الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة يحي فارس بالمدية

كلـــية الحقوق والعلوم السياسية

مذكرة نهاية الدراسة للحصول على شهادة الماستر

تخصص: قانون الأعمال

بعنوان:

النظام القانوني للتفاوض على عقود الأعمال في ضوء التشريع الجزائري

إعداد الطالبين :

- محمد سعيد عثماني
- جمال صوالحي

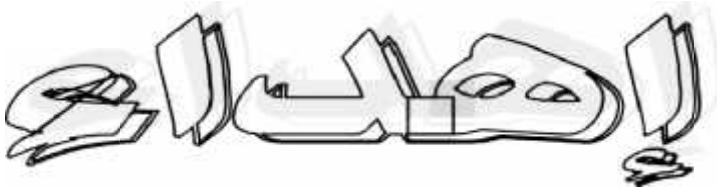
تحت إشراف الأستاذ:

د. رضوان بن صاري

أمام الجنة المشكلة من :

- نصيرة بلحاج ..... أستاذ محاضر ..... جامعة المدية .....رئيسا
- رضوان بن صاري..أستاذ محاضر..... جامعة المدية .....مشرفا ومقررا
- رقية جبار .....أستاذ محاضر..... جامعة المدية.....عضوا مناقشا

السنة الجامعية : 2019/2018



نحمد ا عزوجل على منه و عونه لإتمام هذاالبحث.

إلى الذي وهبنا كل مايملك حتى نحقق له آماله،إلى من كان يدفعني قدما نحو الأمام لنيل

المبتغى، إلى الإنسان الذي إمتلك الإنسانية بكل قوة، إلى الذي سهر على تعليمي بتضحيات جام

مترجمة في تقديسه للعلم، إلى مدرستي الأولى في الحياة،

أبي الغالي على قلبي أطال ا في عمره

إلى التي وهبت فلذة كبدها كل العطاء والحنان، إلى التي صبرت على كل شيء التي رعتني وكانت سندي في الشدائد، وكانت دعواها بالتوفيق، نبع الحنان أمي أعز ملاك على القلب والعين جزاها ا عني خير الجزاء في الدارين

إليهما أهدي هذا العمل المتواضع من أدخل على قلوبهم شيئا من السعادة إلى إخوتي

و أخواتي الذين تقاسموا معي عبء الحياة

كما نهدي ثمرة هذا الجهد لأستاذي الكريم الدكتور: رضوان بن صاري الذي كلما تظلمت الطريق أمامي لجأت إليه فأنارها لي وكلما دب اليأس في نفسي زرع فينا الأمل لنسير قدما وكلما

سألت عن معرفة زودني بها وكلما طلبت كمية من وقته الثمين وفره بالرغم من

مسؤولياته المتعددة؛ إلى كل أساتذة قسم الحقوق كلية الحقوق والعلوم السياسية؛

وإلى كل من يؤمن بأن بذور نجاح التغيير هي في ذواتنا وفي أنفسنا في

إلى كل هؤلاء نهدي هذا العمل

شكر وعرفان

قال رسول صلى عليه وسلم: "من لم يشكر الناس لم يشكر " صدق رسول صلى الله عليه وسلم.

الحمد لله على إحسانه و الشكر له على توفيقه و إمتنانه ونشهد أن لا إله إلا وحده لا شريك له تعظيما لشأنه ونشهد أن سيدنا ونبينا محمد عبده ورسوله الداعي إلى رضوانه
صلى الله عليه و على آله و أصحابه و أتباعه و سلم

بعد شكر الله سبحانه وتعالى على توفيقه لنا لإتمام هذا البحث المتواضع أتقدم بـ جزيل الشكر إلى الوالدين العزيزين
كما أتوجه بالشكر الجزيل إلى من
شرفنا بإشرافه على مذكرة الأستاذ الدكتور" رضوان بن صاري"الذي لن تكفي حروف
هذه
المذكرة لإيفائه حقه بصبره الكبير علي، ولتوجيهاته العلمية التي لا تقدر بثمن ؛والتي
ساهمت بشكل كبير في إتمام وإستكمال هذا العمل؛ إلى كل أساتذة
كلية الحقوق والعلوم السياسية لولاية المدية
كما أتوجه بخالص شكري وتقديري إلى كل من ساعدنا من قريب أو من بعيد على إنجاز و إتمام هذا العمل.

مقدمة:

لايمكن إنكار أنه من خلال العقود تنشأ مختلف الالتزاماتوالحقوق. لذا كان لها أهمية لايمكن إغفالها في مختلف مجالات الحياة اليومية وفي مختلف المعاملات والعلاقات على كل المستويات في المجتمع سواء على المستوى المحلي او الدولي لذا نجد أن الفقه يعطي للعقد أهمية خاصة في القانون المدني، كما أن له مكانة وأهمية في مختلف النظم القانونية إلا أن بعض العقود لها مكانة وأهمية مميزة عندما تهتم بمجالات ذات مكانة إقتصادية هامة وبالخصوص في العقود المركبة والتي تحتاج إلى رؤوس اموال ضخمة،لذا كان من الضروري أن تهتم وتتجه الدراسة إلى جميع المراحل التي يمر بها العقد وبشكل خاص و ملزم إلى المرحلة السابقة على التعاقد لكونها مرحلة أساسية وهامة لبناء وتكوين مختلف مفاصل وبنود ومراحل العقد بصورة تجعله متزنا دون مشاكل تعيق تنفيذهفالأهمية البالغة التي تدفعنا إلى دراسة موضوع التفاوض خاصة على العقود الأعمال هي الوقوف على الجوانب القانونية والفنية والعلمية لهذا الموضوع وتحديد طبيعة العلاقة بين الأطراف ثم تحديد مختلف الإلتزامات والحقوق او قطع عملية التفاوض سواء كان عاديا أو تعسفيا خلال هذ المرحلة.

إن تزايد المشكلات التطبيقية وحتى القانونية والتي تظهر من حين إلى آخر خلال المرحلة السابقة على التعاقد، لعل أهمها وأكثرها حدوثا في الواقع العملي هي مشكلة قطع التفاوض بشكل فجائي دون سبب جدي أو عذر مقبول،اي بشكل تعسفي قد يلحق أضرار بالطرف الثاني، وهذا مايدفعنا إلى الدراسة ومحاولة تحديد المسؤولية المترتبة عن هذا القطع التعسفي الذي لا مبرر له او عن الأضرار الناشئةعن الإخلال بمختلف الإلتزاماتوالإتفاقات التي تنشأ عن العملية التفاوضية وفي الحقيقة إن هذه المشكلات تنشأ من أن مبدأ المسؤولية يصطدم بمبدأ آخر له أهمية وهو مبدأ حرية التعاقد، لذا كان من الواجب ومن الضروري أن يتدخل القانون بالسرعة اللازمة في المرحلة السابقة على التعاقد لينظم العلاقات ويحدد الحقوق والإلتزامات وينظم مختلف الإتفاقات المبرمة قبلها أو خلالها وتحديد الطبيعة القانونية لهذه المرحلة والأثار المترتبة عنها ، إن المرحلة السابقة على التعاقد تمهد لإبرام العقد النهائي بحيث يتم تحديد الحد الفاصل لنهاية المفاوضات وإبرام العقد أي الوصول إلى صدور الإجابات في العقد على أساس مشروع العقد الذي تم تحضيره في المرحلة المفاوضات،لذا فإن دراستنا تتوقف عند هذا الإيجاب،وتهدف الدراسة كذلك إلى محاولة توضيح الإطار القانوني لمرحلة التفاوض على العقد من خلال تعريفها وتميزها عما يشابهها من مصطلحات إبراز كيفية انعقادها وسير مرحلتها التعاقدية من خلال الخوض في هذا الموضوع إرتأينا أن نعتمد على الطريقة التحليلية

والتأصيلية وجمعنا بين النظرية والتطبيق معتمدين في ذلك على المنهج الاستنباطيوالمنهج الاستدلالي وأحيانا بشئ من النقد ثم نقوم بعملية إسقاط على الحالة الجزائرية وخاصة في مجال الأعمال بشكل عام ، بحيث نجمع في ذلك بين الجانب الفقهي والعملي في أن واحد،ومن أجل هذه الدراسة والتي نراها ان لها أهمية بالغة والتي تفرض نفسها في الواقع القانوني والعملي في نفس الوقت نطرح إشكالية عامة لهذه الدراسة وهي :ماهية ومفهوم التفاوض على العقود؟ وماهي مختلف تطبيقاته العلمية؟

حيث نتطرق إلى مختلف الإشكالات القانونية والتي تثار في هذه المرحلة،وكذا طبيعة المسؤولية المدنية قبل التعاقدية عند الإخلال بالالتزام، او عند قطع المفاوضات بسوء نية أو بشكل تعسفي او بدون سبب جدي لنصل بعدها إلى مبدأ إعادة التفاوض على العقد والتي سنجيب عنها وفق المناهج السالفة الذكر،إنطلاقا وإعتمادا على القواعد العامة وأراء كل من الفقه والقضاء بشكل أساسي وهذا نظرا لخلو معظم التشريعات من النصوص القانونية الخاصة بمرحلة التفاوض على العقد وبالخصوص التشريع الجزائري،حيث أن القانون المدني ينظم المرحلة السابقة على التعاقد بنصوص قانونية واضحة، تجعل العقد المتفاوض عليه متوازن لجميع الأطراف

ثم يتم بعد ذلك إستنتاج الحلول المناسبة أحيانا اللازمة لمختلف مراحل التفاوض والإشكالات القانونية التي تطرح في هذا الموضوع ثم محاولة تقيم وتعميم النتائج المتوصل إليها مع مراعات المرونة اللازمة لفتح مجال البحث والدراسة بإستمرار في هذا المجال من أجل العمل على تطوير الأفكار الخاصة بهذا الموضوع حسب الحاجات والمستجدات التي تطرأ في المستقبل في مجال الأعمال والإقتصاد بشكل علم.

كل ذلك من أجل إعطاء صورة واضحة عن مرحلة التفاوض على العقود الأعمال وبيان حقيقتها والأهمية البالغة التي تحضى بها إلى جانب توضيح موقف المشرع الجزائري بهذا الموضوع،فهذه العقود تنطوي على مخاطر عديدة يجب أخذها بعين الإعتبار عند التفاوض عليها، لتجنب الوقوع فيها، وضياع الوقت وتفويت الفرص وإهدارالمال وجهود المختصين والمفاوضين لبناء مراحل وشروط هذه العقود والتي كثيرا ما يكون في أمس الحاجة إليها الطرف المتلقي ،حيث من خلال هذا البحث

حاولنا جاهدين لتأصيل وترسيخ فكرة وعملية التفاوض على عقود الأعمال،وهذا لجلب الإنتباه لهذا الموضوع الهام،بإعتبار مرحلة التفاوض على العقد هامة جدا وأساسية وضرورية بإبرام عقد متوازن يحقق الأهداف الأنية والمستقبلية وهذا من خلال تحديد المفهوم والمجال الحقيقي لهذه المرحلة وطبيعتها القانونية،ثم نحاول إستخلاص الحلول القريبة من واقعنا الجزائري المعاش لتباين الفوائد المنتظرة من كل ذلك والإجابة عل كل ماسبق طرحه من أفكاربشكل عام فإننا نقترح لذلك وضع الخطة التالية:

الفصل الاول نتكلم فيه عن الأحكام العامة لمرحلة التفاوض على العقد,والتي سنتناول فيه المفاهيم العامة للتفاوض وتميزها عن المسائل والمصطلحات المتشابهة لها في المبحث الأول،ثمطبيعتها القانونية وضوابط مرحلة التفاوض على العقد في المبحث الثاني

اما الفصل الثاني تناول لنا فيه الجانب التطبيقي لمرحلة التفاوض على العقد من خلال التطرق إلى إنعقاد وسير المرحلة التفاوض على العقد في المبحث الأول،ثم مبدأ إعادة التفاوض والتنفيذ في مرحلة التفاوض على العقد في المبحث الثاني.

الفصل الأول
أحكام مرحلة التفاوض على العقد

الفصل الأول :أحكام مرحلةالتفاوض على عقد

فكرة التفاوض كما نعرفها اليوم فكرة حديثة نسبيا،وإن كانت ظاهرة إنسانية قديمة قدم الإنسان في حد ذاته،وهي لم تظهر في البحوث ومؤلفات الدارسين والفقهاء إلا في بداية القرن العشرين تقريبا،هذا نظرا لاتسام كل العقودقبل تلك الفترة بالبساطة وعدم التعقيد،ولم يحتاج المتعاقد ون إلى مرحلة التفاوض على العقد بمعناه الحديث إلا مؤخرا وذلك عند ما ألقى التطور الرهيب بكل ضلاله على مختلف المجالات والميادين التي يتعامل من خلالها الأفراد والمؤسسات، والتي أصبحت مليئة بالتعقيد والتركيب ولكي نستعرض مرحلة التفاوض على العقود هذه بالدراسة والتحليل علينا في بداية التطرق إلى المفهوم العام لها،في المبحث الأول والطبيعة القانونية والضوابط التي تحكم مرحلة التفاوض في المبحث الثاني

المبحث الأول :مفهوم مرحلةالتفاوض على العقد

غالبا مايسبقالإتفاق على الصيغة المناسبة في عقود لأعمال الكثيرة من المفاوضات والمناوشات التي تؤدي إلى وضع تصور مشترك لكل الموضوعات التي جرت مناقشتها ومن ثمة تفسر عند صياغة مشروع العقد فالتفاوض يقع في مجالات الحياة وفي جميع الأوقات،وحيث ناهد ونعايش في حياتنا اليومية الكثير من الحالات التفاوضية خاصة في مجال الأعمال والصناعات ولخدمات كعملية رسمية ومدروسة تتم بين عدة أطراف لتحقيق غايات وأهداف وإشباع رغبات محددة إذا من خلال هذا المبحث نتطرق إلى مفهوم التفاوض على العقد في ثلاث مطالب وأولها تعريف التفاوض على العقد،أما المطلب الثاني فهو المميزات الهامة لمرحلة التفاوض، وفي المطالب الثالث نتناول التميز بين التفاوض على العقد والمسائل أو المصطلحات المشابهة له على نحو الذي سيأتي بيانه

المطلب الأول :تعريف التفاوض على العقد

إن الفقه على العموم يجتنب وضع تعريف محدد واضح لظاهرة التفاوض على العقود، وكل ينادي بذلك لأنه يعد حجر الزاوية في البنيان القانوني لظاهرة التفاوض لمرحلة سابقة لإبرام العقد النهائي[1]، فمن خلال التعريف نتمكن من تحديد الطبيعة و القانونية للتفاوض على العقود،ثم يمكننا من أن نهتدي إلى أحكامه الخاصة، وحتى نستطيع الوصول إلى هذا التعريف يستحسن أن نبين ذلك من خلال ثلاثة فروع كما يأتي بيانه

الفرع الأول : المعنى اللغوي للتفاوض على العقد

[1]- د/ رجب عبد الله ، التفاوض على العقد (دراسة تأصيلية تحليلية مفارقة) دار النهضة العربية القاهرة ،200.ص 24 وبعدها

المفاوضة في اللغة هي المساواة والمشاركة وهي مفاعله من التفويض كأن كل واحد منهما ردما عنده إلى صاحبه ويقال فاوضوا الحديث أي أخذو فيه وتفاوض القوم في الأمر أي فاوض فيه بعضهم بعضا[1]

أما في الفرنسية فإن كلمة(NEGOCIATION)وأصلها في اللغة اللاتينية هو: (NEGOTIATIO) فإنها تحمل معنين المعنى الأول هو التجارة (COMMERCE) أي عملية الشراء والبيع لقيمة منقولة او عملية تداول الأوراق التجارية والمعنى الثاني هو أن التفاوض هو العملية التي تتضمن سلسلة المحادثات وهو تبادل وجهات النظر، من أجل التوصل إلى إتفاق وتفاهم حول عقد أو صفقة معينة ، ومرادف كلمة (NEGOCIATION) أي التفاوض هو كلمة POUR (PARLER)[2]

الفرع الثاني : المعنى الاصطلاحي للتفاوض على العقد

يعتبر التفاوض على العقد من الممارسات اليومية التي يمارسها الأفراد،ومن أقدم مظاهر السلوك الإنساني الشائعالإستخدام شاء الأنسان أن أبى إذاليس له حرية الإختيار بين ممارسة التفاوض او عدمه،لأن التفاوض سمة أساسية من السمات الحياة لكل البشر،لايقتصر التفاوض على مجرد الإلتقاء حول مائدة التفاوض لمناقشة قضايا عمل أو أمور أخرى يتعين الإتفاق عليها أو عدم الإتفاق حولها ، إنما يمتد إلى كل ميادين الحياة ومع كل الأطراف، وحول أي قضية أو موضوع أو هدف يختلف في شأنها .

فلا يكفي لإنعقاد العقد أن يأتي القبول مطابقا لإيجاب في المسائل الجوهرية فقط ، بل يتعين أن يأتي التطابق في كافة المسائل أيا كانت أهميتها، فلا ينطبق الإيجاب على القبول سواء بالزيادة او النقصان أو التعديل،فإن الأمر هنا لايعدو أن يكون فيه **الطرفان في حالة تفاوض سابق للتعاقد** [3]

ولكن يحدث في بعض الأحيان أن يتفق الطرفان على جميع المسائل الجوهرية في العقد ولكنهما لم يتمكنا من الإتفاق على بعض المسائل التفصيلية او الثانوية،فيقرروإرجاءالإتفاق ويذهب العميد كاربوني "carbonnier" إلى تعريف المفاوضات بأنها تلك المرحلة التمهيدية التي تستمر فيها دراسة ومناقشة شروط

---

[1]- إبن منظور محمد بن كريم 711 و1311م لسان العرب دار المعارف القاهرة ،ب ت باب**فوض ص** 3486

[2]- جمال حواش التفاوض في الازمات والمواقف الطارئة إيتراك للطباعة والنشرالتوزيع ط2005،ص5

[3]- ياسرأحمد كمال الصيرفي ، دور القاضي في تكوين العقيدة دن.ع القاهرة مر -2000، ص10

العقد،وفي هذه المرحلة لايكون العقد قد تم،بل ليسهنالك إجاب بالعقد ككل يمكن قبوله، وإنما هنالك فقط عروض وعروض مقابلة وقد تكون عروض مضادة [1]

ويذهب الفقيه كارنو"carnu" إلى تعريف التفاوض هو مجموعة من العمليات التمهيدية تتمثل في المباحثات والمساعي والمشاورات وتبادل وجهات النظر،بهدف الوصول في الأخيرإلىاتفاق محدد المعالم والعناصر ومن جانبه يذهب الأستاذ حسام الأهواني إلى تعريف التفاوض بأنه تبادل الإقتراحات والمساومات والتقارير والمكاتبات والدراسات الفنية والأستشارات القانونية التي يتبادلها أطرافالتفاوض،ليكون كل منهما على بينة من أفضل الأشكال القانونية،التي تحقق مصلحة الأطراف، معرفة ماينجم عن التفاوض من حقوق وإلتزاماتللأطرافه[2]

ويعرف بعض الفقه المفاوضات قبل التعاقدية التحضرية التي تسبق الإيجاب النهائي للعقد التي لايوجد فيها سوى مجرد عروض وعروض مضادة، ويتم فيها دراسة شروط العقد المحتمل والتفاوض بشأنها

الفرع الثالث:محاولة وضع التعريف مختار للتفاوض على العقد

إذا وعلى ضوء تعاريف السابقة يمكن أن نقترح التعريف الموالي للتفاوض على العقد، فالتفاوض على العقد هو حدوث اتصال مباشرأو غير مباشر بين شخصين أو أكثر بمقتضى إتفاق بينهما يتم خلاله تبادل العروض والمقترحات والدراسات الفني

والقانونية وبذل المساعي المشتركة بهدف الوصول إلى اتفاق مشترك بشأن عقد معين تمهيد البرامه مستقبلا إذا من خلال هذا التعريف يمكن تميز التفاوض على العقد على

غيره من المسائل والمصطلحات المشابهة له،ومن خلاله كذلك يمكن تبيان الطبيعة القانونية له وهذا السواء كان التفاوض مباشر واجها لوجه،او عن طريق غير مباشر بالمراسلات

ووسائل الإتصال الحديثة، ثم محاولة إضهار هذا المفهوم كفكرة قانونية قائمة بذاتها يمكن دراستها من كل الجوانب وتأصليها كنظرية قائمة بذاتها[3]

المطلب الثاني:المميزات العامة لمرحلة التفاوض على العقد

يتميز التفاوض على العقد بخصائص معينة من شأنها أن تجعل منه فكرة قانونية قائمة ومستقلة بذاتها، بحيث يمكن للتفاوض على العقد أن يتنبوأ المكان الخاص بجوار الأفكارالقانونية الاخرى دون أن يلتبسه أو يختلط بها وسنتطرق إلى هذه المميزات من

---

[1]-jcarbomier droit civil , les obligations 20 e ed, puf1996, p72

[2]- د/حسام الدين كمال الاسواني،أستاذ القانون المدني، كلية الحقوق جامعة عين شمس الانظمة التعاودية القانون المدني ، ومقتضيات التجارة الدولية،جامعة القاهرة،مصر1994ص50

[3]-د/ رجب كريم عبد الله، التفاوض على العقد، المرجع السابق ص64

خلال ثلاث فروع أولها هو أن التفاوض على العقد ثنائي الجانب على الأقل ويتم باتفاق بين الطرفين ، ونتطرف في الفرع الثاني إلى أن التفاوض على عقد يقوم على التعاون المتبادل، وفي الفرع الثالث نتطرق فيه إلى التفاوض على العقد مرحلة تمهيد لإبرام العقد النهائي وذلك ما سيأتي :

الفرع الأول :التفاوض على العقد الثنائي الجانب على الاقل

ويتم بإتفاق الطرفين لاخلاف في أن التفاوض على العقد يكون دائما ثنائي الجانب على الاقل، أي يتم من جانبين أو أكثر ولا يتصور حدوثه من جانب واحد،ويكون هذا التفاوض بنوع من الإتصال والحوار والنقاش وجها لوجه أو عن طريق المراسلة،المهم أن يكون شخصا ن على الأقل،والتفاوض في الجوهره يقوم على التفاعل والدراسات والتعاون والمشاركة وهذا يحتاج إلى بذل الجهد وتظافره حتى يؤتي ثماره ويحقق في النهاية الأهداف المرجوة وهذا لايمكن تصوره من طرف واحد، وإنما لا بد من وجود طرفين على الأقل والتفاوض على العقد يتم بإتفاق الطرفين دوما، سواء كان هذا الإتفاق صريحا أو ضمنيا وهذا أهم مايميز التفاوض على العقود

الفرع الثاني : التفاوض على العقد يقوم على التعاون المتبادل

ويتميز التفاوض على العقد كذلك بكونه يقوم على التبادل والتعاون والاخذ والعطاء للتقريب من الآراءالمختلفة التي قد تكون متعارضه وذلك بتبادل العروض والمقترحات والدراسات التمهيديه مع تقديم التنازلات من الطرفين وذلك بتعديل بعض شروط ومطالب كل طرف حتى يتحقق نوع من التوازن بين مصالح الطرفين المتفاوضين[1]

فبمجرد قبول الدخول في التفاوض بشان العقد، يعني ان كل طرف يقبل مناقشه شروطه او التعديل فيها وحتى التنازل عن بعضها وذلك حتى يتوصل الطرفان معا الى اتفاق مشترك، يكون كل طرف منهما قد ساهم بقدر معين في تكوين العقد المستقبلي المراد ابرامه، فالواقع أن الإفاق على التفاوض لا يلزم الطرفين الا بالتفاوض بحسن نيه وما يتفرعن ذلك من التزامات لكنه لا يطرح عليهما إبرام العقد

[1]- حسان الاهواني ،النظرية العامة **الإلتزام**،ح1،مصادرالإلتزام، مصادر الإلتزام، الطبعة الثانية القاهرة1995 ص75

في نهاية التفاوض فالالتزام بالتفاوض بحسن نية هو الألتزام ببذل عنايه وليس بتحقيق نتيجة وانما تتجه اراده الطرفين الى مجرد التفاوض على العقد وفقا لقواعد مبدأ حسن النية السائد في المعاملات اما ابرام العقد فهو أمر يتوقف على الرغبةالنهائية للطرفين بحيث يكون كل المتفاوض الحريةالكاملة في التعاقد من عدمه

الفرع الثالث: التفاوض على العقد يمهد لإبرام العقد النهائي

يعتبر التفاوض مرحله تحضيريه بكل مقتضياتها في الطريق الصحيح لإبرام العقد في نهاية هذه المرحلة فالتفاوض يهدف الى التحضير والاعداد الجيد شروط ومراحل العقد على كل المستويات لإبرام هذا العقد، وهذا هو السبب الرئيسي لعملية التفاوض وذلك بمناقشة بنود العقد، واجراء الدراسات اللازمة لذلك وكلما توصل الطرفان الى التفاهم حول بعض النقاط او شروط فانه عليهما بصياغتها في اتفاق مرحلي ثم يواصل التفاوض حول الشروط الباقية،وبذلك يتحرك الطرفان خطوه بخطوه ومرحلة تلوى الأخرى نحو الاتفاق على كل المراحل العقد وبنوده[1]

فاذا ما توصل إلىإتفاق نهائي على جميع الشروط الجوهرية والتفصيلية في العقد ،فإن العقد يكون ساعتهجاهزللانعقاد ومن ثم ينتقل الطرفان الى المرحلةإبرام العقد ان بتبادل إجاب وقبول متطابقتين وفقا للاتفاقات التي ابرمت خلال كل مرحلة من المراحل التفاوض،فيقومان بإفراغها في ورقه مكتوبه بشكل نهائي ثم يوقعان عليها وعندئذ ينعقد العقد بصفةنهائية وتامه[2]

المطلب الثالث: التمييز بين التفاوض على العقد ومسائل او المصطلحات المشابهة له

ان ما بيناه من خصائص تميز مرحلة المفاوضات العقدية،يسمحلنا الان بان نميز بشكل سهل بينه وبين المصطلحات التي تتشابهمعه،والهدف من ذلك هو تحديدالنطاق الخاص بالمفاوضات العقدية والدور الحقيقي الذي تلعبه في التحضير لإبرام عقد جديد، لذافإننا سندرس هذا المطلب من خلال الفروع التالية: الاول هو التميزبين التفاوض على العقد و ابرام العقد ،والثاني هو تميز بين التفاوض على العقد والمساومة والاعلام ،اما في الفرع الثالث فهو التميز بينه و بين التشاور و المحادثة،وسنتناول هذا على النحو الاتي:

الفرع الاول:التميز بين التفاوض على العقد و ابرام العقد

---

[1]-حسام الأهواني المرجع نفسه ص80

[2]-د/ ثابت عبد الرحمان إدريس، المدير التحريات المعاصرة ، القاهرة مكتبة عين شمس 19925 ص 278

يمر العقد عموما قبل إبرامه بشكل نهائي بفتره أولية تسمى الفترة قبل التعاقدية او تسمى بالمرحلةالسابقة على التعاقد، يكون خلالها العقد في مرحلةالتكوين والتحضير وتبدأ هذه الفترة عاده منذ اللحظة التي يعلن فيها احد الطرفين عن رغبته في التعاقد إلى الطرف الاخر، وتنتهي في اللحظة التي ينعقد فيها العقد نهائيا، و يدخل مرحله التنفيذ فمرحلة التفاوض على العقد هي التي تجري فيها مناقشه شروط وبنود العقد بالدراسات اللازمة من كل الجوانب، و دراسة الجدوى الاقتصادية وهذا كله يهدف الى تحضير ببناء عقد جيد وناجح دون اشكالات عند الدخول في مرحلة التنفيذأما مرحلةإبرام العقد فهي تلك المرحلة التي يجري فيها انعقاده وإبرامه بشكل نهائي،وذلك عن طريق تبادل ايجاب وقبول متطابقتين دون الرجوع الى المناقشة حول شروطه فوجه الشبه بين المرحلتين هو ان كلاهما يعتبر مرحلةقبل العقدية التي تسبق تماما العقد، فهما مرحلتين ما في إتجاه العقد وبالرغم من ذلك فإن التفاوضعليالعقديختلفعنابرامالعقدمنعدموجوده[1]

مرحلة التفاوض تكون دائما تسبق مرحله إبرام العقد، فإن تم الاتفاق على كل ذلك تأتي مرحلةإبرام العقد، بعد إفراغ ماهو متفاوض عليه في الوثيقةالنهائية ويوقعان عليها بشكل نهائي

وتكون مرحلة التفاوض على العقد مدتها طويله قد تتجاوز الشهور والسنين لأن التفاوض قد يتطلب الكثير من الدراسات والمحادثات اللازمة،وهي أعمال قد تتطلب زمنا طويلا لتحقيقها وعلى العكس من ذلك فان مرحلةإبرام العقد،تكون في الكثير من الحالات مرحلة حيث يتم قبول الايجاب فور صدوره بوقت قصير فالاصل ان يصدر القبول فور صدور الايجاب فالتفاوض على العقد ينتهي لحظة صدور الايجاب فاذا قبل الطرف الاخر هذا الإجاب دون شرط أوتحفظ،ينعقد العقد نهائيا وهكذا يكون الايجاب هو الحد الفاصل بين المفاوضات و إبرام العقد

الفرع الثاني: التميز بين التفاوض على العقد والمساومة والاعلام

التميز بين التفاوض والمساومة: إن فكرة التفاوض على العقد أوسع بكثير من فكرةالمساومة،حيث أن هذه الأخيرةكثيرا ما توجد في غياب التفاوض وان كان المتفاوضون يلجؤون عادت الى المساومة اثناء التفاوض بإعتبارهاتكتيكا تفاوضيا فعالا،فالمساومةهي نشاط من الجانب واحد يقوم به أحد طرفين بهدف الضغط على الطرف الاخر للحصول على تخفيض او زيادة في الثمن، عند انعقاد العقد او اثناء التفاوض على العقد فالمساومة ترد على أحد عناصر العقد وهو الثمن دون غيره اي المقابل المالي سواء بالزيادة او او النقصان ولا يتناول باقي العناصر العقد الاخرى

[1]- د/ حسام الأهواني ، المرجع السابق ، الصفحة 03 مابعدها

وعليه فإن أوجه الاختلاف التفاوض على العقد والمساومة تتجلى من خلال أن المساومة هي نشاط من جانب واحد أما التفاوض على العقد هو دائما ثنائي الجانب على الاقل، كما ان المساومة ترد على عنصر واحد من العناصر العقد وهو الثمن بينما في التفاوض على العقد يرد على كثيرا من عناصر العقد بما في ذلك عنصر ثمن ومن خلال ذلك نلاحظ ان موضوع التفاوض أوسع بكثير من فكرة و موضوع مساومة[1]

أما التميز التفاوض عن العقد عن الأعلام فإن التفاوض على العقد يستوجب قيام كل متفاوض بإعلام المفاوض الاخر وهذا لا يعني ان التفاوض هو الاعلام،فثمة فارق واضح بين الفكرتين فيقصد بالإعلامهوقيام شخص بإحاطة الغير علما بصفات يء معين بعينه تنوير ايرادته قبل اتخاذ قرار بشأنهفالأعلام هو مجرد وصف الشيء ايجابا او سلبا بشكل اختياري للترويج لسلعه أو خدمة ما،أومن اجل الاستعلام او التحري عنها،ويكون ذلك التزاما في العقد عند ابرام العقد او عند تنفيذه من اجل التنوير ارادة الطرف الاخر ومهما كان فانه لا يمكن الخلط بين التفاوض على العقد و الاعلام،فكل منهما يختلف عن الاخر من حيث الطبيعة و المجال،حيث ان التفاوض على العقد يتضمن بحث ومناقشه شروط العقد المختلفةلتحديدها،ثم افراغها بالاتفاق المشترك قد يكون نهائيا،في حين ان الأعلام يقتصر على وصف الشيء الذي يرد عليه العقد من اجل العلم به دون ان يتطرق الى مناقشه ودراسة شروط العقد كما ان الاعلام قد يحدث خارج مرحله التفاوض[2]

الفرع الثالث:التميز بين التفاوض على العقد والتشاور والمحادثة

رغم ان التفاوض يتضمن بشكل اساسي، التشاور بين الطرفين ذلك لا يعني ان التفاوض هوالتشاور،فالتشاور يقصد به تبادل الراي بين شخصين حول مسالة معينه تخصهما معا، او احدهما فقط تمهيدا لأخذ القرار المناسببشأنها وبذلك فان التشاور يختلف كثيرا عن التفاوض عن العقد رغم تشابهمافي تضمنهما احيانا حوار حقيقيا بين المشير و المشار عليه الا انه يظل مختلف تماما عنه

بينما التفاوض على العقد يكون أطرافه هم أصحاب الشأنوالقرارفيما يتم التفاوض عليه،غير أن التشاور يقتصر دوره على إبدا الراي فقط دون اتخاذ قرار معين في الموضوع المتشاورعليه، فهي لا تخص المشير بها صاحب القرار الطرف ثالث غير المستشار والمشير، وهذا ما لا يكون كثيرا في التفاوض على العقد[3]

---

[1]- د/ رجب كريم عبد الله المرجع السابق ص 120

[2]-د/ نزيه محمد الصادق المهدي الألتزام قبل التعاقدي بالادلاءبالبيانات المتعلقة بالعقد وتطبيقاته على بعض العقود، دار النهضة العربية ، القاهرة ، مصر 1982 ص 42

[3]- د/ يحي الجمل القانون الدستوري دار النر والتوزيع القاهرة مصر، 2001،ص 126

من جهة اخرى فان التفاوض يقضي بتقديم تنازلات من الطرفين للتوصل الى اتفاق بالتراضي بينما التشاور هومجردإستشارة فقط هدفها إثارةإرادةالمستشير الذي قد يقبل الاستشارةأو يستبعدها نهائيا دون تقديم أي تنازلات للحفاظ على رأيه

بينما عندما نميز بين التفاوض على العقدوالمحادثةعلى الرغم من ان التفاوض يتضمن غالبا محادثه بين اطرافه من اجل مناقشة شروط ومراحل العقد إلا أن ذلك لا يعني ان المفاوضة هي المحادثة، فالمحادثة هي تبادل اطراف الحديث حول فكرة عامة غير معنية بذاتها، او موضوع او حدث او حول فكرةعامة غير معنية بذاتها،وفي المحادثة لا يسعى الاطراف فيها إلى إبرام لعقد معين ودون اي التزام بينهم

بينما التفاوض على العقد قد يجعل الاطراف يلتزمون بالتزامات معينة، كما ان التفاوض يتم بين الأطراف ولكل منهما مصلحه معينةفي ذلك،عكسالمحادثة التي قد تتم دون اي مصلحةتذكر،الدور هنا هو ابدا الراي فقط، الى جانب ان التفاوض يستدعي تقديم تنازلات معينةمن احد الطرفين او والكلاهما عكس المحادثة الذي يقتصر دورهم على تبادل أطراف الحديث والكلام في موضوع معين لا يتقيدون بما بماتسفر عنه المحادثة في النهاية[1]

المبحث الثاني:الطبيعة القانونية وضوابط مرحلة التفاوض على العقد.

