



جامعة 8 ماي قالمة  
كلية الحقوق والعلوم السياسية



قسم الحقوق

تخصص قانون أعمال

مذكرة مقدمة لإستكمال متطلبات شهادة الماستر في القانون

# التنظيم القانوني لمرحلة المفاوضات في العقود

إعداد الطالبتان : تحت إشراف:

الدكتور : حميداني محمد

- لبنى حمزة.
- ماجدة بلحواس .

تشكيل لجنة المناقشة

الرقم	الأستاذ	الجامعة	الرتبة العلمية	الصفة
01	بوشارب إيمان	جامعة 8 ماي قالمة	أستاذة محاضرة "ب"	رئيسا
02	حميداني محمد	جامعة 8 ماي قالمة	أستاذ محاضر "أ"	مشرفا
03	موشارة حنان	جامعة 8 ماي قالمة	أستاذة محاضرة "ب"	عضوا مناقشا

السنة الجامعية: 2021/2020

# بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

و الصلاة و السلام على أشرف المرسلين سيدنا  
محمد صل الله عليه و سلم وعلى أصحابه أجمعين.

( وَمَا أُوتِيتُمْ مِنَ الْعِلْمِ إِلَّا قَلِيلًا )

الآية 85 من سورة الإسراء.

اللهم تقصد رغبتنا، وإياك نسألك حاجتنا، ومنك نرجوا نجاح طلبتنا، وببيدك مفاتيح مسألتنا، لا نسأل  
الخير إلا منك ولا نرجوه من غيرك، ولا نياس من روحك بعد معرفتنا بفضلك.

اللهم إذا أعطيتنا نجاحا فلا تأخذ تواضعنا، وإذا أعطيتنا تواضعنا فلا تأخذ اعتزازنا بكرامتنا، و إنا  
نعوذ بك من علم لا ينفع، و من قلب لا يخشع و من نفس لا تشبع، و من دعوة لا يستجاب لها.  
فما نحن إلا مبتدئين، وما من مبتدئين أو منتهين بلغ الكمال، فالكمال لله وحده، هذه محاولتنا ،  
فإذا أصبنا فهذا من الله، و إن أخطأنا فلنا محاولتنا .

## شكر وتقدير

الحمد لله الذي ساعدنا على إنجاز هذه المذكرة وأنار لنا دربنا ووقفنا في مسيرتنا العلمية.

نتقدم بالشكر الجزيل والإمتنان إلى أستاذنا المشرفة الدكتور " حميداني محمد " جزاه الله عنا

أفضل الجزاء لما قدمه لنا من النصح والإرشاد الذي أوصلنا إلى إتمام هذه الدراسة.

كما لا ننسى أن نشكر كذلك كل من أمد إلينا يد العون والمساعدة من قريب أو بعيد أثناء

إنجاز هذا العمل داعيين المولى عز وجل أن يجزيهم عنا خير الجزاء .

## إهداء

أهدي هذه الثمرة لمن كانوا سندي في السراء و الضراء

و يعجز اللسان عن الثناء عليهما...والداي

إلى رفقاء دربي في هذه الحياة

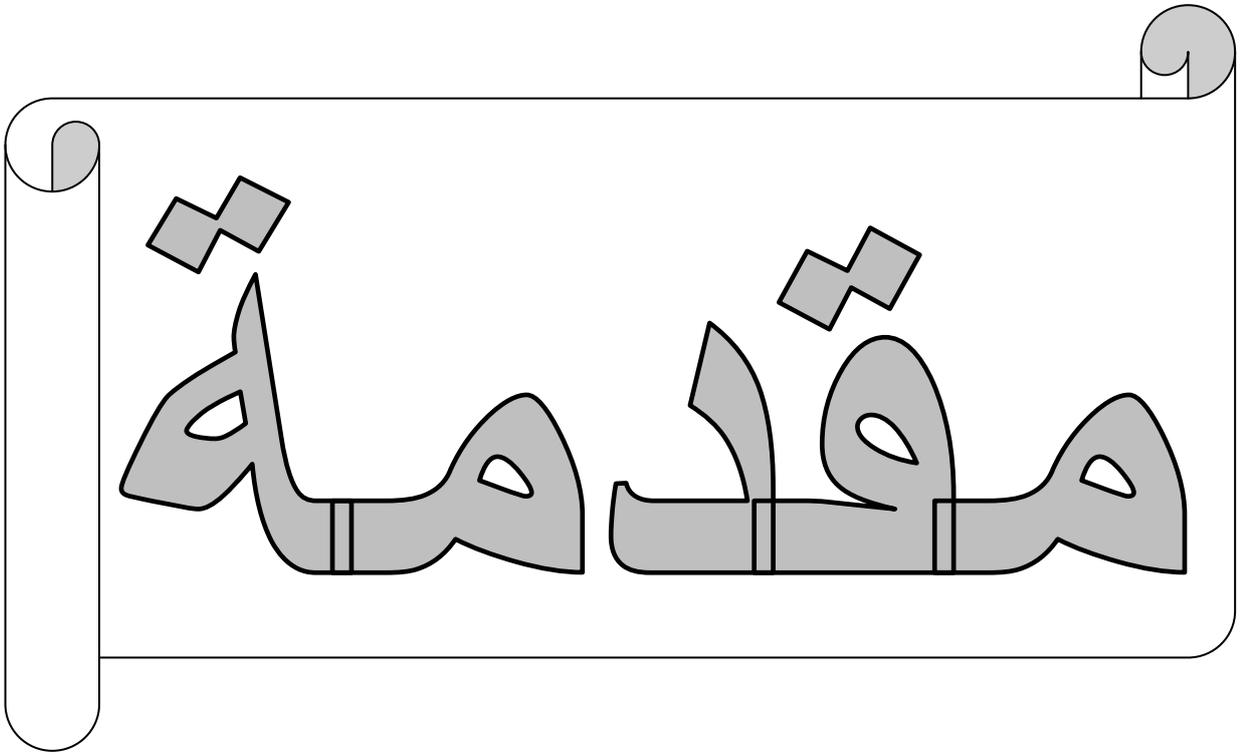
أصدقائي و إلى كل من وسعتم ذاكرتي و لم تسعمه ذكرتي .

أهدي هذا العمل المتواضع إلى كل هؤلاء و لكل من ساهم في إنجاح هذا

العمل

و أرجو من الله عز و جل أن يتقبل مني هذا الإهتمام.

لبنى & ماجدة



الإنسان كائن اجتماعي بفطرته ، يعيش مع أفراد مجتمعه الذين يتأثر بهم و يؤثر فيهم ، و ذلك بالتعايش معهم ، فكل إنسان يحتاج إلى بني جنسه لإشباع حاجاته و رغباته ، ففي سبيل تلبيته لذلك يعيش جملة من الأحداث اليومية و يقوم بالكثير من الأعمال المادية و التصرفات القانونية . فمن بين أهم التصرفات القانونية التي يقوم بها الأشخاص في حياتهم اليومية هي اللجوء الى عمليات التعاقد .

ولقد اهتم الفقه و التشريع بالعقد كتصرف قانوني ومصدر من مصادر الالتزام ، و وفقا لذلك خصه المشرع بمجموعة من المواد في القانون المدني ، التي نظمت أحكامه سواء من حيث التعريف أو التكوين أو التنفيذ .

فمن حيث التعريف عرفته المادة 54 من القانون المدني على أنه اتفاق يُولد التزام في ذمة شخص اتجاه شخص آخر بمنح أو فعل أو عدم فعل شيء ما .

فالعقد ينعقد بمجرد تبادل الأطراف التعبير عن إرادتهما ، و ذلك بإيجاب يصدر من طرف يتضمن عرضا موجها للطرف الآخر ، و صدور قبول من الطرف الذي وُجه إليه الإيجاب ، و هذا ما يعرف بالرضا في العقد وعلى أساسه يقوم مبدأ رضائية العقود الذي يعتبر الأصل ، في حين أن هناك بعض العقود تتطلب شكلا معيناً يلحق بالتراضي ويشكل ركنا مستقلا بذاته يضاف الى بقية الأركان من اجل انعقاد العقد .

كما أن التراضي بإعتباره الركن الأهم و الذي يقوم على ارادة الأطراف والتي يجب التعبير عنها بطرق معلومة حددها المشرع ضمن نص المادة 60 من القانون المدني، وهذه الارادة المعبر عنها يجب ان تكون ارادة حرة خالية من العيوب، وأن العقد بالاضافة الى تطلبه ركن الرضا والشكل فإنه أيضا يحتاج الى ركنين اخرين هما المحل و السبب .

مع التطورات المختلفة التي شهدها العالم في الآونة الأخيرة ، أصبحت العقود من أهم الوسائل لإنجاز المشاريع الكبرى التي تساهم في تطور مختلف المجالات ، و هذه التطورات الحاصلة أدت إلى ظهور عقود مركبة و معقدة لا يحبذ التعاقد الفوري فيها ، و ذلك لأهميتها الاقتصادية كونها عقود ذات قيمة مالية معتبرة ، و خطورتها على القائمين بها ، لذلك فإنه من الأفضل التريث و التحضير الجيد لها قبل إبرامها بصورة نهائية، من خلال الدخول في مرحلة سابقة على تكوينها .

و وفقا لما سبق يمر العقد قبل إبرامه بصفة نهائية بمرحلة سابقة على التعاقد يتم فيها تبادل الأطراف للمقترحات و الآراء و المشاورة من أجل إبرام العقد النهائي ، فهي مرحلة تنطوي على جملة من المزايا التي تساعد

الأطراف على التفكير و التحضير الجيد للتعاقد المنتج و لتجنب الدخول في عقود لا فائدة منها بل قد تؤدي الى الوقوع في خسائر مالية قد تضر بالطرف المتعاقد، كما أن مرحلة المفاوضات تساعد المتفاوضين على الإحاطة علما بكافة جوانب العقد المراد إبرامه في المستقبل .

و هذا ما يُظهر أهمية مرحلة المفاوضات في العقود ، فهي فرصة ليتعرف المتفاوضون على بعضهم البعض وكذا التعرف على قدرتهم و مدى جديتهم في التعاقد النهائي ، فكلما كان التفاوض جيدا كلما كان العقد ناجحا ، و يعد التفاوض وسيلة للوقاية من النزاعات التي قد تثور بين الأطراف المتعاقدة نتيجة عدم التحضير الجيد للعقود.

بالرغم من أهمية مرحلة المفاوضات في العقود ، إلا أن معظم التشريعات لم تتطرق الى تنظيمها ، وهو الأمر الذي ينطبق على التشريع الجزائري الذي لم ينص صراحة على هذه المرحلة ،حيث تم التطرق مباشرة لمرحلة تكوين العقد ، أي ولج مباشرة في تنظيم مرحلة الإنعقادون التطرق لمرحلة التفاوض ، عكس المشرع الفرنسي الذي استحدث مرحلة المفاوضات بشكل صريح و مباشر في تعديله لنصوص القانون المدني بموجب الأمر 16-131 المؤرخ في 10 فيفري 2016 ، و دخل حيز النفاذ في أكتوبر 2016 ، بعد أن كان التقنين الفرنسي ينص فقط على مرحلة تكوين العقد و مرحلة تنفيذه ، كما هو الحال في القانون الجزائري.

فالمتمعن للقانون المدني الجزائري ، يجد أنه بالرغم من عدم تطرقه لمرحلة ما قبل التعاقد بنصوص واضحة، إلا أن هناك إشارات تؤكد اعتراف المشرع بهذه المرحلة .

لذلك سنتصب دراستنا على بحث مرحلة المفاوضات في إبرام العقود في ظل غياب تنظيم صريح لهذه المرحلة من قبل المشرع الجزائري .ووفقا لما تم ذكره نطرح الإشكالية الآتية :

إلى أي مدى يمكن القول بأهمية و ضرورة اللجوء إلى مرحلة التفاوض كمرحلة سابقة لإبرام العقد و ما هو الإطار القانوني الذي يحكم هذه المرحلة ؟ و من خلال هذه الإشكالية الرئيسية يمكن طرح جملة من الأسئلة الفرعية التي تتمثل فيما يلي :

ما المقصود بمرحلة المفاوضات و ما هي الآثار المترتبة عنها ؟

و ما طبيعة المسؤولية الناجمة عن إخلال المتفاوض بالتزاماته ما قبل التعاقدية و ما هي الآثار الناجمة عن

ذلك ؟

للإجابة على هذه الإشكالية وما تفرع عنها من أسئلة، قمنا باعتماد و إتباع المنهج الوصفي و المنهج التحليلي و ذلك بتحليل ما تم الحصول عليه من مادة علمية تم فيها التطرق لبيان مرحلة المفاوضات و طبيعتها .

أما أهمية الموضوع فتظهر في كون أن مرحلة المفاوضات هي بمثابة فرصة للأطراف للتفكير و التحضير للعقد المراد إبرامه في المستقبل فهي أساس الوقاية من المنازعات و المشاكل التي قد تطرأ على العقود في مرحلة تنفيذها فتؤدي الى تعطيل هذه العملية وعدم نجاحها.

أما عن أهداف الدراسة فتكمن في التطرق للإطار القانوني لمرحلة التفاوض في التشريعات و الفقه المقارن في غياب تنظيم مستقل و واضح لها في التشريع الجزائري.

و من الأسباب الذاتية لاختيار الموضوع نجد الرغبة الشخصية في دراسته و الولوج الى مضمونه ، بالبحث في موضوع يشكل مجالاً خصباً للبحث القانوني ، أما بالنسبة للأسباب الموضوعية فإن التطورات التي عرفها المجتمع أدت لظهور عقود تحتاج لوجود مرحلة المفاوضات التي تعد مرحلة ضرورية لنجاحها ، فكان يجب البحث في هذه المرحلة .

و للإجابة على الإشكالية الرئيسية و ما يتفرع عنها من إشكالات قسمنا موضوع الدراسة إلى فصلين :

**الفصل الأول : الأحكام العامة لمرحلة المفاوضات في العقود.**

**المبحث الأول : ماهية مرحلة المفاوضات.**

**المبحث الثاني : الاتفاقات المختلفة التي تتخلل مرحلة المفاوضات و قيمتها القانونية.**

**الفصل الثاني : الآثار الناجمة عن مرحلة المفاوضات.**

**المبحث الأول : الالتزامات الناشئة خلال مرحلة المفاوضات.**

**المبحث الثاني : المسؤولية الناشئة عن الإخلال بالالتزامات الأطراف في مرحلة المفاوضات.**

الأول الفصل

## الفصل الأول الأحكام العامة لمرحلة المفاوضات في العقود

تعتبر المرحلة السابقة على التعاقد و التي تعرف كذلك بمرحلة المفاوضات، مرحلة مهمة بالنسبة للعقد و بالنسبة للمتعاقدين ، ذلك أنها تمثل الأساس الذي يؤدي إلى انعقاد العقد من عدمه ، من خلال تحديد العناصر الأساسية التي يقوم عليها العقد المراد إبرامه و التحضير له، فهي تعد مرحلة استكشافية يتم فيها التعرف على الطرف الآخر ومدى جديته في تكوين ذلك العقد و التعرف على كفاءته، فكلما كان إعداد العقد في هذه المرحلة جدياً أدى ذلك بالضرورة لنجاح العقد في المستقبل و تنفيذه على أحسن وجه.

و لاعتبار مرحلة المفاوضات مرحلة على قدر من الأهمية خاصة إذا تعلقت بالعقود ذات القيمة المالية المعتبرة فالأطراف تلجأ إلى إنشاء اتفاقات تعمل على تحقيق الهدف المرجو من المفاوضات ، لذلك سلطنا الضوء على مرحلة المفاوضات التعاقدية من خلال دراسة الجوانب القانونية لها في ماهية المفاوضات في ( مبحث أول ) و دراسة الاتفاقات التي تتخللها في ( مبحث ثان ) .

### المبحث الأول :

#### ماهية مرحلة المفاوضات

المرحلة السابقة على التعاقد هي الفترة المهمة المتعلقة بالتفاوض على العقد<sup>1</sup>. فهي تعد ذات أهمية معتبرة بالنسبة لحياء العقد في المستقبل ، و بالرغم من ذلك لم ينظم المشرع الجزائري مرحلة المفاوضات بنصوص خاصة عكس المشرع الفرنسي في تعديل لقانونه المدني سنة 2016، هذا ما يقتضي دراسة موضوع المفاوضات من خلال تحديد المقصود من التفاوض و تمييزه عما يشابهه من مصطلحات ( **المطلب الأول** ) و تحديد للطبيعة القانونية لهذه المرحلة و مدى أهميتها ( **المطلب الثاني** ) و التعرف على المراحل التي تمر بها المفاوضات و المبادئ التي تحكمها ( **المطلب الثالث** ).

#### المطلب الأول :

##### تعريف التفاوض و تمييزه عما يشابهه

سنعرض مجموعة من التعريفات من خلال الاستهلال بالتعريف اللغوي ثم الاصطلاحي ( فرع أول ) و تمييزه عن غيره من المصطلحات القريبة منه ( فرع ثان ).

#### الفرع الأول

##### تعريف التفاوض

#### أولا: التعريف اللغوي للتفاوض

يقال فوض ( فوض تفويضا ) إليه الأمر ، في اللغة العربية صيره إليه و جعله الحاكم فيه. ( تفاوض ) القوم في كذا فإوض فيه بعضهم بعضا. ( تفاوضوا في الحديث ) أخذوا فيه . ( مفاوضة العلماء ) محادثتهم و مذاكرتهم في العلم ، يأخذ كل ما عند غيره، و يعطي ما عنده<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> العربي بلحاج، مشكلات المرحلة السابقة على التعاقد في ضوء القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر، 2017، ص 13 .

<sup>2</sup> علي أحمد صالح ، المفاوضات في العقود التجارية الدولية ، دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع ، الجزائر ، 2012، ص 46.

## الفصل الأول الأحكام العامة لمرحلة المفاوضات في العقود

جاء في لسان العرب في مادة ( مفاوضة ) : تفاوض الشريكان في المال إذا اشتركا فيه ، و فآوضه في الأمر أي جآراه .<sup>1</sup>

أما في اللغة الفرنسية فإن كلمة التفاوض تحمل معنيين .

الأول هو التجارة ، أي عملية الشراء و البيع ، لقيمة منقولة أو عملية تداول الأوراق التجارية .

الثاني هو التفاوض ، أي العملية التي تتضمن سلسلة من المحادثات و تبادل وجهات النظر ، و بذل العديد من المساعي من الطرفين.<sup>2</sup>

بالفرنسية تعرف Négociation بأنها محادثة بهدف التوصل إلى اتفاق .<sup>3</sup>

### ثانيا : التعريف الاصطلاحي للتفاوض

التفاوض هو عملية يتفاعل من خلالها طرفان أو أكثر لديهم اعتقاد بوجود مصالح و اهتمامات مشتركة و متداخلة و أن تحقيق أهدافهم و حصولهم على نتائج مرغوبة تتطلب الاتصال فيما بينهم كوسيلة أكثر ملائمة لتضييق مساحة الاختلاف و توسيع منطقة الاشتراك بينهم من خلال المناقشة و الحجة و الإقناع للتوصل إلى اتفاق مقبول للأطراف بشأن موضوعات أو قضايا التفاوض.<sup>4</sup> يُطلب التفاوض بشكل عام عندما تكون هناك مصالح مشتركة و كذلك خلافات بين الأطراف المتفاوضة.<sup>5</sup>

التفاوض موقف تعبيرى حركى قائم بين طرفين أو أكثر حول قضية من القضايا ، يتم من خلاله عرض و تبادل و تقريب و تكييف وجهات النظر و استخدام جميع أساليب الإقناع للمحافظة على المصالح القائمة أو الحصول على منفعة جديدة ، بإجبار الخصم على القيام بعمل معين أو الامتناع عن عمل معين ، في إطار علاقة الارتباط بين أطراف العملية التفاوضية اتجاه أنفسهم أو اتجاه الغير .<sup>6</sup>

<sup>1</sup> محمد حتاتى ، محاضرات مقياس تقنيات التفاوض و إبرام العقود، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة زيان عاشور ، الجزائر، 2019-2020، ص 3.

<sup>2</sup> علي أحمد صالح ، المرجع السابق، ص 47،48.

<sup>3</sup> Raymond Guillien et Jean Vincent , termes juridiques , 1995 , p 371

<sup>4</sup> مصطفى يوسف كافي، إدارة التفاوض، طبعة الأولى ، دار الحامد للنشر و التوزيع، الأردن، 2015، ص 20.

<sup>5</sup> Ashraf el sisi and hamdymousa, argumentation based negotiation, international Arab journal of technology , no 3 , 2014 , p 155.

<sup>6</sup> نادر أحمد أبو شيخة ، أصول التفاوض، دار المسيرة للنشر و التوزيع، عمان ، 2007، ص 22.

## الفصل الأول الأحكام العامة لمرحلة المفاوضات في العقود

و على إثر اختلاف الفقهاء حول تعريف التفاوض ، هناك من عرفه على أنه : " محادثات تجري بين طرفين أو أكثر حول موضوع أو مشكلة بقصد الوصول إلى اتفاق شامل يحقق المصالح المتبادلة لتلك الأطراف " .<sup>1</sup>

يعرفه الفقيه الفرنسي carbonier كمايلي :

" المرحلة التمهيديّة التي يتم فيها دراسة و مناقشة شروط العقد و في هذه المرحلة لا يكون العقد قد تم بل ليس هناك إيجاب بالعقد تم قبوله و إنما هناك فحسب عروض و عروض مضادة " .

في الحقيقة المفاوضات بالمعنى الواسع تكون في الكثير من مجالات التفاعل بين طرفين أو أكثر، فأطراف التفاوض يتبادلون المعلومات من أجل تلبية حاجة ، و لتحقيق هدف أو ربح ، و الحد قدر الإمكان من المخاطر، و يكون هذا التفاعل بشكل عام بغرض توقيع اتفاقية تعاقدية بين الأطراف<sup>2</sup>.

من خلال مجموع التعريفات يمكن أن نبرز أهم خصائص التفاوض :

التفاوض تصرف إرادي لا مجال فيه للإجبار أو الإكراه فالتفاوض لا يحدث إلا عندما تتجه إرادة الطرفين إلى الدخول في التفاوض بهدف إبرام عقد معين .<sup>3</sup>

التفاوض مرحلة تمهيدية للتعاقد حيث بمقتضاه تبدأ مسيرة تبادل وجهات النظر و تنظيم علاقات الأطراف المتفاوضة تمهيداً لإبرام العقد النهائي .

التفاوض على العقد له نتيجة احتمالية أي أن النتيجة النهائية للأطراف هي نتيجة احتمالية قد تتحقق و قد لا تتحقق فليس كل تفاوض يؤدي أكله بل قد ينتهي التفاوض إلى لا شيء. و بالرغم من أن نتيجة التفاوض دائماً احتمالية ، إلا أن الاتفاق على التفاوض لا يعتبر من عقود الغرر أو العقود الاحتمالية ، أي العقود التي يكون أحد الالتزامات فيها متوقفاً في وجوده أو مقداره على أمر غير محقق الوقوع أو غير محدد وقت وقوعه.

التفاوض على العقد يقوم على المبادلة و الأخذ و العطاء و هي الآلية التي يتم بها تقريب وجهات النظر المختلفة للأطراف المتفاوضة و ذلك عن طريق تبادل العروض و المقترحات .

<sup>1</sup> محمود علي و محمد عوض الهزليمة، المدخل إلى فن المفاوضات، الطبعة الأولى ، دار الحامد للنشر و التوزيع ، الأردن ، 2006، ص28 .

<sup>2</sup> Matthieu cadart–nellissen, analyse de différences de perception des négociations,mémoire de master, université de strasbourg , 2012–2013 , p 13 .

<sup>3</sup> صليحة بن أحمد، المسؤولية المدنية في حالة قطع المفاوضات ، رسالة ماجستير، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، الجزائر، 2006 ، ص 10،12.

## الفصل الأول الأحكام العامة لمرحلة المفاوضات في العقود

التفاوض على العقد يتم باتفاق أطرافه سواء كان ذلك الاتفاق كتابيا أو شفويا و لا يتصور حدوث تفاوض دون اتفاق مسبق . و يدل الواقع العملي على أن التفاوض يتم عادة بقيام أحد الأشخاص بعرض فكرة التعاقد على أشخاص آخرين فإذا تمت الموافقة على إبرام هذا العقد من حيث المبدأ و كان هذا العقد بحاجة إلى إعداد و تحضير ،فإنهم يتفقون على الدخول بشأنه في تفاوض لمناقشة شروطه و تحديد تفاصيله ، و هذا ما يميز التفاوض عن غيره من الأعمال التي تتم بالمصادفة دون اتفاق سابق بين أطرافه .<sup>1</sup>

التفاوض على العقد ثنائي الجانب على الأقل فلا جدال من أن التفاوض على العقد ثنائي الجانب بلا شك ، أي أنه يتم من خلال جانبيين أو أكثر بالنقاش و التفاوض ووجهها لوجه و إما بطريقة المراسلة إذ لا يتصور أن يحدث مفاوضات مع النفس لأن التفاوض يقوم على أساس تقريب وجهات النظر المختلفة.<sup>2</sup>

### الفرع الثاني

#### تمييز التفاوض عن غيره من المصطلحات المشابهة

للتفاوض مفاهيم قريبة منه قد تختلط معه باعتبار أنه هناك بعض المفاهيم تقع أيضا في الفترة السابقة على التعاقد كالوعد بالتعاقد و الإيجاب و المساومة و قد يختلط مع مرحلة إبرام العقد أيضا و هذا ما يقتضي التمييز بين هذه المصطلحات و التفاوض.

#### أولا: التمييز بين التفاوض و الإيجاب

الإيجاب هو العرض المحدد الدقيق الذي يتقدم به شخص معين إلى آخر أو آخرين بقصد إبرام عقد ما، للحصول على قبول لهذا العرض و بالتالي إنشاء العقد.<sup>3</sup>

يكون التعبير عن الإرادة إيجابا متى توفر الشرطان الآتيان :

أن يكون التعبير عن الإرادة محدد و دقيقا مما يستلزم استيفاء الإيجاب للعناصر الأساسية للعقد المراد إبرامه .<sup>4</sup> ففي عقد البيع مثلا ، يجب أن يشتمل الإيجاب تعيين الشيء المبيع تعيينا كافيا ، و تحديد الثمن ، و لذلك فالتعبير عن الإرادة الذي يتضمن تحديدهما هو الذي يكون إيجابا بالبيع ، و كل تعبير عن الرغبة في البيع ، لا

<sup>1</sup> يسري عوض عبد الله، العقود التجارية الدولية مفاوضاتها-إبرامها-تنفيذها دراسة تحليلية على ضوء نظرية العقد في التشريع الإسلامي، السودان، 2009، ص 118 .

<sup>2</sup> إيناس مكي عبد نصار ، التفاوض الإلكتروني دراسة مقارنة في ظل بعض التشريعات العربية المعاصرة ، مجلة جامعة بابل العلوم الإنسانية ، المجلد 61 ، ع 3 ، 2013 ، ص 950.

<sup>3</sup> محمد سعدي الصبري، شرح القانون المدني الجزائري مصادر الالتزام التصرف القانوني العقد- الإرادة المنفردة، الجزء الأول، الطبعة الأولى، دار الهدى، عين مليلة، 1993، ص 103.

<sup>4</sup> علي فيلاي، الالتزامات النظرية العامة للعقد ، موفم للنشر، الجزائر ، 2008، ص 103.

## الفصل الأول الأحكام العامة لمرحلة المفاوضات في العقود

يتضمن تحديدا لهما معا ، لا يرقى إلى مرتبة الإيجاب بالبيع . و هذا ما عبرت عنه المادة 1\14 من اتفاقية فيينا للبيع الدولي للبضائع بقولها ( يعتبر إيجابا أي عرض لإبرام عقد إذا كان موجها إلى شخص أو عدة أشخاص معينين ، و كان محددا بشكل كاف و تبين منه اتجاه قصد الموجب إلى الالتزام به في حالة القبول).<sup>1</sup>

الشرط الثاني للإيجاب أن يكون باتا أي عرض جازم يعبر عن الإرادة القطعية للموجب في إنجاز العقد المرغوب فيه ، و هو تعبير عن إرادة إبرام العقد بصفة لا رجعة فيها.<sup>2</sup>

و قد نظم المشرع الجزائري الإيجاب من خلال المواد 59 إلى 68 من القانون المدني الجزائري.

بعد التعرف على الإيجاب نحدد الفرق بينه و بين التفاوض من خلال إبراز أوجه الاختلاف بينهما كما يأتي:  
يعتبر من قبيل المفاوضات أن يعرض شخص التعاقد دون أن يحدد أركانه كأن يضع إعلانا ينبيئ أنه يعرض منزلا للبيع أو الإيجار دون أن يذكر الثمن أو الأجرة . و إذا كانت شخصية المتعاقد محل اعتبار ، فلا يعد إيجابا بل تفاوضاً أن يعرض شخص التعاقد حتى لو بين أركان العقد ، أما إذا لم يكن هناك اعتبار لشخصية المتعاقد عد هذا إيجاباً.<sup>3</sup>

الإيجاب تعبيرا جازما عن إرادة الدخول في العقد و إبرامه ، أما المفاوضات فهي مناقشات و مشاورات بين الطرفين حول العقد المزمع إبرامه.

الإيجاب خطوة مباشرة إلى العقد ،فهو يصدر من أحد الطرفين فإذا وافقه قبول من الطرف الآخر انعقد العقد، أما المفاوضات فلا تعدو كونها مناقشات وتبادلاً للرأي بين الطرفين.<sup>4</sup>

إذا كان التعبير مجرد دعوة إلى المفاوضة و بحث الأمر ، فإن قبول هذه الدعوة لا يؤدي إلى إبرام العقد ، فوجود النية القاطعة في الارتباط بالتعاقد هي التي تميز الإيجاب البات عن المفاوضات.<sup>5</sup>

<sup>1</sup> علي أحمد صالح، المرجع السابق، ص 130.

<sup>2</sup> علي فيلاي، المرجع السابق ، ص 105.

<sup>3</sup> عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني مصادر الالتزام، الجزء الأول، دار احياء التراث العربي، بيروت ، لبنان، 1952، ص172.

<sup>4</sup> الفهد أحمد بن فهد بن حمين، مفاوضات عقود التجارة الدولية دراسة فقهية، مجلة الجمعية الفقهية السعودية، عدد 38، 2017، ص 360.

<sup>5</sup> حمدي محمود بارود، القيمة القانونية للاتفاقات التي تتخلل مرحلة التفاوض قبل العقدية في مجال عقود التجارة الدولية، مجلة الجامعة الإسلامية (سلسلة الدراسات الإنسانية) المجلد الثالث عشر، عدد2، غزة، فلسطين، 2005، ص 130.

