفاوض إلى أن يتعاقد معه.

ثم يتم التحديد في هذه المرحلة مقومات العقد المنشود بينهما بإيجاب محدد ينعقد العقد بقبوله من الطرف الآخر.

ومن خلال ذلك سندرس هذا الموضوع في هذا المطلب من خلال ثلاث فروع الأول منها تحت عنوان الدعوة إلى التفاوض والدعوة إلى التعاقد الإلكتروني، أما الفرع الثاني نعالج فيه الدعوة إلى التفاوض الإلكتروني والدعوة إلى التفاوض التقليدي، أما الفرع الثالث فهو تحت عنوان التحديات القانونية التي تواجه التفاوض الإلكتروني وذلك على النحو التالي:

الفرع الأول: الدعوة إلى التفاوض الإلكتروني والدعوة إلى التعاقد الإلكتروني

لقد بينت اتفاقية فينا بشأن البيع الدولي للبضائع لعام 1980 أنه يستلزم في الإيجاب أن يكون موجها لشخص أو مجموعة من الأشخاص، واعتبرت أن العرض الذي يخلو من تحديد الشخص أو الأشخاص الموجه إليهم بمثابة دعوة إلى التفاوض، ما لم يتضح أن إرادة الأطراف اتجهت إلى خلاف ذلك[2].

ويصعب التمييز في الإعلانات عبر الشبكة بين ما إذا كان هذا الإعلان إيجابا بالمعنى القانوني للكلمة، أو مجرد دعوة إلى التعاقد أو التفاوض، وهو ما يثير التساؤل حول معيار الإيجاب الإلكتروني والتفاوض بحيث يذهب الفقه إلى أن العرض الموجه للجمهور لا يعد إيجابا، وإنما دعوة للتفاوض، إن كان

1- السنهوري، الوسيط، ج1، المرجع السابق، ص 261.

2- د/ محمد شفيق، اتفاقية فينا بشأن البيع الدولي، د. ن. ع، القاهرة، مصر، 1988، ص 91.

لا يتضمن الشروط الجوهرية للتعاقد، كما ذهب جانب من الفقه إلى أن الفرق بينهما هو فرق وظيفي من خلال وظيفة كل من الإيجاب والتفاوض[1].

إن الفرق بين الدعوة إلى التفاوض والإيجاب بالعقد هو فرق وظيفي، فوظيفة الدعوة إلى التفاوض هي مجرد الإعلان من صاحبها عن مجرد رغبة في التفاوض بقصد اكتشاف من تكون لديه رغبة مقابلة في مناقشة تفاصيل العقد المنشود والتعرف على الطرف الآخر، أو يهدف استدراج من وجهت إليه الدعوة إلى تقديم عرض ثم التفاوض بين الطرفين حول كل شروط وبنود العقد المراد والمحتمل إبرامه في المستقبل. أما الإيجاب فوظيفته صياغة مشروع محدد المعالم قابل إلى أن يتحول إلى إبرام عقد بمجرد إعلان من يوجه إليه عن قبوله له ، والتعبير عن الإرادة لا يعتبر إيجابا إلا إذا كان مستجمعا للمقومات التي تؤهله لأداء هذه الوظيفة، وهو ما يتطلب أن يتضمن إرادة باتة لأنه يحوي كافة العناصر التي لا يتصور قيام العقد بدونها.

لذا فإن مرحلة المفاوضات عن طريق الجهاز الإلكتروني لها أهمية بما تتضمنه من تحديد للتعاقد المنشود، وكيفية تنفيذه وجزاء الإخلال اللاحق ببنود التفاوض السابق تحديدها، وهل هناك مسؤولية على ذلك؟[2]

وإن كان هناك وجه للتفرقة بين الدعوة إلى التفاوض، والدعوة إلى التعاقد فالأولى تفضي إلى حدوث تفاوض على العقد، أما الثانية فلا تسمح للطرفين بفتح باب التفاوض بينهما، وإنما هي مرحلة لاحقة ألا وهي مرحلة إبرام العقد، أي تبادل الإيجاب والقبول النهائيين الذي ينعقد به العقد ، ومن ثم فلن يكون هناك تفاوض على العقد إلا عندما توجه دعوة إلى التفاوض أي إيجاب بالتفاوض، يتم قبولها من الطرف الآخر، من خلال سلسلة متواصلة ومتبادلة من التعبير عن الإرادة من قبل طرفيها، يحاول كل منهما من خلالها اقتراح صياغة لعناصر العرض المختلفة تكون ضامنة لمصالحهما المشتركة، وتكون في الوقت نفسه مقبولة من الطرف الآخر[3].

وتتم الدعوة إلى التعاقد بأن أحد الأطراف بشكل افتراضي يدعو الطرف الآخر إلى التعاقد معه على العقد، ويحاول قدر الإمكان أن يغريه ويجذبه إلى منتجاته وخدماته الرقمية وغير الرقمية بمختلف

1- أ/ لزهر بن سعيد، النظام القانوني لعقود التجارة الإلكترونية، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر 2012، ص 77 وما بعدها.

2- د/ سمير عبد السميع الأودن ، العقد الإلكتروني، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر 2005، ص 36 وما بعدها.

3- د/ رجب كريم عبد اللاه، المرجع السابق، ص 107 وما بعدها.

الطرق والوسائل، فهو تارة يبعث برسائل عبر البريد الإلكتروني عارضا فيها مثلا أسعار منافسه وعروضا خاصة، وأحيانا يرسل إعلانات عن طريق المجموعات الإخبارية، أو يعرض سلعة أو خدمة مباشرة على الموقع التجاري يلفت انتباه المستخدم، وهذا نلاحظه بشكل يومي ومستمر في مختلف المواقع التي نزورها من خلال شبكة الإنترنت، وقد يضمن موقعه بلوحات يستطيع الزبون من خلالها مشاهدة السلع أو الخدمات وتحديد الأوصاف والشروط المختلفة مما يدفع الطرف المقابل إلى التعاقد[1].

الفرع الثاني: الدعوة إلى التفاوض الإلكتروني والدعوة إلى التفاوض التقليدي

إن الدعوة إلى التفاوض عبر الإنترنت، يتضمن عرض السلع والخدمات والأعمال المختلفة عن طريق الإنترنت فعندما يحدد ثمن هذه الأمور فإنه يعد إيجابا شأنه في ذلك شأن عرض البضائع على واجهات المحلات التجارية والخدمات المختلفة على واجهات مكاتب الخدمات والأعمال مع بيان أثمانها، ففي كلتا الحالتين يتحقق للزبون رؤية الشيء المبيع أو الخدمة المطلوبة منه عن طريق شاشة الحاسب الإلكتروني ، فعند تحقق التطابق بين الإرادتين فما على الزبون إلا التعبير عن الإرادة المكونة للإيجاب الذي يتضمن تعيين العناصر الجوهرية للعقد المراد إبرامه تعينا كافيا، حتى يمكن أن تلحق بها الإرادة المكونة للقبول بعد ذلك، وهذه العناصر هي بحسب الأصل هي العناصر الموضوعية التي تحدد ماهية العقد، وتميزه عن غيره من العقود والتي لا يتصور وجود العقد بدونها[2].

وكل تعبير عن الرغبة في التعاقد لا يتضمن تحديدا لهذه العناصر لا يعتبر إيجابا، وإنما ودون كثير عناء في البحث والتأكد، عبارة عن دعوة إلى التفاوض حول هذه العناصر الموضوعية سواء كانت جوهرية أو تفصيلية التي تسبق الإيجاب النهائي والتعبير عن الإرادة يعد إيجابا ولو لم يتضمن كافة الشروط التفصيلية واكتفى فقط بتحديد عناصره الجوهرية المحددة لماهيته وموضوعه بشكل كاف وواضح ، فلا ريب أن عدم تحديد سعر البضائع والخدمات والأعمال واحتفاظ صاحب الموقع على شبكة الإنترنت لنفسه بتعديل العرض أو رفضه دون إبداء سبب لذلك يعد هنا فقط دعوة إلى التفاوض وليس إيجابا، لذا كان من الأفضل أن يظل الإعلان عن الطريق الإلكتروني مجرد دعوة للتفاوض ليس إلا، وعلى أساسها وشيئا فشيئا يتم تحديد مختلف بنود وشروط ومواد الإيجاب النهائي، وهذا إما يتيح لصاحب الموقع المزود أو المنتج أو رجل الأعمال بأن يقبل أو يرفض التفاوض ابتداء دون أن يتحمل مسؤولية التراجع عن

1- سمير عبد السميع الأودن، المرجع السابق، ص 38.

2- فهو ما عبرت عنه اتفاقية فينا للبيع الدولي للبضائع في مادتها 01/14 بقولها:" يعتبر العرض محددا تحديدا كافيا عندما يحدد البضائع، ويحدد صراحة أو ضمنا الثمن أو يقدم إيضاحات تمكن من تحديده".

المفاوضة إذ قطعت أشواطا هامة من تبادل للاقتراحات والمساومات والدراسات والتقارير الفنية والاستشارات القانونية في مناقشة الاقتراحات المطروحة للوصول إلى أفضل النتائج التي تحقق مصالحهما ومعرفة الحقوق و الالتزامات التي يسفر عنها كل ذلك[1]، وهذا ابتداء بعد التأكد من الشخص الآخر المفاوض له فقد يكون قاصرا أو فاقد للأهلية، أو موجود في بلد لا يريد التعاقد معه ابتداء لأسباب كثيرة[2].

وبناء على ذلك فإن أهمية التمييز بين الإيجاب بالعقد والدعوة إلى التفاوض تكمن من الناحية العملية في أن الإيجاب متى اقترن بقبول الإيجاب انعقد العقد، في حين لا يترتب ذلك الأثر في الدعوة إلى التفاوض، ويجوز العدول عنها دون ترتيب أي أثر قانوني إلا إذا اعتبر العدول خطأ تقصيريا يستوجب التعويض، ولا يوجد ما يمنع أن توجد الدعوة إلى التعاقد منذ البداية اقتراحا مشتملا على بيان كل عناصر العقد، عندئذ يعد إيجابا بالمعنى الصحيح إذا صادف قبولا تم العقد دون مفاوضة[3].

ومن الصور الحديثة للإيجاب أو حتى الدعوة التفاوض حول عقد ما، من خلال الدعوة إلى التفاوض الموجهة إلى الجمهور عبر التلفزيون من خلال مختلف العروض في مختلف الميادين المصورة المقرونه بمختلف البيانات حسب الحالة، مع بيان رقم التلفون والموقع الإلكتروني عبر شبكة الإنترنت للتعبير عن القبول أو للدخول في مرحلة التفاوض على نحو تتحقق معه المصالح والأهداف بمجرد الاتصال إما بإبرام العقد أو الاتفاق على الدخول في مرحلة التفاوض حول مختلف الشروط العقدية، والأخيرة يمكن أن نصادفها في بعض العقود ذات الأهمية الاقتصادية الكبيرة، فيسبق إبرام العقد النهائي مرحلة هامة تمهيدية فيدخل الطرفين في مفاوضات حول شروط العقد، فيكون التمييز بين الإيجاب الملزم والدعوة إلى التفاوض، هو توافر النية القاطعة في الارتباط بالعرض أو انتفائه. كل ذلك ينطبق على العرض عبر الإنترنت، ولا يعد العرض الذي يوجه إلى شخص أو الأشخاص غير معينين إلا دعوة إلى التفاوض ما لم يكن الشخص الذي صدر عنه الإيجاب قد أبان بوضوح عن اتجاه قصده إلى خلاف ذلك[4].

وقد يحدث أن يقترن الإيجاب بتحفظات يمكن أن تكون مبينة على وجه الدقة، فيبين مثلا التاجر أن إيجابه محدود بكمية معينة من السلع، فهذا لا يؤثر في القيمة القانونية للإيجاب الفعال في الحدود التي يرسمها فاعليه، ويمكن أن تكون هذه التحفظات عامة، فيتحفظ مقدم الإيجاب على إمكانية تعديل عرضه أو

1- د/ سعد حسين عبد ملحم، التفاوض في العقود عبر شبكة الإنترنت بين القواعد العامة في نظرية الالتزام والضرورات العلمية، جامعة النهرين، ط1، 2004، ص 09.

2- د/ سمير عبد السميع الأودن، المرجع السابق، ص 40 وما قبلها.

3- J. Schmidt, op cit, P 71.

4- هذا ما نصت عليه المادة 01/14 من اتفاقية فيينا لبيع البضائع الدولي.

رفض إبرام العقد بدون أن تكون له دوافع لذلك فليس المقصود في هذه الحالة الأخيرة إلى مجرد دعوة إلى المفاوضة دون اتفاق ملزم أو مبدئي حولها[1].

وفي إحدى القضايا رأت الغرفة التجارية في محكمة النقض الفرنسية أن كتاب شركة "فولكس واجن" إلى الشركة صاحبة الامتياز التي تعلمها فيه عن نيتها في أن تعرض عليها عقدا جديدا لسنة 1976، مع التحفظ بالتعهد بالتوقف اعتبارا من شهر يناير عن تمثيل العلامة "BMW" يشكل فقط إيجابا مشروطا، وهذا الشرط لم تتم الموافقة عليه ، فهذا الكتاب أو تلك الرسالة لم يكن بالإمكان التذرع به من قبل المرسل إليه، لأن هناك بالتأكيد إيجاب صحيح، غير أن هذا الإيجاب لم يقترن بقبول ، وفي بعض الأعراف المهنية يكون فيها للتحفظ بالموافقة سواء صراحة أو ضمنا لبعض العقود خاصة ذات الأهمية الاقتصادية البالغة في مجال الأعمال، فهنا يكون للإيجاب فعاليته القانونية، إذا كان تنفيذه متوقف على إجراء معين وهو التحفظ بالموافقة على هذا الإجراء وقد جرت العادة عرفا على الإجراء التحفظي المتمثل في موافقة المختصين، كما قد يكون للقابل كذلك تحفظا معينا كأن يشترط التوقيع على العقد النهائي من طرف مدير المؤسسة مثلا لكي يكون العقد نهائيا هنا إيجاب الطرف الأول يكون مجرد دعوة إلى الدخول في تفاوض، يكون للقابل الرجوع عن إيجابه في أي مرحلة من مراحل التفاوض على العقد[2].

ومن هنا يتضح أن وجود الشرط والتحفظ المناقض من شأنه أن ينزل بالتعبير عن الإرادة من منزلة الإيجاب بالعقد إلى منزلة الدعوة إلى التفاوض.

وعلى هذا النحو فإن الإعلان الموجه من إحدى الشركات لا يعدو أن يكون الا دعوة للجمهور إلى التعاقد مع الموزعين على الشراء وليس إيجابا منها بالبيع، ويكون من الشركة دعوة إلى التفاوض حول شروط هذا العقد، وبالتالي فإن الإيجاب هو العرض الذي يعبر عنه الشخص الصادر منه على وجه جازم، عن إرادته في إبرام عقد معين، بحيث ما إذا اقترن به قبول مطابق له انعقد العقد، ولا يعتبر التعاقد تاما وملزما إلا بتوفير الدليل على تلاقي إرادة المتعاقدين على قيام هذا الالتزام ونفاذه[3].ومن خلال ذلك فإن الالتزام الإيجاب بتحفظات وشروط معينة، فإنه لا يعدو أن يكون في كثير من الحالات إلا دعوة إلى

1- د/ محمد حسين عبد العال، التنظيم الاتفاقي للمفاوضات العقدية، المرجع السابق، ص 46.

2- د/ سمير عبد السميع الأودن، المرجع السابق، ص 43.

3- J. Ghestin, La formation du contat, op cit, p 295 et s.

التفاوض حول هذه الشروط والتي تجر الطرفين إلى التفاوض على شروط أخرى ذات العلاقة وفي الأخير لا يتم التعاقد النهائي إلا بعد التصديق على الإيجاب النهائي من طرف صاحب الصفة فيه[1].

لذا فإن هذه المرحلة تعد مرحلة من مرحل المفاوضات يمكن لكل طرف العدول عنها إذا لم يكن هذا الأخير تعسفيا الذي يتكفل بإثباته الطرف المتضرر منه، إذ اقترن خطأ يتحقق مع المسؤولية من قطع المفاوضات ويثبت أن الطرف الآخر لم يكن جادا عند الدخول فيها، أو أنه لم يخطره بالعدول في الوقت المناسب، وأثبت أنه قد فاتته صفقة رابحة[2].

الفرع الثالث: التحديات القانونية التي تواجه التفاوض الإلكتروني

إن هذا العالم الافتراضي يفرض على أي طرف مفاوض يرغب في الدخول في علاقة تفاوضية مواجهة مختلف التحديات التي يفرضها هذا العالم ومن بينها:

1- التحقق من الموقع الإلكتروني: توصف عقود الإنترنت في وصفها القانوني أنها تتم بين غائبين، أو ما يعرف بالتعاقد عن بعد، فلا يسمح الحال بالاجتماع في مجلس عقد واحد، والغالب فيها أن الأطراف لا يرون بعضهم البعض، كما قد يكون أحدهم طرفا غير جاد في العملية التفاوضية، وقد يكون موقع التفاوض هذا مجرد موقع وهمي، الهدف منه النصب والاحتيال ، ولتفادي ذلك لجأت التشريعات الحديثة إلى استحداث ما يسمى بجهات التوثيق والتصديق الإلكتروني، والتي تكفل عملية تعقب وكشف هوية الموقع الإلكتروني إضافة إلى تسجيل وتخزين وإثبات المعاملة الإلكترونية المبرمة بين الأطراف، وإذا تبين أن أحد المواقع لا يؤمن من جانبه تقوم بتحذير الزبون وإخطاره بمصداقية الموقع، وتصدر هذه الجهات شهادات إلكترونية وشهادات خدمات[3].

2- مطابقة المعلومات لحقيقة حاملها: لا تقتصر مهام سلطات التوثيق في المصادقة على المعلومات الإلكترونية، وإنما تتعداها إلى التمعن في مطابقة المعلومات لحقيقة حاملها، كبيانات مصداقية الموقع، والشخص الموقع، وبيان صلاحية كل واحد من أطراف العلاقة، بالإضافة إلى تقديم شهادات محمية أو شهادة مستخدم، تكون هي بطاقة هويتهما.

3- تحديد هوية الشخص المتعاقد: لا ينعقد العقد الإلكتروني صحيحا ما لم يتم تحديد أطرافه تحديدا وافيا، خصوصا اسم وهوية الشخص المتعاقد، وأهليته القانونية، لأنه قد يبحر على الإنترنت أشخاص قاصرون

1- د/ سمير عبد السميع الأودن، المرجع السابق، ص 44.

2- د/ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج 01، المرجع السابق، ص 280..

3- د/ أحمد عبد التواب محمد بهجت، إبرام العقد الإلكتروني، المرجع السابق، ص 68.

أو فاقدوا الأهلية كلها، أو بعضها فهي ممنوحة حكما من إجراء التصرفات القانونية، لهذا السبب فتعيين وصفي لطرفي العلاقة اللذين يكونان غائبين ماديا عن مجلس العقد، أو وقت تحمل الالتزامات[1]، فكيف يمكن نسبة العقد لأطراف لم يسبق لهما وأن تعاملا من قبل؟وكيف يمكن إبعاد القصر وعديمي الأهلية من التعامل عبر الإنترنت؟

وفي المعاملات التقليدية، توجد العديد من العوامل والطرق التي تم التحقق من خلالها من شخص الطرف الثاني كالمعرفة الشخصية والمادية للأطراف، أما في العقود الإلكترونية فنجد الإجابة في الوسائل التقنية الحديثة، التي تحيلنا على التوقيع الإلكتروني وسلطة التصديق، إضافة إلى ذلك عملية التشفير (الترميز) الإلكتروني التي تحصن مصدر الإيجاب والقبول على الشبكات دون تعديل خارجي لموضوع التفاوض أو العقد في حد ذاته ، فهي تحدد الشخص مرسل الإيجاب وتؤكد علة الشخص المتلقي له، وتقيم الدليل في حال نشوب نزاع بين ذوي الشأن فإن هذه التقنيات نادرة الاختراق أو التعديل، وتعطي ضمانات أوسع من تلك التي على الورق خصوصا في نسبة المحرر لصاحبه وينبغي بالقول بصحة الإرادة ابتداء بثبوت نسبتها إلى صاحبها، فصحت الإرادة تتحقق بتمتع من صدرت عنه بالأهلية وخلو هذه الإرادة من العيوب وهو ما يتطلب تحديد صاحبها[2].

وفي شبكة الإنترنت يمكن التلاعب بالرسائل الإلكترونية المرسلة عبرها بتحريفها أو انتحال الشخصية، وقد وضع القانون النموذجي (الأونسيترال) وفقا لقواعد تنظيم العلاقة بين منشئ الرسالة الإلكترونية وبين متلقيها فالرسالة الإلكترونية لا تعد صادرة عن المنشئ في الحالة التي يصدرها بنفسه فقط، وإنما تعد هذه الرسالة صادرة عنه أيضا إذا أرسلت من شخص له صلاحية التصرف نيابة عن المنشئ، أو صدرت من نظام معلومات مؤتمن ومبرمج للعمل تلقائيا من قبل المنشئ أو نيابة عنه، أما المرسل إليه يستطيع الاعتماد على الرسالة ويتصرف على أساس أنها صدرت من المنشئ في حالات تتمثل في الآتي[3]:

1– إذا كان هناك إجراء متفق عليه بينهما كاستخدام رمزو فطبقها المرسل بشكل سليم.

2– إذا كان المنشئ توقيعا خاصا به إلكترونيا.

1– د/ أحمد عبد التواب محمد بهجت، إبرام العقد الإلكتروني، د. ن. ع، القاهرة، مصر 2009، ص 41 وما بعدها.

2– القانون الأونسيترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية، الصادر بقرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم 162/51، المؤرخ في 16 ديسمبر 1996، المادة 07 وما بعدها.

– معهد صبرة للتدريب القانوني، دبي الإمارات العربية المتحدة، فرع القاهرة، شارع الليبي، الهرم، الجيزة، مصر، محملة على الموقع الإلكتروني، التفاوض الإلكتروني: www. Sabra. IT. Com

3– القانون الأونسيترال النموذجي، المرجع السالف الذكر.

ويلاحظ في هذه الحالة أن القانون النموذجي الأونسيترال يحمل المنشئ نتيجة إهماله، فيعد الرسالة منسوبة إليه فلا يستطيع الطعن فيها، ذلك أنه لم يحافظ على الوسيلة التي يعتمدها لإثبات نسبة الرسائل إليه مما مكن الغير من الاستلاء عليها.

غير أنه يمكن الطعن فيها في حالات: منها أنه سيعلم المنشئ بالأمر برسالة جديدة توفر الوقت المناسب، أو إذا علم المرسل إليه أو كان يجب أن يعلم أن الرسالة لم تصدر من المنشئ اعتمادا على عادات وتصرفات محددة مسبقا بينهما ولكنها تغيرت في هذه الرسالة.

4- تحديد الأهلية في العقد الإلكتروني: وفي حقيقة الأمر صعب التحقق منه، وقد يكون الموقع الإلكتروني وهميا فمن الصعوبة التحقق منه ، وهذا ما دفع بعض المختصين في هذا المجال إلى تقديم بعض الحلول والاقتراحات لتلافي هذا العيب، ومنها اللجوء إلى سلطات الإشهار، التي هي عبارة عن طرف ثالث محايد موثوق فيه من كلا الطرفين، بينما يرى البعض الآخر من الفقهاء المختصين أن الحل هو اعتماد نظام قانوني يقيد التحقق من شخصية أطراف التفاوض أو العقد الإلكتروني عن طريق أي وسيلة تؤدي إلى التحقق من الشخصية، ويلاحظ أن تقنين الاستهلاك الفرنسي في المادة 12/18 من التوجيه الأوروبي الصادر في 20 ماي 1997، قرر أنه بالنسبة لكل عرض لبيع منتج أو خدمة عن بعد، على المورد أن يضمن عرضه ببيانات تتعلق بتحديد شخصيته، كما ألزم المستهلك بذلك[1]، إلى جانب البيانات الشخصية حتى ينعقد العقد صحيحا بها، و للتأكد من أهلية كل طرف بأي وسيلة وطريقة كانت[2].

وتنص المادة 11 من قانتون التجارة الإلكترونية (الأونسيترال) على أنه في سياق تكوين العقود وما لم يتفق الطرفان على خلاف ذلك، يجوز استخدام رسائل البيانات للتعبير عن العرض وقبوله ، ولا يفقد العقد صحته عند ذلك، أو قابليته للتنفيذ لمجرد استخدام رسالة بيانات، وخاصة أن المشرع يعترف بالكيان القانوني لأجهزة الكمبيوتر كشخصية قانونية اعتبارية.

والرأي الثاني يرى أن هذه البرامج لا تعدو كونها وسيلة اتصال، فما يصدر عنها يعد صادرا عن الشخص الذي يسيطر عليها فهو الذي قام بإبرام العقد وليس الجهاز في حد ذاته فهو وسيلة يقتصر دورها على نقل الإرادة من متعاقد أو مفاوض إلى آخر[3].

1- مثل اسم المنشأة وعنوانها وبريدها الإلكتروني.

2- د/ سيمر عبد السميع الأدون، المرجع السابق، ص 29.

- د/ بشار طلال أحمد، مشكلات التعاقد عبر الإنترنت، رسالة دكتوراه، جامعة المنصورة، عام 2003، ص 37.

3- د/ أحمد عبد التواب بهجت، إبرام العقد الإلكتروني المرجع السابق، ص 84 وما بعدها.

أما الإيجاب في العقد الإلكتروني فقد عرفه التوجه الأوروبي الصادر في 1997/05/20 بأنه « كل اتصال عن بعد يتضمن كافة العناصر اللازمة لتمكين المرسل إليه أن يقبل التعاقد مباشرة، ويستبعد من هذا النطاق مجرد الإعلان – فالتعبير في العقد أو التفاوض الإلكتروني يتجسد في وسائل الاتصال الحديثة عن طريق الكمبيوتر على شاشته مباشرة أو عن طريق البريد الإلكتروني أو عن طريق موقع إنترنت أو عن طريق المحادثة »[1].

المطلب الثالث: التفاوض الإلكتروني

لقد نصت كثير من التقنيات المدنية على مبدأ انعقاد العقد بمجرد الاتفاق على عناصره الجوهرية، ما دام أن الأطراف قد احتفظا بغيرها من المسائل الثانوية لاتفاق لاحق ولم يعلقا انعقاد العقد على التوصل إلى هذا الاتفاق، على نحو يكشف عن إمكان تكون العقد من اتفاقات متلاحقة في الزمن، وهو مبدأ يمكن تطبيقه كذلك في التفاوض الإلكتروني، بحيث يمكن تكوين العقد الإلكتروني من اتفاقات متلاحقة عن طريق التفاوض على كل اتفاق على حدى عن طريق خطابات النوايا الإلكترونية المتبادلة بين الأطراف عن طريق رسائل البريد الإلكتروني إذا نص فيها أطرفها على أنها ملزمة.

وقد تتم المفاوضات عادة شفاهة عن طريق الاتصال المباشر، وقد تتم عن طريق تبادل البيانات إلكترونيا عبر البريد الإلكتروني، والتي أخذت في الانتشار وخاصة في إطار التعامل التجاري الدولي.

المفاوضات الإلكترونية أصبحت ذات أهمية بالغة في العقود الإلكترونية وخاصة في العقود طويلة الأجل ذات الاستثمارات المالية الكبيرة والعقود المركبة، حيث يستغرق التفاوض على هذه العقود فترات زمنية طويلة مما يجعل ما تم الاتفاق عليه في مرحلة التفاوض مرتبط ارتباطا كبيرا بالعقد النهائي.

لذلك فإن المفاوضات الإلكترونية عبر شبكات الاتصال يجب أن يكون لها اعتبارات قانونية خاصة، حيث يذهب البعض إلى وجوب التأكيد على أنها جزء لا يتجزأ من العقد النهائي واعتبارها شرطا أساسيا لإبرام العقد، لا مجرد مرحلة سابقة تخضع للتقلبات والاجتهادات المتغيرة والمخالفة من حين لآخر.

ووفقا لذلك وفي حالة التوصل إلى إبرام العقد النهائي، يجب التأكيد على أن المفاوضات التي أجريت شرطا لازما في العقد ومكملا له وأخذها بعين الاعتبار في عملية التفسير، إذا ومن خلال كل ذلك قمنا بدراسة هذا المطلب من خلال الفروع الثلاثة التالية: أولها هو المفاوضات الإلكترونية ومبدأ سلطان

1– معهد صبرة للتدريب القانوني تأسس تحت ترخيص 668122 وتم اعتماد المعهد وهيئة المعرفة والتنمية البشرية في دبي، وله فرع القاهرة تحديدا بشارع الهرم بالجيزة.

الإرادة، أما الثاني فهو عقد التفاوض الإلكتروني، أما الثالث منه فهو المسؤولية في مرحلة التفاوض الإلكتروني وآلية تسوية المنازعات.

الفرع الأول: المفاوضات الإلكترونية ومبدأ سلطان الإرادة

مبدأ سلطان الإرادة نتاج للمذاهب الفلسفية الفردية التي نادت بأن يترك القانون الإرادة الفردية تنظم المعاملات في المجتمع دون أي تدخل منه، وهو ما يعني حرية الأطراف في التعاقد، ووفقا لهذا المبدأ تكفي الإرادة لإنشاء العقد وتحديد مضمونه وآثاره، فالإرادة هي أساس القوة الملزمة للعقد، يستمد قوته الملزمة من الإرادة التي يعبر عنها وليس من القانون[1].

وقد ترتب على مبدأ سلطان الإرادة ظهور مبدأ مؤداه أن كل شيء قابل للتفاوض، بمعناه أن كل عقد قابل للتفاوض بشكل حر من الطرفين، وحرية التفاوض كقاعدة عامة لا تقتصر فقط على تحديد متى يتم الدخول في المفاوضات ومع من يجري التفاوض بهدف إبرام العقد النهائي وماهية موضوعات التفاوض بل تمتد أيضا إلى كيف ولأي مدة تستمر جهودهم للتوصل إلى اتفاق وليس ثمة شرط يمكن فرضه على الطرف الآخر دون تفاوض، فلا يستطيع أحد الطرفين أن يملي شروط العقد وبنوده على الطرف الآخر دون نقاش. وهذا ما يعرف بالعقود الحرة، وهي التي تتم بعد مفاوضات حرة بين طرفيه تستند إلى مساومة قانونية فعلية بينهما، بحيث يتمتع كل منهما بحرية مناقشة شروط العقد وتحديد مضمونه، دون أن يفرض أي منهما إرادته على الآخر في هذا الشأن[2].

فالعقد الحر يعتبر إذن وليد المفاوضات المعبرة عن الإرادة المشتركة للمتعاقدين، لذا فهو يسمى كذلك بعقد التفاوض أو عقد المساومة، حيث ينعقد العقد مسبوقا بمفاوضات أو مساومات تسفر عن صياغة مشتركة لمضمونه ومحتواه[3].

إذا الأصل أن تسود حرية المفاوضات التي تسبق إبرام العقد النهائي، وهو ما يعني أن المفاوضات العقدية هي المعبرة عن الإرادة المشتركة للمتعاقدين، ومرجعا هاما لتفسير العقد والأمر الجوهري في هذا هو كشف الإرادة المشتركة للمتعاقدين لا الإرادة المنفردة لكل منهما.

1- وهو ما نصت عليه المادة 106 من القانون المدني الجزائري الساري المفعول، والتي تقابلها المادة 1/147 من القانون المدني المصري، من أن "العقد شريعة المتعاقدين...".

2- د/ محمد حسين عبد العال، المرجع السابق ، ص 14.

3- جميل الشرقاوي، النظرية العامة للالتزام، الكتاب الأول، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية القاهرة، 1991، ص 403.

وقد أضاف الفقه ضوابط أخرى يمكن من خلالها التعرف على النية المشتركة للمتعاقدين، مثل دراسة ظروف وأوضاع التعاقد والمفاوضات السابقة عليه، والتي تكون حرة بين الأطراف لأنه غالبا ما يكون طرفا العقد متساويين في كل شيء ويتمتع كل منهما بذات القدر من حرية التعاقد وسلطان الإرادة، سواء عند مناقشة بنود العقد أم عند تحديد مضمونه. وإذا كان هناك ثمة إجبار قانوني على التعاقد بشأن بعض العقود، فإنه لا يمكن أن يكون هناك إجبار على التفاوض لأن التفاوض يقوم أساسا على التعاون وحسن النية وهو ما لا يتصور في حالة الإجبار أو الإكراه، ويبدو ذلك جليا في مجال المعاملات الإلكترونية حيث تتسم بالطابع الإرادي الحر[1].

أ- خطاب النوايا الإلكتروني: إن الإعداد للمفاوضات التي تسبق إبرام العقد الإلكتروني هي من العمليات الصعبة والشاقة أحيانا والتي قد تستغرق وقتا طويلا، ونفقات معتبرة ومن بين ما يتم الإعداد له للمفاوضات، الاتصال بين الأطراف المتعاقدة، من أجل التحاور والتشاور وتبادل الآراء حول العملية التفاوضية، ومن بين أهم وسائل الاتصال خطابات النوايا والبرتوكولات الإلكترونية، يتم اللجوء إلى هاتين الصورتين لتسهيل مهمة التفاوض، ويحرص الأطراف على تدوين ما تم الاتفاق عليه من جزئيات العقد في مراحل المفاوضات، حفاظا على المصالح المختلفة لأطراف التعاقد[2].

1- مفهوم خطاب النوايا الإلكتروني: نظرا لطبيعة العقد الإلكتروني ولكونه عقدا من طبيعة خاصة، فهو كما بينا سابقا يتميز بوجود بعد مكاني بين طرفي العقد، ولا يجمعهما مكان واحد وقد يفصل بينهما آلاف الكيلومترات، وتتم عملية المفاوضات بينهما من خلال شاشة الكمبيوتر، الأمر الذي يدعونا أن نأخذ في الاعتبار البعد الجغرافي الذي يفصل بين الطرفين وخاصة في مفاوضات العقود الإلكترونية الهامة، حيث يتم التفاوض بعدة وسائل من بينها خطابات النوايا الإلكترونية[3].

ومن أهم مجالات استخدام خطابات النوايا الإلكترونية هي مفاوضات العقود الإلكترونية طويلة الأجل ذات الاستثمارات المالية الكبيرة، كعقود إنشاء البنية التحتية، وعقود إقامة المطارات والموانئ، وعقود الطاقة، وقد تتم كلها بنظام عقود B. O.T، وعقود إنشاء المصانع بنظام المفتاح في اليد وعقود نقل التكنولوجيا، وعقود خدمات المعلومات وعقود التنقيب عن المعادن والبترول، وعقود الائتمان، وعقود

1- د/ خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، دار الفكر الجامعي، مصر 2011، ص 272 وما قبلها.

2- د/ خالد ممدوح إبراهيم، نفس المرجع، ص 273.

3- د/ وائل حمدي أحمد، الخطابات الإلكترونية في العقود الدولية، د. ن. ع القاهرة مصر 2009، ص 105، حيث أكد على الاعتراف القانوني للخطابات الإلكترونية ولا يجوز إنكار صحتها من خلال المادة 08 من اتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة باستخدام الخطابات الإلكترونية في العقود الدولية لعام 2006.

التوريدات الضخمة، وعقود إنشاءات الهندسة الميكانيكية والمدنية، وعقود شركة مثقلة بالديون، وعقود شراء مصانع للسيارات أو لإنتاج كل ما يتعلق بصناعة الطيران...الخ.

حيث أن هذه العقود تنطوي على الكثير من النقاط القانونية الهامة والبالغة الخطورة والتي لا يمكن الاتفاق عليها في جلسة واحدة أو جلستين، بل قد يتطلب الأمر اختيار عدة مراحل تتم فيها اتفاقات ومفاوضات تحرر في مستندات تحضيرية ومن أهم هذه المستندات خطابات النوايا الإلكترونية[1].

إذا كان خطاب النية الإلكتروني يصدر غالبا أثناء المفاوضات وذلك بغرض تسجيل الإلتزام بها أو تسجيل ما تم التوصل إليه من اتفاقات سابقة على التعاقد من خلالها، إلا أننا قد نجده أيضا في نهاية المفاوضات كوسيلة للتعبير عن إبرام العقد النهائي، وهو في هذه الحالة يعتبر أداة لتأكيد انعقاد العقد، فلهذا السبب كثيرا ما يطلق عليه مسميات أخرى مثل خطاب التأكيد[2]، واتفاقات الشرف، وخطابات التفاهم والاتفاقات الأساسية وخطاب الثقة[3].

ويعرف البعض خطاب النوايا بما يتفق مع مسماه بأنه: « مستند مكتوب يوجه من طرف من يرغب في التعاقد على أمر معين إلى الطرف الآخر يعرب فيه عن رغبته تلك، ويطرح فيه الخطوط العريضة للعقد المزمع إبرامه، ويدعوه إلى التفاوض والدخول في محادثات حولها» . ووفقا لهذا التعريف فإن أي مستند لا ينطوي على إبداء الرغبة في التعاقد ولا يتضمن بيان للنقاط الرئيسية والجوهرية للعقد المنشود، ولا يشتمل دعوة للتفاوض لا يعتبر خطابا للنوايا بل يعتبر مستندا آخر يجب أن يسمى باسمه[4].

يعتبر خطاب النوايا مثل أي تصرف قانوني يتم تحريره عادة مكتوبا على دعامة ورقية ونرى أنه ليس هناك ما يمنع من كتابته على دعائم إلكترونية، وذلك باستخدام وسائل الاتصال الحديثة كالبريد الإلكتروني وغيرها مما أتاحته شبكة المعلومات والاتصالات الدولية الإنترنت أو غيرها من الشبكات الدولية.

وإذا كان خطاب النوايا الإلكتروني لا يختلف في مضمونه وبنائه والغرض منه عن خطاب النوايا التقليدي، إلا أنه يختلف معه من ناحية أدوات إرسال خطاب النوايا الإلكتروني وأنها تتم من خلال أجهزة الكمبيوتر وعبر شبكة اتصالات دولية مع وجود فاصل زمني بين المرسل والمرسل إليه كما أن المستندات التي تحمل بيانات النوايا أصبحت الدعائم الإلكترونية بدلا من الدعائم الورقية[5].

1- د/ أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، دار النهضة العربية، مصر 2001، ص 31.

2- د/ مصطفى الجمال، السعي إلى التعاقد، منشورات الحلبي الحقوقية، سوريا 2001، ص 418.

3 - د/ حسام مصطفى، المرجع السابق، ص 06.

4- د/ أحمد عبد الكريم سلامة، نفس المرجع ، ص 34.

5- د/ أحمد عبد الكريم سلامة، نفس المرجع ، ص 38

وبذلك يمكن أن نعرف خطاب النوايا الإلكتروني بأنه:« محرر إلكتروني مكتوب قبل إبرام العقد النهائي، ويعكس مقترحات واتفاقات أحد طرفي العقد أو كلاهما بهدف الدخول في التعاقد من خلال وسيط إلكتروني».

ومن أهم أهداف خطاب النوايا الإلكتروني تحديد الإطار المستقبلي المتعلق بتنظيم المفاوضات الإلكترونية، وبخاصة من حيث الاتفاق على مدة معينة للتفاوض، والفريق المفاوض، واللغة المستخدمة في التفاوض، وتكلفة الدراسات اللازمة لإبرام العقد النهائي ومن الملزم بهذه التكلفة، وتحديد الشروط الرئيسية للعقد النهائي المنشود، و قد لا يعدو الغرض منه سوى مجرد الاستعلام أو طلب معلومات عن العقد، دون أن يعبر عن أية نية للالتزام بالدخول في المفاوضات العقدية[1].

2- أنواع خطابات النوايا الإلكترونية: تتعدد أنواع خطابات النوايا بتعدد أغراضها ومعانيها فقد يكون الهدف منها مجرد التعبير عن اهتمام منشئها، الاستعلام عن شيء معين دون الدخول في أية تفصيلات قانونية، وقد يتضمن دعوة للتفاوض أو تحديد الالتزامات التي يجب على الطرفين الالتزام بها خلال مرحلة المفاوضات، وقد تتجاوز خطابات النوايا ذلك كله لتعبر مباشرة عن إرادة نهائية وباتة في إبرام العقد[2].

يتضح مما سبق وبالنظر إلى اختلاف مضمون خطابات النية أنه يمكن التمييز بين ثلاثة أنواع من خطابات النوايا الإلكترونية.

النوع الأول: خطاب دعوة للبدء في التفاوض الإلكتروني وهو خطاب يوجهه الطرف الآخر يتضمن نية مصدره عن رغبته في التعامل معه محددا العناصر الرئيسية المقترحة ويدعوه لوضع إطار عملية التفاوض واتفاقات بشأن عملية التفاوض مثل تحديد مدة التفاوض ومكانه.

النوع الثاني: وهو الخطاب الذي يوجهه محرره إلى الطرف الآخر أثناء المفاوضات ويثبت اتفاق الطرفين على بعض الالتزامات مثل الالتزام بالسرية والتحكيم والالتزام على عدم التفاوض مع الغير أثناء المفاوضات الجارية.

النوع الثالث: وهو خطاب يتضمن كل تفصيلات المعاملة محل التفاوض وفي النهاية تكون محل العقد المنشود، غير أنه قد يدل عن أن العقد المراد إبرامه معلق على شرط مضاف إلى أجل، مثل موافقة السلطات المختصة[3].

1- د/ أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص 38 وما بعدها.

2- د/ مصطفى الجمال، السعي إلى التعاقد، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت 2004، ص 416 وما بعدها.

3- د/ مصطفى الجمال، نفس المرجع، ص 417

ولا تختلف أنواع خطابات النوايا الإلكترونية عن خطابات النوايا التقليدية من حيث الوظيفة، حيث يستخدم في مرحلة التفاوض، ولكنها تختلف من حيث الدعامة المثبتة عليها، حيث تكون خطابات النوايا التقليدية محمولة على دعائم ورقية، بينما تتم خطابات النوايا الإلكترونية عبر دعائم إلكترونية، ومن خلال وسيط إلكتروني[1].

3- تمييز خطاب النوايا الإلكتروني عن غيره من التصرفات القانونية المشابهة: يذهب جانب من الفقه إلى وجوب التفرقة بين خطابات النوايا الإلكترونية وبين غيرها من التصرفات التي قد تحمل نفس التسمية، ولكن لها مجال آخر هو العمليات البنكية والمستندات والأوراق المتبادلة في مرحلة المفاوضات وخطابات الثقة، والتي سنعرض لها بشيء من الاختصار[2].

أ- خطابات النوايا المصرفي: يتميز خطاب النوايا بأنه يستخدم في مرحلة التفاوض فهو تقنية تفاوضية من طبيعة خاصة، ولكنه يختلف عن نوع آخر من الخطابات يحمل نفس الإسم ولكن في مجال المعاملات المصرفية فهو خطاب النوايا المصرفي. فخطاب النوايا المصرفي هو الرسالة التي يوجهها البنك الأم إلى الطرف الذي يتعامل مع البنك الفرع، وفيها يلتزم البنك الأم بتغطية الفرع في إطار عملية معينة ومبالغ محسوبة ولفترة زمنية محددة، أي أن هذا الخطاب يعتبر نوع من الكفالة، أو تعهد من نوع خاص، وهو يختلف بالطبع عن خطاب النوايا الإلكتروني الذي يتم في مرحلة التفاوض نتيجة التطور الهائل في مجال تكنولوجيا المعلومات والتطور المستمر في مجال التقنية المصرفية، بدأت البنوك الإلكترونية في الانتشار في الآونة الأخيرة على نطاق واسع، وذلك لما توفره هذه البنوك لعملائها من إمكانية إصدار الأوامر وخطابات النوايا المصرفية من خلال جهاز الحاسب الآلي المتصل بشبكة الإنترنت في أي وقت وفي أي مكان من العالم[3].

ويستخدم تعبير البنوك الإلكترونية للدلالة على المعاملات المالية المصرفية الإلكترونية التي تتصل بالبنك والتي يقوم بها العملاء، أي تقديم البنوك الخدمات المصرفية التقليدية من خلال شبكات اتصال إلكترونية، والتي من أهمها عمليات تحويل الأموال إلكترونيا وخطابات النوايا المصرفية الإلكترونية، وبالتالي يمكن للعملاء تنفيذ معاملاتهم المصرفية الإلكترونية من خلال الإنترنت دون الذهاب للفرع أو المراكز الرئيسية للبنوك ، وجدير بالذكر أن خطاب النوايا المصرفي الإلكتروني يمثل مجالا خصبا لقراصنة

1- د/ مصطفى الجمال، المرجع السابق ، ص 402.

2- د/ أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص 33.

3- د/ مصطفى الجمال، المرجع السابق، ص 403.

الإنترنت ولذلك لجأت البنوك الإلكترونية في هذا الصدد إلى العمل قدر الإمكان على إرساء قواعد أمان وذلك من خلال نظام التشفير باستخدام نظام المفتاح العام والمفتاح الخاص[1].

ب- المستندات المتبادلة في مرحلة التفاوض: تعتبر الإعلانات الإلكترونية والكتالوج الإلكتروني وغيرها من وسائل الدعاية ضمن هذه المستندات التي يتم تداولها خلال المفاوضات التعاقدية، وهي غالبا ما تحتوي على مجرد بيانات ومعلومات تهدف إلى بيان طبيعة المعاملة وثمنها والمصاريف الملحقة بها[2].

ويصعب التمييز في الإعلانات عبر شبكة الإنترنت، إذا كان هذا الإعلان إيجابا بالمعنى القانوني للكلمة، أم مجرد دعوة للتفاوض ، والتفرقة بينهما له أهمية كبرى لاختلاف الآثار القانونية المترتبة على كل منهما.

ويتشابه الإعلان الإلكتروني مع خطاب النوايا الإلكتروني في أنه يرسل عبر وسيط إلكتروني أو عن طريق البريد الإلكتروني أو بأي وسيلة إلكترونية أخرى، ويختلف الأول عنه في أنه موجه عادة إلى الجمهور دون تحديد شخص معين، بينما الثاني يكون موجها إلى طرف محدد بغرض تبادل العروض ومناقشتها خلال فترة المفاوضات، ولا تعتبر هذه العروض إيجابا باتا، أو قبولا وهي تكون مصحوبة عادة بعبارة "دون أي ارتباط أو التزام بين أطرافه" فهي لا تعتبر تعاقدا لأن التوافق الإرادي لا يتم بموجبها ولأن أطرافها لا يريدون ترتيب أي أثر تعاقدي قانوني لها[3].

أما الكتالوج الإلكتروني قد يتخذ شكلا ورقيا كتابيا فيحتوي على بيانات مكتوبة وصور ورسومات للسلع والخدمات المعروضة للبيع أو للخدمة، وقد يتخذ شكل شرائط فيديو أو أسطوانات مضغوطة (cd) يمكن الإطلاع عليها بواسطة التلفزيون أو الكمبيوتر، وقد يتخذ الشكل الإلكتروني وهو أحد أشكال الكتالوجات التي أفرزتها ثورة تكنولوجيا المعلومات. ويعتبر الكتالوج الإلكتروني من أهم الوسائل المستخدمة في عقود التجارة الإلكترونية خاصة عقد البيع الإلكتروني، حيث ينعدم الاتصال المادي المباشر بين التاجر والمستهلك ومع انتشار التعامل بأسلوب التعاقد الإلكتروني عبر الإنترنت انتشرت عملية البيع باستخدام الكتالوج الإلكتروني ويرسل هذا الأخير إلى العميل غالبا، بواسطة البريد الإلكتروني، والذي يكون في صورة ملحق بالرسالة الإلكترونية المرسلة[4].

1- د/ مصطفى الجمال، المرجع السابق ، ص 403 وما بعدها.

2- د/ أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص 54.

3- د/ طارق عبد العال حماد، التجارة الإلكترونية، د. ن. ع، القاهرة مصر سنة 2000، ص 764.

4- د/ خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص 281 وما قبلها.

وإذا كان خطاب النية الإلكتروني يتشابه مع الكتالوج الإلكتروني في أنهما يستخدمان في مرحلة التفاوض بقصد تحديد الإطار المستقبلي المتعلق بتنظيم المفاوضات الإلكترونية والشروط الرئيسية للعقد النهائي المنشود، إلا أن أغلب الفقه يرى أن عرض البائع لبيانات المبيع وثمنه وشروط البيع في الكتالوج بقصد البيع، يعتبر إيجابا حقيقيا بالتعاقد ويعتبر الكتالوج وثيقة عقدية بالتعاقد ملزمة للبائع، وجزء لا يتجزأ من العقد متى كانت المعلومات المدرجة في الكتالوج واضحة ومفصلة.

ج- خطابات الثقة الإلكترونية: يرى البعض ضرورة التفرقة بين خطابات النوايا وخطابات الثقة، ويرى هذا الرأي أن خطاب الثقة شأنه شأن خطاب النوايا، وهذا ما جرى عليه الفقه والقضاء في فرنسا على عدم التفرقة بينهما[1].

د- الطبيعة القانونية لخطاب النوايا الإلكتروني: إن خطاب النوايا الإلكتروني وإن كان يصدر من طرف واحد، إلا أن مصدرها غالبا ما يتطلب ممن توجه إليه إثبات قبوله مما ورد فيها، كما أنها لا تحرر عادة من قبل رجال القانون، بل يتصدى لتحريرها غالبا المسؤولون التنفيذيون في المشروعات الاقتصادية من مهندسين وتجاريين بعيدين عن المتخصصين في القانون وهم غالبا ما يقعون فريسة للغموض والتناقض نتيجة عدم إدراك المفهوم القانوني لما يستخدمون من ألفاظ ومصطلحات قانونية، وهو ما يلقي على عاتق رجل القانون عبئا ثقيلا في سبيل التعرف على الطبيعة القانونية التي تكمن وراء هذه الخطابات، بل أن ترك صياغة مستندات خطابات النوايا لغير المتخصصين يمكن أن يكلف كثيرا أطراف العقد الإلكتروني، الذين لا يرغبون في تحمل التزامات لمجرد خطاب النوايا الإلكتروني، ولاسيما أنها تعتبر وسيلة لإثبات الاتفاقات الأولية التي يمكن أن تغفل أو تنسى في المعاملات المعقدة[2].

تتحدد هذه الطبيعة في الاعتراف بالخطابات الإلكترونية في شكلها، والاعتراف القانوني بها، يعني أنه يجب أن لا يكون هناك تباين بين الخطابات الإلكترونية والمستندات الورقية، بحيث أنه لا يجب إنكار المفعول القانوني لتلك المعلومات أو صحتها أو إمكانية نفاذها لمجرد أنها في شكل خطاب إلكتروني، كما أنه لا يجوز إنكار صحة الخطاب أو العقد أو إمكانية نفاذه لمجرد كونه في شكل خطاب إلكتروني، وهذا ما قرره مشروع قانون التجارة الإلكترونية المصري في المادة 10 على أن المحررات الإلكترونية تتمتع بالحجية المقررة للمحررات والتوقيعات العرفية في الإثبات في شأن ما ورد فيها من حقوق والتزامات وكذا

1- د/ خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص 282.

2- د/ مصطفى الجمال، المرجع السابق، ص 308 وما بعدها.

المادة 1316 من القانون الفرنسي رقم 230 لسنة 2000، وبعض القوانين العربية الأخرى، وهذا ما ذهب إليه المشرع الجزائري في القانون المدني الجزائري[1].

ويدعم ذلك مكتب اتفاقية فيينا لسنة 1980 عن طبيعة الخطابات النوايا الإلكترونية عما إذا كانت رسمية أو عرفية. وبذلك وطبقا لما قررته المادة 50 منها فإنه يتم بيان ذلك طبقا لقواعد القانون الخاص، ومنه وطبقا للقانون الفرنسي فإنها تعد تلك الخطابات محررات رسمية[2] وحتى القانون الجزائري كما عرفنا ذلك اعتبرها كذلك.

ويتفق غالبية الفقه على أن خطابات النوايا ليست ذات طبيعة عقدية، وذلك لأنه في الغالب يحرص طرفا التعاقد من الناحية العملية على النص على عدم وجود أي عقد لذلك يرى جانب من الفقه أن القوة الملزمة لهذه الرسائل والآثار التي تولدها يجب بحثها إما من خلال التحليل التقليدي للمراحل السابقة على التعاقد وهي –نظرية أهرنج– وهو ما يرفضه الفقه الفرنسي أو يتم بحثها من خلال نظرية المسؤولية التقصيرية التي ترتبط بالعملية العقدية السائدة لدى الفقه الفرنسي، ويمكن إثبات هذه المسؤولية من خلال إثبات تخلي أحد الطرفين عن المفاوضات بغير مبرر معقول، ولإثبات حصول الضرر بالطرف الآخر نتيجة قطع المفاوضات أي إثبات رابطة السببية.

ويذهب جانب آخر من الفقه إلى أن أسلوب صياغة خطاب النية الإلكتروني هو الذي يجعل منه ملزما أو غير ملزم لمن أصدره، وفي الغالب الأعم يقصد محرر خطابات النوايا عدم الالتزام بأي شيء، ذلك لأن النية في خطاب النوايا هي وضع الإطار المبدئي للمفاوضات المستقبلية تمهيدا لإبرام العقد المنشود[3]، ومع ذلك فإن هناك من خطابات النوايا من يتضمن اتفاقا ملزما بين الأطراف حيث تدل عبارات الرسالة عن النية في إبرام العقد فعلا[4].

كما ذهب جانب من الفقه كذلك إلى أن الخطاب النوايا ليس له أية قوة ملزمة أو طابع تعاقدي، وبالتالي فهي خارج دائرة القانون والتي تتم خلال مرحلة المفاوضات العقدية وهذا ما أقر به القضاء الإنجليزي على عدم الاعتراف بالمسؤولية قبل التعاقدية، وما يدور خلالها من تبادل للوثائق والمستندات منها خطابات النوايا[5].

1– المادة 323 مكرر والمادة 323 مكرر 01 من القانون م .ج الحالي.

2- د/ وائل حمدي أحمد، الخطابات الإلكترونية في العقود الدولية، دار الكتب، مصر سنة 2009، ص 104 وما بعدها.

3– د/ خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص 282 وما بعدها.

4– د/ أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص 35.

5– ذهب إلى ذلك الفقه الفرنسي والمصري ويتفق معهم كذلك القانون الإنجليزي.

أما القانون الأمريكي فإنه إن كان يتفق مع القانون الإنجليزي من ناحية عدم الاعتراف لخطاب النوايا بأية قيمة إلزامية، إلا أنه لا مانع من الخروج عن هذا المبدأ والأخذ بنية أطراف التعاقد، وأن للقاضي حرية تقدير قوة إلزام خطاب النوايا إعمالا للواجب العام بمراعاة حسن النية، والتعامل بإنصاف بين طرفي التفاوض الإلكتروني[1].

هـ- آثار تبادل خطابات النوايا الإلكترونية ومدى حجيتها: إذا كان خطاب النوايا الإلكتروني لا يختلف في مضمونه وبنائه أو الغرض منه عن خطاب النوايا التقليدي، فإنه يختلف في آثاره القانونية الناشئة عن البيئة الإلكترونية التي يتم فيها، لذلك سنعرض لهذه الآثار على النحو التالي[2]:

أولا: تعد رسائل النوايا الإلكترونية وسيلة للتعبير الإلكتروني عن الإرادة في التفاوض بحيث يجوز تحريرها على دعائم إلكترونية، وذلك متى توفرت وتحققت شروط صحة الإرادة والتعبير عنها وفق ماهو وارد في القانون المدني، إذ يجوز التعبير عن الإرادة في التفاوض بطريقة إلكترونية ولا يوجد ما يمنع ذلك.

ثانيا: صعوبة تحديد المسؤولية لكون خطاب النوايا يتم من خلال بيئة إلكترونية فإن بعض المشاكل يمكن أن تثور، وخاصة من ناحية تحديد المسؤول عن الخطأ في حالة وصول خطاب النوايا وبه تحريف أو تلاعب أو تبديل أو تغيير في البيانات، أو عدم وصول الرسالة أصلا نتيجة عطل فني في شبكة الاتصالات، إذ لن تنحصر المسؤولية عن الخطأ بين المرسل لخطاب النوايا الإلكتروني والمرسل إليه فقط، كما في خطاب النوايا التقليدي، إذ أنه ونتيجة للطابع التقني والفني لشبكة الإنترنت وكونها شبكة اتصالات عالمية لا يملكها أحد وإنما تدار بواسطة عدة أشخاص يتواجدون غالبا في عدة دول ، وقد يتداخل العديد من الأفراد في المعاملة الواحدة التي تتم عبر الإنترنت، مما قد يصعب معه تحديد الشخص المسؤول عن هذا الخطأ ، وبعبارة أخرى فإن ما بين مرحلة إصدار المرسل لخطاب النوايا الإلكتروني عبر الإنترنت ووصوله إلى المرسل إليه، فإن هناك عدد من الوسطاء الذين يتدخلون في هذه المرحلة وكل منهم قد يلعب دورا هاما في عملية الإرسال مما يصعب معه حصر المسؤولية عن الأضرار التي قد تنشأ عن أي خطأ أو تحريف في الرسالة الإلكترونية[3].

ومن هؤلاء الوسطاء المتدخلون في كل هذه العملية في إرسال خطاب النوايا إلكترونيا نجد وبالاختصار:

1- لقد نص القانون المدني الجزائري على مبدأ حسن النية في التعامل في عدة مواضع منها المادة 85 والمادة 107 مثلا.

2- د/ خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق ، ص 285.

3- د/ محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 196 وما بعدها.

1- مقدم خدمة الدخول للإنترنت

2- نقال المعلومات

3- مورد المنافذ

4- منتج أو بائع جهاز الكمبيوتر

ومما سبق يتضح أن قبول الأطراف رسائل النوايا الإلكترونية في التعامل وازدياد الثقة فيها مرتبط إلى حد كبير بتأمين الوسائل التقنية الحديثة للاتصالات وشبكات المعلومات أي توفير الأمن التقني، وهو ما يعني استخدام أعلى درجات التشفير، بغرض منع المخربين أو قراصنة الإنترنت من إتلاف رسائل النوايا أو التعرض لها بالتلاعب أو التحريف أو حتى مجرد الإطلاع عليها، وقد كتب البعض في هذا المعنى أن الكرة في ملعب رجال التقنية الذين يلتزمون بالتعاون مع رجال القانون المتخصصين بتطوير هذه الوسائل ليكون لها من الضمانات ما يجعلها جديرة بالحصول على الحجية القانونية في الإثبات[1].

ولعل هذا ما دفع رجال التقنية إلى ابتكار وسائل تقنية لتأمين التوقيع الإلكتروني بالربط بين التوقيع ورسائل النوايا الإلكترونية ومنها وسيلة Hachage irrevisible وهي وسيلة تحول المحرر الإلكتروني والتوقيع الذي عليه إلى معادلة رياضية تفهم لدى استخدام مفتاح خاص في حوزة الموقع وحده ، و لذلك فأن الأمر يحتاج إلى تعاون من الفنين والقانونيين وإن كان دور رجال التقنية يسبق القانون، فيلتزم التقنيون بأي يقدموا لرجال القانون وسائل فنية تتمتع بضمانات مشابهة للضمانات السائدة في المعاملات الورقية.

ثالثا: تعتبر خطابات النوايا الإلكترونية محررات عرفية وليست رسمية، باعتبار أنها صادرة من أفراد دون أن يتدخل موظف عام في تحريرها، فلا تلزم غير أطرافها، ومن ثم فإن حجة خطاب النوايا وقوته الملزمة ستكون قاصرة فقط على أطرافه ولها حجية، فيما عدا التاريخ فلا يعتبر حجة على الغير إلا إذا كان ثابتا[2].

لذلك يمكن إثبات تاريخ رسائل النوايا الإلكترونية بطرق معينة تتفق وطبيعة التعامل الإلكتروني، ومنها على سبيل المثال قيد تاريخ المحرر في السجل الإلكتروني المعد لقيد رسائل المعاملات الإلكترونية بين الأطراف، وذلك بدلا من التأشير على المحرر من موظف عام مختص أو عن طريق توثيق الرسائل عند جهات التوثيق المختصة، أو بغير ذلك من الطرق التي تلائم طبيعة التعاقد الإلكتروني ويتفق عليها الأطراف.

1- د/ حسام لطفي،المرجع السابق، ص 71. - لقد نص القانون 15- 04 المتعلق بالتوقيع والتصديق الإلكترونية تطرق لهذه الضمانات من تشفير والتصديق الإلكتروني بداية من نص المادة 06 منه.

2- د/ حسام لطفي،المرجع السابق، ص 22.

وإذا كنا قد انتهينا سابقا إلى أن خطابات النية الإلكترونية مثلها مثل خطابات النوايا التقليدية، وكل ما في الأمر أنها محررة على دعامات إلكترونية، ومن ثم فهي تعتبر كقاعدة عامة محررات عرفية غير معدة للإثبات، ما لم تستوفي الشروط القانونية لتلك المحررات ومن أهمها التوقيع، وعلى المرسل في حالة إنكاره لعدم إرساله لهذه الخطابات الإلكترونية إقامة الدليل على ذلك، سواء بإنكار التوقيع أو إنكار عدم إرسالها أصلا[1].

رابعا: لما كانت الرسائل الإلكترونية محررات عرفية مدونة على دعائم إلكترونية وتنطوي على إثبات لوقائع إلكترونية لها حجيتها في الإثبات، وقد قضت محكمة النقض الفرنسية في بعض أحكامها إلى تمتع المحررات الإلكترونية بحجية الدليل الكتابي الكامل المقررة للمحررات العرفية، وذلك إذا اكتملت عناصر الدليل واستوفى التوقيع عليه شروط صحته من حيث نسبته إلى صاحبه. إن التغيير في محتوى هذه المحررات سواء بالإضافة أو بالحذف، من شأنه أن ينطوي على المساس بحجية ما تضمنته من وقائع، ويعتبر جريمة تزوير في هذه المحررات[2].

ولقد ذهب المشرع الفرنسي والألماني إلى تجريم تزوير المحررات الإلكترونية[3]، وقد ذهب المشرع الجزائري إلى تجريم التزوير في المحررات بصفة عامة، أو تزوير الكتابة أو التوقيع وباصطناعه نصوص أو التزامات في هذه المحررات[4]، ولا يوجد ما يمنع تطبيق ذلك على المحررات الإلكترونية، ومنه خطابات النوايا الإلكترونية، يتم مثلا عن طريق الدخول إلى نظام المعلومات أو صندوق البريد الإلكتروني الخاص بالمرسل أو المرسل إليه، متى كان الغرض من ذلك إثبات حق أو واقعة ينتج عنها أثار قانونية.

وقد نص المشرع الألماني في بعض المواد من قانون العقوبات الوارد في باب التزوير على تجريم تزوير السجلات المعالجة تقنيا، وفي بعض الصور الخاصة بالمستندات الإلكترونية ونحن ندعو إلى تجريم التزوير في المحررات الإلكترونية للآثار القانونية في قانون العقوبات الجزائري بشكل واضح .

1- نص على ذلك القانون 04/15 السالف الذكر، من خلال بيانات إنشاء التوقيع الإلكتروني وبيانات التحقق من التوقيع الإلكتروني وآلية التحقق منه، ومنه تقديم شهادة التصديق الإلكتروني من خلال المواد 03 و04 و05 و06 والمادة 07 منه.

2- نقض مدني 1998/01/02، دالوز 1998.

- مشار إليه د/ خالد ممدوح إبراهيم، المرجع الساب ق، ص 290.

3- فقد نص قانون العقوبات الفرنسي في المادة 441 على ذلك.

4- وقد نص على ذلك قانون العقوبات الجزائري في مادته 2/213 والمادة 116 و 220و 221 منه.

الفرع الثاني: عقد التفاوض الإلكتروني

يعمل الاتجاه المعاصر للفقه، إلى التفرقة بين المفاوضات غير المصحوبة باتفاق تفاوض ويقصد بها تلك المفاوضات التي تتم دون أن يكون هناك اتفاق صريح ينظمها، وهي تعتبر مجرد عمل مادي، ولا تقوم مسؤولية المتفاوض في حالة العدول عنها إلا على أساس المسوؤلية التقصيرية، إذا اقترن عدوله بخطأ مستقل ألحق ضررا بالطرف الآخر، والثانية هي المفاوضات المصحوبة باتفاق تفاوض، أي تلك المفاوضات التي تتم بناء على اتفاق صريح بين الطرفين، وفي الغالب يكون هذا الاتفاق مكتوبا، وتعتبر هذه المفاوضات تصرفا قانونيا لوجود علاقة تعاقدية بين الطرفين، ومن ثم تكون المسؤولية الناشئة عنها مسؤولية تعاقدية[1].

وينتهي الرأي السابق إلى أن اتفاق التفاوض هو دائما ذو طبيعة عقدية، لأنه بمجرد الرضاء بالدخول في التفاوض، يكون الطرفان قد عقد فيما بينهما اتفاقا تمهيديا على التفاوض، وهذا الاتفاق هو الذي يجعل المسؤولية الناشئة عن التفاوض من طبيعة عقدية.

لا يختلف عقد التفاوض في تعريفه عن أي عقد آخر فهو تصرف قانوني بين طرفين بهدف ترتيب أثر قانوني معين، ولا يتطلب لوجوده وصحته سوى توافر الشروط المقررة للعقود بصفة عامة، وهي الرضاء والمحل والسبب وهو يعتبر من العقود الحديثة نسبيا والغير المنظمة قانونا[2].

وقد عرفت محكمة التحكيم بغرفة التجارة الدولية عقد التفاوض بأنه:«عقد بمقتضاه يتعهد طرفاه بالتفاوض أو بمتابعته من أجل التوصل إلى إبرام عقد معين لم يتحدد موضوعه، إلا بشكل جزئي لا يكفي في جميع الأحوال لانعقاده»[3].

و ذهب بعض الفقه إلى تعريفه بأنه:«عقد بمقتضاه يتعهد طرفاه ببدء التفاوض أو متابعته أو تنظيم المفاوضات، بغرض التوصل لإبرام عقد مستقبلا»، وذهب جانب آخر من الفقه إلى تعريفه بأنه:«اتفاق يلتزم بمقتضاه شخص تجاه آخر بالبدء أو الاستمرار في التفاوض على عقد معين بهدف إبرامه»[4].

ويتضح من التعريفات السابقة أن عقد التفاوض يرتب التزاما على الطرفين بمواصلة التفاوض بحسن نية فقط، دون أن يتضمن التزاما بإبرام العقد النهائي.

1- د/ حسام الدين الأهواني، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص 195.

2- د/ رجب كريم عبد اللاه، التفاوض على العقد، المرجع السابق، ص 287.

3- د/ أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص 97.

4- د/ محمد حسين عبد العال، المرجع السابق، ص 94.

ولا يختلف عقد التفاوض الإلكتروني عن هذا العقد، إلا في أنه يتم عبر شبكات الاتصالات والمعلومات ومن أشهرها الإنترنت وعن طريق تبادل الرسائل الإلكترونية باستخدام البريد الإلكتروني، أو من خلال مكبرات الفيديو المتصلة بشبكات الاتصالات الدولية أو المحادثة عبر الإنترنت[1].

واتفاق التفاوض الإلكتروني قد يكون مستقلا، ولكن الغالب أن يرد في صورة تحفظ أو شرط يتضمنه عقد آخر، حيث قد تتضمن العقود الصناعية والتجارية وعقود الأعمال بصفة عامة تحفظا ضد تغير الظروف الاقتصادية التي تم التعاقد على أساسها والذي يسمح بتعديل شروط وبنود العقد على أثر هذا التغيير، وجعله ملائما للظروف الجديدة، كما قد تتضمن العقود الإلكترونية شرط التفاوض لما تنطوي عليه من أهمية علمية وعملية كبيرة آنية ومستقبلية[2].

وكما أنه وطبقا للقواعد العامة، أنه يجوز التعبير عن الرضاء بالدخول في التفاوض باللفظ أو الكتابة أو بالإشارة المتداولة عرفا[3]، فإنه لا يوجد ما يمنع قانونا من أن يتم ذلك بوسائل إلكترونية.

كما أن لعقد التفاوض محلا كباقي العقود الأخرى، ومحله هو محاولة التوصل إلى إبرام العقد النهائي، أما السبب في عقد التفاوض فهو إتمام العقد النهائي وتحقيق كل طرف لمقصوده منه، وهو باعث مشروع طالما أن العقد المتفاوض بشأنه عقد مشروع.

والجدير بالذكر أن عقد التفاوض مهما كان نوعه لا يشمل على المسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه، إذ يقتصر دوره على مجرد المناقشة وتبادل الآراء وتنظيم سير المفاوضات دون التعرض لشروط العقد النهائي المراد إبرامه، كما أن العقد النهائي لا يبرم لمجرد إظهار أحد طرفي التفاوض رغبته في التعاقد بل يلزم تراضي جديد على عناصر شروط العقد النهائي[4].

كما أن لعقد التفاوض الإلكتروني خصائص تشبه عقد التفاوض التقليدي وهذه الخصائص نذكرها وباختصار، أولا أنه عقد حقيقي، ثم أنه عقد مؤقت ثم أنه عقد تمهيدي، كما أنه عقد رضائي ملزم لجانبين، بينما يختلف عن التفاوض التقليدي من حيث الإبرام والتنفيذ، فإن عقد التفاوض الإلكتروني يتم إبرامه بدون حضور الطرفين وجها لوجه، أي بدون التواجد المادي لطرفيه، وبالتالي فهو من العقود التي تتم عن بعد، أما من حيث التنفيذ لعقد التفاوض فإن كل مراحله تتم عبر شبكة الإنترنت وفي العالم الافتراضي، وبذلك

1- وهي ما تعرف بـ chating, - Conferance par video- E- mail.

2- د/ محمد حسين عبد العال، المرجع السابق، ص 100.

3- هذا ما صنت عليه المادة 60 من القانون المدني الجزائري الساري المفعول.

4- د/ محمد حسين عبد العال، نفس المرجع ، ص 103.

فإن عقد التفاوض الإلكتروني يبرم وينفذ بالكامل عبر شبكة الإنترنت ومن خلال وسيط إلكتروني ودون الحاجة إلى الخروج إلى العالم المادي الملموس[1].

أ- البرتوكولات الاتفاقية الإلكترونية: يلجأ الطرفان عادة إلى إبرام البرتوكولات الاتفاقية خلال مرحلة التفاوض على العقود الكبيرة المركبة، وهذه البرتوكولات لا تعدو إلا أن تكون وثائق يكتفي فيها الطرفان المتفاوضان بتسجيل اتفاقهما على الإطار العام للعقد النهائي، دون التطرق إلى الشروط التي تترجم هذا الإطار إلى حقوق والتزامات أو إلى غيرها من الشروط المكملة، وإذا كانت تكتب على دعائم ورقية فلا مانع من أن تكتب على دعائم إلكترونية[2].

وإن كانت لا تثور أية صعوبة في التفرقة بين البرتوكول الاتفاقي واتفاق التفاوض حيث يعمل الأول على تحديد الإطار المستقبلي المتعلق بتنظيم عملية التفاوض، بينما يتميز الأخير بأنه عقد كامل فإن التفرقة قد تدق بين البرتوكولات الاتفاقية وخطابات النوايا.

ب- التفرقة بين البرتوكولات الاتفاقية وخطابات النوايا: تدق التفرقة أحيانا بين البرتوكولات الاتفاقية وخطابات النوايا، حيث يرى البعض أن التفرقة بينهما من خلال معيارين أساسين:

المعيار الأول: يفرق جانب من الفقه بينهما على أساس معيار الهدف أو المعيار الكمي، حيث أن البرتوكول الاتفاقي يتضمن عادة أغلب أو جزء من عناصر العقد النهائي، عدا بعض الشروط المتعلقة بتنفيذ العقد، وبالشروط الجزائية، ولذلك فهي لا تبرم إلا في مرحلة متقدمة من المفاوضات، في حين يحتوي خطاب النوايا على بعض عناصر العقد، ولذلك نجده في المراحل الأولى للمفاوضات[3].

المعيار الثاني: ويذهب جانب آخر من الفقه إلى التفرقة بينها على أساس الشكل الذي يأخذه كل منهما، حيث تأخذ خطابات النوايا الشكل الذي يراه الطرف الذي يبدأ بالتبادل في حين أن البرتوكولات لها شكل نموذجي، ويتم تحديد عناصرها بمعرفة الطرفين ويوقع عليها في وقت واحد من قبل طرفي التعاقد[4].

ج- الطبيعة القانونية للبرتوكولات الاتفاقية: يذهب البعض إلى أن البرتوكول الاتفاقي عقد حقيقي ملزم لجانبين، فهو يحمل في طياته الشروط الأساسية للعقد النهائي المنشود، وأن القيمة القانونية للآثار التي تتولد عن هذا البرتوكول لا تختلف عن أي آثار عقد آخر، والمسؤولية الناشئة عن هذا العقد تكون مسؤولية

1- د/ سمير عبد السميع الأودن، العقد الإلكتروني، المرجع السابق، ص 36.

2- د/ مصطفى الجمال، المرجع السابق، ص 313 وما بعدها.

3- د/ خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص 299 وما قبلها.

4- د/ مصطفى الجمال، نفس المرجع ، ص 430.

عقدية، ويؤيد البعض هذا الرأي، حيث يرى أن البرتوكول الاتفاقي يمثل عقدا ملزما قائما بذاته ينشئ من الالتزامات ما يحقق مضمونه، وهو ما يتحقق بالالتزام بالتفاوض على العناصر المتبقية والمسؤولية الناشئة من هذا العقد تكون مسؤولية عقدية، وهي تتحقق في حالتين: حالة النكول عن التفاوض، وحالة العدول عن المسائل الجوهرية التي تم الاتفاق عليها، في حين يرى جانب آخر من الفقه أن هذه البرتوكولات هي تصرفات سابقة على العقد فهي لا تعد مجرد اتفاق على التفاوض في شأن عقد من العقود، وهي لا تولد إلا مسؤولية تقصيرية في غياب العقد[1].

وأيا كان الخلاف حول القوة الملزمة للبرتوكولات الاتفاقية فإن طرفي التفاوض يلجآن إليها لتأكيد الجدية في التعاقد ولإبراز النية الحقيقية لهما في الوصول إلى العقد النهائي المنشود.

وقد تكون هذه البرتوكولات إما عبارة عن اتفاقات تمهيدية في إبرامها أثناء فترة التفاوض، فهي تتم بين طرفي العقد النهائي أو مع الغير الذين يتفقون معهما على تقديم الخدمات اللازمة لتنفيذ العقد، ومن أهم هذه العقود عقود دراسة الجدوى وعقود الاستشارة، وقد تتطلب طبيعة العقد النهائي الذي يتم التفاوض بشأنه تجزئة شروطه وبنوده ، ومناقشة كل جزء منهما على حدة، ولذلك يسمى بالعقد الجزئي، وهو ما يحدث عامة في العقود الهامة والمركبة من خلال عقود الأعمال المختلفة ، وتعتبر هذه العقود تصرفات قانونية تامة وليست أعمالا مادية، أي عقود كاملة ومن ثم يجب لانعقادها أن تتوافر فيها جميع الشروط والأركان اللازمة لانعقاد العقد طبقا للقواعد العامة وهي التراضي والمحل والسبب[2].

ومن أهم العقود التي يتم التفاوض عليها في اتفاقات مرحلية أو جزئية عقود نقل التكنولوجيا، وعقود تصنيع برامج الكمبيوتر، وعقد توريد بيانات من أحد بنوك المعلومات عبر شبكة الإنترنت، ويأخذ العقد الجزئي إحدى صورتين: الأولى أن يكون هذا العقد جزء من عقد واحد يسعى الطرفان إلى إبرامه، والثانية تشكل جزء من مجموعة عقود تنظم عملية واحدة يسعى الطرفان إلى تحقيقها كما هو الحال في عقود النقل المتتابع بوسائل مختلفة، أي النقل المتعدد الوسائط، وكذلك عقود التأجير التمويلي، وهذا ما يتم سواء في التفاوض على العقود التقليدية أو في التفاوض على العقود الإلكترونية[3].

1- د/ مصطفى الجمال، المرجع السابق، ص 433.

- د/ محمد حسين عبد العال، المرجع السابق، ص 107.

2- د/ خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص 299.

3- د/ محمد حسين عبد العال، المرجع السابق، ص 157.

- د/ خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص 301.

د- الالتزامات الناشئة في مرحلة التفاوض الإلكتروني: تتضمن مرحلة التفاوض على العقد الإلكتروني مناقشة شروط هذا العقد وتحديد الاحتياجات والمطالب وتحديد الحقوق والالتزامات ، ودراسة جدواه من الناحية الاقتصادية للطرفين، بغرض التوصل إلى اتفاق بشأنه، فإذا توصل الطرفان إلى اتفاق للتفاوض نشأ عن ذلك التزام بالتفاوض على العقد على عاتق كل طرف، ولكن الالتزام بالدخول في التفاوض ليس هو الالتزام الوحيد المترتب على اتفاق التفاوض، بل هناك عدة التزامات تقع على عاتق كل طرف يجب أن يلتزم بها وهي الالتزام بالدخول في المفاوضات والالتزام بالتفاوض بحسن نية، والذي يتفرع عن هذا الأخير عدة التزامات أخرى كالالتزام بالإعلام والاستعلام والالتزام بالتعاون والأمانة، والالتزام بعدم إفشاء المعلومات السرية والالتزام بالاعتدال والسرية، سواء كان ذلك في التفاوض على العقود الإلكترونية أو العقود التقليدية[1].

الفرع الثالث: المسؤولية في مرحلة التفاوض الإلكتروني وآلية تسوية المنازعات

إن المفاوضات العقدية قد تنتهي بالفشل لأن الأطراف لم تتمكن من التوصل إلى اتفاق على كافة مسائل العقد التي تعتبرها ذات أهمية، وقد يقطعها أحد الأطراف إذا ما تبين له أن المصلحة المتوقعة من العقد النهائي المنشود غير مجدية، أو قد يتولد عنها خسارة هائلة، أو لأي سبب آخر، وهنا تثور مشكلة المسؤولية عن التفاوض، وكيفية فض المنازعات التي قد تنشأ عنها.

لكن تقرير المسؤولية الناشئة عن التفاوض يثير إشكالية الطبيعة القانونية لهذه المسؤولية، وهل هي عقدية أو تقصيرية فقد ثار خلاف كبير بين الفقه حول طبيعة المسؤولية التي تنشأ عن الإخلال بأي التزام في مرحلة المفاوضات.الأصل أن لكل متفاوض مطلق الحرية في قطع المفاوضات متى رغب في ذلك طبقا لمبدأ حرية التعاقد، الذي يتيح لكل طرف حق العدول أو الانسحاب من التفاوض في أي وقت دون أي مسؤولية عليه طالما كان لهذا العدول ما يبرره، إذ أن الطرف المنسحب من المفاوضات لا يجبر على الاستمرار في التفاوض وصولا إلى إبرام العقد النهائي.إن قطع المفاوضات على نحو تعسفي وبدون سبب موضوعي والتفاوض مع الطرف الآخر بسوء نية، من خلال التدليس والغش في التفاوض عن طريق السكوت عمدا عن واقعة مؤثرة في التعاقد بقصد الإضرار بالطرف الآخر بدون شك سيثير مسؤولية الطرف المتسبب في ذلك[2].

1- هذا ما سنبحثه بشيء من التفصيل من خلال هذه الدراسة لاحقا

- د/ رمزي رشاد عبد الرحمن الشيخ، أثر سوء النية على عقود المفاوضات، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية مصر 2015، ص 67 وما بعدها.

2- وهذا ما سنتطرق له بالتفصيل من خلال ما سيأتي من خلال هذه الدراسة.

أ- **طبيعة المسؤولية عن التفاوض الإلكتروني:** القاعدة وعلى ما استقرت عليه محكمة النقض الفرنسية أن المسؤولية في مرحلة التفاوض مسؤولية تقصيرية وليست عقدية فالمفاوضات تعتبر مجرد أعمال مادية، غير ملزمة ولا ترقى إلى مستوى التصرف القانوني التعاقدي ولا يترتب عليها أي أثر قانوني، ولا يترتب عن ذلك سوى المسؤولية التقصيرية إذ نتج عنه ضرر للطرف الآخر[1].

وطبقا لذلك فإن المسؤولية التي تنشأ في مرحلة المفاوضات الإلكترونية هي مسؤولية تقصيرية[2]، أساسها الخطأ نتيجة الإخلال بمبدأ حسن نية، وبهذا تكون محكمة النقض قد رفضت صراحة فكرة الخطأ في تكوين العقد التي نادى بها أهرنج، فالمفاوضات عمل مادي ولا يرقى إلى مرتبة التصرف القانوني ومن ثم لا محل للمسؤولية العقدية، فقطع المفاوضات لا ينطوي على خطأ عقدي[3].

وقد أقرت قواعد اليوندروا Unidroit هذا المبدأ واعتبرت المسؤولية في مرحلة التفاوض تقوم على أساس الخطأ التقصيري، حيث نصت أحد مواده من هذه القواعد على أن الطرف الذي يتفاوض بسوء نية يعد مسؤلا عن الخسائر التي سببها للطرف الآخر، أي يكون مسؤولا عن الضرر الذي يسبب للطرف الآخر[4].

وتعتبر المسؤولية التقصيرية من النظام العام فلا يجوز الاتفاق مسبقا بين طرفا التفاوض الإلكتروني على الإعفاء منها، ويقع كل شرط مخالف لذلك باطلا، وخاصة إذا كان يعفي هذه المسؤولية الناجمة عن العمل الضار مهما كان نوعه ويلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض[5].

ولكن قد يحدث أحيانا أن يقطع أطراف التفاوض مرحلة جادة من المفاوضات وهم في طريقهم إلى التعاقد النهائي، بحيث يمكن اعتبار ما تم الاتفاق عليه في هذه المراحل بمثابة اتفاقات نهائية منظمة لمرحلة التفاوض وسابقة على إبرام العقد النهائي الأصلي المراد إبرامه، وهنا ينقلب التفاوض من عمل مادي إلى تصرف قانوني ملزم وتتحول هنا المسؤولية التقصيرية إلى مسؤولية عقدية[6].

1- الطعن رقم 862، جلسة 1986/01/19، حيث قضت المحكمة أن المفاوضات ليست إلا عملا ماديا.

2- د/ محمد حسين منصور، المسؤولية الإلكترونية، المرجع السابق، ص 62.

3- د/ أمية حسن علوان، ملاحظات حول القانون الواجب التطبيق على المسؤولية قبل التعاقدية عن قطع المفاوضات في العقود الدولية، تقرير مقدم إلى معهد قانون الأعمال الدولي، كلية الحقوق، القاهرة 1993، ص 64.

4- هذا ما نصت عليه المادة 5/2 من قواعد اليوندروا.

5- وهذا ما نصت عليه المادة 124 من ق. م . ج.

6- د/ أمية حسن علوان، المرجع السابق، ص 64.

أما الفقه والقضاء الفرنسي فإنهما يفرقان في هذا الصدد بين صورتين من صور التفاوض فإذا كان هذا الأخير مصحوبا باتفاق أو عقد تفاوض كانت المسؤولية عقدية، أما إذا لم يكن هناك اتفاق على التفاوض فإنها لا تكون إلا تقصيرية، وقد حددت محكمة النقض الفرنسية الخطأ الذي يتمثل في العدول عن المفاوضات أو قطعها أو الانسحاب منها بأنه الخطأ القائم على إرادة الأضرار أو الخطأ الذي يصاحبه سوء نية وليس مجرد الخطأ العادي[1].

آليات التسوية الإلكترونية للمنازعات: تتنوع آليات التسوية الإلكترونية للمنازعات فقد تتم التسوية من خلال التفاوض الإلكتروني بين أطراف النزاع فقط، وقد تتم من خلال الوساطة الإلكترونية التي يوجد فيها شخص ثالث محايد يسعى لإنهاء النزاع بين طرفيه دون أن تكون له سلطة إلزام الأطراف بما يقرره، وأخيرا قد تتم التسوية من خلال التحكيم الإلكتروني[2].

وقد يتم هذا التفاوض من أجل الوصول إلى تسوية للنزاع عن طريق التفاوض عبر الإنترنت مع تدخل برامج الكمبيوتر التي تعين هؤلاء الأطراف على الوصول إلى تسوية وتسمى بالتفاوض الآلي، والنوع الثاني هو تفاوض يتم بين طرفي النزاع على الإنترنت دون الاستعانة بأي برنامج، من برامج الكمبيوتر، ويسمى بالتفاوض بالمساعدة، وسنتطرق لذلك بشيء من التوضيح كما يلي:

أولا- التفاوض الآلي

في هذا النوع من التفاوض يلتقي الطرفان على الإنترنت من أجل الوصول إلى تسوية للنزاع،وذلك دون تدخل أي طرف آخر بينهم، لكن تفاوض الأطراف يتم من خلال برامج كمبيوتر خاصة تقدمها مراكز التسوية الإلكترونية المعروفة بـ (ODR)، ويعتبر مركز Cyber Sehle – من أول الجهات التي استخدمت هذا النوع، ويبدأ برنامج التفاوض الآلي الذي يستخدمه هذا المركز بإعطاء رقم سري لكل طرف من أطراف النزاع وبهذا الرقم يستطيع كل منهم الدخول إلى صفحة على موقع Cyber Sehle ثم يطلب من كل طرف إدخال ثلاث أرقام مختلفة، وهذه الأرقام تعبر عن المبالغ التي يمكن أن يقبلها في التسوية، على أن يدخل المدعي عليه أرقاما تمثل مبالغ أقل بطبيعة الحال من التي أدخلها المدعي، ثم يقوم برنامج كمبيوتر خاص على موقع Cyber Sehle بعقد مقارنة إلكترونية بين المبالغ المدخلة، فإذا وجد أن هناك

---

1 – J. M. Mousseron, op cit, P 44 .

2– حسام محمد أسامة، الاختصاص الدولي للمحاكم وهيئات التحكيم، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر 2009، ص 164.

فارق بين هذه المبالغ المدخلة تعادل 30%، يقوم الكمبيوتر بتحديد المبلغ المستحق في التسوية على الطرفين، على بريدهم الإلكتروني، فإذا تم قبوله تعتبر التسوية قد تمت على أساس هذا المبلغ[1].

ويتضح لنا من العرض السابق للتفاوض الذي يقدمه مركز Cyber Sehle أن عملية التفاوض بين الأطراف لا يمكن أن تتم دون تدخل الكمبيوتر، فالأطراف يقتصر دورهم فقط هنا على إدخال أرقام بالمبالغ المقبولة لديهم لتسوية النزاع، ثم يقوم موقع Cyber Sehle بتحديد المبلغ المستحق من خلال أحد برامج الكمبيوتر المستخدمة لديه[2].

وإذا كان استخدام التفاوض الآلي وفقا للصورة السابقة لا يمكن أن يتم إلا في المنازعات المالية، أي خلافات حول مبالغ مستحقة، غير أن هناك طرفا آخر للتفاوض الآلي يمكن أن يستخدم في جميع المنازعات، ولعل أشهر هذه الطرق هو البرنامج الذي يستخدمه مركز Cyber Sehle، ذلك أن هذا المركز لديه برنامج تقديري أو توقعي على موقعه الإلكتروني، بحيث يطرح مجموعة من الأسئلة على الأطراف، على موقعه الإلكتروني، حيث تتمثل هذه الأسئلة في موضوع النزاع، وما هو معدل التنازل الذي يكون مقبول لدى كل طرف؟ فيصل هذا البرنامج من خلال النقاط المشتركة في إجابات الأطراف إلى وثيقة أو تصور موحد للتسوية كما يمنح نظام Smart settle الأطراف القدرة على التفاوض المباشر لتعديل بعض بنود هذه الوثيقة ، وعلى ذلك يمكن القول بأن نظام التفاوض الآلي الذي يطبقه Smart settle يناسب جميع أنواع المنازعات، كما أن البرنامج التقديري الذي يستخدمه هذا المركز غالبا ما يستنتج منه حلول توفيقية لا يوجد فيها طرف خاسر وطرف منتصر، وذلك على عكس الوضع في برنامج العروض التي يقدمها الأطراف في موقع Cyber Sehle الذي سينشأ عن استخدامه تسوية فيهالا طرف خاسر ولا طرف منتصر.نستخلص مما سبق أن التفاوض الآلي هو التفاوض الذي يتم على الإنترنت بين طرفي النزاع من

1- د/ حسام محمد أسامة، الاختصاص الدولي للمحاكم وهيئات التحكيم، المرجع السابق ، ص 165 وما قبلها.

2- من أهم مراكز وجهات (ODR) التي تقدم خدمة التفاوض الآلي مركز Cyber Sehle وموقعه الإلكتروني http://www. Cyber sehle. Com .

- وكذلك مركز Clickne sehle وموقعه الإلكتروني: http:// clickne sehle. Com.

- وكذلك مركز the clain room وموقعه الإلكتروني http:// www. Clain room. Com

- هذا ما ذكره د/ حسام محمد أسامة، المرجع السابق، ص 166.

خلال استخدام برنامج الكمبيوتر التي تطرحها مراكز التسوية الإلكترونية مثل برنامج العروض المقدمة من الأطراف الذي يطرحه Cyber Sehle، ومثل البرنامج التقديري أوالتوقعي الذي يطرحه Smart settle[1].

ثانيا – التفاوض بمساعدة الكمبيوتر

وهنا يتم التفاوض مباشرة بين الأطراف على الإنترنت، ولكن دون استخدام برامج كمبيوتر خاصة للتسوية كما هو الحال في التفاوض الآلي، فيكون الكمبيوتر وسيلة اتصال بين الأطراف لتبادل وجهات النظر والحلول المقترحة، ويتم هذا الاتصال عبر الإنترنت عن طريق تبادل الرسائل المكتوبة بطريقة لفظية باستخدام المرسال (Massenet) أو باللقاء الافتراضي المباشر على الإنترنت من خلال (Vidéo conférence). من خلال عدة مراحل بداية من مرحلة تحديد الأطراف المتفاوضة، ثم مرحلة تحديد مقومات العقد المنشود بينهما[2].

وبذلك يتضح لنا أنه في التفاوض بمساعدة الكمبيوتر يقتصر دور الكمبيوتر فقط على تقديم خدمة الاتصال أو اللقاء بين الأطراف، دون أن يقدم حلولا للتسوية كما هو الحال في التفاوض الآلي، ولعل من أكبر المراكز التي تستخدم التفاوض بمساعدة الكمبيوتر مركز (Squar tarde) الذي حقق نجاحا كبيرا في تسوية المنازعات.

ويمتاز التفاوض بمساعدة الكمبيوتر ببساطة وسهولة اللجوء إليه فعلى سبيل المثال الموقع الالكتروني لمركز Squar tarde متاح للجميع، فيمكن لطرفي نزاع ما أن يتفقا على التفاوض من خلال الموقع الإلكتروني Squar tarde ويتم التفاوض بينهم على صفحة خاصة من صفحات هذا الموقع لا يمكن لغير الأطراف فتحها، كما أن موقع Squar tarde يقدم للأطراف هذه الخدمة دون مقابل مادي، من خلال استعمال وسائل الاتصال المتاحة على موقع Squar tarde وهو ما يمكن اعتباره نقطة قوة في نظام التفاوض بمساعدة الكمبيوتر[3].

1– تشير الإحصائيات التي تتم داخل هذا المركز إلى أنه يقدم تسوية لأكثر من 800,000 نزاع في السنة الواحدة، ويمكن الرجوع إليه من خلال الموقع الإلكتروني Squar tarde على الموقع: http:// www. Squar tard. Com
– طالع: د/ حسام محمد أسامة، المرجع السابق ، ص 167 وما بعدها.

2– د/ سمير عبد السميع الأودن، العقد الإلكتروني، المرجع السابق، ص 36.

3– د/ حسام محمد أسامة ، المرجع السابق، ص 167 وما بعدها.

ثالثا – تقييم التفاوض الآلي والتفاوض بمساعدة الكمبيوتر من حيث الفعالية

إن التفاوض بمساعدة الكمبيوتر أكثر فعالية من التفاوض الآلي، وذلك لعدة عوامل أولها أن التفاوض بمساعدة الكمبيوتر دون العنصر البشري فيه تركيز على عنصر التكنولوجيا، فالأطراف هم الذين يطرحون الحلول لأنفسهم من أجل التسوية، وهو ما يناسب مع أهمية اللقاء المباشر أو الحديث بين الطرفين وأحد أهم أسباب نجاح المفاوضات بصفة عامة، أما في التفاوض الآلي فالحلول تطرح من خلال برنامج الكمبيوتر خاصة تستخدم طرقا تقديرية ورياضية معقدة قد لا تتناسب مع الواقع أو مع رغبات الأطراف. بينما يكمن ثاني عوامل نجاح التفاوض بمساعدة الكمبيوتر في سهولة وانعدام التكلفة فهذا النوع من التفاوض هو مجرد استخدام للكمبيوتر في الاتصال بين طرفي النزاع، فهو لا يحتاج إلى خبرة أو دراية ببرامج الكمبيوتر الخاصة التي تقدم حلولا للتسوية، كما هو الحال في التفاوض الآلي، ومن الضروري أن نشير هنا إلى أن عدد المنازعات التي يتم تسويتها بالتفاوض بمساعدة الكمبيوتر كبيرة جدا بالمقارنة بغيرها من وسائل التسوية الإلكترونية الأخرى بما فيها التحكيم والوساطة، ويمكن أن نذكرها على سبيل المثال أن الموقع Squar tarde أكثر من 60% من المنازعات التي تطرح على هذا الموقع يتم تسويتها في مرحلة المفاوضة بمساعدة الكمبيوتر[1]، وذلك قبل الانتقال إلى الوساطة التي يقدمها أيضا هذا المركز وهو ما يمكن أن يؤخذ بعين الاعتبار عند تقدير مدى نجاح هذا النوع من التفاوض، ومن الجدير بالذكر أن ننوه إلى أنه سواء تم التفاوض آليا أو عن طريق مساعدة الكمبيوتر فإن للأطراف دائما أو لأحدهما حق رفض التسوية التي يصل إليها الكمبيوتر في التفاوض الآلي، أو في التفاوض بمساعدة الكمبيوتر، فالمفاوضات تتميز بصفة عامة بالطابع الغير الملزم، ويتوقف نجاحها دائما على قبول الطرفين معا المشروع المقترح للتسوية[2].

1– د/ حسام محمد أسامة، المرجع السابق، ص 169.

2– د/ حسام محمد أسامة، نفس المرجع ، ص 170.

الباب الثاني

الجانب التطبيقي للمرحلة السابقة

على التعاقد

الباب الثاني

الجانب التطبيقي للمرحلة السابقة على التعاقد

إن أهم هدف وفي الحقيقة هو الأساسي للعملية التفاوضية ككل هو التوصل إلى صياغة مشتركة لمشروع العقد المنشود، والذي تبذل من أجله الجهود وتنفق الأموال للتوصل إلى إبرامه، ويتحقق ذلك من خلال إجراء اتصالات مباشرة أو غير مباشرة فيما بين الأطراف، وذلك من خلال ما يسمى بعملية التفاوض.

ومما تتطلبه المفاوضات على العقد المنشود، هو قيام الطرفين بالتشاور والتباحث، وتحضير الدراسات والمقترحات والعروض، وإن استدعي الأمر التنازلات، وبذل الكثير من المساعي والجهود والتعاون المستمر لتحقيق الأهداف المرجوة من عملية التفاوض على العقد.

وتمر عملية التفاوض على العقود، وخاصة منها الهامة والثقيلة في الميدان التطبيقي على العموم بثلاث مراحل أساسية، وهي مرحلة انعقاد التفاوض، ثم المرحلة التي تليها مباشرة وهي مرحلة سير العملية التفاوضية، وفي الأخير مرحلة انتهاء التفاوض على العقد.

فالتفاوض يبدأ بمرحلة انعقاده، وهو ما يعرف بمرحلة الاتفاق والدخول في التفاوض بعد الاتصال بين الطرفين قبل ذلك بطرق عديدة، ثم يلتقي فيها الطرفين ويعبران عن إرادتهما أو رغبتها المتبادلة في الدخول في عملية التفاوض بشأن عقد منشود يردان إبرامه في المستقبل.

ثم تأتي بعد ذلك مرحلة سير المفاوضات التي تعقد فيها جلسات تفاوضية، يتم فيها تبادل الدراسات المحضرة، والاقتراحات والمشاورات، والمناقشات، وإن استدعي الأمر التنازلات بهدف الوصول إلى تحديد شروط وبنود ومراحل العقد المتنوعة أثناء تنفيذه، ثم يتوج كل ذلك في الأخير بإبرام العقد المنشود.

ثم تأتي بعد ذلك آخر مرحلة لعملية التفاوض، وهي مرحلة انتهاء المرحلة السابقة على التعاقد إما متوجة بالنجاح، وإما مصحوبة بالفشل.

خلال كل هذه المراحل تنشأ التزامات قبل أو خلال أو حتى بعد التفاوض على العقد وما يتم قبلها أو خلالها من اتفاقات، سواء كانت مؤقتة تنظم التفاوض في حد ذاته فقط، أو اتفاقات جزئية أو مرحلية تنظم موضوع العملية التفاوضية بشكل مرحلي.

وقد ينجر خلال مرحلة التفاوض على العقد ككل مشكلات، قد تؤدي إلى توقف التفاوض أو انقطاعه بشكل مؤقت أو نهائي بسبب مبرر أو بدون سبب شرعي، وما ينجر عن ذلك من مسؤوليات وآثار

مختلفة، وما يترتب عن ذلك من تعويض للطرف المتضرر من ذلك وغالبا ما يكون الطرف الضعيف في هذه العلاقة.

إلى جانب أننا لا يجب أن نغفل مبدأ لا يقل أهمية عن عملية التفاوض في حد ذاتها، ألا وهو مبدأ إعادة التفاوض، الذي يتم إعماله بعد إبرام العقد وأثناء تنفيذ مراحله وشروطه، وإذا صادق أن اعتراها خلل أو حادث مفاجئ أدى إلى عدم توازن شروط ومراحل العقد خاصة من الناحية المالية، وهذا من خلال ظروف وأحداث غير متوقعة.

إن إعمال هذا المبدأ الهام الذي من خلاله يتم إعادة التوازن المطلوب لبنود وشروط ومراحل العقد المختلة، وهذا المبدأ يتم تفعيله من خلال مرحلة وعملية تفاوض جديدة.

ومن خلال كل ما سبق ذكره، وفيما يلي نعرض في هذا الباب لكل ذلك، من خلال فصلين أساسيين، سندرس في الأول موضوع انعقاد وسير المرحلة السابقة على التعاقد، أما الفصل الثاني نخصصه لدراسة مسألة التنفيذ الجبري أو بمقابل، ومبدأ إعادة التفاوض، وهذا على النحو الذي سيأتي بيانه.

الفصل الثالث

انعقاد وسير المرحلة السابقة على التعاقد

الفصل الثالث

انعقاد وسير المرحلة السابقة على التعاقد

إذا كان التفاوض على العقد يهدف في أساسه إلى الإعداد والتحضير للعقد النهائي المراد إبرامه، إلا أن هذا التفاوض يحتاج في كثير من الأحيان وفي أغلب الحالات إلى التحضير والإعداد والاستعداد الجيد قبل الدخول فيه.

إن الاتفاق على التفاوض على العقد يتم دائما باتفاق الطرفين، صراحة أو ضمنا على الدخول في التفاوض، ومن ثم فإن التفاوض ينعقد بين أطرافه عملا بانعقاد هذا الاتفاق.

ويتم الاتفاق على التفاوض شأنه في ذلك شأن أي اتفاق آخر بتبادل إيجاب وقبول متطابقين لهذا الأمر، وذلك بأن يقوم أحد الطرفين بتوجيه دعوة بالدخول في التفاوض إلى الطرف الآخر، هي بمثابة إيجاب بالتفاوض ومتى قابلها قبول مطابق من الطرف الآخر، انعقد التفاوض بينهما.

بعد انعقاد اتفاق التفاوض يدخل الطرفان في عملية التفاوض بكل ما تحمله من جهود ودراسات ومناقشات واقتراحات وحتى تنازلات، وكل ما يتخلله من اتفاقات منظمة لعملية التفاوض في حد ذاتها، أو اتفاقيات جزئية أو مرحلية، شيئا فشيئا يصل الطرفان إلى إبرام العقد النهائي.

ولهذا سنبدأ دراسة هذا الفصل من خلال المبحث الأول الذي نخصصه لموضوع التحضير والدعوة إلى التفاوض على العقد المنشود، ثم نتطرق في المبحث الثاني إلى موضوع سير عملية التفاوض، ثم ندرس في المبحث الثالث والأخير من هذا الفصل موضوع القطع التعسفي للمرحلة السابقة على التعاقد على النحو الذي سيأتي بيانه.

المبحث الأول

التحضير والدعوة إلى التفاوض على العقد المنشود

إن تعاظم القيمة الاقتصادية والمالية، للعقود الهامة والتي تعرف بالعقود الثقيلة والمركبة خاصة منها عقود المنشآت الكبرى وعقود التشييد وعقود نقل التكنولوجيا، وعقود الامتياز التجاري، لا شك أنه حتى يتم إبرامها لا بد أن تسبقها مرحلة جد هامة من التفاوض تتسم بالتعقيد ومليئة بالمخاطر وذلك بالنظر لأهمية الصفقة المراد التعاقد بشأنها.

لذلك فإن الأطراف المتفاوضة في هكذا حالة يكونون في حاجة ماسة إلى التحضير والاستعداد الجيد قبل اتخاذ القرار النهائي بالدخول في التفاوض، حتى يبين لكل طرف حقيقة الصفقة والعقد المراد التفاوض حوله، فإذا لم يفعلوا ذلك كان التفاوض بالنسبة لهم بمثابة قفزة في الظلام.

لذا فإنه إذا ما تولدت لدى أحد الأطراف فكرة عقد من هذه العقود، وعزم على إبرامه فإنه يقوم أولا بالدراسات اللازمة والمستفيضة لموضوع هذا العقد الذي سيتفاوض معه حول موضوع هذا العقد، بعد أن يتحقق جيدا من شخصيته عن طريق توجيه دعوة إلى التفاوض بالوسائل التي يراها مناسبة بشكل صريح أو بشكل ضمني.

على أن هذا الطرف قد يكون مقيدا في اختيار من يتفاوض معه، وذلك إذا كان قد وعد أحد الأشخاص بأن يختار هو أولا، أي بالأفضلية على غيره إذا ما أراد التفاوض يوما ما بشأن هذا العقد، وهذا ما يعرف بالوعد بالتفضيل .

إذا وعلى العموم فإننا قمنا بتقسيم هذا المبحث إلى ثلاث مطالب خصصنا الأول لموضوع التحضير للتفاوض على العقد المنشود، أما المطلب الثاني فخصصناه لموضوع الدعوى إلى التفاوض أو الإيجاب بالتفاوض، أما المطلب الثالث فندرس من خلاله موضوع القبول بالتفاوض على العقد المنشود، وهذا من خلال التفصيل الذي سيأتي بيانه على النحو التالي.