بعدما تقدمنا في المبحث الاول بإعطاء إطار مفاهيمي حول مرحلة التفاوض على العقدإستوجب علينا تناول الطبيعةالقانونية التي تنظم هذه المرحلة الهامة التي تسبق إبرام العقد،ولايتحقق نجاح التفاوض الا عن طريق استخدام اساليب التفاوض المدروسةالتي تقوم تقوم على تخطيط المنهج والرؤيةوالموضوعيةالمبنية على الضوابط الأساسية التي يجب اتباعها في مرحلة التفاوض لهذا سوف نتطرق في المطلب الاول للدراسةالطبيعةالقانونية للتفاوض على العقد ،ثم الدرلسة الضوابط التي تحكم مرحلة التفاوض على العقدفي المطلب الثاني

المطلب الاول الطبيعةالقانونيةكمرحلةالتفاوضعلىالعقد

على الرغممن اتفاقالفقهاءعلى مبدأ قيام المسؤولية في مرحلة التفاوض على العقد إلا أنالخلاف يظهر بين الفقهاء حول الطبيعةالقانونيةللمسؤوليةالمدنيةفي هذهالمرحلة باعتبار ان هذه المرحلة لا تفلت من زمام القانون، رغم ان القانون عموما ولم ينظم ولم يشير اليها بشكل واضح في مختلف القوانين وخاصة القانون المدني، والان موضوع الدراسة يدور حول التكييف القانوني للتفاوض السابقعلى ابرام العقد كان علينا تناول الطبيعةالقانونية لمرحلة التفاوض على العقد في

[1]- د / رجب كريم عبد الله- المرجع السابق ص 134 وما بعدها

نظـر الفقـه المعاصـر فـي الفـرع الاول،وموقـف القـانون المـدني الجزائـري مـن الطبيعةالقانونيـة علـى العقد في الفرع الثاني

الفرع الاول:الطبيعةالقانونية لمرحلة التفاوض علىالعقد بنظر الفقه المعاصر

تعد عمليه تفاوض من أخطر وأهم مراحل العقد على الاطلاق أما لها من اهميةفي التحديد معظم وأهم شروط ولبنود العقد المراد إبرامه كما يقوم من خلالها تحديد مختلف إلتزامات والحقوق طرفي العقد، وما قد تثير من اشكالات قانونية عديدة، لذلك اختلف الفقهاء في تحديد الطبيعةالقانونية لمرحلة التفاوض على العقد فمنهم من يعتبرها ذات طبيعة مادية، ومنهم من يعتبرها ذات طبيعة عقدية،و تقوم فكرة الطبيعة المادية للتفاوض على اساس على أن التفاوض يمثل واقعه ماديه ليس إلا فهو غير ملزم ومفرغ من اي قيمه قانونيه[1]،ويذهب الفقهاء إلى التفرقة بين المفاوضات غيرالمصحوبة باتفاق صريح وبين تلك المصحوبة بمثل هذا الاتفاق في فالأول تعتبرفينظرهم ذات طبيعة مادية ام الثانية فتعد ذات طبيعة عقدية، والاتفاق الضمني على التعاقد يقصد به المفاوضات التي تتم دون أن يكون هنالك إتفاق صريح بشأنها،حيث لا يوجد تنظيم اتفاقي لعملية التفاوض بينهم،ولا يوجد نص قانوني ينظم العلاقة بين طرفي التفاوض [2]

والاتفاق الصريح يهدف إلى التأكيد على أن مفاوضاتهما تتم بموجب اتفاق سابق بينهما، وأن هذا الاتفاق هوالذي يحكم العلاقة بينهما، كما يلزمهم بالتفاوض بحسن نيه ولا يلزمهم إبرام العقد النهائي محل المفاوضات وعليه فان التفاوض ذو طبيعة مادية ومن ثم فهوعمل مادي غير ملزم يترتب التسليم بذلك نتائج عملية غير مستصاغة تتمثل في:

قيام المسؤوليةالتقصيرية على العدول على التفاوض إلا إذا ما إقترن ذلك بخطأ مستقل عنه وأنالمسؤوليةالتقصيرية سوف لا تقوم الا اذا تم اثبات الخطأ التقصيري[3] اما الطبيعةالعقدية للتفاوض فتظهر من خلال وجود اتفاق على التفاوض بين الطرفين يستوي في نظرنا ان يكون هذا الاتفاق،قد جاء صريحا أو ضمنيا فحيثما يوجد تفاوض على العقد فثم إتفاقهناك يستشف بين الطرفين على الرغبةفي التفاوض حتى ولم يكن ذلك الاتفاق صريحا

والحقيقةأنه بمجرد توافق الارادتين على الدخول في عملية التفاوض يكون الطرفان قد عقدا في ما بينهما عقدا دون أن يصرح بذلك أحيانا، وهذا العقد هو الذي يحكم العلاقة بينهما سواء أثناءالتفاوض أو عند فشله، الامر الذي يجعل عمليه التفاوض وقد ينشأ عنها من مسؤولية ذات طبيعةعقدية، ومنه فإن إتفاقالتفاوض

---

[1]- حمدي محمود بارودي ، بحث نحو إرساء تكليف قانوني في جديد للمفاووضات،دراسة تأصيلية ص 63 غزة

[2]-د/ رجب كريم عبد الله، مرجعسابق ص 276

[3]- حمدي محمود بارودي نفس المرجع ص 9

الصريح أو الضمني والذي يسمى تارة بالاتفاق المبدئي، وتارة اخرى بإتفاق التفاوض غير انه يسمى بعقد **التفاوض، وخلاصة ال**قول أن إلتزام الأطراف بالألتزامات الناشئة على التفاوض عن الطبيعةالقانونية للتفاوض عملية حساسة ذات اجراءات وضوابط وعيوب لكل مرحلة من المراحلهاوصيغةخاصة بها ، والتزامات خاصةبها و طبيعة خاصة،بها فهي عملية تفاوضية واحدة قد تختلف طبيعتها ليس بسبب مرحلها **أو إ**جراءاتها فقد يكون السبب خارجي راجع للظروفالاقتصاديةمثلا،وانالتفرقة بين الطبيعةقانونيةلمرحلة التفاوض في العقد تجعلنا نهمش هذه العملية وعدم القدرة على ارساء قيمةالقانونية لها ولعل الصواب لو كان هنالك نصوص وتنظمها لكانت العمليةالتفاوضية ذات طبيعة عقدية[1]

الفرع الثاني:الطبيعةالقانونية لمرحلة التفاوضعلى العقد فيالقانون المدني الجزائري

إن المشرع الجزائري ومن خلال القانون المدني ورغم ما طرأ عليه من تعديلات [2]لم يهتم بمرحلة التفاوض على العقد، فقد أغفل تنظيم الالتزامات خلال هذه المرحلة، كما انه سكت عن تحديد طبيعةالمسؤولية خلالها،كما سكت كذلك عن حماية المتفاوض خلال هذه المرحلة،تاركاالامر بيد القضاء الذي ما زال يعتبر مرحلة التفاوض مجرد عمل مادي لا يرتب إلاالمسؤوليةالتقصيرية، وهي مهمةصعبةوشاقة على عاتق المتضرر لإثبات اركان هذه المسؤولية،و في الكثير من الحالات قد يفشل هذا الطرف في إثباتها وخاصه اثبات الخطأ التقصيري اللازم لقيام المسؤوليةالتقصيرية قبل التعاقدية وهكذا تضيع حقوق الطرف المتضرر[3]

إذا كان يستحسن أن يتضمن تعديلات القانون المدني التي أوردها المشرع الجزائري نصا صريحايحدد طبيعةالمسؤولية خلال مرحلة التفاوض على العقد على التفاوض بحسن نيه وبحرية كل طرف خلال المرحلة المفاوضات و تحديد طبيعةالمسؤوليةالتقصيرية ومتى تكون عقدية وذلك لحمايه الطرف الضعيف في المفاوضات، و خاصة في العقود التجارية و عقود الاعمال عموما ذات الاهمية الاقتصاديةوالمالية،والتي تتطلب إجراء مفاوضات طويلةومكلفة وشاقةبشأنها

غير أن المشرع الجزائري أهتم بالمرحلة السابقة على التعاقد في عقد في حياة الانسان وهو عقد الزواج وما يترتب عليه من أثار هامةفهوما أشار إليه المشرع الجزائري عقد الزواج ضمن أحكام الخطبةأو الوعد بالزواج[4]

و على هذا الاساس فان البحث عن المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض تستلزم على المشرع تقديم الجوانب القانونية للالتزامات الناشئة عن مرحلة التفاوض على العقد، وذلك بتحديد نطاق المفاوضات

---

[1]- حمدي باردي مرجع السابق ص 12

[2]- تعديل رقم 10/05 المؤرخ في 20-06-2005 كذلك القانون 07/ 05المؤرخ 13/05/2007 التي مست القانون المدني الجزائري

[3]- - بلحاج العربي بلحاج العربي مشكلات المرحلة السابقة على التعاقد دم ج الجزائر 2011 ص 183 ومايليها

[4]- من خلال قانون الأسرة حدد مرحلة السابقة على عقد الزواج في المادة بين 5 و6 المعادلتين بالامر 05/05 المؤرخ في 2005/02/27

العقدية، وتحديد وتقنين مختلف الاتفاقات المبرمة قبل وخلال المرحلة السابقة على التعاقد والاثار المترتبة عنها[1]

المطلب الثاني: ضوابط مرحلة التفاوض على العقد والاساليب التكتيكية المختلفةلها

تتطلب المفاوضات باعتبارها الوسيلة الاساسية والمتداولة على ابرام عقد الأعمال عند إجراءها الأخذ بكل مستلزمات النجاح التي بواسطتها يتم تحقيق الاهداف التي يطمح اليها الطرفالمتفاوض، من تحقيق **ذلك لا بد** من ان يتم التفاوض بصورة جيده من جانب اطراف العقد حتى يستطيع كل كل طرف التأكد من ان العقد سوف يحقق أهدافوغايته،كمايجب رسم إستراتجية معينة وسياسة تفاوضية محددة للوصول الى اهدافه ومقاصده حيثيجب استخدام بعض التكتيكات والمناورات من اجل الضغط على المتفاوض الاخر لتحقيق الاهداف المرجوة من عمليه التفاوض فانه من الضروري تناول ضوابط مرحلة التفاوض في العقد في الفرع الاول والاساليب التكتيكيةالمختلفة في الفرع الثاني

الفرع الاول: ضوابط مرحلة التفاوض على العقد

العملية التفاوضية عند اجرائها تتطلب الأخذ بكل مستلزمات النجاح والتي بواسطتها يتم تحقيق الاهداف التي تطمح اليها عملية التفاوض، حيث يلجأ الفريق المفاوض الى اعتماد و إختيار المنهج التفاوضي الذي سيتم استخدامهأثناء مجريات التفاوض و يعتبر هذا من أهم المستلزمات الفعالةوالناجحة للتفاوض، ويعرف منهج التفاوض على انه مجموعة من القواعد والمعايير الثابتة التي يعتمد عليها المفاوض لتحقيق أهدافه جراء قيامه بنشاط حول موضوع كان محط أشكال، والتفاوض بدون منهج علمي موضوعي يتحول الى جدل عقيم لا يؤدي الى أي نتيجةويعد منهج التفاوض من إجراءات التفاوض فهي التي تحدد بها عناصر واستراتيجية القوةالتفاوضية، والمعلومات التفاوضيةوالقدرةالتفاوضية و الرغبةالمشتركة للتفاوض

ويتوافر هذه العناصر أو **الشروط** الحتمية يمكن البدء في عملية التفاوض والتي من خلالها يتم إسقاط الاسلوب المناسب في العمليه التفاوضية وإستراتيجية المفيدة لها في عناصر التفاوض و هي المقومات الاساسية لنجاح التفاوض [2]و لكل الاستراتيجية في التفاوض واسلوب خاص به فهناك الأسلوب الادراكي وهنالك الأسلوب الحدسي كما يوجد الاسلوب التحليلي و الاسلوب المعياري

الى جانب الضوابط المنهجية هناك الضوابط البشرية لعملية التفاوض فالانسان هو القادر على إدارة العملية،التفاوضية إلى النجاح أو الفشل الذريع فيعد الركن الأساسي و المهم في هذه العملية**فإدراك** المفاوضللظروف المحيطة بالعملية التفاوضية **و** المعرفته

[1]- د/ بلحاج العربي مشكلات المرحلة السابقة على التعاقد المرجع السابق ص 15

[2]- إيهاب كمال مرجع أحمد محمد صبري مهارات التفاوض والدبلوماسية الأقناع هية النيل العربية لنشر والتوزيع مصر بدون طبعة 2008،2009ص20

بالمهارات المطلوبة هي من عوامل نجاحالتفاوض على العقد وبالتالي تحقيق الاهداف المرسومةفهذه المهارات إما ان تكون فطريةأو مكتسبة وتصقل هذه الصفات من خلال العمل و الممارسةوالخبرة التفاوضية والتدريب المستمر ومن بين هذه الصفات الذكاء واللباقةوالسرعةالبديهيةو الجرأة والتفاعل و التي من خلالها يمكنه من إستيعاب وإدراك الحالة التفاوضية التي هوبصددها، وتكتسب هذه المهارات عن طريق التعلم والتدريب والممارسة الدائمة والفعالة للحصول على الخبرة المطلوبة[1]

الفرع الثاني: الاساليب التكتيكية المختلفة لمرحلة التفاوض على العقد

قبل الدخول في التفاوض يتم مسبقا رسم إستراتيجية معينه وسياسة تفاوضية محددة من خلال قيام كل طرف بتحديد أهدافه ومقاصده من مرحلة التفاوضككل،وفي سبيل تحقيق ذلك يلجأ المتفاوض بمجرد جلوسه الى طاولة المفاوضات الى استخدام بعض التكتيكات والمناورات من أجل الضغط علىالمتفاوض الأخر،ومن أجل تحقيق الأهداف المرجوة من عملية التفاوض[2]

وتكتيكات التفاوض عديده ومختلفة وأهمها تكتيك الرجل الطيب والرجل الشرس و ذلك فإن يقوم رئيس الفريق المفاوض بدور رجل المتساهل ويقوم أحد اعضاء الفريق بدور الرجل الشرس ويضغطان بها على الفريق الاخر لتقديم تنازلات،وهناك تكتيك فرق تسد وهو أسلوب زرع الفتنه و الفرقة بين أعضاء طرف الاخر مما يجعلهم ينقسمون فيما بينهم،فيسهل الفوز عليهم وتحقيق أكبر قدر من المكتسبات والتنازلات، كما نجد عدة تكتيكات اخرى كإستغلالنقطه الضعف وتكتيك المساومة، وتكتيك الصمت المؤقت وتكتيك التنازل الأول في السعر[3]

إذا كل هذه التكتيكات الغير المشروعة والتي يقصد بها خداع المتفاوض واستغلاله تعتبر اعمالا غير مشروعه، فهي تعتبر حيلا تدليسة تعيب الإرادة،فإذا ما تم ابرام

---

[1]- د/ محمود علي ود/ محمد الهزايمة المدخل إلى فن المفاوضات ط1 دار الحامد للنشر والتوزيع الأردن 2006 ص 70 و ما بعدها

[2]- د/ مصطفى محمد أبو بكر التفاوض الناجح الإسكندرية مصر الدرا الجامعية الجديدة 2005 ص18

[3]- د/ مصطفى محمد أبو بكر التفاوض الناجح ، نفس المرجع ص 18 وما بعد ما

العقد بناء على عليها كان للمتعاقد المدلس عليه الحق في طلب ابطال العقد،والتعويض عما لحقه من ضرر جراء ذلك[1]

غير انه اذا تحلى المتفاوض بالخصال الحميدةوالنابعة من الخبرة في التفاوض و خاصة في العقود الدولية،وهي عوامل نجاح المفاوضات وإستراتيجياتها فالمفاوض هناك يتعرضلمغبة الوقوع فيدائرة المحظوراتالقانونية التي ترتب المسؤولية حرق كما سنرى لاحقا

[1]- د/ حسن محمد وحيد ، مقدمة في علم التفاوض الكويت سلسلة عالم المعرفة الكويت 1994 ص 60

خلاصة الفصل الاول :

من خلال تطرقي في هذا الفصل إلى الإطار المفاهيمي لمرحلة التفاوض على العقد،تناولنا في المبحث الاول مفهوم مرحلة التفاوض على العقد، وبينا تعريف التفاوض لغة واصطلاحا مدعما بآراء العلماء والفقهاء، كما قدمنا تعريف جامع لمرحلة التفاوض على العقد بانها هو حدوث اتصال مباشر او غير مباشر بين شخصين او اكثر بمقتضى اتفاق بينهما يتم من خلالها تبادل عروض المقترحات والدراسات الفنيةوالقانونية و بذل المساعي المشتركة بهدف الوصول الى اتفاق مشترك بشان عقد معين تمهيدا لإبرام منه مستقبلا، ثم تناول نوع اهم المميزات والخصائص الهامه **لمرحلة التفاوض على العقد ثم تطرقنا الى بعض المسائل** ومصطلحات تشابه مع مرحله التفاوض على العقد وبيننا في المبحث الثاني طبيعةالقانونيةكمرحله التفاوض على العقد في نظر الفقهاءالمعاصرين،ثم موقف المشرع الجزائري من الطبيعةالقانونية لمرحلة التفاوض ثم **عرجنا على الضوابط** مرحلة التفاوض على العقد سواء المنهجية او البشرية، في الاخيرتطرقنا الى الاساليب التكتيكيةلمرحله التفاوض على العقد كتكتيك الرجل الطيبو الرجل الشرس وتكتيك فرق تسد الى **اخره**.وأكدنا على ان هذه الاساليب غير مشروعة، وهي تعتبرحيلاتدليسية تعيبالإرادة، وانه يجب **على** المتفاوض ان يتحلى بالخصال الحميدةالنابعة من الخبرة حتى يتجنب المسؤوليةالتقصيريةوالعقدية على حد **سواء** .

وخلصنا في الأخير إلى نتيجة أن المشرع الجزائري لم يهتم بمرحلة التفاوض ، كما أنه سكت على حماية المتعاقد في مرحلة التفاوض على العقد تاركا الأمر بين القضاء، الذي مازال يعتبر مرحلة التفاوض مجرد عمل مادي غير ملزم لا يترتب عليه أي أثر قانوني ، وتكون العبرة بين الطرفين المتعاقدين بالشروط والبنود الواردة في العقد النهائي،وعلى الطرف المتضرر خلال مرحلة التفاوض سوى اللجوء إلى طريق المسؤولية التقصيرية طبقا لنص **المادة 24 من القانون المدني الجزائري**.

الفصل الثاني

الجانب التطبيقي للتفاوض على العقد.

الفصل الثاني: الجانب التطبيقي للتفاوض.

ما تتطلبه **المفاوضات على العقد المنشود** والتي تهدف الأساسي منها هو التوصل إلى صياغة مشتركة لمشروع العقد، هو قيام الطرفين بالتشاور والتباحث و تحضير **الدراسات والمقترحات** والعروض ولن **تستدعي الأمر التنازلات**.

وتمر عملية التفاوض على العقود و خاصة منها الهامة على العموم بثلاثة مراحل أساسية وهي مرحلة انعقاد التفاوض، ثم مرحلة سير العملية التفاوضية، وفي الأخير مرحلة انتهاء التفاوض على العقد.

فالتفاوض يبدأ بمرحلة إنعقاده أو ما يعرف بمرحلة الاتفاق و الدخول في التفاوض بعد الاتصال بين الطرفين، ثم يلتقي الطرفان و يعبران عن إرادتهما المتبادلة في الدخول في عملية التفاوض بشأن العقد المراد إبرامه مستقبلا، ثم تأتي مرحلة سير المفاوضات أين يتم فيها تبادل الاقتراحات والمشاورات و المناقشات و إن استدعي الأمر التنازلات بهدف الوصول إلى تحديد شروط وبنود ومراحل العقد، ثم تأتي بعد ذلك آخر مرحلة لعملية التفاوض والتي تتوج إما بالنجاح أو الفشل.

خلال كل هذه المراحل تنشأ التزامات قبل أو خلال أو حتى بعد التفاوض على العقد و ما يتم قبلها أو خلالها من اتفاقات تنظم موضوع العملية التفاوضية بشكل مرحلي.

وقد يحدث خلال مرحلة التفاوض على العقد مشكلات قد تؤدي إلى توقف التفاوض أو انقطاعه بشكل مؤقت أو نهائي بسبب مبرر أو بدون سبب و ما ينجر عن ذلك من مسؤوليات و آثار مختلفة، و ما يترتب عن ذلك من تعويض للطرف المتضرر.

إلى جانب عدم إغفل مبدأ لا يقل أهمية عن عملية التفاوض ألا وهو مبدأ إعادة التفاوض الذي يتم إعماله بعد إبرام العقد أثناء تنفيذ مراحله و شروطه، و إذا صادف أن تخللها حادث غير متوقع أدى إلى عدم توازن شروط و مراحل العقد خاصة من الناحية المالية، أين يتم من خلال هذا المبدأ إعادة التوازن المطلوب لبنود وشروط ومراحل العقد المختلة.

من خلال كل ما سبق ذكره، نعرض في هذا الفصل لكل ذلك، من خلال مبحثين أساسيين، سندرس في الأول انعقاد و سير مرحلة التفاوض على العقد، أما المبحث الثاني نخصصه لدراسة مسألة التنفيذ و مبدأ إعادة التفاوض.

المبحث الأول: انعقاد و سير مرحلة التفاوض على التعاقد.

إن الاتفاق على التفاوض على العقد يتم دائما باتفاق الطرفين، صراحة أو ضمنيا على الدخول في التفاوض، ومن ثم فإن التفاوض ينعقد بين أطرافه عملا بانعقاد هذا الإتفاق ويتم الإتفاق على التفاوض بتبادل ايجاب وقبول متطابقين وذلك بتوجيه دعوة من أحد الطرفين بالدخول في التفاوض هي بمثابة ايجاب ومتى قابلها قبول مطابق من الطرف الاخر انعقد التفاوض بينهما .

بعد انعقاد اتفاق التفاوض يدخل الطرفان في عملية التفاوض بكل ما تحمله من اتفاقات تنازلات واقتراحات حتى يصل الطرفان الى ابرام العقد النهائي، ولهذا سنتطرق في هذا المبحث لموضوع التحضير والدعوة الى التفاوض على العقد كمطلب اول ثم ندرس في المطلب الثاني سير عملية التفاوض، ثم إنتهاء مرحلة التفاوض كمطلب ثالث و موضوع القطع التعسفي لمرحلة التفاوض على العقد كآخر مطلب من هذا المبحث.

المطلب الأول: التحضير والدعوة الى التفاوض على العقد المنشود.

قمنا بتقسيم هذا المطلب الى ثلاثة فروع ، خصصنا الاول لموضوع التحضير للتفاوض على العقد اما الفرع الثاني فخصصناه لموضوع الدعوة الى التفاوض او الايجاب بالتفاوض اما الفرع الثالث فندرس من خلاله موضوع القبول بالتفاوض على العقد .

الفرع الأول : التحضير للتفاوض على العقد:

ان ابرام عقد من العقود خاصة المركبة والهامة اقتصاديا يحتاج الى مرحلة تسبق ابرامه وهذه المرحلة من المفاوضات تحتاج هي الاخرى الى مرحلة التحضير الجيد في جوانب سواء كانت مالية او قانونية او فنية او عملية .....إلخ، لذلك سنتناول في هذا الفرع، من خلال ثلاثة نقاط أولها هو التحضير لعملية التفاوض على العقد، أما الثانية فسنفردها لمسألة البحث عن الطرق الأخرى للتفاوض أما في الثالثة فسنتطرق لمسألة الدراسات التمهيدية المجهزة لعملية التفاوض.

أولا :التحضير لعملية التفاوض على العقد.

غالبا ما تكون المفاوضات على العقد مسبوقة بالتدابير المالية المتعلقة بالاجتماعات ومكان إجرائها وماتتطلبه هذه المفاوضات من نفقات مالية على مختلف المستويات من حيث التمويل مشروع العقد والضمانات المختلفة المتعلقة به.[1]

---

[1]- د/ عمر سعد الله، قانون التجارة الدولية، دار هومة للطباعة والنشر، الجزائر، 2007 ،ص 163.

إن التحضير للمفاوضات خاصة في شان الأعمال الدولية تأخذ مكانة بارزة نظرا لتوسع وتعقد بعض العمليات التي تحيط بها، خاصة اذا تعلق الامر بنقل التكنولوجيات والمعارف والمواد الاستراتجية وتحتاج المفاوضات في ادارتها الى تحضيرات عديدة، فيتم التحضير لعملية التفاوض على الاقل بالأخذ بعين الاعتبار عدة عوامل، منها بيئة المفاوضات والتي تشمل المكان والزمان، المحيط والتي تكون بعض الاحيان اجنبية على احد الأطراف أو عليهما معا، فالمسائل التي يجب أخذهما بعين الاعتبار والتحضير لها قبل الدخول في عملية التفاوض هو عامل الزمن وهذا للإرساء الخطوط الرئيسية ووضع المبادئ العامة وتدقيق التفاصيل الفنية، والتحضير مسبقا كذلك على

استخدام لغة معينة سواء بالتحكم فيها أو من خلال اللجوء إلى خدمات المترجم ، ومن العوامل التي يأخذ بها كذلك في التحضير لعملية التفاوض والتي من شانها تذليل العقبات والصعاب التي يمكن أن تتعرض السير الحسن لمرحلة التفاوض، نجد ضرورة التعرض على كل الإجراءات الإدارية للبلد المضيف ، كما يجب ان يكون المفاوض يتمتع بتكوين خاص بمبادئ وأخلاقيات المهنة وسلوك المهنيين، من حيث التصرف بصدق وحسن نية وما يتفرغ عنه من التزامات وحقوق.[1]

ثانيا : الدراسات التمهيدية لعملية التفاوض .

قبل أن يتخذ صاحب المشروع قرار بالتفاوض على العقد يكون من الواجب له القيام بإجراء دراسة تمهيدية عن هذا المشروع المزمع تنفيذه، وبطلق على هذه الدراسة عمليا أسماء عديدة منها – دراسة الجدوى ـ الدراسة التقنية للمشروع- وذلك كونها تكشف عن جدوى المشروع من الناحية الاقتصادية واحتمالات نجاحه أو فشله ، وتكون الدراسة التمهيدية عن المشروع من عدة نواحي منها الجوانب الاقتصادية والتي يتطرق فيها عموما الى دراسة السوق الذي سينفذ موضوع العقد في إطاره وكذا الجوانب الفنية التي تتضمن الموقع، حيث في عقود المنشآت الكبرى غالبا ما تجرى دراسة أولية لحالة الموقع المقترح ومدى صلاحيته من الناحية الجيولوجية وكذا أهم العناصر التي يجب التأكد منها ومن مدى توافرها، وهي الأيدي العاملة وكذا مصادر التمويل، من خلال وضع ميزانية أولية للمشروع على ضوء الإمكانيات المالية المتاحة، إلى جانب وضع دراسة أولية لتقدير مختلف المخاطر المتوقعة بهدف تغطيته بوثيقة تأمين ومدى التكلفة المتوقعة لعملية التأمين وما تحتويه الدراسة التمهيدية من تمديد للإجراءات القانونية والتراخيص الادراية التي يجب الحصول عليها ومختلف العوائق القانونية، خاصة إذا كان العقد سينفذ في بلد أجنبي، فينبغي دراسة القوانين المحلية الخاصة بالاستثمار في البلد المضيف .

أين يمكن إجراء الدراسة التمهيدية من طرف صاحب المشروع أو بوسائله الخاصة أو الاستعانة بأهل الخبرة من الغير للقيام بهذا لدراسة مكاتب الدراسات.

1- د/ محمودي مسعود، أساليب و تقنيات إبرام العقود الدولية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر،2006، ص97.

ثالثا: البحث عن الطرف الآخر للتفاوض.

مما لاشك فيه أن الطرف الآخر في عملية التفاوض يشكل عنصرا جوهريا فنيا، ومن المساعي الأولية الهامة والتحضيرية البحث عن الطرف الآخر للتفاوض معه، سواء شخصيا أو عن طريق الاستعانة بالغير مثل الاستعانة بالبنوك في عقود الكفالة مثلا، ومن ثم يجب الحرص الشديد في اختيار الطرف الآخر والتحقق من شخصيته من خلال الحرص على توافر بعض الصفات الأساسية فيه كالكفاءة المالية والكفاءة المهنية وحسن السمعة .

الفرع الثاني: الدعوة إلى التفاوض أو الإيجاب بالتفاوض.

بعد التحضيرات التمهيدية المطلوبة للدخول في المفاوضات على العقد المراد ابرامه ، يبدأ صاحب المشروع او العقد بتوجيه دعوة الى شخص بحد ذاته او الى عامة الجمهور يعلن فيها عن رغبته في التفاوض حول موضوع هذا العقد تحضيرا لإبرامه دون الإعلان عن رغبته النهائية بإبرام العقد، وإنما يهدف من وراء ذلك إلى التأكد من حسن نية الطرف الآخر ومدى استعداده للتعاقد، وإن تأكد من ذلك بالإيجاب فإنه يدخل معه في عملية جد هامة في المفاوضات حول شروط العقد المختلفة.

لذلك يطلق على هذه الدعوة اسم ـ الدعوة إلى الدخول في المفاوضات ـ أو ما يسمى بالإيجاب بالتفاوض وهذا للتمييز بينها وبين الإيجاب بالعقد، الذي إقترن به قبول مطابق إنعقد العقد.

ويتخذ الإيجاب بالتفاوض إحدى صورتين، فهو إما أن يكون إيجابا صريحا وإما أن يكون إيجابا ضمنيا بالتفاوض وهذا على النحو الذي سيأتي بيانه.

أولا ـ الإيجاب الصريح بالتفاوض على العقد:

إنه لا يوجد ما يمنع أن تتضمن الدعوة إلى التفاوض بعض العناصر الجوهرية مثل تحديد طبيعة العقد و محل العقد، وتبقى العناصر الأخرى في طي الكتمان حتى تكون مجالا للتفاوض حولها، فمنذ البداية إذا كان الإيجاب مشتملا على بيان جميع العناصر الجوهرية، وعندئذ يعد إيجابا بالمعنى الصريح، فإذا صادف قبول تم العقد دون مفاوضات.