## الفصل الأول الأحكام العامة لمرحلة المفاوضات في العقود

### ثانيا: التمييز بين التفاوض و المساومة

التفاوض عملية عقلية تقوم على احترام متبادل بين طرفيها، يحترم كل طرف حاجات و مصالح و أهداف الطرف الآخر و لا يخرج منها طرف و قد حقق مكاسب و مغام على حساب الطرف الآخر . أما المساومة فهي عملية نفعية.<sup>1</sup>

المساومة نشاط من جانب واحد يقوم به أحد الطرفين أثناء التفاوض على العقد أو عند إبرام عقد من عقود الإذعان بهدف الضغط على الطرف الآخر للحصول منه على تخفيض أو زيادة في الثمن. تعتبر المساومة من أساليب تخفيض الثمن حيث يبادر المشتري عادة بالتمسك بثمن أقل بكثير من الثمن الذي عرضه البائع. فالمساومة تختلف عن المفاوضات في كون هذه الأخيرة تقوم على التفاعل و المشاركة بين الطرفين المتفاوضين ،حيث أن كلا منهما يشارك في يساهم بشكل كبير في تحديد شروط العقد بحيث تكون شروط العقد في صورتها النهائية من صنع الطرفين معا. فالمفاوضات عمل مشترك. أما المساومة تكون في أغلب الأحيان من جانب طرف واحد و تنصب حول تخفيض الثمن و لا تتعدى إلى شروط العقد الأخرى .

خلاصة القول على الرغم من أن كل من المساومة و المفاوضات تحدث في الفترة قبل التعاقدية، إلا أن ثمة أوجه اختلاف بينهما أهمها المساومة تكون من جانب واحد و هو المشتري لتخفيض الثمن في حين المفاوضات تكون دائما بين طرفين أو أكثر. المساومة ترد على عنصر واحد من عناصر العقد و هو عنصر الثمن أو المقابل المالي ، بينما المفاوضات ترد على كل عناصر العقد، و من ثمة فالمفاوضات تعتبر أوسع و أشمل من المساومة.<sup>2</sup>

### ثالثا: التمييز بين التفاوض و الوعد بالتعاقد

تنص المادة 71 " الاتفاق الذي يعد له كلا المتعاقدين أو أحدهما بإبرام عقد معين في المستقبل لا يكون له أثر إلا إذا عينت جميع المسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه ، و المدة التي يجب إبرامه فيها . و إذا اشترط القانون لتمام العقد استيفاء شكل معين فهذا الشكل يطبق أيضا على الاتفاق المتضمن الوعد بالتعاقد"<sup>3</sup>

<sup>1</sup> نبيلة جعيج، محاضرات تقنيات التفاوض الدولي، كلية العلوم الاقتصادية و التجارية، جامعة محمد بوضياف، 2016-2017، ص 6.

<sup>2</sup> علي أحمد صالح، المرجع السابق، ص 106 .

<sup>3</sup> الأمر رقم 58\75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 يتضمن القانون المدني الجزائري المعدل و المتمم الجريدة الرسمية عدد 78.

## الفصل الأول الأحكام العامة لمرحلة المفاوضات في العقود

الوعد بالتعاقد عقد بمقتضاه يلتزم شخص يسمى الواعد بقبول إبرام عقد آخر في المستقبل، مع شخص آخر يسمى الموعد له، إذا ما أظهر هذا الأخير إرادته في التعاقد خلال فترة معينة.<sup>1</sup>

الوعد بالتعاقد هو عقد يمهد لعقد آخر، يراد إبرامه مستقبلا، فهو وسيلة تستهدف الوصول إلى العقد النهائي.

يمكن أن يكون الوعد بالتعاقد أحادي الجانب، بمقتضاه يلتزم شخص يسمى الواعد بأن يقبل إبرام عقد في المستقبل مع شخص آخر يسمى الموعد له إذا أظهر رغبته في التعاقد خلال مدة معينة.

يكون الوعد بالتعاقد ملزم لجانبين، عندما يلتزم كل طرف في مواجهة الآخر بأن يقبل إبرام عقد في المستقبل، لذلك فكل طرف واعد وموعد له في نفس الوقت.<sup>2</sup>

للوعد بالتعاقد شروط حددتها المادة 71 من القانون المدني الجزائري السالفة الذكر و هي اتفاق الأطراف على المسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه و يقصد بالمسائل الجوهرية المسائل الرئيسية التي تميز العقد الموعد به عن غيره من العقود الأخرى، و الشرط الثاني تحديد المدة أو الأجل الذي يتم فيه إبرام هذا العقد. و شرط إفراغ الوعد بالتعاقد المتعلقة بإحدى العقود المذكورة في المادة 324 مكرر 1 في الشكل الرسمي و إلا كان الوعد باطلا.<sup>3</sup>

فالوعد بالتعاقد يعد عقدا كاملا لا مجرد إيجاب أو مفاوضة و لكنه عقد تمهيدي لا نهائي.

الوعد بالتعاقد يتضمن عنصر التراضي حول إبرام العقد، فهو يعبر عن إرادة الواعد في التعاقد، و هذا خلاف المفاوضات التي لا تلزم أطرافها بإبرام العقد حتى و إن كانت مرحلة التفاوض في شكل اتفاقات تمهيدية، لأنها غالبا ما تكون غير ملزمة و هدفها هو فتح نقاش بين الأطراف لبحث إمكانية التوصل إلى إبرام عقد لم تحدد معالمه بعد.<sup>4</sup>

### رابعا: التمييز بين التفاوض و مرحلة إبرام العقد

حتى يتسنى لنا التمييز بدقة بين مرحلة التفاوض على العقد و مرحلة إبرام العقد يتعين تبين الحد الذي يفصل بينهما، أي النقطة التي تنتهي عندها المفاوضات، و تبدأ بعدها مرحلة إبرام العقد النهائي، التفاوض على العقد ينتهي في اللحظة التي يصدر فيها الإيجاب النهائي و البات، إذ في هذه اللحظة تكون المفاوضات قد حققت

<sup>1</sup> محمد سعدي الصبري، المرجع السابق 126.

<sup>2</sup> كهينة قونان، الوعد بالتعاقد تكريس لحق التفكير في المرحلة السابقة على التعاقد، حوليات جامعة الجزائر 1، المجلد 34، عدد 04، 2020، ص 76.

<sup>3</sup> علي فيلاي، المرجع السابق، ص 136 137.

<sup>4</sup> صليحة بن أحمد، المرجع السابق، ص 22.

## الفصل الأول الأحكام العامة لمرحلة المفاوضات في العقود

الهدف منها ، و هو توصل الطرفين إلى اتفاق على جميع المسائل الجوهرية في العقد المزمع إبرامه. و لهذا تختلف مرحلة التفاوض على مرحلة إبرام العقد في عدة نواحي أهمها.<sup>1</sup>

إن مرحلة التفاوض تسبق دائما مرحلة إبرام العقد ، حيث أن إرادة الطرفين تكون غير باتة في مرحلة التفاوض فهي مجرد عروض و عروض مضادة على عكس مرحلة إبرام العقد حيث توجد إرادة باتة و هي إيجاب و قبول متطابقان ، كما أن مرحلة التفاوض عادة ما تستغرق وقتا طويلا و هذا بخلاف مرحلة إبرام العقد إلا إذا ما اقترن الإيجاب بميعاد القبول.<sup>2</sup>

### المطلب الثاني

#### الطبيعة القانونية لمرحلة المفاوضات و أهميتها

بعد التطرق إلى المقصود بمرحلة المفاوضات أو الفترة ما قبل التعاقدية باعتبارها مرحلة مهمة لولادة العقد المتفاوض حوله، و تمييزها عن غيرها من المصطلحات التي قد يقع لبس فيما بينها ، نُلجَّ الضرورة للبحث عن طبيعة مرحلة المفاوضات التي أثارت جدل فقهي حول تحديد طبيعتها القانونية ، حيث أن قسم اعتبرها ذات طبيعة عقدية ، و الآخر اعتبرها ذات طبيعة مادية ( فرع أول ) و تحديد أهميتها ( فرع ثان ).

### الفرع الأول

#### الطبيعة القانونية لمرحلة المفاوضات

لا يتحدث الفقه التقليدي ، عن الطبيعة القانونية للتفاوض ذاته ، و إنما يتحدث عن طبيعة المسؤولية المدنية المترتبة عنه، هل عقدية أم تصيرية ، رغم أن التفاوض هو الأصل . أما القضاء و الفقه المعاصرين يفرقون بين المفاوضات المصحوبة باتفاق صريح ، و بين تلك الغير مصحوبة بمثل هذا الاتفاق، فالأولى تعتبر في نظرهم ذات طبيعة عقدية ، أما الثانية فتعد واقعة مادية.<sup>3</sup>

### أولا: ذات طبيعة مادية

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 و المألوف على نحو لا يلحق ضررا

<sup>1</sup> علي أحمد صالح، المرجع السابق ، ص 123 124 .

<sup>2</sup> صليحة بن أحمد، المرجع السابق ، ص 21.

<sup>3</sup> حمدي بارود، المبادئ التي تحكم التفاوض في العقود الدولية لنقل التكنولوجيا و مضمون الالتزام بها "مبدأ حسن النية و مقتضياته" ، مجلة الجامعة الإسلامية (سلسلة الدراسات الإنسانية)، المجلد السادس عشر، عدد 1، غزة، 2008 فلسطين، ص 844.

## الفصل الأول الأحكام العامة لمرحلة المفاوضات في العقود

بالغير ، و بذلك لا ينتج عن التفاوض أية رابطة عقدية بين الأطراف، فهي ليست إلا تصرف مادي لا يرقى إلى التصرف القانوني.<sup>1</sup>

إذ أن المفاوضات باعتبارها وقائع مادية تستند إلى مبدأ حرية التعاقد ، و تقتضي هذه الحرية عدم إجبار المتفاوض على إبرام العقد ، فيستطيع كل واحد من المتعاقدين أن يعدل عن المفاوضات و لا يخشى تحقق مسؤوليته ، المتفاوض غير ملزم بتقديم مبرر لعدوله ، لأن الالتزام بتقديم مبرر للعدول يعدّ من قبيل ترتيب الآثار على المفاوضة ، كما أن تقديم المبرر يتعارض مع حرية العدول عن التفاوض ، لأن المقصود بحرية العدول هو العدول في أي وقت .<sup>2</sup>

يذهب الفقه و القضاء إلى التفرقة بين المفاوضات غير مصحوبة باتفاق صريح ، و بين تلك المصحوبة بمثل هذا الاتفاق.

الاتفاق الضمني على التفاوض و يقصد به المفاوضات التي تتم بدون أن يكون هناك اتفاق صريح بشأنها ، و هي الصورة الغالبة في العمل ، حيث لا يوجد تنظيم اتفاقي لعملية التفاوض بينهم ، و لا يوجد نص قانوني ينظم العلاقة بين طرفي التفاوض . و هنا يثور التساؤل حول الطبيعة القانونية ، أو القيمة القانونية لمثل هذا التفاوض . يكاد يجمع الفقه الفرنسي و يؤيده في ذلك القضاء ، على أن التفاوض غير المصحوب باتفاق سابق و صريح ، ما هو إلا مجرد عمل مادي غير ملزم ، و لا يترتب عليه أي أثر قانوني . و هذا هو موقف الفقه المصري ، الذي أرسى دعائمه محكمة النقض المصرية في حكمين شهيرين لها لا يحتملان الشك أو التأويل في أن التفاوض غير المصحوب باتفاق سابق و صريح ما هو إلا مجرد عمل مادي غير ملزم.<sup>3</sup> فقد يلتقي الأطراف لمجرد التباحث حول مضمون العقد المنشود و المزمع 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 و السلوك المألوف، أي على أساس الخطأ التقصيري و الضرر الذي يحدثه للطرف الآخر ، أي قيام المسؤولية التقصيرية إن توفرت شروطها.<sup>4</sup>

<sup>1</sup> محمد عبده ، التفاوض على عقود الأعمال بين الطبيعة المادية و الطبيعة العقدية و آثاره، مجلة البحوث و الدراسات القانونية و السياسية، عدد الثالث عشر ، ص 13.

<sup>2</sup> مصطفى خضير نشمي ، النظام القانوني للمفاوضات التمهيدية للتعاقد، رسالة مقدمة للحصول على درجة الماجستير في القانون الخاص، جامعة الشرق الأوسط ، كلية الحقوق ، 2013-2014، ص 44.

<sup>3</sup> حمدي بارود ، المبادئ التي تحكم التفاوض في عقود التجارة الدولية لنقل التكنولوجيا و مضمون الالتزام بها" مبدأ حسن النية و مقتضياته" ، المرجع السابق ، 844 .

<sup>4</sup> محمد عبده ، المرجع السابق ، ص 18 .

## الفصل الأول الأحكام العامة لمرحلة المفاوضات في العقود

و أخيرا يرى الدكتور حمدي بارود ، بأن التفاوض على العقد دائما ذو طبيعة عقدية ، ذلك أنه يقوم دائما بناء على اتفاق سابق بين الطرفين ، يستوي في ذلك الاتفاق صريحا أم ضمنيا . لذا فإن فكرة الطبيعة المادية للتفاوض لا يمكن التسليم بها لمجافاتها للمفهوم القانوني الصحيح للتفاوض . و ذلك وفقا للأسانيد التالية :

أولاً- التفاوض يتم بالاتفاق بين المتفاوضين و لم يأت صدفة ، فبدخول الطرفين في التفاوض يكونا قد تجاوزا مرحلة اللقاءات التي تتم عادة بالمصادفة ، و التي تحكمها قواعد المسؤولية التقصيرية . و من غير المعقول أن يكون الطرفان قد وجدا نفسيهما يتفاوضان فجأة و بدون اتفاق.

ثانيا- كما و إنه تصرف ثنائي يتم من جانبين و أكثر و ليس من جانب واحد . فالتفاوض على العقد لا يتحقق إلا بحدوث نوع من الاتصال بين شخصين أو أكثر.

ثالثا- التفاوض على العقد تصرف إرادي لا يتم إلا بتوافق إرادتين ، و ليس فيه إجبار أو إكراه .

رابعا- و المتفاوضان يهدفان من ورائه إلى إحداث أثر قانوني معين ، و هو الوصول إلى مرحلة تمهد للعقد المزمع إبرامه ، فهما إذا ليسا من الغير.<sup>1</sup>

### ثانيا : ذات طبيعة عقدية

ذهب بعض الفقهاء إلى أن المفاوضات تكون ذات طبيعة عقدية ، لأن هناك تصرفا قانونيا ينشأ بين المتفاوضين يعدّ هو مصدر الالتزام الناشئ في مرحلة التفاوض ، و التزام التفاوض بحسن نية و ما يقتضيه من استمرار المفاوضات و عدم قطعها بشكل غير مشروع.<sup>2</sup>

من المؤكد أنه تنعقد المسؤولية العقدية للمفاوض كلما أمكن إثبات وجود عقد كمحصلة لتطابق الإيجاب مع القبول بين الأطراف لتنظيم عملية التفاوض و تحديد الالتزامات المتعددة خلاله.<sup>3</sup>

و نحن إذ نحاول إرساء طبيعة عقدية للتفاوض على العقد ، و ذلك بالنظر لوجود اتفاق على التفاوض بين الطرفين ، يستوي في نظرنا أن يكون هذا الاتفاق صريحا أم ضمنيا . فالهدف من وراء هذا الاتفاق التأكيد على أن الطرفان قد اتفقا على أن يتم تفاوضهما بناء على اتفاق سابق بينهما و في إطار تعاقدي ، و إن هذا الاتفاق هو الذي يحكم العلاقة بينهما بحيث إذا ما أخل أحدهما بالتزاماته الناشئة عن الاتفاق ، فإنه يكون مسؤولا مسؤولية

<sup>1</sup> حمدي بارود ، المرجع السابق ، ص 845.

<sup>2</sup> مصطفى خضير نشمي ، المرجع السابق ، ص 48.

<sup>3</sup> محمد عبود ، المرجع السابق ، ص 20.

## الفصل الأول الأحكام العامة لمرحلة المفاوضات في العقود

عقدية ، إضافة إلى أن اتفاقهما الصريح و المكتوب يوفر لهما وسيلة لإثبات مضمونه تمكنهما من إثبات المفاوضات عند الإنكار.<sup>1</sup>

و الحق أن التفرقة التي أقامها القضاء و الفقه المعاصرين ، بين المفاوضات المصحوبة باتفاق صريح ، و بين تلك المفاوضات غير مصحوبة بمثل هذا الاتفاق ، تفرقة تحكيمية تفتقر لأساس قانوني تقوم عليه ، فمن شأن هذه التفرقة أن توجد ازدواجية في المعيار دون مبرر . فكيف يتسنى لنا أن نجعل من التفاوض مرة عمل قانوني ملزم ، و مرة أخرى نجعله عمل مادي غير ملزم، لمجرد أن الأطراف لم يصرحا باتفاقهما على التفاوض ، و مع أنهما يتفاوضان فعلا ، و التفاوض في الحالتين هو ذات التفاوض، و العدل و المنطق يقضيان و يؤكدان بضرورة توحيد طبيعة التفاوض ، في طبيعة واحدة كي تحكمها قواعد قانونية واحدة ، دون تمييز بين صورة و أخرى .

و الحقيقة أنه بمجرد توافق الإرادتين على دخول في عملية التفاوض ، يكون الطرفان قد عقدا بينهما عقدا دون يصرحا بذلك أحيانا ، و هذا العقد هو الذي يحكم العلاقة بينهما سواء أثناء التفاوض أو عند فشله ، الأمر الذي يجعل عملية التفاوض و ما قد ينشأ عنها من مسؤولية ذات طبيعة عقدية.<sup>2</sup>

### الفرع الثاني

#### أهمية مرحلة المفاوضات

تحولت المفاوضات إلى أمر مهم ، و لها نظامها القانوني في مسيرة العقد ، و على الرغم من انحسار مبدأ حرية التعاقد بمبدأ حسن النية ، و الذي تفرضه العدالة قبل القانون ، لم تتردد المحاكم في الاعتراف للاتفاقات التمهيدية بقيمة قانونية ، مع أن العقد النهائي لم يبرم بعد.<sup>3</sup> فالمفاوضات تعتبر من المواضيع المهمة في حياتنا ، خصوصا مع التطور الذي عرفه العصر الحالي حيث يكاد التفاوض يلزم جميع النشاطات التي يقوم بها بني البشر في حياتهم اليومية.<sup>4</sup>

<sup>1</sup> أبحار حامد حبش علي ، المسؤولية المدنية عن قطع المفاوضات العقدية ، رسالة لاستكمال متطلبات الحصول على درجة الماجستير ، كلية الحقوق ، جامعة الإسراء ، 2015 ، ص 36 37 .

<sup>2</sup> حمدي بارود ، المرجع السابق ، ص 848.

<sup>3</sup> لخضر حليس ، مرحلة المفاوضات التعاقدية ، مجلة المنار للبحوث و الدراسات القانونية و السياسية ، عدد الأول ، المدينة ، الجزائر ، 2017 ، ص 166.

<sup>4</sup> محمود علي و محمد عوض الهزايمة ، المرجع السابق ، ص 23.

## الفصل الأول الأحكام العامة لمرحلة المفاوضات في العقود

نحن نعيش عصر المفاوضات ، سواء بين الأفراد ، أو بين الدول ، أو بين الشعوب، فكافة جوانب حياتنا هي سلسلة من المواقف التفاوضية . فالتفاوض أصبح صفة ملازمة لضروريات الحياة ، ليس فقط للأفراد و لكن أيضا للدول و الحكومات <sup>1</sup>.

مرحلة ما قبل التعاقد هي مرحلة ذات أهمية بالغة خاصة من الناحية القانونية ، فهي تلعب دورا وقائيا بالنسبة لمرحلة إبرام العقد ، كما أن حسن إدارة المفاوضات أمر يحد مما قد يثور من منازعات في المستقبل.

ففي هذه المرحلة يمكن للأطراف الالتفات إلى ما يمكن أن يلحق أركان العقد خلل ، كأن يكون المحل منعما ، أو السبب غير مشروع مثلا ، فيجعل العقد باطلا بطلانا مطلقا .

و إضافة إلى هذا ، تلعب المفاوضات دورا هاما في عملية تفسير العقد ، فإذا كانت عبارات العقد غير واضحة ، فيمكن للقاضي في هذه الحالة الاسترشاد بها ، إذ يستطيع من خلالها الكشف عن الإرادة المشتركة للمتعاقدين ، و لكن دون تجاوز عملية تفسير العقد إلى تعديله ، تطبيقا لمبدأ سلطان الإرادة . و من أهم الأهداف التي تحققها المفاوضات هو أنها تمنع من الإدعاء بالإذعان ، ففي بعض الأحوال قد يكون لمن يملك قوة اقتصادية و احتكارية لبعض السلع و الخدمات ، سلطة فرض شروط العقد فيكون للقاضي في هذه الحالة التدخل لإعادة التوازن للعقد، غير أنه لا محل للإدعاء بهذه الحماية و التي يوفرها القانون للطرف المدعى إذا تعلق الأمر بعقود تم إبرامها بعد مفاوضات سابقة.<sup>2</sup>

كما تظهر أهمية المفاوضات في كونها الأساس أو المعيار الذي يميز عقود الإذعان عن عقود المساومة، و يتمثل ذلك في أن عقود المساومة تتم بعد مفاوضات بين أطرافها و تقوم على المساومة القانونية و الفعلية بين أطرافها، حيث يكون لكل طرف مناقشة كل ما يرتبه له العقد دون أن يفرض أي منهم إرادته على الآخر<sup>3</sup>.

و تتبدى أهمية المفاوضات من خلال أنها تعد تجسيدا لمبدأ سلطان الإرادة بوجهيه السلبي و الإيجابي ، فإذا خلصت هذه المفاوضات إلى إبرام صفقة ، تجسد هذا المبدأ بجلاء في القوة الملزمة للعقد عملاً بالقاعدة الشهيرة

<sup>1</sup> محسن أحمد الخضيرى ، مبادئ التفاوض ، الطبعة الأولى ، مجموعة النيل العربية ، القاهرة ، مصر ، 2003، ص 15.

<sup>2</sup> الحاج بن أحمد ، القانون المدني الجزائري و مرحلة المفاوضات العقدية ، مجلة القانون و العلوم السياسية ، جامعة الطاهر مولاي ، عدد الثاني، الجزائر، 2015، ص 16.

<sup>3</sup> أبحار حامد حبش علي ، المرجع السابق ، ص 13.

## الفصل الأول الأحكام العامة لمرحلة المفاوضات في العقود

العقد شريعة المتعاقدين ، و إذا لم تسفر المفاوضات عن بلوغ الغاية فإن مبدأ سلطان الإرادة يُطل من نافذة إضفاء الشرعية على الامتناع عن التعاقد<sup>1</sup>.

### المطلب الثالث

#### مراحل سير المفاوضات و المبادئ التي تحكمها

بعد التطرق لمرحلة المفاوضات باعتبارها مرحلة مهمة تساهم في تكوين العقد في المستقبل ، فهي تعد أول مرحلة من مراحل التعاقد ، لما لها من أهمية قانونية تساهم في إرساء عناصر العقد المتفاوض حوله ، و هذه المرحلة تعد تمهيدية للتعاقد النهائي ، و هي بدورها لها مراحل تمر عبرها لتصل إلى صورتها النهائية ( فرع أول ) ، فبعد العبور عبر تلك المحطات و الوصول للمرحلة النهائية ، تصبح قائمة على مبادئ تحكمها ( فرع ثان ) .

### الفرع الأول

#### مراحل سير المفاوضات

إن عملية التفاوض مزيج بين العلم و الفن و الدراية و التدريب ، و من ثم فلا يمكن قبول حدوثها على علاتها ، بل تحتاج إلى إعداد و دراسة في كافة مراحلها ، و سنحاول فيما يلي إبراز كل مرحلة<sup>2</sup>.

#### أولاً: الدعوة إلى التفاوض

تعتبر الدعوة إلى التفاوض بمثابة المبادرة الأولى في السعي إلى تحضير المفاوضات ن من أجل إبرام العقد . و تصدر الدعوة إلى التفاوض من أحد الطرفين ، يعلن فيها عن رغبته في التفاوض دون أن يحدد الشروط الجوهرية للعقد المراد إبرامه ، و دون أن يعلن فيها عن إرادته الباتة و النهائية في إبرام العقد . تهدف الدعوة إلى التفاوض إلى استطلاع الرأي الآخر ، و جس نبض من يستجيب للدعوة ، للوقوف على مدى استعداده للتعاقد .

و لا تتضمن الدعوة إلى التفاوض إرادة نهائية عازمة على التعاقد ، و لا تتضمن الدعوة إلى التفاوض ، هو حدوث اتصال بين الطرفين ، لمناقشة و تحديد شروط العقد المزمع إبرامه في المستقبل ، فإذا ما استجاب الطرف الآخر إلى هذه الدعوة فإن مرحلة المفاوضات التمهيدية تبدأ بين الطرفين<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> نبيل اسماعيل الشبلاق ، الطبيعة القانونية لمسؤولية الأطراف في مرحلة ما قبل العقد ( دراسة في العقود الدولية لنقل التكنولوجيا ) ، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية و القانونية ، المجلد 29 ، عدد 2 ، 2013 ، ص 311 .

<sup>2</sup> سيد عليوة ، مهارات التفاوض و الجوانب القانونية للتعاقد ، مكتبة جزيرة الورد ، الطبعة الأولى ، المنصورة ، مصر ، ص 26 .

<sup>3</sup> علي أحمد صالح ، المرجع السابق ، ص 119 .

## الفصل الأول الأحكام العامة لمرحلة المفاوضات في العقود

و هذا سيؤدي إلى فتح باب المناقشات و المباحثات تمهد السبل أمام الطرفين لتبيان عناصر العقد الجوهرية التي تمثل الغلاف الخارجي للعقد المراد إبرامه ، و كل ما يدخل في هذا النطاق يعتبر مجرد تحضير أو تمهيد للعقد و لا يعدّ إيجابا .

### ثانيا: التدبير

هي مرحلة هامة و دقيقة ، حيث يتم التفاهم على العناصر الأساسية للعقد المرتقب و مناقشة الشروط البنود بدرجة واقعية و عملية . يكون ذلك باستخدام أسلوب الافئاع و الاعتدال و الصبر ، كذلك الابتعاد عن التشدد و الصرامة و التعقيد و الصعوبة.

رغم دقة هذه المرحلة من أجل توضيح العناصر الأساسية للعقد المراد إبرامه ، إلا أن عناصر الاتفاق لا تكون ملزمة للطرفين ، لأنها عبارة عن نوع من التفاهم قبل التعاقد ، إلا أنه قد تسفر المفاوضات على عرض جازم و كامل من أحد الأطراف ، فيعد هذا إيجابا باتا و قد لا تسفر على هذا العرض البات فلا ينعقد العقد . لذلك ذكر الخبراء أنه في حالة عدم التفاهم قبل التعاقد خاصة في حالة الصفقات السريعة التي تنطوي في الغالب على الكثير من الخسائر و المخاطر ، يستحسن الاستعداد الدائم لاتخاذ قرار قطع المفاوضات ، لأن مفاوضات فاشلة خير من عقد فاشل ، بحيث يكون هذا مصدرا للمشاكل و المنازعات و الخصومات المكلفة.<sup>1</sup>

### ثالثا : صياغة الإيجاب

في مرحلة صياغة الإيجاب يقوم الطرفان بصياغة مشروع العقد النهائي استعدادا لتوجيهه للطرف الآخر ، في شكل إيجاب نهائي للعقد و هو ما يحدث عمليا في المفاوضات على الصفقات الكبرى .ففي هذه المرحلة ، يخرج الطرفان من دائرة جس النبض ، و تقديم العروض و العروض المقابلة ، و يدخل في مرحلة صياغة الإيجاب النهائي التي تخول لأحد الطرفين ، الحق في وضع صيغة نهائية للإيجاب، وفقا لما توصل إليه الطرفان من حلول أثناء المفاوضات .<sup>2</sup>

## الفرع الثاني

### المبادئ التي تحكم المفاوضات

عند دخول الأطراف في مرحلة التفاوض ، يعني أن لهم الرغبة في التوصل للعقد النهائي ، و كغيرها من المراحل تحكمها مبادئ ، و بدخول المتفاوضين في مرحلة المفاوضات تسري عليهم تلك المبادئ ، و المتمثلة في مبدأ حرية التعاقد المبدأ الأساسي الذي ينظم التفاوض ( أولا )، و مبدأ التفاوض بحسن نية ( ثانيا ) .

<sup>1</sup> سهيلة دحداح، ليلي رزقي، الإطار القانوني للفترة ما قبل التعاقد ، مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة عبد الرحمان ميرة ، بجاية ، الجزائر، 2012-2013 ، ص 9.

<sup>2</sup> علي أحمد صالح ، المرجع السابق ، ص 648، 649 .

## الفصل الأول الأحكام العامة لمرحلة المفاوضات في العقود

أولاً: مبدأ حرية التعاقد ( مبدأ سلطان الإرادة )

تعتبر حرية التعاقد مبدأ مهم ، لما فيه من حرية للفرد للإقدام للتعاقد من عدمه ، فإرادة الفرد وحدها كافية لإبرام العقود ، و بالتالي تستطيع هذه الإرادة إنشاء الالتزامات العقدية ، دون قيد على حرية الإنسان الكاملة و لا يحد من هذه الحرية سوى اعتبارات النظام العام و حسن الآداب . كما أن حرية الفرد في التعاقد تشمل حرته أيضاً في عدم التعاقد فلا إيجاب عليه أن يدخل في رابطة عقدية لا يرغبها.<sup>1</sup>

و مبدأ حرية التعاقد هو نتيجة من مبدأ أساسي ، و هو مبدأ "سلطان الإرادة" فهذا الأخير هو الأساس الذي يتفرع منه مبدأ حرية التعاقد، لذا يجب البحث أولاً في هذا المبدأ. ويقوم هذا المبدأ على فكرة بسيطة مفادها أن للإرادة السلطان الأكبر في بناء أي كيان تعاقدي و التحكم فيه نشوءاً و استمراراً و انتهاءً ، بل و في كل أثر قانوني يترتب على العقود حتى لو خرج هذا الأثر عن دائرة التعاقد.<sup>2</sup>

لم يعترف القانون الروماني في بداياته بهذا المبدأ ، كان يسيطر على العقود شكليات ، فإن القانون الروماني لم يصل إلى حد تقرير المبدأ بصورة كاملة في أي مرحلة من مراحلها<sup>3</sup> ، أما مجرد توافق إرادتين فلا يكون عقداً و لا يولد التزاماً ، فكان المدين لا سبب سوى أنه استوفى الأشكال المرسومة ، و يكون التزامه صحيحاً حتى لو كان السبب الحقيقي الذي من أجله التزم لم يوجد أو لم يتحقق أو كان غير مشروع أو مخالف للنظام العام و الآداب العامة .

فالعقد الشكلي كان مجرد يستمد صحته من شكله لا من موضوعه. أما في العصور الوسطى لم تنقطع الشكلية و تستقل الإرادة بتكوين العقد إلا تدرجاً . فقد استمرت الشكلية في أوضاعها السابقة إلى نهاية القرن الثاني عشر . ثم أخذت تتناقص ، و أخذت الإرادة يقوى أثرها في تكوين العقد شيئاً فشيئاً<sup>4</sup> .

