

## التفاوض على عقود الأعمال بين الطبيعة المادية والطبيعة العقدية وآثاره

عبدو محمد

أستاذ بكلية الحقوق والعلوم السياسية

جامعة البلدة -2-

### ملخص

إن عدم قيام التشريع الجزائري إلى جانب التشريعات الأخرى عموما بوضع نصوص قانونية تنظم وتحدد العلاقة بين الأطراف قبل وأثناء وحتى بعد مرحلة التفاوض على العقد، وفي وضع كهذا يثور التساؤل حول القيمة القانونية لمثل هذا النوع من التفاوض، خاصة إذا كان العقد المتفاوض عليه هام ومعقد، كما يثور التساؤل حول طبيعة المسؤولية خلال هذه المرحلة والالتزامات المترتبة عنها.

وفي مجال العقود الهامة والثقيلة، وخاصة في مجال الأعمال كثيرا ما يلجأ الأطراف عند بداية التفاوض على هذه العقود إلى إبرام نوع جديد من الاتفاقات، ومنها اتفاق أو عقد التفاوض.

ولقد ظهر اليوم تصور جديد لدى الفقه والقضاء، يفرق بين الحالة التي يكون التفاوض فيها مصحوب باتفاق، أو غير مصحوب به، فيكون الحكم مختلف في الحالتين، من حيث طبيعة التفاوض، وطبيعة المسؤولية الناشئة عنه.

### Résumé

A l'instar d'autres législations de part le monde , la législation algérienne manque de textes législatifs organisant et définissant les rapports établis entre les parties avant, durant , et après la phase de négociation au sujet de contrat. en pareille situation , surgira la question de la législative au sujet d'une telle négociation sur tout si le contrat objet de négociation s'avère important et complexe. soulèvera également la question de la nature de responsabilité durant cette phase ainsi que les engagement y afférant.

En matière de contrats importants et lourds , sur tout celles liées aux affaires les parties ont souvent recours à conclure de nouveau types de conventions , bien avant le début des négociations , tels que les contrats ou conventions de négociations.

Une nouvelle conception et apparue aujourd'hui en jurisprudence et dans le secteur judiciaire axée sur la distinction qu'elle opère entre le cas ou elle ne l'est pas . le jugement ,dans les deux cas , sera différent pour ce qui est de la nature de la négociation et celle de la responsabilité qui en découle.

الكلمات المفتاحية : التفاوض . العقد . الاتفاق . الأعمال . المسؤولية . الالتزام .

## مقدمة

إن التفاوض على العقود وخاصة الهامة منها، أو كما يسميها الفقه الفرنسي العقود الثقيلة، وبالخصوص في عقود الأعمال والتي تحتاج وبالضرورة وفي واقعها إلى مفاوضات حقيقية تمر بمراحل عديدة وتبرم قبلها وخلالها وحتى بعدها اتفاقات متعددة ومختلفة، سواء كانت اتفاقات وقتية تنظم عملية التفاوض في حد ذاتها فقط، أو اتفاقات مرحلية أو جزئية يتم الاتفاق من خلالها على كل مرحلة من مراحل التفاوض دون الرجوع إليها مرة أخرى، وقد تشكل في نهاية التفاوض مشروع العقد المنشود، الذي سيتم التوقيع عليه في النهاية، والتي تصبح هي مضمون شروط العقد النهائي الذي سينتقل إلى مرحلة تنفيذه.

وأهم هذه الاتفاقات التمهيديّة المنظمة لمرحلة التفاوض على العقد، هو الاتفاق الأول والذي قد يبرمه الطرفان من أجل الاتفاق على الدخول في تفاوض على عقد يبرمه إبرامه في النهاية، بعد التباحث والمناقشة والدراسة لكل بنود وعناصر العقد الجوهرية والتفصيلية، وذلك باستعمال كل الوسائل من دراسات فنية واستشارات لأهل الخبرة، وذلك من خلال اللجوء إلى مفاوضين أهل خبرة في عدة ميادين فنية كانت أو قانونية أو اقتصادية.

إن الاتفاق الأول على التفاوض يسمى عمليا باتفاق التفاوض أو عقد التفاوض، والذي على أساسه يتفق الأطراف على الدخول في مفاوضات والاستمرار فيها، لتحقيق الأهداف والمصالح المشتركة للأطراف المتفاوضة والمتعاقدة مستقبلا، وهذه المفاوضات التي قد تستهلك مالا معتبرا وجهدا كبيرا وزمنا طويلا، وخاصة في عقود الأعمال ذات الأهمية البالغة.

لذلك فقد اختلف الفقه في الطبيعة القانونية للمفاوضات العقدية، فذهب جانب من الفقه إلى اعتبارها مجرد أعمال مادية لا تتمخض عنها التزامات إلا ما يقتضيه الواجب العام

الذي يقضي بعدم الإنحراف عن المسلك المعتاد والمألوف على نحو لا يلحق ضرراً بالغير، في الوقت الذي ذهب فيه جانب آخر من الفقه إلى اعتبار المفاوضات تصرفات قانونية، إذا ما اتجهت إرادة المتفاوضين إلى إبرام عقد للتفاوض لتنظيم سير المفاوضات، وما يترتب على هذا العقد من التزامات.

فالإشكالية المطروحة لهذا الموضوع تتمثل في ماهية الطبيعة القانونية للمفاوضات العقدية، ونوع المسؤولية المترتبة عنها، بحيث يثور الخلاف الفقهي في تحديدها من خلال طرحين رئيسيين، الأول هو عندما يكون التفاوض مصحوب باتفاق أو عقد للتفاوض، والثاني عندما يكون غير مصحوب بهذا الاتفاق أو العقد، والذي على أساس وجوده أو عدمه يتم تحديد الطبيعة القانونية لمرحلة التفاوض، وبالتالي تحديد نوع المسؤولية الناشئة في كلتا الحالتين إلى جانب الالتزامات الناشئة عنهما، على الرغم من أن مختلف التشريعات ومنها التشريع الجزائري الذي لم يشر إلى هذه المرحلة الهامة في بناء العقود الثقيلة ذات القيمة الاقتصادية والفنية والتكنولوجية والمالية الخاصة، والتي يحتاج فيها الطرف المتلقي أو الضعيف في هذه العلاقة، والذي هو في أمس الحاجة إلى نقل التكنولوجيا والمعرفة العلمية والفنية، وتأهيل وتكوين الطاقات البشرية، لتحقيق الأهداف المرجوة الآنية والمستقبلية في إطار سياسة اقتصادية عامة لها الآثار الاجتماعية الإيجابية المرجوة.

فهذا لا يتم إلا من خلال إطار قانوني ينظم عملية التفاوض على العقود في القوانين ذات الصلة بمجال المال والأعمال.

### 1. الطبيعة المادية لمرحلة التفاوض على العقد

يذهب أصحاب هذا الاتجاه إلى تكييف التفاوض على العقد على اعتبار أنه مجرد تصرف مادي يقوم على أساس الواجبات القانونية العامة من خلال عدم الانحراف عن المسلك المعتاد والمألوف على نحو لا يلحق ضرراً بالغير، وبذلك لا ينتج عن التفاوض أية رابطة عقدية بين الأطراف، فهي ليست إلا مجرد عمل مادي لا يرقى إلى مرتبة التصرف القانوني، ويرى أنصار هذا الاتجاه أن التفاوض على العقد لا يترتب أي التزام، ولهذا يمكن العدول عنه بحرية تامة، إلا أن أنصار هذا الاتجاه يرون أنه لا يمكن إعمال مبدأ الحرية في التعاقد على إطلاقه لأنه يؤدي حتماً إلى عدم جدية المفاوضات العقدية، لذلك فقد عمل أصحاب هذا الاتجاه الفقهي على التخفيف من صرامة هذا الاتجاه عندما اعتبروا أن

العدول عن المفاوضات قد يؤدي إلى إثارة المسؤولية عمن عدل عنها، إذا كان هذا العدول مقترنا بخطأ سبب ضررا للطرف الآخر، فيرون أن المسؤولية هنا هي مسؤولية تقصيرية تطبق عليها قواعد المسؤولية التقصيرية<sup>[1]</sup>.

### 1.1. المفاوضات الغير مصحوبة باتفاق تفاوض

إنه في غالب الأحيان لا يهتم الطرفان المتفاوضان بوضع تنظيم اتفاقي لعملية التفاوض، وإنما يقومان بالدخول في المفاوضات بشكل مباشر، دون صياغة مكتوبة لإجراء هذا التفاوض، وحتى دون أن يصرحا بهذا الاتفاق، وخاصة إذا كان العقد المراد إبرامه لا يرقى إلى مكانة العقود الهامة.