وفي العقود الهامة والمعقدة يجب أن يكون الإيجاب بالتفاوض صريح وذلك حتى يتبين للطرف المقابل أن المقصود بهذا العرض أو الإيجاب الذي وصل إلى علمه هو مجرد دعوة إلى التفاوض فحسب وليس إيجاب بالعقد ذاته.

وفي الواقع العملي توجد طريقتين تواتر العمل على إتباعهما، فقد يوجه الإيجاب بالتفاوض على العقد إلى شخص معين دون الدعوة إلى المنافسة وهذا هو أسلوب التعاقد المباشر، وقد يوجه هذا الإيجاب الى عامة الجمهور مع الدعوة الى المنافسة ويكمن السبب الحقيقي في اختيار شخص بذاته للتفاوض ثم التعاقد معه بشكل مباشر نظرا لإحتكاره لطريقة الصنع مثلا، وقد يلجأ المرفق العام أو الإدارة إلى هذا الأسلوب عندما تريد إبرام عقد إداري معين وذلك في الحالات العاجلة[1].

1- صور الإيجاب بالتفاوض في العقد المباشر:

في هذه الحالة يتخذ الإيجاب بالتفاوض صورة الدعوة إليه بمفهومها التقليدي المعروف بتوجه دعوة مباشرة إلى الشخص المرغوب في التفاوض معه تمهيدا لإبرام عقد معين، وقد توجه هذه الدعوة شفاهة، وجها لوجه أو بالتليفون، أو كتابة عن طريق البريد أو البريد الإليكتروني... إلخ، أو توجيه دعوة إلى التفاوض للطرف الآخر خاصة في مجال التجارة الدولية، عن طريق ما يسمى بخطاب النوايا، وذلك للدلالة على جدية هذه الدعوة بشكل رسمي.

2 ـ صدور الإيجاب بالتفاوض في التعاقد بطريقة المناقصة:

يتخذ الإيجاب في هذه الحالة صدور الدعوة إلى المناقصة، وهي الدعوة المعلن عنها الى عامة الجمهور عبر مختلف الوسائل، وتسمى بالدعوة إلى تقديم العروض[2].

وقد تتخذ الدعوة الى المناقصة عدة صور بحسب نطاقها، فقد تكون عامة وقد تكون مقيدة وقد تكون جامعة بين الحالتين، فالدعوة العامة توجه الى عامة الجمهور للمشاركة في المناقصة المعلن عنها، بحيث يمكن أي فرد أو أي شركة أن تتقدم بعطاء بهذه المناقصة، أما الدعوة المقيدة فهي التي توجه إلى عدد محدود من الأشخاص أو الشركات فتكون مقصورة عليهم دون سواهم.

وقبل قيام صاحب المشروع بالدعوة الى المناقصة، يقوم بإعداد ملف كامل عن المشروع يسمى بدفتر الشروط، وعند الإعلان عن المناقصة أو طلب العروض يبين في الدعوى إليها ضرورة الرجوع الى دفتر الشروط لمعرفة كافة التفاصيل الخاصة بهذه المناقصة، و الدعوة الى المناقصة لا تعتبر إيجابا بالعقد، ذلك لأنها لا تشتمل على جميع العناصر الجوهرية للعقد المراد إبرامه، والتي على الأقل ينقصها عنصر الثمن، فالهدف منها هو الحصول على أكبر عدد ممكن من العروض المنافسة للاختيار بينها حول العرض الأقل سعرا، زيادة على أن الدعوة ليست نهائية.

1- د/ عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، جسور للنشر و التوزيع، الجزائر، ط3، 2011، ص184 و ما يليها.

2- المواد 39 إلى 94 من قانون الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام، وفق المرسوم الرئاسي رقم 15-174 المؤرخ في:2015/09/16.

ثانيا ـ الإيجاب الضمني بالتفاوض في العقد:

ليس من اللازم أن يكون الإيجاب بالتفاوض بشكل صريح، بل يكفي أن يكون ضمنيا وهذا تطبيق للقواعد العامة في التعبير عن الإرادة، حيث يجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمنيا إذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على أن يكون صريحا[1] .

ويكون الإيجاب بالتفاوض ضمنيا إذا لم تتجه إرادة صاحب العرض بوجه قاطع الى إبرام العقد في الحال، ولا يعلن عن نيته في الوقت نفسه عن التفاوض بشأن العقد، ولكن يستخلص ضمنيا نية

التفاوض من الظروف التي عرض فيها هذا الإيجاب، فإذا كان العرض لا يتضمن كل الشروط الجوهرية للتعاقد فإنه يعتبر إيجابا ضمنيا بالتفاوض على هذا العقد، ولكن إذا كان هذا العرض يتعلق بعقد إذعان فإنه لا يعتبر إيجابا بالتفاوض أي دعوة الى **التفاوض، بل مجرد دعوة للتعاقد**.

1- صور الإيجاب الضمني بالتفاوض:

فهو يتخذ إحدى صورتين، فهو إما أن يكون عرضا لا يتضمن العناصر الجوهرية للعقد المراد إبرامه، ومثال ذلك في واقع الحياة أن يضع شخص لافتة على منزله مكتوب عليها ـ **للبيع** ـ فهذه اللافتة لا تعتبر في الحقيقة إيجابا نهائيا للبيع لأنه لم تحدد المبيع والثمن، ويأخذ حكمها **كذلك الإعلانات التي تنشر في الصحف**، كما يكون الإيجاب ضمنيا بإقترانه بتحفظ، حيث أن الإيجاب المقترن بتحفظ يفقد صفته كإيجاب بالعقد و يصبح مجرد دعوة الى التعاقد، ومن خلال ذلك فإنه اذا قام شخص بتوجيه إيجاب بإبرام عقد قابل للتفاوض الى شخص معين أو الى عامة الجمهور أو كان هذا الإيجاب مقترن بتحفظ صريح أو ضمني بالموافقة على شخص المتعاقد الآخر، فإن هذا الإيجاب يعتبر مجرد إيجاب ضمني **بالتفاوض** لايترتب على قبوله سوى إنعقاد التفاوض بين الطرفين.

ثالثا ـ الأثر القانوني للإيجاب بالتفاوض:

إن الدعوة الى التفاوض أو الإيجاب بالتفاوض ضمنيا كان أو صريحا، فهو يهدف الى إبرام عقد حقيقي قائم، وهو عقد تفاوض، فإنه يعتبر بالتالي تعبير عن الإرادة وبالتالي تطبق عليه القواعة العامة في التعبير عن الإرادة فيها يتعلق بأثره القانوني[2].

والإيجاب لا ينتج أثره إلا حينما يصل الى علم من وجه إليه، بمجرد صدوره من صاحبه ليصبح له وجود مادي، دو أن يتوفر له وجود قانوني، ومتى يصل وصل الإيجاب بالتفاوض الى علم من وجه إليه فإنه ينتج أثره القانوني وهو أن يصير صالح **لأن** يقترن به قبول ينعقد به الإتفاق على

1ـ أنظر المادة 60 الفقرة الثانية من القانون المدني الجزائري **الساري المفعول وفق الأمر رقم** 75-58 **المؤرخ في**:26*سبتمبر* 1975، **المتضمن القانون المدني الجزائري، المعدل و المتمم**.

3- وقد نصت المادة 61 من ق.م.ج على **"ينتج التعبير عن الإرادة أثره في الوقت الذي يتصل فيه بعلم من وجه إليه، ويعتبر وصول التعبير قرينة على العلم به، ما لم يقم الدليل على عكس ذلك"**.

التفاوض ، ويمكن لصاحب الإتفاق أن يرجع في إيجابه حتى بعد أن ينتج الإيجاب أثره شريطة أن يتم هذا الرجوع قبل وصول القبول إليه، لكن إذا عين ميعاد للقبول إلتزم الموجب بالبقاء على إيجابه إلى أن ينقضي هذا الميعاد[1]

كما أن الإيجاب قد ينتج أثره إذا مات من صدر منه أو فقد أهليته قبل أن ينتج الإيجاب أثره، فإن ذلك لا يمنع من أن ينتج الإيجاب أثره عند إتصال التغيير بعلم من وجه إليه هذا ما لم يتبين العكس من التعبير بالإيجاب أو من طبيعة المعاملة[2].

وعلى كل حال فإن قبول الإيجاب بالتفاوض ممن وجه إليه لا ينشئ على عاتق الموجب سوى التزام بالدخول في التفاوض والاستمرار فيه بحسن نية، دون أن يكون ملزما وبدو شك أن يبرم العقد النهائي المراد إبرامه بالفعل.

الفرع الثالث: قبول التفاوض على العقد المنشود:

حتى ينعقد الإتفاق بالتفاوض، يقوم الشخص الذي وجه إليه الإيجاب بالتفاوض بقبول هذا الإيجاب بإرادته الحرة، و القابل للإيجاب بالتفاوض مطلق الحرية في قبول أو رفض الإيجاب بالتفاوض وهذا إذا وصل الإيجاب بالتفاوض الى علمه، فإذا قبله إنعقد بينه وبين الداعي الى التفاوض إتفاق إطار على التفاوض و على هذا الأساس تبدأ عملية التفاوض بين الطرفين، وسنتناول في هذا الفرع القبول الصريح بالتفاوض على العقد ثم القبول الضمني بالتفاوض والأثر القانوني لذلك.

أولا: القبول الصريح بالتفاوض على العقد:

يتم قبول الإيجاب بالتفاوض بإعلان الموافقة على الدخول في التفاوض بألفاظ صريحة لا تحتمل التأويل كأن يقال مثلا: نعم أقبل وأوافق على التفاوض معك من أجل....إلخ، ولا فرق والأمر ان يتم هذا القبول بشكل كتابي أو بشكل شفاهي، وفي الشكل الكتابي في قبول التفاوض فيختلف بإختلاف طريق التفاوض فإذا كان بين حاضرين فإن القبول يتم بتحرير إتفاق مستقل عن التفاوض، أو من خلال إدراج شرط أو بند في العقد الأصلي يفيد بقبول التفاوض أو إعادة التفاوض في المستقبل بشأن هذا العقد أو بشأن عقد أخر له علاقة بالأول، أو بقبول إعادة التفاوض مستقبلا من خلال هذا الشرط لإعادة التوازن لشروط وبنود العقد الأصلي الجاري تنفيذه.

أما إذا كان التفاوض بين غائبين فإن قبوله كتابة يتم من خلال إرسال خطاب بهذا القبول الى الداعي بالتفاوض، أو عن طريق وسائل الإتصال الحديثة، ويدعم هذا الخطاب في مجال التجارة الدولية بخطاب النوايا.

1- نص المادة 63 من القانون المدني الجزائري، على أنه **"إذا عين أجل للقبول إلتزم الموجب بالبقاء على إيجابه إلى إنقضاء هذا الأجل".**

2- هذا ما نصت عليه المادة 62 وما بعدها من ق م ج **الساري المفعول.**

ثانيا: القبول الضمني بالتفاوض على العقد:

طبقا للقواعد العامة ليس من اللازم أن يكون قبول الإيجاب بالتفاوض بشكل صريح، بل يكفي أن يكون ضمنيا، وذلك بأن يقوم الشخص القابل لإيجاب بالتفاوض بإتخاذ سلوك أو موقف يظهر بشكل غير مباشر قبول الإيجاب بالمعروض عليه بالتفاوض، وإثبات الإتفاق بشأن التفاوض، يستخلص من الظروف المصاحبة لواقع الحال وذلك وفقا للسطلة التقديرية للقاضي في حال خلاف حول المسألة.

ومن صور القبول الضمني بالتفاوض أن يقوم الشخص القابل الذي يتلقى الإيجابا صريحا أو ضمنيا بالبدء بالتفاوض مباشرة دون التصريح العلني بقبوله، ومن صوره كذلك السكوت اللامبين أي

عدم الرد على الدعوى للتفاوض، ومصاحبة ذلك بظروف تزيح عنه دلالة التجريد يعتبر عندئذ تعبيرا عن الإرادة وبالتالي يعتبر قبول وقد تطرق القانون المدني الجزائري إلى ذلك[1].

ومن صور القبول الضمني بالتفاوض التقدم بعطاء مناقصة، حيث أن التقدم بعطاء في مناقصة، يعتبر قبولا ضمنيا بالتفاوض بعد قيامه بإعداد العطاء النهائي المدروس وفق الشروط المحددة في دفتر الشروط.

ثالثا: الأثر القانوني لقبول التفاوض على العقد:

إن القبول ينتج أثره القانوني عندما يصل القبول بالتفاوض إلى علم الموجب به، أي الداعي إلى التفاوض، ويتمثل هذا الأثر في إنعقاد التفاوض، و يشترط في القبول كي ينعقد به إتفاق التفاوض مايلي:

- أن يكون الإيجاب بالتفاوض ما يزال قائما في إطار المدة الممنوحة للإيجاب صراحة أوضمنيا[2].
- أن يصدر القبول مطابقا للإيجاب حول محل العقد وبشروطه ... إلخ.
- أن يكون القابل أهلا للتفاوض حيث أن المرحة السابقة على التعاقد هي تصرف قانوني تنقعد من خلالها عدة إتفاقيات، وتنشأ إلتزامات لذا يجب أن تتوفر في المتفاوض أهلية الأداء حتى يكون تفاوضه صحيحا[3].

وعلى كل حال فإنه يجب أن لا يكون الإتفاف على التفاوض باطلا أو قابلا للإبطال وإلا فإنه لا يترتب أثره القانوني، لإنعدام الأهلية أو لنقص فيها أو لعيب من عيوب الإرادة، أو كان سببه مخالفا للنظام العام أو الآداب العامة والأمثلة على ذلك كثيرة.

1- نص المادة 68 من ق م ج الساري المفعول.
2- أنظر المادة 64 من ق م ج الساري المفعول.
3- هذا ما نصت عليه المادة 78 وما بعدها من ق م ج الساري المفعول.

المطلب الثاني : سير مرحلة التفاوض على العقد.

في مرحلة المفاوضات يتم مناقشة ودراسة مختلف الالتزامات والحقوق بشكل أساسي تم تحديد بنود وشروط العقد ومرحلة مشروع نهائي يتم بناءه شيئا فشيئا ، زيادة على تحديد وابرام مختلف الاتفاقات ، بداية من الاتفاق الاول عل التفاوض ثم الاتفاقات الوقتية المنظمة لمرحلة التفاوض ككل ، ثم بناء العقد عن طريسق الاتفاقات المرحلية الجزئية التي قد تكون في حد ذاتها المشروع النهائي للبعقد التي يتم التوقيع عليه في نهاية مرحلة التفاوض .

من خلال ما سبق وما سيأتي ، نتساءل في هذا المطلب التزامات الأطراف خلال مرحلة التفاوض على العقد ثم الاتفاقات المنظمة للمفاوضات ، وأخيرا انتهاء مرحلة التفاوض .

الفرع الأول: إلتزامات الأطراف خلال مرحلة التفاوض.

إن مختلف الالتزامات المنظمة والناشئة عن مرحلة التفاوض ، تقع على عاتق طرفي التفاوض والتي تنشأ وتخرج عن مبدأ وقاعدة حسن النية في التعامل وتشمل هذه الالتزامات بشكل عام في مبدأ التعاون والجدية والصدق والصرامة والأمانة والالتزام بأول علامة والنصيحة والالتزام بالسرية أثناء وبعد عملية التفاوض والتي تنشأ جميعها بمجرد الاتفاق على الدخول في المفاوضات العقدية وبدء جلسات التفاوض فعلا.

أولا : الالتزام بالتفاوض على العقد بحسن نية:

يلعب مبدأ حسن النية دورا بارزا في مجال إبرام العقد وحتى عند تنفيذه أو حتى خلال مرحلة التفاوض على تنفيذه ، وهذا أشار إليه المشرع الجزائري في القانون المدني في المادة 107 منه [1] .

والذي يعنينا في هذا الخصوص هو معالجة قاعدة النية خلال مرحلة التفاوض على العقد لما يثيره من تساؤلات حساسة من مراحل تكوين العقد، ومصدر الالتزام التفاوض بحسن نية هو الاتفاق على التفاوض في حد ذاته فطالما دخلا الطرفان في جلسات التفاوض بأنهم بالضرورة عليها أعمال هذا المبدأ العام الذي يؤطر ويضمن كل التعاملات مهما كان نوعها والذي يثبت وجوده خلال مرحلة التفاوض هو تلك الالتزامات التي تنشأ عنه من بدايتها إلى نهايتها سواء نجحت أم فشلت مرحلة التفاوض .

أ/ الطبيعة القانونية للإلتزام بالتفاوض بحسن نية.

إن الالتزام بالتفاوض بحسن نية هو التزام له دائن و مدين ومحل وسبب ، فهو لا ينشأ إلا بعد انعقاد التفاوض بين الطرفين بالفعل، ومبدأ حسن النية هو عام يلتزم به أي شخص في أي وقت

1- نص المادة 107 من ق.م.ج الساري المفعول، بنصها "يجب تنفيذ العقد طبقا لما إشتمل عليه و بحسن نية".

واتجاه أي شخص وبهذا المعنى هذا الالتزام لابد أن يكون له مصدر ينشأ عنه ومصدره هو عقد التفاوض، وفي الواقع أن هذا الالتزام هو الالتزام تبادلي يقع على عاتق الطرفين، وهذا حتى يكون كل طرف حريصا على مصالح الطرف الأخر.

ثانيا ـ الالتزامات الناشئة عن مبدأ حسن النية عند التفاوض على العقد.

1- الالتزام بالتفاوض : وهو يعتبر الالتزام الأساسي الذي يقع على عاتق كل طرف في المفاوضة ولتمحيص هذا الالتزام يلزم أن نحدد مضمون هذا الالتزام، ويكون ذلك عن طريق التفرقة بين

عنصرين يكونان، العنصر الأول فهو الالتزام ببدء التفاوض والعنصر الثاني هو الالتزام بالإستمرار في التفاوض وهذا تحت إطار مبدأ حسن النية .

1-1- الالتزام ببدء التفاوض: يقصد ببدأ التفاوض تلاقي المتفاوضين ومن ثم افتتاح المفاوضات بإجراء الحوار وتبادل الاقتراحات بموضوع العقد المأمول إبرامه وبالنظر للهدف المرجو من هذا الالتزام فإنه **يعد التزاما** بتحقيق نتيجة، حيث تقوم مسؤولية المدين متى أخل بالتعهد الذي أخذه على نفسه [1] .

وما يجدر الإشارة إليه هو أن الالتزام ببدأ التفاوض لا يوجد إذا كان التفاوض يتم في إطار غير تعاقدي فالتفاوض الذي يجري خارج هذا الإطار الملزم قد يبدأ عمله عن طريق دعوة يوجهها احد **الأطراف**[2].

فهي مجرد دعوة لا يتم فيها تحديد أركان العقد وشروطه الأساسية، وقد يبدأ التفاوض عقب توجيه إيجاب **بات بالمعنى** الصحيح من احد الأطراف إلا أن الموجه إليه الايجاب يعارض بعض ما تضمنه هذا الإيجاب دون أن يتقدم بإجابات من ناحيته، وهنا يسبق الإيجاب وامتناع **الداعي إلى** التفاوض عن الدخول فيه وبدء الحوار ليس في حد ذاته خطأ ولا يرتب أي مسؤولية ولكن إذا اقترن العدول بخطأ من جانبه فهذا الذي يرتب المسؤولية .

ونفس الأمر بالنسبة لمن وجهت إليه الدعوة بالتفاوض في شكل غير تعاقدي فهو حر **في أن** يقبل أو لا يقبل فهو ليس ملزما بذلك، وهذا عكس التفاوض في إطار تعاقدي حيث يوجد التزام ببدأ التفاوض، فإذا كان هذا الالتزام واقع على عاتق احد الطرفين ونفذ التزامه فعلى الطرف الأخر **أن** يدخل المفاوضات ويعد مخلا بالتزاماته إذا امتنع عن ذلك، **فإذا ما بدأ التفاوض وجرى في إطار عقدي** فإن طرفي التفاوض يلتزمان بمتابعة التفاوض وهذا هو الشق الثاني الذي يتولد عن التزام العقدي **بالتفاوض**.

1- د/ عبد المنعم البداوي، النظرية العامة للإلتزام، د.ن.ع القاهرة، ص169.

2- أحكام هيئة التحكيم الصادر عن غرفة التجارة الدولية، القضية رقم 3131، بتاريخ:26 أكتوبر 1979.

1-2- الالتزام بالاستمرار في التفاوض :

بما أن التفاوض بدأ يجري في إطار تعاقدي فإنه يلقي على عاتق الأطراف التزاما عقديا بالاستمرار فيه ويؤدي الإخلال به إلى تحريك أحكام المسؤولية العقدية [01].

وما يجدر الإشارة إليه أن الالتزام بالاستمرار في التفاوض لا يعني الالتزام بإبرام العقد المتفاوض عليه وقد يتفق الأطراف على ذلك اتفاق التفاوض، وعلى ذلك فإن الالتزام بالاستمرار في التفاوض هو التزام ببذل عناية وليس التزاما بتحقيق نتيجة [02] .

أما إذا اتفق الأطراف على المسائل الجوهرية وابرما اتفاق بالتفاوض على المسائل الثانوية **والتزما على** الاستمرار في التفاوض للاتفاق عليه وفي النهاية إبرام العقد النهائي، ثم قام احدهما بقطع التفاوض فهنا يحق للقاضي التدخل لإكمال هذه المسائل الثانوية وإبرام العقد النهائي .

إن الالتزام بالاستمرار في التفاوض هو التزام ببذل عناية ، إذا تمت المفاوضات على **العقد في إطار تعاقدي** .

2- الالتزام بالإعلام:

يلتزم المتفاوض بان يقدم إلى المتفاوض معه معلومات حقيقية عن مدى ملاءمة العملية المطروحة فنيتا وماليا فلا يستغل عدم تخصص المتفاوض في مسائل فنية ومالية معنية ليزج في عقد لا يناسبه.

حيث أن التعقيد الفني المتزايد للعقود الحديثة التي يتم إبرامها تفرض على الشخص المحترف إمداد الطرف الغير محترف بكل البيانات والمعلومات التي يحوزها، كما أن للطرف غير المحترف نفس الالتزام بالإعلام عن المعلومات التي يحوزها، فالإتزام بالإعلام يجد أساسه في الالتزام الرئيسي بالتفاوض بحسن نية .

وقد ذهب المشرع الجزائري في القانون المدني إلى سد باب الخداع **والغش إ**عمالا بمبدأ الشفافية **والمكاشفة**، إذ المشرع يرى انه مجرد السكوت يكفي أحيانا لقيام التدليس ويحدث ذلك حتما حينما يشعر المتفاوض أن الطرف الأخر يجهل أمر هاما ما كان ليبرم العقد لو علم به ، فيت**عمد السكوت لكي** يستفيد من جهل هذا الأخير [03].

1- د/ بلحاج العربي، مشكلات المرحلة السابقة على التعاقد في ضوء القانون المدني الجزائري، دم.ج الجزائر 2011، ص200 و ما بعدها.

2- أحكام هيئة التحكيم الصادر عن غرفة التجارة الدولية، القضية رقم 3131، بتاريخ:26 أكتوبر 1979.

3- نص المادة 86 فقرة ثانية من ق.م.ج الساري المفعول.

وقد أسس المشرع لهذا المبدأ نصا عاما يطبق على كل العقود ومن باب أولى في بناء هذه العقود بان عدم الإعلام والسكوت العمدي يعتبر تدليسا ووفق لنص المادة 86 **من ق.م.ج فان المتفاوض** يلتزم طيلة مرحلة المفاوضات بعدم الكتمان وبصراحة تامة خاصة إذا كانت هذه المعلومات مؤثرة في بناء العقد، وإلا كان مخلا بالتزامه بالإعلام ومرتكبا في الوقت نفسه تدليسا يجعل العقد النهائي قابلا للإبطال لمصلحة الطرف المدلس عليه .

بالإضافة إلى هذه الالتزامات التي يتطرق إليها ومن بينها الالتزام بالمحافظة على أسرار الفنية والتكنولوجية للعقود خاصة الدولية التي يلتزم فيها الطرف المتلقي بالمحافظة عليها، فإن هذه

الالتزامات يتم التقيد بها خلال مرحلة التفاوض على العقد حتى ولو لم يتم النص عليها صراحة في عقد **أو اتفاق تفاوضي** .

حيث وحتى وجد اتفاق التفاوض صحيحا وجب طرفيه تنفيذ الالتزامات الناشئة عنه فإذا لم ينفذ احد المتعاقدين التزامه بسبب إخلال منه قامت مسؤولية العقدية والتزم بالتعويض عنيا أو بشتى طرق التنفيذ .

وعند عدم وجود اتفاق تفاوض صريح ومكتوب فأي ضرر يلحق احد الطرفين **بسبب إخلال** الطرف الآخر بالتزاماته قامت مسؤوليته التقصيرية بإثبات شروط قيامها .

الفرع الثاني: الاتفاقات المنظمة لمرحلة التفاوض.

الأصل العام هو أعمال مبدأ سلطان الإرادة في التعاقد ولكن كما رأينا سابقا أن إبرام بعض العقود المهمة والتي يتطلب مفاوضات طويلة ومعقدة ، يذهب الأطراف إلى تأمين مفاوضاتهم للاطمئنان قدر الإمكان على نجاحها لبلوغ الهدف المنشود بإبرام العقد,أي سواء كانت اتفاقات تمهيدية مؤقتة أو مرحلية منظمة لعملية التفاوض ككل لهذا نستطرق من خلال هذا الفرع إلى ما يعرف بعقد **التفاوض او اتفاق التفاوض والا**تفاقات المؤقتة المنظمة لمرحلة التفاوض على التعاقد وأخيرا نتطرق للاتفاقات الجزئية أو المرحلية لمرحلة التفاوض على العقد.

اولا -عقد التفاوض:

أ – ماهية عقد التفاوض:

يمكن تعريف عقد التفاوض بأنه اتفاق يلتزم بمقتضاه شخص تجاه شخص آخر بالبدء والاستمرار في التفاوض بشأن عقد معين بهدف إبرامه.

فهذا الالتزام لا ينتهي إذن بإبرام العقد النهائي وإنما يترتب التز**اما بالتفاوض** فقط فيما يخص هذا العقد ، فلا يخول لأي طرف إلا الحق في مطالبة الطرف الأخر بتنفيذ التزامه بالتفاوض بحسن نية بهدف إبرام عقد لم تتحدد شروطه وعناصر لا بعد .

ومن الناحية العملية يتحقق هذا العقد في إطار ما يسمى بالاتفاق المبدئي لبيان أن العقد ينظم من حيث المبدأ **انعقادا محتملا لعقد مرتقب** .

غير أن عقد التفاوضي يختلف بشكل ظاهري عن الوعد بالتعاقد فهذا الأخير يتضمن قبولا بالعقد النهائي سواء من جانب الواعد أو من جانب الموعود له معا أي ملزم الجانبين أما عقد التفاوض فهو ينشئ التزاما بالتفاوض فقط دون أن يتضمن قبولا للعقد النهائي .

ب- الطبيعة القانونية لعقد التفاوض :

عقد التفاوض يتطلب لصحته توافر الأركان العامة لإبرام العقود وهي الرضا والمحل والسبب، وعقد التفاوض يشكل من حيث طبيعته التزاما ببذل عناية وليس بتحقيق نتيجة وإذا كان الالتزام بالإستمرار في التفاوض يعتبر كقاعدة عامة التزام ببذل عناية غير انه قد يصبح في بعض الحالات التزاما بتحقيق نتيجة وذلك تبعا لطبيعة العمل الذي قد يكون المفاوض ملزما للقيام به أو الامتناع عنه بمقتضى الاتفاق أو العادات التجارية.

ومن قبيل ذلك التزام المفاوض بعدم إفشاء المعلومات المالية والفنية التي يدلي بها المفاوض الأخر أثناء عملية التفاوض على العقد والتزامه بعدم إجراء مفاوضات موازية مع الغير بشأن نفس العقد ففي هذه الحالات نكون بصدد التزام بتحقيق نتيجة .

ثانيا- الاتفاقات المؤقتة :

في العقود الهامة يحرص الطرفان على إبرام اتفاقات خاصة مؤقتة بين طرفي التفاوض بهدف إيجاد حلول مسبقة للمشاكل المحتملة وهو ما يطلق عليه اسم الاتفاقات المؤقتة .

أ- تعريف الاتفاق المؤقت :

الاتفاق المؤقت هو مجرد اتفاق تمهيدي يهدف إلى تنظيم التفاوض على العقد النهائي ولا ينشىء التزامات أثناء التفاوض بين الطرفين على العقد المزمع إبرامه وإنما ينظم التفاوض حوله فحسب ولا يحدد شروط العقد النهائي التي يتم التعاقد عليها .

ومن الأمثلة على هذا الاتفاق المؤقت، نجد مثلا الاتفاق على السرية واتفاق قصير التفاوض، مذكرة التغطية للتأمين المؤقتة، تغطية الخطر مؤقتا ريثما يتم فحص الطلب والبت فيه بالقبول أو الرفض.

ب - مدة الاتفاق المؤقت :

تختلف مدة الاتفاق المؤقت من حالة إلى أخرى فهي إما أن تكون أقل مدة للتفاض في حد ذاتها وقد تساويها أو تزيد عنها فقد تقل مدة هذا الاتفاق مثل الاتفاق على قصر التفاوض لمدة معينة خلال مرحلة التفاوض وبعدها يمكن لأي طرف أن يتفاوض مع الغير في نفس الوقت وقد يؤدي نجاح المفاوضات إلى انقضاء التزامات معينة مثل الالتزام بعدم استغلال التكنولوجيا المتفاوض عليها لهذا فان الالتزام يزول عند إبرام العقد النهائي

كما أن فشل أو نجاح المفاوضات تؤدي بالضرورة إلى زول بعض الاتفاقات المؤقتة مثل اتفاق تسوية نفقات التفاوض..... الخ.

ثالثا- الاتفاقات الجزئية:

الاتفاق الجزئي هو اتفاق يتم إبرامه أثناء المفاوضات العقدية حيث عدد الأطراف بمقتضاه مسائل التفاوض تمكنوا من الإتفاق بشأنها ويتخذ العقد الجزئي صورتين أولهما أن يكون جزءا من عقد واحد يسعى الأطراف إلى إبرامه في النهاية ، والثاني أن يشكل جزء من مجموع عقدي يتألف من عدة اتفاقات تنظم عملية واحدة يسعى الأطراف إلى تحقيقها سواء كانت هذه العقود من طبيعة واحدة كما في عمليات النقل المتتابع أم كانت من طبيعة مختلفة كما في عقود المنشات الكبرى .

المطلب الثالث: انتهاء مرحلة التفاوض

نتناول في هذا الفرع موضوع انتهاء المفاوضات العقدية من خلال نقطتين الأولى بخصوص نجاح المفاوضات والثانية حول فشل المفاوضات .

الفرع الأول: نجاح مرحلة التفاوض:

حيث تتوج هذه المرحلة بكل ما تم الاتفاق عليه في وثيقة نهائية يعتبرونها موضوع ومحل العقد لا ينقصها إلا التوقيع النهائي ويشترط قانونا العقد توافر شروط معينة وهي شروط الانعقاد وشروط الصحة ومن شروط الإنعقاد التراضي والمحل والسبب يضاف إلى ذلك ركن الشكل في العقود التشكيلية .

أ تحرير العقد وتوقيعه:

لا يشترط لإنعقاد العقد أن يتم كتابته في ورقة رسمية أو عرفية وإنما يكفي الانعقاد ان يتبادل الطرفان إيجاب وقبول متطابقين ، وأيا ما كان الأمر وسواء كانت الكتابة مطلوبة للانعقاد فإنه يحب توافر هذه الكتابة ولكي تكون صالحة للانعقاد او للإثبات ، يحب ان يتم تحرير العقد المتفاوض عليه في ورقة مكتوبة وان يقوم المتعاقدان بالتوقيع عليها، وقد جرت العادة وخاصة في مجال العقود الدولية،

على ان يتم تقسيم محور العقد الى ثلاثة اقسام وهي الديباجة والأحكام والملاحق التي تتضمن الوثائق التي ترفق بالعقد كالخرائط والتصميمات .

أما شروط صحة العقد فهي:

شروط صحة التراضي وهي الاهلية وسلامة الارادة من العيوب فإذا تخلف ركن من أركان العقد وقع العقد باطلا ، وإذا تخلف شروط صحته كان العقد قابلا للإبطال .