واصل مبدأ رضائية العقود سيره ، بعد زوال الدولة الرومانية ووجد في الكنيسة خلال العصور الوسطى أكبر عون له ، إذ كانت تتنادي باحترام العهود و المواثيق، فكان القانون الكنسي مهذا للرضائية ، إذ قرر أن كل اتفاق و

<sup>1</sup> محمد سعدي الصبري ، المرجع السابق ، ص 46.

<sup>2</sup> نبيل اسماعيل الشبلاق ، المرجع السابق ، ص 317 .

<sup>3</sup> أحمد بورزق ، خديجة بورزق ، مبدأ سلطان الإرادة في العقود دراسة مقارنة ، مجلة أبحاث ، المجلد 4 ، عدد 2 ، 2019 ، ص 135.

<sup>4</sup> عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق ، ص 121.

## الفصل الأول الأحكام العامة لمرحلة المفاوضات في العقود

لو تجرد من الشكلية يكون ملزماً، و قد عبر أحد الفقهاء لوزايل، بوضوح عن هذا المبدأ بقوله ( الأبقار تقيد من قرونها ، و لكن الرجال يقيدون بألسنتهم )<sup>1</sup>

لقد أدت الرغبة في تشجيع التجارة و الصناعة في ظل انتشار النظام الرأسمالي إلى ترسيخ مبدأ سلطان الإرادة ، لذلك فقد اعتبر الفقه في المجال القانوني و الاقتصادي أن العقد القائم على الإرادة الفردية هو الظاهرة الأساسية التي تقوم عليها نظام المعاملات الجارية في مجتمع من المجتمعات ، و هكذا فإنه من الضروري في ظل هذا التصور أن يكون مبدأ سلطان الإرادة و ما تؤدي إليه من استقرار المجتمع.<sup>2</sup>

أما موقف المشرع الجزائري من مبدأ سلطان الإرادة فقد أخذ بهذا المبدأ ، و مفادها أن المتعاقدين يتمتعان بحرية كاملة فما يخص الكيفية التي يتم التعبير عن إرادتهما أثناء تكوين العقد ، فتتص المادة 60 قانون مدني جزائري ( التعبير عن الإرادة يكون باللفظ و الكتابة ، أو بالإشارة المتداولة عرفاً كما يكون باتخاذ موقف لا يدع أي شك في دلالاته على مقصود صاحبه . و يجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمنياً إذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على أن يكون صريحاً )<sup>3</sup>.

عندما ينخرط طرفا العقد المزمع إبرامه في عملية تفاوضية ابتغاء الوصول إلى رابط عقدي يحكم علاقتهم المشتركة و يتم من خلاله تنظيم العناصر المتعلقة بالعقد المنشود ، يكون لكل من أطراف هذه العملية التفاوضية الحق في ألا يذهب في مفاوضاته هذه إلى النهاية و أن ينسحب منها متى شاء ، و لا تثريب عليه في ذلك ، وهذا الحق مكفول بمبدأ قانوني راسخ هو مبدأ حرية التعاقد ، و قد كرست محكمة النقض المصرية هذا المبدأ إذ قررت أن المفاوضات ليست سوى عمل مادي لا يترتب عليها بذاتها أي أثر<sup>4</sup>.

فقطع المفاوضات و العدول عنها يعتبر نتيجة على مبدأ حرية التعاقد ، فإذا كان لكل طرف الحرية للدخول في المفاوضات من عدم الدخول فيكون أيضاً غير ملزم للوصول لنهاية التفاوض فله أن يعدل عنها قبل نهايتها. فيما أن الفقه و القضاء قد استقروا على أن المفاوضات هي في الأساس أعمال مادية لا ترقى إلى التصرفات القانونية ، و بما أن العقد هو اتجاه إرادة المتعاقدين بشكل نهائي و بات إلى إحداث أثر قانوني ، فنرى أنه في مرحلة التفاوض لا إيجاب قاطع و بات يرمي إلى التعاقد ، فالإرادة لم تنتج إلى إحداث هذا الأثر القانوني الملزم

<sup>1</sup> محمد صبري السعدي ، المرجع السابق ، ص 45.

<sup>2</sup> أحمد بورزق ، خديجة بورزق ، المرجع السابق ، ص 135.

<sup>3</sup> أحمد بورزق ، خديجة بورزق ، المرجع نفسه ، ص 137.

<sup>4</sup> نبيل اسماعيل الشبلاق ، المرجع السابق ، ص 318.

## الفصل الأول الأحكام العامة لمرحلة المفاوضات في العقود

للأطراف ، فيبقى الأطراف خلال هذه المدة أحرار في ممارسة حريتهم التعاقدية التي تقضي بحرية الشخص في التعاقد و في عدم الالتزام بأي شيء لا يرغب بالالتزام به ، و عليه فإن لكل متفاوض الحق في العدول عن المفاوضات في الوقت الذي يراه مناسباً دون أن تترتب عليه أي مسؤولية لأنه يمارس حق من حقوقه المشروعة ، فليس عدلاً مساءلة شخصاً ، عند ممارسة حقوقه<sup>1</sup>.

### ثانياً: مبدأ حسن النية

يمكن تعريف مبدأ حسن النية بأنه " إقدام المتفاوضين أو الراغبين بالتعاقد على هذه العملية على أساس من الثقة و الاستقامة في التعامل ، و الابتعاد عن أساليب الخداع و التضليل التي من شأنها بث أو إشاعة جو منعدم الطمأنينة لدى الأطراف " ، كما عرفه البعض بأنه " مبدأ حسن النية هو الأمانة و الاستقامة " .

و على هذا الأساس يعد حسن النية عنصراً داخلياً يستدل عليه بطريقة غير مباشرة ، غير أنه إذا تحول إلى سلوك خارجي و علني فإنها تأخذ تسمية أخرى ، فإذا اتجهت إلى إبرام تصرفات سميت إرادة ، إذا تحولت إلى سلوك معيب سميت خطأ<sup>2</sup>. فالعقد لم يعد يُعد ساحة لتنافر المصالح و تعارضها ، بل هو مؤسسة قانونية تخدم غاية اجتماعية و اقتصادية ، لذا يجب أن يبنى على المصالح المشتركة و الثقة المتبادلة<sup>3</sup> ، فحسن النية من يساعد على بث الثقة في تحقيق تلك المصالح .

و يتفرع عن هاذين المبدأين أمور عدة أساسية تقوم عليها المفاوضات ، و هي :

**أولاً:** قبل التفاوض على كل طرف أن يكتشف العناصر الأساسية أو القضايا التي ممكن أن تثير اهتمام الطرف الآخر ، و عدم القيام بأي تصرف من شأنه إثارة الشكوك لدى الطرف الآخر ، و أن يقوم كل طرف بتحديد الأهداف و التطلعات المتوقعة.

**ثانياً:** المرونة و عدم التشدد في اتخاذ المواقف أثناء التفاوض ، و أن يحدد أهدافه التي يرغب التفاوض حولها ، و أن يكون مستعداً للأخذ و العطاء<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> كاظم كريم علي الشمري ، المسؤولية في الفترة ما قبل التعاقد ، مجلة الفتح، عدد 27 ، 2006.

<sup>2</sup> آية بلعقون ، المفاوضات الالكترونية ، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية ، المجلد 7 ، عدد 1 ، 2020 ، ص 815.

<sup>3</sup> نبيل اسماعيل الشبلق ، المرجع السابق ، ص 319.

<sup>4</sup> مصطفى خيضر نشمي ، المرجع السابق ، ص 35 .

# الفصل الأول الأحكام العامة لمرحلة المفاوضات في العقود

## الفرع الثالث

### عوامل نجاح المفاوضات

قبل اتصال الإيجاب بالقبول لتكوين العقد النهائي ، قد تسبقه مرحلة التفاوض فهو مرحلة سابقة على التعاقد النهائي ، و هذا التفاوض بدوره له مراحل كما بيّنها أنفا ، و لها أيضا مبادئ تنظمها ، و نظرا لأهميتها هناك عوامل تساهم في إنجاح مرحلة المفاوضات لا بد من الإشارة إليها. هناك عوامل مادية و أخرى شخصية .

#### أولا: العوامل الموضوعية

من بين العوامل المادية و الموضوعية لإنجاح المفاوضات :

#### 1- مكان إجراء المفاوضات

إن الترتيب المادي لغرفة الاجتماع ، و الديكور العام ، مثل الاضاءة و اللون ، و غيرها من الأمور لها تأثير كبير على سير المفاوضات ، من ذلك أن تكون القاعة المخصصة لإجراء المفاوضات مناسبة. يستحسن أن يكون المكان الذي تجرى فيه المفاوضات ، بعيدا عن الضوضاء و الفوضى ، و يتم تأمينه و خلوه من أجهزة التصنت و استراق السمع التي يمكن أن توضع للتصنت على ما يدور في الجلسات السرية.

#### 2- دور اللغة في المفاوضات

أهم العوامل المساعدة على إنجاح المفاوضات ، اللغة المستعملة بين الطرفين ، ذلك أن اللغات تختلف اختلافا كبيرا في مدى ملاءمتها للاستخدام في المفاوضات ، و اختلاف اللغة يولد اختلافا في عمليات التفكير . و دور لغة المفاوضات يكون عادة في التفاوض حول العقود الدولية ، الذي يكون أطرافه منتمية إلى نظام قانوني مختلف عن بعضها ، حيث يكون التفاوض بلغات مختلفة . و المعروف أن اللغة الإنجليزية أصبحت لغة دولية للتعامل ، لكن هذه الأخيرة قد تثير إشكالات في تحديد المعنى ، خاصة إذا لم يكن كلا الطرفين ينتميان إلى النظام القانوني الأنجلوسكسوني ، الذي تختلف فيه المصطلحات القانونية عن تلك المعروفة في النظام القانوني اللاتيني الجرمانى. لذلك عند تجنب الأطراف لخطر اللغة يعد عاملا أساسيا لنجاح المفاوضات.

#### 3- دور الوقت في المفاوضات

يعد الوقت عنصرا أساسيا في عملية التفاوض ، فمما لا شك فيه أن التفاوض لا يتم بين عشية و ضحاها ، و إنما هو يستغرق من الوقت ، فكلما كانت الصفقة بسيطة و قليلة الأهمية ، كلما كانت مدة التفاوض عليها سريعة ، وكلما كانت الصفقة ضخمة و معقدة و مركبة كلما طال أمد التفاوض عليها<sup>1</sup>

<sup>1</sup> علي أحمد صالح ، المرجع السابق ، ص 234.

## الفصل الأول الأحكام العامة لمرحلة المفاوضات في العقود

و الوقت سيف ذو حدين ، يمكن استعماله لصالح طرف من أطراف المفاوضات ، فقد يرى أحد الأطراف أن الوقت في غير صالحه ، فيبدأ في تضييع الوقت ، لتحقيق النتيجة المطلوبة من المفاوضات . يفيد أسلوب تضييع الوقت في تحقيق عدة مزايا ، أهمها تجنب الوصول إلى اتفاق مبكر عندما لا يكون ذلك في صالحه ، أو ربح الوقت حتى الحصول على معلومات جديدة تفيد المفاوضات ، أو إثارة الطرف الآخر و دفعه للخطأ ، عندما ينفذ صبره ، من أجل الحصول على تنازلات أكبر خاصة إذا كان الطرف الآخر ، مستعجلا للوصول إلى اتفاق مبكر . على الطرف الذي يواجه حالة تضييع الوقت التحلي بالصبر، و ضبط الأعصاب ، على المفاوض أن يظهر للطرف الآخر ، في حالة تضييع الوقت من طرفه ، مزايا التوصل إلى اتفاق بالنسبة للطرفين ، و إبراز مساوئ التأجيل و التأخير ، و تضييع الوقت ، و يمكن أن يلجأ إلى أسلوب التهديد بوقف المفاوضات . أما إذا كان المفاوض يريد توفير الوقت و عدم تضييعه فعليه أن يأخذ عامل الوقت بجدية ، و استغلاله أحسن استغلال، و على أحسن وجه فيتعين عليه أن يركز في المفاوضات على الأهداف الكبرى<sup>1</sup>.

### ثانيا: العوامل الشخصية

لشخصية المتفاوض أهمية لا تقل عن أهمية العوامل الموضوعية السابق ذكرها . التوفر على المؤهلات العلمية و الدبلوماسية ، و الأخلاقية و الحكمة و اللباقة ، و حسن التصرف ، و القدرة على تحويل الخصوم إلى أصدقاء . إذا كان الطرف الآخر من الشخصيات الغاضبة و العدائية ، فإنه يجب التعامل بهم بصبر و سعة صدر ، و الالتزام بتوخي الحرص ، و طلب الاعتذار للاحتفاظ على العلاقات الجيدة ، فكل هذه ليست مهام صعبة على الدبلوماسيين الأذكياء<sup>2</sup>. على المفاوض أن يلتزم بأهدافه ، و أن يكون هادئا و مسيطرا على نفسه ، و مخفيا لمشاعره ، و ليتذكره أنه عارض للأفكار و مروج لها .

و لابد له أن يستثمر وقته استثمارا جيدا ، و أن يحترم الآخرين و ألا يستخف بهم ، فكما أن التعالي مذمومة ، فالإفراط في التواضع مصدر خطر<sup>3</sup>. كما يجب على المفاوض أن يعرف أساليب خصومه ، و يحتاج أن

<sup>1</sup> علي أحمد صالح ، المرجع السابق ، ص 243 244 245.

<sup>2</sup> العربي بلحاج ، الإطار القانوني للمرحلة السابقة على إبرام العقد على ضوء القانون المدني الجزائري دراسة مقارنة ، دار وائل للنشر، الجزائر ، 2010 ، ص 37.

<sup>3</sup> نادر أحمد أبو شيخة ، المرجع السابق ، ص 93.

## الفصل الأول الأحكام العامة لمرحلة المفاوضات في العقود

يعرف معلومات كافيته على خصومه ، و تكتيكاتهم و أكاذيبهم الصغيرة ( أحيانا يستعمل المتفاوض كلمات مفخخة لخداع المتفاوض الآخر )<sup>1</sup>.

### المبحث الثاني

#### الاتفاقات التي تتخلل مرحلة المفاوضات و قيمتها القانونية

إن استمرت المفاوضات قائمة بين الأطراف بنجاح ، فإنه غالبا ما يسبق الاتفاق النهائي أو الكامل اتفاقات تتوسط بين مرحلة المفاوضات و التعاقد النهائي ، فقد يتوصل الأطراف خلال مرحلة التفاوض قبل العقدية إلى اتفاقات سابقة على التعاقد ، و هذه الاتفاقات تسفر عنها المفاوضات ، تقع في مرحلة وسطى بين مرحلة المفاوضات نفسها و بين مرحلة التعاقد ، و تتعدد هذه الصور لأن الاتفاقات لا تنتهى و ذلك إعمالا لمبدأ حرية التعاقد .

و حيث أن المفاوضات تمر بمراحل ، لذا فإنه يتخللها اتفاقات تمهيدية يتم إبرامها بصدد كل مرحلة<sup>2</sup> ، وهذه الاتفاقات متعددة لا حصر لها سنقوم بدراستها من خلال تقسيم المبحث إلى اتفاقات لا ترتب التزاما (مطلب أول ) و اتفاقات ترتب التزاما (مطلب ثان )

### المطلب الأول

#### الاتفاقات التي لا ترتب التزاما

تتضمن الاتفاقات السابقة على التعاقد صيغا مختلفة لا يمكن حصرها ، و ليس من شك بأهمية و فائدة هذه الاتفاقات و في مرحلة المفاوضات بالذات<sup>3</sup> ، أما القيمة القانونية من حيث فرضها للالتزامات من عدمها تختلف و في هذا المطلب سنعالج الاتفاقات التمهيدية التي لا ترتب أي التزام في ذمة المتفاوضين . من خلال تعدادها في الفروع الآتية :

### الفرع الأول

#### الاتفاق الشرفي

يقصد بالاتفاق الأدبي أو الشرفي ، ذلك الاتفاق الذي يهدف الأطراف إلى إقصائه عن دائرة القانون و الجبر ، و تعلق تنفيذه على أمانة و نزاهة و شرف كل منهم ، للحيلولة دون طرح منازعاته أمام القضاء أو التحكيم .

<sup>1</sup> Anne-Marie Dautrive, sur l'art de négocier, la revue administratives, n 363, 2008,p 278 .

<sup>2</sup> حمدي محمود بارود ، القيمة القانونية للاتفاقات التي تتخلل مرحلة التفاوض قبل العقدية في مجال عقود التجارة الدولية ، المرجع السابق ، ص 131.

<sup>3</sup> جميل نزية سماوي ، حمدي محمد حياصات ، الاتفاق الجزئي و دوره في البناء المتدرج للعقد النهائي ، مجلة الجامعة الإسلامية للدراسات الشرعية و القانونية ، 2017 ، ص 150.

## الفصل الأول الأحكام العامة لمرحلة المفاوضات في العقود

استعراض المجالات الرئيسية التي يلجأ فيها الأطراف إلى اعتماد الأطراف أسلوب الاتفاق الشرفي أو الأدبي، و أول مجال يمكن أن نصادف فيه هذا النوع من الاتفاقات الأدبية أو الشرفية ، هو المجال الذي يغيب فيه التنظيم التشريعي ، فغياب التنظيم التشريعي ، من شأنه أن يفسح المجال أمام هذا النوع من الاتفاقات ، و خير مثال على ذلك هو مجال اتفاقات العمل الجماعية في بريطانيا قبل سنة 1971.

أما المجال الثاني ، الذي نصادف فيه الاتفاقات الشرفية أو الأدبية ، هو مجال الاتفاقات المخالفة للنظام العام .

إن الفقه و القضاء يعتبران ، بأن التعهد الشرفي أو الأدبي ، غير ملزم إذا لم يقصد منه ترتيب أثر قانوني ، مثل أعمال المجاملات ، كالدعوة إلى العشاء و التصرفات التي تدور في نطاق الأسرة كوعد الأب لابنه بمكافأة ما إذا نجح في الامتحان<sup>1</sup>.

### الفرع الثاني

#### البروتوكول الاتفاقي

يستخدم مصطلح بروتوكول الاتفاقية بشكل واسع في التعامل بين التجار و الشركات التجارية و ذلك للدلالة على العديد من الاتفاقات التمهيدية التي تسبق العقود التجارية المهمة كعقود دمج الشركات و عقود التوريد و التسويق لأنه في هذا النوع من العقود تمر المفاوضات بمرحلتين هما مرحلة يغلب عليها الطابع الاقتصادي ، و مرحلة يغلب عليها الطابع القانوني و يعرف البروتوكول الاتفاقي بأنه عقد حقيقي ملزم للجانبين فهو يعمل في صيانة الشروط الأساسية للعقد<sup>2</sup>.

### الفرع الثالث

#### رسالة النوايا

لاقى الفقهاء صعوبات في وضع تعريف جامع مانع لرسالة النوايا . لأن رسائل النوايا لها أشكال و أنواع متعددة ، و مع ذلك فقد حاول البعض إيجاد تعريف لرسالة النوايا لتقريب المفهوم القانوني لها في ظل عدم وجود تنظيم قانوني لها في الأنظمة القانونية المختلفة في العالم . لإيجاد مفهوم تقريبي لرسالة النوايا ، لا بد من الإشارة إلى أن خطابات النوايا تسمى بمسميات مختلفة فيطلق عليها البعض خطاب التفاهم، و البعض الآخر يطلق عليها مذكرة التفاهم و آخرون مذكرة أساسيات الاتفاق .

<sup>1</sup> علي أحمد صالح ، المرجع السابق ، ص 295 .

<sup>2</sup> نور الهدى تواتي ، النظام القانوني للتفاوض في عقود التجارة الدولية ، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماستر ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة قاصدي مرياح ، ورقلة ، الجزائر، 2012 2013 ، ص 32.

## الفصل الأول الأحكام العامة لمرحلة المفاوضات في العقود

عرفه أحمد عبد الكريم سلامة بأنه " هو مستند مكتوب يوجه من طرف يرغب في التعاقد على أمر معين إلى الطرف الآخر يعبر فيه عن رغبته تلك ، و يطرح فيه الخطوط العريضة للعقد المستقبل المزمع إبرامه و يدعو إلى التفاوض و الدخول إلى محادثات حولها ."<sup>1</sup>

عرفها البعض بأنها ( كل وثيقة مكتوبة ، قبل العقد النهائي ، تعكس الاتفاقات ، أو الفهم المبدئي لطرف ، أو أكثر من أطراف التعاقد التجاري ، بغية الدخول في عقد مستقبلي. )

تهدف رسائل النية كذلك، إلى إظهار النية الجادة في التعامل و تعكس و الرغبة الحقيقية في التعاقد و إرساء عوامل الطمأنينة ، و إزالة و تبديد عوامل الشك و الريبة .<sup>2</sup>

يتخذ خطاب عدة صور و أنواع يمكن حصرها فيما يلي :

خطاب دعوة للبدء في التفاوض : في هذا النوع يدعو فيه محرر الطرف الآخر للبدء في التفاوض و المحادثات حول عقد معين ، و يطلق على هذا النوع أحيانا مذكرة التفاهم.

خطاب دعوة للاتفاق : في هذا النوع من خطابات النوايا يقوم فيه الموجب بدعوة الطرف الآخر لعمل اتفاق تفاوض و يدعو إلى وضع إطار لعملية التفاوض وفقا لأسس و عناصر محددة و مثل هذا النوع غالبا ما يتضمن وقت بدء المفاوضات ، و مدتها ، و الدراسات التي سيقوم بها كل طرف حول مختلف الجوانب الفنية و المالية و التنفيذية للعملية المزمع الارتباط بها .

خطاب مشروع العقد النهائي : و هو الخطاب الذي يفيد أن مرحلة المفاوضات تمخضت عن تصور لمشروع العقد ، و أن الاتفاق تم التوصل إليه و لكن تنفيذ العقد يعتمد على استيفاء بعض الشروط أو حدوث أمر معين .<sup>3</sup>

فخطاب النوايا يختلف بحسب الصيغة و الألفاظ و العبارات المستخدمة فيه و التي تكون مقيدة لصاحبها بشكل ما.<sup>4</sup> فتحديد القيمة القانونية لخطاب النوايا يستمد أساسا من صياغته ، و من الشروط التي يتضمنها .<sup>5</sup>

<sup>1</sup> يسري عوض عبد الله ، المرجع السابق ، ص 145 .

<sup>2</sup> علي أحمد صالح ، المرجع السابق ، ص 324 .

<sup>3</sup> يسري عوض عبد الله ، المرجع السابق ، ص 150 .

<sup>4</sup> صباح شويط ، خطاب النوايا بين الالتزام بوسيلة و الالتزام بنتيجة، مجلة أبحاث قانونية و سياسية ، جامعة جيجل ، عدد 6 ، الجزائر، 2018 ، ص 158 .

<sup>5</sup> حمدي محمود بارود ، القيمة القانونية للاتفاقات التي تتخلل مرحلة التفاوض قبل العقدية في عقود التجارة الدولية ، المرجع السابق ، ص 142 .

## الفصل الأول الأحكام العامة لمرحلة المفاوضات في العقود

### الفرع الرابع

#### الاتفاق على تأجيل التوقيع

يجري العمل في بعض حالات التفاوض أن يتحفظ أحد الأطراف أو كلاهما بالحق في تأجيل التوقيع على العقد النهائي، فقد قضت محكمة النقض المصرية بأنه "الاتفاق على ضرورة التوقيع على ما تم الاتفاق حوله في مرحلة التفاوض يجعل العقد لا ينعقد إلا بالتوقيع عليه..."<sup>1</sup> و عليه لا يكفي القول بانعقاد العقد بمجرد توافق ارادتين متى الاتفاق بينهما على تأجيل توقيع العقد، و إن هذا التوقيع لم يتم ، فلا يعدو ما تم بينهما أن يكون مجرد مشروع اتفاق ، يخلو من كل قيمة قانونية<sup>1</sup>.

فهو لا يعدو أن يكون إيجابا يحتاج لقبول مطابق و هو ما لم يتم ، فالحالة التي نحن بصددنا تتمثل في مجرد تحرير ما تم التفاهم حوله في وثيقة لا تحمل أي توقيع<sup>2</sup>.

### الفرع الخامس

#### الاتفاق على التوقيع بالأحرف الأولى

يقصد بالتوقيع بالأحرف الأولى إعطاء أطراف المفاوضات الذين وقعوا بهذه الأحرف الحق في الرجوع و التشاور مع الجهات العليا التي يعمل فريق التفاوض من خلالها أو لصالحها ، و قد يراد به مراجعة بنود ما اتفق عليه مراجعة متأنية<sup>3</sup>. التوقيع بالأحرف الأولى يثير صعوبة أكثر من تأجيل التوقيع ، لأننا أمام حالة فيها اتفاق على كل المسائل التي جرى التفاوض بشأنها ، و تم التوقيع على هذا الاتفاق و لكن بالأحرف الأولى فقط ، و لبحث القيمة القانونية لهذا الاتفاق فإن التوقيع في مفهومه القانوني التقليدي يجب أن يتضمن كتابة الاسم و اللقب كاملين ، و من ثم فإن ما تم الاتفاق عليه لا يعدو أن يكون مشروعاً يحتمل الاعتماد أو عدمه ، كما و أن التوقيع بالأحرف الأولى لا يفيد في اتجاه نية الطرفين في الارتباط التام بل العكس هو صحيح ، يفيد في عدم اتجاه نية الطرفين إلى التعاقد تعاقدًا تامًا ، لأن العقد لا يتم إلا بالتوقيع النهائي<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> مصطفى خضير النشمي ، المرجع السابق ، ص 38.

<sup>2</sup> حمدي محمود بارود ، المرجع السابق ، ص 139.

<sup>3</sup> مصطفى خضير النشمي ، المرجع نفسه ، ص 33.

<sup>4</sup> حمدي محمود بارود ، المرجع نفسه ، ص 140.

# الفصل الأول الأحكام العامة لمرحلة المفاوضات في العقود

## المطلب الثاني

### الاتفاقات التي ترتب التزاما

إن الأصل هو حرية التفاوض<sup>1</sup>، و هذا كنتيجة حتمية عن مبدأ حرية التعاقد الذي يعد كذلك نتيجة عن مبدأ سلطان الإرادة ، فالمفاوض له كامل الحرية للدخول في مفاوضات أو عدم الدخول فيها ، و لا تتحقق مسؤوليته إذا عدل عنها، لكن إطلاق العنان للمتعاقدين في هذه المرحلة ليس أمرا حسنا.<sup>2</sup>

فإطلاق حرية التفاوض قد تؤدي إلى هدر و تضييع جهد و مال أطراف يتفاوضون بجدية ، لذا نجد كل شخص يقدم على مفاوضات يتنازعه عاملان هاما ، هما عامل حرية المفاوضات ، و عامل أمن و استقرار المفاوضات ، فعامل حرية المفاوضات يقتضي أن يحتفظ المتفاوض بكل حريته طيلة مرحلة المفاوضات ، حيث يستطيع الدخول أو الإنسحاب منها ، في أي وقت يشاء ، دون أن يتحمل أدنى مسؤولية فيها. و في المقابل فعامل أمن المفاوضات ، يستوجب أن يشعر المتفاوض بالأمان أثناء سير المفاوضات ، لذا تلجأ الأطراف المتفاوضة إلى تأمين مفاوضاتهم للاطمئنان على نجاحها ، و التوفيق بين حيرة التفاوض ، و أمن المفاوضات إلى وضع تفاوضهما ، في عقد تمهيدي أو تحضيرى ، ينظم سير المفاوضات ، و سنتناول في الفروع التالية أهم و أشهر الاتفاقات التمهيدية التي ترتب التزامات.<sup>3</sup>

## الفرع الأول

### عقد التفاوض

يمكن تعريف عقد التفاوض بأنه اتفاق يلتزم بمقتضاه شخص اتجاه شخص آخر بالبداة أو الاستمرار في التفاوض بشأن عقد معين بهدف إبرامه<sup>4</sup>، فيمكن أن نقول أنه التزام ينشئ في ذمة أطرافه بمجرد توجه إرادتهم لإبرامه . و قد عرفته محكمة التحكيم بغرفة التجارة الدولية بأنه : " عقد بمقتضاه يتعهد طرفاه بالتفاوض أو بمتابعة التفاوض ، من أجل التوصل إلى إبرام عقد معين لم يتحدد موضوعه إلا بشكل جزئي لا يكفي في جميع الأحوال لانعقاده"<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> محمد عبود ، المرجع السابق ، ص 25.

<sup>2</sup> لخضر حليس ، المرجع السابق ، ص 171.

<sup>3</sup> علي أحمد صالح ، المرجع السابق ، ص 352 .

<sup>4</sup> محمد عبود ، المرجع نفسه ، ص 25.

<sup>5</sup> نبيل اسماعيل الشبلاق ، المرجع السابق ، ص 313.

## الفصل الأول الأحكام العامة لمرحلة المفاوضات في العقود

و من خلال هذا التعريف يمكن أن نستخلص خصائص عقد التفاوض بأنه:  
اتفاق تمهيدي يقصد به تنظيم العلاقة بين الطرفين بغية الوصول إلى إبرام العقد المستقبلي في النهاية. فهو من قبيل الاتفاقات التمهيدية التي تسبق التعاقد النهائي.<sup>1</sup>  
عقد التفاوض هو عقد حقيقي تتوافر فيه الأركان الأساسية اللازمة لقيام أي عقد ، و يعدُّ عقد التفاوض عقدا رضائيا فليس ثمة شكل معين يجب أن يفرغ فيه.<sup>2</sup>  
عقد التفاوض عقد مؤقت لا يوجد إلا لمدة محددة هي المدة التي يتوقع أن تستغرقها المفاوضات بين الطرفين ، فإن انتهت المدة أو المفاوضات زال كل أثر لعقد التفاوض.<sup>3</sup>  
قد يجد عقد التفاوض تطبيقات عديدة في مجالات متنوعة ، فهو يمكنه أن يسبق مناقشة أي عقد أي كان نوعه<sup>4</sup> ، أو يكون عقدا مستقلا للتفاوض ، و إما أن يرد في صورة بند أو شرط يكون مدرجا في عقد أصلي آخر .  
و يعد العقد المستقل هو الصورة الغالبة في العمل ، حيث يفضل الطرفان عادة الاتفاق على التفاوض بشكل مستقل عن أي عقد آخر ، و لكن ليس هناك ما يمنع من أن يرد اتفاق التفاوض في شرط أو بند في عقد آخر قائم بين الطرفين.<sup>5</sup>

### الفرع الثاني

#### الاتفاق الجزئي

يقصد بالاتفاق الجزئي الاتفاق الذي يتوصل إليه الطرفان خلال المفاوضات ، و بموجبه يحددان المسائل التي تمكنوا من تحقيق اتفاق بشأنها أولا<sup>6</sup>، حتى لا يعود الطرفان المتفاوضان إلى مناقشتها من جديد ، و يعد ذلك خطوة في اتجاه إبرام العقد النهائي لأنه يتضمن جزء من شروط هذا الأخير الذي تم الاتفاق عليه ، و الذي يمثل اتفاقا جزئيا سابق على التعاقد ، لكن في الوقت ذاته هو اتفاق نهائي يفرض التزامات على عاتق الطرفين في حدود

<sup>1</sup> يسري عوض عبد الله، المرجع السابق ، ص 158.