المطلب الأول: التحضير للتفاوض على العقد المنشود

إن التفكير في إبرام عقد من العقود المركبة والهامة اقتصاديا وماليا وذات الآثار الاجتماعية المهمة وخاصة بالنسبة للطرف المدين أو المحتاج أو الضعيف في هذه العلاقة، فإن إبرام هذا العقد يحتاج إلى مرحلة تسبق إبرامه قد يحتاج إلى وقت طويل يمتد إلى عدة شهور وقد يصل إلى عدة سنوات، وهذه المرحلة من المفاوضات هي في حد ذاتها تحتاج كذلك إلى مرحلة التحضير الجيد والمستفيض في جوانب

كثيرة، حتى يتم دخول أي طرف في مرحلة التفاوض وهو على بينة من أمره مدركا لخطورة ما سيقوم به سواء كانت مالية أو قانونية أو فنية أو عملية...الخ، وهذا من أجل تذليل كل العقبات التي قد تعرقل إتمام وتحقيق الهدف المرجو من عملية التفاوض وهو نجاحها وذلك من خلال إبرام العقد المنشود.

لذلك سنتناول دراسة هذا المطلب، من خلال ثلاث فروع، أولها هو التحضير لعملية التفاوض على العقد، أما الثاني فسنفرده لمسألة البحث عن الطرف الآخر للتفاوض، أما الفرع الثالث فسنتطرق من خلاله لمسألة الدراسات التمهيدية المجهزة لعملية التفاوض، وهذا كله سيتم على النحو الذي سيأتي بيانه كما يلي:

الفرع الأول: التحضير لعملية التفاوض على العقد

إن الإعداد للمفاوضات والتحضير لها، هو من العمليات الشاقة التي قد تستغرق وقتا وجهدا ونفقات، وخاصة التي تسبق إبرام العقد الدولي، وإن كان التحضير جيدا ينتهي التفاوض غالبا بإبرام عقد ناجح يتم الاتفاق عليه وتنفيذه بطريقة سليمة وهادئة ويحقق كل طرف ما يبتغيه من ورائه[1].

إن المفاوضات تتمثل بحوار يجري بين متعاقدين احتماليين من أجل البحث عن إمكانية إيجاد توافق للإرادات تجاه الحقوق والالتزامات التي تمثل محل العقد.

لذا فإنه من الضروري إيجاد حالة من الرضا بين المتفاوضين من أجل تحقيق مشترك للأهداف التي تجري من أجلها المفاوضات[2].

وغالبا ما تكون المفاوضات على العقد مسبوقة بالتدابير المالية المتعلقة بالاجتماعات ومكان إجراءها، وما تتطلبه هذه المفاوضات من نفقات مالية على مختلف المستويات من حيث تمويل مشروع العقد والضمانات المختلفة المتعلقة به[3].

إن التحضير للمفاوضات بشأن الأعمال الدولية تأخذ مكانة بارزة، نظرا لتوسع وتعقد بعض العمليات التي تحيط بمجالات حيوية، خاصة إذا تعلق الأمر بنقل التكنولوجيا والمعارف والمواد الإستراتجية، وتحتاج المفاوضات لإدارتها إلى تحضيرات عديدة، تفرض على القائم بها أخلاقيات معينة[4].

فيتم التحضير لعملية التفاوض على الأقل بسبع عوامل رئيسية منها: بيئة المفاوضات، والثقافة والإيديولوجية والبيولوجية والتنظيمات الأجنبية وعدم الاستقرار والتغيرات المفاجئة.

1- د/ أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي ، المرجع السابق ، ص 31.

2 - د/ محمد علي جواد، العقود الدولية، المرجع السابق، ص 45.

3- د/ عمر سعد الله، المرجع السابق، ص 163.

4- د/ محمودي مسعود، المرجع السابق ص 94.

1- بيئة المفاوضات: وتشمل بيئة التفاوض المكان والزمان والمحيط والأحداث والأشخاص، وتكون بيئة التفاوض بالضرورة أجنبية على أحد الأطراف أو عليهما معا في حالة اختيار مكان التفاوض غير موطن أحدهما.

فإمكانية التفاوض في الوطن والبيئة المألوفة تمنح للمفاوض ميزة التسهيلات الأوساط الفاعلة وإمكانية التأثير عليها، بحيث يمكنه خلق المناسبات ووضع كل الترتيبات التي تخدم مصلحته فضلا على أنه يتجنب عناء الرحلة وتكاليفها الباهظة، بحيث يستطيع في بيئته من الاستشارة الأخصائيين والمحامين والخبراء وغيرهم واللجوء إلى سلطة صاحبة القرار، ذلك ما يجعله في وضع أفضل.

وفي المقابل فإن الانتقال إلى بلد وأرض الطرف الآخر قد تكون ضرورة لا مفر منها وهي السبيل الوحيد للتفاوض على العقد المراد إبرامه، على الرغم من الصعوبات التي يواجهها التنقل من حيث تكلفة النقل ومشاكل التأقلم والتعامل مع البيئة الأجنبية بثقافتها ولغتها وعاداتها، ما يفرض ضرورة التحضير الجيد، ودراسة إمكانيات تفادي السلبيات والعقبات السالفة الذكر.

وغالبا ما يتفق الأطراف على تبادل الجولات وإجراء المفاوضات بالتناوب في بلديهما كما قد يتفقان على إرجائها في بلد ثالث لتقاسم المتاعب وتفادي الآثار البيئية التي قد يتعرض لها كل منهما، كما يمكنهم الاتفاق على التفاوض بالاعتماد على وسائل الاتصال الحديثة[1].

فالمسائل التي يجب أخذها بالاعتبار والتحضير لها قبل الدخول في عملية التفاوض هو عامل الزمن الذي يجب أن يحسب بدقة، لأن عملية التفاوض وخاصة على العقود الدولية التي تحتاج إلى وقت قد يصل إلى شهور وحتى إلى سنين وخاصة في العقود الثقيلة المركبة، وهذا لإرساء الخطوط الرئيسية ووضع المبادئ العامة، وتدقيق التفاصيل الفنية، والاشتراطات التعاقدية كذلك لا بد لبها من وقت، كما أن ضبط التفاصيل النهائية وإعمال آليات الموافقة عليها مرهونة كذلك بعامل الزمن.

كما أن اللغة أداة فعالة في التفاوض والتي لها تأثير وأثر على سيرها وهي حقيقة واقعية في دنيا الأعمال، لذا فالتحضير مسبقا على استخدام لغة معينة سواء بالتحكم فيها، أو من خلال اللجوء إلى خدمات مترجم مع مراعاة العناية والدقة في اختيار المصطلحات ويحبذ في هذا الصدد أن يكون للمفاوض مترجمه الخاص بحيث يزوده بكل التوجيهات والإرشادات اللازمة، تحضيرا لعملية التفاوض ككل أو خلالها[2].

1- د/ محمودي مسعود، المرجع السابق، ص 94 وما بعدها.

2- د/ محمودي مسعود، نفس المرجع ، ص 95.

2- الثقافة والإيديولوجية: إن فهم الخلفيات الثقافية للمفاوض عن معايير اجتماعية وسلوك ومعتقدات وقيم ومدلول الأقوال والأفعال، من شأنه تذليل العقبات والصعاب التي يمكن أن تعترض السير الحسن لعملية التفاوض، وهذا باستشارة أهل الخبرة في الميدان من مستشارين ورجال أعمال وحتى البعثات الدبلوماسية والسفارات الموجودة في بلد الطرف الآخر أو البلد المضيف[1].

3- البيروقراطية والتنظيمات الأجنبية: من الأمور التي تفرض ضرورة التعرف على كل الإجراءات الإدارية للبلد المضيف لحل المشاكل التي قد تعترض عملية التفاوض أو تعطلها، وقد تصطدم المباحثات بشأن العقود الدولية بالتنظيمات والعقبات البيروقراطية لمكان التفاوض، من خلال استصدار بعض الرخص أو الوثائق الإدارية، وهذا ما يفرض ضرورة التحضير المناسب لعملية التفاوض قبل بدايتها، والأفضل العمل على التحضير للتفاوض من خلال الحصول على ضمانات أكيدة لدى الطرف الآخر لتخطي العقبات البيروقراطية.

4- أخلاقيات التفاوض: يجب أن يكون المفاوض يتمتع بتكوين خاص بمبادئ وأخلاق المهنة، استقرت لدى المتعاملين، هدفها استقرار المعاملات والثقة والائتمان، من حيث التصرف بحسن نية وما يتفرع عنه من التزامات[2]، وهذا من صميم التح>ضيرات للتفاوض ، وفي تحضير الطرف المفاوض في حد ذاته[3].

الفرع الثاني: الدراسات التمهيدية لعملية التفاوض

قبل أن يتخذ صاحب المشروع قرارا بالتفاوض، يكون من الأفضل القيام بإجراء دراسة تمهيدية عن هذا المشروع المزمع تنفيذه، وذلك بهدف الحصول على المعلومات الضرورية والاستشارة الفنية اللازمة، وذلك لاتخاذ القرار المناسب خلال التفاوض، وبالتالي اتخاذ القرار النهائي، بإبرام العقد النهائي أو بالتخلي عنه كلية، ويطلق على هذه الدراسة عمليا اسم – دراسة الجدوى- لأنها تكشف عن جدوى المشروع من الناحية الاقتصادية، واحتمالات نجاحه أو فشله، فهي تقدم لصاحب المشروع غير الخبير الأسس العلمية والفنية التي تمكنه من التقدير السليم للمشروع، والوقوف على المخاطر المتوقعة منه في المستقبل وحتى يعرف حقيقة ما هو مقدم عليه[4].

1- د/ محمودي مسعود ، المرجع السابق ، ص 97.

2- هذا ما سيأتي تفصيله من هذه الدراسة.

3- د/ محمودي مسعود ، نفس المرجع ، ص 97 وما بعدها.

4- د/ عبد العزيز مصطفى عبد الكريم، دراسة الجدوى وتقييم المشروعات، ط 1، درا الحامد للنشور والتوزيع، الأردن 2004، ص 17.

أولا- مضمون الدراسة التمهيدية

إن موضوع العقد، الذي يتم التفاوض حوله، والذي سيكون مستقبلا مشروعا يتم تنفيذه بكل تفاصيله، يحتاج وقبل التفاوض إلى دراسات تمهيدية بالبحث والتحليل، من عدة نواحي لعل أهمها ما يلي:

1 -الجوانب الاقتصادية: حسب دراسة الجدوى الاقتصادية لموضوع العقد نتطرق عموما إلى دراسة السوق، الذي سينفذ موضوع العقد به ، فمثلا في عقود الامتياز التجاري ، يقوم المورد عادة بإجراء دراسة حول إمكانية البيع في منطقة التوزيع القاصرة على الموزع، وحجم المنافسة القائمة، وتحديد مدى تناسب المنتج مع أفكار وذوق واحتياجات المستهلك في تلك المنطقة، وبالتالي حجم الإقبال المتوقع على هذا الإنتاج.

2- الجوانب الفنية: بعد الدراسة الفنية لمختلف المواصفات اللازمة لتنفيذ العقد، نختار له لتنفيذه أحسن المواصفات والحل الأمثل من الناحية الفنية، والذي يوافق أهداف ومصالح أطراف التفاوض للعقد المنشود، ويتلائم مع إمكانياتهم المطروحة والمتاحة، ففي عقود التكنولوجيا تتم المفاضلة بين مختلف الوسائل التقنية والمختلفة لانتقاء أفضل وسيلة تتناسب مع ظروف ومعطيات التجهيز الصناعي المزمع إنشاؤه أو التزود به، فمن أجل ذلك تقوم الدراسة باختيار وبحث المعطيات الأولى لموضوع العقد المتفاوض عليه ومنها نجد مثلا[1]:

3- الموقع: ففي عقود المنشآت الكبرى مثلا غالبا ما تجري دراسة أولية للحالة الموقع المقترح، ومدى صلاحيته من الناحية الجيولوجية لإقامة الإنشاءات عليه، وذلك ببحث طبقات الأرض وطبيعة المكان، وآثار المشروع من طرق وكهرباء ومياه ووسائل نقل واتصال...الخ.

4- الأيدي العاملة: وهذا من أهم العناصر الضرورية التي يجب التأكد منها ومن مدى توافر الأيدي العاملة المتخصصة في موقع تنفيذ المشروع، ودراسة مدى تكلفتها المالية، وكذا مدى الحاجة إلى الاستعانة بالخبراء سواء كانوا أجانب أو محليين.

5- مصادر التمويل: إن مدى توافر التمويل اللازم لتنفيذ العقد، هو الفيصل في طرح موضوع العقد أو مشروعه للمفاوضة من عدمه، والتأكد من توافر التمويل هو الأمر اللازم والأولي للتفكير في طرح الموضوع للتفاوض، لذا فإن الدراسة التمهيدية تحرص على وضع ميزانية أولية للمشروع على ضوء الإمكانيات المالية المتاحة، وتقترح هذه الدراسة أفضل وسيلة للحصول على التمويل الضروري، وتحدد

1- د/ عبد العزيز مصطفى عبد الكريم، المرجع السابق ، ص 18.

بوضوح مشكلة التمويل في العقود الهامة والمركبة والثقيلة وخاصة في الدول النامية[1]. والتي تتغلب عليها عادة بالاقتراض من المؤسسات المالية الدولية، أو يترك الأمر للطرف أو الشركة المنفذة للمشروع، بحيث تتولى تمويل المشروع مقابل تسوية معينة[2].

6- جوانب التأمين: إلى جانب ضرورة وضع دراسة أولية لتقدير مختلف المخاطر المتوقعة، وذلك بهدف تحديد أي من هذه المخاطر ينبغي تغطيته بوثيقة التأمين، ومدى التكلفة المتوقعة لعملية التأمين، وفي مجال الأعمال الدولية يتم تصنيف هذه المخاطر إلى نوعين، النوع الأول يكفي تغطيته بوثائق التأمين التقليدية، مثل الحرائق...الخ، والنوع الثاني يتعلق بمخاطر التجارة الخارجية، مثل مخاطر التصدير، وهذا ما يتم تأمينه بواسطة هيئات تأمين متخصصة يتم إنشاؤها بالخصوص لهذا الغرض في الدول الكبرى[3].

7- الجوانب القانونية: وهذا مما تحتويه الدراسة التمهيدية من تحديد للإجراءات القانونية والتراخيص الإدارية التي يجب الحصول عليها، ومختلف العواقب القانونية التي قد تحول دون تنفيذ شروط العقد، وإذا كان العقد سينفذ في بلد أجنبي، فينبغي دراسة القوانين المحلية الخاصة بالاستثمار في هذا البلد، خاصة إذا كانت هذه القوانين هي الواجبة التطبيق على العقد، ولا شك أن القواعد العامة والنظام العام واجب التطبيق، وحتى ولو كان العقد خاضع لقانون دولة أخرى[4].

ثانيا- طرق إجراء الدراسة التمهيدية

قد تختلف طرق إجراء الدراسات التمهيدية، اللازمة قبل الدخول في مفاوضات جادة حول بناء عقد منشود مستقبلا ونجد من هذه الأساليب والطرق ما يلي:

يمكن إجراء الدراسة التمهيدية من طرف صاحب المشروع أو بوسائله الخاصة ويحدث ذلك بوجه خاص في الشركات الكبرى، لأنها تمتلك عادة فريقا متخصصا وذو خبرة في العديد من المجالات، بحيث يختص هذا الأخير بإجراء دراسات تمهيدية لأي مشروع تعتزم الشركة القيام به، وتتبع هذه الطريقة كذلك شركات القطاع العام، مما يصبح لديها بعد ممارسات عديدة أرشيفا ثريا من الدراسات التمهيدية يمكن أن تستعمله فيما بعد.

1- د/ عبد العزيز مصطفى وطلال محمود، تقييم المشاريع الاقتصادية، دار الكتب للطباعة والنشر، جامعة الموصل 1986، ص 62.

2- مثل البنك الدولي للإنشاء والتعمير B. I. R. D أو عن طريق عقود B. O. T

3- مثل هيئة الـ COFACE بفرنسا.

4- M. Dubisson, op cit, P 79 et s.

ومن ناحية أخرى يمكن لأطراف التفاوض أو صاحب المشروع أن يستعين بالشركة المرشحة لتنفيذ المشروع لإجراء هذه الدراسة، وغالبا ما تتبنى الدول النامية هذا الحل خاصة في مجال نقل التكنولوجيا والمنشآت الكبرى الفنية والعلمية منها، حيث تفتقر هذه الدول إلى الوسائل والإمكانات الضرورية لإجراء مثل هذه الدراسات.

ومن ناحية ثالثة يمكن لأطرف التفاوض أو العقد أو لأحدهما أن يستعين بأهل الخبرة من الغير للقيام بهذه الدراسة، فيقوم بالتعاقد مع أحد مكاتب دراسات الجدوى لهذا الغرض، ويسمى العقد في هذه الحالة بعقد المشورة Contrat de conseil وسنتكلم على هذا الأخير فيما يلي بشكل مختصر[1].

1- عقد المشورة: كثر اللجوء إلى هذا العقد في الآونة الأخيرة، وذلك بالنظر إلى زيادة الدقة والتعقيد في العديد من مجالات الحياة، الأمر الذي جعل الضرورة والحاجة أكيدة إلى اللجوء إلى أهل الخبرة للحصول على المشورة والرأي في الأمور الدقيقة وما يصعب فهمه، ويقصد بعقد المشورة Contrat de conseil ذلك العقد الذي يلتزم بمقتضاه شخص محترف أو خبير، يسمى استشاري بتقديم، المشورة إلى شخص آخر بخصوص أمر معين، وفقا للأصول العلمية والفنية، وذلك لتوجيهه إلى اتخاذ القرار المناسب بشأنه[2].

إذا يمكن للشخص الراغب في التفاوض أو إبرام عقد معين، أن يبرم عقد مشورة مع خبير استشاري يحترف مثل هذه الدراسة، وبمقتضى هذا العقد يلتزم هذا الاستشاري بتقديم المشورة إلى عميله في صورة دراسة جدوى لموضوع المفاوضات، فيحدد من خلال هذه الدراسة مدى احتمال نجاح المشروع وتكاليفه المبدئية وأرباحه المتوقعة وحتى الصعوبات المحتملة، ومدى ملائمة إبرام العقد النهائي بعد التفاوض عليه، ومما لاشك فيه ومن المسلم به أن الالتزام بتقديم المشورة هو التزام ببذل عناية وليس التزام بتحقيق نتيجة، فكل ما يلتزم به الاستشاري هو تقديم مشورة صحيحة وفقا للأصول والمبادئ العامة المطلوبة في مهنته، ولا شأن له بتحقيق النتيجة المتوقعة من عدمها، فإذا فشلت المفاوضات أو حتى المشروع المتعاقد عليه، أو حتى عند تنفيذه ولم يحقق الأرباح المتوقعة منه، رغم المتابعة والأخذ بالنصائح الواردة في المشورة أو الدراسة، فإن الاستشاري الخبير لا يسأل عن ذلك، وهو يسأل من باب أولى إذا لم يبين للعميل نصائحه. ومهما كانت الطريقة التي يتبعها أطراف التفاوض أو أحدهما لإجراء الدراسة التمهيدية، فإن هذه الدراسة يجب أن تكون وافية ودقيقة، حتى لا يكون صاحب الصفقة أو المشروع في مركز ضعيف أثناء التفاوض، فكلما كانت هذه الدراسة مقتضبة، كلما طال أمد المفاوضات من أجل تحديد تفاصيل موضوع العقد

1- د/ نزيه المهدي، الالتزام قبل التعاقدي بالإدلاء بالبيانات المتعلقة بالعقد، د. ن. ع، القاهرة 1996، ص 07 وما بعدها.
2 - د/ نزيه المهدي، نفس المرجع، ص 08 وما بعدها.

وشروطه ولا شك أن سرعة المفاوضات تتوقف على دقة الدراسة وتفاصيلها، وكلما كانت الدراسة دقيقة ومفصلة ومستفيضة، كلما قلت مدة التفاوض، وهذه الدقة المستفيضة من خلال هذه الدراسة المقدمة من خلال مرحلة التفاوض من شأنها أن تساعد على بناء علاقة جدية بين الطرفين قوامها الثقة والتعاون المتبادلين، وتساهم في إنجاح المفاوضات بإبرام العقد النهائي المنشود[1].

الفرع الثالث: البحث عن الطرف الآخر للتفاوض

إنه مما لا شك فيه أن الطرف الآخر في عملية التفاوض يشكل عنصرا جوهريا فيها ومن المساعي الأولية الهامة والتحضيرية البحث عن الطرف الآخر للتفاوض معه، والتحقق من شخصيته، فهو الطرف الثاني في هذه العملية، ومن ثم يجب الحرص الشديد في اختياره والتحقق من شخصيته، خاصة إذا كان العقد المنشود المراد إبرامه من العقود الثقيلة والهامة أو العقود القائمة على الاعتبار الشخصي، فإن الراغب في التفاوض في مثل هذه العقود لا يتفاوض مع أي شخص يصادفه، ولكنه يتفاوض مع شخص تتوافر فيه صفات معينة تضمن للعقد المنشود الحد المناسب من النجاح في المستقبل، إذا يجب اختيار الشخص الذي يكون في مركز مالي ومهني يسمح له بتنفيذ العقد بفعالية دون صعوبات وعقبات.

أولا- البحث عن المتعاقد الآخر

بعد دراسة فكرة العقد والتأكد من جدواها، يقوم الراغب في التعاقد بالبحث عن المتعاقد الأخر للدخول معه في مفاوضات من أجل إبرام هذا العقد المنشود.

ويستطيع الراغب في التعاقد أن يبحث عن المتعاقد الآخر بوسائله الخاصة، وهو ما يحدث عادة في الشركات الكبرى، حيث تكلف الشركة فريقا من المتخصصين لديها يطلق عليهم اسم- مهندسي الأعمال- بالبحث عن المتعاقد الآخر للتفاوض معه عندما تعتزم القيام بمشروع معين[2].

كما أنه يمكنه أن يوجه دعوة إلى الجمهور، ويختار من بين المتقدمين من يراه الأصلح للتفاوض معهم مثل طرح مناقصة عامة.

ويمكنه الاستعانة بالغير في هذا الاختيار، مثل الاستعانة بسمسارة، أو اللجوء إلى البنوك أو الغرف التجارية، وتشترط بعض الدول مثل المملكة العربية السعودية، ودولة الإمارات العربية وجود كفيل للمتعاقد الآخر للتعاقد معه، في حين أن بعض الدول الأخرى مثل مصر والجزائر لا تشترط ذلك[3].

---

1 - د/ نزيه المهدي، الالتزام قبل التعاقدي بالأداء بالبيانات المتعلقة بالعقد، المرجع السابق، ص 10 وما بعدها.

2- M. Dubisson, La négociation des marchés internationaux, op cit, p 61.

3- M. Dubisson, op cit, p 64.

ثانيا – التحقق من شخصية المتعاقد الآخر

بعد العثور على المتعاقد الآخر، يقوم الطرف الراغب في التفاوض والتعاقد من التحقق من شخصيته، وذلك بالاستعلام والتحري عن هذا الشخص ، حتى يحصل على المعلومات الكافية عنه قبل الجلوس معه على طاولة واحدة للمفاوضات، وهذا من صميم التحضيرات الأولية لعملية التفاوض، وهذا النوع من التحقق يعتبر حق لكلا الطرفين، شريطة أن لا يكون من شأنه الاعتداء على حرمة الحياة الخاصة.

إن شخصية المفاوض أو المتعاقد وإن بدت أقل أهمية في عقود الإذعان، بالنظر إلى الحاجة إلى سرعة تصريف السلع والخدمات النمطية، بغض النظر عن شخصية المتفاوض أو المتعاقد الآخر، إلا أنها تعتبر عنصرا جوهريا في العقود الهامة، التي يتم التفاوض عليها، خاصة العقود القائمة على الاعتبار الشخصي حيث تكون شخصية المفاوض والمتعاقد محل اعتبار عند التفاوض وعند نجاحها في الأخير بإبرام العقد المنشود، ومن ثم فإن الشخص الراغب في إبرام عقد من هذه العقود لا يدخل في تفاوض بشأنه إلا بعد التحقق من شخصية الطرف الآخر لأن هذه العقود تقتضي وجود ثقة بين الطرفين، وهذه الثقة لا تتحقق إلا بالتأكد من أن الطرف الآخر أهل للتعامل معه[1].

وقد أخذ القانون اليوم يعتد أكثر فأكثر بشخصية المتعاقد، حتى أنه أصبح يعتبر الغلط في ذات المتعاقد أو في صفة من صفاته بمثابة غلط جوهري يجيز إبطال العقد، إذا كانت تلك الصفة أو الذات هي السبب الرئيسي الدافع إلى التعاقد، وتقدير ما إذا كانت ذات المتعاقد أو صفة من صفاته هي السبب الرئيسي في التعاقد هي مسألة موضوعية يفصل فيها القاضي وفقا لظروف الدعوة دون رقابة من المحكمة العليا[2].

وهناك صفات أساسية معينة يحرص الطرف الراغب في التفاوض عادة على التأكد من توفرها في الطرف المفاوض الآخر، الذي قد يكون الطرف المتعاقد في العقد المنشود وهذا قبل أن يفكر في التفاوض معه، أي هذا يدخل في صميم التحضير الجيد لإجراء المفاوضات العقدية، وهذه الصفات الأساسية تتمثل في الكفاية المالية والكفاية المهنية، وحسن السمعة[3].

1– د/ عبد الكريم عبد اللاه، التفاوض على العقد، المرجع السابق، ص 355.

2– بعد أن نصت المادة 81 من قانون مدني جزائري على أنه يجوز للمتعاقد الذي وقع في غلط جوهري وقت إبرام العقد، أن يطلب إبطاله، ثم جاءت المادة 03/82 قانون مدني جزائري، حيث نصت على أنه إذا وقع الغلط الجوهري في ذات المتعاقد أو في صفة من صفاته، وكانت تلك الذات أو هذه الصفة السبب الرئيسي في التعاقد.

3- J. Ghestin, la nation d'erreur dans le droit positif actueel, th, préc, N° 199. p61.

1- **الكفاية المالية:** ويقصد بها أن يكون الشخص مليئا أو موسرا بالشكل الكافي بحيث يكون قادرا على الوفاء بالتزاماته المالية مستقبلا، من خلال التأكد من ذلك وفقا لمعلومات وأرقام دقيقة، لذا فإنه من الأحوط أن يطلب أحد الأطراف من الآخر الذي يرغب التفاوض معه ثم التعاقد معه تقديم بيان مصرفي عن موقفه المالي أو أن يستدل بنفسه عن مدى يساره، وأن لا يكتفي بالنظر إلى الحالة الاقتصادية الظاهرة وتعتبر الكفاية المالية أمرا جوهريا وخاصة في عقود الإئتمان، مثل عقد القرض، وعقد التأجير التمويلي، فيعتبر هذا الشرط تحفظا ضمنيا في مثل هذه العقود، وهو ما يعرف بالملاءة المالية للمتعاقد الآخر.

2- **الكفاءة المهنية:** تعتبر الكفاءة المهنية أمرا ضروريا بصفة خاصة في العقود التي تقتضي القيام بعمل مهني، وهي أن يكون لدى المتعاقد الآخر من الخبرة العملية والمهارة الفنية ما يمكنه من القيام بالعمل الذي سيناط به بعد التفاوض عليه على أكمل وجه وهذا ما نجده خصوصا عند التحضير للتفاوض على عقود التشييد وعقود نقل التكنولوجيا، وعقود المنشآت الكبرى، ...الخ، حيث يعهد لأحد الأطراف القيام بعمل مهني معين، ومن ثم يجب التأكد منذ البداية أنه قادر من الناحية المهنية على القيام به وللحرص على التأكد من هذا الجانب الهام، فإن أحد الأطراف يحرص على أن يطلب من الأخر تقديم شهادة خبرة، أو بيان سيرة بأعماله المهنية السابقة[1].

3- حسن السمعة: وهو أن يكون الطرف الآخر في التفاوض ومن المنتظر أن يكون متعاقدا في المستقبل، أن يكون متمتعا بسمعة طبية في وسطه المهني، وذلك بأن يكون معروفا عليه الوفاء بالعهد دون مماطلة، والصدق في القول دون مراوغة، والأمانة في أداء العمل، والدقة في احترام المواعيد، هذه كلها صفات يجب أن يتحلى بها المتعاقد الآخر حتى يمكن الثقة فيه، والتفاوض معه باطمئنان[2].

ثالثا- وسائل التحقق من شخصية المفاوض الآخر

هناك طريقتين يمكن من خلالها التحقق من شخصية المتعاقد الآخر، وهما المساعي الشخصية، والاستعانة بالغير.

1- المساعي الشخصية: ليس غريبا أن يقوم صاحب الشأن عن الاستعلام عمن يرغب في التفاوض معه، بل يعتبر ذلك أمر طبيعي، بأن يقوم باستجواب الطرف بفحص سجلات، الشهر القانوني للشركات، أو السجل التجاري، أو بالإطلاع على تقارير الغرف التجارية...الخ مع مراعاة المحافظة على الأسرار المهنية.

1- د/ محمودي مسعود، أساليب وتحقيقات إبرام العقود الدولية، المرجع السابق، ص93 وما بعدها.

2- د/ محمودي مسعود، نفس المرجع ، ص 97.

2-الاستعانة بالغير: يستطيع الراغب في التفاوض أن يحصل على معلومات تفصيلية ودقيقة عن المتفاوض الآخر عن طريق الاستعانة بالغير مثل:

أ-**البنك:** بحيث يحوز البنك على الكثير من المعلومات عن عملائه، والأصل أن البنك يلتزم بالحفاظ على أسرار عملائه، ولكن يرد على ذلك بعض الاستثناءات التي تهدف إلى الموازنة والتوفيق بين اعتبارات السرية ومقتضيات التجارة، فمن ذلك أن يلتزم البنك بأن يفصح للكفيل عن المركز المالي للمدين الأصلي، وإلا وقع الضمان باطلا، وغنى عن البيان أن التزام البنك في هذه الحالة هو مجرد التزام ببذل عناية[1].

ب- مكاتب الاستعلام التجارية: وهي مكاتب منتشرة في الدول المتقدمة، ويتم اللجوء إليها للحصول على معلومات معينة عن الشركة المرشحة للتفاوض أو التعاقد معها، أو عن التاجر أو رجل الأعمال المرشح لذلك، وتلتزم هذه المكاتب بالحرفية والموضوعية والدقة بالإدلاء بالمعلومات، وفي حالة الإخلال بها انعقدت مسؤوليتها.

ج- مكاتب الاستخبارات الخاصة: وقد ظهرت هذه المكاتب حديثا في اليابان ثم انتشرت بعد ذلك في أوروبا، وهي تقوم بدور الخبير الخاص للتحري والتقصي عن الشخص المحتمل التفاوض أو التعاقد معه، ولا شك أن هذه الوسيلة مشروعة شريطة أن لا يتضمن أي اعتداء على حرمة الحياة الخاصة[2].

رابعا- مدى حرية الشخص في اختيار من يتفاوض معه

ليس هناك شك أن الشخص الذي يريد التعاقد يكون حرا في اختيار من يتفاوض معه، بحيث يمكنه الاختيار والمفاضلة بين شخص وآخر، حسب الشروط التي يريد تحقيقها فيه، حتى يضمن مصالحه، ويطمئن لتحقيق أهدافه، ومع ذلك فإن هذا الشخص قد يقيد حريته في هذا الشأن بمحض إرادته، وذلك بأن يخول شخصا معينا حق الأفضلية في التفاوض فيعده بأن يفضله على غيره إذا ما أرد يوما ما أن يتفاوض لإبرام عقد معين، ويطلق على هذا الوعد اسم – الوعد بالتفضيل-.

والوعد بالتفضيل في مدلوله العام هو اتفاق يتعهد بمقتضاه أحد الطرفين، ويسمى الواعد، إذا ما قرر مستقبلا إبرام عقد معين، أن يفضل الطرف الآخر، ويسمى المستفيد على سائر الراغبين في التعاقد، غير أن فرصة التفضيل هذه احتمالية نظرا لأنها متوقفة على عزم الواعد التعاقد من ناحية، وعلى ظروف المستفيد التي لا تمكنه من قبول شروط الواعد، وعلى العموم فالوعد بالتفضيل خطوة تمهيدية في سبيل إبرام عقد قد يبرم مستقبلا، ومن باب أولى التفاوض حوله قبل إبرامه طبعا، إن الوعد بالتفضيل له ذاتيته

1- د/ عبد الكريم عبد اللاه، التفاوض على العقد، المرجع السابق، ص 359.

2- د/ عبد الكريم عبد اللاه، التفاوض على العقد، نفس المرجع، ص 359.

الخاصة، وهذا لا ينفي صفته كعقد، يمر بالمراحل التي تمر بها العقود الأخرى من حيث انعقادها وآثارها وانقضائها[1].

وفي مجال التفاوض فهو اتفاق كامل يتم بإيجاب من الواعد وقبول من الموعود له، ولكنه يمهد فحسب للتفاوض على عقد معين يحتمل إبرامه فيما بعد، وهو يلزم الواعد إذا ما قرر مستقبلا أن يتفاوض لإبرام عقد معين، وذلك بأن يوجه إليه الدعوة أولا لذلك فإذا رفض الموعود له هذه الدعوة، أو فشل التفاوض بينه وبين الواعد، جاز للأخير أن يتفاوض مع أي شخص من الغير.

فالوعد بالتفضيل لا يتضمن رضاء الواعد بالعقد النهائي، إذا الفرض أنه لم يقرر بعد ما إذا كان سيبرم العقد أم لا، بل إنه لا يعين في وعده شروط العقد الجوهري، كما أن اعتبار الوعد بالتفضيل وعدا معلقا على شرط واقف يعني أن العقد النهائي يتم بأثر رجعي من وقت قيام الواعد – تطبيقا لفكرة الأثر الرجعي للشرط– وهو ما لا يتفق مع طبيعة الوعد بالتفضيل، حيث يقتضي أن يتم العقد النهائي دون أثر رجعي، وفضلا عن ذلك فإن القول بأن الوعد بالتفضيل هو وعد بالتعاقد معلق على شرط واقف من شأنه أن يجعل هذا الوعد باطلا، نظرا لأن هذا الشرط يتوقف تحققه على محض إرادة الواعد[2].

خامسا– مجال الوعد بالتفضيل

تكثر المجالات التي يستخدم فيها الوعد بالتفضيل، وهو إما أن يكون في صورة اتفاق مستقل يطلق عليه – عقد التفضيل– وإما أن يكون في صورة شرط مدرج في عقد آخر يطلق عليه – شرط التفضيل– وقد يرد هذا الوعد على كثير من العقود مثل عقد البيع وعقد الإيجار وعقد الشركة وعقد النشر، والعقود التجارية الأخرى، وهناك ثلاث صور لشرط التفضيل شاع استخدامها في العقود التجارية، خاصة عقود التجارة الدولية، وهي شرط العرض المنافس، وشرط العميل الأولى بالرعاية، وشرط الرفض الأول[3].

1–شرط العرض المنافس: وهو الشرط الذي يدرج عادة في العقود التجارية طويلة المدة، خاصة عقود التوريد، وبمقتضاه يلتزم المشتري (المورد إليه)، إذا ما تلقى عرضا منافسا من الغير أثناء مدة العقد، أن يعرضه أولا على البائع (المورد)، فإذا قبل الأخير التعامل مع المشتري وفقا لشروط هذا العرض، فإن العقد يستمر بعد تعديله على أساس هذه الشروط، وإلا جاز للمشتري أن يتعاقد مع الغير، صاحب هذا العرض

1– د/ سعيد جبر، الوعد بالتفضيل، د. ن. ع، القاهرة 1993، ص 06 وما بعدها.

2– د/ سعيد جبر، نفس المرجع، ص 07.

3- M. Fontaine, les clauses de l'offre concurrente, du clicnt le plus favorisé et la clause de premier refus dans le contrat en formation, op cit, P 287 et s.

المنافس، ويكون العقد حينئذ مفسوخا من تلقاء نفسه، والأمثلة على هذا الشرط كثيرة في الميدان العملي وخاصة التجاري منه.

2- شرط العميل الأولى بالرعاية: وهو الشرط الذي يلتزم بمقتضاه أحد الطرفين وهو المورد عادة بأن يمنح الطرف الآخر نفس الشروط المتميزة التي يعتزم في المستقبل منحها للغير في عقد مماثل، طبعا الأمثلة على ذلك في ميدان الأعمال كثيرة[1].

3- شرط الرفض الأول: وهو الشرط الذي يلتزم بمقتضاه أحد الطرفين بألا يبرم عقدا معينا مع الغير في المستقبل إلا بعد أن يعرض إبرامه على الطرف المستفيد ويرفض هذا الأخير هذا العرض، فهو يجعل إمكانية إبرام عقد معين مع الغير في المستقبل متوقفة على رفض المستفيد لهذا العقد أولا، ومن هذا جاءت تسمية شرط الرفض الأول[2].

ويدرج هذا الشرط غالبا في عقود الامتياز التجاري المصحوبة بشرط القصر ومثال ذلك: أنه إذا رفض صاحب حق الامتياز توزيع أحد المنتجات الواردة في الكتالوج الذي يعرض عليه في المستقبل استطاع مانح الامتياز أن يسند توزيعه إلى موزع آخر، أو أن تمنح شركة حق امتياز تصنيع إلى شخص معين، وتلزمه متى أراد تصدير جزء من إنتاجه إلى بلد آخر أن يمنح موزعها الوحيد في هذا البلد حق الرفض الأول لتوزيع هذه المنتجات، مثال ذلك أن تمنح شركة لصناعة السيارات (أ) حق امتياز تصنيعها إلى (ب)، وتشترط عليه ما يلي: وفي جميع الحالات التي ينوي فيها (ب) تصدير السيارات التي ينتجها بناء على هذا الامتياز إلى الدولة (ج)، فإنه يلتزم بعرض توزيعها أولا على (د) الموزع الوحيد للشركة (أ) في هذه الدولة، فإذا رفض (د) العرض المقدم إليه، جاز لـ (ب) التعاقد مع أي شخص من الغير، شريطة أن لا يعرض على هذا الغير شروطا أفضل من تلك التي عرضها على (د)[3].

إن الوعد بالتفضيل هذا قد يكون خاصا بعقد ما سيتم في المستقبل، وهذا لا يمنع من أن يسبق هذا التعاقد مرحلة من المفاوضات على العقد المنشود، ومن خلال مختلف صور الوعد بالتفضيل المذكورة سابقا، وخاصة في العقود التي تكتسي أهمية خاصة في مجال الأعمال، أو ما تعرف بالعقود الثقيلة.

1- M' Fontaine, op cit, P 288.

2- سنقتصر على هذا القدر فيما يخص الوعد بالتفضيل دون التطرق إلى أحكامه وآثاره.

3- Mousseron, op cit, N° 106, P 61.

المطلب الثاني: الدعوة إلى التفاوض أو الإيجاب بالتفاوض

بعد التحضيرات الجيدة والدراسات التمهيدية المطلوبة للدخول في المفاوضات على العقد المراد إبرامه من مركز قوة وخاصة بالنسبة للطرف الضعيف في العلاقة، يبدأ صاحب فكرة العقد أو المشروع في اتخاذ الخطوة والمبادرة الأولى، وذلك بتوجيه دعوة إلى شخص بحد ذاته أو إلى عامة الجمهور، يعلن فيها عن رغبته في التفاوض حول موضوع هذا العقد المطروح تحضيرا لإبرامه، وهذا طبعا دون أن يضمن دعوته الشروط الجوهرية للعقد المنشود، ودون الإعلان عن رغبته النهائية بإبرام العقد، إذ أنه من المفروض أنه لم يتم أخذ القرار النهائي بذلك وإنما يهدف من وراء ذلك إلى التأكد من حسن نية الطرف الآخر ومدى استعداده للتعاقد، وإن تأكد من ذلك بالإيجاب فإنه يدخل معه في عملية جد هامة في المفاوضات حول شروط العقد المختلفة، للوصول بشأنها إلى اتفاق مشترك يتوج في النهاية بنجاح المفاوضات، وبالتالي إبرام العقد المنشود.

لذلك يطلق على هذه الدعوة اسم – الدعوة إلى الدخول في المفاوضات– أو ما تسمى –بالدعوة إلى التفاوض– وكذلك تسمى بالإيجاب بالتفاوض وهذا طبعا للتمييز بينها وبين الإيجاب بالعقد، الذي إذا اقترن به قبول مطابق انعقد العقد في الحال، فضلا عن تضمن هذا الإيجاب بالعقد لكافة الشروط الجوهرية للعقد، حيث أن الدعوة إلى التفاوض تتضمن إرادة أولية عازمة على اجراء التفاوض على كل بنود العقد وشروطه.

وقد ذهب جانب من الفقه إلى تسمية هذه الدعوة إلى التفاوض بالإيجاب بالتفاوض ولا شك أن هذه التسمية صحيحة، بحيث أنه إذا اقترن قبول مطابق وجه إليه الإيجاب بين الطرفين تم انعقاد التفاوض.

وفي الحقيقة وفي الواقع فإن الإيجاب بالتفاوض يتخذ في الحياة العملية إحدى صورتين، فهو إما أن يكون إيجابا صريحا، وهذا ما سنتطرق له في الفرع الأول من هذا المطلب وإما أن يكون إيجابا ضمنيا بالتفاوض وهذا ما سندرسه في الفرع الثاني من هذا المطلب ثم نبين في الفرع الثالث من هذا المطلب الأثر القانوني للإيجاب بالتفاوض، وهذا على النحو الذي سيأتي بيانه.

الفرع الأول: الإيجاب الصريح بالتفاوض على العقد

إنه لا يوجد ما يمنع أن تتضمن الدعوة إلى التفاوض بعض العناصر الجوهرية مثل تحديد طبيعة العقد ومحل العقد، وتبقى العناصر الأخرى في طي الكتمان حتى تكون مجالا للتفاوض حولها، فمنذ البداية

إذا كان الإيجاب مشتملا على بيان جميع العناصر الجوهرية، عندئذ يعد إيجابا بالمعنى الصحيح، فإذا صادف قبولا تم العقد دون مفاوضات[1].

وفي العقود الهامة والمعقدة أو المختلطة يجب أن يكون الإيجاب بالتفاوض صريحا، وذلك حتى يتبين للطرف المقابل أن المقصود بهذا العرض أو الإيجاب الذي وصل إلى علمه هو مجرد دعوة إلى التفاوض فحسب وليس إيجابا بالعقد ذاته بحيث لا يثور فيما بعد أي شك أو منازعة حول مدلول هذا العرض.

ولذلك يحرص الداعي إلى التفاوض بشأن عقد من هذه العقود الهامة، وعادة على أن تكون دعوة إلى التفاوض حولها صريحة لا لبس فيها، أي أن يعبر في هذه الدعوة صراحة عن رغبته في الدخول في التفاوض حول هذا العقد من أجل التوصل مستقبلا إلى إبرامه، وبذلك يكون الإيجاب بالتفاوض في هذه الحالة صريحا.

وفي الواقع العملي توجد طرقتين تواتر العمل على إتباعها، فقد يوجه الإيجاب بالتفاوض على العقد إلى شخص معين دون الدعوة إلى المنافسة بشأنه وهذا هو أسلوب التعاقد المباشر، وقد يوجه هذا الإيجاب بالتفاوض إلى عامة الجمهور مع الدعوة إلى المنافسة، وهذا ما يعرف بأسلوب التعاقد بأسلوب المناقصة.

إذا قد يتم التعاقد بين الأفراد والشركات الخاصة في مجال الأعمال عادة عن طريق التعاقد المباشر، أي من خلال التوجه إلى شخص معين للتفاوض معه دون غيره، بهدف التوصل إلى إبرام العقد المنشود معه، وهذا الأسلوب يفضلونه رجال الأعمال والمتعاملون في كثير من الحالات للتفاوض مع شخص معين بذاته، وذلك طبعا لتحقيق أهداف ومصالح معينة[2].

كأن يهدف صاحب الدعوة إلى التفاوض بأن يجريه في سرية تامة، حتى لا يتدخل أحد من منافسيه لإفساد الصفقة عليه، إلى جانب توخي السرعة في الإنجاز بداية من التفاوض والوصول إلى إبرام العقد النهائي.

وقد يفضل صاحب المشروع أو صاحب الإيجاب بالتفاوض أن يستعين بمقاول معين بذاته لما له من شهرة وسمعة طيبة ببين أقرانه أو لسبب وجود تعامل سابق بينهما حاز على رضاء صاحب الدعوة، ومن ثم يرغب في الاستمرار في التعامل معه، بل وقد يضطر الشخص إلى إتباع هذا الطريق في التفاوض وبالتالي التعاقد، كما لو كان مرتبطا بوعد بالتفضيل يلزمه باختيار المستفيد للتفاوض معه دون سواه.

1- J. Schmidt, op cit, N° 139, P 71.
2- M. Dubisson, op cit, P 57 et s.

وقد يكون الراغب في التعاقد عن طريق التفاوض واقعا تحت ضغوط سياسية تدفعه إلى التفاوض مع شركة أجنبية تابعة لدولة معينة، توجد بينها وبين دولته اتفاقية تعاون في مجال الأعمال الذي يرغب التفاوض والتعاقد فيه.

وقد يكمن السبب الحقيقي لاختيار شخص بذاته للتفاوض ثم التعاقد معه بشكل مباشر، نظرا لاحتكاره لطريقة الصنع مثلا، وهذا ما نجده مثلا في عقود نقل التكنولوجيا، فالطرف المتلقي لا يجد مجالا للاختيار بين أكثر من مورد، ولكنه يجد نفسه مضطرا للجوء إلى مورد وحيد يحوز تكنولوجيا معينة.

وقد يلجأ المرفق العام أو الإدارة إلى اللجوء إلى هذا الأسلوب في التعامل عندما تريد إبرام عقد إداري معين، وذلك في الحالات العاجلة، أو إذا كانت قيمة العقد زهيدة، أو إذا كانت الصفقة المتفاوض عليها لشراء أشياء محتكرة، أو إذا كانت هناك اتفاقية تعاون مع دولة أجنبية، تكون الإدارة ملزمة بالتفاوض ثم التعاقد مع رجل أعمال في هذه الدولة[1].

أولا- صور الإيجاب بالتفاوض في التعاقد المباشر

في هذا الأمر يتخذ الإيجاب بالتفاوض صورة الدعوة إليه بمفهومها التقليدي المعروف بتوجيه دعوة مباشرة إلى الشخص المرغوب في التفاوض معه تمهيدا لإبرام عقد معين وقد توجه هذه الدعوة شفاهة وجها لوجه أو بالتلفون أو عن طريق رسول محمل بهذه الدعوة، وقد توجه بشكل كتابي عن طريق البريد العادي، أو البريد الإلكتروني ...الخ ، أو إلى غير ذلك من وسائل المراسلة، أو حتى بالإشارة المتداولة عرفا بين رجال الأعمال، بل إنه يكون مستعدا أن يوجه الدعوة إلى التفاوض إلى الطرف الآخر، خاصة في مجال التجارة الدولية، عن طريق ما يسمى بخطاب النوايا، وذلك للدلالة على جدية هذه الدعوة بشكل رسمي[2].

فمضمون الإيجاب بالتفاوض في العقد المباشر لا يتضمن بداهة العزم النهائي على إبرام العقد المنشود، لأن الداعي إلى التفاوض لا يعلن عن عزمه بإبرام العقد، وإنما يعلن عن مجرد الرغبة في الدخول في التفاوض لهذا الغرض.

كما أنه لا يتضمن جميع الشروط الجوهرية في العقد المنشود، بل قد يتضمن بعضا منها والتي يقترح الداعي إلى التفاوض أن يتم التعاقد على أساسها، وعلى هذا فإن الإيجاب بالتفاوض هو دائما عرضا ناقص يحتاج إلى إتمامه بالتفاوض اللاحق بين الطرفين، وذلك حتى يصبح إيجابا نهائيا ومحددا وباتا يصح لأن يقترن به قبول ينعقد به العقد المنشود.

1- د/ عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، ط 3، 2011، ص 184.

2- M. Fontaine, Les lettres d'intention, op cit, P 85.

وعلى كل فإن الإيجاب بالتفاوض هذا يجب أن يظهر قدرا من الجدية والوضوح حتى يجلب انتباه وتركيز من وجه إليه، ويحفز على قبوله وبالتالي الدخول في التفاوض لبناء العقد المنشود.

كما يجب كذلك أن تكون الشروط الواردة في الإيجاب بالتفاوض في هذا الأسلوب شروط مرنة وقليلة، وقابلة للدراسة بالحذف والزيادة والتعديل.

كما أنه يجب كذلك توخي الحذر الشديد عند صياغة الإيجاب بالتفاوض، إذ أنه يجب استخدام كلمات وألفاظا دالة ومحددة بشكل لا غموض فيه وقاطع على أن الأمر يتعلق فقط بمجرد دعوة إلى التفاوض وليس إيجابا بالعقد، وذلك لكي لا يجد الطرف الداعي إلى التفاوض نفسه مرتبطا بعقد قبل أن يتفاوض حول شروطه ويرتضيه[1].

وتطبيقا لما سبق قوله قضت محكمة النقض الفرنسية، بأن خطاب النوايا محل النزاع ينطوي على إيجاب نهائي بتحديد عقد امتياز تجاري، وقد كان هذا الخطاب محررا على الوجه التالي:« يسعدنا أن نعرض عليكم عقد امتياز جديد لعام 1975، والذي ستتحدد أحكامه المختلفة بعد نهاية العام الجاري».

ومهما حاول مرسل الخطاب عبثا أن يؤكد للمحكمة أنه لم يكن يقصد تحديد العقد بشروط جديدة، وقد ردت المحكمة على ذلك بأن المرسل إليه كان من حقه أن يعول على التعهدات الواردة في الخطاب، ويرجع ذلك في الواقع إلى أن صياغة الخطاب كانت غامضة[2].

مما ولد في نفس المرسل إليه ثقة مشروعه في إمكانية تجديد العقد، وليس مجرد التفاوض عليه، وقد يفصل الراغب في إبرام عقد ما وفي بعض الحالات، بدلا من اللجوء إلى شخص معين بذاته وذلك بأن يطرح مناقصة علنية على عامة الجمهور، يدعوهم فيها إلى أن يتقدموا إليه بعطاءات منافسة لإبرام العقد معه، ويحدث ذلك خصوصا في العقود الثقيلة المركبة ذات الأهمية المالية والاقتصادية الكبيرة، مثل عقود المنشآت الكبرى، وعقود التشييد، وعقود التوريد...الخ، ومن يلجأ إلى هذا الأسلوب في المعاملات في الحقيقة يريد تحقيق هدفين أساسين من ذلك، فهو يريد ويحرص أن تتم المناقصة بأقل تكلفة ممكنة، ومن جهة أخرى يحرص على أن يبرمها مع أفضل المتعاقدين من الناحية الفنية والمالية، مع تمتعه بالسمعة الطيبة، وهذا الأسلوب في المناقصات يجعل صاحب المشروع يجد بين يديه أكثر من عرض منافس فيختار من بينهم العرض الأفضل الذي يحقق أهدافه في حدود الإمكانيات المتاحة لديه.

1- د/ عبد الكريم عبد اللاه ، التفاوض على العقد ، المرجع سابق، ص 384.

2- Cass, com, 9 fév, 1981, D 1982, p 4/

- J. Schmidt, Négociation et conclusion de contrat, op cit, N° 29, P 16 et s . وقد ذكره

وفي الحقيقة أن المناقصة يعمل بها أصلا في مجال القانون الإداري، حيث يجبر الإدارة قانونا على إتباع طريق المناقصة[1]، عند الرغبة في إبرام بعض العقود الإدارية، مثل عقود النقل وعقود الخدمات وعقود الاستشارات والأعمال الفنية، وعقود التشييد والأعمال...الخ[2].

ثانيا – صدور الإيجاب بالتفاوض في التعاقد بطريقة المناقصة

يتخذ الإيجاب في هذه الحالة صدور – الدعوة إلى المناقصة– وهي الدعوة المعلن عنها إلى عامة الجمهور عبر وسائل الإعلام المختلفة، وتسمى بالدعوة إلى تقديم العروض.

وقد تتخذ الدعوة إلى المناقصة عدة صور بحسب نطاقها، فقد تكون عامة، وقد تكون مقيدة، وقد تكون جامعة بين الحالتين.

فالدعوة العامة توجه إلى عامة الجمهور للمشاركة في المناقصة المعلن عنها، بحيث يمكن لأي فرد أو أية شركة أن تتقدم بعطاء في هذه المناقصة، وتعد هذه الدعوة الصورة والمألوفة للدعوة إلى المناقصة.

أما الدعوة المقيدة، فهي التي توجه إلى عدد محدود من الأفراد أو الشركات، فتكون الدعوة مقصورة عليهم دون سواهم، وقد يكون صاحب الأمر مضطرا لتقييد المناقصة، وخاصة عندما يكون عدد المنافسين محدودا، أو بسب المواصفات والقدرات والإمكانيات المالية أو الفنية اللازمة للمشروع، أو بسبب المستوى التكنولوجي الراقي المطلوب أو بسبب وقوعه تحت ضغوط سياسية معنية، كوجود اتفاقية تعاون بين الدولتين في هذا المجال[3].

غير أنه يمكن لصاحب الشأن أن يجمع بين هاتين الطريقتين في مشروع واحد، ويحدث ذلك وبوجه خاص في المشروعات العملاقة، بحيث تقسم المناقصة في هذه الحالة إلى مرحلتين ففي المرحلة الأولى يقوم صاحب المشروع بطرح دعوة عامة للمناقصة، لكي يحصل على أكبر عدد ممكن من العروض المنافسة، ثم بعد ذلك يقوم بتصفية هذه العروض ليتخير من بينها أفضل العروض من الناحية المالية والفنية، ثم يقوم بإدراج أسماء الشركات التي تقدمت بهذه العروض المختارة في القائمة المقتصرة، ثم ينتقل إلى المرحلة الثانية، فيقوم بتوجيه دعوة للمناقصة إلى هذه الشركات المنتقاة فحسب.

---

1 – المواد 39 إلى 94 من قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، وفق المرسوم الرئاسي رقم 147/15 المؤرخ في 2015/09/16.

2 – لقد تم التطرق لهذا الأسلوب من المعاملات وهو المناقصة من خلال ما سبق من هذه الدراسة .

3- M. Dubisson, op cit, P 91.

وقبل قيام صاحب المشروع بالدعوة إلى المناقصة يقوم بإعداد ملف كامل عن هذا المشروع يسمى في الحياة العملية – كراسة الشروط– وعندما يعلن عن المناقصة يبين في الدعوة إليها ضرورة الرجوع إلى هذه الكراسة لمعرفة كافة التفاصيل الخاصة بهذه المناقصة، وأنه بإمكان الراغب الدخول في المناقصة أن يحصل منه على نسخة من هذه الكراسة مقابل مبلغ مالي معين.

ويقصد بكراسة الشروط – Cahier de charge – مجموعة الوثائق التي يعدها الراغب أو الداعي إلى المناقصة، ويضمنها الشروط العامة والخاصة التي يرغب في التعاقد على أساسها، وتتضمن كراسة الشروط عادة ثلاثة أنواع من الوثائق وهي[1]:

1 –وثائق الشروط العامة: وهي الوثائق التي تبين الشروط العامة لتنفيذ المشروع محل المناقصة، وخاصة القواعد القانونية والإدارية الواجبة التطبيق على مثل هذا النوع من المشروعات.

2 – وثائق الشروط الخاصة: وهي الوثائق التي تبين الوصف الكامل والدقيق للمشروع المراد تنفيذه، وتحدد المواصفات الفنية المطلوبة.

3 – الملاحق: وهي الوثائق التي ترفق بكراسة الشروط، في بعض الأحيان، وتتضمن التفصيلات الخاصة بعملية التعاقد في حد ذاتها، مثل قوائم السلع المطلوب توريدها، وجداول الأسعار وكيفية تقديرها، وكذا المقاسات – Les mesures– والتصاميم –Les plans– الخاصة بالمشروع المنشود.

ويستطيع صاحب المشروع أن يستعين في صياغة كراسة الشروط بالشروط النموذجية التي أعدتها الهيئات الدولية المتخصصة، مثل الاتحاد الدولي للمهندسين الاستشاريين.– الفيديك Fidic – ومثل الشروط المعمول بها في مجال الهندسة المدنية، والشروط المعمول بها في مجال الأعمال الكهربائية والميكانيكية، وهي شروط تواتر العمل بها لاسيما في العقود الدولية، وإذا أحيلت كراسة الشروط إلى العقد فإنها تعتبر جزءا لا يتجزأ منه[2].

ثالثا – الطبيعة القانونية للدعوة إلى المناقصة

طبعا ليس هناك أدنى شك أن الدعوة إلى المناقصة لا تعتبر إيجابا بالعقد، وذلك لأنها لا تشتمل على جميع العناصر الجوهرية للعقد المنتظر والمراد إبرامه، والذي على الأقل ينقصها عنصر الثمن، فالهدف من المناقصة أن الداعي إليها يسعى للحصول من روائها على أكبر عدد ممكن من العروض المنافسة، وهذا حتى يختار من بينها العرض الأقل سعرا زيادة على أن هدف وإرادة الداعي إلى المناقصة

1- J. Schmidt, op cit, P 23.
2- M. Dubisson, op cit, P 91.

ليست نهائية، فهو لا يريد أو يهدف إلى الحصول على قبول نهائي ينعقد به العقد، وإنما يريد الحصول على عرض أفضل يجري بعد ذلك التفاوض حول مختلف عناصره وتفاصيله المختلفة[1].

وعلى هذا فإن الدعوة إلى المناقصة هي في الحقيقة مجرد إيجاب بالتفاوض، أو دعوة إلى التفاوض، أما التقدم بعطاء في المناقصة فهو الذي يعتبر إيجابا بالعقد شريطة أن يأتي هذا العطاء خاليا من أي تحفظ ، وعمليا فإنه قد أكدت بشكل صريح محكمة النقض المصرية ذلك، حيث قضت بأنه: من المقرر في قضاء هذه المحكمة أن طرح مناقصة توريد، وغير ذلك من البيانات الموجهة للجمهور، أو الأفراد، كالنشرات والإعلانات، لا تعتبر إيجابا وإنما مجرد دعوة إلى التفاوض، وإنما الاستجابة لهذه الدعوة هو الذي يعتبر إيجابا[2].

ومن جانبها قضت المحكمة الإدارية العليا بأن – إعلان الإدارة عن إجراء المناقصة أو المزايدة أو ممارسة عن طريق التقدم بعطاءات، والاشتراطات المعلن عنها هو الإيجاب الذي ينبغي أن يلتقي عنده قبول الإدارة لينعقد العقد[3].

الفرع الثاني: الإيجاب الضمني بالتفاوض على العقد

إنه ليس من الضروري أن يكون الإيجاب بالتفاوض بشكل صريح، بل يكفي أن يكون ضمنيا، وهذا تطبيقا للقواعد العامة في التعبير عن الإرادة، حيث يجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمنيا، إذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على أن يكون صريحا[4].

وبالطبع يكون الإيجاب بالتفاوض ضمنيا إذا لم تتجه إرادة صاحب العرض بوجه قاطع إلى إبرام العقد في الحال، ولا يعلن عن نيته في الوقت نفسه عن التفاوض بشأن هذا العقد، ولكن نستخلص ضمنيا هذه النية من الملابسات والظروف التي عرض فيها هذا الإيجاب، فإذا كان هذا العرض لا يتضمن كل الشروط الجوهرية للتعاقد فإنه يعتبر وبلا أدنى شك إيجابا ضمنيا بالتفاوض على هذا العقد[5].

ولكن إذا كان هذا العرض يتعلق بعقد من عقود الإذعان، فإنه لا يعتبر إيجابا بالتفاوض أي دعوة إلى التفاوض، بل مجرد دعوة إلى التعاقد.

1- M. Dubisson, op cit, P 92

2 – نقض مدني 22 ديسمبر 1982، ذكره د/ عبد الكريم عبد اللاه، في كتابه التفاوض على العقد، المرجع السابق، ص 390 وما بعدها.

3 – حكم 333 بتاريخ 1967/12/20، نقض مدني مصري 1986/12/22.

4 – وهذا ما نصت عليه المادة 60 الفقرة الثانية من ق . م. ج .

5 – د/ عبد الكريم عبد اللاه، المرجع السابق، ص 392.

في التعبير الضمني فإن النية القاطعة في إبرام العقد أو في مجرد التفاوض عليه لا تبدو واضحة، بل هي مسألة متصلة بقصد صاحبها تستخلصها المحكمة من ظروف كل حالة على حدة، لذا فإن الفصل فيها من قبل قاضي الموضوع دون رقابة من المحكمة العليا والواقع أن وضع خط فاصل بين الإيجاب بالعقد والإيجاب الضمني بالتفاوض ليس بالأمر اليسير[1].

أولا- صور الإيجاب الضمني بالتفاوض

فهو يتخذ عادة إحدى صورتين: فهو إما أن يكون عرضا لا يتضمن العناصر الجوهرية للعقد المراد إبرامه، وإما أن يكون إيجابا بالعقد مقترنا بتحفظ، وفيما يلي نعرض لهاتين الصورتين بشيء من التفصيل:

1-العرض غير متضمن العناصر الجوهرية للعقد: في مجال الأعمال يحدث أن يقوم شخص بتوجيه عرض بإبرام عقد معين إلى شخص آخر أو إلى عامة الجمهور، دون أن يضمن هذا العرض العناصر الجوهرية للعقد المراد إبرامه وفي هذه الحالة فإن هذا العرض لا يعتبر إيجابا بالعقد كما رأينا، وهذا لانتفاء أحد الشروط الجوهرية وهي عدم تضمنه العناصر الجوهرية أو الأساسية للعقد، ومن خلال ذلك فإنه يعتبر بذلك مجرد دعوة إلى التفاوض.

ومن الأمثلة على ذلك في واقع الحياة، أن يضع شخص لافتة على منزله مكتوبا عليها- للبيع- فهذه اللافتة لا تعتبر في الحقيقة إيجابا نهائيا بالبيع، لأنه لا تحدد المبيع والثمن، وهما العنصران الجوهريان في عقد البيع، فضلا على أن صاحب المنزل الذي يريد بيعه لا تتجه إرادته إلى إبرام العقد في الحال مع أول شخص يستجيب لهذا الإعلان، وإنما ينوي التفاوض معه لتحديد الثمن وكيفية الوفاء به، وتحديد الشيء المبيع وملحقاته وإلى جانب تحديد بعض العناصر الأخرى، ولذلك فإن تلك اللافتة تعتبر مجرد دعوة إلى التفاوض أو بالأحرى إيجاب بالتفاوض، رغم تصريح المالك بذلك.

وكذلك الحال إذا علق شخص لافتة على شقته مكتوبا عليها – للإيجار- أو إذا وضع صاحب سيارة مستعملة لافتة – للبيع- أو إذا وضع صاحب محل تجاري لافتة مكتوب عليها – مطلوب بائعه- ...الخ، فهذا إنما يعتبر مجرد دعوة إلى التفاوض[2].

ويأخذ حكم الإيجاب الضمني بالتفاوض كذلك الإعلانات التي تنشر في الصحف، مثل الإعلان الذي يتضمن – شقة للبيع- أو فيلا للإيجار- أو الإعلان الذي يقول – مطلوب سكرتيرة – أو بائعة...الخ، فلا يمكن انعقاد العقد النهائي بمجرد تقدم صاحب الشأن لصاحب الإعلان، أي أنه ليس أول من يقدم

---

1 – د/ أنور سلطان، النظرية العانة للالتزام، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، فقرة 67، ص 71.

2 – د/ أنور سلطان ، نفس المرجع ، ص 71.

استجابة للإعلان ينعقد العقد، بل من المطلوب أن تحدث مفاوضات حول المواصفات المطلوبة في العامل والأجرة وساعات العمل...الخ[1].

وينطوي تحت مفهوم الإيجاب الضمني بالتفاوض، والإعلان في الصحف عن الرغبة في التعاقد باستعمال عبارات غير محددة ومبهمة، فهذا الإعلان هو عبارة عن دعوة إلى التفاوض بشكل ضمني، وقد واجه القضاء الفرنسي حالة من هذا النوع، في قضية فصلت فيها محكمة استئناف تولوز في 21 فيفري 1984، تتمثل وقائعها في أن سيدة أرملة قامت بالإعلان في الصحف عن رغبتها في تأجير فيلتها، وذلك لأنها ستغادر مدينة تولوز قريبا، وذكرت في الإعلان أن الفيلا ستخلو عما قريب، وأن الفيلا بدون جراج[2].

فاستجاب لهذا الإعلان زوجان، وأجريا مع المالكة اتصالا بخصوص هذا العرض عن طريق المراسلة، وأرسلا شيكا بمقدار الإيجار إليها، وتسلما منها إيصالا بالمبلغ، وفي عشية اليوم المحدد لانتقالهما إلى الفيلا، تلقيا من المالكة برقية عاجلة تقول فيها: إنه من المستحيل تأجير الفيلا لنشوء خلافات عائلية في هذا الشأن، وقالت لهما أرسلا إلي الإيصال وأرد لكما الشيك، ورغم هذه البرقية، قاما الزوجان بالانتقال إلى الفيلا، وشغلاها بالقوة، وأرغما المالكة على أن تأوي هي وأطفالها في جراج الفيلا، الذي كانت قد تحفظت عليه في الإعلان من حسن حظها، ومكثت به لمدة سنة كاملة.

وعندما عرض الأمر على محكمة استئناف تولوز قضت هذه الأخيرة بعدم أحقية الزوجين في شغل الفيلا، لأن عقد الإيجار لم يبرم بالفعل إذ أن الإعلان الذي نشرته المالكة في الصحف بهذا الخصوص لا ينطوي على إيجاب نهائي بعقد الإيجار، لعدم تحديده للأجرة ومدة الإيجار، بل إنه لا يعدو أن يكون إلا دعوة للتفاوض أو إيجاب بالتفاوض لإبرام عقد الإيجار[3].

ثانيا – الإيجاب المقترن بتحفظ :

إن الإيجاب المقترن بتحفظ، يفقد صفته كإيجاب بالعقد، ويصبح مجرد دعوة إلى التعاقد، غير أن هذا الإيجاب المقترن يتحفظ إذا كان يتعلق بعقد قابل للتفاوض فإنه يصبح في هذه الحالة مجرد دعوة إلى التفاوض[4].

---

1 – د/ حسام الدين كمال الأهواني، مصادر الالتزام، د. ن. ع، ط2، 1995، ص 86.

2- CA- Toulouse 21 fev 1984

- ph- malaurie et l'aynes, op cit, N° 379.

3- Ph, Malaurie et l' Aynes, op cit, P 379.

4- J. Schmidt, op cit, N° 295,P263.

ومن خلال ذلك فإنه إذا قام شخص بتوجيه إيجاب بإبرام عقد قابل للتفاوض إلى شخص معين أو إلى عامة الجمهور، أو كان هذا الإيجاب مقترن بتحفظ صريح أو ضمني بالموافقة على شخص المتعاقد الآخر، فإن هذا الإيجاب يعتبر مجرد إيجاب ضمني بالتفاوض، لا يترتب على قبوله سوى انعقاد المفاوضة بين الطرفين ، ومن التطبيقات القضائية في هذا الشأن، أن شخصا قام بالإعلان في الصحف عن حاجته إلى استئجار شقة، فتلقى خطابا من أحد الملاك يعلن فيه عن استعداده لتأجير شقة وصفها في الخطاب بدقة، وحدد الأجرة المطلوبة، فقام هذا الشخص بمطالبة المالك بتنفيذ عقد الإيجار، اعتقادا منه بأن هذا العقد قد أبرم بمجرد قبوله للإيجاب الذي تضمنه خطاب المالك، ولكن هذا الأخير رفض التنفيذ متمسكا بتحفظه الضمني بالموافقة على شخص المستأجر، وحين رفع الأمر إلى القضاء، رفضت محكمة استئناف ليون دعوة المستأجر، باعتبار أن خطاب المالك لا يعدو أن يكون إلا دعوة إلى التفاوض، حتى ولو كان متضمنا جميع المسائل الجوهرية في العقد، وذلك نظرا لاشتماله على تحفظ ضمني بالموافقة على المستأجر، إذ أن عقد الإيجار من العقود القائمة على الاعتبار الشخصي، ومن ذلك فإن المؤجر لا يلتزم بالتعاقد فوريا مع أول شخص يستجيب لعرضه، مهما كانت مكانته المالية أو الاجتماعية، ولكن من حقه أن يعرف جيدا هذا الشخص حتى يقرر ما إذا كان سيتعاقد معه أم لا[1].

ومن قبيل هذا النوع من الإيجاب، أن يعلن شخص في الصحف عن حاجته إلى شريك يساهم في مشروع ما مهما كانت طبيعته وذلك بمبلغ معين، فهذا الإعلان هو كذلك لا يعدو أن يكون مجرد إيجاب ضمني بالتفاوض إذ أنه لا شك أن هناك اعتبارات معينة يجب أن تراعى قبل الدخول في التفاوض أو حتى إبرام العقد بشكل مباشر.

الفرع الثالث: الأثر القانوني للإيجاب بالتفاوض على العقد

إن الدعوة إلى التفاوض أو الإيجاب بالتفاوض ضمنيا كان أو صريحا، فهو يهدف إلى إبرام عقد حقيقي قائم، وهو عقد تفاوض، فإنه يعتبر بالتالي تعبيرا عن الإرادة وبالتالي تنطبق عليه القواعد العامة في التعبير عن الإرادة، فيما يتعلق بأثره القانوني[2].

1- حكم صدر عن محكمة استئناف ليون في 16 ماي 1928.

2 – ولقد نصت المادة 61 من ق . م. ج الساري المفعول على مايلي:" ينتج التعبير عن الإرادة أثره في الوقت الذي يتصل فيه بعلم من وجه إليه، ويعتبر وصول التعبير قرينة على العلم به، ما لم يقم الدليل على عكس ذلك".

والإيجاب لا ينتج أثره إلا حينما يصل إلى علم من وجه إليه، بمجرد صدوره من صاحبه يصبح له وجود مادي، دون أن يتوفر له وجود قانوني، إلا إذا وصل إلى علم من وجه إليه، وهنا فقط يستكمل وجوده القانوني، ويصبح صالحا لينتج أثره[1].

وعلى ذلك فإنه متى وصل الإيجاب بالتفاوض إلى علم من وجه إليه فإنه ينتج أثره القانوني وهو أنه يصير صالحا لأن يقترن به قبول ينعقد به الاتفاق على التفاوض، ويعتبر وصول الإيجاب بالتفاوض إلى من وجه إليه قرينة قانونية على العلم به، ولكن يجوز لهذا الأخير أن ينقض هذه القرينة بالدليل العكسي، كأن يثبت أنه رغم وصول الإيجاب إليه، إلا أنه لم يحط به علما، لغيابه أو لمرض أو لسبب قاهر حال بينه وبين علمه بذلك.

ويمكن لصاحب الإيجاب بالتفاوض أن يرجع في إيجابه حتى بعد أن ينتج الإيجاب أثره، شريطة أن يتم هذا الرجوع قبل وصول القبول إليه، لكن إذا عين ميعاد للقبول التزام الموجب بالبقاء على إيجابه إلى أن ينقضي هذا الميعاد[2].

فقد يحدد الموجب بالتفاوض في إيجابه ميعادا صريحا للقبول، فقد يكون سنة أو شهرا أو أسبوعا، أو غير ذلك، بحيث يعتبر بيده هذا الإيجاب لاغيا بأثر رجعي، وفي هذه الحالة يعتبر الإيجاب بالتفاوض ملزما لصاحبه الموجب حتى حلول هذا الميعاد، فيكون في وسعه أن يرجع فيه قبل أن يصل إلى علم من وجه إليه، إلا إذا تم هذا العلم، امتنع عليه أن يرجع في الإيجاب حتى يحل الميعاد. وإذا لم يحدد الموجب بالتفاوض ميعادا للقبول، فقد يستخلص هذا الميعاد ضمنا من طبيعة المعاملة، مثل ذكر الموجب في إيجابه أنه يبقي عليه إلى حين قيام الطرف الآخر بالقيام بزيارة له للإطلاع على الشيء المبيع، وجب عليه أن يبقى على إيجابه إلى حين وصول الميعاد المحدد للزيارة[3].

كما أن الإيجاب قد ينتج أثره إذا مات من صدر منه أو فقد أهليته قبل أن ينتج الإيجاب أثره، فإن ذلك لا يمنع من أن ينتج الإيجاب أثره عند اتصال التعبير بعلم من وجه إليه هذا ما لم يتبين العكس من التعبير أو الإيجاب أو من طبيعة المعاملة[4].

---

1 – د/ الصدة، المرجع السابق، رقم 77، ص 99 وما بعدها.

2 – هذا ما نصت عليه المادة 63 من ق . م. ج بقولها:" إذا عين أجل للقبول التزم الموجب بالبقاء على إيجابه إلى انقضاء هذا الأجل".

3 – طالع الفقرة الثانية من المادة 63 ق. م. ج الساري المفعول.

4 – هذا ما نصت عليه المادة 62 من ق . م .ج الساري المفعول .

وعلى كل حال، فإن قبول الإيجاب بالتفاوض ممن وجه إليه لا ينشئ على عاتق الموجب سوى التزام بالدخول في التفاوض والاستمرار فيه بحسن نية، دون أن يكون ملزما وبدون شك أن يبرم العقد النهائي المراد إبرامه بالفعل.

المطلب الثالث: قبول التفاوض على العقد المنشود

إن التفاوض على أي عقد مهما كانت طبيعته يعد تصرفا إراديا، يتم دوما بشكل رضائي بين الطرفين، دون أي إجبار أو إكراه.

وعلى أساس ذلك، وحتى ينعقد الاتفاق بالتفاوض، يجب أن يقوم الشخص الذي وجه إليه الإيجاب بالتفاوض، أي الدعوة إلى التفاوض، بقبول هذا الإيجاب بإرادته الحرة ، وفي العقود الثقيلة والهامة والمركبة قد يبذل صاحب الإيجاب بالتفاوض جهودا ومساع حثيثة من أجل إقناع الطرف الآخر بقبول الجلوس معه إلى طاولة المفاوضات لاسيما إذا كان صاحب الإيجاب في حاجة كبيرة لهذه الصفقة نظرا لضعفه من الناحية التكنولوجية والفنية وحتى العلمية، خاصة كذلك إذا كان الطرف القابل لهذا الإيجاب طرفا متخصصا ومتمكنا في كل هذه الجوانب.

بحيث أنه إذا ما نجحت مساعي الموجب في إقناع الموجب له لقبول التفاوض معه، هذا في حد ذاته يعتبر انتصار ملحوظا في مجال الأعمال بالنسبة له.

وللقابل للإيجاب بالتفاوض مطلق الحرية في قبول أو رفض الإيجاب بالتفاوض، وهذا طبعا إذا وصل الإيجاب بالتفاوض إلى علم من وجه إليه، فإذا قبله انعقد بينه وبين الداعي إلى التفاوض اتفاق إطار على التفاوض، وعلى أساس هذا الاتفاق تبدأ عملية التفاوض بين الطرفين.

ونحن في هذا المطلب سنتطرق في الفرع الأول إلى القبول الصريح بالتفاوض على العقد ثم في الفرع الثاني ندرس القبول الضمني بالتفاوض، وفي الفرع الثالث نتطرق للأثر القانوني لقبول التفاوض على العقد، وهذا على النحو الذي سيأتي بيانه.

الفرع الأول: القبول الصريح بالتفاوض على العقد

بشكل صريح لا يقبل أي تأويل يتم قبولا الإيجاب بالتفاوض من الشخص الذي تلقاه وذلك بإعلان الموافقة على الدخول في التفاوض بألفاظ صريحة لا تحتمل التأويل كأن يقول مثلا– نعم أقبل وأوافق على التفاوض معك من أجل شراء أرضك وملحقاتها المبينة في إيجابك وعرضك التي تعرضها للبيع – ، ولا فرق والأمر أن يتم هذا القبول بشكل كتابي أو بشكل شفاهي.

وفي الشكل الكتابي في قبول التفاوض، فيختلف باختلاف طريقة التفاوض، فإذا كان بين حاضرين، فإن القبول يتم بتحرير اتفاق مستقل عن التفاوض، أو من خلال إدراج شرط أو بند في العقد الأصلي يفيد بقبول التفاوض أو إعادة التفاوض في المستقبل بشأن هذا العقد أو بشأن عقد آخر له علاقة بالأول، أو بقبول إعادة التفاوض مستقبلا من خلال هذا الشرط، لإعادة التوازن لشروط وبنود العقد الأصلي الجاري تنفيذه.

أما إذا كان التفاوض بين غائبين، فإن قبوله كناية يتم من خلال إرسال خطاب بهذا القبول إلى الداعي بالتفاوض، أو عن طريق رسائل الاتصال الحديثة ومنها الإنترنت وما تتضمنه من امتيازات في هذا المجال والضمانات المختلفة لذلك[1] ويدعم هذا الخطاب في مجال التجارة الدولية بخطاب النوايا، ومثال ذلك أن يرسل شخص خطابا إلى شخص آخر يقول فيه– يشرفني أن ندعوكم إلى التفاوض معنا من أجل إبرام عقد امتياز معكم لتوزيع منتوجاتنا من سيارات وشاحنات وجرارات...الخ في بلدكم، فإذا وافقتم من حيث المبدأ، نرجو أن تتفضلوا بالتوقيع على النسختين المرفقتين مع هذه الدعوة والموقعتين من جانبنا، وأن ترسلوا إلينا إحدى النسختين في مدة أقصاها خمسة وأربعون يوما من تاريخ هذا الخطاب– فإذا وافق المرسل إليه بالدخول في المفاوضات مع المرسل حول هذا الموضوع، فإنه يرسل نسخة من الخطاب إلى هذا الأخير موقعة منه بالموافقة، وهذا إما بالبريد أو بالرسول أو بالفاكس أو عن طريق الإنترنت...الخ[2].

الفرع الثاني: القبول الضمني بالتفاوض على العقد

طبقا للقواعد العامة، ليس من اللازم كذلك أن يكون قبول الإيجاب بالتفاوض بشكل صريح، بل يكفي أن يكون ضمنيا، وذلك بأن يقوم الشخص القابل للإيجاب بالتفاوض باتخاذ سلوك أو موقفا يظهر بشكل غير مباشر قبول الإيجاب المعروض عليه بالتفاوض ، لكن الصعوبة في هذا الشأن تقوم على مسألة إثبات الاتفاق هذا بشأن التفاوض، خاصة إذا جحده أحد الطرفين، لكن يمكن لهذه الصعوبة التغلب عليها من خلال استخلاص القاضي لهذا الاتفاق من ملابسات وظروف المصاحبة لواقع الحال وذلك وفقا للسلطة التقديرية المخولة للقاضي في هذا المجال[3].

إن هذا القبول الضمني بالتفاوض يجعل الاتفاق على التفاوض مع الموجب اتفاقا هو كذلك ضمنيا، في هذا الأمر كما رأينا سابقا فإن القانون لا يمانع من أن يكون التعبير عن الإرادة ضمنيا.

---

1 – هذا ما تم التطرق له سابقا في الباب الأول الفصل الثاني في المبحث الثالث.

2 – د/ عبد الكريم عبد اللاه، التفاوض على العقد، المرجع السابق، ص 399.

3- J. Schmidt, négociation et conclusion du contrats, op cit, P204 et s.

– **صور القبول الضمني بالتفاوض:** أشهر هذه الصور التي يتخذها هذا القبول في الحياة العملية نلخصها فيما يلي:

1 – البدء في التفاوض مباشرة: وهو أن يقوم الشخص القابل الذي يتلقى إيجابا بالتفاوض صريحا كان أو ضمنيا بالبدء في هذا التفاوض مباشرة مع الداعي إليه، دون أن يصرح علنية بقبوله فهذا التصرف يعتبر عمليا قبولا ضمنيا للإيجاب بالتفاوض يتم الاتفاق على التفاوض بين الطرفين. مثال ذلك أن يرى شخص لافتة على محل أو منزل أو مكتب...الخ مكتوبا عليها للبيع أو الإيجار، فيدخل إلى هذا المحل أو المنزل مباشرة ويبدأ في مناقشة صاحبه حول شروط العقد المختلف، أو كأن يتلقى شخص إيجابا بالتفاوض على عقد معين في زمان ومكان محددين، فيتقاعس عن الرد والقبول، لكنه في الأخير يذهب إلى طاولة المفاوضات في الموعد والمكان المحددين في الإيجاب بالتفاوض.

2 – السكوت الملابس: إذا تلقى أحدهم دعوة للتفاوض، وسكت ولم يرد عليه، فهل يعتبر سكوته هذا قبولا ضمنيا بالتفاوض[1]؟

القاعدة العامة في هذا الصدد أنه لا ينسب لساكت قول[2] – وبالتالي فإن السكوت المجرد لا يعتبر قبولا،–[3] لكن يرد على هذه القاعدة العامة استثناء تتضمنه كذلك القاعدة الفقهية التي تقول أن– السكوت في معرض الحاجة بيان– ومعنى ذلك أن السكوت إذا صاحبته ملابسات وظروف تزيح عنه دلالة التجريد يعتبر عندئذ تعبيرا عن الإرادة وبالتالي يعتبر قبولا، وهذا ما يعرف –بالسكوت الملابس– وقد تطرق القانون المدني الجزائري لمثل هذا الأمر[4].

وعلى أساس ما سبق، فإن سكوت من وجه إليه الإيجاب بالتفاوض يعتبر إيجابا ضمنيا إذا صاحبت هذا السكوت وظروف ترتقي به إلى اعتباره قبولا، وذلك كما لو كان هناك تعامل سابق بين الطرفين، واتصل الإيجاب بالتفاوض بهذا التعامل ومثال ذلك إذا كان هناك عقد من عقود الأعمال أوشك على الانتهاء، وأرسل الموجب إلى الطرف الآخر في العقد إيجابا بالتفاوض بهدف تحديد هذا العقد مرة ثانية ولمدة أخرى، ففي هذه الحالة إذا سكت القابل السابق، فإن سكوته هذا يعتبر قبولا ، أو إذا تمخض الإيجاب بالتفاوض لمنفعة من وجه إليه، مثال ذلك أن ترسل شركة كبيرة إلى تاجر صغير رسالة تدعوه

1– د/ الصدة، مصادر الالتزام ، المرجع السابق، ص 92.

2 – وهي مقولة للإمام الشافعي رحمه الله، كتاب الأم، ج 07، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت لبنان 1990، ص 93.

3 – وأقر هذا كذلك الفقه الفرنسي.

4 – حيث نصت المادة 68 من ق . م .ج على هذا النوع من السكوت من خلال ملابسات معينة.

فيها إلى التفاوض معها بغية منحه امتياز بتوزيع منتجاتها المشهورة عالميا، مع استفادته بحق القصر، فلو سكت هذا التاجر فإن سكوته يعتبر قبولا.[1]

3- التقدم بعطاء في مناقصة: إن التقدم مباشرة بعطاء في مناقصة، فغالبا ما يعتبر قبولا ضمنيا بالتفاوض مع الداعي إلى المناقصة، بعد قيامه بإعداد العطاء النهائي المدروس جيدا وفق الشروط الفنية والمالية المطلوبة في كراسة الشروط، كما يحرص على تقديم أسعار تنافسية، كما عليه أن يبين كفاءاته المهنية والفنية، حتى يمكن لعطائه الدخول في عملية المفاضلة والمفاوضة، وخاصة إذا كان هذا العطاء مصحوبا بتحفظات وهذا الغالب عموما في تقديم العطاءات في الواقع العملي، وهذا ما يستلزم بداهة حدوث مفاوضات حول هذه التحفظات مع الداعي إلى المناقصة، فهو لا يعدو في الحقيقة أن يكون إلا استجابة للدعوة إلى المناقصة، والتي هي بدورها مجرد دعوة إلى التفاوض، أما إذا كان هذا العطاء باتا بدون أي تحفظ فهنا يعتبر إيجابا بالتعاقد[2].

وللوصول إلى أفضل عطاء يقوم صاحب المناقصة بالدخول في مفاوضات متوازنة مع أصحاب العطاءات المقبولة شكلا، كل على حدة وتهدف هذه المفاوضات إلى تحقيق غاية مزدوجة، فهي من جهة تمكن صاحب المناقصة من تحديد المضمون الحقيقي لكل عطاء، حتى يتمكن من إجراء اختيار موضوعي بين العطاءات المتنافسة، وقد يتبين له أن العطاء الأعلى في السعر قليلا هو الأفضل، بسبب ما يقدمه من مواصفات فنية عالية أو ضمانات أكثر، ومن جهة أخرى يستطيع صاحب المناقصة عن طريق التفاوض مع صاحب العطاء المصحوب بتحفظات أن يحصل منه على تنازل عن كل أو بعض التحفظات، أو يتوصل معه إلى صياغة جديدة لشروط العطاء تحظى بارتياح الجانبين.

فقد يكون العطاء المقترن بتحفظات والذي يحتاج إلى مفاوضات جادة هو الأفضل في نظر صاحب المناقصة لأن هذه التحفظات قد تضيف الجديد لصحاب العطاء، وعن طريق التفاوض يمكن تحسينها بشكل أفضل[3].

وفي هذا الخصوص غالبا ما تكون المفاوضات شاقة، وخاصة بالنسبة لمقدم العطاء، وكثيرا ما يضطر هذا الأخير إلى تقديم تنازلات عن تحفظات لصاحب المناقصة، بهدف الحصول في الأخير على المناقصة، ولكن صاحب العطاء يجب أن لا ينسى أهدافه وتحقيق مصالحه الحقيقية بعد كل هذه التنازلات، وعليه أن يحذر من جلب صفقة تفتح عليه باب المنازعات والاضطرابات في المستقبل.

1- د/ الصدة، المرجع السابق، ص 93.

2- M. Dubisson, op cit, 89.

3- Dubisson, la négociation des contrats internationaux, op cit, P 93.

الفرع الثالث: الأثر القانوني لقبول التفاوض على العقد

إن القبول ينتج أثره القانوني، عندما يصل القبول بالتفاوض إلى علم من وجهه، أي الداعي إليه ، ويتمثل هذا الأثر في انعقاد اتفاق التفاوض، ويشترط في القبول كي ينعقد به اتفاق التفاوض ما يلي:

أن يكون الإيجاب بالتفاوض ما يزال قائما في إطار المدة الممنوحة للإيجاب صريحة أو ضمنية، يتعين أن يصدر القبول قبل فوات المدة، وإذا كان الإيجاب بالتفاوض قد صدر في مجلس التفاوض، ولم تحدد له مدة وجب أن يصدر القبول قبل انفضاض هذا المجلس، شريطة أن لا يوجد ما يدل على أن الموجب عدل عن إيجابه في الفترة ما بين الإيجاب والقبول[1].

أن يصدر القبول مطابقا للإيجاب، فإذا كان القابل ينوي التفاوض على عقد توريد مثلا وكان إيجاب الداعي إلى التفاوض يرغب من خلال إيجابه التفاوض على عقد تشييد، هنا اعتبر قبوله إيجابا جديدا بالتفاوض على عقد توريد يحتاج إلى قبول جديد.

أن يكون القابل أهلا للتفاوض، يتبين لنا جليا من خلال ما سبق من دراستنا هذه أن المرحلة السابقة على التعاقد هي تصرف قانوني تنعقد خلالها عدة اتفاقيات وتنشأ خلالها وبعدها وحتى قبلها عدة التزامات، لذا يجب أن تتوفر في المتفاوض أهلية الأداء حتى يكون تفاوضه صحيحا، وفي الحقيقة أن الشخص عندما يدخل في مرحلة التفاوض وخاصة حول العقود الهامة والثقيلة فإن إرادته تتجه دون شك إلى إحداث أثر قانوني بغية الالتزام، وهو الالتزام بالتفاوض بحسن نية وما يتفرع عن ذلك من التزامات وحقوق كما سنرى ذلك لاحقا، وبذلك يجب أن يكون الشخص المفاوض صالحا ومؤهلا لأن يقوم بكل ذلك، زيادة على أن عملية التفاوض ستؤدي في النهاية إلى إبرام العقد المنشود، فإذا كان هذا العقد سيقع باطلا أو قابلا للإبطال لانعدام أهلية المتفاوض، إذا فإنه لا معنى ولا قيمة للتفاوض عليه طالما أننا سنصل إلى هذه النتيجة، إذا فمن باب أولى أن تكون مرحلة التفاوض قائمة على مفاوضين مؤهلين لإجراء مختلف التصرفات القانونية[2].

ومن باب أولى إذا كان المتفاوض عديم الأهلية، فإن التفاوض يكون باطلا، والاتفاق عليه من باب أولى يكون كذلك، أما إذا كان المفاوض عديم التمييز أي سن الثالثة عشر سنة وما بعدها أو لكونه سفيها أو ذو غفلة، يكون اتفاقه للتفاوض قابلا للإبطال إذا كان المفاوض ناقص الأهلية[3].

1- هذا ما نصت عليه المادة 64 من ق . م. ج .

2- هذا ما نصت عليه المادة 78 وما بعدها من ق. م. ج.

3 - طالع المادتين 40 و42 و43 من ق. م. ج .

ولكن في الأعمال التجارية للشخص المميز الذي بلغ 18 سنة كاملة والذي تم ترشيده ليتصرف في أمواله التجارية، فهنا يجوز له إبرام اتفاقا للتفاوض وإدارة عملية التفاوض بكل مراحلها وله إبرام العقد النهائي المراد إبرامه، وذلك في الحدود المقررة له في إذن الترشيد الممنوح له[1].

وفي هذه الحالة عند إبرامه لاتفاق التفاوض ودخوله فيه فإنه يتحمل المسؤولية كاملة عن كل ما يبرمه من اتفاقات وما ينجر عنها من التزامات، وله كل الحقوق طبعا، دون أن نغفل أنه يتحمل المسؤولية بالتعويض عن إخفائه لنقص أهليته، والمتفاوض عديم الأهلية لا يجوز له إبرام اتفاق التفاوض، وإن كان عضوا في فريق مفاوض ، عليه من باب أولى أن ينسحب من المفاوضات وذلك لبطلان كل تصرفاته كما يجوز بالمقابل للمتفاوض كامل الأهلية أن ينسحب من جلسات التفاوض إذا اكتشف أن المفاوض المقابل عديم الأهلية ، إذ أنه لا معنى للاستمرار في مفاوضات لا نتيجة ترجى منها وهي مهددة بالبطلان أصلا.

فإذا اقترن القبول بالتفاوض بإيجاب مقابل وكانا متطابقين، وكان كل طرف أهلا للتفاوض، وإرادته خالية من العيوب،[2] انعقد الاتفاق على التفاوض صحيحا ورتب أثاره القانونية من التزامات وحقوق بين الطرفين، كما سيأتي معنا من خلال هذه الدراسة.

وعلى كل حال فإنه يجب أن لا يكون الاتفاق على التفاوض باطلا أو قابلا للإبطال وإلا فإنه لا يرتب آثاره القانونية'، ويكون مهددا بالزوال، لانعدام الأهلية أو لنقص فيها أو لعيب من عيوب الإرادة، فإنه كذلك يقع باطلا إذا تم التفاوض على شيء خارج عن دائرة التعامل بطبيعته، كأن يكون مستحيلا في ذاته، أو مستحيلا بحكم القانون، أي محظور التعامل فيه لكونه من الأموال العامة، أو من المواد الممنوعة أو الغير مشروعة مثل المخدرات والأسلحة...الخ أو كان سببه مخالفا للنظام العام أو الآداب العامة، كمن يتفاوض بوصفه موظف عام مع أحد من الجمهور أو من المؤسسات أو الشركات للحصول على رشوة كنسبة في تلك المعاملة مثلا، أو كمن يتفاوض مع الغير للحصول على فدية، ويحتجز أموالا أو رهائن حتى يحصل على مقصوده، والأمثلة على ذلك في هذا الأمر كثيرة.

---

1 – وفق الإجراءات التي نص عليها القانون التجاري، وهو ما يعرف بترشيد القاصر وفق نص المادة 05 منه ، لمزاولة التجارة.

2 – وهذه العيوب هي: الغلط والإكراه والتدليس، والاستغلال، كما هو معروف، طالع المواد 81 وما بعدها من ق . م. ج.

المبحث الثاني

سير مرحلة التفاوض على العقد

في حقيقة الأمر أن طرفي التفاوض باتفاقهما ضمنيا أو صراحة على التفاوض، يكونا قد رضيا على التفاوض بحسن نية كالتزام والتدرج في هذه المرحلة ودفعها إلى الأمام بغية التوصل إلى اتفاق نهائي بشأن العقد المنشود والمراد إبرامه، وبدخول الطرفين في المرحلة السابقة على التعاقد بحسن نية يكونان قد رضيا على إبرام العقد النهائي من حيث المبدأ، فينبغي قبل التوصل إلى هذا الهدف الهام في العقود الكبيرة والهامة العمل على معالجة كل شروط وبنود وتفاصيل هذا العقد، أي الاتفاق أولا قبل الدخول في مرحلة التفاوض على طبيعة العقد في حد ذاته مبدئيا، فإن تم هذا الاتفاق فلا تبقى إلا مرحلة التفاوض عليه للتوصل إلى إبرامه.

إذا في مرحلة المفاوضات يتم مناقشة وتحديد ودراسة مختلف الالتزامات والحقوق بشكل أساسي، ثم تحديد بنود وشروط العقد المنشود ومراحله في مشروع نهائي يتم بناءه شيئا فشيئا. زيادة على ذلك يقوم طرفي التفاوض على تحديد وإبرام مختلف الاتفاقات، بداية من الاتفاق الأول على التفاوض، ثم الاتفاقات الوقتية المنظمة لمرحلة التفاوض ككل، ثم بناء العقد شيئا فشيئا عن طريق الاتفاقات المرحلية أو الجزئية، التي قد تكون هي في حد ذاتها المشروع النهائي للعقد المنشود الذي يتم التوقيع عليه في نهاية مرحلة التفاوض.

غير أن هذه الالتزامات والحقوق والاتفاقات المختلفة والآثار المترتبة عنها لا تصادر حرية المتفاوض في اتخاذ قراره في إبرام العقد النهائي أو قطع المفاوضات دون أية مسؤولية طالما أن لذلك ما يبرره من الناحية العملية.

إذا من خلال ما سبق ذكره وما سيأتي تفصيله، قمنا بتقسيم هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب، وضعنا الأول تحت عنوان التزامات الأطراف خلال المرحلة السابقة على التعاقد، ثم عنونا الثاني بالاتفاقات المنظمة للمرحلة السابقة على التعاقد، ثم وضعنا المطلب الثالث تحت عنوان: انتهاء المرحلة السابقة على التعاقد على النحو الذي سيأتي بيانه.

المطلب الأول: التزامات الأطراف خلال المرحلة السابقة على التعاقد

إن الالتزامات المختلفة والناشئة عن مرحلة التفاوض، تقع على عاتق طرفي المفاوضة، والتي تنشأ وتخرج عن مبدأ وقاعدة حسن النية في التعامل، وتتمثل هذه الالتزامات بشكل عام في مبدأ التعاون والجدية والصدق والصراحة والأمانة والالتزام بالإعلام والنصيحة، والالتزام بالسرية أثناء وبعد عملية التفاوض، والتي تنشأ جميعها بمجرد الاتفاق على الدخول في المفاوضات العقدية وبدء جلسات التفاوض .

إذا ووفقا للقواعد العامة فإن الالتزام بالتفاوض بحسن نية، يحكم بشكل عام مختلف الالتزامات الناشئة عنه، والذي يحكم سائر الالتزامات بوجه عام[1].

إذا وانطلاقا من ذلك قمنا بتقسيم هذا المطلب إلى ثلاث فروع، وضعنا الفرع الأول تحت عنوان الالتزام بالتفاوض على العقد بحسن نية، أما الفرع الثاني فقمنا بوضعه تحت عنوان: الالتزامات الناشئة عن مبدأ حسن النية في التفاوض على العقد، أما الفرع الثالث فوضعناه تحت عنوان الآثار المترتبة عن الإخلال بالالتزامات التفاوضية على العقد.

الفرع الأول: الالتزام بالتفاوض على العقد بحسن نية

يلعب مبدأ حسن النية دورا بارزا في مجال إبرام العقد وحتى عند تنفيذه ، أو حتى خلال المرحلة السابقة على تنفيذه، وهذا ما أشار إليه المشرع الجزائري في القانون المدني في المادة السالفة الذكر (المادة 107 ق م ج)، والذي يعنينا في هذا الخصوص هو معالجة قاعدة حسن النية خلال الفترة السابقة على التعاقد ، وهو الالتزام بالتفاوض بحسن نية وأمانة، لما يثيره من تساؤلات هامة والحساسة من مراحل تكوين العقد وبلورته، والتي توجب الصدق والصراحة والنزاهة والتعاون[2].

فما دام أن هناك دائما اتفاقا على التفاوض، صريحا كان أو ضمنيا، فإن هذا الاتفاق يجب تنفيذه بحسن نية طبقا للقواعد العامة، وهو التزام عام يتم تطبيقه على كافة العقود أو الاتفاقات بما في ذلك اتفاق التفاوض، وحتى نتفادى الجدل الذي ثار بين الفقهاء حول الأساس القانوني للالتزام بالتفاوض بحسن نية، والذي ساعده على ذلك خلو التقنينات الحديثة من نص حول هذه المسألة، فإن الاتجاه الحديث في الفقه والذي يؤيده القضاء، يفرق في هذا الصدد بين صورتين من صور التفاوض على العقد، فإن كان هذا الأخير غير مصحوب باتفاق تفاوض صريح، فإنه يعتبر مجرد عمل عادي[3].

---

1 – طالع المادة 107 من ق. م. ج الجاري العمل به حاليا تقابلها المادة 148 ق. م. م والمادة 1134 ق. م. ف .

2 – د/ بلحاج العربي، مشكلات المرحلة السابقة على التعاقد، المرجع السابق، ص 66 وما بعدها.

3 – د/ عبد الكريم عبد اللاه، التفاوض على العقد، المرجع السابق، ص 417 وما بعدها.

ويكون هذا الأخير هو مصدر الالتزام بالتفاوض بحسن نية باعتباره واقعة قانونية، أما إذا كان التفاوض مصحوب باتفاق صريح عليه، فإنه يعتبر تصرفا قانونيا، ويكون هذا الاتفاق على التفاوض هو مصدر هذا الالتزام، وهذه التفرقة تحكمية ولا مبرر لها، لأنه من شأنها التمييز الغير العادل بين المراكز القانونية للمتفاوضين، حيث أنها تجعل المسؤولية في مرحلة المفاوضات تقصيرية تارة، وعقدية تارة أخرى، لا لشيء إلا لمجرد التصريح أو عدم التصريح بالاتفاق على التفاوض[1].

إذا مصدر هذا الالتزام بالتفاوض بحسن نية، هو الاتفاق على التفاوض في حد ذاته سواء كان هذا الأخير ضمنيا أو صريحا، فطالما دخلا الطرفان في مجريات وجلسات التفاوض فإنهم بالضرورة عليهما إعمال هذا المبدأ العام الذي يؤطر ويضمن كل التعاملات مهما كان نوعها، والذي يدل ويثبت وجوده خلال مجريات المرحلة السابقة على التعاقد هو تلك الالتزامات التي تنشأ عنه من بدايتها إلى نهايتها سواء نجحت أو فشلت عملية التفاوض[2].

ومع ذلك فإنه يتعذر إيجاد تعريف عام وموحد لفكرة حسن النية، فهذه الفكرة أو هذا المبدأ لا يتضمن مدلولا واحدا، بل دخل حير القانون بمعنيين أو مفهومين مختلفين، أحدهما شخصي والآخر موضوعي، تدور حولهما التطبيقات القانونية لهذه الفكرة.

1- المفهوم الشخصي لفكرة حسن النية: ففي بعض الحالات يعتد القانون بحسن النية باعتباره حالة نفسية أو ذهنية، تتمثل في الجهل بواقعة أو ظرف، أو هي الاعتقاد الخاطئ أو المغلوط الذي يتولد في ذهن شخص ما، بهذا المفهوم فإن فكرة حسن النية تتسم بطابع سلبي محض، ويجري تعريفها على أنها نوعا من الجهل أو عدم العلم، وهذا المفهوم الشخصي هو المقصود بحسن النية في إطار قواعد الحيازة والالتصاق والدفع الغير مستحق.

2- المفهوم الموضوعي لفكرة حسن النية: ووفقا لهذا المفهوم، ترتدي فكرة حسن النية ثوبا أخلاقيا خالصا، حيث تشكل قاعدة للسلوك تتطلب من الأشخاص، مراعاة النزاهة والأمانة والتعاون...الخ في معاملاتهم وبهذا المعنى فإن هذه الفكرة تصبح فكرة موضوعية لا شخصية، فهي ضابط أخلاقي للسلوك يجري تقديره على نحو موضوعي ومجرد، وفقا للسلوك الحسن الذي تقتضيه المعاملات في المجتمع[3].

ومبدأ حسن النية بمعناه الموضوعي السابق، أي باعتباره قاعدة للسلوك، وهذا الذي يعتد به القانون

1- J. Schmidt, op cit,206..

2- د/ محمد حسين عبد العال ، المرجع السابق ، ص 121.

3- د/ محمد وحسين عبد العال، نفس المرجع، ص 122.

كلما تعلق الأمر بتفسير العقود أو تنفيذ الالتزامات الناشئة عنها، وهو ما قرره كمبدأ للقانون صريح مثلا في القانون المدني الجزائري كما سبق ذكر ذلك.

أما بالنسبة للمرحلة السابقة على التعاقد، فلا يوجد نص خاص يفرض وبشكل صريح حسن النية في العلاقات بين الأطراف في هذه المرحلة، بل تضمن القانون المدني الجزائري نصا عاما يقرر مبدأ حسن النية في التعامل كمبدأ قانوني عام[1]، واستنادا إليه يمكن تطبيقه على المرحلة السابقة على التعاقد ولكن كان من الأحسن أن يضمن المشرع هذه المرحلة بنص خاص في هذا الشأن نظرا لأهميتها العملية، وقد خلت معظم التشريعات من ذلك، باستثناء قلة نادرة منها التقنين المدني الإيطالي، حيث نصت المادة 1337 منه على أن:« يلتزم الأطراف أثناء المفاوضات وإبرام العقد بالتعامل بما يتفق وحسن النية»، وقد نص القانون المدني الفرنسي على ذلك في آخر تعديل[2]، فمثلا نلاحظ في القانون المدني الجزائري كيف صاغ مبدأ حسن النية في إبرام العقود، ولذا فإن الضرورات العملية والقانونية تقتضي إعطاء مفهوما أكثر تحديدا، وخاصة في مرحلة التفاوض على العقود وما تقتضيه من ضوابط ومعايير والتزامات ناشئة عنها من خلال قواعد ومفاهيم واضحة ومحددة.