الفرع الثاني: فشل مرحلة التفاوض على التعاقد:

ومن أسباب فشل مرحلة التفاوض على التعاقد، منها وصول هذه المرحلة الى طريق مسدود إلى جانب قطعها من جانب واحد، وإلى جانب توقف وجمود المفاوضات إلى جانب سقوط الإيجاب .

أ – وصول التفاوض الى طريق مسدود:

ويرجع سبب ذلك الى تمسك كل طرف بموقفه دون تقديم تنازلات .

ب – جمود المفاوضات :

والمقصود هنا توقف المفاوضات دون تحركها إلى الأمام وقد يكون ذلك بسبب انعدام الحماس لمواصلة التفاوض.

ج- قطع المفاوضات :

قد يحدث في اي مرحلة من مراحل التفاوض على التعاقد، ان يقوم أحد الاطراف بقطع التفاوض فجأة بسبب او دون سبب ، طالما انه الاصل في التفاوض هو الحرية في إكمال وابرام العقد النهائي.

د – سقوط الايجاب:

ينطوي على قطع المفاوضات كذلك ، ويحدث في حالة العدول عن الايجاب ورفض الإيجاب .

آثار فشل مرحلة المفاوضات على التعاقد:

أ- انحلال اتفاق التفاوض: إذا انحل التفاوض على العقد فإن الاتفاق عليه ينحل وذلك نتيجة طبيعية، لأن الطرفان اتفقا على التفاوض من اجل التوصل الى اتفاق نهائي على أساسه يتم إبرام العقد النهائي، وقد فشلت المفاوضات في تحقيق هذا الهدف المنشود فلا مناص من انحلال عقد التفاوض إما بإنهائه أو فسخه ، ويتم ذلك بإتفاق الطرفين أو بإرادة احدهما المنفردة شريطة إخطار الطرف الآخر وإلا أقيمة المسؤولية في العقود غير المحددة المدة أو في حال إخلال المتفاوض الآخر بالتزاماته شرط توافر شروط الفسخ [1].

ب- بقاء بعض الاتفاقات المؤقتة:

هناك بعض الاتفاقات المؤقتة تبقى سارية رغم فشل عملية التفاوض ومن بينها اتفاق المحافظة على سرية الذي يلزم الطرفين بالإمتناع عن إفشاء الأسرار.

ج- التفاوض الصوري (الظاهر):

ويقصد به تلك المحادثات المجردة التي تهدف الى احداث اثر قانوني ولا تحضى للابرام عقد مستقبلي ، وإنما هدفها فقط تبادل الآراء والاقتراحات حول موضوع معين .

1- نص المادة 119 من ق.م.ج الساري المفعول.

المطلب الرابع : القطع التعسفي لمرحلة التفاوض على التعاقد:

إن إطالة أمد المفاوضات ووصولها في الدراسة والمناقشة إلى مراحل متقدمة، يلزم الأطراف قانونا وأخلاقا ببذل الجهد الضروري لتكملة التفاهم على كافة عناصر العقد المراد إبرامه، بحيث أن عدم الاستمرار فيها لمناقشة المسائل التفصيلية من جانب احد الطرفين دون سبب جدي أو مشروع يعتبر سلوك غير مشروع يستوجب المسؤولية التقصيرية عن ذلك [1] .

وسنتناول في هذا المطلب الذي قسمناه الى ثلاثة فروع، أولها تحت عنوان حرية العدول على مواصلة التفاوض عن العقد، أما الثاني فتحت عنوان المسؤولية المدنية عن القطع التعسفي للمفاوضات العقدية و الفرع الثالث خصصناه للقانون الواجب التطبيق على المسؤولية في مرحلة التفاوض على العقد.

الفرع الأول : حرية العدول عن مواصلة التفاوض على العقد:

أين سنتناول في هذا الفرع حرية العدول عن التفاوض في أي مرحلة منه، وقيود حرية العدول عن التفاوض ووقف التفاوض على التعاقد وذلك على النحو الآتي بيانه.

أولا- حرية العدول عن التفاوض في أي مرحلة منه:

إن صياغة مشروع العقد بمثابة ايجاب مشترك ، نابع عن ارادة الطرفين المتفاوضين معا وذلك بعد بناء تصور مشترك لكل المسائل التي تمت مناقشتها، وبذلك فإنه اثناء بناء هذا العقد المنشود، يمكن لأي طرف العدول عن التفاوض إذ انه يرى في ذلك المصلحة كلها لعدم نجاعة العقد من الناحية الإقتصادية والمالية والحال كذلك فإن لكل مفاوض ان يقطع سير المفاوضات وينهيها في أي وقت، عملا بمبدأ الحرية العقدية وهذا ما قد يتفق عليه الأطراف صراحة أو الاتفاق على عدم مسؤولية أي منهم على متابعة المفاوضات، غير انه في ظل غياب الاتفاق الصريح على الدخول في المفاوضات والالتزام بمتابعتها وصولا إلى إبرام العقد النهائي فإن قطع المفاوضات لا يرتب أي مسؤولية عقدية وهذا هو مبدأ حرية المفاوضات في العقود الدولية إلا انه يمكن ترتيب المسؤولية التقصيرية اذا اقترن العدول بضرر لاحق بالطرف الآخر من جراء تصرفات تفاوضية تخالف موجبات حسن النية. [2].

1- د/ بلحاج العربي، نظرية العقد في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر، 2015، ص 118.

2- د/ بلحاج العربي، مشكلات المرحلة السابقة على التعاقد، المرجع السابق، ص 189 و ما بعدها.

ثانيا - وجود ما يقيد العدول عن التفاوض:

لا تترتب المسؤولية على من عدل عن التفاوض إلا اذا اقترن ذلك بخطأ او تقصير أو ثبوت سوء النية لدى المفاوض، ويقيد حرية العدول عن التفاوض إخلال المفاوض بالالتزام بالإعلام قبل التعاقد بالتفاوض بحسن نية ، او قام بإفشاء اسرار الشركة المتفاوضة مما يترتب عنه تفويت فرصة

اتمام العقد وتفويت فرصة التعاقد مع الآخرين في الوقت المناسب ومن أخل بهذه الالتزامات يكون قد ارتكب خطا يقيم المسؤولية التقصيرية.

وفي حالة فشل المفاوضات التعاقدية على ضوء ما وصلت إليه من اتفاقات وحلول مقترحة ، إما بإبطال عقد التفاوض ، أو تفرض تعديلا له وهذا وفق للعدالة والعرف وطبيعة الالتزام ، بحيث ان القانون المدني الجزائري يخول للقاضي المدني سلطة تكملة العقد طبقا لطبيعة المعاملة ووفقا للأحكام القانون والعرف والعدالة. [1]

ثالثا- العدول او رفض الايجاب الذي يؤدي الى قطع التفاوض :

إذا تمت المفاوضات بإيجاب نهائي تم توجيهه فإن الخطأ يتمثل حينئذ في العدول عن الايجاب او رفضه من وجه له، اذا ما أفضى ذلك قطع التفاوض دون سبب جدي ، ومن المسلم به وحسب نص المادة 61 من القانون المدني الجزائري أن الموجب يستطيع العدول عن إيجابه طالما لم يصل إلى علم من وجه إليه، والواقع أن الموجب لا يسأل وفق القواعد المسؤولية العقدية عن مجرد عدوله عن الإيجاب وإنما يسأل في قطعه المفاوضات المصاحبة لهذا العدول، إذا لم يكن لهذا القطع ما يبرره والعدول عن الإيجاب يؤدي إلى حتمية عودة الطرفين إلى طاولة التفاوض بعد تعليقها بصدور هذا الإيجاب، إذ أن هذا العدول يترتب عليه سقوط الإيجاب بأثر رجعي وعند الرجوع إلى التفاوض يتعين على الموجب وفقا لالتزامه بالتفاوض بحسن نية أن يستمر في التفاوض حتى يتم التوصل إلى الإيجاب جديد فإذا رفض أي عرض أخر يكون مسئولا مسؤولية عقدية في قطعه للمفاوضات دون أي مبرر مشروع.

فإذا عين اجل الإيجاب لاقترانه بقبول فالمشرع الجزائري حسم هذه المسألة بنص المادة 63 من ق م.ج، التي تنص انه **" إذا عين اجل للقبول ، التزم الموجب بالبقاء على إيجابه إلى انقضاء هذا الأجل"** وقد يستخلص هذا الميعاد كما رأينا من ظروف الحال أو من طبيعة المعاملة إذا عدل الموجب عن إيجابه في هذه الحالة قبل انقضاء هذا الميعاد فان عدوله لا يعقد به بل يظل الإيجاب قائما، وفي حالة رفض الإيجاب من الطرف الأخر فان الإيجاب يسقط قبل انقضاء المدة المحددة ولا يعتد بعدوله الموجب، كما يمكن للموجب له رفض الإيجاب ولكن في الوقت المناسب ويعتبر السكوت في الرد قبولا اذا اتصل الإيجاب بتعامل سابق بين المتفاوضين والخطأ هنا يكمن في قطع المفاوضات دون مبرر جدي كما رأينا سابقا .

1- أظر نص المادة 65 من ق م.ج الساري المفعول.

الفرع الثاني : المسؤولية المدنية عن القطع التعسفي للمفاوضات العقدية :

لا يوجد نص في القانون المدني الجزائري ينظم المفاوضات التعاقدية مكتفيا بالمسؤولية عن الفعل الضار، حيث تطرح المادة 124 من القانون المدني الجزائري كقاعدة عن كل خطأ يسبب ضرر للغير يلزمه من ارتكبه بالتعويض .

ولقد نص المشرع الجزائري في القانون المدني الجزائري على تنفيذ العقد طبقا لما إشتمل عليه وبحسن نية لذا فإن هذا المبدأ يتسع قانونا ليشمل مرحلة **التفاوض على العقد ومن جانب أخر فان** المسؤولية عن الفعل الضار تتسع كذلك لتشمل مرحلة التفاوض على العقد بكل أنواع الأخطاء المعروفة خلالها أو حتى العقود التمهيدية السابقة على التعاقد [1].

كما أن القانون المدني نص على إمكانية تدخل القاضي بهدف تكميل العقد أو تفسيره لجلاء غموض النية المشتركة للإطراف، كما نص القانون المدني الجزائري على انه يعاد المتعاقدان الى الحالة التي كانا عليها قبل العقد في حالة بطلان العقد او إبطاله فان كان هذا مستحيلا **جاز الحكم** بالتعويض غير انه لا يلزم ناقص الأهلية إذا بطل العقد لنقص الأهلية ان يرد ما عاد عليه من منفعة بسبب تنفيذ العقد [2] .

وعلى أية حال فكما أن مبدأ حسن النية يجب مراعاته خلال مرحلة تنفيذ العقد فكذلك يجب على الإطراف احترامه أثناء فترة التفاوض على العقد وبما انه لم يترتب عن الإخلال بالتزامات التفاوض اي ضرر للطرف الأخر عن مسؤولية تقصيرية **أو** عقدية قائمة ، كما ان وجود الخطأ ضرورة وخاصة عند قطع المفاوضات بسوء نية وبالعكس يلتزم الطرف المخل بالمفاوضات العقد بتعويض الطرف الآخر عن الضرر الذي يصيبه جراء ذلك.

ومهما كانت المسؤولية بشروطها فانه لا يجوز المطالبة سوى بالضرر المباشر المتوقع في حالة المسؤولية العقدية والمطالبة بالضرر غير المتوقع **في حالة الغش أو** الخطأ الجسيم وفي حالة المسؤولية التقصيرية عن الفعل الضار [3].

الفرع الثالث: القانون الواجب التطبيق على المسؤولية في مرحلة التفاوض على العقد

سنتناول موضوع هذا الفرع في نقطتين حيث **سنتطرق في النقطة الأولى إلى القانون الواجب** التطبيق على المسؤولية في التفاوض على العقد في القانون الدولي وأخيرا القانون الواجب التطبيق **على عقد التفاوض.**

1- كالوعد بالتعاقد و التعاقد بالعربون بنص المادتين 71 و 72 مكرر من ق.م.ج الساري المفعول.
2- نص المادة 105 الفقرة 02 و 03 من ق.م.ج الساري المفعول.
3- نص المواد 13 و 181 و 182 من ق.م.ج الساري المفعول.

أولا: القانون الواجب التطبيق على المسؤولية على العقد في القانون الدولي :

من الضروري التحري ما إذا كان التفاوض محل النزاع دار في إطار تعاقدي أم لا ففي حالة العلاقة التعاقدية يستند الى قاعدة الإسناد التي تنص على انه **" يسري على الالتزامات التعاقدية القانون المختار من المتعاقدين اذا كانت له صلة حقيقية بالمتعاقدين او بالعقد وفي حالة عدم إمكان**

ذلك يطبق قانون الموطن المشترك او الجنسية المشركة وفي حالة عدم إمكان دلك يطبق قانون محل إبرام العقد ،غير أنه يسري على العقود المتعلقة بالعقار قانون موقعه" [1].

إذا في النزاع ذو الطابع الدولي الناشئ عن الإخلال بعقد أو إتفاق التفاوض يخضع لما يعرف بقانون إرادة المتعاقدين أو قانون العقد، شريطة ألا تكون أحكام هذا القانون **مخالفة للنظام العام أو الآداب في الجزائر** [2]، كما يسمح القانون الجزائري للقاضي أن يستخلص القانون الواجب التطبيق على النزاع في حالة عدم تحديده من الطرفين، من خلال وثائق التفاوض ومستنداتها أي من خلال الظروف المتصلة بإتفاق التفاوض الضمني، مثلا من خلال استعمال مصطلحات قانونية معروفة في قانون معين أو إنتهاء انتماء الطرفين لجنسية دولة معينة. [3]

فإذا تخلفت الإرادة الصريحة او الضمنية فإن المشرع الجزائري أتى بضابطي إسناد يؤخذ بها على التوالي، الأول هو الموطن المشترك للمتفاوضين والثاني هو ضابط محل إبرام إتفاق أو عقد التفاوض بحيث يخضع الأخير لقانون الدولة التي تم فيها إبرامه. [4]

وفي حالة الإلتزامات غير التعاقدية يستند القاضي إلى قاعدة الإسناد والخاصة بالإلتزامات غير القانونية بقوله" يسري على الإلتزامات غير التعاقدية ، قانون البلد الذي وقع فيه الفعل المنشئ للالتزام، غير أنه فيما يتعلق بالإلتزامات الناشئة عن الفعل الضار لا يسري أحكام الفقرة **السابقة على الوقائع** التي تحدث في الخارج وتكون مشروعة في الجزائر وإذا كانت تعد غير مشروعة في البلد الذي وقعت فيه. [5]

حيث يستفاد من نص المادة 20 أن القانون الواجب التطبيق على النزاع **ذي الطابع الدولي** المتعلق بمفاوضات عقدية غير مصحوبة بعقد تفاوض هو قانون البلد الذي وقع فيه الفعل ال**ضار أثناء** التفاوض أو العدول عنه، ولتحديد القانون الواجب التطبيق يجب تحديد نوع المسؤولية محل النزاع .

1- أنظر نص المادة 18 من ق م.ج الساري المفعول.
2- نص المادة 24 من ق م.ج الساري المفعول.
3- د/ بلحاج العربي، مشكلات المرحلة السابقة على التعاقد، المرجع السابق، ص 193.
4- طالع في هذا الخصوص المادة 18 و ما يليها من ق م.ج الساري المفعول.
5- أ/ عبدو محمد، التفاوض على عقود الأعمال بين الطبيعة المادية و الطبيعة العقدية و آثاره، مقال بمجلة البحوث و الدراسات القانونية و السياسية، العدد الثالث عشر.

ثانيا: القانون الواجب التطبيق على عقد التفاوض:

يخضع عقد التفاوض **لقانون الدولة** التي تم إختيار قانونها صراحة **لحكم العقد**، بالنص عليه صراحة في صلب الوثيقة العقدية أو في وثيقة مستقلة، كما أنه يكمن تعديل الإتفاق وجعل الإختصاص **لقانون آخر** خلاف القانون المتفق عليه أولا، كما أنه يطبق القانون الجزائري إذا تعذر إثبات القانون

الأجنبي الواجب تطبيقه، كما أنه لا يجوز تطبيق القانون الأجنبي إذا كان مخالفا للنظام العام والآداب في الجزائر، كما أنه تطبق المبادئ العامة للقانون الدولي الخاص ، فيما لم يرد بشأنه نص في المواد الخاصة بتنازع القوانين. [1]

وتنازع القوانين في عقد التفاوض يقضي في الجزائر وفي سائر الدول، وفق القاعدة التي تقضي بخضوع العقد الدولي للقانون الذي يختاره الأطراف صراحة أو ضمنا، أي إختصاص قانون الإرادة، حيث يسري على الالتزامات التعاقدية للقانون المختار من المتعاقدين إذا كانت له صلة حقيقية بالمتعاقدين أو العقد، وفي حالة عدم إمكان ذلك يطبق قانون المواطن المشترك أو الجنسية المشتركة وفي حالة عدم إمكان ذلك يطبق قانون محل إبرام العقد، غير أنه يسري على العقود المتعلقة بالعقار قانون موقعه[2].

1- أنظر المواد 23 و 23 مكرر 02 و 24 من ق.م.ج الساري المفعول.

2- أي تسري عليه أحكام المادة 18 من ق.م.ج الساري المفعول.

المبحث الثاني: مبدأ إعادة التفاوض و التنفيذ في مرحلة التفاوض على التعاقد .

إن مبدأ إعادة التفاوض مبدأ هام في مجال الأعمال و التجارة وخاصة الدولية منها، وهذا حتى يبقى العقد قائما و يستمر تنفيذه في الميدان، بعدما يعاد التوازن إلى بنوده و شروطه، بعد إعادة التفاوض على الظروف المستجدة والتي جعلت العقد يختل توازنه.

وتمتاز كثيرا من العقود بطول مدتها، وخاصة عقود التجارة الدولية، ونظرا لرغبة الأطراف في تحقيق قدر كبيرا من الاستقرار في معاملاتهم كما هو معمول به في عقود الامتياز و عقود التوريد، وعموما إلى طبيعة العقد و ضخامة الأعمال الواجب القيام بها، كما هو حاصل في عقود المنشآت الكبرى **و عقود** التشييد و عقود نقل التكنولوجيا، ولا شك في أن طول مدة تنفيذ هذه العقود قد يجعلها عرضة لبعض **الصعوبات والمشاكل التي تؤثر في مقدرة الأطراف** على تنفيذ التزاماتهم العقدية، **فإن كانت الظروف** الدخيلة لها تأثيرها على العقود المحلية، فما بالك بالعقود الدولية التي تتجاوزها عوامل و مؤثرات كثيرة، و خاصة تقلبات و حركة الأسواق الدولية، لذلك يلجأ الأطراف و في غياب الحلول في القواعد و النظم القانونية في التشريعات الوطنية، إلى حلول على أساس الحرية الواسعة التي يتمتع بها الأطراف في تنظيم عقودهم، من بينها هذا الشرط و هو شرط مراجعة العقد عن طريق إعادة التفاوض.

وفيما يلي سنبحث في هذا المبحث من خلال ثلاث مطالب أساسية، بحيث نتطرق في المطلب الأول لمبدأ أو شرط إعادة التفاوض على شروط العقد، ثم ندرس في المطلب الثاني موضوع التنفيذ العيني في **مرحلة التفاوض على العقد ، ثم** ندرس كذلك في الطلب الثالث موضوع التنفيذ بطريق التعويض في مرحلة التفاوض على العقد على النحو سيأتي بيانه.

المطلب الأول
مبدأ أو شرط إعادة التفاوض على شروط العقد.

شرط أو بند إعادة التفاوض لإيجاد التوازن العقدي بند يتفق عليه طرفا العقد و يدرجانه ضمن نصوص العقد، و بمقتضاه يلتزم الطرفان بالتفاوض من جديد لتعديل شروط العقد و إحكامه ، إذا ما طرأت مستجدات غير متوقعة من شأنها أن تؤثر في التوازن الاقتصادي للعقد.

هذا المعنى يشيع استعماله حاليا بمصطلحات مختلفة في عقود التجارة الدولية، تحت المصطلح الإنجليزي الكثير الاستعمال و هو Hard ship .

لدراسة الموضوع قمنا بتقسيم هذا المطلب إلى ثلاث فروع، الأول هو المقصود من إعادة التفاوض على العقد، أما الثاني فهو شرط إعادة التفاوض لحل النزاعات وديا، أما الفرع الثالث فهو تحت عنوان تطبيقات شرط إعادة التفاوض، وهذا على النحو الذي سيأتي بيانه.

الفرع الأول: المقصود بمبدأ إعادة التفاوض على العقد.

إن التشريع الوطني الجزائري بدا قاصرا في معالجة هذا الموضوع، الذي أصبح يفرض نفسه وله ارتباط قوي بعقود لها أهمية عملية مميزة في الحياة الاقتصادية و التي تأثرت بها عدة عقود أخرى خاصة منها ذات الآثار الاجتماعية، وخاصة أن الجزائر مرتبطة بشكل مكثف بالعقود الدولية، سواء على مستوى التجارة الدولية أو في مجال الأعمال بصفة عامة، سواء على مستوى جلب العوامل التقنية والتقدم أو على مستوى جلب التكنولوجيا للنهوض بالمجتمع و دفعه إلى التطور و الرقي.

أولا: تعريف شرط إعادة التفاوض:

يمكن تعريف شرط إعادة التفاوض، بأنه شرط يدرجه الأطراف في العقد يتفقون فيه على إعادة التفاوض بقصد تعديل أحكام العقد، عندما تحدث ظروف معينة من شأنها الإخلال بتوازن العقد، وإصابة أحد المتعاقدين بضرر جسيم، ومن خلال دراسة هذا التعريف تتبين لنا العناصر التالية:

ـ إن شرط إعادة التفاوض هو شرط اتفاقي: إذ أن مضمونه يتوقف على ما يتفق عليه الأطراف في العقد، لذا فأنه يتم تنظيم هذا الشرط بشكل مفصل، حيث يبين الأطراف مفهوم هذا الشرط بالنسبة إليهم و الأحداث التي يواجهها، وأثرها على العقد، والحلول التي يتم اللجوء إليها في هذه الحالة، إذ فإن لإدارة الأطراف الحرة أهمية واضحة في صياغة شرط إعادة التفاوض و هذا ما يراه بعض الفقه.

ولعل هذا الواقع يفرض على الأطراف تحديد مختلف عناصر هذا الشرط، والتي يحددونها في العقد، بغية ضمان وتأمين التفعيل والتطبيق الجيد له، و منها الأحداث التي يواجهها الشرط بحيث عند تحققها يتم تفعيل الشرط، وقد تكون هذه الأحداث ذات طبيعة مالية أو سياسية أو اقتصادية، إلى جانب تحديد مصير العقد أثناء مرحلة تفعيل شرط إعادة التفاوض، كما يجب أن يتضمن الاتفاق أيضا مصير العقد في فشل التفاوض هذا والحل الذي يجب الأخذ به، خاصة في حالة ظهور اختلاف **أو نزاع حول مدى تحقق الشرط** و الأخذ بعين الإعتبار **شرط إعادة التفاوض** كشرط خاص، تختلف صوره باختلاف طبيعة العقود و الظروف المختلفة والمستجدة عند تنفيذها، و بمعنى آخر فإن مضمونه ليس واحد في كل العقود، بل إنه يتنوع وفقا لطبيعة الظروف وتحقيقا لرغبات الأطراف المتفاوضة، ولذا فإن صورة شرط إعادة التفاوض تختلف من عقد إلى آخر، ومن ظرف إلى آخر، فقد يواجه الشرط حدثا سياسيا مؤثرا على تنفيذه، وقد يواجه حدثا ماليا يخل بتوازن بنود وشروط العقد، و قد يواجه أحداث اقتصادية تعرقل الاستمرار في تنفيذ، أو يواجهون ظروف قانونية مستجدة تعرقل تنفيذ بنود العقد، كما قد يتفق الأطراف على تفعيل الشرط بمجرد وقوع ضرر لأحد الأطراف أيا كان مقدار ذلك الضرر، وقد يشترطون أن يكون الضرر جسيما و غير مألوف لتفعيل الشرط.

وقد يتفق الأطراف على إعادة التفاوض بأنفسهم في بعض العقود، وقد يتفقون في عقود أخرى على اللجوء إلى الخبراء من قانونيين أو فنيين أو إلى قضاء التحكيم للإشراف على مجريات التفاوض.

و لقد أصبح المتعاملون في عقود الأعمال يلجئون إلى صياغة شرط التفاوض بشكل محدد وأكثر دقة في وصف الشرط بعدما كان المتعاملون و خاصة في ميدان التجارة الدولية يعتمدون في إعداد هذا الشرط على الصياغات العامة.

ثانيا: الوقائع والأحداث التي يمتد إليها شرط إعادة التفاوض.

يقصد بالوقائع و الأحداث التي يمتد إليها الشرط المذكور لمواجهة ما ينجم عنها من تأثير على العقد، و من خلال تدقيق النظر في الشروط التعاقدية المنظمة لشرط إعادة التفاوض يتضح بشكل جلي أن هنالك

شروط يجب أن تتوافر في الواقعة أو الحادثة حتى يكون ممكنا تطبيق شرط ومبدأ إعادة التفاوض و إعمل الأحكام الخاصة به.

وبمعنى آخر فإن شرط إعادة التفاوض يمتد نطاقه ليشمل من الوقائع والأحداث وما توافرت فيها تلك الشروط المتعلقة باستقلال الواقعة أو الحادثة عن إرادة الطرفين، أي أن يكون الحدث خارجا عن إرادة المدين، فمن غير المعقول أن يستفيد المدين من تغير ظروف العقد للتمسك بأحكام مبدأ شرط إعادة التفاوض بغية تعديل العقد، في الوقت الذي قد يكون فيه سبب هذا التغيير هو فعل المدين نفسه، ولا ريب أن هذا الشرط يسمح بحماية المتعاقد من تدخل المتعاقد الآخر سيء النية في إحداث التغيير بشكل مباشر أو غير مباشر، ويرى غالبية الفقه أن هذا الشرط يعد أساسيا و ضروريا في الواقعة أو الحادثة و ذو أهمية جلية خاصة في عقود التجارة الدولية، وكذا عن عنصر عدم إمكانية توقع الحدث من خلال الاستعداد المسبق لمواجهته إذا كان يتوقعه، أو عدم قدرته على ذلك إذا لم يكن يتوقع الحدث.

إذا أثناء عملية التفاوض على العقد من المفروض أن يكون الأطراف قد أحاطوا بكل الوقائع والظروف المحتملة التي قد تعيق تنفيذ العقد، بعد إبرامه بشكل نهائي بعد نجاح مرحلة التفاوض على هذه الظروف التي تخل بالتوازن المالي والإخلال بالالتزامات والحقوق المدرجة في بنود العقد، وحتى يكون الحدث غير متوقع يجب أن لا يكون في مقدور الشخص العادي.

ثالثا: الأثر المترتب على تحقق شرط إعادة التفاوض.

يهدف شرط إعادة التفاوض على العقد، للإبقاء على التوازن العقدي وبالتالي الإبقاء على العقد بعد إعادة التوازن للأداءات المالية المتقابلة، وبالتالي فإن صياغته تأتي في شكل يفرض على الأطراف التصدي للظروف التي تؤثر في الأساس الاقتصادي للعقد، و من هنا تبدو أهمية شرط إعادة التفاوض لإعادة توازن العقد فبمقتضاه لا يجوز لأي من المتعاقدين الامتناع عن تعديل العقد، ولا يسوغ للقاضي سلطة تعديل العقد بسبب تغير الظروف، أيا كان الإرهاق الذي يلحق المدين، وهنا تبدو أهمية أخرى لشرط إعادة التفاوض لبنود وشروط العقد، فالحدث أو الظرف المخل بالتوازن الاقتصادي من طبيعة معقدة، فقد يرجع إلى تغيرات في الأسواق أو تكاليف الإنتاج أو برامج التنمية أو التكنولوجيا المستخدمة، الأمر الذي يكون معه من الأفضل أن يتم تعديل العقد عن طريق أطرافه الذين يستعينون في ذلك بلجان يشكلونها لهذا الغرض.

الفرع الثاني: شرط إعادة التفاوض لحل النزاعات وديا.

إن هذا الشرط يهدف إلى التزام طرفا العقد بإعادة التفاوض حول المشكلة التي تعترض تنفيذ العقد القائم بينهما، و ذلك قبل اللجوء إلى القضاء أو التحكيم، ويقوم الأطراف بالنص على هذا الالتزام صراحة ضمن بند من بنود العقد على الالتزام عند حدوث مشكلة ما بالامتناع عن اللجوء إلى القضاء أو التحكيم طوال فترة زمنية معينة، مع الالتزام بإعادة التفاوض من أجل التوصل إلى تسوية ودية للمنازعة.

أولا: وقف تنفيذ العقد والالتزام بشرط إعادة التفاوض.

ويقصد به توقف الطرفين عن تنفيذ التزاماتهما المتبادلة لحين إعادة التفاوض على العقد والتوصل إلى اتفاق جدي لتنظيم تلك الالتزامات، ويجد الوقف أساسه في إرادة الأطراف باعتبارها هي التي أدرجت شرط إعادة التفاوض، وهي التي تعيد التفاوض، فالإرادة في هذه المرحلة تلعب دورا مهما إذ بإمكانها أن توقف العقد فقط في الجانب الطرف المخل،ويبقى الجزء الآخر ساري المفعول، كما أن لها إيقافه وهذا الوقف سيكون له آثار، فبالنسبة للالتزامات الرئيسية مادام أن الاختلال التوازني يجب أن يرد على شرط جوهري فإنها تتوقف بسبب تأثرها بالحدث، أما الالتزامات الأخرى التي لم تتأثر بالحدث فتبقى مستمرة وتكون ملزمة للمتعاقدين ويؤدي عدم تنفيذها إلى قيام المسؤولية العقدية[1].

أما الالتزامات الفرعية فيشملها الوقف في حالتين:

1- في حالة ما إذا تأثر المدين بشكل مباشر بالواقعة أو الظرف أو الحدث، ولم يعد قادرا على تنفيذ الالتزامات.

2- في حالة كون الالتزام الفرعي يتصل اتصالا وثيقا بالالتزام الرئيسي الذي شمله الوقف.

وتجدر الإشارة إلى أن الوقف يتعدى المتعاقدين ليشمل حتى الغير ويجد أساس الوقف في الدفع بعدم التنفيذ، إلا أن التشبث بالدفع بعدم التنفيذ واقف على أن يكون الالتزام مستحق الأداء وأن الحدث المبرر لتفعيل شرط إعادة التفاوض يؤخر تنفيذ الالتزام لحين زواله، أو لحين إعادة التفاوض على العقد، إلا أن هذا الوقف يضع حدا لالتزامات الأطراف بل تبقى هناك التزامات على كل واحد منهم كالالتزام بالحفاظ على العمل مراعاة لما يفرضه مبدأ حسن النية والأمانة التعاقدية، وكذا الالتزام بالسعي الجدي و الحثيث لاستئناف سريان شروط العقد عن طريق القيام بكافة العمال والإجراءات الضرورية، وبذلك الجهود اللازمة التي تساعد استئناف سريان العقد وتنفيذه، وفي حالة الإخلال بهذه الالتزامات يقوم المتعاقد الذي تسبب في ضرر المتعاقد الآخر بتعويضه دون إعطائه إمكانية الفسخ العقد القائم بينهما، لأنه لو أعطيت له الإمكانية أفرغنا نظام الوقف من أساسه ألا وهو الحفاظ على العقد، لحين إعادة سريانه من جديد.

1- إعداد: عمر حجي، تحت إشراف د/ عبد الرحمن أسامة،الإشكالات المرتبطة بالتفاوض وإعادة التفاوض،مقال مقدم في مجلة الفقه والقانون، العدد44، جوان 2016، ص09وما بعدها.

ثانيا: مدى تدخل الغير لإعمال شرط إعادة التفاوض.

إن استعانة الأطراف بالغير يزيد عادة من فرص الوصول إلى المصالحة في حالة وقوع نزاع، أو إلى إيجاد الحلول الفنية والمالية التي تعترض وتشكل صعوبات في تنفيذ العقد، في بعض العقود التي يخضع تنفيذها إلى رقابة مهندس أو خبير أو خبراء فنيون، يمكن اشتراط إعادة التفاوض في الوقت والمكان المناسبين لدراسة الصعوبات ومحاولة إيجاد الحلول المناسبة لها، وإيجاد المصالحة في النزاع بين الأطراف، وفي الحالة التي يتم فيها تعيين شخص ثالث في العقد لهذه المهمة، فإنه على الأطراف التأكد مسبقا من قبوله للقيام بهذا الأمر، كذلك يمكن الاشتراط في بنود العقد بأن تسمية الطرف الثالث يتم من قبل

السلطة يجري تعينها في العقد، ويمكن أن تكون المحكمة، وفي هذه الحالة يجب ضمان قبول رئيس المحكمة لهذه المهمة وقت إبرام العقد.