<sup>2</sup> نبيل اسماعيل الشبلاق ، المرجع السابق ، ص 313.

<sup>3</sup> حمدي محمود بارود ، نحو إرساء تكييف قانوني جديد لمفاوضات العقد الطبيعية العقدية و آثارها ، مجلة جامعة الأزهر ، المجلد 12، عدد، 2010، ص732.

<sup>4</sup> محمد عبده ، المرجع السابق ، ص 25.

<sup>5</sup> حمدي محمود بارود ، نحو إرساء تكييف قانوني جديد لمفاوضات العقد و الطبيعة العقدية ، المرجع السابق ، ص732.

<sup>6</sup> جميل نزية سماوي ، حمدي محمد حياصات ، المرجع السابق ، ص 151.

## الفصل الأول الأحكام العامة لمرحلة المفاوضات في العقود

النطاق الموضوعي أو الزمني المؤقت الذي تم الاتفاق عليه<sup>1</sup>. فهو اتفاق بين طرفي التفاوض على عنصر من عناصر العقد المراد إبرامه أي المتفاوض عليه<sup>2</sup>.

تتخذ الاتفاقات الجزئية صورتين فهي إما أن تكون جزءا من عقد واحد ، و قد تكون جزءا من مجموعة عقود.

### • العقد الجزئي جزء من عقد واحد

في هذه الصورة من صور التعاقد الجزئي يتفق الأطراف على تقسيم العقد إلى أجزاء و من ثم التفاوض على كل جزء من أجزاء العقد بصفة مستقلة عن بقية الأجزاء<sup>3</sup>، و في هذه الحالة أو الصورة يرد العقد المرحلي على عنصر من عناصر العقد الواحد ، فتتعدد العقود الجزئية في إطار عقد واحد ، من ذلك الاتفاق في أثناء المفاوضات على المواصفات الفنية، بعقد موقع من الطرفين بصفة حاسمة ، ثم الاتفاق على الأسعار و تفاصيلها في جزء عقدي آخر<sup>4</sup>.

### • العقد الجزئي جزء من مجموعة عقود

قد يشكل العقد الجزئي ، جزءا من مجموعة عقدي ، يتألف من عدة عقود تنظم عملية واحدة ، و تتكامل فيما بينها لتحقيق هدف واحد ، فهذه العقود تترابط أو تتكامل فيما بينها لتحقيق هدف اقتصادي واحد على نحو يصعب معه مواجهة كل عقد استقلالا عن باقي عقود المجموعة<sup>5</sup>.

أخيرا ، الاتفاق على العناصر الجوهرية للعقد يعد مصدرا لقيام العلاقة التعاقدية التي تؤمن التزاما على عاتق طرفيه بالتفاوض ، سواء كان المغزى من هذا الاتفاق هو إكمال انعقاد العقد ، أو تعليق انعقاده على التوصل إلى اتفاق لاحق بشأن المسائل المؤجلة<sup>6</sup>.

و لا يخفى على أحد أهمية و فاعلية الدور الذي تلعبه إرادة الطرفين في هذا الميدان ، لاسيما و إن جاءت محددة لقيمتها و منظمة لعلاقتها ما تم التوصل إليه من اتفاق أو اتفاقات جزئية في صورتيه كجزء من عقد واحد ، و

<sup>1</sup> محمد شاكر محمود محمد ،المسؤولية عن قطع المفاوضات دراسة مقارنة، المركز القومي للإصدارات القانونية ، الطبعة الأولى ، القاهرة ، مصر ، 2016 ، ص 69.

<sup>2</sup> العربي بلحاج ، الإطار القانوني للمرحلة السابقة على إبرام العقد، المرجع السابق ، ص 110.

<sup>3</sup> يسري عوض عبد الله ، المرجع السابق ، ص 168.

<sup>4</sup> علي أحمد صالح ، المرجع السابق ، ص 555.

<sup>5</sup> يسري عوض عبد الله ، المرجع نفسه، ص 174.

<sup>6</sup> محمد شاكر محمود محمد ، المرجع السابق، ص 68.

## الفصل الأول الأحكام العامة لمرحلة المفاوضات في العقود

كجزء مجموع عقدي بالعقد النهائي المطلوب إبرامه ، على خلاف الحالة التي تلتزم فيها السكوت ، و عدم التصريح في بيان القيمة القانونية لمثل هذه الاتفاقات<sup>1</sup>.

### الفرع الثالث

#### عقد الإطار

في بعض الأحيان يلجأ الطرفان المتفاوضان إلى إبرام سلسلة من العقود ذات الطبيعة الواحدة ، كعقد التوريد مثلا ، و على ضوءه يقوم الطرفان بوضع شروط ، موحدة لجميع العقود المستقبلية التي سيدخل فيها الطرفان في المستقبل بمناسبة كل صفقة على حدة ، و التي ستقتصر على البيانات الفردية المتعلقة بالصفة ذاتها. و تسمى هذه الشروط (اتفاق الإطار) الذي يكون دوره على تنظيم إبرام هذه العقود في المستقبل ، و هو عبارة عن اتفاق أولي أو ابتدائي يشتمل على إبرام عقود لاحقة ، تعرف بعقود التطبيق أو التنفيذ ، و يكون المغزى من هذا الاتفاق تحديد بعض الشروط الجوهرية لتلك العقود ، في حين يترك تحديد المسائل الأخرى لكي تتم من خلال العقود اللاحقة التي يشكل هذا الاتفاق إطارا لها<sup>2</sup>. يتميز عقد الإطار بهذا المعنى ، عن عقود التطبيق اللاحقة له ، فهو يهيئ و يمهد لقيام هذه العقود ، و لكن يظل مستقلا عنها .

و البعض عرف عقد الإطار بأنه ذلك العقد الذي يهدف إلى تحديد القواعد الأساسية التي تخضع لها العقود التي ستبرم في المستقبل<sup>3</sup>.

فتعريف سائر العقود المعروفة في القانون المدني<sup>4</sup> ، ينطبق على عقد الإطار الذي يجب لقيامه توافر الأركان المعهودة لباقي العقود ، ألا و هي الرضا و المحل و السبب ، و متى قام صحيحا فهو يلزم أطرافه.

### الفرع الرابع

#### الوعد بالتعاقد و عقد التفضيل

الوعد بالتعاقد ، عقد كامل لا مجرد إيجاب ، و لكنه عقد تمهيدي لا عقد نهائي ، تنص الفقرة الأولى من المادة 71 على أنه " الاتفاق الذي يعد له كلا المتعاقدين أو احدهما بإبرام عقد معين في المستقبل لا يكون له أثر

<sup>1</sup> جميل نزية سماوي ، حمدي محمد حياصات ، المرجع السابق ، ص 157.

<sup>2</sup> محمد شاكر محمود محمد ، المرجع السابق ، ص 68.

<sup>3</sup> على أحمد صالح ، المرجع السابق ، 503 .

<sup>4</sup> المادة 54 قانون مدني " العقد اتفاق يلتزم بموجبه شخص أو عدة أشخاص نحو شخص أو عدة أشخاص آخرين بمنح أو فعل أو عدم فعل شيء ما " .

## الفصل الأول الأحكام العامة لمرحلة المفاوضات في العقود

إلا إذا عينت جميع المسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه ، و المدة التي يجب إبرامه فيها " ، و هذا الحكم نتيجة أن الوعد بالتعاقد هو خطوة نحو التعاقد النهائي ، فوجب أن يكون السبيل مهياً لإبرام العقد النهائي بمجرد حلول الميعاد في الاتفاق الابتدائي الملزم للجانبين<sup>1</sup>. و الوعد بالتعاقد يتم - عادة - بعد أن يقطع أطراف المفاوضات شوطاً أولياً من المساومات و المناقشات بينهم ، و بعد أن يكون لدى كل من الطرفين دراية تامة بطلبات الآخر و إمكانيةه .

و قد يكون وعداً من أحد الطرفين للآخر، كما يمكن أن يكون وعداً من الطرفين لبعضهم البعض<sup>2</sup>.

فحسب المادة 72 من القانون المدني الجزائري<sup>3</sup>، التي تقضي بأن العقد الموعود بإبرامه يقوم بمجرد أن يرتضيه الموعود له و يتصل رضاه بعلم الواعد ، ما دام أن ذلك كله تم في الميعاد المحدد لبقاء الوعد ، الوعد بالعقد يساوي العقد المزمع إبرامه ، و من ثم فهو يتمتع بكل قيمة قانونية يتمتع بها العقد الموعود بإبرامه إذا ارتضاه الموعود له و اتصل رضاه بالواعد خلال المدة المحددة لبقاء الوعد<sup>4</sup>.

أما الوعد بالتفضيل ، اتفاق يلتزم بمقتضاه أحد أطراف التفاوض ، أو كل منهما إذا قرر التفاوض بشأن عقد معين في المستقبل أن يفضل الطرف الآخر على غيره في التفاوض ، لا شك فإن الوعد بالتفضيل اتفاق يتم بإيجاب من الواعد و قبول من الموعود له ، و يمهّد فقط لتفاوض محتمل لعقد معين ، و لا شك أيضاً في أن الواعد يقيد من حريته بمحض إرادته حينما يخول لشخص آخر حق الأفضلية في التفاوض فيعده بأن يفضل على غيره إذا ما أراد يوماً أن يتفاوض لإبرام عقد معين و يتم عادة هذا الوعد بعد أن يكون الأطراف على دراية كاملة بطلبات و إمكانيات الآخر<sup>5</sup>

من خلال عرض مختلف الاتفاقات التي تتخلل مرحلة المفاوضات يمكن إبراز أهميتها :

أنها تحسم كل مرحلة من مراحل التفاوض المتعددة على حدة ، و ذلك بتدوين ما تم في كل مرحلة من اتفاق.

أنها توفر الأمان و الاطمئنان لراغب التعاقد ، وذلك لحصوله على ما يثبت النجاح و التقدم في المفاوضات ، مما يشجعه على المضي قدماً نحو لحظة توقيع العقد النهائي .

<sup>1</sup> عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق ، ص 209.

<sup>2</sup> الفهد أحمد بن فهد بن حمين ، المرجع السابق ، ص 364.

<sup>3</sup> المادة 72 " إذا وعد شخص بإبرام عقد ثم نكل و قاضاه المتعاقد الآخر طالبا تنفيذ الوعد، و كانت الشروط اللازمة لتمام العقد و خاصة ما يتعلق منها بالشكل متوافرة ، قام الحكم مقام العقد".

<sup>4</sup> حمدي محمود بارود ، القيمة القانونية للاتفاقات التي تتخلل مرحلة التفاوض قبل التعاقدية ، المرجع السابق ، ص 141.

<sup>5</sup> مصطفى خضير النشمي ، المرجع السابق ، ص 34.

## الفصل الأول الأحكام العامة لمرحلة المفاوضات في العقود

أن الحاجة تتضاعف لمثل هذه الاتفاقات في العقود التي تتصف بالضخامة و التعقيد ، كعقود التوريد طويلة الأمد ، ففي مثل هذه العقود يُفرغ الطرفان في هذه الاتفاقات الشروط التي يريدون اشتراطها ، و قواعد التسليم و التسلم ، و كيفية تسديد الثمن و أقساطه ن ووقت سدادها<sup>1</sup>.

### الفرع الخامس

#### العقد المؤقت

يسعى الطرفان إلى إبرام عقد مؤقت يهدف إلى تقادي أي مشكلة تثور بمناسبة المفاوضات ، و ذلك لأن المفاوضات قد تمتع لأسابيع أو أشهر أو حتى لسنوات ، و خلال هذه الفترة كثير ما يحتاج الطرفان إلى إقامة علاقة آنية مؤقتة بينهما انتظارا لانتهااء المفاوضات و إبرام العقد النهائي .

و عليه يمكن تعريف العقد المؤقت بأنه " ذلك الاتفاق الذي ينشئ على عائق أحد الطرفين أو كلاهما التزامات مؤقتة لتنظيم العلاقة بينهما أثناء فترة المفاوضات على العقد أو عند فشله . و الاتفاق المؤقت بهذا المعنى هو مجرد اتفاق تمهيدي يهدف إلى تنظيم التفاوض على العقد النهائي و لكنه يختلف عن الاتفاقات التمهيديّة الأخرى ، فهو يختلف عن اتفاق التفاوض بأنه لا يلزم الطرفين بتفاوض على العقد و إنما ينظم التفاوض فحسب ، و هو يختلف أيضا عن عقد الإطار كونه لا يحدد شروط العقد النهائي الذي يتم التعاقد على أساسها ، كما أنه يختلف عن الوعد بالتعاقد لأنه لا يتضمن رضا أي من الطرفين في العقد النهائي<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> الفهد أحمد بن فهد بن حمين ، المرجع السابق ، ص 362.

<sup>2</sup> أحمد محمود المحاسنة ، المسؤولية المدنية المترتبة على قطع المفاوضات العقدية ، رسالة لاستكمال المتطلبات للحصول على الماجستير ، جامعة جرش ، 2020 ، ص 34.

### خلاصة الفصل الأول

أصبحت العقود تحظى بأهمية بالغة في ظل التطورات التي مست شتى الميادين ، فأصبحت وسيلة تساهم في هذه التطورات ، خاصة ما تعلق منها بالجانب الاقتصادي ، و نظرا لذلك فإبرام هذه العقود قد يتطلب قدر من العناية ، تتجسد في قيام الأطراف بالتفاوض قبل إبرامها بشكل نهائي ، و ذلك لتجنب الولوج في عقود قد تُحمِل أطرافها خسائر ، لكن الفقه اختلف حول طبيعة المفاوضات باتجاه قسم منهم إلى القول بطبيعتها المادية و الآخر بطبيعتها العقدية ، فهذه الأخيرة بوصفها مرحلة هامة بالنسبة لحياة العقد فهي تمرُّ بمحطات ، قد تتخللها اتفاقات منها ما هو ذا قيمة قانونية و منها ما هو عديم القيمة. و للقائمين بالمفاوضات حرية التفاوض من عدمه ، و في حالة الدخول في مفاوضات تُوجب على الأطراف التفاوض بحسن نية و هذه هي المبادئ التي تحكم المرحلة ما قبل التعاقدية.

الفصل الثاني

## الفصل الثاني : الآثار الناشئة عن مرحلة المفاوضات

تعد مرحلة المفاوضات من بين أهم مراحل إبرام بعض العقود التي تتطلب التفاوض حولها كمرحلة أولى قبل الدخول في مرحلة تكوين العقد ، حيث يقوم الأطراف بالتفاوض حول العقد المراد إبرامه في المستقبل ، الذي قد يستغرق وقتاً طويلاً خاصة في العقود ذات القيمة المالية المعتبرة ، و ذلك لتجنب الأطراف الدخول في عقود فاشلة ذلك أنه الانسحاب من مفاوضات ليس لها جدوى أفضل من إبرام عقود قد تُكبد أطرافها خسائر .

و مرحلة المفاوضات تلقي جملة من الالتزامات على عاتق الأطراف المتعاقدة ، هذه الالتزامات ترتبط بطبيعة مرحلة المفاوضات كما أسلفنا الذكر في الفصل الأول ، هل هي مجرد وقائع مادية لا ترتب أي التزام ، أم ذات طبيعة عقدية ترتب التزامات في ذمة الأطراف ، لذا يجب التطرق لهذه الالتزامات في (المبحث الأول ) ، و عند الحديث عن هذه الالتزامات كان لزاماً التطرق للمسؤولية التي تنشئ عند الإخلال بهذه الالتزامات (المبحث الثاني).

## الفصل الثاني : الآثار الناشئة عن مرحلة المفاوضات

### المبحث الأول

#### الالتزامات الناشئة على مرحلة المفاوضات

إن التزامات أطراف المفاوضات السابقة على التعاقد هي نوعين : النوع الأول يتعلق بالالتزامات الأساسية ، و هي الالتزامات التي تفرض على جميع الأطراف المتفاوضة بغض النظر عن وجود أو عدم وجود اتفاق ينص على الالتزام بها ، و بغض النظر كذلك عن طبيعة العقد المتفاوض بشأنه ، أما النوع الثاني فيتعلق بالالتزامات الفرعية ، و هي الالتزامات التي يتم تحديدها إما بموجب اتفاق الأطراف على الالتزام بها ، و إما بموجب طبيعة العقد المتفاوض بشأنه هذه الالتزامات المشار إليها أعلاه<sup>1</sup>.

لذلك سنقسم هذا المبحث إلى التزامات أساسية ( مطلب أول ) و التزامات فرعية ( مطلب ثان ) .

### المطلب الأول

#### الالتزامات الأساسية

تتمثل هذه الالتزامات في :

### الفرع الأول

#### الالتزام بالتفاوض

إذا اتفق الطرفان بمقتضى عقد مبدئي على الدخول في التفاوض بغرض التوصل إلى إبرام عقد نهائي فإنه لا بد من الانتقال إلى الخطوة الأولى في تنفيذ ذلك العقد ألا و هي الالتزام ببدء المفاوضات في الموعد المنفق عليه ، و اتخاذ الإجراءات اللازمة لذلك ، إن الالتزام بالتفاوض ينقسم إلى شقين أساسيين ، الشق الأول هو الالتزام بالبدء في التفاوض ، و الشق الثاني هو الاستمرار في التفاوض<sup>2</sup>.

و هو ما سيتم تناوله كما يلي :

<sup>1</sup> عبد المجيد قادري ، مراد عمرانى ، التزامات الأطراف في المرحلة السابقة على التعاقد ، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية و السياسية ، المجلد 4 ، عدد 2 ، 2012 ، ص 785.

<sup>2</sup> عبد المجيد قادري ، المرجع نفسه . ص 785.

## الفصل الثاني : الآثار الناشئة عن مرحلة المفاوضات

أولاً: الالتزام بالبداية في التفاوض:

يقصد بالالتزام ببداية المفاوضات ، المبادرة باتخاذ الإجراءات اللازمة للبداية في عملية المفاوضات ، من ذلك توجيه الدعوة إلى الطرف الآخر و الذهاب إلى مائدة المفاوضات في الموعد المحدد لبداية المفاوضات ، من أجل تلاقي الطرفين المتفاوضين ، و من ثم افتتاح المفاوضات ، بإجراء الحوار ، و تبادل المقترحات المتصلة بالعقد المزمع إبرامه ، و ذلك بالبداية في مناقشة شروط العقد محل التفاوض ، و تقديم الدراسات ، و تحديد مكان ووقت إجراء المفاوضات .

إن الالتزام بالتفاوض قد يقع على عاتق الطرفين معا ، بحيث يكون كل منهما ملتزماً اتجاه الطرف الآخر بالحضور في موعد معين يحدده الطرفان لبداية المفاوضات ، و قد يقع الالتزام بالتفاوض على عاتق أحد الطرفين ، فيكون المدين ملتزماً بتوجيه الدعوة إلى الطرف الآخر ، و تقديم الاقتراحات المتعلقة بالعقد المراد إبرامه .<sup>1</sup>

إذا كان في الغالب أن يحدد عقد التفاوض صراحة ، من يقع عليه الالتزام بالبداية في التفاوض ، أي المدة التي يباشر فيها المفاوضات ، غير أنه حالة عدم وجود اتفاق على ذلك ، فإن كل طرف يلتزم بالبداية في التفاوض في المدة المعقولة . و من أهم التطبيقات القضائية في هذا المجال ، ما أخذت به محكمة النقض الفرنسية في قضية رونو الشهيرة ، و التي خلصت فيها المحكمة إلى أن تلك المدة قد انقضت بسبب تقاعس رب العمل عن تقديم أي عرض إلى طالب العمل خلال مدة عدة سنوات ، و قررت أنه يوجد اتفاق مبدئي ، يلزم الشركة بأن تبحث مع العامل إمكانية إعادته إلى منصب عمله ، في ضوء الظروف الاقتصادية للشركة.<sup>2</sup>

إن الالتزام بالبداية في المفاوضات هو التزام بتحقيق نتيجة ، و ليست التزاماً ببذل عناية ، و تفسير ذلك أن الطرف المدين بهذا الالتزام ملزم بتحقيق هذه النتيجة ، و المتمثلة في مجرد البدء في التفاوض ، و من ثم فإن امتناع المدين بهذا الالتزام ، بالبداية في التفاوض في المدة الزمنية المعقولة ، يعد إخلالاً بهذا الالتزام، و يؤدي إلى قيام المسؤولية العقدية ، و لا يستطيع المدين بهذا الالتزام ، أن يتملص من مسؤوليته بحجة أنه بذل كل جهوده ، أو أنه لم يكن مقصراً أو سيء النية.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> علي أحمد صالح ، المرجع السابق ، ص 384.

<sup>2</sup> عبد المجيد قادري مراد عمراني ، المرجع السابق ، ص 787.

<sup>3</sup> عبد المجيد قادري ، مراد عمراني ، المرجع نفسه، ص 787.

## الفصل الثاني : الآثار الناشئة عن مرحلة المفاوضات

كما يشمل هذا الالتزام على عنصرين ، العنصر المادي و الذي يقصد به القيام بالأعمال المادية ، التي تقتضيها عملية التفاوض كالخطابات و المراسلات و الاجتماعات بين الطرفين ، و العنصر المعنوي و الذي يقصد به بأن كل طرف يجب عليه أن يكون حسن النية ذو نزاهة و أمانة خلال فترة التفاوض .

و من الأحكام التي تعرضت لمسألة بدء المفاوضات الحكم الصادر من محكمة النقض الفرنسية في 15 أيار 1992 ، حيث تلخص وقائع القضية في استقالة مندوب عام لشركة تأمين ، ثم قيام الشركة بتعيين من يقوم مقامه دون أن تنتظر الفترة التي خلالها يحق لهذا المندوب أن يقترح على الشركة من يخلفه ، و قد أيدت محكمة النقض حكم محكمة الموضوع الذي قضى بخطأ مسلك شركة التأمين بأن أضاعت فرصة المندوب في أن يفتح المفاوضات و يقترح على الشركة الشخص الذي تعتمده و تعامله بشروط أفضل<sup>1</sup>.

### ثانياً: الاستمرار في المفاوضات

يلتزم الطرفان بالدخول و الاستمرار في المفاوضات ، بمقتضى اتفاق مبدئي يرتب على الطرفين الاستمرار بالمفاوضات<sup>2</sup>. فقيام عملية التفاوض تكون مشروطة دائماً باتفاق الأطراف على الدخول في مناقشات ، تهدف إلى صياغة تصور مشترك يتمثل في الوصول إلى اتفاق مشترك يتمثل في الوصول لاتفاق نهائي .

و بما أن الاستمرار في المفاوضات يؤدي إلى بذل كل طرف نفقات و جهد معتبرين ، فإن عدم الجدية في مواقف أحد الطرفين ، أو لجوءه إلى المفاوضات بقصد الدعاية و الإعلان سيؤدي حتماً إلى إلحاق أضرار بالغة بالطرف الذي وضع الثقة في الطرف سيء النية ، و من العدل أن يطلب من القضاء إنصافه<sup>3</sup>.

الالتزام بمواصلة التفاوض ، هو التزام ببذل عناية ، و ليس التزام بتحقيق نتيجة ، بمعنى أنه و إن كان يقتضي من طرفيه ، بذل كل ما في وسعيهما ، و بصورة إيجابية و فعالة في سبيل إبرام العقد المنشود ، إلا أنه لا يحتم عليهما إبرام العقد النهائي<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> رحاب ارجيلوس ، الإطار القانوني للتفاوض في العقد الالكتروني ، مجلة معالم للدراسات القانونية و السياسية ، عدد3، 2018، ص59.

<sup>2</sup> عبد القادر بلاوي ، عبد القادر أقصاصي ، النظام القانوني للمفاوضات في عقود التجارة الالكترونية ، مجلة القانون و المجتمع ، المجلد 8 ، عدد1، 2020، ص159.

<sup>3</sup> أحمد بن الحاج ، المرجع السابق ، ص 21.

<sup>4</sup> علي أحمد صالح ، المرجع السابق ، ص 387.

## الفصل الثاني : الآثار الناشئة عن مرحلة المفاوضات

إن الالتزام بمواصلة التفاوض و الاستمرار فيه ، يقتضي ألا يقوم المتفاوض بالانسحاب من المفاوضات في أي وقت يشاء ، و إن قطع المفاوضات قطعاً تعسفياً دون الاستناد إلى سبب جدي أو موضوعي يبرر هذا الانسحاب ، يعد إخلالاً بالالتزام بمواصلة التفاوض و الاستمرار فيه ، و يؤدي إلى ترتيب المسؤولية . إن الالتزام بالتفاوض و الاستمرار فيه ، يستلزم من الطرفين أن يعملوا على إزالة و تذليل كل العقبات و الصعوبات التي قد تعترض طريق المفاوضات<sup>1</sup>.

### الفرع الثاني

#### الالتزام بحسن نية

أمام خلو التقنيات المدنية الحديثة من نصوص لتنظيم مرحلة التفاوض ، ترك الأمر للفقهاء و القضاء ، استقر الجميع على وجوب التفاوض بحسن نية<sup>2</sup> ، و هو مبدأ نشأ مع نشأة القانون الروماني فيما يعرف بمبدأ *foi bonne* ، حيث اعتبر مصدراً من مصادر القاعدة القانونية في هذه الفترة ، و بموجبه كان يستطيع القاضي الروماني التدخل لفرض التزامات تعاقدية على طرفي العقد.

يمكن تعريف التفاوض بحسن نية بأنه إقدام المتفاوضين أو الراغبين بالتعاقد على هذه العملية على أساس الثقة و الاستقامة في التعامل و الابتعاد عن أساليب الخداع و التحايل و التي من شأنها بث أو إشاعة جو من عدم الطمأنينة لدى الأطراف.

كما عرف الالتزام بالتفاوض بحسن نية " التعامل بصدق و استقامة مع الطرف الآخر بصورة تبقي ممارسة الحق ضمن الغاية المفيدة التي من أجلها التفاوض و التزام بها كل طرف من أطراف التفاوض ، بحيث لا يؤدي إلى إضرار الطرف الآخر دون مسوغ قانوني بل يتوصل كل الطرفين إلى حقه بأمانة"<sup>3</sup>.

يعتبر التفاوض بحسن النية التزام جوهرى ، يسمح لأطرافه التوصل إلى إبرام عقد نهائي المزمع إبرامه ، و لا يتأتى بلوغ أهداف التفاوض دون أن تقوم على أساس من النزاهة و الأمانة و الثقة المتبادلة ، لذلك يعتبر التفاوض بحسن النية التزام تبادلي يقع على عاتق الطرفين ، و يستوجب كل من منهما احترامه و تنفيذه ، ليس ببذل عناية

<sup>1</sup> عبد المجيد قادري ، مراد عمرانى ، المرجع السابق ، 787.

<sup>2</sup> فائزة براهيمى ، التزامات الأطراف في المرحلة السابقة على التعاقد ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير ، كلية الحقوق ، جامعة أبو بكر بلقايد ، تلمسان ، الجزائر ، 2008-2009 ، ص 112.

<sup>3</sup> عبد المجيد قادري، مبدأ حسن النية في المرحلة السابقة للتعاقد ، مجلة جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية ، المجلد 34 ، عدد 2 ، 2020 ، ص 992 .

## الفصل الثاني : الآثار الناشئة عن مرحلة المفاوضات

الرجل العادي لإنجاحه فحسب ، بل بتحقيق نتيجة التفاوض ، لا يستطيع المتفاوض دفع مسؤوليته بإثبات بذل ما بوسعه للوفاء بهذا الالتزام<sup>1</sup>

الالتزام بحسن النية في التشريع الجزائري على مرحلة تنفيذ العقد ، و لا يمتد إلى مرحلة التفاوض على العقد ، وهذا ما نصت عليه المادة 107 من القانون المدني على أنه يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه و بحسن نية ، أما بالنسبة لمرحلة التفاوض على العقد ، فلا وجود لنص خاص يفرض صراحة الالتزام بالتفاوض بحسن نية .

فكرة حسن النية لا تتضمن مدلولاً واحداً فهي تأتي تارة بالمفهوم الشخصي ، و تارة أخرى تأتي بالمفهوم الموضوعي . ففكرة حسن النية بالمفهوم الشخصي تعني ذات الشخص المطلوب الحكم على تصرفاته ، و في هذه الحالة تعتبر فكرة حسن النية ، حالة نفسية أو ذهنية تتمثل في الجهل بواقعة معينة ، أو في الاعتقاد الخاطئ أو المغلوط الذي يتولد في ذهن شخصاً ما .

أما المفهوم الموضوعي لفكرة حسن النية ، فيكتسي طابعاً أخلاقياً بحثاً ، بحيث يشكل قاعدة للسلوك تتطلب من الشخص مراعاة النزاهة و الأمانة و الاستقامة ، و عدم الغش في المعاملات ، و بهذا المفهوم تصبح فكرة حسن النية موضوعية ، لا شخصية<sup>2</sup>.

أما القانون الفرنسي يذهب إلى أن تطبيق مبدأ حسن النية ، يقتصر فقط على مرحلة تنفيذ العقد ، و لا يمتد إلى مرحلة التفاوض على العقد ، حيث نص القانون المدني الفرنسي في المادة 1134\3 الاتفاقات بالفعل يجب أن تكون منفذة بحسن نية ، أما بالنسبة لمرحلة التفاوض على العقد فلم يرد بشأنها نص في القانون المدني الفرنسي يفرض على الأطراف التفاوض بحسن النية<sup>3</sup>. هذه المادة التي تجد مقابلاً لها المادة 107 في القانون المدني الجزائري ، حيث أنه و بعد التعديل الذي عرفه القانون المدني الفرنسي تم التطرق صراحة لمبدأ حسن النية من خلال نص المادة 1104 من القانون المدني ، و هي مادة تم استحداثها بمقتضى الأمر رقم 131-2016 الصادر في 10 فيفري 2016 التي تنص على مايلي :

" يجب أن يتم العقد في تفاوضه و تكوينه و تنفيذه بحسن نية "

<sup>1</sup> عبد القادر بلاوي ، عبد القادر أقصاصي ، المرجع السابق ، ص 160.

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

<sup>3</sup> عبد المجيد قادري ، مبدأ حسن النية في المرحلة السابقة للتعاقد ، المرجع السابق ، ص 1004.

## الفصل الثاني : الآثار الناشئة عن مرحلة المفاوضات

من هذه المادة نستشف أن المشرع الفرنسي و لأول مرة يتطرق و يضيف صراحة مرحلة جديدة من مراحل العقد و هي مرحلة المفاوضات ، و أنه أقرن هذه المرحلة بمبدأ حسن النية ، و ذلك كغيرها من المراحل و من دون استثناء أو تمييز و جعله على نفس القدر من الأهمية فيها جميعا ، و هذا إن دل على شيء إنما يدل على أهمية هذا المبدأ ، و دوره في تحقيق أهداف العقد<sup>1</sup>.