وبالتالي فإن عدم وجود نص قانوني ينظم العلاقة بين المتفاوضين، فضلا على عدم وجود اتفاق صريح بالتفاوض، فإنه يثور الإشكال حول القيمة القانون لهذه المفاوضات التي على أساسها يتم بناء وتحديد مراحل وبنود وشروط العقد المنشود، وبالتالي هل تفلت هذه المفاوضات من رقابة القانون، لذا يبقى التساؤل الهام والذي يطرح نفسه بالحاح، وهو ماهي الطبيعة القانونية لمثل هذه المفاوضات؟ وأي نوع من المسؤولية تنشأ عن المفاوضات العقدية<sup>[2]</sup>.

رغم أن الفقهاء منذ نهاية القرن الثامن عشر اختلفوا في بيان الطبيعة القانونية للمسؤولية قبل التعاقدية عند الإخلال بأي التزام فيها، فإنهم وإن اتفقوا على كونها مسؤولية مدنية، فإنهم اختلفوا إن كانت تقصيرية أم عقدية أم موضوعية<sup>[3]</sup>.

#### 1.1.1. موقف القانون المقارن من المفاوضات الغير مصحوبة باتفاق للتفاوض

نستعرض في هذا الصدد لموقف القانون الفرنسي والألماني والإيطالي والمصري والجزائري على النحو التالي:

أولا- موقف القانون الفرنسي: لم يكن في التقنين الفرنسي أي نص يحكم مرحلة التفاوض، حيث كانت هذه المرحلة لا تمثل أية أهمية عند واضعيه، بل إن هذا التقنين لم يتضمن سوى بعض النصوص القليلة فيما يتعلق بتكوين العقد، ولكن في آخر تعديل للقانون المدني الفرنسي وضع مبدأ هام لمرحلة التفاوض بشكل صريح، وذلك بضرورة توافر حسن النية في مرحلة التفاوض على العقد<sup>[4]</sup>، دون أن يزيد على ذلك فيما يخص الطبيعة القانونية لهذه المرحلة، والمسؤولية الناشئة عنها، ولهذا عكف الفقه والقضاء هناك على إرساء دعائم

المسؤولية قبل العقدية، بما في ذلك المسؤولية عن قطع المفاوضات، مستعينين في ذلك بالقواعد العامة في المسؤولية المدنية<sup>[5]</sup>.

وقد ذهب جمهور الفقهاء الفرنسيين، يؤيدهم القضاء إلى القول بأن المفاوضات الغير مصحوبة باتفاق صريح على التفاوض هي مجرد أعمال مادية غير ملزمة، ولا يترتب عليها بذاتها أي أثر قانوني، فبمجرد الدخول في هذه المفاوضات لا ينشئ على عاتق الطرفين أي التزام حتى لو توصلوا إلى مشروع العقد النهائي، طالما أن الاتفاق بالتفاوض 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 يطالب بتقديم مبرر لإنسحابه، إلا إذا كان متعسفا في هذا الانسحاب، بأن وقعت منه تصرفات تتنافى مع مبدأ حسن النية في التعامل والأمانة والثقة والتعاون ففي هذه الحالة فحسب هذا المبدأ تقوم مسؤوليته التقصيرية إن توفرت شروطها<sup>[6]</sup>، وفق المادتين 1382 و1383 من القانون المدني الفرنسي، هي وحدها الواجبة التطبيق في هذه الحالة.

ثانيا- موقف القانون الإيطالي: على الرغم من أن القانون المدني الإيطالي تضمن بين دفتيه نصا خاصا يلقي على عاتق الطرفين المتفاوضين التزاما خاصا بالتفاوض وإبرام العقد بحسن نية وفق نص المادة 1337 من القانون المدني الإيطالي، إلا أن ذلك لا يدل على أن المسؤولية هنا هي مسؤولية عقدية، بل هي مسؤولية تقصيرية، وبذلك فإن القانون الإيطالي يتفق مع الاتجاه الفقهي التقليدي الذي يرى أن المفاوضات العقدية الغير مصحوبة باتفاق تفاوض على أنها مجرد أعمال مادية غير ملزمة يجوز لأي من المتفاوضين العدول عنها في أي وقت، دون أن يتعرض لأي مسؤولية<sup>[7]</sup>.

ثالثا- موقف القانون الألماني: لم يتضمن القانون المدني الألماني نصا عاما ينظم المسؤولية خلال مرحلة التفاوض، وإنما اكتفى واضعوه بالنص على بعض التطبيقات فقط، وقد تأثر الفقه والقضاء في ألمانيا بنظرية الخطأ عند إبرام العقد للفقهاء الألماني إيرنج، حتى أصبح من المقبول لديهما أنه بمجرد الدخول في التفاوض لإبرام العقد تنشأ بين الطرفين علاقة قانونية خاصة تلزمهما بمراعاة الحرص والأمانة وحسن النية في التفاوض، وفق مسؤولية يكمن أساسها وفق ما انتهت إليه المحكمة العليا الألمانية، في الثقة المتبادلة بين

الطرفين، وبالتالي يكون للمتفاوض المتضرر من حقه أن يحصل على تعويض عما أصابه من ضرر جراء خيانة هذه الثقة<sup>[8]</sup>.

ويسلم الفقه والقضاء الألمانيان بأن المسؤولية قبل العقدية ليست مسؤولية تقصيرية، إنما هي نوع خاص من المسؤولية القانونية، أو هي بالأحرى مسؤولية شبه عقدية، تنطبق عليها قواعد المسؤولية العقدية<sup>[9]</sup>.

رابعاً- موقف القانون المصري: القانون المدني المصري لم يتضمن نصاً يحكم مرحلة التفاوض على العقد، تاركاً للفقه والقضاء مهمة الاجتهاد لإيجاد الحلول المناسبة في ضوء القواعد العامة، ولقد استقر الرأي في الفقه المصري، أن التفاوض ليس إلا عملاً مادياً، يقوم على أساس المسؤولية التقصيرية مبنية على الخطأ الثابت، ويقع على الطرف المضروب عبء إثباته، وهكذا فإن المفاوضات الغير مصحوبة باتفاق تفاوض صريح تعتبر في القانون المصري مجرد عمل مادي، ولا ترقى إلى مرتبة التصرف القانوني<sup>[10]</sup>.

خامساً- موقف القانون الجزائري: إن المشرع الجزائري رغم تعديلات القانون المدني لم يهتم بمرحلة التفاوض، وعليه أن يجاري القوانين المعاصرة، والتطور الحاصل في العقود الدولية، وعقود التجارة الإلكترونية، بل ترك الأمر للقضاء، الذي مازال يعتبر مرحلة التفاوض مجرد عمل مادي لا يقيم سوى المسؤولية التقصيرية.

وهنا يستحسن أن يهتم المشرع الجزائري بمرحلة التفاوض على العقد، ويتبنى واجب التفاوض بحسن نية كمبدأ عام بشكل صريح وواضح، بأن ينص على أنه: «يلتزم الأطراف خلال التفاوض وإبرام العقد بالتصرف الصحيح، وفقاً لقواعد الأمانة والثقة والتعاون وحسن النية»<sup>[11]</sup>، إلى جانب تنظيم عملية التفاوض بشكل صريح وواضح من بدايتها إلى نهايتها، وذلك حماية للطرف الضعيف في هذه المرحلة الهامة لبناء العقود الثقيلة، في عصر مليء بالصعوبات والمخاطر.

### 2.1.1. موقف القانون الأنجلو أمريكي

تختلف فكرة العقد في القانون الأنجلو أمريكي عن تلك السائدة في قوانين دول القارة الأوروبية، وبالتالي فإن مفهوم التفاوض في هذا القانون نجده يختلف إلى حد ما عن المفهوم السائد في البلاد الأخرى، وسنحاول استعراض ذلك في القانون الأمريكي ثم القانون الإنجليزي، كما يلي:

## 2.1. التفاوض في القانون الأمريكي

حيث يعتبر القانون الأمريكي أن العقد ينتج من مفاوضة بين أطراف متكافئة، من خلال أخذ وعطاء في عملية المساومة، وعلى كل طرف الاهتمام بمصالحه وأن يسعى بنفسه للاستعلام أو الاستفسار لدى الطرف الآخر عن ما يهمه من معلومات، ويؤكد المختصون في الولايات المتحدة الأمريكية سيطرة فكرة الاحتمالية والمخاطرة على المفاوضات التي تجري بين الأطراف، مما يترتب عليه تحميل كل منهم المخاطر التي تتمخض عنها، حتى لا يحجم الأطراف عن الدخول في المفاوضات لو فرضت قيودا على حريتهما في التعاقد أو عدم التعاقد<sup>[12]</sup>.