ومن الجهات التي يمكن اللجوء إليها في إجراء المصالحة مثلا هي منظمة (CCI) إلا أن إجراءات المصالحة المنظمة بواسطتها طويلة نسبيا وطريقة تشكيل اللجان المكونة من ثلاثة أشخاص، حيث يكون أعضاؤها بالضرورة من المختصين في المشاكل الفنية التي هي محل الخلافات العقدية، وهذا ما يحمل معه بعض المخاطر، حيث من المفضل عادة اللجوء إلى شخص ثالث مختص في الشؤون الفنية لأنه يمتلك معرفة جيدة في ميدان المشاكل القابلة للظهور بسبب تنفيذ العقود، وعندئذ يكون من المفيد أن يجري تعينه طبقا لنظام الخبرة الفنية، كما انه على الأطراف الاهتمام في صياغة الشروط العقدية مما يكفل إيراد بعض القواعد المتعلقة بالإجراءات لغرض نجاح المصالحة، حيث يكون من المفيد الاشتراط بأن تكون المصالحة وجاهية، لأنها ستحمل لهم حلول أفضل، علما أنها لا تحمل في حال من الأحوال الصفة الإلزامية، إذ يحق لكل طرف رفض عرض المصالحة المقدم إليه من أجل حمل طلبه أمام المحكمة.

الفرع الثالث: تطبيقات شرط إعادة التفاوض.

من خلال هذا الفرع سنتطرق لمختلف التطبيقات التشريعية الحديثة وتبنيها لفكرة إعادة التفاوض، نظرا للحاجة الملحة لذلك، ونحن في الجزائر أكثر حاجة من أي وقت مضى إلى إدراج هذا الشرط الهام في مختلف تشريعاتنا التي لها علاقة واضحة بمجال المال والأعمال والتجارة الخارجية، حتى تكون أكثر مرونة وجذبا للمتعاملين الاقتصاديين.

أولا: التطبيقات الاقتصادية لشرط إعادة التفاوض.

إن إعادة التفاوض في مرحلة تنفيذ العقد تعد من صميم إدراج فكرة الجانب الاقتصادي في القواعد القانونية، والذي لا يتعارض معه مبدأ الأمن القانوني، ولا مع مبدأ القوة الملزمة للعقد، إن مبدأ قدسية العقد أضحى يشكل مشكلة بحكم أن عقود الأعمال عموما وعقود التجارة الدولية أصبحت تبرم في ظل مناخ اجتماعي واقتصادي غير مستقر، وتبعا لذلك إذا كانت القواعد العامة لقواعد العقود تعرف تأثير العامل الاقتصادي على هذه العقود، حيث يتجلى ذلك في عدة مظاهر بدءا من تعريف العقد ذاته، وصولا إلى تطور مفهوم فكرة النظام العام إلى نظام عام اقتصادي.

إن فكرة وشرط إعادة التفاوض يفرض نفسه أمام أطراف العقد للتوصل إلى إعادة التوازن للشروط العقدية ذات البعد المالي والاقتصادي، دون اللجوء إلى القضاء لتعديل العقد وإكماله، فقد يكون عملهم هذا أساس فني معتمد على براء متخصصين ينتدبهم الأطراف في المسائل الفنية والعلمية المعقدة التي تخلق مشكلة تعيق تنفيذ العقد أو حتى توقفه، لذا كان من الواجب أن تواكب المنظومة التشريعية مختلف التطورات الفنية والعلمية والتكنولوجية والاقتصادية في العالم اليوم، وتجعل لأطراف العقد القدرة الكافية من خلال القواعد القانونية على تعديل بنود العقد وفقا للمستجدات المختلفة عند تنفيذه، إعمالا لمبدأ النجاعة الاقتصادية وتحقيق المصالح والأهداف المختلفة وخاصة بالنسبة للطرف الضعيف والمتلقي في العلاقة العقدية، وتماشيا مع هذه التطورات في المجال التعاقدي بدأ يشهد سحبا تدريجيا للقواعد الداخلية تاركة المكان للقواعد والممارسات الدولية، وذلك تكييفا للأنظمة الداخلية مع متطلبات الحياة الاقتصادية.

وبالمقابل من ذلك فإن عملية إعادة التفاوض لا يجب أن تتم بمعزل عن القاضي، ذلك أن هذا الأخير في إطار إعادة التفاوض ليس له صلة بدوره المتمثل في الفصل في المنازعات وإنما يضطلع بدور آخر يتمثل في الإشراف و مرافقة أطراف العقد لإنجاح عملية إعادة التفاوض، كما يضطلع بدور آخر في حالة فشل هذه العملية، فدور القاضي إذن ليس دورا سلبيا، حيث أن سير عملية إعادة التفاوض قد تخضع لإرادة أحد المتعاقدين كنتيجة للهيمنة الاقتصادية المعبر عنها بـ" Hold up"، في إطار مبادئ التحليل الاقتصادي وتبعا لذلك فإنه يبدو أن النظام التعاقدي يميل إلى تجاوز الحدود بين ما هو داخلي وما هو دولي في المجال التعاقدي حيث يقف موقفا وسطا بين الأخذ بمبدأ سلطان الإرادة والتقييم المتشدد لهذا المبدأ، إذ يسمح هذا النظام للإرادة العقدية بلعب دور مهم في ترتيب المراكز العقدية في مختلف مراحل التعاقد، إذ ليس هناك ما ينع المتعاقدين من إدراج شرط تعديل لالتزاماتهم سب ظروف اقتصادية، والذي يسمى عادة بشرط إعادة التفاوض في العقود الدولية الثقيلة والطويلة الأجل.

إذا ومن خلال إعمال شرط إعادة التفاوض، يقع على عاتق المتعاقدين المتفاوضين مبدأ إعادة التفاوض من خلال الالتزام المتفاوض بحسن النية والالتزام بكل ما يتفرع عنه من التزامات أخرى كما سبق دراسة ذلك قبل لجوء المدين لطلب تدخل القاضي في حالة فشل التفاوض.

ثانيا: التطبيقات التشريعية والقضائية لشرط إعادة التفاوض.

1_ في القانون المدني الفرنسي:

إن القانون المدني الفرنسي لا يعترف بنظرية الظروف الطارئة كأصل عام يحكم العقود في إطار القانون المدني، وذلك إعمالا بمبدأ الحرية التعاقدية لكن كل مستتبع *بتردد* فقهي في قبول أو رفض هذه النظرية، وبذلك فإن رفض التعديل القضائي للعقد يبيح للأطراف القدرة على تعديل عقدهم باعتباره وسيلة للتوقع، مما ينتج لهم إدراج شرط ومبدأ إعادة التفاوض ضمن بنود وشروط العقد الجاري التنفيذ.

ونظرا لما تقدم فإن فكرة إعادة التفاوض في ظل القانون المدني الفرنسي لا تجد لها تطبيقا إلا في حالة ورود شرط عقدي يقضي بها، كما أنه يمكن تطبيقها في حالة العقد الإداري كأثر لإعمال نظرية الظروف الطارئة، إذا رأى القاضي الإداري توافر شروط هذه النظرية، حيث تباشر هذه المفاوضات تحت رقابته مما يجعلها أكثر فعالية بتلك التي قد تجري قبل اللجوء إلى القضاء الإداري.

2ـ في القانون المدني الجزائري:

لقد نص القانون المدني الجزائري، على أنه إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها، وترتب على حدوثا أن تنفيذ الالتزام التعاقدي وإن لم يصبح مستحيلا صار مرهقا للمدين بحيث تهدده خسارة

فادحة، جاز للقاضي تبعا للظروف و بعد مراعاة لمصلحة الطرفين أن يرد الالتزام إلى أحد المعقول، ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك [1].

والتطورات الاقتصادية الحالية دفعت جانب من الفقه الجزائري إلى الدعوة إلى تهذيب نص المادة 107 وخاصة فقرتها الثالثة من القانون المدني الجزائري. الخاصة بالظروف الطارئة، من خلال التخفيف من آثار النظام العم التي تتحلى به هذه الفترة الثالثة، وليس من هدفها ولا من بثارها مخالفة نص المادة 106 ق م ج التي تنص على أن العقد شريعة المتعاقدين.

إذن ليس هناك ما يمنع المتعاقدين من إدراج تعديل الالتزامات، لإعادة التوازن العقدي لشروطه وبنوده ومراحله ماليا واقتصاديا، والذي يدعي بشرط وإعادة التفاوض في العقود الدولية طويلة لمدة والمستمرة التنفيذ زمنيا.

وبالمقابل لذلك فإن تبني القانون المدني الجزائري لفكرة إعادة التفاوض كأثر لتأثر التشريعات الداخلية بقواعد التجارة الدولية الناتجة عن المستجدات الاقتصادية، يدفع إلى التساؤل عن مدى قابلية التشريعات الداخلية الأخرى لتبني هذه الفكرة. وهذا ما يدفع القانون الجزائري مواكبة للتغيرات الاقتصادية التي تبنتها الجزائر والتي ما تزال مستمرا على كل المستويات. حيث يشهد القانون الجزائري بخصوص فكرة إعادة التفاوض ازدواجية في التعامل إذ أنه لا وجود لهذا المبدأ أو الفكرة أو الآلية في القانون المدني الجزائري في ظل نظرية الظروف الطارئة التي ذكرها هذا القانون، غير أن الجزائر تلجأ إعادة التفاوض في تعاملاتها التجارية الدولية لتسوية خلافاتها العقدية، كما ورد في القضية التي عرضت أمام غرفة التجارة الدولية (CCI) حيث لجأت الجزائر إلى إعادة التفاوض مع المؤسسة المغربية لحل نزاعهما البترولي [2].

1- هذا ما نصت عليه المادة 107 من ق.م. ج الفقرة الثالثة، الساري المفعول.

2- وهي القضية التي تحمل رقم 3344، والتي سبق ذكرها .

وكذلك الأمر في قضية (ANADARKO) وهي شركة بترولية أمريكية يربطها عقد استغلال بترولي مع شركة "سونطراك"، إذ وبعد فرض الجزائر ضريبة جديدة وهي الضريبة على الأرباح الاستثنائية بموجب الأمر 06- 10 المتعلق بقانون المحروقات، بحيث أصبح يطبق هذا الرسم ابتداء من أول أوت 2006[1]، وعلى إثر الخلاف الذي ثار بين الشركتين بخصوص هذه الضريبة المستحدثة، وبعد جولات أمام التحكيم الدولي، باشر الطرفان مفاوضات جديدة توصلت إلى اتفاق مشترك يقضي بتعديل بعض أجزاء العقد التي يربطها مع التنازل المشترك عن القضية المعروضة أمام التحكيم الدولي.

كما لجأت الحكومة الجزائرية إلى نفس الإجراء ممثلة في وزارة الأشغال العمومية والتي باشرت مفاوضات جديدة مع المجمع الياباني Cojaal، التي يربطها معه عقد إنشاء مقاطع من الطريق السيار، وهذا تفاديا للجوء إلى التحكيم التجاري الدولي.

ومن خلال ذلك يتضح ونلاحظ هذه الازدواجية في التعامل في القانون مع إشكالية تغيرات تنفيذ العقود الدولية التي أصبحت تخضع وبحكم الواقع إلى شرط ومبدأ إعادة التفاوض، وأين تخضع العقود الخاصة الداخلية إلى نظرية الظروف الطارئة، ومن خلال ذلك على المشرع الجزائري مواكبة التطورات والتحولات الاقتصادية التي عرفتها الجزائر حديثا، عليها بالضرورة إتباع ما درجت عليه أكثر القوانين تقديسا لمبدأ القوة الملزمة للعقد، وبالتالي يتجسد من خلالها مبدأ أو شرط إعادة التفاوض، وهذا ما ينبؤ بأن تتبعه في ذلك التشريعات الأخرى في هذا الأمر، وذلك في إطار تكييف النظم القانونية الداخلية مع قواعد التجارة الدولية لضمان أكثر قدرة تنافسية في جذب الاستثمارات الأجنبية [2].

3ـ التطبيق القضائي لشرط إعادة التفاوض:

منذ بداية تسعينات القرن العشرين (20)، بدأت فكرة إعادة التفاوض تجد تطبيقها القضائي في القضاء الفرنسي، و من أكثر القرارات القضائية أهمية يتمثل في قرار محكمة النقض الفرنسية، والذي يتعلق بعقد ثلاثي الأطراف لمدة 10 سنوات بين بلدية كولوز (Cluse)، وجمعية إقامة العمال الشباب (AFJT)، ومؤسسات واجبات باريسية (LRP)Z، والذي بموجبه تستغل الـLRP محلا كمطعم مقابل بدل إيجار تدفعه الـAFJT ورسم تدفعه لبلدية Cluse، غير أنها قامت بفسخ العقد بصفة انفرادية نتيجة استحالة تنفيذ العقد اقتصاديا، حيث قضت محكمة النقض الفرنسية برفض الطعن المقدم من LRP أين استندت إلى الاختلال المالي للعقد منذ الاستئناف، وذلك على أساس أن LRP استندت إلى الاختلال المالي للعقد منذ إبرام العقد، وليس على أساس الرفض غير المبرر للمتعاقدين معها للأخذ بعين الاعتبار تغير غير متوقع للظروف الاقتصادية أو رفضهم لإعادة التفاوض بشأن آليات تعديل عقدهم مراعاة لالتزاماتهم بالتفاوض والتنفيذ بحسن نية، وبذلك تتجلى أهمية هذا القرار ليس فقط باعترافه بأن رفض المتعاقد لإعادة التفاوض يقيم مسؤولية القانونية، بل من خلال ذلك تحديد نطاقه لإعادة التفاوض يقيم مسؤوليته القانونية، بل من خلال ذلك تحديد نطاقه لإعادة التفاوض بالأحداث غير المتوقعة التي تحدث بعد إبرام العقد، والتي تؤدي إلى تنفيذ مرهق للعقد لأحد أطرافه، وهذا ما أكدته كذلك محكمة النقض الفرنسية في قرار لها حديثا لها.

وتبعا لذلك يتضح أن القضاء قد سبق المشرع، في الاعتراف بفكرة إعادة التفاوض في حل مشكلة تغير ظروف تنفيذ العقد بربطها بمبدأ التضامن، ومبدأ حسن النية في التعامل، كما أخذ في التوسع في أخذ فكرة إعادة التفاوض، بداية من الاعتراف بها، وصولا إلى تحديد نطاقها، وإن كانت هذه الفكرة لا تعتبر مبدأ عاما لحكم مسألة الظروف غير المتوقعة عند تنفيذ العقد.

المطلب الثاني: التنفيذ العيني والتنفيذ بطريق التعويض في مرحلة التفاوض على العقد

1- و هو ما نصت عليه المادة 101 مكرر من القانون 06-10 المتعلق بقانون المحروقات المقرر في:2006/06/24.

[2] – قرار لمحكمة النقض الفرنسية الصادر في 29 جوان 2010.

متى وجد اتفاق التفاوض صحيحا، أو ما يسمى بعقد التفاوض، وجب على طرفيه تنفيذ الالتزامات الناشئة عنه، فإذا لم يقم أحد المتعاقدين بتنفيذ التزامه ولم يكن عدم التنيذ راجعا إلى سبب أجنبي، قامت مسؤولية العقدية، وتقتضي أحكام هذه المسؤولية بأن ينفذ كل متعاقد ما التزم به عينا، فإذا كان التنفيذ العيني ممكنا وطلبه الدائن أجبر الدائن عليه.

أما إذا كان التنفيذ العيني غير ممكن أو كان ممكنا ولكن لم يطلبه الدائن ولم يعارضه المدين، فلا يكون أمام القاضي سوى أن يحكم بالتعويض عن عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عن العقد، وإذا قام الالتزام سواء أكان عقديا أم تقصيريا فليس له أثر واحد وهو وجوب تنفيذه ولو جبرا ن المدين، فيلتزم المدين بأن ينفذ عين ما التزم به، أو بمقابل أي عن طريق التعويض.

أما التعويض فهو الأثر الجوهري المترتب على قيام المسؤولية المدنية لجبر ما لحق بالمضرور من أضرار مادية أو معنوية أو هما معا، حيث أن التنفيذ العيني هو الأصل في المسؤولية العقدية، والتنفيذ بمقابل أي عن طريق التعويض المالي هو القاعدة العامة في المسؤولية التقصيرية.

وسندرس في الفرع الأول التنفيذ العيني، و في الفرع الثاني التنفيذ بمقابل أو عن طريق التعويض في مرحلة التفاوض على العقد، كما أننا سوف نتطرق في الفرع الثالث إلى موضوع مسؤولية الغير عن إفساد المفاوضات من خلال هذا المطلب.

الفرع الأول: التنفيذ العيني في مرحلة التفاوض على التعاقد.

يعد التنفيذ العيني لعين ما التزم به المدين في مواجهة الدائن الوسيلة الأصلية في الوفاء بالالتزام، وقد نص القانون المدني الجزائري صراحة على أن يجبر المدين على تنفيذ التزامه بعد إعذاره تنفيذا عينيا، إذا ما نكل على التنفيذ اختيارا، وكان هذا التنفيذ ممكنا وغير مرهق.

إذا لم يقم المتفاوض بتنفيذ التزامه بالتفاوض اختيارا، بأن رفض الدخول في التفاوض أو الاستمرار فيه بالرغم من إعذاره، هنا هل يجوز للمتفاوض الآخر أن يلجأ إلى القضاء طالبا الحكم بإجباره على الدخول في التفاوض أو الاستمرار فيه؟ أي هل يجوز إجبار المتفاوض على تنفيذ التزامه بالتفاوض تنفيذا عينيا.

وهذا ما نعمل على الإجابة عليه من خلال هذا الفرع الذي تناولناه من خلال ثلاث نقط، الأولى وضعناها بعنوان: المقصود بالتنفيذ العيني، أما الثانية فوضعنا له عنوان مدى جواز إجبار المدين على التنفيذ العيني، أما الثالثة و الأخيرة وضعناها تحت عنوان تطبيقات قضائية فيما يخص إجبار المدين على التفاوض على العقد، وهذا على النحو الذي سيأتي بيانه من خلال ما يلي:

أولا: المقصود بالتنفيذ العيني في مرحلة التفاوض على العقد.

يقصد بالتنفيذ العيني أن يقوم المدين بأداء عين ما التزم به غلى الدائن، والأصل في تنفيذ الالتزام أن يكون عينيا، فإذا ما نكل المدين على التنفيذ العيني طواعية واختيارا، جاز للدائن أن يجبره على ذلك عن طريق القضاء، شريطة على أن يكون هذا التنفيذ ممكنا وغير مرهق للمدين، وقد نص القانون المدني الجزائري على أن يجبر المدين بعد إعذاره على تنفيذ التزامه تنفيذا عينيا متى كان ذلك ممكنا[1].

إذا كان التنفيذ العيني هو الأصل في القانون المدني الجزائري ، وفقا للمادة السابق ذكرها وما يليها، غذ يجب الأخذ به كلما أمكن ذلك، بقصد إعادة الأطراف إلى الحالة التي كانوا عليها قبل حصول الفعل الضار المتمثل في قطع المفاوضات، فإن الفقه في مجموعة ذهب إلى استبعاد التنفيذ العيني في مجال التفاوض، وذلك لأن الأخذ به يعني الزام الأطراف بمتابعة المفاوضات وصول غلى إبرام وتحقيق العقد النهائي بالقوة والإجبار، خلافا لأحد الأطراف على الأقل، وهو ما يتعارض مع مبدأ الحرية التعاقدية [2].

إن تنفيذ الالتزام بالتفاوض تنفيذا عينيا يقتضي تدخل المتفاوض المدين شخصيا والأصل أنه يرفض تماما الدخول في التفاوض أو الاستمرار فيه، فإذا اجبر على ذلك كان في هذا الإجبار مساسا بحريته الشخصية، لهذا لا يجوز إجبار المتفاوض على بدأ أو مواصلة التفاوض، مثلما أنه لا يجوز إجبار الرسام على رسم لوحة وعد بها، وإلا كان في ذلك مصادرة لحريته، وفضلا عن ذلك فإن الإجبار يكون غير مجد في مجال التفاوض وذلك لأن التفاوض بطبيعته يحتاج إلى التعاون الحقيقي بين الطرفين، ولا يتصور أي تعاون من شخص أكره على التفاوض رغم أنفه، ولذا فإن التفاوض في هذا المناخ لا يثمر عقدا، بل سيكون مصيره الفشل لا محالة.

1- هذا ما نصت عليه المادة 164 من ق.م. ج الساري المفعول.
2- د/ بلحاج العربي، مشكلات المرحلة السابقة على التعاقد، المرجع السابق، ص200.

إلا أنه إذا كان لا يجوز إجبار المتفاوض بطريق مباشر على الدخول في التفاوض أو الاستمرار فيه، غلا أنه لا يجوز في سبيل حثه على تنفيذ التزامه، أن تستعمل ضده وسيلة الغرامة التهديدية، فيحكم القاضي بإلزامه بدفع مبلغ مالي معين من النقود عن كل مدة زمنية يتأخر فيها عن الدخول في التفاوض أو الاستمرار فيه، غير أنه إذا لم تكن هذه الوسيلة مجدية، فلا مفر ولا مناص من الاكتفاء بالحكم عليه بالتعويض النقدي.

إذا فيما يتعلق بالتنفيذ العيني في هذا الموضوع، فلا يتصور الإجبار عليه في حالة الالتزام بالتفاوض لأن الأمر يتعلق بحرية المدين الشخصية على نحو لا يتصور معه الإجبار عليه لأن في ذلك مصادرة لهذه الحرية الشخصية، بعبارة أخرى التنفيذ العيني يفترض من إرادة المدين بالتفاوض بحسن نية لا يمكن تحصيلها عن طريق الإجبار، لذلك يذهب الفقه إلى أن الجزاء الوحيد المتصور في حالة الإخلال بالالتزام بالتفاوض هو المطالبة بالتعويض ولا شك في صحة هذه النتيجة كلما تعلق الأمر بالتفاوض، الذي يستهدف إقامة علاقة تعاقدية غير قائمة بالفعل بين الطرفين، ففي هذه الحالة ليس للتنفيذ العيني من معنى سوى إقامة

العلاقة محل التفاوض رغما عن إرادة طرفيهما جاعلا كل من مبدأ الرضائية، ومبدأ الحرية التعاقدية في مهب الريح.

هذا فيما يخص التفاوض الذي يهدف أطرافه من ورائه إلى إقامة رابطة تعاقدية غير قائمة بالفعل فيما بينهم، لكن قد يتعلق التفاوض بعلاقة عقدية ناشئة من عقد مبرم بالفعل بين الطرفين، ومستندة إلى شروط العقد نفسه، أي ما يعرف كما أسلفنا بشرط إعادة التفاوض كما يكون الحال عندما يكون الطرفان قد احتفظا عند التعاقد ببعض العناصر الثانوية لاتفاق لاحق يتم التفاوض عليه بين الطرفين، وكما هو الحال في احتفاظ أحد طرفيه بحقه في المطالبة بتعديل أحد عناصر العقد الأساسية كالثمن مثلا إذا ما تحققت شروط معينة، ونفس الأمر عند الاتفاق على التفاوض لتحديد العقد متى انتهت مدته، في هذه الحالة لا يكون هناك ما يمنع من التنفيذ العيني من خلاله الالتجاء إلى القاضي للفصل في النزاع حول العناصر التبعية أو على التعديل، على التجديد الذي يكون محلا للالتزام بالتفاوض الذي حصل الإخلال به، يستعين القاضي في ذلك بطبيعة **المعاملة والعرف والعدالة**.

وإذا كان لا يجوز للقاضي أن يجبر المتفاوض على الدخول في التفاوض أو الاستمرار فيه فلا يجوز له من باب أولى أن يجبره على التعاقد، أي لا يجوز له أن يحل إرادته محل إرادة المتفاوض الرافض للاستمرار في التفاوض، ويقضي باعتبار العقد المتفاوض عليه قائما على سبيل التعويض العيني، وهذا ما يسلم به جمهور الفقهاء، ولم يجحده القضاء.

ثانيا: مدى إجبار المدين على التنفيذ العيني.

إذا قلنا أنه إذا قامت مسؤولية المتفاوض العقدية عن إخلاله بالتزامه بالتفاوض فإن القاضي لا يستطيع أن يجبره على التفاوض، كما أنه لا يمكنه أن يجبره على إبرام العقد النهائي المتفاوض عليه،

وإنما يتعين عليه أن يحكم عليه بالتعويض النقدي فحسب، ومن يفرض عليه ذلك رغم إرادته لا يرجى منه أن يتعاون أثناء التفاوض وأثناء تنفيذ العقد، الأمر الذي يفتح باب النزاع والشقاق بين الطرفين في **المستقبل**.

إن العرض بالدخول في المفاوضات العقدية لا يشكل عرضا ملزما، **كما أن المعالم العقد محل** التفاوض أي عناصره الجوهرية أو مسائله الأساسية ما زالت غير محددة ولا مضمونة فلا يستطيع القاضي أن يحل محل أحد الأطراف في إكمال المفاوضات وبناء العقد النهائي بكل مسائله الأساسية، وعلى هذا الأساس فإن محل الالتزام الذي لم ينفذ هنا، هو التفاوض وليس التعاقد، لأن هذا الأخير يحتاج على الأقل لاتفاق على العناصر الجوهرية[1] .

وبذلك فإن التنفيذ العيني أمر مستبعد في مرحلة المفاوضات والمشكلة قد تثور حول ضياع فرصة حقيقية للتعاقد، وفي العقد نفسه، وهذا ما لم يجد القاضي بداية عقد غير كامل يحتاج إلى تكميل وتنظيم وفقا للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام، وقد حكمت المحكمة العليا في قرار حديث من أن تصرف

الواعد في العقار الموعود به، وانتقال ملكيته إلى الغير عن طريق شهر هذا التصرف في المحافظة العقارية، لا يبقى للموعود به سوى دعوى الرجوع على الواعد بالتعويض3 استنادا لنصوص وقواعد القانون المدني الجزائري.[2]

ثالثا: تطبيقات قضائية فيما يخص إجبار المدين على التفاوض على العقد.

ثمة حكم صادر عن محكمة إستئناف باريس، قضى بالإجبار على التفاوض، وهذا ما جعل البعض يستند إليه من الفقه، للقول بإمكانية إجبار المتفاوض على تنفيذ إلتزامه بالتفاوض تنفيذا عينيا إذا ما قدر القاضي ذلك. [3]

و تتعلق وقائع الحكم بعقد توريد كمية من زيت المازون، بين شركة EDF وشركة "شل" الفرنسيتينن وقد كان العقد يتضمن بند يلزم الطرفين بإعادة التفاوض حول الثمن، حيث إرتفعت أسعار البترول و كان لا بد من من التفاوض حول تعديل الثمن، وهذا ما حدث فعلا و لكن التفاوض باء بالفشل، و برفع الوقائع أمام محكمة إستئناف باريس قضت المحكمة قبل الفصل في الموضوع، بإلزام الطرفين بالتفاوض للتوصل إلى إتفاق، و للمحكمة أن تقضي على ضوء المفاوضات و الحلول المقترحة، إما بتعديل العقد أو أو إبطاله.

الفرع الثاني: التنفيذ بمقابل أو عن طريق التعويض في مرحلة التفاوض على العقد.

سنتطرق من خلال هذا الفرع، المقصود بالتعويض بمقابل في مرحلة التفاوض على العقد، وشروط التعويض بمقابل و الأضرار التي يعوض عنها في مرحلة التفاوض على العقد، و هذا على النحول الذي سيأتي بيانه.

أولا: المقصود بالتنفيذ بمقابل في مرحلة التفاوض على العقد.

التعويض بمقابل أو ما يسمى بالتنفيذ غير المباشر أو يسمى الإلتزام بمقابل، و في القانون المدني الجزائري يسميه التنفيذ بطريق التعويض، و هو أنه إذا إستحال على المدين أن ينفذ الإلتزام عينا حكم عليه بتعويض الضرر الناجم عن عدم تنفيذ الإلتزام، ما لم يثبت أن إستحالة التنفيذ نشأت عن سبب لا يد له فيه، و يكون الحكم كذلك يتأخر المدين في تنفيذ إلتزامه، و إذا لم يكن التعويض مقدرا بالعقد أو في القانون، فالقاضي هو الذي قدره وفقا لما لحق المضرور من خسارة و ما فاته من كسب، بشرط أن يكون هذا نتيجة

1- هذا ما نصت عليه المادة 65 من ق.م. ج الساري المفعول.
2- د/بلحاج العربي، مشكلات المرحلة السابقة على التعاقد، المرجع السابق، ص202 وما قبلها.
3- هذا ما نصت عليه المادة 182 مكرر من ل ق.م.ج الساري المفعول.

طبيعة لعدم الوفاء بالإلتزام، أو للتأخر في الوفاء به، و يعتبر الضرر نتيجة طبيعية إذا لم يكن في إستطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول[1].

أما بالنسبة للضرر المعنوي فهو يشمل التعويض عن الضرر المعنوي، و هو كل مساس بالحرية أو الشرف أو السمعـة[2].

ثانيا: الأضرار التي يعوض عنها في مرحلة التفاوض على العقد.

في حقيقة الأمر فإن الأضرار التي تقع، و التي يمكن المطالبة بالتعويض عنها في مرحلة التفاوض لا تدخل تحت حضر، إذ من خلال ذلك سنقتصر فيما يلي على أهم هذه الأضرار:

01 ضياع الوقت.

ضياع الوقت في مرحلة التفاوض على العقد من الأضرار المتوقعة، لذا يستحسن التعويض عليه.

02 نفقات التفاوض.

يعود تحديد مقدارها لقضاة الموضوع، فهي تشمل كافة النفقات و المصاريف التي تكبدها المتفاوض المضرور في سبيل التفاوض، و الإعداد للعقد و الدراسات الفنية، و تقارير الخبراء، و السفر، و الإقامة و الإتصالات، و ضياع الوقت، بالإضافة إلى الأضرار الناشئة عن إفشاء معلومات و بيانات عن إستعمال مهارات المساس بالسمعة التجارية، و النيل من مصداقية المضرور[1].

03 الفرص الضائعة.

يجوز للدائن الحصول على التعويض عن الفرص التي ضاعت منه لإبرام عقود أخرى محل العقد الذي لم يحصل عليه، و ذلك إذا ما أثبت ضياع هذه الفرص و عدم تسببه كليا أو جزئيا في ضياعها بخطأ منه.

04 تفويت فرصة إبرام العقد محل التفاوض.

---

[1]- هذا نص المادة 182 مكرر من ل ق م.ج الساري المفعول هذه المادة مضافة بالقانون رقم 10/05 المؤرخ في:2005/06/20 المعدل والمتمم للقانون المدني الجزائري.

1- د/ بلحاج العربي، مشكلات المرحلة السابقة على التعاقد، المرجع السابق، ص 204.

إن الهدف الأساسي لعملية التفاوض هو إبرام العقد النهائي المنشود من كلى الطرفين، و قد يكون خلال التفاوض مسلك أحد المتفاوضين خاطئا، مما يؤدي إلى فشل التفاوض و بالتالي فقدان الأمر في إنعقاد العقد الذي قامت من أجله المفاوضات.

05 تفويت فرصة إبرام عقد بديل مع الغير.

يجوز للطرف المتضرر الذي يستعمل حقه في إنهاء المفاوضات أن يطلب تعويضات عن ضياع فرصة إبرام عقد بديل عن العقد الذي فشل في إبرامه بسبب خطأ الطرف الآخر.

06 المساس بالسمعة التجارية.

يعد المساس بالسمعة التجارية للمتفاوض التاجر، نتيجة لقطع التفاوض معه بدون سبب معقول، من قبيل الضرر الأدبي الذي يجب جبره.

07 عدم تنفيذ عقود أخرى أبرمت مع الغير إستنادا إلى مشروع العقد المتفاوض عليه.

إذا قام المتفاوض أثناء سير المفاوضات بإبرام عقود معينة مع الغير كإبرام عقد قرض لتمويل مشروع المشروع المتفاوض عليه أو عقد تأمين عليه..... **إلخ، فإذا ما فشل التفاوض على العقد الأصلي فإن ذلك** يؤدي لا محالة إلى عم تنفيذ هذه العقود التكميلية أو المساعدة، و الراجح هنا أنه يجب التفرقة بين فرضيتين:

الفرضية الأولى: أن يكون المتفاوض الآخر المسؤول عن فشل المفاوضات عالما بهذه العقود، و لم يعترض عليها، أو أنه هو الذي حث المتفاوض المضرور على إبرامها مطمئنا إياه بأن العقد المتفاوض عليه على وشك الإنعاقد، ففي هذه الحالة تقضي العدالة بأن يكون هذا المتفاوض المسؤول ملتزما بدفع التعويضات المستحقة على المتفاوض المتضرر إتجاه الغير.