نصت اتفاقية فيينا 1980 للبيع الدولي للبضائع على مبدأ حسن النية في مجال العقود المبرمة ، و المتعلقة بالبيع الدولي للبضائع ، حيث نصت في المادة 117 " يراعى في تفسير هذه الاتفاقية صفتها الدولية ، و ضرورة تحقيق التوحيد في تطبيقها ، كما يراعى ضمان احترام حسن النية في التجارة الدولية."<sup>2</sup>

يفرض هذا المبدأ على كل واحد من المتفاوضين واجب القيام بعمل إيجابي يتمثل بالتعاون مع المتفاوض الآخر و الإدلاء له بالتفاصيل كافة حول العقد المراد إبرامه بما يكون لدى هذا المتفاوض الرضا المستتير بالتعاقد أو يوصله إلى قناعة تامة بالعدول عن المفاوضات على اعتبار أن التعاقد ليس في مصلحته ، و هكذا نجد بعد أن كان المفهوم التقليدي لمبدأ حسن النية ذو طبيعة سلبية تتمثل في عدم العش و الخداع أو التضليل ، فإن هذا المبدأ أصبح في الوقت الحاضر ذو طبيعة ايجابية ، و هذا من شأنه أن يخلق أساس قانوني للمسؤولية هو ضرورة استناد المعاملات إلى الأمانة و الأخلاق و الثقة<sup>3</sup>.

هناك اتجاهين ، حاولت تفسير طبيعته القانونية :

**حسن النية التزام قانوني :** غالبية فقهاء القانون يرون أن التزام حسن النية في العقود رغم أنه ذو طبيعة أخلاقية إلا أن ذلك لا يحول دون أن يكون التزاما حقيقيا في الحياة التعاقدية ترتب عنه التزامات لا تقل لا في العموم و الإلزامية عن أي من الالتزامات التعاقدية أو القانونية الأخرى . و بالتالي هذا الالتزام القانوني هو التزام بالمعنى الضيق ، و ليس مجرد واجب عام.

<sup>1</sup> محمد حميداني ، مبدأ حسن النية في مرحلة التفاوض وفقا لأحكام الأمر 131-2016 المعدل للقانون المدني الفرنسي ، حوليات جامعة قلمة للعلوم الاجتماعية و الإنسانية ، عدد 26 ، 2019 ، ص 304 .

<sup>2</sup> عبد المجيد قادري ، مبدأ حسن النية في المرحلة السابقة على التعاقد ، المرجع نفسه، ص 1007.

<sup>3</sup> أكرم محمود حسين البدو ، محمد صديق محمد عبد الله ، أثر موضوعية الإرادة التعاقدية في مرحلة المفاوضات ، مجلة الرافدين للحقوق ، المجلد 13، عدد 49، ص 409 .

## الفصل الثاني : الآثار الناشئة عن مرحلة المفاوضات

حسن النية قاعدة قانونية : و الاجتهاد المعاصر يربط بالفعل بالاستقامة و حسن النية بفكرة كون الدائن يجب ألا بتعسف في استعمال حقه ، فالتعسف مناقض لحسن النية ، و يرى الفقهاء أن حسن النية من القواعد الآمرة ، و هذا يعني أنه من النظام العام الذي لا يمكن الاتفاق على مخالفته ، و حسن النية في العقود و النظام العام ، يقتضي كل منهما مراعاة الجوانب الأخلاقية التي انتهاكها و الإخلال بها<sup>1</sup>.

### المطلب الثاني

#### الالتزامات الفرعية

توجه الأفراد إلى الدخول في مرحلة المفاوضات يعني أن كل طرف يسعى إلى التعاقد ، و لكل مرحلة مبادئ تهيمن عليها و تنظمها، كذلك هي مرحلة التفاوض على العقد إذ يقع على عاتق طرفي التفاوض بعض الالتزامات التي يتعين احترامها و ذلك و ذلك لاكتمال التفاوض على أكمل وجه ، فالالتزام بالتفاوض بحسن نية يعد التزام أساسي يتفرع عنه التزامات ثانوية ، تعد تطبيقا من تطبيقاته .

#### الفرع الأول

##### الالتزام بالإعلام

لم يكن الالتزام بالإعلام محل اهتمام الفقه في القرون الماضية ، و ذلك بالنظر إلى بساطة التعاملات المدنية التي إلى تزايد التفاوت في درجة المعرفة بشكل ملحوظ بين الأطراف المتعاقدة ، و قد انعكس هذا الأمر سلبا على التعاملات التجارية مما دفع بالفقه و القضاء إلى التدخل في هذه المسألة ووضع حد للهوة الموجودة من الناحية المعرفية بين المتعاقدين ، و ذلك من خلال فرض التزام بالإدلاء بالمعلومات في المراحل السابقة على التعاقد لإبرام العقد وفق رضا مستتير بصورة من شأنها إلقاء الضوء على واقعة أو عنصر من عناصر التعاقد المزمع الولوج إليه<sup>2</sup>.

#### 1. التعريف اللغوي للإعلام

يقصد بالإعلام في اللغة الإفضاء و هو ينبثق من عبارة علم ، يعلم ، علما ، و يقال علم بالشيء أي عرفه و أدركه و شعر به و نقول أعلمه الأمر أي أطلعه عليه .

<sup>1</sup> عبد المجيد قادري ، المرجع نفسه ، ص 1000 .

<sup>2</sup> أمازوز لطيفية ، مرحلة التفاوض في العقود الالكترونية ، مجلة الحقوق و العلوم الإنسانية ، جامعة مولود معمري، المجلد 11، عدد 4 ، 2018، ص 121 .

## الفصل الثاني : الآثار الناشئة عن مرحلة المفاوضات

و لمصطلح الإعلام عدة معاني تختلف حسب استعماله إما في المجال الاصطلاحي أو المجال الفقهي أو المجال القضائي أو المجال القانوني ، وهو عكس مصطلح الكتمان الذي يعني إخفاء المرء واقعة يجب عليه ذكرها<sup>1</sup>.

### 2. التعريف الاصطلاحي للإعلام

أما اصطلاحاً ، يقصد بالإعلام بأنه " الالتزام الذي يسبق التعاقد بحيث يلتزم أحد طرفي العقد بإعلام الآخر عن البيانات الواجب توفرها في التعاقد ، ليتم إبرام عقد خال من أي عيب و كامل بكافة مفرداته ، نتيجة لظروف و اعتبارات معينة ترجع لطبيعة الشخص المتعاقد معه أو لطبيعة العقد نفسه ."<sup>2</sup>

عرفه نزيه محمد الصادق أنه : " التزام سابق على التعاقد يتعلق بالالتزام أحد المتعاقدين ، بأن يقدم للمتعاقد الآخر عند تكوين العقد، البيانات اللازمة لإيجاد رضا سليم كامل متطور على علم بكافة تفاصيل هذا العقد ، و ذلك بسبب ظروف و اعتبارات معينة قد ترجع إلى طبيعة هذا العقد أو صفة أحد طرفيه ، أو طبيعة محله ، أو أي اعتبار آخر يجعل من المستحيل على أحدهما أن يلم ببيانات معينة ، أو يحتم عليه منح ثقة مشروعة للطرف الآخر ، الذي يلتزم بناء على جميع هذه الاعتبارات بالالتزام بالإدلاء بالبيانات"<sup>3</sup>.

### 3. تمييز الالتزام بالإعلام قبل التعاقد و الإعلام التعاقدية :

تثور أوجه المقارنة بين كل من الالتزام بالإعلام قبل التعاقد ، و الالتزام التعاقدية بالإعلام ، في ضوء تماثل الهدف المنشود من تقريرهما ، و هو العمل على تنوير و تبصير الطرف الذي يتم توجيه الإعلام إليه بأمور العقد الجوهرية ، و التي يصعب الإحاطة بها، و تتحسر نقاط الاختلاف بينهما في مايلي :

1- يجد الالتزام بالإعلام قبل التعاقد أساسه في صحة و سلامة الرضا ، أي بعيداً عن العقد الذي يبرم بعده ، بينما يجد الالتزام التعاقدية بالإعلام أساسه في تنفيذ التزام عقدي .

<sup>1</sup> نبيل بن عديدة ، الالتزام بالإعلام و توابعه في مجال قانون الاستهلاك ، أطروحة للحصول على شهادة الدكتوراه في العلوم في القانون الخاص ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة وهران 2 ، الجزائر، 2017-2018 ، ص 11.

<sup>2</sup> آية بلعقون ، المرجع السابق ، ص 816.

<sup>3</sup> أحمد بومدين، دورالالتزام بالاعلام قبل التعاقد في حماية رضا المستهلك، مجلة العلوم القانونية، جامعة سعيدة،الجزائر، عدد 1، 2010،ص167.

## الفصل الثاني : الآثار الناشئة عن مرحلة المفاوضات

2- إن الالتزام بالإعلام قبل التعاقد يجد مصادره في المبادئ العامة للقانون ، كمبدأ حسن النية قبل التعاقد ، أو في مبدأ سلامة العقود ، أو في نصوص القانون الخاصة بقانون حماية و إعلام المستهلك ، أما الالتزام التعاقدى بالإعلام ، فلا خلاف أن مصدره هو العقد ، و في حدود ما يقتضيه ذلك العقد من اعتبارات حسن النية ، أو تنفيذاً لواجب التعاون و المشاركة بين المتعاقدين في تنفيذ العقد.

3- إن الاختلاف في مصدر الالتزامين يترتب عليه اختلاف جزاء الإخلال بكل منهما ، فبينما تعتبر المسؤولية التقصيرية هي مجال جزاء الإخلال بالالتزام بالإعلام قبل التعاقد .

إضافة إلى إمكانية الدائن طلب إبطال العقد نظراً لتعيب الرضا ، فإن مجال جزاء الإخلال بالالتزام التعاقدى بالإعلام هي المسؤولية العقدية ، حيث يستطيع الدائن طلب التنفيذ العيني إذا كان ممكناً ، إضافة إلى طلب الفسخ متى توافرت شروطه<sup>1</sup>.

### 4. الأساس القانوني للالتزام بالإعلام :

لقد تباينت الاتجاهات الفقهية التي حاولت وضع أساس يستند إليه الالتزام بالإعلام في وجوده ، حيث انقسم الفقه إلى ثلاث اتجاهات فقهية :

الفريق الأول يذهب إلى القول بالالتزام بالإعلام إنما يجد أساسه في الالتزام بالتسليم ، ذلك أن الالتزام بالإعلام يعتبر التزاماً تابعاً و ملحقاً بالالتزام بالتسليم ، و يبرر هذا الاتجاه موقفه بالقول ، بأن المشتري لا يستطيع الانتفاع بالمبيع دون عائق ، إلا إذا أخبره البائع بالمعلومات و البيانات المتعلقة بكيفية استعمال الشيء المبيع ، فضلاً عن إعلامه بخطورته و سبل تجنبها . و عليه يخلص أصحاب هذا الاتجاه بالقول ، بأن البائع لا يعتبر منفذاً لالتزامه بالتسليم على وجه سليم ، إلا أخبر المشتري بكل المعلومات و البيانات عن الشيء المبيع و سلم إليه النشرات الخاص بكيفية استعماله و التحذير من مخاطره<sup>2</sup>.

انتقد هذا الاتجاه بشدة على أساس أنه إذا كان الالتزام بالتسليم ينشأ عن عقد البيع ذاته و يتعلق بتنفيذه ، فإن الالتزام بالإعلام ينشأ في مرحلة التفاوض على العقد كتمهيد لإبرام العقد النهائي ، و من ثم فإن القول بأن الالتزام

<sup>1</sup> أحمد بومدين ، المرجع نفسه، ص 170 .

<sup>2</sup> معمر بوطبالة ، الالتزام بالإعلام في مرحلة المفاوضات على العقد التجاري الدولي ، مجلة العلوم الإنسانية ، المجلد ب ، عدد 46 ، 2016 ، ص 396.

## الفصل الثاني : الآثار الناشئة عن مرحلة المفاوضات

بالإعلام هو تابع للالتزام بالتسليم ، و من ملحقته ، بجانب المنطق ، ذلك أن الالتزام بالإعلام من الناحية الزمنية ، سابق لوجوده عن الالتزام بالتسليم<sup>1</sup>.

أما الفريق الثاني ، يذهب إلى القول بأن الالتزام بالإعلام إنما يجد أساسه في نظرية عيوب الرضا و لاسيما عيبي الغلط و التدليس، و يركز هذا الفريق في تحديد الأساس القانوني للالتزام بالتسليم على عيب التدليس بطريق الكتمان ، و الذي مفاده ألا يقوم الراغب بالتعاقد بكتمان المعلومات و البيانات ، المؤثرة في التعاقد و اللازمة لتكوين رضا حر و سليم ، و من كتمان المتعاقد ما يجب عليه الإدلاء به من معلومات و بيانات يعد في حد ذاته نوعا من التدليس ، و هذا طبقا لما ذهب المشرع الجزائري في المادة 86 من القانون المدني ، و التي جاء فيها " يجوز إبطال العقد للتدليس إذا كانت الحيل التي لجأ إليها احد المتعاقدين أو النائب عنه من الجسامة بحيث لولاها لما أبرم الطرف الثاني العقد ، و يعتبر تدليسا السكوت عمدا عن واقعة أو ملاحظة إذا ثبت أن المدلس عليه ما كان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة أو هاته الملاحظة " .

إن هذا الاتجاه كذلك تعرض لنقد شديد ، ذلك أن نطاق الالتزام بالإعلام أوسع من نطاق نظرية عيوب الرضا ، حيث أن الالتزام بالإعلام يعبر في حقيقة الأمر عن ضرورات الواقع العملي ، و ذلك لمعالجة قصور نظرية عيوب الرضا<sup>2</sup>.

أما الاتجاه الثالث ، فيؤسس الالتزام بالإعلام على مبدأ حسن النية ، باعتبار أن هذا الأخير هو التزام عام يشمل العلاقة التعاقدية، سواء في مرحلة التكوين أو مرحلة التنفيذ ، إذ يقضي حسن النية أن يجري التفاوض بشرف و أمانة ، و أن مما يتنافى مع الأمانة ، و من ثم يعد إخلالا بمبدأ حسن النية ، كتمان بيانات يعلم من يكتمها عن المفاوضات الآخر لو علم بها سيغير موقفه في المفاوضات و قراره النهائي بالتعاقد و رضاه بالشروط التي تم العقد بها ، و قد أوضح ذلك بعض أحكام القضاء الفرنسي منها ما قضت به محكمة استئناف باريس بأنه إلى جانب النصوص القانونية يفرض حسن النية في التعاقد واجباً تكميلياً بالصدق و يتمثل بتزويد كل طرف في العقد الطرف الآخر بكل المسائل التي هي محل اهتمامه<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> عبد المجيد قادري ، مراد عمراني ، التزامات الأطراف في المرحلة السابقة للتعاقد ، المرجع السابق ، ص 796.

<sup>2</sup> معمر بوطبالة ، المرجع السابق ، ص 396.

<sup>3</sup> عبد المجيد قادري ، مراد عمراني ، المرجع نفسه، ص 797.

## الفصل الثاني : الآثار الناشئة عن مرحلة المفاوضات

### 5. مكانة الالتزام بالإعلام

نجد أن العديد من النظم القانونية الوضعية و من ضمنها القانون المدني الجزائري تستوجب إعلام المتعاقد معه ، كما هو الشأن بضرورة إعلام المشتري بحالة المبيع عليها كافيا طبقا للمادة 352 مدني<sup>1</sup> .

كما أكد ذلك في المادة 4 من القانون 04-02 التي تنص على أنه " يتولى البائع وجوبا إعلام الزبائن بأسعار و تعريفات السلع و الخدمات ، و بشروط البيع"<sup>2</sup>.

كما أن المادة 17 من القانون 09-03 التي تنص على أنه " يجب على كل متدخل أن يعلم المستهلك بكل المعلومات المتعلقة بالمنتج الذي يضعه للاستهلاك بواسطة الوسم ووضع العلامات أو بأي وسيلة أخرى مناسبة"<sup>3</sup>.

لم يخلو القانون الفرنسي من إشارات بشأن الالتزام بالإعلام في مرحلة ما قبل التعاقد ، فهناك العديد من مواد القانون المدني استنتج منها القضاء الالتزام بالإعلام في المرحلة السابقة على التعاقد<sup>4</sup>، ضمن المواد L111-1 و ما بعدها من تقنين الاستهلاك، إذ ألزم المهني قبل التعاقد مع المستهلك عن طريق بيع السلع و الخدمات أن يضع تحت تصرفه بشكل مقروء و مفهوم المعلومات الآتية :

المواصفات الأساسية للسلع و الخدمات مع الأخذ بعين الاعتبار وسائط التواصل و طبيعة و ثمن السلعة و الخدمة المعنية ، تحديد تاريخ أو أجل تعهد المهني بتسليم السلعة أو الخدمة في حالة التراخي عن التنفيذ الفوري للعقد .

المعلومات المتعلقة بشخصية المهني و وسائل الاتصال البريدي و الهاتف الإلكتروني ، و كذا المعلومات المتعلقة بأنشطته و عند الاقتضاء الضمانات القانونية<sup>5</sup>.

L1112 من التقنين المدني الفرنسي أيضا كرست هذا الالتزام بنصها " يجب على من يكون لديه من الأطراف معلومات جوهرية و محددة محل اعتبار لرضاء الطرف الآخر ، أن يقوم بإعلامه بها ، متى كان هذا

<sup>1</sup> تنص المادة 352 " يجب أن يكون المشتري عالما بالمبيع علما كافيا و يعتبر العلم كافيا إذا اشتمل العقد على بيان المبيع و أوصافه الأساسية بحيث يمكن التعرف عليه"

<sup>2</sup> قانون رقم 04-02 المؤرخ في 23 جوان 2004 يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية ج، ر ، عدد 41.

<sup>3</sup> قانون رقم 09-03 المؤرخ في 25 فبراير 2009 المتعلق بحماية المستهلك و قمع الغش جريدة الرسمية ، عدد 15.

<sup>4</sup> أمازوز لطيفية ، المرجع السابق ، ص 122.

<sup>5</sup> عبد القادر بلاوي ، المرجع السابق ، ص 163.

## الفصل الثاني : الآثار الناشئة عن مرحلة المفاوضات

الأخير يجهلها ، على نحو سائق قانونا ، أو كان قد أودعته ثقته " . من نص المادة يتبين أنه يجب توفر 3 شروط لقيام هذا الالتزام : فيجب أن تكون المعلومات محل الالتزام بالإعلام جوهرية ، و هي تكون كذلك متى محل اعتبار رضا الطرف الآخر . كما يجب أن يكون أحد الطرفين عالما بها بينما يجهلها الطرف الآخر ، و من ثم فليس ثمة إخلال إذا تبين أن هذا الأخير كان عالما بها من قبل . و أخيرا يجب أن لا يكون جهل الطرف الآخر ، أو ثقته التي أولاهها للمتفاوض معه ، راجعا إلى تقصير منه و لهذا لا يجوز التمسك بحصول إخلال بهذا الالتزام ممن يجهل معلومات جوهرية بشأن العقد محل التفاوض ، متى كان يتعين عليه أن يعلم بهذه المعلومات<sup>1</sup>.

### 6. طبيعة الالتزام بالإعلام

إن تحديد طبيعة الالتزام بالإعلام يثير تساؤلا جوهريا حول الهدف من هذا الالتزام ، هلا هو التزام ببذل عناية فقط ، أم هو التزام بتحقيق نتيجة ، حيث انقسم الفقه إلى ثلاثة اتجاهات لتحديد طبيعته :

**الاتجاه الأول :** يرى بأن التزام البائع ( المورد ) بالإعلام ، هو التزام ببذل عناية ، و ليس التزاما بتحقيق نتيجة ، أي أن البائع (المورد) ، يلتزم بإعلام المشتري ( المستورد ) ، بكل البيانات و المعلومات التي توضح حقيقة الشيء المبيع ، على الأساس ، فإن البائع ( المورد ) ، يعتبر قد أوفى بالتزاماته ، إذا بذل من العناية ما يبذله الرجل العادي ، و في هذه الحالة يقع على المشتري (المستورد) عبء إثبات خطأ البائع ( المورد )<sup>2</sup>.

**الاتجاه الثاني :** يرى أن الالتزام بالإعلام هو التزام بتحقيق نتيجة ، على اعتبار أن الغاية من هذا الالتزام هو ضمان سلامة المستورد ، و حمايته في مواجهة المورد المهني المتخصص ، و من ثم فإن مسؤولية المورد البائع تتحقق بمجرد ثبوت عدم تحقيق النتيجة المرجوة ، و لا يستطيع البائع المورد دفع تلك المسؤولية عنه ، إلا إذا أقام الدليل على وجود سبب أجنبي حال دون تحقيق النتيجة المرجوة<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> أشرف جابر ، الإصلاح التشريعي الفرنسي لنظرية العقد : صنيعة قضائية و صياغة تشريعية-لمحات في بعض المستجدات ، ملحق خاص ، عدد 2 ، جزء 2 ، 2017 ، ص 298.

<sup>2</sup> علي أحمد صالح ، المرجع السابق ، ص 437.

<sup>3</sup> معمر بوطبالة ، المرجع السابق ، ص 398.

## الفصل الثاني : الآثار الناشئة عن مرحلة المفاوضات

**الاتجاه الثالث:** يرى بأن الالتزام بالإعلام ، ينقسم إلى التزامين :

الالتزام الأول : هو التزم بتحقيق نتيجة ، و يتمثل هذا الالتزام في نقل المعلومات و البيانات إلى المشتري ( المستورد ) ، بحيث لا يعفى البائع ( المورد ) من مسؤوليته ، إلا إذا قدم الدليل على وجود سبب خارجي منعه من تحقيق النتيجة .

أما الالتزام الثاني ، فهو التزم بتحقيق عناية و يتمثل هذا الالتزام في كون البائع ( المورد ) ، إذا استعمل كل ما في وسعه لنقل المعلومات و البيانات الخاصة بالشيء المبيع ، و قام بانتقاء أفضل الوسائل و الأكثر ملاءمة ، لتحقيق استيعاب المشتري (المستورد) ، لهذه المعلومات ، برأت ذمته .

أما الرأي الراجح ، يؤكد بأن الالتزام بالإعلام هو مجرد التزم ببذل عناية ، و ليس التزما بتحقيق نتيجة ، لكون البائع ( المورد ) ملزم فقط ، بأن يخبر المشتري ( المستورد ) ، بكافة البيانات و المعلومات التي تؤدي إلى تمكنه من استخدام الشيء المبيع الاستخدام الأفضل و الصحيح. و على هذا الأساس ، فالنتيجة المرجوة من الالتزام بالإعلام ، هي نتيجة احتمالية ، بسبب ما يلعبه المشتري ( المستورد ) ، من دور إيجابي و فعال في تحقيقها أو عدم تحقيقها<sup>1</sup>.

### الفرع الثاني

#### الالتزام بالسرية

السر بحسب المتعارف عليه هو ما لا يجب إذاعته أو نقله لشخص آخر ، و عرف اصطلاحاً بأنه "واقعة ينحصر نطاق العلم بها في عدد محدود من الأشخاص إذا كانت ثمة مصلحة يعترف بها القانون لشخص أو أكثر في أن يظل العلم بها محصور في ذلك النطاق"<sup>2</sup>.

يلتزم المتفاوض بالمحافظة على الأسرار التي يطلع عليها أثناء التفاوض ، حيث قد تقتضي المفاوضات إفشاء أحد الطرفين للآخر بعض أسراره الهامة ، حتى و لو لم تكن هذه الأسرار تحظى بالحماية القانونية<sup>3</sup> .

<sup>1</sup> علي أحمد صالح ، المرجع السابق ، ص 438 .

<sup>2</sup> جعفر الخفاجي ، الالتزام بالسرية في مفاوضات عقود نقل التكنولوجيا ، مجلة المحقق حلي للعلوم القانونية و السياسية ، عدد 2، ص367.

<sup>3</sup> فائزة براهيم ، المرجع السابق ، ص 139.

## الفصل الثاني : الآثار الناشئة عن مرحلة المفاوضات

فلا يقصد بالسرية هنا أن تتم المفاوضات في غير علانية ، أي سرية جريان المفاوضات ، و إن تنوع المواقع التي تتدخل فيها السرية ، لم يكن يسمح بسهولة تحليلها أو إعطاء تعريف شامل و دقيق عنها<sup>1</sup>. لا يقصد بالسرية أن تكون المفاوضات غير علنية تجري في طي الكتمان ، بل السرية في المعلومات الفنية أو الهندسية أو الكيماوية التي أتاحت المفاوضات للمفاوض الإطلاع عليها<sup>2</sup>.

قد يتفق الطرفان على التزامهما بعدم إفشاء المعلومات التي علماها ، و غياب اتفاق على هذا الالتزام لا يؤثر في وجوده ، فأساس الالتزام بالمحافظة على سرية المفاوضات هو مبدأ حسن النية ، و لا يشمل هذا الالتزام كل المعلومات المطروحة بل يقتصر على نوعين فقط هما : المعلومات التي يُصَبغ عليها طابع السرية ، و ثانيا تلك التي تكون طبيعتها غير قابلة للنشر ، و يقدر قاضي الموضوع هذه المعلومات المعلنة ، و التي يقتضي حسن النية أن تحاط بالسرية ، و ذلك بحسب ظروف كل قضية<sup>3</sup>.

القانون المدني الجزائري لم يتضمن نصا صريحا ، يفرض الالتزام بالمحافظة على سرية المعلومات خلال مرحلة التفاوض على العقد ، غير أن وجوب الالتزام بحسن نية في مجال تنفيذ العقد ، و الذي يمتد حسب ما يذهب إليه جانب من الفقه إلى مرحلة التفاوض على العقد ، يمكن من خلاله استخلاص وجود الالتزام بالمحافظة على سرية المعلومات ، و هذا ما نصت عليه المادة 107 من القانون المدني الجزائري.

بالإضافة إلى ما ورد في القانون المدني من قواعد عامة يستخلص منها وجود الالتزام بالمحافظة على سرية المعلومات ، فقد نظم المشرع كذلك بمقتضى نصوص خاصة مجالات قانونية متعددة ، منها حماية الملكية الفكرية و الفنية و الصناعية ، و التي تضمنت حماية المعلومات الفنية و التقنية السرية ، و من أبرزها قانون حماية المؤلف و الحقوق المجاورة الجزائري ، الصادر بمقتضى الأمر 05/03 المؤرخ في 2003 ، و القانون المتعلق بالعلامات الصادر بمقتضى الأمر 06-03<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> حمدي بارود ، المبادئ التي تحكم التفاوض في العقود الدولية لنقل التكنولوجيا ، المرجع السابق ص 857.

<sup>2</sup> أكرم محمود حسين البدو ، محمد صديق عبد الله ، المرجع السابق ، ص 415.

<sup>3</sup> لخضر حليس ، المرجع السابق ، ص 171.

<sup>4</sup> عبد المجيد قادري ، مراد عمراني ، المرجع السابق ، ص 801.

## الفصل الثاني : الآثار الناشئة عن مرحلة المفاوضات

نجد أن الطرفان قد يلجأن لحماية السرية بينهما خلال مرحلة التفاوض بالتوقيع على عقد هو عقد حفظ السرية (confidentiality agreement during negotiation)، هو عقد تعترف به كل من التشريعات المدنية و القضاء الأنجلو أمريكي وفق شروط خاصة ، و بذلك يفرض الأطراف على الأسرار المتبادلة بينهما حماية عقدية . الالتزام بالسرية هو التزام بتحقيق نتيجة تتمثل في الامتناع عن القيام بإفشاء السرية من قبل الطرف الذي استلم هذه الأسرار ، و ألا يقوم باستخدامها لصالحه أو بإفشاءها لطرف آخر.<sup>1</sup>

### الفرع الثالث

#### الالتزام بعدم إجراء مفاوضات موازية

غالبا ما يسعى المتعاملون في ميدان التجارة سواء الدولية أو الداخلية للوصول إلى أحسن الصفقات التي تحقق طموحات مشروعاتهم و توسيع أنشطتهم ، لذلك قد يسعى أحد الطرفين إلى إجراء مفاوضات موازية مع طرف ثالث حتى يحقق مراده .

و القاعدة العامة أن المفاوضات الموازية جائزة و مشروعة عملا بمبدأ حرية التعاقد ، فللشخص أن يوازن بين الفرص ، و من ثم فا يمكن حظر إجراء مفاوضات موازية إلا بموجب شرط خاص تتفق عليه الأطراف صراحة ، و يسمى شرط " القصر أو الاستبعاد "

هذا الاتفاق لا يولد بذاته التزاما بقصر التفاوض على الطرف الآخر في المفاوضات ، إذ القول بغير ذلك معناه في الحقيقة مصادرة حرية التعاقد ، و حرية المناقشة من أساسها ، و من هنا تظهر فائدة هذا الشرط الذي يلزم صاحبه بعدم التفاوض مع الغير خلال فترة المفاوضات ، فهو ينشئ التزاما على عاتقه لم يكن ليوحد لولا إرادته الصريحة في إلزام نفسه به التي عبر عنها الاتفاق المبدئي.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> محمد عمر عبد الله حفناوي ، المفاوضات في عقود التجارة الدولية دراسة مقارنة ، كلية الدراسات الفقهية و القانونية ، جامعة آل البيت، 2002، ص 99.

<sup>2</sup> فائزة براهيم ، المرجع السابق ، ص 138 .

## الفصل الثاني : الآثار الناشئة عن مرحلة المفاوضات

### الفرع الرابع

#### الالتزام بالتعاون

إن المغزى من الالتزام بالتعاون في هذه مرحلة التفاوض على العقد ، هو التعاون البناء و الوطيد و المستمر بين أطراف التفاوض ، بما يكفل الوصول بالمفاوضات إلى نهاية مرضية ، أما بانعقاد العقد المراد إبرامه أو فشل المفاوضات ، و غض النظر عنه كلية ، و لا تتدرج صور التعاون تحت حصر ، فكل ما يحتاجه السير الأمثل للعملية التفاوضية فهو لازم كاحترام مواعيد جلسات التفاوض، و عدم التراخي في تحديدها ، و الجدية في مناقشة العروض ، و عدم التقدم بعروض مبالغ فيها ، و عدم الرفض بلا مبرر مشروع إلا بعد الدراسات الفنية و الاستشارات القانونية ، و عدم السعي إلى خلق منازعات و وضع العراقيل ، و عدم العودة إلى الوراء بإثارة النزاع دون مبرر معقول ، و المرونة في المناقشة ، و بذل كل ما في الوسع من طاقة و جهد لإنهاء المفاوضات بموعدها المحدد، و غيرها من صور التعاون اللازمة لإنجاح العملية التفاوضية<sup>1</sup>. تقوم فكرة المفاوضات أساسا على التعاون المشترك فينا بين أطراف التفاوض للوصول إلى الاتفاق الذب سيجسد في العقد .

يظل الالتزام بالتعاون قائما طوال مرحلة المفاوضات لغية الوصول إلى النتيجة المرجوة ، و لا تتدرج صور التعاون تحت حصر ، فكل ما يحتاجه سير العملية التفاوضية فهو لازم ، مثل المواظبة على مواعيد التفاوض ، و الجدية في مناقشة العروض المقدمة<sup>2</sup>.