وأمام خلو التقنينات المدنية الحديثة من نص ينظم مرحلة التفاوض، ترك الأمر لاجتهاد الفقه والقضاء، واستقر الجميع على وجوب الأخذ بحسن النية، والتي يقصد بها تلك النية الصادقة الخالية من الغدر، والخداع، فالنية الحسنة تصد سوء النية والغش والرغبة في الإضرار بالمتفاوض الآخر، وهذا المبدأ بصفة عامة يعبر عن كل إحساس بالأمانة واستقامة الضمير، وحسن النية إما أن يكون إيجابيا أو سلبيا، فالأول يقوم إذا أتى الشخص أفعالا من شأنها أن تعبر عن نقائه وصدقه، أما حسن النية السلبي فيتحقق عندما يقوم الشخص بمباشرة أي عمل يتنافى مع المقصد السوي، أي الامتناع عن العمل أو تقديم المعلومات اللازمة، أو السكوت عن بعضها مثلا.

وقد أدى التطور في مجال العقود، إلى إحداث اضطراب في مبدأ حسن النية حيث تم قصر الغش كمعيار للمسؤولية باعتباره مخالفة لمبدأ حسن النية على الأعمال الإرادية التي قام بها المدين بقصد الإضرار بالدائن، أي الخطأ العمد، وحتى لو تم ذلك بسكوته فقط كلما ألحق الضرر بالمتفاوض الآخر[3].

---

1 – كما هو الشأن في ق. م. ج المادة 107، ومثلا الق م. س في مادته 02، و ق. م. الياباني في مادته الأولى، والقانون المدني الهولندي في مادته 02/06.

2 – تعديل القانون المدني الفرنسي في آخر تعديل له بالمرسوم رقم 131/2016 المؤرخ في 2016/02/10.

3 – أ/ براهامي فايزة ، التزامات الأطراف في المرحلة السابقة على التعاقد، المرجع السابق ، ص 136 وما بعدها.

فبالرغم من اهتمام الشراح بدراسة مبدأ حسن النية عند تنفيذ العقد، إلا أن واقع الأعمال يستوجب وجود هذا المبدأ وهذه الفكرة حتى في المرحلة السابقة على التعاقد، أو عند إجراء المفاوضات العقدية لتجنب عدم الجدية لتحاشي الإضرار بالمتفاوض الآخر.

إذا خلال المرحلة السابقة على التعاقد وتجسيدا لمبدأ حسن النية في التعامل، يجب أن يتسم سلوك المتفاوض بالنزاهة والشرف والأمانة والثقة، وامتناعه عن كل ما من شأن إعاقة المفاوضات أو فشلها، أو إتباع أسلوب الحيلة والمراوغة بغية الإضرار بالطرف الآخر[1].

3- الطبيعة القانونية للالتزام بالتفاوض بحسن نية: إن الالتزام بالتفاوض بحسن نية هو التزام حقيقي له دائن و مدين ومحل وسبب فهو لا ينشأ إلا بعد انعقاد التفاوض بين الطرفين بالفعل، ومبدأ حسن النية هذا هو مبدأ عام يلتزم به أي شخص في أي وقت واتجاه أي شخص، وبهذا المعنى للالتزام بحسن النية في التفاوض فلا بد أن يكون لهذا الالتزام مصدر ينشأ عنه، وقلنا سابقا أن مصدره هو عقد التفاوض، التفاوض الصريح أو الضمني هو مصدره الوحيد[2].

وفي الحقيقة وفي الواقع أن هذا الالتزام بالضرورة هو التزام تبادلي يقع على عاتق الطرفين معا، فكل منهما دائن ومدين به في نفس الوقت، وهذا حتى يكون كل طرف حريصا على مصالح الطرف الآخر قدر الإمكان، وحتى يكون التفاوض ساحة للتعامل بشرف وأمانة وليس مكانا للكذب والخداع والغش.

إن المرحلة السابقة على التعاقد لا تستقيم كليا بدون هذا الالتزام الذي يعتبر جوهريا، وبالتالي فإنه يفرض على الطرفين ولو لم يتفقا عليه صراحة، بل ويقع باطلا كل اتفاق يقضي باستبعاده، أو إعفاء أحد الطرفين أو كلاهما من هذا الالتزام[3].

4- حدود الالتزام بالتفاوض بحسن النية: يثور التساؤل في هذا المعنى عن مدى الالتزام بالتفاوض بحسن نية، أي هل هو التزام بتحقيق نتيجة أو غاية، أم هو التزام ببذل العناية الضرورية فقط ؟

إن مضمون هذا الالتزام يفرض على المتفاوض أن يكون حسن النية بالفعل أثناء التفاوض بحسن نية فيتبع المسلك المألوف والمعتاد في التفاوض، ومن ثم فإن حسن النية هو محل هذا الالتزام وهو غايته المرجوة، كما أن حسن النية يفترضه كل طرف في الآخر عند التفاوض، وإلا لو علم أحد الأطراف بسوء

---

1 – أ/ براهامي فايزة ، التزامات الأطراف في المرحلة السابقة على التعاقد، المرجع السابق، ص 138.

2 – ومن المعلوم أن للالتزام عموما خمسة مصادر، العقد، الإرادة المنفردة، العمل الغير مشروع، الأثراء بلا سبب، كما ورد في ذلك في ق. م . ج .

3 – عبد الرحمن الشيخ، بحث في مفاوضات العقد للمساعدة الفنية الصناعية، باريس 1986، ص 292.

نية الطرف الآخر لامتنع حتما على الدخول معه في التفاوض، ومن ثم فإن الالتزام بالتفاوض مع الغير أمر مشروع خاصة في مجال التجارة الدولية، أو التفاوض مع أكثر من طرف واحد في آن واحد، حتى يختار من يراه مناسبا من بينهم.

إن إعمال مبدأ حسن النية أثناء التفاوض على العقود الهامة والثقيلة هو مبدأ أساسي يستلزم وجوب احترام طرفي التفاوض التزامات أخرى ثانوية تتفرع عن هذا المبدأ الأساسي حتى يتم التفاوض على أساسها بشكل كامل على أحسن وجه.

الفرع الثاني: الالتزامات الناشئة عن مبدأ حسن النية عند التفاوض على العقد

1- **الالتزام بالتفاوض:** وهو يعتبر الالتزام الأساسي الذي يقع على عاتق كل طرف في المفاوضة، ولتمحيص هذا الالتزام يلزم أن نحدد مضمون هذا الالتزام ويكون ذلك عن طريق التفرقة بين عنصرين يكونان، العنصر الأول هو الالتزام ببدء التفاوض، والعنصر الثاني، وهو الالتزام بالاستمرار في التفاوض، وهذا طبعا تحت إطار مبدأ حسن النية في التعامل، كما سبق الإشارة إلى ذلك[1].

أ- **الالتزام ببدء التفاوض:** إن التحديد الواضح لمضمون هذا الالتزام يقتضي التفرقة الواضحة بين عنصرين، الأول هو بدأ التفاوض وتحريكه، والثاني هو الاستمرار ومتابعة التفاوض وهذا ما سنتعرض له كما يلي: ويقصد ببدء التفاوض، بدء تلاقي المتفاوضين ومن ثم افتتاح المفاوضات بإجراء الحوار وتبادل الاقتراحات المتصلة بموضوع العقد المأمول إبرامه. هذا الشق من الالتزام بالتفاوض قد يقع على عاتق الطرفين معا، بحيث يكون كل منهما ملتزما بالحضور في موعد معين لبدء وافتتاح المفاوضة. وقد يقع على عاتق أحد الطرفين ، فيكون على الملتزم به واجب توجيه الدعوة إلى الطرف الآخر، وعرض الاقتراحات أو الدراسات التي يقوم التفاوض على أساسها، فمن طبيعة المعاملة والنية المشتركة للطرفين، يمكن معرفة الوقت المحدد الذي يبدأ من خلاله التفاوض، ومن ثم على المدين به أن ينفذه، وتجنبا للمنازعات يمكن للأطراف تحديد وقت بدء التفاوض في عقد المفاوضة[2].

---

1 – د/ محمد إبراهيم الدسوقي، مقال، الجوانب القانونية في الإدارة المفاوضات وإبرام العقود، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، جامعة عين شمس، ص 64.

2 – د/محمد أبو زيد ، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، بكلية الحقوق، جامعة عين شمس، مقال، المفاوضات في الإطار التعاقدي في صورها وأحكامها، العدد 47، جانفي 2005، ص 117

وبالنظر لطبيعة هذا الشق الالتزام بالتفاوض والهدف المرجو منه، فإنه يعد التزاما بتحقيق نتيجة، بحيث تقوم مسؤولية المدين به متى أخل بالتعهد الذي أخذه على نفسه[1].

فالتفاوض بحسن نية هو التزام بتحقق نتيجة أو غاية من أجل الوفاء بالالتزامات ولا يجوز لأي طرف دفع المسؤولية عن نفسه بإثبات أنه يذل كل ما في قدرته وطاقته حتى يكون حسن النية بالفعل فلم يستطيع ذلك، لأن حسن النية جزء لا تجزأ ولا يقبل الوسطية في ذلك فإما يكون الشخص حسن النية، أو يكون سيء النية، ولا شيء بينهما، ولا شيء غير ذلك، كما أن مبدأ حسن النية ليس حالة نفسية وذاتية فقط، وإنما هو سلوك وتصرفات سوية تتفق مع السلوكيات المألوفة والعادية وما جرى به العمل في مختلف المفاوضات العقدية الأخرى، وبذلك فإن إعمال هذا المبدأ بشكل تطبيقي ليس من الأعمال المستحيلة بل هو في استطاعة كل متفاوض دون مشقة كبيرة.

وحتى يكون المتفاوض حسن النية يجب أن يتخذ موقفا إيجابيا وفعالا خلال مراحل العملية التفاوضية، وعند مناقشة شروط وتفاصيل العقد المنشود بجدية كاملة، بهدف الوصول إلى إبرام العقد النهائي، من خلال الصدق والإخلاص بسلوك قائم على النزاهة والأمانة والشرف، وإن حاد عن كل ذلك يعد سيء النية، وأصبح عرضة للمسؤولية، ومن صور سوء النية في المفاوضات العقدية، أن يدخل فيها الشخص دون أن تكون له نية في إبرام العقد النهائي كهدف أخير لعملية التفاوض، بل قد يكون قصده أو هدفه هو مجرد معرفة بعض المعلومات أو الإطلاع على بعض أسرار الطرف الآخر أثناء التفاوض أو لمجرد شغله فيما يعرف بمفاوضات الإعاقة، حتى يفوت عليه صفقة هامة ومربحة كان سيبرمها مع الغير، أو أن يدخل طرف في التفاوض دون تأهيل كان للتفاوض، أو أن يقوم بخلق نوع من الأمل لدى الطرف المقابل بالتوصل إلى إبرام العقد النهائي لكنه يقوم بقطع المفاوضات فجأة دون مبرر مشروع ...الخ[2].

غير أن الالتزام بالتفاوض بحسن نية لا يعني أن يكون المفاوض ملزما بإبرام العقد المنشود أو النهائي بالفعل، فكل متفاوض له كامل الحرية في الانسحاب من المفوضات فهو يبذل كل ما في وسعه لإنجاح المفاوضات ومع ذلك فشلت، فإنه لا مسؤولية عليه.

---

1 – د/ محمد إبراهيم الدسوقي، المرجع السابق، ص 154.

2 – د/ حسام الأهواني، المفاوضات في الفترة قبل التعاقدية، المقال السابق، ص 11.

كما أن هذا الالتزام لا يمنع أحد الأطراف من التفاوض بشكل موازي مع الغير[1]، إلا في حالة اتفاق الطرفين على خلاف ذلك، ودون قصد بالإضرار بالطرف الآخر[2]، وفي الحقيقة فإنه يكفي إثبات تحقق النتيجة لقيام المسؤولية، فالتزام ببدء التفاوض هو التزام بتحقيق نتيجة على مستوى الإثبات، فبمجرد التخلف عن بدء التفاوض في الموعد المتفق عليه، أو خلال المدة المعقولة، دون حاجة لإثبات الخطأ، ولا يستطيع المدين بهذا الالتزام أن يدفع عن نفسه المسؤولية بإثبات أنه بذل العناية اللازمة، أو أنه لم يرتكب إهمالا، لكنه يمكنه أن يدفعها بإثبات السبب الأجنبي الذي يمنعه من البدء في التفاوض.

وما يجدر الإشارة إليه هو أن الالتزام ببدء التفاوض لا يوجد إذا كان التفاوض يتم في إطار غير تعاقدي، فالتفاوض الذي يجري خارج هذا الإطار الملزم قد يبدأ عمله عن طريق دعوة يوجهها أحد الأطراف[3]، فهي مجرد دعوة لا يتوافر فيها تحديد أركان العقد وشروطه الأساسية، وقد يبدأ التفاوض عقب توجيه إيجاب بات بالمعنى الصحيح من أحد الأطراف إلا أن الموجه إليه الإيجاب يعارض بعض ما تضمنه هذا الإيجاب دون أن يتقدم بإيجاب بات من ناحيته، وهنا يسقط الإيجاب، ويبقى الطرفان في دائرة المفاوضات، ويأخذ الأمر مسلك المناقشة واقتراحات التعديل المتبادلة، ففي الحالتين السابقتين لا يوجد التزام على أي طرف بأن يبدأ المفاوضات مع الطرف الآخر، وامتناع الداعي إلى التفاوض عن الدخول فيه وبدء الحوار ليس في حد ذاته خطأ ولا يرتب أي مسؤولية، ولكن إذا اقترن العدول بخطأ من جانبه فهذا هو الذي يرتب المسؤولية، ونفس الأمر بالنسبة لمن وجهت إليه الدعوة بالتفاوض في شكل غير تعاقدي فهو حر في أن يقبل الدخول في المفاوضات أو لا يقبل، فهو ليس ملزما بذلك[4].

وهذا عكس التفاوض في إطار تعاقدي، حيث يوجد التزام ببدء التفاوض، فإذا كان هذا الالتزام واقعا عل عاتق أحد الطرفين، ونفذ التزامه فعلى الطرف الآخر أن يشترك ويدخل المفاوضات، ويعد هذا الأخير مخلا بالتزامه التعاقدي إذ امتنع عن ذلك، وإذا كان الالتزام واقعا على كلا الطرفين فليس لأي منهما أن يمتنع عن الاشتراك ودخول المفاوضات ،فإذا ما بدأ التفاوض وجرى في إطار عقدي فإن طرفي التفاوض يلتزمان بمتابعة التفاوض وهذا هو الشق الثاني الذي يتولد عن الالتزام العقدي بالتفاوض[5].

1- M. Fontaine, op cit, P 25 et s.

2 – د/ حسام الأهواني، المفاوضات في الفترة قبل التعاقدية، المقال السابق، ص 10 وما بعدها

3 – د/ عبد المنعم البدراوي، النظرية العامة للالتزام، المرج السابق ص 198.

– مجلة العلوم القانوني والاقتصادية، جامعة عين شمس، ص 154.

4 – د/ حمدي عبد الرحمن، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص 182.

5 – د/ محمد أبو زيد، المقال السابق، المرجع السابق، ص 155.

ب- الالتزام بالاستمرار في التفاوض: بما أن التفاوض بدأ يجري في إطار تعاقدي، فإنه يلقى على عانق الأطراف التزاما عقديا بالاستمرار فيه ويؤدي الإخلال به إلى تحريك أحكام المسؤولية العقدية، وفي هذا الصدد تقر هيئة التحكيم في حكم صادر عن غرفة التجارة الدولية في القضية رقم 3131، المؤرخة في 26 أكتوبر 1979 بأن الاتفاق على التفاوض يولد تعهدا تعاقديا بمتابعة التفاوض والاستمرار فيه.

إن التفاوض في إطار غير تعاقدي، أي المفاوضات التي لا تبدأ بين الطرفين بعقد تفاوض أو اتفاق تفاوض فهي غير ملزمة لهما، ومن ثم فإن الاستمرار فيها غير ملزم، ولا يأتيها الإلزام إلا إذا توفرت ظروف تبعث الأمل والثقة على أن العقد المتفاوض عليه محتمل جدا إبرامه في النهاية، وبالتالي الاستمرار في التفاوض وعدم قطع المفاوضات أو التوقف عن مواصلتها دون مبرر مقبول أو مشروع يؤدي إلى ذلك[1].

إن الاستمرار في التفاوض ومواصلته لا يتم إلا في حالة شعور الأطراف بجدية عملية التفاوض وأهدافها ويحدث ذلك من خلال الاتفاق على المسائل الجوهرية في اتفاق التفاوض بهدف التوصل شيئا فشيئا إلى إبرام العقد المنشود والذي يحتل مكانة هامة في مجال المال والأعمال، ويكون الاستمرار أكثر جدية خاصة إذا كان الاتفاق أو عقد التفاوض مفروضا على الطرفين إبرامه بشكل قانوني خاصة في العقود الهامة والثقيلة.

وما يجدر الإشارة إليه أن الالتزام بالاستمرار في التفاوض لا يعني الالتزام بإبرام العقد المتفاوض عليه، وقد يتفق الأطراف على ذلك في اتفاق التفاوض، وهذا يعني أنه يحق لهما الاتفاق على الاستمرار في التفاوض وعدم قطع أو التوقف عن التفاوض دون سبب جدي ومشروع وإلا تحمل الطرف المتسبب في ذلك للمسؤولية، وفي حالة العكس لا يكون للقاضي سلطة التدخل في ذلك وإبرام العقد النهائي، وعلى ذلك فإن الالتزام بالاستمرار في التفاوض هو التزام ببذل العناية وليس التزاما بتحقيق نتيجة[2].

أما إذا اتفق الأطراف على المسائل الجوهرية وأبرما اتفاقا بالتفاوض على المسائل الثانوية والتزاما على الاستمرار في التفاوض للاتفاق عليها، وفي نهايتها إبرام العقد النهائي، ثم قام أحدهم بقطع التفاوض فجأة، فهنا يحق للقاضي التدخل بسلطتة لإكمال هذه المسائل الثانوية وإبرام العقد النهائي، وبناء على ذلك ينعقد العقد[3].

---

1 – د/ محمد حسام محمود لطفي، المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض، المرجع السابق، ص 38.

2 – د/ بلحاج العربي، مشكلات المرحلة السابقة على التعاقد، المرجع السابق ، ص 200 وما بعدها.

3 – د/ محمد محسن عبد العال، التنظيم الاتفاقي للمفاوضات العقدية ، المرجع السابق، ص 66.

إذن الالتزام بالاستمرار في التفاوض هو التزام ببذل العناية الكافية، إذا تمت المفاوضات على العقد في إطار تعاقدي، ونحن ننادي مع بعض الفقه أن يكون اتفاق التفاوض أو عقد التفاوض مفروضا على الطرفين في إطار القانون في العقود الهامة المركبة بشكل واضح غير ملزم لهما على إبرام العقد النهائي بل فقط من أجل التفاوض بشكل جدي وفي إطار مقتضيات التعامل بحسن نية وما يتفرع عن ذلك من التزامات.

ج- الالتزام بالإعلام: يلتزم المتفاوض بأن يقدم إلى المتفاوض معه معلومات حقيقية، عن مدى ملاءمة العملية المطروحة فنيا وماليا، فلا يستغل عدم تخصص المتفاوض في مسائل فنية ومالية معينة ليزج به في عقد لا يناسبه، ويتفاقم هذا الالتزام وطأة وسعة إذا ما تعلق الأمر بمتخصص أو متمرس في مجاله، وهذا ما يحتم عليه إطلاع الطرف الآخر عن الطبيعة الفنية والمالية للعقد الذي يقدم عليه فيصحح له المفاهيم ويلفت انتباهه، لما للعقد من آثار مبصرا الطرف المقابل ماله وما عليه مع الحفاظ على الحد الأدنى من المحافظة على المصالح الخاصة[1].

وتطبيقا لما تقدم حكمت غرفة التجارة الدولية بباريس CCI بالتزام المفاوض بأن يطلع الطرف الآخر على ما قد يوجد لديه من أحكام خاصة في قانون الموطن الواجب التطبيق ورتبت عن نكوله بهذا الالتزام سقوط حقه في التمسك بما أخفاه أو كتمه، حيث أن سعيه مردود عليه، فلا يلومن إلا نفسه، وتطبيقا لذلك قضت غرفة التجارة الدولية في هذا الصدد في عام 1981، قضت هيئة تحكيم تابعة لها بعدم تمسك المتعاقد وهو دولة إفريقية بعدم جواز التحكيم بشأن عقد معين بحجة أن هذا الشرط لم يصدر به مرسوم تحكيمي، ما دام أن المتعاقد قد نكل عن إعلام الطرف الآخر بهذا الشرط[2].

وفي عام 1986 قضت هيئة التحكيم بنفاذ شروط التحكيم في مواجهة الحكومة الإيرانية رغم تمسك هذه الأخيرة بأن السلطات المختصة لديها لم ترخص للمنشأة الحكومية بذلك، وأسست هيئة التحكيم حكمها على مخالفة المنشأة الإيرانية للالتزام الملقى على عاتقها بالإعلام عن هذا الحكم الخاص الملزم لها[3].

والحق أن الالتزام بالإعلام في مرحلة التفاوض على العقد يلعب دورا إيجابيا وبناء في تكملة وتحديد نظرية عيوب الرضا، لاستقرار المعاملات في المجتمع، لذا كان الالتزام بالإعلام في مرحلة التفاوض على العقد لتكملة ما شاب هذه النظرية من نقص لأنها تعنى بهذه العيوب في مرحلة التعاقد فقط،

---

1 – د/ محمد حسام محمود لطفي، المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض، المرجع السابق، ص 18.

2 – د/ عبد الكريم عبد اللاه، المرجع السابق، ص 425.

3 – د/ عبد الكريم عبد اللاه، ، نفس المرجع ، ص 425.

وبالتالي أصبح للالتزام بالإعلام في المرحلة السابقة على التعاقد ذاتية مستقلة، كالتزام إيجابي، والذي يقف جنبا إلى جنب بجوار الالتزام السلبي بعدم الغش أو التضليل[1].

إن التعقيد الفني المتزايد للعقود الحديثة والتي يتم إبرامها غالبا بين شخص محترف وآخر غير محترف والتباين الكبير بينهما يفرض على الشخص المحترف إمداد الطرف الغير محترف بكل البيانات والمعلومات التي يحوزها، كما أن للطرف الغير محترف نفس الالتزام بالإعلام عن المعلومات التي يحوزها فالتزام بالإعلام يجد أساسه في الالتزام الرئيسي بالتفاوض بحس نية.

وقد ذهب المشرع الجزائري في القانون المدني إلى اعتبار السكوت عمدا عن واقعة أو ملابسة إذ أن المدلس عليه ما كان ليبرم العقد لو علم بالواقعة أو هذه الملابسة، وهذا حرصا من المشرع على سد باب الخداع والغش وإعمال مبدأ الشفافية والمكاشفة والإفصاح وبالتالي إرساء لمبدأ الإعلام بالأمور المهمة التي لها علاقة مؤثرة في إبرام العقود، ومن باب أولى نقول نحن أنه يكون ذلك في التفاوض على العقد الذي أساسه تكوين بنود وشروط هذا الأخير، إن المشرع يرى أنه مجرد السكوت يكفي أحيانا لقيام التدليس، ويطلق على هذا النوع من التدليس اسم الكتمان التدليسي ويقصد به السكوت عمدا، أو بسوء نية عن الإعلام بواقعة معينة، ويحدث ذلك حتما حينما يشعر المتفاوض أن الطرف الآخر يجهل أمرا هاما ما كان ليبرم العقد لو علم به، فيتعمد السكوت لكي يستفيد من جهل هذا الأخير[2].

وقد أسس المشرع بهذا النص مبدأ عاما بطبق على كل العقود، ومن باب أولى في بناء هذه العقود بأن عدم الإعلام والسكوت العمدي يعتبر تدليسا، ووفقا لنص هذه المادة فإن المتفاوض يلتزم طيلة مرحلة المفاوضات بعدم الكتمان وبصراحة تامة وخاصة إذا كانت هذه المعلومات مؤثرة في بناء العقد، وإلا كان مخلا بالتزامه بالإعلام، ومرتكبا في الوقت نفسه تدليسا يجعل العقد النهائي قابلا للإبطال لمصلحة الطرف المدلس عليه.

وبذلك اعترف الفقه والقضاء المصري والفرنسي بهذا الالتزام العام بعدم السكوت وبالمصارحة والشفافية في التفاوض[3]، وقد أيده في طلك الفقه الحديث[4].

---

1 – د/ محمد حسام محمود لطفي، المرجع السابق، ص 18 وما بعدها.

2– طالع المادة 86 فقرة ثانية ق. م. ج .

3– وفقا للمادة 02/125 مدني مصري.

4- C. Larroumet, Le contart, op cit, P 318

- J. Ghestin, op cit, P 536.

وهكذا فإن المتفاوض ملزم وعليه واجب إعلام المتفاوض الآخر، بكافة المعلومات والبيانات التي لها تأثير واضح في بناء العقد المنشود، وذلك بشفافية تامة وبدون كتمان

د- مضمون الالتزام بالإعلام: كما ذكرنا سابقا أن الالتزام بالإعلام يستنبط من الواجب العام وهو النزاهة وحسن النية في التعامل.

وتجدر الإشارة إلى أن التفاوض يختلف عن الإعلام فلكل منهما طبيعته ومجاله، فالتفاوض يتضمن بحث ومناقشة شروط العقد المختلفة من أجل تحديدها وبلورتها في العقد، أما الإعلام فيقتصر على وصف الشيء الذي يرد عليه العقد من أجل العلم به فقط وقد يكون من طرف واحد، في حين أن التفاوض على العقد لا يمكن تصوره من جانب واحد. ولو كان التفاوض يفترض وجود الإعلام لتنوير إرادة المتفاوض الآخر، فإن هذا الالتزام يمكن أن يوجد خارج دائرة التفاوض، ويثار هذا الالتزام حتى عند إبرام عقود الإذعان الغير قابلة للتفاوض، بل وعند تنفيذ العقد الذي أبرم بالفعل. ومنه فإن الالتزام بالإعلام في عقود الاستهلاك، أي عندما يكون أحد الطرفين مستهلكا محضا، فإن الالتزام بالإعلام يصبح التزاما بتحقيق نتيجة، فلا مجال لدفع المسؤولية عند الإخلال به إلا بإثبات السبب الأجنبي. وتبرز أهمية الإعلام في مجال الأعمال التجارية والمعاملات والعقود الخاصة المركبة والهامة ماليا وفنيا، حيث يتم إبرام العقود في هذا المجال على ضوء ما يتوفر لدى الأطراف من معلومات وبيانات، لذلك هناك من ذهب إلى القول بأن للإعلام صورتان، إما أن يكون إعلاما اختياريا أو إجباريا[1].

أ- الإعلام الاختياري: يكون كذلك عندما يقوم به الشخص بمحض إرادته أو لإقناع الطرف بالتعاقد، دون أن يفرضه عليه عقد أو قانون، وهو ما يحدث عادة في صورة دعاية أو إشهار أو لإعلان يهدف للإعلام الجمهور ودفعه للإقبال على الخدمة أو السلعة.

أما في التفاوض على العقود الهامة، ومثلا في عقود التنمية التي يتم التفاوض حولها وإبرامها من الدولة مع طرف أجنبي، في صورة مشاريع ذات أهمية خاصة تقام على أراضي هذه الدولة، فإن الطرف الأجنبي يقوم بإعلامها بكل تفاصيل المشروع وحتى المخاطر التي قد تنجر عنه بيئيا أو صحيا وحتى على

=- فقد خاض في موضوع الإعلام عن الشيء المبيع بشكل مفصل، د/ حمدي أحمد سعد، الالتزام بالإفضاء بالصفة الخطرة للشيء المبيع، دار الكتب القانونية ، القاهرة ، مصر 2010.

1- أ/ براهامي فايزة، التزامات الأطراف في المرحلة السابقة على التعاقد، المرجع السابق، ص 139 وما يليها.

سلامة الأرواح والأموال، مثل تنفيذ عقود مشاريع المنشآت الكبرى، مثل إنشاء مصانع الأدوية أو عقود نقل التكنولوجيا...الخ من العقود[1].

ب- الإعلام الإجباري: لقد أصبح الإعلام أمرا إلزاميا يفرضه القانون وهو يعبر عنه بالتزام بالإعلام، حيث يلتزم المتعاقد بتقديم المعلومات أو البيانات المتعلقة بالسلعة أو الخدمة، حيث على أساس ذلك يتعاقد الطرف الآخر بإرادة مستقرة وحرة وبما يناسب حاجياته لتلك السلعة أو الخدمة، إن هذا الالتزام يجد مجاله في عقود الإذعان، ومثال على ذلك ما نص عليه القانون المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، حيث نص صراحة على ضرورة احترام وخضوع المحترف اتجاه المستهلك لواجب الإعلام بالأسعار والتعريفات وشروط البيع، بهدف ضمان شفافية الممارسات التجارية[2] كما نص على ذلك القانون المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، على إلزامية إعلام المستهلك بكل المعلومات المتعلقة بالمنتوج الذي يضعه للاستهلاك بواسطة الوسم ووضع العلامات أو بأية وسيلة أخرى مناسبة[3].

ويعود السبب الرئيسي للنص صراحة على واجب الإعلام في عقود الاستهلاك إلى أن هذه الأخيرة تشكل علاقات غير متكافئة بطبيعتها بسبب اختصاص المحترف ذاته والكم الهائل من المعلومات التي يحوزها والإمكانات الكبيرة التي بين يديه، وهذا ما نتج عنه علاقة تربط بين الطرفين الغير متكافئين، طرف قوي متفوق وطرف ضعيف مغلوب[4].

ومن خلال ذلك هناك من الفقه من عرف الالتزام بالإعلام على أساس الهدف الذي وجد من أجله، والمتمثل في إنشاء رضاء سليم خالي من العيوب فقالوا أما الالتزام بإعلام :" وهو التزام عام يغطي المرحلة السابقة على التعاقد في جميع عقود الاستهلاك، ويتعلق بكافة المعلومات لإيجاد رضاء حر وسليم".كما تطرق جانب من فقهاء الشريعة الإسلامية إلى تعريف الالتزام بالإعلام المستهلك بأنه – إخبار عن حقيقة السلعة التي يريد أن يستهلكها – ولعل كلمة حقيقة هنا جاءت جامعة لما ينطوي تحتها من بيان عيوب

1- أ/ برهامي فايزة ، المرجع السابق ، ص 140.

2- وهو القانون 04/ 02 المؤرخ في 22 يونيو 2004 يحدد القواعد المطبقة على الممارسة التجارية وقد نص على ذلك المواد 04 وما يليها، ج ر 41 مؤرخة في 06/27/ 2004.

3- هذا ما نصت عليه المادة 17 من القانون 09- 03 المؤرخ في 25 فيفري 2009 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، ونص هذا القانون خاصة في المواد ة 17 و18 منه.

4- أ/ برهامي فايزة ، نفس المرجع ، ص 144.

السلعة ومكوناتها واستعمالها وخطورتها وإظهارها دون تحريف، وهذا الالتزام يقع حتى على الغير، وهذا ما يميز الشريعة الإسلامية عن غيرها[1].

وقد قسم فريق من الفقه الفرنسي الالتزام بالإعلام إلى التزام عام بالإعلام والتزام تعاقدي بالإعلام، فيعتبر الأول التزاما عقديا أوليا ينشأ قبل إبرام العقد بينما يعد الالتزام التعاقدي بالإعلام التزاما تبعيا للالتزام الأصلي، إلا أن كلا الالتزامين يصعب الفصل بينهما من الناحية العملية ، نظر لضعف الطرف المستهلك في العلاقة، نص المشرع على ذلك صراحة نظرا لأن هذه العقود لا يتم التفاوض حولها، فهي تشبه عقود الإذعان، أما في العقود التي يتم التفاوض حولها فقد يتم الاتفاق على الالتزام بالإعلام صراحة في اتفاق خاص، أو يجعل بندا من بنود اتفاق التفاوض حدود الالتزام بالإعلام ، بداية نلاحظ أن هناك صعوبة في وضع حدود فاصلة بين الالتزام قبل التعاقد بالإعلام، والالتزام التعاقدي بالإعلام، ومهما كان الأمر فإنه على المتفاوض في مرحلة إبرام العقد، أن يطلع الطرف الآخر عن حقيقة كل واقعة أو ملابسة بكل صدق ومصارحة[2].

إن الطرف القوي في العلاقة التفاوضية عليه التزام بالإعلام، لكن كذلك يقع على عاتق الطرف الضعيف في هذه العلاقة واجب الاستعلام الذي يفرضه عليه مبدأ حسن النية في التعامل، ولا يبقى مكتوف الأيدي ينتظر فقط ما يعلمه به الطرف الآخر، وعليه جمع كل المعلومات المتاحة، إلا التي لا يكون بإمكانه جمعها لسبب مشروع والتي لا تتوفر إلا عند الطرف الآخر.

فالمحاكم ترد دعوى البطلان المرفوعة إذا كان العقد النهائي قد أبرم، من أحد طرفي العقد، متى ثبت لها أنه ارتكب خطأ بعدم قيامه بالاستعلام وكان بإمكانه ذلك، وهكذا ردت محكمة التمييز الفرنسية[3] دعوى وكيل ثانوي لبيع السيارات على وكيل أصلي بالتأخر والضرر، مستندة على المادتين 1382 و1383 من القانون المدني الفرنسي . لأن هذا الأخير أخبره بأن البيوعات المتوقعة تبلغ 370 سيارة للسنة المقبلة، بينما لم تتجاوز 130 سيارة، معللا قراره بأنه على الوكيل الثانوي بالنظر لمهمته أن يتأكد من

1- بن مغنية محمد، حق المستهلك في الإعلام، رسالة ماجستير في القانون الخاص، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر 2006/2005، ص 10 وما بعدها.

2- هذا ما نصت عليه المادة 02/86 من ق . م. ج والمادة 125 ق . م. م، والمادة 144 ق. م. أ ولا يوجد نص قانوني فرنسي مشابه لهذه المادة إلا أن القضاء الفرنسي أقر هذا الالتزام في المرحلة السابقة على التعاقد، وقد أيده في ذلك الفقه الفرنسي الحديث، وفي التعديلات المهمة التي أوردها المشرع الفرنسي في مجال حماية المستهلك في قانون الاستهلاك رقم 93/ 943 المؤرخ في 1993/07/26 وما لاحقها من تعديلات وقوانين أقر حق المستهلك في الإعلام بشكل عام.

3- قرار محكمة التمييز الفرنسية بتاريخ 1986/02/25، مأخوذ من -أ/ برهامي فايزة، المرجع السابق، ص 15.

صحة توقعات من تعاقد معهم، فالوكيل ممتهن وبالتالي يفترض فيه الإطلاع على أوضاع سوق السيارات أي يقع عليه واجب الاستعلام، لما يحقق الالتزام بالإعلام الواقع على عاتق المدين به.

نطاق الالتزام بالإعلام من حيث المحل: قد تتحقق الأضرار التي تصيب المستهلك في صحته وسلامته أو في أمواله لدى استعماله سلعة معينة أو انتفاعه من خدمة مقدمة إليه، لذا فإن الالتزام بالإعلام يفرض في كل عقد يبرمه المستهلك، سواء أكان محله سلعة أو خدمة، والأصل في الإعلام أنه يشمل كافة الأشياء المبيعة منقولا كانت أو عقارات، وسواء كانت أشياء مادية أو معنوية، بسيطة أو معقدة، عادية أم خطيرة، مستعملة أم جديدة، شائعة الاستعمال أو مبتكرة ورغم ذلك يتسم الالتزام بالإعلام بقدر من الخصوصية، ويكون نطاقه أكثر اتساعا عندما يكون محل العقد ذا طبيعة خاصة خطرة أو معقدة أو حديثة الابتكار[1].

– **الإعلام في المنتجات الخطرة:** تقوم التفرقة بين مفهوم المنتج الخطر الذي يثير مسؤولية صانعه، ومفهوم الشيء الخطر في مجال المسؤولية عن فعل الأشياء، ففي مجال المسؤولية عن فعل الأشياء، فإن الشيء الخطر هو ذلك الشيء الذي يعرض الغير للأخطار بسبب طبيعته أو بسبب الظروف التي وضع فيها أو بفعل الإنسان، وهذا المفهوم يختلف تماما عن المنتج الخطر الذي يقيم مسؤولية منتجه، ذلك أن المنتج ليست له سلطة الرقابة والتوجيه لا على الشيء ولا على مشتريه أو مستعمله، ومن ثم لا يعد حارسا فضلا عن أن وجود عقد يربط بين المضرور والمنتج بعني أن المضرور ليس من الغير[2].

وقد تعرض الفقه في هذا الشأن للتفرقة بين فكرتي الخطر والضرر، على أساس أن المنتج يعد خطرا بالنظر لكونه يمثل تهديدا بالخطر، لا لأنه قد تسبب في إحداث ضرر، فالخطر يسبق في وجوده حدوث الضرر، وعلى ذلك إذا تسبب منتج ما في إحداث ضرر معين، فلا يمكن حسابه من المنتجات الخطرة إذا لم يكن قد مثل من قبل تهديدا بإحداث الضرر[3].

وقد أكد القضاء الفرنسي على التزام صانع وبائع المنتجات الخطرة بالإعلام، فقد قضت محكمة النقض الفرنسية بأن كل شخص يصنع أو يبيع أو يدخل بأي طريقة، في دائرة في استعمال المنتجات، مواد

1– د/ ممدوح محمد مبروك، أحكام العلم بالمبيع وتطبيقاته في ضوء تقدم وسائل التكنولوجيا المعاصر، المكتب الفني للإصدارات القانونية، مصر 2000، ص 277.

2– د/ أحمد عبد العال أبو قرين، ضمان العيوب الخفية وجدواه في مجال المنتجات الصناعية، دون دار نشر أو تاريخ نشر، مصر، ص 28.

3– د/ منى أبو بكر الصديق، الالتزام بالإعلام المستهلك عن المنتجات، دار الجامعة الجديدة، مصر 2013، ص 122.

أو أشياء يمكن أن تمثل خطران أن ينبه إلى هذا الخطر، أو يوصي بالاحتياطات الضرورية لكل مستعمل من خلال بيانات واضحة ومفهومة لكل المستعملين[1].

وعند التفاوض لإبرام عقود التوريد أو التجارة الخارجية لمثل هذه المنتجات يقع واجب إعلام الطرف المتلقي كالتزام بتحقيق نتيجة وإلا تحمل مسؤولية الأضرار التي تنجم عن ذلك، ومنها الالتزام بالسلامة وضمانها في كثير من العقود[2].

نخلص بالقول أن الالتزام بالإعلام قد أضحى ضرورة عملية تقضيها ظروف التعامل بين الأفراد والمؤسسات في حياتنا المعاصرة، وذلك رغبة في بلوغ وتحقيق قدر هام من الأهداف والمقاصد التي لا غنى عنها لضمان سلامة وحسن سير هذا التعامل بين الأطراف وخاصة في المرحلة السابقة على التعاقد، ويمكننا أن نذكر بعض هذه الأهداف التي اقتضتها ظروف التعامل، وأملت على المشتغلين بتقنين وسن الالتزامات القانونية، ضرورة الاعتراف صراحة بوجود الالتزام بالإعلام قبل التعاقد، ونجمل هذه الأهداف في النقاط التالية:

1- الحد من اختلال التوازن في مستوى المعرفة بين الأفراد

2- إشاعة روح التعاون والتضامن بين المتعاملين

3- العمل على تحقيق الرضا الواعي والمستنير لدى المتفاوض

4- عدم كفاية الوسائل التقليدية لحماية الرضا

كما أن للالتزام بالإعلام قبل التعاقد دورا وقائيا، بإعلامه يؤدي إلى استقرار المراكز القانونية الناجمة عن العقد، وحفظها من عوامل الإبطال، بإعطاء كل المعلومات الأساسية عن مصير الشيء المتفاوض عليه.

إن وجود الالتزام بالإعلام قبل التعاقد يكمل جانب القصور الذي يعتري النظريات القانونية القائمة، كنظرية عيوب الرضا، ومنه فإنه يتوفر للمفاوض المتعاقد مستقبلا المتضرر من إخلال الطرف الآخر بالتزامه بالإعلام بالمعلومات الهامة المتصلة بالعقد المراد إبرامه، وإمكانية الرجوع عليه بالتعويض، وفقا

1- Cass. Crim 14 mars 1974, GP. 1974, P 417.

- د/ حمد أحمد سعد، المرجع السابق، ص 64.

2- محمد علي عمران، الالتزام بضمان السلامة وتطبيقاته في بعض العقود، دار النهضة العربية ، القاهرة مصر ، 1980، ص 31 وما بعدها.

للقواعد العامة في المسؤولية المدنية[1]، وهذا في حالة قصور نظريات عيوب الرضا من غلط وتدليس وإكراه واستغلال، ونظرية العيوب الخفية ...الخ[2].

وفي الأخير نقول أنه في الحياة العملية يتم الإدلاء بالبيانات المتصلة بالعقد المزمع إبرامه بطرق مختلفة فهو إما أن يتم شفاهة بالشرح العلني للطرف الآخر، وإما أن يتم كتابة، من خلال تقديم بيانات مكتوبة إلى هذا الأخير، تلحق بقيود وشروط أو محتوى العقد النهائي في وثيقة مستقلة تلحق بالعقد النهائي[3].

هـ – الالتزام بالاستقامة والجدية والاعتدال: وهذا ما يقتضي أن يلتزم به كل متفاوض من اعتدال وجدية واستقامة، والمقصود بالاعتدال هو تبادل الاقتراحات والمناقشة والتباحث بين طرفي العقد، وأن للطرف الآخر مهلة كافية للدراسة والتفكير، فإذا كانت المقترحات غير مفيدة أو غير معتدلة، أو مبالغ فيها، فلا مجال لقبولها دون أي خطأ في مرحلة التفاوض.

ويقتضي الاعتدال في التفاوض الجدية من الطرفين، بدراسة المقترحات بنية حقيقية في التعاقد بعيدا عن الصرامة والتشدد، أي بعدم رفض اقتراحات الآخر ما دامت معتدلة وجادة ومنطقية[4].

كما يوجب الاعتدال التزام المتفاوض بالاستقامة، أي بعدم تقديم بيانات أو معلومات مغلوطة أو مفرطة في التفاؤل، أو العكس مغرقة في التشاؤم، أو قديمة وبالية، بإتباع الشفافية التامة في التعامل، وبكل موضوعية وعقلانية، فالمتفاوض يلتزم بهذا الشأن بعدم بث آمال كاذبة لدى الطرف الآخر في أن التعاقد وشيك، وعدم إطالة أمد المفاوضات لمجرد الدعاية أو التسلية لتحميل الطرف الآخر نفقات كبيرة، وكذا بعدم إجراء مفاوضات موازية بشأن العملية محل التفاوض دون علم الطرف الآخر، كما أن الاستقامة تعني الالتزام بمواصلة التفاوض ببذل العناية اللازمة بهدف نجاحه، وعدم العدول عنها دون أي مبرر موضوعي أو في وقت غير ملائم. فلا يجوز قطع المفاوضات فجأة، بدون مبرر مشروع، أو لأي سبب غير موضوعي، وإلا كان المتفاوض مخطئا وانعقدت مسؤوليته المدنية. كما أن الالتزام بالاعتدال والجدية والاستقامة، يفرض على كل متفاوض أن يحترم ما درجت عليه العادات والأعراف المهنية، المحلية أو الدولية، بشأن الصفقة موضوع التفاوض، والتي تسود في مجال كل مهنة أو حرفة أو تجارة أو صناعة،

1– د/ خالد جمال أحمد، الالتزام بالإعلام قبل التعاقد، د . ن. ع، مصر القاهرة 2003، ص 86.

2– وفق ما نصت عليه المادة 124 ق م ج وما بعدها، وتقابلها المادة 123 ق م م .

3– د/ عبد الكريم عبد اللاه، المرجع السابق، ص 429.

4– د/ بلحاج العربي، مشكلات المرحلة السابقة على التعاقد، المرجع السابق، ص 75 وما بعدها.

لفرض الانضباط في المرحلة السابقة على التعاقد وعلى ذلك يرى بعض الخبراء في مجال إستراتيجية التفاوض وأساليبه ضرورة محاربة الأنانية المفرطة التي تثقل كاهل كل متفاوض في مواجهة الآخرين، والتي تدق عليه إلى تقديس مصلحته على حساب مصلحة الأطراف ، منتهكا بذلك التزام الاعتدال في التفاوض[1].

إن الالتزام بالاستقامة يقتضي نوعا من الشفافية في التعامل، ويجدر التنويه في هذا المقام باختلاف مدلول الشفافية عن مفهوم العلانية، فيمكن أن تسلك الجهة مصدر البيان أو المعلومة مسلكا علنيا، فتفصح عن كل شيء أمام الجميع ولكنها تبطن شيئا آخر، أما الشفافية فهي العلانية بالمعنى الموضوعي وليس الشكلي فحسب، فتعطي الشفافية الانطباع بصدق ما أفصحت عنه الإرادة واتفاق إرادتها الظاهرة مع إرادتها الباطنة، فإذا تم ذلك كان للمتفاوض أن يتخذ قراره عن بصر وبصيرة بكل جوانب العملية التفاوضية، وبالتالي فإن الالتزام بذلك ، نقول أن المتفاوض أخذ بمبدأ الاستقامة والجدية في التفاوض[2].

و – الالتزام بالتعاون وضمان المحافظة على الأسرار

1 – الالتزام بالتعاون: ويتمثل هذا الالتزام في التعاون الوطيد المستمر بين الأطراف المتفاوضة بما يكفل الوصول بالمفاوضات إلى نهاية منطقية، إما بانعقاد العقد محل التفاوض وإما بغض النظر عنه كلية ، ولا تدخل صور التعاون المنتظرة تحت الحصر، ويمكن أن نذكر منها على سبيل الذكر، عدم التأخر عن جلسات التفاوض بدون عذر مقبول، وعدم التراضي في تحديد مواعيد جلسات التفاوض، وعدم الرفض غير المبرر لتعيين خبير أو أكثر لحسم مسألة فنية أو أكثر مختلف عليها، وعدم تحديد أماكن مختلفة للتفاوض تستدعي سفرا ومشقة دون سبب مقبول[3].

وفي الحقيقة أن العقد لم يعد ليقوم على الصراع والتناحر، وإنما على التعاون والثقة المتبادلة، فقد تحول العقد من مجرد حقوق والتزامات متبادلة بين الطرفين إلى نوع من الشراكة الموحدة للمصالح، فالمرونة في مناقشة جدول الأعمال والامتناع عن التصلب في الرأي، وعدم التقدم بعروض مبالغ فيها لا يمكن قبولها بهدف إفشال المفاوضات والجدية في مناقشة عروض الطرف الآخر، وعدم رفضها بدون مبرر مقبول، وعدم السعي لخلق المنازعات والعراقيل لإفشال العملية التفاوضية، وعدم العودة إلى الوراء لإثارة نقاط تم حسمها سابقا، وكذلك من باب التعاون إخطار المتفاوض الآخر عن قطع أو توقيف المفاوضات

1– د/ بلحاج العربي، مشكلات المرحلة السابقة على التعاقد، المرجع نفسه، ص 74.

2– د/ محمد حسام محمود لطفي، المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض، المرجع السابق ، ص 28 وما بعدها.

3– د/ وفاء حلمي أبو جميل، الالتزام بالتعاون، د . ن .ع، القاهرة 1993، ص 21 وما بعدها.

في الوقت المناسب والتعاون الكلي لاحترام انتهاء العملية التفاوضية ومختلف مراحلها في المواعيد المحددة من الطرفين[1].

إن الالتزام بالتعاون يظهر جليا في العقود ذات الأهمية الاقتصادية الكبيرة، والتي تحتاج إلى دراسات فنية لازمة لتنفيذ المشروعات، فقد يحتاج المشروع إلى دراسات مسبقة للتربة كما هو الحال مثلا في مشروعات إنشاء المطارات، ومشروعات استغلال الثروات الطبيعية ومشروعات الإسكان الكبيرة، كما قد يحتاج المشروع المتفاوض عليه إلى دراسات فنية هندسية كما هو الحال في مشروعات إنشاء المصانع، وقد يتم اللجوء إلى كل ذلك من خلال اتفاقات تحضيرية لذلك نسبة إلى العقد المنشود الذي يجري التفاوض عليه، فيتم من خلاله تحديد الدراسات المطلوبة وضبط المواعيد المقرر لها وتقديم التقارير عنها، وتحديد من يتحمل عبئها من الطرفين، بالإضافة إلى الاتفاق على مدة معينة لكل ذلك، كل هذا يدخل ضمن التزام أساسي هو الالتزام بالتعاون الذي يظل قائما طوال مرحلة التفاوض بغية الوصول إلى النتائج المرجوة، هذا من بين صور التعاون خلال التفاوض على العقد والتي قلنا لا تدخل تحت حصر ، وعادة لا يتم النص صراحة كتابة أو شفاهة على الالتزام بالتعاون والمساعدة المتبادلة، بل يفترض وجوده ضمنيا، وفي هذا قضت محكمة التحكيم بغرفة التجارة الدولية في باريس بأنه:« من الملائم التأكد على أنه يوجد وبالتوازي مع النصوص القانونية لمختلف القوانين الوطنية، في النطاق الخاص بالتجارة الدولية عادات ومبادئ التعاون والمفروضة على كل الممارسين الاقتصاديين للتجارة الدولية، فعلى أطراف العقد الواجب الضمني بتنسيق جهودهم للتعاون، ويتجسد الالتزام بالتعاون في التشاور والمشاركة في إعداد سيناريو أو جدول المفاوضات، وتحديد مكان إجرائها والتراضي على تحديد الخبراء والفنين والاستشاريين والتنفيذ الدقيق لالتزاماتهم...»[2].

2- الالتزام بالمحافظة على الأسرار أثناء المفاوضات: يلتزم المتفاوض بالمحافظة على الأسرار التي يطلع عليها أثناء التفاوض، حيث تقتضي المفاوضات من أحد الأطراف أن يفضي بعض أسراره الهامة، حتى ولو لم تكن هذه الأسرار تحظى بالحماية القانونية ولعل هذا الالتزام هو أهم ما يقتضيه حسن النية في التفاوض، ويقوم بذلك أحد الأطراف بتنفيذ التزامه بإعلام الطرف الآخر، أو لتحفيز هذا الطرف لإبرام العقد.

ونظرا لأهمية هذه الأسرار بالنسبة لصاحبها، فالواجب على الطرف الثاني أن لا يفشي بها[3] للغير، كما عليه أن لا يستعملها أو يستغلها لصالحه الخاص دون موافقة صاحبها.

1- د/ عبد الكريم عبد اللاه ، التعارض على العقد، المرجع السابق، ص 446 وما بعدها.

2- أ/ برهامي فايزة ، التزامات الأطراف في المرحلة السابقة على التعاقد، المرجع السابق، ص 160 وما بعدها.

3- M. Fontaine, op cit, P 39.

والجدير بالذكر أن المحافظة على سرية التكنولوجيا في مرحلة التفاوض على إبرام العقد شغلت بال كل من المورد والمستورد على حد سواء، مثلا في عقود نقل التكنولوجيا، فلا حائز التكنولوجيا يرغب في أن يطلع طالبها على سرها خشية أن تفشل المفاوضات فتضيع قيمتها المادية، ولا طالب التكنولوجيا براض عن التورط في عقد لا يعرف حقيقة محله ولا مدى صلاحيته له، وهذا ما يجعل الأطراف يبرمان اتفاقا بذلك حتى ولو فشلت المفاوضات، مما يحقق ضمان المحافظة على سرية المفاوضات[1].

وليست ثمة صعوبة في حماية التفاوض من إفشاء أو استغلال أسراره، حينما يكون التفاوض واردا على أفكار يحميها القانون، بشكل خاص، ولكن تكمن الصعوبة الحقيقية في التفاوض والإدلاء بأمور سرية لا يكفل لها القانون حماية خاصة، فطبعا هناك تنوع في الحقوق الفكرية بتنوع المجال الذي يتم فيه الإبتكار الفكري، ففي مجال الصناعة والتجارة تسمى هذه الحقوق بـ – حقوق الملكية الصناعية والتجارة – وفي مجال الآداب والفنون والعلوم تسمى– بحقوق الملكية الأدبية والفنية – ، ويقصد بحقوق الملكية الصناعية والتجارية، تلك الحقوق التي تكون للشخص على أمواله المعنوية التي يستخدمها في صناعته أو تجارته، وهي حقه في احتكار أو استغلال الاختراعات والرسوم والنماذج، وحتى على العلامات والأسماء التجارية. إن حماية المتفاوض الذي له هذه الحقوق أو أحد منها بشكل قانوني لا تثير أية صعوبة، لأن هذه الحماية قد كفلها القانون بنصوص خاصة، وطبقا للقانون يكون لصاحبها الحق في احتكار واستغلال ملكيته الصناعية، والإفادة منها لمدة معينة وبشرط محدد[2].

أساس الالتزام بالمحافظة على الأسرار: تدور المفاوضات في العقود الحديثة اليوم على أمور هامة ذات طابع علمي وفني وتكنولوجي مهما كان نوع هذه العقود سواء كانت عقودا محلية أو دولية، فمثلا في عقود المنشآت الكبرى، وعقود المساعدات الفنية والصناعية، وعقود نقل التكنولوجيا...الخ.

فالتفاوض على هذه العقود يلزم الطرف المتلقي التعرف على الأسرار التكنولوجية والفنية والعلمية مقدما حتى يتمكن من تقدير قدرتها وجودتها وفعاليتها لتحقيق أهدافه، لكن صاحب المعرفة الفنية والعلمية والتكنولوجية يجد نفسه معرضا لذيوع أسراره هذه واستعمالها من الغير أو من الطرف الآخر دون ترخيص مسبق منه وهذا في حالة فشل المفاوضات وبالتالي عدم إبرام العقد النهائي المنشود، ووفقا للقواعد العامة لا

1– أ/ إبراهيم المنجي، عقد نقل التكنولوجيا، منشأة المعارف بالإسكندرية،ت مصر، ط1، 2002، ص 143.

2– هذا تم التطرق له باختصار، والذي يهمنا هو هذه الحقوق دون التطرق إلى الحقوق الأدبية والفنية بالشرح.

يوجد ما يلزم الطرف المتلقي من المحافظة على هذه الأسرار ما لم يوجد نص قانوني أو اتفاقا بين الطرفين ينص على ذلك[1].

فالقانون ينص عموما على حالات يكون فيها الشخص مؤتمنا على الحفاظ على الأسرار وما تلقاه من معلومات، ولا يجوز له الكشف عنها إلا فيما يسمح به القانون، ونجد من هؤلاء الموظفون العموميون والمحامون والأطباء وغيرهم، الذين يؤتمنون على أسرار بحكم وظيفتهم أو بمناسبتها، فهناك نصوص بهذا الشأن في قانون العقوبات تجعل الإفشاء بالمعلومات التي يحرص الغير على إخفائها جريمة يعاقب عليها القانون[2]. ومن الناحية المدنية لا يجوز كذلك إفشاء الأسرار التي تشكل وسيلة إثبات ما دام الشخص مؤتمن عليها.

وقد يفرض هذا الالتزام من خلال نص وضعه الطرفان المتفاوضان في الدعوى إلى التفاوض في بنود الاتفاق أو عقد التفاوض، أو في اتفاق لاحق، و عندئذ يعتبر التزاما عقديا بعدم إفشاء الأسرار، سواء نجح التفاوض أم فشل، واستعمالها لاحقا بأي طريقة كانت منه شخصيا أو من طرف الغير.

ولكن الإشكال يثور إذا لم يوجد نص في القانون أو في العقد يقضي بإلزام من تلقى المعلومات بمناسبة العقد وخصوصا في مرحلة المفاوضات على العقود التي لم يتم الكشف عنها للغير، فهل يظل هذا الالتزام قائما بالرغم من عدم وجود نص يسند إليه؟

يمكن القول في هذا الصدد أن المفاوض يمنع عليه الإفضاء بالمعلومات التي علمها من الطرف الآخر في أثناء مفاوضات العقد، استنادا إلى أحكام المسؤولية التقصيرية، فالخطأ التقصيري يتمثل في الإخلال بالواجب العام بعد الانحراف عن سلوك الرجل العادي عند التعامل مع الغير، والرجل العادي طبعا لا يفشي الأسرار التي علمها بمناسبة مفاوضات العقد ولا يفصح بها إلى الغير، ولا يستغلها لحساب نفسه، فمعيار الرجل العادي يقوم على اعتبار أخلاقي إلى جانب الاعتبار المادي.

لكن في ظل هذه الحالات فإن الاتفاق على الالتزام بالسرية من شأنه سد كل منافذ النزاعات وذلك بالتحديد الدقيق للأمور التي تعتبر سرية من عدمها، سواء من حيث الأشخاص المسوح لهم بالكشف عنها، أو من حيث المعلومات.

وما يجدر الإشارة إليه أن الالتزام بالسرية لا يشمل المسائل الغير مشروعة مثل التهرب الجمركي، أو الاحتكارات والتهرب الضريبي، أو تقليد العلامات التجارية أو كل عمل غير مشروع في هذا المجال هي

1- أ/ برهامي فايزة ، التزامات الأطراف في المرحلة السابقة على التعاقد، المرجع السابق، ص 162.

2- طالع المادة 301 من قانون ق. ع. ج ، رقم 66- 156 مؤرخ في 1966/7/8، المعدل و المتمم

كثيرة طبعا، وهذا دائما متى شكلت جريمة أو عملا ضارا، وكان القانون يوجب عليه الإبلاغ عنها، أو إذا طلب للشهادة بشأنها[1].

وفي إطار هذا الالتزام تتمتع براءة الاختراع[2]، والعلامات التجارية[3] والرسوم والنماذج الصناعية[4]، بأنظمة المعالجة الآلية، تتمتع بحماية قانونية في المنظومة[5] القانونية الجزائرية، كما أن قانون العقوبات الجزائري يعاقب بالحبس وبالغرامة المالية، كل من يعمل بأي صفة كانت في المؤسسة، أفشى أو شرع في إفشاء أسرار المؤسسة الصناعية التي يعمل فيها إلى أجانب أو إلى جزائريين يقيمون في بلاد أجنبية[6].

إذا كل ما يتحصل عليه المتفاوض والفريق المنتمي إليه من أسرار عديدة، فعليه أن يمتنع عن الإفشاء بها، وتسريبها إلى الغير، وحتى وإن تلقى من الطرف الآخر وثائق سرية لتسهيل عملية التفاوض وبث الثقة وتبصير الطرف المقابل بحقيقة العملية التفاوضية، وقد تتمثل هذه الوثائق مثلا في رسوم أو نماذج أو خرائط أو المعرفة الفنية والعلمية، أو الخبرة التقنية، أو عقود أو شهادات أو حسابات مالية، وجب عليه أن لا يتصرف فيها لنفسه أو يسربها للغير، أو حتى الاحتفاظ بصورة منها.

وفي الأخير نقول أن هذا الالتزام هو التزام بتحقيق نتيجة، بأن يمتنع عن الإفشاء بالفعل، ولا يكفي بذل المجهود اللازم، وإلا انعقدت مسؤوليته[7].

ي- الالتزام بالاستعلام: لا شك أن المتفاوض لا ينتظر من الغير أن يكون أحرص منه على مصالحه، فيقع عليه واجب الاستعلام بنفسه ويتحرى حقائق الأمور باللجوء إلى مختلف وسائل الإطلاع والمعونة المتاحة والمشروعة.

ومن هذا اشترط الفقه والقضاء لقيام الالتزام بالإعلام أن يكون الدائن بهذا الالتزام جاهلا بالبيانات العقدية اللازمة، وأن يكون جهله هذا مشروعا ، أي على الدائن وحتى يقبل إدعاء المدين قد أخل بالتزاماته

1- أ/ برهامي فايزة ، التزامات الأطراف في المرحلة السابقة على التعاقد، المرجع السابق، ص 170 وما بعدها.

2- المادة 56 وما بعدها من الأمر رقم 07/03 المؤرخ في 2003/07/19، المتعلق ببراءة الاختراع.

3- المادة 26 وما بعدها من الأمر رقم 03/ 06 المؤرخ في 2003/07/19، المتعلق بالعلامات التجارية,

4- المادة 23 وما بعدها من الأمر رقم 86/66 المؤرخ في 1996/04/22، المتعلق بالرسوم والنماذج الصناعية.

5- المادة 394 مكرر من ق ع ج .

6- المادة 302 من ق ع ج .

7- بلحاج العربي، مشكلات المرحلة السابقة على التعاقد، المرجع السابق، ص 59

بالإعلام وأن يثبت هو أولا أنه كان يجهل بالأمر محل النزاع، وأن ثمة ما يبرر هذا الجهل. ويكون جهل الدائن مشروعا وإذا استحال عليه العلم ببيانات العقد، استحالة موضوعية أو استحالة شخصية[1].

أما الاستحالة الشخصية فهي التي تتحقق بسبب حالة الدائن الخاصة المتمثلة في عدم خبرته في مجال العقد المراد إبرامه، خاصة في المجالات الفنية المعقدة، التي يكون المدين خبيرا فيها، فيلتزم بذلك بإعلام الدائن الغير خبير، وفي هذا الصدد يأخذ الرأي الراجح في الفقه بالمعيار الذاتي، حيث يستلزم الاعتداد بالظروف الشخصية للدائن في كل حالة على حدة، لكن إذا كان محترفا فإن القضاء يجعل من احترافه قرينة على العلم، ولذا قضى باستبعاد مسؤولية البائع الذي يعلم المشتري باحتياطات الاستعمال لكون الأخير محترف وفي مجال عقد الامتياز التجاري قضى بأن صاحب الامتياز المحترف في مجال تجارة السيارات، ينبغي عليه أن يستعلم تقدير مخاطر الصفقة قبل اتخاذ القرار النهائي، وهو يكون مخطئا إذا لم يتحرى جدية المعلومات والتوقعات المقدمة إليه من مانح الامتياز أثناء التفاوض، وبالتالي فإن الدائن الغير محترف يفترض فيه أنه جاهل جهلا مشروعا، ويقع على المدين حينئذ عبء إثبات العقد[2].

ويكون جهل الدائن مشروعا إذا كان يعول على الثقة المشروعة في المتفاوض الآخر، وهي الثقة التي تفرضها بعض العقود بسبب طبيعتها، أو بسبب صفة معينة في أحد الطرفين المتفاوضين، كأن يكون أحد الأطراف مستأثرا بمعلومات كثيرة، فمن الطبيعي أن يعتمد عليه الطرف الآخر فيما يخص هذه المعلومات، وفي الحالة التي يكون فيها المتفاوض الآخر محترفا ويتفاوض في مجال تخصصه مع شخص عادي غير محترف، مثال ذلك الصانع والتاجر، والطبيب والفني ...الخ[3].

ويتصل بالتزام المتفاوض بالاستعلام أن يقوم بإطلاع المتفاوض الآخر على المعلومات التي تحصل عليها، وعلى حقيقة الصعوبات القائمة، حتى يتمكن هذا الأخير أن يقوم بواجب الإعلام بشكل جيد. والحق أنه من الأحوط أن نسلم بالتزام المتفاوض بالإفضاء بكافة البيانات والمعلومات المتعلقة بالعقد المراد إبرامه، والتي هو على علم بها تستوي في ذلك المعلومات والبيانات اللازمة ولا غنى عنها لتحقيق رضاء سليم ومستنير لدى المتفاوض الآخر. إذ أن القول بغير ذلك يشكل خطرا على أمن وسلامة المتعاملين بصفة عامة، والمستهلكين بصفة خاصة، فقد يكون المفاوض خبيرا ولكن قد يجهل المعلومة

1- J. Ghestin, op cit, P 623.
2- J. Ghestin, op cit, P 624.
3- د/ نزيهة المهدي، المرجع السابق، ص 183 وما بعدها.

فيؤدي الأمر إلى مشاكل وعواقب وخيمة، فضلا على أنه من الصعوبة بمكان أن يتم التأكد من المتفاوض الخبير[1].

أن يحدد البيانات التي يجهلها هذا الأخير فيفضي بها إليه أم لا، فتلك التي يعلمها أو يفترض فيه أنه يعلمها فلا يطلعه عليها، فالصواب إذا أن يلتزم المتفاوض بإعلام من يتفاوض معه بشفافية تامة، أيا كانت خبرة هذا الأخير، فإذا أخل المتفاوض بهذا الالتزام وكان المتفاوض الآخر قد تقاعس بدوره عن الاستعلام، فإنهما بذلك يكونا قد ارتكبا خطأ مشتركا فيتحملا معا تبعته، كل بحسب مقدار خطئه طبقا للقواعد العامة[2].

ز – الالتزام بالتبصير والنصيحة: لكي يفي المتفاوض بالتزامه بالإعلام، عليه وفي الحالات العادية الإدلاء بالبيانات الكافية الخاصة بالعقد محل التفاوض، بشكل كتابي أو بشكل شفاهي، إلا أن الظروف التي تحيط بالتعاقد أو طبيعة الشيء محل العقد، تفرض عليه فضلا عن ذلك أن يقوم بتحذير المتفاوض الآخر أو أن يلفت انتباهه، إلى إمكانية وجود خطورة مادية أو معنوية أو قانونية، ناتجة على إبرام هذا العقد في النهاية. ففي هذه الحالة لا يكفي القول بالكتابة، بل من واجب المتفاوض اتخاذ موقف أو مواقف أكثر إيجابية، حتى يكون أكثر تأكيدا وتصميما على تنبيه المتفاوض الآخر للخطورة الناشئة بعد إبرام العقد المزعوم[3].

وينطبق هذا الالتزام على صانع أو بائع الأشياء الخطرة، لما تحمله في طياتها من خطورة تهدد أمن وسلامة المستهلك أو المشتري، وقد تكون هذه الأشياء إما خطرة لذاتها أو بطبيعتها مثل: الأشياء السامة أو الأشياء القابلة للإنفجار، فقد تكمن هذه الخطورة في سوء استعمال هذا المنتج إذا قضى ذلك إلى القيام بعمليات معقدة من شأنها أن تجعله خطرا، مثل الآلات الميكانيكية والأسلحة ...الخ ، ومهما يكن الأمر فإن صانع أو بائع هذه الأشياء الخطرة يلتزم بتحذير المشتري أو المستهلك من الخطورة الموجودة في الشيء المبيع، وهذا حتى لا يعود هذا الشيء خسرانا وهلاكا عليه أو على الأشخاص المحيطين به ، والواقع أن هذا الالتزام بالتحذير ليس التزاما مستقلا بذاته، وإنما هو التزام مكمل وملاصق للالتزام بالإعلام وقد يكون التزاما مشددا[4].

1– د/ عبد الكريم عبد اللاه، التفاوض على العقد، المرجع السابق، ص 444 وما بعدها.

2- B. lassalle, op cit, P 841.

3– د/ نزيهة المهدي، المرجع السابق، ص 18.

4– د/ محمد شكري سرور، مسؤولية المنتج عن الأضرار التي تسببها منتجاته الخطرة، دار الفكر العربي، القاهرة 1983، ص 22.

وتطبيقا لذلك وفي قضية معروفة نظرتها محكمة النقض الفرنسية في 31 يناير 1973 قام شخص بشراء مادة لاصقة (Colle) من أجل ترتيب أرضيات صناعية، وكانت العلبة المحتوية على هذه المادة مكتوبا عليها فقط– مادة قابلة للاشتعال– وبعد أن قام المشتري باستخدام هذه المادة في لصق أرضية إحدى الغرف، وإثر قيام إبنه، الذي كان يساعده، بإشعال سيجارة في غرفة مجاورة، حدث اشتعال سريع مصحوب بانفجار شديد أصاب شخصين، وأودى بحياة المشتري فيما بعد، قضت محكمة استئناف تولوز باستبعاد مسؤولية البائع – الموزع – وحكمت بمسؤولية الصانع لإخلاله بالتزامه بإعلام وتحذير المشتري المحتمل بالطبيعة الخطرة للمنتج، ولما طعن في هذا الحكم بالنقض قضت محكمة النقض بتأييده، مؤكدة على وجود التزام مشدد – أي Stricte – بالإفضاء بخطورة الشيء المبيع إلى المشتري غير المحترف، ومقررة بذلك الطبيعة العقدية للمسؤولية الناشئة عن الإخلال بهذا الالتزام[1].

وإذا كان العقد المتفاوض عليه ينطوي على أي خطورة قانونية وجب على المتفاوض أن يحذر المتفاوض الآخر من هذه الخطورة لكي يحتاط منها، وهذا ما أكدته محكمة النقض الفرنسية في قضية تتلخص وقائعها في قيام منظم سباق سيارات (Rallye) ، بإبرام عقد مع قائدي السيارات للمتسابقين، وكان هذا العقد يلزمه بإبرام عقد تأمين يضمن كافة آثار المسؤولية المدنية التي من الممكن أن تنشأ على عاتق المتسابق من جراء الأضرار الجسدية والمالية التي تلحق بالمشاهدين أو الغير أو سائر المتسابقين وأثناء السباق اصطدم أحد المتسابقين بشجرة، وتوفي أحد أفراد الطاقم المساعدين له، وعند الرجوع على شركة التأمين تبين للمتسابق أن وثيقة التأمين تستبعد من نطاق الضمان أفراد الطاقم المساعدين، ولما عرض الأمر على محكمة النقض قضت بمسؤولية منظم السباق، لكونه قد ارتكب خطأ تمثل في عدم قيامه بلفت نظر المتسابق إلى الخطورة القانونية الكامنة في شرط استبعاد المساعدين من نطاق التأمين[2].

وقد استقرت أحكام القضاء الفرنسي على ذلك، فقد قضى بأن مؤجر الحاسب الآلي يعد مخطئا إذا لم يحذر المستأجر من صعوبات تشغيله، كما قضت كذلك بأن شركة تنظيف الملابس تلتزم بتحذير عميلها من الخطر الذي قد تتعرض له ملابسه نتيجة للتنظيف ،رؤ وجدير بالتنبيه أن الالتزام بالتحذير لا يقتصر على المتفاوض المحترف فحسب، بل أنه يقع على المتفاوض غير المحترف كذلك[3].

1- Cass, civ, 31 janvier 1973.

2- Cass. Civ. 16 avr 1975, D. 1976, Paris, P 514.

3– د/ عبد الكريم عبد اللاه، التفاوض على العقد، المرجع السابق، ص 436

– **الالتزام بالنصيحة:** إذا لا يكفي أن يلتزم المتفاوض بإعلام الآخر بكل البيانات المتعلقة بالعقد المنشود فحسب، بل عليه كذلك واجب تقديم النصيحة إلى المتفاوض الآخر كلما كانت ضرورة لذلك، وفي حقيقة الأمر أن هذا الالتزام هو التزام مصاحب للالتزام بالإعلام.

فالمتفاوض الذي يكون في مركز أقوى من المتعاقد الآخر بإخطار وتقديم النصيحة والتحذير بكافة البيانات التي تساهم في تكوين رضاء الطرف الضعيف في هذه العلاقة، إما بالإقدام على إبرام العقد النهائي أو التحلل منه إذا شاء، ومن ثم إيجاد نوع من التعاون بين الطرفين لتنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع موجبات حسن النية في التعامل، وحماية الثقة المشروعة في العقد ، فنظرا لتعقد الحياة الاقتصادية، فقد كشفت عن أن جمهورا كبيرا من المتعاملين لم تعد لديهم الخبرة الكافية للإحاطة بظروف التعاقد وملابساته، من حيث مطابقة السلعة محل العقد للغرض المخصص له، أو من حيث خطورة هذه السلعة في الاستخدام، وقد انتهى هذا الوضع كما هو مطروح في مجال التقنيات الحديثة إلى ظهور تغيرات جديدة في عالم القانون مثل حماية المستهلك من خلال تبصيره بموضوع العقد وعواقبه ووسائل تنفيذه، ولم يقتصر الأمر في شأن توجيه النصيحة على النحو الذي بدأ في الفقه الفرنسي[1].

بل بدأت درجات متفاوتة في توفير حماية الطرف الآخر غير المهني أو غير المحترف في العقد، وتم استخدام العديد من الألفاظ مثل إعلام الطرف الآخر، وفي بعض الأحيان استخدام لفظ الالتزام بالنصيحة، وكذا الالتزام بالتحذير، وقد نادى سفاتيه بأن هذه المعاني الثلاثة تجمع بين الطابع الإيجابي وبين الإختيار الحيادي من جانب المدين، وفي مجال النصيحة يوضح للدائن الإرشاد الكامل حتى يتم العقد أو يعدل عنه الطرف الآخر. وليس من شك أن الالتزام بالنصيحة يثبت على عاتق المتفاوض المحترف في المجال الذي يتم فيه التفاوض مثل: المهندس، والمحامي، والطبيب، والفني، والصيرفي...الخ، حيث يلتزم هذا الأخير بتقديم النصيحة إلى الشخص غير المحترف الذي يتفاوض معه، وذلك بأن يبين له مدى ملاءمة العقد من الناحية المالية والفنية[2].

والأمثلة على هذا الالتزام بالنصيحة كثيرة نذكر منها على سبيل المثال لا الحصر ، وهكذا فإن محترف إصلاح السفن الذي يشير على عميله شراء شبكة صيد مستعملة يعد مخلا بالتزامه بالنصيحة، إذا تبين أن تكاليف إعداد وتركيب هذه الشبكة تتجاوز بشكل كبير ثمن سفينة جديدة، وكذلك الصيرفي الذي يقرض عميله قرضا تتجاوز تكاليفه كل موارده المالية يعتبر مخلا بالتزامه بالنصيحة، وفي مجال

1– د/ سعيد سعد عبد السلام، الالتزام بالإفصاح في العقود د. ن. ع، مصر 2000، ص 09 وما بعدها.

2– د/ سعيد سعد عبد السلام، نفس المرجع، ص 10.

المعلوماتية يكون البائع مسؤولا إذا لم يساعد عميله في تحديد أهدافه الحقيقية من أجل تزويده بالأجهزة الأكثر ملاءمة لحاجاته، كما يعد المهندس مسؤولا إذا لم ينصح رب العمل بخصوص تكاليف البناء، ويكون لهذه النصيحة أكثر فعالية إذا أعطيت أثناء مراحل التفاوض على العقد قبل إبرامه النهائي[1].

و- موقف الشريعة الإسلامية: رسخت وبينت الشريعة الإسلامية قواعد التعامل بين الناس على أسس عديدة فجعلته يقوم على الصدق والأمانة وحسن المعاملة، حتى تكون المعاملات منتظمة في المجتمع فقد نهى الإسلام عن الكذب وأمر بالصدق في التعامل، يقول الله تعالى:﴿**يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آَمَنُوا اتَّقُوا اللَّهَ وَكُونُوا مَعَ الصَّادِقِينَ**﴾[2]، ويقول سبحانه وتعالى:﴿**فَنَجْعَلْ لَعْنَةَ اللَّهِ عَلَى الْكَاذِبِينَ**﴾، وقد قال رسول الله صلى الله عليه وسلم في حديث له:﴿ عليكم بالصدق فإن الصدق يهدي إلى البر، والبر يهدي إلى الجنة، وما يزال الرجل يصدق ويتحرى الصدق حتى يكتب عند الله صديقا، وإياكم والكذب فإن الكذب يهدي إلى الفجور، والفجور يهدي إلى النار، وما يزال العبد يكذب حتى يكتب عند الله كذابا﴾[3]، وقال رسول الله صلى الله عليه وسلم كذلك في حديث آخر:﴿ ثلاثة لا ينظر الله إليهم ولا يزكيهم ولهم عذاب أليم، قال فقرأها رسول الله صلى الله عليه وسلم ثلاث مرات، قلت خابوا وخسروا من هم يارسول الله؟ قال: المسبل والمنان والمنفق سلعته بالحلف الكاذب﴾[4].

وقد أمر الإسلام المؤمن أن يكون أمينا وصادقا ومتعاونا في تعاملاته مع الغير، سواء كانوا مسلمين أو مشركين أو وثنيين في كثير من الآيات القرآنية حيث يقول الله عز وجل في القرآن الكريم:﴿**يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آَمَنُوا لَا تَخُونُوا اللَّهَ وَالرَّسُولَ وَتَخُونُوا أَمَانَاتِكُمْ وَأَنْتُمْ تَعْلَمُونَ**﴾[5]، ويقول كذلك عز وجل:﴿**وَالَّذِينَ هُمْ لِأَمَانَاتِهِمْ وَعَهْدِهِمْ رَاعُونَ**﴾[6]، وقد روى الترمذي بسند حسن أن النبي صلى الله عليه وسلم قال:﴿التاجر الصدوق الأمين مع النبيين والصديقين والشهداء﴾.

1- د/ محمد شكري سرور، مسؤولية مهندسي ومقاولي البناء والمنشآت الثابتة الأخرى، دار الفكر العربي، القاهرة 1985، ص 101 وما بعدها.

2- سورة التوبة الآية رقم 119.ح

3- حديث أخرجه أبو داود والترمذي في صحيحيهما، عن ابن مسعود رضي الله عنه.

4- حديث رواه مسلم وأبو داود والنسائي والترمذي وابن ماجة، عن أبي ذر الغفاري رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم وهو الذي كان يسأله في الحديث هذا.

5- سورة الأنفال الآية رقم 27.

6- سورة المؤمنون آية رقم 08.

وقد أمر الإسلام بحسن المعاملة، حيث دعا إلى السماحة في التعامل أيا كانت صورته فقد قال رسول الله صلى الله عليه وسلم:﴿ رحم الله رجلا سمحا إذا باع وإذا اشترى وإذا اقتضى ﴾[1].

ولا شك أن حسن التعامل والصدق والأمانة والسماحة تستلزم حسن النية عند بدء التعامل وبشكل خاص ولازم في مرحلة التفاوض على العقد، حتى يتم بناء العقد المنشود على أسس سليمة، وبذلك تسود روح الأخوة والتلاحم والتعاون بين أطراف التفاوض، وبذا يبتعدا عن الخداع والغش والخيانة وسوء النية في التعامل، فمن دخل في تفاوض على عقد ما مع طرف آخر سواء كان مسلما أو مشركا فهم في ذلك سواء، ليس بنية التعاقد وإنما بنية التجسس عليه فهو آثم، يقول الله تعالى:﴿**وَلَا تَجَسَّسُوا** ﴾[2]، وكذلك الأمر بالنسبة لمن يعمل على تدمير صاحبه المقابل في التفاوض فيعمل على إضاعة الوقت من خلال التفاوض حتى يفوت عليه صفقة أخرى مهمة، لأنه يعتبره منافس له في مجال نشاطه، حيث يقول الله عز وجل:﴿**وَالَّذِينَ يُؤْذُونَ الْمُؤْمِنِينَ وَالْمُؤْمِنَاتِ بِغَيْرِ مَا اكْتَسَبُوا فَقَدِ احْتَمَلُوا بُهْتَانًا وَإِثْمًا مُبِينًا**﴾[3]، ويقول رسول الله صلى الله عليه وسلم:﴿ ولا تجسسوا ولا تنافسوا ﴾[4]، ويقول الله تعالى:﴿ **يأَيُّهَا الَّذِينَ آَمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ**﴾[5].

وفي الإسلام يفرض على المتفاوض التزام تبيانه كل شيء وبالصدق وعدم الكتمان، وفي حديث للرسول صلى الله عليه وسلم مر على صبرة من طعام، أدخل يده فيها، فنالت أصابعه بللا فقال:﴿ما هذا ياصاحب الطعام؟ قال: أصابته السماء يارسول الله صلى الله عليه وسلم، قال: أفلا جعلته أعلى، ومن غشنا فليس منا﴾[6]، وقال رسول الله صلى الله عليه وسلم:﴿المسلم أخو المسلم ن ولا يحل لمسلم باع من أخيه بيعا يعلم فيه عيبا إلا بينه له﴾[7]، وفي حديث آخر للرسول صلى الله عليه وسلم قال:﴿ البيعان بالخيار ما لم يتفرقا، فإن صدقا وبينا بورك لهما بيعهما، وإن كتما وكذبا محقت بركة بيعهما﴾[8].

1- حديث أخرجه البخاري عن جابر بن عبد الله رضي الله عنه.

2- سورة الحجرات الآية رقم 12.

3- سورة الأحزاب الآية رقم 58.

4- رياض الصالحين، رقم 271، صحيح مسلم، ج 2، ص 279.

5- سورة النساء الآية رقم 29.

6- حديث رواه مسلم عن أبي هريرة رضي الله عنه.

7- حديث رواه أحمد وبن ماجه بإسناد حسن، وذكره ابن حجر العسقلاني في فتح الباري بشرح صحيح البخاري، ج 6، ص ص 575.

8- حديث رواه أحمد والنسائي ومسلم وابن ماجه، عن حكيم ابن حزم رضي الله عنه.

ولكل متفاوض واجب النصيحة للطرف المفاوض الآخر، بكل أمر يستوجب ذلك ولا يكتفي بمجرد تقديم المعلومات والبيانات فقط، فقد قال رسول الله صلى الله عليه وسلم:﴿ الدين النصيحة، قلنا لمن: قال: لله ولرسوله ، ولأئمة المسلمين وعامتهم ﴾[1].

ومن الالتزامات المنبثقة والمترتبة عن مبدأ حسن النية في التعامل، هو الالتزام بالتعاون والجدية، فقد أمر الإسلام بذلك بين الناس إذ يقول الله عز وجل:﴿ **وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَى وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ** ﴾[2]، وقال رسول الله صلى الله عليه وسلم:﴿...ومن يسر على معسر يسر الله عليه في الدنيا والآخرة، ومن ستر مسلما ستره الله في الدنيا والآخر، والله في عون العبد ما كان العبد في عون أخيه ﴾[3].

إذا من خلال هذه النصوص وعموم معانيها وألفاظها يتضح كيف أن الإسلام يحث على مبادئ والتزامات عديدة بداية من الالتزام بحسن النية في التعامل والالتزام بالتعاون والالتزام بالمحافظة على الأسرار، والالتزام بالإعلام، والالتزام بالتحذير والنصيحة وغير ذلك من الالتزامات والتي تتفق وحسن التعامل بشكل عام، ومن بينها المرحلة السابقة على التعاقد وما تفرضه من التزامات على أطرافها.

إن هذه الالتزامات يتم التقيد بها خلال مرحلة التفاوض على العقد حتى ولو لم يتم النص عليها صراحة في عقد أو اتفاق التفاوض، لأن هذه الالتزامات يفرضها الشارع ولا دخل لإرادة الطرفين فيها، فالفقهاء في الإسلام يرون أن إرادة الطرفين حرة في إنشاء العقد فقط، أما أثاره فمن عمل الشارع الحكيم، حتى لا يبغي بعض الناس على بعض بما يشترطون، وحتى يكون لكل تصرف حكمه من الشارع الحكيم، وبذلك نلاحظ أن الشريعة أرست هذه الالتزامات منذ زمن بعيد، غير أن هذه الالتزامات لم تظهر في القانون الوضعي إلا حديثا وفي آخر مراحل تطوره[4].

الفرع الثالث: الآثار المترتبة عن الإخلال بالتزامات مرحلة التفاوض

متى وجد اتفاق التفاوض صحيحا، وجب على طرفيه تنفيذ الالتزامات الناشئة عنه فإذا لم يقم أحد المتعاقدين بتنفيذ التزامه ولم يكن عدم التنفيذ راجعا إلى سبب أجنبي قامت مسؤوليته العقدية، وتقضي أحكام هذه المسؤولية بأن تنفيذ كل متعاقد ما التزم به عينا، فإذا كان التنفيذ العيني ممكنا وطلبه الدائن، أجبر المدين عليه.

1- حديث رواه مسلم في صحيحه، ج1، ص 460.

2- سورة المائدة الآية 02.

3- حديث رواه مسلم في صحيحه، ج 1، ص 460.

4- د/ عبد الكريم عبد اللاه، المرجع السابق، ص 476، وما قبلها.

أما إذا كان التنفيذ العيني غير ممكن، أو كان ممكنا ولكن لم يطلبه الدائن ولم يعارضه المدين، فلا يكون أمام القاضي سوى أن يحكم بالتعويض، عن عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عن العقد، فالمسؤولية العقدية هي جزاء إخلال المتعاقد بتنفيذ التزامه أو التأخر في التنفيذ، وهي تؤدي إلى تعويض الدائن عما أصابه من ضرر بسبب عدم تنفيذ العقد، وهذا ما يسمى بالتنفيذ عن طريق التعويض أو التنفيذ بمقابل، فالمسؤولية العقدية ليست هي الجزاء الوحيد بل يضاف إليها في نطاق العقد جزاءات أخرى كالفسخ، فإذا أخل أحد الطرفين في العقد الملزم لجانبين بالتزام نشأ عنه في ذمته جاز للطرف الآخر أن يطلب فسخ العقد ليتحلل من الالتزامات الناشئة في جانبه[1].

وعند عدم وجود اتفاق تفاوض صريح، أي وجود اتفاق ضمني بالتفاوض أي دخول الطرفين في مفاوضات مباشرة دون إبرام اتفاق صريح ومكتوب على إجراء هذا التفاوض أي القيام بعمل مادي لا يستند إلى عقد، فهنا كما قلنا سابقا أي ضرر يلحق أحد الطرفين بسبب إخلال الطرف الآخر بالتزاماته، فما على الطرف الآخر إلا أن يطالب بالتعويض عن هذا الضرر على أساس المسؤولية التقصيرية، بإثبات شروط قيامها.

إن الإخلال بهذه الالتزامات والتي تؤدي إلى فقدان الثقة، ويؤدي ذلك إلى فشل المفاوضات، وبالتالي فقدان الأمل في انعقاد العقد المنشود، وينسب الفشل إلى المسلك الخاطئ لأحد المتفاوضين، فالتساؤل المهم الذي يجب أن يطرح، وهو مدى اعتبار فرصة انعقاد العقد ضررا يجب التعويض عنه.

لقد جاء حكم صادر من محكمة بروكسل– أنه ليس للطرف المتضرر من قطع المفاوضات أن يطالب بالتعويض عن المزايا التي كان سيحصل عليها من عقد لم يكن له أن يعتمد عليه، بتعويضه عن هذه المزايا يؤدي إلى حصوله على ما يفوق ما حرم منه[2]، وهذا ما ذهب إليه جانب من الفقه، حيث ينعدم وجود الفرصة الجادة، لأن إبرام العقد يكون دوما في التفاوض أمرا احتماليا وافتراضيا، ومن ثم يجب أن يقتصر التعويض على نفقات التفاوض ومصاريف التنقل والإقامة والدراسات الأولى، والإخلال بالالتزامات التفاوض، دون أن يمتد التعويض إلى المزايا التي كانت ستحقق لو كان العقد قد أبرم، والقول بغير ذلك يؤدي إلى ترتيب آثار العقد دون أن يتم ، وفي القانون الإنجليزي، فإن القاضي على فرض تسليمه بالإطار التعاقدي للتفاوض، لا يسلم بالتعويض عن فقد المزايا المألوفة من العقد باعتبار أنها عنصر بعيد وغير

1– د/ محمد أبو زيد، المفاوضات في الإطار التعاقد، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، مقال سابق، ص 81.

2– حكم صادر عن محكمة بروكسل في 1985/07/24، J. T du 12/04/1986, P 236. –

مؤكد، والعكس فإن المحاكم الإنجليزية تكون أكثر استجابة في إلزام المسؤول عن إفشال المفاوضات بالتعويضات المتمثلة في التكاليف والنفقات التي أهدرت بسبب التفاوض[1].

ولكن هذا الاتجاه لا يجب أن يؤخذ على إطلاقه، فالقضاء قد استقر في فرنسا وفي مصر على أن تفويت الفرصة يعد ضررا محققا وحالا، وعلى المدين أن يعوض الدائن، والقانون لا يمنع من أن يدخل في الحساب الكسب الفائت الذي هو أحد عناصر التعويض، وما كان يأمله المضرور من كسب ما دام أن هذا الأمل يستند إلى أسباب معقولة، فإذا كانت الإفادة من الفرصة أمر محتمل، إلا أن تفويتها يعد أمرا محققا، ومن ثم لا بد أن تدخل في عناصر الضرر اللازم التعويض عنه، وفي هذا يختلف تفويت الفرصة عن الضرر الاحتمالي فالحرمان من الفرصة حتى فواتها هو ضرر محقق، حتى ولو كان الإفادة منها أمرا محتملا، فالضرر يتمثل في تفويت الفرصة نظرا لعدم احترام الأطراف لبعض التزاماتهم مما جعل إبرام العقد النهائي غير ممكن، طبعا هذا ضررا مؤكد، أما الإفادة منها هو الأمر الغير مؤكد والاحتمالي دون أدنى شك[2].

وعلى هذا فإن التفاوض على العقد هدفه الأساسي هو التوصل إلى توافق متطابق بين الطرفين على كل الشروط التي ستبني العقد المنشود، وإبرام هذا العقد يعطي الأمل لتحقيق الربح لكلا طرفي العلاقة، أي الضرر يتمثل في مجرد فوات فرصة تحقيق الربح، لكنه لا يمتد إلى الحرمان، لأن الحصول أمر يحتمل لذا فإن تفويت فرصة الربح والحرمان منها يستلزم بالضرورة توافر هذه الفرصة بشكل جدي وحقيقي تم الحرمان منها بسبب إخلال أحد الطرفين أو كلاهما لالتزاماتهما المعروفة خلال المرحلة السابقة على التعاقد، وبالتالي ليس للمتضرر أن يدعي فوات الفرصة إلا إذا كانت هناك فرصة جدية ومؤكدة في إبرام العقد النهائي المنشود[3].

فإذا كانت المفاوضات العقدية في بدايتها وتم البدء فيها دون عقد تفاوض، فإن انعدام فرصة إبرام العقد تحول دون الإدعاء بتوافر الضرر بتفويت الفرصة، فعدم جدية الفرصة يعني أن الضرر احتمالي وغير مؤكد، لكن إذا تقدمت المفاوضات وقطعت مراحل عديدة بكل شروطها واتفاقاتها المبرمة خلالها، سواء تم الدخول في التفاوض بعقد تفاوض أو بدونه، فإن فرصة إبرام العقد النهائي تكون جدية، وبالتالي فإن تفويتها يعد أمرا محققا يلزم بدوره أن يدخل ضمن عناصر التعويض.

1- Malaurie et Aynes, droit civil, obligation, 1986, P 548.

2 – د/ محمود حسام لطفي، المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض، المرجع السابق، ص 30

3– د/ محمد أبو زيد، المقال السابق، المرجع السابق، ص 86 وما بعدها.

وفي هذا المقام صدر حكم عن محكمة بروكسل، ويبدو أنه يمثل رجوعا عن موقفها السابق، وتجتمع وقائع النزاع في فشل مفاوضات تمت بين إحدى الشركات البلجيكية من جهة وبين شركتين إحداهما إنجليزية والأخرى فرنسية من جهة أخرى، وكانت مرحلة التفاوض تجري حول التنازل عن امتياز بيع مستحضرات تجميلية في بلجيكا ولكسمبورغ، وقد قضت المحكمة هنا باعتبار تفويت فرصة انعقاد العقد في الحالة المعروضة عليها أمرا مؤكدا يجب التعويض عنه، حيث تظهر ملابسات الحال عن توافر الفرصة الجادة والأكيدة في إبرام العقد النهائي وجميع مكاسبه، بحيث في ذلك تقول المحكمة: أنه في نفس الوقت الذي بدت فيه المفاوضات شبه ناجحة، كانت العلاقات التجارية المألوفة حسنة، حيث تم بالفعل إبرام صفقات تجارية تقدر بحوالي 04 ملايين فرنك بلجيكي في مدة عشر أشهر[1].

وهكذا تكون محكمة بروكسل قد وضعت في حسابها الفرص المالية التي كان من الممكن وفقا للمجرى العادي للأمور أن يستفيد منها الطرف المتضرر من قطع المفاوضات لو أن العقد أبرم، ورأت أن إزدهار العلاقة التجارية في التفاوض وتحقيق قد كبير من الأرباح، فإن دل على شيء فإنما يدل على أن المتضرر فقد مزايا العقد الذي كان على وشك الإبرام، ولقد رأت المحكمة أنه إذا توفرت فرصة إبرام العقد يمثل ضررا مؤكدا.

ويتضح للمتابع لأحكام القضاء الفرنسي في خصوص المزايا التي فقدت بسب عدم إبرام العقد، أنه لا مانع من تعويضها طالما توافرت الفرصة الجادة في إبرام العقد وتطبيقا لذلك هناك حكم محكمة النقض الفرنسية، الذي قضى بمسؤولية عامل عن التعويض لما سببه لصاحب العمل من فقد أحد أهم عملائه[2].

وكذلك حكمها الصادر والذي قضى بأحقية ضحية حادث طريق في التعويض عن فقده فرصة إبرام عقد عمل بشروط مميزة، ففي هاتين الحالتين توافرت الفرصة الجادة لإبرام العقد، ومن ثم وجد التبرير للقضاء عن ضياع المزايا التي كان سيحققها العقد لو كان قد أبرم فعلا[3].

في حكم آخر، أبدى حكم محكمة الموضوع الصادر برفض التعويض عن ضياع فرصة إبرام العقد محل التفاوض، وتجتمع أحداث هذه القضية في أن مدير إحدى الشركات لم يتمكن من مباشرة وظيفته بسبب حادث وقع عليه وطالبت الشركة التي يعمل بها شركة التأمين بالتعويض عما لحقها من ضرر

1- حكم لمحكمة بروكسل بتاريخ 1988/02/03 . J. T du 24/09/1988, P 516et s.-

2- حكم لمحكمة النقض الفرنسية بتاريخ 1979/05/03 عن الغرفة التجارية.

- طالع تفصيل موضوع تفويت الفرص ل. د/ إبراهيم أيمن العشماوي، تفويت الفرصة، د . ن . ع، القاهرة، مصر 2000، ص 18 وما بعدها.

3- حكم محكمة النقص الفرنسية بتاريخ 1985/02/27.

بسبب عدم إبرام صفقة كانت بصددها المفاوضات عن طريق المدير الذي أصيب، إلا أن محكمة الموضوع رفضت هذا الطلب على أساس أن إبرام الصفقة لم يكن مؤكدا، طعنت الشركة في هذا الحكم بالخطأ في تطبيق القانون، بزعم أن المحكمة فاتها أن تبحث مدى توافر الفرصة الجادة لإبرام العقد المنشود على ضوء تقدم المفاوضات والدرجة الكبيرة لاحتمالات تنفيذ الصفقة، إلا أن محكمة النقض رفضت الطعن على أساس أن محكمة الموضوع قد أعملت صحيح القانون، وبررت حكمها بتوضيح أن ابرام الصفقة كان أمرا افتراضيا ومشكوكا فيه وغير مؤكد الحدوث[1].

وبالتالي المعيار الذي يرشد القاضي هنا لاعتبار تفويت فرصة إبرام العقد النهائي المنشود من أطراف التفاوض، بعد تقدم المفاوضات وقطعها أشواطا هامة جعلت الأطراف يأملون بشكل كبير على إتمام العقد وإبرامه في النهاية هو إذن درجة احتمال تمام العقد، وعلى ضوء ما مدى ضياع الفرصة الضائعة.

وفي إطار هذه الفكرة صدر حكم لمحكمة النقض الفرنسية، وتجتمع وقائعه في أن زوجين حجزا بمقتضى اتفاق شقة صغيرة في عقار تحت الإنشاء، وجاء في هذا الاتفاق أن الشقة عبارة عن حجرتين ذواتي نافدتين عاديتين لتسمحا بالإضاءة الكافية، إلا أنه بخطأ المهندس تم تعديل خطة المبنى وتم استبدال النافذتين بهوائيتين، وبذلك رفض الزوجان في النهاية إتمام العقد، وطالبا باسترداد ما دفعاه من تأمين، وكذا طالبا بالتعويض عن فقدهما فرصة إبرام عقد بديل في مشروع آخر لو أن المالك، كان قد أبلغهما في وقت مناسب ومبكر، بهذه التغيرات الطارئة على تصميم المبنى، رفض المالك ذلك تم رفع الأمر إلى القضاء، وقد أيدت محكمة النقض ما قضت به محكمة الاستئناف[2]، من اعتبر أن البائع مخطئا في تنفيذ التزامه، حيث كان يجب عليه أن يخطر المشتري مبكرا بالتعديلات التي أدخلت وأدت إلى إلغاء النافذتين، الأمر الذي أسفر عن تأخير المشتري في إلغاء الحجز، وبالتالي فقد فرصة إبرام عقد بديل في مشروع آخر، في وقت كانت فيه الظروف المالية والضرائبية تحقق له مزايا أفضل من الوقت الذي علم فيه بالتعديلات التي أدخلت على المبني. إذن نلاحظ أن المتفاوض مسؤول عن إفشال المفاوضات وبذلك فوت على الطرف الآخر فرصة إبرام عقد بديل بشكل جدي ومؤكد وأكثر فائدة من العقد المتفاوض عليه، ومن ثم لم تجد المحكمة أي صعوبة في هذا الشأن وحكمت بالتعريض على أساس الخطأ المرتكب ، ولكن الأمر ليس بالسهولة التي نتصورها إذ أنه في كثير من الحالات يصعب إثبات شروط المسؤولية والتي توجب فرض

1- حكم صدر بتاريخ 1987/07/12. RTD civ 1988, P 107.

2- حكم صادر بتاريخ 1993/10/17. RDT. Civ. 1994, P 852.

التعويض، أي إثبات في الأساس أن المتفاوض المخطئ قد أخل بأحد أو أكثر من التزام أثناء المفاوضات التي كانت تبدو جادة وتبحث على الأمل الأكيد في إبرام العقد محل التفاوض[1].

إن الأضرار التي تلحق المفاوض المتضرر لا تقتصر على تلك التعويضات التي قد يسأل عنها في مواجهة الغير بسبب عدم تنفيذ التزامه، وإنما تمتد لتشمل الأضرار الأدبية التي تلحقه في سمعته التجارية، حيث يفقد أثناء التعامل الثقة وشرف التعامل[2].

ويتجه الفقه في هذه الحالة إلى إعطاء المتفاوض حق المطالبة بالتعويض، ولكن على شرط أن لا ينسب له خطأ في مسلكه، عندما ارتبط مع الغير اعتمادا على العقد محل التفاوض، كأن تأتي تعهداته في مواجهة الغير في وقت تكون فيه المفاوضات ما زالت في مهدها، أو تأتي هذه التعهدات في وقت تظهر فيه ظروف التفاوض على أنها مفاوضات غير ناجحة وتلك مسألة تخضع لقاضي الموضوع[3].

ويذهب بعض الفقه على ضوء اعتبارات العدالة والمنطق إلى التفريق بين التعهدات التي التزم بها الطرف المضرور في مواجهة الغير، وكان يعلم بها هذا الأخير، بالنسبة للتعهدات الأولى يكون المسؤول عن إفشال التفاوض هو الملتزم بدفع التعويضات المستحقة، أما بالنسبة للتعهدات الثانية فيكون من أبرمها هو الذي يتحمل دفع التعويضات التي يحكم بها[4].

ورغم وجاهة هذه التفرقة إلا أننا نرى أنها تؤدي إلى ضرورة إعلام المتفاوض للطرف الآخر بالتعهدات التي يأخذها في مواجهة الغير اعتمادا على العقد محل التفاوض، هذا إذا كان حسب هذا الرأي في مأمن عن تحمل الالتزام بالتعويضات[5]، ولكن أن لا يتعارض ذلك مع حقه في الحفاظ على سرية أعماله وشؤونه، أي أن لا يتعارض مع الالتزام بالمحافظة على السرية، إذ قد يقتضي نجاح أعماله أن يخفي عن المتفاوض معه ما يبرمه من صفقات مع الآخرين وخاصة عندما تكون لها علاقة بالعقد محل التفاوض ، والقاضي يكمل عناصر الضرر التي تلحق المتفاوض المتضرر من إفشال المفاوضات، بعنصر لا يثير صعوبة وهو الخسارة التي لحقته بسبب ما أضاعه من وقت وما تكبده من نفقات تتمثل

1- د/ أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، المرجع السابق، ص 43.

2- د/ أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، نفس المرجع، ص 43.

3- د/ محمد حسام محمود لطفي، المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض، المرجع السابق ، ص 98.

4- د/ أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، المرجع السابق، ص 42.

5- د/ محمد حسام محمود لطفي ، المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض ، نفس المرجع ، ص 97.

في إعداد الدراسات الأولية، ونفقات التنقل والإقامة[1]، هذا مع ملاحظة ما يجب أن يعد ضمن المصروفات العامة التي تتحملها المشروعات كنوع من الدعاية والإعلان والمنافسة[2].

المطلب الثاني: الإنفاقات المنظمة للمرحلة السابقة على التعاقد

الأصل العام هو إعمال مبدأ سلطان الإرادة في التعاقد، وهو حرية التفاوض، فلا يجوز الإجبار على البدء في التفاوض لإبرام عقد ما، كما يجوز التراجع أو العدول عن التفاوض أو قطعه في أي وقت ولو في مرحلة متقدمة من المفاوضات، كلما اتضح أن شروط العقد المنشود المتفاوض عليه غير مناسبة ولا تحقق الأهداف والمصالح المرجوة.

ولكن كما رأينا سابقا أن إبرام بعض العقود الثقيلة والمهمة والتي تتطلب مفاوضات طويلة ومعقدة، تتطلب تكاليف باهظة وجهود مضنية، ودراسات أولية ونفقات الإقامة والتنقل والدراسات القانونية، ودراسات الجدوى الاقتصادية لمشروع العقد المنشود.

لهذا يذهب الأطراف إلى ضمان وتأمين مفاوضاتهم للاطمئنان قدر الإمكان على نجاحها واستمرارها وتنظيمها لبلوغ الهدف المنشود بإبرام العقد، فيتفق الأطراف على إطار تعاقدي تصاغ فيه التزامات متنوعة تتعلق بسير المفاوضات، أي سواء كانت اتفاقات تمهيدية مؤقتة أو مرحلية منظمة لعملية التفاوض ككل سواء توجت هذه الأخيرة بالنجاح أو بالفشل.

لهذا فإننا من خلال هذا المطلب سوف نقوم بتجزئته إلى ثلاثة فروع نبدأ الفرع الأول بدراسة ما يعرف بعقد التفاوض أو اتفاق التفاوض، أما الفرع الثاني نخصصه لموضوع الاتفاقات المؤقتة المنظمة للمرحلة السابقة على التعاقد، أما الفرع الثالث ندرس من خلاله الاتفاقات الجزئية أو المرحلية للمرحلة السابقة على التعاقد وهذا على النحو الذي سيأتي بيانه.

الفرع الأول: عقد التفاوض

إن إعمال مبدأ الحرية في التعاقد وقبله التفاوض على إطلاقه يمكن ودون صعوبة أن يفتح الباب لمفاوضات غير جادة تكون سببا لإضاعة الجهد والمال والوقت دون عقد للنية الحقيقية لإبرام العقد النهائي.