الفرضية الثانية: أن المتفاوض الآخر المسؤول عن فشل المفاوضات غير عالم بهذه العقود، أو كان علما بها، لكنه إعترض على إبرامها، ففي هذه الحالة و طبقا لقواعد العدالة كذلك فإن هذا المتفاوض لا يكون مسؤولا عن التعويضات المستحقة على المتفاوض المتضرر إتجاه الغير[1].

ثالثا: التعويض بمقابل في مرحلة التفاوض على العقد.

إذا أثبت خطأ التفاوض و ترتب على ذلك ضرر، كان للمضرور الحق في إثبات ذلك و المطالبة بالتعويض، و يشمل نطاق التعويض عن الضرر، الأضرار المادية و الأدبية التي **لحقت بالطرف الآخر، و** الذي أحدث الإخلال بإلتزامات التفاوض في مواجهته، حسب قواعد المسئولية عن الإخلال بالإلتزامات **الناشئة عن العقد**.

الفرع الثالث: مسؤولية الغير عن إفساد المفاوضات العقدية.

[1]- وهذا ما نصت عليه المادة 124 وما بعدها من الق م.ج **للساري المفعول**.

2- قضية مشهورة نقلا عن د/ عبد الكريم عبد اللاه، التفاوض على العقد، المرجع السابق، ص 651 و ما بعدها.

سندرس هذا الموضوع من خلال جانبين، الجانب الأول بمدى تدخل الغير لإفساد المفاوضات العقدية، أما الثاني فتطبيقات قضائية حول تدخل الغير لإفساد المفاوضات العقدية.

أولا: مدى تدخل الغير لإفساد المفاوضات العقدية.

إذا تسبب الغير بفعلته في فشل المفاوضات المتقدمة بدون وجه حق، و ضيع على المتفاوض صاحب المصلحة فرصة حقيقية و جادة في إبرام العقد المتفاوض عليه، لذا فإن هذا الغير يلتزم ـ العمل غير المشروع الذي يقيم المسئولية التقصيرية ـ بتعويض المتفاوض المضرور عن تفويت تلك الفرصة عليه، و عن باقي الأضرار المادية و الأدبية التي ألمت به من جراء فعلته الضارة هذه.

ثانيا: تطبيقات قضائية حول تدخل الغير لإفساد المفاوضات العقدية.

سنتعرف في هذا الشأن على أهم تطبيق قضائي و هو الخاص بقضية ـ تكساكو و بنزويل الأمريكية، حيث تعد هذه القضية من أهم القضايا التي ثارت في هذا الصدد التعويض في تاريخ القضاء الأمريكي.[2].

حيث و في 14 نوفمبر 1985 بمدينة هوستن بولاية تكساس أصدر القاضي **CASSEB**[1] حكمه التاريخي بإلزام شركة "تكساكو" بتعويض شركة "بنزويل" بمبلغ إجمالي قدره 11 مليار دولار، منها 33،7 مليار دولار على سبيل التعويض عن تدخل شركة تكساكو الغير مشروع الذي أفسد الصفقة و ثلاثة مليارات دولار كتعويض عن إخلال شركة جيتي بالإتفاق التمهيدي الذي تم بينهما و بين شركة فنزويل قبل تدخل شركة تكساكو، و إلتزام شركة "تكساكو" بهذا الشق الأخير من التعويض بصفتها المسؤولة قانونا، بمحض رضائها عن الصفقة في مواجهة الغير، كونه يعد عملا غير مشروع يقيم مسؤوليتها التقصيرية.

وتتمثل وقائع القضية في تقدم شركة بنزويل في 1983/12/28 بعرض إلى شركة جيتي لشراء أسهما بسعر 100 دولار للسهم الواحد، فوافقت شركة جيتي على الصفقة من حيث المبدأ، حيث جرت بين الطرفين مفاوضات في هذا الشأن توصلا من خلالها إلى رفع سعر السهم إلى 110 دولار أمريكي وحررا بذلك مذكرة اتفاق، وتم التوقيع عليها من كلا الطرفين في: 1984/01/02 شريطة أن يتم التصديق عليها من مجلس إدارة شركة جيتي، وفي 1984/01/03 وبعد مناقشات طويلة أثارت اعتراض أحد أعضاء

المجلس على السعر المقدم من المشتري، اعتمد مجلس الإدارة مشروع عقد بيع شركة جيتي إلى شركة بنزويل بسعر 115 دولار للسهم، على ان تلتزم شركة بنزويل بتعويض من سيخرج من أعضاء المجلس مستقبلا، بعد تغير نسبة الأغلبية في المجلس ، بتعويض يطلق عليه – مظلة الهبوط الذهبية - وفي اليوم الموالي تم الإعلان في الصحف عن توصل الطرفين إلى اتفاق مبدئي حول الصفقة.

ولكن في 1984/01/05 وبينما كان محاموا الطرفين عاكفين على صياغة العقد النهائي تدخلت شركة تكساسو متعددة الجنسيات في الصفقة، وأجرت مفاوضات سرية سريعة مع شركة جيتي من أجل شراء أسهمها بدلا من شركة بنزويل وعرضت مبلغ 128 دولار للسهم الواحد، حيث أسفرت هاته المفاوضات عن توقيع خطاب نوايا بين الطرفين في: 1984/01/06 تضمن الإتفاق شراء شركة تكساسو لشرطة جيتي بقيمة إجمالية للصفقة مقدارها عشر مليارات دولار، وقد اعتد مجلس إدارة جيتي عقد البيع النهائي بالإجماع على أن تكون شركة تكساسو بموجب بند في العقد هي المسؤولة الوحيدة عن هذه الصفقة في مواجهة الغير .

[1]- إن هذا القاضي تم تعينه لخلافة قاضي أخر هو A.FARRIS ، الذي استقال لأسباب صحية بعد أن تابع كل إجراءات المحاكمة، والذي إتهم فيه بعد تلقية رشوى من شركة بنزويل من أجل إعادة إنتخابه، أنظر الدكتور/ عبد الكريم عبد الله، التفاوض على العقد، المرج السابق، ص 665.

وعلى إثر ذلك قامت شركة بنزويل في 1984/01/10 برفع دعوى قضائية على شركة تكساسو أمام محكمة هوستن الإبتدائية، وذلك للمطالبة بالتعويض عن الضرر الذي أصابها من جراء تدخل الأخيرة، بشكل غير مشروع في مفاوضات شبه ناجحة التي كانمت تجري بينهما وبين شركة جيتي، والذي أدى إلى فشلها وضياع الصفقة منها .

وقد أصدر القاضي Casseb حكمه التاريخي بإلزام شركة تكساسو بتعويض شركة بنزويل مكبلغ إجمالي قدره 11 مليار دولار، منها 7.33 مليار دولار على سبيل التعويض عن تدخل شركة تكساسو غير المشروع الذي أفسد الصفقة، وثلاث مليارات كتعويض عن إخلال شركة جيتي بالإتفاق التمهيدي الذي تم بينهما وبين شركة بنزويل قبل تدخل شركة تكساسو، والتزام شركة تكساسو بهذا الشق الأخير من التعويض بصفتها المسؤولة قانونا، بمحض إرادتها عن الصفة في مواجهة الغير .

وقد اعتبرت المحكمة ان شركة تكساسو مسؤولة عن التعويض في شقيه مسؤولية تقصيرية، فقد رأت ان هذه الشركة تعد مسؤولة عن الشق الأول من التعويض مسؤولية تقصيرية، وهذا أمر بديهي باعتبار تدخلها في المفاوضات شبه الناجحة بين شركتي جيتي وبنزويل وإفسادها على هـاته الأخـيـرة يعد عملا غير مشروع يقيم مسؤوليتها التقصيرية، أما عن الشق الثاني من التعويض فقد اعتبرت المحكمة أن شركة تكساسو تكون مسؤولة عنه مسؤولية تقصيرية كذلك، فبالرغم من اعتراف المحكمة بأن الإتفاق المبدئي المبرم بين شركتي جيتي وبنزويل يعتبر عقدا ملزما لطرفيه والواقعه أن هذا الموقف لا يخلو من النقد، إذ مـــادام أن المحكمة تعترف بالقيمة العقدية للإتفاق المبدئي فكان يتعين عليها أن تعتبر المسؤولية فيما يتعلق بالشق الثاني من التعويض مسؤولية عقدية، فإذا كان المنطق يحتم أن تكون شركة تكساسو مسؤولة عن إفسادها المفاوضات مسؤولية تقصيرية باعتبارها من الغير، فإن ذات المنطق يقضي بأتن تكون شركة جيتي مسؤولة اتجاه شركة بنزويل مسؤولية عقدية، وذلك لإخلالها بالإتفاق المبدئي الذي أبرمته معها من قبل.

تم استئناف هذا الحكم أمام محجكمة استئناف تكساس، ولكن المحكمة أيدت الحكم، مع تخفيض مبلغ التعويض في شقه الثاني إلى مليار دولار من ثلاث مليارات .

وقد توالت الطعون على هذا الحكم حتى وصل إلى المحكمة الفدرالية العليا للولايات المتحدة الأمريكية وقد أصدرت هاته الأخيرة حكمها في: 1987/04/06 بعدم اختصاصها بنظر الدعوى، وذلك لكونها من المنازعات الداخلية لولاية تكساس، مما مؤداه أن محاكم تكساس هي التي تختص بنظر تلك الدعوى، ولكن المحكمة الفدرالية العليا طرحت على شركة تكساسو خيارين هما:

1- أن تتفاوض مع شركة بنزويل من أجل التوصل إلى حل ودي للنزاع .
2- أن تطلب شهر إفلاسها، مع استفادتها من الحماية القانونية المقررة في الفصل الحادي عشر من قانون الإفلاس الفيدرالي .

وبناءا على ذلك عرضت شركة تكساسو التصالح مقابل دفع مليارين من الدولارات ولكن شركة بنزويل أصرت على دفع أربعة مليارات كحد أدنى.

من خلال ذلك ساء الوضع المالي لشركة تكساسو، مما اظطرها إلى إيداع شهر إفلاسها أمام المحكمة الفدرالية لولاية نيويورك ، المقر الرئيسي لشركة تكساسو وفي نفس الوقت كان قد تم الطعن في حكم القاضي Casseb أمام المحكمة العليا بولاية تكساس، وقد أصدرت المحكمة حكمها في 1987/11/02 بتأييد الحكم.

وفي ظل هذه الظروف أيقن الطرفان أنه لامناص من قبول الحل الودي، وبالفعل قبلت شركة بنزويل أن تتصالح تكساسو، مقابل أن تدفع هذه الأخيرة مبلغ ملياري دولار، وفي 1987/12/21 وقع الطرفان على اتفاق الصلح النهائي، وبذلك أسدل الستار على معركة قانونية استمرت ثلاث سنوات.

الفصل الثاني: الجانب التطبيقي للتفاوض.

ما تتطلبه المفاوضات على العقد المنشود والتي تهدف الأساسي منها هو التوصل إلى صياغة مشتركة لمشروع العقد، هو قيام الطرفين بالتشاور والتباحث و تحضير الدراسات والمقترحات والعروض وان استدعي الأمر التنازلات.

وتمر عملية التفاوض على العقود و خاصة منها الهامة على العموم بثلاثة مراحل أساسية وهي مرحلة انعقاد التفاوض، ثم مرحلة سير العملية التفاوضية، وفي الأخير مرحلة انتهاء التفاوض على العقد.

فالتفاوض يبدأ بمرحلة إنعقاده أو ما يعرف بمرحلة الاتفاق و الدخول في التفاوض بعد الاتصال بين الطرفين، ثم يلتقي الطرفان و يعبران عن إرادتهما المتبادلة في الدخول في عملية التفاوض بشأن العقد المراد إبرامه مستقبلا، ثم تأتي مرحلة سير المفاوضات أين يتم فيها تبادل الاقتراحات والمشاورات و المناقشات و إن استدعي الأمر التنازلات بهدف الوصول إلى تحديد شروط وبنود ومراحل العقد، ثم تأتي بعد ذلك آخر مرحلة لعملية التفاوض والتي تتوج إما بالنجاح أو الفشل.

خلال كل هذه المراحل تنشأ التزامات قبل أو خلال أو حتى بعد التفاوض على العقد و ما يتم قبلها أو خلالها من اتفاقات تنظم موضوع العملية التفاوضية بشكل مرحلي.

وقد يحدث خلال مرحلة التفاوض على العقد مشكلات قد تؤدي إلى توقف التفاوض أو انقطاعه بشكل مؤقت أو نهائي بسبب مبرر أو بدون سبب و ما ينجر عن ذلك من مسؤوليات و آثار مختلفة، و ما يترتب عن ذلك من تعويض للطرف المتضرر.

إلى جانب عدم إغفال مبدأ لا يقل أهمية عن عملية التفاوض ألا وهو مبدأ إعادة التفاوض الذي يتم إعماله بعد إبرام العقد أثناء تنفيذ مراحله و شروطه، و إذا صادف أن تخللها حادث غير متوقع أدى إلى عدم توازن شروط و مراحل العقد خاصة من الناحية المالية، أين يتم من خلال هذا المبدأ إعادة التوازن المطلوب لبنود وشروط ومراحل العقد المختلة.

من خلال كل ما سبق ذكره، نعرض في هذا الفصل لكل ذلك، من خلال مبحثين أساسيين، سندرس في الأول انعقاد و سير مرحلة التفاوض على العقد، أما المبحث الثاني نخصصه لدراسة مسألة التنفيذ و مبدأ إعادة التفاوض.

المبحث الأول: انعقاد و سير مرحلة التفاوض على التعاقد.

إن الاتفاق على التفاوض على العقد يتم دائما باتفاق الطرفين، صراحة أو ضمنيا على الدخول في التفاوض، ومن ثم فإن التفاوض ينعقد بين أطرافه عملا بانعقاد هذا الإتفاق ويتم الإتفاق على التفاوض بتبادل ايجاب وقبول متطابقين وذلك بتوجيه دعوة من أحد الطرفين بالدخول في التفاوض هي بمثابة ايجاب ومتى قابلها قبول مطابق من الطرف الاخر انعقد التفاوض بينهما .

بعد انعقاد اتفاق التفاوض يدخل الطرفان في عملية التفاوض بكل ما تحمله من اتفاقات تنازلات واقتراحات حتى يصل الطرفان الى ابرام العقد النهائي، ولهذا سنتطرق في هذا المبحث لموضوع التحضير والدعوة الى التفاوض على العقد كمطلب اول ثم ندرس في المطلب الثاني سير عملية

التفاوض، ثم إنتهاء مرحلة التفاوض كمطلب ثالث و موضوع القطع التعسفي لمرحلة التفاوض على العقد كآخر مطلب من هذا المبحث.

المطلب الأول: التحضير والدعوة الى التفاوض على العقد المنشود.

قمنا بتقسيم هذا المطلب الى ثلاثة فروع ، خصصنا الاول لموضوع التحضير للتفاوض على العقد اما الفرع الثاني فخصصناه لموضوع الدعوة الى التفاوض او الايجاب بالتفاوض اما الفرع الثالث فندرس من خلاله موضوع القبول بالتفاوض على العقد .

الفرع الأول : التحضير للتفاوض على العقد:

ان ابرام عقد من العقود خاصة المركبة والهامة اقتصاديا يحتاج الى مرحلة تسبق ابرامه وهذه المرحلة من المفاوضات تحتاج هي الاخرى الى مرحلة التحضير الجيد في جوانب سواء كانت مالية او قانونية او فنية او عملية .....إلخ، لذلك سنتناول في هذا الفرع، من خلال ثلاثة نقاط أولها هو التحضير لعملية التفاوض على العقد، أما الثانية فسنفردها لمسألة البحث عن الطرق الأخرى للتفاوض أما في الثالثة فسنتطرق لمسألة الدراسات التمهيدية المجهزة لعملية التفاوض.

أولا :التحضير لعملية التفاوض على العقد.

غالبا ما تكون المفاوضات على العقد مسبوقة بالتدابير المالية المتعلقة بالاجتماعات ومكان إجرائها وماتتطلبه هذه المفاوضات من نفقات مالية على مختلف المستويات من حيث التمويل مشروع العقد والضمانات المختلفة المتعلقة به.[1]

---

[1]- د/ عمر سعد الله، قانون التجارة الدولية، دار هومة للطباعة والنشر، الجزائر، 2007 ،ص 163.

إن التحضير للمفاوضات خاصة في شان الأعمال الدولية تأخذ مكانة بارزة نظرا لتوسع وتعتقد بعض العمليات التي تحيط بها، خاصة اذا تعلق الامر بنقل التكنولوجيات والمعارف والمواد الاستراتجية وتحتاج المفاوضات في ادارتها الى تحضيرات عديدة، فيتم التحضير لعملية التفاوض على الاقل بالأخذ بعين الاعتبار عدة عوامل، منها بيئة المفاوضات والتي تشمل المكان والزمان، المحيط والتي تكون بعض الاحيان اجنبية على احد الأطراف أو عليهما معا، فالمسائل التي يجب أخذهما بعين الاعتبار والتحضير لها قبل الدخول في عملية التفاوض هو عامل الزمن وهذا للإرساء الخطوط الرئيسية ووضع المبادئ العامة وتدقيق التفاصيل الفنية، والتحضير مسبقا كذلك على استخدام لغة معينة سواء بالتحكم فيها أو من خلال اللجوء إلى خدمات المترجم ، ومن العوامل التي يأخذ بها كذلك في التحضير لعملية التفاوض والتي من شانها تذليل العقبات والصعاب التي يمكن أن تتعرض السير الحسن لمرحلة التفاوض، نجد ضرورة التعرض على كل الإجراءات الإدارية للبلد

المضيف ، كما يجب ان يكون المفاوض يتمتع بتكوين خاص بمبادئ وأخلاقيات المهنة وسلوك المهنيين، من حيث التصرف بصدق وحسن نية وما يتفرغ عنه من التزامات وحقوق.[1]

ثانيا : الدراسات التمهيدية لعملية التفاوض .

قبل أن يتخذ صاحب المشروع قرار بالتفاوض على العقد يكون من الواجب له القيام بإجراء دراسة تمهيدية عن هذا المشروع المزمع تنفيذه، وبطلق على هذه الدراسة عمليا أسماء عديدة منها – دراسة الجدوى ـ الدراسة التقنية للمشروع- وذلك كونها تكشف عن جدوى المشروع من الناحية الاقتصادية واحتمالات نجاحه أو فشله ، وتكون الدراسة التمهيدية عن المشروع من عدة نواحي منها الجوانب الاقتصادية والتي يتطرق فيها عموما الى دراسة السوق الذي سينفذ موضوع العقد في إطاره وكذا الجوانب الفنية التي تتضمن الموقع، حيث في عقود المنشآت الكبرى غالبا ما تجرى دراسة أولية لحالة الموقع المقترح ومدى صلاحيته من الناحية الجيولوجية وكذا أهم العناصر التي يجب التأكد منها ومن مدى توافرها، وهي الأيدي العاملة وكذا مصادر التمويل، من خلال وضع ميزانية أولية للمشروع على ضوء الإمكانيات المالية المتاحة، إلى جانب وضع دراسة أولية لتقدير مختلف المخاطر المتوقعة بهدف تغطيته بوثيقة تأمين ومدى التكلفة المتوقعة لعملية التأمين وما تحتويه الدراسة التمهيدية من تمديد للإجراءات القانونية والتراخيص الادراية التي يجب الحصول عليها ومختلف العوائق القانونية، خاصة إذا كان العقد سينفذ في بلد أجنبي، فينبغي دراسة القوانين المحلية الخاصة بالاستثمار في البلد المضيف .

أين يمكن إجراء الدراسة التمهيدية من طرف صاحب المشروع أو بوسائله الخاصة أو الاستعانة بأهل الخبرة من الغير للقيام بهذا لدراسة مكاتب الدراسات.

1- د/ محمودي مسعود، أساليب و تقنيات إبرام العقود الدولية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر،2006، ص97.

ثالثا: البحث عن الطرف الآخر للتفاوض.

مما لاشك فيه أن الطرف الآخر في عملية التفاوض يشكل عنصرا جوهريا فنيا، ومن المساعي الأولية الهامة والتحضيرية البحث عن الطرف الآخر للتفاوض معه، سواء شخصيا أو عن طريق الاستعانة بالغير مثل الاستعانة بالبنوك في عقود الكفالة مثلا، ومن ثم يجب الحرص الشديد في اختيار الطرف الآخر والتحقق من شخصيته من خلال الحرص على توافر بعض الصفات الأساسية فيه كالكفاءة المالية والكفاءة المهنية وحسن السمعة .

الفرع الثاني: الدعوة إلى التفاوض أو الإيجاب بالتفاوض.

بعد التحضيرات التمهيدية المطلوبة للدخول في المفاوضات على العقد المراد ابرامه ، يبدأ صاحب المشروع او العقد بتوجيه دعوة الى شخص بحد ذاته او الى عامة الجمهور يعلن فيها عن رغبته في التفاوض حول موضوع هذا العقد تحضيرا لإبرامه دون الإعلان عن رغبته النهائية بإبرام العقد، وإنما يهدف من وراء ذلك إلى التأكد من حسن نية الطرف الآخر ومدى استعداده للتعاقد، وإن تأكد من ذلك بالإيجاب فإنه يدخل معه في عملية جد هامة في المفاوضات حول شروط العقد المختلفة.

لذلك يطلق على هذه الدعوة اسم ـ الدعوة إلى الدخول في المفاوضات ـ أو ما يسمى بالإيجاب بالتفاوض وهذا للتمييز بينها وبين الإيجاب بالعقد، الذي إقترن به قبول مطابق إنعقد العقد.

ويتخذ الإيجاب بالتفاوض إحدى صورتين، فهو إما أن يكون إيجابا صريحا وإما أن يكون إيجابا ضمنيا بالتفاوض وهذا على النحو الذي سيأتي بيانه.

أولا ـ الإيجاب الصريح بالتفاوض على العقد:

إنه لا يوجد ما يمنع أن تتضمن الدعوة إلى التفاوض بعض العناصر الجوهرية مثل تحديد طبيعة العقد و محل العقد، وتبقى العناصر الأخرى في طي الكتمان حتى تكون مجالا للتفاوض حولها، فمنذ البداية إذا كان الإيجاب مشتملا على بيان جميع العناصر الجوهرية، وعندئذ يعد إيجابا بالمعنى الصريح، فإذا صادف قبول تم العقد دون مفاوضات.

وفي العقود الهامة والمعقدة يجب أن يكون الإيجاب بالتفاوض صريح وذلك حتى يتبين للطرف المقابل أن المقصود بهذا العرض أو الإيجاب الذي وصل إلى علمه هو مجرد دعوة إلى التفاوض فحسب وليس إيجاب بالعقد ذاته.

وفي الواقع العملي توجد طريقتين تواتر العمل على إتباعهما، فقد يوجه الإيجاب بالتفاوض على العقد إلى شخص معين دون الدعوة إلى المنافسة وهذا هو أسلوب التعاقد المباشر، وقد يوجه هذا الإيجاب الى عامة الجمهور مع الدعوة الى المنافسة ويكمن السبب الحقيقي في اختيار شخص بذاته للتفاوض ثم التعاقد معه بشكل مباشر نظرا لإحتكاره لطريقة الصنع مثلا، وقد يلجأ المرفق العام أو الإدارة إلى هذا الأسلوب عندما تريد إبرام عقد إداري معين وذلك في الحالات العاجلة[1].

2- صور الإيجاب بالتفاوض في العقد المباشر:

في هذه الحالة يتخذ الإيجاب بالتفاوض صورة الدعوة إليه بمفهومها التقليدي المعروف بتوجه دعوة مباشرة إلى الشخص المرغوب في التفاوض معه تمهيدا لإبرام عقد معين، وقد توجه هذه الدعوة شفاهة، وجها لوجه أو بالتليفون، أو كتابة عن طريق البريد أو البريد الإليكتروني... إلخ، أو توجيه

دعوة إلى التفاوض للطرف الآخر خاصة في مجال التجارة الدولية، عن طريق ما يسمى بخطاب النوايا، وذلك للدلالة على جدية هذه الدعوة بشكل رسمي.

2 ـ صدور الإيجاب بالتفاوض في التعاقد بطريقة المناقصة:

يتخذ الإيجاب في هذه الحالة صدور الدعوة إلى المناقصة، وهي الدعوة المعلن عنها الى عامة الجمهور عبر مختلف الوسائل، وتسمى بالدعوة إلى تقديم العروض[2].

وقد تتخذ الدعوة الى المناقصة عدة صور بحسب نطاقها، فقد تكون عامة وقد تكون مقيدة وقد تكون جامعة بين الحالتين، فالدعوة العامة توجه الى عامة الجمهور للمشاركة في المناقصة المعلن عنها، بحيث يمكن أي فرد أو أي شركة أن تتقدم بعطاء بهذه المناقصة، أما الدعوة المقيدة فهي التي توجه إلى عدد محدود من الأشخاص أو الشركات فتكون مقصورة عليهم دون سواهم.

وقبل قيام صاحب المشروع بالدعوة الى المناقصة، يقوم بإعداد ملف كامل عن المشروع يسمى بدفتر الشروط، وعند الإعلان عن المناقصة أو طلب العروض يبين في الدعوى إليها ضرورة الرجوع الى دفتر الشروط لمعرفة كافة التفاصيل الخاصة بهذه المناقصة، و الدعوة الى المناقصة لا تعتبر إيجابا بالعقد، ذلك لأنها لا تشتمل على جميع العناصر الجوهرية للعقد المراد إبرامه، والتي على الأقل ينقصها عنصر الثمن، فالهدف منها هو الحصول على أكبر عدد ممكن من العروض المنافسة للاختيار بينها حول العرض الأقل سعرا، زيادة على أن الدعوة ليست نهائية.

4- د/ عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، جسور للنشر و التوزيع، الجزائر، ط3، 2011، ص184 و ما يليها.

5- المواد 39 إلى 94 من قانون الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام، وفق المرسوم الرئاسي رقم 15-174 المؤرخ في:2015/09/16.

ثانيا ـ الإيجاب الضمني بالتفاوض في العقد:

ليس من اللازم أن يكون الإيجاب بالتفاوض بشكل صريح، بل يكفي أن يكون ضمنيا وهذا تطبيق للقواعد العامة في التعبير عن الإرادة، حيث يجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمنيا إذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على أن يكون صريحا[1] .

ويكون الإيجاب بالتفاوض ضمنيا إذا لم تتجه إرادة صاحب العرض بوجه قاطع الى إبرام العقد في الحال، ولا يعلن عن نيته في الوقت نفسه عن التفاوض بشأن العقد، ولكن يستخلص ضمنيا نية التفاوض من الظروف التي عرض فيها هذا الإيجاب، فإذا كان العرض لا يتضمن كل الشروط الجوهرية للتعاقد فإنه يعتبر إيجابا ضمنيا بالتفاوض على هذا العقد، ولكن إذا كان هذا العرض يتعلق بعقد إذعان فإنه لا يعتبر إيجابا بالتفاوض أي دعوة الى التفاوض، بل مجرد دعوة للتعاقد.

1- صور الإيجاب الضمني بالتفاوض:

فهو يتخذ إحدى صورتين، فهو إما أن يكون عرضا لا يتضمن العناصر الجوهرية للعقد المراد إبرامه، ومثال ذلك في واقع الحياة أن يضع شخص لافتة على منزله مكتوب عليها ـ **للبيع** ـ فهذه اللافتة لا تعتبر في الحقيقة إيجابا نهائيا للبيع لأنه لم تحدد المبيع والثمن، ويأخذ حكمها كذلك الإعلانات التي تنشر في الصحف، كما يكون الإيجاب ضمنيا بإقترانه بتحفظ، حيث أن الإيجاب المقترن بتحفظ بفقد صفته كإيجاب بالعقد و يصبح مجرد دعوة الى التعاقد، ومن خلال ذلك فإنه اذا قام شخص بتوجيه إيجاب بإبرام عقد قابل للتفاوض الى شخص معين أو الى عامة الجمهور أو كان هذا الإيجاب مقترن بتحفظ صريح أو ضمني بالموافقة على شخص المتعاقد الآخر، فإن هذا الإيجاب يعتبر مجرد إيجاب ضمني بالتفاوض لايترتب على قبوله سوى إنعقاد التفاوض بين الطرفين.

ثالثا ـ الأثر القانوني للإيجاب بالتفاوض:

إن الدعوة الى التفاوض أو الإيجاب بالتفاوض ضمنيا كان أو صريحا، فهو يهدف الى إبرام عقد حقيقي قائم، وهو عقد تفاوض، فإنه يعتبر بالتالي تعبير عن الإرادة وبالتالي تطبق عليه القواعة العامة في التعبير عن الإرادة فيها يتعلق بأثره القانوني[2].

والإيجاب لا ينتج أثره إلا حينما يصل الى علم من وجه إليه، بمجرد صدوره من صاحبه ليصبح له وجود مادي، دو أن يتوفر له وجود قانوني، ومتى يصل وصل الإيجاب بالتفاوض الى علم من وجه إليه فإنه ينتج أثره القانوني وهو أن يصير صالح لأن يقترن به قبول ينعقد به الإتفاق على

1- أنظر المادة 60 الفقرة الثانية من القانون المدني الجزائري الساري المفعول وفق الأمر رقم 75-58 المؤرخ في:26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني الجزائري، المعدل و المتمم.

6- وقد نصت المادة 61 من ق.م.ج على **"ينتج التعبير عن الإرادة أثره في الوقت الذي يتصل فيه بعلم من وجه إليه، ويعتبر وصول التعبير قرينة على العلم به، ما لم يقم الدليل على عكس ذلك"**.

التفاوض ، ويمكن لصاحب الإتفاق أن يرجع في إيجابه حتى بعد أن ينتج الإيجاب أثره شريطة أن يتم هذا الرجوع قبل وصول القبول إليه، لكن إذا عين ميعاد للقبول إلتزم الموجب بالبقاء على إيجابه إلى أن ينقضي هذا الميعاد[1]

كما أن الإيجاب قد ينتج أثره إذا مات من صدر منه أو فقد أهليته قبل أن ينتج الإيجاب أثره، فإن ذلك لا يمنع من أن ينتج الإيجاب أثره عند إتصال التغيير بعلم من وجه إليه هذا ما لم يتبين العكس من التعبير بالإيجاب أو من طبيعة المعاملة[2].

وعلى كل حال فإن قبول الإيجاب بالتفاوض ممن وجه إليه لا ينشئ على عاتق الموجب سوى التزام بالدخول في التفاوض والاستمرار فيه بحسن نية، دون أن يكون ملزما وبدو شك أن يبرم العقد النهائي المراد إبرامه بالفعل.

الفرع الثالث: قبول التفاوض على العقد المنشود:

حتى ينعقد الإتفاق بالتفاوض، يقوم الشخص الذي وجه إليه الإيجاب بالتفاوض بقبول هذا الإيجاب بإرادته الحرة، و للقابل للإيجاب بالتفاوض مطلق الحرية في قبول أو رفض الإيجاب بالتفاوض وهذا إذا وصل الإيجاب بالتفاوض الى علمه، فإذا قبله إنعقد بينه وبين الداعي الى التفاوض إتفاق إطار على التفاوض و على هذا الأساس تبدأ عملية التفاوض بين الطرفين، وسنتناول في هذا الفرع القبول الصريح بالتفاوض على العقد ثم القبول الضمني بالتفاوض والأثر القانوني لذلك.

أولا: القبول الصريح بالتفاوض على العقد:

يتم قبول الإيجاب بالتفاوض بإعلان الموافقة على الدخول في التفاوض بألفاظ صريحة لا تحتمل التأويل كأن يقال مثلا: نعم أقبل وأوافق على التفاوض معك من أجل....إلخ، ولا فرق والأمر ان يتم هذا القبول بشكل كتابي أو بشكل شفاهي، وفي الشكل الكتابي في قبول التفاوض فيختلف بإختلاف طريق التفاوض فإذا كان بين حاضرين فإن القبول يتم بتحرير إتفاق مستقل عن التفاوض، أو من خلال إدراج شرط أو بند في العقد الأصلي يفيد بقبول التفاوض أو إعادة التفاوض في المستقبل بشأن هذا العقد أو بشأن عقد أخر له علاقة بالأول، أو بقبول إعادة التفاوض مستقبلا من خلال هذا الشرط لإعادة التوازن لشروط وبنود العقد الأصلي الجاري تنفيذه.