ومع ذلك فإن المسؤولية قبل التعاقدية يمكن ترتيبها في الولايات المتحدة بناء على قواعد الإثراء بلا سبب أو الإبلاغ الخاطئ أو التدليس الذي يوقظ لدى الطرف الآخر تصورا غير صحيح، وأخيرا بناء على الوعد الخاص الذي يولد لدى الطرف الآخر ثقة وتعويلا مشروعين بشأن هذا الوعد، وهذا ما نفرت منه المحاكم الأمريكية، ويعود ذلك إلى منطوق المادة 203-01 من القانون التجاري الموحد، والمادة 205 من تقنين العقود، اللتان تنصان على وجوب مراعاة حسن النية والتعامل بإنصاف في تنفيذ العقد، مما يستبعد على الأقل بطريقة غير مباشرة إمكان التوسع في تفسير هذه النصوص وتطبيقها على مرحلة التفاوض على العقد، وترفض المحاكم الأمريكية الاعتراف بعقد التفاوض وترتيب جزاء على الإخلال بالالتزام المتولد عنه، وذلك لسببين:

الأول: عدم إمكانية التوصل إلى جزاء يتناسب مع الإخلال بالالتزام، نظرا لأنه يصعب التأكد والتحقق من مضمون العقد في صورته النهائية، لو نجح الأطراف في إبرامه.

الثاني: عدم قدرة المحاكم تحديد نطاق الالتزام بالتفاوض المتولد عن الاتفاق<sup>[13]</sup>.

### 1.2.1. التفاوض في القانون الإنجليزي

لا يعترف القانون الإنجليزي بمبدأ عام يقضي بالالتزام بالتفاوض بحسن نية. فلا يعدو التفاوض لديه سوى عملا ماديا غير ملزم فلكل مفاوض الحق في إثارة مصالحه الخاصة<sup>[14]</sup> والسعي بجهد للحصول على أفضل صفقة ممكنة، ولا يكون المفاوضات مسؤولا عن قطع التفاوض ولو حدث فجأة وبطريق تعسفي، بل حتى ولو أصاب الطرف الآخر ضررا من ذلك، إذ أن القانون الإنجليزي يتبنى مبدأ يقضي بأن يتحمل المرء مخاطر تفاوضه، هذا لا



يعني أن الأطراف المتفاوضة بمنأى عن أية مسؤولية أثناء التفاوض، فقد ذهب القضاء الإنجليزي إلى ترتيب المسؤولية التقصيرية على التفاوض في بعض الحالات، خاصة إذا ثبت ارتكاب غش أو تدليس خلال المفاوضة، أو الدخول في المفاوضة بهدف الحصول على معلومات سرية عن الطرف الآخر، وهكذا فإن القانون الإنجليزي لا يفرض التزاما بالتفاوض بحسن نية، وإنما يعالج كل حالة على حدى، ولا يعترف القضاء الإنجليزي بعقد التفاوض لما يتسم به بقدر كبير من المخاطر والاحتمالية، اللتان تحكمان مصير وقدر التفاوض، حيث أنها قد تنتهي بالفشل أو النجاح، وكما أنه من الصعب جدا معرفة مضمون وكنه العقد النهائي وشروطه في حالة نجاح المفاوضات<sup>[15]</sup>

### 2.2.1. المفاوضات العقدية كعمل مادي

يكون التفاوض كذلك عندما لا يقوم على أساس عقدي أو اتفاق مسبق على تفاوض صريح ومكتوب، فقد يلتقي الأطراف لمجرد التباحث حول مضمون العقد المنشود والمزمع إبرامه مستقبلا. كل ذلك يكون في إطار أعمال مادية لا يرغب أطرافها أن ترقى إلى مرتبة التصرفات القانونية، فلا تقوم المسؤولية هنا إلا على أساس الواجبات العامة والسلوك المألوف، أي على أساس الخطأ التقصيري والضرر الذي يحدثه للطرف الآخر، أي قيام المسؤولية التقصيرية إن توفرت شروطها.

### 3.2.1. المسؤولية عن التفاوض كعمل مادي

إن مصدر المسؤولية في التفاوض كعمل مادي هو الخطأ التقصيري المتمثل في إنحراف المتفاوض عن السلوك المألوف، كما لو لجأ إلى الغش، أو تعمد الإضرار بالطرف الآخر، أي تصرف بسوء نية، كمن يدخل في تفاوض دون نية جدية للتعاقد، أو قطعها دون سبب مشروع بشكل فجائي ومن جانب واحد، أو وضع نهاية للمفاوضات في ظروف مضرة بعد أن يكون أحد الطرفين قد جعل الآخر يعتقد أن العقد سيبرم حتما<sup>[16]</sup>.

فالمسؤولية التي تثار عن التفاوض كعمل مادي هنا هي المسؤولية التقصيرية إذا ارتكب خطأ سبب ضررا للطرف الآخر، مثل قطع التفاوض المقترن بخطأ سبب ضررا للطرف الآخر، وبالتالي اعتبر جانب من الفقه على أساس هذه المسؤولية أن المفاوضات ليست إلا مجرد عمل مادي، لا يبلغ مبلغ التصرف القانوني<sup>[17]</sup>.



لقد اتجه الفقه والقضاء في فرنسا منذ البداية إلى فكرة المسؤولية التقصيرية باعتبارها أول ما يخطر على الذهن وأسهل الوسائل وأيسرها، على أساس قيام شروطها، من خلال إثبات الخطأ المتمثل في إقامة الدليل على تعسف في استعمال الحق، يتمثل في نية الإضرار، أو سوء النية، فلم يتردد القضاء الفرنسي في عقد المسؤولية التقصيرية للمفاوض في الإنهاء المفاجئ للتفاوض في مرحلة متقدمة منه، أو المصحوب بخطأ واضح، أو حتى بخطأ عادي، أو لمجرد المخالفة لقواعد مبدأ حسن النية في التعامل<sup>[18]</sup>.

فجدير بالذكر أن المسؤولية المدنية للأطراف المتفاوضة قد تجتمع شروطها قبل انعقاد العقد، فقد تكون المسؤولية عقدية أو تقصيرية، فالمسؤولية قد تكون صراحة قبل الالتزام مضمنة بالعقد، إذا أجهضت المفاوضات لخطأ اقترن بعدول أو إلى تعسف في استعمال حق مشروع، مفاد ذلك أن العدول في حد ذاته لا يعقد مسؤولية من عدل، وإنما تتعقد المسؤولية عنه إذا اقترن به خطأ أو اعتبر تعسفا في استعمال حق العدول<sup>[19]</sup>.

ويشمل التعويض، تعويض الطرف الآخر لجبر ما لحق به من ضرر مادي أو أدبي، فيتمثل هذا الأخير فيما أصاب الطرف المضرور من جراء إظهاره بمظهر من يسهل انخداعه ومن لا يوثق به، مما ينال من سمعته واعتباره في سوق الأعمال، أما الضرر المادي يتمثل فيما تكبده المضرور من خسارة في فترة التفاوض، وما استلزمته من نفقات ودراسات... الخ<sup>[20]</sup>.

#### 4.2.1. تقدير فكرة أعمال المسؤولية التقصيرية خلال مرحلة التفاوض على العقد

من خلال هذا نشير إلى ما لهذه الفكرة من مزايا وعيوب على النحو التالي:

أولا - المزايا: لا يمكن الجحود بأن هذه النظرية تتسم بالسهولة والمرونة من حيث التطبيق، فهي تضمن للمتفاوض الذي يسقط ضحية لعملية التفاوض تعويضا جابرا لما لحقه من ضرر وما فاته من كسب، بمجرد إقامة الدليل على توافر الخطأ التقصيري، وهذه لمسؤولية كان لها القبول من الفقه والقضاء الفرنسي والبلجيكي والمصري والجزائري<sup>[21]</sup>.

ثانيا - العيوب: أخذ الفقه على نظرية المسؤولية التقصيرية في مرحلة التفاوض عدة مآخذ نشير إلى أهمها:

أ - عدم عدالة اشتراط الخطأ: فهو ما يعد إخلالا بقواعد العدالة، ومثال ذلك هو من يمتلك بحسن نية شيء خارج دائرة التعامل ويبيعه إلى آخر، حيث يصعب رفض دعوى المشتري بالتعويض على الرغم من أن البائع حسن النية لم يرتكب خطأ تقصيرياً.