وقد تفتح المجال لمفاوضات مغرضة هدفها فقط الدعاية والإشهار أو هدفها استطلاع السوق، أو عرقلة الطرف الآخر عن إبرام صفقة حقيقية مع طرف آخر منافس، أو هدفها الأساسي الإطلاع على حجم النشاط الاقتصادي أو التجاري والمالي للطرف الآخر وكشف أسراره، مما يسبب أضرار جسيمة تزداد كلما

1- د/ بوجمعة سعدي، عقود نقل التكنولوجيا، المرجع السابق، ص 116 وما بعدها.

2- د/ محمد أبو زيد، المقال السابق، ص 83.

كانت مرحلة السابقة على التعاقد طويلة، وتطلبت وقتا وجهدا وأموال كبيرة، وهذا هو سبب فشل المفاوضات في كثير من العقود الحديثة.

لهذا فإن اتفاق الأطراف على التفاوض منذ البداية بموجب عقد تمهيدي أمر مهم وضروري لضمان وتأمين المفاوضات وتفادي كثير من مخاطرها، كما يوفر قدرا مميزا من الاستقرار والثقة في المعاملات والعلاقات بين الطرفين المتفاوضين، حيث أن هذا الاتفاق ينشئ التزام عقدي بالتفاوض يحد كثيرا من الحرية التي يتمتع بها كل منها ، لذا فإن عقد التفاوض يشكل أولى خطوات التنظيم الاتفاقي للمفاوضات وأكثرها أهمية[1].

1-ماهية عقد التفاوض وتطبيقاته: يمكن تعريف عقد التفاوض بأنه:« اتفاق يلتزم بمقتضاه شخص تجاه شخص آخر بالبدء والاستمرار في التفاوض بشأن عقد معين بهدف إبرامه»[2]، فهذا الالتزام لا ينتهي إذن بإبرام العقد النهائي، وإنما يرتب التزاما بالتفاوض فقط فيما يخص هذا العقد، فلا يخول لأي طرف إلا الحق في مطالبة الطرف الآخر بتنفيذ التزامه بالتفاوض بحسن نية، بهدف إبرام عقد منشود لم تتحدد شروطه وعناصره بعد، أو توافر جزء منها لكن بما لا يكفي لإبرام العقد النهائي[3].

ومن الناحية العملية يتحقق هذا العقد في إطار ما يسمى بالاتفاق المبدئي، فهذه هي التسمية الشائعة له في العمل، وهي كذلك التسمية السائدة له في الفقه والقضاء لبيان أن العقد ينظم من حيث المبدأ انعقادا محتملا لعقد مرتقب.

غير أن عقد التفاوض يختلف بشكل ظاهر عن الوعد بالتعاقد، فهذا الأخير يتضمن قبولا بالعقد النهائي، سواء من جانب الواعد أو من جانب الموعود له والواعد معا أي ملزم لجانبين، أما الاتفاق المبدئي أو عقد التفاوض فهو ينشئ التزاما بالتفاوض فقط لا غير، دون أن يتضمن قبولا للعقد النهائي، وعلى ذلك يمكن إبرام عقد بالتفاوض تمهيدا إبرام وعد بالتعاقد.

كما يستقل عقد التفاوض عن الوعد بالتفضيل، فإن كلاهما ينشئ التزاما بتوجيه الرغبة بالاقتراح على إبرام عقد في المستقبل، غير أن عقد التفاوض يرتب التزاما نهائيا بالتفاوض فقط، أما الوعد بالتفضيل

1- د/ محمد حسين عبد العال ، التنظيم الاتفاقي للمفاوضات العقدية ، المرجع السابق ، ص 92 .

2- J. Schmidt, op cit, P 201 et s.

3- Larroumet, op cit, P 286.

- Ghestin, op cit, P 316.

فلا يلزم الواعد بإيجاب العقد للمستفيد إلا إذا عقد العزم على التعاقد[1]، ومتى عزم على ذلك صار ملزما بعدم التعاقد مع الغير إخلالا بوعده[2].

2- تطبيقات وصور عقد التفاوض: قد يوجد عقد التفاوض أو الاتفاق المبدئي مستقلا بذاته، وقد يرد في صورة شرط يتضمنه عقد آخر، باعتباره عقدا تمهيديا منشئا للالتزام بالتفاوض، ويمكن أن يسبق مناقشة أي عقد أيا كان نوعه، ويجد تطبيقاته العديدة في مجالات عديدة، ففي ميدان علاقات العمل، يحدث كثيرا أن يتقدم شخص لشغل وظيفة ما، ثم يحصل على وعد بأن يؤخذ طلبه في الاعتبار في وقت لاحق ، ويرى القضاء الفرنسي أن هذا الوعد، وإن كان غير كاف لقيام عقد العمل ولا يرتب التزاما نهائيا على عاتق رب العمل بإبرام هذا العقد، غير أنه يشكل اتفاقا مبدئيا يلزمه بالتفاوض مع صاحب الشأن[3].

وقد تقرر هذا الاتجاه، لأول مرة بمقتضى حكم أصدرته الدائرة العمالية لمحكمة النقض الفرنسية في 1958/03/24[4]، بشأن أحد العاملين بشركة رونو لصناعة السيارات، كان قد ترك وظيفته بالشركة أثناء الاحتلال الألماني، ثم عاد عقب الاستقلال يلتمس العودة لعمله، فأفادته الشركة بأنها سوف تدرس طلبه ثانية وبمجرد استئناف نشاطها وإمكانية إعادة تشغيله، غير أنها لم تفعل، وعلى إثر إلتجاء العامل للقضاء، قضت محكمة السين بأن خطاب الشركة يتضمن على هذا النحو التزاما نهائيا في جانبها بإعادة المدعي إلى عمله، غير أن محكمة النقض قضت بإلغاء هذا الحكم، مقررة أنه: "متى أوضحت إدارة الشركة، رغبة منها في الاستجابة لطلب المدعي، أنها سوف تدرس إمكانية تشغيله وفقا لنمو وتطور المركز الاقتصادي للمشروع، فإن هذا لا يشكل سوى اتفاقا مبدئيا.

وفضلا عن علاقات العمل، فقد تأييد هذا الاتجاه من جانب الدوائر الأخرى لمحكمة النقض الفرنسية بالعديد من الأحكام في مجالات متنوعة.

وقد أقرت الدائرة المدنية لمحكمة النقض الفرنسية، فكرة الاتفاق المبدئي في حكم لها[5]، بمناسبة اتفاق أحد الأطباء مع مالك لعقار على تكوين شركة بينهما لإنشاء وتشغيل مستشفى، دون تحديد شكل هذه الشركة أو تفاصيل اتفاقهما، وعلى إثر هذا الاتفاق، قام الطبيب باتخاذ الإجراءات الإدارية اللازمة للبناء، كما اتفق مع أحد المهندسين المعماريين الذي بدأ في تنفيذ عمله، غير أنه لدى تقديم مشروع عقد

1- سعيد جبر، الوعد بالتفضيل، المرجع السابق، ص 20.

2- Larroumet, op cit, P 102.

3- J. Schmidt, op cit, P 202.

4- Cass. Soc. 24 mars 1958.

- فهذا الحكم ذكره، د/ محمد حسين عبد العال، التنظيم الاتفاقي للمفاوضات العقدية، المرجع السبق، ص 97 وما بعدها.

5- حكم صادر عن محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 1963/10/08.

الشركة إليه رفض الطبيب التوقيع عليه أو حتى التفاوض بشأنه، وأمر المهندس بالتوقف عن العمل، مما دفع المالك للجوء للقضاء لمطالبته بالتعويض، فقضت محكمة النقض بتأييد محكمة الموضوع فيما قررته من التسليم بوجود اتفاق تمهيدي على التفاوض بشأن العقد النهائي يبرر التزام الطبيب بالتعويض والوفاء بأتعاب المهندس، ونفقات الأعمال، والإجراءات التي تم اتخاذها[1].

وقد بلغ هذا الاتجاه حدا دعا الفقه الفرنسي إلى التأكيد على وجود مبدأ راسخ في القضاء منذ حكم 1958/03/24، يقضي باعتبار الاتفاق المبدئي الذي يقوم بين الأطراف مقيدا لهم، وينشئ التزاما بالاستمرار في التفاوض لحين الوصول إلى إبرام العقد النهائي المنشود، دون أن يقوم مقام هذا العقد أو يرتب التزامات نهائية بإبرامه ، غير أن الغالب أن يرد اتفاق في المجال الصناعي أو التجاري، فالعقود المحددة المدة التي تبرم بين شركات صناعية أو تجارية تتضمن عادة تحفظا أو شرطا يلزم الأطراف قبل انقضاء مدة العقد، بالتفاوض بشأن تجديده لمدة أخرى بشروط مماثلة أو مغايرة لتلك التي يتضمنها العقد الأصلي[2].

ويرى جانب من الفقه الفرنسي أن فكرة الاتفاق المبدئي تشمل كذلك كل اتفاق يلتزم الأطراف بمقتضاه بالدخول في مفاوضات لاحقة لتحديد بعض عناصر العقد النهائي التي لم يتم الاتفاق بشأنها بعد، ويعتبر اتفاقا مبدئيا بناء على ذلك اتفاق الطرفين على تعيين شخصا من الغير كخبير لتحديد الثمن، فإذا رفض أحدهما تعينه بالرغم من التزامه كان مرتكبا لخطأ عقدي، كذلك يعتبر البيع بشرط المذاق اتفاقا مبدئيا، فالبيع لا ينشأ طالما أن المشتري لم يتذوق المبيع ويرتضيه، ومع ذلك يلتزم البائع بإتاحة السبل أمام المشتري لتمكينه من تذوق المبيع كما يلتزم المشتري يتذوقه في المدة المتفق عليها، وللأخير أن يرفض التعاقد بعد تذوقه للمبيع، ولا يعتبر رفضه تعسفا خاصة إذا كان متفقا مع الأعراف والتقاليد السائدة، ولا شك أن تدخل القاضي في هذا الشأن رغم أن البيع هنا لم ينشأ لعدم ملاءمة المبيع للمشتري، هو أمر لا يمكن تبريره إلا باعتبار هذا النوع من البيوع اتفاقا مبدئيا[3].

وفي العقود الصناعية والتجارية غالبا ما تتضمن تحفظا ضد تغير الظروف الاقتصادية التي تم التعاقد على أساسها، يسمح بتغير العقد على هذا الأساس، وهو ما يعرف عادة بشرط الظروف الطارئة، وهذا الشرط قد يستتبع تعديلا تلقائيا وفوريا للعقد، وقد يكون هذا التعديل غير تلقائي في الحالة الأولى وقد

ا 1- Cass. civ. 08/10/1963, Bull. civ. III, P 207

2- Larroumet, op cit, P 269.

- J. Schmidt, op cit, P 203.

3 -J. Schmidt, op cit, P 318 et s.

يكون الأطراف قد أعدوا سلفا كيفية مواجهة هذه المخاطر، وهذا ما يتم حسابه وإقراره مقدما وقت إبرام العقد، أما التعديل الغير تلقائي فيجب تدخل الأطراف لإتمامه ، وذلك بإحدى طريقتين، فقد يتولى شخص من الغير مهمة تعديل العقد ثم يقوم بعرض مشروعه على الأطراف لإبداء الرأي فيه، أما في الصورة الثانية، فيكون التدخل أكثر أهمية حيث يتولى الأطراف بأنفسهم بطريق الاتفاق إجراء وتحديد التعديلات التي يرونها ملائمة، فهذا الاتفاق من هذا النوع إنما يرتب على عاتقهم التزاما عقديا بالتفاوض، وهذه الصورة الثانية من التعديل التلقائي هي التي تهمنا في هذا الصدد[1].

وبذلك فإن التحفظ مسبقا ضد التغيرات الطارئة، يلقي على عاتق الطرفين التزاما بالتفاوض بشأن تعديل العقد، ومراجعة التزامات كل منهما لإعادة التوازن الاقتصادي إلى العلاقة بينهما، بحيث يصبح العقد متلائما مع الظروف الاقتصادية الجديدة[2]، وما يستدعيه التطور التكنولوجي على العقد فقد يحدث أثناء تنفيذ العقد، أن يؤدي استهلاك السلعة باستهلاك تكنولوجي يقتضي تغير مواصفاتها المتفق عليها، وبمقتضى هذا الشرط يلتزم الأطراف بالتفاوض للاتفاق على قائمة جديدة بأوصاف هذه السلعة[3].

وإذا كانت القاعدة أن القوة القاهرة تؤدي إلى انقضاء الالتزام، فقد يتضمن العقد شرطا يلزم الأطراف باستئناف التفاوض بشأنه إذا تعذر تنفيذه، كأن يتفق على وقف العقد طوال فترة القوة القاهرة، وإذا استمر هذا التوقف مدة معينة التزم الأطراف بالتفاوض بشأن مدى إمكان تعديل العقد، بما يتلائم مع الظروف الجديدة، بحيث يتسنى مواصلة تنفيذه.

وفضلا عما تقدم، فإن الشروط الخاصة بتسوية المنازعات المتعلقة بتفسير العقد أو تنفيذه تلزم الأطراف عادة بالبحث عن حل ودي للنزاع بطريق التفاوض قبل إثارته أمام القضاء أو التحكيم[4].

3 – الطبيعة القانونية لعقد التفاوض: إن وقوع عقد التفاوض في المرحلة السابقة الممهدة لإبرام العقد، فإن الأمر يصبح دقيقا فيما يخص تحديد طبيعته القانونية، وما مدى ما يتمتع به من استقلال وذاتية من خلال ارتباطه بإنشاء عقد آخر، بينما عقد التفاوض في حد ذاته لا يتطلب لوجوده وصحته سوى توافر الأركان والشروط المقررة لإبرام العقود بصفة عامة ، وهي الرضا والمحل والسبب، فلا يثير العقد صعوبة خاصة من هذه الزاوية ، وفي ذلك يجب التفرقة بين ما إذا كان اتفاق التفاوض قد تم في إطار اتفاق مبدئي مستقل لا يحتويه عقد آخر، أم أنه ورد في صورة شرط وتحفظ يتضمنه عقد قائم، وتبدو هذه الأهمية في مجال

---

1 – د/ محمد حسين عبد العال، المرجع السابق ، ص 98.

2– د/ محمد حسين عبد العال، نفس المرجع، ص 101 وما بعدها.

3- J. Schmidt, op cit, P 204.

4- J. Schmidt, op cit, P 204.

الإثبات، إذ يسهل إثبات الاتفاق على التفاوض عندما يكون موضوعا لشرط يتضمنه عقد آخر ثابت بالكتابة، وقد يتحقق الإثبات الكتابي من الرسائل المتبادلة بين الأطراف خلال مرحلة المفاوضات، والتي تسمى عادة بخطابات النوايا، فهذه الخطابات، كما تستخدم لإثبات الديون التجارية تصلح كذلك لإثبات الاتفاقات المدنية[1].

أما إذا كان الالتزام بالتفاوض هو الموضوع الوحيد لاتفاق مستقل، فالغالب أن يتم هذا الاتفاق شفاهة، في ظروف يصعب معها إثبات وجوده والتحقق من مضمونه ذلك أن الاتفاق شفاهة، أو حتى كتابة على التفاوض أو معاودة التفاوض مستقبلا ليس ضروريا أن يعبر عن إرادة حقيقة في التفاوض، فقد يعتبر على العكس أسلوبا لإنهاء المفاوضات وصرف الطرف الآخر عنها، باستعمال عبارات غامضة لذلك مثل : أترك عنوانك وفي الوقت المناسب سوف أتصل بك...الخ، فهل يمكن أن تثبت التزاما بالتفاوض[2]؟.

ونحن نقول في هذا الصدد بالذات، أنه على المشرع أن يضع نصا في القانون المدني، ينص على عقد التفاوض في العقود الثقيلة والهامة، والآثار المترتبة عنه بشكل عام.

إذا بعد إبرام اتفاق مستقل بالتفاوض، أي بقصد إبرام عقد مستقل، وليس بصدد تنفيذ عقد قائم وهو ما يشير إليه الفقه والقضاء في فرنسا باستعمال اصطلاح الاتفاق المبدئي، وقد رأت محكمة النقض الفرنسية منذ حكم 1958/03/24 ترى في هذا الاتفاق رابطة عقدية، كما يتقيد به الأطراف، تمهيدا لإبرام العقد النهائي، بالاستمرار في التفاوض عليه.

وفي ضوء دراسة أحكام هذا القضاء وتحليل الفقه لها، أن نسترشد ببعض الخصائص الأساسية لفكرة الاتفاق المبدئي، بما يعين على بيان طبيعة هذا الاتفاق وحدوده، على نحو يميزه عما سواه ونذكرها بشكل مختصر كما يلي:

أ- الاتفاق المبدئي ليس عقدا نهائيا

ب- الاتفاق المبدئي أو عقد التفاوض لا ينشئ التزاما بإبرام العقد النهائي.

ج- عقد التفاوض ينشئ التزاما فوريا بالتفاوض[3].

ولا ريب أن التسليم بأثر الاتفاق المبدئي في إنشاء التزام اتفاقي بالتفاوض على النحو الذي سار عليه الفقه والقضاء في فرنسا وأقرته محكمة النقض الفرنسية في الحكم السالف ذكره يجعل هذا الاتفاق أو عقد التفاوض داخل في نطاق القانون، فهو إذن تصرفا قانونيا يتضمن إرادة حقيقية.

1- J. Schmidt, op cit, P205.

2- Labarthe, op cit, Thèse n° 223 et s.

3- د/ محمد حسين عبد العال، التنظيم الاتفاقي للمفاوضات العقدية، المرجع السابق، ص 106 وما بعدها.

ومن هذه الناحية يتميز عقد التفاوض أو الاتفاق المبدئي عما يسمى بالاتفاق الأدبي، أو اتفاق الشرف الذي يتم خارج دائرة القانون والإلزام، ومن ثم لا يؤدي إلى وجود عقد ما لم يتضمن تحايلا على القانون أو يستر التزاما حقيقيا، فلا يتقيد القاضي كما نعلم بالوصف الذي يطلقه الأطراف عليه. وقد يرتب التزاما متبادلا بالتفاوض يقع على عاتق كل من الطرفين فإذا هو تصرف قانوني ينتج عن تلاقي إرادتين[1].

ويفترق من هذه الناحية عن خطاب النوايا الذي يمثل مرحلة قانونية في إطار تكوين الإرادة النهائية للتعاقد، وقد يرتب كذلك التزاما بمواصلة التفاوض، غير أنه يشكل في أغلب الأحوال عملا من جانب واحد، أما الاتفاق المبدئي أو عقد التفاوض فهو عقد يفترض تقابل إرادتين، وليس تصرفا بالإرادة المنفردة[2].

كل ذلك يبرر النظر إلى الاتفاق المبدئي أو عقد التفاوض باعتباره عقدا تمهيديا يلتزم الأطراف بمقتضاه بالتفاوض بشأن عقد آخر مستقل تحددت طبيعته وموضوعه الرئيسي، دون الجزم أو الاقتضاء أن يؤدي ذلك حتما إلى إبرام العقد النهائي.

4- الطبيعة القانونية للالتزام العقدي بالتفاوض: يبدو مما تقدم أن الالتزام العقدي بالتفاوض يشكل من حيث طبيعته التزاما ببذل عناية، وليس بتحقيق نتيجة، غير أنه مراعاة للدقة تقتضي التفصيل والقول أن هذا الالتزام يتألف من شقين، كل منهما يتضمن أداء متميزا يحدد طبيعته على نحو أدق.

الشق الأول هو بدء التفاوض، أي المبادرة إليه ويقع عادة على طرف واحد فقط، يتضمن الاتفاق المبدئي في الغالب تعيينا له، كالتزام رب العمل بالمبادرة إلى الاتصال بالعامل الذي تلقى وعدا مبدئيا بتشغيله، ويقابل هذا الأداء التزام الطرف الآخر بالاستجابة إلى التفاوض بالتوجه مثلا إلى قاعدة التفاوض أو الرد بشكل كتابي على ذلك[3].

ويشكل بهذا الأداء بوجهيه التزاما بتحقيق نتيجة، بحيث إذا امتنع أي من الطرفين عن تنفيذ التزامه كان مرتكبا لخطأ يثير مسؤوليته العقدية. بينما يتمثل الشق الثاني في الاستمرار في المفاوضات بحرص معقول على إبرام العقد النهائي، أي مواصلة التفاوض بحسن نية[4].

1- J. Schmidt, op cit, P 206.
2- Labarthe, op cit, Thèse , P 140, et s
3- J. Schmidt, op cit, P 206.
4- J. Schmidt, op cit, P 206. 317, 318.

وخلافا للشق الأول يقع هذا الالتزام على عاتق كل من الطرفين على نحو متبادل، كما يعتبر التزاما ببذل عناية، حيث يتضمن أداء واحد يقتضي من كليهما اتخاذ تنفيذ هذا الالتزام في القواعد العامة التي تحكم سائر الالتزامات العقدية بوجه عام في إطار مبدأ حسن النية[1].

وإذا كان الالتزام بالاستمرار في التفاوض يعتبر كقاعدة عامة التزام ببذل عناية غير أنه قد يصبح في بعض الحالات التزاما بتحقيق نتيجة، وذلك تبعا لطبيعة العمل الذي قد يكون المفاوض ملزما بالقيام به أو الامتناع عنه بمقتضي الاتفاق أو العادات التجارية[2].

ومن قبيل ذلك التزام المفاوض بعدم إفشاء المعلومات المالية والفنية والعلمية التي يدلي بها المفاوض الآخر أثناء عملية التفاوض على العقد، والتزامه بعدم إجراء مفاوضات موازية مع الغير بشأن ذات العقد إضرارا بصاحبه، والتزامه بتحمل جزء معين من تكاليف المفاوضات وفقا للاتفاق، وكذا الالتزام بتحديد موقفه تجاه مسألة ما في المفاوضات قبل فوات أجل معين، ففي هذه الحالات، نكون بصدد التزام بتحقيق نتيجة، بحيث ينشأ الإخلال به بمجرد عدم تحقق النتيجة المرجوة من ورائه.

5- القيمة القانونية للالتزام العقدي بالتفاوض: لقد رأينا سابقا أن الالتزام العقدي أو الاتفاقي بالتفاوض يشكل بصفة أساسية التزاما ببذل عناية، كما ينبغي تنفيذه بطريقة تتفق مع ما يوجبه مبدأ حسن النية، ومقتضى ذلك مثلا أن يوضح كل طرف للآخر شروطه لإبرام العقد النهائي، وأن يدلي بمعلومات صحيحة دون كذب أو تضليل، أو استغلال عدم دراية الطرف الآخر، ويقابل ذلك التزام الأخير بالسعي المناسب للعلم بظروف ملابسات العقد، وهذا ما يعرف كما ذكرناه سابقا بالالتزام بالإعلام والاستعلام[3].

ومما يرتبط بهذا الالتزام أن يلتزم كل طرف باحترام ما قد يفضي به الطرف الآخر من أسرار عن مبتكراته التكنولوجية مثلا، أو معلومات مالية أو فنية متعلقة بمركزه الاقتصادي، أو درجة تقدمه المهني والفني ، وبوجه عام فإن شرط التفاوض بحسن نية يلقى على عاتق الطرفين واجبا متعدد الجوانب مراعاة النزاهة والأمانة والجدية والتعاون والسلوك الإيجابي أثناء التفاوض ، ومن صور هذا الواجب الامتناع عن إتيان أي سلوك من شأنه إشاعة آمال كاذبة تبعث ثقة زائفة لدى الطرف الآخر في جدية المفاوضات، وعدم التفاوض لمجرد التسلية أو الدعاية أو استطلاع السوق، أو اكتشاف الأسرار، دون نية حقيقية في

1- هذا وفق المادة 107 من ق. م. ج التي توافق المادة 148/ 01، ق. م. م، والمادة 1134 ق. م. ف.

2- د/ نزيه المهدي، المرجع السابق، ص 46 وما بعدها.

3- محمد حسام محمود لطفي، المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض، المرجع السابق، ص 18 وما بعدها.

التعاقد ، وكذا عدم قطع المفاوضات أو الانسحاب منها على نحو مفاجئ، أي في وقت غير ملائم وبشكل تعسفي، إخلالا بالثقة المشروعة التي تولدت لدى الطرف الآخر عن قرب إبرام العقد[1].

كل هذا إعمالا لمبدأ حسن النية في التفاوض، إذ أن عقد التفاوض أو حتى مجرد الاتفاق على التفاوض لا يشكل قيدا اتفاقيا يحد من حرية اختيار شخص المتعاقد الآخر ما لم يتضمن في نفس الوقت اتفاقا على قصر التفاوض على الطرف الآخر، ومنه يمتنع كل طرف على إجراء مفاوضات موازية مع الغير بشأن نفس الصفقة، دون علم الطرف الآخر وعلى نحو يضر به[2].

ويأتي الالتزام العقدي بالتفاوض والاستمرار فيه إعمالا لفكرة ومبدأ حسن النية ذاتها بما قد يعني أن هذه الفكرة الجوهرية في تحديد نطاق ومضمون هذا الالتزام سواء كان التزاما عقديا أم تقصيريا، وهو ما يقتضي الدراسة والاهتمام بهذه الفكرة ويجب على المشرع الجزائري أن يحرص على تقنين هذه الفكرة من حيث تحديد مفهومها ومدلولها، وهذا كالتزام رئيسي في كل المعاملات، وتقنين مختلف الالتزامات المتفرعة عن هذا المبدأ الهام وخاصة في المرحلة السابقة على التعاقد، مما يجعلها فكرة واضحة لا غموض يكتنفها[3].

الفرع الثاني: الاتفاقات المؤقتة المنظمة للمرحلة السابقة على التعاقد

في العقود الهامة والثقيلة قد يتعرض طرفي التفاوض للعديد من المشكلات والصعوبات مما قد تستغرق وقتا طويلا، لذا يحرص الطرفان في مثل هذه الأوضاع على إبرام اتفاقات خاصة لاستبعاد التهديد الذي يحاصر أمن المفاوضات وعرقلة سيرها.

هذه الاتفاقات الخاصة تكون مؤقتة تنظم العلاقات بين طرفي التفاوض، بهدف إيجاد الحلول المسبقة للمشاكل المحتملة، ويطلق على هذه الاتفاقات اسم – الاتفاقات المؤقتة – ونحن سندرس هذا النوع من الاتفاقات من خلال ما يلي:

1 – تعريف الاتفاق المؤقت: الاتفاق المؤقت هو الذي ينشئ على عاتق أحد الأطراف أو كلاهما التزاما أو التزامات مؤقتة تنظم العلاقة بينهما أثناء التفاوض على العقد المنشود، أو حتى عند فشل عملية التفاوض ككل[4].

---

1 – د/ محمد إبراهيم دسوقي، الجوانب القانونية في إدارة المفاوضات وإبرام العقود ، الرياض 1995، ص 94 وما بعدها.

2- Larroumet, op cit, P 735.

3 – د/ محمد حسام محمود لطفي، المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض، المرجع السابق، ص 27.

4 – د/ عبد الكريم عبد اللاه، التفاوض على العقد، المرجع السابق، ص 495 وما بعدها.

والاتفاق المؤقت بهذا المعنى هو مجرد اتفاق تمهيدي يهدف إلى تنظيم التفاوض على العقد النهائي لكنه يختلف عن الاتفاقات التمهيدية الأخرى، فهو يختلف عن اتفاق التفاوض، فهو لا ينشئ التزامات أثناء التفاوض بين الطرفين على العقد المزمع إبرامه، وإنما ينظم التفاوض حوله فحسب، وهو كذلك يختلف عن الاتفاق المرحلي أو الجزئي، لكونه لا يحدد شروط العقد النهائي التي يتم التعاقد على أساسها، انه يختلف عن الوعد بالتعاقد، لأنه لا يتضمن رضاء من الطرفين أو من أحدهما بالعقد النهائي[1].

2- مجال الاتفاق المؤقت: ولعل أهم مجال للاتفاقات المؤقتة هو مجال المفاوضات طويلة المدة حيث أن هذه المفاوضات قد تثير صعوبات خاصة، يمكن تسويتها مسبقا عن طريق هذه الاتفاقات المنظمة للعلاقات بين الأطراف المتفاوضة.

ويضع بعض الفقهاء في مصاف هذه الاتفاقات المؤقتة – عقد التجربة – الذي يسمح للطرفين باختبار العقد النهائي، وإنما يلاحظ أن عقد التجربة له نفس محل العقد النهائي. ما دام أنه يمكن الطرفين من تقدير مزايا وعيوب العقد النهائي، بعد تنفيذه تجريبيا لمدة محددة متفق عليها بين الأطراف المتفاوضة على سبيل التجربة، ومن الأمثلة على ذلك عقد العمل تحت التجربة، ومهما كان الأمر فإنه إذا فشلت المفاوضات على العقد المنشود فإن الالتزامات الناشئة عن عقد التجربة تنتهي، أما إذا نجحت التجربة فإن العقد النهائي يحل محل العقد المؤقت بأثر رجعي[2].

ومن الأمثلة كذلك على الاتفاق المؤقت – مذكرة التغطية للتأمين المؤقتة – في مجال التأمين، فقد جرت العادة على أن يتفق طالب الأمين مع المؤمن على تغطية الخطر مؤقتا ريثما يتم فحص الطلب والبت فيه بالقبول أو بالرفض[3].

3- إبرام الاتفاق المؤقت: لا شك أن الاتفاق المؤقت يمكن أن يكون شرطا صريحا في عقد التفاوض أو الاتفاق المبدئي، خاصة عندما يتم الاتفاق على التفاوض صراحة في وثيقة مكتوبة، إذا في هذه الحالة يحرص الطرفان في كثير من الأحيان على أن يبينا بشكل مفصل الالتزامات التي يلتزمان ويتقيدان بها أثناء التفاوض ، وقد يتفق الطرفان على الالتزامات المؤقتة في اتفاق مستقل، لذا يجب أن يتوافر في هذا الاتفاق الأركان والشروط اللازمة لقيام الاتفاق وصحته طبقا للقواعد العامة، أما من حيث الشكل فالأصل في الاتفاق المؤقت هو اتفاق رضائي لا يتطلب شكلا معينا إلا إذا اتفق الطرفان على خلاف ذلك[4].

1- Mousseron, art; préc, P 516.

2- د/ محمد حسين عبد العال، التنظيم الاتفاقي للمفاوضات العقدية، المرجع السابق، ص 163.

3- د/ محمد حسين عبد العال، التنظيم الاتفاقي للمفاوضات العقدية، نفس المرجع ، ص 166.

4- J. Schmidt, op cit, P 256.

4- مضمون الاتفاق المؤقت: الاتفاقات المؤقتة تتضمن التزامات متعددة بتنوع محلها وفق الهدف المرجو من خلالها، مثل اتفاقات مراعاة الأمانة خلال التفاوض، أو مثلا كذلك اتفاق قصر التفاوض، أي منع التفاوض مع الغير حول نفس الموضوع خلال مرحلة التفاوض عليها وهذا طبقا لمدة معينة، وذلك بالاتفاق صراحة على ذلك لمدة معينة. والواقع أن الالتزام بالقصر في التفاوض يزيد من فرص نجاح التفاوض[1].

ومن الأمثلة على هذا الاتفاق المؤقت، نجد مثلا الاتفاق على السرية، فهو اتفاق يتفق بمقتضاه أحد الطرفين أو كلاهما بالامتناع عن إفشاء أو استغلال الأسرار التي يطلع عليها أثناء مراحل التفاوض، وهذا طبعا دون إذن من صاحبها، ويحدد الاتفاق عادة المعلومات بالتحديد المحاطة بالسرية، أو الاتفاق على سرية عملية التفاوض ككل لوقت معين، وجرى العمل بهذا الاتفاق في عقود نقل التكنولوجيا وذلك نظرا للقيمة الاقتصادية الهائلة للمعلومات في يد متفاوض غير شريف، فإن حائز التكنولوجيا يحتاط لنفسه بهذا النوع من الاتفاق سواء نجحت المفاوضات أم فشلت، سواء بإفشاء الأسرار أو استغلالها للحساب الخاص من الطرف المفاوض الآخر[2].

ويكون الطرف المتلقي مسؤولا عن إفشاء الأسرار خلال عملية التفاوض سواء منه شخصيا أو من طرف الأفراد التابعين له إلا في إطار العقد النهائي الذي قد يبرمه فيما بعد الطرفين، وفي حالة فشل التفاوض يقتضي هذا الاتفاق على السرية التامة للمعلومات المتحصل عليها أن يرد الطرف المتلقي كل الوثائق والمذكرات والخرائط والرسومات التي تحصل عليها من الطرف الأول، والتي من شأنها الكشف ولو جزئيا عن هذه الأسرار ، ويستعمل الاتفاق على السرية كذلك في العديد من المجالات مثل مجال عقود الامتياز التجاري، ومجال عقود التشييد وعقود المنشآت الكبرى...الخ. ومن ناحية أخرى فإنه ثمة اتفاقات مؤقتة تتضمن حلولا مسبقة للمشكلات والمنازعات التي قد تنشأ أثناء عملية التفاوض ومنها مثلا[3] : الاتفاق على مدة التفاوض، والأصل أن لا يحدد الطرفان مدة معينة للتفاوض بل يترك ذلك لظروف الصفقة المتفاوض عليها، ولكن الطرفان أحيانا يتفقان على مدة معينة لعملية التفاوض ككل يجب أن لا تتعداها، وهو ما يحدث عادة في التفاوض على المشاريع العاجلة، وقد يتفق الطرفان على تقسيم التفاوض زمنيا إلى عدة مراحل من خلال تحديد مدة زمنية لكل مرحلة، وذلك من خلال وضع جداول زمنية لمراحل

1- M. Fontaine, op cit, P 03 et s.

2- د/ محمد حسين عبد العال، التنظيم الاتفاقي للمفاوضات العقدية، المرجع السابق، ص 162.

3- د/ محمد حسين عبد العال، التنظيم الاتفاقي للمفاوضات العقدية، نفس المرجع، ص 162 وما بعدها.

المفاوضات، ويلتزم الطرفان باحترام هذه المواعيد الزمنية المحددة قدر الإمكان ببذل الجهد اللازم لتحقيق ذلك.

كما يمكن أن يتم هذا الاتفاق المؤقت لتسوية نفقات التفاوض، وذلك بالاتفاق على كيفية توزيع نفقات التفاوض في حالة فشله، لتفادي وقوع نزاع بشأنها في المستقبل، وقد يقتصر هذا الاتفاق على تسوية نوع معين من النفقات، مثل نفقات الدراسات التمهيدية سواء المنجزة من أحد الطرفين أو كلاهما للوقوف على الجدوى الاقتصادية للمشروع المتفاوض عليه ، أو الاتفاق على الإعفاء أو التخفيف من المسؤولية، وهذا طبقا للقواعد العامة يجوز للطرفين أن يتفقا على الإعفاء أو التخفيف من هذه المسؤولية، وعلى هذا يجوز للطرفين أن يتفقا على تعديل قواعد المسؤولية العقدية المترتبة على عدم تنفيذ الالتزامات الناشئة على اتفاق التفاوض[1]. فيما قد يتفقا على التشديد من هذه المسؤولية، ولو كان ذلك إلى حد تحميل المدين المسؤولية عن السبب الأجنبي، كقيام حرب أو وقوع زلزال...الخ، أو صدور قانون يحرم إنتاج الشيء محل التفاوض ثم التعاقد، مما يؤدي إلى فشل المفاوضات، ولهما أن يتفقا على الإعفاء كلية من هذه المسؤولية، بيد أن هذه الحرية مقيدة، فلا يجوز لهما الاتفاق على إعفاء المدين من مسؤوليته عن فعله المتعمد، مثل الغش العمد، أو الخطأ الجسيم الذي يصدر من الأشخاص الذين استخدموا في عملية التفاوض، والذين ينوبون عنهم غير أنه في الشركة مثلا إذا ارتكب غشا أو خطأ جسيما فلا يجوز إعفاء الشركة من الخطأ الجسيم أو من الغير الذي ارتكب منه أثناء التفاوض. ويجوز للطرفين كذلك الاتفاق على التخفيف من المسؤولية، يشترط المتفاوض أن لا تتجاوز مسؤوليته مبلغا محددا من النقود، بصرف النظر عن قيمة الضر الملحق بالطرف الآخر[2]. إذ من الثابت قانونا أن نجاح المفاوضات وإبرام العقد النهائي لا يمنع الطرفين من أن يتفقا على الإعفاء أو التخفيف من المسؤولية المترتبة على عدم تنفيذ العقد النهائي نفسه. فكيف لا يستطيعا ذلك في مرحلة التفاوض التي تمهد لإبرام هذا العقد فحسب؟

فالواقع أن إرادة الطرفين هي التي أنشأت التفاوض بالاتفاق الصريح أو الضمني، وهي التي تحدد آثاره، والمسؤولية هي إحدى هذه الآثار، وبالتالي فإن هذه الإرادة تستطيع أن تعدل قواعد هذه المسؤولية، في حدود النظام العام والآداب، ولا شك أن ذلك يحفز الأطراف والمتعاملين وأرباب المال والأعمال على الدخول في التفاوض وإبرام العقود دون رهبة أو تخوف من تحمل المسؤولية.

1- د/ حسام الأهواني، المفاوضات في الفترة قبل التعاقدية، المقال السابق، ص 29.

2- د/ حسام الأهواني، المفاوضات في الفترة قبل التعاقدية، نفس المقال السابق، ص 30.

إلى جانب أنه قد يتضمن العقد المؤقت موضوع مكان واللغة التي يتم بها التفاوض، حيث أنه فيما يخص تحديد مكان التفاوض فإن الطرفان قد يتفقان في اتفاق مؤقت مستقل على مكان التفاوض، فقد يكون موطن أحد الأطراف هو المكان المختار، وبالتالي يتحمل الطرف الآخر تبعات هذا الاتفاق من القانون الواجب التطبيق، والإجراءات الإدارية والضريبية المفروضة في هذا الموطن، وقد يتفقا على تبادل مكان التفاوض من بلد لأحد الأطراف إلى بلد الطرف الآخر من فترة إلى أخرى، وهذا طبعا في العقود الدولية الثقيلة والهامة، وقد يكون هذا الاتفاق مدرج كشرط من شروط عقد أو اتفاق التفاوض. إلى جانب الاتفاق على لغة التفاوض، ولغة إبرام مختلف الاتفاقات أثناء المرحلة السابقة على التعاقد، وغالبا ما يتم الاتفاق على التفاوض بلغة أحد الأطراف أو باستعمال خبراء في الترجمة، ثم في غالب الحالات يتم الاتفاق على لغة الاتفاقات ومشروع العقد النهائي بإحدى اللغات العالمية فرنسية أو إنجليزية[1].

5- مدة الاتفاق المؤقت: تختلف مدة الاتفاق المؤقت من حالة إلى أخرى بحسب الهدف المتوخى منها فهي إما أن تكون أقل مدة التفاوض في حد ذاتها، وقد تساويها أو تزيد عنها. فقد تقل مدة هذا الاتفاق مثل الاتفاق على قصر التفاوض لمدة معينة خلال مرحلة التفاوض، وبعدها يمكن لأي طرف أن يتفاوض مع الغير في نفس الوقت[2].

وقد تكون مدة الاتفاق مساوية لمدة التفاوض ككل، وبالتالي تكون مدة الاتفاق مرتبطة بمدة ومصير التفاوض الذي ينظمه، فقد يكون الاتفاق على القصر مدته هي مدة التفاوض ذاتها.

وقد يؤدي نجاح المفاوضات إلى انقضاء التزامات معينة، مثل الالتزام بعدم استغلال التكنولوجيا المتفاوض عليها، لهذا فإن هذا الالتزام يزول بالضرورة عند إبرام العقد النهائي، ما دام أن هذا الأخير يرخص بهذا الاستغلال. وكذلك عقود نقل التكنولوجيا تلزم الطرف المرخص له غالبا باستغلال التكنولوجيا المنقولة إليه. وقد تزيد مدة الاتفاق المؤقت على مدة التفاوض، مثال ذلك الاتفاق المبرم على المحافظة على الأسرار أثناء التفاوض، فهذا الالتزام يفرض على الطرف المتلقي عدم إفشاء الأسرار إذا ما فشلت المفاوضات، بل إن هذا الاتفاق يبرم في الغالب لهذا الغرض، ولكن يجب أن يكون الالتزام لمدة محددة وليس للأبد. وفي الأخير فإن فشل وحتى نجاح المفاوضات تؤدي بالضرورة إلى زوال انقضاء بعض الاتفاقات المؤقتة، مثل اتفاق تسوية نفقات التفاوض...الخ[3].

1- J. Schmidt, op cit, P 260.

2- د/ محمد حسين عبد العال، التنظيم الاتفاقي للمفاوضات العقدية، المرجع السابق، ص 162.

3- Mousseron technique contractuelle, op cit, P 79.

الفرع الثالث: الاتفاقات المرحلية وتطبيقاتها في التفاوض على العقد

1-تعريف الاتفاق الجزئي: جرى الفقه على تعريفه أنه : « اتفاق يتم إبرامه أثناء المفاوضات العقدية، يحدد الأطراف بمقتضاه مسائل التفاوض التي تمكنوا من الاتفاق بشأنها»[1]. ويتخذ الاتفاق الجزئي بهذا المعنى إحدى صورتين: أولهما أن يكون هذا الاتفاق جزءا من عقد واحد يسعى الأطراف إلى إبرامه في النهاية، وبالتالي يرد الاتفاق الجزئي بالضرورة على بعض شروط وعناصر هذا العقد. والثانية أن يشكل جزء من مجموع عقدي، يتألف من عدة اتفاقات تنظم عملية واحدة يسعى الأطراف إلى تحقيقها، سواء كانت هذه العقود من طبيعة واحدة، كما في عمليات النقل المتتابع، أم كانت من طبيعة مختلفة كما في عقود المنشآت الكبرى، وفي هذه الحالة قد يتمثل العقد الجزئي في إبرام أحد العقود التي يتألف منها المجموع العقدي، وبعبارة أخرى فإن كل عقد من العقود التي يضمها المجموع العقدي يمكن اعتباره اتفاقا جزئيا بالنظر إلى المجموع ذاته[2].

وتكون العلاقة بين هذه العقود هي علاقة الأصل بالفرع، وعندئذ يكون المجموع خاضعا لعقد رئيسي يجمعها ويتطلب إبرام عقود أخرى ثانوية[3].

وفي هذه الأحوال قد يرد الاتفاق الجزئي على سائر العناصر الجوهرية لأحد العقود الداخلة في المجموع العقدي، كعقد بيع الأراضي اللازمة للقيام بعملية بناء منشأة صناعية وقد يرد العقد الجزئي على بعض عناصر تتعلق بواحد أو أكثر من العقود التي يضمها المجموع.

2- نظرية الاتفاق المرحلي: تستند فكرة العقد الجزئي إلى نظرية الاتفاق المرحلي التي نشأت في الفقه الألماني ثم شاع اعتناقها في دول عديدة مجاورة، ومع ذلك لم يأخذ التقنين المدني الألماني بهذه النظرية، ورفض الاعتراف بأية قيمة عقدية لما أسماه الفقه بالاتفاق المرحلي، بينما أخذ به التقنين النمساوي والسويسري، أما التقنين الفرنسي فقد جاء خاليا من نص في هذا الشأن[4] وكذا التقنين المدني الجزائري.

ويرى أنصار هذه النظرية أن المفهوم التقليدي لأسلوب إبرام العقد، لم يعد ملائما للعديد من العقود الحديثة لاسيما الدولية منها، التي تقتضي مفاوضات طويلة يسهم فيها أشخاص عديدون، من مهندس وخبراء وتجار وأرباب أعمال وممولين ومختصين في الإدارة والقانون.

1- M. Fontaine, op cit, P 96.
2- J. Schmidt, op cit, P 245.
3- د/ دسوقي، المرجع السابق، ص 111.
4- Labarthe, op cit, P 159.

حيث تشكل هذه المفاوضات عملية متدرجة تستتبع باتفاقات متتالية في كل مستوى منها، ونشير في ذلك مسألة ما مدى السلطات المخولة للمفاوضين لإبرامها.

لذا يقرر هؤلاء أن عملية تكوين العقد تتطلب وتتضمن مراحل متتابعة، كل مرحلة تعقبها أخرى، وتقتضي موافقة مستقلة، ويمكن أن تكون محلا لاتفاق، ويمكن إفراغ ما اتفقوا عليه من مسائل في وثيقة مكتوبة، تتضمن على هذا النحو اتفاقا مرحليا ملزم لهم، ويراد بإصطلاح الاتفاق المرحلي أحد معنيين، فقد يقصد به تكوين العقد من مراحل متتابعة، على أن الغالب أن يقصد بهذا الاصطلاح، كل وثيقة مكتوبة بمعرفة الأطراف لبيان المسائل التي اتفقوا بشأنها أثناء المفاوضات[1].

3- تمييز العقد الجزئي أو الاتفاق المرحلي: مما تقدم يبين أن العقد الجزئي ليس هو العقد النهائي ذاته، والعبرة في هذا الأمر بالإرادة المشتركة للأطراف كما تم التعبير عنها أو تمكن القاضي من التعرف عليها، فطالما لم يقصد الأطراف، عند صياغة الاتفاق سوى نقاط معينة تم الاتفاق عليها، فإن هذا يعتبر اتفاقا مرحليا فقط لا يعادل إبرام العقد النهائي ذاته.

وعلى ذلك لا يمكن القول أن كل ما يحرره الأطراف أثناء المفاوضات يعتبر كقاعدة عامة اتفاقا مرحليا وعقدا جزئيا، إذ ينبغي لكي يعتبر الاتفاق مرحليا أو جزئيا فقط أن يكون المحرر المثبت له لا يتضمن سوى بعض من عناصر العقد النهائي، وهو ما يميز هذا الاتفاق عن الاتفاق على العناصر الجوهرية للعقد، لأن المحرر الذي يبين منه اتفاق الأطراف على العناصر الجوهرية للعقد لا يتضمن اتفاقا مرحليا بل هو العقد النهائي ذاته[2].

ومع ذلك فإن الاتفاق على هذه العناصر يعتبر اتفاقا مرحليا متى قرر الأطراف صراحة اعتباره مجرد مشروع العقد النهائي، أو تبين أن إرادتهم قد اتجهت إلى تعليق إبرام العقد على مسألة معينة لم يتم الاتفاق بشأنها بعد، وعندئذ يصبح هذا الاتفاق غير كاف بذاته لقيام العقد النهائي، ويعتبر بالتالي عقدا جزئيا يمثل مرحلة متقدمة من المفاوضات[3].

ويستقل العقد الجزئي عن العقود التمهيدية الأخرى، فهو يختلف عن الوعد بالعقد فهو لا يرد إلا على بعض عناصر العقد النهائي فقط، بينما يرد الوعد بالعقد على سائر العناصر الجوهرية للعقد الموعود به. غير أن هذا الفارق يتضاءل عندما يكون العقد الجزئي عقدا مستقلا يشكل جزءا من مجموع عقدي. كما يتميز العقد الجزئي عن العقد بالتفضيل، والاتفاق المبدئي فكلاهما لا يتضمن تحديدا لمضمون العقد المزمع

1- د/ محمد حسين عبد العال، التنظيم الاتفاقي للمفاوضات العقدية، المرجع السابق، ص142 وما بعدها.

2- Labarthe, op cit, P 160.

3- Ghestin, op cit, P 318 et s.

إبرامه، بينما يرد العقد الجزئي على بعض عناصر هذا العقد ومع ذلك يرى البعض أن العقد الجزئي أو الاتفاق المرحلي يتضمن دائما اتفاقا مبدئيا، فهو لا يقتصر على إلزام الأطراف باحترام ما تم الاتفاق عليه من مسائل خلال المفاوضات، وإنما يلقي على عاتقهم كذلك التزاما عقديا بالاستمرار في التفاوض ، وخلافا لذلك يرى آخرون أن الاتفاق المرحلي بمعناه الدقيق، لا يتضمن اتفاقا مبدئيا ولا ينشئ التزاما عقديا بالتفاوض، ذلك أن ذاتية هذا الاتفاق تكمن في أن الأطراف يحددون كتابة النقاط التي اتفقوا نهائيا بشأنها، دون أن يكون ثمة التزام بمواصلة المفاوضات أو وجود التزام بإبرام العقد النهائي[1].

ونقول أن طرفي التفاوض بلجوئهم إلى إبرام اتفاق مرحلي يحتوي جمع وتحديد ما تم الاتفاق عليه من أمور متعلقة بالعقد المنشود موضوع التفاوض، هو موقف يبعث الثقة والأمل وفي الحقيقة فهو مشروع لدى طرفي التفاوض في جدية التفاوض وبما أنه تم الاتفاق وتم التوقيع عليه، فهذا دليل على جدية المفاوضات وبالتالي ضرورة استمرارها، وفي هذا يمكن القول مع البعض بنشأة التزام التفاوض يستند إلى هذا الاتفاق المرحلي ذاته الذي يصلح وتبعا لموضوعه، أن يكون مصدرا لهذا الالتزام[2].

ومما يدعو إلى ذلك أن مضمون الالتزام العقدي بالتفاوض له مفهوم إيجابي يقتضي حرصا وتعاونا بين الأطراف حتى تستقر المفاوضات عن نتيجة إيجابية، هذا بخلاف الالتزام التقصيري في هذا الشأن، الذي يتسم بمضمون سلبي أو محايد يقف عند مجرد إلزام الأطراف بعدم إتيان سلوك غير مشروع قد يسبب ضررا. غير أن الأمر يتوقف على مضمون الاتفاق المرحلي، إذ يصعب القول بأن هذا الاتفاق يتضمن بالضرورة، وكمبدأ عام التزاما اتفاقيا بمواصلة التفاوض، إلا إذا ثبت بوضوح من خلال الأوراق، فإن قاضي الموضوع يستقل بتقدير وجوده في ضوء تفسيره للإرادة المشتركة للأطراف[3]، ومع ذلك يمكن استخلاص هذه الإرادة ولو بصفة ضمنية متى توافرت قرائن تشير إلى وجودها، كأن يتضمن الاتفاق المرحلي جدولا زمانيا ومكانيا للقيام ببعض الأعمال المادية والقانونية في مستقبل العملية التفاوضية، الشيء الذي يثبت باتجاه إرادة الأطراف إلى الالتزام عقديا بالاستمرار في المفاوضات ، وكذلك الحال إذا التزم أحد الأطراف أو كلاهما، وفقا لاتفاق مرحلي يتحمل جانب محدد من نفقات التفاوض، كنفقات الخبراء والدراسات الفنية، هنا يصبح منطقيا أن يتم تفسير إرادة الأطراف باعتبارها قد اتجهت إلى إنشاء التزام عقدي بالاستمرار في المفاوضات[4].

1- J. Schmidt, op cit, P 246.

2- Labarthe, op cit, P 162.

3- د/ محمد حسين عبد العال، التنظيم الاتفاقي للمفاوضات العقدية، المرجع السابق، ص 147.

4- Labarthe, op cit, P 162 et s.

وكذا في حالة التزام الأطراف المتفاوضة بقصر التفاوض على الطرف الآخر وعدم إجراء مفاوضات موازية مع الغير، فهذا يعني ودون أدنى شك التزامهما عقديا بمواصلة المفاوضات.

وعندما يرخص ويأمر الاتفاق المرحلي بالبدء مباشرة بعد توقيعه، في تنفيذ أعمال أو دراسات معينة، فلا يتصور إطلاقا أن الأطراف قد قصدوا من خلال ذلك عدم الالتزام بمواصلة المفاوضات[1].

هذا وجرى العمل والعادات المهنية على إفراغ ما يتم إبرامه من اتفاقات أو عقود جزئية في وثائق تحمل مسميات عديدة، ولعل أهمها وأكثرها استعمالا هو ما يعرف عادة بخطابات النوايا، وإذا كان لفظ النوايا يثير لأول وهلة شكوكا حول القيمة العقدية لهذه الخطابات ومدى قوتها الملزمة، غير أن العبرة دائما بالمضمون الذي تحويه، وليس بالأوصاف أو المسميات التي يطلقها الأطراف، ويستقل القاضي أو المحكم بتقدير ما إذا كان خطاب النوايا يحوي اتفاقا أم لا[2].

ولعل هذه التسمية تعود إلى تنوع مضمون هذه الخطابات واختلاف الدور الذي تقوم به، فقد يقتصر هذا الدور على بيان مثلا أهداف عملية التفاوض ككل، وقد يتضمن خطاب النوايا إيجابا محددا لا غموض فيه، إذا تم قبوله نشأ العقد ويكون الخطاب ملزما للأطراف، وقد يكون هذا الخطاب اتفاقا مرحليا ببيان بعض نتائج مرحلة معينة من مراحل المرحلة السابقة على التعاقد[3].

وقد يتضمن خطاب النوايا زيادة على ما سبق ذكره اتفاقا كاملا بين الأطراف بشأن العقد محل التفاوض، وبالتالي لم يعتبر العقد قد تم نهائيا رغم الوصف المذكور للخطاب، وقد يكون هذا الاتفاق النهائي معلق على شرط واقف، أو مقترن بتحفظ بشأن تنفيذه، كأن يقتضي الأمر الحصول على موافقة أو ترخيص هيئة عامة مثلا، وتطبيقا لذلك قضت الدائرة التجارية لمحكمة النقض الفرنسية برفض طعن استند إلى الصفة الملزمة لأحد خطابات النوايا، ذلك أن محرر الخطاب قرر تعليق التزامه على موافقة المدير العام الذي أبدى اعتراضه بما يحول دون ترتيب التزامات ما على هذا الخطاب[4].

وكذلك يمكن أن يتضمن خطاب النوايا اتفاقا مؤقتا ينظم فقط جوانب من العملية التفاوضية، كما سبق ذكر ذلك لهذا فإنه يتضح جليا صعوبة وضع تعريف عام لخطاب النوايا نظرا لاختلاف وتنوع مضمونه، وهذا لا يمنع أن تكون لخطاب النوايا سمات عامة مشتركة بينها، يمكن من خلالها القول أن

1- M. Fontaine, op cit, P 10 et s.

2- د/ محمد حسين عبد العال، التنظيم الاتفاقي للمفاوضات العقدية، نفس المرجع ، ص 149.

3- M. Fontaine, op cit, P 73.

4- حكم ل. م. ن. ف صادر بتاريخ 1991/05/06 من خلال الإطلاع على: cass Com. 06/05/1991 JCP. 1991. I. N. 104.

خطاب النوايا هو:« خطاب يضع فيه أحد الطرفين للآخر مسألة حالية أو مستقبلية في المفاوضات تبدو في تقديره هامة بما يستلزم ضرورة التحوط لها بمحرر مكتوب»[1].

وجرى العمل أن يقوم محرر الخطاب بالتوقيع عليه وإرساله إلى الطرف الآخر للتوقيع على صورة طبق الأصل منه ثم إعادتها إلى الطرف الأول.

4- آثار العقد أو الاتفاق الجزئي: من حيث وجود وصحة الاتفاق أو العقد الجزئي، لا يجب سوى توافر الشروط اللازمة قانونا لإبرام وصحة العقود بوجه عام، غير أن الأمر يختلف فيما يتعلق بآثار هذا العقد، إذ ينبغي معرفة ما إذا كان العقد الجزئي يكفي بذاته لوجود العقد النهائي أم لا، فإن كان كافيا اختلطت آثاره بآثار هذا العقد، وإذا لم يكن كذلك هل يرتب آثارا خاصة ؟

ودون شك أن معالجة هذه المسألة تبدو يسيرة إذا كان أطراف العقد الجزئي قد عنيوا بتحديد آثاره وتنظيم علاقته بالعقد النهائي، وهذا ما يحدث غالبا في أغلب المفاوضات وخاصة في العقود الثقيلة ذات الطابع الدولي، بينما يصبح الأمر عسيرا في حالة سكوت الأطراف في هذا الشأن.

ونحن ندعو المشرع الجزائري إلى تقنين هذا الاتفاق، في القوانين ذات الصلة بداية بالقانون المدني، من حيث تحديد مفهومه وكيفية إبرامه وتحديد آثاره. ويختلف حكم هذه المسألة تبعا إذا كان العقد النهائي، الذي يرتبط به العقد الجزئي يشكل عقدا واحدا أم مجموعا عقديا.

ارتباط العقد الجزئي بعقد واحد: إذا كان العقد المراد إبرامه يشكل عقدا واحدا من طبيعة واحدة، وتوصل الأطراف أثناء المفاوضات الخاصة به إلى اتفاق بشأن بعض عناصر هذا الاتفاق، فقد يبدو أنه من الضروري لهم تنظيم وتوضيح علاقة هذا الاتفاق بالعقد النهائي المنشود، وعندئذ عليهم بالإشارة إلى أنه غير كاف لقيام هذا العقد النهائي أو الإشارة إلى أنه كافيا لذلك. فقد يتعمد طرفي التفاوض إلى اعتبار الاتفاق الجزئي غير كاف لتكوين العقد النهائي وذلك بالحد من آثاره، مما يجعل هذا الاتفاق بالنسبة لكونه جزءا من العقد النهائي معلقا على تحقق اتفاق بشأن باقي العناصر التي لا تزال محلا للتفاوض. فالعقد الجزئي يلزم الأطراف باحترام ما تم الاتفاق عليه من مسائل، بحيث لا يجوز زيارتها ثانية أثناء المفاوضات وهو ما يؤدي مخالفته إلى قيام المسؤولية العقدية، وهذا ما يجعل المفاوضات على العقد تسير قدما إلى الأمام متجهة نحو الهدف الأساسي والمنشود منها مرحلة مرحلة إلى غاية إبرام العقد النهائي.

1- Labarthe, op cit, P 141.

ويجوز للأطراف تجزئة العقد النهائي، والاتفاق على اعتبار العقد الجزئي نهائيا فيما تضمنه ويقع هذا الاتفاق صحيحا متى كان هذا العقد متضمنا على الأقل على العناصر الجوهرية التي تفرضها طبيعة العقد[1].

وبالتالي فإن فشل المفاوضات بشأن العناصر الأخرى لا يؤثر في العقد النهائي الذي يمثله العقد الجزئي، بل يتعين تكملة هذا العقد بالنسبة لهذه العناصر بمعرفة الغير، سواء كان محكما تم تعينه بواسطة الأطراف وهو الغالب، وقد يكون هو القاضي المختص بنظر النزاع والذي يقضي في هذا الأمر، طبقا لطبيعة المعاملة والأحكام القانون والعرف والعدالة[2].

أما إذا لم يتضمن العقد الجزئي ما يوضح علاقته بالعقد النهائي وأغفل الأطراف تنظيم هذه المسألة، فإن إبرام هذا العقد قد يؤدي قانونا إلى قيام العقد النهائي، بحيث يعتبر هذا الأخير منعقدا من الناحية القانونية، وذلك بشرط أن يكون العقد الجزئي مشتملا على سائر العناصر الجوهرية للعقد النهائي الجزئي الذي يؤدي دائما إلى انعقاد العقد النهائي، حتى ولو كان واردا على عناصره الجوهرية، بل ينبغي تفسير هذا الاتفاق للتعرف على الإرادة المشتركة للأطراف فيما يتعلق بمدى أهمية المسائل التي لا تزال محلا للتفاوض ، على أن هذا يقتضي إثبات أن المسائل التي لم يتفق بشأنها بعدما كانت تشكل بالنسبة للطرفين وأحدهما أهمية جوهرية، وأن هذه الصفة داخلة في دائرة التعاقد، بل كانت معلومة للطرفين وإذا لم يتم إثبات ذلك، فإن العقد النهائي يعتبر قائما إذا تضمن العقد الجزئي سائر عناصره الموضوعية[3].

ارتباط العقد الجزئي بمجموع عقدي: قد لا تهدف المفاوضات إلى إبرام عقد واحد يتسم بطبيعة قانونية محددة، بل قد يهدف ويسعى الطرفين إلى تحقيق أهداف متعددة الجوانب ويقتضي لإتمام ذلك إنشاء مجموع عقدي يتكون من عدة عقود، يشكل كل منها على حدة عقدا جزئيا بالنظر للمجموع ذاته، فالتساؤل المنطقي الذي يطرح نفسه هو هل يؤدي إبرام هذا عقد وانضمامه إلى هذه العقود، بوصفه عقدا جزئيا، إلى قيام عقود أخرى مما يشمله المجموع ؟

ومما لا شك فيه أنه إبرام عقد خلال مجريات عملية التفاوض من المجموع العقدي يتألف منه العقد النهائي، فإنه يعتبر كما قلنا عقدا جزئيا، وبذلك يجوز للأطراف الاتفاق على الحد من أثره، بحيث يصبح معلقا على إبرام عقود أخرى يشملها هذا المجموع، كأن يتم الاتفاق على أن يكون عقد القرض معلقا على إبرام كفالة لضمان تنفيذ المقترض لالتزاماته. أما إذا قرر الأطراف ترتيب أثر العقد الجزئي، ولم يعلقوا إنتاج

1- د/ محمد حسين عبد العال، التنظيم الاتفاقي للمفاوضات العقدية، المرجع السابق، ص 152 ومابعدها.

2- J. Schmidt, op cit, P 249 et s.

3- Ghestin, op cit, P325.

أثره على إبرام بقية العقود، فيجوز لهم ذلك إذا كان المجموع يضم عقودا مترابطة فيما بينها بعلاقة تبعية كاملة، بحيث يكون لها أهمية متساوية لتحقيق العملية التي يهدف إليها المجموع. ومثال ذلك عمليات النقل المتتابع التي تقتضي تبعا لتعدد وسائل النقل، عقودا عديدة للقيام بها، ولكنها ذات أهمية متساوية لإتمام النقل، فيمكن عندئذ إبرام أحد هذه العقود وترتيب أثره في الحال، دون توقف على إبرام بقية العقود[1].

أما إذا كان المجموع يضم عقودا ليست متساوية في أهميتها، بل تخضع العملية لعقد رئيسي يقتضي إبرام عقود ثانوية أخرى، فيجوز للأطراف ترتيب أثر العقد الجزئي في الحال، دون التوقف على إبرام بقية العقود إذا كان هو العقد الرئيسي لعقد القرض بالنسبة للكفالة، بينما لا يجوز لهم ذلك إذا كان العقد الجزئي ثانويا، إذ أن ترتيب أثر العقد الثانوي يفترض وجود العقد الرئيسي، فالكفالة مثلا لا ترتب أثرا قبل وجود الدين المكفول، لذا ينبغي إبرام عقد القرض أولا باعتباره العقد الرئيسي[2].

وإذا كان العقد أو الاتفاق الجزئي رئيسيا، وقرر الأطراف ترتيب أثره دون توقف على إبرام العقود الثانوية، فلا يملك القاضي خلافا لما تقدم، أن يحل محل الأطراف لتكملة المجموع بإبرام هذه العقود الثانوية التي يشملها المجموع[3].

أما إذا سكت الأطراف عن تنظيم علاقة العقد الجزئي بالعقود الأخرى التي يتكون منها المجموع العقدي، فإن إبرام أحد هذه العقود بوصفه عقدا جزئيا لا يمكن بحال أن يؤدي إلى إبرام عقود أخرى مما يتضمنه المجموع، ولكن هل يمكن أن يرتب هذا العقد الجزئي آثاره الذاتية في الحال، أم أن ترتيب هذه الآثار يكون معلقا على إبرام العقود الأخرى في المجموع. إن إبرام العقد الرئيسي يشكل دائما شرطا لا غنى عنه لترتيب أثر العقد الثانوي وكذلك الأمر في حالة المجموع العقدي الذي يضم عقودا مترابطة تتمتع فيما بينها بأهمية متساوية، فالقاعدة أن كل عقد منها يعتبر من الناحية القانونية مستقلا عن العقود الأخرى، ما لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك[4].

المطلب الثالث: إنتهاء المرحلة السابقة على التعاقد

بعد خوض مرحلة التفاوض على العقد والتي قد تكون طويلة وشاقة، وبعد استنفاذ كل المحاولات والمساعي خلالها، وتقديم الدراسات واستطلاع آراء الخبراء وتمحيص كل الاقتراحات والشروط من كلا طرفي التفاوض، يكون بالتالي كل طرف قد وقف على حقيقة العقد والصفقة التي يتفاوض عليها، وأدرك

1- J. Schmidt, op cit, P 251.- 252.

2-د/عبد الكريم عبد اللاه ، المرجع السابق ، ص 348

3- J. Schmidt, op cit, P 252 et s.

4- د/ محمد حسين عبد العال، التنظيم الاتفاقي للمفاوضات العقدية، المرجع السابق، ص 160.

جيدا ما بها من حقائق وما مدى تحقيق أهدافه من خلال ذلك، إلى جانب إدراكه لكل المزايا والعيوب، وأصبحت الحقيقة جلية بكل تفاصيلها، أي صورة واضحة تماما أمام عينيه، بحيث يكون أخيرا قادرا تماما على أخذ القرار النهائي بإبرام العقد النهائي المنشود أو عدم إبرامه بصرف النظر عنه بشكل نهائي.

على ذلك تكون المفاوضات أو المرحلة السابقة على التفاوض قد وصلت إلى نهايتها الطبيعية فتتوقف مسيرتها مصحوبة بفشل تام وتفرق الطرفين، وإما متوجة بالتوفيق والنجاح المتوج بإبرام العقد النهائي المنشود من كلا الطرفين المتفاوضين.

ومن خلال هذا المطلب سنتناول موضوع انتهاء المفاوضات العقدية، من خلال ثلاث فروع الأول نخصصه لموضوع نجاح المفاوضات أو نجاح المرحلة السابقة على التعاقد، أما الفرع الثاني فبعنوان فشل المرحلة السابقة على التعاقد أما الفرع الثالث فبعنوان الضعف التعاقدي ووسائل حماية الطرف الضعيف في مرحلة التفاوض على العقد .

الفرع الأول: نجاح المرحلة السابقة على التعاقد

إن نجاح مرحلة التفاوض على العقد تعني مباشرة وصول طرفي التفاوض إلى تتويج هذه المرحلة بكل ما تم الاتفاق عليه في وثيقة نهائية يعتبرونها موضوع ومحل العقد أو تلك الاتفاقات أو العقود الجزئية التي تم الاتفاق عليها واحد تلوا الآخر حسب مراحل وميادين عملية التفاوض بمجموعها قد تعتبر مشروع العقد النهائي، لا ينقصه إلا التوقيع النهائي عليه، وهذا طبعا بعد الاتفاق على كل ذلك مسبقا من قبل أطراف التفاوض دون الرجوع إلى صياغة أخرى ، ويشترط قانونا لانعقاد العقد توافر شروط معينة، هي شروط الانعقاد وشروط الصحة، وشروط الانعقاد هي أركان العقد التي لا يقوم بدونها، وهي التراضي والمحل والسبب يضاف إلى ذلك ركن الشكل في العقود الشكلية، وكذلك التسليم في العقود العينية، أما شروط صحة العقد فهي بالأحرى شروط صحة التراضي، وهي الأهلية وسلامة الإرادة من العيوب، فإذا تخلف ركن من أركان العقد وقع العقد باطلا، وإذا تخلف شرط من شروط صحته كان العقد قابلا للإبطال[1].

1 – تحرير العقد وتوقيعه: طبقا لمبدأ الرضائية في العقود، فإن العقد يتم بمجرد رضاء الطرفين، أي بمجرد اتفاقهما ولا يلزم أن يفرغ هذا الاتفاق في شكل معين لكي ينعقد العقد، فقد تحرر العقد اليوم من قيود الشكلية التي طالما تقيد بأغلالها في العصور القديمة، وأصبحت الشكلية استثناء لا يرد إلا على عدد محدود من العقود. وهكذا فإن الأصل أنه لا يشترط لانعقاد العقد أن يتم كتابته في ورقة رسمية أو عرفية،

1 – د/ عبد الكريم عبد اللاه ، المرجع السابق، ص 565.

وإنما يكفي لانعقاده أن يتبادل الطرفان إيجاب وقبول متطابقين، أيا كانت طريقة التعبير عنهما غير أن القانون قد يخرج عن هذا الأصل على سبيل الاستثناء، ويشترط الكتابة الرسمية أو العرفية لانعقاد العقد، وعندئذ يصبح العقد عقدا شكليا بنص القانون، أي إفراغ رضا الطرفين في ورقة مكتوبة، فإذا تخلفت هذه الكتابة وقع العقد باطلا، مثال ذلك عقد الشركة أو العقود الواردة على التصرفات على العقار، وعقود التبرع والهبة...الخ من العقود[1].

كما أن المتعاقدين قد يشترطا لانعقاد العقد أن يتم كتابته في ورقة رسمية أو عرفية رغم كونه عقدا رضائيا، وفي هذه الحالة يصير العقد عقدا شكليا باتفاق الطرفين، فلا ينعقد إلا بالكتابة والواقع أن هذا الاتفاق جائز من الناحية القانونية، فليس ثمة ما يمنع المتعاقدين من تعليق انعقاد العقد على كتابته في ورقة والتوقيع عليه، إذ ليس في هذا الاتفاق ما يخالف النظام العام، وخاصة في مجال العقود الدولية، ونظرا إلى ما توفره الكتابة من أمان للطرفين[2].

وفي العقود المتفاوض عليها والتي تتطلب أثناء التفاوض حولها وقت طويلا قد يصل إلى عدد من السنين، وبذل جهد كبير ونفقات باهظة، في عقود تدعى بالثقيلة والهامة، ضف إلى ذلك أنها دولية، لا يمكن تصور الا وقوع العقد في النهاية كتابة والتوقيع عليه تكريسا لمبدأ استقرار المعاملات وبث الثقة والجدية في كل ذلك ، فإذا كانت الكتابة مطلوبة للإثبات على هذا النحو، فإن تخلفها لا يحول دون انعقاد العقد بل ولا يحول دون إثبات وجوده بأي دليل آخر كالإقرار والشهود واليمين، فالحقيقة أنه يجب عدم الخلط بين الورقة المثبتة للعقد والاتفاق ذاته، ولهذا فبطلان عقد البيع إنما يعني بطلان الورقة المثبتة له ولا يعني بطلان الاتفاق ذاته، ولا يحول من ثم دون إثبات حصوله بأي دليل آخر مقبولا قانونا ، وإذا قام الشك في وظيفة الكتابة المطلوبة، بحيث لا يستبين للقاضي ما إذا كانت الكتابة للانعقاد أو للإثبات، فإن الكتابة تكون حينئذ للإثبات وليس للانعقاد، وذلك لأن الرضائية هي الأصل والشكلية هي الاستثناء، فلا يتوسع فيه وإنما يرد الحكم القاعدي وهي افتراض الكتابة للإثبات[3].

وأيا ما كان الأمر وسواء كانت الكتابة مطلوبة للانعقاد أو للإثبات فإنه يجب توافر هذه الكتابة، ولكي تكون صالحة للانعقاد أو الإثبات، يجب أن يتم تحرير العقد المتفاوض عليه في ورقة مكتوبة، وأن يقوم المتعاقدان في النهاية بالتوقيع عليها.

1- د/ عبد الكريم عبد اللاه، المرجع السابق، ص 566.

2- د/ عبد الكريم عبد اللاه، نفس لمرجع، ص 567 وما قبلها.

3- د/ عبد المنعم الصدة، الإثبات في المواد المدنية، المرجع السابق، ص 35.

تحرير العقد: يتم تحرير العقد بكتابة مضمونه في ورقة رسمية أو عرفية حسب الاقتضاء، والورقة الرسمية هي التي يحررها موظف عام مختص، أما الورقة العرفية فهي التي يحررها أصحاب الشأن.

وفي العقود الهامة والمركبة يتكون محرر العقد عادة من عدة أوراق، وذلك بالنظر إلى تحديد أحكام العقد ومضمونه وشروطه، وقد جرت العادة وخاصة في مجال العقود الدولية، على أنه يتم تقسيم محور العقد إلى ثلاثة أقسام وهي الديباجة والأحكام، والملاحق وذلك على غرار صياغة المعاهدات الدولية[1].

أ- الديباجة: وهي مقدمة ترد في بداية محرر العقد، وتتضمن عادة مجموعة من المبادئ العامة التي تبين أهداف العقد ومقاصد المتعاقدين، والظروف التي سبقت إبرام العقد من مفاوضات مثلا، وتلك التي عاصرت هذا الإبرام، وعلاقة هذا العقد بأحد العقود أو أكثر السابقة أو المعاصرة أو اللاحقة له، إلى جانب التفصيل فيها حول المرحلة السابقة على التعاقد وما جرى فيها من محادثات ودراسات واتفاقات مختلفة وعلاقتها بالعقد[2].

والغالب في الأمر أن يحدد الطرفان القيمة القانونية لهذه الديباجة، وتحديد ما إذا كانت تعتبر جزءا من العقد أم لا، وإذا لم يوجد اتفاق من هذا النوع، فالراجح في هذه الحالة أن الديباجة لا تكون ملزمة ولا تعتبر جزءا من العقد، وذلك لكونها لا تتضمن حقوقا والتزامات للأطراف بشكل محدد، فلا تعدوا إلا أن تكون عنصرا من عناصر التفسير يلجأ إليها القاضي أو الطرفان عند الحاجة[3].

ب- أحكام العقد: وهذا هو القسم الرئيسي في محرر العقد، حيث يتضمن بنود العقد أو شروطه التي تشكل أحكاما أساسية، حسب المسائل التي يعالجها وينظمها، وهي تحديد طرفي العقد وصفتهما، مع تحديد حقوق والتزامات الطرفين، وكذا أي مسألة تحظى بأهمية أحدهما أو كلاهما، مثل تحديد المحكمة المختصة محليا بنظر النزاع أو جهة التحكيم.

ويجب أن يتم صياغة بنود وشروط العقد بدقة ووضوح، وذلك للحيلولة دون أي نزاع بشأنها في المستقبل، لذا يجب أن يقوم بهذه الصياغة رجل قانون متخصص يكون على دراية كافية بالقواعد القانونية المحلية والدولية الواجبة التطبيق على العقد ، وعالما بمدلولات اللغة الأجنبية التي يصاغ بها العقد، وأن

1- د/ علي إبراهيم، الوسيط في المعاهدات الدولية، الإبرام د. ن. ع، القاهرة مصر 1995، ص 179 ومابعدها.

2- M. Fontaine, op cit, P77 et s.

3- د/ أحمد شرف الدين، أصول الصياغة القانونية للعقود، المرجع السابق، ص 176

يكون ممن شاركوا في عملية التفاوض، حتى يكون عالما بأهداف الطرفين الحقيقية، ومدركا لحقيقة الصعوبات القائمة وحتى المحتملة مستقبلا[1].

ج- الملاحق: وهي الوثائق التي ترفق بمحرر العقد، وتتضمن التفصيلات الفنية وغيرها المتعلقة بموضوع العقد، كالخرائط والتصميمات والمقايسات، والمواصفات الفنية...الخ، ويقوم بصياغة هذه الملاحق بوثائقها الخبراء الفنيون المرافقون لفريق التفاوض، وهي تلحق بالعقد وتعتبر جزاء لا يتجزأ منه.

ح- التوقيع على العقد: يعد تحرير العقد في ورقة رسمية أو عرفية يتعين أن يقوم الطرفان بالتوقيع عليه، إذ أن التوقيع هو الذي ينسب محرر العقد إليهما ويدل على اعتمادهما إياه واردتهما الالتزام بمضمونه، أما المحرر الغير موقع فلا يعدو إلا أن يكون مجرد مشروع عقد فقط ، يحتمل الاعتماد عليه أو عدمه[2].

فإذا كانت الكتابة مطلوبة للانعقاد، قانونا أو اتفاقا فإن العقد لا ينعقد إلا بعد التوقيع على محرره الرسمي أو العرفي، إن في هذه اللحظة فقط تتكون لدى الطرفين الإرادة الباتة في التعاقد، بتبادل الإيجاب والقبول من خلال هذا التوقيع، وبذلك يتزامن إبرام العقد مع التوقيع عليه، بحيث أنه إذا عدل أحد الطرفين عن التوقيع بلحظات فقط فإنه يعتبر قد قطع المفاوضات، سواء كان ذلك بمبرر أو بغير مبرر[3].

ومحرر العقد لا تكون له حجية في الإثبات إلا بعد التوقيع عليه، لأن المحرر العرفي يستمد حجيته من التوقيع عليه وحده وإلا لا تكون له أية حجية قبله، والتوقيع في القانون الجزائري يكون إما بإمضاء أو الختم أو ببصمة الإصبع، والتوقيع بالإمضاء يشترط أن يكون بخط الموقع وأن يشتمل على إسمه ولقبه كاملين، أو باسم الشهرة، أما في العقود الدولية فيكون التوقيع بالحرف الأول من الاسم وباللقب كاملا[4].

وإذا كان المحرر الرسمي مكونا من عدة أوراق، تعين التوقيع على كل ورقة منه، ولا يكفي توقيع الورقة الأخيرة وحدها، أما إذا كان محرر العقد محررا عرفيا مكونا من عدة أوراق فلا يشترط في هذه الحالة التوقيع على سائر أوراقه، بل يكفي التوقيع على الورقة الأخيرة فقط. متى قام الدليل على اتصال كل ورقة بالأخرى اتصالا وثيقا بحيث تكون محررا واحدا، وهي من مسائل الواقع التي يستقل القاضي بتقديرها، مما مؤداه أن هذا المحرر بكل ما اشتملت عليه أوراقه يكون حجة على من وقع الورقة الأخيرة منه، فإذا ادعى

1- د/ عبد الكريم عبد اللاه ، المرجع السابق ، ص 571 وما قلبها.

2- د/ حسام الأهواني، المرجع السابق، ص 129.

3- M. Fontaine, op cit, P 10.

4 - د/ سليمان مرقس، المرجع السابق، ص 234.

إضافة ورقة أخرى إلى المحرر أو سلخ ورقة منه، أو استبدل غيرها بها، فلا سبيل أمامه إلا سلوك طريق الإدعاء بالتزوير[1].2-

وقد جرت العادة عند رجال الأعمال على أن يقوموا بالتوقيع على العقد في حفل يخصص لهذه المناسبة، يدعى إليه كل من يهمه الأمر وكل من شارك في عملية التفاوض، بل ويقوموا بالتوقيع أحيانا أمام عدسات الصحافة، وشبكات التلفزيون، وبعد التوقيع على العقد يقوم الطرفان بالمصافحة بالأيدي وسط تصفيق الحاضرين، دلالة على نجاح المفاوضات وتمام الصفقة بتحقيق الهدف المنشود من المفاوضات الجارية بالتوقيع على هذا العقد[2].

2- مشكلات بمناسبة إبرام العقد: ثمة مشكلات تثور بمناسبة نجاح التفاوض وإبرام العقد، وهي تتعلق بالتوقيع الأحرف الأولى، ورشوة المفاوض وأثرها على صحة العقد، ودور وثائق التفاوض في تفسير العقد، وسنتعرض لذلك من خلال ما يلي:

التوقيع بالأحرف الأولى: جرى العرف في القانون الدولي العام على أن يتم التوقيع على المعاهدات بادئ الأمر بالأحرف الأولى من أسماء المندوبين المفاوضين، ثم يتم التوقيع عليها فيما بعد بالأسماء الكاملة[3].

ويهدف التوقيع على المعاهدة بالأحرف الأولى إلى إعطاء الفرصة للمندوبين الذين وقعوا بالحروف الأولى من أسمائهم بهدف الرجوع إلى حكومات دولهم، والوقوف على رغبتها فيما تم الاتفاق عليه أثناء مرحلة التفاوض على هذا العقد، فإن أبدوا موافقتهم تم التوقيع النهائي على المعاهدة، وإن رفضت اعتماد المعاهدة عدل عن التوقيع النهائي. والتوقيع على المعاهدة الدولية بالأحرف الأولى لا يعد توقيعا ملزما، ولا يجبر المندوبين على التوقيع النهائي بعد ذلك، وإنما تحتفظ كل دولة بالحرية التامة في التوقيع النهائي أو الامتناع عنه، ما لم يتفق الطرفان على خلاف ذلك[4].

وقد انتقل هذا التقليد إلى مجال العقود، خاصة العقود الدولية، حيث يقوم المتفاوضون في بعض الأحيان بالتوقيع على محرر العقد بالأحرف الأولى من أسمائهم، ريثما يتم الرجوع إلى الشخص أو الجهة صاحبة الاختصاص لكي تصادق عليها نهائيا ، وهنا يثور التساؤل عن القيمة القانونية الذي تم التوقيع عليه بالأحرف الأولى فهل يعتبر هذا المحرر عقدا نهائيا أم مجرد مشروع عقد؟ وبمعنى آخر هل يعتبر

1- د/ سليمان مرقس، المرجع السابق، صجع، 233.

2- د/ عبد الكريم عبد اللاه ، المرجع السابق، ص 573.

3- د/ محمد السعيد الدقاق، القانون الدولي، د. ن. ع، القاهرة، ص 93 وما بعدها.

4- طالع المادة 12 من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات على أنه:" يعتبر التوقيع بالأحرف الأولى على نص معاهدة، من قبيل التوقيع على المعاهدة إذا ثبت أن الدول المتفاوضة قد اتفقت على ذلك".

التوقيع بالأحرف الأولى توقيعا صحيحا بالمعنى القانوني؟ يذهب الرأي الغالب في مجال التحكيم الدولي إلى أن التوقيع بالأحرف الأولى يقيد تمام العقد متى تم الاتفاق على التوقيع بالأسماء الكاملة، وهو ما يستفاد منه مثلا عندما يكون التوقيع بالأحرف الأولى مسبوقا بعبارة Subject to contract– أي شريطة أن يتم إبرام العقد[1].

أما في القانون الجزائري فإن التوقيع بالأحرف الأولى يبقى عبارة عن مشروع عقد غير ملزم لأي من الطرفين، فيستطيع كل طرف أن يمتنع عن التوقيع الكامل والنهائي، ولا يجوز إجباره على ذلك عن طريق القضاء.

وفي الحقيقة أن اللجوء إلى أسلوب التوقيع بالأحرف الأولى يدل على اتجاه نية الطرفين إلى عدم الارتباط نهائيا بالعقد المتفاوض عليه، وإنما يكون هذا ارتباطا وانعقادا لعقد رهينا بالتوقيع الكامل الذي يعبر نهائيا على اكتمال الرضاء[2].

وهكذا فإن التوقيع بالأحرف الأولى يبقي الأطراف دائما في المرحلة السابقة على التعاقد، وذلك أسوة لما جرى عليه العمل في القانون الدولي العام.

عدم التفويض بالتوقيع: ويفترض التوقيع بالأحرف الأولى ذلك التوقيع الذي يصدر من المفاوض الغير مفوض بالتوقيع، فتسند للمفاوض مهمة التفاوض على العقد فحسب دون أن يفوض بالتوقيع عليه، وإنما يكون هذا الأخير من سلطة الشخص أو الجهة التي أوفدته للتفاوض على العقد المنشود.

ويحدث ذلك بوجه خاص في العقود التي يكون أحد أطرافها شركة أو شخص من أشخاص القانون العام، حيث يتم تشكيل وإيفاد الفريق المفاوض لكنه يكون مسلوب الحق في التوقيع النهائي على العقد المتفاوض عليه، وتحتفظ لنفسها بهذه السلطة، بحيث لا ينعقد ولا يبرم العقد إلا بعد أن يقوم بالتصديق عليه، وبهذا لا يعتد هنا بتوقيع الطرف المفاوض سواء كان توقيعا كاملا أم توقيعا بالأحرف الأولى ، وفي حالة إخفاء المفاوض على الطرف الآخر بأنه يملك سلطة التوقيع، فإن توقيعه الكامل يجب أن يعتد به ويعتبر العقد قد تم حماية للغير حسن النية، وبهذا فعلى هذا المفاوض أن يصرح للطرف الآخر بأنه ليس مفوضا بالتوقيع النهائي، حتى لا يتم الاعتداد بهذا التوقيع وفي هذه الحالة له أن يوقع على مشروع العقد النهائي بالأحرف الأولى فقط[3].

1- حكم صادر عن (C. C. I) بباريس رقم 5065 في سنة 1986.

2- د/ حسام الأهواني، المقال السابق، ص 28.

3- M. Fontaine, op cit, P 24.

3 – رشوة المفاوض وتأثيرها على صحة العقد: فالرشوة من الطرق المتبعة أثناء عملية التفاوض، فغالبا ما يكون المفاوض رجل مختص وخبير في ميدانه ورأيه له كامل القبول لدى صاحب الشأن سواء كان هذا المفاوض من العالم الثالث أو من العالم المتقدم فالداء واحد في كل الحالات، وتأخذ هذه الرشوة عدة مسميات أهمها العمولة[1].

ورشوة المفاوض في المعاهدات الدولية والتي أبرمها نتيجة لذلك، قابلة للإبطال لمصلحة الدولة التي يمثلها، وهذا ما أشارت إليه اتفاقية فيينا بشأن قانون المعاهدات[2]. وفي مجال العقود الخاصة، ونظرا لعدم وجود نص خاص في هذا الشأن، مما يطرح التساؤل حول مدى قابلية العقد للإبطال نتيجة لذلك.

ويرى جانب من الفقه، أنه لا تأثير لهذه الرشوة على صحة العقد، طالما أن هذه الرشوة وقعت في الفترة السابقة على إبرام العقد[3].

ولكن الرأي الراجح في هذا الأمر يذهب إلى أن رشوة المفاوض يمكن أن تؤدي إلى إبطال العقد، سواء بالاستناد إلى التدليس كعيب للرضاء، أو بتطبيق القاعدة العامة التي تقضي بأن الغش يبطل التصرفات[4].

ومن خلال رشوة الطرف المفاوض حتى يقوم بدور إقناع الطرف الأصلي المتعاقد، فإن الطرف الراشي يقوم بالتدليس على الطرف الأصلي في التعاقد بواسطة فريقه أو عضوه المفاوض لذا يجوز لطرف الأصلي المدلس عليه إبطال العقد لعيب في إرادته، استنادا إلى نص في القانون المدني الجزائري، وكذا قوانين الدول الأخرى[5].

وإذا صدر التدليس من غير المتعاقدين، فليس للمتعاقد المدلس عليه أن يطلب إبطال العقد، ما لم يثبت أن المتعاقد الآخر كان يعلم، أو كان من المفروض أن يعلم حتما بهذا التدليس[6].

غير أنه إذا اقتصر المفاوض المرتشي على إقناع الجهة التي يمثلها بالتعاقد بشروط معقولة وتيسير إجراءات هذا التعاقد، فإن التدليس لا يكون مؤثرا في هذه الحالة، ومن ثم يظل العقد قائما غير قابل

1- د/ عبد الكريم عبد اللاه، المرجع السابق، ص 577.

2- وذلك في المادة 50 من اتفاقية فيينا لعام 1986 بشأن قانون المعاهدات.

3- د/ أحمد رفعت خفاجي، المقال السابق، ص 40.

4- د/ حسام الأهواني، المقال السابق، ص 19.

5- طالع المادة 86 من ق. م. ج . والتي تقابلها المادة 01/135 ق. م. م.

6- هذا نص المادة 87 من ق. م. ج.

للإبطال، ومع ذلك يجوز لهذه الجهة بالمطالبة بالتعويض على المتعاقد الراشي وذلك لكونه قد سلك سلوكا منافيا لحسن النية في التفاوض بمحاولة إفساد مفاوضيها عن طريق إغرائه بالرشوة[1].

إنه وعملا بالقاعدة والتي تأخذ بها سائر الأنظمة المتحضرة والتي تنص على أن:« الغش يبطل التصرفات، ولاريب أن التواطؤ بين المتفاوض المرتشي والمتعاقد الراشي لحصول الأخير على منافع لا يستحقها، هو من قبيل الغش، فإذا ما أدى ذلك إلى إبرام العقد بشروط جائرة، فان هذا العقد يقع قابلا للابطال ولو لم تتوافر شروط التدليس» ، وعلى كل حال فإن المفاوض المرتشي قد يقع تحت طائلة قانون العقوبات، وذلك إذا كان موظفا عاما، وعمله هذا يدخل في اختصاصه، وبالتالي يعد مرتكبا لجريمة الرشوة، وبالتالي تطبق عليه العقوبة الجنائية المنصوص عليها في قانون الوقاية من الفساد ومكافحته[2].

4- دور وثائق التفاوض في تفسير العقد: إن العروض والمقترحات والدراسات وكثير من المسائل يتم تبادلها بين الطرفين عن طريق الكتابات وخطابات النوايا، إلى جانب ما يتوصل إليه طرفي التفاوض من اتفاقات مؤقتة أو مرحلية، كما أن الطرفان كثيرا ما يقوما بتدوين ما دار بينهما في جلسات التفاوض من مناقشات ومحادثات في محاضر لتلك الجلسات أو الاجتماعات، فعند نجاح المرحلة السابقة على التعاقد وبعدها تم إبرام العقد المنشود، ثم ثار نزاع بين الطرفين حول تفسير بعض من نصوصه، فعندئذ هل يمكن للقاضي أن يرجع إلى وثائق التفاوض والمحاضر والمستندات الخاصة بها لتفسير نصوص العقد؟ أي هل يكون لهذه المستندات والوثائق صفة المرجعية في التفسير؟ وفي الحقيقة فإن قيمة مستندات التفاوض في تفسير العقد تتوقف أولا على إرادة الطرفين، فقد يتفق على تحديد مصيرها بعد إبرام العقد، وإذا لم يوجد اتفاق في هذا الشأن يقوم القاضي بتقدير قيمتها في التفسير[3].

أ-اتفاق الطرفين على مصير وثائق التفاوض: يحرص الطرفان أحيانا على تحديد مصير وثائق التفاوض بعد إبرام العقد، وذلك بأن يبينا في ديباجته أو في صلبه، مدى إمكانية الرجوع إلى هذه الوثائق عند تفسير العقد عند الاقتضاء وتكملة ما يشوبه من نقصان ، وفي هذه الحالة تكتسب وثائق التفاوض المرجعية في التفسير بموجب اتفاق الطرفين، وعلى القاضي أن يحترم مثل هذا الاتفاق، فيرجع إلى هذه الوثائق كلما كان ذلك ضروريا للبحث عن النية المشتركة للمتعاقدين بشأن أمر من أمور العقد[4].

1- د/ حسام الأهواني، المقال السابق، ص 20.

2- وهي المادة 25 وما يليها من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته رقم 06- 01 المؤرخ في 2006/02/20.

3- عبد الكريم عبد اللاه، التفاوض على العقد، المرجع السابق، ص 582.

4- M. Fontaine, op cit, P 83

وفي المقابل فإن الطرفين قد يتفقا على اعتبار وثائق التفاوض لاغية ومجردة من كل قيمة في التفسير بمجرد إبرام العقد، فقد جرت العادة، وبالخصوص في العقود الدولية على إدراج شرط في العقد يقتضي بإلغاء وثائق التفاوض واعتبارها كأن لم تكن، حيث يخطر على الطرفين أو القاضي الرجوع إليها عند تفسير العقد، ويسمى هذا الشرط في الحياة العملية – شرط الأركان الأربعة – أو – شرط الاتفاق التام– ولا شك في صحة هذا الشرط إذ ليس فيه ما يخالف النظام العام، وقد وافقا عليه الطرفان صراحة، وبالطبع فإن العقد شريعة المتعاقدين، ويترتب على هذا الشرط أن تصبح مستندات التفاوض عديمة القيمة إذا أراد أحد الطرفين الاستدلال بها خلاف ما هو ثابت في العقد، ولا يمكن للقاضي أن يرجع إليها لتفسير ما هو غامض من نصوص العقد[1].

ب–عدم اتفاق الطرفين على مصير وثائق التفاوض: هنا في الحقيقة تكمن المشكلة في هذه الحالة التي لا يحدد فيها الطرفان مصير وثائق التفاوض بعد إبرام العقد، إذ يثور التساؤل في هذه الحالة عن قيمة هذه المستندات ومدى إمكانية الرجوع إليها عند تفسير العقد ، ونذكر بالمناسبة هذه أن القانون الأمريكي والإنجليزي، يعتبران محرر العقد هو مرجعه الوحيد في التفسير، إذ يحرران مستندات التفاوض من كل قيمة، ويحرمان على القاضي أن يرجع إليها وهو بصدد تفسير العقد ، ومن جانب آخر، فإن اتفاقية فيينا لعام 1980 بشأن البيع الدولي للبضائع، تلزم القاضي صراحة بالرجوع إلى وثائق التفاوض عند تفسير العقد، وقد ذكرت المفاوضات التي قد تكون قد درات بين الطرفين بشكل واضح[2].

ومن المسلم به في القانون الفرنسي، وكذا المصري[3]، ولقد نص القانون المدني أنه إذا كان هناك محل لتأويل العقد، فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين للوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ، مع الاستهداء بذلك بطبيعة التعامل، ومما ينبغى أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين، وفقا للعرف الجاري في المعاملات[4].

والبحث عن النية المشتركة للمتعاقدين في تحديد المعنى الحرفي لألفاظ العقد، لا يمنع من اللجوء إلى الأعمال التحضيرية ومنها مستندات التفاوض، ونحن بدورنا نحث المشرع على التصريح بذلك بشكل واضح حتى تكون للمفاوضات العقدية قيمة قانونية وعملية ، إذا يمكن للقاضي البحث عن وسيلة أخرى

1- Entier Agreement clause وكذلك – clouse des quatre coins – F. Labarthe, la nation de document contractuel, op cit, P 191.

2– اتفاقية فيينا لعام 1980 وخاصة المادة 08 من هذه الاتفاقية في فقرتها الثالثة.

3– د/ حسام الأهواني، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص 290.

4– هذا نص المادة 111 من ق. م. ج .

ليكون قناعته في هذا الشأن بالبحث في الظروف التي أحاطت بتكوينه وتحريره، وما يكون قد سببه أو عاصره من اتفاقات والمستندات المتبادلة بينهما[1].

ولا شك أن مستندات المرحلة السابقة على التعاقد تقدم للقاضي وسيلة مريحة في تفسير العقد، وذلك لما تتضمنه من تفاصيل مما دار من محادثات ومناقشات بخصوص كل شروط أو بند من بنود العقد، بحيث يستطيع القاضي أن يستخلص منها بسهولة النية المشتركة الحقيقية للمتعاقدين من وراء عبارة العقد الغامضة، شأن مستندات التفاوض في ذلك شأن الأعمال التحضيرية في التشريع، حيث تكشف هذه الأخيرة عن نية المشرع الحقيقية من النص إن كان غامضا، لكن يجب على القاضي توخي الحذر عند البحث في مستندات التفاوض، لأن الأطراف قد يعدلان عن مسائل تم الاتفاق حولها، وتم البحث في فسخها باتفاق لاحق...وهكذا[2].

وعلى كل حال فإن قاضي الموضوع يستقل بتقدير قيمة وثائق التفاوض في تفسير العقد وصلاحيتها لاستخلاص النية المشتركة للمتعاقدين، فتلك مسألة واقع لا رقابة للمحكمة على ذلك.

الفرع الثاني: فشل المرحلة السابقة على التعاقد

لقد عرفنا سابقا أنه من أهم الخصائص المميزة للتفاوض هي أن النتيجة النهائية المتمثلة في إبرام العقد المنشود، احتمالية دائما، قد تتحقق وقد لا تتحقق، ويعد الفشل أحد النهايات المتوقعة لعملية التفاوض على العقد، وذلك لما يتمتع أطرافه طيلة هذه المرحلة من حرية كاملة في إبرام العقد من عدمه، لذا على كل طرف أن يتوقع منذ بداية المرحلة السابقة على التعاقد احتمال الفشل، وعموما وإن فشل التفاوض فإن هذه النهاية يجب أن لا توصف دائما بأنها نهاية غير سعيدة بل إن فشل التفاوض وفي كثير من الأحيان نتيجة إيجابية بالنسبة للطرفين، لأن تفاوض فاشل خير من عقد فاشل يجلب النزاعات تكلفهما أموالا باهظة، وهذا بدلا من تحقيق الأهداف والمصالح، وبدلا من جني ثمار العقد، وهذا كله يجعل سمعة الأطراف تهتز على صعيد المال والأعمال[3].

1- إلى جانب الضوابط التي ذكرتها المادة 02/111 ق. م. ج من طبيعة التعامل والعرف التجاري والأمانة والثقة بين المتعاقدين.

2- عبد الكريم عبد اللاه، التفاوض على العقد، المرجع السابق، ص 587.

3- S. m. Mousseron, Technique contractuelle, op cit, P 83.

1- أسباب فشل المرحلة السابقة على التعاقد: في الحقيقة أسباب فشل المفاوضات العقدية عديدة، منها وصول هذه المرحلة إلى طريق مسدود إلى جانب قطعها من جانب واحد، إلى جانب توقف وجمود المفاوضات، إلى جانب سقوط الإيجاب.

أ- وصول التفاوض إلى طريق مسدود: إن عملية التفاوض ككل يهدف من ورائها كل طرف إلى الوصول إلى تحقيق توازن مقبول بين الحقوق والالتزامات بشكل يحقق المصالح والأهداف، ولكن تصل المفاوضات إلى ممر مسدود بسبب تمسك كل طرف بموقفه دون أدنى تنازل عنه ، مما يجعل من المجال التوصل إلى اتفاق يحظى باتفاقهما، وذلك رغم كل المحاولات المبذولة من الطرفين أو من الغير للخروج من هذا المأزق.

ب- جمود المفاوضات: والمقصود هنا توقف المفاوضات، دون تحركها إلى الأمام وقد يكون ذلك من عدم مبالات وعدم الاهتمام من طرفي التفاوض، وانعدام الحماس لمواصلة التفاوض خاصة إذا تأكدا من أن هذه المفاوضات لا طائل منها، فيهجر طاولة المفاوضات بل ويتجاهلان كل ما توصلا إليه من نتائج، ويصبح الأمر عندهما وكأنه شيء لم يكن، وبذلك تتجمد المفاوضات[1].

وتسقط في طي النسيان، وبالتالي يصبح مصير هذه المفاوضات مبهما، إذ لا يمكن التحقق مما إذا كانت المفاوضات المتجمدة ستستمر في المستقبل أم لا، فقد تنتهي كلية دون رجعة، وقد يعاد أطرافها الاستمرار فيها وإحيائها في يوم ما فتعاود مسيرتها، فهي إذا حالة من اللا نجاح واللا فشل، وإن كانت للفشل أقرب فتأخذ حكمه.

ج- قطع المفاوضات: قد يحدث وفي أي مرحلة من المرحلة السابقة على التعاقد أن يقوم أحد الأطراف بقطع التفاوض فجأة بسبب أو بدون سبب مقبول أو مشروع، فإن كان الأول فالأمر مقبول ومسموح به طالما أن الأصل في التفاوض هو الحرية في إكمال وإبرام العقد النهائي، أما إذا كان الثاني فهنا يكون هذا الطرف متعسفا في استعمال هذا الحق مما قد يحمله المسؤولية عن ذلك بالتعويض[2].

2- سقوط الإيجاب: ومع ذلك فإن سقوط الإيجاب ينطوي في الوقت نفسه على قطع المفاوضات ويحدث ذلك في حالتين.

أ- العدول عن الإيجاب: إذا عدل الموجب عن إيجابه عدولا مجردا، أي دون أن يتقدم بعرض جديد ودون أن يهتم إلى ما قد يقدمه الطرف الآخر من عروض، فإنه من خلال ذلك يكون قد قطع المفاوضات، ووجه ذلك أن العدول عن الإيجاب يؤدي حتما إلى سقوطه وزوال أثره، ومن المفروض إذا أن تستمر المفاوضات

1- عبد الكريم عبد اللاه ، التفاوض على العقد ، المرجع السابق ، ص 546

2- سنتطرق للقطع التعسفي للمرحلة السابقة على التعاقد في المبحث الموالي مباشرة.

مرة أخرى إذا ما تقدم أحد الطرفين بعرض جديد، إلا أن عدول الموجب عن إيجابه بهذا الشكل المجرد يعد في ذات الوقت رفضا للاستمرار في المفاوضات[1].

وطالما كان الإيجاب غير ملزم، أي لم يقترن بميعاد صريح أو ضمني يتم خلاله القبول، فإن العدول عنه يتم في جميع الحالات، سواء قبل أن يصل الإيجاب إلى علم من وجه إليه، أو بعد وصوله وترتيب أثره، وهو ما لا يتحقق إلا في التعاقد بين حاضرين في مجلس العقد[2].

أما إذا كان الإيجاب ملزما أي مقترنا بميعاد صريح أو ضمني، فإن الموجب لا يمكنه العدول عنه، وإنما يلتزم بالإبقاء عليه طيلة المدة المحددة للقبول، فإذا عدل قبل انقضاء الميعاد، فإن عدوله لا يترتب عليه أثر، أي لا يؤدي إلى سقوط الإيجاب بل يظل قائما[3].

بحيث إذا ما صادفه قبول قبل حلول ميعاد انعقاد العقد[4]، وقد يستخلص الميعاد من ظروف الحال أو من طبيعة المعاملة، ويحدث ذلك غالبا في التعاقد بين غائبين، حيث يكون الإيجاب عادة مصحوب بميعاد صريح يحدده الموجب للقبول، فإذا لم يكن ثمة ميعاد صريح، فإن هذا الميعاد يستخلص ضمنا من ظروف المعاملة وطبيعتها[5]، فإذا أرسل الإيجاب إلى شخص يقيم في مكان بعيد فإن الموجب يبقى ملزما بإيجابه إلى الوقت الذي يتسع لوصول هذا الإيجاب إلى من وجه إليه والوقت اللازم لتلقي الرد منه بالطريق المعتاد، وعند النزاع في تحديد الميعاد يترك تقدير ذلك للقاضي.

ب- رفض الإيجاب: نفس الأمر فإن رفض الإيجاب بشكل مجرد من أي قيد أو شرط يعتبر قطعا للمفاوضات، هنا كذلك يسقط الإيجاب سواء كان ملزما أو غير ملزم، ويعود الطرفان إلى مرحلة التفاوض من جديد، إلا أنه يستنتج من هذا الرفض المجرد كذلك أن الموجب له يرفض الاستمرار في التفاوض، إذ أنه لو كانت نيته الاستمرار يقدم مع هذا الرفض اقتراحات وشروط جديدة[6].

غير أنه لا يشترط أن يكون رفض الإيجاب صريحا، فقد يستخلص ضمنا من خلال ترك الميعاد المحدد في الإيجاب ينقضي دون قبول، أو مجرد السكوت حتى ينفض مجلس العقد.

1- Mousseron , op cit, P 85.

2- عبد المنعم الصدة، المرجع السابق، ص 112 وما بعدها.

3- د/ عبد المنعم الصدة، نفس المرجع، ص 113.

4- د/ عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، ص 129 وما بعدها.

- هذا ما نصت عليه المادة 63 من ق. م. ج الجاري العمل به.

- طالع المادة 02/63 من ق. م. ج .

5- هذا ما نصت عليه المادة 66 من ق. م. ج.

6- د/ محسن عبد العال، التنظيم الاتفاقي للمفاوضات العقدية، المرجع السابق، ص 61

أما إذا كان الرفض غير مجرد، وكان مقترنا بقيود واقتراحات جديدة، فإن هذا الرفض لا يعد قطعا للمفاوضات، وإنما إيجابا جديدا أي عرضا تفاوضيا جديدا تستمر على أساسه المفاوضات حتى التوصل إلى إيجاب نهائي يتم قبوله، دون قيد أو شرط فينعقد العقد.