أما إذا كان التفاوض بين غائبين فإن قبوله كتابة يتم من خلال إرسال خطاب بهذا القبول الى الداعي بالتفاوض، أو عن طريق وسائل الإتصال الحديثة، ويدعم هذا الخطاب في مجال التجارة الدولية بخطاب النوايا.

3- نص المادة 63 من القانون المدني الجزائري، على أنه **"إذا عين أجل للقبول إلتزم الموجب بالبقاء على إيجابه إلى إنقضاء هذا الأجل".**

4- هذا ما نصت عليه المادة 62 وما بعدها من ق م ج الساري المفعول.

ثانيا: القبول الضمني بالتفاوض على العقد:

طبقا للقواعد العامة ليس من اللازم أن يكون قبول الإيجاب بالتفاوض بشكل صريح، بل يكفي أن يكون ضمنيا، وذلك بأن يقوم الشخص القابل لإيجاب بالتفاوض بإتخاذ سلوك أو موقف يظهر بشكل غير مباشر قبول الإيجاب بالمعروض عليه بالتفاوض، وإثبات الإتفاق بشأن التفاوض، يستخلص من الظروف المصاحبة لواقع الحال وذلك وفقا للسطلة التقديرية للقاضي في حال خلاف حول المسألة.

ومن صور القبول الضمني بالتفاوض أن يقوم الشخص القابل الذي يتلقى الإيجابا صريحا أو ضمنيا بالبدء بالتفاوض مباشرة دون التصريح العلني بقبوله، ومن صوره كذلك السكوت اللامبين أي عدم الرد على الدعوى للتفاوض، ومصاحبة ذلك بظروف تزيح عنه دلالة التجريد يعتبر عندئذ تعبيرا عن الإرادة وبالتالي يعتبر قبول وقد تطرق القانون المدني الجزائري إلى ذلك[1].

ومن صور القبول الضمني بالتفاوض التقدم بعطاء مناقصة، حيث أن التقدم بعطاء في مناقصة، يعتبر قبولا ضمنيا بالتفاوض بعد قيامه بإعداد العطاء النهائي المدروس وفق الشروط المحددة في دفتر الشروط.

ثالثا: الأثر القانوني لقبول التفاوض على العقد:

إن القبول ينتج أثره القانوني عندما يصل القبول بالتفاوض إلى علم الموجب به، أي الداعي إلى التفاوض، ويتمثل هذا الأثر في إنعقاد التفاوض، و يشترط في القبول كي ينعقد به إتفاق التفاوض مايلي:

- أن يكون الإيجاب بالتفاوض ما يزال قائما في إطار المدة الممنوحة للإيجاب صراحة أوضمنيا[2].
- أن يصدر القبول مطابقا للإيجاب حول محل العقد وبشروطه ... إلخ.
- أن يكون القابل أهلا للتفاوض حيث أن المرحة السابقة على التعاقد هي تصرف قانوني تنقعد من خلالها عدة إتفاقيات، وتنشأ إلتزامات لذا يجب أن تتوفر في المتفاوض أهلية الأداء حتى يكون تفاوضه صحيحا[3].

وعلى كل حال فإنه يجب أن لا يكون الإتفاف على التفاوض باطلا أو قابلا للإبطال وإلا فإنه لا يترتب أثره القانوني، لإنعدام الأهلية أو لنقص فيها أو لعيب من عيوب الإرادة، أو كان سببه مخالفا للنظام العام أو الآداب العامة والأمثلة على ذلك كثيرة.

1- نص المادة 68 من ق م ج الساري المفعول.
2- أنظر المادة 64 من ق م ج الساري المفعول.
3- هذا ما نصت عليه المادة 78 وما بعدها من ق م ج الساري المفعول.

المطلب الثاني : سير مرحلة التفاوض على العقد.

في مرحلة المفاوضات يتم مناقشة ودراسة مختلف الالتزامات والحقوق بشكل أساسي تم تحديد بنود وشروط العقد ومرحلة مشروع نهائي يتم بناءه شيئا فشيئا ، زيادة على تحديد وابرام مختلف الاتفاقات ، بداية من الاتفاق الاول عل التفاوض ثم الاتفاقات الوقتية المنظمة لمرحلة التفاوض ككل ، ثم بناء العقد عن طريسق الاتفاقات المرحلية الجزئية التي قد تكون في حد ذاتها المشروع النهائي للبعقد التي يتم التوقيع عليه في نهاية مرحلة التفاوض .

من خلال ما سبق وما سيأتي ، نتساءل في هذا المطلب التزامات الأطراف خلال مرحلة التفاوض على العقد ثم الاتفاقات المنظمة للمفاوضات ، وأخيرا انتهاء مرحلة التفاوض .

الفرع الأول: إلتزامات الأطراف خلال مرحلة التفاوض.

إن مختلف الالتزامات المنظمة والناشئة عن مرحلة التفاوض ، تقع عل عاتق طرفي التفاوض والتي تنشأ وتخرج عن مبدأ وقاعدة حسن النية في التعامل وتشمل هذه الالتزامات بشكل عام في مبدأ

التعاون والجدية والصدق والصرامة والأمانة والالتزام بأول علامة والنصيحة والالتزام بالسرية أثناء وبعد عملية التفاوض والتي تنشأ جميعها بمجرد الاتفاق على الدخول في المفاوضات العقدية وبدء جلسات التفاوض فعلا.

أولا : الالتزام بالتفاوض على العقد بحسن نية:

يلعب مبدأ حسن النية دورا بارزا في مجال إبرام العقد وحتى عند تنفيذه أو حتى خلال مرحلة التفاوض على تنفيذه ، وهذا أشار إليه المشرع الجزائري في القانون المدني في المادة 107 منه [1].

والذي يعنينا في هذا الخصوص هو معالجة قاعدة النية خلال مرحلة التفاوض على العقد لما يثيره من تساؤلات حساسة من مراحل تكوين العقد، ومصدر الالتزام التفاوض بحسن نية هو الاتفاق على التفاوض في حد ذاته فطالما دخلا الطرفان في جلسات التفاوض بأنهم بالضرورة عليها أعمال هذا المبدأ العام الذي يؤطر ويضمن كل التعاملات مهما كان نوعها والذي يثبت وجوده خلال مرحلة التفاوض هو تلك الالتزامات التي تنشأ عنه من بدايتها إلى نهايتها سواء نجحت أم فشلت مرحلة التفاوض .

أ الطبيعة القانونية للإلتزام بالتفاوض بحسن نية.

إن الالتزام بالتفاوض بحسن نية هو التزام له دائن و مدين ومحل وسبب ، فهو لا ينشأ إلا بعد انعقاد التفاوض بين الطرفين بالفعل، ومبدأ حسن النية هو عام يلتزم به أي شخص في أي وقـت

2- نص المادة 107 من ق.م.ج الساري المفعول، بنصها "يجب تنفيذ العقد طبقا لما إشتمل عليه و بحسن نية".

واتجاه أي شخص وبهذا المعنى هذا الالتزام لابد أن يكون له مصدر ينشأ عنه ومصدره هو عقد التفاوض، وفي الواقع أن هذا الالتزام هو الالتزام تبادلي يقع على عاتق الطرفين، وهذا حتى يكون كل طرف حريصا على مصالح الطرف الأخر.

ثانيا ـ الالتزامات الناشئة عن مبدأ حسن النية عند التفاوض على العقد.

1- الالتزام بالتفاوض : وهو يعتبر الالتزام الأساسي الذي يقع على عاتق كل طرف في المفاوضة ولتمحيص هذا الالتزام يلزم أن نحدد مضمون هذا الالتزام، ويكون ذلك عن طريق التفرقة بين عنصرين يكونان، العنصر الأول فهو الالتزام ببدء التفاوض والعنصر الثاني هو الالتزام بالإستمرار في التفاوض وهذا تحت إطـار مبدأ حسن النية .

1-2- **الالتزام ببدء التفاوض**: يقصد ببدأ التفاوض تلاقي المتفاوضين ومن ثم افتتاح المفاوضات بإجراء الحوار وتبادل الاقتراحات بموضوع العقد المأمول إبرامه وبالنظر للهدف المرجو من هذا الالتزام فإنه يعد التزاما بتحقيق نتيجة، حيث تقوم مسؤولية المدين متى أخل بالتعهد الذي أخذه على نفسه [1] .

وما يجدر الإشارة إليه هو أن الالتزام ببدأ التفاوض لا يوجد إذا كان التفاوض يتم في إطار غير تعاقدي فالتفاوض الذي يجري خارج هذا الإطار الملزم قد يبدأ عمله عن طريق دعوة يوجهها احد الأطراف[2].

فهي مجرد دعوة لا يتم فيها تحديد أركان العقد وشروطه الأساسية، وقد يبدأ التفاوض عقب توجيه إيجاب بات بالمعنى الصحيح من احد الأطراف إلا أن الموجه إليه الايجاب يعارض بعض ما تضمنه هذا الإيجاب دون أن يتقدم بإجابات من ناحيته، وهنا يسبق الإيجاب وامتناع الداعي إلى التفاوض عن الدخول فيه وبدء الحوار ليس في حد ذاته خطأ ولا يرتب أي مسؤولية ولكن إذا اقترن العدول بخطأ من جانبه فهذا الذي يرتب المسؤولية .

ونفس الأمر بالنسبة لمن وجهت إليه الدعوة بالتفاوض في شكل غير تعاقدي فهو حر في أن يقبل أو لا يقبل فهو ليس ملزما بذلك، وهذا عكس التفاوض في إطار تعاقدي حيث يوجد التزام ببدأ التفاوض، فإذا كان هذا الالتزام واقع على عاتق احد الطرفين ونفذ التزامه فعلى الطرف الأخر أن يدخل المفاوضات ويعد مخلا بالتزاماته إذا امتنع عن ذلك، فإذا ما بدأ التفاوض وجرى في إطار عقدي فإن طرفي التفاوض يلتزمان بمتابعة التفاوض وهذا هو الشق الثاني الذي يتولد عن التزام العقدي بالتفاوض.

3- د/ عبد المنعم البداوي، النظرية العامة للإلتزام، د.ن.ع القاهرة، ص169.

4- أحكام هيئة التحكيم الصادر عن غرفة التجارة الدولية، القضية رقم 3131، بتاريخ:26 أكتوبر 1979.

2-1- الالتزام بالاستمرار في التفاوض :

بما أن التفاوض بدأ يجري في إطار تعاقدي فإنه يلقي على عاتق الأطراف التزاما عقديا بالاستمرار فيه ويؤدي الإخلال به إلى تحريك أحكام المسؤولية العقدية [01].

وما يجدر الإشارة إليه أن الالتزام بالاستمرار في التفاوض لا يعني الالتزام بإبرام العقد المتفاوض عليه وقد يتفق الأطراف على ذلك اتفاق التفاوض، وعلى ذلك فإن الالتزام بالاستمرار في التفاوض هو التزام ببذل عناية وليس التزاما بتحقيق نتيجة [02] .

أما إذا اتفق الأطراف على المسائل الجوهرية وابرما اتفاق بالتفاوض على المسائل الثانوية والتزما على الاستمرار في التفاوض للاتفاق عليه وفي النهاية إبرام العقد النهائي، ثم قام احدهما بقطع التفاوض فهنا يحق للقاضي التدخل لإكمال هذه المسائل الثانوية وإبرام العقد النهائي .

إن الالتزام بالاستمرار في التفاوض هو التزام ببذل عناية ، إذا تمت المفاوضات على العقد في إطار تعاقدي .

2- الالتزام بالإعلام:

يلتزم المتفاوض بان يقدم إلى المتفاوض معه معلومات حقيقية عن مدى ملاءمة العملية المطروحة فنيتا وماليا فلا يستغل عدم تخصص المتفاوض في مسائل فنية ومالية معنية ليزج في عقد لا يناسبه.

حيث أن التعقيد الفني المتزايد للعقود الحديثة التي يتم إبرامها تفرض على الشخص المحترف إمداد الطرف الغير محترف بكل البيانات والمعلومات التي يحوزها، كما أن للطرف غير المحترف نفس الالتزام بالإعلام عن المعلومات التي يحوزها، فالإتزام بالإعلام يجد أساسه في الالتزام الرئيسي بالتفاوض بحسن نية .

وقد ذهب المشرع الجزائري في القانون المدني إلى سد باب الخداع والغش إعمالا بمبدأ الشفافية والمكاشفة، إذ المشرع يرى انه مجرد السكوت يكفي أحيانا لقيام التدليس ويحدث ذلك حتما حينما يشعر المتفاوض أن الطرف الأخر يجهل أمر هاما ما كان ليبرم العقد لو علم به ، فيتعمد السكوت لكي يستفيد من جهل هذا الأخير [03].

4- د/ بلحاج العربي، مشكلات المرحلة السابقة على التعاقد في ضوء القانون المدني الجزائري، د.م.ج الجزائر 2011، ص200 و ما بعدها.
5- أحكام هيئة التحكيم الصادر عن غرفة التجارة الدولية، القضية رقم 3131، بتاريخ:26 أكتوبر 1979.
6- نص المادة 86 فقرة ثانية من ق.م.ج الساري المفعول.

وقد أسس المشرع لهذا المبدأ نصا عاما يطبق على كل العقود ومن باب أولى في بناء هذه العقود بان عدم الإعلام والسكوت العمدي يعتبر تدليسا ووفق لنص المادة 86 مـن ق.م.ج فان المتفاوض يلتزم طيلة مرحلة المفاوضات بعدم الكتمان وبصراحة تامة خاصة إذا كانت هذه المعلومات مؤثرة في بناء العقد، وإلا كان مخلا بالتزامه بالإعلام ومرتكبا في الوقت نفسه تدليسا يجعل العقد النهائي قابلا للإبطال لمصلحة الطرف المدلس عليه .

بالإضافة إلى هذه الالتزامات التي يتطرق إليها ومن بينها الالتزام بالمحافظة على أسرار الفنية والتكنولوجية للعقود خاصة الدولية التي يلتزم فيها الطرف المتلقي بالمحافظة عليها، فإن هذه الالتزامات يتم التقيد بها خلال مرحلة التفاوض على العقد حتى ولو لم يتم النص عليها صراحة في عقد أو اتفاق تفاوضي .

حيث وحتى وجد اتفاق التفاوض صحيحا وجب طرفيه تنفيذ الالتزامات الناشئة عنه فإذا لم ينفذ احد المتعاقدين التزامه بسبب إخلال منه قامت مسؤولية العقدية والتزم بالتعويض عنيا أو بشتى طرق التنفيذ .

وعند عدم وجود اتفاق تفاوض صريح ومكتوب فأي ضرر يلحق احد الطرفين بسبب إخلال الطرف الآخر بالتزاماته قامت مسؤوليته التقصيرية بإثبات شروط قيامها .

الفرع الثاني: الاتفاقـات المنظمة لمرحلة التفاوض.

الأصل العام هو أعمال مبدأ سلطان الإرادة في التعاقد ولكن كما رأينا سابقا أن إبرام بعض العقود المهمة والتي يتطلب مفاوضات طويلة ومعقدة ، يذهب الأطراف إلى تأمين مفاوضاتهم للاطمئنان قدر الإمكان على نجاحها لبلوغ الهدف المنشود بإبرام العقد،أي سواء كانت اتفاقات تمهيدية مؤقتة أو مرحلية منظمة لعملية التفاوض ككل لهذا نستطرق من خلال هذا الفرع إلى ما يعرف بعقد التفاوض او اتفاق التفاوض والاتفاقات المؤقتة المنظمة لمرحلة التفاوض على التعاقد وأخيرا نتطرق للاتفاقات الجزئية أو المرحلية لمرحلة التفاوض على العقد.

اولا -عقد التفاوض:

أ ــ ماهية عقد التفاوض:

يمكن تعريف عقد التفاوض بأنه اتفاق يلتزم بمقتضاه شخص تجاه شخص آخر بالبدء والاستمرار في التفاوض بشأن عقد معين بهدف إبرامه.

فهذا الالتزام لا ينتهي إذن بإبرام العقد النهائي وإنما يترتب التزاما بالتفاوض فقط فيما يخص هذا العقد ، فلا يخول لأي طرف إلا الحق في مطالبة الطرف الأخر بتنفيذ التزامه بالتفاوض بحسن نية بهدف إبرام عقد لم تتحدد شروطه وعناصر لا بعد .

ومن الناحية العملية يتحقق هذا العقد في إطار ما يسمى بالاتفاق المبدئي لبيان أن العقد ينظم من حيث المبدأ انعقادا محتملا لعقد مرتقب .

غير أن عقد التفاوضي يختلف بشكل ظاهري عن الوعد بالتعاقد فهذا الأخير يتضمن قبولا بالعقد النهائي سواء من جانب الواعد أو من جانب الموعود له معا أي ملزم الجانبين أما عقد التفاوض فهو ينشئ التزاما بالتفاوض فقط دون أن يتضمن قبولا للعقد النهائي .

ب- الطبيعة القانونية لعقد التفاوض :

عقد التفاوض يتطلب لصحته توافر الأركان العامة لإبرام العقود وهي الرضا والمحل والسبب، وعقد التفاوض يشكل من حيث طبيعته التزاما ببذل عناية وليس بتحقيق نتيجة وإذا كان الالتزام بالإستمرار في التفاوض يعتبر كقاعدة عامة التزام ببذل عناية غير انه قد يصبح في بعض الحالات التزاما بتحقيق نتيجة وذلك تبعا لطبيعة العمل الذي قد يكون المفاوض ملزما للقيام به أو الامتناع عنه بمقتضى الاتفاق أو العادات التجارية.

ومن قبيل ذلك التزام المفاوض بعدم إفشاء المعلومات المالية والفنية التي يدلي بها المفاوض الأخر أثناء عملية التفاوض على العقد والتزامه بعدم إجراء مفاوضات موازية مع الغير بشأن نفس العقد ففي هذه الحالات نكون بصدد التزام بتحقيق نتيجة .

ثانيا- الاتفاقات المؤقتة :

في العقود الهامة يحرص الطرفان على إبرام اتفاقات خاصة مؤقتة بين طرفي التفاوض بهدف إيجاد حلول مسبقة للمشاكل المحتملة وهو ما يطلق عليه اسم الاتفاقات المؤقتة .

ب- تعريف الاتفاق المؤقت :

الاتفاق المؤقت هو مجرد اتفاق تمهيدي يهدف إلى تنظيم التفاوض على العقد النهائي ولا ينشىء التزامات أثناء التفاوض بين الطرفين على العقد المزمع إبرامه وإنما ينظم التفاوض حوله فحسب ولا يحدد شروط العقد النهائي التي يتم التعاقد عليها .

ومن الأمثلة على هذا الاتفاق المؤقت، نجد مثلا الاتفاق على السرية واتفاق قصير التفاوض، مذكرة التغطية للتأمين المؤقتة، تغطية الخطر مؤقتا ريثما يتم فحص الطلب والبت فيه بالقبول أو الرفض.

ب - مدة الاتفاق المؤقت :

تختلف مدة الاتفاق المؤقت من حالة إلى أخرى فهي إما أن تكون أقل مدة للتفاض في حد ذاتها وقد تساويها أو تزيد عنها فقد تقل مدة هذا الاتفاق مثل الاتفاق على قصر التفاوض لمدة معينة خلال مرحلة التفاوض وبعدها يمكن لأي طرف أن يتفاوض مع الغير في نفس الوقت وقد يؤدي نجاح المفاوضات إلى انقضاء التزامات معينة مثل الالتزام بعدم استغلال التكنولوجيا المتفاوض عليها لهذا فان الالتزام يزول عند إبرام العقد النهائي

كما أن فشل أو نجاح المفاوضات تؤدي بالضرورة إلى زوال بعض الاتفاقات المؤقتة مثل اتفاق تسوية نفقات التفاوض..... الخ.

ثالثا- الاتفاقات الجزئية:

الاتفاق الجزئي هو اتفاق يتم إبرامه أثناء المفاوضات العقدية حيث عدد الأطراف بمقتضاه مسائل التفاوض تمكنوا من الإتفاق بشأنها ويتخذ العقد الجزئي صورتين أولهما أن يكون جزءا من عقد واحد يسعى الأطراف إلى إبرامه في النهاية ، والثاني أن يشكل جزء من مجموع عقدي يتألف من عدة اتفاقات تنظم عملية واحدة يسعى الأطراف إلى تحقيقها سواء كانت هذه العقود من طبيعة واحدة كما في عمليات النقل المتتابع أم كانت من طبيعة مختلفة كما في عقود المنشات الكبرى .

المطلب الثالث: انتهاء مرحلة التفاوض

نتناول في هذا الفرع موضوع انتهاء المفاوضات العقدية من خلال نقطتين الأولى بخصوص نجاح المفاوضات والثانية حول فشل المفاوضات .

الفرع الأول: نجاح مرحلة التفاوض:

حيث تتوج هذه المرحلة بكل ما تم الاتفاق عليه في وثيقة نهائية يعتبرونها موضوع ومحل العقد لا ينقصها إلا التوقيع النهائي ويشترط قانونا العقد توافر شروط معينة وهي شروط الانعقاد وشروط الصحة ومن شروط الإنعقاد التراضي والمحل والسبب يضاف إلى ذلك ركن الشكل في العقود التشكيلية .

أ تحرير العقد وتوقيعه:

لا يشترط لإنعقاد العقد أن يتم كتابته في ورقة رسمية أو عرفية وإنما يكفي الانعقاد ان يتبادل الطرفان إيجاب وقبول متطابقين ، وأيا ما كان الأمر وسواء كانت الكتابة مطلوبة للانعقاد فإنه يحب توافر هذه الكتابة ولكي تكون صالحة للانعقاد او للإثبات ، يحب ان يتم تحرير العقد المتفاوض عليه في ورقة مكتوبة وان يقوم المتعاقدان بالتوقيع عليها، وقد جرت العادة وخاصة في مجال العقود الدولية، على ان يتم تقسيم محور العقد الى ثلاثة اقسام وهي الديباجة والأحكام والملاحق التي تتضمن الوثائق التي ترفق بالعقد كالخرائط والتصميمات .

أما شروط صحة العقد فهي:

شروط صحة التراضي وهي الاهلية وسلامة الارادة من العيوب فإذا تخلف ركن من أركان العقد وقع العقد باطلا ، وإذا تخلف شروط صحته كان العقد قابلا للإبطال .

الفرع الثاني: فشل مرحلة التفاوض على التعاقد:

ومن أسباب فشل مرحلة التفاوض على التعاقد، منها وصول هذه المرحلة الى طريق مسدود إلى جانب قطعها من جانب واحد، وإلى جانب توقف وجمود المفاوضات إلى جانب سقوط الإيجاب .

أ – وصول التفاوض الى طريق مسدود:

ويرجع سبب ذلك الى تمسك كل طرف بموقفه دون تقديم تنازلات .

ب – جمـود المفاوضات :

والمقصود هنا توقف المفاوضات دون تحركها إلى الأمام وقد يكون ذلك بسبب انعدام الحماس لمواصلة التفاوض.

ج- قطع المفاوضات :

قد يحدث في اي مرحلة من مراحل التفاوض على التعاقد، ان يقوم أحد الاطراف بقطع التفاوض فجأة بسبب او دون سبب ، طالما انه الاصل في التفاوض هو الحرية في إكمال وابرام العقد النهائي.

د – سقوط الايجاب:

ينطوي على قطع المفاوضات كذلك ، ويحدث في حالة العدول عن الايجاب ورفض الإيجاب .

آثـار فشل مرحلة المفاوضات على التعاقد:

ب- انحلال اتفاق التفاوض: إذا انحل التفاوض على العقد فإن الاتفاق عليه ينحل وذلك نتيجة طبيعية، لأن الطرفان اتفقا على التفاوض من اجل التوصل الى اتفاق نهائي على أساسه يتم إبرام العقد النهائي، وقد فشلت المفاوضات في تحقيق هذا الهدف المنشود فلا مناص من انحلال عقد التفاوض إما بإنهائه أو فسخه ، ويتم ذلك بإتفاق الطرفين أو بإرادة احدهما المنفردة شريطة إخطار الطرف الآخر وإلا أقيمة المسؤولية في العقود غير المحددة المدة أو في حال إخلال المتفاوض الآخر بالتزاماته شرط توافر شروط الفسخ [1].

ب- **بقاء بعض الاتفاقات المؤقتة:**

هناك بعض الاتفاقات المؤقتة تبقى سارية رغم فشل عملية التفاوض ومن بينها اتفاق المحافظة على سرية الذي يلزم الطرفين بالإمتناع عن إفشاء الأسرار.

ج- **التفاوض الصوري (الظاهر):**

ويقصد به تلك المحادثات المجردة التي تهدف الى احداث اثر قانوني ولا تحضى للابرام عقد مستقبلي ، وإنما هدفها فقط تبادل الآراء والاقتراحات حول موضوع معين .

2- نص المادة 119 من ق.م.ج الساري المفعول.

المطلب الرابع : القطع التعسفي لمرحلة التفاوض على التعاقد:

إن إطالة أمد المفاوضات ووصولها في الدراسة والمناقشة إلى مراحل متقدمة، يلزم الأطراف قانونا وأخلاقا ببذل الجهد الضروري لتكملة التفاهم على كافة عناصر العقد المراد إبرامه، بحيث أن عدم الاستمرار فيها لمناقشة المسائل التفصيلية من جانب احد الطرفين دون سبب جدي أو مشروع يعتبر سلوك غير مشروع يستوجب المسؤولية التقصيرية عن ذلك [1] .

وسنتناول في هذا المطلب الذي قسمناه الى ثلاثة فروع، أولها تحت عنوان حرية العدول على مواصلة التفاوض عن العقد، أما الثاني فتحت عنوان المسؤولية المدنية عن القطع التعسفي للمفاوضات العقدية و الفرع الثالث خصصناه للقانون الواجب التطبيق على المسؤولية في مرحلة التفاوض على العقد.

الفرع الأول : حرية العدول عن مواصلة التفاوض على العقد:

أين سنتناول في هذا الفرع حرية العدول عن التفاوض في أي مرحلة منه، وقيود حرية العدول عن التفاوض ووقف التفاوض على التعاقد وذلك على النحو الآتي بيانه.

أولا- حرية العدول عن التفاوض في أي مرحلة منه:

إن صياغة مشروع العقد بمثابة ايجاب مشترك ، نابع عن ارادة الطرفين المتفاوضين معا وذلك بعد بناء تصور مشترك لكل المسائل التي تمت مناقشتها، وبذلك فإنه اثناء بناء هذا العقد المنشود، يمكن لأي طرف العدول عن التفاوض إذ انه يرى في ذلك المصلحة كلها لعدم نجاعة العقد من الناحية الإقتصادية والمالية والحال كذلك فإن لكل مفاوض ان يقطع سير المفاوضات وينهيها في أي وقت، عملا بمبدأ الحرية العقدية وهذا ما قد يتفق عليه الأطراف صراحة أو الاتفاق على عدم مسؤولية أي منهم على متابعة المفاوضات، غير انه في ظل غياب الاتفاق الصريح على الدخول في المفاوضات والالتزام بمتابعتها وصولا إلى إبرام العقد النهائي فإن قطع المفاوضات لا يرتب أي مسؤولية عقدية وهذا هو مبدأ حرية المفاوضات في العقود الدولية إلا انه يمكن ترتيب المسؤولية التقصيرية اذا اقترن العدول بضرر لاحق بالطرف الآخر من جراء تصرفات تفاوضية تخالف موجبات حسن النية. [2].

3- د/ بلحاج العربي، نظرية العقد في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر، 2015، ص 118.

4- د/ بلحاج العربي، مشكلات المرحلة السابقة على التعاقد، المرجع السابق، ص 189 و ما بعدها.

ثانيا - وجود ما يقيد العدول عن التفاوض:

لا تترتب المسؤولية على من عدل عن التفاوض إلا اذا اقترن ذلك بخطأ او تقصير أو ثبوت سوء النية لدى المفاوض، ويقيد حرية العدول عن التفاوض إخلال المفاوض بالالتزام بالإعلام قبل التعاقد بالتفاوض بحسن نية ، او قام بإفشاء اسرار الشركة المتفاوضة مما يترتب عنه تفويت فرصة اتمام العقد وتفويت فرصة التعاقد مع الآخرين في الوقت المناسب ومن أخل بهذه الالتزامات يكون قد ارتكب خطا يقيم المسؤولية التقصيرية.

وفي حالة فشل المفاوضات التعاقدية على ضوء ما وصلت إليه من اتفاقات وحلول مقترحة ، إما بإبطال عقد التفاوض ، أو تفرض تعديلا له وهذا وفق للعدالة والعرف وطبيعة الالتزام ، بحيث ان القانون المدني الجزائري يخول للقاضي المدني سلطة تكملة العقد طبقا لطبيعة المعاملة ووفقا للأحكام القانون والعرف والعدالة. [1]

ثالثا- العدول او رفض الايجاب الذي يؤدي الى قطع التفاوض :

إذا تمت المفاوضات بإيجاب نهائي تم توجيهه فإن الخطأ يتمثل حينئذ في العدول عن الايجاب او رفضه من وجه له، اذا ما أفضى ذلك قطع التفاوض دون سبب جدي ، ومن المسلم به وحسب نص المادة 61 من القانون المدني الجزائري أن الموجب يستطيع العدول عن إيجابه طالما لم يصل إلى علم من وجه إليه، والواقع أن الموجب لا يسأل وفق القواعد المسؤولية العقدية عن مجرد عدوله عن الإيجاب وإنما يسأل في قطعه المفاوضات المصاحبة لهذا العدول، إذا لم يكن لهذا القطع ما يبرره والعدول عن الإيجاب يؤدي إلى حتمية عودة الطرفين إلى طاولة التفاوض بعد تعليقها بصدور هذا الإيجاب، إذ أن هذا العدول يترتب عليه سقوط الإيجاب بأثر رجعي وعند الرجوع إلى التفاوض يتعين

على الموجب وفقا لالتزامه بالتفاوض بحسن نية أن يستمر في التفاوض حتى يتم التوصل إلى الإيجاب جديد فإذا رفض أي عرض أخر يكون مسئولا مسؤولية عقدية في قطعه للمفاوضات دون أي مبرر مشروع.

فإذا عين اجل الإيجاب لاقترانه بقبول فالمشرع الجزائري حسم هذه المسألة بنص المادة 63 من ق .م.ج، التي تنص انه **" إذا عين اجل للقبول ، التزم الموجب بالبقاء على إيجابه إلى انقضاء هذا الأجل"** وقد يستخلص هذا الميعاد كما رأينا من ظروف الحال أو من طبيعة المعاملة إذا عدل الموجب عن إيجابه في هذه الحالة قبل انقضاء هذا الميعاد فان عدوله لا يعقد به بل يظل الإيجاب قائما، وفي حالة رفض الإيجاب من الطرف الأخر فان الإيجاب يسقط قبل انقضاء المدة المحددة ولا يعتد بعدوله الموجب، كما يمكن للموجب له رفض الإيجاب ولكن في الوقت المناسب ويعتبر السكوت في الرد قبولا اذا اتصل الإيجاب بتعامل سابق بين المتفاوضين والخطأ هنا يكمن في قطع المفاوضات دون مبرر جدي كما رأينا سابقا .

2- أنظر نص المادة 65 من ق.م.ج الساري المفعول.

الفرع الثاني : المسؤولية المدنية عن القطع التعسفي للمفاوضات العقدية :

لا يوجد نص في القانون المدني الجزائري ينظم المفاوضات التعاقدية مكتفيا بالمسؤولية عن الفعل الضار، حيث تطرح المادة 124 من القانون المدني الجزائري كقاعدة عن كل خطأ يسبب ضرر للغير يلزمه من ارتكبه بالتعويض .

ولقد نص المشرع الجزائري في القانون المدني الجزائري على تنفيذ العقد طبقا لما إشتمل عليه وبحسن نية لذا فإن هذا المبدأ يتسع قانونا ليشمل مرحلة التفاوض على العقد ومن جانب أخر فان المسؤولية عن الفعل الضار تتسع كذلك لتشمل مرحلة التفاوض على العقد بكل أنواع الأخطاء المعروفة خلالها أو حتى العقود التمهيدية السابقة على التعاقد [1].

كما أن القانون المدني نص على إمكانية تدخل القاضي بهدف تكميل العقد أو تفسيره لجلاء غموض النية المشتركة للإطراف، كما نص القانون المدني الجزائري على انه يعاد المتعاقدان الى الحالة التي كانا عليها قبل العقد في حالة بطلان العقد او إبطاله فان كان هذا مستحيلا جاز الحكم بالتعويض غير انه لا يلزم ناقص الأهلية إذا بطل العقد لنقص الأهلية ان يرد ما عاد عليه من منفعة بسبب تنفيذ العقد [2] .