ب - صعوبة إقامة الدليل على توافر الخطأ: فمثلاً يجب أن يقترن قطع التفاوض بخطأ، ولا يمكن اعتبار القطع في حد ذاته خطأً، حتى لا يتم التضيق على الحريات خلال هذه المرحلة، فلا يمكن التوسع في عقد المسؤولية أثناء التفاوض.

ج - نطاق التعويض: يصعب التحديد الدقيق للكيفية التي يتم بها جبر الضرر عن الخطأ التقصيري، فلا يشمل التعويض عن المزايا التي كانت ستترتب عن إبرام العقد باعتبارها من قبيل الضرر الغير مباشر، إذا مفاد ذلك أن التعويض لا يشمل التعويض عن عدم إبرام العقد<sup>[22]</sup>.

## 2. الطبيعة العقدية لمرحلة التفاوض على العقد

إن من المؤكد أنه تنعقد المسؤولية العقدية للمتفاوض كلما أمكن إثبات وجود عقد كمحصلة لتطابق الإيجاب مع القبول بين الأطراف لتنظيم عملية التفاوض وتحديد الالتزامات المتعددة خلاله ، وطبعاً لا يمكن تصور ذلك إلا عندما يفكر الأطراف في إبرام عقود أعمال ذات أهمية بالغة تتسم بالتعقيد وقد تحمل في طياتها مجموع عقد آخر، من المستحيل إبرامها من أول وهلة بل لا بد من أن تمر عبر مرحلة من المفاوضات التي قد تكون شاقة تتطلب نفقات مالية كبيرة وجهداً وزمناً معتبرين، كما هو ملاحظ وموجود بالفعل في الواقع.

### 1.2. المفاوضات المصحوبة باتفاق أو عقد للتفاوض

في هذه الحالة تسير المفاوضات بناء على اتفاق صريح بين الطرفين المتفاوضين وذلك بالاتفاق على التفاوض للعمل من أجل إبرام العقد النهائي المنشود، وهذا الاتفاق يعمل على تنظيم العلاقة بين الأطراف المتفاوضة، من خلال تحديد مختلف الاتفاقات التمهيديّة المنظمة لمرحلة التفاوض، سواء كانت اتفاقات وقتية تنظم مرحلة التفاوض في حد ذاتها، أو اتفاقات جزئية مرحلية تنظم عملية التفاوض حول شروط وبنود العقد المراد إبرامه مرحلة مرحلة، حتى يتم الوصول إلى إبرام والتوقيع على العقد النهائي<sup>[23]</sup>.

## 1.1.2. المسؤولية العقدية في مرحلة التفاوض على العقد

لقد قضت المحاكم الفرنسية في بعض الأحيان بالمسؤولية العقدية، عندما تأكدت من وجود عقد تمهيدي بعبارات ملزمة، يتعين تطبيقه بحسن نية. وهذا ما تؤكدته نظرية الفقيه الفيلسوف الألماني - اهرنج (Ihring) -، المعروفة بنظرية التقصير أو الخطأ عند تكوين العقد، والتي مفادها أن يلتزم الأطراف باليقظة وبمبادئ حسن النية والأمانة وشرف التعامل، وبذل العناية اللازمة بمجرد البدء في التفاوض، لإنجاح المفاوضات التمهيدية لإبرام العقد ومنه يلتزم كل طرف تجاه الآخر بتحمل الخطأ أو التقصير في مرحلة التفاوض<sup>[24]</sup>.

ومن المعلوم في هذا الخصوص، أنه يكون للمحكمة في حالة فشل المفاوضات على العقد، أن تقضي على ضوء ما توصلت إليه هذه المفاوضات والحلول المقترحة، إما بإبطال العقد، أو تفرض تعديلا له، وفقا للقانون والعرف والعدالة، وطبيعة الالتزام، فإن القانون المدني الجزائري يخول للقاضي المدني سلطة تكملة العقد وفقا للقانون والعدالة والعرف وطبيعة المعاملة، ومن خلاله فإن إطالة أمد التفاوض ووصول المفاوضات حول المسائل الجوهرية للعقد إلى مراحل متقدمة، يلزم الأطراف قانونا وأخلاقا ببذل الجهد المعتاد واللازم لتكملة الاتفاق على كافة عناصر العقد المراد إبرامه<sup>[25]</sup>، بحيث أن عدم الاستمرار في التفاوض لمناقشة المسائل التكميلية أو التفصيلية من جانب أحد الأطراف، دون سبب جدي أو مبرر مشروع، يعد سلوكا غير مشروع يستوجب المسؤولية التقصيرية<sup>[26]</sup>.

ومن أهم صور الخطأ العقدي في مرحلة التفاوض، رفض الدخول في التفاوض المتفق عليه في عقد التفاوض، أو قطع التفاوض، دون سبب أو مبرر مشروع، أو الإخلال بالإعلام، أو بتقديم النصيحة أو المشورة أو التحذير، وكذا إفشاء الأسرار المالية أو الفنية للطرف المتفاوض، أو استغلالها بدون إذن صاحبها وغيرها من الأخطاء قبل التعاقدية الناتجة عن عدم تنفيذ أي التزام به وفي اتفاق أو عقد التفاوض أو الاتفاقات المنظمة له، مما يترتب مسؤولية عقدية مستقلة عن المسؤولية التقصيرية، وهنا فالقاضي لا يستطيع قانونا أن يجبر أحد الأطراف على التعاقد، فليس للقاضي هنا إلا الحكم بالتعويض للطرف المضرور، عما أصابه جراء عدم الوفاء بالالتزام التعاقدية<sup>[27]</sup>.

بناء على اتفاق سابق على التفاوض بين الطرفين فإنهما يهدفان إلى التأكيد أن هذا الاتفاق هو الذي يحكم العلاقة بينهما، بحيث أنه إذا أخل أحدهما بالتزاماته الناشئة عن هذا

الاتفاق فإنه يكون مسؤولاً مسؤولية عقدية، وبذلك يتمكن من إقصاء المسؤولية التقصيرية عن نطاق تفاوضهما، وذلك لكونها لا تحقق لهما الأمان اللازم، كما يهدف الطرفان من وراء اتفاق أو عقد التفاوض إلى توفير وسيلة إثبات مضمونة بتيسير إقامة الدليل على مسؤولية من حاد منهما عن مبدأ حسن النية أثناء التفاوض<sup>[28]</sup>.

## 2.1.2. موقف القانون الأجنبي من عقد أو اتفاق التفاوض

لم يتردد الفقه والقضاء الفرنسيان بالاعتراف باتفاق التفاوض الصريح، فقد اعتبراه اتفاقاً حقيقياً ينشئ على عاتق الطرفين التزامات حقيقية يترتب على الإخلال بها قيام المسؤولية العقدية، فطبقاً لنص المادة 1142 من القانون المدني الفرنسي، فإنه أخذ بمبدأ الرضاوية في إبرام العقد وقد رضيا الطرفان باتفاق التفاوض صراحة، فهو اتفاق صحيح لأنه ليس فيه ما يخالف النظام العام والآداب، وبالتالي فلا مانع من الاعتراف به<sup>[29]</sup>.

كما أن الفقه المصري الحديث لم يتردد في الاعتراف باتفاق التفاوض، خاصة الصريح منه فهو اتفاق صحيح ينشئ التزاماً عقدياً بالتفاوض، يتعين تنفيذه وفق مبدأ حسن النية في التعامل، وما يتفرع عنه من التزامات أخرى، وإذا أخل أحد الأطراف بذلك كان مسؤولاً مسؤولية عقدية<sup>[30]</sup>.

أما القانون الأنجلو أمريكي فإنه يتخذ موقفاً مغايراً لموقف القانون الفرنسي بشأن التفاوض، فالقانون الإنجليزي لا يعترف باتفاق التفاوض، فليست لهذا الاتفاق أي صفة إلزامية لأنه لا يستند لمقابل مادي، وهو غير واضح المعالم، والآثار الاحتمالية نتاج هذا الاتفاق وصعوبة تقدير التعويض، وعليه فإن المحاكم الإنجليزية لا تعترف بهذا الاتفاق، ولا مسؤولية عقدية عند الإخلال به. أما القانون الأمريكي فمن جانبه كذلك يرفض الاعتراف باتفاق التفاوض وترتيب جزاء عن الإخلال به، وذلك لعدم القدرة على تحديد نطاقه، وعدم القدرة على تحديد جزاء يتناسب مع الإخلال بهذا الالتزام، لكن المحاكم الأمريكية بدأت تتجه في الآونة الأخيرة شأنها في ذلك شأن المحاكم الإنجليزية في الاعتراف باتفاق التفاوض وترتيب المسؤولية العقدية عند الإخلال به، خاصة إذا تم التعبير عنه صراحة في خطاب النوايا، وفي سبيل ذلك تحاول المحاكم الأمريكية أن تكون أكثر مرونة بخصوص شرط المقابل في هذا الاتفاق، وقد مكنتها ذلك من أن تلعب دوراً إيجابياً في مجال المفاوضات قبل العقدية، وهو ما برز بوجه خاص في قضية تكساكو بنزويل الشهيرة<sup>[31]</sup>.