3- آثار فشل المرحلة السابقة على التعاقد: يترتب على فشل المرحلة السابقة على التعاقد ظهور بعض الآثار منها، انحلال عقد أو اتفاق التفاوض، وكذلك بقاء بعض الاتفاقات المؤقتة، وكذلك فإنه قد يتم التفاوض بشكل صوري بين الطرفين، رغم الفشل، وهذا على النحو الذي سيأتي بيانه[1].

أ- انحلال اتفاق التفاوض: إذا انحل التفاوض على العقد فإن الاتفاق عليه ينحل وتلك نتيجة طبيعية، لأن الطرفين اتفقا على التفاوض، بشكل صريح أو ضمني، من أجل التوصل إلى اتفاق نهائي على أساسه يتم إبرام العقد النهائي، وقد فشلت المفاوضات في تحقيق هذا الهدف المنشود، فلا مناص من انحلال اتفاق أو عقد التفاوض، ويتم ذلك إما بإنهائه وإما بفسخه[2].

ب- إنهاء اتفاق التفاوض: أي وضع حد لاتفاق التفاوض بالنسبة للمستقبل أي هذا الإنهاء لا يكون له أثر رجعي، وإنما ينهي الاتفاق فيما تبقى منه فقط، ويتم ذلك باتفاق الطرفين، أو بإرادة أحدهما المنفردة.

إذا تيقنا طرفي التفاوض أنه لا طائل من وراء مواصلة التفاوض، ويحدث ذلك خاصة في الحالة التي يصل فيها التفاوض إلى طريق مسدود، ومن خلال جمود المفاوضات وتوقفها نهائيا.

ومن جانب آخر وطبقا للقواعد العامة في العقود غير المحددة المدة يجوز لكل طرف أن يضع حدا لهذا الاتفاق وقتما يشاء، شريطة أن يخطر الطرف الآخر قبل استعمال هذا الحق، وإلا اعتبر ذلك قطعا خاطئا للتفاوض يقيم مسؤوليته.

ج- فسخ اتفاق التفاوض: عملا بالقواعد العامة في الفسخ، إذ يجوز لأي من المتفاوضين أن يطلب فسخ اتفاق التفاوض، إذا ما أخل المتفاوض الآخر بالتزاماته[3] ودون شك فإن اتفاق التفاوض هو عقد ملزم للجانبين التزامات متقابلة على عاتق الطرفين، ومن ذلك يجوز طلب فسخ هذا الاتفاق قضائيا إذا ما توفرت الشروط اللازمة لإمكان المطالبة بالفسخ[4].

1- د/ محسن عبد العال، المرجع السابق، ص 64

2- د/ محسن عبد العال، نفس المرجع، ص 80

3- Mousseron, op cit, P 58.

- هذا ما نصت عليه المادة 119، من ق. م. ج.

4- هذا ما جاءت به المادة 120 من ق. م. ج .

فيجب اذا لإمكان بالمطالبة بفسخ اتفاق التفاوض أن يكون أحد الطرفين قد تخلف عن تنفيذ التزامه بالتفاوض، سواء كان عدم التنفيذ هذا كليا أو جزئيا أو كان التنفيذ معيبا، وإنما يجب أن لا يكون عدم التنفيذ راجعا إلى سبب أجنبي عن المدين، إذ أن الفسخ هو جزاء القوة الملزمة للعقد، يقوم إلى جانب المسؤولية العقدية، ولذا لا يمكن طلبه إلا حين يمكن أن تقوم هذه المسؤولية[1].

إلى جانب ذلك فيتعين أن يكون طالب الفسخ قد قام بإعذار المدين قبل الفسخ، إذا لا يعتبر المدين متخلفا عن الوفاء بالتزامه إلا بعد إعذاره[2].

ويجب كذلك لإمكان المطالبة بالفسخ أن يكون المتفاوض الذي يطلبه قد نفذ التزامه أو على الأقل مستعدا لهذا التنفيذ، وإلا فلا يكون من العدل أن يطلب الفسخ في الوقت الذي أخل بالتزامه هو[3].

فإذا ما تبين للقاضي أن هذه الشروط قد توافرت، كان له أن يقضي بفسخ اتفاق التفاوض، مع الحكم بالتعويض إن كان له ما يبرره، غير أن الحكم بالفسخ هو حكم جوازي للقاضي فله أن لا يقضي به إذا وجد أن المدين قد نفذ الجزء الهام من التزامات التفاوض، وأن عدم الاتفاق كان لأسباب موضوعية، إنما لا يجوز للقاضي أن يذهب إلى أبعد من ذلك فيحل محل الطرفين، ليكمل الشروط التي لم يتفقا عليها، طالما كانت هذه الشروط جوهرية بالنسبة لهما.

إلى جانب إمكانية المطالبة قضائيا بفسخ اتفاق التفاوض، يجوز للطرفين على أن يتفقا على أن يعتبر اتفاق التفاوض مفسوخا من تلقاء نفسه، دون حاجة لحكم قضائي أو إلى إعذار سابق، عند عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عن هذا الاتفاق بالتفاوض[4].

كما يعتبر اتفاق التفاوض مفسوخا من تلقاء نفسه وبحكم القانون، إذا استحال على أحد الطرفين أن ينفذ التزامه بالتفاوض لسبب أجنبي لا يد له فيه، بحيث أن القانون المدني الجزائري ينص على أنه: ينقضي الالتزام إذا أثبت المدين أن الوفاء به أصبح مستحيلا عليه لسبب أجنبي عن إرادته[5].

ويحدث ذلك على الخصوص إذا هلك الشيء محل العقد المتفاوض عليه بسبب أجنبي، أو إذا أصدر قانون يحرم التعامل فيه، وهنا بداهة لا يحق للدائن أن يطالب بالتعويض بخلاف الحال في الفسخ، لأن استحالة تنفيذ المدين لالتزامه بالتفاوض ترجع إلى سبب أجنبي.

1- د/ محمد أبو زيد، المرجع السابق، ص 113 وما بعدها.

2- طالع في ذلك نفس المادة السابقة وهي المادة 119 من ق. م. ج .

3- د/ محمد أبو زيد، نفس المرجع ، ص 114.

4- هذا ما نصت عليه المادة 120 من ق. م. ج.

5- هذا ما نصت عليه المادة 307 من ق. م. ج .

ويثير فسخ اتفاق التفاوض مشكلة خاصة، تتعلق بالحالة التي يكون فيها هذا الاتفاق بندا في عقد أصلي، إذ يثور التساؤل في هذه الحالة عن مصير هذا العقد، فهل يشمل الفسخ العقد الأصلي، أم يقتصر على اتفاق التفاوض فقط[1] ؟

أثيرت هذه المشكلة في قضية نظرتها محكمة استئناف باريس، تتلخص وقائعها في إبرام عقد بيع أجهزة وبرامج معلوماتية، مع تعهد البائع بالتفاوض مع المشتري حول إبرام عقد صيانة لهذه الأجهزة عندما تنتهي فترة الضمان، إلا أن البائع لم ينفذ التزامه بالتفاوض، ولذا طلب المشتري فسخ عقد البيع، فقضت محكمة أول درجة برفض طلبه وبعرض الأمر على محكمة الاستئناف المذكورة سلفا، سلمت المحكمة بوجود اتفاق تفاوض المدرج في عقد البيع، ومن ثم اعتبرت البائع مسؤولا مسؤولية عقدية، بعدم تنفيذه التزامه بالتفاوض، إلا أنها أيدت حكما أول درجة بعدم فسخ العقد الأصلي، أي عقد البيع. وبررت ذلك بأن الإخلال بالالتزام بالتفاوض حول عقد الصيانة، لا يشكل في ظروف الدعوى خطأ يستوجب فسخ عقد البيع، حيث ثبت أن إصلاح الأجهزة محل العقد لم يكن مستحيلا[2].

ويستنتج من هذا الحكم أن فسخ اتفاق التفاوض عندما يكون بندا في عقد أصلي لا يؤدي بالضرورة إلى فسخ العقد الأصلي، خاصة إذا كان التفاوض المتفق عليه يتعلق بمسألة ثانوية في العقد الأصلي.

أما إذا كان التفاوض متعلقا بمسألة جوهرية يتوقف عليها مصير العقد الأصلي في المستقبل، كما هو الحال في شرط إعادة التفاوض لمواجهة صعوبات تنفيذ العقد، فإن فسخ اتفاق التفاوض يؤدي إلى فسخ العقد الأصلي كذلك، لأن الاتفاق على التفاوض في هذه الحالة يهدف إلى انقاذ العقد ككل، لذا فإن مصير هذا الأخير يكون متعلقا ومتوقفا على نجاح التفاوض بشأنه، بل قد يتفق الطرفان على هذا الحل صراحة، كأن يبرما عقد توريد لمدة ستة سنوات، ويضمنا هذا العقد شرطا يقول:« يتعهد الطرفان بالتفاوض في بداية كل عام لتعديل الثمن، بما يتفق مع المتغيرات الاقتصادية الجديدة، فإذا لم يصلا إلى اتفاق في هذا الشأن في ظرف ثلاثين يوما، اعتبر هذا العقد مفسوخا من تلقاء نفسه»[3].

4- بقاء بعض الاتفاقات المؤقتة: هناك اتفاقات مؤقتة تبقى سارية رغم فشل العملية التفاوضية على العقد المنشود، وهذا طبعا لمواجهة الآثار السلبية المترتبة على هذا الفشل، ومن بين أهم هذه الاتفاقات هو اتفاق المحافظة على السرية الذي يلزم الطرفين بالامتناع عن إفشاء أو استغلال الأسرار التي تم كشفها خلال

1- د/ عبد الكريم عبد اللاه، التفاوض على العقد، المرجع السابق، ص 554.

2 - C. A. PA. 5e Ch. 1er octobre 1980.

3- Mousseron, op cit, P 57.

المرحلة السابقة على التعاقد، وبالتالي يظل هذا الاتفاق قائما، ويبرم خصيصا لمثل هذه الحالة أي فشل التفاوض على العقد[1].

وهناك اتفاقات أخرى يبدأ سريانها عند فشل المرحلة السابقة على التعاقد فحسب مثل اتفاق تسوية نفقات التفاوض، واتفاق الإعفاء أو التخفيف من المسؤولية.

5- التفاوض الصوري (الظاهري): يقصد بالتفاوض الصوري، تلك المحادثات المجردة التي لا تهدف إلى إحداث أثر قانوني، لا تحضر لإبرام عقد مستقبلي، وإنما هدفها فقط تبادل الآراء والاقتراحات حول موضوع معين[2].

والتفاوض الصوري بهذا المعنى يختلف تماما عن التفاوض الحقيقي الذي نحن بصدد دراسته، حيث يهدف إلى إبرام عقد حقيقي منشود، وتتجه إرادة الطرفين فيه إلى إحداث أثر قانوني، يتمثل في التزام كل منهما بالتفاوض مع الآخر بحسن نية، وإلا قامت مسؤوليته.

الفرع الثالث: الضعف التعاقدي، ووسائل حماية الطرف الضعيف في مرحلة التفاوض على العقد

أولا- مفهوم الضعف التعاقدي ومظاهره

ينشأ الضعف التعاقدي عند انعدام المساواة الفعلية بين طرفي العقد، فهو يعني أن يوجد أحدهما في مركز ضعيف من الناحية الواقعية في مواجهة العاقد الآخر، فنكون بصدد إرادة قوية تقابلها إرادة ضعيفة أو حتى منعدمة، بما ينعكس في الغالب على مضمون العقد وشروطه، أي حقوق والتزامات كل من طرفيه، لاسيما الطرف الضعيف فيه، فتزيد التزامات الأخير وسوء مركزه القانوني، وهو ما يستفيد منه الطرف القوي في العقد، وخاصة في عقود الأعمال ذات الأهمية البالغة، وتتعدد مظاهر الضعف التعاقدي تبعا لتنوع أسبابه أو العوامل التي تؤدي إليه، فهذه العوامل قد تكون نابعة من شخص العاقد ذاته، وقد تكون خارجية عنه، بحيث لا تتصل بشخصه، ففي الحالة الأولى يكون الضعف التعاقدي ذاتيا، بينما يكون في الحالة الثاني نسبيا، إلى جانب وجود نوع ثالثا من الضعف قد يبدو ضعفا ذاتيا، غير أنه يمكن اعتباره مظهرا مستقلا للضعف التعاقدي، وهو الضعف المعرفي[3].

1- د/ محمد حسين عبد العال، المرجع السابق، ص 114

2- M. Fontaine, op cit, P 87.

3- د/ محمد حسين عبد العال، مفهوم الطرف الضعيف في الرابطة العقدية، د. ن. ع، القاهرة 2011، ص 16 وما بعدها.

ثانيا – وسائل حماية الطرف الضعيف في مرحلة التفاوض على العقد

إن قابلية العقد للإبطال على إثر تحقق أحد عيوب الرضاء، هي أيضا وسيلة توفر حماية قانونية للطرف الضعيف في هذه الأحوال، فمن يبرم عقدا تحت تأثير غلط أو إكراه أو تدليس أو استغلال هو في حقيقة الأمر ضحية لمركز قوي يوجد فيه العقاد الآخر. ولما كان الجهل أو عدم الخبرة من أهم أسباب الضعف الذي يعتري العاقد، فإن السبيل إلى حمايته كان يفرض التزام بالإعلام قبل التعاقد، وقد عني الفقه والقضاء بإرساء هذا الالتزام وتطويره إلى حد الالتزام بتقديم النصيحة والمشورة للطرف الآخر بمناسبة إبرام العقد[1].

ومن وسائل حماية الطرف الضعيف خلال تكوين العقد، فإن الالتجاء إلى الشكلية حتى تؤدي وظائف أخرى، مما يوفر حماية أفضل للطرف الضعيف، فاشتراط الكتابة لانعقاد العقد غالبا ما يتضمن استفاء بيانات محددة، أو الإفصاح عن معلومات معينة، وهو ما يلتقي مع مضمون الالتزام أثناء تكوين والتفاوض على العقد[2].

أما الوسيلة الأكثر فعالية لحماية الطرف الضعيف إزاء مضمون العقد، تتضمن أو تتمثل في التنظيم الآمر لمضمون العقد، أي تحديد حقوق والتزامات الطرفين بمقتضى قواعد آمرة لا مكملة وهو ما ينشئ نظاما حمائيا على حساب مبدأ حرية التعاقد، وقد جرى إتباع هذا الأسلوب في إطار عقود معينة أهمها عقد العمل والتأمين وإيجار العقارات. والجزاء على مخالفة التنظيم الآمر لمضمون العقد يتمثل في البطلان الذي يكون في الغالب بطلانا نسبيا، بحيث لا يجوز أن يتمسك به إلا الطرف الذي يتقرر البطلان لحمايته، أي العاقد الضعيف، وثمة أسلوب آخر لحماية الطرف الضعيف إزاء مضمون العقد يتمثل في استبعاد ما يعرف بالشروط التعسفية، فهو أسلوب أكثر عمومية وأكثر خصوصية، فهو أكثر عمومية لأنه يسري بشأن سائر العقود، بينما أن أسلوب التنظيم الآمر يقتصر على عقود معينة، وهو أكثر خصوصية لأنه يستهدف شروطا معينة ومحددة ولا يشمل مضمون العقد بأكمله[3].

كما أن نظام الاستغلال يوفر حماية للطرف الضعيف فيما يتعلق بمضمون العقد، وذلك إذا أصابه غبن فادح وتبين أنه لم يبرم العقد و أن المتعاقد الآخر قد استغل فيه طيشا بينا أو هوى جامحا، فالجزاء

1- Ph. Le tourneau, op cit, P 101.

2– د/ محمد حسين عبد العال، مفهوم الطرف الضعيف في الرابطة العقدية، المرجع السابق، ص 18.

3- M. Fontaine, op cit, P 15.

على هذا الاستغلال لا يتبع حتما إبطال العقد، بل يجوز أن يقتصر الأمر على انقاص التزامات العاقد، وهو ما يمكن أن يتم بطريق استبعاد الشروط الجائرة التي فرضها المستغل[1].

ويوفر مبد أحسن النية في تنفيذ العقود أساسا يمكن أن يستند إليه القاضي لتحديد مضمون العقد على نحو يسمح لحماية الطرف الضعيف، بحيث يصبح ملائما للظروف الاقتصادية الجديدة، ومختلف المبادئ المتفرعة عنه[2].

وحماية للطرف الضعيف، فالقاعدة أن الشك يفسر لمصلحة المدين، كما أن العبارات الغامضة لا يجوز أن تفسر في عقود الإذعان إضرارا بمصلحة الطرف المذعن.

كما تعد مدة العقد عنصرا هاما تتأثر به مصالح الطرف الضعيف في العقود المستمرة، وقد تؤدي إلى حماية الطرف الضعيف بإطالتها أو تقصيرها تبعا للظروف، فقد يتلاعب بها الطرف القوي لمصلحته مثلا بإطالتها أكبر مدة ممكنه، كما هو الحال في قطاع التأمين، أي الاحتفاظ بالعملاء لأكبر مدة ممكنه، وقد يلجأ الطرف القوي إلى التحكم في مصير العقد، من خلال شروط عقدية تتضمن جزاءات قاسية، فقد يلجأ القضاء للتخفيف من هذه الشروط، وعليه يبسط القضاء رقابته على الشرط الجزائي، فالشرط الفاسخ الصريح، وقد يصل الأمر إلى حد تجريد الجزاء من أثره في بعض الأحوال[3].

ولا شك أن تحديد من يقع عليه عبء الإثبات عند النزاع يعد مسألة لها أهمية كبيرة، ويمكن من خلالها حماية الطرف الضعيف إزاء صعوبات الإثبات التي تعرض له، وذلك بإنشاء قرائن سواء كانت قانونية أو قضائية، تؤدي إلى قلب عبء الإثبات، مما يمنع الطرف القوي من قبل عبء الإثبات لمصلحته إعمالا لشرط في العقد، كما أن القواعد المنظمة للاختصاص القضائي تخول طرفي العقد حرية تحديد المحكمة المختصة محليا بنظر النزاع، وكذلك الاتفاق على الالتجاء إلى التحكيم لحسم النزاع، غير أن هذه الحرية تتيح مجالا للتعسف من الطرف القوي، كأن يشترط طرح النزاع أمام محكمة بعيدة عن موطن العاقد الآخر، مما قد يرهقه ويدفعه إلى قبول تسوية ودية للنزاع غير عادلة، أو يشترط الالتجاء إلى التحكم الذي قد يقتضي نفقات باهظة مما يضطر العاقد الآخر إلى عدم السير في النزاع، وهوما يعني ضياع حقوقه[4].

1- د/ عبد المنعم فرح الاصدة ، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص 354.

2- د/ خالد جمال أحمد، المرجع السابق، ص 129.

3- د/ محمد حسين عبد العال، مفهوم الطرف الضعيف في الرابطة العقدية، المرجع السابق، ص 62.

4- د/ محمد حسين عبد العال، نفس المرجع ، ص 63.

وإذا لم يتفق الطرفان على اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد، فقد اتجهت بعض التشريعات إلى تحديد هذا القانون بناء على معيار موضوعي يكفل حماية الطرف الضعيف في العقد، وهو معيار موطن أو محل الإقامة المعتادة لهذا الطرف[1]، فقد آثرت هذه التشريعات أن تربط هذا المعيار في بعض الأحوال بفكرة الأداء المميز، بحيث يكون القانون الواجب التطبيق على العقد هو قانون الموطن أو محل الإقامة المعتادة للطرف الملتزم بتقديم الأداء المميز[2].

وعلى هذا النحو تجري المفاضلة بين القانون الذي اختاره الأطراف وقانون محل الإقامة المعتادة للمستهلك، بحيث لا يطبق إلا القانون الأكثر حماية للمستهلك[3] بينما لا محل لهذه المفاضلة إذا لم يختر الأطراف القانون الواجب التطبيق، حيث يطبق عندئذ قانون محل الإقامة المعتادة للمستهلك، باعتباره يتضمن الحد الأقصى لحمياته[4].

المبحث الثالث

القطع التعسفي للمرحلة السابقة على التعاقد

إن مبدأ الحرية التعاقدية لا يلزم الأطراف بالوصول إلى إبرام العقد النهائي المنشود متى توفر الحد الأدنى من الثقة والأمانة والصدق والجدية في مرحلة التفاوض.

ومن ثم فإنه لا يجوز قانونا إجبار المتفاوض على تنفيذ التزامه بالتفاوض تنفيذا عينيا، حتى ولو كان هذا التنفيذ ممكنا وغير مرهق للمتفاوض الممتنع، فإن إجباره على التفاوض فيه مساس بحريته الشخصية، كما أنه غير مفيد لأن مصير هذه المفاوضات سيكون الفشل دون شك مع هذا الإجبار.

إن إطالة أمد المفاوضات ووصولها في الدراسة والمناقشة وحتى الاتفاق حول المسائل الجوهرية أو الأساسية للعقد إلى مراحل متقدمة، يلزم الأطراف قانونا وأخلاقا ببذل الجهد الضروري واللازم لتكملة التفاهم والاتفاق على كافة عناصر العقد المراد إبرامه، بحيث أن عدم الاستمرار فيها لمناقشة المسائل التكميلية أو

1- من هذه التشريعات، القانون الدولي الخاص السويسري لسنة 1987، (المادة 120/ 01) والنمساوي (المادة 410)، والألماني (المادة 01/29).

2- د/ محمد حسين عبد العال ، المرجع السابق ، ص 67.

3- وقد أخذت بعض التشريعات بهذا الحل منها القانون الدولي الخاص النمساوي (المادة 41) والأماني (المادة 1/29).

4- د/ حسام الدين فتحي ناصف، حماية المستهلك من خلال قواعد تنازع القوانين، د. ن. ع 2004، ص 69.

التفصيلية من جانب أحد الطرفين، دون سبب جدي أو مبرر مشروع يعتبر سلوكا غير مشروعا يستوجب مسؤوليته التقصيرية عن ذلك[1].

ومن أهم صور الخطأ العقدي في المرحلة السابقة على التعاقد، رفض الدخول في التفاوض المتفق عليه في عقد أو اتفاق التفاوض، فقطع المفاوضات العقدية دون سبب مشروع أو بدون سبب جدي، أو بسوء نية، وبحجج واهية وخاصة بعد ما تكون المفاوضات قد قطعت مراحل هامة بعثت الأمل لدى الطرف الآخر على قرب إبرام العقد المنشود ، إلا أن القطع التعسفي للمفاوضات يقيم المسؤولية حتما إذا قامت شروطها وهذا موضوع دراستنا في هذا المبحث الذي قمنا إلى تقسيمه إلى ثلاث مطالب أولهما وضعناه تحت عنوان، حرية العدول عن مواصلة التفاوض عن العقد أما المطلب الثاني فوضعناه تحت عنوان ، المسؤولية المدنية عن القطع التعسفي للمفاوضات العقدية، أما المطلب الثالث وضعنا له عنوان القانون الواجب التطبيق عن المسؤولية في مرحلة التفاوض على العقد، وهذا على النحو الذي سيأتي بيانه.

المطلب الأول: حرية العدول عن مواصلة التفاوض على العقد

من الأهداف الأساسية للمرحلة السابقة على التعاقد هو توصل الأطراف إلى قناعة تامة، وإرادة مستنيرة بالإقدام على إبرام العقد النهائي، أو الاحجام عن ذلك بعد التوصل إلى قناعة عدم إبرامه، وهذا بعد التأكد قطعا أن هذه الصفقة لا طائل من إتمامها، لأنها لا تحقق المقاصد والأهداف المرجوة مستقبلا بل العكس ستجلب العقبات والمشاكل والصعوبات، خاصة إذا كان العقد المتفاوض عليه يتمتع بأهمية خاصة وذو طابع دولي.

وبالتالي يأخذ الطرفان أو أحدهما قرار العدول عن التفاوض، وبالتالي عن إبرام هذا العقد المنتظر، وهذا في أي مرحلة من مراحل المرحلة السابقة على التعاقد، وبالتالي هذا ما يعتبر كما ذكرنا سابقا من أسباب فشل المفاوضات العقدية، فتفاوض فاشل خير من عقد فاشل يدخل طرفيه في متاهات لا نهاية لها وخسائر لا حصر لها.

لكن هذا العدول إذا كان من الطرفين فلا إشكال يطرح هنا، لكن إذا كان من أحدهما فقط، فهنا عليه أن يراعي مبدأ حسن النية في التعامل، وذلك باتخاذ كل الإجراءات وتنفيذ كل الالتزامات المتعلقة بهذا القرار، حتى لا يحدث أضرارا كبيرة بالطرف الآخر، وخاصة في المفاوضات الطويلة المدة والشاقة وذات التكاليف المالية الباهظة، هذا وأشياء أخرى سنحيطها بالدراسة في هذا المطلب.

1- د/ بلحاج العربي، نظرية العقد في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص 118.

ومن خلال ذلك فإننا قمنا بتقسيم هذا المطلب إلى ثلاث فروع، وضعنا الفرع الأول تحت عنوان حرية العدول عن التفاوض في أي مرحلة منه، أما الفرع الثاني فقمنا بعنونته بوجود ما يقيد حرية العدول عن التفاوض، أما الفرع الثالث فوضعته تحت عنوان وقف المرحلة السابقة على التعاقد، وذلك على النحو الذي سيأتي بيانه.

الفرع الأول: حرية العدول عن التفاوض في أي مرحلة منه

المفاوضات العقدية تعتبر بمثابة تصرف إرادي، فالمفاوضات تخضع لمبدأ حرية التعاقد فهي تحدث برضاء الطرفين ومن دون أي إكراه أو إجبار، والمفاوضات لا تبدأ إلا عندما تتجه إرادة الطرفين إلى الدخول في المفاوضات بغية إبرام العقد أو أثناء فترة المفاوضات تبقى إرادة الطرفين حرة ولها كامل الحرية في الانسحاب من المفاوضات، كما في الدخول شريطة عدم الإضرار بالطرف الآخر[1].

والمفاوضات هي دائما ذات نتيجة احتمالية وهي من خصائص التفاوض ككل كما رأينا سابقا، وهذه الخاصية تعني أن النتيجة المرجوة من المفاوضات وهي إبرام العقد النهائي قد تحقق أو قد لا تتحقق، وذلك استنادا إلى مبدأ حرية التعاقد والذي بموجبه يتمتع كل متفاوض بكامل الحرية في إبرام أو عدم إبرام العقد النهائي بشرط طبعا عدم الإضرار بالطرف الآخر[2].

فالمفاوضات تمهيدية لإبرام العقد النهائي، فالهدف من المرحلة السابقة على التعاقد هو التحضير والإعداد الجيد والمدروس للعقد النهائي، إلا أن المفاوضات لا تؤدي بالضرورة إلى إبرام العقد النهائي، فهي لا تلزم الطرفين بالتوصل إليه عملا بمبدأ حرية التعاقد، بل تبقى هذه المرحلة السابقة عن التعاقد مستقلة عن العقد النهائي، وكذا تبقى الاتفاقات والعقود المبرمة خلالها مستقلة عن العقد النهائي، إذا رأى طرفي التفاوض ذلك[3].

إن صياغة مشروع العقد يعد بمثابة إيجاب مشترك، نابع عن إرادة الطرفين المتفاوضين معا، وذلك بعد بناء تصور مشترك لكل المسائل التي تمت مناقشتها.

1- د/ محمد عبد الطاهر حسين، مقال: الجوانب القانونية للمرحلة السابقة على التعاقد، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، السنة الثانية والعشرون، العدد الثاني، جويلية 1998، ص 170.

2- د/ حسام الذين كمال الأهواني، المرجع السابق، ص 75.

3- د/ يونس صلاح الدين علي ، العقود التمهيدية ، مرجع سابق ، 37.

وبذلك فإنه أثناء بناء هذا العقد المنشود يمكن لأي طرف العدول عن التفاوض إذ أنه يرى في ذلك المصلحة كلها، لأنه يتبين له عدم نجاعة العقد من الناحية الاقتصادية والمالية، وأنه لا يحقق الأهداف والمصالح الأساسية التي يرجو تحقيقها من خلالها.

في الحقيقة نحن نعيش في عالم المفاوضات بشأن إبرام عقود الفرنشيزا أو الامتياز التجاري وعقود التجارة الدولية، وعقود المنشآت الكبرى وغيرها، لذلك يتبنى العرف التجاري والممارسات فتح مفاوضات بين الشركات الدولية وبينها وبين الدول والأفراد، والتأكد من متانة مركزها الصناعي، وما إذا كانت الشركة وهمية أم حقيقية ونوع التكنولوجيا الحائزة عليها[1].

لقد ساهم مشرعو القوانين الوطنية في دعم الميل للإنطلاق والحرية بتجاهلهم تنظيم عملية التفاوض، ما عدا بعض القوانين القليلة، كما أسلفنا ذكر ذلك، فقد خلت القوانين الوضعية من وضع نظام يحكم المراحل التمهيدية السابقة على إبرام العقد إنها مرحلة التفاوض على العقد، غير أنه على فرض وجود تلك القوانين المنظمة لعملية التفاوض، فإن أطراف تلك العملية سيلجؤون إلى تحييد تلك القوانين، وجعل دورها احتياطيا بتعظيم دور مبدأ سلطان الإرادة، وتفعيل قاعدة العقد شريعة المتعاقدين بحيث يقومون بأنفسهم بالتفاوض الحر الذي لا يقيدهم، فيستطيع كل منهم تطبيق استراتيجية التفاوض التي يراها ملائمة للوصول إلى تحقيق المقاصد[2].

والحال كذلك، فإن لكل مفاوض أن يقطع سير المفاوضات وينهيها في أي وقت إعمالا لمبدأ الحرية التعاقدية، فالدخول في المفاوضات هو نتاج ذلك المبدأ، وبالتالي يخضع التفاوض لمبدأ حرية العدول، وهذا ما قد يتفق عليه الأطراف صراحة أو الاتفاق على عدم مسؤولية أي منهم على متابعة المفاوضات. غير أنه في ظل غياب الاتفاق الصريح على الدخول في المفاوضات، والالتزام بمتابعتها وصولا إلى إبرام العقد النهائي، فإن قطع المفاوضات والعدول عن متابعتها لا يرتب أية مسؤولية عقدية، لأن في ذلك الإطار تعتبر المفاوضات مجرد عمل مادي لا ترقى إلى مستوى التصرف القانوني الاتفاقي، وهذا هو مبدأ حرية المفاوضات في العقود الدولية، يبدو أنه مبدأ من المبادئ القانونية العامة التي يجب الاعتراف بها، وقد يدعم هذا المبدأ ما قننه المعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص بروما، حيث جاء في

1- د/ عمر سعد الله ، المرجع السابق ، ص 166.

2- د/ أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي ، المرجع السابق ، ص 87.

مجموعة المبادئ المتعلقة بعقود التجارة الدولية والتي وضعها في بند من بنوده ما نصه : « يكون الأطراف أحرارا في التفاوض، ولا يكونون مسؤولين إذا لم يصلوا إلى اتفاق »[1].

غير أنه لا مسؤولية عن العدول في حد ذاته، ولا يرتب مسؤولية عقدية، إلا أنه يمكن ترتيب المسؤولية التقصيرية إذا اقترن العدول بضرر لحق الطرف الآخر، من جراء تصرفات ومسالك تفاوضية تخالف النزاهة والشرف وموجبات حسن النية، وهذا هو الأصل العام في حرية العدول إذا رأى أحد الأطراف أنه لا فائدة ترجى من هذا التفاوض، فله حق العدول عنها لكن دون أن يتسبب في أضرار جسيمة للطرف الآخر، وأن لا يكون سيء النية في قطعها[2].

الفرع الثاني: وجود ما يقيد العدول عن التفاوض

إنه لا مسؤولية على من عدل عن التفاوض، وقام بقطع المفاوضات إلا إذا اقترن به خطأ وتقصير أو إساءة أو تشهير، بصورة تعسفية، مع ثبوت سوء النية لدى المفاوض، تتحقق معه المسؤولية التقصيرية في مرحلة ما قبل التعاقدية، إذا نتج عنه ضرر للطرف الآخر، على أساس أن العقد لم يبرم بعد[3].

كما هو الحال عند القطع الانفرادي المفاجئ أو التعسفي للمفاوضات في مراحلها المتقدمة بدون مبرر جدي أو بدون سبب مشروع في الوقت الذي تكون بعض الأمور قد تترتب، أو في وقت غير ملائم بعد أن تكون المفاوضات قد قطعت شوطا كبيرا، وخاصة إذا ظهرت نية الإضرار من جانب مفاوض محترف، لإبعاد شريكه عن التفاوض مع الآخرين، أو لمجرد التعرف على أسراره المالية والفنية[4].

ويقيد حرية العدول عن التفاوض، إخلال المفاوض بالالتزام بالإعلام قبل التعاقد بالتفاوض بحسن نية والأمانة والصراحة، أو الإخلال بالالتزام بالإدلاء بالبيانات في مرحلة تكوين العقد، أو قام بإفشاء أسرار الشركة المتفاوضة، أو قام باستغلالها بدون إذن صاحبها وبصفة غير مشروعة أو أنه قطع التفاوض دون سبب جدي مما يترتب عنه تفويت فرصة إتمام العقد وتفويت فرصة التعاقد مع الآخرين في الوقت المناسب.

إنه من أخل بهذه الالتزامات يكون قد ارتكب خطأ يقيم المسؤولية التقصيرية وعبء إثبات الخطأ وهذا الضرر في مرحلة التفاوض على العقد، يقع على عاتق ذلك الطرف المدعى، وهو ما سار عليه

1- مبادئ تتعلق بعقود التجارة الدولية، وضعت عام 1994 في البند 15 الفقرة الأولى.

2- د/ بلحاج العربي، مشكلات المرحلة السابقة على التعاقد، المرجع السابق، ص 189 وما بعدها

3J. Schmidt, Négociation et conclusion de contrat, P 207 et s.

4- د/ بلحاج العربي ، مشكلات المرحلة السابقة على التعاقد، نفس المرجع، 116.

اجتهاد الفقه والقضاء الفرنسيين، من أن ثبوت الخطأ في مرحلة ما قبل العقد منذ بداية مرحلة المفاوضات، كالقطع الخاطئ للمفاوضات العقدية، يقتضي الرجوع فيه إلى المسؤولية التقصيرية[1]، وهو ما حكمت به محكمة العدل للمجموعة الأوروبية[2]، ومع ذلك قضت بعض المحاكم الفرنسية في بعض الأحيان بالمسؤولية العقدية، عندما تأكدت في وجود عقد تحضيري أو تمهيدي بصيغة وعبارات ملزمة، يتعين تطبيقه بحسن نية[3]. وهذا ما تؤكده نظرية الفقيه الفيلسوف الألماني، كما رأينا ذلك سابقا، والمعروفة بنظرية التقصير أو الخطأ عند تكوين العقد، والتي مفادها أنه يلتزم الأطراف باليقظة ومبادئ حسن النية والأمانة، وشرف التعامل، وبذل العناية اللازمة بمجرد البدء في التفاوض لإنجاح المفاوضات التمهيدية لإبرام العقد، ومن ثم يلتزم كل واحد منهم تجاه الآخر بأن يتحمل نتائج الخطأ أو التقصير في مرحلة التفاوض[4].

وفي حالة فشل المفاوضات التعاقدية على ضوء ما وصلت إليه المفاوضات من اتفاقات وحلول مقترحة، إما بإبطال عقد أو اتفاق التفاوض، أو تفرض تعديلا له وهذا وفقا للعدالة والعرف وطبيعة الالتزام، بحيث أن القانون المدني الجزائري يخول للقاضي المدني سلطة تكملة العقد، طبقا لطبيعة المعاملة ولأحكام القانون والعرف والعدالة[5].

إن انتهاك هذه القيود التي تحد من حرية العدول أو قطع المفاوضات العقدية تقيم المسؤولية المدنية حسب القواعد العامة، من خطأ وضرر وعلاقة سببية طبعا إذا كان سبب القطع غير مشروع فإن المضرور حتى يحصل على التعويض عليه أن يثبت الخطأ من جانب المسؤول عن هذا القطع أو العدول المتعسف. والخطأ قد سبق لنا ذكر بعض أوجهه، ولكن ما نضيفه هو خطأ المتفاوض بعدم تنفيذ إحدى بنود الاتفاقات التمهيدية، أو الجزئية والمرحلية السابقة للتعاقد وبالتالي، يصبح سوء النية هو المعيار الذي يمكن أن نستند إليه في أغلب الحالات لتحديد الخطأ التقصيري المتمثل في قطع المفاوضات أو عدول عنها من جانب أحد الطرفين، دون مبررات مقبولة، أما الخطأ العقدي فيقوم عندما يوجد اتفاق صريح على التفاوض وهو ما يعرف بعقد التفاوض أو الاتفاق المبدئي، أو اتفاقيات تمهيدية مؤقتة أو جزئية أخرى، والتي سبق لنا دراستها[6].

1- هذا ما نصت عليه المادة 1382 من ق. م. ف.

2- وذلك في حكمها المشهور المؤرخ في 2002/09/17.

3- د/ لحاج العربي، مشكلات المرحلة السابقة على التعاقد، المرجع السابق ، ص 117.

4- هذه الأحكام ذكر/ د/ بلحاج العربي، مشكلات المرحلة السابقة على التعاقد، نفس المرجع ، 177.

5- هذا ما نصت عليه المادة 65 من ق. م. ج الساري المفعول.

6- أ/ براهامي فايزة ، التزامات الأطراف في المرحلة السابقة على التعاقد ، المرجع السابق ، ص 194.

وإعمال مبدأ العدول هذا يجب أن لا يأخذ على إطلاقه، حتى يصبح مانعا للأطراف وقيدا لحرية الانسحاب من المفاوضات في أي وقت، لذلك نجد أن محكمة النقض الفرنسية قد أقرت ضرورة عدم التوسع في اعتبار عدم الثقة معيارا عاما لتحديد الخطأ قبل التعاقدي، وإنما يعول عليه فقط إذا كانت الثقة التي اعتقد بتوافرها في الطرف المضرور ثقة جدية ومشروعه، وكان اعتقاده مبنيا على تصرفات الطرف الآخر الذي قد يكون مسؤولا، وهذه الصفة تنشأ من صفة المتفاوض الآخر، كأن يكون محترفا في المجال الذي يتفاوض بشأنه[1].

الفرع الثالث: العدول أو رفض الإيجاب الذي يؤدي إلى قطع المفاوضات

إذا توجت المفاوضات بإيجاب نهائي تم توجيهه من أحد الطرفين إلى الآخر، فإن الخطأ يتمثل حينئذ في العدول عن هذا الإيجاب أو رفضه ممن وجه إليه، إذا ما أفضى ذلك إلى قطع المفاوضات بدون مبرر مشروع.

1-العدول عن الإيجاب الذي يفضي إلى قطع المفاوضات: من المسلم به أن الموجب يستطيع العدول عن إيجابه أو التعديل فيه طالما لم يصل هذا الإيجاب إلى علم من وجه إليه إذ حتى هذه اللحظة يكون الإيجاب عديم الأثر، أي لا يصلح لأن يقترن به قبول ينعقد به العقد، والقانون المدني الجزائري يشترط أن يصل التعبير عن الإرادة إلى علم من وجه إليه كي ينتج أثره[2].

إذا لم يكن الإيجاب ملزما أي غير مقترن بميعاد للقبول صريح أو ضمني، بإمكان الموجب أن يعدل عن إيجابه، حتى بعد وصوله إلى علم من وجه إليه ما دام لم يتم قبوله والذي لا يتحقق عملا إلا في حالة التعاقد بين حاضرين في مجلس العقد[3].

والواقع أن الموجب لا يسأل وفقا لقواعد المسؤولية العقدية عن مجرد عدوله عن الإيجاب، إذ أن هذا العدول هو كما رأينا أمر جائز، وإنما يسأل فحسب عن قطعه المفاوضات المصاحبة لهذا العدول، إذا لم يكن لهذا القطع ما يبرره ، وفي حقيقة الأمر أن العدول عن الإيجاب يؤدي حتما إلى عودة الطرفين إلى طاولة المفاوضات مرة أخرى، وذلك بعد أن كانت هذه المفاوضات قد علقت بصدور هذا الإيجاب، انتظارا لما سيسفر عنه، إذ أن هذا العدول يترتب عليه سقوط الإيجاب بأثر رجعي، ومن ثم يعود الطرف إلى

1- د/ سعيد السيد قنديل، المرجع السابق، 76 وما بعدها.

- سنتوسع فيما يأتي من بحثنا هذا عندما سنتعرض للمسؤولية المدنية خلال التفاوض.

2- وذلك طبقا لنص المادة 61 من ق. م. ج الساري المفعول.

3- د/ عبد المنعم الصدة ، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص 115.

التفاوض وكأن الإيجاب لم يصدر قط، وعندئذ يتعين على الموجب وفقا لالتزامه بالتفاوض بحسن نية أن يستمر في المفاوضة مع الطرف الآخر حتى يتم التوصل إلى إيجاب جديد فإذا رفض أي عرض آخر وأصر على الانسحاب نهائيا، فإنه بذلك يكون مسؤولا مسؤولية عقدية، ليس عن عدوله عن الإيجاب في حد ذاته، وإنما قطعه المفاوضات في هذه المرحلة المتقدمة للغاية دون أي مبرر جدي ومشروع[1].

أما إذا كان الإيجاب مقترنا بميعاد للقبول صريحا كان هذا الميعاد أو ضمنيا، وهو ما يحدث خصوصا في التعاقد بين عائبين، فالموجب يلتزم بالبقاء على إيجابه المدة التي يحددها صراحة القبول أو المدة التي تستخلص ضمنا من العرف أو من ظروف وطبيعة التعامل[2]، فإذا عدل الموجب عن إيجابه قبل انقضاء هذه المدة، فإن عدوله لا يترتب عليه أثر، بل يظل الإيجاب قائما، فإذا ما تم قبوله خلال هذه المدة انعقد العقد، وذلك على سبيل التعويض العيني للضرر الذي يصيب الموجب له من جراء إخلال الموجب بالتزامه بالبقاء على إيجابه مدة معينة[3].

وفي الحقيقة فإن المشرع الجزائري في هذه المسألة حسمها بنص خاص في القانون المدني الجزائري، والتي تنص أنه: « إذا عين أجل للقبول، التزم الموجب بالبقاء على إيجابه إلى انقضاء هذا الأجل، وقد يستخلص هذا الميعاد كما رأينا من ظروف الحال أو من طبيعة المعاملة، إذا عدل الموجب عن إيجابه في هذه الحالة قبل انقضاء هذا الميعاد، فإن عدوله لا يعتد به، بل يظل الإيجاب قائما، بحيث إذا صادفه قبول قبل حلول الميعاد انعقد العقد دون شك »[4].

وفي حالة رفض الإيجاب من الطرف الآخر فإن الإيجاب يسقط قبل انقضاء المدة المحددة للإيجاب، ولا يعتد بعدول الموجب، بل ينعقد العقد بالرغم من هذا العدول متى تم القبول ، وفي حالة الإيجاب الملزم أي المقترن بميعاد، فإن العدول عنه لا يرتب عليه سقوط الإيجاب، وبالتالي لا يعود الطرفان إلى طاولة المفاوضات، بل يظلا في مرحلة إبرام العقد، حتى إذا ما قبل الموجب له هذا الإيجاب قبل انقضاء الميعاد، اعتبر العقد قد تم[5].

2- رفض الإيجاب الذي يفضي إلى قطع المفاوضات: إن رفض الإيجاب هو أحد مظاهر حرية التعاقد التي لا يمكن تقييدها إلا بنص آمن، تدعو إليه المصلحة العامة، فالتفاوض الذي يوجه إليه إيجابا يستطيع

1- د/ جمال زكي ، مشكلات المسؤولية المدنية، المرجع السابق، ص 151.

2- هذا ما نصت عليه المادة 83 من ق. م. ج الساري المفعول.

3- J. Schemidt, La sanction de la faute précontractuelle, op cit, P 231..

4- وهي نفس المادة السابق ذكرها من ق. م. ج، وهي المادة 63 .

5- د/ عبد المنعم الصدة، المرجع السابق، ص 114.

أن يقبله أو يرفضه بحرية تامة، غير أن هذا الإيجاب يمتاز عما عداه من ضروب الإيجاب، بأنه ثمرة مفاوضات سابقة بين الموجب والموجب له، بل إن هذا الأخير قد يكون هو المحرك الأول للمفاوضات، أي أنه هو الذي دعى إلى هذا الإيجاب، ولذا فلا يجوز له أن يرفضه، وينسحب من المفاوضات دون عذر أو سبب جدي أو مشروع[1].

ومن ثم يمكن للموجب له رفض الإيجاب ولكن في الوقت المناسب، وبالتالي لا ينعقد العقد بل يعود الطرفان إلى طاولة المفاوضات لبناء إيجاب جديد، ويعتبر السكوت في الرد قبولا إذا اتصل الإيجاب بتعامل سابق بين المتعاقدين، أو إذا كان الإيجاب لمصلحة من وجه إليه ، وقد ذهب البعض من الفقه على تأسيس المسؤولية في هذه الحالة على فكرة التعسف في استعمال الحق، إلا أنه لا يخلو من النقد، لأن رفض التعاقد ليس حقا بالمفهوم الضيق ليرد التعسف على استعماله، بل يعتبر رخصة، أو حرية عامة، فلكل شخص حرية إبرام العقد أو الامتناع عنه[2].

والحقيقة في أن الخطأ هذا لا يكمن في مجرد رفض الإيجاب، وإنما في قطع المفاوضات دون مبرر جدي أو مشروع الناتج عنه، إذ أن هذا الرفض يؤدي إلى سقوط الإيجاب وعودة الطرفين مرة أخرى إلى طاولة المفاوضات، ومن ثم كان يتعين على الموجب له أن يستمر في التفاوض مع الطرف الآخر لحين التوصل إلى إيجاب آخر يحظى برضائه، أما وأنه قد رفض الإيجاب دون قيد أو شرط وانسحب نهائيا من المفاوضات بدون أي مبرر مشروع، فإنه بذلك يكون مخطئا لإخلاله بالتزامه العقدي بالتفاوض بحسن نية[3].

إذا فإن الخطأ يكمن في قطع المفاوضات بدون سبب مشروع، الذي يقيم المسؤولية عن قطع المفاوضات لا يستقل عن هذا القطع، بل يتجسد فيه تماما، وخاصة عندما يكون هذا القطع بدون مبرر مشروع، وقد ظهر ذلك بوضوح من عبارة محكمة النقض الفرنسية التي تقول أن : « قطع المفاوضات بدون مبرر مشروع، يعتبر خطأ يرتب مسؤولية المفاوض، بل إن المحاكم الفرنسية تحدثت صراحة عن القطع الخاطئ للمفاوضات » ، وبذلك يسقط أحد مزاعم الرأي المعترض عليه الذي يعتبر المسؤولية عن قطع المفاوضات مسؤولية تقصيرية، حيث أن هذا الرأي يذهب إلى أن الخطأ الذي يقيم هذه المسؤولية لا يتمثل في قطع المفاوضات في حد ذاته، بل في المسلك الآخر المستقل عن هذا القطع وهو الخطأ المصاحب له

1- د/ عبد المنعم الصدة، المرجع السابق، ص 114.

2- د/ جمال زكي، المرجع السابق، ص 153.

3- د/ عبد الكريم عبد اللاه ، المرجع السابق ، ص 609.

دون سبب ومبرر مشروع، فالأصل أن القطع أمر محتمل جدا في المرحلة السابقة على التعاقد، في أي مرحلة كانت عليها ولا يقيم أي مسؤولية إذا كان مشروعا ومبررا[1].

المطلب الثاني: المسؤولية المدنية عن القطع التعسفي للمفاوضات العقدية

لا يوجد نص في القانون المدني الجزائري ينظم المفاوضات التعاقدية، ولا المسؤولية في الفترة السابقة على التعاقد، مكتفيا بالمسؤولية عن الفعل الضار، مكتفيا بأن هذه المادة التي تطرح كقاعدة عن كل خطأ يسبب ضررا للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض تبقى لحل جميع مشاكل المسؤولية، وحتى المسؤولية الناشئة في المرحلة السابقة على التعاقد بما فيها القطع التعسفي للمفاوضات[2].

أما القانون المدني الألماني والقانون المدني الإيطالي وحتى الفرنسي مؤخرا[3]، يوجب مراعاة حسن النية خلال مرحلة المفاوضات على العقد، والمشرع الجزائري في القانون المدني أخذ ضمنيا بالمبدأ العام للتفاوض بحسن نية، وذلك بالنص صراحة على ضرورة مراعاة حسن النية في تنفيذ العقد وتفسيره[4]، وعلى هذا الأساس ذهب بعض الفقه الفرنسي ، أن هذا المبدأ يمكن أن يتسع قانونا ليشمل مرحلة ما قبل إبرام العقد ليفرض التزامات بالأمانة والنزاهة والتعاون في فترة التفاوض، لذا قمنا بتقسيم هذا المطلب إلى ثلاثة فروع، فوضعنا الأول بعنوان المسؤولية المدنية عن قطع التفاوض في القوانين الأجنبية، أما الفرع الثاني فبعنوان شروط المسؤولية في المرحلة السابقة على التعاقد، أما الفرع الثالث فوضعناه بعنوان موقف القانون المدني الجزائري من قطع التفاوض وذلك على النحو الذي سيأتي بيانه.

الفرع الأول: المسؤولية المدنية عن قطع التفاوض في القوانين الأجنبية

النظريات الألمانية أكدت بالخصوص على أنه لا يجوز لأي من الطرفين قطع المفاوضات دون سبب جدي وإلا كان مسؤولا[5]، ومن هذا المنطلق استقر الاجتهاد القضائي الفرنسي على أن المسؤولية التقصيرية في مرحلة المفاوضات لا تنطبق على العدول عن التفاوض في حد ذاته، بل على ما يصاحبه أو يلحق به من خطأ أو تقصير[6]، وعلى هذا الأساس رفضت المحاكم الفرنسية دعوى المضرور بالتعويض

1- د/ عبد الكريم عبد اللاه ، المرجع السابق، ص 608 وما قبلها.

2- هذا من خلال المادة 124 وما يليها من ق. م.. ج تقابلها المادة 1382 ق. م. ف.

3- هذا من خلال المادة 02/311 ق. م .أ، والمادة 1337 من ق. م. إ والمادة 1134 من ق. م. ف.

4- هذا من خلال نص المادة 107 من ق. م. ج والمادة 311 من ق. م. ف.

5- د/ بلحاج العربي، مشكلات المرحلة السابقة على التعاقد، المرجع السابق، ص 175 وما قبلها.

- Cass. Com. 03/10/1978.

6- Cass. Com. 22/02/1994 RTD. CIV. 1994, P 849.

على أساس قطع المفاوضات أو العدول عنها، ما لم يقترن به خطأ أو تقصير أو إساءة أو تشهير، وفي غياب نصوص قانونية تنظم مرحلة التفاوض على العقد، ومشكلة القطع التعسفي للمفاوضات، فإن الاجتهاد الفرنسي يشترط التعسف في قطع المفاوضات، بنية الإضرار بالطرف الآخر، أو سوء نية، أو خداع أو التدليس، فإنها قد تشكل خطأ تقصيريا ، وتؤدي إلى قيام المسؤولية التقصيرية في مرحلة ما قبل العقد[1].

ولم يتردد القضاء الفرنسي في تأكيد المسؤولية التقصيرية للمتفاوض عن الإنهاء المفاجئ للمفاوضات في مراحلها المتقدمة دون مبرر مشروع، أو المصحوب بخطأ موصوف، أو واضح لا غموض فيه، وحتى في جانب متفاوض محترف.

إن ثبوت سوء النية مع إطالة مدة المفاوضات بدون سبب حقيقي وجدي لدى أحد أطراف التفاوض، أو كان مقصده هو الدخول في تفاوض لكشف الأسرار، أو إعاقة الطرف الآخر على إبرام عقد مع جهة أخرى، كما سبق ذكر ذلك أو لمجرد مخالفة مبدأ حسن النية والصدق والأمانة والتعاون في مرحلة التفاوض، فهي سلوكات خاطئة من شأنها المساس بالثقة المشروعة لمواصلة المفاوضات للوصول في النهائية إلى إبرام العقد المنشود تستوجب المسؤولة التقصيرية، وقد أيد الفقه الفرنسي الاتجاه القضائي القاضي باتخاذ قرار انفرادي مفاجئ بقطعها فعلا استندا إلى حجج واهية دون مبر مشروع، تؤدي إلى قيام المسؤولية التقصيرية التي تقررها المادة 1382 ق. م. ف ، وفي نفس الاتجاه ذهب بعض الفقه المصري إلى أن المبدأ الذي يسود المفاوضات يسمح بقطعها في أي وقت، شريطة أن يتم ذلك في إطار حسن النية وعدم الإضرار بالطرف الآخر المتفاوض، ويكون ذلك مصدرا للمسؤولية التقصيرية، التي تقوم على الخطأ التقصيري وفقا لما نص على ذلك القانون المدني المصري[2].

وهذا ما حكمت به محكمة النقض المصرية في أحد قراراتها من أن المفاوضات ليست إلا عملا ماديا لا يترتب عليها بذاتها أي أثر قانوني، فكل متفاوض حر في قطع المفاوضة في الوقت الذي يريد، دون أن يتعرض لأية مسؤولية أو يطالب ببيان لعدوله، ولا يرتب هذا العدول مسؤولية على من عدل إلا إذا اقترن به خطأ تتحقق معه المسؤولية التقصيرية ، إذا نتج عنه ضرر بالطرف الآخر المتفاوض، وفي هذه الحالة يقع عبء إثبات ذلك الخطأ وهذا الضرر على عاتق ذلك الطرف[3].

1- د/ بلحاج العربي، نفس المرجع ، ص 175.

2- هذا ما نصت عليه المادة 163 من ق. م. م. والقوانين المدنية الأخرى.

3- قرار لمحكمة النقض المصرية مشهور لها صدر سنة 1967، مدني مصري 1968/03/28.

لذا فإن قطع المفاوضات لأسباب موضوعية، كعدم الاتفاق حول السعر أو بعض الشروط لا يقيم أية مسؤولية ما لم يقترن هذا القطع بسبب جدي مشروع ، وعلى هذا لا وجود للمسؤولية في مرحلة المفاوضات لمجرد إنهاء التفاوض، غير أن انحراف المتفاوض عن السلوك المألوف يعد خطأ تقصيريا، لأن عدم إبرام العقد المنشود لا أثر له في قيام المسؤولية، إذا بتوفر الخطأ التقصيري في إحدى صوره وخاصة الهامة منها، إساءة المتفاوض في استعمال حقه المشروع في قطع المفاوضات، أو عدم جديته في المفاوضات أو عدوله في وقت غير مناسب، وذلك من خلال تصرفات وسلوكات عديدة تشير إلى كل ذلك[1].

إلى جانب ما سبق ذكره، فإن الرأي السائد في فرنسا وحتى مصر يرى تطبيق أحكام المسؤولية العقدية في حالات استثنائية، لأن الأصل العام هو أن المسؤولية الناشئة في مرحلة التفاوض على العقد هي مسؤولية تقصيرية من فعل ضار، فالمسؤولية العقدية قد تكون ناجمة عن الإخلال بالتزام عقدي ورد في الاتفاقات المبدئية أو الوقتية أو المرحلية أو الجزئية، أو في عقد واتفاق التفاوض، وذلك حتى إلى إبرام العقد النهائي المنشود، بل وحتى لو لم تسفر المفاوضات على إبرام هذا العقد ، فإنه عند وجود هذه الاتفاقات المختلفة، ينقلب التفاوض من عمل مادي إلى تصرف قانوني ملزم، وتنقلب المسؤولية بشأنه من تقصيرية إلى عقدية، بحيث أنه إذا أخل أحد المتفاوضين بالتزاماته الناشئة عن هذه الاتفاقات المختلفة فإنه يكون مسؤولا مسؤولية عقدية[2].

ومن أهم صور الخطأ العقدي في مرحلة المفاوضات العقدية، رفض الدخول وبدء التفاوض المتفق عليه في عقد أو اتفاق التفاوض، وقطع التفاوض دون سبب مشروع أو بسوء نية، والإخلال بالالتزامات المتفرعة عنه التي ذكرناها سابقا، والقاعدة أنه عدم تنفيذ أي التزام ورد في الاتفاقات المبدئية السابقة على إبرام العقد النهائي فإنه يرتب مسؤولية عقدية مستقلة عن المسؤولية التقصيرية.

وعلى أية حال فإنه إذا قامت مسؤولية المتفاوض العقدية بالتزامه بالتفاوض فإن القاضي لا يستطيع أن يجبره على التفاوض، كما أنه لا يستطيع من باب أولى أن يجبره على التعاقد، وليس أمام القاضي في هذه الحالة إلا الحكم بالتعويض للطرف المضرور من جراء عدم الوفاء بالالتزام[3].

1- د/ بلحاج العربي، مشكلات المرحلة السابقة على التعاقد، المرجع السابق، ص 171 وما بعدها.

2- د/ حسام الدين كمال الأهواني ، مصادر الالتزام، المرجع السابق ، ص 93.

3- هذا ما قالت به المادة 176 من ق. م. ج .

المسؤولية التقصيرية الإلكترونية: فيما يخص المسؤولية في مرحلة التفاوض الإلكتروني، فإن الأمر لا يختلف عنها في التفاوض التقليدي، بالالتزام بكل ما من شأنه إعاقة المفاوضات أو فشلها بسوء نية، أي الالتزام بالتفاوض بحسن نية وبكل الالتزامات الأخرى المتفرعة عنه والتي سبق لنا ذكرها، وهذا ما استقر عليه الفقه والقضاء الفرنسيين ، فإذا انطوى سلوك التفاوض على مخالفة هذه المبادئ فإنه يكون مخطئا وتثور مسؤوليته المدنية في حال انحراف المفاوض الإلكتروني عن السلوك المألوف.

وبهذا الخصوص يرى جانب كبير من الفقه أن تقوم مسؤولية المتعاقد المهني المحترف التقصيرية عند إخلاله بالالتزام قبل التعاقدي بالإعلام، أي عند عدم توفير المعلومات الصحيحة والضرورية للمتعاقد الآخر، أو المستهلك الإلكتروني وهو الطرف الضعيف في هذه العلاقة المتعلقة بالسلعة أو الخدمة محل التفاوض عبر الإنترنت، أو أنه قدم معلومات غير صحيحة أو ناقصة أو غامضة، أو استعمال التدليس لتضليل المستهلك لدفعه إلى التعاقد في نهاية التفاوض، فهي مسؤولية تقصيرية تقوم على الخطأ أثناء التفاوض على العقود الإلكترونية التي تبرم عن بعد[1].

والخطأ المتمثل في إغراء الإعلانات الإلكترونية المضللة، والمساس بحق الخصوصية والبيانات الشخصية التي يجب أن تكون في مأمن عن كل اختراق أو سرقة، والتي لا يجوز التعامل فيها إلا بإذن صاحبها. ولكون الدعاية الإلكترونية تتعلق بإعلانات تفاعلية وذكية، ملؤها المصائد والإغراءات لاقتناص المستهلكين، ودفعهم للتعاقد السريع، وذلك لأن شبكة الإنترنت هي بمثابة سوق مفتوح بالصوت والصورة للتعاقد السريع وخاصة البيع والشراء الفوريين، فإن قوانين التجارة الإلكترونية تنص على أن الإعلانات التجارية، هي من الوثائق المكملة لشروط العقد الإلكتروني[2].

الفرع الثاني: شروط المسؤولية في المرحلة السابقة على التعاقد

ذكرنا فيما سبق إلى أنه لا وجود للمسؤولية عن قطع التفاوض على العقد إلا بوجود الخطأ، وأن يترتب عن ذلك ضررا للطرف الآخر، سواء كان ضررا معنويا أو ماديا من خلال الإخلال بمختلف الالتزامات أثناء التفاوض على العقد. مهما كانت المسؤولية فإنها لا تتحقق إلا إذا اكتملت عناصرها الأساسية من خطأ وضرر وعلاقة سببية بينهما، وفي هذه المسؤولية يكفي أن يقترن العدول أو يلحق به خطأ، أو تقصير أو تعسف أو تشهير، أو ضياع حق مالي أو معنوي في أفكار السرية التي تم إفشاؤها أو استغلالها بدون إدانة أو الإخلال بمبدأ الثقة التعاقدية، أو الإساءة إلى السمعة لأحد الأطراف خلال عملية

1- د/ عبد الفتاح حجازي، التجارة الإلكترونية د. ن. ع مصر، ص 225 وما بعدها.

2- د/ عبد الفتاح حجازي ، نفس المرجع، ص 226.

التفاوض على العقد ، ومن ناحية أخرى فإن عقد أو اتفاق التفاوض أيا كانت صورته، ومتى وجد صحيحا يرتب على عاتق طرفيه التزامات تبادلية، في مقدمتها الالتزام الأول وهو الالتزام ببدء التفاوض في المكان والميعاد المحدد في اتفاق التفاوض وبحسن نية ومن خلال ذلك إذا أخل أحد الأطراف بهذا الالتزام وبالالتزامات المنبثقة عنه أو قطع المفاوضات بدون سبب جدي أو مشروع، فإنه يكون عندئذ مسؤولا مسؤولية عقدية لإخلاله باتفاق التفاوض والتزاماته[1].

1- الخطأ: يشترط في الخطأ في مرحلة المفاوضات العقدية أن يكون واضحا، كقطع أو العدول عن التفاوض بدون سبب جدي ومشروع بعدما وصلت المفاوضات في سبيل إبرام العقد المنشود إلى مرحلة متقدمة من المباحثات، أو بشكل يكون مخالفا لمبدأ حسن النية في التعامل والتعاقد وقبلها التفاوض.

ويعد الإخلال بالتزام بالإعلام بالامتناع عن تقديم معلومات أو بيانات غير كافية أو غامضة أو خطأ، متبوعا هذا الالتزام بالنصيحة والمشورة والتحذير لتنوير الطرف الآخر، وتنوير وتبصير إرادته، سواء كان الأمر بالتزام اتفاقي أو قانوني أو حتى مهني، وهذا في مختلف عقود الأعمال وطنية كانت أو دولية، وهذا في عقود الصناعة والتشييد...الخ، وهذا تنويرا لإرادة هذا الطرف الضعيف، حتى يستطيع هذا الأخير أن يتخذ قراراه بإبرام العقد النهائي بإرادة واعية مستنيرة عن قناعة تامة بكل شروط وبنود العقد المنشود[2].

وفي نفس الاتجاه فإن الالتزام بالمصارحة والتبصير، يفرض على المتفاوض عدم الإخفاء، وكذا عدم السكوت العمدي عن كل حادثة مؤثرة في بناء العقد المنشود خلال عملية التفاوض عليه، والتي تلعب دورا هاما في قبول الطرف الآخر لإقباله على إبرام العقد، فخلاف ذلك يعد تدليسا، دون التفرقة بين معاملة وأخرى[3].

ومن جهة أخرى اتجه القضاء الفرنسي إلى إقرار ضمانات التفاوض والتي على رأسها مبدأ حسن النية والثقة والأمانة والجدية والتعاون، وحرية قطع التفاوض دون أي خطأ أو تعسف، وحرية إبرام العقد النهائي، وإضفاء قيمة قانونية تعاقدية على الوثائق والمستندات والمحررات، والاتفاقات المتنوعة التي تبرم خلال مرحلة التفاوض على العقد، والتي تلقي على أحد أطراف التفاوض أو كلاهما التزامات محددة قبل

1- د/ عبد الكريم عبد اللاه، التفاوض على العقد، المرجع السابق، ص 593 وما بعدها,

2- د/ محمد أبو زيد، المفاوضات في الإطار التعاقدي، المرجع السابق، ص 98.

3- وفق ما نصت عليه المادة 86 من ق. م. ج.

التوصل في النهاية إلى إبرام العقد المنشود، بحيث يترتب على الإخلال بأي اتفاق مؤقت أو مرحلي أو مبدئي مسؤولية المتفاوض التعاقدية في مواجهة الطرف الآخر[1].

2- الضرر: قد يكون الضرر من العدول أو قطع التفاوض على العقد عاديا مثل النفقات التي تكبدها المضرور في سبيل التفاوض على العقد المنشود الذي انتهى بالفشل، والوقت الضائع في التفاوض والفرص الضائعة والتي فاتته بسبب ذلك، والمصاريف التي انفقت على الدراسات الفنية والتقنية ودراسات الخبرة، وتفويت إبرام عقود مماثلة مع أشخاص آخرين، وكذا ضياع حقوقه المالية والمعنوية عن معلوماته السرية التي تم إفشاؤها أو استغلالها بدون إذنه، إلى غير ذلك من أنواع الخسارة المالية[2].

كما يتمثل الضرر المعنوي أو الأدبي في كل ما يمس المتفاوض في كرامته أو اعتباره أو سمعته، كأن يؤدي فشل التفاوض إلى الإساءة إلى السمعة التجارية للطرف المضرور والنيل من مصداقيته، وإثارة الشكوك حول قدراته المهنية من جراء إفشاء أسراره التجارية والعلمية والفنية أثناء المفاوضات أو بمناسبتها. وعلى كل حال فإنه لا يجوز المطالبة سوى بالضرر المباشر الناشئ عن قطع المفاوضات بشكل تعسفي، ومع ذلك يمكن طلب التعويض عن الضرر الناتج عن تفويت فرصة إبرام العقد المنشود، شريطة أن تكون الفرصة حقيقية وجادة، استنادا إلى أسباب معقولة[3].

والجدير بالذكر، أن المحكمة العليا في قرار حديث الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية أقرت التعويض عن تفويت فرصة الزواج للمطلقة قبل الدخول بعد مضي زمن طويل على إبرام العقد، بالتخلي نهائيا عن مشروع الزواج، وتفويت فرصة الزواج عليها[4].

وقد استقر القضاء في الجزائر ومصر وفرنسا على أنه وطبقا لقواعد المسؤولية المدنية لا يشتمل التعويض إلا الضرر الذي تتوافر فيه الشروط القانونية، بأن يكون الضرر محققا ومباشرا ومؤكدا، أما الأضرار الاحتمالية أو غير المباشرة أو غير المتوقعة فقد لا يشملها التعويض في مرحلة التفاوض، لانتفاء علاقة السببية، كما أن تقدير قيمة الضرر تخضع للسلطة التقديرية لقضاة الموضوع، التي خولها لهم القانون[5].

1- د/ محمد أبو زيد، المفاوضات في الإطار التعاقدي ، المرجع السابق ، ص 99.

2- بلحاج العربي، مشكلات المرحلة السابقة على التعاقد ، المرجع السابق، ص193.

3- بلحاج العربي ، مشكلات المرحلة السابقة على التعاقد، نفس المرجع ، ص 194 وما قبلها.

4- قرار صادر عن المحكمة العليا مؤرخ في 2006/11/15، ملف رقم 372290 صادر عن غرفة الأحوال الشخصية، مجلة المحكمة العليا 2007، العدد 01، ص 487.

5- بلحاج العربي ، مشكلات المرحلة السابقة على التعاقد ، المرجع السابق ، ص 195 وما بعدها.

وبالتالي فإنه إذا لم يترتب عن قطع التفاوض أي ضرر للطرف الآخر، فلا مسؤولية في مرحلة التفاوض، حتى ولو تم قطع المفاوضات بسوء نية، ولذلك لا تقوم المسؤولية خلال مرحلة التفاوض، إذا ما انقطعت وانتهت المفاوضات لأسباب موضوعية خالصة من الطرف المنسحب على أسعار غير مناسبة ولا تساير مقتضيات السوق، أو امتياز تجاري غير عادل ومجحف، أو شروط غير مناسبة، أي لأسباب جادة وحقيقة[1].

إن التعويض في المسؤولية التقصيرية يشمل كل ضر>>>>>>>ر مباشر متوقعا كان أو غير متوقع، وأن الضرر بدوره يقوم على عنصرين هما الخسارة التي لحقت بالمضرور، والكسب الذي فاته بما في ذلك فرصة إبرام العقد المنشود، إذا تحققت له أسبابه المعقولة والمقبولة، وأنه ليس مجرد احتمال وارد فقط، أو مجال أمنية مفترضة بعيدة التحقيق[2].

وبخصوص الضرر فإن القانون المدني الجزائري نص بشكل صريح على أنه يشمل التعويض عن الضرر المعنوي كل مساس بالحرية أو الشرف أو السمعة[3].

هذا ويستوجب على قضاة الموضوع التأكد من وجود الخطأ في مرحلة التفاوض على العقد أي التأكد من وجود الدليل، مع وجوب مراعاة حرية التعاقد، وعدم جواز التوسع في عقد المسؤولية المدنية أثناء مرحلة المفاوضات على العقد[4]، وعلى كل فإن التعويض الذي يحكم به ليس تعويضا كاملا، إذ أنه لا يشتمل التعويض عن عدم إبرام العقد، ولا التعويض عن المزايا التي كانت ستترتب على إبرام العقد المنشود، باعتبارها من قبيل الضرر غير المباشر، وهو ما أكدته صراحة محكمة استئناف– رن – في أحد قراراتها المعروفة حيث بسبب عدم إبرام العقد على الطرف الآخر، لأن العمل بغير ذلك يؤدي بطريق غير مباشر إلى ترتيب آثار للعقد بالرغم من عدم انعقاده[5].

3 – علاقة السببية: إذا لا بد من تحقق العلاقة السببية بين الخطأ في مرحلة التفاوض، والضرر الحاصل من فعل المفاوض نفسه، ففي هذه الحالة إما أن تنتفي المسؤولية كليا عن العادل، أو توزع المسؤولية قبل التعاقدية بين طرفي الخصومة، ولهذا يشترط القضاء أن يكون الضرر الحاصل والذي يدعيه المدعي على

---

1 – د/ أمين دواس ، المسؤولية عن قطع مفاوضات العقد دون سبب جدي، مقال بمجلة جامعة الشارقة للعلوم الشرعية والقانونية، المجدل 05، العدد 01، فبراير 2008، ص 188.

2– حسب نص المادة 182 من ق. م. ج .

3– هذا ما نصت عليه المادة 182 مكرر من ق. م. ج .

4– د/ محمود زكي، مشكلات المسؤولية المدنية، المرجع السابق ، ص 192 وما بعدها.

5– استئناف – رن– 1928/07/08، RDT. CIV ، 1938، ص 112.

صلة مباشرة بالخطأ الذي ارتكبه المتفاوض المنسحب أو العادل مثلا من جراء قطع المفاوضات أو الإخلال بأي التزام تفاوضي، وعلى كل حال فإن هذه الأمور هي من الصعوبة بمكان، فقد يحصل أن تلحق بأحد الأطراف أضرارا أثناء سريان عملية التفاوض على العقد، نجد مصدرها ليس من أحد الأطراف، وإنما في حوادث خارجية أخرى لا يد للطرف الآخر فيها، بل إنها وقعت وحدثت خلافا لإرادته[1].

وفيما يخص هذه الأمور، فإن بعض الأطراف قد تتخذ من عملية التفاوض وسيلة للاطلاع على أسرار الطرف الآخر، المتفاوض أو لإبعاد شريكه عن التفاوض مع الآخرين أو لتعطيل الطرف المقابل أو تأخيره لإبرام العقد النهائي، أو يظلل أحدهما الآخر ببيانات مغلوطة غير صحيحة، لولاها لما قطع مفاوضات العقد، أو أنه ساهم بتصريحات مضرة أو مقترحات غير جادة في حصول الضرر الذي يشتكي منه المتفاوض ، ومن الضروري أنه على المدعي بالتعويض إقامة الدليل على قيام رابطة السببية بين الخطأ والضرر، وعلى محكمة الموضوع أن تبين في حكمها توافر هذه الرابطة إذا كان في حكمها قصور يستوجب النقض، فإنه إذا كانت الوقائع تدخل تحت السلطة التقديرية لقضاة الموضوع، فإن استخلاص توافر علاقة سببية أو عدم توافرها من مسائل القانون التي تخضع لرقابة المحكمة العليا[2].

إذا إنه من اللازم توافر عناصر دعوى التعويض من خطأ وضرر وعلاقة سببية مباشرة، وهذا العنصر الأخير يعتبر متوافرا إذا ثبت أن الضرر الحاصل يعد نتيجة ارتباط الفعل بالسبب[3].

وبما أن الخطأ التعاقدي هو عمل مادي فهو من الوقائع التي يقضي فيها قضاة الموضوع دون رقابة، أما ارتباط الخطأ قبل التعاقدي بالضرر المسبب والمعلول بعلة، أي بمعنى وصف الفعل أو العمل بأنه خطأ أو غير خطأ، أي عملية تكييف الوقائع، فهما كلاهما من المسائل القانونية التي تخضع لرقابة المحكمة العليا[4].

الفرع الثالث: موقف القانون المدني الجزائري من قطع التفاوض

لقد نص المشرع الجزائري في القانون المدني الجزائري على تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبحسن نية، لذا فإن هذا المبدأ يتسع قانونا ليشمل مرحلة التفاوض على العقد[5].

1- د/ بلحاج العربي، مشكلات المرحلة التعاقدية السابقة على التعاقد، المرجع السابق، ص 216 وما بعدها.

2- حكم صادر عن المحكمة العليا كذلك بتاريخ 2002/02/26، ملف رقم 257704 م ق 2003، العدد 01، ص 189.

3- د/ بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص 212 وما بعدها.

4- د/ بلحاج العربي، مشكلات المرحلة السابقة على التعاقد، المرجع السابق، ص 199 وما قبلها.

5- وهو المبدأ الذي تأخذ به كل القوانين العربية.

ومن جانب آخر فإن المسؤولية عن الفعل الضار يتسع كذلك ليشمل المرحلة السابقة على التعاقد، بما فيها مرحلة التفاوض على العقد، بكل أنواع الأخطاء المعروفة خلالها، أو حتى العقود التمهيدية السابقة على التعاقد[1]، كما أن القانون المدني الجزائري نص على إمكانية تدخل القاضي بهدف تكميل العقد أو تفسيره، كما سلف ذكر ذلك، لجلاء غموض النية المشتركة للأطراف.

كما أن القانون المدني الجزائر ينص على أنه يعاد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد في حالتي بطلان العقد أو إبطاله، فإن كان هذا مستحيلا جاز الحكم بتعويض عادل، غير أنه لا يلزم ناقص الأهلية، إذ بطل العقد لنقص أهليته، أن يرد ما عاد عليه من منفعة بسبب تنفيذ العقد، كما أنه يحرم من الاسترداد في حالة بطلان العقد من تسبب في عدم مشروعيته أو كان عالما به[2].

وقد نص في أحد مواده والتي تقضي بأنه إذا حكم للمشتري بإبطال البيع، وكان يجهل أن المبيع غير مملوك للبائع، فله أن يطالب بالتعويض ولو كان البائع حسن النية[3].

وعلى أية حال فكما أن مبدأ حسن النية يجب مراعاته خلال مرحلة تنفيذ العقد، فكذلك يجب على الأطراف احترامه أثناء فترة التفاوض على العقد، ومن خلال ذلك يستحسن إعادة صياغة المادة 107 الفقرة الأولى من ق. م. ج لتشمل المرحلة السابقة على إبرام العقد المنشود. وبما أنه لم يترتب عن الإخلال بالتزامات التفاوض أي ضرر للطرف الآخر، فلا مسؤولية قانونا، كما أن وجود الخطأ ضروري، وخاصة عند قطع المفاوضات بسوء نية، وبالعكس يلتزم الطرف المخل بمفاوضات العقد، بتعويض الطرف الآخر عن الضرر الذي يصيبه من جراء ذلك.

والجدير بالذكر والملاحظة فإننا نقترح وجوب متابعة التعديلات التي طرأت على التشريعات الجزائرية، ومنها القانون المدني وقانون الاستثمار، أن يولي مرحلة التفاوض على العقد الأهمية اللازمة من كل جوانبها، وهذا إذا ما أراد مجاراة القوانين المعاصرة والتطور الحاصل في العقود الدولية وعقود التجارة الإلكترونية وخاصة المرحلة السابقة على التعاقد. بإقرار الضمانات المتعددة خلال هذه المرحلة، إلى جانب حماية الطرف الضعيف خلالها، والتي تعتبر مرحلة حساسة جدا في بناء العقد وتكوينه.

1- كالوعد بالتعاقد المادة 71 و72 مكرر ق. م .ج، والتعاقد بالعربون المادة 72 مكرر، ق. م. ج.

2- هذا ما نصت عليه المادة 105 والفقرة 02 والفقرة 03 من ق. م. ج .

3- هذا ما نصت عليه المادة 399 ق. م. ج .

إلى جانب الأخذ بمبدأ حسن النية في مرحلة التفاوض بمفهوم ضمني كما هو الشأن في القانون المدني الفرنسي أو المصري، أو الأردني والسوري والتونسي والمغربي...الخ[1]. كما أصبحت قواعد قانونية لا تساير المتغيرات الجديدة والمعاصرة في ميادين عقود الأعمال الوطنية والدولية التقليدية منها والإلكترونية.

قيام المسؤولية العقدية والتقصيرية في نفس الوقت: حيث أن العدول عن التفاوض على العقد أو قطعه، يؤدي إلى قيام المسؤولية التقصيرية كما عرفنا، والمسؤولية العقدية جراء الإخلال بالالتزامات الناشئة عن الاتفاقات والعقود المبرمة خلالها في نفس الوقت فهل يجوز للمضرور أن يختار المسؤولية من تكون أكثر اتفاقا مع مصلحته ؟

وفي هذا الشأن ذهب بعض الشراح إلى أنه متى توافرت شروط الدعويين كان للدائن أي المضرور أن يرفع الدعوى التي يختارها، في حين أغلب الفقه الجزائري ذهب إلى عدم جواز الخيرة بين المسؤوليتين، استنادا إلى استقلال كل من المسؤوليتين بنظام قانوني خاص، مما يؤدي إلى استبعاد إحداهما من نطاق الأخرى[2].

إذ لا يجوز الجمع بين المسؤوليتين إذا الفعل الواحد يترتب عليه في الوقت ذاته كل من المسؤوليتين فإن المضرور لا يستطيع إلا رفع إحدى الدعويين، حيث استقر اجتهاد المحكمة العليا على أنه من غير المقبول أن يحصل المضرور على تعويضين عن ضرر واحد، وأن المسؤولية الناتجة عن الإخلال بالالتزام العقدي تحكمها المسؤولية العقدية أساسا، لأن علاقة الدائن بالمدين تحكمها ومرجعها العقد المبرم بينهما.

ومهما كانت المسؤولية فإنه لا يجوز المطالبة سوى بالضرر المباشر، الذي يعد نتيجة طبيعية لعدم تنفيذ الالتزام بالتفاوض بحسن نية، وفي حالة المسؤولية العقدية فإنه يتم التعويض عن الضرر المباشر المتوقع الذي لحق بالمدعى فعلا[3]. أما الضرر غير المتوقع فلا يجوز المطالبة به إلا في حالة الغش أو الخطأ الجسيم، وفي حالة المسؤولية التقصيرية عن الفعل الضار، فيتم المطالبة عن الضرر المتوقع والغير متوقع في أن وحد[4].

1- هذا ما نصت عليه المواد: المادة 1134 ق. م. ف، والمادة 148 ق. م. م، والمادة 243 ق. م .ت، والمادة 202 ق. م .أ، والمادة 149 ق. م. س، والمادة 231 ق. م. مغ.

2- د/ علي علي سليمان، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص 130 وما بعدها.

3- هذا ما نصت عليه المواد 13 والمواد 181 و182 من ق. م. ج.

4- د/ بلحاج العربي، مشكلات المرحلة السابقة على التعاقد، المرجع السابق، ص 189 وما قبلها.

المطلب الثالث: القانون الواجب التطبيق على المسؤولية في مرحلة التفاوض على العقد

إذا كان النزاع ذا طابع دولي، تبقى مشكلة تحديد القانون الواجب التطبيق على المسؤولية خلال مرحلة التفاوض على العقد، وذلك بأن يكون أحد أطراف المفاوضات شخصا أجنبيا، أو أن يكون التفاوض قد جرى في بلد أجنبي، ويحدث ذلك عند ما يكون العقد دولي، ويقصد بهذا الأخير ذلك العقد الذي يشمل على عنصر أجنبي.

ويكمن السبب الحقيقي لهذه المعضلة هو الاختلاف الكبير في الحلول المتبعة في القانون المقارن بشأن المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض، لاسيما عندما لا يوجد اتفاق صريح على التفاوض بين الطرفين، فقد رأينا أن القانون المدني الفرنسي والقانون المدني المصري يرى أن المسؤولية في هذه المرحلة مسؤولية تقصيرية، غير أن القانون الألماني والسويسري يعتبرانها شبه عقدية، بحيث تطبق عليها قواعد المسؤولية العقدية، أما القانون الأنجلو أمريكي فإنه يتردد كثيرا في الاعتراف باتفاق التفاوض، بل إن المحاكم هناك نادرا ما تقضي بالمسؤولية التقصيرية عن قطع المفاوضات.

وبجانب هذا التباين في الطبيعة القانونية للمسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض، فإنه على القاضي عندما يتولى الفصل في نزاع له طابع دولي بشأن المسؤولية، عليه أن يحدد القانون الواجب التطبيق على هذا النزاع، حتى يمكنه معرفة القواعد القانونية الموضوعية التي تحكم المسؤولية محل النزاع، وما إن كانت هذه القواعد خاصة بالمسؤولية العقدية أم قواعد المسؤولية التقصيرية[1].

وفي واقع الأمر أن هذه المعضلة لم تلقى اهتماما كبيرا من الفقه، فنادرا ما يتناولها بالشرح، اكتفاء منه بتطبيق القواعد العامة لتنازع القوانين[2]، وسنحاول من جهتنا دراسة هذا الموضوع من خلال ثلاث فروع أساسية، فقمنا بعنونة الفرع الأول بالقانون الواجب التطبيق على المسؤولية في التفاوض على العقد في القانون الدولي، أما الفرع الثاني فتحت عنوان تحديد نوع المسؤولية لتحديد القانون الواجب التطبيق، أما الفرع الثالث فبعنوان القانون الواجب التطبيق على عقد التفاوض.

الفرع الأول: القانون الواجب التطبيق على المسؤولية في التفاوض على العقد في القانون الدولي

إذا عرض على القاضي نزاعا بشأن المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض، وكان هذا النزاع ذا طابع دولي، فإنه يجب عليه في بادئ الأمر إيجاد والبحث عن القاعدة التي يندرج تحتها النزاع، والتي يتم

1- د/ عبد الكريم عبد اللاه ، المتفاوض على العقد، المرجع السابق ، ص 662 وما بعدها.

2- د/ أمية حسن علوان ، ملاحظات حول القانون الواجب التطبيق على المسؤولية قبل التعاقدية عن قطع المفاوضات في العقود الدولية ، مقال سابق ، ص 663.

عن طريقها تحديد القانون الواجب التطبيق عليه ، ومن خلال التكييف الذي يحدده القاضي للعلاقة المتنازع عليها، يتوقف تحديد قاعدة الإسناد المختصة، وهذا طبقا لقانون القاضي وذلك برد النزاع إلى طائفة قانونية معينة يخصها القانون بقاعدة إسناد محددة، وهنا نقصد القاضي الجزائري، وبالتالي يكون ذلك طبقا للقانون الجزائري، حيث ينص القانون المدني الجزائري على أنه يكون القانون الجزائري هو المرجع في تكييف العلاقات المطلوب تحديد نوعها عند تنازع القوانين الواجب تطبيقها[1].

وقبل ذلك فإنه من الضروري التحري ما إذا كان التفاوض محل النزاع دار في إطار تعاقدي أم لا، أي على القاضي أن يتثبت من وجود أو عدم وجود اتفاق أو عقد على التفاوض وذلك حتى يتمكن من تكييف العلاقة القائمة بين المتنازعين، ووصفها بعلاقة تعاقدية أو غير تعاقدية، وهذا لما كانت كافة النظم القانونية المعاصرة تفرق بين العقد والفعل الضار، وتجعل المسؤولية العقدية جزاء الإخلال بالعقد، والمسؤولية التقصيرية جزاء الفعل الضار. فإذا قام الدليل على وجود اتفاق تفاوض بين الطرفين كانت مهمة القاضي سهلة للغاية إذ أنه يعتبر العلاقة بين الطرفين في هذه الحالة علاقة تعاقدية، فهنا يستند القاضي إلى قاعدة الإسناد التي تنص على أنه: « يسري على الالتزامات التعاقدية، القانون المختار من المتعاقدين إذا كانت له صلة حقيقية بالمتعاقدين أو بالعقد، وفي حالة عدم إمكان ذلك يطبق قانون الموطن المشترك أو الجنسية المشتركة، وفي حالة عدم إمكان ذلك يطبق قانون محل إبرام العقد، غير أنه يسري على العقود المتعلقة بالعقار قانون موقعه »[2].

إذا في النزاع ذو الطابع الدولي الناشئ عن الإخلال بعقد أو اتفاق التفاوض تخضع كقاعدة عامة لما يعرف بقانون إرادة المتعاقدين، أو قانون العقد، أي بإمكان أطراف التفاوض وبشكل صريح في اتفاق التفاوض تحديد القانون الذي يحكم العلاقة بينهما أثناء التفاوض أو بعد فشلها، عندئذ يصبح هذا القانون هو الواجب التطبيق على النزاع فيتقيد به القاضي، شريطة ألا تكون أحكام هذا القانون مخالفة للنظام العام والآداب في الجزائر، أو يثبت له الاختصاص دون الغش نحو القانون[3].

والقانون الجزائري يسمح للقاضي أن يستخلص القانون الواجب التطبيق على النزاع في حالة عدم تحديد القانون الواجب التطبيق من الطرفين، من خلال وثائق التفاوض ومستنداتها، أي من خلال الظروف المتصلة باتفاق التفاوض الضمني، فيمكن لإرادة الطرفين الضمنية من تحديد القانون الواجب التطبيق مثلا

1- هذا ما نصت عليه المادة 09 من ق. م. ج .

2- هذا نص المادة 18 من ق. م. ج .

3- هذا ما نصت عليه المادة 24 من ق. م ج .

من خلال استعمال الطرفين لمصطلحات قانونية معروفة في قانون معين، أو انتماء الطرفين لجنسية دولة معينة، أو كتابة وثائق التفاوض بلغة معينة[1].

فإذا تخلفت الإرادة الصريحة أو حتى الضمنية فإن المشرع الجزائري أتى بضابطا إسناد يؤخذ بهما على التوالي، الأول هو الموطن المشترك للمتفاوضين إن اتحدا موطنا، فإن تخلف هذا الضابط يعيد الأخذ بضابط محل إبرام اتفاق أو عقد التفاوض، بحيث يخضع الأخير لقانون الدولة التي تم فيها إبرامه[2].

إذا مهمة القاضي تكون عسيرة في تحديد القانون الواجب التطبيق، إذا لم يوجد اتفاق أو عقد بالتفاوض وللتوصل إلى القانون الواجب التطبيق، في هذه الحالة ينبغي على القاضي أن يقوم أولا بتطبيق العلاقة بين الطرفين، كما نص على ذلك المشرع الجزائري في القانون المدني[3]، وهنا يعتبر التفاوض مجرد عمل مادي غير ملزم، ولا يترتب على العدول عنه أية مسؤولية على من عدل، إلا إذا اقترن مع العدول خطأ تتحقق معه المسؤولية التقصيرية، وهنا يطبق القاضي قاعدة الإسناد الخاصة بالالتزامات غير التعاقدية، وهذا بينه المشرع في القانون المدني بقوله : « يسري على الالتزامات غير التعاقدية، قانون البلد الذي وقع فيه الفعل المنشئ للالتزام، غير أنه فيما يتعلق بالالتزامات الناشئة عن الفعل الضار لا تسري أحكام الفقرة السابقة على الوقائع التي تحدث في الخارج، وتكون مشروعة في الجزائر، وإن كانت تعد غير مشروعة في البلد الذي وقعت فيه »[4].

ويستفاد من هذه المادة السالفة المادة 20 ق. م. ج أن القانون الواجب التطبيق على النزاع ذي الطابع الدولي المتعلق بمفاوضات عقدية غير مصحوبة باتفاق أو عقد تفاوض هو قانون البلد الذي وقع فيه الفعل الضار، أثناء التفاوض أو عند العدول عنه.

غير أنه فيما يتعلق بالالتزامات الناشئة عن الفعل، لا تسري أحكام الفقرة السابقة على الوقائع التي تحدث في الخارج وتكون مشروعة في الجزائر، وإن كانت تعد غير مشروعة في البلد الذي وقعت فيه[5].

كما تجدر الإشارة في الأخير أن التصرفات القانونية وخاصة في جانبها الشكلي تخضع لقانون المكان الذي تمت فيه.

1- د/بلحاج العربي، مشكلات المرحلة السابقة على التعاقد، المرجع السابق، ص 193.

2- طالع في هذا الخصوص المواد 18 وما بعدها من ق. م. ج .

3- هذا ما نصت عليه المادة 09 من ق. م. ج .

4- هذا ما نصت عليه المادة 20 من ق. م . ج .

5- هذا ما نصت عليه الفقرة الثالثة من نص المادة 20 ق. م .ج .

ما نلاحظه وما نستخلصه من كل ما سبق، فيما يخص المفاوضات الغير المصحوبة باتفاق تفاوض صريح وبالتالي جعل المسؤولية بشأنها عقدية، وتلك المفاوضات الغير مصحوبة باتفاق من هذا النوع، واعتبار المسؤولية الناشئة عنها تقصيرية وهي التفرقة التي يأخذ بها الفقه والقضاء المعاصرين، من شأنها أن تخلق صعوبات ومشكلات عديدة في الجانب العملي، وحتى فيما يتعلق بالقانون الواجب التطبيق على المنازعات ذات الطابع الدولي، وهذا ما يؤكد وبالضرورة توحيد الطبيعة القانونية للتفاوض وهذا الرأي الذي ينادي به كثير من الفقهاء، وننحن ننادي ونطالب به، حتى تتوحد الحلول القانونية بشأنه، ويتحقق الإزدهار، واستقرار المعاملات بين المجتمعات[1].

الفرع الثاني: تحديد نوع المسؤولية لتحديد القانون الواجب التطبيق

الثابت في مفاوضات العقود الدولية للأعمال أنها تستغرق وقتا كبيرا، وهذا الوقت تقابله نفقات باهظة تصرف وتنقلات وإقامة فريق التفاوض، والإعداد والتجهيزات اللازمة في مكان المفاوضات، أضف إلى ذلك الفرص التي يمكن أن يفقدها أحد طرفي التفاوض في الدخول في صفقة أو أكثر قد يتأثر بها مشروعه العملي أو التجاري.

والحال كذلك فإن قطع المفاوضات الحرة، التي تتم خارج أي التزام عقدي والاكتفاء بقواعد المسؤولية التقصيرية، وهي مسؤولية قد يفشل المتضرر في إثباتها وتوفر عناصرها من خطأ وضرر وعلاقة سببية، ولا تقدم ضمانة كافية وحماية فعالة لعملية التفاوض كي تؤدي العقود الدولية دورها، ومن هنا بدأ التفكير في ارتباط طرفي التفاوض بعقد أو اتفاق يحدد التزامات كل طرف في شأن عملية التفاوض، وحكم قطع المفاوضات، وهو ما يسمى بعقد التفاوض[2].

إذا كانت القوانين المعاصرة الوضعية قد نظمت غالبية العقود المتداولة، فإنها تجاهلت عقد المفاوضة، ليس بقصد منها طبعا، وإنما لكون ظروف المجتمع الاقتصادية وغيرها لم تكن قد كشفت بعد عن أهمية عقد التفاوض، وذلك لبساطة الحياة، حيث تنعقد فيها العقود بإيجاب وقبول فوريان، دون فاصل للطرفين للتفاوض حول العقد.

ومن هنا يمكن القول أن عقد المفاوضة من العقود الحديثة الغير المسماة، وغير منظمة قانونا، وقد سبق لنا تعريفه وتحديد معالمه ولكن نذكره في هذا الصدد حتى يقوم المشرع الجزائري بإعطاء هذا العقد الأهمية اللازمة.

1- هذا ما نصت عليه المادة 19 من ق. م . ج.

2- د/ عبد الكريم عبد اللاه، التفاوض على العقد، المرجع السابق، ص 96 وما قبلها.

الفرع الثالث: القانون الواجب التطبيق على عقد التفاوض

لقد أسلفنا القول أن عقد التفاوض هو عقد حقيقي وهو من خصائصه، يتم بتصرف إرادي كامل الأركان ولما كان الأمر يتعلق بأنه يتصل بأكثر من نظام قانوني، فإنه يثير تنازعا بين القوانين.

وتنازع القوانين في عقد المفاوضة يفضي في الجزائر وفي سائر الدول، وفقا للقاعدة الأصولية التي تقضي بخضوع العقد الدولي للقانون الذي يختاره الأطراف صراحة أو ضمنا، أي اختصاص قانون الإرادة، حيث ينص على أنه يسري على الالتزامات التعاقدية للقانون المختار من المتعاقدين إذا كانت له صلة حقيقية بالمتعاقدين أو بالعقد، وفي حالة عدم إمكان ذلك يطبق قانون الموطن المشترك أو الجنسية المشتركة، وفي حالة عدم إمكان ذلك يطبق قانون محل إبرام العقد، غير أنه يسري على العقود المتعلقة بالعقار قانون موقعه[1].

وإعمالا لذلك أي هذا النص ، يخضع عقد التفاوض لقانون الدولة التي تم اختيار قانونها صراحة لحكم العقد، لذا يجب التأكيد على أهمية انتباه طرفي العقد إلى شرط القانون الواجب التطبيق، بحيث ينبغي النص عليه صراحة في صلب وثيقة العقد، أو يتفقان على ذلك في وثيقة مستقلة، أو حتى شفويا عند رفع النزاع إلى القضاء وهو اتفاق يمكن أن يتم حتى بعد انعقاد العقد، كما أنه يمكن تعديل الاتفاق وجعل الاختصاص لقانون آخر خلاف القانون الذي تم الاتفاق عليه أولا ، وهو أمر جائز في أغلب التشريعات. كما أنه يطبق القانون الجزائري إذا تعذر إثبات القانون الأجنبي الواجب تطبيقه، كما أنه لا يجوز تطبيق القانون الأجنبي بموجب النصوص السابقة إذا كان مخالفا للنظام العام والآداب في الجزائر، لو ثبت له الاختصاص بواسطة الغش نحو القانون، ويطبق القانون الجزائري محل القانون الأجنبي المخالف للنظام العام أو الآداب العامة[2].

كما أنه تطبق المبادئ العامة للقانون الدولي الخاص، فيما لم يرد بشأنه نص في المواد الخاصة بتنازع القوانين[3].

ويشدد الفقه على أهمية الاختيار الصريح لقانون عقد التفاوض تلافيا لمشكلات كثيرة. كما يمكن اختيار قانون الدولة التي اتجهت إليه الإرادة الضمنية لطرفي العقد وهي إرادة يستخلصها القاضي أو المحكم من الملابسات وظروف الحال، وقد يكون هو قانون الدولة التي تجري فيها المفاوضات، أو غيرها

1- أن تسري عليه المادة 18 من ق م. ج .

2- هذا ما نصت عليه المواد 23 و24 من ق. م. ج .

3- هذا نص المادة 23 مكرر 02 من ق. م .ج .

وقد يقال أنه عند غياب الاختيار الصريح يجب أن يخضع عقد التفاوض للقانون الذي كان سيخضع له العقد النهائي لو كان قد أبرم، وقد يدعم هذا القول، أن عقد التفاوض عقد تمهيدي أو تحضيري للعقد النهائي، وبالتالي يسري عليه قانون هذا العقد، عملا بقاعدة الفرع يتبع الأصل، وهذا رغم أن إبرام العقد النهائي المنشود أمر احتمالي وغير مؤكد وقوعه.

وعلى كل حال فإن القاضي أو المحكم سيلعب دورا كبيرا في تقدير ووزن الدلائل والظروف التي ترجح تطبيق قانون دولة على غيره ، وحبذ لو استعان القاضي أو المحكم بفكرة الأداء المميز، أو فكرة جعل الاختصاص لقانون الدولة التي يوجد معها أكثر الروابط وثوقا[1].

غير أنه لقانون دولة محل إبرام العقد، أو قانون الموطن المشترك لطرفين التفاوض ولا صعوبة إذا كان عقد التفاوض قد أبرم في دولة معينة، حيث يختص قانونها بحكمه، أما إن كان أطراف التفاوض قد تراضوا على التفاوض شفاهة، دون معرفة أين تم ذلك، فإنه يمكن أن يكون قانون مكان إجراء المفاوضات والتقاء طرفي التفاوض هو الواجب التطبيق باعتباره قانون محل الإبرام الحكمي لعقد التفاوض[2].

ومنه وعموما إذا أبرم عقد التفاوض صحيحا، ترتبت عليه وأنتج عدة التزامات أساسية على عاتق طرفيه، أحدهما أو كلاهما على حسب الأحوال، وكلها تتفرع عن التزام جوهري هو الالتزام بالتفاوض، ومن أهم الالتزامات التي يحكمها القانون الواجب التطبيق على عقد التفاوض كما سبق ذكر ذلك الالتزام ببدء التفاوض ثم الالتزام بالاستمرار في التفاوض، ثم الالتزام بمبدأ حسن النية في التفاوض وما يتفرع عنه من التزامات كثيرة وذات أهمية بالغة، كما سبق شرح ذلك[3].

1- د/ عبد الكريم عبد اللاه ، التفاوض على العقد ، المرجع السابق ، ص 102 وما قبلها.

2- د/ عبد الكريم عبد اللاه ، المرجع نفسه، ص 102 .

3- j. Schmidt . Op cit, p 555 et s.

الفصل الرابع

مبدأ إعادة التفاوض والتنفيذ

في المرحلة السابقة على التعاقد

الفصل الرابع

مبدأ إعادة التفاوض والتنفيذ في المرحلة السابقة على التعاقد

إن مبدأ إعادة التفاوض مبدأ هام في مجال الأعمال والتجارة وخاصة الدولية منها، وهذا حتى يبقى العقد قائما ويستمر تنفيذه في الميدان، بعدما يعاد التوازن إلى بنوده وشروطه، بعد إعادة التفاوض على الظروف المستجدة والتي جعلت العقد يختل توازنه.

وليس نادرا أن يقابل العقد الذي يمتد تنفيذه لفترات من الزمن، صعوبات تعترض تنفيذه على النحو المتفق عليه في بنود العقد، لذا وغالبا ما يحرص طرفا العلاقة على تضمين العقد بندا بمقتضاه يلتزم كل منهما بالتفاوض حول كيفية التغلب على هذه الصعوبات، وبمعنى آخر يتفق الطرفان في العقد القائم بينهما على التفاوض مرة أخرى في حالة حدوث ظروف معينة من شأنها أن تقف دون تنفيذ شروط العقد.

وتمتاز كثيرا من العقود بطول مدتها، وخاصة عقود التجارة الدولية، ونظرا لرغبة الأطراف في تحقيق قدرا كبيرا من الاستقرار في معاملاتهم كما هو معمول به في عقود الامتياز وعقود التوريد، وعموما إلى طبيعة العقد وضخامة الأعمال الواجب القيام بها، كما هو حاصل في عقود المنشآت الكبرى وعقود التشييد وعقود نقل التكنولوجيا، ولا شك في أن طول مدة تنفيذ هذه العقود قد يجعلها عرضة لبعض الصعوبات والمشاكل التي تؤثر في مقدرة الأطراف على تنفيذ التزاماتهم العقدية.

فإن كانت الظروف الدخيلة لها تأثيرها على العقود المحلية، فما بالك بالعقود الدولية التي تتجاوزها عوامل ومؤثرات كثيرة، وخاصة تقلبات وحركة الأسواق الدولية، والتي تشهد تقلبات مستمرة في الأسعار خاصة المواد الأولية أو المصنعة بسبب بعض الظروف والأحداث، لذلك يلجأ الأطراف وفي غياب الحلول في القواعد والنظم القانونية في التشريعات الوطنية، إلى حلول على أساس الحرية الواسعة التي يتمتع بها الأطراف في تنظيم عقودهم، من بينها هذا الشرط وهو شرط مراجعة العقد عن طريق إعادة التفاوض.

ونحن من خلال هذا الفصل وفي جانب آخر سندرس موضوع التنفيذ في مرحلة التفاوض والذي لا يقل أهمية عن الموضوع الأول، لأنه إذا كان التنفيذ هو الأصل في القانون المدني الجزائري، إذ يجب الأخذ به كلما أمكن ذلك، يقصد به إعادة الأطراف إلى ما كانوا عليه قبل حصول الفعل الضار المتمثل في الإخلال بالتزام التفاوض، والسؤال الذي يطرح نفسه هنا هل يجوز التنفيذ العيني في مرحلة المفاوضات ؟

وبالتالي هل يجوز إجبار المتفاوض على التنفيذ العيني بمواصلة المفاوضات وصولا إلى إبرام العقد النهائي المنشود بالقوة ؟ رغما عن إرادة أحد الأطراف هو ما يتعارض مع مبدأ الحرية التعاقدية، وكيف نتصور في هذه الحالة تصور استمرار المفاوضات العقدية بحسن نية وبالتعاون والجدية اللازمة.

وعلى هذا الأساس فإن الالتزام بالتفاوض لا يلزم الأطراف بإبرام العقد النهائي المنشود، وإنما يلزمهم فقط بالتفاوض حول العقد المنشود تمهيدا وتحضيرا لإبرامه في النهاية، مع مراعاة حسن النية في التفاوض على العقد.

وما يترتب إذا على قيام مسؤولية المتفاوض العقدية عن إخلاله باتفاق أو عقد التفاوض انطبقت المسؤولية العقدية، وفقا للقواعد العامة، وتقضي هذه الأحكام على تنفيذ الالتزام تنفيذا عينيا إذا كان التنفيذ ممكن وغير مرهق، وإلا التزم بالتنفيذ بمقابل، أي بطريق التعويض النقدي.

وفيما يلي سنبحث في هذا الفصل من خلال ثلاث مباحث أساسية: بحيث نتطرق في المبحث الأول لمبدأ أو شرط إعادة التفاوض على شروط العقد، ثم ندرس في المبحث الثاني موضوع التنفيذ العيني في مرحلة التفاوض على العقد، ثم ندرس كذلك في المبحث الثالث نظرية الكفاية الذاتية للعقد أو فكرة العقد الطليق على النحو الذي سيأتي بيانه.

المبحث الأول

مبدأ أو شرط إعادة التفاوض على شروط العقد

إن مبدأ إعادة التفاوض أو شرط إعادة التفاوض، يهدف إلى إعادة التوازن مهما كان نوعه سواء كان قانونيا أو ماليا أو اقتصاديا، أو لمواجهة مختلف الظروف المستجدة والطارئة والتي تجعل من عدم توازن العقد أمرا جليا لا يمكن من خلاله مواصلة تنفيذ العقد مما يواجه مشقة كبيرة وأزمة يجب معالجتها وإعادة التوازن المطلوب من جانب طرفي العقد بأنفسهم أو من خلال انتداب خبراء، أو مكاتب دراسات لإعادة التفاوض في معالجة هذه الأزمة العقدية.