### المبحث الثاني

#### المسؤولية الناشئة عن الإخلال بالتزامات الأطراف في مرحلة المفاوضات

مرحلة المفاوضات كما سبق القول كغيرها من التصرفات التي ترتب التزامات في ذمة الأطراف التي تقوم بها ، سواء كانت هذه الأخيرة أساسية أو متفرعة عن الالتزام الأساسي و هو مبدأ حسن النية ، و كما هو معروف في القواعد العامة كل التزام يترتب عنه مسؤولية سواء كان التزام أخلاقي أو قانوني ، و هذا ما يثير التساؤل حول الطبيعة القانونية لهذه المسؤولية ، و حول الجزاء الذي يقع جراء وقوع هذه المسؤولية ، في المطالب الآتية.

<sup>1</sup> محمد شاكر محمود محمد ، المرجع السابق ، ص 61.

<sup>2</sup> مصطفى خضير النشمي ، المرجع السابق ، ص 63.

## الفصل الثاني : الآثار الناشئة عن مرحلة المفاوضات

### المطلب الأول

#### الطبيعة القانونية للمسؤولية في مرحلة ما قبل التعاقد النهائي

ثار خلاف فقهي كبير حول طبيعة المسؤولية التي تنشأ جراء الإخلال بأي التزام في مرحلة التفاوض لانعقاد العقد ، حيث ذهب الرأي الأول إلى تكييف هذه المسؤولية على أنها مسؤولية عقدية ( فرع أول ) ، على اعتبار أن مرحلة التفاوض تصرف قانوني ، يترتب آثار قانونية ، و رأي ثان اعتبر أن مرحلة التفاوض لا تترتب إلا مسؤولية تقصيرية ( فرع ثان ) .

### الفرع الأول

#### النظريات التي نادت بالمسؤولية العقدية (موقف الفقه التقليدي)

هناك عدة نظريات نادت بهذه الطبيعة للمسؤولية في مرحلة المفاوضات منها:

أولاً: نظرية الخطأ عند تكوين العقد :

#### 1-مضمون النظرية:

ترتكز هذه النظرية التي جاء بها اهرنج ، في أن كل شخص أقدم على التعاقد و يكون هو السبب في بطلانه ، بحيث يقيم مظهراً كاذباً ليطمئن إليه المتعاقد الآخر ، يلتزم بتعويض هذا الأخير بمقتضى العقد الباطل ، أي أن المسؤولية عن هذا الخطأ عقدية بمقتضى العقد الباطل نفسه<sup>1</sup>. يعتبر الفقيه اهرنج ، من أهم أنصار هذه النظرية ، و ذلك بفكرته عن الخطأ عند تكوين العقد ، حيث بين أن الخطأ في الفترة السابقة على التعاقد سواء نجم عنه عدم انعقاد العقد أم أدى إلى بطلانه هو خطأ عقدي ، يثير المسؤولية العقدية على عاتق مرتكبه ، و يترتب عليه تعويض الضرر الذي لحق الطرف الآخر نتيجة تنفيذ العقد المراد إبرامه.<sup>2</sup>

و ما دعا الفقيه ايرنج إلى هذه النظرية هو القانون الروماني هو الذي كان معمول به في ألمانيا في عهده، و لم يكن هذا القانون يسلم بأن كل خطأ يترتب مسؤولية مدنية ، بل كانت الأعمال الضارة التي توجب التعويض مقيدة بشروط معينة يقضى بها قانون أكيليا ( aquilia ) المعروف، فلم يستطع ايرنج أن يقرر أن العقد الباطل كواقعة مادية ، يعتبر خطأ يوجب التعويض ، و لكنه نقب في نصوص القانون الروماني فعثر على بعض النصوص التي تقضي برجوع أحد المتعاقدين على الآخر في العقد الباطل بمقتضى دعوى العقد ذاتها . و

<sup>1</sup> صليحة بن أحمد ، المرجع السابق ، ص 41.

<sup>2</sup> محمد شاكر محمود محمد ، المرجع السابق ، ص 87.

## الفصل الثاني : الآثار الناشئة عن مرحلة المفاوضات

استخلص من ذلك أن العقد بالرغم من بطلانه التزاما بالتعويض كعقد لا كواقعة مادية ، و لم يرد الاقتصار على التطبيقات التي وجدها في القانون الروماني ، بل رسم مبدأ عاما يقضي بأن كل متعاقد تسبب و لو بحسن نية في إيجاد مظهر تعاقدى اطمأن إليه المتعاقد الآخر بالرغم من بطلان العقد الذي قام عليه هذا المظهر ، يلتزم بتعويض المتعاقد الآخر<sup>1</sup>.

يخلص اهرنج ، إلى القاعدة التالية : ( إن بذل اليقظة العقدية ، هو أمر مطلوب في العلاقات العقدية التي هي في طور التكوين ، مثلما هو مطلوب في العلاقات العقدية القائمة بالفعل ، و عدم مراعاة هذه اليقظة ينشئ في الحالتين دعوى عقدية بالتعويض ) ، لقد استخلص اهرنج أن الخطأ عند إبرام العقد ، لا يختلف عن الخطأ العقدي<sup>2</sup>.

الخطأ في نظرية اهرنج فيتمثل في إقدام المتعاقد من أتى سبب البطلان من جهته على التعاقد ، و كان واجب عليه و كان واجب عليه أن يعلم بما يحول دون هذا التعاقد من أسباب توجب بطلان العقد.

أما التعويض فقد أضفى عليه ايرنج لونا خاصا ، إذ أن التعويض لا يكون كاملا كما في التعويض عن العقد الصحيح ، فالتعويض عن العقد الصحيح يكون عن المصلحة الإيجابية ( Intérêt positif ) و هي أن للمتعاقد مصلحة في قيام العقد ، و من ثم تنفيذه و لو تقاعس المتعاقد الآخر عن التنفيذ ، يمكنه المطالبة بتعويض يساوي ما لحقه من خسارة و ما فاته من كسب كنتيجة لعدم التنفيذ ، بمعنى الحصول على تعويض يعادل ما كان سيحصل عليه لو تم تنفيذ العقد و لذا تسمى المصلحة الإيجابية. أما إذا وقع العقد باطلا يكون للمتعاقد المضرور سوى مصلحة في عدم إبرامه و يكون له الحق في المطالبة بتعويض من ضرر من جراء اعتقاده صحة العقد و هو الحصول على تعويض يعيده إلى الحالة التي سيصبح عليها لو لم يوجد العقد مطلقا و تسمى بالمصلحة السلبية<sup>3</sup>.

### 2- تقدير النظرية

نورد فيما يلي ما استقر عليه الفقه من مزايا هذه النظرية ، و ما أخذ عليها من عيوب :

<sup>1</sup> عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق ، ص 409.

<sup>2</sup> علي أحمد صالح ، المرجع السابق ، ص 592.

<sup>3</sup> صليحة بن أحمد ، المرجع السابق ، ص 43.

## الفصل الثاني : الآثار الناشئة عن مرحلة المفاوضات

### أ- مزايا نظرية اهرينج:

تبني فكرة الخطأ : يقيم اهرينج نظريته على وصف من تسبب في عدم انعقاد العقد ( بالخطأ ) ، و يذهب إلى فرضية أن مجرد إقدام البائع على التعاقد دون أن يكون واثقا تماما من عدم وجود ما قد يعتري البيع من عيب ، و هو بذلك لا يؤسس المسؤولية على عقد ضمني فيتجنب بذلك انتفاء المسؤولية إذا كان الظن مشتركا بين الأطراف ، بما يدل على حسن نيتهم ، بل يؤكد على تحقق الخطأ من مجرد الإقدام على التعاقد مع توافر العيب ، و إن كان هذا العيب خفيا عليه شخصا<sup>1</sup>.

ابتدع اهرينج ، فكرة التعويض عن المصلحة العقدية السلبية فقط و هي الحصول على تعويض يعيده إلى الحالة التي كان سيصبح عليها لو لم يوجد العقد أصلا ، بشرط إثبات وقوع الضرر ، و عدم علم من أصابه الضرر بسبب البطلان<sup>2</sup>.

### ب- عيوب نظرية اهرينج:

على الرغم من مزايا هذه النظرية ، إلا أنها واجهت عدة انتقادات :

تجاهل الأثر المطلق للبطلان ، و تقول بزوال كل آثار التصرفات التي تلتحق بالبطلان ، و هو ما يتعارض مع اقتصار البطلان على الركن أو الشرط الذي أصابه البطلان وحده .

إضافة إلى ذلك افتراض الخطأ من جانب المتعاقد ، رغم أنه قد يجهل سبب البطلان أو انتفاء التقصير في جانبه لعدم علمه بهذا السبب ، و هو ما يجعل من فكرة الخطأ العقدي الذي ينادي بها أقرب إلى فكرة تحمل التبعة العقدية منها إلى فكرة الخطأ التقصيري.

نظرية اهرينج لا تقوم على أساس صحيح حيث أنها تنطلق من فكرة خاطئة بالنسبة للمفاوضات ، لأن المسؤولية قبل التعاقدية تنهض عندما تفشل المفاوضات و تصل إلى طريق مسدود ، و هذه المسؤولية لا يمكن ردها إلى عقد لم يرى النور بعد أو إلى عقد باطل<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> محمد شاكر محمود محمد ، المرجع السابق ، ص 96.

<sup>2</sup> علي أحمد صالح ، المرجع السابق ، ص 614 .

<sup>3</sup> محمد شاكر محمود محمد ، المرجع نفسه، ص 97.

## الفصل الثاني : الآثار الناشئة عن مرحلة المفاوضات

ثانياً: نظرية تحمل التبعة العقدية

### 1- مضمون النظرية

صاحب هذه النظرية الفقيه الألماني WINSHEID ، تقوم هذه النظرية على أن كل مقدم على التعاقد ، يتعين أن يتحمل الأضرار الناجمة عن تبعة النشاط العقدي الذي قام به ، أيا كانت الأسباب التي عاقت قيام العقد ، أو أدت إلى بطلانه ، بل حتى لو كانت هذه الأسباب مجهولة تماماً منه<sup>1</sup>.

تختلف هذه النظرية عن نظرية اهرينج ، في أن هذه الأخيرة تقيم المسؤولية عن بطلان العقد على أساس الإخلال بالالتزام باليقظة عند التعاقد ، الناشئ عن العقد الباطل نفسه ، أما نظرية فينشيدي فتقيم المسؤولية على البادئ بالنشاط التعاقدية ، على أساس تحمل تبعة هذا النشاط .

و يكمن الاختلاف بين النظريتين في الإثبات ، حيث يقع على المضرور في نظرية اهرينج ، عبئ إثبات إخلال المسؤول بالتزامه باليقظة عند التعاقد ، فضلاً عن إثبات الضرر و العلاقة السببية بين الخطأ و الضرر ، في حين يكفي فينشيدي ، بأن يقوم المضرور بإثبات الضرر الذي أصابه ، لكي تقوم مسؤولية الطرف الآخر ، إلا أقام هذا الأخير الدليل على إهمال المضرور .

تجدر الإشارة إلى أن هذه النظرية غير واضحة المعالم ، فيما يخص الطبيعة القانونية للمسؤولية قبل العقدية، هل هي عقدية أم تقصيرية<sup>2</sup>.

### 2-تقدير النظرية

#### أ- مزايا النظرية:

تتميز بسهولة الإثبات ، فقد كفلت نظرية تحمل التبعة العقدية للطرف المضرور طريقاً سهلاً للإثبات ، حيث اكتفت لقيام المسؤولية أن يثبت المضرور وقوع ضرر له من جراء النشاط التعاقدية الذي بادر إليه المسؤول و هذا أمر سهل.

<sup>1</sup> علي أحمد صالح ، المرجع السابق ، ص 623.

<sup>2</sup> علي أحمد صالح ، المرجع نفسه ، ص 625.

## الفصل الثاني : الآثار الناشئة عن مرحلة المفاوضات

أما الميزة الثانية ، هي الاستجابة لمقتضيات العدالة ، إذ أن هذه الفكرة تكفل للمضرور حماية قانونية فعالة ، و ذلك عن طريق إعطائه الحق في الحصول على تعويض عادل في الحالات التي ينتفي فيها الخطأ ، حيث أنها تلزم صاحب الشأن حتى و إن لم يرتكب خطأ بتحمل تبعة نشاطه التعاقدى الذي أضر بالغير.

### ب- عيوب النظرية

هذه النظرية تلقي المسؤولية على الموجب باعتباره هو البادئ بالنشاط التعاقدى ، و هذه فكرة خاطئة على الرغم من إمكانية تبادل الأدوار في مرحلة المفاوضات، فيكون من وجه إليه الإيجاب هو من يصدر منه الإيجاب. و من الناحية العملية إذا كانت هذه النظرية تتميز في تسهيل حصول الطرف المتضرر عن التعويض ، فإن لها مضار تفوق هذه المزية ، لأن بترتيبها المسؤولية عن كل فعل و تحمل تبعته ، تؤدي إلى تقاعس المرء عن كل نشاط تفاوضي و تثبيط همته<sup>1</sup>.

### ثالثا-نظرية الوكالة

و يذهب هذا الاتجاه في تأسيس المسؤولية عن قطع المفاوضات بأنها عقدية ، و لكنهم استندوا في تأسيس نظريتهم على أساس فكرة الوكالة و قال بها الفقيه الألماني SCHEURL ، إذ يرى أن الدعوة إلى التفاوض تتضمن لمن توجه إليه توكيلا ضمنيا باتخاذ كل الأعمال اللازمة للوصول إلى إبرام العقد، فإذا فشلت المفاوضات و لم يبرم العقد كان الموكل مسؤولا عن تعويض الوكيل عن المصروفات التي أنفقها في سبيل تنفيذ الوكالة ، شورل جعل المسؤولية في هذه المرحلة مسؤولية عقدية على أساس عقد وكالة ضمني ، فيعتبر أن الشخص تلقى دعوة إلى التفاوض ، بمثابة وكيل عن صاحب هذه الدعوة في القيام بما يراه مناسبا لإبرام العقد ، بحيث إذا قام هذا الشخص بقطع المفاوضات ، فإنه يلتزم بتعويض هذا الوكيل عما أصابه من ضرر<sup>2</sup>.

نصت المادة 582 ق.م على " الموكل يرد للوكيل ما انفقه في تنفيذ الوكالة تنفيذا معتادا و ذلك مهما كان حظ الوكيل من النجاح في تنفيذ الوكالة فإذا اقتضى تنفيذ الوكالة أن يقدم الموكل للوكيل مبالغ للإنفاق منها في شؤون الوكالة وجب على الموكل أن يقدم هذه المبالغ إذا طلب الوكيل ذلك".

<sup>1</sup> محمد شاكر محمود محمد ، المرجع السابق ، ص 108.

أبحار حامد حبش علي ، المرجع السابق ، ص 92.

## الفصل الثاني : الآثار الناشئة عن مرحلة المفاوضات

رابعاً: نظرية فاجيلا

### 1- مضمون النظرية

يستند FAGGELLA في نظريته إلى ثلاث أفكار أساسية و هي بمثابة المعطيات التي ينطلق منها ، حيث يرى فاجيلا أن الطرفان يمران بثلاثة مراحل في طريقهما إلى التعاقد ، و هي على التوالي مرحلة المفاوضات التمهيديّة و مرحلة صياغة الإيجاب و مرحلة تصديره و يرى أن لهذه المراحل الثلاثة قيمة قانونية معينة.

فقد نادى فاجيلا برأي جديد ، حيث اعتبر أن المراحل الثلاثة قبل العقدية ، و إن اختلفت في الخصائص و الأهداف ، إلا أن لكل مرحلة من المراحل قيمة قانونية حقيقية ، و اعتبر أن الاتفاقات التي يبرمها الأطراف أثناء مرحلة التفاوض ، و إن كانت غير ملزمة فهي ليست " مشروعات في الهواء " ، كما يترتب عن هذه المراحل آثار قانونية . بالنسبة للآثار القانونية للمراحل الثلاث قبل العقدية ، فقد اعتبر فاجيلا أن المراحل الثلاث قبل العقدية بمثابة وقائع قانونية ( faits juridiques ) منتجة لآثار قانونية و ليست مجرد وقائع مادية . قسم فاجيلا هذه الآثار إلى :

النوع الأول الآثار السلبية إذا اعتبر فاجيلا أن الآثار السلبية تخضع لمبدأ سلطان الإرادة ، الذي من خلاله يحتفظ الطرفان بكامل حقهما في العدول في أي مرحلة .

أما النوع الثاني ، الآثار الإيجابية حسب فاجيلا بمجرد الدخول في المفاوضات بهدف إبرام عقد معين ينشأ عنه واقع يحميه القانون و تترتب عن ذلك قيام المسؤولية ما قبل العقدية<sup>1</sup>.

### 2-تقدير النظرية

لتقدير النظرية لا بد من التطرق إلى :

#### أ- مزايا النظرية

أهم مزايا النظرية أنها اعترفت بشكل واضح بأن للمفاوضات قيمة قانونية حقيقية ، لا يمكن تجاهلها ، و أن المفاوضات ليست مشروع في الهواء ، أو مجرد أعمال مادية بحتة غير ملزمة .

<sup>1</sup> صليحة بن أحمد ، المرجع السابق ، ص 56.

## الفصل الثاني : الآثار الناشئة عن مرحلة المفاوضات

اعترفت هذه النظرية بوجود رضا متبادل من الطرفين بالدخول في المفاوضات ، و أنه لا يشترط أن يكون الرضا صريحا ، بل يكفي أن يكون ضمنيا ، بحيث يتحقق بمجرد الدخول في المفاوضات.

اعترفت هذه النظرية بالتدرج في التعويض ، بحسب الحالة التي تكون عليها الأطراف المتفاوضة .

### ب- عيوب النظرية

من الانتقادات التي وجهت لهذه النظرية أنها تبنت تقسيم ثلاثي لمرحلة ما قبل التعاقد ، لا يتفق مع الواقع ، ذلك أن هذه المراحل الثلاث قبل العقدية لا توجد في كل العقود ، فمرحلة المفاوضات التمهيديّة لا وجود لها في عقود الإذعان مثلا ، ذلك أن هذه العقود غير قابلة للتفاوض ، كما أن المرحلة الثانية و هي مرحلة صياغة الإيجاب ، تكاد تنعدم في غالبية العقود ، و إن وجدت فإنها تدخل ضمن مرحلة المفاوضات ، التي تنتهي بصور الإيجاب النهائي . لذلك يتعين النظر إلى المفاوضات ككل لا يتجزأ ، و بالتالي فإن التقسيم الثلاثي للمرحلة قبل العقدية ، هو تقسيم غير مبرر ، و يتعارض مع الواقع.<sup>1</sup>

### الفرع الثاني

#### النظريات التي نادى بالمسؤولية التقصيرية

ساهمت الانتقادات التي وُجّهت إلى النظريات التي اتجهت بالقول إلى أن المسؤولية في الفترة ما قبل هي مسؤولية عقدية ، في بروز اتجاهات فقهية أخرى حديثة تبنت فيها أن الطبيعة القانونية للمسؤولية في مرحلة المفاوضات هي مسؤولية تقصيرية فمن بين هذه النظريات ما سيتم عرضه .

يرى أصحاب هذا الاتجاه أن مبنى المسؤولية في الفترة السابقة على التعاقد في حالة عدم إتمام التعاقد هو مسؤولية تقصيرية لأن المسؤولية العقدية لا تنشأ إلا عن عقد و العقد لا يتم إلا باقتران القبول بالإيجاب و هذا لم يحصل و عليه فإن أحكام المسؤولية التقصيرية هي التي تطبق في حالة عدم وجود عقد.

<sup>1</sup> علي أحمد صالح ، المرجع السابق ، ص 658 .

## الفصل الثاني : الآثار الناشئة عن مرحلة المفاوضات

### أولاً: نظرية التعسف في استعمال الحق

حاول البعض تأسيس فكرة المسؤولية التقصيرية في المرحلة السابقة على التعاقد ، على أساس نظرية التعسف في استعمال الحق<sup>1</sup> .

تنص المادة 124 مكرر في هذا المجال على أنه : " يشكل الاستعمال التعسفي للحق خطأ لاسيما في الحالات التالية:

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

فالأساس القانوني لنظرية التعسف في استعمال الحق ليس إذن هو إلا المسؤولية التقصيرية ، إذ التعسف في استعمال الحق خطأ يوجب التعويض ، و التعويض هنا يجوز أن يكون نقدا كما يجوز أن يكون عينيا<sup>2</sup>.

يعتد بالتعسف في ثلاثة حالات واردة في المادة 124 مكرر من ق م الجزائري و هي :

قصد الإضرار بالغير و هو معيار ذاتي ( شخصي ) قوامه توفر نية الإضرار بالغير عند صاحب الحق و لو أدى استعمال الحق إلى تحصيل منفعة عارضة لم يقصدها صاحبها أصلا.

عدم التناسب بين مصلحة صاحب الحق و بين الضرر الذي يلحق بالغير و هو معيار مادي ( موضوعي ) يختلف عن سابقه في أنه لا يستند إلى ناحية شخصية لدى صاحب الحق ، و إنما قوامه عدم وجود تناسب بين المصلحة التي يحققها صاحب الحق من وراء استعماله لحقه و بين الضرر الذي يصيب الغير من ذلك.

عدم مشروعية المصلحة المقصود تحقيقها من استعمال الحق فمن انحرف بحقه من أجل تحقيق مصالح غير مشروعة تجرد حقه من قيمته و امتنع القانون عن حمايته<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> محمد شاكر محمود محمد ، المرجع السابق ، ص 109.

<sup>2</sup> عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق ، ص 702.

<sup>3</sup> شوقي بناسي ، التعسف في استعمال الحق في ضوء المادة 124 مكرر المستحدثة بموجب القانون 05-10 المعدل للقانون المدني ، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية و الاقتصادية و السياسية ، جامعة الجزائر ، بن عكنون، الجزائر، ص 217 .

## الفصل الثاني : الآثار الناشئة عن مرحلة المفاوضات

إن مبدأ حسن النية يقتضي من كل متفاوض الاستمرار في المفاوضات لهدف تحقيق الغرض المنشود منها و هو إبرام العقد ، و الوقوف على مصالح الطرفين الاقتصادية ، فيما لو انسحب الطرف المتفاوض و قطع المفاوضات بدون مبرر مشروع ، فإنه يكون قد تعسف في استعمال حقه و ألزم بالتعويض<sup>1</sup>.

### ثانيا: نظرية الفضالة

صاحب هذه النظرية الفقيه الألماني تون Thon ، الذي نادى بفكرة تأسيس المسؤولية في الفترة السابقة على التعاقد على أساس الفضالة ، فيما لو تم الإخلال بالمفاوضات و قطعها دون سبب مشروع ، على اعتبار أن من توجه إليه دعوة للتفاوض هو فضولي يدير شأنًا لرب العمل الذي وجه إليه الدعوة ، فإذا ما فشلت المفاوضات فإنه يستطيع الرجوع على الأخير بدعوى الفضالة لتعويض ما أنفقه من مصروفات ، ذلك لأن النفقات التي قام بها في سبيل إبرام العقد كان قد أنفقه تحقيقا للمصلحة المشتركة للطرفين .

و قد حاول Thon أن يتجنب الانتقادات التي وجهت للنظريات السابقة و ذلك بإخراجه المسؤولية قبل العقدية من دائرة العقد و اعتبرها مسؤولية شبه عقدية<sup>2</sup> ، و أنها تخضع وفق الرأي الراجح في الفقه الفرنسي لقواعد المسؤولية التقصيرية.

و قد تعرضت هذه النظرية بدورها إلى النقد مما جعلها لا تصلح كأساس لتحديد طبيعة المسؤولية المدنية في مرحلة المفاوضات ، و ذلك لاعتبارات أهمها :

إن الفضالة تفترض أن يكون رب العمل جاهلا بتدخل الفضولي في حين أن المتفاوض يقوم بما يلزم لإبرام العقد بعلم من المتفاوض الآخر بل و بمشاركة منه أحيانا.

إن الفضولي يتولى القيام بعمل على وجه الاستعجال لفائدة رب العمل ذلك أن التأخر في القيام بهذا العمل من شأنه أن يعرض رب العمل الضرر و الحقيقة أن المتفاوض ليس في عجلة من أمره و الأعمال التي يقوم بها لا تقتضي الاستعجال<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> محمد شاكر محمود محمد ، المرجع السابق ، ص 110 .

<sup>2</sup> صليحة بن أحمد ، المرجع السابق ، ص 54.

<sup>3</sup> كمال تكواشت ، محمد بوكماش ، الآثار القانونية للتفاوض الإلكتروني، مجلة الدراسات القانونية و السياسية، عدد7، 2018،

## الفصل الثاني : الآثار الناشئة عن مرحلة المفاوضات

كما أن القضاء الفرنسي حكم بالتعويض عن الضرر الناشئ عن قطع المفاوضات العقدية بموجب أحكام المسؤولية التقصيرية ، و لم يقيدتها بشروط تطبيق نظرية الفضالة ، و أخيرا فإن هذه النظرية عديمة الجدوى في الحياة العملية لأنها تقصر حق المتفاوض المضرور في التعويض على استرداد ما أنفقه لمصلحة المتفاوض الآخر فحسب ، دون تلك التي أنفقتها لمصلحته هو<sup>1</sup>.

### الفرع الثالث

#### شروط قيام المسؤولية المدنية بصفة عامة

المسؤولية المدنية في نطاق المفاوضات ، كما هو الحال في القواعد العامة لا تقوم و لا تتحقق إلا بتوفر جميع عناصر المسؤولية ، من خطأ عقدي في المسؤولية العقدية و خطأ تقصيري في المسؤولية التقصيرية ، و ضرر و علاقة سببية ، و هو ما سنتطرق له كما يأتي:

#### الشرط الأول: الخطأ

##### 1-الخطأ العقدي في المسؤولية العقدية:

يقصد بالخطأ العقدي عدم قيام المدين بتنفيذ التزامه التعاقدية ، أو التأخير في تنفيذه و يستوي في ذلك أن يكون عدم التنفيذ أو التأخير فيه عن عمد أو عن إهمال<sup>2</sup>.

فالالتزام التعاقدية ناشئ العقد الذي يعد شريعة المتعاقدين حسب المادة 106 ق م ج<sup>3</sup>.

و الالتزام يتخذ صورتين :

التزام بتحقيق نتيجة ، هدفه نتيجة معينة ، ففي عقد البيع يلتزم البائع بتسليم الشيء المبيع و يلتزم المشتري بدفع الثمن .

<sup>1</sup> محمد شاكر محمود محمد ، المرجع السابق ، ص 117.

<sup>2</sup> محمد سعدي الصبري ، المرجع السابق ، ص 311.

<sup>3</sup> المادة 106 " العقد شريعة المتعاقدين ، فلا يجوز نقضه ، و لا تعديله إلا باتفاق الطرفين ، أو للأسباب التي يقرها القانون "

## الفصل الثاني : الآثار الناشئة عن مرحلة المفاوضات

و التزام ببذل عناية ، فهو أن يلتزم المدين فقط باستعمال الوسائل اللازمة في إتمام عملياته ، بأن يظهر حرصه في القيام بما يمكنه حتى يسمح للدائن بالحصول على النتيجة التي يريدها<sup>1</sup>.

فقيام أي من أطراف التفاوض بقطع المفاوضات دون سبب ، فإن هذا الطرف يكون قد ارتكب خطأ بحق الطرف الآخر يوجب عليه المسؤولية نتيجة عدم التزامه بمبدأ حسن النية في التفاوض<sup>2</sup>.

### • صور الخطأ العقدي

#### - رفض الدخول في التفاوض لإبرام العقد النهائي:

قد يتفقا متعاملان صراحة أو ضمنا على أن يتفاوضا على عملية أو صفقة في المستقبل ، فينشأ عن اتفاقهما التزام كل منهما أو أحدهما الدخول فعلا في التفاوض في الموعد المحدد أو في أجل معقول ، فإن خالف أحد الطرفين الدخول في التفاوض ، أو تأخر في هذا الدخول اعتبر مخالفا بالتزامه العقدي بالتفاوض و من تنشأ مسؤوليته العقدية .

و يرى بعض الفقهاء أن مجرد الامتناع عن البدء في التفاوض يعد خطأ عقديا ، و ذلك لأن الالتزام بالدخول في التفاوض هو التزام بتحقيق نتيجة .

#### - قطع المفاوضات بدون سبب مشروع

من المنفق عليه أن المفاوضات تقوم على مبدأ الحرية، حيث يتمتع المتفاوض بمطلق الحرية للدخول في المفاوضات أو الاستمرار فيها أو قطعها ، و لا يقيد هذه الحرية إلا مبدأ حسن النية الذي ينبغي أن يسود العملية التفاوضية . لذلك فإن من أهم صور الخطأ في مرحلة التفاوض ، و أكثرها حدوثا هو قطع المفاوضات بدون مبرر مشروع ، لأنه يعد إخلالا واضحا بالتزام التفاوض بحسن النية ، و يترتب عنه فشل التفاوض بدون أي سبب موضوعي يدعو إلى ذلك ، و من أمثلة الإنهاء غير المشروع لمرحلة المفاوضات ، قطعها بصورة مفاجئة و بقرار

<sup>1</sup> سعاد بختاوي ، المسؤولية المدنية للمهني المدين ، مذكرة لنيل درجة الماجستير ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة أبو بكر بلقايد ، تلمسان ، الجزائر ، 2011-2012 ، ص 15.

<sup>2</sup> مصطفى خضير النمشي ، المرجع السابق ، ص 73.

## الفصل الثاني : الآثار الناشئة عن مرحلة المفاوضات

منفرد ، مع علم الطرف القاطع أن المتفاوض معه قد أنفق مصاريف كبيرة من أجل إبرام العقد ، و تعتمد الطرف القاطع ترك الطرف الآخر في حالة من الغموض و عدم الوضوح بالنسبة لمصير المفاوضات.<sup>1</sup>

### - مخالفة الالتزامات التفاوضية

هناك مجموعة من الالتزامات يفرضها حسن النية كمبدأ عام و قد يوجد اتفاق صريح بين الأطراف المتفاوضة على ضرورة الالتزام بها واحترامها ، و من ثم فإن أي إخلال بها يعد منافيا لمبدأ حسن النية ، أو مخالفا لبنود الاتفاق و من ثم منشأ لخطأ عقدي يقيم ضد فاعله المسؤولية العقدية ، و يقع عبئ إثبات الخطأ العقدي على المدعي ، هذا ما هو مقرر في المادة 323 ق م و من فيلزم الشخص المضرور بأن يثبت الخطأ العقدي الذي وقع في مرحلة المفاوضات.<sup>2</sup>

### 2- الخطأ التقصيري في المسؤولية التقصيرية:

الخطأ هو انحراف الفرد عن السلوك المألوف<sup>3</sup> ، يقاس الخطأ التقصيري للمتفاوض بمعيار موضوعي فيتم مقارنة سلوك متفاوض عادي من بين أوسط الناس ، ليس بالمتفاوض شديد الحرص و اليقظة ، و لا بالمتفاوض المهمل غير المحترز ، و إنما يأخذ بالمتفاوض الوسط بين هذا و ذلك .