أما موقف القانون المصري فلم يحدد ذلك ، وعدم وجود أحكام قضائية في هذا الصدد، حيث اعتبر القضاء المصري المفاوضة مجرد عمل مادي غير ملزم، غير أن الفقه المصري الحديث لم يتردد في الاعتراف باتفاق التفاوض وخاصة الصريح منه، فهو اتفاق صحيح لا غبار عنه، وأن هذا الاتفاق ينشئ على عاتق الطرفين التزاما عقديا بالتفاوض يتعين تنفيذه بطريقة تتفق مع مبدأ حسن النية طبقا للمادة 1/148 من القانون المدني المصري، وخاصة إذا أخل أحد الطرفين بالتزامه. إلا أن القضاء المصري الحديث لن يتردد هو الآخر في الاعتراف باتفاق التفاوض خاصة إذا كان هذا الاتفاق صريحا وثابتا في ورقة مكتوبة.

## 2.2. محاولات لإرساء الطبيعة العقدية لعملية التفاوض على العقد

كيف يمكن أن نجعل من المفاوضات خاصة على عقود الأعمال الهامة والمركبة أو الثقيلة، تارة أخرى تصرفا قانونيا ملزما، بمجرد التصريح أو عدم التصريح باتفاق الأطراف على التفاوض، وبالتالي نفرق بين تفاوض وآخر، ونميز بين المراكز القانونية للمتفاوضين، وفي الحقيقة هذه التفرقة التي أقامها الفقه والقضاء المعاصران بين المفاوضات المصحوبة باتفاق تفاوض صريح، وتلك الغير مصحوبة بهذا الاتفاق فإنها تفرقة تفتقر لأساس قانوني، لأن المنطق والعدالة تقتضي توحيد الطبيعة القانونية للتفاوض لتحكمه قواعد قانونية واحدة. دون تمييز بين حالة وأخرى وتحقيقا للمساواة بين أطراف التفاوض في المراكز القانونية، وتفاديا للمشكلات التي قد تثيرها هذه التفرقة في مرحلة التفاوض، وخاصة ما تعلق منها بنوع المسؤولية المدنية في هذه المرحلة، وعبء الإثبات، ومقدار التعويض، والقانون الواجب التطبيق، زيادة إلى أن هذا التوحيد من شأنه أن يؤدي إلى استقرار المعاملات في المجتمع<sup>[32]</sup>، وهذا يهم كثيرا الطرف المتلقي والضعيف في هذه العلاقة التفاوضية على عقود أعمال ذات أهمية فنية وعلمية وتكنولوجية ومالية كبيرة.

### 1.2.2. استبعاد الطبيعة المادية للتفاوض

إن التفاوض على العقد يحدث في جميع الأحوال بناء على اتفاق سابق بين الطرفين صريحا كان أو ضمنيا، يقررا فيه الدخول في تفاوض يهدف إلى إبرام عقد معين من حيث المبدأ، وخاصة على عقود ذات طابع اقتصادي هام، لأنه من غير الممكن تصور حدوث تفاوض على هذه العقود بالصدفة، بل لا بد من وجود اتفاق مسبق لذلك بهدف التوصل إلى

إحداث أثر قانوني، لأن هذا التفاوض يفرض على أطرافه التزامات معينة وحقيقية مصدرها اتفاق التفاوض، والواقع أن رفض واستبعاد الطبيعة المادية للتفاوض، نظرا للنتائج العملية الغريبة التي تترتب عنه، ما دام أن التفاوض هنا هو مجرد عمل مادي غير ملزم، ولا يترتب عن العدول عنه سوى المسؤولية التقصيرية، وفق نتائج تتمثل في أن المسؤولية لا تقوم إلا إذا تم إثبات الخطأ التقصيري، كما أن التعويض يكون عن الضرر المباشر ولو كان غير متوقع، والمتفاوض يكون مسؤولا ولو كان ناقص الأهلية.

### 2.2.2. إرساء فكرة الطبيعة العقدية للتفاوض على العقد

الأصل أنه دائما هناك اتفاق بين الطرفين على التفاوض، ويستوي أن يكون هذا الاتفاق صريحا أو ضمنيا، إذ لا يوجد ما يمنع من قبول فكرة الاتفاق الضمني على التفاوض، فمتى وجد تفاوض على عقد ما، وخاصة في مجال الأعمال وعلى عقود ذات أهمية كبيرة، فثمة اتفاق على التفاوض دون أدنى شك في ذلك، حتى لو لم يتم التصريح بذلك، سواء كلل التفاوض بالفشل أو بالنجاح، مما يجعل طبيعة التفاوض عقدية، فهذا الاتفاق الصريح أو الضمني ينشئ على عاتق الطرفين التزاما أساسيا، وهو الالتزام بالتفاوض بحسن نية، وما يتفرع عنه من التزامات أخرى، وبالتالي هذه الالتزامات ليست مجرد واجبات عامة وإنما هي التزامات عقدية<sup>[33]</sup>.

وهذا الاتفاق بالتفاوض يسميه الفقه تارة الاتفاق المبدئي، وتارة أخرى عقد التفاوض، وتارة اتفاق التفاوض، والذي يعتبر عقد حقيقي يقوم على أساس الرضا، وهو اتفاق غير محدد المدة له عدة صور، فقد يكون اتفاقا مستقلا، أو شرط في بنود عقد قائم لإعادة التفاوض، بهدف إعادة التوازن العقدي والذي يدعى بشرط - Hard ship - والذي يهدف إلى التسوية الودية للنزاعات، أو يهدف إلى إعادة التفاوض على العقد لتمديده أو تجديده<sup>[34]</sup>.

إن إرساء الطبيعة العقدية لمرحلة التفاوض على عقود الأعمال الهامة ذات الآثار الاقتصادية والاجتماعية، أمر ضروري لتفادي كل الإشكالات المطروحة في هذا الصدد، خاصة بالنسبة للطرف الضعيف والمتلقي في هذه العلاقة. وهذا بالنص صراحة على ذلك في القانون المدني والقوانين ذات الصلة بالمال والأعمال إلى جانب إضفاء طابع الجدية على مرحلة هامة في بناء العقد المنشود لتحقيق أهداف ومقاصد كل طرفي التفاوض.

### 3.2. عقد التفاوض وتطبيقاته

إن الأصل هو حرية التفاوض، غير أن هذه الحرية على إطلاقها يمكن أن تفتح الباب لمفاوضات غير جادة، تكون سببا لإضاعة الوقت والجهد والمال دون نية حقيقية في إبرام العقد في النهاية، أو من أجل تحقيق مقاصد غير حقيقية، قد تسبب ضررا فادحا للطرف الآخر.

لهذا فإن اتفاق الأطراف على التفاوض منذ البداية، بمقتضى عقد تمهيدي أمر ضروري لتأمين التفاوض وتفادي مخاطره، كما يوفر قدرا كبيرا من الثقة واستقرارا في المعاملات بين الأطراف، حيث ينشأ عن هذا الاتفاق التزام عقدي بالتفاوض يحد كثيرا من الحرية التي يتمتع بها كل من الطرفين في الأصل.

#### 1.3.2. ماهية عقد التفاوض

يمكن تعريفه بأنه اتفاق يلتزم بمقتضاه شخص تجاه شخص آخر بالبدء أو الاستمرار في التفاوض بشأن عقد معين بهدف إبرامه، فهذا الاتفاق لا ينشئ التزاما بإبرام العقد النهائي، وإنما يرتب التزاما بالتفاوض فقط بشأن هذا العقد، بحيث لا يخول لكل طرف سوى الحق في مطالبة الآخر بتنفيذ التزامه بالتفاوض بحسن نية كمبدأ عام، وما يتفرع عنه من التزامات فرعية أخرى، بهدف إبرام عقد لم تتحدد عناصره، أو توافر بعضها. ولكن لا تكفي لانعقاده.

ومن الناحية العملية يتحقق عقد التفاوض في إطار ما يسمى بالاتفاق المبدئي، فهذه هي التسمية الشائعة له في الميدان العملي، وهي كذلك التسمية السائدة في الفقه والقضاء، وأهم ما يمتاز به أنه لا يتضمن التزاما بقبول العقد النهائي<sup>[35]</sup>.