وشرط أو بند إعادة التفاوض لإيجاد التوازن العقدي بند يتفق عليه طرفا العقد ويدرجانه ضمن نصوص العقد، وبمقتضاه يلتزم الطرفان بالتفاوض من جديد لتعديل شروط العقد وأحكامه، إذا ما طرأت مستجدات غير متوقعة من شأنها أن تؤثر في التوازن الاقتصادي للعقد.

هذا المعنى يشيع استعماله حاليا بمصطلحات مختلفة في عقود التجارة الدولية، تحت المصطلح الإنجليزي الكثير الاستعمال وهو hard ship

ويعترف الفقه الفرنسي بعدم وجود مصطلح لديهم بنفس الدقة التي للمصطلح الإنجليزي. وقد أخذ فقهاء الشريعة الإسلامية بهذه النظرية فيما أسموه بنظرية الغدر والواقع أن شرط التوازن العقدي، أو شرط إعادة التفاوض تمتد جذوره إلى ما عرفه الكنسيون باسم نظرية الظروف الطارئة، والتي قننتها بعض القوانين المعاصرة، وشرط إعادة التفاوض ليس شرطا جديدا أو مبتكرا وإنما عرف منذ وقت طويل خاصة في مجال عقود التجارة الدولية.

لذا قمنا بتقسيم هذا المبحث إلى ثلاث مطالب، الأول هو المقصود من إعادة التفاوض على العقد، أما المطلب الثاني فهو شرط إعادة التفاوض لحل النزاعات وديا، أما المطلب الثالث فهو تحت عنوان تطبيقات شرط إعادة التفاوض، وهذا على النحو الذي سيأتي بيانه.

المطلب الأول: المقصود بمبدأ إعادة التفاوض على العقد

إن التشريع الوطني الجزائري بدى قاصرا في معالجة هذا الموضوع، الذي أصبح يفرض نفسه وله ارتباط قوي بعقود لها أهمية عملية مميزة في الحياة الاقتصادية والتي تأثرت بها عدة عقود أخرى خاصة منها ذات الآثار الاجتماعية، وخاصة أن الجزائر مرتبطة بشكل مكثف بالعقود الدولية، سواء على مستوى

التجارة الدولية أو في مجال الأعمال بصفة عامة، سواء على مستوى جلب العوامل التقنية والتقدم العلمي أو على مستوى جلب التكنولوجيا للنهوض بالمجتمع ودفعه إلى التطور والرقي.

وكثيرا ما تصطدم العقود المبرمة على هذا الصعيد بصعوبات قد تجعل من استمرار تنفيذه وفق المستجدات الجديدة أمرا في غاية الصعوبة، وقد يصل إلى درجة التوقف النهائي، ما لم يسارع الأطراف إلى معالجة هذه الصعوبات وإعادة التوازن إلى الشروط العقدية، من خلال إعادة مراجعتها عن طريق إعادة التفاوض بين الأطراف، ويثير هذا الشرط عدة تساؤلات من حيث مفهوم هذا الشرط ونطاقه.

فقمنا على ضوء ذلك إلى تقسيم هذا المطلب إلى ثلاث فروع، تناولنا في الفرع الأول تعريف شرط إعادة التفاوض، أما الفرع الثاني تناولنا الوقائع والأحداث التي يمتد إليها شرط إعادة التفاوض أما الثالث فبعنوان الأثر المترتب على تحقق شرط إعادة التفاوض، وهذا على النحو الذي سيأتي بيانه كما يلي:

الفرع الأول: تعريف شرط إعادة التفاوض

إن أطراف العقد يسعون لحماية عقدهم واستقرار صفقتهم خاصة في تنفيذ بنود العقد، من مختلف التغيرات المحيطة بتنفيذ عقدهم، ويعتبر شرط إعادة التفاوض من أهم الشروط المعمول بها في هذا المجال.

ويمكن تعريف شرط إعادة التفاوض، بأنه شرط يدرجه الأطراف في العقد يتفقون فيه على إعادة التفاوض بقصد تعديل أحكام العقد، عندما تحدث ظروف معينة من شأنها الإخلال بتوازن العقد، وإصابة أحد المتعاقدين بضرر جسيم ومن خلال دراسة هذا التعريف تتبين لنا العناصر التالية:

1- إن شرط إعادة التفاوض هو شرط اتفاقي، إذ أن مضمونه يتوقف على ما يتفق عليه الأطراف في العقد، لذا فإنه يتم تنظيم هذا الشرط بشكل مفصل، حيث يبين الأطراف مفهوم هذا الشرط بالنسبة إليهم والأحداث التي يواجهها، وأثرها على العقد، والحلول التي يتم اللجوء إليها في هذه الحالة، إذا فإن لإرادة الأطراف الحرة أهمية واضحة في صياغة شرط إعادة التفاوض وهذا ما يراه بعض الفقه[1].

ولعل هذا الواقع يفرض على الأطراف تحديد مختلف عناصر هذا الشرط، والتي يحددونها في العقد، بغية ضمان وتأمين التفعيل والتطبيق الجيد له، ولعل أهم العناصر التي يمكن تحديدها نلخصها فيما يلي:

1- أ. م. أسيل باقر جاسم، النظام القانوني لشرط إعادة التفاوض ، دراسة في عقود التجارة الدولية ، مقال مقدم على الموقع الإلكتروني: WWW. Vobabylon- edu.iq، هذا ذكر على الموقع الإلكتروني ، ص 03.

1- الأحداث التي يواجهها الشرط: بحيث عند تحققها يتم تفعيل الشرط، وقد تكون هذه الأحداث دولية أو وطنية، وقد تكون ذات طبيعة مالية أو سياسية أو اقتصادية، والأهم من ذلك أن تكون هذه الأحداث خارجة عن إرادة الأطراف وتوقعاتهم وقت التفاوض على العقد أو عند إبرامه، وليس من الممكن دفعها.

2- هذا اللاتوازن الذي تحدثه هذه الأحداث، إنما يطال الجانب الاقتصادي والمالي للعقد بشكل محدد.

3- إلى جانب تحديد مصير العقد أثناء مرحلة تفعيل شرط إعادة التفاوض، والدخول في التفاوض بشأن هذه الأحداث، بحيث يحددان ما إذا كان الأطراف يستمرون في التنفيذ، أم يقومون بوقف تنفيذ العقد انتظارا لنتيجة إعادة التفاوض، وما يتم التوصل إليه بهذا الشأن.

4- كما يجب أن يتضمن الاتفاق أيضا مصير العقد في فشل التفاوض هذا والحل الذي يجب الأخذ به، خاصة في حالة ظهور اختلاف أو نزاع حول مدى تحقق الشرط.

5- إن شرط إعادة التفاوض شرط خاص، تختلف صوره باختلاف طبيعة العقود والظروف المختلفة والمستجدة عند تنفيذها، وبمعنى آخر فإن مضمونه ليس واحد في كل العقود، بل إنه يتنوع وفقا لطبيعة الظروف وتحقيقا لرغبات الأطراف المتفاوضة، ولذا فإن صورة شرط إعادة التفاوض تختلف من عقد إلى آخر، ومن ظرف إلى آخر، فقد يواجه الشرط حدثا سياسيا مؤثرا على تنفيذه، وقد يواجه حدثا ماليا يخل بتوازن بنود وشروط العقد، وقد يواجه أحداث اقتصادية تعرقل الاستمرار في تنفيذ، أو يواجهون ظروف قانونية مستجدة تعرقل تنفيذ بنود العقد، كما قد يتفق الأطراف على تفعيل الشرط بمجرد وقوع ضرر لأحد الأطراف أيا كان مقدار ذلك الضرر، وقد يشترطون أن يكون الضرر جسيما وغير مألوف لتفعيل الشرط.

وقد يتفق الأطراف على إعادة التفاوض بأنفسهم في بعض العقود، وقد يتفقون في عقود أخرى على اللجوء إلى الخبراء من قانونيين أو فنيين أو إلى قضاء التحكيم للإشراف على مجريات التفاوض.

ولقد أصبح المتعاملون في عقود الأعمال يلجؤون إلى صياغة شرط التفاوض بشكل محدد وأكثر دقة في وصف الشرط بعدما كان المتعاملون وخاصة في ميدان التجارة الدولية يعتمدون في إعداد هذا الشرط على الصياغات العامة. إنه المفهوم الاتفاقي لشرط إعادة التفاوض، فإنهم يتركون للأطراف الحرية الكاملة في صياغة الشرط وتحديد عناصره، الشيء الذي يلين من الجمود الذي من الممكن مواجهته فيما لو كان الشرط معالجا ضمن نصوص وطنية أو اتفاقات دولية، إلا أن هذا المفهوم يثير صعوبات عند التطبيق للأسباب الآتية:

1- بالنظر لعدم وجود مفهوم قانوني موحد للشرط، فإن تطبيقه يتطلب اتفاق الأطراف عليه صراحة في العقد.

2- إن مجرد إشارة الأطراف في العقد إلى مصطلح - إعادة التفاوض - لا تعد كافية لتطبيق الشرط، إذ أن إدراج المصطلح أعلاه في بنود العقد قد ينصرف إلى أكثر من معنى.

3- عند وجود نقص أو غموض أو تعارض يعتري تنظيم الأطراف لشرط إعادة التفاوض، لا يكون بمقدور القاضي أو المحكم التصدي لتحديد مضمون الشرط من تلقاء نفسه، كما قد يواجه القاضي أو المحكم صعوبة كبيرة في تفسير النوايا الداخلية للأطراف وما يقصدون إليه[1].

4- إن هذا الشرط يدرج حاليا في الكثير من عقود التجارة الدولية إن لم يكن جميعها وإنه لا يغيب عن حقيقة مؤكدة ومؤسفة وهي أن الطرف القوي في العقد وفي صياغة هذا الشرط بطريقة تجعل تفسيره عند النزاع لصالحه[2].

5- إن حداثة مولد هذا الشرط تفسر لنا ندرة تطبيقاته القضائية، كما تفسر نقص خبرة القائمون على صياغته، ومظهر ذلك وجود فجوات في صياغته من خلال عدم إدراج جزاء الإخلال بعدم الالتزام بإعادة بالتفاوض، وكذلك غياب تنظيم مسألة البديل بفرض التسوية عند فشل إعادة التفاوض[3].

الفرع الثاني: الوقائع والأحداث التي يمتد إليها شرط إعادة التفاوض

يقصد بالوقائع والأحداث التي يمتد إليها الشرط المذكور لمواجهة ما ينجم عنها من تأثير على العقد، ومن خلال تدقيق النظر في الشروط التعاقدية المنظمة لشرط إعادة التفاوض يتضح بشكل جلي أن هنالك شروط يجب أن تتوافر في الواقعة أو الحادثة حتى يكون ممكنا تطبيق شرط ومبدأ إعادة التفاوض وإعمال الأحكام الخاصة به.

وبمعنى آخر فإن شرط إعادة التفاوض يمتد نطاقه ليشمل من الوقائع والأحداث ما توافرت فيها تلك الشروط حصرا وهذه الشروط عموما تتمثل فيما يلي:

1- استقلال الواقعة أو الحادثة عن إرادة الطرفين: أي أن يكون الحدث خارجا عن إرادة المدين، فمن غير المعقول أن يستفيد المدين من تغير ظروف العقد للتمسك بأحكام مبدأ شرط إعادة التفاوض بغية

1- أ. م/ أسيل باقر جسام، النظام القانوني لشرط إعادة التفاوض، المرجع السابق، ص 05.

2- د/ محمد أبو زيد، المفاوضات في الإطار التعاقدي، المقال السابق ، ص 38 وما بعدها.

3- د/ محمد أبو زيد، نفس المرجع، ص 41.

- M. Fontain, op cit, P 281.

تعديل العقد، في الوقت الذي قد يكون فيه سبب هذا التغيير هو فعل المدين نفسه، ولا ريب أن هذا الشرط يسمح بحماية المتعاقد، من تدخل المتعاقد الآخر سيء النية في إحداث التغيير بشكل مباشر أو غير مباشر، ويرى غالبية الفقه أن هذا الشرط يعد أساسيا وضروريا في الواقعة أو الحادثة وذو أهمية جلية خاصة في عقود التجارة الدولية[1].

بحيث أنه ومن خلال تحليل ما ورد من شروط تعاقدية يمكن أن نستخلص أمرا ثانيا مفاده أن أي تغير في الظروف المحيطة بتنفيذ العقد، يجب أن لا ينسب إلى إرادة المدين، وأن يكون أجنبيا عنها تماما، رغم أن بعض الفقه ينكر هذا الشرط من ناحيتين، فمن ناحية يستبعد هذا الشرط تماما في الواقعة أو الظرف الذي يواجهه شرط إعادة التفاوض، ويكتفون بشرطي استحالة الدفع، وعدم التوقع، ومن ناحية أخرى يرى بعض الفقه أنه شرط غير محدد وغير منضبط وأنه لا بدا وأن تختلط بشرطي عدم التوقع واستحالة الدفع، بحيث يرون أن المدين إذا التزم بالعناية والحيطة والحذر في التوقع، وبذل قصارى جهده للتغلب على الحادثة أو الواقعة ودفعها، فإنه يكون قد أثبت أنه لم يرتكب أي خطأ والواقعة خارجة عن إرادته، كما تكتفي بعض قرارات التحكيم التجاري الدولي بالشرطين المذكورين في الواقعة أو الظرف الذي يواجهه شرط أو مبدأ إعادة التفاوض[2].

حيث عبر الأطراف في عقد أبرم بين شركتين إحداهما صينية والأخرى هندية بعبارة – حدث خارج عن سيطرة الأطراف – ، كما عبر عنه الأطراف في عقد آخر بين شركة بريطانية وأخرى فرنسية عبر عنه بعبارة – حدث مستقل عن إرادة الشركة المدنية–، وقد عبر عنه في أحد شروط عقود التوريد بأنه– شروط الاتفاق الحالي يمكن أن تراجع باتفاق مشترك بين الأطراف –، إذا وقع حدث خارج عن إرادة الأطراف، وفي المقابل تتبنى مبادئ العقود التجارية الدولية، "لليونيدروا" مصطلحا آخر لوصف الشرط، إذ تنص أحد مواده الخاصة بتعريف شرط إعادة التفاوض على أنه – نكون بصدد إعادة التفاوض عندما تقع أحداث تهدد بشكل أساسي توازن الأداءات العقدية ، وتفلت من سيطرة الطرق المضرور – ، وهذا ما يركز عليه المحكمون في المنازعات التي تصدوا لها وذلك على عدم علاقة المدين بالحدث، دون الاهتمام باستعمال مصطلح بعينه للتعبير عن استقلال الحدث عن إرادة المدين[3].

1– د/ عاطف النقيب، عنصر الثبات وعامل التغير في العقد المدني، بنغازي ليبيا، 1999، ص 189

2– د/ عادل محمد خير، عقود البيع الدولي للبضائع من خلال اتفاقية فيينا، ط1، د. ن. ع، القاهرة 1994، ص 153.

3– مبادئ اليونداروا، وهذا هو نص المادة 6– 2– 2 الخاصة بتعريف شرط إعادة التفاوض.

وقد يثور التساؤل عن المعيار الذي يمكن وفقا له تحديد معنى ومضمون شرط استقلال الحدث عن إرادة المدين، وفي واقع الأمر، ظهر في ميدان التجارة الدولية معياران بهذا الصدد الأول وهو المعيار الشخصي حيث أن المقصود باستقلال الحدث عن إرادة المدين، وهو أن لا تشارك إرادة المدين في أي وقت وبأي شكل في وقوع الحادثة أو الواقعة، وأن ذلك يفضي وبالضرورة إلى أن يقوم القاضي أو المحكم بتحليل موقف المدين وسلوكياته لمعرفة ما إذا كان قد ساهم بشكل أو بآخر في وقوع الحدث، أما المعيار الثاني هو المعيار الموضوعي حيث لا يكفي أن يكون الحدث مستقلا عن إرادة المدين، وأن لا تشارك إرادته في وقوعه، بل يجب كذلك أن يكون بعيدا عن مجال نشاط أو عمل المدين[1].

ويؤدي العمل بالمعيار الموضوعي إلى التضييق وبقدر كبير من حالات تفعيل وإعمال شرط إعادة التفاوض، أنه يخرج الكثير من الحالات من نطاق ذلك الشرط، ويظهر واقع التعامل في ميدان التجارة الدولية ميلا واضحا إلى الأخذ بالمعيار الشخصي، كما تميل قرارات التحكيم التجاري الدولي إلى الأخذ بهذا المعيار[2].

2- عدم إمكانية توقع الحدث: إن توقع الحدث أو عدم توقعه هو الفيصل في تحديد قدرة المتعاقد على تفادي وقوع الحدث أو الظرف أو الواقعة، من خلال الاستعداد المسبق لمواجهته إذا كان يتوقعه، أو عدم قدرته على ذلك إذا لم يكن يتوقع الحدث.

وتؤكد مبادئ –اليوندروا – التي تنظم شرط إعادة التفاوض على وجوب أن تكون الواقعة أو الظرف أو الحدث الذي يفعل الشرط، غير ممكن التوقع من قبل المدين[3].

وكذلك الشأن في قضاء التحكيم، الذي يقر في كثير من قراراته على وجود تحقق مبدأ أو شرط عدم التوقع للواقعة، أو الظرف الذي يفعل لأجله شرط إعادة التفاوض ومن ذلك قرار صادر عن غرفة التجارة الدولية، لهيئة التحكيم بها، إذ رفضت هذه الأخيرة طلب البائع الذي تمثل في زيادة السعر المتفق عليه، أوقف التزامه بالتوريد لوجود عوامل قوية رجحت توقع الأطراف لارتفاع الأسعار وفقا للظروف[4].

كما ذهبت نفس الهيئة في نفس الاتجاه في إحدى قضاياها، إذ لاحظت هيئة التحكيم غياب شرط عدم التوقع في العقبات التي واجهها ممثلو إحدى الشركات الألمانية الذين يحملون الجنسية الإسرائيلية في

1- د/ عصام أنور سليم، خصائص البيع للبضائع، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر 2004، ص 113.

2- أ. م أسيل باقر جاسم، النظام القانوني لشرط إعادة التفاوض، المرجع السابق، ص 07 وما قبلها.

3- هذا ما نصت عليه المادة 6- 2- 2 من قواعد اليوندروا.

4- قرار صادر في القضية رقم 2708 في عام 1976، من هيئة التحكيم: cci.

الدخول إلى إحدى الدول العربية والوصول إلى مكان المحدد لتنفيذ العقد وقد جاء في القرار – أن العقبة عندما تكون متوقعة وقت إبرام العقد، فعلى المدين اتخاذ كل الإجراءات والاحتياطات اللازمة لتجنبها وتخفيف آثارها والامتناع عن إبرام العقد وإيجاد حل لذلك[1] –.

هذا ويتم تقدير قدرة المدين على التوقع بشكل واقعي ووفقا لظروف كل حالة على حدة إن التقدم الهائل في شتى المجالات جعل مجال التوقع في نطاق ضيق، أي باحتمال جاد لوقوع الظرف أو الحادثة، أي وجود فرص حقيقية للوقوع إذ يرفض الفقه مجرد الاحتمال الغامض والغير الواضح لوقوع الواقعة أو الحادثة، وهذا يعني عدم التوقع أنه في لحظة وقوع الواقعة أو الظرف لا توجد أية أسباب خاصة تدل على أنه سوف يقع، وهذا ما أقرته هيئة التحكيم لغرفة التجارة الدولية بباريس في إحدى قراراتها.

والتساؤل الذي يطرح نفسه بشدة في هذا الأمر هو بصدد نطاق عدم التوقع فهل ينصرف عدم التوقع إلى الواقعة أو الظرف وحده ؟ أم إلى نتائجه فقط؟ أم إلى الإثنين معا؟

والجواب عن ذلك لا يخلو من أربعة فروض:

- **الفرض الأول:** ويكون فيه الطرف أو الواقعة ونتائجه متوقعين.
- **الفرض الثاني:** يكون فيه الطرف أو الواقعة غير متوقعين بالنسبة للمدين.
- **الفرض الثالث:** أن يتوقع الحدث لكنه لا يتوقع نتائجه.
- **الفرض الرابع:** أن يتوقع المدين النتائج بينما يكون الحدث أو الواقعة أو الظرف غير متوقع بالنسبة إليه[2].

والرأي الراجح هو الذي يرى أن عدم التوقع يجب أن ينصرف إلى الواقعة أو الحدث ذاته وإلى نتائجه كذلك، إذ لا يبدو منطقيا اعتبار عدم توقع الواقعة أو الحدث قائما، إذا كان المدين يتوقع الحدث أو الواقعة فقط دون أن يتوقع نتائجها كما يرى ذلك بعض الفقه، كما هو مذكور في الفرض الثالث، لذلك يكون شرط عدم التوقع غير متوافر في الفرضين المذكورين، أي الفرض الثاني والثالث وحتى الأول.

إذا أثناء عملية التفاوض على العقد من المفروض أن يكون الأطراف قد أحاطوا بكل الوقائع والظروف المحتملة التي قد تعيق تنفيذ العقد، بعد إبرامه بشكل نهائي بعد نجاح مرحلة التفاوض على هذه

1– قرار صادر عن هيئة التحكيم ل: cci في القضية رقم 1782 في عام 1972.

2– أ. م أسيل باقر جاسم، النظام القانوني لشرط إعادة التفاوض، المرجع السابق، ص 08.

الظروف التي تخل بالتوازن المالي والإخلال بالالتزامات والحقوق المدرجة في بنود العقد، وحتى يكون الحدث غير متوقع يجب أن لا يكون في مقدور الشخص العادي[1].

3- عدم القدرة على دفع الحدث وتجنب نتائجه: ويشترط لتفعيل شرط أو مبدأ إعادة التفاوض أن لا يكون بمقدور المدين دفع الظرف أو الحدث وتجنبه والتغلب على نتائجه المؤثرة سلبا، ولو ببذل كل المجهوادات وحدوث خسائر معتبرة، فإن كان المدين قادرا على تجنب الظرف أو دفعه وتفادي نتائجه السلبية لتفعيل مبدأ أو شرط إعادة التفاوض، لتغيير بعض بنود وشروط العقد فإنه يكون مخلا بمبدأ حسن النية في تنفيذ العقد على أساس المعايير الأخلاقية المعروفة.

وبالتالي عدم القدرة على توقع الظرف ودفع نتائجه يجعل إرادة المدين منعدمة في الدفع وتفاد نتائجه، ويأخذ هذا الدفع وتفادي النتائج له صور عديدة منها:

- **الصورة الأولى:** القدرة على دفع الحدث وتفادي نتائجه.
- **الصورة الثانية:** القدرة على التقليل من وقوع الحدث وحجم نتائجه الضارة.
- **الصورة الثالثة:** أخذ بعض التدابير أو اءئلإجراءات والتقليل من حجم النتائج الضارة للحدث، كإبلاغ الدائن بوقوع الحدث، حتى يتخذ الإجراء المناسب لتفادي وإدراك الضرر.

وتقاس درجة الجهد الذي يجب أن يبذله المدين في دفع الحدث وتجنب نتائجه الضارة بمعيار شخصي يعتد فيه بظروف المدين الشخصية ووسائله وإمكاناته الخاصة الذاتية[2].

الفرع الثالث: الأثر المترتب على تحقق شرط إعادة التفاوض

يهدف شرط إعادة التفاوض على العقد، هو الإبقاء على التوازن العقدي وبالتالي الإبقاء على العقد بعد إعادة التوازن للأداءات المالية المتقابلة، وبالتالي فإن صياغته تأتي في شكل يفرض على الأطراف التصدي للظروف التي تؤثر في الأساس الاقتصادي للعقد، ومن هنا تبدو أهمية شرط إعادة التفاوض لإعادة التوازن للعقد فبمقتضاه لا يجوز لأي من المتعاقدين الامتناع عن تعديل العقد حتى ولو كان القانون الواجب التطبيق، كما هو الحال في القانون الفرنسي والقانون البلجيكي، يسوده مبدأ القوة الملزمة للعقد، ولا يسوغ للقاضي سلطة تعديل العقد بسبب تغير الظروف، أيا كان الإرهاق الذي يلحق المدين، ولكن من يقوم بمهمة هذا التصدي، وهنا تبدو أهمية أخرى لشرط إعادة التفاوض لبنود وشروط العقد، فالحدث أو الظرف ويخل بالتوازن الاقتصادي من طبيعة معقدة، فقد يرجع إلى تغيرات في الأسواق أو تكاليف الإنتاج أو برامج

1- رأي راجع للأستاذ م. أسيل باقر جاسم، النظام القانوني لشرط إعادة التفاوض ، المرجع السابق، ص 09.

2- د/ م. أسيل باقر جاسم ، نفس المرجع ، ص 09.

التنمية أو التكنولوجيا المستخدمة، الأمر الذي يكون معه من الأفضل أن يتم تعديل العقد عن طريق أطرافه الذين يستعينون في ذلك بلجان يشكلونها لهذا الغرض، يساعدهم خبراء فنيون ومتخصصون، وذلك في إطار حسن النية، والثقة الواجب تبادلهما والحفاظ على استمرار التعاون، وبالتالي يلتزم الأطراف بالتفاوض بحثا عن حل، وذلك أهم ما يميز شرط إعادة التفاوض عن أحكام نظرية الظروف الطارئة التي قننتها بعض التشريعات، وهو أن هذه الأخيرة تقوم على تخويل القاضي سلطة التدخل في المضمون العقدي وتعديله أو فسخه بينما يخول بند الاتفاق على مبدأ أو شرط إعادة التفاوض لطرفي العقد في المقام الأول مهمة التصدي للظروف التي أثرت في التوازن العقدي عن طريق التزامهم بإعادة التفاوض، ومصدر هذا الأخير هو بند أدرج ضمن شروط العقد الذي أبرمه الأطراف[1].

ورغم أن شرط إعادة التوازن العقدي ما زال في المهد، إلا أن تكرار استخدامه أمر ملحوظ في مجال التجارة الدولية، وبصفة خاصة في مجال العقود الكبيرة كعقود نقل التكنولوجيا ولعل حداثة مولد هذا الشرط تفسر نقص تطبيقاته القضائية، كما تفسر نقص خبرة القائمين على صياغته[2].

المطلب الثاني: شرط إعادة التفاوض لحل النزاعات وديا

إن هذا الشرط يهدف إلى التزام طرفا العقد بإعادة التفاوض حول المشكلة التي تعترض تنفيذ العقد القائم بينهما، وذلك قبل اللجوء إلى القضاء أو التحكيم، ويقوم الأطراف بالنص على هذا الالتزام صراحة ضمن بند من بنود العقد على الالتزام عند حدوث مشكلة ما بالإمتناع عن اللجوء إلى القضاء أو التحكيم طوال فترة زمنية معينة، مع الالتزام بإعادة التفاوض من أجل التوصل إلى تسوية ودية للمنازعة، وقد يرد هذا الالتزام بشكل ضمني ببنود العقد، بأن يتضمن اللجوء إلى التحكيم أو القضاء لحسم أي نزاع ينشأ عند تنفيذ العقد أو يرتبط به، إن لم تفلح المفاوضات في حسمه لذا فإننا سنقوم بدراسة هذا الموضوع من خلال ثلاث فروع، الأول نضعه تحت عنوان أهمية شرط إعادة التفاوض لحل النزاعات، أما الفرع الثاني فإننا نعنونه بوقف تنفيذ العقد للالتزام بإعادة التفاوض، أما الثالث فهو مدى تدخل الغير لإعادة التوازن لشروط وبنود العقد، وهذا على النحو الذي سيأتي بيانه.

الفرع الأول: أهمية شرط إعادة التفاوض لحل النزاعات

وليس بالأمر الخفي طبعا أن لبند أو لشرط إعادة التفاوض أهمية بالغة للتسوية الودية لحل المشكلات والعقبات التي تعترض تنفيذ العقد في العقود الدولية ، فمن ناحية أولى تتسم العقود الكبيرة

1- د/ محمد أبو زيد، المفاوضات في الإطار التعاقدي، المرجع السابق، ص 39 وما بعدها.

2- د/ محمد أبو زيد، نفس المرجع، ص 41.

بالطابع الفني المركب كعقود البناء أو التشييد، أو عقود نقل التكنولوجيا أو عقود المنشآت الكبرى، أو عقود التجارة الدولية، فإنه من خلالها تظهر أهمية وملاءمة معالجة ما يثور بشأنها من منازعات، ليس عن طريق الخصومة، بل عن طريق اقتراح الحلول وتبادلها بين الطرفين، وهذا ما يحافظ في النهاية على العلاقة الودية بين أطراف العقد، وخاصة حول عقود تدور حول محور التعاون، وتقتضي الاستمرار في تنفيذها مدة طويلة نسبيا[1].

ومن جانب آخر كثيرا ما تتجه إرادة الأطراف غالبا إلى رفض فكرة اللجوء إلى محاكم البلد التابع لها الطرف الآخر للفصل فيما يثور من منازعات بينهما، وباعث هذا الرفض هو التخوف من التعصب الذي قد يسيطر على القضاء الوطني، وكذلك بالنسبة للتحكيم، بحيث تبدي الكثير من الأطراف وخاصة المستوردة للتكنولوجيا تشكك في نظام التحكيم[2].

هذا بالإضافة إلى التخوف من أمر القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، وأيضا اللغة المستخدمة، والإجراءات الواجب إتباعها أمام المحاكم، وكلها أمور قد يشكل عدم الإلمام بها بعض الصعوبات، والتي تحبذ في النهاية اللجوء إلى التسوية الودية، وذلك من خلال اشتراطها في بنود العقد، كشرط لإعادة التفاوض بشأنها[3].

ومن خلال هذا الشرط بإعادة التفاوض ومن خلاله قد يلجأ الأطراف إلى الخبرة الفنية لحل المنازعات، وهي وسيلة حديثة نسبيا إذا كان الأمر أكثر تقنية وخاصة مثلا في عقود نقل التكنلوجيا، واللجوء إلى الخبرة الفنية تستدعيه ظهور عقود الأعمال الهندسية، والعقود الدولية التي تهدف إلى خلق مجمعات صناعية متكاملة، والمعروفة تحت اسم عقد تسليم المفتاح، وعقد تسليم الوحدة مع المنتج في اليد، وواجه شركات الأعمال الهندسية والمقاولون العاملون العديد من المشاكل بالنظر إلى تعقد العمليات التي تقوم عليها هذه المشاريع، فإن محاولة تطويع الإجراءات وتقرير بعض الأمور الواقعية والمادية، وذلك قبل الشروع في اللجوء إلى حل قضائي ضد أحد المتعاقدين أو أحد المصنعين تبدو أمرا حتميا، ومنه يبرز دور مبدأ أو شرط إعادة التفاوض من خلال اللجوء إلى الخبرة الفنية كوسيلة لحصر المنازعات وتحديد المشكلة الحقيقية وإيجاد الحلول لها وهذا طبعا ودائما عند وقوع حادث ذي طابع فني يسمح بتدخل الخبير، لتحديد المركز الذي يتحدد فيه العيب أو الخلل، وقد يكون ذلك كافيا في حد ذاته، بحيث لا تعرض المسألة على

1- د/ محمد أبو زيد، المفاوضات في الإطار التعاقدي، المرجع السابق، ص 44.

2- د/ محمد أبو زيد، المفاوضات في الإطار التعاقدي، نفس المرجع، ص 45.

3- د/ نصيرة بوجميعة سعدي، عقود نقل التكنولوجيا، المرجع السابق، ص 387.

التحكيم أو القضاء، ففي عقود نقل التكنولوجيا قد يكون المشكل في عيب خفي، أو عدم مطابقة المادة للمواصفات، أو استخدام الشيء للتكنولوجيا، أو عدم القدرة على التشغيل ففي هذا الفرض، فإنه يبدو واضحا أن يكون الخبير أكثر دراية من المحاكم على تحديد المسؤوليات، إذ يمكنه أن يكشف عن مصدر العيب، أو الاستخدام السيء أو إلى سوء في الصيانة يرجع إلى العميل نفسه، وسرعة تدخل الخبير لا تعتبر فقط من الأمور الضرورية بل وأيضا من المتطلبات التي لا يمكن الاستغناء عنها، والخبير يمكن تعينه بسرعة إذا كان الأطراف قد نصوا على شرط إعادة التفاوض واللجوء إليه كحل من الحلول، والخبير في الواقع لا يتمتع بسلطة الحكم وإنما يقتصر دوره على رفع تقرير يتضمن رأيه في المشكلة الفنية المعروضة عليه، وباتفاق الأطراف، يمكن للخبير تقديم الحلول والاقتراحات اللازمة وحتى متابعة تنفيذ الحلول ميدانيا[1].

الفرع الثاني: وقف تنفيذ العقد والالتزام بشرط إعادة التفاوض

إن الالتزام الرئيسي الذي يفرضه شرط إعادة التفاوض هو إعادة التفاوض على العقد وهو الخصيصة الأساسية للشرط وهو الأثر المباشر الذي يترتب على إعماله، ويقصد بالالتزام بإعادة التفاوض بشيئين، أولهما مادي ويتمثل في القيام بكافة الأعمال المادية التي تتطلبها عملية التفاوض، والآخر معنوي يتمثل في التحلي بحسن النية والنزاهة، والأمانة طيلة فترة المفاوضات، وتأخذ عدة مظاهر كواجب التعاون بين الأطراف والالتزام بالإعلام والسرية، فما هو جزاء الإخلال بالالتزام بإعادة التفاوض؟ ومن خلال ذلك عندما يقع اختلال التوازن العقدي، يكون طرف مستفيد وطرف متضرر وبينهما شرط إعادة التفاوض لإرجاع الحالة إلى نصابها ما أمكن، وأخلال الطرف المستفيد بالالتزام بالتفاوض بحكمه لا تهمه الخسارة سواء كان هذا الإخلال ماديا أو معنويا كما سلف الذكر، فإن الجزاء الذي نلاحظه يتناسب مع الإخلال، هو الامتناع عن التنفيذ، وإن كان ذلك سيقلل من أهمية وجدوى اللجوء إلى تلك الفكرة عمليا، كما أن الامتناع ما يزيد إلا تعنتا من جانب الممتنع عن التفاوض بكونه هو التراجع من الاختلال وعدم توازن الشروط العقدية عند التنفيذ، وما يبقى أمام الأطراف في هذه الحالة إلا اللجوء إلى التحكيم الذي قد يفرض التنفيذ الجبري للمتعاقد المتخلف عن التزامه بالتفاوض، أو فسخ العقد في حالة عدم التوصل إلى أي حل مع مطالبة المتضرر بالتعويض بسبب الإخلال بالالتزام بإعادة التفاوض[2].

1- د/ نصيرة بوجمعة سعدي، عقود نقل التكنولوجيا، المرجع السابق، ص 389.

2 إعداد: عمر حجي، تحت إشراف د/ عبد الرحمن أسامة، الإشكالات المرتبطة بالتفاوض وإعادة التفاوض، مقال مقدم في مجلة الفقه والقانون، العدد 44، جوان 2016.، ص 09 وما بعدها.

ويقصد به توقف الطرفين عند تنفيذ التزاماتهما المتبادلة لحين إعادة التفاوض على العقد والتوصل إلى اتفاق جدي لتنظيم تلك الالتزامات، ويجد الوقف أساسه في إرادة الأطراف باعتبارها هي التي أدرجت شرط إعادة التفاوض، وهي التي تعيد التفاوض، فالإرادة في هذه المرحلة تلعب دورا مهما إذ بإمكانها أن توقف العقد فقط في جانب الطرف المخل، ويبقى الجزء الآخر ساري المفعول، كما أن لها إيقافه وهذا الوقف سيكون له آثار، فبالنسبة للالتزامات الرئيسية ما دام أن الاختلال التوازني يجب أن يرد على شرط جوهري فإنها تتوقف بسبب تأثرها بالحدث، أما الالتزامات الأخرى التي لم تتأثر بالحدث فتبقى مستمرة وتكون ملزمة للمتعاقدين ويؤدي عدم تنفيذها إلى قيام المسؤولية العقدية[1].

أما الالتزامات الفرعية فيشملها الوقف في حالتين:

1- في حالة ما إذا تأثر المدين بشكل مباشر بالواقعة أو الظرف أو الحدث، ولم يعد قادرا على تنفيذ الالتزامات.

2- في حالة كون الالتزام الفرعي يتصل اتصالا وثيقا بالالتزام الرئيسي الذي شمله الوقف.

وتجدر الإشارة إلى أن الوقف يتعدى المتعاقدين ليشمل حتى الغير ويجد أساس الوقف في الدفع بعدم التنفيذ، إلا أن التشبث بالدفع بعدم التنفيذ واقف على أن يكون الالتزام مستحق الأداء، وأن الحدث المبرر لتفعيل شرط إعادة التفاوض يؤخر تنفيذ الالتزام لحين زواله، أو لحين إعادة التفاوض على العقد.

إلا أن البعض يرى أن أساس الدفع بعدم التنفيذ من نوع خاص هو عدم التنفيذ الوقائي الذي يجبر توقف الدائن عن أداء التزاماته إذا ما توقف المدين عن التنفيذ لسبب لا يرجع إليه وذلك تجنبا للخسائر التي قد يتعرض لها الدائن إذا استمر في التنفيذ، وبينما المدين متوقف عن تنفيذ التزاماته.

إلا أن هذا الوقف يضع حدا لالتزامات الأطراف بل تبقى هناك التزامات على كل واحد منهم كالالتزام بالحفاظ على العمل مراعاة لما يفرضه مبدأ حسن النية والأمانة التعاقدية، وكذا الالتزام بالسعي الجدي والحثيث لاستئناف سريان شروط العقد عن طريق القيام بكافة الأعمال والإجراءات الضرورية، وبذلك الجهود اللازمة التي تساعد استئناف سريان العقد وتنفيذه، وفي حالة الإخلال بهذه الالتزامات يقوم المتعاقد الذي تسبب في ضرر المتعاقد الآخر بتعويضه دون إعطائه إمكانية فسخ العقد القائم بينهما،لأنه لو أعطيت له الإمكانية لا أفرغ نظام الوقف من أساسه وهو الحفاظ على العقد، لحين إعادة سريانه من جديد.

1- إعداد/ عمرو حجي، تحت إشراف د/ عبد الرحمن، أسامة، المرجع السابق، ص 08 وما بعدها.

أما فيما يخص حالة استئناف العقد، فهل يعتد بالعقد الأصلي أم بالعقد الناتج عن شرط إعادة التفاوض؟ وهنا يمكن القول أن الوقف هذا لا يؤدي إلى هدم أو إزالة العقد الأصلي، بل يؤدي فقط إلى وقف تنفيذ الالتزامات الناشئة عنه، إلى حين وريثما يتم إعادة التفاوض من جديد بشأن بنود وشروط العقد التي تحتاج إلى تعديل نتيجة لوقوع الحدث أو الظرف لإعمال شرط إعادة التفاوض، ثم مواصلة تنفيذ شروط العقد بما استجد عليه من تعديل[1].

الفرع الثالث: مدى تدخل الغير لإعمال شرط إعادة التفاوض

إن استعانة الأطراف بالغير يزيد عادة من فرص الوصول إلى المصالحة في حالة وقوع النزاع، أو إلى إيجاد الحلول الفنية والمالية التي تعترض وتشكل صعوبات في تنفيذ العقد، في بعض العقود التي يخضع تنفيذها إلى رقابة مهندس أو خبير أو خبراء فنيون ، يمكن الاشتراط لإعادة التفاوض في الوقت والمكان المناسبين لدراسة الصعوبات ومحاولة إيجاد الحلول المناسبة لها، وإيجاد المصالحة في حالة النزاع بين الأطراف، وفي الحالة التي يتم فيها تعيين شخص ثالث في العقد لهذه المهمة، فإنه على الأطراف التأكد مسبقا من قبوله القيام بهذا الأمر، كذلك يمكن الاشتراط في بنود العقد بأن تسمية الطرف الثالث يتم من قبل سلطة يجري تعينها في العقد، ويمكن أن تكون المحكمة، وفي هذه الحالة يجب ضمان قبول رئيس المحكمة لهذه المهمة وقت إبرام العقد[2].

ومن الجهات التي يمكن اللجوء إليها في إجراء المصالحة مثلا هي منظمة (CCI) إلا أن إجراءات المصالحة المنظمة بواسطتها طويلة نسبيا وطريقة تشكيل اللجان المكونة من ثلاث أشخاص، حيث يكون أعضاؤها بالضرورة من الاختصاصيين في المشاكل الفنية التي هي محل الخلافات العقدية، وهذا ما يحمل معه بعض المخاطر، حيث من المفضل عادة اللجوء إلى شخص ثالث مختص في الشؤون الفنية لأنه يمتلك معرفة جيدة في ميدان المشاكل القابلة للظهور بسبب تنفيذ العقود، وعندئذ يكون من المفيد أن يجري تعينه طبقا لنظام الخبرة الفنية، كما أنه على الأطراف الاهتمام في صياغة الشروط العقدية مما يكفل إيراد بعض القواعد المتعلقة بالإجراءات لغرض نجاح المصالحة، حيث يكون من المفيد الإشتراط بأن تكون المصالحة وجاهية، لأنها ستحمل لهم حلولا أفضل، علما أنها لا تحمل في حال من الأحوال الصفة الإلزامية، إذ يحق لكل طرف رفض عرض المصالحة المقدم إليه من أجل حمل طلبه أمام المحكمة.

1- إعداد/ عمرو حجي، تحت إشراف د/ عبد الرحمن، أسامة ، المرجع السابق ، ص 09.

2- د/ محمد علي جواد ، العقود الدولية، المرجع السابق، ص 193.

وكما ذكرنا سابقا بعد فشل المصالحة يمكن اللجوء في ظل الصعوبات والخلافات بدلا من النزاع القضائي عن طريق الاستعانة بالخبرة الفنية، وفي هذا تحقيق عدد من الفوائد، لأنه سيسمح في الواقع للأطراف تقدير ومعرفة السبب الحقيقي لخلافاتهم مما يجعل حلولا لهذا الخلاف، وإن هذه التسوية تخضع إلى إجراءات تعيين الخبراء بشكل سريع وميسور، وبشكل مباشر إذا اتفقوا على ذلك، أو على العكس يتم تعينهم من قبل الهيئة أو المنظمة ذاتها[1].

المطلب الثالث: تطبيقات شرط إعادة التفاوض

إن تغير ظروف تنفيذ العقد وخاصة في مجال الأعمال والتجارة الدولية عموما، يجعل من مبدأ أو فكرة إعادة التفاوض تفرض وجودها من خلال تبني واعتماد البعد الاقتصادي للتشريع عموما، حتى يكون هذا الأخير مسايرا وموافقا للميدان الاقتصادي وما يطرأ عليه من تغيرات، وخاصة في مجال العقود التي يقوم عليها هذا الميدان، إقرارا لمبدأ استقرار المعاملات والصفقات وإعمالا لمبدأ ترسيخ العلاقات بالتعاون والثقة وتبادل المصالح، من خلال إبرام عقود في مجال الأعمال يتم تنفيذها ولو تغيرت الظروف والوقائع من خلال إعمال مبدأ وشرط إعادة التفاوض، سواء لإعادة التوازن المطلوب للعقد، أو إعادة التفاوض من جديد بعد انتهاء العقد، لتجديده بعد تفاوض جديد على مختلف شروطه وبنوده وفق المستجدات المطروحة في مجال الأعمال.

ثم من خلال هذا المطلب سنتطرق لمختلف التطبيقات التشريعية الحديثة وتبنيها لفكرة إعادة التفاوض، نظرا للحاجة الملحة لذلك، ونحن في الجزائر أكثر حاجة من أي وقت مضى إلى إدراج هذا الشرط الهام في مختلف تشريعاتنا التي لها علاقة واضحة بمجال الأعمال والمال والتجارة الخارجية، حتى تكون تشريعاتنا أكثر مرونة وجذبا للمتعاملين والاقتصاديين أجانب كانوا أو محليين، في عالم يعج بالتنافس في مجال جذب الاستثمار.

ثم نتطرق من خلال هذا المطلب كذلك إلى موضوع التطبيق القضائي لفكرة إعادة التفاوض، والأحكام التي وردت بخصوص هذا الشرط، وخاصة في القضاء الفرنسي.

وسندرس في نهاية هذا المطلب الأثر المترتب عن الإخلال بالالتزام بإعادة التفاوض، وخاصة بعد إدراجه كشرط أو بند من بنود العقد الذي يجري تنفيذه ميدانيا.

1- د/ محمد علي جواد، المرجع السابق، ص 194.

إذا ومن خلال هذا المطلب سندرس المواضيع السالف ذكرها من خلال ثلاث فروع أساسية، حيث أننا قمنا بعنونة الفرع الأول بالتطبيقات الاقتصادية لشرط إعادة التفاوض، ثم قمنا بعنونة الفرع الثاني بالتطبيقات التشريعات والقضائية لمبدأ وشرط إعادة التفاوض، ثم ارتأينا في نهاية المطلب إدراج الفرع الثالث بعنوان أثر الإخلال بالتزام شرط إعادة التفاوض، وهذا على النحو الذي سيأتي بيانه.

الفرع الأول: التطبيقات الاقتصادية لشرط إعادة التفاوض

إنه وبخصوص تغير ظروف تنفيذ العقد، وخاصة في مجال الأعمال من الجانب الاقتصادي، وتقريب الواقع الاقتصادي من الجانب التشريعي في مجال الاستثمار والتجارة والأعمال عموما، إن التحليل الاقتصادي للقاعدة القانونية يمثل مدرسة قائمة بذاتها في النظام الأنجلو سكسوني، بحيث تهتم المدرسة بمدى تحقيق أكبر فاعلية ومردودية اقتصادية للقواعد القانونية[1].

إن إعادة التفاوض في مرحلة تنفيذ العقد تعد من صميم إدراج فكرة الجانب الاقتصادي في القواعد القانونية، والذي لا يتعارض معه مبدأ الأمن القانوني، ولا مع مبدأ القوة الملزمة للعقد، إن مبدأ قدسية العقد أضحى يشكل مشكلة بحكم أن عقود الأعمال عموما وعقود التجارة الدولية أصبحت تبرم في ظل مناخ اجتماعي واقتصادي غير مستقر، وتبعا لذلك إذا كانت القواعد العامة لقواعد العقود تعرف تأثير العامل الاقتصادي على هذه العقود، حيث يتجلى ذلك في عدة مظاهر بدءا من تعريف العقد ذاته، وصولا إلى تطور مفهوم فكرة النظام العام إلى نظام عام اقتصادي[2].

ونحن نرى أن يضحى العنصر الاقتصادي عنصرا مكونا للقاعدة القانونية بشكل أكثر جلاء، حتى نقوم بربط الواقع الاقتصادي والعملي بالتشريع العام في هذا المجال على أساس قاعدة التأثر والتأثير المستمر، وإعمالا لهذه الرؤيا فإن مبدأ أو شرط إعادة التفاوض في عقود الأعمال عموما من الآليات والأدوات الفعالة من الناحية التطبيقية والاقتصادية في معالجة مشكلة تغير الأحداث والوقائع والظروف التي تعرقل وقد توقف تنفيذ شروط العقد وبإعمال هذا الشرط، فإنه يتاح لأطراف العقد فرصة العمل على استمرارية تنفيذ العقد بعد إعادة التفاوض في ظروف جديدة متفق عليها، مما يحقق للأطراف المقاصد الاقتصادية المرجوة في النهاية من تنفيذ العقد[3].

1- د/ هني عبد اللطيف، حدود الأخذ بفكرة إعادة التفاوض في العقد، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه 2016/2015، جامعة أبو بكر بلقايد، ص 293. محملة على الموقع الإلكتروني: dspace. Univ. Tlemcen. Dz

2- د/ هني عبد اللطيف، نفس المرجع، ص 295.

3- د/ هني عبد اللطيف، نفس المرجع ، ص 296.

إن فكرة وشرط إعادة التفاوض يفرض نفسه أمام أطراف العقد للتوصل إلى إعادة التوازن للشروط العقدية ذات البعد المالي والاقتصادي، دون اللجوء إلى القضاء لتعديل العقد وإكماله، فقد يكون عملهم هذا أساس فني معتمد على خبراء متخصصين ينتدبهم الأطراف في المسائل الفنية والعلمية المعقدة التي تخلق مشكلة تعيق تنفيذ العقد أو حتى توقفه، لذا كان من الواجب أن تواكب المنظومة التشريعية مختلف التطورات الفنية والعلمية والتكنولوجية والاقتصادية في العالم اليوم، وتجعل لأطراف العقد القدرة الكافية من خلال القواعد القانونية على تعديل بنود العقد وفقا للمستجدات المختلفة عند تنفيذه، إعمالا لمبدأ النجاعة الاقتصادية، وتحقيق المصالح والأهداف المختلفة وخاصة بالنسبة للطرف الضعيف والمتلقي في العلاقة العقدية ، وتماشيا مع هذه التطورات في المجال التعاقدي بدأ يشهد سحبا تدريجيا للقواعد الداخلية تاركة المكان للقواعد والممارسات الدولية، وذلك تكييفا للأنظمة الداخلية مع متطلبات الحياة الاقتصادية[1].

وبالمقابل من ذلك فإن عملية إعادة التفاوض لا يجب أن تتم بمعزل عن القاضي، ذلك أن هذا الأخير في إطار إعادة التفاوض ليس له صلة بدوره المتمثل في الفصل في المنازعات وإنما يضطلع بدور آخر يتمثل في الإشراف ومرافقة أطراف العقد لإنجاح عملية إعادة التفاوض، كما يضطلع بدور آخر في حالة فشل هذه العملية، فدور القاضي إذن ليس دورا سلبيا، حيث أن سير عملية إعادة التفاوض قد تخضع لإرادة أحد المتعاقدين كنتيجة للهيمنة الاقتصادية المعبر عنها بـ Hold up، في إطار مبادئ التحليل الاقتصادي وتبعا لذلك فإنه يبدو أن النظام التعاقدي يميل إلى تجاوز الحدود بين ماهو داخلي وماهو دولي في المجال التعاقدي، حيث يقف موقفا وسطا بين الأخذ بمبدأ سلطان الإرادة والتقييم المتشدد لهذا المبدأ، إذ يسمح هذا النظام للإرادة العقدية بلعب دور مهم في ترتيب المراكز العقدية في مختلف مراحل التعاقد، إذ ليس هناك ما يمنع المتعاقدين من إدراج شرط تعديل لالتزاماتهم بسبب ظروف اقتصادية، والذي يسمى عادة بشرط إعادة التفاوض في العقود الدولية الثقيلة والطويلة الأجل[2].

وإذا ومن خلال إعمال شرط إعادة التفاوض، يقع على عاتق المتعاقدين المتفاوضين مبدأ إعادة التفاوض من خلال التزام المتفاوض بحسن النية والالتزام بكل ما يتفرع عنه من التزامات أخرى كما سبق دراسة ذلك قبل لجوء المدين لطلب تدخل القاضي في حالة فشل التفاوض.

1- مما أدى إلى ظهور تقنيات دولية أو مشتركة كمبادئ uni droit- ومبادئ القانون الأوروبي للعقود، والتي أصبحت تمثل حلقة وصل في انتقال التقنينات الدولية في مجال التجارة الدولية إلى القواعد والقوانين الداخلة للدول.

2- د/ هني عبد اللطيف ، حدود الأخذ بفكرة إعادة التفاوض في العقد، المرجع السابق، ص 299.

الفرع الثاني: التطبيقات التشريعية والقضائية لشرط إعادة التفاوض

في العقود المهمة أو المركبة أو الثقيلة ذات التنفيذ بمراحل متتالية أو الطويلة التنفيذ، يمكن للأطراف الاتفاق وفق شروط عقدية على إعادة التفاوض في حالة صعوبة تعيق تنفيذ العقد، أو في حالة الاختلال المالي أو الاقتصادي للالتزامات والحقوق المتبادلة، مما يؤدي إلى وقوع ضرر كبير بأحد أطراف العقد. كما أن المادة 02/1035 نصت على أنه:« في حالة غياب مثل هذا الشرط يمكن للطرف الذي لم يعد العقد مجديا له، أن يطلب من رئيس المجلس القضائي الأمر بمفاوضات جديدة »[1].

غير أن المشروع الذي أعدته وزارة العدل الفرنسية قد عدل من مشروع Catala بخصوص فكرة إعادة التفاوض، إذ استبعدت سلطة القاضي في الأمر بمفاوضات جديدة، تاركة في حالة فشل عملية إعادة التفاوض أن يتدخل لتعديل أو إنهاء العقد. كما أنه قد نصت المادة 1196 من هذا المشروع على أنه إذا صار تنفيذ العقد جد مرهقا لأحد المتعاقدين بسبب تغير للظروف الغير متوقعة عند إبرام العقد، ولم يقبل هذا المتعاقد تحمل هذا الخطر، فيمكنه طلب إعادة التفاوض من المتعاقد الآخر مع استمراره في تنفيذ التزاماته طيلة فترة عملية إعادة التفاوض[2].

وفي حالة رفض أو فشل عملية إعادة التفاوض فاللأطراف وباتفاق مشترك طلب تدخل القاضي لتعديل العقد، وفي حالة عدم الاتفاق فلكل طرف الحق في اللجوء إلى القاضي لطلب إنهاء العقد وفق الأجل والشروط التي يحددها ، وبالتالي فإن هذا المشروع في أحد مواده لا يقر بإعادة التفاوض المفروض من قبل القاضي وإنما يسمح بتدخله لتعديل العقد أو إنهائه[3].

1- في القانون المدني الفرنسي: إن القانون المدني الفرنسي لا يعترف بنظرية الظروف الطارئة كأصل عام يحكم العقود في إطار القانون المدني، وذلك إعمالا بمبدأ الحرية التعاقدية لكن كل ذلك مستتبع بتردد فقهي في قبول أو رفض هذه النظرية.

وبذلك فإن رفض التعديل القضائي للعقد يبيح للأطراف القدرة على تعديل عقدهم باعتباره وسيلة للتوقع، مما ينتج لهم إدراج شرط ومبدأ إعادة التفاوض ضمن بنود وشروط العقد الجاري التنفيذ.

ونظرا لما تقدم فإن فكرة إعادة التفاوض في ظل القانون المدني الفرنسي لا تجد لها تطبيقا إلا في حالة ورود شرط عقدي يقضي بها، كما أنه يمكن تطبيقها في حالة العقد الإداري كأثر لإعمال نظرية

1- هذا ما نصت عليه المادة 02/1135 من المرسوم الذي أقرته وزارة العدل الفرنسية.

2- هذا ما نصت عليه المادة 1196 من ذات المشروع.

3- هذا ما نصت عليه المادة 1196 من ذات المشروع.

الظروف الطارئة، إذا رأى القاضي الإداري توافر شروط هذه النظرية، حيث تباشر هذه المفاوضات تحت رقابته مما يجعلها أكثر فعالية بتلك التي قد تجري قبل اللجوء إلى القضاء الإداري[1].

2- في القانون المدني الجزائري: لقد نص القانون المدني الجزائري، على أنه إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها، وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدي، وإن لم يصبح مستحيلا صار مرهقا للمدين بحيث تهدده خسارة فادحة، جاز للقاضي تبعا للظروف وبعد مراعاة لمصلحة الطرفين أن يرد الالتزام إلى الحد المعقول، ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك[2].

والتطورات الاقتصادية الحالية دفعت جانب من الفقه الجزائري إلى الدعوة إلى تهذيب نص المادة 107 وخاصة فقرتها الثالثة من القانون المدني الجزائري ، الخاصة بالظروف الطارئة، من خلال التخفيف من آثار النظام العام الذي تتحلى به هذه الفقرة الثالثة، وليس من هدفها ولا من آثارها مخالفة نص المادة 106 ق م ج التي تنص على أن العقد شريعة المتعاقدين.

إذن ليس هناك ما يمنع المتعاقدين من إدراج تعديل الالتزامات، لإعادة التوازن العقدي لشروطه وبنوده ومراحله ماليا واقتصاديا، والذي يدعى بشرط إعادة التفاوض في العقود الدولية طويلة المدة والمستمرة التنفيذ زمنيا[3].

تجد فكرة إعادة التفاوض تطبيقها الأول في ظل القوانين الحديثة في مشروع تعديل القانون المدني الفرنسي، ويرجع السبق لهذا القانون لتبني شرط إعادة التفاوض لعدم وجود قاعدة تزاحمه، وما خلق من آلية لمعالجة الظروف الطارئة، وتهذيب مبدأ القوة الملزمة للعقد، لأسباب اقتصادية محضة[4].

1- د/ هني عبد اللطيف ، حدود الأخذ بفكرة إعادة التفاوض، المرجع السابق، ص 299.

2 هذا نص المادة 107 من ق. م .ج الفقرة الثالثة .

3- د/ هني عبد اللطيف ، نفس المرجع ، ص 299.

4- قدم تعديل القانون المدني الفرنسي إلى وزارة العدل الفرنسية سنة 2005 والذي طرحته بفوج يرأسه الأستاذ Pierre catala فسمي بمشروع CATALA، حيث تضمن هذا المشروع فكرة إعادة التفاوض في مادتين منه 1- 1135 و 2- 1135 محمل على الموقع الإلكتروني لوزارة العدل الفرنسية:

http:// www. Textes. Justice. Gouv. Fr/ textes- soumis- a- concertation – 10179/ reforme-du droit du contrats 27897- html.

غير أن المشروع الذي أخرجته وزارة العدل الفرنسية، قد عدل مشروع Catala بخصوص فكرة إعادة التفاوض، إذ استبعدت سلطة القاضي في الأمر بمفاوضات جديدة، تاركة له في حالة فشل عملية التفاوض أن يتدخل لتعديل أو إنهاء العقد[1].

وبالمقابل لذلك فإن تبني القانون المدني الفرنسي لفكرة إعادة التفاوض كأثر لتأثر التشريعات الداخلية بقواعد التجارة الدولية الناتجة عن المستجدات الاقتصادية، يدفع إلى التساؤل عن مدى قابلية التشريعات الداخلية الأخرى لتبني هذه الفكرة ، وهذا يدفع القانون الجزائري مواكبة للتغيرات الاقتصادية التي تبنتها الجزائر والذي ما تزال مستمرة على كل المستويات ، حيث يشهد القانون الجزائري بخصوص فكرة إعادة التفاوض ازدواجية في التعامل إذ أنه لا وجود لهذا المبدأ أو الفكرة أو الآلية في القانون المدني الجزائري في ظل نظرية الظروف الطارئة التي ذكرها هذا القانون، غير أن الجزائر تلجأ إلى إعادة التفاوض في تعاملاتها التجارية الدولية لتسوية خلافاتها العقدية، كما ورد في القضية التي عرضت أمام غرفة التجارة الدولية (CCI) حيث لجأت الجزائر إلى إعادة التفاوض مع المؤسسة المغربية لحل نزاعهما البترولي[2].

وكذلك الأمر في قضية ANADARKO وهي شركة بترولية أمريكية يربطها عقد استغلال بترولي مع شركة سوناطراك، إذ وبعد فرض الجزائر لضريبة جديدة وهي الضريبة على الأرباح الاستثنائية بموجب الأمر 06- 10 المتعلق بقانون المحروقات، بحيث أصبح يطبق هذا الرسم ابتداء من أول أوت 2006[3]، وعلى إثر الخلاف الذي ثار بين الشركتين بخصوص هذه الضريبة المستحدثة، وبعد جولات أمام التحكيم الدولي، باشر الطرفان مفاوضات جديدة توصلت إلى اتفاق مشترك يقضي بتعديل بعض أجزاء العقد الذي يربطهما مع التنازل المشترك عن القضية المعروضة أمام التحكيم الدولي.

كما لجأت الحكومة الجزائرية إلى نفس الإجراء ممثلة في وزارة الأشغال العمومية والتي باشرت مفاوضات جديدة مع المجمع الياباني Cojaal، التي يربطها معه عقد إنشاء مقاطع من الطريق السيار، وهذا تفاديا للجوء إلى التحكيم التجاري الدولي.

ومن خلال ذلك يتضح ونلاحظ هذه الازدواجية في التعامل في القانون مع إشكالية تغيرات تنفيذ العقود الدولية التي أصبحت تخضع وبحكم الواقع إلى شرط ومبدأ إعادة التفاوض، وأين تخضع العقود

1- هذا ما نصت عليه المادة 1196 من المشروع الذي أخرجته وزارة العدل بعد تعديل مشروع قانون CATALA السالف الذكر.

2- وهي القضية التي تحمل رقم 3344، سبق ذكرها.

3- وهو ما نصت عليه المادة 101 مكرر وفقرة 21 من القانون 06- 10 المتعلق بقانون المحروقات المؤرخ في 2006/06/24.

الخاصة الداخلية إلى نظرية الظروف الطارئة، ومن خلال ذلك على المشرع الجزائري مواكبة التطورات والتحولات الاقتصادية التي عرفتها الجزائر حديثا، عليها بالضرورة اتباع ما درجت عليه أكثر القوانين تقديسا لمبدأ القوة الملزمة للعقد، وبالتالي يتجسد من خلالها مبدأ أو شرط إعادة التفاوض، وهذا ما ينبؤ بأن تتبعه في ذلك التشريعات الأخرى في هذا الأمر، وذلك في إطار تكييف النظم القانونية الداخلية مع قواعد التجارة الدولية لضمان أكثر قدرة تنافسية في جذب الاستثمارات الأجنبية[1].

3- التطبيق القضائي لشرط إعادة التفاوض: منذ بداية تسعينات القرن العشرين (20)، بدأت تجد فكرة إعادة التفاوض تطبيقها القضائي في القضاء الفرنسي، ويتم التركيز على ثلاثة أحكام قضائية من طرف الفقه وهذا قبل مشروع تعديل القانون المدني الفرنسي[2]. بحيث يتعلق الأول بإقرار مسؤولية شركة بترولية لعدم بحثها مع المتعاقد الآخر وهو الموزع سبل الحفاظ على عقدها من خلال الحفاظ على القدرة التنافسية لهذه الأخيرة في السوق، أي أن إقرار مسؤولية الشركة البترولية كان نتيجة عدم مباشرتها لإعادة التفاوض مع المتعاقد الآخر، مما اعتبر ذلك إخلالا من طرفها بمبدأ حسن النية في التعامل.

أما الحكم الثاني السالف الذكر، فقد أقرت فيه الغرفة التجارية مسؤولية الموكل نتيجة عدم اتخاذ إجراءات ملموسة تسمح للمتعاقد الآخر ووكيله التجاري، بعرض أسعار تنافسية بعد المشاكل الاقتصادية التي تعرض لها مما يفهم معه عدم مباشرة الموكل التفاوض مع وكيله التجاري.

غير أنه أكثر القرارات القضائية أهمية يتمثل في قرار محكمة النقض الفرنسية، السالف الذكر والذي يتعلق بعقد ثلاثي الأطراف لمدة 10 سنوات بين بلدية كولوز (Cluse) ، وجمعية إقامة العمال الشباب (AFJT)، ومؤسسات واجبات باريسية (LRP)[3]، والذي بموجبه تستغل ال LRP محلا لمطعم مقابل بدل إيجار تدفعه ل AFJT ورسم تدفعه لبلدية Cluse غير أنها قامت بفسخ العقد بصفة انفرادية نتيجة استحالة تنفيذ العقد اقتصاديا حيث قضت محكمة النقض الفرنسية برفض الطعن المقدم من LRP استندت إلى الاختلال المالي للعقد منذ الاستئناف، وذلك على أساس أن LRP استندت إلى الاختلال المالي للعقد منذ إبرام العقد، وليس على أساس الرفض غير المبرر للمتعاقدين معها للأخذ بعين الاعتبار

1- د/ هني عبد اللطيف ، حدود الأخذ بفكرة إعادة التفاوض، المرجع السابق، ص 305.

2- حكمين للغرفة التجارية الفرنسية ألأول بتاريخ 1992/11/03، والثاني 1998/11/24، وحكم محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 2004/03/16.

- AFJT: L'association foyer des jeunes travailleurs.
- LRP: L'a société des Repas parisiens.

- أحكام ذكرها، هني عبد اللطيف ، في رسالته السابقة الذكر، ص 307 وما قبلها.

3- د/ هني عبد اللطيف، حدود الأخذ بفكرة إعادة التفاوض، رسالة دكتوراه 2015/ 2016 ، نفس المرجع ، ص 310.

تغير غير متوقع للظروف الاقتصادية أو رفضهم لإعادة التفاوض بشأن آليات تعديل عقدهم مراعاة لالتزاماتهم بالتفاوض والتنفيذ بحسن نية، وبذلك تتجلى أهمية هذا القرار ليس فقط باعترافه بأن رفض المتعاقد لإعادة التفاوض يقيم مسؤوليته القانونية، بل من خلال ذلك تحديد نطاقه لإعادة التفاوض يقيم مسؤوليته القانونية، بل من خلال ذلك تحديد نطاقه لإعادة التفاوض بالأحداث غير المتوقعة التي تحدث بعد إبرام العقد، والتي تؤدي إلى تنفيذ مرهق للعقد لأحد أطرافه، وهذا ما أكدته كذلك محكمة النقض الفرنسية في قرار لها حديثا[1].

وتبعا لذلك يتضح أن القضاء الفرنسي قد سبق مشروع تعديل القانون المدني الفرنسي، في الاعتراف بفكرة إعادة التفاوض في حل مشكلة تغير ظروف تنفيذ العقد بربطها بمبدأ التضامن، ومبدأ حسن النية في التعامل، كما أخذ في التوسع في أخذ فكرة إعادة التفاوض والتوسع في تطبيقها، بداية من الاعتراف بها، وصولا إلى تحديد نطاقها، وإن كانت هذه الفكرة لا تعتبر مبدأ عاما لحكم مسألة الظروف غير المتوقعة عند تنفيذ العقد[2].

ونحن من خلال ما سبق الإشارة إليه نوجه انتباه المشرع الجزائري إلى اختصار كل السبل والذهاب مباشرة إلى تقنين فكرة مبدأ وشرط إعادة التفاوض على العقود عموما في القانون المدني الجزائري، وبصفة خاصة عقود الأعمال والقوانين ذات الصلة بها وخاصة قانون الاستثمار، وخاصة منها العقود الدولية سواء كانت تجارية أو صناعية لتفادي توقف أو إنهاء هذه العقود الهامة والثقيلة ذات البعد الاقتصادي والتي لها آثار اجتماعية هامة، سواء بإعادة التفاوض لإيجاد التوازن المطلوب للأداءات المالية لأطراف العقد، أو حتى بالنسبة للعقد المنقذ والذي حل آجال انتهائه بالطرق العادية إذا كان الأطراف بحاجة إلى إعادة التفاوض لتحديد العقد محل التنفيذ لإتمام أمور أخرى لها علاقة بتنفيذ هذا العقد في مجاله وهذا تجسيدا لمبدأ الحرية التعاقدية ومبدأ سلطان الإرادة، تفاديا للدخول في نزعات قضائية تجعل الأطراف يدخلون في خصومات تنسف بكل الأهداف والمصالح المشتركة.

الفرع الثالث: أثر عدم الالتزام بشرط إعادة التفاوض

قد يتم صراحة أو باستعمال طرق تسويفية بأن يرفض أحد الأطراف إعادة التفاوض على العقد، بسبب اختلال توازن العقد مما يؤدي إلى تحمل أحد الأطراف لضرر كبير، في ذات الحين يكون الطرف الآخر مستفيدا من هذا الاختلال فيمتنع عن إعادة التفاوض تفعيلا لشرط إعادة التفاوض المدرج ضمن

1- قرار لمحكمة النقض الفرنسية الصادر في 29 جوان 2010.

2- د/ هتي عبد اللطيف ، حدود الأخذ بفكرة إعادة التفاوض ، المرجع السابق ، ص 307.

شروط العقد الجاري تنفيذه، ففي عقود توريد السلع مثلا إذا استجد حدث أدى إلى ارتفاع كبير في الأسعار يكون من مصلحة البائع تفعيل شرط إعادة التفاوض لأنه سيمنى بضرر كبير إذا ضل ملتزما بتوريد البضاعة بالسعر ذاته المتفق عليه في العقد وهو أقل من سعر السوق، أما المشتري فسيكون مستفيدا من هذا الارتفاع في الأسعار، لذلك قد يمنع عن التفاوض، من أجل تعديل شروط العقد، أما إذا أدى عدم التوازن هذا إلى انخفاض في الأسعار فسيكون المشتري هو من يسعى بكل جهده لإعادة التفاوض حول شروط العقد الجاري تنفيذه[1].

وإذا فإنه يعد إخلالا بالالتزام بإعادة التفاوض على شروط العقد، أو عدم الالتزام بمبدأ حسن النية، يعد إخلال بالالتزام بإعادة التفاوض المتفق عليه في الشروط العقد الجاري تنفيذه، ورغم أن الأطراف هم من يقومون بأنفسهم بإدراج هذا الشرط ضمن الشروط العقدية، إلا أن المطلع عليها من النادر أن يجد أن الأطراف قد تولوا تحديد أو تنظيم الجزاء المترتب على الإخلال بالالتزام بإعادة التفاوض، وعليه فإنه لا مفر من اللجوء والرجوع إلى الجزاءات التي تمليها القواعد العامة وضرورات التجارة الدولية.

فقد يلجأ الطرف المضرور إلى الدفع بعدم التنفيذ بهدف إجبار الطرف الآخر على تنفيذ التزامه، وهذا الدفع هو امتناع مشروع من أحد الطرفين عن تنفيذ التزامه مؤقتا لإجبار الطرف الآخر الممتنع عن تنفيذ التزامه على التنفيذ، فهو وسيلة تهديد يستعملها الدائن لإجبار المدين على تنفيذ التزامه، وبذلك يتجنب إعسار المدين بالتنفيذ[2].

لقد نص المشرع الجزائري عن الدفع بعدم التنفيذ في القانون المدني، بأنه يجوز لكل من المتعاقدين أن يمتنع عن تنفيذ التزامه، إذا لم يقم المتعاقد الآخر بتنفيذ ما التزم به، وهذا في العقود الملزمة لجانبين، وإذا كانت الالتزامات المتقابلة مستحقة الوفاء يجوز له إذا التمسك بالدفع بعدم التنفيذ[3].

1- أ د/ م أسيل باقر جاسم، النظام القانوني في شرط إعادة التفاوض، المرجع السابق، ص 26.

2- أ. م أسيل باقر جاسم، نفس المرجع، ص 27.

3- هذا ما نصت عليه المادة 123 من ق. م. ج .

المبحث الثاني

التنفيذ العيني والتنفيذ بطريق التعويض في مرحلة التفاوض على العقد

إذا متى وجد اتفاق التفاوض صحيحا، أو ما يسمى بعقد التفاوض، وجب على طرفيه تنفيذ الالتزامات الناشئة عنه، فإذا لم يقم أحد المتعاقدين بتنفيذ التزامه ولم يكن عدم التنفيذ راجعا إلى سبب أجنبي، قامت مسؤوليته العقدية.

وتقضي أحكام هذه المسؤولية بأن ينفذ كل متعاقد ما التزم به عينيا، فإذا كان التنفيذ العيني ممكنا وطلبه الدائن أجبر المدين عليه.

أما إذا كان التنفيذ العيني غير ممكن أو كان ممكنا ولكن لم يطلبه الدائن ولم يعارضه المدين، فلا يكون أمام القاضي سوى أن يحكم بالتعويض عن عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عن العقد.

وإذا قام الالتزام سواء كان عقديا أم تقصيريا فليس له أثر واحد وهو وجوب تنفيذه ولو جبرا من المدين، فيلتزم المدين بأن ينفذ عين ما التزم به، أو بمقابل أي عن طريق التعويض.

أما التعويض فهو الأثر الجوهري المترتب على قيام المسؤولية المدنية لجبر ما لحق بالمضرور من أضرار مادية أو معنوية أوهما معا، حيث أن التنفيذ العيني هو الأصل في المسؤولية العقدية، فإن التنفيذ بمقابل أي عن طريق التعويض المالي هو القاعدة العامة في المسؤولية التقصيرية.

وسندرس في المطلب الأول التنفيذ العيني في المرحلة السابقة على التعاقد، ثم ندرس في المطلب الثاني التنفيذ بمقابل أو عن طريق التعويض في مرحلة التفاوض على العقد، كما أننا سوف نتطرق في المطلب الثالث إلى موضوع مسؤولية الغير عن إفساد المفاوضات.

وهذا طبعا في ضوء الأضرار الناشئة في المرحلة السابقة على التعاقد وخاصة منها مرحلة التفاوض على العقد، وهذا كله على النحو الذي سيأتي بيانه من خلال المطالب والفروع الآتية والمكونة لهذا المبحث.

المطلب الأول: التنفيذ العيني في المرحلة السابقة على التعاقد

يعد التنفيذ العيني لعين ما التزم به المدين في مواجهة الدائن الوسيلة الأصلية في الوفاء بالالتزام، وقد نص القانون المدني الجزائري صراحة على أن يجبر المدين على تنفيذ التزامه بعد إعذاره تنفيذا عينيا، إذا ما نكل عن التنفيذ اختيارا، وكان هذا التنفيذ ممكنا وغير مرهق.

إذا لم يقم المتفاوض بتنفيذ التزامه بالتفاوض اختيارا، بأن رفض الدخول في التفاوض أو الاستمرار فيه بالرغم من إعذاره، هنا هل يجوز للمتفاوض الآخر أن يلجأ إلى القضاء طالبا الحكم بإجباره على الدخول في التفاوض أو الاستمرار فيه ؟ أي هل يجوز إجبار المتفاوض على تنفيذ التزامه بالتفاوض تنفيذا عينيا ؟

وهذا ما نعمل على الإجابة عليه من خلال هذا المطلب الذي قمنا بتقسيمه إلى ثلاث فروع، الأول وضعناه بعنوان المقصود بالتنفيذ العيني في المرحلة السابقة على التعاقد، أما الفرع الثاني فوضعنا له عنوان مدى جواز إجبار المدين على التنفيذ العيني في المرحلة السابقة على التعاقد، أما الفرع الثالث والأخير وضعناه تحت عنوان تطبيقات قضائية فيما يخص إجبار المدين على التفاوض على العقد، وهذا على النحو الذي سيأتي بيانه من خلال ما يلي:

الفرع الأول: المقصود بالتنفيذ العيني في المرحلة السابقة على التعاقد

يقصد بالتنفيذ العيني أن يقوم المدين بأداء عين ما التزم به إلى الدائن، والأصل في تنفيذ الالتزام أن يكون عينيا، فإذا ما نكل المدين عن التنفيذ العيني طواعية واختيارا، جاز للدائن أن يجبره على ذلك عن طريق القضاء، شريطة أن يكون هذا التنفيذ ممكنا وغير مرهق للمدين[1]، وقد نص القانون المدني الجزائري على أنه يجبر المدين بعد إعذاره على تنفيذ التزامه تنفيذا عينيا متى كان ذلك ممكنا[2].

إذا كان التنفيذ العيني هو الأصل في القانون المدني الجزائري، وفقا للمادة السابق ذكرها وما يليها، إذ يجب الأخذ به كلما أمكن ذلك، بقصد إعادة الأطراف إلى الحالة التي كانوا عليها قبل حصول الفعل الضار المتمثل في قطع المفاوضات، فإن الفقه في مجموعه ذهب إلى استبعاد التنفيذ العيني في مجال التفاوض، وذلك لأن الأخذ به يعني إلزام الأطراف بمتابعة المفاوضات وصولا إلى إبرام وتحقيق العقد النهائي بالقوة والإجبار، خلافا لأحد الأطراف على الأقل، وهو ما يتعارض مع مبدأ الحرية التعاقدية[3].

إن تنفيذ الالتزام بالتفاوض تنفيذا عينيا يقتضي تدخل المتفاوض المدين شخصيا والأصل أنه يرفض تماما الدخول في التفاوض أو الاستمرار فيه، فإذا أجبر على ذلك كان في هذا الإجبار مساسا بحريته الشخصية، لهذا لا يجوز إجبار المتفاوض على بدء أو مواصلة التفاوض، مثلما أنه لا يجوز إجبار الرسام على رسم لوحة وعد بها، وإلا كان في ذلك مصادرة لحريته، وفضلا عن ذلك فإن الإجبار يكون غير

1- د/ عبد الكريم عبد اللاه ، التفاوض على العقد، المرجع السابق، ص 616.

2- هذا ما نصت عليه المادة 164 من ق. م. ج .

3- د/ بلحاج العربي ، مشكلات المرحلة السابقة على التعاقد ، المرجع السابق ، ص 200.

مجد في مجال التفاوض وذلك لأن التفاوض بطبيعته يحتاج إلى التعاون الحقيقي بين الطرفين، ولا يتصور أي تعاون من شخص أكره على التفاوض رغم أنفه، ولذا فإن التفاوض في هذا المناخ لا يثمر عقدا، بل سيكون مصيره الفشل لا محالة[1].

إلا أنه إذا كان لا يجوز إجبار المتفاوض بطريق مباشر على الدخول في التفاوض أو الاستمرار فيه، إلا أنه لا يجوز في سبيل حثه على تنفيذ التزامه، أن تستعمل ضده وسيلة الغرامة التهديدية، فيحكم القاضي بإلزامه بدفع مبلغ مالي معين من النقود عن كل مدة زمنية يتأخر فيها عن الدخول في التفاوض أو الاستمرار فيه، غير أنه إذا لم تكن هذه الوسيلة مجدية، فلا مفر ولا مناص من الاكتفاء بالحكم عليه بالتعويض النقدي[2].

إذا فيما يتعلق بالتنفيذ العيني في هذا الموضوع، فلا يتصور الإجبار عليه في حالة الالتزام بالتفاوض لأن الأمر يتعلق بحرية المدين الشخصية على نحو لا يتصور معه الإجبار عليه لأن في ذلك مصادرة لهذه الحرية الشخصية، بعبارة أخرى التنفيذ العيني يفترض إرادة من المدين بالتفاوض بحسن نية لا يمكن تحصيلها عن طريق الإجبار، لذلك يذهب الفقه إلى أن الجزاء الوحيد المتصور في حالة الإخلال بالالتزام بالتفاوض هو المطالبة بالتعويض ولا شك في صحة هذه النتيجة كلما تعلق الأمر بالتفاوض، الذي يستهدف إقامة علاقة تعاقدية غير قائمة بالفعل بين الطرفين، ففي هذه الحالة ليس للتنفيذ العيني من معنى سوى إقامة العلاقة محل التفاوض رغما عن إرادة طرفيهما جاعل كل من مبدأ الرضائية، ومبدأ الحرية التعاقدية في مهب الريح ، وهنا أخذت به محكمة النقض الفرنسية في أحد قراراتها الصادرة سنة 2006 عندما قالت: أن للمستفيد في الوعد بالتفضيل، الحق في المطالبة ببطلان العقد المبرم مع الغير مخالفة للوعد بالتفضيل وحلوله محله، شريطة أن يكون هذا الغير عالما وقت التعاقد مع الواعد بوجود وعد الأفضلية، ونية المستفيد باستعمال حقه في التفضيل[3].

وبالتالي فالقضاء الفرنسي أعطى الحق للدائن بأن يبرم العقد مع المدين الذي لم يوف بوعده رغم إرادته، متى كان الغير الذي أقام معه المدين العلاقة سيء النية، وبالتالي يعتبر هذا في نظرنا بداية لإعطاء المرحلة التمهيدية للعقد أي مرحلة المفاوضات قيمة قانونية على عكس ما كانت عليه من قبل، فقبل سنة 2005 لم يكن هناك أي حكم سواء في القضاء الفرنسي أو المصري أو حتى الجزائري، تجبر

1- د/ عبد الكريم عبد اللاه، التفاوض على العقد، المرجع السابق، ص 617.

2- د/ عبد الكريم عبد اللاه، التفاوض على العقد، نفس المرجع، ص 618.

3- أ/ براهامي فايزة، التزامات الأطراف في المرحلة السابقة للتعاقد، المرجع السابق، ص 202 وما بعدها.

أحد الأطراف على إبرام عقد معين، ثم العدول عن إبرامه أثناء مرحلة التفاوض، أي قبل دخول هذا العقد حيز التنفيذ، وهذا ما قضت به محكمة النقض المصرية في قرارها المتمثل فيما يلي:« مشروع عقد البيع لا يكون ملزما لأي من الطرفين ويستطيع كل منهما الامتناع عن إبرام العقد، ولا يجوز للطرف الآخر إجباره على ذلك عن طريق القضاء » ، إن هذا الحكم يبدو منطقيا، حيث أن قطع التفاوض معناه من الناحية القانونية عدم وجود تراض على عقد معين، وطبقا للنظرية العامة للعقود لا يجوز أن تحل إرادة القاضي محل إرادة أي من المتعاقدين لإبرام عقد معين لا زال في مرحلة التفاوض حول شروطه[1].

هذا فيما يخص التفاوض الذي يهدف أطرافه من ورائه إلى إقامة رابطة تعاقدية غير قائمة بالفعل فيما بينهم، لكن قد يتعلق التفاوض بعلاقة عقدية ناشئة عن عقد مبرم بالفعل بين الطرفين، ومستندة إلى شروط العقد نفسه، أي ما يعرف كما أسلفنا بشرط إعادة التفاوض كما يكون الحال عندما يكون الطرفان قد احتفظا عند التعاقد ببعض العناصر الثانوية لاتفاق لاحق يتم التفاوض عليه بين الطرفين، وكما هو الحال في احتفاظ أحد طرفيه بحقه في المطالبة بتعديل أحد عناصر العقد الأساسية كالثمن مثلا إذا ما تحققت شروط معينة، ونفس الأمر عند الاتفاق على التفاوض لتحديد العقد متى انتهت مدته، في هذه الحالات لا يكون هناك ما يمنع من التنفيذ العيني من خلال الالتجاء إلى القاضي للفصل في النزاع حول العناصر التبعية أو على التعديل، على التجديد الذي يكون محلا للالتزام بالتفاوض الذي حصل الإخلال به، فيستعين القاضي في ذلك بطبيعة المعاملة والعرف والعدالة[2].

وإذا كان لا يجوز للقاضي أن يجبر المتفاوض على الدخول في التفاوض أو الاستمرار فيه فلا يجوز له من باب أولى أن يجبره على التعاقد، أي لا يجوز له أن يحل إرادته محل إرادة المتفاوض الرافض الاستمرار في التفاوض، ويقضي باعتبار العقد المتفاوض عليه قائما على سبيل التعويض العيني، وهذا ما يسلم به جمهور الفقهاء، ولم يجحده القضاء[3].

1- حكمان صادران عن محكمة النقض الفرنسية ، ومحكمة النقض المصرية، مذكوران في مؤلف – أ/ براهامي فايزة، التزامات الأطراف في المرحلة السابقة للتعاقد ، المرجع السابق ، ص 203 وما قبلها.

– طالع في هذا الخصوص المادة 106 من ق . م . ج .

2– أ/ براهامي فايزة ، التزامات الأطراف في المرحلة السابقة للتعاقد ، نفس المرجع ، ص 204.

– هذا ما جاءت به المادة 107 من قانون المدني الجزائري في فقرتها الثانية.

3– د/ عبد الكريم عبد اللاه ، التفاوض على العقد ، المرجع السابق ، ص 620.

الفرع الثاني: ما مدى جواز إجبار المدين على التنفيذ العيني في مرحلة التفاوض

إذا قلنا أنه إذا قامت مسؤولية المتفاوض العقدية عن إخلاله بالتزامه بالتفاوض فإن القاضي لا يستطيع أن يجبره على التفاوض، كما أنه لا يمكنه أن يجبره على إبرام العقد النهائي المتفاوض عليه، وإنما يتعين عليه أن يحكم عليه بالتعويض النقدي فحسب، ومن يفرض عليه ذلك رغم إرادته لا يرجى منه أن يتعاون أثناء التفاوض أو أثناء تنفيذ العقد، الأمر الذي يفتح باب النزاع والشقاق بين الطرفين في المستقبل.

إن العرض بالدخول في المفاوضات العقدية لا يشكل عرصا ملزما، كما أن معالم العقد محل التفاوض أي عناصره الجوهرية أو مسائله الأساسية ما زالت غير محددة ولا مضمونة فلا يستطيع القاضي أن يحل محل أحد الأطراف في إكمال المفاوضات وبناء العقد النهائي بكل مسائلة الأساسية، وعلى هذا الأساس فإن محل الالتزام الذي لم ينفذه ههنا، هو التفاوض وليس التعاقد، لأن هذا الأخير يحتاج على الأقل اتفاقا على العناصر الجوهرية[1]، وبذلك فإن التنفيذ العيني أمر مستبعد في مرحلة المفاوضات والمشكلة قد تثور حول ضياع فرصة حقيقية للتعاقد، وفي العقد نفسه، وهذا ما لم يجد القاضي بداية عقد غير كامل يحتاج إلى تكميل وتنظيم وفقا للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام، وقد حكمت المحكمة العليا في قرار حديث من أن تصرف الواعد في العقار الموعود به، وانتقال ملكيته إلى الغير عن طريق شهر هذا التصرف في المحافظة العقارية، لا يبقى للموعود به سوى دعوى الرجوع على الواعد بالتعويض[2] استنادا لنصوص وقواعد القانون المدني الجزائري[3].

إن الالتزامات الناشئة في مرحلة التفاوض والتي تقوم على أساس تحقيق نتيجة وليس بذل العناية الكافية، تقبل بطبيعتها التنفيذ العيني جبرا على المدين وهو الالتزام بالمحافظة على الأسرار، إذا كان المدين في طريقه لاستغلال هذه المعلومات بنفسه أو بالتصرف بها للغير، جاز للدائن منعه عن ذلك قضائيا، وإذا كان قطع شوطا في هذا الاستغلال، جاز للدائن أن يجبر المدين عن التوقف عن هذا الاستغلال، كاستصدار حكم قضائي بغلق المنشأة التي يتم فيها هذا الاستغلال المخالف، دون الإخلال بحق الدائن في المطالبة بالتعويض، وقد أخذ القضاء الإنجليزي بهذا الحل، حيث أجاز للدائن أن يلجأ إلى القضاء لمنع

1- هذا ما نصت عليه المادة 65 من ق. م. ج .

2- د/ بلحاج العربي ، مشكلات المرحلة السابقة على التعاقد، المرجع السابق، ص 202 وما قبلها.

3- وهذا وفق ما نصت عليه المادة 176 من ق. م. ج .

المدين من نشر أو استخدام أية معلومات سرية سواء كانت مالية أو فنية أو غيرها، يكون قد استحوذ عليها المدين من خلال مرحلة التفاوض[1].

إذا ومن خلال ما سبق ذكره إذا كان التنفيذ العيني هو الأصل في القانون المدني الجزائري[2]، إذ يجب الأخذ به كلما كان ذلك ممكنا، بقصد إعادة الأطراف إلى الحالة التي كانوا عليها قبل حصول الفعل الضار المتمثل في قطع المفاوضات، فإن الفقه في مجموعه ذهب إلى استبعاد التنفيذ العيني في مجال التفاوض، وذلك لأن الأخذ به يعني إلزام الأطراف بمتابعة المفاوضات وصولا إلى تحقيق وإبرام العقد النهائي بالقوة، خلافا لإرادة أحد الأطراف على الأقل، وهو ما يتعارض مع مبدأ الحرية التعاقدية، وعلى هذا الأساس فإن الالتزام بالتفاوض لا يلزم أطرافه بإبرام العقد النهائي المنشود، وإنما يلزمهم فقط بالتفاوض حول هذا العقد تمهيدا لإبرامه، مع مراعاة حسن النية في المفاوضات، ومن ثم فإنه لا يجوز قانونا إجبار المتفاوض على تنفيذ التزامه بالتفاوض تنفيذا عينيا حتى ولو كان هذا التنفيذ ممكنا وغير مرهق للمتفاوض الممتنع، فإن إجباره على التفاوض فيه مساس بحريته الشخصية، كما أنه غير مفيد لأن مصير مفاوضات العقد سيكون الفشل لا محالة ودون أدنى شك[3].

وقد حكمت المحكمة العليا في قرار حديث، من أن تصرف الواعد في العقار الموعود به وانتقال ملكيته إلى الغير عن طريق شهر هذا التصرف في المحافظة العقارية، لا يبقى للموعود له سوى دعوى الرجوع على الواعد بالتعويض، ويبقى هذا عبارة عن مشروع عقد بيع فقط لا يكون ملزما لأي من الطرفين، ويمكن لكل منهما الامتناع عن إبرام العقد النهائي، ولا يجوز فيه الإجبار لأي طرف ما دام لا يوجد لهذا الإجبار سند قانوني أو التزام يفرض هذا الإجبار كما ذكرنا ذلك سابقا، وعندئذ ليس أمام القاضي إلا الحكم بالتعويض لجبر ما لحق بالمضرور من أضرار وفقا لأسلوب التنفيذ بمقابل أو عن طريق التعويض كما سيأتي معنا لاحقا[4].

والسؤال الذي يفرض نفسه في هذا الشأن، مدى جواز لجوء الدائن إلى القضاء طالبا الحكم بالتنفيذ العيني، لينعقد العقد رغما عن إرادة المتفاوض الرافض الاستمرار في التفاوض ، لم يتردد الفقه في مجموعه

1- د/ عبد الكريم عبد اللاه ، التفاوض على العقد، المرجع السابق ، ص 619 وما بعدها.

2- هذا ما نصت عليه المادة 164 من ق. م. ج وما يليها.

3- د/ بلحاج العربي ، مشكلات المرحلة السابقة على التعاقد ، المرجع السابق ، ص 200 وما بعدها.

4- قرار للمحكمة العليا ، الجزائر، مؤرخ في 2001/01/30 ملف رقم 258113، ذكره د/ بلحاج العربي ، نفس المرجع، ص 202.

في استبعاد التنفيذ العيني، كما رأينا سابقا في مجال التفاوض ويستند هذا الرأي إلى الحجج الآتية التي لم يجدها القضاء.

الحجة الأولى: أن محل الالتزام الذي لم ينفذ هو التفاوض، وليس التعاقد، لذلك ليس من المقبول القول بانعقاد العقد، وإذا قلنا أن التفاوض هو ما سيجبر عليه المدين، فليس من المعقول أن تعين المحكمة مثلا من يمثل المدين في عملية التفاوض، ولو كانت المرحلة التي توقفت عندها عملية التفاوض مقبولة ويمكن معها إبرام العقد، وقد أكدت محكمة بروكسل التجارية على استحالة التنفيذ العيني لإعلان المبادئ Accord de Pricipe وأكدت أن ما ضاع هو فرصة للتعاقد وليس العقد نفسه[1].

الحجة الثانية: وكما قلنا سابقا، ولكن في سياق تعداد هذه الحجج، فإن التنفيذ العيني يقتضي فرض التفاوض فرضا على غير راغب في ذلك، وإلزامه بالتنفيذ بحسن نية وبروح التعاون، وهنا نتساءل أي تعاون يمكن أن نتصوره في هذا الصدد بين المتفاوضين ؟ ولا نجد في اعتبارات الملاءمة ما يوحي بأن هذا الحل أو بالأحرى هذا الواقع المفروض هو الحل المقبول[2].

الحجة الثالثة: إن التنفيذ العيني يقتضي اتفاقا على النقاط الجوهرية مع ترك المجال للقواعد المكملة لتلعب دورها في تكملة العقد لعدم وجود اتفاق على ما يخالفها، وهذا الافتراض غير متصور في العقود المركبة الطابع التي تتعدد فيها النقاط الجوهرية، تعددا يستحيل معه على غير الأطراف أنفسهم تكملته طوعا أو اختيارا، وبديهي أن الحل الواجب الأخذ به يعني أن يكون عاما ينطبق على كل العقود، دون نظر إلى فروض محتملة لا تقع إلا في النادر من الحالات.

الحجة الرابعة: إن دور القضاء ليس في أن يحل محل إرادة الأطراف، في إبرام العقود ما دام لا يوجد لمثل هذا التدخل سندا – في إرادة صريحة أو ضمنية للأطراف يبرره – وقد حكمت محكمة النقض المصرية في هذا المعنى بأن مشروع عقد البيع لا يكون ملزما لأي من الطرفين ويستطيع كل منهما الامتناع عن إبرام العقد، ولا يجوز للطرف الآخر إجباره على ذلك عن طريق القضاء.

خلاصة القول أن التنفيذ العيني مستبعد تماما في كل الأحوال التي يكون فيها الأطراف في مرحلة التفاوض بالمعنى الضيق، ما لم يجد القاضي علاقة عقدية تحتاج إلى تكملة بطبيعة الحال[3].

1– د/ محمد حسام محمود لطفي، المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض، المرجع السابق، ص 86.

2– د/ محمد حسام محمود لطفي، المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض، نفس المرجع، ص 86 وما قبلها.

3– د/ محمد حسام محمد لطفي، نفس المرجع ، ص 87.

الفرع الثالث: تطبيقات قضائية فيما يخص إجبار المدين على التفاوض على العقد

رغم ندرة التطبيقات القضائية في شأن الإجبار على التفاوض، إلا أنه ثمة حكما صادرا عن محكمة استئناف باريس[1] قضى بالإجبار على التفاوض، وهذا ما جعل البعض يستند إليه من الفقه طبعا، للقول بإمكانية إجبار المتفاوض على تنفيذ التزامه بالتفاوض تنفيذا عينيا إذا ما قدر القاضي ذلك[2].

وتتعلق وقائع هذا الحكم بعقد توريد كمية من زيت المازوت بين شركة EDF وشركة شل، الفرنسيتين وقد كان العقد يتضمن بندا يلزم الطرفين بإعادة التفاوض حول الثمن، في حالة ارتفاع أو انخفاض الأسعار، وعقب حرب أكتوبر، وحيث ارتفعت أسعار البترول وكان لا بد من أن يتفاوض الطرفان حول تعديل الثمن، وهذا ما حدث فعلا، ولكن التفاوض باء بالفشل، وبرفع الأمر إلى محكمة استئناف باريس قضت المحكمة قبل أن تفصل في الموضوع بإلزام الطرفين بالتفاوض كمحاولة للتوصل إلى اتفاق، على أن يكون للمحكمة في حالة فشل المفاوضات أن تقضي على ضوء المفاوضات والحلول المقترحة، إما بإبطال العقد أو بتعديله بمعرفتها. الواقع أنه لا يمكن التعويل على هذا الحكم وحده للقول بجواز الإجبار على التفاوض بل إنه يتعين استبعاد التنفيذ العيني الجبري من مجال التفاوض، طبعا احتراما لحرية المتفاوض الشخصية، واختيارا وربحا للوقت لأن التنفيذ العيني المتمثل في التفاوض الجبري لا طائل من ورائه، إذ أنه لا يكلل بالنجاح عادة[3].

وفي هذا يبدو القول بإمكان اللجوء إلى الحكم بالغرامة التهديدية لدفع الطرف المتقاعس أو الذي قطع بالفعل المفاوضات، على العودة إليها، أمر غير مستحب، بل وغير منصوح به في مجال العقود الدولية خصوصا، حيث يتعلق الأمر باعتبارات تستلزم قدرا كبيرا من التعاون والتواصل، لاسيما بشأن عقود التنفيذ الاقتصادية، وهكذا يظل التنفيذ بمقابل، أي بدفع بدل نقدي هو الجزاء الملائم[4].

المطلب الثاني: التنفيذ بمقابل أو عن طريق التعويض في مرحلة التفاوض على العقد

إذا نخلف طريق التنفيذ العيني إما لتخلف شرط أو أكثر من شروطه، وإما لاتفاق الدائن والمدين صراحة أو ضمنا على العدول عنه، لم يكن أمام الدائن الحريص على اقتضاء حق إلا ولوج طريق التنفيذ بمقابل، فيحصل على مقابل للتنفيذ العيني يتمثل في تعويض يغطي ما لحقه من ضرر، وما فاته من

1- حكم صادر عن محكمة استئناف باريس في 1976/09/28، ذكره – د/ عبد الكريم عبد اللاه ، في مؤلفه التفاوض على العقد ، المرجع السابق، ص 618.

2- J. Schmidt, op cit, P 207.

3- د/ عبد الكريم عبد اللاه ، المرجع السابق، ص 619 وما قبلها.

4- د/ عبد الكريم سلامة ، قانون العقد الدولي ، المرجع السابق، ص 120.

كسب، أي تعويض عادل وشامل لكل ما لحقه من ضرر مادي ومعنوي من جراء الإخلال بأحد الالتزامات، أو من جراء القطع التعسفي للمفاوضات، وهذا التعويض بمقابل نص عليه المشرع الجزائري في القانون المدني

إذا ومن خلال مطلبنا هذا سندرس هذا الموضوع من خلال ثلاث فروع الأول بعنوان المقصود بالتعويض بمقابل في مرحلة التفاوض على العقد، أما الفرع الثاني فوضعناه بعنوان شروط التعويض بمقابل في مرحلة التفاوض على العقد، أما الفرع الثالث فوضعناه بعنوان الأضرار التي يعوض عنها في مرحلة التفاوض على العقد، وهذا على النحو الذي سيأتي بيانه.

الفرع الأول: المقصود بالتنفيذ بمقابل في مرحلة التفاوض على العقد

التعويض بمقابل، أو ما يسمى بالتنفيذ غير المباشر أو يسمى الالتزام بمقابل[1]، وفي القانون المدني الجزائري يسميه التنفيذ بطريقة التعويض، وهو أنه إذا استحال على المدين أن ينفذ الالتزام عينا حكم عليه بتعويض الضرر الناجم عن عدم تنفيذ التزام ما لم يثبت أن استحال التنفيذ نشأت عن سبب لا يد له فيه، ويكون الحكم كذلك إذا تأخر المدين في تنفيذ التزامه[2]، وإذا لم يكن التعويض مقدرا في العقد أو في القانون فالقاضي هو الذي يقدره وفقا لما لحق المضرور من خسارة وما فاته من كسب بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام أو للتأخر بالوفاء به، ويعتبر الضرر نتيجة طبيعية إذا لم يكن في استطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول[3].

أما بالنسبة للضرر المعنوي فهو يشمل التعويض عن الضرر المعنوي وهو كل مساس بالحرية أو الشرف أو السمعة[4].

فإذا نكل المتفاوض عن تنفيذ التزامه بالتفاوض عينا، لم يكن أمام المتفاوض الآخر إلا المطالبة بالتنفيذ بمقابل، والذي يتمثل في تعويض نقدي جابرا للضرر من كل جوانبه.

ويلاحظ أن التعويض يشمل الضرر المباشر الذي يعد نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام بمعنى أنه لم يكن في استطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول، وفي هذا الصدد نفرق بين المسؤولية العقدية

1- د/ محمد حسام محمود لطفي، المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض، المرجع السابق، ص 87.

2- هذا نص المادة 175 من ال ق. م. ج .

3- هذا ما نصت عليه المادة 182 مكرر من ال ق. م. ج .

4- هذا نص المادة 182 مكرر من ال ق .م. ج . هذه المادة مضافة بالقانون رقم 10/05 المؤرخ في 2005/06/20 المعدل والمتمم الق . م. ج.

والمسؤولية التقصيرية حيث لا يعوض من حيث المبدأ في إطار المسؤولية الأولى إلا عن الضرر المباشر المتوقع بمعيار موضوعي وليس ذاتي وحده، ما لم يثبت ارتكاب المدين غشا أو خطأ جسيما حيث يلتزم المدين بتعويض الدائن عن الضرر المباشر المتوقع وغير المتوقع، وفي كل الأحوال يشترط للتعويض عن الكسب الغائب أن يكون للأمل في هذا الكسب أسباب مقبولة وبذلك يغطي التعويض كل الضرر مهما قل شأنه في الحال أو في المستقبل، ما دامت إمكانية وقوع الضرر في المستقبل قوية، وليس باحتمالات عدم تحققه، والمحتمل مع ملاحظة أن الضرر المحتمل لا يعوض عنه إلا إذا تحقق فعلا حيث يصبح ضررا حالا، على أن يراعي القاضي الظروف والملابسات التي وقع فيها الضرر وهذا ما يفتح المجال عمليا لأخذ جسامة الخطأ في الاعتبار[1].

فإن الأضرار التي تقبل التعويض عنها في إطار المرحلة قبل العقدية لا تدخل تحت حصر، وإن كان في الإمكان القول بتوافرها كلما وقع إخلال بأي من الالتزامات التفاوضية، وهذه الالتزامات قد تكون المسؤولية الناجمة عن الإخلال بها عقدية أو تقصيرية كما سبق قول ذلك[2].

وطبقا للقواعد العامة في التعويض فإن القاضي، هو الذي يتولى مهمة تقدير التعويض شريطة أن لا يكون التعويض مقدرا في اتفاق التفاوض، وعليه فإنه يجب على القاضي عند تقدير التعويض أن يرجع أولا إلى اتفاق الطرفين، فإذا كان الطرفان قد حددا مقدما في اتفاق التفاوض، أو في اتفاق لاحق قيمة التعويض الذي يستحقه الدائن في حالة عدم تنفيذ المدين لالتزامه أو تأخره في هذا التنفيذ، وهو ما يسمى بالتعويض الاتفاقي أو الشرط الجزائي، يتعين على القاضي أن يحكم بالمبلغ المتفق عليه دون زيادة أو نقصان، إذ الفرض أن الطرفين قد قصد بهذا الشرط الجزائي استبعاد سلطته التقديرية[3].

وقد نص القانون المدني الجزائري، أنه يجوز للمتعاقدين أن يحددا مقدما قيمة التعويض بالنص عليها في العقد أو في اتفاق لاحق، ولا يكون التعويض المحدد في الاتفاق مستحقا إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أي ضرر، ويجوز للقاضي أن يخفض مبلغ التعويض إذا أثبت المدين أن التقدير كان مفرطا أو أن الالتزام الأصلي قد نفذ في جزء منه، ويكون باطلا كل اتفاق يخالف ما سبق ذكره[4].

1- د/ محمد حسام محمود لطفي، المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض، المرجع السابق، ص 88 وما قبلها.

2- د/ محمد حسام محمود لطفي، نفس المرجع، ص 88 وما بعدها.

3- د/ عبد الكريم عبد اللاه ، التفاوض على العقد، المرجع السابق ، ص 623.

4- هذا ما نصت عليه المواد 183 و184 من ال ق. م. ج .

الفرع الثاني: الأضرار التي يعوض عنها في مرحلة التفاوض على العقد

وفي حقيقة الأمر فإن الأضرار التي تقع والتي يمكن المطالبة بالتعويض عنها في مرحلة التفاوض، لا تدخل تحت حصر، إذا من خلال ذلك سنقتصر فيما يلي على أهم هذه الأضرار:

أولا- ضياع الوقت

إن ضياع الوقت عادة في مرحلة التفاوض على العقد من الأضرار المتوقعة لذا يجب التعويض عنه متى قام الدليل على ضياعه، ويتمثل هذا الوقت الضائع في الساعات والأيام والشهور، وأحيانا عدد في السنين في التفاوض على العقود الثقيلة والكبيرة ذات الأهمية الاقتصادية والتطبيقية الكبيرة في الميدان، والتي تستدعي مناقشات ودراسات وتنقلات كثيرة من بلد إلى آخر.