المتفاوض يكون مخطئا خطأ تقصيريا ، إذا انحرف في سلوكه أثناء المفاوضات ، عن السلوك المألوف للمتفاوض المعتاد الذي يوجد في نفس الظروف الخارجية التي وجد هو فيها فإذا ما أدى هذا الانحراف إلى إلحاق الضرر بالطرف الآخر ، كان هذا المتفاوض مسؤولا عن تعويضه وفقا لقواعد المسؤولية التقصيرية .

لقد أقرت محكمة النقض الفرنسية ، بأن الطرف المضرور من الخطأ الذي وقع في مرحلة المفاوضات ، له الحق في المطالبة بالتعويض على هذا الضرر ، على أساس المسؤولية التقصيرية ، و ذلك استنادا إلى نص المادة 1382 من القانون المدني الفرنسي<sup>4</sup> .

<sup>1</sup> قضت محكمة استئناف ريو الفرنسية عام 1992 بأن لكل طرف متفاوض الحرية الكاملة في قطع المفاوضات في أي وقت ، و لكن هذا القطع يعتبر خاطئا إذا تم في وقت كانت فيه المفاوضات قد وصلت إلى مرحلة متقدمة ، بحيث تجعل المتفاوض الآخر يعتقد اعتقادا مشروعا أن العقد في سبيله إلى الانعقاد، أنظر مصطفى خضير النشمي 74.

<sup>2</sup> فائزة براهيم ، المرجع السابق ، ص 151 .

<sup>3</sup> علي فيلالي ، الفعل المستحق للتعويض ، دار موفم للنشر ، الطبعة الثانية ، 2010 ، ص 53 .

<sup>4</sup> علي أحمد صالح ، المرجع السابق ، ص 690 .

## الفصل الثاني : الآثار الناشئة عن مرحلة المفاوضات

و تجدر الإشارة في الأخير أنه متى اعتبرنا المسؤولية الناشئة خلال المرحلة السابقة على التعاقد مسؤولية تقصيرية ، فإنه يبطل كل شرط يعفي منها ، و يعد شرط الإعفاء المسبق باطلا بطلانا مطلقا مخالفا للنظام العام ، كما أن إمكانية قيام هذه المسؤولية يوفر الانضباط في عملية التفاوض ، فلا تصبح مجالا للعبث أو أداة للتعسف .

### • صور الخطأ التقصيري

يتخذ الخطأ التقصيري في مرحلة التفاوض عدة أشكال ، فقد ذكر الفقه بعض الصور للخطأ التقصيري في المرحلة التمهيدية للعقد تتمثل في :

#### 1-مفاوضات التجسس

حيث يدخل الشخص إلى التفاوض دون أن تكون لديه أي نية للتعاقد<sup>1</sup> ، و إنما يهدف من وراء هذه المفاوضات إلى معرفة بعض المعلومات و الأسرار على الشخص الذي يتفاوض معه ، أو إضاعة الفرصة عليه ، أو معرفة حالة السوق ، أو الحصول على معلومات لها طابع السرية تتعلق ببضاعته ، أو معلومات تكنولوجية متقدمة<sup>2</sup>. فعند حصوله على المعلومات التي يريد لها أن ينسحب من المفاوضات.

#### 2-مفاوضات الإعاقة

و يقصد بها تلك المفاوضات التي يهدف بموجبها أحد المتفاوضين ليس التفاوض الجدي من أجل تحديد شروط العقد النهائي و إبرامه ، و إنما يرمي إلى مجرد تعطيل الطرف الآخر و صرفه إلى إبرام صفقة أخرى ، كأن تدخل دار النشر في التفاوض مع مؤلف بشأن إنتاجه ، بقصد وحيد هو منعه التفاوض مع الناشر المنافس له<sup>3</sup>.

#### 3-التفاوض على ملك الغير

من المقرر قانونا أنه لا يجوز التصرف في ملك الغير ، فمن الأخرى عدم جواز التفاوض على ملك الغير بهدف التصرف فيه ، و على هذا الأساس إذا دخل شخص في مفاوضات ، من أجل التصرف في مال معين ،

<sup>1</sup> فائزة براهيم ، المرجع السابق ، ص 157 .

<sup>2</sup> علي أحمد صالح ، المرجع السابق ، ص 696.

<sup>3</sup> فائزة براهيم ، المرجع نفسه ، ص 158.

## الفصل الثاني : الآثار الناشئة عن مرحلة المفاوضات

دون أن يكون مالكا له ، فإنه بذلك يكون قد ارتكب خطأ ، يستوجب قيام المسؤولية التقصيرية . يلتزم المتفاوض على ملك الغير بالتعويض حتى ولو كان حسن النية<sup>1</sup>.

### 4-السكوت عمدا عن واقعة مؤثرة في التعاقد

حسب المادة 86 من القانون المدني الجزائري تعتبر أن المتعاقد الذي سكت عمدا عن واقعة ، و كانت هذه الأخيرة مؤثرة يعد غشا و تدليسا ، فالمتفاوض الذي عمد إلى السكوت عن أي واقعة بحيث لولا هذه الواقعة لما أقدم الطرف الآخر على التفاوض ، يعد مرتكبا خطأ تقصيريا يترتب عنه التزام في ذمته بالتعويض .

### الشرط الثاني : الضرر (مسؤولية عقدية و تقصيرية)

الضرر هو الركن الثاني لقيام المسؤولية المدنية عموما ، فيجب أن يترتب على الخطأ ضرر يصيب الدائن لعدم تنفيذ المدين التزامه التعاقدية أو التأخر فيه أو نتيجة الإخلال بالتزام قانوني. فالضرر هو الأذى الذي يصيب الشخص نتيجة المساس بمصلحة مشروعة له أو بحق من حقوقه<sup>2</sup>.

يتحقق الضرر في مرحلة المفاوضات من خلال الضرر المادي و يكون من خلال النفقات التي دفعها الطرف المتضرر للدراسات و المصروفات على المشروع المتعاقد عليه ، و في الوقت الذي أضاعه في المفاوضات دون جدوى . كما قد يتحقق الضرر معنويا و يتمثل في الإساءة لسمعته التجارية و يقع عبء الإثبات على المتضرر<sup>3</sup>.

لكي نكون بصدد ضرر قبل التعاقدية أي ضررا ناشئا عن قطع التفاوض على عقد معين فيجب أن تتوافر في هذا الضرر صفات معينة فيجب أن يكون الضرر ماديا مؤكدا .

لقد قضت محكمة النقض الفرنسية سنة 1972 بإلزام المتفاوضين حول عقد بيع ماكينة معينة بالدفع لمن كان يتفاوض على الشراء، و لقد قدر التعويض على أساس تكاليف السفر و الإقامة التي تحملها من يرغب في الشراء بسبب إقامته في الولايات المتحدة الأمريكية حتى يتمكن من معاينة الماكينة التي يرغب في شرائها ، خصوصا و أن قطع التفاوض قد جاء من التفاوض البائع بدون مبررات مقبولة .

<sup>1</sup> علي أحمد صالح ، المرجع السابق ، ص 698 .

<sup>2</sup> محمد سعدي الصبري ، المرجع السابق ، ص 314.

<sup>3</sup> مصطفى خضير النشمي ، المرجع السابق ، ص 75.

## الفصل الثاني : الآثار الناشئة عن مرحلة المفاوضات

و من بين الحالات التي تعتبر ضررا في مرحلة المفاوضات :

- الدخول و الاستمرار في المفاوضات يؤدي إلى رفض التفاوض مع الغير ، و ضياع فرص إبرام العقد معه.
- الانقطاع التعسفي للمفاوضات يمنع المضرور من إبرام العقد النهائي ، و من ثم تضيع فرصة تحقيق الأرباح المترتبة عن تنفيذه.

- الإساءة بالسمعة التجارية أو الصناعية لمن تم قطع المفاوضات عنه ، و هذا ما يؤدي إلى رفض الغير إبرام العقد معه أو إلى جانبه في مفاوضات أخرى.<sup>1</sup>

و يشترط في الضرر أن يكون محققا ، فالمسؤولية لا تقوم على الضرر الاحتمالي ، و إنما تقوم على الضرر المستقبلي .

و يشترط في الضرر أن يكون مباشرا بحيث يكون نتيجة لعدم الوفاء بالالتزامات أو التأخير في الوفاء بها.<sup>2</sup>

القاعدة العامة في التعويض عن الضرر هي أن الضرر المباشر المتوقع هو الذي يعرض عنه في المسؤولية العقدية ، فالضرر الغير مباشر لا يعرض عنه مطلقا سواء في المسؤولية العقدية أو التقصيرية ، فالتعويض عن المسؤولين يكون عن الضرر المباشر فقط ، أما الأضرار غير المباشرة فلا تعويض عنها . و التعويض في المسؤولية التقصيرية يكون عن الأضرار المتوقعة و غير المتوقعة ، أما في المسؤولية العقدية التعويض يكون عن الضرر المتوقع فقط إلا في حالي الغش و الخطأ الجسيم ، و قد نصت المادة 2/182 ق م على ذلك بقولها " غير أنه إذا كان الالتزام مصدره العقد ، فلا يلتزم المدين الذي لم يرتكب غشا أو خطأ جسيم إلا بتعويض الضرر الذي كان يمكن توقعه عادة وقت التعاقد "<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> فائزة براهيم ، المرجع السابق ، ص 162 .

<sup>2</sup> مصطفى خضير النشمي ، المرجع السابق ، ص 75.

<sup>3</sup> محمد سعدي الصيري ، المرجع السابق ، ص 317.

## الفصل الثاني : الآثار الناشئة عن مرحلة المفاوضات

### الشرط الثالث : الرابطة السببية

تعتبر العلاقة السببية الركن الثالث لقيام المسؤولية المدنية و بمقتضاه لا يكون المخطأ مسؤولاً عن الخطأ الصادر عنه إلا إذا كان الخطأ هو السبب المباشر في وقوع الضرر ، و بمعنى آخر أن الضرر يكون نتيجة طبيعية للخطأ الذي أحدثه المتفاوض<sup>1</sup>.

إن العلاقة السببية بين التي تشترط بين الخطأ و الضرر الواقعين في المرحلة السابقة على التعاقد تعني أن تكون للأضرار الناشئة سببها إما إحدى الأخطاء الواقعة أثناء التفاوض كإفشاء الأسرار أو قطع التفاوض دون مبرر شرعي و الذي اعتبر خطأ قبل التعاقد ، و الواقع أنه من النادر أن تنثور مشاكل تتعلق بعلاقة السببية بنفس القدر الذي يصعب فيه إثبات الخطأ و الضرر الناشئين قبل التعاقد<sup>2</sup>.

تنص المادة 127 من ق م ج على أنه " إذا أثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب لا يد له فيه كحادث مفاجئ ، أو قوة قاهرة ، أو خطأ صدر من المضرور أو خطأ من الغير كان غير ملزم بتعويض هذا الضرر ، ما لم يوجد نص قانوني أو اتفاق يخالف ذلك " . فالسبب الأجنبي الذي يعدم رابطة السببية هو كما يقول النص : القوة القاهرة أو الحادث المفاجئ ، خطأ المضرور ، و خطأ الغير<sup>3</sup>.

لذلك أمام الشخص الذي ينسب إليه الفعل الموجب للتعويض ، أن يبرئ ذمته و ذلك بإثبات انتفاء العلاقة السببية بين الخطأ و الضرر الذي أصاب المتفاوض ، فله أن يثبت قيام حالة القوة القاهرة أو الحادث المفاجئ ، التي لا يمكن للمتفاوض دفعها و لا يمكنه توقعها ، أو إثبات المدعى عليه أن الضرر الواقع هو بسبب خطأ المتفاوض نفسه ، ففي هذه الحالة لا يمكن أن يتحمل شخص نتيجة ضرر لم يكن السبب في حدوثه ، و لإثبات انعدام رابطة السببية أيضاً للمدعى عليه أن يثبت أن الضرر الذي أصاب المتفاوض لم يكن بسبب خطئه ، بل له إثبات أن الخطأ الواقع كان بسبب الغير ، و بالتالي فالتعويض يقع على الغير المتسبب في الضرر.

<sup>1</sup> كمال تكواشت ، محمد بوكماش ، المرجع السابق ، ص 179.

<sup>2</sup> فائزة براهيم ، المرجع السابق ، ص 167.

<sup>3</sup> عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق ، 735.

## الفصل الثاني : الآثار الناشئة عن مرحلة المفاوضات

### المطلب الثاني

#### جزاء المسؤولية في مرحلة المفاوضات

الأصل أن يقوم المدين بالالتزامات الناشئة في مرحلة المفاوضات بتنفيذ هذه الالتزامات طوعاً و اختياراً و ذلك بغض النظر عن مصدر هذه الالتزامات سواء كان مصدرها مبدأ حسن النية ، أو كان مصدرها عقود التفاوض أو العقود التمهيدية التي تنظم مرحلة المفاوضات<sup>1</sup>. الأصل أن يفي المتفاوض بما عليه ، فإذا لم يقم بذلك تقوم مسؤوليته المدنية التي تقضي بأن ينفذ المتفاوض الملتزم التزامه عيناً ( فرع أول ) ، فإذا كان ذلك غير ممكن له أن ينفذه عن طريق التعويض ( بمقابل ) ( فرع ثان ) .

#### الفرع الأول

##### التنفيذ العيني

التنفيذ العيني هو ما كان المدين قد التزم به ، و تنفيذ الالتزام عيناً هو الأصل ، و في هذا تقرر المادة 164 ق م جزائري أنه ( يجبر المدين بعد اعذاره طبقاً للمادتين 180 ، 181 على تنفيذ التزامه تنفيذاً عينياً متى كان ذلك ممكناً )<sup>2</sup>.

فإذا كان التنفيذ العيني هو الأصل فيجب الأخذ به كلما أمكن ذلك ، بقصد إعادة الأطراف إلى الحالة التي كانوا عليها قبل حصول الفعل الضار المتمثل في قطع المفاوضات .

إلا أن الرأي الراجح هو استبعاد التنفيذ العيني في مجال التفاوض ، و ذلك لأن الأخذ بالتنفيذ العيني يعني إلزام الأطراف بمتابعة المفاوضات ليصلوا إلى تحقيق العقد النهائي بالقوة<sup>3</sup>. فالفقه اجتمع على استبعاد التنفيذ العيني الجبري من مجال التفاوض ، و قد ذهبوا إلى أكثر من ذلك و رأوا عدم إجبار المتفاوض على تنفيذ التزامه بالتفاوض عيناً حتى و لو لم يكن هذا التنفيذ مستحيلاً أو مرهقاً و ذلك لعدة أسباب منها :

إن محل الالتزام الذي لم ينفذ هو "التفاوض" و ليس "التعاقد" لذلك فليس من المقبول القول بانعقاد العقد لأن المتفاوض يرفض تماماً الدخول في التفاوض و الاستمرار فيه ، فإذا أُجبر على ذلك كان في هذا مساس بحريته الشخصية ، فليس من المعقول أن تعين المحكمة من يمثل المدين في عملية التفاوض و لو كانت المرحلة التي

<sup>1</sup> مصطفى خضير النشمي ، المرجع السابق ، ص 82.

<sup>2</sup> محمد سعدي الصبري ، الواضح في شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات أحكام الالتزام ، دار الهدى ، عين مليلة ، الجزائر ، ص 20.

<sup>3</sup> آية بلعقون ، المرجع السابق ، ص 821.

## الفصل الثاني : الآثار الناشئة عن مرحلة المفاوضات

توقفت عندها المفاوضات مقبولة و يمكن معها إبرام العقد ، و في هذا الشأن قضت محكمة بروكسل التجارية في حكمها الصادر في 24 جوان 1985 على استحالة التنفيذ العيني لإعلان مبادئ ( Accord de principe ) و أكدت أن ما ضع هو فرصة للتعاقد و ليس العقد نفسه<sup>1</sup>.

إن تنفيذ الالتزام بالتفاوض تنفيذا عينيا ، يقتضي تدخل المتفاوض المدين شخصيا ، و الفرض أنه يرفض استمراره بالتفاوض ، فإذا أجبر على التنفيذ العيني كان هذا الإجبار سلب لإرادته و انتهاكا و مساسا لحريته الشخصية ، و هذا يعد مخالفا للقاعدة الأصولية التي تقضي بأن " لا يكره المرء على فعل ما لا يريد "<sup>2</sup>.

الإجبار على التفاوض (Négociation forcée) ، يكون غير مجد في مجال التفاوض و ذلك لأن التفاوض بطبيعته يحتاج إلى التعاون الحقيقي بين الطرفين ، و لا يتصور أي تعاون من شخص أكره على التفاوض بل أن الإجبار على التفاوض يقضي على فرص إبرام العقد المرتقب. و على هذا يبدو القول بإمكان اللجوء إلى الحكم بالغرامة التهديدية لدفع الطرف المتعاس أو الذي قطع بالفعل المفاوضات ، على العودة إليها ، أمر غير مستحب لاسيما في مجال العقود الدولية ، حيث يتعلق الأمر باعتبارات تستلزم قدرا كبيرا من التعاون و التواصل خاصة عقود التنمية الاقتصادية<sup>3</sup>.

لا يمكن أن يحل القضاء محل إرادة الأطراف في إبرام العقود عندما لا يوجد سبب تبرره إرادة ضمنية أو صريحة ، و هذا ما قضت به محكمة النقض المصرية<sup>4</sup>.

و من جهة أخرى ذهب جانب من الفقه إلى أنه يمكن الحكم بالتنفيذ العيني على المتفاوض الذي قطع المفاوضات و امتنع عن تنفيذ التزامه بالاستمرار في التفاوض ، و يتحقق التنفيذ العيني في هذا السياق باعتبار العقد الذي حال قطع المفاوضات دون انعقاده منعقدا جبراً على إرادة المتفاوض الذي قطعها ، فمثلا لو قطعت المفاوضات نتيجة رجوع الموجب عن إيجابه ، فإن الموجب إليه يعرض باعتبار العقد منعقداً جبراً على إرادة الموجب الذي نقض الإيجاب ، و قد دعم هذا الجانب من الفقه رأيه بحكم للقضاء الفرنسي في قضية قطع فيها أحد المتفاوضين المفاوضات و تعاقد مع الغير بشأن محل المفاوضات ، حيث لم تلتفت محكمة الموضوع إلى قطع

<sup>1</sup> صليحة بن أحمد ، آثار المسؤولية المدنية الناشئة عن إخلال المتفاوض بالتزامه بالتفاوض بحسن نية ، دفاتر السياسة و القانون ، عدد 10، 2014 ، ص 118.

<sup>2</sup> محمد شاكر محمود مجمد ، المرجع السابق ، ص 285.

<sup>3</sup> صليحة بن أحمد ، المرجع نفسه ، ص 118 .

<sup>4</sup> آية بلعقون ، المرجع السابق ، ص 821.

## الفصل الثاني : الآثار الناشئة عن مرحلة المفاوضات

المفاوضات و قضت بأن العقد أبرم مع المتفاوض الأول الذي كان الإيجاب قد وجه إليه ابتداء ، و ذلك بعد أن استبعدت تعاقد المتفاوض مع الغير إذ لم تر ذلك جدياً<sup>1</sup>.

في الحقيقة لا يمكن الاستشهاد بهذا الحكم للقول بجواز الإيجاب على التفاوض ، لأن في التفاوض الجبري مساس بحرية المتفاوض الشخصية ، كما أنه غير مفيد و عادة لا يكفل بالنجاح ، و بالتالي يتعين استبعاد التنفيذ العيني الجبري من مجال التفاوض<sup>2</sup>.

### الفرع الثاني

#### التنفيذ عن طريق التعويض

التنفيذ بمقابل أو التنفيذ عن طريق التعويض ، لا يلجأ إليه إلا عندما لا يقضى بالتنفيذ العيني للالتزام ، كما سبق القول بالتنفيذ العيني هو الأصل ، إلا أن هناك حالات لا بد فيها من الرجوع إلى التنفيذ بمقابل<sup>3</sup>. فإذا نكل المتفاوض المتسبب في الخطأ الناجم عن قطع المفاوضات عن تنفيذ التزامه عينا ، لم يكن أمام المتفاوض الآخر إلا أن يسلك طريق التنفيذ بمقابل أو التنفيذ بطريق التعويض، فيحصل على مقابل للتنفيذ العيني من خلال حصوله على تعويض نقدي عادل و شامل لكل ما لحقه من ضرر من جراء عدم التنفيذ<sup>4</sup>.

و قد نصت على ذلك المادة 176 من ق م ج بقولها : " إذا استحال على المدين أن ينفذ الالتزام عينا حكم عليه بتعويض الضرر الناجم عن عدم تنفيذ التزامه ، ما لم يثبت أن استحالة التنفيذ نشأت عن سبب لا يد له فيه ، و يكون الحكم كذلك إذا تأخر المدين في تنفيذ التزامه "

يتولى القاضي تحديد التعويض على قدر الضرر الذي لأن قوام المسؤولية المدنية هو إعادة التوازن الذي اختل نتيجة للضرر و أن لا يقل عنه طبقاً للقواعد العامة<sup>5</sup> ، بشرط أن لا يكون الطرفان في المفاوضات قد اتفقا مسبقاً على مقدار التعويض ، عندما تكون المفاوضات مصحوبة باتفاق تفاوض صريح أو ضمنى ، م 1/221

<sup>1</sup> مصطفى خضير النشمي ، المرجع السابق ، ص 83 84.

<sup>2</sup> صليحة بن أحمد ، آثار المسؤولية المدنية الناشئة على إخلال المتفاوض بالتزامه بالتفاوض بحسن نية ، المرجع السابق ، ص 119.

<sup>3</sup> محمد صبري السعدي ، أحكام الالتزام ، المرجع السابق ، ص 50.

<sup>4</sup> محمد شاكر محمود محمد ، المرجع السابق ، ص 249.

<sup>5</sup> آية بلعقون ، المرجع السابق ، ص 822.

## الفصل الثاني : الآثار الناشئة عن مرحلة المفاوضات

مدني مصري ، سواء تم تحديد مقدار التعويض في اتفاق التفاوض أو في اتفاق لاحق قيمة التعويض الذي يستحقه الطرف المتضرر من عدم تنفيذ الطرف الآخر لالتزامه ، و هو ما يسمى بالتعويض الاتفاقي أو الشرط الجزائي<sup>1</sup>.

فإذا لم يكن مقدار التعويض محددًا في اتفاق التفاوض طبقًا لنص المادة 182 مكرر ق م ج ، يقوم القاضي بتلك المهمة ، و يشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة و ما فاته من كسب ، و الغاية من التعويض هي إعادة المتفاوض المضورر إلى الحالة التي كان عليها قبل الدخول في التفاوض ، يجب أن يقتصر التعويض على الضرر المباشر الذي يعد نتيجة طبيعية لإخلال المتفاوض بالتزامه بالتفاوض بحسن نية<sup>2</sup>.

و يمكن للقاضي أن يقدر التعويض من خلال الكشف عن عناصر الضرر<sup>3</sup> ، و يقدر تبعًا للأضرار التالية :

### 1- نفقات التفاوض ( les frais de négociation )

يقصد بنفقات التفاوض بصورة عامة تلك النفقات التي تكبدها المتفاوض المضورر في سبيل إبرام العقد الذي يتم التفاوض عليه ، مثل نفقات الدراسة التمهيديّة ، و الخرائط و الرسومات و التصاميم ، و تقارير الخبراء ، و نفقات السفر و الإقامة و الاتصالات، و غيرها من الأمور التي تقتضيها عملية التفاوض<sup>4</sup> ، فهذه النفقات هي بمثابة خسارة حقيقية للمتفاوض المضورر ، و من ثم يجب أن يتحملها المتفاوض المسؤول عن قطع المفاوضات<sup>5</sup>.

و يجب أن تكون هذه النفقات تمت بمناسبة التفاوض أو بسببه ، و من ثم لا مجال لاسترداد ما أنفقه المتفاوض قبل بدء المفاوضات و لا ما أنفقه بعد علمه بانسحاب المتفاوض الآخر ، كما لا يجب أن يكون المتفاوض تكبد هذه النفقات بسبب خفته أو سذاجته أو عدم احترازه<sup>6</sup>. أما في حالة إذا كان المتفاوض مهنيًا و يتفاوض ضمن مجال تخصصه ، فإن هذه النفقات لا يعوض عنها ، و يتحملها المهني عادة و يضيفها إلى المصروفات العامة لمنشأته ، و لكن إذا ثبت بأن ما أنفقه المهني بسبب المفاوضات مع عمله ، يتجاوز حدود

محمد شاكر محمود محمد ، المرجع السابق ، ص 251.<sup>1</sup>

صليحة بن أحمد ، آثار المسؤولية المدنية الناشئة عن إخلال المتفاوض بالتزامه بالتفاوض بحسن نية ، المرجع السابق، ص 121.<sup>2</sup>

فايزة براهيم ، المرجع السابق ، ص 171.<sup>3</sup>

محمد شاكر محمود محمد ، المرجع نفسه، ص 263.<sup>4</sup>

آية بلعقون ، المرجع السابق ، ص 822.<sup>5</sup>

صليحة بن أحمد ، المرجع نفسه ، ص 121.<sup>6</sup>

## الفصل الثاني : الآثار الناشئة عن مرحلة المفاوضات

النفقات العادية ، كما لو كان فرغ بعض عماله مقابل أجر خاص أو استعان بخبراء من الغير بهدف الإعداد لهذا العطاء بالذات الذي تسبب في إفساده العميل بدون مبرر ، فإن العدالة تقتضي أن يستردها و يعوض عنها<sup>1</sup>.

### 2- الوقت الضائع

يعد من الأضرار المتوقعة عادة في المفاوضات التي تستحق التعويض عنه ، أيا كانت المرحلة التي وصلت إليها المفاوضات ، و يتمثل الوقت الضائع في الساعات و الأيام و الشهور التي استغرقتها المفاوضات دون جدوى في المناقشات أو التنقلات من مكان إلى مكان و من بلد إلى بلد<sup>2</sup>. و يجب التنويه بحكم فرنسي شهير في هذا المقام أبرز موضوع التعويض عن ضياع الوقت ، و تتلخص وقائعه في أن زوجين أعلنوا رغبتهما في قبول إيجاب تمثل في طرح عقار للبيع ، ثم طلبا تمديد مدة القبول حتى يتسنى لهما تدبير التمويل اللازم للشراء و بعد ثلاثة أشهر أفصحا عن إرادة قاطعة في عدم الشراء و على إثر ذلك تمسك موجه الإيجاب بأن الرفض جاء متأخرا ، و طالب بتعويضه عن ضياع الوقت ، و قد عابت محكمة النقض على قضاة الموضوع رفضهم طلب الموجب كونهم لم يأخذوا بعين الاعتبار أن الموجب كان قد اعتقد في التزامه بالبقاء على إيجابه ، مما دفعه إلى عدم التصرف في عقاره طيلة هذا الوقت<sup>3</sup>.

### 3- تفويت الفرصة

يقصد بتفويت الفرصة الحرمان من فرصة جادة و حقيقية لتحقيق كسب احتمالي ، باعتبارها ضرا محققا أصاب المضرور ، لذا فإن التعويض الذي يستحقه المضرور يقدر بقدر هذا الضرر المحقق أي يقدر بقدر قيمة الفرصة التي ضاعت عليه ، و ليس بقدر الضرر الاحتمالي المتمثل في الكسب الذي كان يتوقعه المضرور و لكنه أصبح مستحيلا نتيجة فوات فرصة حقيقية ، و بالإضافة إلى كون تفويت الفرصة ضرا محققا ، فهو يعد من الأضرار المتوقعة في مرحلة التفاوض و قد يكون تعويض الفرصة ضرر حال محقق أو يكون ضرا مستقبلا ، و ذلك في صورتين أولهما أن يحدث الضرر في الحال ، و لكنه يستمر أو يمتد إلى الزمن المستقبل و ثانيهما أن لا يتحقق هذا الضرر إلا في المستقبل.

<sup>1</sup> محمد شاكر محمود محمد ، المرجع السابق، ص 264.

<sup>2</sup> آية بلعقون ، المرجع السابق ، ص 822.

<sup>3</sup> صليحة بن أحمد ، آثار المسؤولية المدنية الناشئة عن إخلال المتفاوض بالتزامه بالتفاوض بحسن نية ، المرجع السابق، ص

## الفصل الثاني : الآثار الناشئة عن مرحلة المفاوضات

إن الصعوبة الأساسية في التعويض عن فوات فرصة تكمن في تحديد و تقدير مدى التعويض عنها ، و ليس في مبدأ التعويض ذاته، فهو يقدر أولاً على أساس ضرر احتمالي و ليس محققاً في ذاته ، و هو يحدد ثانياً بنسبة فقط من هذا الضرر تقدر بقدر و مدى احتمال تحقيق الفرصة الضائعة للكسب الاحتمالي<sup>1</sup>.

تبنى القضاء الإيطالي تعويض المتفاوض عن فوات فرصة التعاقد مع الغير ، فقد جاء في حكم محكمة النقض الإيطالية في 1960/4/4: " إذا كان أحد الطرفين ، في أثناء المفاوضات ، قد أحدث في نفس الطرف الآخر ثقة معقولة في إبرام العقد ، ثم قطع المفاوضات دون سبب معقول أو بسوء نية ، فإنه يكون ملزماً بتعويض الأضرار في حدود المصلحة السلبية ، أي المقصورة على المصاريف التي أنفقتها في سبيل إبرام العقد ، أو على الخسائر التي تكبدها بسبب فوات فرص أخرى على أثر قطع المفاوضات دون مبرر "<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> محمد شاكر محمود محمد ، المرجع السابق ، ص 269 .