وبهذا المفهوم فإننا نلاحظ وبشكل جلي تمييز عقد التفاوض أو الاتفاق المبدئي عن الوعد بالعقد، كما يستقل عقد التفاوض عن الوعد بالفضل، لأن هذا الأخير لا يلزم الواعد بإيجاب العقد للمستفيد إلا إذا عقد العزم على التعاقد<sup>[36]</sup>.

#### 2.3.2. تطبيقات وصور عقد أو اتفاق التفاوض

قد يجد عقد التفاوض تطبيقات عديدة في مجالات متنوعة، فهو يمكنه أن يسبق مناقشة أي عقد أيا كان نوعه، وقد يوجد هذا العقد أو الاتفاق مستقلا بذاته، وقد يرد في صورة شرط يتضمنه عقد آخر.



وقد أكد القضاء الفرنسي مبدأ راسخا يقضي باعتبار الاتفاق المبدئي الذي يقوم بين الأطراف مقيدا لهم وينشئ التزاما بالاستمرار في التفاوض لحين التوصل إلى إبرام العقد النهائي، دون أن يقوم مقام هذا العقد أو يرتب التزاما نهائيا بإبرامه<sup>[37]</sup>.

وقد يرد اتفاق التفاوض في صورة تحفظ أو شرط يتضمنه عقد آخر، وتلك هي الصورة المعتادة لهذا الاتفاق في الميدان التجاري أو الصناعي بغرض التفاوض لتجديد العقد أو تمديده، أو إعادة التوازن العقدي له، وهذا ما يعرف بشرط إعادة التفاوض - Hard ship- وتتسع التطبيقات العملية لهذا الشرط لمواجهة مختلف الظروف الطارئة سواء كانت مالية أو اقتصادية... الخ، وهذا ما يلقي على عاتق الطرفين التزاما بالتفاوض من جديد من أجل تعديل العقد ومراجعة التزامات كل طرف، لإعادة التوازن الاقتصادي للعلاقة بينهما، بحيث يصبح العقد متلائما مع الظروف الاقتصادية الجديدة، وهذا المفهوم يشجع استخدامه حاليا بصياغات مختلفة في عقود التجارة الدولية تحت مصطلح إنجليزي يسمى - Hard ship- ويعبر هذا المصطلح عن المشقة العقدية أو الأزمة التي يمر بها العقد، ويعترف الفقه الفرنسي بعدم وجود مصطلح لديهم يرادف بدقة نفس المصطلح الإنجليزي، ولذا يستخدم الفقه في فرنسا مسميات عديدة كشرط الظروف الطارئة، أو شرط المراجعة، أو شرط العدالة والإنصاف، أو شرط التحفظ، والذي أصبح يدرج حاليا في عقود التجارة الدولية إن لم يكن جميعها، والذي أصبح نطاقه يتسع إلى مختلف عقود الأعمال الأخرى<sup>[38]</sup>.

وقد تتسع التطبيقات العملية لهذا الشرط لمواجهة أثر التقدم التكنولوجي على العقد، فقد يحدث أثناء تنفيذ العقد أن يؤدي التطور التكنولوجي إلى إصابة السلعة باستهلاك تكنولوجي يقتضي تغيير مواصفاتها المتفق عليها، فبمقتضى هذا الشرط يلتزم الأطراف بالتفاوض من جديد على قائمة جديدة بأوصاف هذه السلعة. وإذا كانت القوة القاهرة تؤدي إلى انقضاء الالتزام، فقد يتضمن العقد شرطا يلزم الأطراف باستئناف أو معاودة التفاوض إذا صعب أو تعذر تنفيذه، كأن يتضمن هذا الشرط توقيف تنفيذ العقد طوال فترة القوة القاهرة، وإذا استمر هذا التوقف مدة معينة يلتزم الأطراف بالتفاوض بشأن مدى إمكان تعديل شروط العقد بما يتوافق مع الظروف الجديدة، حتى تهيأ له الشروط والأسباب لمواصلة تنفيذه<sup>[39]</sup>.

وفضلا عما تقدم فإن الشروط الخاصة بتسوية المنازعات المتعلقة بتفسير العقد أو بتنفيذه، تلزم الأطراف في كثير من الأحيان من البحث عن حل ودي للنزاع بطريق التفاوض قبل إثارته أمام القضاء أو التحكيم<sup>[40]</sup>.

لذا فإن أهمية الأموال محل التعامل، وتعقيدها المتزايد، وطرق الحصول عليها لا يستجيب للاتفاق المفاجئ والسريع، كالاتفاق بشأن انجاز أو إنشاء مجمع صناعي، أو في عقود التجارة الدولية، لذا فإن مشكلة التفاوض وحتى إعادة التفاوض لا تثور إلا في العقود التي تتطلب نوعا معينا من التكوين التعاقدى للوصول تدريجيا إلى اتفاق بشأنها<sup>[41]</sup>.

ومن جهتنا نحن نقول إن للمفاوضات على عقود الأعمال وإعادة التفاوض عليها أهمية خاصة، ووجودها الفعلي في واقع الحياة العملية في هذا المجال وبالرغم أنها تفرض نفسها رغما عن الجميع، فإنه من غير المجدي تركها بدون تأطير قانوني، وتركها تتأرجح بين الطبيعة المادية والطبيعة العقدية لمرحلة التفاوض على العقد، فعلى المشرع أن يسارع إلى تأطير هذه المرحلة الهامة في بناء العقد، بمواد صريحة تنظم هذه المرحلة، وخاصة فيما يخص طبيعة التفاوض والنص صراحة على الاتفاقات المبرمة خلاله وحتى قبله، والنص على التفاوض على أساس التزام رئيسي وهو التفاوض بحسن نية، وما يتفرع عن هذا الالتزام أو المبدأ من التزامات فرعية أخرى ذات أهمية خاصة.

### 3.2.3. الطبيعة القانونية لمرحلة التفاوض

إن عقد التفاوض لا يتطلب لوجوده وصحته سوى توافر الشروط المقررة لإبرام العقود بوجه عام، فلا يثير صعوبة من هذه الزاوية بينما يصبح الأمر أكثر دقة عندما يتعلق بتحديد طبيعته القانونية، ومدى ما يتمتع به من ذاتية واستقلال في ظل ارتباطه بإنشاء عقد آخر. ووقوعه بالتالي في المرحلة التمهيديّة السابقة على إبرام العقد<sup>[42]</sup>.

ولحصر دائرة النقاش في هذه المسألة ينبغي التفرقة بين ما إذا كان اتفاق أو عقد التفاوض قد تم في إطار اتفاق مبدئي مستقل لا يحتويه عقد آخر، أم أنه ورد في صورة شرط أو تحفظ يتضمنه عقد قائم، وفضلا عن ذلك تبدو أهمية هذه التفرقة في مجال الإثبات، إذ يسهل إثبات الاتفاق على التفاوض عندما يكون موضوعا كشرط يتضمنه عقد آخر ثابت بالكتابة، وقد يتحقق الإثبات الكتابي للالتزام بالتفاوض من خلال الرسائل المتبادلة بين

الأطراف خلال فترة التفاوض، والتي تسمى عادة بخطاب النوايا، أما إذا كان الالتزام بالتفاوض الموضوع الوحيد لاتفاق مستقل، فالغالب أن يتم شفاهة يصعب معها إثبات وجوده والتحقق من مضمونه، ذلك أن الاتفاق شفاهة أو حتى كتابة، ليس ضروريا أن يعبر عن إرادة حقيقية على التفاوض فقد يعتبر على العكس أسلوبا لإنهاء المفاوضات وصرف الطرف الآخر عنها بعبارات تؤدي هذا المعنى<sup>[43]</sup>.