ونظرا لندرة العناصر المادية التي تساهم في تحديد مقدار الضرر المتمثل في ضياع الوقت، فإن القاضي يقوم بتقدير التعويض عنه جزافا وفقا لقواعد العدالة[1].

وقد تعرضت من جانبها وأكدت محكمة النقض الفرنسية في أحد أحكامها على وجوب التعويض عن ضياع الوقت في المفاوضات، فقد قام مالك عقار بالتفاوض مع زوجين يرغبان في شرائه، وعندما وجه إليهما إيجابا بالبيع طلبا منه تحديد مدة القبول حتى يتسنى لهما تدبير التمويل اللازم للشراء، وبعد ثلاثة أشهر من الانتظار أعلن الزوجان رفضهما للإيجاب نهائيا. وعدلا عن التعاقد دون إبداء أي سبب، فتمسك الموجب بأن الرفض جاء متأخرا، وطالب بتعويضه عن ضياع الوقت، وقد عابت محكمة النقض على قضاة الموضوع رفضهم طلب الموجب، لكونهم لم يأخذوا بعين الاعتبار أن الموجب كان قد اعتقد في التزامه بالبقاء على إيجابه، مما دفعه إلى عدم التصرف في عقاره طيلة هذه المدة[2].

ثانيا- نفقات التفاوض

إنه نظرا إلى اختلاف طبيعة المفاوضات من عقد إلى آخر، وتكون الأضرار الناجمة عن الإخلال بالالتزام بالتفاوض عديدة ولا تقع تحت حصر، كما قلنا ذلك سابقا. تمسك القضاء الألماني بالتعويض على المصلحة السلبية، كالنفقات التي تكبدها المتفاوض المضرور في سبيل التفاوض والإعداد لعقد محل التفاوض، وضياع الوقت في عملية التفاوض، والنيل من الثقة في شخصه، وفقدان فرص جدية كانت متاحة...الخ، وكذا عن المصلحة الإيجابية، والمتمثلة في التعويض عن ضياع فرصة التعاقد، متى كانت

1- د/ محمودي مسعود ، أساليب وتقنيات إبرام العقود الدولية ، المرجع السابق ، ص 183.

2 - حكم ذكره د/ رجب كريم عبد اللاه ، المرجع السابق، ص 627.

- Cass. Civ. 19 jan 1977, D. 1977.

فرصة جدية وحقيقية، وخاصة من جراء قطع المفاوضات بدون سبب جدي، فقد اتجه وسار على ذلك القضاء الفرنسي، من أن التعويض يجب أن يغطي كل الأضرار المادية والمعنوية اللاحقة بالمضرور، وهي الخسارة الواقعة فعلا التي يعود تحديد مقدارها لقضاة الموضوع، فهي تشمل كافة النفقات والمصاريف التي تكبدها المتفاوض المضرور في سبيل التفاوض، والإعداد للعقد والدراسات الفنية، وتقارير الخبراء، والسفر والإقامة والاتصالات، وضياع الوقت بالإضافة إلى الأضرار الناشئة عن إفشاء معلومات وبيانات عن استعمال مهارات والمساس بالسمعة التجارية والنيل من مصداقية المضرور[1].

ثالثا – الفرص الضائعة

يجوز للدائن الحصول على تعويض عن الفرص التي ضاعت منه لإبرام عقود أخرى محل العقد الذي لم يحصل عليه، وذلك إذا ما أثبت ضياع هذه الفرص وعدم تسببه كليا أو جزئيا في ضياعها بخطأ منه، فإذا ما عجز عن إقامة الدليل على ذلك لم يكن أمامه إلا الاكتفاء بالتعويض عما فقد من وقت في عملية تفاوض لم تسفر عن النتيجة التي كان يرجوها، ونؤكد في هذا المقام على أن التعويض عن الفرصة الضائعة لا يدخل في تقديره ما كان سيكسبه الضحية من العقد الآخر الذي ضاعت عليه فرصة إبرامه، اللهم إلا إذا أثبت الدائن سحبه إيجاب ملزم قدم إليه، أو عدول عن وعد بعقد كان سيقبله لولا الأمل الكاذب الذي خلقه الطرف الآخر في نفسه، وجعله ينظر إلى الصفقة موضوع التفاوض كما لو كانت مضمونة المنال[2].

رابعا – تفويت فرصة إبرام العقد محل التفاوض

إن الهدف الأساسي لعملية التفاوض هو إبرام العقد النهائي المنشود من كلا الطرفين، وقد يكون خلال التفاوض مسلك أحد المتفاوضين خاطئا، مما يؤدي إلى فشل التفاوض وبالتالي فقدان الأمل في انعقاد العقد الذي قامت من أجله المفاوضات. وبالتالي فإن تساؤلا مهما لا بد وأن يطرح، وهو اعتبار فوات فرصة انعقاد العقد ضرر يجب التعويض عنه.

1– د/ بلحاج العربي ، مشكلات المرحلة السابقة على التعاقد، المرجع السابق ، ص 204.

2– د/ محمود حسام محمود لطفي ، المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض ، المرجع السابق، ص 95 وما قبلها.

– د/ أيمن إبراهيم العشماوي ، تفويت الفرصة، المرجع السابق ، ص 61 وما بعدها.

واجه هذا التساؤل موقفا متشددا، فجاء في حكم صادر من محكمة بروكسل أنه ليس للطرف المتضرر من قطع المفاوضات أن يطالب بالتعويض عن المزايا التي كان سيحصل عليها عن عقد لم يكن له أن يعتمد عليه، فتعويضه عن هذه المزايا يؤدي إلى حصوله على ما يفوق ما حرم منه[1].

ويؤيد جانب من الفقه هذا الاتجاه فيرى أنه من غير المقبول أن يترتب عن عدم انعقاد العقد محل التفاوض حق للطرف المضرور في التعويض، حيث ينعدم وجود الفرصة الجادة لأن إبرام العقد الدولي يكون دائما أمرا افتراضيا، ومن ثم يجب أن يقتصر التعويض على نفقات التفاوض كمصاريف التنقل والدراسات الأولية والإقامة، دون أن يمتد لتعويض إلى المزايا التي كانت ستحقق لو كان العقد قد أبرم، والقول بغير ذلك يؤدي بطريق غير مباشر إلى ترتيب آثار للعقد دون أن يتم، وهذا ما ذهب إليه القانون والقضاء الإنجليزي. لكن هذا الاتجاه لا يجب أن يؤخذ على إطلاقه، فالقضاء قد استقر في فرنسا ومصر على أن تفويت الفرصة يعد ضررا محققا وحالا، وعلى المدين أن يعوض الدائن والقانون لا يمنع أن يدخل في حساب الكسب الفائت الذي هو أحد عناصر التعويض، ما كان يأمله المضرور من كسب، ما دام أن هذا الأمل يستند إلى أسباب معقولة ، فإذا كانت الإفادة من الفرصة أمرا محتملا إلا أن تفويتها يعد أمرا محققا، ومن ثم لا بد أن تدخل في عناصر الضرر اللازم التعويض عنه، وفي هذا يختلف تفويت الفرصة عن الضرر الاحتمالي، فالحرمان من الفرصة حتى فواتها هو ضرر محقق حتى ولو كان الإفادة منها أمرا محتملا، فالضرر يتمثل في تفويت الفرصة، وهذا مؤكد، أما الإفادة منها فهي أمر احتمالي غير مؤكد[2].

وعلى ذلك فإن إبرام العقد يعطي الفرصة لتحقيق الكسب، وإن كان لا يعني الحصول بالفعل على هذا الكسب، بمعنى آخر فإن الضرر يتمثل في مجرد فوات فرصة تحقيق الربح، لكنه لا يمتد إلى الحرمان من الأرباح، لأن الحصول عليها أمر محتمل، ولهذا فإن تفويت الفرصة يستلزم توافر فرصة جدية حقيقية تم الحرمان منها، فإذا فوت أحد أطراف المفاوضة على الطرف الآخر فرصة إبرام العقد بخطئه، فليس للمتضرر أن يدعي فوات الفرصة إلا إذا كانت هناك فرصة جدية في إبرام العقد.

فإذا كانت المفاوضة تجري خارج الإطار العقدي، وما زالت المفاوضات في مهدها، فإن انعدام فرصة إبرام العقد تحول دون الإدعاء بتوافر الضرر بتفويت الفرصة، فعدم جدية الفرصة يعني أن الضرر

1- د/ محمد أبو زيد ، المفاوضات في الإطار التعاقدي ، المرجع السابق ، ص 86.

- حكم ذكره نفس المرجع ، حكم صادر عن محكمة بروكسل في 1985/06/24 ، مجلة المحكمة (J.T) لـ 1986/04/12، ص 236 وما بعدها.

2- د/ محمد أبو زيد ، نفس المرجع ، ص 87.

- د/ أيمن إبراهيم العشماوي ، المرجع السابق ، ص 62 وما بعدها.

احتمالي وغير مؤكد، أما إذا كان التفاوض يجري في إطار عقدي أو خارج الإطار العقدي، ولكن تكشف الملابسات عن تقدم المفاوضات، فإن فرصة إبرام العقد تكون جادة ومن ثم فإن تفويتها يعد أمرا محققا يلزم بدوره أن يدخل من بين عناصر التعويض[1].

ويتضح للمتابع لأحكام القضاء الفرنسي في خصوص المزايا التي فقدت بسبب عدم إبرام العقد، أنه لا مانع من تعويضها طالما توافرت الفرصة الجادة في إبرام العقد، ومن ذلك حكم محكمة النقض الفرنسية، الذي قضى بمسؤولية عامل عن التعويض لما سببه لصاحب العمل من فقد أحد أهم عملائه، وكذا حكمها والذي قضى بأحقية ضحية حادث طريق في التعويض عن فقده فرصة إبرام عقد عمل بشروط مميزة، ففي هاتين الفرضيتين توافرت الفرصة الجادة لإبرام العقد، ومن ثم وجد التبرير للقضاء بالتعويض عن ضياع المزايا التي كان سيحققها العقد لو كان قد تم أما في حكمها كذلك، فقد أيدت حكم محكمة الموضوع الصادر برفض التعويض عن ضياع فرصة إبرام العقد محل التفاوض بين الأطراف[2].

وتتلخص أحداث هذا الحكم الأخير أن مدير إحدى الشركات لم يتمكن من مباشرة وظيفته بسبب حادث وقع له، فطالبت الشركة التي يعمل بها شركة التأمين بتعويض عما لحقها من ضرر بسبب عدم إبرام صفقة كانت بصددها المفاوضات عن طريق المدير الذي أصيب، إلا أن محكمة الموضوع رفضت هذا الطلب على أساس أن إبرام الصفقة لم يكن مؤكدا، طعنت الشركة في هذا الحكم بالخطأ في تطبيق القانون، برغم أن المحكمة فاتها أن تبحث مدى توافر الفرصة[3] الجادة لإبرام العقد على ضوء تقدم المفاوضات ودرجة احتمالات تنفيذ الصفقة، إلا أن محكمة النقض رفضت الطعن على أساس أن محكمة الموضوع قد أعملت القانون وبررت حكمها بتوضيح أن إبرام الصفقة كان أمرا افتراضيا ومشكوكا فيه إذا المعيار الذي يرشد القاضي، كما يشير إلى ذلك الفقه، هو درجة احتمال تمام العقد[4].

1- د/ محمد أبو يزد ، المفاوضات في الإطار التعاقدي، المرجع السابق، ص 79 وما قبلها.

2- الحكم الأول صادر بتاريخ 03 ماي 1979، أما الحكم الثاني فهو صادر بتاريخ 1985/02/27، أما الحكم الثالث فهو صادر بتاريخ 1987/07/12، ذكرهم د/ محمد أبو زيد، في نفس المرجع ، ص 78 و79.

3- د/ جلال علي العدوي ، أصول الالتزامات، مصادر الالتزام، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر 1997، ص 434.
- د/ محمد أبو زيد ، نفس المرجع ، ص 80.

4- د/ محمد أبو زيد ، المفاوضات في الإطار التعاقدي، نفس المرجع، ص 79.

خامسا – تفويت فرصة إبرام عقد بديل مع الغير

يجوز للطرف المتضرر الذي يستعمل حقه في إنهاء المفاوضات أن يطلب تعويضات عن ضياع فرصة إبرام عقد بديل عن العقد الذي فشل في إبرامه بسبب خطأ الطرف الآخر.

فإذا كان أحد طرفي التفاوض وهو المشتري قد أعلن إنهاء التفاوض وفسخ اتفاق التفاوض بسبب خطأ الطرف الآخر والبائع، فإن الأمر لا يخلو من أحد فرضين، الأول أن يكون مقابل إبرام الصفقة البديلة معادى للمقابل الذي كان سيدفعه في العقد النهائي أو أقل منها فهذا لا خسارة تلحق المتفاوض الذي سيشتري، ولا كسب يفوت عليه، والفرض الثاني، أن يكون الثمن الذي سيدفعه في الصفقة البديلة أعلى من الثمن الذي كان سيدفعه، فإن الخسارة عندئذ تلحق المشتري ولذا يكون من حقه المطالبة بالتعويض في هذا الفرض، وعلى أية حالة فإن القاضي هو الذي يقدر التعويض على ضوء ما يتناسب مع مدى الفرصة الضائعة، وقد صدر حكم من محكمة النقض الفرنسية يؤيد هذا الاتجاه في فرض التعويض[1].

إذا نلاحظ من ظروف هذا الحكم سهولة إثبات أن المتفاوض المتضرر كان سيبرم عقدا بديلا مناظرا للعقد محل التفاوض لو أنه لم يرتبط بالتفاوض مع المتفاوض المسؤول عن إفشال المفاوضات، ومن ثم لم تواجه المحكمة صعوبة في هذا الشأن، لكن الأمور لا تسير دائما على هذا الحال، ولذا فالفقه يشير إلى أن إثبات هذه المسألة ليس دائما أمرا سهلا[2].

سادسا – المساس بالسمعة التجارية

لا شك أن قطع المفاوضات مع الطرف المقابل أو التاجر بدون أي سبب أو مبرر موضوعي من شأنه أن ينال من سمعته التجارية بين أقرانه في الوسط المهني التابع له، إذ ذلك غالبا ما يثير حوله الشكوك ويعرضه للأقاويل، فقد يشيع بين الوسط المهني أن قطع المفاوضات مع هذا التاجر في مثل هذه الظروف الغامضة، لا بد وأن يكون وراء أسباب خفية تتعلق بسوء مركزه المالي أو القانوني، أو قلة خبرته في إدارة المفاوضات مما جعله فريسة سهلة في يد المتفاوض الآخر، وكل ذلك طبعا يؤثر على سمعة التاجر في السوق في الحاضر والمستقبل، ويظهر بالساذج الذي يسهل خداعه والتلاعب به، ويعد المساس بالسمعة التجارية للمتفاوض التاجر، نتيجة لقطع التفاوض معه بدون سبب معقول، من قبيل الضرر الأدبي الذي يجب جبره، ومن ثم يتعين على القاضي أن يدخله في اعتباره عند تقدير التعويض[3]، وقد قضت بذلك

1– حكم صادر في 1993/11/17 تمت الإشارة إليه سابقا في ص 168 و169.

2– د/ محمد أبو زيد، المفاوضات في الإطار التعاقدي، المرجع السابق، ص 81 وما قبلها

3- M. Fontaine, ,op cit, P 43.

محكمة النقض المصرية تطبيقا لذلك في حكمها السابق ذكره بتعويض المتفاوض التاجر، الذي تم قطع التفاوض معه فجأة وبدون أي مبرر، عن الضرر الأدبي الذي أصابه من جراء إظهاره بمظهر من يسهل خداعه ومن لا يوثق به، مما ينال من سمعته واعتباره في السوق التجاري[1].

سابعا- عدم تنفيذ عقود أخرى أبرمت مع الغير استنادا إلى مشروع العقد المتفاوض عليه

قد يقوم المتفاوض أثناء سير المفاوضات بإبرام عقود معينة مع الغير بهدف الاستعداد لتنفيذ العقد المرتقب الذي يجري التفاوض عليه، كأن يبرم عقد قرض لتمويل المشروع المتفاوض عليه، أو عقد تأمين عليه، أو عقد إيجار للأجهزة والمعدات اللازمة لتنفيذه، أو أن يتعاقد مع العمال الذين سيقومون بالتشييد، أو أن يبرم عقد نقل للبضائع التي يتفاوض على شرائها...الخ، فإذا ما فشل التفاوض على العقد الأصلي، فإن ذلك يؤدي لا محالة إلى عدم تنفيذ هذه العقود التكميلية أو المساعدة، وإذ ينسب الفشل إلى المسلك الخاطئ للمتفاوض المسؤول، فهل يستطيع المتفاوض المضرور أن يرجع على هذا الأخير بما يستحق عليه من تعويضات لصالح الغير لعدم تنفيذ لما أبرمه معه من عقود ؟[2] والراجح هنا أنه يجب التفرقة هنا بين فرضيتين:

الفرض الأول: أن يكون المتفاوض الآخر المسؤول عن فشل المفاوضات عالما بهذه العقود ولم يعترض عليها، أو أنه هو الذي حث المتفاوض المضرور على إبرامها مطمئنا إياه بأن العقد المتفاوض عليه على وشك الانعقاد، ففي هذه الحالة تقضي العدالة بأن يكون هذا المتفاوض المسؤول ملتزما بدفع التعويضات المستحقة على المتفاوض المضرور تجاه الغير.

الفرض الثاني: أن المتفاوض الآخر المسؤول عن فشل المفاوضات غير عالم بهذه العقود، أو كان عالما بها لكنه اعترض على إبرامها، ففي هذه الحالة وطبقا لقواعد العدالة كذلك، فإن هذا المتفاوض لا يكون مسؤولا عن التعويضات التي تستحق على المتفاوض المضرور اتجاه الغير، بسبب عدم تنفيذ هذه العقود[3].

وعلة ذلك أن المتفاوض المضرور هو الذي تسرع برعونته وعدم احترازه في إبرام هذه العقود قبل الأوان، وقد كان حريا به أن ينتظر ريثما يتم إبرام العقد المتفاوض عليه بالفعل، خاصة وأنه يعلم أو كان ينبغي عليه أن يعلم، أن إبرام هذا العقد هو أمر احتمالي قد يتحقق وقد لا يتحقق، فالمتفاوض الحريص يتعين عليه أن يبرم أي عقد مع الغير للمساهمة في تنفيذ العقد النهائي المتفاوض عليه إلا بعد أن ينعقد

1- Cass, Com, 9 Fev, 1981, D 1982, P 04.

2- د/ محمد أبو زيد، المرجع السابق، ص 112.

3- د/ محمد حسام محمود لطفي، المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض، المرجع السابق، ص 97 وما بعدها.

هذا العقد النهائي فعلا ويدخل حيز التنفيذ، فإذا ما أبرم عقدا مع الغير قبل ذلك بدون علم المتفاوض الآخر أو بالرغم من اعتراضه فقد أخطأ، وعندئذ يجب ألا يقع خطأه إلا على أم رأسه أما المتفاوض الآخر فلا معنى لتحميله نتيجة الخطأ هذا من الناحية الأولى[1].

أما من الناحية الأخرى فإن إبرام مثل هذه العقود بدون علم المتفاوض الآخر يعد أمرا غير متوقع عند الاتفاق على التفاوض، ومن ثم فإن المتفاوض الآخر لا يكون مسؤولا عن النتيجة الضارة وذلك طبقا لقواعد المسؤولية العقدية التي تشترط في الضرر أن يكون مما يمكن توقعه عادة وقت التعاقد[2].

وعلى كل حال فإن المتفاوض الذي يصر على إبرام مثل هذه العقود مع الغير، لكي يبرهن على جديته في التفاوض. وحرصه على التنفيذ السريع للعقد حينما يتم إبرامه، يستطيع أن يحتاط لنفسه ويضمن هذه العقود بندا يجعل نفاذها معلقا على شرط واقف، هو إبرام العقد الأصلي المتفاوض عليه.

الفرع الثالث: التعويض بمقابل في مرحلة التفاوض على العقد

إذا أثبت خطأ المتفاوض وترتب على ذلك ضرر، كان للمضرور الحق في إثبات ذلك والمطالبة بالتعويض، هذا التعويض في الأصل يجوز أن يتمثل في الإجبار على التفاوض أو الإجبار بإبرام العقد، بل يقتصر دور القاضي في مجرد الحكم بالتعويض النقدي الجابر للضرر طبقا للقواعد العامة، ومن ثم فعلى المدعى أن يثبت عدم قيام المدين بالتزامه وما ترتب عن ذلك من أضرار، لكن كيف يتم إثبات عدم التنفيذ عندما يكون الالتزام مجرد التزام ببذل العناية الكافية[3].

يتميز الالتزام الناشئ عن اتفاق التفاوض بكونه التزاما مزدوجا يقع على عاتق كل من الطرفين، يلقي على أحدهما ما يلقيه على عاتق الآخر، ولذلك فإدعاء أحد الطرفين عدم تنفيذ الطرف الآخر يفترض بالضرورة قيامه هو بتنفيذه، وبعبارة أخرى فمجرد اتخاذ المدعى عليه موقفا معينا يحول دون التوصل إلى العقد المنشود، يشكل بذاته إخلالا منه بتنفيذ التزامه بالتفاوض، لكنه يصبح مشكلا لهذا الإخلال إذا ما كان المدعى ذاته قد اتخذ من جانبه ما يكفي لتنفيذ التزامه، بمعنى أن الذي يضفي على موقف المدعى عليه وصف عدم التنفيذ أو الإخلال بالعقد، هو التفاوض هذا الموقف مع موقف المدعى ذاته، وعلى هذا النحو فإن المدعى بالتعويض يكون عليه أن يثبت أولا اتخاذ هذا الموقف الذي يمليه عليه التزامه، ويكون على

1- د/ عبد الكريم عبد اللاه ، التفاوض على العقد، المرجع السابق ، ص 636.

2- هذا ما نصت عليه المادة 02/182 ل. ق. م. ج الساري المفعول والتي تقابلها المادة 02/221 من ال ق. م. م.

3- أ/ براهامي فايزة ، التزامات الأطراف في المرحلة السابقة على التعاقد، المرجع السابق، ص 204.

الطرف الآخر بدوره أن يثبت اتخاذه الموقف الذي يمليه عليه التزامه المماثل، فإن عجز عن هذا الإثبات ثبت الإخلال بالالتزام في جانبه، ولم يعد أمامه من سبيل لدفع المسؤولية سوى إثبات السبب الأجنبي[1].

ويمكن للقاضي أن يقدر التعويض من خلال الكشف عن عناصر الضرر، مثل نفقات التفاوض وضياع الوقت والجهد، وكذلك المساس بالسمعة التجارية، حيث قد يؤدي قطع المفاوضات دون مبرر إلى النيل من سمعة التاجر في وسطه المهني وإثارة الشكوك والأقاويل حوله، وبعد ذلك ضررا أدبيا يدخل في الاعتبار عند تقدير التعويض[2].

نطاق التعويض عن الضرر: إذ يشمل التعويض الأضرار المادية والأدبية التي لحقت بالطرف الآخر، والذي أحدث الإخلال بالتزامات التفاوض في مواجهته، سواء كان من ناحية الضرر الناتج عن نفقات التفاوض، ونفقات الاستعداد له، والنفقات التي صرفت لإبرام العقد النهائي، ومصاريف التنقلات والإقامة والدراسات الأولية التي قدمت في المفاوضات وعن المساس بالسمعة التجارية، وعموما أي ضرر آخر نشأ عن الإخلال بالالتزامات المرتبطة بالعقد محل التفاوض، وتفويت فرصة إبرام العقد النهائي مع وجود الفرصة الجادة والمحققة، فعدم جدية فرصة إبرامه أي أن الضرر احتمالي وغير مؤكد، وبالتالي لا يجب التعويض، وعلى كل يبقى للقاضي أو المحكمة أن تقدر كل حالة على حدة، حيث ومن خلال الظروف أن المفاوضات كانت قد شارفت على نهايتها بشكل حاسم للوصول إلى اتفاق حول العقد النهائي، فإن قطع المفاوضات دون مبرر معقول، في ظل وجود فرصة حقيقية ومؤكدة لإبرام العقد النهائي، يعد ضررا يستوجب التعويض[3].

ولعل ما يساندنا في هذا الخصوص مادة من مبادئ عقود التجارة الدولية التي أعدها Unidroit الذي جاء به– أن:« تفويت الفرصة يمكن التعويض عنه في حدود احتمال تحقيقها»[4]، وفي هذا المعنى قضت محكمة بروكسل التجارية بذلك.

ويمكن التعويض عن تفويت فرصة إبرام عقد بديل، إلا أن هناك العديد من الصعوبات ستثور بخصوص إثبات أن المفاوض المتضرر كان سيبرم بشكل مؤكد عقد بديلا للعقد الذي كانت تدور المفاوضات من أجل التوصل إليه، لو أنه لم يدخل في المفاوضات مع الطرف الآخر الذي قطع

1– أ/ براهامي فايزة ، التزامات الأطراف في المرحلة السابقة على التعاقد ، نفس المرجع ، ص 204.

2– أ/ براهامي فايزة ، نفس المرجع، ص 205.

3– د/ محمد حسام محمود لطفي ، المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض، المرجع السابق، ص 64.

4– هذا نص المادة 02/07 من مبادئ عقود التجارة الدولية Unidroit لعام 1994.

المفاوضات، دون سبب معقول، كما أن مبلغ التعويض يمكن أن يكون ضئيلا لو كان خطأ المسؤول عن فشل المفاوضات كان يسيرا، كما لو كان قد أهمل بعض الأمور التي تسببت في ذلك، وانتهت المفاوضات في وقت مبكر وقبل إحراز أي تقدم فيها[1].

ومهما يكن من أمر، فإن القانون الواجب التطبيق على عقد التفاوض هو الذي سيحكم كل المسائل الأخرى الخاصة بالمسؤولية عن الإخلال بالالتزامات الناشئة عن العقد، ومنها الشروط المقيدة أو المعفية من المسؤولية...الخ.

إنه لو أحسن المفاوضون عملهم وتلاقت أهدافهم ومصالحهم المشتركة، لأبرموا عقدا يكفي بذاته لتنظيم روابطهم العقدية، ولأغناهم عن اللجوء إلى القوانين الوطنية التي تثير باختصاصها قاعدة تنازع القوانين، ومنه وبالتالي إعداد عقد جيد ومحبوك الصياغة والتحرير، على نحو يحقق له الكفاية الذاتية، إذا مختلف القواعد التي تحكم هذه المفاوضات إلى بعض الممارسات العملية، وما أرساه القضاء الوطني وقضاء التحكيم التجاري الدولي، في ظل الفراغ التشريعي في كل أو معظم القوانين الوضعية لمختلف الدول، ومنها المشرع الجزائري الذي نرجو منه أن يستدرك كل ذلك من تقنين مختلف المسائل التي ذكرناها والخاصة بالعملية التفاوضية كما رأينا[2].

المطلب الثالث: مسؤولية الغير عن إفساد المفاوضات العقدية

لعل تدخل الغير في مجريات العملية التفاوضية والتي قد تكون ناجحة في كثير من الحالات، فيفسد عليه تحقيق الهدف المنشود من التفاوض وهو إبرام العقد النهائي وينتزع الصفقة من بين يديه، وهو من أهم الأمور التي تشكل خطرا دائما على عملية التفاوض وخاصة في العقود الثقيلة والهامة اقتصاديا واجتماعيا وحتى علميا والتي لها طبعا آثار كثيرة أخرى على المصلحة العامة، وهو ما يدفع المتفاوضين إلى إحاطة مفاوضاتهم بكثير من السرية التامة وهذا باتفاق بينهما خوفا من المترصدين والتي تدفعهم أهداف كثيرة منها الاقتصادية ومنها العملية، ومنها حتى السياسية كما نراه في عالمنا اليوم,

إذا نحن من جانبا سندرس هذا الموضوع في هذا المطلب من خلال ثلاث فروع، عنونا الأول بمدى تدخل الغير لإفساد المفاوضات العقدية، ثم قمنا بعنونة الثاني بتطبيقات قضائية حول تدخل الغير لإفساد المفاوضات العقدية، ثم قمنا بعنونة الفرع الثالث بموقف الإسلام من تدخل الغير في إفساد المفاوضات العقدية.

1- د/ أحمد عبد الكريم سلامة ، قانون العقد الدولي ، المرجع السابق ، ص 122.

2- د/ أحمد عبد الكريم سلامة ، نفس المرجع، ص 123.

الفرع الأول: مدى تدخل الغير لإفساد المفاوضات العقدية

لعل أهم ما يؤرق المتفاوضين، وخاصة الطرف الضعيف في العلاقة أو لنقل المتلقي أو المدين فيها هو سماع الغير المنافس ولأسباب كثيرة، وتدخله بطريقة أو بأخرى لإفساد عملية التفاوض على هذا العقد ثم محاولة الإستحواذ عليه بتقديم تنازلات وعروض أكثر إغراء، وهذا يجعل الطرف خاصة القوي أثناء التفاوض على قطعه دون سبب معقول وجدي وينسحب دون رد على الطرف الآخر، وهذا ما قد يكون من الأسباب الخفية لذلك، وهذا ما يدفع بالمتفاوضين عادة إلى إحاطة المفاوضات بسياج من السرية التامة خوفا من صائدي الصفقات الذين يتربصون بهم كما ذكرنا ذلك سابقا.

ويعد تدخل الغير في المفاوضات الجارية وإفسادها على صاحبها من الظواهر الإنسانية السيئة التي إزداد وقوعها واستفحل مكرها في ظل غياب الأخلاق وتداعي شرف التعامل، ولا شك أن هذا التدخل من جانب الغير في المفاوضات شبه الناجحة وإفسادها على المتفاوض صاحب المصلحة فيها هو من قبيل العمل غير المشروع الذي يقيم المسؤولية التقصيرية وذلك لإخلاله بالواجب القانوني العام الذي يأمره بعدم الإضرار بالغير[1].

حيث أنه قد تسبب بفعلته هذه في فشل المفاوضات المتقدمة بدون وجه حق، وضيع على المتفاوض صاحب المصلحة فرصة حقيقية وجادة لإبرام العقد المتفاوض عليه لذا فإن هذا الغير يلتزم بتعويض المتفاوض المضرور عن تفويت تلك الفرصة عليه، وعن باقي الأضرار المادية والأدبية التي ألمت به من جراء فعلته الضارة هذه.

الفرع الثاني: تطبيقات قضائية حول تدخل الغير لإفساد المفاوضات العقدية

وسنتعرف في هذا الشأن لأهم تطبيق قضائي، وهو الخاص بقضية – تكساكو – ينزويل الأمريكية، حيث تعد هذه القضية من أهم القضايا التي ثارت في هذا الصدد بل وأكثر الأحكام حصيلة في التعويض في تاريخ القضاء الأمريكي.

ففي 14 نوفمبر 1985 بمدينة هوستن بولاية تكساس الأمريكية، أصدر القاضي Soloman casseb حكما بالتعويض قدره أحد عشر مليار دولار أمريكي على شركة تكساكو –Texaco ثالث أكبر شركات البترول في الولايات المتحدة الأمريكية في ذلك الوقت، لتدخل الأخيرة التي أفسدت صفقة شركة بنزويل Pennzoil لشركة جيتي ويل Gettyoil.

1– وهذا ما نصت عليه المادة 124 وما بعدها من الق م. ج .

- J. M . Mousseron technique contractuelle, op cit, P 58.

وتتمثل وقائع القضية في تقدم شركة بنزويل في 1983/12/28 بعرض إلى شركة جيتي لشراء أسهم هذه الأخيرة بسعر 100 دولار للسهم الواحد، فوافقت شركة جيتي على الصفقة من حيث المبدأ، وجرت بين الطرفين مفاوضات في هذا الشأن توصلا من خلالها إلى رفع سعر السهم إلى 110 دولار أمريكي، وحررا بذلك مذكرة اتفاق، وتم التوقيع عليها من الطرفين في 1984/01/02، شريطة أن يتم التصديق عليها من مجلس إدارة شركة جيتي، وفي 1984/01/03 وبعد مناقشات طويلة أثارها اعتراض أحد أعضاء المجلس على السعر المقدم من المشتري، اعتمد مجلس إدارة شركة جيتي مشروع عقد بيع شركة جيتي إلى شركة بنزويل بسعر 115 دولار للسهم، على أن تلتزم شركة بنزويل بتعويض من سيخرج من أعضاء المجلس مستقبلا، بعد تغير نسبة الأغلبية في المجلس، بتعويض يطلق عليه – مظلة الهبوط الذهبية– وفي اليوم التالي تم الإعلان في الصحف عن توصل الطرفين إلى اتفاق مبدئي حول الصفقة[1].

ولكن في 1984/01/05 وبينما كان محامو الطرفين عاكفين على صياغة العقد النهائي تدخلت شركة تكساكو متعددة الجنسيات في الصفقة، وأجرت مفاوضات سرية سريعة مع شركة جيتي من أجل شراء أسهمها بدلا من شركة بنزويل وعرضت مبلغ 128 دولار للسهم الواحد، وقد أسفرت هذه المفاوضات عن توقيع خطاب نوايا بين الطرفين في 1984/01/06، تضمن الاتفاق على شراء شركة تكساكو لشركة جيتي بقيمة إجمالية للصفقة مقدارها عشر مليارات دولار، وقد اعتد مجلس إدارة جيتي عقد البيع النهائي بالإجماع، على أن تكون شركة تكساكو بموجب بند في العقد هي المسؤولة الوحيدة عن هذه الصفقة في مواجهة الغير.

وعلى إثر ذلك قامت شركة بنزول في 1984/01/10 برفع دعوى قضائية على شركة تكساكو أمام محكمة هوستن الابتدائية، وذلك للمطالبة بالتعويض عن الضرر الذي أصابها من جراء تدخل الأخيرة، بشكل غير مشروع في مفاوضات شبه ناجحة التي كانت تجري بينها وبين شركة جيتي، والذي أدى إلى فشلها وضياع الصفقة منها.

وقد أصدر القاضي Casseb[2] حكمه التاريخي بإلزام شركة تكساكو بتعويض شركة بنزول بمبلغ إجمالي قدره 11 مليار دولار، منها 7,33 مليار دولار على سبيل التعويض عن تدخل شركة تكساكو غير

1– قضية مشهورة ذكرها : د/ عبد الكريم عبد اللاه، التفاوض على العقد، المرجع السابق، ص 651. وما بعدها.

2– إن هذا القاضي تم تعينه لخلافة قاضي آخر هو A. Farris الذي استقال لأسباب صحية بعد أن تابع كل إجراءات المحاكمة، والذي اتهم فيها بعد تلقيه رشوة من شركة بنزويل من أجل إعادة انتخابه، أنظر د/ عبد الكريم عبد اللاه، التفاوض على العقد، نفس المرجع ، ص 651.

المشروع الذي أفسد الصفقة، وثلاثة مليارات كتعويض عن إخلال شركة جيتي بالاتفاق التمهيدي الذي تم بينهما وبين شركة بنزويل قبل تدخل شركة تكساكو، والتزام شركة تكساكو بهذا الشق الأخير من التعويض بصفتها المسؤولية قانونا، بمحض رضائها عن الصفقة في مواجهة الغير.

وقد اعتبرت المحكمة أن شركة تكساكو مسؤولة عن التعويض في شقيه مسؤولية تقصيرية، فقد رأت أن هذه الشركة تعد مسؤولة عن الشق الأول من التعويض مسؤولية تقصيرية، وهذا أمر بديهي باعتبار تدخلها في المفاوضات شبه الناجحة بين شركتي جيتي وبنزويل وإفسادها على هذه الأخيرة يعد عملا غير مشروع يقيم مسؤوليتها التقصيرية، أما عن الشق الثاني من التعويض فقد اعتبرت المحكمة أن شركة تكساكو تكون مسؤولة عنه مسؤولية تقصيرية كذلك، فبالرغم من اعتراف المحكمة بأن الاتفاق المبدئي المبرم بين شركتي جيتي وبنزويل يعتبر عقدا ملزما لطرفيه، إلا أنها رأت مع ذلك أن الإخلال[1] والواقع أن هذا الموقف لا يخلو من النقد، إذ ما دامت المحكمة تعترف بالقيمة العقدية للاتفاق المبدئي، فكان يتعين عليها أن تعتبر المسؤولية فيما يتعلق بالشق الثاني من التعويض، مسؤولية عقدية، فإذا كان المنطق يحتم أن تكون شركة تكساكو مسؤولة عن إفسادها المفاوضات مسؤولية تقصيرية باعتبارها من الغير، فإن ذات المنطق يقضي بأن تكون شركة جيتي مسؤولة اتجاه شركة بنزويل مسؤولية عقدية، وذلك لإخلالها بالاتفاق المبدئي الذي أبرمته معها من قبل.

وعلى أية حال فقد تم استئناف هذا الحكم أمام محكمة استئناف تكساس، ولكن المحكمة أيدت الحكم، مع تخفيض مبلغ التعويض في شقه الثاني إلى مليار دولار من ثلاث مليارات.

وقد توالت الطعون على هذا الحكم حتى وصل إلى المحكمة الفيدرالية العليا للولايات المتحدة الأمريكية، وقد أصدرت هذه الأخيرة حكمها في 1987/04/06 بعدم اختصاصها بنظر الدعوى، وذلك لكونها من المنازعات الداخلية لولاية تكساس، مما مؤداه أن محاكم تكساس هي التي تختص بنظر تلك الدعوى، ولكن المحكمة الفيدرالية العليا طرحت على شركة تكساكو خيارين هما:

1- أن تتفاوض مع شركة بنزويل من أجل التوصل إلى حل ودي للنزاع.

2- أن تطلب شهر إفلاسها، مع استفادتها من الحماية القانونية المقررة في الفصل الحادي عشر من قانون الإفلاس الفيدرالي.

1- E. chamy, art. préc. P 989.

وبناء على ذلك عرضت شركة تكساكو التصالح مقابل دفع مليارين من الدولارات ولكن شركة بنزويل أصرت على دفع أربعة مليارات كحد أدنى[1].

ومن خلال ذلك ساء الوضع المالي لشركة تكساكو، مما أضطرها إلى إيداع لشهر إفلاسها أمام المحكمة الفيدرالية لولاية نيويورك، المقر الرئيسي لشركة تكساكو وفي نفس الوقت، كان قد تم الطعن في حكم القاضي Casseb أمام المحكمة العليا بولاية تكساس، وقد أصدرت المحكمة حكمها في 1987/11/02 بتأييد الحكم.

وفي ظل هذه الظروف أيقن الطرفان أنه لا مناص من قبول الحل الودي، وبالفعل قبلت شركة بنزويل أن تتصالح مع شركة تكساكو، مقابل أن تدفع هذه الأخيرة مبلغ ملياري دولار، وفي 1987/12/21 وقع الطرفان على اتفاق الصلح النهائي، وبذلك أسدل الستار على معركة قانونية حامية الوطيس استمرت ثلاث سنوات[2].

الفرع الثالث: موقف الإسلام من تدخل الغير في إفساد المفاوضات

حتى تنعم الأمة بالأمن والازدهار، حاربت الشريعة الإسلامية المنافسة الغير مشروعة المبنية على الغش والاحتيال، والتدليس والأنانية المفرطة وحرصت على إرساء روح المنافسة الشريفة بين الناس.

فعن أبي هريرة رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال:﴿ لا تحاسدو ولا تناجشوا ولا تباغضوا، ولا يبيع بعضكم على بيع بعض، وكونوا عباد الله إخوانا، المسلم أخو المسلم لا يظلمه، ولا يخذله ولا يحقره، بحسب امرى من الشر أن يحقر أخاه المسلم، كل المسلم على المسلم حرام دمه وماله وعرضه﴾[3]، وفي رواية أخرى:﴿ لا تباغوا ولا تدابروا ولا تنافسوا...﴾[4].

ولعل من مظاهر المفسدة والأضرار أن يتدخل الغير في مفاوضات جارية ويظهر عليها بوادر النجاح بهدف إفسادها على أحد الطرفين المتفاوضين للاستحواذ على الصفقة لنفسه بدون وجه حق، وهذا العمل من أهم صور التنافس الغير مشروع المنهي عنه في الإسلام وفعل غير جائز شرعا، فقد روى أبي هريرة رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال:﴿ لا يسم الرجل على سوم أخيه﴾[5]، وفي

1- E. chamy, art. préc. P 990.
2- E. chamy, art. préc. P 1003 et s.
3- حديث أخرجه مسلم في صحيحة ، الجزء الثاني، المرجع السابق ، ص 279.
4- حديث أخرجه مسلم في صحيحة ، الجزء الثاني ، نفس المرجع .
5- حديث رواه مسلم في صحيحه ، نفس المرجع، ص 280 وما بعدها.

رواية أخرى:﴿ لا يسم المسلم على سوم المسلم﴾ وفي رواية أخرى:﴿ لا يساوم الرجل على سوم أخيه﴾[1]. فهذا الحديث صريح في تحريم المساومة على المساومة، والتي تعتبر كما رأينا سابقا أنها من أهم عناصر المفاوضة، أنها ترد على الثمن أو المقابل بشكل عام وهذا العنصر من العناصر الجوهرية والأكثر أهمية لأي عقد من عقود الأعمال، فهذا التحريم يقتضي تحريم المفاوضة على المفاوضة بشكل عام، إن امتناع المساومة على المساومة يكون من باب أولى امتناع المفاوضة على المفاوضة، لأن الأولى من عناصر الثانية بل ومن أهمها.

ويؤكد العلماء أن هذا النهي جاء عاما، بحيث يجري ويطبق على المسلمين وغير المسلمين على السواء، وهذا ما قال به ابن حزم العلامة في هذه المسألة على أن المسلم والذمي هنا سواء[2]، ولا يثور الشك في ذلك، لأن أحكام الشريعة الإسلامية جاءت للبشرية كافة دون استثناء، فضلا على تجسيد مبدأ استقرار المعاملات في المجتمع بهذا التعميم.

والواقع أن الأمر في هذه المسألة، كما ذكر العلماء المسلمون لا يخرج عن أربعة فروض، وذلك على اعتبار أن العقد المتفاوض عليه هو عقد البيع، على أن ذلك لا يعني أن هذا النهي قاصر على عقد البيع وحده، بل إنه ينطبق على كافة العقود، وذلك لتوافر الحكمة التشريعية من النهي، فالمساومة على المساومة وبوجه عام المفاوضة على المفاوضة، لا تجوز دائما أيا كان العقد المتفاوض عليه، وإذا كان الفقهاء المسلمون قد اقتصروا في عرضهم لهذه المسألة على ذكر عقد البيع، فذلك لأن عقد البيع هو العقد الرئيسي في مجال المفاوضات، ولأن المساومة ترد عادة على الثمن الذي هو من العناصر الجوهرية لعقد البيع، ومنه يكون المفهوم ضمنا أن النهي يصدق على غيره من العقود الأخرى التي يتم التفاوض عليها، وفضلا عن ذلك فإن الفقهاء المسلمون كانوا يتبعون في استنباط الأحكام من مصادرها، أو في عرض اجتهادهم منهج الجزئيات وذلك بعرض كل مسألة على حدة دون الاهتمام بوضع قواعد عامة، ومن هذه الجزئيات يمكن استخلاص نظريات عامة[3]، وهذه الفروض الأربعة هي:

الفرض الأول: أن يوجد من البائع تصريح بالرضا بالبيع، وفي هذه الحالة يحرم السوم، فهو ما يقتضي تحريم المفاوضة كلية على غير المشتري المتفاوض معه، بمعنى أنه لا يجوز للغير أن يتدخل في

1- السنن الكبرى للنسائي للإمام أحمد بن شعيب النسائي ، تحقيق حسن عبد المنعم شلبي ، مؤسسة الرسالة، ط1، ج6، بيروت لبنان 1421 هـ - 2001، ص 5997 وما بعدها.

2- المحلى لابن حزم، ج 8 مسألة رقم 1465، ص 447.

3- د/ عبد الكريم عبد اللاه، التفاوض على العقد، المرجع السباق، ص 657.

المفاوضة التي تجري بين البائع والمشتري ويزيد في الثمن بعد أن يكون الطرفان قد صرحا باستقراره، كما لا يجوز له أن يعرض على المشتري سلعة أرخص.

الفرض الثاني: أن يظهر من البائع ما يدل على عدم الرضا بالبيع، وهذا يحل السوم من الغير بلا خلاف، وذلك لانتفاء الحكمة التشريعية من التحريم، حيث أن الشارع حرم السوم على السوم منعا للضرر الذي قد ينال المشتري أو البائع، وهنا البائع نفسه لم يرض بالبيع، فلم يقم لأخذ الحق في المبيع، ومن ثم يجوز المساومة من الغير لانعدام الضرر، والذي يؤكد ذلك أن الإمام البخاري رضي الله عنه ساق في هذه المسألة بعنوان – باب لا يبيع على بيع أخيه ولا يسوم على سوم أخيه حتى يأذن له أو يترك–[1].

الفرض الثالث: أن يظهر البائع ما يدل على الرضا بالبيع من غير تصريح، وهنا يرى بعض الفقهاء أن المساومة لا تحرم على الغير، لأنه ماعدا التصريح يبقى على الأصل، ولكن الراجح في الفقه أن السوم يكون محرما في هذا الفرض أيضا، وذلك لأن النهي جاء عاما، وهو يصدق على هذه الصورة، بحيث لم يوجد دليل يخرجها من العموم، بل لقد وجد الدليل على الرضا بالبيع، وذلك يغني التصريح به، وهو متل قرائن الحال، إذ من المسلم به أن قرائن الحال تغني عن المقال[2].

الفرض الرابع: لا يوجد من البائع ما يدل على الرضا بالبيع أو عدمه، وهنا كذلك يرى بعض الفقهاء، أن السوم لا يحرم على الغير، استدلالا بحديث فاطمة بنت قيس، إذ أن النبي صلى الله عليه وسلم قد نهى الخبطة على الخطبة، كما نهى عن السوم على السوم، فما أبيح في أحدهما أبيح في الآخر، والراجح أن السوم يكون محرما في هذا الفرض أيضا، ولا يقدح في ذلك استدلال بحديث فاطمة بنت قيس[3]، لأن هذا الاستدلال يتعرض لنفس النقد الذي تعرض له الفرض الثالث السابق، كما أن احتمال الرضا لا يزال قائما هنا طالما لم يوجد ما يدل على عدمه، وهو ما يعني أن الحكمة التشريعية تظل قائمة كذلك في هذا الفرض، والواقع أن حديث النهي يصدق على كل حالات السوم على السوم، إلا تلك الحالة التي يصرح فيها البائع بعدم رضائه بالبيع، ففي هذه الحالة فحسب يجوز لأي شخص من الغير أن يتفاوض مع البائع أو المشتري في شأن هذا البيع، وفيما عدا ذلك من الحالات يكون السوم فيها محرما عملا بعموم النص.

1– فتح الباري شرح صحيح البخاري، المجلد السابع، ص 1412، المرجع السابق، ص 47.

2– ابن قدامة، المرجع السابق، ص 308.

3– ابن قدامة، نفس المرجع، ص 307.

فإذا ما خالف شخص النهي، وقام بالتدخل في المفاوضات الجارية بين الطرفين بقصد إفسادها وانتزاع الصفقة من يد صاحبها، فإنه يكون عاصيا بإجماع الأمة لإتيانه عمل محرم[1]، بل أن العلامة ابن حجر قد اعتبر ذلك الفعل من الكبائر، وذلك بالنظر إلى ما فيه من أضرار على المجتمع، وبذلك فإن هذا الشخص يكون عرضة للجزاء الأخروي، فضلا عن الجزاء الدنيوي المتمثل في تقدير القاضي له والحكم عليه بالتعويض، غير أن الفقهاء قد اختلفوا بعد ذلك حول أثر هذا الفعل المحرم على العقد الذي أبرمه الغير نتيجة لذلك.

فقد ذهب فريق من الفقهاء إلى أن هذا العقد يقع باطلا، لأنه منهى عنه والنهي يقتضي الفساد، وذهب فريق إلى أن هذا العقد يكون صحيحا لأن المحرم هو فعل السوم على السوم، وذلك سابق على العقد ولا يفسد العقد في ذاته وهذا مذهب الإمام الشافعي[2] رحمه الله تعالى.

ولعله من المهم أن تشير في هذا الصدد إلى أن الشرع الإسلامي ينهي كذلك عن البيع على البيع، وهذا كذلك يصدق على العقود الأخرى، وذلك لأن الحكمة من النهي وهي منع الضرر والفساد، تقوم في كل حالة يتم فيها التدخل في الصفقة لإفسادها أيا كان نوع العقد الذي وقع عليه هذا الضرر، وذلك لقوله صلى الله عليه وسلم:﴿ لا يبيع بعضكم على بيع بعض﴾، وصورة هذا البيع المنهى عنه، أن يتفق الطرفان على إبرام عقد البيع، ولكنهما يجعلان مدة الخيار بينهما أو لأحدهما، فيأتي شخص من الغير في مدة الخيار فيقول للمشتري مثلا: ألا أبيعك مثل هذه السلعة بأقل من هذا الثمن أو أبيعك خيرا منها بثمنها أو أقل منه، أو يعرض عليه أي عروض أخرى بقصد فسخ البيع لصالحه، فهذا غير جائز لنهي النبي صلى الله عليه وسلم عنه، ولما فيه من الإضرار والإفساد، وكذلك الحال في الشراء على الشراء، وهو أن يجيئ إلى البائع قبل لزوم العقد فيدفع في المبيع أكثر من الثمن الذي اشترى به المشتري الأول، فهذا محرم كذلك لدخوله في النهي الوارد في الأحاديث النبوية الصحيحة[3].

وهكذا يكون للشريعة الإسلامية قصب السبق على القانون الوضعي في هذا الشأن، حيث إنها قد حرمت على الغير، منذ ما يزيد عن أربعة عشر قرنا، أن يتدخل في المفاوضات الجارية بين الطرفين بقصد

1- وهو حديث استدل به الفقهاء، وهو أن فاطمة بنت قيس كانت راضية بأحد الخاطبين (معاوية خطبها وأباجهم) ولكن لم تعلن عن رضاها، ومع ذلك أمرها النبي صلى الله عليه وسلم أن تتزوج أسامة رضي الله عنه، فكذلك الحال في المساومة، فهو حديث صحيح رواه مسلم.

- سبل السلام، ج 03، المرجع السابق، ص 23.

2- هذا ما جاء في كتاب د/ عبد الكريم عبد اللاه، التفاوض على العقد، المرجع السابق، ص 660.

3- ابن قدامة، المرجع السابق، ص 305 وما بعدها.

إفسادها واستحواذه بنفسه على الصفقة، وذلك بنهي النبي صلى الله عليه وسلم عن السوم على السوم، وتلك النتيجة لم يتوصل إليها القانون الوضعي إلا مؤخرا[1].

المبحث الثالث

نظرية الكفاية الذاتية للعقد أو فكرة العقد الطليق

نعالج نظرية الكفاية الذاتية للعقد الدولي، أو ما يعرف بفكرة العقد الطليق، من خلال مدى قدرة الأطراف على وضع بنود وشروط قانونية فردية في زمن التعاملات المختلفة بين الدول بمحتفل الوسائل والظروف، من خلال تداول السلع والخدمات والأجهزة والمعدات والآلات، وهذا بين أشخاص سواء كانوا معنويين أو طبيعيينّ، وفق شروط وقواعد عقدية فقط دون الاعتماد على أي قانون آخر.

وعلى أساس ذلك يمكن أن يتم التصرف به كتنظيم ذاتي مرده إرادة الأطراف وحدهم ودورها في وضع بنود وشروط العقد، دون الرجوع إلى أية قاعدة قانونية، فهو نظام قانوني ذاتي له القدرة باعتراف المشرع نفسه، منذ أن اعتمد مبدأ أو قاعدة سلطان الإرادة على خلق قواعد قانونية وإن كانت فردية.

إن مبدأ العقد شريعة أو قانون المتعاقدين، قد يمنح قوة القانون للعقد، لذا فإن هذا الأخير يفتقد إلى القوة الملزمة لأطراف التفاوض في المجال الدولي يحاولون في كثير من الحالات التخلص من الخضوع لأي قانون وطني، من خلال بناء ما يعرف بالعقد الطليق، يتمتع بنظام ذاتي لا يستلزم تدخل أي سلطة خارجية أو نظامية، فقد تم بناؤه بناء على إرادة الأطراف وحدهم دون الرجوع إلى أي قانون أو قاعدة قانونية.

إذا نحن من خلال هذا المبحث سنقوم بتقسيمه إلى ثلاث مطالب أساسية، حيث وضعنا المطلب الأول تحت عنوان فكرة العقد الطليق، ثم جعلنا المطالب الثاني تحت عنوان تحقيق مبدأ الكفاية الذاتية للعقد، أما المطلب الثالث فوضعنا له عنوان الانتقادات الموجهة لنظرية الكفاية الذاتية للعقد، وهذا على النحو الذي سيأتي بيانه من خلال هذه الدراسة.

المطلب الأول: فكرة العقد الطليق

في العصر الذي كثر فيه تداول السلع والخدمات والأموال، عن طريق العقود والوعود والتعهدات من خلال تزايد مختلف المعاملات المدنية والتجارية بين الدول من خلال تبادل الأموال سواء كانت معنوية أو مادية.

1– د/ يوسف قاسم ، التعامل التجاري في ميزان الشريعة ، د. ن. ع ، مصر 1993 ، ص 55.

بحيث يمكن أن يتم ذلك استنادا إلى بنود وشروط العقد ذاته فقط، دون الرجوع إلى أي قانون، والسؤال الذي يطرح نفسه في هذا المقام، كيف يتم ذلك ؟

ونحن سنعالج هذا الأمر، والإجابة على التساؤل من خلال ثلاث فروع، الأول بعنوان مفهوم العقد الطليق، أما الفرع الثاني فوضعناه بعنوان طبيعة العقد الطليق، أما الفرع الثالث فبعنوان التطبيق القضائي لمبدأ العقد الطليق وذلك على النحو الذي سيأتي بيانه.

الفرع الأول: مفهوم العقد الطليق

في محاولة للتخلص من أي قانون وطني، من خلال لجوء ومحاولة أطراف العقد الدولي وخاصة العمل على ذلك خلال مرحلة التفاوض على العقد، من أجل الوصول إلى تحقيق الكفاية الذاتية لعقدهم، وذلك انطلاقا من تداول الثروة من سلع وخدمات عن طريق الوعود والتعهدات، ولا يستلزم العقد الطليق تدخل أية سلطة خارجية أو نظامية، فهو كتصرف إرادي يمكن أن يتمتع بتنظيم ذاتي، بناء على إرادة الأطراف وحدهم دون الرجوع إلى أية قاعدة قانونية، فالعقد الطليق إذا كان محبوسا في صياغته القانونية يخلق التزامات يمكن أن تلزم بذاتها الأطراف، ويغني القاضي أو المحكم عن الاستعانة بقواعد القانون التي لا تلائمه، بل إن البعض يعتبر العقد الطليق الدولي بالنسبة للمتعاقدين كالقانون الصادر من البرلمان بالنسبة للمخاطبين بأحكامه، فعملية إعداد ذلك العقد فهي أشبه بعملية تشريعية، ولذلك تكون ما عبرت عنه إرادة الأطراف القانون بالنسبة إليهم، وأن الشروط التعاقدية تشكل في مجموعها قانونا خاصا يحكم كافة جوانب العقد دون حاجة إلى الالتجاء إلى أي نظام قانوني، ويحكم تلك الفكرة مبدأ السلطان المطلق للإرادة، والذي يرى أن الحقوق توجد قبل القانون، واستقلالا عنه، وتأتى من الحرية المبدئية للفرد، فالقانون لا يخلق تلك الحقوق بل يعتمدها فقط[1].

بل إن أحد فقهاء القانون الدولي الخاص، يقول بأن من أحسن السبل للإفلات من قوانين الدول اشتراط الحد الأقصى من الأحكام الفنية والتجارية وتسوية الصعوبات الأكثر توقعا، فيستطيع الأطراف الاهتمام بها شخصيا بوضع شروط خاصة، بعد مفاوضات جادة ومباشرة بين الأطراف[2].

ويدعو البعض بخصوص بعض العقود الدولية ذات الطابع الخاص إلى تحقيق الكفاية الذاتية في إبرام الشركات الاستثمارية والمشروعات متعددة الجنسيات بتحرير عقودهم عما تقتضي به القواعد القانونية

1- د/ سيمر عبد السميع الأودن ، خطابات النوايا في مرحلة التفاوض على العقد، منشأة المعارف بالإسكندرية، مصر 2005، ص 142 وما بعدها.

2- وهو الفقيه فليب فوشار، ذكره الدكتور سمير عبد السميع الأودن ، نفس المرجع ، ص 143.

الآمرة في الدول التي على صلة بتلك العقود، وذلك من أجل معالجة القصور أو العجز في القوانين الوطنية التي لا تعرف هذا النوع من العمليات الحديثة ، ويتضح من ذلك أن لا يلجأ المتعاقدان إلى الأفكار الغامضة، أو الغير محددة المضمون، وذلك ببذل كل الجهد في تحرير عقودهم، والتطرق إلى أقصى التفصيلات، وأن يحذروا إلى ترك المسائل مفتوحة لاجتهاد القاضي أو المحكم الذي يصدر حكما غير متأن أو غير مدروس، وإن تحقق ذلك فإنه يكون ميسورا، أما للقاضي أو المحكمة أن يؤسس حكمه على تحليل بسيط لأحكام العقد المبرم بين الأطراف دون الرجوع إلى قاعدة عليا.

بل إن بعض الأحكام القضائية أخذت بمبدأ العقد الطليق، أو مبدأ الكفاية الذاتية للعقد، كأساس لتقرير حق أحد الطرفين قبل الآخر، دون الرجوع إلى قواعد القانون الذي يمكن أن يكون واجب التطبيق على العقد.

ففي قضية تتلخص وقائعها في أن إحدى الشركات الفرنسية قد أبرمت عقدا مع أحد الإيطاليين ليقوم بتمثيلها وتوزيع منتجاها في إيطاليا، وعلى إثر إنهاء الشركة العقد قام الأخير برفع دعوى للمطالبة بالتعويض عن إنهاء العقد، وقد استند في طلبه إلى المادة 29 وما بعدها من قانون العمل الفرنسي المنظمة لأحكام الوكلاء التجاريين، وقد رفضت المحكمة طلبه، فرفع طعنا بالنقض وبدلا من أن تعيب محكمة النقض على محكمة الموضوع عدم تحديدها القانون الواجب التطبيق على العقد، قضت بأن محكمة الاستئناف قد استطاعت وهي تفسر بإطلاق نية الأطراف عندما تعاقدوا على عمل سينفذ في خارج فرنسا قد اتجهت نيتهم إلى عدم الخضوع للقانون الفرنسي، فإنه من الملائم تطبيق الاتفاق المحرر بينهما، فكأن المحكمة قدرت أن بنود وأحكام العقد تكفي بذاتها لحل النزاع حول طلب التعويض دون حاجة إلى قانون معين، بل إن الفقه في تعليقه على الحكم المذكور قرر بأن العقد ملزم بذاته، ووفقا لنصوصه دون أن تكون هناك ضرورة لأي قانون ليمنحه القوة الملزمة[1].

الفرع الثاني: طبيعة العقد الطليق

في هذا الصدد السؤال الذي يطرح نفسه هو مدى قدرة العقد على خلق قواعد قانونية فردية في عصر تتزايد فيه المعاملات التجارية والمدنية، عبر الحدود بتداول الثروات من سلع وخدمات عن طريق الوعود والتعهدات، ويتألف جزء هام من أموال كل شخص، طبيعيا كان أم معنويا، من المنافع والفوائد التي يعده بها الآخرون والتي يستطيع التذرع أو الاحتجاج بها ضد أفراد معينين، وليس ضد كل الناس،

1- حكم قضائي ذكره، د/ سمير عبد السميع الأودن، خطابات النوايا في مرحلة التفاوض على العقد، المرجع السابق، ص 144 وما بعدها.

وللشخص أن يطالب بتحقيق توقعاته الناشئة عن الوعود والاتفاقات، ويمكن أن يتم ذلك استنادا إلى بنود وشروط العقد ذاته فقط، دون الرجوع إلى أي قانون[1].

بحيث أنه لا يستلزم العقد لوجوده أو تكوينه ، وعلى العكس من كثير من النظم القانونية يحجب تدخل أية سلطة خارجية أو نظامية، فهو كتصرف إرادي يمكن أن يتمتع بتنظيم ذاتي مرده إرادة الأطراف وحدهم، ودورها في وضع الاشتراطات الكفيلة بقيام هذا التنظيم الذاتي، دون الرجوع إلى أي قاعدة قانونية، فهو نظام قانوني ذاتي له القدرة باعتراف المشرع نفسه، منذ اعتمد قاعدة أو مبدأ سلطان الإرادة على خلق قواعد قانونية، وإن كانت فردية ولا يمكن تصور وضع هذه القواعد الفردية بهذا الشكل إلا إذا تم ذلك من خلال مفاوضات حقيقية وجادة بين أطراف العقد المزمع إنشاؤه مستقبلا.

وإذا كان العقد كذلك فهو لا يفتقد بالرغم من هذا إلى القوة الملزمة التي قد يزعم البعض أنها لا تستمد إلا من أحكام وقواعد قانونية، لأنه يلاحظ من ناحية أن المشرع ذاته قد منح قوة القانون للعقد، وهذا هو مبدأ العقد شريعة أو قانون المتعاقدين ومن ناحية أخرى فإن كنا نتساءل عن افتقاد العقد للقوة الملزمة، ومن أين يستمدها، فيجب أن نتساءل كذلك من أين يستمد القانون ذاته قوته الملزمة[2].

أهمية الصياغة الجيدة للعقد الدولي: فالعقد الدولي إذا كان مفصلا ومحبوكا في صياغة قانونية، بعد مفاوضات ناجحة وجادة فإنه يخلق التزامات يمكن أن تلزم بذاتها الأطراف، ويغني القاضي أو المحكم عن الاستعانة بقواعد القانون التي لا تملائمه ومن غير المتعذر أن ندرك أن خلق القاعدة الفنية التي تجيز للأطراف اختيار قانون العقد، تجعل فكرة الإرادة الخلاقة للحق تتوارى ، والتي تتساوى مع القانون.

الفرع الثالث: التطبيق القضائي لمبدأ العقد الطليق

تذهب الأحكام القضائية إلى الأخذ بمبدأ الكفاية الذاتية للعقد، كأساس لتقرير حق أحد الطرفين قبل الآخر، دون الرجوع إلى قواعد القانون الذي يمكن أن يكون واجب التطبيق على العقد.

وفي شأن قضية شركة الخدمات التعاقدية للبريد البحري، التي سوف نذكر أن محكمة استئناف باريس قضت بأن شركة الخدمات التعاقدية للبريد البحري قد نعت على غير أساس بأن العقد يجب أن يستند بالضرورة إلى تشريع بلد محدد، والواقع أن الاتفاقات التي ينتج منها شرط الوفاء بالذهب، تعتبر شريعة الأطراف، ويبدو هنا أن محكمة الاستئناف قد فضلت في إعطاء فعالية وقوة لإرادة الأطراف في العقد الدولي بدلا من البحث عن القانون الواجب التطبيق، وتتمثل تلك الفعالية في الإبقاء على الشروط

1- د/ أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص 124 وما بعدها.

2- h. Batiffol Aspects philosophiques de droit international privé, Paris Dalloz, 1956, P 75.

التعاقدية، – شرط الذهب– واحترام مضمونها الكافي كما حدده الأطراف، وتحصينها ضد ما قد يعتريها من بطلان يتأتى من القانون الذي قد يختص بحكم العقد الدولي[1].

وفي أحد الأحكام الصادرة في إطار غرفة التجارة الدولية بباريس قضت محكمة التحكيم عام 1970 بعد إبعاد تطبيق القانون الألماني بأن الأطراف قد عنوا في أن يروا النزاع قد تم تسويته دون الرجوع إلى قانون وطني، واستنادا فقط إلى أساس الأحكام التعاقدية، ووفقا للوقائع ولأعراف الدولية[2].

إلى جانب القضية السالفة الذكر بين إحدى الشركات الفرنسية قد أبرمت عقدا مع أحد الإيطاليين ليقوم بتمثيلها وتوزيع منتجاتها في إيطاليا وبعد إنهاءها العقد معه قام هذا الأخير برفع دعوى مطالبا بالتعويض، وكيف أيدت محكمة النقض الفرنسية حكم محكمة الاستئناف وقضت بأن محكمة الاستئناف قدرت حكمها على أساس بنود العقد التي قالت أنها تكفي بذاتها لحل النزاع ، وهذا ما قرره الفقه في تعليقه على هذا الحكم أن العقد ملزم بذاته وفقا لبنوده دون الحاجة لقانون حتى يمنحه القوة الملزمة[3].

المطلب الثاني: تحقيق مبدأ الكفاية الذاتية للعقد

من الممكن أن نقف على تطبيق هذا المبدأ ونلمسه في الحياة العملية وخاصة في العقود الدولية، كوسيلة لتحقيق الكفاية الذاتية وخاصة في العقود النموذجية أو ما تسمى بالعقود النمطية – Contrats types – والتي أصبح التعامل بها بشكل مستقر في واقع وعادات التجارة الدولية، وهي عقود معدة في صيغ مسبقة يتم استعمالها كنماذج عقود يتم إبرامها بين الأطراف مستقبلا.

وإذا ومن خلال هذا المطلب سنقوم بتقسيم هذا الأخير إلى ثلاث فروع أولها نضعه بعنوان ماهية العقود النموذجية أو النمطية، أما الفرع الثاني نضعه بعنوان الطبيعة القانونية للعقود النموذجية، أما الفرع الثالث فنضعه تحت عنوان الهيئات المهتمة بإعداد العقود النموذجية أو النمطية.

1– د/ عبد الكريم سلامة ، المرجع السابق ، 125

2– حكم صادر بتاريخ عام 1970 والقضية رقم 1569ن ذكره د/ سمير عبد السميع الأودن، المرجع السابق، ص 132.

3– طالع الصفحة 186 مما سبق للإطلاع على هذا الحكم من هذه الأطروحة.

الفرع الأول: ماهية العقود النموذجية أو االنمطية

العقود النموذجية[1] هي عبارة عن مجموعة من الشروط العامة استقرت في عادات وواقع التجارة الدولية، والمكتوبة في صيغ محددة سلفا، وأصبحت تلك العقود تجسد مبدأ العقد شريعة المتعاقدين، وعن طريقها يتم تبادل السلع والخدمات عبر الحدود لأنها تجتمع على أحكام تفصيلية تتعلق بتحديد التزامات وحقوق الأفراد وكيفية تنفيذها، كبيان مكان التسليم وزمنه ونظام تحمل المخاطرة وتحديد المبيع، وضمان العيوب الخفية، وفحص المبيع ومطابقته للشروط المتفق عليها، وتحديد الثمن، وموعد استحقاقه وكيفية الوفاء به، وجزاء التأخير في الدفع، وتأثيرا القوة القاهرة على العقود، وكيفية إعادة التفاوض على بعض الشروط، ولا شك أن تلك العقود تعمل على اقتصاد الكثير من الوقت والجهد والنفقات، بحيث لا تستغرق المفاوضات في إبرام العقد الدولي غير وقت قصير، فبمجرد ملء بعض الفراغات والبيانات في النموذج المعد وتمام توقيع الأطراف ينعقد العقد، بل إن مجرد الاتصال التلفوني ووضع إشارة بالتليكس أو بوسائل الاتصال عبر الإنترنت، بالإشارة إلى عقد معين يكفي ذلك حتى يعرف كل طرف متعاقد حقوقه والتزاماته، وكيفية تنفيذ العقد[2].

ومهما يكن من أمر تعداد العقود النموذجية التي ظهرت حديثا في ميدان عقود التجارة الدولية، فهي تخلق قواعد مفسرة أو مكملة حقيقية، بالنظر لأنها تطبق إذا سكت الأطراف عن مخالفتها أو الخروج عنها أو هي على الأقل قواعد عرفية تعتبر كأنها مندمجة في العقد حتى ولو لم يشترط الأطراف تطبيقها على نحو صريح، ولما كانت العقود النموذجية تعد في الغالب مرحلة أولى في عقود الإذعان، ولذلك يجب أن تخضع تلك القواعد لتفسير موحد مثل القانون، ولرقابة المحكمة العليا التي تكون واجبة حينما يوجد قانون خاص يضعه أحد ويقبله البعض الآخر.

فالعقود النموذجية والشروط العامة تحقق مبدأ العقد الطليق، أو مبدأ الكفاية الذاتية للعقد الدولي، على نحو يجعل الرجوع إلى قاعدة تنازع القوانين أمرا نادرا فالشروط العديدة والأحكام التفصيلية التي تحتويها تنأى بها عن القانون الواجب التطبيق حيث يقرر أحد الفقهاء بأن تدخل القانون الدولي الخاص قد

1- تسمى كذلك بالعقود النمطية – Contrats types– تطبع بأعداد كبيرة كنماذج لعقود يتم إبرامها بين الأطراف في العقود الدولية.

2- د/ سمير عبد السميع الأودن، خطابات النوايا في مرحلة التفاوض على العقد، المرجع السابق، ص 148 وما بعدها.

تقلص بدرجة كبيرة، فتلك العقود تنطوي في نصوص شروطها العامة على تنظيم في غاية الدقة حول الالتزامات التعاقدية المتبادلة بين أطراف العقد[1].

ونحن نرى أن هذه الدقة في تحديد تفاصيل العقد وشروطه لا يتأتى إلا بعد مفاوضات جادة ومنظمة حول العقد المراد إبرامه في جو من التعاون والتشاور وتبادل الآراء والدراسات المختلفة والتي قد تستغرق وقتا طويلا حتى يصل الطرفان من خلال التفاوض بهذا العقد إلى الكفاية الذاتية له.

الفرع الثاني: الطبيعة القانونية للعقود النموذجية

ومهما يكن من أمر تعداد العقود النمطية التي ظهرت حديثا في ميدان عقود التجارة الدولية، فإن التكييف القانوني لها لا يخفي في خلق قواعد مفسرة أو مكملة حقيقية بالنظر إلى أنها تطبق إذا سكت الأطراف عن مخالفتها أو الخروج عليها، أو هي على الأقل قواعد عرفية تعتبر كأنها مندمجة في العقد حتى ولو لم يشترط الأطراف تطبيقها على نحو صريح.

ولما كانت العقود النموذجية تعد في الغالب كمرحلة أولى في عقود الإذعان، فإن التكييف السابق يبدو مقبولا لدى جانب كبير من الفقه، الذي يرى بخصوص هذه العقود بأنها عقود – خلاقة لقواعد عامة– والسلطات التي تقوم عليها، إنما تمارس سلطة قاعدية لذلك يجب أن تخضع تلك القواعد لتفسير موحد، بالضبط مثل القانون، ولرقابة محكمة النقض أو المحكمة العليا والتي تكون واجبة التطبيق حتما، يوجود حقيقة قانون خاص يضعه أحد الأطراف ويقبله البعض الأخر، مثلما هو الحال في العقود النموذجية وعقود الإذعان، حيث يقرر البعض أن العقود النمطية وعقود الإذعان تتضمن قواعد شبه آمرة[2].

أولا– العقود النموذجية واختفاء ظاهرة تنازع القوانين

ونصل إلى القول بأن العقود النمطية والشروط العامة تقود إلى تحقيق مبدأ الكفاية الذاتية للعقد الدولي، على نحو يجعل الرجوع إلى قاعدة تنازع القوانين أمرا نادرا، فالشروط العديدة والأحكام التفصيلية التي تحتويها تكاد تجعل خطورة مشكلة تنازع القوانين والقانون الواجب التطبيق غير قائمة، وقد عبر عن ذلك أحد الأساتاذة[3] بقوله أن العقود النموذجية والشروط العامة، تجعل القانون الدولي الخاص قد تقلص بدرجة كبيرة، فيصبح من غير المفيد تدخله في حل المنازعات المحتملة.

1– د/ سمير عبد السميع الأودن، خطابات النوايا في مرحلة التفاوض على العقد، نفس المرجع ، ص 149.

2– د/ أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، المرجع السابق، ص 137 وما قبلها.

3– وهو الأستاذ Capatina.

فكأن فكرة العقد الدولي الكافي بذاته نجدها بشأن العقود النمطية وشروطها العامة، تأكيدا لا سبيل إلى إنكاره وهو ما يدعمه واقع العقود النموذجية .

ثانيا – واقع العقود الدولية

1 – عقود التعاون الصناعي والتكنولوجي: إن استقراء الواقع العملي للعقود الدولية، يبرهن على الاتجاه نحو تحقيق مبدأ الكفاية الذاتية، بحيث لا تكون هناك حاجة لتطبيق قانون معين على منازعات تلك العقود.

فمثلا الفقرة 59 من دليل تحرير العقود الدولية للتعاون الصناعيين والذي أعدته اللجنة الاقتصادية لأوروبا التابعة للأمم المتحدة، حيث نقرأ :« لقد وجد مع ذلك أن مختلف أشكال القانون الخاص الوطنية لا تتضمن عادة قواعد تتعلق خصوصا بالأشكال الحديثة من العلاقات التعاقدية التي تنشأ من خلال التعاون الصناعي، ونتيجة لذلك ينبغي الاقتراح بأنه يجب على الأطراف أن يضمنوا عقودهم أحكاما تفصيلية تحدد قانون علاقاتهم الخاص، وفي ذات الصيغة التي كانت واردة في مشروع إعداد الدليل المذكور سابقا عام 1976»[1].

وقريب من ذلك كذلك الفقرة 89 من دليل تحرير عقود النقل الدولي للتكنولوجيا في الهندسة الذي أعدته ذات اللجنة الاقتصادية لأوروبا، حيث نصت على أنه : « من المرغوب فيه أن لا يعطي العقد مجالا للمنازعات، وألا يجعل القاضي أو المحكم غير قادر على أن يؤسس التسوية على أحكام أو بنود العقد، كما جاء بعقد بترول مبرم بين تونس وإحدى الشركات الفرنسية عام 1958، أن الاتفاق الحالي يعتبر قانون الأطراف».

2 – عقود الشركات الدولية والمشروعات المشتركة: ويتبنى هذا الاتجاه في الكفاية الذاتية، كذلك عقود الشركات الدولية، التي تنشأ بموجب اتفاقيات ثنائية، أو جماعية بين عدة دول، مثل شركة الخطوط الجوية الإسكندنافية، وشركة –أيروفيما– Eurofim– وشركة سارلور Saarlor– أو اتحاد الفحم يالساروالليورينا، حيث يلاحظ أن تلك الشركات تخضع بصفة أساسية لأحكام والاتفاق المنشئ لها، وترمي بالتالي إلى الإفلات من الخضوع لأي قانون وطني، فالنصوص التفصيلية للنظم الأساسية لتلك الشركات تكفي لتسوية أي خلاف يثور حول نشاطها، ولا يتم اللجوء إلى قانون دولة معينة إلا بصفة إحتياطية للغاية[2].

وهذا هو الحال بالنسبة للمشروعات المشتركة، التي بدأت تأخذ مكانها بين الدول النامية، أو إحدى هيئاتها العامة والأشخاص الخاصة الأجنبية، فالأمر بالنسبة لها يتعلق بعقود واتفاقات غير دولية، ولذلك

1– د/ سمير عبد السميع الأودن، قانون العقد الدولي، المرجع السابق، ص 139.

2- R. Saleille, op cit, P 44 et s.

فإن النظام القانوني لها يستمد من نصوص وأحكام تلك الاتفاقات ذاتها، فهي تشكل الأساس القانوني واجب التطبيق على المشروعات المشتركة، فالاتفاقات التي تؤدي إلى ميلاد هذه المشروعات الجديدة تدخل في طائفة – الاتفاقات– الدساتير – التي تشكل أمرا نظاميا قائما بذاته وله حياته الخاصة[1].

إذا حتى تصل هذه المشروعات إلى تأسيس نظام قانوني مستقل وقائم بذاته، سواء على مستوى مراحل تنفيذ العقد بكل تفاصيله أو على مستوى تسوية ومواجهة أي خلاف حوله قد يثور أثناء هذا التنفيذ، دون اللجوء إلى أي نظام قانوني وطني آخر، طبعا سوف يحتاج إلى مفاوضات ومباحثات ومناقشات طويلة وشاقة قد تلتهم أموال هامة، وقد تصل مدتها إلى عدة سنوات للتوصل في الأخير إلى عقود واتفاقات قائمة بذاتها، محققة لمبدأ وفكرة الكفاية الذاتية للعقد، أو مجسدة لمفهوم العقد الطليق[2].

الفرع الثالث: الهيئات المهتمة بإعداد العقود النموذجية أو النمطية

ونظرا لأهمية العقود النموذجية في تسيير وإدارة عمليات التجارة الدولية الحديثة، فإن الذي يقوم على إعدادها الجمعيات والهيئات المهنية، المشتغلة بتجارة نوع معين من السلع، أو الخدمات وغالبا ما يتم تصنيف العقود النموذجية حسب نوع السلعة، فهناك أنماط العقود الدولية لبيع الصوف والجلود والقمح...الخ[3].

على أنه أهم مجهود في هذا الصدد هو ذلك الذي بذلته اللجنة الاقتصادية لأوروبا (CEE)، فقد قامت بإعداد كثير من العقود النموذجية الدولية، نذكر منها العقد النموذجي لتصدير المصانع والآلات مع تركيبها ، والعقود النموذجية لبيع الحبوب (CIF) و(Fob) والحمضيات والعقد النموذجي لاستيراد وتصدير الخشب الناعم المنشور، والعقد النموذجي للصفقات الدولية للبطاطس...الخ.

كما نذكر كذلك مجهود مجلس المساعدة الاقتصادية المتبادلة "الكوميكون" لدول أوروبا الشرقية وإعداد للشروط العامة لتبادل السلع بين هيئات الدول الأعضاء في المجلس، والتي بدأ سريانها وفق هذه الشروط العامة، التي تعد تقنينا دوليا، وإن كان ذا طابع إقليمي، وتصلح للتطبيق على البيوع الدولية المختلفة، التي تتم بين مؤسسات التجارة الخارجية لدول المجلس أيا كان نوع السلعة محل البيع[4].

1– د/ عبد الكريم سلامة ، المرجع السابق ، ص139

2– د/ أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، المرجع السابق ، ص 139 وما بعدها.

3– وقد تصنف حسب نقلها، كالعقود النمطية للبيع CIF، أو CAF أو FOB أو FOT أو Fas أو Fob Aieroport أو FOC/ For، Aquai أو Ausine وقد تم تتميم هذه الصيغ التجارية الدولية الاصطلاحية سنة 1967 وسنة 1976. وسنة 1980، أنظر في ذلك د/ محمودي مسعود، أساليب وتقنيات إبرام العقود الدولية، المرجع السابق، ص 379 وما قبلها.

4– وذلك عام 1968 والتي بدأ سريانها من أول يناير 1969.

هذا فضلا عن العقود النموذجية لجمعية لندن لتجارة الحبوب، والعقود النموذجية للبيع الدولي للحرير، والقواعد والعادات الموحدة المتعلقة بالاعتمادات المستندية، والقواعد الموحدة لتحصيل الأوراق التجارية لعام 1957، والقواعد الدولية لتفسير المصطلحات التجارية –Incoterms– وهذه الأنواع الثلاثة الأخيرة من إعداد غرفة التجارة الدولية بباريس، ثم المبادئ التي أعدها معهد توحيد القانون الخاص بروما عام 1994 بشأن عقود التجارة الدولية[1].

1– التعريف بالصيغ التجارية الدولية الاصطلاحية: الصيغ التجارية الدولية الاصطلاحية أنظمة متعددة ومختلفة، فهناك الصيغ المستعملة في الولايات المتحدة الأمريكية، وتعرف تحت اسم التعريف الأمريكي المعدل لسنة 1941 – Définition Américaine visée– ذلك أن أول استعمال لهذه الصيغ في هذا البلد كان سنة 1919، وهناك ما يعرف بقواعد فارسوفيا - Les règles de Varsovie – والقواعد المستعملة في بولونيا، والقواعد المستحدثة في تشكوسلوفاكيا، كما أنه في بريطانيا يوجد ما يعرف تحت تسمية قواعد أوكسفورد، – Les règles d'oxford - [2].

غير أن توحيد استعمال الصيغ التجارية الدولية الاصطلاحية، يعود إلى المؤتمر الذي عقدته غرفة التجارة الدولية سنة 1920، فتشكلت لجنة خاصة لهذا الغرض وقامت بنشر هذه الصيغ ابتداء من سنة 1928، وكان عددها ستة (06) صيغ، وفي سنة 1936 وضع تنظيم خاص بهذه الصيغ وقد تضمن إحدى عشر (11) صيغة، اعترضت عليه بريطانيا وأمريكا، مما أدى إلى تشكيل لجنة أخرى لإعادة ضبطها، وقدمت اللجنة نتاج أعمالها لمؤتمر فيينا لسنة 1953، ومن ذلك التاريخ تم اعتماد هذه الصيغ تحت تسمية الصيغ التجارية الدولية لسنة 1953، وتهدف هذه الصيغ إلى إقامة مجموعة من القواعد الدولية التي يعتبر استعمالها اختياريا بالنسبة لأطراف العقد الدولي، خاصة لتوضيح التزامات الأطراف المتبادلة في مواد المبيعات الدولية، وقد تم تتميم الصيغ التجارية الدولية الاصطلاحية سنة 1967، ثم سنة 1976، وسنة 1980 ويتم جمع هذه الصيغ في الجدول الآتي[3]:

الصيغة بالعربية	الصيغة بالإنجليزية	الصيغة بالفرنسية
1– التسليم في ميناء الشحن	EX- qaui……	– Aquai……
2– التسليم في المصنع	Ex – Warks……	–A L'usine……
3– ثمن التكلفة وتأمين وأجرة الشحن	CIF……	– CAF……

1– د/ محمودي مسعود، المرجع السابق، ص 380.

2– د/ محمودي مسعود ، نفس المرجع ، ص 378.

3– د/ محمودي مسعود، نفس المرجع، ص 379.

4- حتى ميناء الوصول المتفق عليه	CAF	- CAF
5- التسليم في ميناء الوصول	FAS	- FAS
6- التسليم على ظهر السفينة	Fob	- Fob
7- التسليم في مطار الوصول	Fob Airop	- Fob Airoport
8- التسليم بين أيدي الناقل	Frene transporteur	-Free Carrier
9- التسليم في المحطة	For/ Fot	- Franco wagon
10- التسليم في نقطة معروفة	Delivered	- Rendu
11- التسليم في نقطة معروفة على الحدود	Deliverdat frontière	- Rendu Frontière

2- معاني الصيغ التجارية الدولية وما يترتب عنها من نتائج

1- التسليم في المصنع: A L'usine :- التعامل وفق هذه الصيغة، لا يرتب أي التزام بالنقل ولا بالتأمين في حق البائع بل على المشتري أن يتحمل كل المصاريف نقلا من المصنع إلى مكان الوصول مع ما يترتب عن ذلك من مسؤوليات.

2- التسليم في نقطة معروفة: بموجب هذه الصيغة يزود البائع المشتري بسند الشحن ويوفر له عربة نقل بالسكة الحديدة أو شاحنة حسب نوعية النقل، ويخطره بتاريخ الانطلاق، وبمفهوم هذه الصيغة فإن البائع يقوم بتنفيذ التعليمات التي يتلقاها من المشتري ويقع على عاتق هذا الأخير كل المسؤوليات التي يمكن أن تتبع عملية النقل ومن ثم فإن مصاريف التأمين والشحن والتفريغ يتحملها المشتري.

3- التسليم في ميناء الشحن: يقوم البائع بتسليم السلعة مع شهادة المطابقة وفقا للاتفاق التعاقدي إلى ميناء الشحن من قبل المشتري وحسب ما هو معمول به في هذا الميناء، وفي الآجال المحددة، ويخبر المشتري بذلك، وبذلك يتحمل البائع المسؤولية من المخزن أو المصنع إلى ميناء الشحن، بعدها يتولى المشتري العملية وما يترتب عنها من نتائج خاصة مصاريف الشحن على ظهر السفينة والتأمين والنقل إلى ميناء الوصول.

4- التسليم على ظهر السفينة: يتولى البائع بموجب هذه الصيغة تسليم السلعة مشحونة على ظهر السفينة في الميناء المتفق عليه، كما يتحمل المشتري كل المصاريف، أما الأعباء والمسؤوليات التي تترتب بعد شحن السلعة على ظهر السفينة فتقع على عاتق المشتري بما في ذلك التأمين.

5- حتى ميناء الوصول المتفق عليه على ظهر السفينة Ex- Ship: يلتزم البائع بتوصيل السلعة على ظهر السفينة إلى ميناء الوصول مع تحمل كل للمصاريف المتعلقة بذلك وتوفير الوثائق الخاصة بالعملية وتخطر المستورد بتاريخ الوصول، ويتحمل المستورد النتائج المترتبة عن عملية التفريغ ونقلها إلى الموقع.

6- المصاريف مسددة حتى توضع على ميناء الوصول:Quai –A: عادة ما تكون هذه الصيغة متبوعة بعبارة مجمركة أو غير مجمركة ويفيد الشكل الأول أن البائع يتحمل كل المصاريف بما في ذلك مصاريف جمركة البضاعة وتوصيلها إلى رصيف ميناء الوصول، أما في الشكل الثاني فيضمن المصدر وصول السلعة إلى ميناء الوصول، ويتحمل المستورد مصاريف الجمركة.

7- التسليم في نقطة الإرسال المتفق عليها على الحدود: Rendu Au Frontières: تفيد هذه الصيغة أن عبء تسليم السلعة إلى المكان المتفق عليه على الحدود المحددة مع تحمل المصاريف الناتجة عن ذلك يقع على المصدر، ويتولى المستورد بعدها الأعباء والتكاليف المترتبة عن العملية.

8- التسليم في مكان الوصول المتفق عليه في البلد المستورد بالمصاريف مسددة Rendu: يقع عبء نقل البضاعة وما يترتب عنها من مصاريف ومسؤوليات على عاتق المصدر ويتكفل المستورد بها انطلاقا من تسليمها له في مكان الوصول[1].

9- التسليم في مطار الوصول: Fob Aéroport: لا تختلف هذه الصيغة عن صيغة Fob المشار إليها في النظام رقم 04 أعلاه، إلا من حيث وسيلة النقل حيث يستعمل النقل الجوي في ميناء الوصول في الحالة الأولى هو ميناء بحري أما هذه الحالة فإن نقطة الوصول هي ميناء جوي وكذا فإن التأمين هو تأمين خاص بالنقل الجوي.

10- ثمن التكلفة وأجرة الشحن: C&F: بموجب هذه الصيغة يلتزم البائع بتسليم البضاعة وفقا للاشتراطات التعاقدية، وكذا شهادة المطابقة كما يلتزم بإبرام عقد نقل إلى ميناء الشحن وتحدد مصاريف الشحن في ميناء الشحن ومصارف التفريغ في ميناء الوصول، ويقوم على نفقته بتحضير كل الوثائق والمستندات المتعلقة بنقل البضاعة وعبورها الحدود وتسليمها للمشتري، كما يقوم بتسديد تكلفة التغليف والتعليب، ومصاريف المراقبة والحقوق والرسوم واستصدار شهادة المصدر والفاتورة القنصلية على حساب المشتري.

وإذا كانت هذه الصيغة متبوعة بعبارة –Landed– أي إلى أن توضع على المرفأ فإن مصاريف التفريغ وترتيب الوضع بالمخزن تقع على عاتق البائع.

11- ثمن التكلفة والتأمين وأجرة الشحن: CIF: التعامل وفق الصيغة هذه يرتب كل الالتزامات في جانب البائع، فالبائع يجب أن يسلم السلعة وفقا للاتفاق وأن يرفق ذلك بشهادة مطابقة، وعليه أن يبرم على حسابه الخاص عقد لنقل السلعة إلى ميناء الوصول المتفق عليه، وأن يدفع مصاريف الشحن والتفريغ وأن

1- د/ محمودي مسعود، أساليب وتقنيات إبرام العقود الدولية، المرجع السابق، ص 381.

يوفر شهادة التصدير، أو الوثائق التي تقوم مقامها، وتمكين المتعامل من وثيقة التأمين والفواتير وسند الشحن الخاص بالبضاعة التي تم التعاقد عليها[1].

وتجدر الإشارة أنه يدخل ضمن مصاريف الشحن، مصاريف الميناء وتشمل تعبئة البضاعة على ظهر السفينة ورصها وتثبيتها[2].

المطلب الثالث: الانتقادات الموجهة لنظرية الكفاية الذاتية للعقد

إن القول وإعمال فكرة العقد الطليق، أو الكفاية الذاتية للعقد يعني سمو الإرادة الفردية على القانون، والاعتراف بالقوة الملزمة لاتفاقات الأفراد استقلالا عن القانون، ومنه فإننا سنقوم بتقسيم هذا المطلب إلى ثلاث فروع أساسية، الأول تحت عنوان حقيقة العقد الطليق بين الإرادة والقانون، أما الفرع الثاني فهو تحت عنوان العجز عن إدراك الكفاية الذاتية للعقد، أما الفرع الثالث، فهو حقيقة العقود النموذجية الدولية، وهذا على النحو الذي سيأتي بيانه:

الفرع الأول: حقيقة العقد الطليق بين الإرادة والقانون

إن القول بفكرة العقد الطليق، أو فكرة الكفاية الذاتية للعقد، يعني سمو الإرادة الفردية على القانون، والاعتراف بالقوة الملزمة لاتفاقات الأفراد استقلالا عن القانون، وعلى فرض أن القانون لا يمنح للعقد قوته الملزمة إلا أنه لا يمكن نكران ذلك، فالعقد لا يوجد في فراغ ولكن يجب أن يستند إلى قانون، فالأمر لا يتعلق بإرادة الأفراد إلا إذا أعطاها القانون تلك السلطة، واستدلالهم في ذلك ما أقره القانون المدني الجزائري، أو الفرنسي أو حتى المصري، من أن العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقررها القانون. فإن ذلك مرجعه القانون بما يعني وجوب الاستناد لنص القانون فيما يبرم من اتفاقات[3].

هذا من ناحية ومن ناحية أخرى فإن العقد ينتابه النقص والقصور في بعض بنوده وأحكامه، فالأطراف مهما كانت خبراتهم لا يمكنهم الإحاطة بكل جوانب العملية التعاقدية، والنقص إذا كان يوجد القانون ذاته فمن باب أولى يكون ذلك بالنسبة للعقد نفسه[4].

1- د/ محمودي مسعود، أساليب وتقنيات إبرام العقود الدولية، المرجع السابق، ص 382.

2- د/ محمودي مسعود، أساليب وتقنيات إبرام العقود الدولية، نفس المرجع، ص 382.

3- هذا ما نصت عليه المادة 106 من ق. م. ج ونص المادة 1134 من ق. م. ف ونص المادة 147 من ق. م. م.

4- د/ سمير عبد السميع الأودن، خطابات النوايا في مرحلة التفاوض على العقد، المرجع السابق، ص 146.

أولا- عدم سمو الإرادة الفردية على القانون وحاجة العقد إليه

بكفاية العقد في ذاته، يعني في الفن القانوني سمو الإرادة الفردية على القانون، وتقدمها في خلق القواعد التي تنظم أنشطة الفرد الاجتماعية والاقتصادية، كما يعني الاعتراف بالقوة الملزمة لاتفاقات الأفراد، استقلالا عن القانون، وهذا يبدو غير مقبول، لأنه من ناحية يلاحظ أن – كل أثر قانوني يعني إلى الخلق الحر لإرادة، لا يكون له قيمة إلا بمقتضى القانون الذي يعطي ضمنا، سلطة للإرادة الفردية من أجل الأثر المراد ترتيبه، بل وعلى فرض أن القانون لا يمنح للعقد قوة ملزمة كصفة مجردة، بل يكشف عنها في الحدود التي يتفق فيها العقد مع أحكامه، إلا أنه لا يمكن نكران أن القانون يؤكد تلك القوة الملزمة، ويضمن فعاليتها بأدواته القانونية، على نحو يمكن القول معه أن مسألة القوة الملزمة للعقد لا تثور أو تحل إلا بالرجوع إلى النظام القانوني الذي يجب أن يدرج فيه العقد، أو ينتج فيه العقد بعض آثاره، فإنه من غير المتصور أو الممكن أن يوجد العقد في فراغ، ولكن يجب أن يستند إلى قانون، فالأمر لا يتعلق بعملية متروكة تماما لإرادة الأطراف، فالإرادة لا تستطيع أن تخلق روابط اتفاقية إلا إذا أعطاها مسبقا القانون الذي تتأتى منه السلطة في ذلك.

وإن كان أنصار مبدأ الكفاية الذاتية للعقد، قد استندوا على مبدأ العقد شريعة المتعاقدين، كما رأينا ذلك سلفا، فقد تناسوا أن تلك المادة تتكلم عن الاتفاقات التي تبرم وفقا للقانون، بما يعني وجود قانون يسمح بتكوين تلك العقود والاتفاقات أي كل المراحل المتعلقة ببناء العقد، يجب أن تتم في دائرة ما يسمح به القانون وخاصة مرحلة التفاوض على العقد التي تكتسي أهمية بالغة في بناء العقود المنشودة والمراد إبرامها في النهائية يجب ودون أدنى شك أن يتم في دائرة القانون وفي مجال الشرعية، أي في إطار النظام العام والآداب العامة.

ولعل أهمية الحاجة إلى القانون تظهر بشكل جلي عند سكوت وصمت العقد عن حل المسألة محل النزاع، حيث أن الطرف المتعاقد المدعى يكون بحاجة إلى تأسيس ادعائه على إحدى قواعد القانون، بل إن خصمه لا يستطيع رد الادعاء إلا بالاستناد كذلك إلى إحدى قواعد القانون، والقاضي كذلك يستمد سلطته من القانون، يكون غير سائغ له أن يقضي بإدانة أحد الأطراف في العقد، إذا لم يسمح له القانون بذلك، بل إن الاعتماد على الإرادة في تحقيق كمال العقد، يصطدم مع مبدأ هيمنة القانون الوضعي، أو مع مبدأ مناعة النظام القانوني وقدرة هذا النظام على تقديم الحلول لجميع المشاكل التي تنشأ عن علاقات الأفراد،

كما يقود إلى خلع الصفة القانونية عن المسألة المثارة طالما أن تلك المسألة ستأتي من غير قانون بل من إرادة الأطراف[1].

ثانيا- عدم القدرة على التمسك بفكرة العقد الطليق

إذن فالتمسك بمبدأ الكفاية الذاتية للعقد الدولي، أو ما يسمى بالعقد الطليق، أو حرمان القاضي من الرجوع إلى قواعد القانون، وكذلك المحكم لا يمكن أن يتحقق في المجال العملي.

هذا فإن القضاء قد أنكر كذلك على العقود النموذجية أو النمطية صفة القواعد القانونية بل قرر طبيعتها التعاقدية، ذلك أنها ليست إلا شروط تعاقدية يكتنفها القصور، ولا ترقى لذلك وإنما تصبح فقط عادات اتفاقية.

ولعلنا بتطرقنا إلى ما يسمى بالعقد الطليق يصل بها إلى أنه بالنسبة لاتفاق التحكيم فيما يتعلق بالمنازعات بين الأطراف، فهذا الاتفاق يستقل عن العقد الأصلي، حيث تخضع من حيث شروطه وآثاره لقواعد مختلفة عن تلك المتعقلة بالعقد الأصلي الواردة فيه، وإذا كان اتفاق أو شرط التحكيم يتصل بالعقد الأصلي فإنه يخضع بطبيعة الحال للقانون الواجب التطبيق على العقد الأصلي، واستغلال شرط التحكيم في نطاق العقود الدولية، لا يبرر بحال استبعاد القانون الواجب التطبيق على العقد الأصلي عن حكم شرط التحكيم، فمن غير السائغ إخضاعه لقانون مختلف عن قانون العقد.

فمن الطبيعي أن تجد فكرة العقد الدولي الطليق أرضا خصبة في مجال التحكيم التجاري الدولي، فالمحكم ليس حارسا على نظام وطني معين حيث تكون له حرية كبيرة في تفادي قواعد قانون الدولة التي قد تكون غير ملائمة[2].

وقد حاول بعض الفقهاء أن يعترض على ذلك بقوله: إن التحكيم كأي نظام من نظم القانون الداخلي لا يوجد ولا تكون له الصفة القانونية إن لم يكن له أساس قانوني يرتكز إليه، وهذا الأساس لا يوجد إلا في نطاق قانون دولة مكان التحكيم، ولما كان القانون الدولي الخاص هو من نظم القانون الوطني، فكذلك التحكيم، الذي لا بد أن يكون تحكيما وطنيا، أي يخضع لنظام خاص في قانون وطني معين.

على أن هذا الرأي لم يلق قبول الدوليين من أنصار التحكيم التجاري والقانون الموضوعي للتجارة الدولية، فالمحكم ليس له نظام إسناد معين، وليس تحت تصرفه ما يمكن تسميته بقانون القاضي لتحديد الاختصاص التشريعي، فاعتبار أن التحكيم ليس من خلق الدولة يؤدي إلى ترك مجال واسع في اختيار

1- د/ أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، المرجع السابق، ص 143.

2- د/ سمير عبد السميع الأودن، خطابات النوايا في مرحلة التفاوض على العقد، المرجع السابق، ص 148.

النظام القانوني الملائم ليحكم المنازعة المطروحة غير مقيد بهذا أو ذاك من أنظمة القانون الدولي الخاص أو قواعد الإسناد فيها. فعموما الأطراف يرغبون عادة في تخطي كل نظام قانوني محدد لدولة ما، والعمل على تسوية ما يتولد بينهم من منازعات بواسطة محكم دولي حقيقي، يطبق مباشرة نظام قانوني فوق وطني يستمد من أعراف وعادات التجارة الدولية[1].

وإذا كان التحكيم يعد أداة فعالة في تقليص نفوذ النظم القانونية الوطنية، فهو يعد من صناع العقد الدولي الطليق، وفتح الطرق أمام نزع العقد الدولي من نظم القانون الوطني، كي يخضع للقانون المادي للتجارة الدولية.

الفرع الثاني: العجز عن إدراك مبدأ الكفاية الذاتية للعقد

يدل الواقع العملي على أن العقد الذي يكفي ذاته بذاته، هو خيال وليس حقيقة فالنقص والقصور في بنود العقد وأحكامه أمر قائم، فالأطراف مهما كانت خبرتهم وتوقعهم للأحداث والوقائع في المستقبل، لا يمكنهم الإحاطة بكل جوانب العملية التعاقدية وليس هذا بالأمر الغريب فالنقص والثغرات إذا كانت تنتاب وتوجد في القانون بحد ذاته فما بالنا بالعقد[2].

ولكن نرى أنه من خلال مرحلة التفاوض وخاصة في العقود الهامة، يمكن تضيق دائرة النقصان والعيوب والثغرات أكبر قدر ممكن، خاصة عندما يتم التباحث والتشاور وتقديم الدراسات واستجلاء رأي الخبراء والمؤسسات المختصة، وبالخصوص عندما تستغرق هذه المفاوضات وقتا طويلا ومالا وجهدين كبيرين من مفاوضين ذوي خبرة كبيرة في الميدان المتفاوض عليه.

ويرى البعض أن هناك استحالة عملية في خلق مجموعة من الاشتراطات التعاقدية التي يمكن أن تكون كافية بذاتها كلية، وتستبعد الحاجة إلى اللجوء إلى أحكام القانون، وهو ما أدركه البعض من الفقهاء بخصوص عقد نقل التكنولوجيا، وعقود المنشآت الكبرى وعقود التشييد....الخ، إذ يقولون أنه:« لا يستطيع عقد نقل أيا كانت العناية التي بذلت في تحريره، أن يحيط بكل المسائل التي قد تثير الخلاف بين الطرفين ولهذا ينبغي أن يعين المتعاقدون أثناء التفاوض على العقد القانون الذي يرجع إليه القاضي أو المحكم عندما يخلو العقد من الحلول»[3].

1- د/ سمير عبد السميع الأودن، المرجع السابق، ص 149.

2- Brochet, op cit, T 02, P 67.

3- د/ محسن شفيق، نقل التكنولوجيا من الناحية القانونية، مطبعة جامعة القاهرة سنة 1984، ص 100.

وحتى هذه الحلول التي يضمنها المتفاوضون في بنودهم وشروطهم التعاقدية لا يمكن التصور أنها تخرج عن دائرة القانون، أو اللا شرعية أو الإجراءات الإدارية القانونية أو الفنية كما ذكرنا سابقا.

ووجود ثغرات بالعقد أمر ثابت أيضا بخصوص العقود النمطية والنموذجية، ورغم الادعاء على أنها نموذجية ، حيث تظل الحاجة قائمة بشأنها إلى قاعدة الإسناد القانونية.

أولا- المحاكم تؤكد وجود ثغرات في صياغة العقد الدولي

وتحليل الأحكام القضائية يدلل من غير مواربة على أن منازعات العقود الدولية تكون في الغالب بشأن مسائل لم يواجهها أو لم ينتبه إليها، أو لم يتوقعها الأطراف.

فأخذ مثلا عقد دولي للتمثيل التجاري لم ينظم الأطراف فيه مسألة معينة كالتعويض عن فسخ العقد، أو التعويض عن إنهائه قبل مدته كذلك العقد الدولي لم يذكر شيئا عن مسألة تقادم الالتزامات الناشئة عنه، أو لم يواجه فيه الأطراف كيفية حل المشكلات الناجمة عن ظهور أحد عيوب الرضا عند إبرام العقد.

ثانيا- الحاجة إلى النمطية في القانون الوطني

إن التمسك بمبدأ الكفاية الذاتية للعقد الدولي، مع الاعتراف بثغراته وعدم كماله، وحرمان القاضي من الرجوع إلى قواعد القانون تحرم القاضي أو المحكم الذي يقع على عاتقه مهمة إكمال الثغرات الحتمية أو التي لا يمكن وجود حلا فيها في العقد، من النموذج الذي تقدمه القواعد الموضوعية القانونية مع كل المثالب التي يتضمنها ذلك بالنسبة للتوقع، واستقرار وأمان الحل القانوني.

إن العقود الدولية حتى ما كان منها مفصلا إلى درجة كبيرة ويصل حجمها إلى حجم الكتب الحقيقية، لاسيما العقود التي تبرمها الشركات الأمريكية تكون دائما ناقصة، وتنطوي على فجوات خطيرة، فإنه لا يكون مقبولا إمكانية وجواز وجود العقود المنظمة ذاتيا على نحو كامل، والمشغولة عن النظم القانونية الوطنية، حتى ولو تعلق الأمر بعقود نمطية أعدتها هيئات علمية ومهنية متخصصة[1].

الفرع الثالث: حقيقة العقود النموذجية الدولية

لقد سبق الإشارة إلى أن فريقا من الفقه، يرى أن العقود النموذجية الدولية تكفي بذاتها، وتغني عن اللجوء إلى القانون، لأن تلك القواعد تخلق قواعد ملزمة للأطراف، وهذا الزعم مردود على أصحابه.