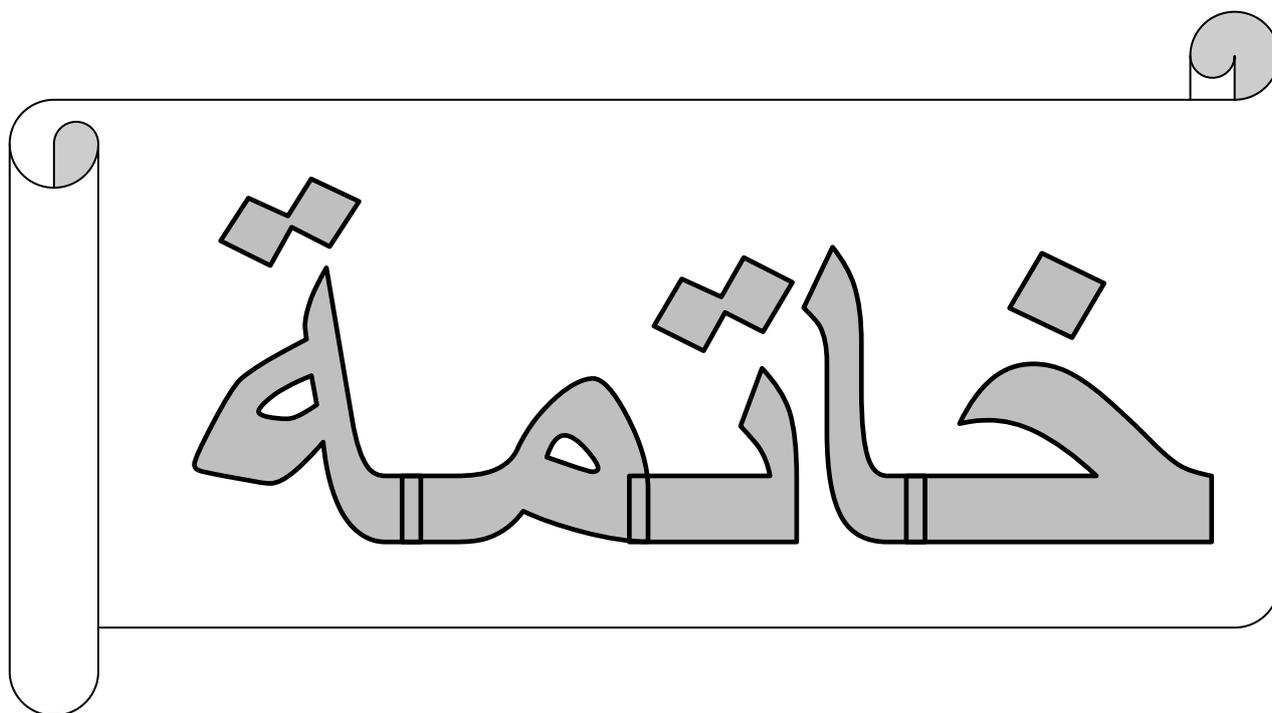
<sup>2</sup> مصطفى خضير النشمي ، المرجع السابق ، ص 87.

## الفصل الثاني : الآثار الناشئة عن مرحلة المفاوضات

---

### خلاصة الفصل الثاني

تعتبر مرحلة ما قبل التعاقد من أخطر مراحل العقد ، فكلما تمكن الأطراف من التفاوض بشأن العقد ، ترتب على ذلك توازنه فهي علاقة تأثير و تأثر، لذلك فهي تُلقِي التزامات على عاتق الأطراف ، و المعروف أن الإخلال بالالتزام يُرتب جزاء ، و تقوم مسؤولية الطرف المُخل بالالتزامات الناشئة في مرحلة المفاوضات ، هذه المسؤولية التي اختلف الآراء حول طبيعتها عقدية أم تقصيرية ، فيتمثل الجزاء في التنفيذ العيني الذي استبعده البعض ، و التنفيذ عن بمقابل أو عن طريق التعويض .



## خاتمة

في الأخير من خلال بحثنا في التنظيم القانوني لمرحلة المفاوضات في العقود ، نستنتج أن مرحلة المفاوضات تعد مرحلة مهمة و خطيرة ذلك أن إبرام العقد من عدمه يتوقف عليها ، وذلك لأنها تعد مرحلة استكشافية يتبادل فيها الطرفان الأفكار و الآراء من أجل العقد المزمع إبرامه ، و في نهاية دراستنا هذه يمكن أن نعرض ما توصلنا إليه من نتائج و المتمثلة في :

- التفاوض هو المرحلة التمهيديّة التي يتم من خلالها مناقشة و دراسة شروط العقد ، فمرحلة المفاوضات هي مرحلة تسبق إبرام العقد النهائي و تهيئ له.

- يتميز التفاوض بأنه من التصرفات الإرادية التي تخضع لحرية كل طرف ، الذي يُعد حراً في الدخول في المفاوضات أو عدم الدخول فيها . و أن التفاوض هو مرحلة تمهيدية أي تسبق إبرام العقد النهائي .

- التفاوض له نتيجة احتمالية فدخول الأطراف المتفاوضين في عملية التفاوض لا يؤدي بالضرورة إلى الاتفاق على إبرام العقد النهائي ، فهذه الاحتمالية تعني أن المفاوضات قد تصل إلى نتيجة أو قد لا تؤدي إلى إبرام العقد .

- التفاوض يتميز بأنه عملية تبادلية ، تقوم على الأخذ و العطاء بين المتفاوضين من أجل تقريب وجهات النظر .

- للتفاوض مصطلحات أو مفاهيم قريبة منه تتمثل في الإيجاب و المساومة و الوعد بالتعاقد و مرحلة إبرام العقد .

- اختلفت الآراء حول تحديد الطبيعة القانونية لعملية التفاوض ، فهناك من اعتبرها ذات طابع مادي ، لا ترتب أي التزامات في ذمة المتفاوضين ، فهي تقوم على مجرد الواجبات القانونية العامة ، و لا ترقى إلى التصرف القانوني.

و رأي آخر يرى بأن التفاوض ذو طابع عقدي ، على أساس أن مجرد توافق إرادة الطرفين على الدخول إلى المفاوضات ، يكون الطرفان قد عقدا بينهما عقداً ، و هذا العقد هو الذي يحكم العلاقة بينهما ، الأمر الذي يجعل التفاوض و ما قد ينشأ عنه مسؤوليّة ذو طبيعة عقدية.

عملية التفاوض أصبحت تواكب الحياة اليومية ، التي أصبحت سلسلة من المفاوضات ، فهي تبلغ درجة من الأهمية القانونية من خلال أنها تلعب الدور الوقائي في الوقاية مما قد يطرأ من مشاكل على العقود ، و أن لها دور في تفسير العقود ، حيث يمكن للقاضي الاسترشاد بها في حال غموض و عدم وضوح عبارات العقد .

## خاتمة

- المفاوضات باعتبارها مرحلة سابقة على التعاقد ، هي بدورها تمر بمراحل بداية بدعوة إلى التعاقد يتم فيها إعلان الرغبة، و مرحلة التدبير حيث يتم فيها مناقشة شروط العقد و التفاهم على العناصر الأساسية له ، و مرحلة صياغة الإيجاب أين يقوم الأطراف بصياغة مشروع العقد النهائي.
- تحكم عملية التفاوض مبادئ هامة هي مبدأ حرية التعاقد الذي يتفرع عن مبدأ مهم هو مبدأ سلطان الإرادة الذي يعطي للأطراف كامل الحرية في التفاوض من عدمه ، و مبدأ حسن النية الذي يقتضي التفاوض بنزاهة و أمانة و شرف.
- للمفاوضات عوامل لنجاحها ينبغي على الأطراف التقيد بها منها ما هو موضوعي يتعلق بظروف التفاوض ، و منها ما هو شخصي يتعلق بشخصية المتفاوض نفسه.
- غالبا ما تتوسط المفاوضات و مرحلة إبرام العقد اتفاقات عديدة تصنف على أساس الاتفاقات التي ترتب التزامات في ذمة المتفاوضون ، و اتفاقات لا ترتب أي التزام .
- الأصل هو حرية التعاقد ، لكن تنشأ في مرحلة المفاوضات التزامات على عاتق الأطراف تكون متفرعة على التزام أساسي هو التزام التفاوض بحسن نية الذي مضمونه التفاوض بنزاهة ، و التزامات فرعية تتمثل في الدخول في المفاوضات و البدء فيها ، و الاستمرار فيها الذي يعد التزام ببذل عناية فهو لا يحتم على الأطراف إبرام العقد النهائي.
- و الالتزام بالإعلام أي إعلام الأطراف بالبيانات اللازمة ، و الالتزام بالسرية أي محافظة كل طرف بالمعلومات التي تلقاها، و الالتزام بالتعاون من أجل تحقيق هدف المفاوضات.
- اختلفت الآراء حول طبيعة المسؤولية المدنية الناشئة عن إخلال المتفاوض بالتزاماته أثناء مرحلة التفاوض ، فالفقه التقليدي كيفها على أنها مسؤولية عقدية و أكدت ذلك عديد النظريات ، و الفقه الحديث كيفها على أنها مسؤولية تقصيرية .
- الإخلال بالالتزام أثناء المفاوضات يُوجب التعويض للمتفاوض المضرور ، و يكون التعويض عينيا بإعادة الحال ، حيث هناك من استبعده في مجال التفاوض ، و هناك من تبناه ، أو التعويض بمقابل (عن طريق التعويض) الذي يكون تبعا لنفقات التفاوض و إضاعة الوقت و تقويت فرصة.
- تعتبر مرحلة المفاوضات من أهم المراحل التي يمر بها العقد خاصة إذا كان العثد ذو أهمية كبيرة و له اثار مهمة من أمثلة هذه العقود نجد العقود الدولية و لهذا في رأينا على المشرع الجزائري النظر و تنظيم هذه المرحلة

## خاتمة

---

بنصوص قانونية خاصة بها و جعلها مرحلة إلزامية في العقود التي لها تأثير كبير خاصة على الحياة الإقتصادية و الدولية .

-محاولة تنصيب هيئات متكونة من أعضاء لهم القدر الكافي من الخبرة و الكفاءة في مجال التفاوض من أجل اللجوء لهم من قبل الأطراف الذين يريدون التفاوض بشأن عقد معين.

# قائمة المصادر والمراجع

## قائمة المصادر و المراجع

أولا : قائمة المصادر :

### 1. النصوص القانونية :

1. - أمر رقم 58/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 يتضمن القانون المدني الجزائري المعدل و المتمم، الجريدة الرسمية عدد 78 ، المعدل و المتمم.
2. - قانون رقم 02/04 المؤرخ في 23 جوان 2004 يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية ، جريدة رسمية عدد 41، المؤرخة في 23 يونيو 2004.
3. - قانون رقم 03/09 المؤرخ في 25 فبراير 2009 المتعلق بحماية المستهلك و قمع الغش ، جريدة رسمية عدد 15، المؤرخة في 8 مارس 2009.

ثانيا : قائمة المراجع.

### 1. الكتب العامة و المتخصصة :

1. أبو شيخة نادر أحمد ، أصول التفاوض ، دار المسيرة للنشر و التوزيع ، عمان ، 2007.
2. الخضير محسن أحمد ، مبادئ التفاوض ، الطبعة الأولى ، مجموعة النيل العربية، القاهرة ، 2003.
3. السنهوري عبد الرزاق ، الوسيط في شرح القانون المدني ، مصادر الالتزام ، الجزء الأول ، دار إحياء التراث العربي ، لبنان ، 1952.
4. الصبري محمد السعدي ، شرح القانون المدني الجزائري ، النظرية العامة للالتزامات أحكام الالتزام ، دار الهدى ، عين مليلة.
5. الصبري محمد السعدي ، شرح القانون المدني الجزائري مصادر الالتزام التصرف القانوني -الإرادة المنفردة ، الجزء الأول ، الطبعة الأولى ، دار الهدى ، عين مليلة ، 1993.

6. بلحاج العربي ، الإطار القانوني للمرحلة السابقة على إبرام العقد على ضوء القانون المدني الجزائري دراسة مقارنة ، دار وائل للنشر ، الجزائر ، 2010.
7. بلحاج العربي ، مشكلات المرحلة السابقة على التعاقد في ضوء القانون المدني الجزائري ، ديوان المطبوعات الجامعية ، 2017.
8. علي أحمد صالح ، المفاوضات في عقود التجارة الدولية ، دار هومة للطباعة و النشر الجزائر ، 2012
9. عليوة سيد ، مهارات التفاوض و الجوانب القانونية للتعاقد ، مكتبة جزيرة الورد ، الطبعة الأولى ، المنصورة.
10. فيلالي علي ، الالتزامات النظرية العامة للعقد ، موفم للنشر ، الجزائر ، 2008.
11. فيلالي علي ، الفعل المستحق للتعويض ، دار موفم للنشر ، الطبعة الثانية ، 2010.
12. كافي مصطفى يوسف ، إدارة التفاوض ، الطبعة الأولى ، دار الحامد للنشر و التوزيع ، الأردن ، 2015.
13. محمد شاكر محمود محمد ، المسؤولية عن قطع المفاوضات دراسة مقارنة ، المركز القومي للإصدارات القانونية ، الطبعة الأولى ، القاهرة ، 2016.
14. محمود علي و عوض الهزايمية ، المدخل إلى فن المفاوضات ، الطبعة الأولى ، دار الحامد للنشر و التوزيع ، الأردن ، 2006.
15. يسري عوض عبد الله ، العقود التجارية الدولية-إبرامها- تنفيذها دراسة تحليلية على ضوء نظرية العقد في التشريع الإسلامي ، السودان ، 2009.

2. المقالات:

1. إيناس مكي عبد نصار ، التفاوض الإلكتروني دراسة مقارنة في ظل بعض التشريعات العربية المعاصرة، مجلة جامعة بابل العلوم الإنسانية ، المجلد 61 ، العدد 3 ، 2013.
2. الفهد أحمد بن فهد بن حمين ، مفاوضات عقود التجارة الدولية ، دراسة فقهية ، مجلة الجمعية الفقهية السعودية ، العدد 38 ، 2017.
3. حمدي محمود بارود ، القيمة القانونية للاتفاقات التي تتخلل مرحلة التفاوض ما قبل العقدية في مجال عقود التجارة الدولية ، مجلة الجامعة الإسلامية ، المجلد 13 ، عدد 2 ، غزة ، 2015.
4. كهينة فوقان ، الوعد بالتعاقد تكريسا لحق التفكير في المرحلة السابقة على التعاقد ، حوليات جامعة الجزائر 1 ، المجلد 34 ، عدد 4 ، 2020.
5. حمدي بارود ، المبادئ التي تحكم التفاوض في العقود الدولية لنقل التكنولوجيا و مضمون الالتزام بها " مبدأ حسن النية و مقتضياته " ، مجلة الجامعة الإسلامية ، المجلد 16 ، عدد 1 ، غزة، 2008.
6. محمد عبدو ، التفاوض على عقود الأعمال بين الطبيعة المادية و الطبيعة العقدية و آثارها ، مجلة البحوث و الدراسات القانونية و السياسية ، عدد 13.
7. حليس لخضر ، مرحلة المفاوضات التعاقدية ، مجلة المنار للبحوث و الدراسات القانونية و السياسية ، العدد 1 ، المدينة ، 2017.
8. بن أحمد الحاج ، القانون المدني الجزائري و مرحلة المفاوضات العقدية ، مجلة القانون و العلوم السياسية، جامعة الطاهر مولاي ، العدد 2 ، 2015.
9. الشبلاق نبيل اسماعيل ، الطبيعة القانونية لمسؤولية الأطراف في مرحلة ما قبل العقد ، مجلة جامعة دمشق، للعلوم الاقتصادية و القانونية ، المجلد 29 ، عدد 2 ، 2013.
10. بورزق أحمد ، بورزق خديجة ، مبدأ سلطان الإرادة في العقود دراسة مقارنة ، مجلة أبحاث ، المجلد 4، عدد 2 ، 2019.
11. كاظم كريم علي الشمري ، المسؤولية في الفترة ما قبل التعاقد ، مجلة الفتح ، عدد 27، 2006.
12. بلعقون آية ، المفاوضات الإلكترونية ، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية ، المجلد 7، عدد 1 ، 2020.
13. نزية سماوي جميل ، حمدي محمد حياصات ، الاتفاق الجزئي و دوره في البناء المتدرج للعقد النهائي ، الجامعة الإسلامية للدراسات الشرعية و القانونية ، 2017.

14. شويط صباح ، خطاب النوايا بين الالتزام بوسيلة و الالتزام بنتيجة ، مجلة أبحاث قانونية و سياسية ، جامعة جيجل ، عدد 6 ، 2018.
15. حمدي محمود بارود ، نحو إرساء تكييف قانوني جديد لمفاوضات العقد و آثارها ، مجلة جامعة الأزهر ، المجلد 12 ، عدد 1 ، 2010.
16. قادري عبد المجيد ، عمراني مراد ، التزامات الأطراف في المرحلة السابقة على التعاقد ، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية و السياسية ، المجلد 4 ، عدد 2 ، 2012.
17. ارجيلوس رحاب ، الإطار القانوني للتفاوض في العقد الإلكتروني ، مجلة معالم للدراسات القانونية و السياسية ، عدد 3 ، 2018.
18. بلاوي عبد القادر ، أقصاصي عبد القادر ، النظام القانوني للمفاوضات في عقود التجارة الإلكترونية ، مجلة القانون و المجتمع ، المجلد 8 ، عدد 1 ، 2020.
19. قادري عبد المجيد ، مبدأ حسن النية في المرحلة السابقة على التعاقد ، مجلة جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية ، المجلد 34 ، عدد 2 ، 2020.
20. حميداني محمد ، مبدأ حسن النية في مرحلة التفاوض وفقا لأحكام الأمر 131-2016 المعدل للقانون المدني الفرنسي ، حوليات جامعة قالمة للعلوم الاجتماعية و الإنسانية ، عدد 26 ، 2019.
21. محمد صديق محمد ، أكرم محمود حسين البدو ، أثر موضوعية الإرادة التعاقدية في مرحلة المفاوضات ، مجلة الرافدين للحقوق ، المجلد 13 ، عدد 49.
22. لطيفية أمازور ، مرحلة التفاوض في العقود الإلكترونية ، مجلة الحقوق و العلوم الإنسانية ، جامعة مولود معمري ، المجلد 11 ، عدد 4 ، 2018.
23. بومدين أحمد ، دور الالتزام بالإعلام قبل التعاقد في حماية رضا المستهلك ، مجلة العلوم القانونية ، جامعة سعيدة ، عدد 1 ، 2016.
24. بوطباله معمر ، الالتزام بالإعلام في مرحلة المفاوضات على العقد ، مجلة العلوم الإنسانية ، المجلد ب ، عدد 46 ، 2016.
25. جابر أشرف ، الإصلاح التشريعي الفرنسي لنظرية العقد ، صيغة قضائية و صياغة تشريعية ، لمحات في بعض المستجدات ، ملحق خاص ، عدد 2 ، الجزء الثاني ، 2017.
26. خفاجي جعفر ، الالتزام بالسرية في مفاوضات عقود نقل التكنولوجيا ، مجلة المحقق حلي للعلوم القانونية و السياسية ، المجلد 6 ، عدد 2 ، جامعة بابل ، 2014.

27. بناسي شوقي ، التعسف في استعمال الحق في ضوء المادة 124 مكرر المستحدثة بموجب القانون 05-10 المعدل للقانون المدني ، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية و الاقتصادية و السياسية ، جامعة الجزائر ، بن عكنون.
28. تكواشت كمال ، بوكماش محمد ، الآثار القانونية للتفاوض الإلكتروني ، مجلة الدراسات القانونية و السياسية ، عدد 7 ، جامعة خنشلة ، 2018.
29. بن أحمد صليحة ، آثار المسؤولية المدنية الناشئة عن إخلال المتفاوض بالتزامه بالتفاوض بحسن نية ، دفاتر السياسة و القانون ، عدد 10 ، جامعة قاصدي مرباح ، 2014.

### 3. الأطروحات:

1. بن عديدة نبيل ، الالتزام بالإعلام و توابعه في مجال قانون الاستهلاك ، أطروحة دكتوراه في العلوم قانون خاص ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة وهران 2 ، 2017-2018.

### 4. الرسائل:

1. المحاسنة أحمد محمود ، المسؤولية المدنية المترتبة على قطع المفاوضات العقدية ، رسالة لاستكمال متطلبات الماجستير ، جامعة جرش ، 2020.
2. أبحار حامد حبش علي ، المسؤولية المدنية عن قطع المفاوضات العقدية ، رسالة لاستكمال متطلبات الحصول على درجة الماجستير ، كلية الحقوق ، جامعة الإسراء ، 2015.
3. بن أحمد صليحة ، المسؤولية المدنية في حالة قطع المفاوضات ، رسالة الماجستير ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة قاصدي مرباح ، ورقلة ، 2006.
4. براهيم فائزة ، التزامات الأطراف في المرحلة السابقة على التعاقد ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير ، كلية الحقوق ، جامعة أبو بكر بلقايد ، تلمسان ، 2008-2009.
5. بختاوي سعاد ، المسؤولية المدنية للمهني المدين ، مذكرة لنيل درجة الماجستير ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة أبو بكر بلقايد ، تلمسان ، 2011-2012.
6. مصطفى خضير نشمي ، النظام القانوني للمفاوضات التمهيدية للتعاقد ، رسالة مقدمة للحصول على درجة الماجستير في القانون الخاص ، جامعة الشرق الأوسط ، كلية الحقوق ، 2013-2014.

7.حفناوي محمد عمر عبد الله ، المفاوضات في عقود التجارة الدولية دراسة مقارنة ، رسالة ماجستير ، كلية الدراسات الفقهية و القانونية ، جامعة آل البيت ، 2002.

#### 5.المذكرات :

1.دحداح سهيلة ، رزقي ليلي ، الإطار القانوني للفترة ما قبل التعاقد ، مذكرة لنيل شهادة الماستر ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة عبد الرحمان ميرة ، بجاية ،الجزائر، 2012-2013.

2.تواتي نور الهدى ،النظام القانوني للتفاوض في عقود التجارة الدولية ، مذكرة لنيل شهادة الماستر ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة قاصدي مرياح ، ورقلة ، الجزائر، 2012-2013.

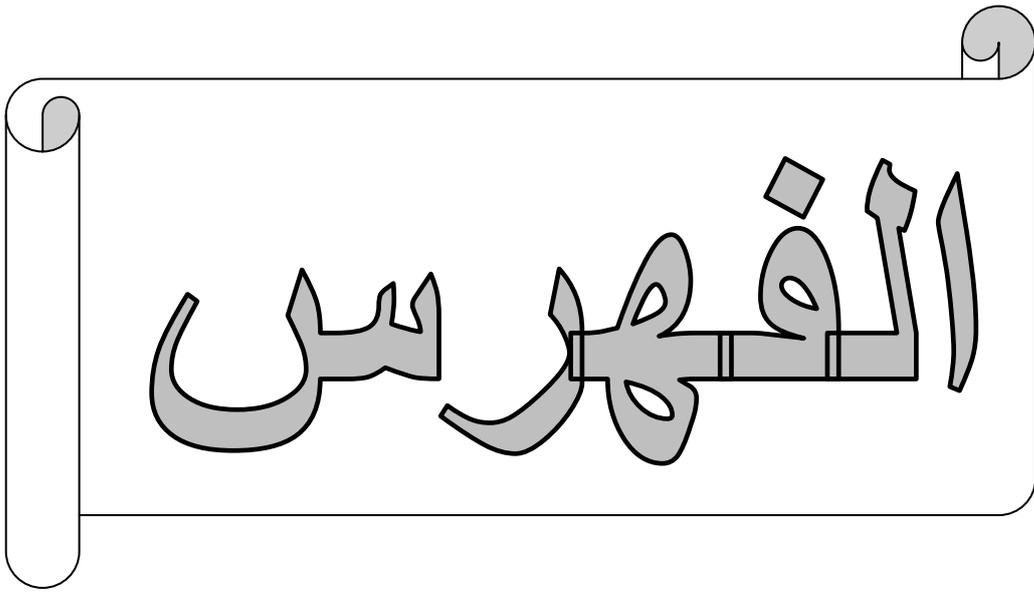
#### 4. المحاضرات

1. - جعيجع نبيلة ، محاضرات تقنيات التفاوض ، كلية العلوم الاقتصادية و التجارية ، جامعة محمد بوضياف ، 2016-2017.

2. - حتحاتي محمد ، محاضرات مقياس تقنيات التفاوض و إبرام العقود ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة زيان عاشور، 2019-2020.

#### ثالثا :المراجع باللغة الأجنبية :

1. -Ashref el sisi and hamdymousa argumentation based negotiation international, arab journal of technology ,numero 3, 2014 .
2. -Anne-mariedautrive sur l'art de négocier, la revue administrative, numero 363, 2008.
3. -Matthieu cadrat-nellissen, analyse de différences de perception des négociation, mémoire de master,université de strasbourg, 2012-2013 .
4. -Raymond Guillien et Jean vincent, termes juridiques , 1995 .



01	• مقدمة
04	• الفصل الأول: الأحكام العامة لمرحلة المفاوضات
06	• تمهيد
06	• المبحث الأول: ماهية مرحلة المفاوضات
06	• المطلب الأول: تعريف التفاوض وتمييزه عما يشابهه
06	• الفرع الأول: تعريف التفاوض
06	• أولاً: التعريف اللغوي للتفاوض
07	• ثانياً: التعريف الاصطلاحي للتفاوض
09	• الفرع الثاني: تمييز التفاوض عن غيره
09	• أولاً: التمييز بين التفاوض و الإيجاب
11	• ثانياً: التمييز بين التفاوض و المساومة
11	• ثالثاً: التمييز بين التفاوض و الوعد بالتعاقد
12	• رابعاً: التمييز بين التفاوض ومرحلة إبرام العقد
13	• المطلب الثاني: الطبيعة القانونية للمفاوضات و أهميتها
13	• الفرع الأول: الطبيعة القانونية لمرحلة المفاوضات
13	• أولاً: ذات طبيعة مادية
15	• ثانياً: ذات طبيعة عقدية
16	• الفرع الثاني: أهمية المفاوضات
18	• المطلب الثالث: مراحل سير المفاوضات والمبادئ التي تحكمها
18	• الفرع الأول: مراحل سير المفاوضات
18	• أولاً: الدعوة إلى التفاوض
19	• ثانياً: التدبير
19	• ثالثاً: صياغة الإيجاب

19	• الفرع الثاني: المبادئ التي تحكم المفاوضات
20	• أولاً: مبدأحرية التعاقد
22	• ثانياً: مبدأحسن النية
23	• الفرع الثالث: عوامل نجاح المفاوضات
23	• أولاً: عوامل موضوعية
23	• مكان إجراء المفاوضات
23	• دور اللغة في المفاوضات
23	• دور الوقت في المفاوضات
24	• ثانياً: عوامل شخصية
25	• المبحث الثاني: الاتفاقات التي تتخل لمرحلة المفاوضات وقيمتها القانونية
25	• المطلب الأول: الاتفاقات التي لاترتب التزاما
25	• الفرع الأول: الاتفاق الشرفي
26	• الفرع الثاني: البروتوكول الاتفاقي
26	• الفرع الثالث: رسالة النوايا
28	• الفرع الرابع: الاتفاق على تأجيل التوقيع
28	• الفرع الخامس: الاتفاق على التوقيع بالأحرف الأولى
29	• المطلب الثاني: الاتفاقات التي ترتب التزاما
29	• الفرع الأول: عقد التفاوض
30	• الفرع الثاني: الاتفاق الجزئي
32	• الفرع الثالث: عقدالإطار
32	• الفرع الرابع: الوعد بالتعاقد وعقد التفضيل
34	• الفرع الخامس: العقد المؤقت
35	• خلاصة الفصل الأول
36	• الفصل الثاني: الآثار الناشئة عن مرحلة المفاوضات
37	• تمهيد

38	• المبحث الأول: الالتزامات الناشئة خلال مرحلة المفاوضات
38	• المطلب الأول: الالتزامات الأساسية
38	• الفرع الأول: الالتزام بالتفاوض
39	• أولا: الالتزام بالبء في التفاوض
40	• ثانيا: الاستمرار في المفاوضات
41	• الفرع الثاني: الالتزام بحسن النية
44	• المطلب الثاني: الالتزامات الفرعية
44	• الفرع الأول: الالتزام بالإعلام
44	• التعريف اللغوي للإعلام
45	• التعريف الاصطلاحي للإعلام
45	• تمييز الالتزام بالإعلام قبل التعاقد و الإعلام التعاقدى
46	• الأساس القانونى للالتزام بالإعلام
48	• مكانة الالتزام بالإعلام
49	• طبيعة الالتزام بالإعلام
50	• الفرع الثانى: الالتزام بالسرية
52	• الفرع الثالث: الالتزام بعدم إجراء مفاوضات موازية
53	• الفرع الرابع: الالتزام بالتعاون
53	• المبحث الثانى: المسؤولية الناشئة عن الإخلال بالالتزامات الأطراف فى مرحلة المفاوضات
54	• المطلب الأول: الطبيعة القانونية للمسؤولية فيما قبل التعاقد
54	• الفرع الأول: النظريات التى نادت بالمسؤولية العقدية
54	• أولا: نظرية الخط أعددتكوين العقد
54	• مضمون النظرية
55	• تقدير النظرية
57	• ثانيا: نظرية تحمل التبعة العقدية

57	• مضمون النظرية
57	• تقدير النظرية
58	• ثالثا: نظرية الوكالة
59	• رابعا: نظرية فاجيلا
59	• مضمون النظرية
59	• تقدير النظرية
60	• الفرع الثاني: النظريات التي نادت بالمسؤولية التقصيرية
61	• أولا: نظرية التعس في استعمال الحق
62	• ثانيا: نظرية الفضالة
63	• الفرع الثالث: شروط قيام المسؤولية المدنية بصفة عامة
63	• الشرط الأول: الخطأ
63	• الخطأ العقدي في المسؤولية العقدية
64	• الخطأ التقصيري في المسؤولية التقصيرية
66	• صور الخطأ التقصيري
67	• الشرط الثاني: الضرر (مسؤولية عقدية وتقصيرية)
68	• الشرط الثالث: الرابطة السببية
69	• المطلب الثاني: جزاء المسؤولية في مرحلة المفاوضات
69	• الفرع الأول: التنفيذ العيني
72	• الفرع الثاني: التنفيذ عن طريق التعويض
76	• خلاصة الفصل الثاني
77	• خاتمة
80	• قائمة المصادر و المراجع
87	• الفهرس

## ملخص المذكرة :

تعتبر مرحلة المفاوضات على العقود من أخطر و أهم المراحل ، لما لها من أهمية واضحة على حياة العقد المتفاوض بشأنه، من خلال تبادل وجهات النظر وتقريبها، فلهذه الأخيرة أحكام تضبطها فلها مبادئ من خلال حرية الأطراف المتفاوضة في التفاوض من عدمه على أن يكون هذا التفاوض بحسن نية، ونظرا لقيمة هذه المرحلة ما قبل التعاقدية فهي ترتب التزامات على عاتق أطرافها، تجعل من يخل بها مسؤول اتجاه الطرف الآخر يوقع عليه جزاء بالتنفيذ العيني أو بمقابل.

الكلمات المفتاحية: المفاوضات ، العقود ، حسن نية.

### Résumé:

L'étape des négociations contractuelles est considérée comme l'une des étapes les plus dangereuses et les plus importantes, en raison de son importance évidente pour la vie du contrat négocié, à travers l'échange et le rapprochement des points de vue. Cette dernière comporte des dispositions qui la contrôlent et a des principes à travers la liberté des parties négociantes de négocier ou non, à condition que cette négociation soit bonne. L'intention, et compte tenu de la valeur de cette étape précontractuelle, elle entraîne des obligations de la part de ses parties, faisant de ceux qui la violent un fonctionnaire vis-à-vis de l'autre partie à être punie d'une exécution en nature ou en retour.

### summary

The stage of contract negotiations is considered one of the most dangerous and most important stages, because of its clear importance to the life of the negotiated contract, through the exchange and approximation of views. The latter has provisions that control it and have principles through the freedom of the negotiating parties to negotiate or not, provided that this negotiation is good. Intent, and given the value of this pre-contractual stage, it entails obligations on its parties, making those who violate it an official towards the other party to be sanctioned by implementation in kind or in return.