ففي حالة وجود اتفاق للتفاوض كشرط من شروط عقد قائم، فلا تثير المسألة صعوبة تذكر، بحيث يعتبر اتفاق التفاوض جزء لا ينفصل عن العقد الذي ورد به، ولا يتمتع بأي وجود ذاتي أو مستقل عنه باعتباره شرطا فيه، ولأنه يشكل في هذه الحالة اتفاقا على التفاوض بشأن تنفيذ هذا العقد وليس إبرامه، وبالتالي يضاف الالتزام بالتفاوض إلى سائر الالتزامات المترتبة عن هذا العقد، بينما تنشأ الصعوبة إذا تم الاتفاق على التفاوض استقلالا أي بقصد إبرام عقد مستقل وليس بصدد تنفيذ عقد قائم، وهو ما يشير إليه الفقه والقضاء في فرنسا باستخدام اصطلاح الاتفاق المبدئي، ويرى فيه رابطة عقدية وفق ما جرى عليه قضاؤها منذ حكم 1958/03/24، حيث أنشأوا وبمقتضاه وتمهيدا لإبرام العقد النهائي التزاما بالاستمرار في التفاوض، كما أن الاتفاق أو عقد التفاوض، ويسميه البعض عقد الإطار له بعض الخصائص نجملها فيما يلي:

- الاتفاق على التفاوض ليس عقدا نهائيا.
- الاتفاق على التفاوض لا ينشئ التزاما بإبرام العقد النهائي.
- الاتفاق على التفاوض ينشئ التزاما فوريا متبادلا من الطرفين على التفاوض.
- عقد التفاوض هو تصرف قانوني ينتج عن تلاقح إرادتين<sup>[44]</sup>.

كل ذلك يبرر النظر إلى هذا الاتفاق باعتباره عقدا تمهيدا يلتزم بمقتضاه الأطراف بالتفاوض بشأن عقد آخر مستقل، تحددت طبيعته وموضوعه الرئيسي، دون أن يفضي ذلك حتما إلى إبرام هذا العقد.

لقد زادت التجارة الدولية وعقود الأعمال عموما خلال العشرين سنة الأخيرة حتى تغير مفهومها، وظهرت إلى جانب أشكال البيع التقليدية وتبادل البضائع علاقات تعاقدية جديدة تشمل الأطاقم المادية والقيم الغير مادية، مثلا نقل المعرفة العلمية ونقل التكنولوجيا

وانشاء البنى التحتية، وعقود الأعمال الأخرى المختلفة مثل بناء المنشآت الصناعية وعقود (البي، أو تي) وأخذت هذه العقود شكلا قانونيا يحتوي على نقل الخدمات المتعددة بنوع من الثقة والتعاون يفرض على متسلم هذه الخدمات في نهاية العقد أن يحصل على درجة معينة من المهارة الصناعية، مما فرضت على الأطراف المتفاوضة حتمية خوض مرحلة هامة من المفاوضات تقوم في عمومها على أساس تحقيق السياسة العامة لتنمية المجتمع ككل [45]، لذا كان من الواجب على الفقه ثم على المشرع الالتفات إلى ذلك [46].

إن مبادرات الأطراف المتفاوضة تكون موجهة للبحث عن أفضل العلاقات أو الروابط، ونعني بأفضل العلاقات هو عندما يستطيع هذا الطرف أو ذاك أن يحصل على ما يريده من الطرف الثاني بالكامل، أي يفرض شروطه عليه، وأن هذا الأخير يقبل بها لأنه ليس لديه خيار آخر، وهنا نقول أن الطرف الأول في موقع قوة بالنسبة للطرف الثاني، لهذا نجد أن كل طرف في المفاوضات يتمنى أن تربطه بالطرف الثاني علاقة تبادل المصالح والأهداف في إطار مبدأ حسن النية والتعاون والثقة [47].

لهذا نرى أن أسس التفاوض تتوقف على موقف التكافؤ بين الطرفين، لأن هذا وحده الذي يؤدي إلى النجاح في التفاوض، دون أن يؤدي عمليا إلى جعل أحد أطراف المفاوضات يملئ من مراكز القوة ولا يتفاوض، لذا لا بدا من التفاوض بحسن نية بهدف الوصول إلى عقد جيد للطرفين، بدلا من التفاوض من أجل تحقيق مزايا جانبية، ففي جميع الأحوال التخطيط والإعداد الجيد للتفاوض بالاعتماد على مختلف استراتيجيات التفاوض والتكتيكات المصاحبة له، إذا هذه الأسس تؤدي إلى اجتناب الدخول في نزاعات حول إثبات بنود العقد [48].

إذا التفاوض اليوم أصبح ميدانا هاما من ميادين التعامل، من أجل تحقيق حاجات الإنسان المتنوعة على كافة الأصعدة، حيث يمكن تقسيمه من حيث الميدان أو الموضوع الذي تدور حوله العملية التفاوضية، من تفاوض سياسي يغطي الجوانب والمشكلات السياسية بين الدول، وتفاوض اقتصادي يتناول بالتفصيل مختلف جوانب النشاط الاقتصادي على المستويات التبادلية المختلفة بين الدول والمؤسسات الاقتصادية، وتفاوض اجتماعي يتناول قضايا وخلافات اجتماعية بين الأفراد والجماعات، ومن أهم ميادين التفاوض، المفاوضات التجارية والاقتصادية والمفاوضات السياسية، والمفاوضات العسكرية والمفاوضات الاجتماعية [49].

وهذا من خلال وجوب توافر في المفاوضات بعض المهارات والقدرات التي تمكنه من إدارة العملية التفاوضية، وذلك حتى يستطيع تحويل الآراء والطموحات التي يعلنها طرفا التفاوض إلى واقع عملي تلتزم به الأطراف المتفاوضة، وتعد هذه المهارات على قدر كبير من الأهمية لنجاح المفاوضات، بينما يؤدي انعدامها أو عدم استخدامها على الوجه الصحيح إلى فشل المفاوضات، وتتمثل أهم هذه المهارات والقدرات في القدرة على القيادة، ثم القدرة على الإقناع، ثم القدرة على التنظيم<sup>[50]</sup>.

ومن جانبنا نقول أن واقع الأعمال يفرض علاقة تفاوضية مبنية على أساس من التعاون والثقة وحسن النية في التعامل في إطار عقد أو اتفاق على التفاوض في البداية يحدد الحقوق والالتزامات المتبادلة تجعل الأطراف المتفاوضة في مراكز متكافئة، لأن كل طرف سيكون شريك للآخر في صفقة مستقبلية.

#### خاتمة

إنه من خلال دراستنا هذه نلاحظ أنها دراسة تحليلية فقهية لموضوع بدأ يأخذ مكانة يوما بعد يوم في ميادين ومجالات عديدة، وخاصة في مجال المال والأعمال الذي له انعكاسات اقتصادية واجتماعية هامة، ألا وهو موضوع التفاوض على العقد.

وذلك من خلال خوضنا وبشكل مختصر وبالتحديد في موضوع الطبيعة المادية والطبيعة العقدية للمفاوضات، وتأرجح الفقه والقضاء بالأخذ بالطبيعة الأولى وتارة بالثانية، وبالتالي إقامة المسؤولية خلال مرحلة التفاوض تارة على أساس المسؤولية التقصيرية، وتارة على أساس المسؤولية العقدية.

ومما لاحظناه أن كثير من التشريعات ومنها التشريع الجزائري رغم تعديلات القانون المدني، والقوانين ذات الصلة بالأعمال لم يهتم بمرحلة التفاوض، ولم يساير التطورات العديدة في مجال بناء العقود وخاصة الهامة منها أو المركبة أو الثقيلة، والتطور الحاصل في العقود الدولية، وعقود التجارة الإلكترونية، بل ترك الأمر للفقه والقضاء الذي ما زال يعتبر مرحلة التفاوض على العقد مجرد عمل مادي، لا يقيم سوى المسؤولية التقصيرية، وهنا يستحسن على المشرع الجزائري أن يتبنى واجب التفاوض بحسن نية كمبدأ عام بشكل صريح وواضح.

ولاحظنا كذلك أنه كلما كانت العملية مصحوبة باتفاق أو عقد للتفاوض وخاصة في بدايتها يحدد الحقوق والالتزامات والاتفاقات المختلفة الواجب إبرامها خلال هذه العملية، كانت مرحلة المفاوضات العقدية من طبيعة عقدية، رغم أن هذه المرحلة لا تفرض على الأطراف ضرورة إبرام العقد النهائي المنشودة، بل فقط تفرض عليهم واجب التفاوض بحسن نية وما يتفرع عنه من التزامات فرعية مثل الإلتزام بالتعاون والالتزام بالإعلام والنصيحة والتحذير والإفصاح، والالتزام بالمحافظة على الأسرار، والتعاون والأمانة وعدم قطع التفاوض بشكل تعسفي الذي قد يلحق ضررا بالطرف الآخر، أي دون مبرر أو سبب مشروع، خاصة في تفاوض على عقود تكتسي أهمية اقتصادية هامة يستغرق التفاوض حولها جهدا وأموالا وزمنا طويلا يعد بالشهور والسنين، وهذا ما لاحظناه في واقع الأعمال، إذا ما استتجناه في هذا الصدد أنه لا يمكن القفز على هذه المرحلة فهي تفرض نفسها ميدانيا وواقعا، وهو ما رأيناه ولمسناه في كل العقود الهامة في مجال الأعمال التي تم تجسيدها وتنفيذها في بلادنا الجزائر، إذا ما المانع من تأطير وتنظيم هذه المرحلة في نصوص قانونية واضحة ترافق عملية التفاوض من بدايتها إلى نهايتها مما يجعل هذه المرحلة تتسم بالجدية وذات طبيعة عقدية، طبعا دون المساس بمبدأ حرية التفاوض من جهة، ومبدأ استقرار المعاملات في هذا المجال من جهة أخرى، وليس مجرد أعمال مادية تخضع لمجرد واجبات عامة تقوم على أساس المسؤولية التقصيرية والخطأ الواجب الإثبات.