1- د/ أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، المرجع السابق، ص 146.

فمن ناحية أولى يلاحظ أن ذلك يعد تلاعبا بالألفاظ ولا يكشف عن حقيقة قانونية قائمة، فالبعض يسميها قواعد واقعية أو قواعد شبه آمرة، وهو ما لا يمكن قبوله لأن القاعدة القانونية إما أن تكون كذلك أو لا تكون، فلا وجود لقاعدة واقعية فالقواعد القانونية هي قواعد اجتماعية ملزمة، وهي آمرة أو مكملة دون وسيط بينهما أو شبه آمرة... !![1].

ومن ناحية ثانية فإن القضاء قد أنكر على أحكام العقود النموذجية صفة القواعد القانونية، بل قرر طبيعتها التعاقدية، كما أنه على فرض اعتبار أنها تشكل عادات دولية إذ هي في الحالتين تفتقد إلى صفة القاعدة القانونية، وهي وإن كانت ملزمة فإن أساس ذلك هو خضوع الأطراف وارتضائهم إياها، للتطبيق على عقودهم[2].

ومن ناحية ثالثة فإن اعتبار شروط وأحكام العقود النموذجية كمقدمة لعقود الإذعان قواعد قانونية تجعل من رقابة المحاكم رقابة مشروعة، حيث يراقب القاضي مشروعية تلك القواعد الموجودة بالعقد، وعدم مخالفتها للقواعد القانونية النظامية الأعلى أو الأسمى، وهي قواعد قانون الدولة، وهذا ما يتفق والمنطق القانوني.

فالواقع أن رقابة المحاكم لشروط العقد في إطار حماية الطرف المذعن هي رقابة عادلة، وحماية للطرف الضعيف اقتصاديا، بل إن القاضي إذا وجد شرطا مخالفا لقاعدة آمرة في قانون دولته سيحكم برفض تطبيقه كشرط تعاقدي، أو يبطله إن استدعى الأمر ذلك أو بتقويمه، سواء باسم العدالة أو المساواة، تتعارض تماما مع فكرة العقد الطليق، الذي يلقى بذاته هجر القانون الرسمي أو النظامي[3].

العقود النموذجية هي عادات اتفاقية وشروط تعاقدية: فهي ليست شروطا تعاقدية يكتنفها القصور، ومع التكرار يمكن أن تكون عادات اتفاقية، دون أن ترقى إلى قواعد قانونية، فهذه العقود أو هذه الشروط العامة النموذجية لا تطبق إلا إذا اتفق الأطراف على ذلك صراحة، ولا تكفي إحالة الأطراف الضمنية إليها، بل قد يلزم أن تكون تلك الإحالة مكتوبة لا غموض فيها، فالمتأمل في مقدمات العقود النموذجية لتصدير وبيع المصانع والآلات مع تركيبها كالنموذجين 188 و118 أ، واللذين أعدتهما اللجنة الاقتصادية لأوروبا، يجد

1- Arieg, Contrat type et contrat d'adhesion, op cit, P 116.

2- د/ عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، المرجع السابق، ص 148.

- جون مارتي، التفرقة بين الواقع والقانون، المرجع السابق، ص 317 وما بعدها.

3- جورج بولبور، عقد الإذعان، باريس ط2، L. G. D. J ، سنة 1976.

أنها تنص على أن : « تلك الشروط العامة تكون واجبة التطبيق، عدا التعديلات التي يدخلها الطرفان، باتفاق صريح ثابت بالكتابة، بما يقود إلى تطبيقها اختياريا غير مفروض على الطرفين »[1].

إلى جانب تلك الشروط العامة بالنظر إلى قصورها، وما بها من ثغرات تبدو أحيانا أنها لا تتمتع بقدسية القواعد القانونية، فهي لا تطبق بقوة إلزامها الذاتية، والأكثر من ذلك يستطيع الأطراف إدخال ما يرونه من تعديلات عليه، وإحلال بعض الأحكام محل الأحكام الأولى بعد التفاوض بين طرفي العقد.

وفضلا عن قصور العقود النموذجية، فإنه لا غنى لها عن القانون، بل إن هذا الأخير يفرض عليها في مجالات لا يمكن الإدعاء فيها بالكفاية الذاتية ومن ذلك ما يتعلق بالتشريعات الخاصة بالمنافسة، وأذونات التصدير والاستيراد والرقابة على العقد، وتحديد عملته والوفاء، وسعر الصرف، ففي تلك المسائل تتصل بأسس السياسة الاقتصادية لمختلف البلدان، لا يكون محلا لإعمال ما اتفق عليه الأطراف.

ولا يكون من السائغ القول هنا بأن الأمر يتعلق بقوانين تطبق احتياطيا بعد إعمال إرادة الأطراف، التي تصل إلى بناء العقد الطليق، أو يحقق الكفاية الذاتية للعقد الدولي، بل قواعد قانونية ملزمة آمرة كانت أم مكملة، تطبق بقوة سريانها على منازعة العقد الدولي، أيا كانت نتيجة ذلك التطبيق، وهذا هو المفهوم الحقيقي لمبدأ اختصاص قانون الإرادة بتنظيم العقد الدولي.

1- Y. Lousseron et J. D. B. redin, Le droit de commerce international, Paris, Sirey 1969, P 944.

الخاتمة

وبهذا نكون قد انتهينا من البحث والدراسة في موضوع التفاوض على عقود الأعمال، التي تعد من المراحل الأولى قبل التعاقد و تزداد أهمية المفاوضات كلما ازدادت أهمية العقد من حيث تعقيده، وأهميته الاقتصادية ذات الآثار الاجتماعية الكبيرة، وخاصة إذا كانت من عقود الأعمال المختلفة ذات الصيغة الدولية، فيحتاج الأطراف إلى مرحلة التفاوض التي تعتبر مرحلة هامة في بناء العقد المنشود المزمع إبرامه.

وبذلك نكون قد عملنا جاهدين للإحاطة بكل جوانب العملية التفاوضية على العقد في ميدان الأعمال عموما وفي إطار القوانين الجزائرية التي لها علاقة بهذا الميدان مركزين على الشريعة العامة وهو القانون المدني الجزائري، حيث قمنا بتقسيم موضوع دراستنا هذا إلى بابين رئيسيين، وكل باب قسمناه إلى فصلين وكل فصل قسمناه إلى ثلاث مباحث وكل مبحث إلى ثلاث مطالب، محاولين جاهدين جعل هذه الخطة متزنة إلى أبعد حد ممكن.

وقد تناولنا في الباب الأول بشكل عام المرحلة السابقة على التعاقد، وذلك بالدراسة من خلاله وفي الفصل الأول تاريخ ومفهوم وأهداف المرحلة السابقة على التعاقد مركزين أساسا على مرحلة التفاوض على العقد دون المراحل الأخرى، وذلك من خلال أولا التعرض للمرحلة التاريخية عن المرحلة السابقة على التعاقد في مختلف العصور، ثم بعد ذلك كان لا بد من الخوض في مفهوم مرحلة التفاوض على العقد سواء من حيث التعريف أو الأهداف ومختلف الاتفاقات المبرمة خلالها، إلى جانب تحديد مختلف العوامل الأساسية المؤثرة في نجاح مرحلة التفاوض على العقد، من التطرق إلى تحديد طرق تسوية المنازعات التي قد تثور عند تنفيذ العقد المنشود، وأهم ما في هذا الشأن هو التطرق إلى كيفية حماية المتعاقد خلال مرحلة التفاوض على العقد ، وأفضل ما في الأمر هو التطرق إلى الطبيعة القانونية للمرحلة السابقة على التعاقد، من خلال موقف الفقه والقضاء التقليدي أو المعاصر، وكل ذلك كان مرفقا برأي المشرع الجزائري في تلك الأمور، وخاصة في القانون المدني الجزائري.

ثم اتجهنا بالدراسة في بحثنا هذا من خلال الفصل الثاني من الباب الأول هذا إلى ميادين ومجالات وضوابط المفاوضات العقدية، ثم التطرق إلى موضوع التفاوض على العقود الإلكترونية ومختلف الجوانب المحيطة بهذا الموضوع.

أما الباب الثاني، إرتأينا أن نجعله تطبيقا لهذه المرحلة الهامة، من خلال الفصل الأول الذي خصصناه لانعقاد وسير هذه المرحلة، من حيث التحضير والدعوة إلى التفاوض، ثم كيفية سير هذه المرحلة وما ينجر عنها من حقوق والتزامات واتفاقات، ثم تطرقنا في هذا الفصل إلى الآثار المترتبة عن الإخلال

بهذه الالتزامات من تنفيذ عيني أو تنفيذ عن طريق التعويض، ومختلف التطبيقات القضائية في هذا الشأن رغم قلتها، إلى جانب التطرق إلى تدخل الغير في مرحلة التفاوض من خلال تدخلهم لإفسادها.

ثم تطرقنا بالدراسة في الأخير إلى فكرة العقد الطليق من حيث ماهيته ومفهومه وطبيعته القانونية، إلى جانب بعض التطبيقات القضائية لهذا العقد، فهل يمكن تحقيق فكرة الكفاية الذاتية للعقد من خلال العقود النموذجية أو النمطية من خلال تحديد مفهومها وطبيعتها القانونية ؟ مع ذكر الهيئات والجهات المهتمة بإعداد العقود النموذجية، وفي الأخير نتطرق إلى الانتقادات الموجهة لنظرية الكفاية الذاتية للعقد، أو العقد الطليق، من حيث الخوض في موضوع حقيقة هذا العقد بين الإرادة والقانون، وهل يمكن إدراك هذه الكفاية الذاتية للعقد أم لا

وقد قمنا بإتمام هذه الدراسة بجهد كبير ومشقة ، لها علاقة أولا بحداثة موضوع الدراسة الذي لم يوليه الفقه عموما الاهتمام الكبير بالدراسة والتأليف، ونظرا لقلة المادة العلمية المتخصصة التي تعالج هذا الموضوع ، إلى جانب ندرة التطبيقات القضائية في موضوع المفاوضات العقدية وخاصة في القضاء الجزائري، إلى جانب عدم اهتمام أغلب التشريعات ومنها التشريع الجزائري، وخاصة التشريعات ذات الصلة بموضوع التفاوض على العقود وخاصة منها عقود الأعمال، فرغم كل ذلك ارتأينا أن نواصل الدراسة إلى نهايتها، وهذا لإحساسنا بأهمية الموضوع الذي له جانب قانوني وجانب اقتصادي له آثار اجتماعية هامة.

وقد لاحظنا أن المنظومة القانونية والاقتصادية في الجزائر بحاجة في هذا الوقت أكثر من أي وقت مضى بالاهتمام بهذا الموضوع، وخاصة طرف كالجزائر الذي يكون دوما في وضعية المتلقي في كثير من الحالات والعقود ما عدا في مجال المحروقات والمواد البترولية، فقد رأينا في موضوع بحثنا هذا الجانب التطبيقي يجب أن يكون له التأطير القانوني والفقهي المناسب .

وهذا ما قادنا بعد إتمام وإنجاز هذه الدراسة، إلى حصر وذكر النتائج التي أنتجتها هذه الدراسة للنظام القانوني للتفاوض على عقود الأعمال في ضوء التشريع الجزائري.

إن للتطورات الاقتصادية والعلمية والتكنولوجية الضخمة والهائلة التي عرفها عصرنا هذا كثير الأثر على بناء وتكوين العقود، فأصبحت عقود الأعمال وخاصة الدولية منها تتسم بالصعوبة والتعقيدات الفنية والقانونية والاقتصادية، بحيث أضحى من اللازم التفاوض على هذه العقود بشكل جدي ودقيق حتى يتم التوصل إلى إبرامها، أي أن تكليل هذه المفاوضات بالنجاح هذا ما جعل التفاوض على هذه العقود أمر ضروري وذو أهمية خاصة في هذا العصر الحديث .

إن استجلاء هذه الأهمية البالغة من خلال تحديد مفهوم وخصائص ونطاق المفاوضات العقدية، جعلنا نوضع هذه الفكرة ونجعلها قائمة بذاتها دون غموض أو خلط مع أفكار قريبة من مفهوم التفاوض، إذا أهم نتيجة توصلنا إليها في بداية هذا البحث أن التفاوض على العقد فكرة قائمة بذاتها لها مفهومها الخاص ولها مميزاتها وخصائصها ونطاقها وميادينها ومجالاتها وأهدافها وضوابط معينة وطبيعة قانونية خاصة.

ورغم الأهمية الكبيرة التي أصبحت تتسم بها مرحلة التفاوض على العقد فإن المشرع الجزائري لم يتناولها بنصوص خاصة سواء في القانون المدني أو القوانين الأخرى ذات العلاقة بمجال الأعمال، مثله في ذلك مثل التقنينات الحديثة، فيما عدا بعض التقنينات التي أفردت له نصوصا خاصة، وذهب المشرع الفرنسي مؤخرا الى ذاك ، وإن كانت هذه النصوص غير محيطة بكل العملية التفاوضية، بل جاءت مبهمة وغير كافية لحسم مختلف الصعوبات والمشكلات التي تتخلل مرحلة التفاوض، وهذا الفراغ في التشريع أدى إلى وجود خلاف واضح في الحلول التي اعتنقها الفقه في دراسته والقضاء المقارن في أحكامه.

وعلى كل حال فإن القانون المدني الجزائري رغم التعديلات، ما زال بعيد عن معالجة وتنظيم المسؤولية عن الخطأ في مرحلة التفاوض، غير أن المسؤولية عن الفعل الضار تستوجب وجود التزام يفرضه القانون قد تم الإخلال به، لذا فإن هذا القانون جاء خاليا من نص صريح ينص على الالتزام بالتفاوض بحسن نية وأمانة، وما ينجر عن هذا المبدأ العام من التزامات فرعية أخرى يجب الوفاء بها خلال هذه المرحلة.

كما لاحظنا أن مختلف الاتفاقات بدء بعقد التفاوض مرورا بالعقود الوقتية المنظمة لمرحلة التفاوض وانتهاء بالاتفاقات المرحلية أو الجزئية وانتهاء في آخر المرحلة التفاوضية بإبرام العقد النهائي المنشود، بينما لاحظنا أن الواقع العملي في المجال الاقتصادي والتجاري، لا يخلو ولا يمكن لأطراف العلاقة فيه إبرام العقود وخاصة الدولية منها دون المرور بمرحلة التفاوض الجدي والشاق والذي يستغرق وقتا طويلا قد يحسب بالسنين، تتطلب جهودا شاقة، وستتبع بالتالي بنفقات باهظة ، لا يمكن أن تبقى كما لاحظنا أن القواعد القانونية لم تتناول العقد بالتنظيم إلا من وقت إبرامه فقط، أي عندما توجد إرادة نهائية جازمة للتعاقد تشكل إيجابا جازما يتم به العقد متى لحقه قبول، دون أن تحظى مرحلة التفاوض بالاهتمام الذي تستحقه، بل تبدو من خلال هذه القواعد المنظمة للعقد، كمرحلة تسودها الحرية، وتقع خارج دائرة القانون والإلزام، كما تبين لنا أن الإيجاب بالعقد هو الحد الفاصل بين مرحلة التفاوض ومرحلة إبرام العقد إذ أن التفاوض يهدف بالدرجة الأولى إلى التوصل إلى هذا الإيجاب .

كما استنتجنا أن الدعوى إلى التعاقد تختلف عن الدعوة إلى التفاوض، بحيث أن من يوجه دعوة للتفاوض، هدفه هو الدخول في تفاوض مع الطرف المستجيب لدعوته لدراسة ومناقشة مختلف شروط العقد الغير المحددة مسبقا، بينما الداعي إلى التعاقد لا يقصد أصلا الدخول في مفاوضات مع من يستجيب لإيجابه، وإنما يهدف فقط إلى دفع هذا الأخير إلى التعاقد معه في الحال وفقا لبنود عقد محدد سابقا لا يتفاوض أصلا حولها، وبهذا فإن الدعوى إلى التعاقد، هي دعوة لإبرام عقد من العقود الغير قابلة للتفاوض أي عقود الإذعان.

كما وصلنا من خلال بحثنا هذا إلى أن التفاوض على العقد، يختلف ويستقل بذاته كفكرة قائمة بذاتها عن كثير من الأفكار التي تقترب من فكرة التفاوض على العقد مثل فكرة المساواة التي ترد على عنصر الثمن فقط وهي من جانب واحد فقط للضغط على الطرف الآخر للظفر منه بتخفيض أو زيادة الثمن، بينما التفاوض على العقد يتم دائما من جانبين على الأقل وهو يعالج كل عناصر العقد بالدراسة والمناقشة بهدف الاتفاق على تحديدها ولا تقتصر على عنصر الثمن فقط، فالمفاوضة أعم وأشمل من المساومة، وإن كانت المساومة تعتبر جزءا وتكتيكا من تكتيكات التفاوض، إلى جانب أفكار أخرى مثل المحادثة والتشاور...الخ من الأفكار، ورأينا أوجه التشابه والاختلاف بينها وبين فكرة التفاوض على العقد.

كما توصلنا أن التفاوض على العقد لا يتم بمحض الصدفة، وإنما يتم من خلال اتفاق سابق بين الطرفين سواء كان اتفاقا ضمنيا أو صريحا، وقد رأينا أنه من خلال ذلك أن المسؤولية في مرحلة التفاوض تتأرجح بين المسؤولية التقصيرية والمسؤولية العقدية، وإن كان البعض يرى أنها تكون مسؤولية عقدية، وليست مسؤولية تقصيرية، أي أن التفاوض ليس مجرد عمل مادي غير ملزم، وإنما هو تصرف ذو طبيعة عقدية، لأنه كما يقول هذا الرأي دائما هناك اتفاق بين الطرفين سواء كان ضمنيا أو صريحا، هو الذي ينشئ الالتزامات التي تقع على عاتق الطرفين أثناء التفاوض.

والاستنتاجات الهامة التي توصلنا إليها كذلك والتي تعمل بها كثير من القوانين، هو ضرورة التفرقة بين ما إذا كان التفاوض على العقد مصحوب باتفاق صريح على التفاوض أم غير مصحوب به، فإذا كان التفاوض على العقد غير مصحوب باتفاق تفاوض صريح، كانت المسؤولية في هذه الحالة مسؤولية تقصيرية، وذلك فيما عدا القانونين الألماني والسويسري اللذان يعتبرانها في هذه الحالة مسؤولية شبه عقدية تنطبق عليها قواعد المسؤولية العقدية، أما إذا كانت المفاوضات مصحوبة باتفاق تفاوض صريح فإن المسؤولية تكون حينئذ مسؤولية عقدية.

ومن أهم النتائج التي توصلنا إليها أن هذه التفرقة بين المسؤوليتين تحكمية لا مبرر لها، وأنه يجب الأخذ بكل واحدة كما يجب التخلي عن هذه التفرقة، حتى يتم توحيد الحلول القانونية في مرحلة التفاوض على العقد، والأقرب للصواب أن نسلم دائما بوجود اتفاق بين الطرفين على التفاوض حتى ولو كان اتفاقا ضمنيا، بحيث تكون المسؤولية في لمرحلة المفاوضات العقدية مسؤولية عقدية في كل الأحوال، وبذلك وبهذا الحل الموحد نكون قد سوينا بين المراكز القانونية للأطراف المتفاوضة، بحيث يتيسر لهم سبل إثبات المسؤولية. وتحقق لهم من خلال ذلك الحماية القانونية التي ينشدونها، وهذا ما يدفع ويحفز ويشجع رجال الأعمال خصوصا على الدخول في التفاوض وإبرام العقود وخاصة الهامة، منها الاقتصادية التي لها آثار إنمائية ذات أبعاد اجتماعية، وبالتالي تحقيق الاستقرار للمعاملات في المجتمع في الوقت ذاته ، ونحن في الجزائر نحتاج إلى ذلك أكثر من أي وقت مضى.

وما استنتاجه أنه قد أصبح المتفاوضون ويحرصون على إبرام اتفاق صريح على التفاوض، خاصة في التفاوض على العقود الهامة، وذلك بهدف ضمان وتأمين المفاوضات وزيادة فرص نجاحها، وحتى لا يقعوا تحت رحمة المسؤولية التقصيرية التي تصير دون فائدة إذا ما عجز المتفاوض المضرور عن إثبات الخطأ في جانب المتفاوض الآخر. وهذا الاتفاق هو اتفاق أو عقد تفاوض كسائر العقود الأخرى، دون حاجة إلى إفراغه في شكل معين، وهذا الاتفاق يكون اتفاقا مستقلا، وإما أن يتم إدراجه كبندا أو شرط في عقد أصلي، كشرط لإعادة التفاوض، لإعادة التوازن العقدي، الذي يعرف بشرط –Hard ship– .

كما استنتجنا من خلال دراستنا هذه ، معالم ومجال مرحلة التفاوض على العقد، من بدايتها إلى نهايتها سواء كللت بالنجاح أو بالفشل، فالتفاوض في الحياة العملية يمر بثلاث مراحل ، مرحلة انعقاد التفاوض، ثم مرحلة سير المفاوضات، ثم مرحلة انتهاء المفاوضات كما إما أن تكلل بالنجاح أو بالفشل .

ومما استنتجناه كذلك أن مرحلة التفاوض في حد ذاتها، هي كذلك تحتاج إلى التحضير الجيد، وبالخصوص إذا كان التفاوض يتعلق بعقود الأعمال ثقيلة ذات الأهمية البالغة، وذلك من خلال إجراء الدراسات التمهيدية للمشروع المتفاوض عليه واختيار مفاوضين مؤهلين وذوي خبرة في ميدان التفاوض وفي تخصصات كثيرة سواء كان هذا الاختيار على أساس شخصي أو على أساس الكفاءة الموضوعية.

وقد انتهينا إلى أن أحد أطراف التفاوض قد يقيد حريته في التفاوض مع شخص آخر دون غيره سواء باتفاق مستقل أو من خلال شرط في عقد أصلي وهذا ما يعرف بالوعد بالتفضيل، فلا يتفاوض الطرف الواعد مع الغير إلا في حالة رفض الموعود له بالدخول في التفاوض على هذا العقد، أو فشل في التفاوض معه .

وقد رأينا أن الدعوى إلى التفاوض والرأي الراجح في الفقه أطلق عليها اسم الإيجاب بالتفاوض، ثم يقابله قبول الإيجاب بالتفاوض لمن وجه إليه، وانتهينا إلى أن الإيجاب بالتفاوض إما أن يكون صريحا، وإما أن يكون ضمنيا، ونفس الأمر في حالة قبول هذا الإيجاب، وهذا ما يؤدي بالقول أن عقد التفاوض في واقع الحياة العملية قد يكون ضمنيا وقد يكون صريحا.

وقد استنتجنا من دراستنا هذه أن عقد التفاوض أو اتفاق التفاوض متى تم أو انعقد صحيحا فإنه يرتب وينشئ على كاهل الأطراف المتفاوضة التزامات متبادلة، بحيث يأتي على رأس هذه الالتزامات التزام رئيس وعام في مرحلة التفاوض على العقد، وهو الالتزام بالتفاوض بحسن نية، والذي بدوره يتفرع إلى فرعين أو شقين أساسيين، الأول هو الالتزام بالدخول في التفاوض أما الثاني فهو الالتزام بالتفاوض بحسن نية وأمانة وهو الالتزام الجوهري في مرحلة التفاوض على العقد ككل، كما رأينا أن الأول هو التزام بتحقق نتيجة مثله مثل الالتزام الثاني، إذ يجب للمتفاوض أن يكون فعلا حسن النية أثناء سير مرحلة التفاوض حتى يفي بمختلف الالتزامات المتفرعة عنه، ولا يستطيع دفع المسؤولية عن نفسه بأن يثبت أنه بذل كل ما في وسعه من جهد لكي يكون حسن النية فلم يستطع، لأن حسن النية لا يتجزأ .

وقد استنتجنا أن الالتزام الرئيسي وهو الالتزام بالتفاوض بحسن نية تتفرع عنه كثير من الالتزامات المتبادلة بين طرفي التفاوض حتى ولو لم يذكرها الأطراف في عقد التفاوض بشكل صريح، لأن هذه الالتزامات هي الإثبات والدليل الحاسم على حسن النية في التفاوض .

وفي العقود الهامة ماليا واقتصاديا، أو كما تسمى بالعقود الثقيلة، وفي عمليات التجارة الدولية، تقتضي من أطراف التفاوض الراغبين في التعاقد حتمية تنظيم المفاوضات في مختلف مراحلها وجوانبها، وهو ما يؤدي إلى زيادة فرص نجاح المفاوضات وزيادة درجة تأمينها، وكذا حماية مصالح الأطراف من مختلف المشاكل والصعوبات التي تتربص بهم في هذه المرحلة.

ومما يجعل هذا النظام الاتفاقي ضروريا نظرا للمدة الطويلة التي تستغرقها هذه المفاوضات والتي قد تستغرق سنوات عديدة كما جرى في كثير من العقود الصناعية والتي تتطلب نفقات باهظة، وسبب ذلك أن هذه المفاوضات تعالج مسائل غاية في الدقة والتعقيد، تتجاذبها احتمالات عديدة تتباين بشأنها مصالح الأطراف، مما يتطلب تدخل أهل الخبرة في مجالات عديدة ، مما جعل واقع عمليات التفاوض هنا تتم في اطار التنظيم الاتفاقي لمواجهة القصور الذي بات جليا في القواعد الكلاسيكية المنظمة للعقود .

ولعل أهم خطوات التنظيم الاتفاقي للمفاوضات تتمثل في الاتفاق على التفاوض ابتداء، فهذا الاتفاق يحد من الحرية السائدة أثناء التفاوض، ويوفر للمفاوضات جانبا كبيرا من الجدية والأمانة والتعاون،

ويرتب الالتزام العقدي هذا فضلا عن ذلك، واجبات ايجابية من شأنها دفع مسار العملية التفاوضية قدما إلى الأمام، مما يزيد من احتمالات نجاحها بهذا الالتزام وإثبات الخطأ العقدي في هذا الشأن يكون أيسر بالنسبة للمضرور، ويكون القاضي أدعى إلى تقريره وأكثر ميلا إلى استنتاجه، مما يستتبع تأمين المفاوضات على نحو أفضل ، وإن كان هذا الاتفاق هو الالتزام ببذل عناية ينبغي تنفيذه بحسن نية، وبالتالي لا يفرض وجوبا إبرام العقد النهائي، ولا يلزم الأطراف بالاستمرار في المفاوضات ولا يمنع من قطعها إذا كان المبرر جادا ومقنعا.

ومن هذه الاتفاقات كذلك الاتفاقات المؤقتة، وهي التي تنشئ على عاتق أحد الطرفين أو كلاهما التزامات مؤقتة لتنظيم العلاقة بينهما أثناء سير مجريات ومراحل التفاوض، سواء أثناء أو بعد انتهاء التفاوض وخاصة عند فشله، والأمثلة على ذلك كثيرة كما مر معنا من خلال هذه الدراسة .

ومن عناصر التنظيم الاتفاقي للمفاوضات الاتفاقات المرحلية، وهو كما رأينا اتفاق يبرمه أطراف التفاوض في إحدى مراحل التفاوض بالاتفاق على تلك المرحلة بشروطها التي قد تكون جزءا من العقد النهائي دون الرجوع إليها مرة أخرى، ثم المضي قدما لمناقشة الشروط الباقية في مرحلة تالية ثم الاتفاق عليها بعقد مرحلي ثاني دون الرجوع إلى مناقشته مرة أخرى، وهكذا حتى نصل إلى نهاية العملية التفاوضية ككل والأطراف بين يديهم عدد معين من الاتفاقات المرحلية أو الجزئية باتفاقهما قد تكون في مجموعها مشروع العقد المراد إبرامه .

وقد رأينا أن فشل المفاوضات يؤدي إلى إنحلال اتفاق التفاوض وذلك إما بإنهائه أو بفسخه، مع بقاء بعض الاتفاقات قائمة لحل المشكلات المترتبة عن ذلك الفشل، هذا الفشل الذي ينجر عن أسباب عديدة هي قطع التفاوض من جانب واحد أو جمود المفاوضات أو وصولها إلى طريق مسدود، إلا أن الطرفين قد يستمرا في التفاوض صوريا لبحث أسباب الفشل لتفاديه مستقبلا في التفاوض على عقد مشابه.

كما رأينا أن الطرف المفاوض يجب أن يتميز بصفات شخصية تتعلق بالجانب الأخلاقي بعدم اللجوء للخديعة والتدليس والمكر لتغليط الطرف الآخر، وقبوله الرشوة التي تؤدي إلى فشل المفاوضات وضياع فرصة إبرام العقد الذي قد يكون هاما للطرف المتلقي أو الضعيف في هذه العلاقة.

وقد انتهينا إلى تحديد معالم ومجال التفاوض، أي التحديد وبوضوح من أين تبدأ مرحلة التفاوض وكيف تنتهي، وفي الحقيقة فهي تنتهي إما بالنجاح وبالتالي إبرام العقد النهائي المنشود بالتوقيع عليه سواء توقيعا بالأحرف الأولى فقط لأسباب معينة والذي كما رأينا لا يعتبر توقيعا نهائيا، ثم تأتي الخطوة الأخيرة وهي التوقيع النهائي على العقد النهائي سواء من الطرف الأصيل أو بتفويض الطرف المتفاوض للقيام

بذلك، وقد تمنى هذه المفاوضات بالفشل لأسباب عديدة، إذا من خلال ذلك أصبحنا نميز ونرى بوضوح أن لهذه المرحلة الهامة في بناء العقد أصبحت لها معالم واضحة أي بداية واضحة ونهاية واضحة كذلك، وبالتالي رفع اللبس والغموض الذي يحيط بمسألة تحديد معالم هذه المرحلة بوضوح إذا فهي مرحلة قائمة بذاتها من حيث مجالها وحدودها، وهذا طبعا في مختلف العقود في مجال الأعمال بشكل خاص، أو حتى في العقود التي تبرم عن طريق الصفقات العمومية.

كما انتهينا إلى أن التفاوض على العقود قد يتم بالأسلوب التقليدي المتعارف عليه أو عن طريق وسائل الاتصال الحديثة، وخاصة عن طريق الإنترنت، أو ما يعرف بالتفاوض الإلكتروني، وماهي مختلف الضمانات المقدمة في هذا المجال، وهذا ربحا للوقت والمال والجهد، ورأينا بعض القوانين التي قامت بتنظيم هذه المعاملات الإلكترونية ومنها المشرع الجزائري وخاصة ما تعلق بالتوقيع والتصديق الإلكتروني من خلال القانون رقم 15- 04 المؤرخ في 2015/02/01 والذي يحدد القواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين.

كما استنتجنا من خلال دراستنا هذه أن المتفاوض حر من حيث المبدأ في التفاوض بشكل يجعله ينسحب ويقطع المفاوضات في أي مرحلة كانت، إذا رأى فيها خللا معينا، أو انحرافا ما لا يوافق مقاصده وأهدافه، أو لا يوافق طاقاته وقدراته ، فليس من الضروري التوصل إلى إبرام العقد النهائي، لكن ما انتهينا إليه أنه يوجد ما يقيد هذه الحرية، وهو عدم قطع التفاوض لسبب غير شرعي أو جدي، أي قطعا تعسفيا .

ونستنتج مما تقدم من هذه الدراسة انعقاد المسؤولية العقدية أو التقصيرية حسب الأحوال خلال مرحلة التفاوض، وإن كان هنا من يرى قيام المسؤولية العقدية فقط مهما كان الأمر، وهذا ما يؤدي إلى الانضباط في عملية التفاوض، فلا تصبح مجالا للتعسف أو أداة للتعسف، وذلك من خلال تحديد شروط هذه المسؤولية والأهم من ذلك هو استجلاء موقف المشرع الجزائري من خلال القانون المدني الجزائري، حيث أنه نص في المادة 107 منه التي نصت ضمنا على مبدأ حسن النية في مرحلة التفاوض دون التصريح بذلك، على غرار ما جاء في بعض القوانين الحديثة مثل القانون المدني الألماني الصادر عام 2002، والوثائق الدولية المعاصرة مثل مبادئ عقود التجارة الدولية – الانبيدروا– المبرة سنة 2004.

كما انتهينا إلى أن التساؤل يثور حول القانون الواجب التطبيق على المسؤولية عن قطع المفاوضات العقدية وخاصة في التفاوض الحر، فقد رأينا أن القانون الفرنسي ومعه المصري وحتى الجزائري يتجه إلى تطبيق قواعد المسؤولية التقصيرية عن الإخلال بأحد الالتزامات أثناء التفاوض أو خاصة عن قطع المفاوضات دون سبب مشروع، إذا ترتب على ذلك ضررا لأحد الأطراف، وبذلك تطبق قاعدة الإسناد

المطبقة أو المقررة بشأن المسؤولية عن الفعل الضار وهي المادة 201 ق م ج ، وإذا كان التفاوض مقيدا بالتزام عقدي بالتفاوض والدخول فيه وما تبعه فإنه يعتبر الأمر من المسؤولية العقدية على رأي البعض من الفقه كما رأينا، ونحن نساير الرأي الثاني على اعتبار المسؤولية عقدية في كل الأحوال سواء كان عقد التفاوض مكتوبا أو شفويا، وسواء كان صريحا أو ضمنيا وبالتالي إعمال قاعدة الإسناد الخاصة بالعقود، كما نصت على ذلك المواد 18 وما يليها من القانون المدني الجزائري.

كما توصلنا إلى استنتاج واستجلاء فكرة لها أهمية بالغة في حياة العقود وخاصة الثقيلة أو الهامة منها، ألا وهي فكرة أو مبدأ إعادة التفاوض على شروط العقد، وهو مبدأ يتفق عليه الطرفان في عقدهما المبرم يلتزمان فيه بإعادة التفاوض أثناء تنفيذ بنود العقد، لتعديل أحكامه إذا طرأت عليه ظروف غير متوقعة من شأنها أن تؤثر على التوازن الاقتصادي للعقد، وفي الواقع العملي هو شرط ذو أهمية بالغة، لأنه يعتبر بمثابة آلية لإنقاذ العقد من توقف تنفيذه لهذه الظروف الغير المتوقعة والتي تؤثر بشكل مباشر على التوازن المالي لتنفيذ مراحل العقد، إذا فهذا الشرط والذي يسمى في الواقع الميداني –Hard ship– والذي له شروط يجب أن تتوفر حتى يتم إعماله على أساس معيارين إثنين أحدهما شخصي والثاني موضوعي، فتتم مرحلة إعادة التفاوض على الشق الذي وقع فيه الخلل وقد يتفق الطرفان على توقيف تنفيذ هذا البند من العقد الذي يحوي هذا الخلل أو توقيف بنود العقد كلها، فالأمر يتوقف على إرادة الطرفين وعلى أساس الاتفاق السابق بينهما في هذا الشأن، وشرط إعادة التفاوض هذا يعتبر وسيلة هامة لتفادي النزاعات خلال مرحلة التنفيذ، وبالتالي المساهمة في استمرار العقد لأطول فترة زمنية ممكنة، وقد يتفق الأطراف لاعمال هذا الشرط بإدخال الغير، وعادة ما يكونوا خبراء متخصصين لإعادة التفاوض نيابة عن أصحاب الشأن أو الأطراف المتعاقد.

وقد توصلنا إلى أنه لا يجوز إجبار المتفاوض المدين على تنفيذ التزاماته بالتفاوض تنفيذا عينيا، وإن كان هذا التنفيذ غير مستحيل ولا مرهقا، لمساس هذا الإجبار بالحرية الشخصية للمدين، ولعدم جدوى وفعالية وفائدة التفاوض عند ذلك، وإنما تنحصر مسؤولية المتفاوض على التعويض المالي والنقدي للمتفاوض المضرور. إذا وما نستنتجه في هذا الشأن أن التنفيذ العيني الجبري مستبعد تماما من مجال التفاوض على عقود الأعمال والهامة منها على الخصوص.

وقد انتهينا إلى أن الأضرار التي يمكن التعويض عنها في مرحلة التفاوض، إلى جانب كثير من الأضرار الأخرى الناجمة عن إخلال أحد أطراف التفاوض بأحد التزاماته .

ومن أهم صور التفاوض الضار بأحد الأطراف هو دخول أحدهما فيه إما للتفاوض على محل غير مشروع أو بهدف إعاقة الطرف الآخر عن إبرام صفقات معينة أو الدخول في التفاوض لغرض التجسس على الطرف الآخر، أو رشوة المفاوض الآخر في عقود الأعمال الكبيرة والهامة وذات القيمة المالية الباهظة، أو التفاوض فقط لإفساد والمساس سلبا بسمعة الطرف الآخر والتشهير به، و...الخ.

كما انتهينا إلى أنه إذا تدخل الغير في إفساد المفاوضات الجارية بين الطرفين، يكون مسؤولا مسؤولية تقصيرية، وعرضنا في مثال لهذا التدخل القضية الشهيرة وهي قضية تكساكو – بنزويل الأمريكية، والتي بلغ فيها مقدار التعويض إلى حد كبير حيث بلغ 11 مليار دولار أمريكي، ورأينا أنه حتى الشريعة الإسلامية تحرم التفاوض على التفاوض، حيث أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن المساومة على المساومة، فهي تحرم على الغير التدخل في المفاوضة لإفسادها بهدف الحصول عليها لصالحه.

ومن أهم ما قمنا باستنتاجه من خلال دراستنا هذه، هو مدى توصل المفاوضات على عقود الأعمال وخاصة بين أطراف دولية، من التوصل إلى تغطية ومعالجة كل المسائل المتعلقة بالعقد بكل تفاصيله وجزئياته، حتى يصل إلى ما يعرف بالكفاية الذاتية للعقد، وبالتالي يصبح عقدا طليقا في غنى عن تدخل أي قانون وطني، وهذا ما يعمل عليه عادة أطراف العلاقة الدولية في عقود الأعمال، بحيث يتم الاستناد إلى بنود وشروط العقد ذاته فقط دون الرجوع إلى أي قانون، وبالتالي يتمتع بتنظيم ذاتي مرده إرادة الأطراف وحدهم، وفي هذا الصدد نبقى دائما نتساءل في هذا الشأن من أين يستمد العقد قوته الملزمة .

ثم انتهينا إلى مدى اعتبار العقود النموذجية أو بالنمطية وسيلة لتحقيق الكفاية الذاتية للعقد، والتي تستعمل كوسائل أو نماذج عقود في تسيير عمليات التجارة الدولية الحديثة، وقد اهتمت بعض الهيئات بإصدارها في هذا المجال مثل ما قامت به اللجنة الاقتصادية الأوروبية (CEE)، بإعدادها الكثير من هذه العقود النمطية، وما قام به في هذا الشأن مجلس المساعدة الاقتصادية لدول أوروبا الشرقية (الكوميكون) .

لكن ما توصلنا إليه أن القول بكفاية العقد ذاته يعني في الفن القانوني سمو الإرادة الفردية على سلطة القانون، يعني القول بالاعتراف بالقوة الملزمة لاتفاقات الأطراف، استقلالا عن القانون، وهذا ما لا يمكن قبوله أصلا إذ أنه كل أثر قانوني يرجع إلى الخلق الحر للإرادة لا يكون له قيمة إلا بمقتضى القانون الذي يعطي ضمنيا سلطة للإرادة الفردية، من أجل الأثر المراد ترتيبه، فالقانون إذا يكشف هذه القوة الملزمة في الحدود التي يتفق فيها العقد مع أحكامه، مع القول أن القانون يؤكد هذه القوة الملزمة ويضمن فعاليتها بقواعد القانونية يقوم على أساسها العقد، وبالتالي ينتج آثار في إطاره لأنه لا يمكن تصور أن إرادة الأطراف تنتج شروطا عقدية في فراغ .

كما استخلصنا أن العقد الطليق الذي يكفي ذاته بذاته هو ضرب من الخيال فالتغيرات والنقص والقصور في الشروط العقدية أمر قائم دوما مهما كانت خبرة وقدرة الأطراف وتوقعاتهم للوقائع والأحداث في المستقبل، وهذا ليس بالأمر الغريب إذا كان النقص والثغرات سمة القانون ذاته، فما بالك بالعقد في حد ذاته، وهذا ما ذهب إليه بعض الفقهاء إلى ضرورة تعيين القانون الذي يرجع إليه القاضي أو المحكم عندما يخلو العقد ذاته من الحلول.

كما رأينا أن منازعات العقود الدولية تكون في الغالب بشأن أمور لم ينتبه أو يعالجها الأطراف في مرحلة التفاوض بالخصوص، فوجود ثغرات بالعقد أمر ثابت أيضا بخصوص العقود النموذجية التي يدعي البعض أنها فعلا نموذجية، حيث تظل قائمة بشأنها قاعدة إسناد مستمدة من القانون الواجب التطبيق.

فالواقع أن رقابة المحاكم لشروط العقد في إطار حماية الطرف المدعي هي رقابة عادلة وحماية للطرف الضعيف اقتصاديا بل وإن القاضي إذا وجد شرطا مخالفا لقاعدة آمرة في قانون دولته، سيحكم برفض تطبيقه كشرط تعاقدي أو يبطله إذا استدعى الأمر ذلك، وهذا ما يتعارض تماما مع فكرة العقد الطليق كقانون يكفي بذاته مع هجر النظم القانونية الرسمية.

كما استنتجنا أن العقود النموذجية ليست إلا شروطا تعاقدية يحيط بها القصور ومع كثرة استعمالها وتكرارها، يمكن أن تصبح عادات اتفاقية وشروط تعاقدية دون أن ترقى إلى مرتبة القواعد القانونية، فهي لا تطبق بقوة إلزامها الذاتية بل يستطيع الأطراف إدخال التعديلات التي يرونها ضرورية عليها عند الحاجة أو تغيير وإحلال بعض تلك الشروط والأحكام بغيرها.

وما نستنتجه كذلك أن العقود النموذجية إلى جانب قصورها فإنه لا غنى لها عن القانون ويفرض عليها رغم الإدعاء بالكفاية الذاتية للعقود وهذا في كثير من التشريعات وفي ميادين كثيرة، كما سبق ذكر ذلك، وفق سياسات اقتصادية ذات آثار اجتماعية عديدة توجهها وتؤطرها قوانين تلك الدول .

وقد استنتجنا في الأخير أن التنفيذ العيني الجبري مستبعد تماما في مرحلة التفاوض على العقد، وحتى لو كان هذا التنفيذ ممكنا ولا مرهقا نظرا كما رأينا لما لهذا التنفيذ الجبري من مساس بالحرية الشخصية للطرف المعني به، لأنه لا يمكن تصور تعاون هذا الطرف بثقة وأمانة وجدية بعد هذا الإجبار، و يصبح التفاوض في هذه الحالة عديم الجدوى، وإنما يقتصر التنفيذ في هذه المرحلة على التنفيذ بمقابل .

ومن خلال هذه النتائج والتي نراها في غاية الأهمية يمكننا أن نقدم عدة اقتراحات نتمنى ونرجو أن تؤخذ بعين الاعتبار في مجال هذه المرحلة الهامة في بناء العقود الهامة في المال والأعمال والتي لها آثار اقتصادية واجتماعية كثيرة تعود بالفائدة الكبيرة في عدة ميادين، طبعا هذا بالنسبة للدول السائرة في طريق

البناء والنمو والتي تحتاج إلى جلب المعرفة والتكنولوجيا وبناء المنشآت الهامة، وتشييد البنى التحتية وتوفير شبكات من الخدمات لمختلف شرائح المجتمع، كل ذلك يتم من خلال إبرام عقود دولية في هذه المجالات لا يمكن أبدا أن يتم إبرامها من أول وهلة، بل ولا بد أن تمر بمرحلة هامة وهي مرحلة المفاوضات العقدية والتي من خلالها يتم بناء هذا العقد شيئا فشيئا في مجال قد يطول وقد يصل في بعض العقود إلى عدة سنوات تتبعها نفقات وجهودا كبيرة، وهذا خاصة من جانب الطرف المتلقي أو الضعيف في هذه العلاقة. والاهتمام الجوهري الهام من خلال كل هذه الدراسة هو مدى قدرة الطرف المتلقي أو الضعيف من الاستحواذ أو كسب أو الحصول على أكبر قدر من المعرفة العلمية والفنية والتكنولوجية في مختلف الميادين، من أجل بحثها واستغلالها طبعا بترخيص من صاحبها، ثم محاولة البناء على أساسها من خلال تطويرها ودفع ميدان البحث العلمي انطلاقا منها، وهذا ما حدث فعلا في دول كثيرة كانت تعد من الدول النامية وبفضل ذلك أصبحت اليوم تعتبر من الدول الأكثر تطورا وتصنيعا في العالم.

إذا أول ما نتقدم به كاقتراحات وتوصيات في هذا الصدد أن نلفت انتباه ونطلب من الفقهاء القانونيين والباحثين في شتى المستويات أي على مستوى الجامعات أو المدارس المتخصصة أو معاهد التكوين أو حتى الشركات والمجمعات الاقتصادية الكبرى أن يولوا الاهتمام اللازم لهذه المرحلة من حيث الدراسة والبحث والتمحيص لمختلف تفاصيل هذه المرحلة من كل جوانبها، من خلال فتح المجال بتنظيم الملتقيات والندوات وكذا التأليف في هذا الموضوع الحساس، كما نقترح ونوصي مراكز التكوين والمدارس أو المعاهد المتخصصة إلى توجيه الاهتمام إلى تكوين مفاوضين جيدين نظريا وعمليا وخاصة في مجال المال والأعمال، لأن في التفاوض الناجح في صفقات أو عقود اقتصادية في غاية الأهمية يقوم في أساسه على مدى قدرة المتفاوض في تسير هذه المرحلة باقتدار وكفاءة وذكاء خارق، يستطيع من خلاله جلب أكبر قدر ممكن من المنافع والحلول في الميدان الذي يتفاوض حوله.

هذا من جانب أما عمليا في الميدان التفاوضي يجب على الشخص المفاوض أن يكون في أتم الاستعداد على خوض مرحلة التفاوض بالخبرة اللازمة، وإلا عليه الاستعانة بذوي الخبرة للقيام بهذه المهمة بدلا عنهم، وأن يقوم بالتحضير الجيد لمرحلة التفاوض من خلال الدراسة الدقيقة والمستفيضة، سواء من الناحية القانونية أو الفنية أو المالية بعد التأكد التام من الجدوى الاقتصادية للعقد المراد التفاوض عليه.

إنه لم تحظ مرحلة التفاوض على العقد بعناية التشريعات ، ومنها الجزائري والتي لم نجد لها أثر فيه، وكما قلنا أن العقود الاقتصادية البالغة الأهمية، أو كما يسميها بعض الفقه التجاري الفرنسي بالعقود الثقيلة تحتاج إلى مرحلة التفاوض إلى تأطير قانوني، لكل جوانب هذه المرحلة من بدايتها إلى نهايتها .

إذا وبخاصة القانون المدني الجزائري لم ينظم بشكل صريح أحكام مرحلة التفاوض تاركا الأمر للفقه والقضاء، ونحن نقول حبذى لو اهتم بذلك المشرع من خلال التعديلات بتقنين مرحلة التفاوض على العقد قبل بداية الفصل الثاني الخاص بالعقد، أي قبل المادة 54 منه، من خلال تقنين في مواد صريحة وواضحة لكل الاتفاقات والالتزامات، وتحديد طبيعة المسؤولية بشروطها، وتختلف الأضرار الواجبة التعويض في هذه المرحلة، إذا من خلال ذلك تكون المفاوضات أكثر جدية وأكثر التزاما وتأطيرا قانونيا، وبالتالي فإن الطرف القوي في علاقة التفاوض لا يقدم على المفاوضات إلا وهو جاد وعازم على مواصلة التفاوض بتعاون وحسن نية في إطار القانون، وليس في فضاء حر يفعل فيه ما يشاء، والجزائر في مصلحتها أن يتم تقنين هذه المرحلة وهي في كثير من مجالات الأعمال الطرف المتلقي والضعيف.

كما أننا نوصي أطراف التفاوض في العقود الهامة في مجال المال والأعمال وخاصة في العقود الدولية، أن يحرصوا دوما منذ بداية التفاوض على عقدهم على إبرام عقد أو اتفاق صريح ومكتوب بعبارات وجمل لا لبس فيها ولا غموض، وهذا الاتفاق يعتبر كعقد إطار يحكم عملية التفاوض والعلاقة بينهما أثناء سيرها سواء ككل التفاوض بالنجاح أو بالفشل، وبالتالي تصبح المسؤولية العقدية هي الواجبة التطبيق لوحدها وليس قواعد المسؤولية التقصيرية .

كما نقترح أن يتضمن اتفاق التفاوض التفاصيل الخاصة بطريقة إبرامه وسيره و تنفيذه، كما نقترح أن يحوي اتفاق التفاوض جدولا زمنيا يحدد مواقيت سير كل مرحلة من التفاوض بشكل محدد وهذا إن لم يتفق الطرفان على تضمين هذا الجدول الزمني في اتفاق لاحق ومستقل.

كما نوصي أن يحتوي اتفاق التفاوض على الحالات التي من شأنها تعطيل أو توقيف أو فشل التفاوض ككل، مثل الالتزام بقصر التفاوض، أو بعدم الدخول في مفاوضات موازية مع الغير في نفس الوقت الذي يتفاوض معه مع الطرف الأول في موضوع العقد المتفاوض عليه، وهذا ما يؤدي إلى عدم استقرار المفاوضات، مما يؤدي إلى فشلها، كما يجب تضمين اتفاق التفاوض شرطا جزائيا عند الإخلال بهذه الالتزامات، مما يجعلهما أكثر تعاون، وامتناع عن قطع المفاوضات بدون مبرر مشروع .

كما يجب أن يتضمن عقد التفاوض القانون الواجب التطبيق، وهذا إذا كان التفاوض ذا طابع دولي، وهذا على المنازعات التي قد تثور بشأنه وذلك نظرا لأن الحلول المنتهجة بخصوصه ليست واحدة في جميع الدول، وخاصة أن القانون الأنجلو أمريكي لا يعترف بهذا الاتفاق أو بهذا التفاوض.

ونحن في هذا الصدد نقترح على المشرع الجزائري من خلال تعديلاته اللاحقة للقانون المدني وحتى للقوانين ذات الصلة بمجال الأعمال والاقتصاد عموما أن يضع قواعد قانونية تحدد بوضوح مفهوم

المفاوضات على عقود الأعمال والخصائص المميزة لها، كما نوصي بتقنين وبشكل مدروس ومنظم لأول عمل يقوم به طرفي التفاوض وهو عقد أو اتفاق التفاوض، مع التحديد الواضح لمختلف الالتزامات المنبثقة عنه وجزاء الاخلال بها، مع تحديده لطبيعة المسؤولية في هذا المجال وحبذا لو أقرها مسؤولية عقدية، وهذا توحيد للحلول وتبديد الغموض الحاصل في هذه المسألة، كما نقترح على المشرع وضع بند خاص يفرض على طرفي التفاوض تحديد في اتفاقهما الصريح والمكتوب هذا الذي أصبح يفرضه القانون، القانون الواجب التطبيق في حالة ما إذا كان التفاوض ذا طابع دولي.

كما نوصي الطرفين أن يقوما أثناء مفاوضاتهم بصياغة مختلف النقاط التي تم الاتفاق بشأنها في اتفاق جزئي أو ما يسمى بالاتفاق المرحلي قبل مواصلتهما للتفاوض على المسائل والنقاط المتبقية، وذلك يساعد كثيرا على سير ودفع المفاوضات قدما إلى الأمام .

ونحن نقترح على المشرع بتقنين هذا الاتفاق المرحلي الهام في بند خاص وتحديد كيفية إبرامه وطبيعته وآثاره ومضمونه، أي يقوم بتنظيمه بشكل كافي ويلزم أطراف التفاوض بالعمل به كآلية من آليات العملية التفاوضية، حتى تكون هذه الأخيرة أكثر جدية وانضباطا وتنظيما للعملية التفاوضية.

وإذا توصلا الطرفان في اتفاق مرحلي على صياغة جميع المسائل الجوهرية في العقد المنشود أو المنتظر إبرامه، وبقيت بعض المسائل الثانوية أو التفصيلية دون اتفاق، يتعين عليهم أن يضمنا هذا الاتفاق المرحلي بندا يقضي بتعليق تمام العقد حتى التوصل إلى اتفاق بشأن المسائل الباقية، أو أن يضمناه بندا آخر يحدد فيه مدى سلطة المحكمة أو القاضي في تكميل العقد، وإلا قد يتفاجآ بانعقاد عقد لا يرضيانه، فإذا أرادا تفادي ذلك عليهما الأخذ بهذه الفرصة الهامة. كما عليهما أن يهتما بتنظيم المسائل المؤقتة في اتفاقات تعرف بالاتفاقات المؤقتة للتفاوض يعالجون فيها مسائل شكلية وتنظيمية .

كما نقترح على المشرع وخاصة في القانون المدني أن يهتم بمسألة القطع التعسفي والمفاجئ للمفاوضات دون أسباب جدية أو مشروعة والتي تلحق في الغالب أضرارا فادحة بالطرف الآخر، وخاصة في المفاوضات التي تقترب من نهايتها بآمال كبيرة على نجاحها والتي استغرقت جهدا ومالا وزمنا طويلا قد يصل إلى تعداد الشهور والسنوات .

ومهما يكن الأمر في هذا الشأن فإنه يستوجب ترك المسألة للقاضي أو للمحكم ليقدر كل حالة على حدى في إطار قواعد قانونية محددة وواضحة، كما أن القانون الواجب التطبيق على عقد التفاوض هو الذي ينظم ويحكم الأمور الخاصة بالمسؤولية عن الإخلال بالالتزامات الناشئة والمتفرعة عن عقد التفاوض.

كما أننا نقترح على المشرع إذا خاض في هذه التعديلات أن يولي الاهتمام بمبدأ إعادة التفاوض لإعادة التوازن العقدي، من خلال التأكيد على ذكره كبند يتفق عليه طرفا العقد وعليهم بإدراجه في نصوص وشروط العقد، وبمقتضاه يلتزم الطرفان بإعادة التفاوض لتعديل بعض أحكام وشروط العقد إذا ما طرأت ظروف غير متوقعة من شأنها أن تؤثر على التوازن الاقتصادي للعقد، وبالتالي تفادي الأزمة التي قد يمر بها العقد أثناء تنفيذ شروطه، وهذا يجنب الأطراف توقف تنفيذ العقد أو استحالة تنفيذه مما قد يؤدي إلى إنهائه أو فسخه، وإذا كان الشأن هنا يتعلق بعقد من عقود الأعمال الدولية فطبعا ستكون الخسائر فادحة وكبيرة ، إذا يهدف مبدأ أو شرط إعادة التفاوض للإبقاء على العقد بعد إعادة التوازن بين الأداءات المالية المتقابلة، وبمقتضاه لا يجوز لأي من المتعاقدين الامتناع عن تعديل العقد، فشرط إعادة التفاوض يلزم المتعاقدين بالقيام بمهمة إعادة التوازن للعقد عن طريق التفاوض من جديد بينهما، خاصة إذا كانت هذه الظروف الطارئة المؤثرة في التوازن العقدي من طبيعة معقدة ونحن نقول كيف لو كان هذا الأمر يسير وينظم من طرف القانون، فيكون المتعاقدان ملزمان قانونا بإدراج شرط إعادة التفاوض في شروطهم العقدية، وخاصة إذا كان الأمر يتعلق بالعقود الهامة اقتصاديا أو العقود التجارية الثقيلة.

كما يجب للأطراف قبل نهاية المفاوضات على العقد المنشود أن يتفقا على القيمة القانونية للاتفاقات والمحررات والمستندات ومختلف الوثائق التي تم تبادلها فيما بينهما أثناء سير التفاوض، كأن يتفقا على استبعاد كل قيمة قانونية لها أو يتفقا على إمكانية الرجوع إليها عند الحاجة لتفسير وتوضيح البنود أو الشروط العقدية الغامضة، وبدون أدنى شك أن هذا التحديد لوضعية هذه الوثائق من شأنه أن يقلل كثيرا من المنازعات بين الطرفين عند تنفيذ مراحل وبنود العقد في المستقبل .

كما أنه على المتفاوض الكفؤ أن لا يبرم أي أو اتفاقات مع الغير أثناء التفاوض ولو في مرحلة منه، استعدادا لتنفيذ العقد النهائي كما يجب عليه أن يكون مستعدا لاحتمال قطع التفاوض من جانب المفاوض الآخر، إذ أنه لكلا الطرفين الحرية الكاملة والمطلقة للعدول والإنسحاب أو قطع التفاوض على العقد ولو في آخر لحظة منه كلما كان لهذا التصرف ما يبرره بشكل مشروع.

ويستحسن أن يكون رجال المال والخبراء الفنيون ورجال القانون حاضرون في كل مراحل عملية التفاوض على العقد في مجال الأعمال، ليتم دراسة موضوع التفاوض من جوانبه المالية والفنية والعملية، ليأتي دور رجال القانون في الصياغة القانونية السليمة للاتفاقات والمحررات وحتى بنود وشروط العقد النهائي، بطريقة قانونية سليمة ، وهذا ما يضمن على تحقيق المصالح المشتركة لأطراف التفاوض .

وفي العقود الدولية ومن خلال هذا الفريق المتكامل ذو الخبرة الكافية يجب أن يولي اهتماما خاصا عند استعمال المصطلحات القانونية والفنية بتوخي الدقة والشفافية والوضوح درءا ومنعا لأي خلاف أو لبس أو جدل حول المدلول الحقيقي لهذه المصطلحات خاصة إذا كان طرفي التفاوض ينتميان لنظامين قانونيين مختلفين أي في عقود أعمال دولية، وهو يحقق للعقد مستقبلا نوعا من الكفاية الذاتية، ويقلل من تدخل المحكم أو القاضي في تفسير العقد، وهذا مما يزيد من احتمالات نجاح العقد المتفاوض عليه مستقبلا، درءا للخلافات والمنازعات إذا كانت صياغة شروط العقد رديئة وغامضة في مصطلحاتها.

كما نقترح في هذا المجال وخاصة أثناء سير المفاوضات على عقود دولية ومن أجل ترقية المنتوجات في مختلف المجالات والميادين الاقتصادية والتجارية، فمن الممكن جدا أن يتفاوض الأطراف على استهلاك المنتوجات الصناعية أو الخدماتية أو المواد الأولية من البلد المتلقي في العلاقة أثناء التفاوض تشجيعا للمنتوجات الوطنية وترقيتها وخاصة منها ذات الجودة المعترف بها دوليا، ترقية وتشجيعا للاقتصاد الوطني وتدعيما للدورة الاقتصادية لهذه المنشآت والمركبات الصناعية أو الإنتاجية، وبذلك بدفعها دوما على تحسين منتوجاتها والعمل على تطوير وسائل الإنتاج بشكل مستمر سواء كانت مادية أو بشرية والعمل على جلب التكنولوجيا المطابقة والحديثة، ومما يفتح المجال أمامها حتى للاستثمار من جديد سواء على المستوى البشري أو الفني أو في ميدان البحث العلمي والتكنولوجي، فنحن نرى أن هذا الموضوع مهم جدا لدفع العجلة الاقتصادية للمؤسسات والمنشآت الصناعية المختلفة ودفع نسب الاندماج إلى الارتفاع ، مما ينعكس إيجابا على تحسين وترقية الاقتصاد الوطني في النهاية.

وهذا ما ندعوا إليه دوما من أن يهتم به المتفاوضين المؤهلين ذوي الخبرة والكفاءة اللازمة بشيء من الذكاء العملي، من أجل فرض مثل هذه الحلول الهامة جدا خلال محاولة إرغام الطرف الاخر على اقتناء كل مستلزماته ومواده الأولية من بلد الطرف المتلقي خاصة إذا كانت هذه المنتجات موافقة للمواصفات والمعايير الدولية ، وهذا من خلال التفاوض على وضع شروط وبنود في العقد المنشود تلزم الطرف المنفذ لشروط العقد بذلك ويتم في نهاية التفاوض الموافقة عليها من خلال التوقيع النهائي على العقد المنشود.

لأنه كثيرا ما يلجأ الطرف القوي في العلاقة خلال مرحلة التفاوض مع الطرف المتلقي، إلى فرض بعض الشروط خاصة ما يخص منها تموين مشاريعهم بالمواد الأولية والتجهيزات المختلفة من بلدانهم الأصلية، لتحقيق أهداف اقتصادية لبلدانهم من أجل جلب أكبر قدر من الصفقات والعقود لتحسين ودفع

العجلة الاقتصادية لبلدانهم الأصلية بداعي أن هذه المواد والمنتجات ذات جودة عالية وموافقة للمعايير الدولية المطلوبة.

ومن أهم النصائح التي يجب أن يأخذ بها كل متفاوض في الاعتبار ,إن كانت جميع هذه العقود لها ضمانة واحدة خلال مرحلة التفاوض وهي الإشراف الكامل لرجال القانون الأكفاء المتمرسين ، على كافة مراحل التفاوض وعدم انفراد أي من المتفاوضين باتخاذ القرار، أو إقرار اتفاق أو التوقيع على أوراق إلا بعد الحصول على موافقة صريحة من رجال القانون المعنيين بذلك.

إذا كان الأمر كذلك فعلى الجميع سواء كانوا من رجال القانون المعنيين بالصياغة المستمرة أو من غيرهم المعنيين بالتفاوض التقني أو الفني ذو الطابع المهني أن يراعوا على وجه الخصوص ما يلي :

أولا: عدم الإكثار من تحرير أي مستندات أو عقد أية اتفاقات في مرحلة التفاوض إلا في أضيق الحدود، وإن كان الأمر ولا بد مثل إبرام الاتفاقات المرحلية أو الاتفاقات الوقتية، فيجب أن تحرر في أكثر من نسخة بشكل واضح ومحدد مع وضع تعريفات واضحة ومحددة للمصطلحات المستخدمة هذا إذا كان الطرفان ينتميان إلى نظم قانونية مختلفة أي تفاوض على عقود دولية.

ثانيا: تحديد القيمة القانونية للمستندات والمحررات المتبادلة، من حيث القيمة التفسيرية لها سواء باستبعادها بشكل نهائي أو اعتمادها كقيمة تفسيرية للعقد الأصلي فيجب تحديد ذلك بوضوح.

ثالثا: الاستعداد الدائم لاتخاذ قرار قطع المفاوضات، فمفاوضات فاشلة خير من عقد فاشل، ومعروف وبديهي أن قرار قطع المفاوضات لا يعقد أي مسؤولية للمتفاوض، ما دام تم احترام قاعدة حسن النية في التفاوض وما يتفرع عنها من التزامات.

رابعا: وحتى لا يتفاجأ الطرفان بانعقاد العقد قبل أن يرتضوه ، فعليهما تحديد مدى سلطة القاضي أو المحكم في تكميل العقد إذا ما اتفق الطرفان على النقاط الأساسية فمن صالح المتفاوضين حسم هذه المسألة عند التفاوض وإدراجها في بنود العقد المزمع إبرامه في النهاية.

خامسا: محاولة الوصول وبنسبة كبيرة إلى درجة الكفاية الذاتية للعقد حتى يبتعد الطرفان قدر الإمكان عن ساحات القضاء والتحكيم، كلما استطاعوا إلى ذلك سبيلا لكل شاردة وواردة أو غائبة، مما يسمح بتخفيض النفقات الغير متوقعة في مساحات القضاء وهيئات التحكيم، وعكس ذلك يؤدي إلى ضياع الوقت وتعطل الأعمال وضياع الأموال وفقدان السمعة الحسنة وهذا كله نتيجة حتمية ومنطقية لمفاوضات غير جادة ولإعداد غير سليم للعقد أو صياغة رديئة له.

سادسا: ينبغي أن يتضمن الاتفاق الجزئي تحديدات واضحة لأثره في علاقته بالعقد النهائي، أي مدى اعتباره في نظر الأطراف جزء من العقد النهائي أم أن الأمر يتوقف على تحقق الاتفاق بشأن مسائل أخرى.

سابعا: وإذا أراد أو رغب الأطراف في الحد من قوة الإتفاق الجزئي، والحد من أثره في علاقته بالعقد النهائي، فيجب أن يتضمن بندا يقضي بذلك صراحة كأن يقرر أن ما تضمنه هذا الاتفاق هو محض أعمال تحضيرية، لا يمثل اتفاقا نهائيا، أو ليست له قيمة الوثيقة العقدية ولا يجوز الاحتجاج به لإثبات انعقاد العقد النهائي كليا أو جزئيا، ويجب أن تكون مسميات وأوصاف الاتفاق الجزئي واضحة ومحددة في مخالفة مع مضمون الاتفاق أو المحرر أو يناقضه.

إذا من خلال ذلك فإن المفاوضات الجادة والمتكاملة البناء والمحددة الأركان والواضحة الأهداف والمقاصد لها الدور الكبير بابتعاد متعاقدي اليوم أو المستقبل عن المشكلات والخلافات وحرصا من الأطراف بالابتعاد بأنفسهم عن الدائرة السوداء، وتفادي تبذير الأموال في مسائل خلافية لا طائل منها، والأهم من ذلك المساس بسمعة الأطراف تجعلهم بعيدين عن دائرة الاهتمام في مجال الأعمال محليا ودوليا، ولا يبقى المجال مفتوحا في دنيا الأعمال إلا لأصحاب النيات الحسنة مفسحا الطريق أمام الشرفاء الجادين الساعين إلى تنمية قدراتهم الفنية والمالية والعلمية والتكنلوجية، مما ينقلب بالنفع على مجتمعاتهم دون تعد أو سطو على حقوق الآخرين.

ثامنا: تقوم بعض الأكاديميات في البحث العلمي في بعض الدول بدور هام في إنجاح مرحلة المفاوضة بهدف إبرام العقود في المجال التقني والفني مثل عقد نقل التكنلوجيا بشروط معقولة ومدروسة من خلال المعلومات التي تقدمها، كما تزود مستورد التكنولوجيا بخبراء متخصصين في التفاوض، وهذا ما جعل الطرف المتلقي يلجأ إليها في مرحلة التفاوض إذا لم يكن متخصصا في هذا المجال، وبالتالي يمكنه بهذه المساعدة تحديد التكنولوجيا التي يحتاجها المستورد المفاوض، وذلك من خلال الدراسات الأولية والتي تبحث الجدوى الاقتصادية للتعاقد على نقل التكنولوجيا هدفه تهيئة المستورد لإجراء المفاوضات حول عقد نقل التكنولوجيا مع المورد، ونحن نقول حبذا لو اتجه ذوي الشأن في الجزائر نحو إنشاء هذه الأكاديميات المتخصصة في هذا المجال لمساعدة مختلف الهيئات والمؤسسات العامة والخاصة لخوض التفاوض بشكل مدروس بتوجيه يسمح باقتناء التكنولوجيا المناسبة بشروط عقدية ملائمة.

تاسعا: ونحن نقترح من خلال مجمل هذه النصائح حبذا لو أنها كانت مصحوبة بتأطير شامل، وفق قواعد قانونية واضحة ومغطية لكل هذه المسائل ذات الأهمية البالغة في عملية التفاوض على عقود الأعمال، إن

على مستوى القانون المدني بالخصوص، أو القوانين ذات الصلة بمجال الأعمال، مثل قانون الاستثمار والقانون التجاري وخصوصا وأن هذه المرحلة الهامة في بناء العقود وخاصة الهامة منها لم تحظى بعناية الفقه والتشريعات المقارنة إلا الشيء اليسير، ومنذ فترة ليست بالبعيدة وهذا نظرا لما أصبحت تثيرة هذه المرحلة من التفاوض من مشكلات حقيقية على عدة مستويات أثناء سيرها.

وخاصة وأن هذه المرحلة البالغة الأهمية في بناء العقود وبالخصوص الهامة منها وبالتحديد في أيامنا هذه في العقود الاقتصادية والتجارية، وخاصة الدولية منها أصبحت المفاوضات على إبرام عقودها تفرض نفسها بشكل قوي، فنكاد نجزم أنه لا يبرم عقد في هذا المجال إلا بعد المرور بمفاوضات عسيرة والتي تتطلب زمنا طويلا وجهدا كبيرا ونفقات باهظة، حتى يتم في النهاية إبرام العقد المنشود الذي يحقق بالفعل مصالح وأهداف الأطراف المتفاوضة اليوم والمتعاقدة مستقبلا. اذا ما المانع من تأطيرها وتحصينها بنصوص قانونية خاصة .

إذا بعد هذا المجهود المبذول لتأصيل فكرة التفاوض على عقود الأعمال لمحاولة جعلها فكرة قائمة بذاتها بكل عناصرها وأركانها وخصائصها المميزة لها، وبالبناء على ذلك لجعل فكرة التفاوض موضوعا ذو أهمية بالغة لا يمكن الاستغناء عنه من طرف الجهة المتلقية والضعيفة اقتصاديا، لذا فإننا نبذل كل الجهد لتوجيه أنظار باحثينا والأكاديميات والمعاهد والجامعات لإلاء العناية اللازمة لهذا الموضوع من كل جوانبه، إن على المستوى البشري المفاوض وإن على المستوى القانوني الذي يجب أن يساير هذه الانشغالات النظرية والتطورات الميدانية في عالم المال والأعمال، من أجل البناء والتأسيس لنظرية قائمة بذاتها ألا وهي نظرية التفاوض على عقود الأعمال.

قائمة المراجع

أولا– المصادر

– القرآن الكريم

ثانيا –الكتب والمؤلفات باللغة العربية

1. إبراهامي فايزة، التزامات الأطراف في المرحلة السابقة على التعاقد، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية مصر 2014.
2. إ براهيم السيد أحمد، عقود الإذعان فقها وقضاء، دار الكتب القانونية، مصر 2010.
3. إبراهيم المنجي، عقود نقل التكنولوجيا، منشأة المعارف، الإسكندرية مصر، الطبعة الثانية 2002.
4. أبو زيد رضوان، الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي، دار الفكر العربي، القاهرة مصر 1981.
5. أحمد أبو الوفا، المفاوضات الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة مصر 2014.
6. أحمد عبد أبو قرين، ضمان العيوب الخفية وجدواه في مجال المنتجات الصناعية، دون دار نشر، مصر دون سنة النشر.
7. أحمد عبد التواب محمد بهجت، إبرام العقد الإلكتروني ، دار النهضة العربية، القاهرة مصر 2009.
8. أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة مصر 2008.
9. أحمية سليمان، التنظيم القانوني لعلاقات العمل في التشريع الجزائري، ط2، دار المطبوعات الجامعية، الجزائر 1994.
10. إسحاق إبراهيم منصور، نظريتا القانون والحق، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة السابعة، الجزائر 2004.
11. آمال زيدان عبد اللاه، الحماية القانونية للأسرار التجارية في عقود نقل التكنولوجيا، دار النهضة العربية، القاهرة مصر 2009.
12. أمية حسن علوان، الأنظمة التعاقدية ومقتضيات التجارة الدولية، كلية الحقوق جامعة القاهرة، دار جالسكي للطباعة والنشر، القاهرة مصر 1994.

13. أنس محمد عبد الغفار، آليات مراجعة الشروط التعسفية في عقود الإذعان، دار الكتب القانونية، مصر 2013.

14. أنس محمد عبد الغفار، عقود الإذعان، دار الكتب القانونية، مصر 2013

15. إيمان منصور ود/ شريف عيد، الوساطة وفن التفاوض، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة مصر 2007.

16. أيمن إبراهيم العشماوي، تفويت الفرصة، دار النهضة العربية، القاهرة مصر 2000.

17. أيمن مأمون أحمد سليمان، إبرام العقد الإلكتروني وإثباته، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية مصر 2008.

18. بشار طلال أحمد، مشكلات التعاقد عبر الإنترنت، دار النهضة العربية، القاهرة مصر 2003.

19. بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 2015.

20. بلحاج العربي، مشكلات المرحلة السابقة على التعاقد في ضوء القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر 2011.

21. بلحاج العربي، نظرية العقد في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 2015.

22. ثابت عبد الرحمن إدريس، المدير والتحديات المعاصرة، مكتبة عين شمس، القاهرة مصر 1992.

23. جلال علي العدوي، أصول الالتزامات، مصادر الالتزام، منشأة المعارف، الإسكندرية مصر 1997.

24. جميل الشرقاوي، النظرية العامة للالتزام، الكتاب الأول، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة مصر 1995.

25. جورج بوليوز، عقد الإذعان، الطبعة الثانية ، LGDJ باريس 1976.

26. جورج فولر، دليل المفاوض، ط1، مكتبة جرير، القاهرة مصر 2000.

27. حامي أبو جميل، الالتزام بالتعاون، دار النهضة العربية، القاهرة مصر 1993

28. حسام الدين فتحي ناصف، حماية المستهلك من خلال قواعد تنازع القوانين، دار النهضة العربية، القاهرة مصر 2004.

29. حسام الدين كمال الأهواني، الحق في احترام الحياة الخاصة، الحق في الخصوصية، دار النهضة العربية، القاهرة مصر 1978.

30. حسام الدين كمال الأهواني، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، ط4 ، دار النهضة العربية، القاهرة مصر 1995.

31. حسام محمد أسامة، الاختصاص الدولي للمحاكم والهيئات، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية مصر 2009

32. حسين محمد وحيد، مقدمة في علم التفاوض، عالم المعرفة، الكويت 1994.

33. حمد أحمد سعد، الالتزام بالإفضاء بالصفة الخطرة للشيء المبيع، دار الكتب القانونية، القاهرة مصر 2010.

34. حمزة حداد، قانون التجارة الدولية، بيروت 1980.

35. خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، دار الفكر القانوني، مصر 2006.

36. خالد جمال أحمد، الالتزام بالإعلام قبل التعاقد، دار النهضة العربية، القاهرة مصر 2003

37. دايل كارنجي، كيف تكسب الأصدقاء مكتبة الهلال، بيروت 1997.

38. رشيد واضح، علاقات العمل في ظل الإصلاحات الاقتصادية في الجزائر، دار هومة، الجزائر 2002.

39. رمزي عبد الرحمن، أثر سوء النية على عقود المفاوضات، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية مصر 2015.

40. روجود أوسرن، أسرار قوة التفاوض، ط 1، مكتبة جرير، القاهرة مصر 2004.

41. سعد حسين عبد ملحم، التفاوض في العقود عبر شبكة الإنترنت بين القواعد العامة في نظرية الالتزام والضرورات العملية، جامعة النهرين، الطبعة الأولى ، العراق 2004.

42. سعيد جبر، الوعد بالتفضيل، دار النهضة العربية، القاهرة مصر 1993.

43. سعيد سعد عبد السلام، الالتزام بالإفصاح في العقود، دار النهضة العربية، القاهرة مصر 2000

44. سليم سعداوي، عقود التجارة الإلكترونية، دار الخلدونة، الجزائر 2008.

45. سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني في الالتزامات، نظرية العقد والإرادة المنفردة، دون دار نشر، مصر 1987.

46. سميحة القليوني، شرح العقود التجارية، دار النهضة العربية، القاهرة مصر 1982.

47. سمير عبد السميع الأودن، العقد الإلكتروني، منشأة المعارف، الإسكندرية مصر 2005.

48. السعيد محمد عاطف، إدارة إستراتيجية التفاوض في الأعمال، مؤسسة رؤية، القاهرة مصر 2009.

49. سمير عبد السميع الأودن، خطاب النوايا في مرحلة التفاوض على العقد، منشأة المعارف، الإسكندرية مصر 2005.

50. شكري سرور، مسؤولية المنتج عن الأضرار التي تسببها المنتجات الخطرة، دار الفكر العامة، مصر 1983.

51. شوقي ناجي ود/ غالي أبو الثمن، التفاوض مهارة وإستراتيجية، دون دار نشر، بغداد 1991.

52. صالح – ص– خالص، في الإعلام التجاري والمفاوضات التجارية الدولية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 2001.

53. صالح بكر الطيار، العقود الدولية لنقل التكنولوجيا، شهد للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، القاهرة مصر 1992.

54. صوفي أبو طالب، تاريخ النظم القانونية والاجتماعية، دار النهضة العربية، القاهرة مصر 1988.

55. طارق عبد العال حماد، التجارة الإلكترونية، دار النهضة العربية، القاهرة مصر 2000.

56. عادل محمد خير، عقود البيع الدولي للبضائع من خلال اتفاقية فينا، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة مصر 1994.

57. عاطف النقيب، عنصر الثبات وعامل التغير في العقد المدني، بنغازي ليبيا 1999.

58. عبد الحكيم فودة، تفسير العقد، منشأة المعارف، الإسكندرية مصر 1993.

59. عبد الرزاق السنهوري، الجزء الأول، مصادر الالتزام، المجلد الأول، نظرية العقد، دار الفكر، بيروت لبنان 1934.

60. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، دار إحياء التراث العربي، لبنان 1964.

61. عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، دار الفكر العربي، القاهرة مصر 1954.

62. عبد الرشيد مأمون، الوجيز في النظرية العامة للالتزامات، الكتاب الأول، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة مصر 1998.

63. عبد العزيز مصطفى عبد الكريم، دراسة الجدوى وتقنيين المشروعات، دار الكتب للطباعة والنشر، جامعة الموصل ، العراق 1986.

64. عبد الفتاح حجازي، النظام القانوني لحماية التجارة الإلكترونية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية مصر 2002.

65. عبد الكريم عبد اللاه، التفاوض على العقد، دار النهضة العربية، القاهرة مصر 2001.

66. عبد المجيد الحكيم، الوسيط في نظرية العقد، الجزء الأول، بغداد 1967.

67. عبد المعطي خيال، النظرية العامة للالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة مصر 1993.

68. عبد المنعم فرج الصدة، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة مصر 1992

69. عبد الناصر توفيق العطار، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة مصر 1990.

70. عبد الودود يحي، الموجز في النظرية العامة للالتزامات، دار النهضة العربية، القاهرة مصر 1994.

71. عصام أنور سليم، خصائص البيع للبضائع، منشأة المعارف الإسكندرية مصر 2004.

72. علي أحمد صالح، المفاوضات في عقود التجارة الدولية، دار هومة، الجزائر 2012.

73. علي عباس، إدارة الأعمال الدولية، دار الحامد للنشر والتوزيع، الأردن 2007.

74. علي نجيدة، النظرية العامة للالتزام، الكتاب الأول، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة مصر 1999.

75. عمر سعد الله، قانون التجارة الدولية، دار هومة، الجزائر 2007.

76. لزهر بن سعيد، النظام القانوني لعقود التجارة الإلكترونية، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر 2016.

77. محسن أحمد الخضيري، تنمية المهارات التفاوضية، دار المصرية اللبنانية، القاهرة مصر 1993.

78. محسن شفيق، نقل التكنولوجيا من الناحية القانونية، مطبعة جامعة ، القاهرة 1994.

79. محمد إبراهيم الدسوقي، الالتزام بالإعلام قبل التعاقد، دار إيهاب للنشر والتوزيع، أسيوط مصر 1985.

80. محمد إبراهيم الدسوقي، الجوانب القانونية في إدارة المفاوضات وإبرام العقود، الرياض 1995.

81. محمد أحمد الخضيري، التفاوض على المستحيل انطلاقا من الممكن، المكتبة الأنجلو مصرية، مصر 1988.

82. محمد السيد عرفة، التجارة الدولية الإلكترونية عبر الإنترنت، المجلد الأول، الإمارات العربية المتحدة، سنة 2000.

83. محمد الصغير بعلي، القانون الإداري، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة الجزائر 2004.

84. محمد الصغير بعلي، تشريع العمل في الجزائر، دار العلم للنشر والتوزيع، عنابة الجزائر 2000.

85. محمد حسام محمود لطفي، المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض، النسر الذهبي للطباعة، القاهرة مصر 1995.

86. محمد حسين عبد العال، التنظيم الاتفاقي للمفاوضات العقدية، دار النهضة العربية، القاهرة مصر 1998.

87. محمد حسين عبد العال، مفهوم الطرف الضعيف في الرابطة العقدية، دار النهضة العربية، القاهرة مصر 2011.

88. محمد حسين منصور، الإثبات التقليدي والإلكتروني، دار الفكر الجامعي، مصر 2006.

89. محمد علي جواد، العقود الدولية، مطبعة دار الثقافة، عمان 1997.

90. محمد علي عمران، الالتزام بضمان السلامة وتطبيقاته في بعض العقود، دار النهضة العربية، القاهرة مصر 1980.

91. محمود علي، ود/ محمد عضو هزايمية، مدخل إلى فن المفاوضات، الطبعة الأولى، دار الحامد للنشر والتوزيع، الأردن 2006.

92. محمودي مسعود، تقنيات إبرام العقود الدولية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 2006.

93. مصطفى أحمد أو عمر، مجلس العقد الإلكتروني، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية مصر 2011.

94. مصطفى كمال طه، ود/ شريف مصطفى كمال طه، النظام القانوني للتأجير التمويلي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية مصر 2016.

95. مصطفى محمد أبو بكر، التفاوض الناجح، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية مصر 2005.

96. مصطفى محمد الجمال، السعي إلى التعاقد، منشورات الحلبي الحقوقية، سوريا 2001.

97. معاشو عمار، النظام القانوني لعقود المفتاح في اليد بالجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 1989.

98. ممدوح محمد مبروك، أحكام العلم بالمبيع وتطبيقاته في ضوء تقدم وسائل التكنولوجيا المعاصرة، المكتب الفني للإصدارات القانونية، مصر 2000.

99. منة أبو بكر الصديق، الالتزام بإعلام المستهلك عن المنتجات، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية مصر 2013

100. ناجي معلا، التفاوض الإستراتيجية والأساليب، دار زهران، عمان الأرن 1992.

101. نادر أبو شيخة، أصول التفاوض، مجدلاوي، عمان الأردن 1998.

102. نبيل إبراهيم سعد، الضمانات الغير مسماة في القانون الخاص، منشأة المعارف، الإسكندرية مصر 1991.

103. نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة مصر 1995.

104. نزيه محمد الصادق المهدي، الالتزام قبل التعاقد بالإدلاء بالبيانات المتعلقة بالعقد وتطبيقاته على بعض أنواع العقود، دار النهضة العربية، القاهرة مصر 1996.

105. نسرين عبد الحميد نبيه، الجانب الإلكتروني للقانون التجاري، منشأة المعارف، الإسكندرية مصر 2008.

106. هاني صلاح سري الدين، المفاوضات في العقود التجارية الدولية، المجلد الرابع، مجلة الأحكام، القاهرة مصر 1990.

107. هدى عبد الله، النظام القانوني لفترة السابقة على التعاقد، دار صادر، بيروت 2004.

108. هشام خالد، أولويات التحكيم التجاري الدولي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية مصر 2004.

109. همام محمد محمود زهران، الأصول العامة للالتزام، نظرية العقد، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية مصر 2011.

110. وائل حمدي أحمد، الخطابات الإلكترونية في العقود الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة مصر 2009.

111. ياسر أحمد كمال الصيرفي، دور القاضي في تكوين العقد، دار النهضة العربية، القاهرة مصر 2000.

112. ياسر سامي قرني، عقود التجارة الدولية، الطبعة الأولى، شركة ناس للطباعة، القاهرة مصر 2011.

113. يونس صلاح الدين علي، العقود التمهيدية، دار الكتب القانونية، دار شتات للنشر والبرمجيات، مصر 2010.

مراجع الفقه الإسلامي

1. الإمام أبي عبد الله محمد ابن إدريس الشافعي، كتاب الأم، الجزء السابع، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت لبنان 1990.

2. صحيح مسلم، شرح الإمام النووي، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت لينان 1995.

3. العسقلاني، فتح الباري لشرح صحيح البخاري، المجلد السابع، دار السلام، الرياض 1997.

4. ابن قدامة، المغنى دار الكتاب العربي، بيروت 1983

5. عبد المالك بن هشام، تحقيق مصطفى السقا وإبراهيم الأبياري وعبد الحفيظ الشلبي، دار نشر مصطفى البابي الحلبي وأولاده، مصر 2010.

6. السيوطي، جامع الترميذي، تأليف الإمام الحافظ جلال الدين السيوطي رحمه الله تعالى، تحقيق توفيق محمود تكلة، دار النوادر، دمشق سوريا 2012.

7. محمد سعيد رمضان البوطي، فقه السيرة النبوية، دار الفكر، دمشق سوريا، الطبعة الحادية عشر 1991.

8. عماد بك الخضيري، تاريخ الأمم الإسلامية، الدولة الأموية، المكتبة المصرية، بيروت لبنان 2001.
9. يوسف قاسم، التعامل التجاري في ميزان الشريعة، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة مصر 1993.
10. الجامع لأحكام القرآن لأبي عبد الله محمد بن أحمد الأنصاري القرطبي، تقديم هاني الحاج، حققه وخرج أحاديثه عمار زكي البارودي وخيري سعيد، المكتبة التوفيقية، القاهرة مصر دون سنة نشر.
11. كتاب سبل السلام شرح بلوغ المراد للصنعاني، دار ابن حزم للطباعة والنشر والتوزيع، تأليف محمد ابن إسماعيل الأمير الصنعاني رحمه الله تعالى، طبعة جيدة مزيدة ومنقحة، بيروت لبنان، دون سنة نشر.
12. سبل السلام الموصلة إلى بلوغ المراد، تأليف محمد ابن إسماعيل الأمير الصنعاني رحمه الله تعالى، من تحقيق محمد صبحي حسن خلاف، دار ابن الجوزي للنشر والتوزيع، المملكة العربية السعودية، الطبعة الثانية، سنة 2000.
13. سنن الدراقطني، وهو أبو الحسن علي بن عمر بن أحمد بن مهدي بن مسعود بن النعمان بن دينار البغدادي الدراقطني، المتوفي سنة 385 هـ حققه وضبط نصه وعلق عليه شعيب الأرنؤوط، حسن عبد المنعم شلبي، عبد اللطيف حرز الله، أحمد برهوم، مؤسسة الرسالة، بيروت لبنان، الطبعة الأولى 1424هـ، 2004م.
14. السنن الكبرى للبيهقي، وهو أحمد بن الحسين بن علي بن موسى الخسروجردي الخرساني أبو بكر البيهقي، المتوفي سنة 458 هـ، حققه محمد عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، الطبعة الثالثة، بيروت لبنان 1424هـ / 2003م.
15. السنن الكبرى للإمام أحمد بن شعيب النسائي، تحقيق حسن عبد المنعم شلبي، مؤسسة الرسالة، ط1، بيروت لبنان 1421هـ، 2001م.

ثالثا – الرسائل الجامعية

I– رسائل الدكتوراه

1. صلاح الدين زكي، رسالة دكتوراه، بعنوان: تكون الروابط العقدية فيما بين غائبين، القاهرة مصر 1962.
2. خالد جمال أحمد حسين، رسالة دكتوراه، بعنوان: الالتزام بالإعلام قبل التعاقد، كلية الحقوق، أسيوط مصر 1996
3. مبادر خلف مبارك الوهيبي، الالتزام بالإفصاح في العقود، رسالة دكتوراه في الحقوق، جامعة عين شمس، القاهرة مصر 2010.
4. نصيرة بوجمعة سعدي، عقود نقل التكنولوجيا، رسالة دكتوراه، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 1992.
5. هدى عبد الله، النظام القانوني للفترة السابقة على التعاقد، رسالة دكتوراه، جامعة بيروت، دار صادر، بيروت 2004.
6. جون ما رتي، التفرقة بين الواقع والقانون، رسالة دكتوراه،

II– رسائل الماجستير

1. بن مغنية محمد، حق المستهلك في الإعلام، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان الجزائر السنة الدراسة 2006/2005.
2. خلفياتي عبد الرحمان، مدى اعتداد القانون الجزائري بمبدأ سلطان الإرادة في إنشاء العقد وتنفيذه، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر، كلية الحقوق 1987.
3. روان عبد المعطي راضي، الجوانب القانونية لمرحلة المفاوضات العقدية، رسالة ماجستير، كلية الدراسات العليا، الجامعة الأردنية، آب 2011.
4. لمي منصور العتيبي، المفاوضات كأسلوب لحل المنازعات في اقتصاد السوق، رسالة ماجستير، كلية الاقتصاد والعلوم السياسية، جامعة القاهرة 2008.

رابعا – المقالات والأبحاث

I– المقالات

1. حسام الأهواني، المفاوضات في الفترة قبل التعاقدية ومراحل إبرام العقد الدولي، مقال مقدم إلى ندوة الأنظمة التعاقدية للقانون المدني ومقتضيات التجارة الدولية، معهد قانون الأعمال الدولي، القاهرة مصر 1993
2. محمد سعيد الخلفاوي، إستراتيجيات وأساليب التفاوض مع الشركات الموردة للتكنولوجيا، مقال مقدم إلى مؤتمر التكنولوجيا بأكاديمية البحث العلمي والتكنولوجي، بتاريخ 19 إلى 25 فبراير 1982، القاهرة مصر 1986.
3. أمية الدهان، إدارة المفاوضات وتنمية مهارتها، مقال بمجلة الدراسات، الجامعة الأردنية، المجلد 13، العدد 03، مارس 1986.
4. النبيل إسماعيل الشبلاق، الطبيعة القانونية لمسؤولية لأطراف في مرحلة ما قبل التعاقد، مقال مقدم إلى جامعة دمشق، مجلة كلية الحقوق، العدد 04، بتاريخ 2011/03/24.
5. بن أحمد صليحة، آثار المسؤولية المدنية الناشئة عن إخلال المتفاوض بالتزامه بالتفاوض بحسن نية، مقال مقدم بمجلة كلية الحقوق ، جامعة قاصدي مرباح ، ورقلة ، 10 جانفي 2010
6. بخيث عيسى، آثار العولمة على المسؤولية السابقة على التعاقد، مقال مقدم بمجلة قسم العلوم الاقتصادية والقانونية، العدد 14 جوان 2014.
7. مارسيل فونتان، الأنظمة التعاقدية للقانون المدني ومقتضيات التجارة الدولية، مقال منشور بمجلة كلية الحقوق، جامعة القاهرة ، مصر 1993
8. محمد أبو زيد، المفاوضات في إطارها التعاقدي صورها وأحكامها، مقال مقدم بمجلة العلوم القانونية والاقتصادية، جامعة عين شمس، القاهرة مصر، جانفي 2005.
9. عبد العزيز العوضي، أيهما أجدى الأوامر أو الإقناع، مقال بمجلة المجتمع، الكويت، العدد 1463، سنة 2001.
10. عمر حجي، الإشكالات المترتبة عن التفاوض وإعادة التفاوض، مقال مقدم بمجلة الفقه والقانون، العدد 44 ، جوان 2016.

11. صبري خاطر، قطع المفاوضات العقدية، مقال مقدم بمجلة جامعة النهرين، بغداد، المجلد الأول 1997.

12. محمد عبد الظاهر حسين، الجوانب القانونية للمرحلة السابقة على التعاقد، مقال بمجلة الحقوق، جامعة الكويت، السنة 22، العدد 02 جويلية 1998.

II- البحوث

1. محمد علي جواد، عطاء العقد وعطاء المفاوضات لإبرام عقود الأشغال العامة، بحث مقدم إلى جامعة بابل، العراق 1995.

2. عبد الرحمن الشيخ، بحث في مفاوضات العقد للمساعدة الفنية الاقتصادية، باريس 1986

3. ناجي الزهراء، التجربة التشريعية الجزائرية في تنظيم المعاملات الإلكترونية المدنية والتجارية والقانون، المنعقدة من 28 إلى 2009/10/29 بطرابلس، ليبيا.

4. محمد علي جواد، المبادئ التي تحكم تحديد الثمن في عقد الأشغال العامة، بحث مقدم إلى جامعة بابل، سنة 1996

5. محمد علي جواد، التعاقد من الباطن ومبدأ الاعتبار الشخصي في العقد الإداري، بحث مقدم إلى جامعة بابل 1992.

6. إبراهيم الدسوقي أبو الليل، إبرام العقد الإلكتروني في ضوء القانون الإماراتي والقانون المقارن، بحث مقدم للمؤتمر العلمي الأول الذي نظمته كلية الشرطة لدبي، بحث بعنوان الجوانب القانونية والأمنية للعمليات الإلكترونية، في الفترة ما بين 26 و2003/04/27.

خامسا- القوانين

1. الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون المدني الجزائري، معدل ومتمم. (ج ر 31 المؤرخة في 13-05-2007)

2. القانون رقم 02/04 المؤرخ في 23 يونيو 2004 ، يتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية ، المعدل و المتمم بالقانون رقم 10-06 مؤرخ في 15-08-2010. (ج ر 46 مؤرخة في 16-08-2010) .

3. القانون رقم 03/09 المؤرخ في 2009/02/25، يتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش.

4. قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام رقم 2010- 236 المؤرخ في 2010/10/07، معدل ومتمم ، بالقانون رقم 15-247 المؤرخ في 16-09-2015 ، (ج ر 50 المؤرخة في 20-09-2015) .

5. الأمر رقم 03/03 المؤرخ في 10 يوليو 2003، يتعلق بالمنافسة، معدل ومتمم بالقانون رقم 12/08 المؤرخ في 25 يونيو 2008 ، وبالقانون 10-05 المؤرخ في 15- 08-2010 (ج ر 46 المؤرخة في 18-08-2010) .

6. القانون رقم 15-04 المؤرخ في 01 فبراير 2015، يحدد القواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين ، (ج ر 06 المؤرخة في 10-02-2015) .

7. القانون رقم 84- 11، المؤرخ في 09 يونيو 1984، المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بالأمر 05- 02 المؤرخ في 2005/02/27. والمعدل والمتمم بالقانون رقم 05- 09 المؤرخ في 2005/05/04 ، (ج ر 43 المؤرخة في 22-07-2005) .

8. الأمر رقم 66- 156 المؤرخ في 08 يونيو 1966، يتضمن قانون العقوبات الجزائري، المعدل والمتمم ، (ج ر 49 المؤرخة في 11-06-1966) .

9. القانون رقم 06- 01 المؤرخ في 2006/02/20، يتعلق بقانون الوقاية من الفاسد ومكافحته.

10. الأمر رقم 75- 59 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون التجاري، المعدل والمتمم بالقانون 05- 02 المؤرخ في 2005/02/06، (ج ر 11 المؤرخة في 09-02-2005).

11. القانون رقم 90- 11، المؤرخ في 1990/05/20، المتضمن قانون العمل الجزائري ، المعدل والمتمم بالقانون 91 -29 المؤرخ في 21 -12-1991، (ج ر 68 لسنة 1991) .

12. الأمر رقم 01- 03 المؤرخ في 2001/08/20، يتعلق بتطوير الاستثمار، المعدل والمتمم ، (ج ر 47 المؤرخة في 22-08-2001) .

13. القانون رقم 16- 09 المؤرخ في 2016/08/03، يتعلق بترقية الاستثمار ، (ج ر 46 المؤرخة في 03-08-2016) .

14. قانون التوقيع الإلكتروني المصري رقم 15- 2004 الصادر بتاريخ 2004/04/21.

15. القانون المدني الفرنسي لعام 1804، المعدل والمتمم بآخر تعديل بالمرسوم 131- 2016 المؤرخ في 2016/02/10.

16. القانون المدني الألماني رقم 84، الصادر بتاريخ 1949/05/18، المعدل والمتمم بالقانون رقم 06- 01، الصادر بتاريخ 2001/02/15.

17. القانون المدني الإيطالي رقم 43- 76 والذي عمل به بداية من 1977/01/01 المعدل والمتمم.

18. القانون المدني السويسري، المؤرخ في 1907/11/10، المعدل بآخر تعديل له بتاريخ 2001/02/01، والتعديل المؤرخ في 2014/07/01.

19. قانون العقوبات الفرنسي الصادر بتاريخ 1810 المعدل والمتمم.

20. قانون المعاملات والتجارة الإلكترونية الإماراتي رقم 01 لسنة 2006، الصادر بتاريخ 2006/01/30.

21. قانون المعاملات والتجارة الإلكترونية التونسي، وهو القانون رقم 83 - 2009 ، المؤرخ في 2009/08/09.

22. القانون المدني المصري رقم 131 لعام 1948، المؤرخ في 1948/07/29 المعدل والمتمم.

23. القانون 90- 04 المؤرخ في 1990/02/06، المتعلق بتسوية المنازعات الفردية في العمل، معدل ومتمم بالقانون 91- 28 المؤرخ في 1991/12/21 ، (ج ر 68 المؤرخة في 25 -12-1991

24. القانون رقم 90- 03 المؤرخ في 1990/02/06 المتعلق بمفتشية العمل ، (ج ر 06 المؤرخة في 07-02-1990) .

25. القانون 90- 02 المؤرخ في 1990/02/06، المتعلق بتسوية الخلافات الجماعية في العمل وممارسة حق الإضراب، معدل ومتمم ، . (ج ر 06 المؤرخة في 07-02-1990)

26. القانون 90- 11 المؤرخ في 1990/04/21 المتعلق بعلاقات العمل، المعدل والمتمم بالقانون 91- 29 المؤرخ في 1991/12/21 ، (ج ر 68 لسنة 1991) .

27. الأمر رقم 21/96 المؤرخ في 1996/07/09، يعدل ويتمم القانون 90- 11، وخاصة المادة 114 منه المتعلقة بالاتفاقات الجماعية.

28. القانون 07/05 المؤرخ في 20-04-2005 المتعلق بالمحروقات الجزائري (ج ر 50 المؤرخة في 19-07-2005 ، معدل ومتمم بالقانون 06-10 المؤرخ في 24-02-2006.

29. القانون رقم 03- 06 المؤرخ في 2003/07/19، المتعلق بالعلامات التجارية ، (جر 44 المؤرخة في 23-07- 2003) .

30. الأمر رقم 03- 07 المؤرخ في 2003 /07/19، المتعلق ببراءات الاختراع ، (ج ر 68 المؤرخة في 23-072003) .

سادسا -+ المراجع باللغة الفرنسية

1. Nome. N. Goma, théorie des sources de l'obligation L. G. D. J, Paris, 1968
2. A. çohierier, des obligations naissant des pourparles préalables a la formation des contrats, paris 1989.
3. Jacque Ghestin, la formation de contrat L. G. D. J, 3eme éd, paris 1993.
4. J. chmidt, négociation et conclusion de contrat, Dalloz, Paris 1982.
5. M. Dubison, les groupements d'entreprise pour les marches internationaux, Feduci, Paris 1979.
6. Pierre dupant et delesterant, Droit civil introduction de droit civil.
7. Phillipe fauchard, l'arbitrage commercial international, Dalloz , paris , 1965.
8. Bonell, la nouvelle convention des nation Unies sur les contrats international de marchandise D. P. C. J, paris 1981.
9. B. Goldman, les conflits des lois dans l'arbitrage international de droit privé, 1963.
10. Jacque georgel, l'exécution des contrats Administrative J.C. 1, 1986.
11. R. Salleil, déclaration de la volante L. G. D. J, Paris 1929.
12. M. Fontaine, droit des contrats internationaux fEDUCU, Fec, paris 1989.++
13. Ph. Malaurie et L. Aynes, cour de droit civil les obligations, 08éd, Cujas, paris, 1997.
14. Chr. Larroumet, droit civil, les obligations, le contrat, Tome 03, 2eme éd, Paris 1990.
15. F. Labarthe, la nation de Document contractuel, thèse, préface , de J. Ghestin, L. G. D. J, Paris 1994.
16. Y. Lousseran RN et J. D Bridin, droit de commerce international, Paris, serie 1969.
17. Mahfoud lacheb, droit des affaires, OPU, Alger 2005.

18. Rone Rodier, la formation du contrat, Paris 1976.
19. H. Batiffol, Aspects philosophique de droit international privé, Dalloz, paris 1956.
20. Brocher, Cour de droit international Privé, Tome 02, Paris 1983.
21. Edouard chamy, L'affaire Texaco penzoil, J. D. I. clanet, paris 1988.
22. A. Rieg, Contrat type et contrat d'adhésion, édition de l'épargne, paris 1970.
23. J. M. mousseron, technique, contractuelle, Dalloz. paris 1934.
24. Nouveau petit Larousse 1994, Alustrie 1997.
25. Nouveau petit robert 1993.
26. Michel Dispex, le droit de travail, Tome 4, l'entreprise, éd, Dalloz, Paris 1973.
27. C. Dupont, la négociation, 4e éd, Dalloz, Paris 1994.
28. P. Glavinis, le contrat international de construction, éd GLN, JDLY 1993.
29. F. terré, Ph simler et Y le quette, droit civil, les obligations, 6e éd, Daloz, Paris 1996.
30. M. Geninet, théorie général des avant contrats en droit privé, Paris, tII. 1985.
31. Jaques georgel, l'exécution de contrat administrative, J. C.A, Paris 1986.

سابعا – مواقع الإنترنت

1. www. Enromatech. Dc.
2. http://h dl. Handié. Net
3. www. Univ- medea. Dz
4. www. Star times. Com
5. http: // www. Ec w egypt. Org/ arabic
6. www. Ins. Onec. Dz
7. www. Sabra. It. Com
8. www. Univ. Chlef. Dz
9. www. Vobabylon- edv
10. http:// www. F. law. Net
11. http:// gononak blog spot. Com
12. http:// theses. Ju. Edv. jo

Résume

Les contrats d'affaires d'importance majeure, autrement les contrats lourds, ne peuvent être conclus sans négociations de détails au préalable afin de conclure et d'appliquer le contrat escompté qui sera d'importance financière, économique et sociale en particulier dont le pays a besoin.

L'intérêt que la jurisprudence porte à la négociation de contrats d'affaires, reflète toute son importance qui demeure notre objet d'étude et de recherche en définissant ses divers éléments: sa signification, sa portée, son contrôle, ses objectifs et ses étapes ainsi que les différents droits et obligations en vigueur durant cette phase en définissant la nature juridique de toute responsabilité.

Bien que la partie algérienne emprunte impérativement cette longue phase en conclusion de tous contrats d'affaires, le législateur algérien ne l'a absolument pas encadré par aucun texte juridique, par conséquent, qu'est – ce qui entrave sa légalisation à travers ses diverses dispositions, ses applications et sa nature juridique? Toute fois, tous accords, temporaire ou intérimaire conclus durant cette phase sera à l'avantage de la parie faible de ce contrat, scientifiquement, technologiquement ainsi s"' économiquement. Cici demeure la pierre angulaire de notre thèse analytique en consolidant l'dée d'un système juridique de négociation de contrats d'affaires à la législation algérienne.

Ce thème d'importance profonde particulièrement pour les pays en voie de développement tel que l'Algérien, était mis en pratique par des pays autrefois sous- développés en appliquant ce processus de négociation intelligent, réfléchie et sérieuse porté par des spécialistes.

Pour mener à bien notre étude, nous avons opté pour une approche analytique en alternance avec l'approche comparative et critique tout en prenant en considération la difficulté, la nouveauté et l'importance du thème. Nous avons également opté pour une problématique générale suivie d'un plan équilibré et illustré par quelques applications judicaires.

Enfin nous clôturent notre étude par des conclusions, des suggestions ainsi que des recommandations juridiques, pratiques et techniques portant sur le processus de négociations de contrats d'affaires relatifs à la législation algérienne qui ne contient aucun article sur ce qui se fait le plus de nos jours, la négociation de contrats d'affaires.