ومن النتائج الهامة لهذه الدراسة هي ملاحظة الاهتمام المتنامي من الفقه والقضاء وبعض التشريعات وخاصة المشرع الفرنسي في تعديله لقانونه المدني مؤخرا، ولهذه المرحلة الهامة في بناء العقد.

ومن النتائج الهامة التي توصلنا إليها من خلال دراستنا هذه هو ضرورة الاهتمام اللازم من الفقه بدراسة هذه المرحلة الهامة في بناء وتكوين العقود، بتقديم الدراسات واقتراح الحلول المناسبة لتحديد مجال ونطاق وطبيعة المسؤولية خلال هذه المرحلة، ومختلف التزامات الأطراف خلال مرحلة التفاوض، وتحديد مختلف الاتفاقات الواجب إبرامها بدءا باتفاق أو عقد التفاوض ومرورا بالاتفاقات الوقتية المنظمة لمرحلة التفاوض في حد ذاتها وانتهاء بالاتفاقات الجزئية أو المرحلية، التي من خلالها يتم بناء العقد مرحلة تلو الأخرى، والتي قد تشكل في مجموعها مشروع العقد النهائي المنشود.

إذا هذه النظرة المتكاملة لهذه المرحلة من خلال مختلف الدراسات والبحوث والمؤلفات لفقهاءنا المعروفين، بدأت تتأسس معالم نظرية قائمة بذاتها لها تاريخها وأساسها وخصائصها ومجالاتها وميادينها وضوابطها وطبيعتها القانونية الواضحة المعالم.

### الهوامش

1. د/ يونس صلاح الدين علي، العقود التمهيدية، دار الكتب القانونية، مصر 2010، ص 43.  
- د/ عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام، ج 2، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، مصر 1954، ص 160.
2. د/ عبد الكريم عبد اللاه، التفاوض على العقد، دار النهضة العربية، مصر 2001، ص 262 وما بعدها.
3. د/ بلحاج العربي، مشكلات المرحلة السابقة على التعاقد، ديوان المطبوعات الجامعة، الجزائر 2011، ص 263.
4. المرسوم رقم 131 / 2016، الصادر في 10/02/2016 المعدل لقانون العقود والنظرية العامة للالتزامات والإثبات، الذي دخل حيز التطبيق في 01/10/2016 حيث قام بتعديل 350 مادة من القانون المدني الفرنسي، وأهم تعديل أنه وضع تنظيم جديد للمفاوضات في المادة 1104 باشتراطه ضرورة توافر حسن النية في مرحلة التفاوض على العقد.  
5. د/ عبد الكريم عبد اللاه، المرجع السابق، ص 263.  
6. Jaque Ghestin, La formation du contrat, 3ed, L. G. D. J, Paris 1993, P 293 et s.
7. د/ يونس صلاح الدين علي، العقود التمهيدية، المرجع السابق، ص 59.
8. M. Pedamon, le contrat en Droit allemand, L. G. D. J, Paris 1993, P39.
9. M. Pedamon, op cit, p 42.
10. د/ عبد الفتاح عبد الباقي، نظرية العقد والإرادة المنفردة، دار النهضة العربية، مصر 1984، ص 122.
11. د/ بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 2014، ص 169 وما بعدها.
12. معهد قانون الأعمال الدولي، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، الأنظمة التعاقدية للقانون المدني ومقتضيات التجارة الدولية، دار جالكسي للطباعة والنشر، مصر 1994، ص 29.
13. معهد قانون الأعمال الدولي، المرجع السابق، ص 03 وما بعدها.
14. د/ هاني صلاح سري الدين، المفاوضات في العقود التجارية الدولية، دار النهضة العربية، مصر 1996، ص 69.
15. M. Fontaine, les lettres d'intention dans la négociation des contrats internationaux, D. P. C. I 1977, P 34.



16. أ/ براهيم فييزة، التزامات الأطراف في المرحلة السابقة على التعاقد، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر 2014، ص 186.
17. د/ عبد الحي حجازي، المرجع السابق، ص 160.
18. د/ محمد حسام محمود لطفي، المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض، دار النشر الذهبي للطباعة، مصر 1995، ص 58 وما بعدها.
19. د/ محمد حسام محمود لطفي، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، مصر 2000، ص 80 .
20. د/ محمد حسام محمود لطفي، النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص 82.
21. د/ محمد حسام محمود لطفي، المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض، المرجع السابق، ص 65.
22. Derain, Yves, Le Contrat en formation, Bruxelles, 1987, 2è tirage 1993.l.g.d.j.paris.p20..
23. Jean chmidt, La période précontractuelle en droit Français. l.g.d.j .paris.P 546.
24. د/ بلحاج العربي، نظرية العقد في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 2015، ص 117.
25. هذا ما نصت عليه المادة 65 من القانون المدني الجزائري الحالي.
26. د/ بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص 167.
27. د/ بلحاج العربي، نظرية العقد في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص 119.
28. د/ عبد الكريم عبد اللاه، التفاوض على العقد، المرجع السابق، ص 278.
29. Jaque Ghestin, op cit, P 116.
30. د/ إبراهيم الدسوقي أبو الليل، العقد والإرادة المنفردة، دار النهضة العربية، مصر 1995، ص 105.
31. د/ محمد محمد أبو زيد، المفاوضات في الإطار التعاقدية صورها وأحكامها، دار النهضة العربية، مصر 1995، ص 11 وما بعدها.
32. عبد الكريم عبد اللاه، المرجع السابق، ص 288 وما بعدها.
33. د/ صالح - ص - خالص، في الإعلام التجاري والمفاوضات التجارية الدولية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 2000، ص 98 وما بعدها.
34. د/ محمد حسين عبد العال، التنظيم الاتفاقي للمفاوضات العقدية، دار النهضة العربية، مصر 1998، ص 92 وما بعدها.
- أ/ عمر حجي، تحت إشراف د/ عبد الرحمن أسامة، مقال مقدم في مجلة الفقه والقانون، العدد 44، جوان 2016 ن ص 12.

35. د/ محمد حسين عبد العال، المرجع السابق، ص 94 وما بعدها.
36. د/ سعيد حير، الوعد بالتفضيل، دار النهضة العربية، مصر 1993، ص 20.
37. Jaque Ghestin, op cit, P 317.
38. د/ محمد محمد أبو زيد، مقال بعنوان المفاوضات في الإطار التعاقدى مقال مقدم بمجلة العلوم القانونية الاقتصادية، جامعة عين شمس، العدد الأول، يناير 2005، ص 141 وما بعدها.
39. د/ عبد الكريم عبد اللاه، المرجع السابق، ص 103.
40. J. Shmidt, op cit, P 204.
41. د/ نصيرة بوجمعة سعدي، عقود نقل التكنولوجيا، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 1992، ص 120.
42. J. Shmidt, op cit, P 205.
43. د/ عبد الكريم عبد اللاه، المرجع السابق، ص 104.
44. د/ محمد حسين عبد العال، التنظيم الاتفاقي للمفاوضات، المرجع السابق، ص 106 وما بعدها.
45. Jaque Ghestin, op cit, P 316.
46. د/ صالح بكر الطيار، العقود الدولية لنقل التكنولوجيا، دار شهد للنشر والإعلام، القاهرة، مصر 1992، ص 17.
47. د/ صالح - ص - خالص، في الإعلام التجاري والمفاوضات التجارية الدولية، المرجع السابق، ص 135.
48. د/ عمر سعد الله، قانون التجارة الدولي، دار هومة، الجزائر 2007، ص 167.
49. د/ محمود علي ود/ محمد عوض الهزيمة، المدخل إلى فن المفاوضات، دار الحامد، الأردن 2006، ص 37 وما بعدها.
50. د/ إيمان منصور ود/ شريف عبد، الوساطة وفن التفاوض، دار النهضة العربية، ط1، مصر 2017، ص 29 وما بعدها.