وعلى أية حال فكما أن مبدأ حسن النية يجب مراعاته خلال مرحلة تنفيذ العقد فكذلك يجب على الإطراف احترامه أثناء فترة التفاوض على العقد وبما انه لم يترتب عن الإخلال بالتزامات التفاوض اي ضرر للطرف الأخر عن مسؤولية تقصيرية أو عقدية قائمة ، كما ان وجود الخطأ ضرورة وخاصة عند قطع المفاوضات بسوء نية وبالعكس يلتزم الطرف المخل بالمفاوضات العقد بتعويض الطرف الآخر عن الضرر الذي يصيبه جراء ذلك.

ومهما كانت المسؤولية بشروطها فانه لا يجوز المطالبة سوى بالضرر المباشر المتوقع في حالة المسؤولية العقدية والمطالبة بالضرر غير المتوقع في حالة الغش أو الخطأ الجسيم وفي حالة المسؤولية التقصيرية عن الفعل الضار [3].

الفرع الثالث: القانون الواجب التطبيق على المسؤولية في مرحلة التفاوض على العقد

سنتناول موضوع هذا الفرع في نقطتين حيث سنتطرق في النقطة الأولى إلى القانون الواجب التطبيق على المسؤولية في التفاوض على العقد في القانون الدولي وأخيرا القانون الواجب التطبيق على عقد التفاوض.

4- كالوعد بالتعاقد و التعاقد بالعربون بنص المادتين 71 و 72 مكرر من ق.م.ج الساري المفعول.
5- نص المادة 105 الفقرة 02 و 03 من ق.م.ج الساري المفعول.
6- نص المواد 13 و 181 و 182 من ق.م.ج الساري المفعول.

أولا: القانون الواجب التطبيق على المسؤولية على العقد في القانون الدولي :

من الضروري التحري ما إذا كان التفاوض محل النزاع دار في إطار تعاقدي أم لا ففي حالة العلاقة التعاقدية يستند الى قاعدة الإسناد التي تنص على انه **" يسري على الالتزامات التعاقدية القانون المختار من المتعاقدين اذا كانت له صلة حقيقية بالمتعاقدين او بالعقد وفي حالة عدم إمكان ذلك يطبق قانون الموطن المشترك او الجنسية المشركة وفي حالة عدم إمكان دلك يطبق قانون محل إبرام العقد ،غير أنه يسري على العقود المتعلقة بالعقار قانون موقعه"** [1].

إذا في النزاع ذو الطابع الدولي الناشئ عن الإخلال بعقد أو إتفاق التفاوض يخضع لما يعرف بقانون إرادة المتعاقدين أو قانون العقد، شريطة ألا تكون أحكام هذا القانون مخالفة للنظام العام أو الآداب في الجزائر [2]، كما يسمح القانون الجزائري للقاضي أن يستخلص القانون الواجب التطبيق على النزاع في حالة عدم تحديده من الطرفين، من خلال وثائق التفاوض ومستنداتها أي من خلال الظروف المتصلة بإتفاق التفاوض الضمني، مثلا من خلال استعمال مصطلحات قانونية معروفة في قانون معين أو إنتهاء انتماء الطرفين لجنسية دولة معينة. [3]

فإذا تخلفت الإرادة الصريحة او الضمنية فإن المشرع الجزائري أتى بضابطي إسناد يؤخذ بها على التوالي، الأول هو الموطن المشترك للمتفاوضين والثاني هو ضابط محل إبرام إتفاق أو عقد التفاوض بحيث يخضع الأخير لقانون الدولة التي تم فيها إبرامه. [4]

وفي حالة الإلتزامات غير التعاقدية يستند القاضي إلى قاعدة الإسناد والخاصة بالإلتزامات غير القانونية بقوله" يسري على الإلتزامات غير التعاقدية ، قانون البلد الذي وقع فيه الفعل المنشئ للالتزام، غير أنه فيما يتعلق بالإلتزامات الناشئة عن الفعل الضار لا يسري أحكام الفقرة السابقة على الوقائع

التي تحدث في الخارج وتكون مشروعة في الجزائر وإذا كانت تعد غير مشروعة في البلد الذي وقعت فيه. [5]

حيث يستفاد من نص المادة 20 أن القانون الواجب التطبيق على النزاع ذي الطابع الدولي المتعلق بمفاوضات عقدية غير مصحوبة بعقد تفاوض هو قانون البلد الذي وقع فيه الفعل الضار أثناء التفاوض أو العدول عنه، ولتحديد القانون الواجب التطبيق يجب تحديد نوع المسؤولية محل النزاع .

6- أنظر نص المادة 18 من ق.م.ج الساري المفعول.
7- نص المادة 24 من ق.م.ج الساري المفعول.
8- د/ بلحاج العربي، مشكلات المرحلة السابقة على التعاقد، المرجع السابق، ص 193.
9- طالع في هذا الخصوص المادة 18 و ما يليها من ق.م.ج الساري المفعول.
10- أ/ عبدو محمد، التفاوض على عقود الأعمال بين الطبيعة المادية و الطبيعة العقدية و آثاره، مقال بمجلة البحوث و الدراسات القانونية و السياسية، العدد الثالث عشر.

ثانيا: القانون الواجب التطبيق على عقد التفاوض:

يخضع عقد التفاوض لقانون الدولة التي تم إختيار قانونها صراحة لحكم العقد، بالنص عليه صراحة في صلب الوثيقة العقدية أو في وثيقة مستقلة، كما أنه يكمن تعديل الإتفاق وجعل الإختصاص لقانون آخر خلاف القانون المتفق عليه أولا، كما أنه يطبق القانون الجزائري إذا تعذر إثبات القانون الأجنبي الواجب تطبيقه، كما أنه لا يجوز تطبيق القانون الأجنبي إذا كان مخالفا للنظام العام والآداب في الجزائر، كما أنه تطبق المبادئ العامة للقانون الدولي الخاص ، فيما لم يرد بشأنه نص في المواد الخاصة بتنازع القوانين. [1]

وتنازع القوانين في عقد التفاوض يفضي في الجزائر وفي سائر الدول، وفق للقاعدة التي تقضي بخضوع العقد الدولي للقانون الذي يختاره الأطراف صراحة أو ضمنا، أي إختصاص قانون الإرادة، حيث يسري على الالتزامات التعاقدية للقانون المختار من المتعاقدين إذا كانت له صلة حقيقية بالمتعاقدين أو العقد، وفي حالة عدم إمكان ذلك يطبق قانون المواطن المشترك أو الجنسية المشتركة وفي حالة عدم إمكان ذلك يطبق قانون محل إبرام العقد، غير أنه يسري على العقود المتعلقة بالعقار قانون موقعه[2].

3- أنظر المواد 23 و 23 مكرر 02 و 24 من ق.م.ج الساري المفعول.
4- أي تسري عليه أحكام المادة 18 من ق.م.ج الساري المفعول.

المبحث الثاني: مبدأ إعادة التفاوض و التنفيذ في مرحلة التفاوض على التعاقد .

إن مبدأ إعادة التفاوض مبدأ هام في مجال الأعمال و التجارة وخاصة الدولية منها، وهذا حتى يبقى العقد قائما و يستمر تنفيذه في الميدان، بعدما يعاد التوازن إلى بنوده و شروطه، بعد إعادة التفاوض على الظروف المستجدة والتي جعلت العقد يختل توازنه.

وتمتاز كثيرا من العقود بطول مدتها، وخاصة عقود التجارة الدولية، ونظرا لرغبة الأطراف في تحقيق قدر كبيرا من الاستقرار في معاملاتهم كما هو معمول به في عقود الامتياز و عقود التوريد، وعموما إلى طبيعة العقد و ضخامة الأعمال الواجب القيام بها، كما هو حاصل في عقود المنشآت الكبرى و عقود التشييد و عقود نقل التكنولوجيا، ولا شك في أن طول مدة تنفيذ هذه العقود قد يجعلها عرضة لبعض الصعوبات والمشاكل التي تؤثر في مقدرة الأطراف على تنفيذ التزاماتهم العقدية، فإن كانت الظروف الدخيلة لها تأثيرها على العقود المحلية، فما بالك بالعقود الدولية التي تتجاوزها عوامل و مؤثرات كثيرة، و خاصة تقلبات و حركة الأسواق الدولية، لذلك يلجأ الأطراف و في غياب الحلول في القواعد و النظم القانونية في التشريعات الوطنية، إلى حلول على أساس الحرية الواسعة التي يتمتع بها الأطراف في تنظيم عقودهم، من بينها هذا الشرط و هو شرط مراجعة العقد عن طريق إعادة التفاوض.

وفيما يلي سنبحث في هذا المبحث من خلال ثلاث مطالب أساسية، بحيث نتطرق في المطلب الأول لمبدأ أو شرط إعادة التفاوض على شروط العقد، ثم ندرس في المطلب الثاني موضوع التنفيذ العيني في مرحلة التفاوض على العقد ، ثم ندرس كذلك في الطلب الثالث موضوع التنفيذ بطريق التعويض في مرحلة التفاوض على العقد على النحو سيأتي بيانه.

المطلب الأول
مبدأ أو شرط إعادة التفاوض على شروط العقد.

شرط أو بند إعادة التفاوض لإيجاد التوازن العقدي بند يتفق عليه طرفا العقد و يدرجانه ضمن نصوص العقد، و بمقتضاه يلتزم الطرفان بالتفاوض من جديد لتعديل شروط العقد و إحكامه ، إذا ما طرأت مستجدات غير متوقعة من شأنها أن تؤثر في التوازن الاقتصادي للعقد.

هذا المعنى يشيع استعماله حاليا بمصطلحات مختلفة في عقود التجارة الدولية، تحت المصطلح الإنجليزي الكثير الاستعمال و هو Hard ship .

لدراسة الموضوع قمنا بتقسيم هذا المطلب إلى ثلاث فروع، الأول هو المقصود من إعادة التفاوض على العقد، أما الثاني فهو شرط إعادة التفاوض لحل النزاعات وديا، أما الفرع الثالث فهو تحت عنوان تطبيقات شرط إعادة التفاوض، وهذا على النحو الذي سيأتي بيانه.

الفرع الأول: المقصود بمبدأ إعادة التفاوض على العقد.

إن التشريع الوطني الجزائري بدا قاصرا في معالجة هذا الموضوع، الذي أصبح يفرض نفسه وله ارتباط قوي بعقود لها أهمية عملية مميزة في الحياة الاقتصادية و التي تأثرت بها عدة عقود أخرى خاصة منها ذات الآثار الاجتماعية، وخاصة أن الجزائر مرتبطة بشكل مكثف بالعقود الدولية، سواء على مستوى التجارة الدولية أو في مجال الأعمال بصفة عامة، سواء على مستوى جلب العوامل التقنية والتقدم أو على مستوى جلب التكنولوجيا للنهوض بالمجتمع و دفعه إلى التطور و الرقي.

أولا: تعريف شرط إعادة التفاوض:

يمكن تعريف شرط إعادة التفاوض، بأنه شرط يدرجه الأطراف في العقد يتفقون فيه على إعادة التفاوض بقصد تعديل أحكام العقد، عندما تحدث ظروف معينة من شأنها الإخلال بتوازن العقد، وإصابة أحد المتعاقدين بضرر جسيم، ومن خلال دراسة هذا التعريف تتبين لنا العناصر التالية:

- إن شرط إعادة التفاوض هو شرط اتفاقي: إذ أن مضمونه يتوقف على ما يتفق عليه الأطراف في العقد، لذا فأنه يتم تنظيم هذا الشرط بشكل مفصل، حيث يبين الأطراف مفهوم هذا الشرط بالنسبة إليهم و الأحداث التي يواجهها، وأثرها على العقد، والحلول التي يتم اللجوء إليها في هذه الحالة، إذ فإن لإدارة الأطراف الحرة أهمية واضحة في صياغة شرط إعادة التفاوض و هذا ما يراه بعض الفقه.

ولعل هذا الواقع يفرض على الأطراف تحديد مختلف عناصر هذا الشرط، والتي يحددونها في العقد، بغية ضمان وتأمين التفعيل والتطبيق الجيد له، و منها الأحداث التي يواجهها الشرط بحيث عند تحققها يتم تفعيل الشرط، وقد تكون هذه الأحداث ذات طبيعة مالية أو سياسية أو اقتصادية، إلى جانب تحديد مصير العقد أثناء مرحلة تفعيل شرط إعادة التفاوض، كما يجب أن يتضمن الاتفاق أيضا مصير العقد في فشل التفاوض هذا والحل الذي يجب الأخذ به، خاصة في حالة ظهور اختلاف أو نزاع حول مدى تحقق الشرط و الأخذ بعين الإعتبار شرط إعادة التفاوض كشرط خاص، تختلف صوره باختلاف طبيعة العقود و

الظروف المختلفة والمستجدة عند تنفيذها، و بمعنى آخر فإن مضمونه ليس واحد في كل العقود، بل إنه يتنوع وفقا لطبيعة الظروف وتحقيقا لرغبات الأطراف المتفاوضة، ولذا فإن صورة شرط إعادة التفاوض تختلف من عقد إلى آخر، ومن ظرف إلى آخر، فقد يواجه الشرط حدثا سياسيا مؤثرا على تنفيذه، وقد يواجه حدثا ماليا يخل بتوازن بنود وشروط العقد، و قد يواجه أحداث اقتصادية تعرقل الاستمرار في تنفيذ، أو يواجهون ظروف قانونية مستجدة تعرقل تنفيذ بنود العقد، كما قد يتفق الأطراف على تفعيل الشرط بمجرد وقوع ضرر لأحد الأطراف أيا كان مقدار ذلك الضرر، وقد يشترطون أن يكون الضرر جسيما و غير مألوف لتفعيل الشرط.

وقد يتفق الأطراف على إعادة التفاوض بأنفسهم في بعض العقود، وقد يتفقون في عقود أخرى على اللجوء إلى الخبراء من قانونيين أو فنيين أو إلى قضاء التحكيم للإشراف على مجريات التفاوض.

و لقد أصبح المتعاملون في عقود الأعمال يلجئون إلى صياغة شرط التفاوض بشكل محدد وأكثر دقة في وصف الشرط بعدما كان المتعاملون و خاصة في ميدان التجارة الدولية يعتمدون في إعداد هذا الشرط على الصياغات العامة.

ثانيا: الوقائع والأحداث التي يمتد إليها شرط إعادة التفاوض.

يقصد بالوقائع و الأحداث التي يمتد إليها الشرط المذكور لمواجهة ما ينجم عنها من تأثير على العقد، و من خلال تدقيق النظر في الشروط التعاقدية المنظمة لشرط إعادة التفاوض يتضح بشكل جلي أن هنالك شروط يجب أن تتوافر في الواقعة أو الحادثة حتى يكون ممكنا تطبيق شرط ومبدأ إعادة التفاوض و إعمال الأحكام الخاصة به.

وبمعنى آخر فإن شرط إعادة التفاوض يمتد نطاقه ليشمل من الوقائع والأحداث وما توافرت فيها تلك الشروط المتعلقة باستقلال الواقعة أو الحادثة عن إرادة الطرفين، أي أن يكون الحدث خارجا عن إرادة المدين، فمن غير المعقول أن يستفيد المدين من تغير ظروف العقد للتمسك بأحكام مبدأ شرط إعادة التفاوض بغية تعديل العقد، في الوقت الذي قد يكون فيه سبب هذا التغيير هو فعل المدين نفسه، ولا ريب أن هذا الشرط يسمح بحماية المتعاقد من تدخل المتعاقد الآخر سيء النية في إحداث التغيير بشكل مباشر أو غير مباشر، ويرى غالبية الفقه أن هذا الشرط يعد أساسيا و ضروريا في الواقعة أو الحادثة و ذو أهمية جلية خاصة في عقود التجارة الدولية، وكذا عن عنصر عدم إمكانية توقع الحدث من خلال الاستعداد المسبق لمواجهته إذا كان يتوقعه، أو عدم قدرته على ذلك إذا لم يكن يتوقع الحدث.

إذا أثناء عملية التفاوض على العقد من المفروض أن يكون الأطراف قد أحاطوا بكل الوقائع والظروف المحتملة التي قد تعيق تنفيذ العقد، بعد إبرامه بشكل نهائي بعد نجاح مرحلة التفاوض على هذه الظروف التي تخل بالتوازن المالي والإخلال بالالتزامات والحقوق المدرجة في بنود العقد، وحتى يكون الحدث غير متوقع يجب أن لا يكون في مقدور الشخص العادي.

ثالثا: الأثر المترتب على تحقق شرط إعادة التفاوض.

يهدف شرط إعادة التفاوض على العقد، للإبقاء على التوازن العقدي وبالتالي الإبقاء على العقد بعد إعادة التوازن للأداءات المالية المتقابلة، وبالتالي فإن صياغته تأتي في شكل يفرض على الأطراف التصدي للظروف التي تؤثر في الأساس الاقتصادي للعقد، و من هنا تبدو أهمية شرط إعادة التفاوض لإعادة توازن العقد فبمقتضاه لا يجوز لأي من المتعاقدين الامتناع عن تعديل العقد، ولا يسوغ للقاضي سلطة تعديل العقد بسبب تغير الظروف، أيا كان الإرهاق الذي يلحق المدين، وهنا تبدو أهمية أخرى لشرط إعادة التفاوض لبنود وشروط العقد، فالحدث أو الظرف المخل بالتوازن الاقتصادي من طبيعة معقدة، فقد يرجع إلى تغيرات في الأسواق أو تكاليف الإنتاج أو برامج التنمية أو التكنولوجيا المستخدمة، الأمر الذي يكون معه من الأفضل أن يتم تعديل العقد عن طريق أطرافه الذين يستعينون في ذلك بلجان يشكلونها لهذا الغرض.

الفرع الثاني: شرط إعادة التفاوض لحل النزاعات وديا.

إن هذا الشرط يهدف إلى التزام طرفا العقد بإعادة التفاوض حول المشكلة التي تعترض تنفيذ العقد القائم بينهما، و ذلك قبل اللجوء إلى القضاء أو التحكيم، ويقوم الأطراف بالنص على هذا الالتزام صراحة ضمن بند من بنود العقد على الالتزام عند حدوث مشكلة ما بالامتناع عن اللجوء إلى القضاء أو التحكيم طوال فترة زمنية معينة، مع الالتزام بإعادة التفاوض من أجل التوصل إلى تسوية ودية للمنازعة.

أولا: وقف تنفيذ العقد والالتزام بشرط إعادة التفاوض.

ويقصد به توقف الطرفين عن تنفيذ التزاماتهما المتبادلة لحين إعادة التفاوض على العقد والتوصل إلى اتفاق جدي لتنظيم تلك الالتزامات، ويجد الوقف أساسه في إرادة الأطراف باعتبارها هي التي أدرجت شرط إعادة التفاوض، وهي التي تعيد التفاوض، فالإرادة في هذه المرحلة تلعب دورا مهما إذ بإمكانها أن توقف العقد فقط في الجانب الطرف المخل،ويبقى الجزء الآخر ساري المفعول، كما أن لها إيقافه وهذا الوقف سيكون له آثار، فبالنسبة للالتزامات الرئيسية مادام أن الاختلال التوازني يجب أن يرد على شرط جوهري فإنها تتوقف بسبب تأثرها بالحدث، أما الالتزامات الأخرى التي لم تتأثر بالحدث فتبقى مستمرة وتكون ملزمة للمتعاقدين ويؤدي عدم تنفيذها إلى قيام المسؤولية العقدية[1].

أما الالتزامات الفرعية فيشملها الوقف في حالتين:

1- في حالة ما إذا تأثر المدين بشكل مباشر بالواقعة أو الظرف أو الحدث، ولم يعد قادرا على تنفيذ الالتزامات.

2- في حالة كون الالتزام الفرعي يتصل اتصالا وثيقا بالالتزام الرئيسي الذي شمله الوقف.

وتجدر الإشارة إلى أن الوقف يتعدى المتعاقدين ليشمل حتى الغير ويجد أساس الوقف في الدفع بعدم التنفيذ، إلا أن التشبث بالدفع بعدم التنفيذ واقف على أن يكون الالتزام مستحق الأداء وأن الحدث المبرر لتفعيل شرط إعادة التفاوض يؤخر تنفيذ الالتزام لحين زواله، أو لحين إعادة التفاوض على العقد، إلا أن هذا الوقف يضع حدا لالتزامات الأطراف بل تبقى هناك التزامات على كل واحد منهم كالالتزام بالحفاظ على العمل مراعاة لما يفرضه مبدأ حسن النية والأمانة التعاقدية، وكذا الالتزام بالسعي الجدي و الحثيث

لاستئناف سريان شروط العقد عن طريق القيام بكافة العمال والإجراءات الضرورية، وبذلك الجهود اللازمة التي تساعد استئناف سريان العقد وتنفيذه، وفي حالة الإخلال بهذه الالتزامات يقوم المتعاقد الذي تسبب في ضرر المتعاقد الآخر بتعويضه دون إعطائه إمكانية الفسخ العقد القائم بينهما، لأنه لو أعطيت له الإمكانية أفرغنا نظام الوقف من أساسه ألا وهو الحفاظ على العقد، لحين إعادة سريانه من جديد.

3- إعداد: عمر حجي، تحت إشراف د/ عبد الرحمن أسامة،الإشكالات المرتبطة بالتفاوض وإعادة التفاوض،مقال مقدم في مجلة الفقه والقانون، العدد44، جوان 2016، ص09وما بعدها.

ثانيا: مدى تدخل الغير لإعمال شرط إعادة التفاوض.

إن استعانة الأطراف بالغير يزيد عادة من فرص الوصول إلى المصالحة في حالة وقوع نزاع، أو إلى إيجاد الحلول الفنية والمالية التي تعترض وتشكل صعوبات في تنفيذ العقد، في بعض العقود التي يخضع تنفيذها إلى رقابة مهندس أو خبير أو خبراء فنيون، يمكن اشتراط إعادة التفاوض في الوقت والمكان المناسبين لدراسة الصعوبات ومحاولة إيجاد الحلول المناسبة لها، وإيجاد المصالحة في النزاع بين الأطراف، وفي الحالة التي يتم فيها تعيين شخص ثالث في العقد لهذه المهمة، فإنه على الأطراف التأكد مسبقا من قبوله للقيام بهذا الأمر، كذلك يمكن الاشتراط في بنود العقد بأن تسمية الطرف الثالث يتم من قبل السلطة يجري تعينها في العقد، ويمكن أن تكون المحكمة، وفي هذه الحالة يجب ضمان قبول رئيس المحكمة لهذه المهمة وقت إبرام العقد.

ومن الجهات التي يمكن اللجوء إليها في إجراء المصالحة مثلا هي منظمة (CCI) إلا أن إجراءات المصالحة المنظمة بواسطتها طويلة نسبيا وطريقة تشكيل اللجان المكونة من ثلاثة أشخاص، حيث يكون أعضاؤها بالضرورة من المختصين في المشاكل الفنية التي هي محل الخلافات العقدية، وهذا ما يحمل معه بعض المخاطر، حيث من المفضل عادة اللجوء إلى شخص ثالث مختص في الشؤون الفنية لأنه يمتلك معرفة جيدة في ميدان المشاكل القابلة للظهور بسبب تنفيذ العقود، وعندئذ يكون من المفيد أن يجري تعينه طبقا لنظام الخبرة الفنية، كما انه على الأطراف الاهتمام في صياغة الشروط العقدية مما يكفل إيراد بعض القواعد المتعلقة بالإجراءات لغرض نجاح المصالحة، حيث يكون من المفيد الاشتراط بأن تكون المصالحة وجاهية، لأنها ستحمل لهم حلول أفضل، علما أنها لا تحمل في حال من الأحوال الصفة الإلزامية، إذ يحق لكل طرف رفض عرض المصالحة المقدم إليه من أجل حمل طلبه أمام المحكمة.

الفرع الثالث: تطبيقات شرط إعادة التفاوض.

من خلال هذا الفرع سنتطرق لمختلف التطبيقات التشريعية الحديثة وتبنيها لفكرة إعادة التفاوض، نظرا للحاجة الملحة لذلك، ونحن في الجزائر أكثر حاجة من أي وقت مضى إلى إدراج هذا الشرط الهام في مختلف تشريعاتنا التي لها علاقة واضحة بمجال المال والأعمال والتجارة الخارجية، حتى تكون أكثر مرونة وجذبا للمتعاملين الاقتصاديين.

أولا: التطبيقات الاقتصادية لشرط إعادة التفاوض.

إن إعادة التفاوض في مرحلة تنفيذ العقد تعد من صميم إدراج فكرة الجانب الاقتصادي في القواعد القانونية، والذي لا يتعارض معه مبدأ الأمن القانوني، ولا مع مبدأ القوة الملزمة للعقد، إن مبدأ قدسية العقد أضحى يشكل مشكلة بحكم أن عقود الأعمال عموما وعقود التجارة الدولية أصبحت تبرم في ظل مناخ اجتماعي واقتصادي غير مستقر، وتبعا لذلك إذا كانت القواعد العامة لقواعد العقود تعرف تأثير العامل الاقتصادي على هذه العقود، حيث يتجلى ذلك في عدة مظاهر بدءا من تعريف العقد ذاته، وصولا إلى تطور مفهوم فكرة النظام العام إلى نظام عام اقتصادي.

46

إن فكرة وشرط إعادة التفاوض يفرض نفسه أمام أطراف العقد للتوصل إلى إعادة التوازن للشروط العقدية ذات البعد المالي والاقتصادي، دون اللجوء إلى القضاء لتعديل العقد وإكماله، فقد يكون عملهم هذا أساس فني معتمد على براء متخصصين ينتدبهم الأطراف في المسائل الفنية والعلمية المعقدة التي تخلق مشكلة تعيق تنفيذ العقد أو حتى توقفه، لذا كان من الواجب أن تواكب المنظومة التشريعية مختلف التطورات الفنية والعلمية والتكنولوجية والاقتصادية في العالم اليوم، وتجعل لأطراف العقد القدرة الكافية من خلال القواعد القانونية على تعديل بنود العقد وفقا للمستجدات المختلفة عند تنفيذه، إعمالا لمبدأ النجاعة الاقتصادية وتحقيق المصالح والأهداف المختلفة وخاصة بالنسبة للطرف الضعيف والمتلقي في العلاقة العقدية، وتماشيا مع هذه التطورات في المجال التعاقدي بدأ يشهد سحبا تدريجيا للقواعد الداخلية تاركة المكان للقواعد والممارسات الدولية، وذلك تكييفا للأنظمة الداخلية مع متطلبات الحياة الاقتصادية.

وبالمقابل من ذلك فإن عملية إعادة التفاوض لا يجب أن تتم بمعزل عن القاضي، ذلك أن هذا الأخير في إطار إعادة التفاوض ليس له صلة بدوره المتمثل في الفصل في المنازعات وإنما يضطلع بدور آخر يتمثل في الإشراف و مرافقة أطراف العقد لإنجاح عملية إعادة التفاوض، كما يضطلع بدور آخر في حالة فشل هذه العملية، فدور القاضي إذن ليس دورا سلبيا، حيث أن سير عملية إعادة التفاوض قد تخضع لإرادة أحد المتعاقدين كنتيجة للهيمنة الاقتصادية المعبر عنها بـ" Hold up"، في إطار مبادئ التحليل الاقتصادي وتبعا لذلك فإنه يبدو أن النظام التعاقدي يميل إلى تجاوز الحدود بين ما هو داخلي وما هو دولي في المجال التعاقدي حيث يقف موقفا وسطا بين الأخذ بمبدأ سلطان الإرادة والتقييم المتشدد لهذا المبدأ، إذ يسمح هذا النظام للإرادة العقدية بلعب دور مهم في ترتيب المراكز العقدية في مختلف مراحل التعاقد، إذ ليس هناك ما ينع المتعاقدين من إدراج شرط تعديل لالتزاماتهم سب ظروف اقتصادية، والذي يسمى عادة بشرط إعادة التفاوض في العقود الدولية الثقيلة والطويلة الأجل.

إذا ومن خلال إعمال شرط إعادة التفاوض، يقع على عاتق المتعاقدين المتفاوضين مبدأ إعادة التفاوض من خلال الالتزام المتفاوض بحسن النية والالتزام بكل ما يتفرع عنه من التزامات أخرى كما سبق دراسة ذلك قبل لجوء المدين لطلب تدخل القاضي في حالة فشل التفاوض.

ثانيا: التطبيقات التشريعية والقضائية لشرط إعادة التفاوض.

1_ في القانون المدني الفرنسي:

إن القانون المدني الفرنسي لا يعترف بنظرية الظروف الطارئة كأصل عام يحكم العقود في إطار القانون المدني، وذلك إعمالا بمبدأ الحرية التعاقدية لكن كل مستتبع بتردد فقهي في قبول أو رفض هذه النظرية، وبذلك فإن رفض التعديل القضائي للعقد يبيح للأطراف القدرة على تعديل عقدهم باعتباره وسيلة للتوقع، مما ينتج لهم إدراج شرط ومبدأ إعادة التفاوض ضمن بنود وشروط العقد الجاري التنفيذ.

ونظرا لما تقدم فإن فكرة إعادة التفاوض في ظل القانون المدني الفرنسي لا تجد لها تطبيقا إلا في حالة ورود شرط عقدي يقضي بها، كما أنه يمكن تطبيقها في حالة العقد الإداري كأثر لإعمال نظرية الظروف الطارئة، إذا رأى القاضي الإداري توافر شروط هذه النظرية، حيث تباشر هذه المفاوضات تحت رقابته مما يجعلها أكثر فعالية بتلك التي قد تجري قبل اللجوء إلى القضاء الإداري.

2- في القانون المدني الجزائري:

لقد نص القانون المدني الجزائري، على أنه إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها، وترتب على حدوثا أن تنفيذ الالتزام التعاقدي وإن لم يصبح مستحيلا صار مرهقا للمدين بحيث تهدده خسارة فادحة، جاز للقاضي تبعا للظروف و بعد مراعاة لمصلحة الطرفين أن يرد الالتزام إلى أحد المعقول، ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك [1].

والتطورات الاقتصادية الحالية دفعت جانب من الفقه الجزائري إلى الدعوة إلى تهذيب نص المادة 107 وخاصة فقرتها الثالثة من القانون المدني الجزائري. الخاصة بالظروف الطارئة، من خلال التخفيف من آثار النظام العم التي تتحلى به هذه الفترة الثالثة، وليس من هدفها ولا من بثارها مخالفة نص المادة 106 ق م ج التي تنص على أن العقد شريعة المتعاقدين.

إذن ليس هناك ما يمنع المتعاقدين من إدراج تعديل الالتزامات، لإعادة التوازن العقدي لشروطه وبنوده ومراحله ماليا واقتصاديا، والذي يدعي بشرط وإعادة التفاوض في العقود الدولية طويلة لمدة والمستمرة التنفيذ زمنيا.

وبالمقابل لذلك فإن تبني القانون المدني الجزائري لفكرة إعادة التفاوض كأثر لتأثر التشريعات الداخلية بقواعد التجارة الدولية الناتجة عن المستجدات الاقتصادية، يدفع إلى التساؤل عن مدى قابلية التشريعات الداخلية الأخرى لتبني هذه الفكرة. وهذا ما يدفع القانون الجزائري مواكبة للتغيرات الاقتصادية التي تبنتها الجزائر والتي ما تزال مستمرا على كل المستويات. حيث يشهد القانون الجزائري بخصوص فكرة إعادة التفاوض ازدواجية في التعامل إذ أنه لا وجود لهذا المبدأ أو الفكرة أو الآلية في القانون المدني الجزائري في ظل نظرية الظروف الطارئة التي ذكرها هذا القانون، غير أن الجزائر تلجأ إعادة التفاوض في تعاملاتها التجارية الدولية لتسوية خلافاتها العقدية، كما ورد في القضية التي عرضت أمام غرفة التجارة الدولية (CCI) حيث لجأت الجزائر إلى إعادة التفاوض مع المؤسسة المغربية لحل نزاعهما البترولي [2].

1- هذا ما نصت عليه المادة 107 من ق. م. ج الفقرة الثالثة، الساري المفعول.
4- وهي القضية التي تحمل رقم 3344، والتي سبق ذكرها .

وكذلك الأمر في قضية (ANADARKO) وهي شركة بترولية أمريكية يربطها عقد استغلال بترولي مع شركة "سوناطراك"، إذ وبعد فرض الجزائر ضريبة جديدة وهي الضريبة على الأرباح الاستثنائية بموجب الأمر 06- 10 المتعلق بقانون المحروقات، بحيث أصبح يطبق هذا الرسم ابتداء من أول أوت 2006[1]، وعلى إثر الخلاف الذي ثار بين الشركتين بخصوص هذه الضريبة المستحدثة، وبعد جولات أمام التحكيم الدولي، باشر الطرفان مفاوضات جديدة توصلت إلى اتفاق مشترك يقضي بتعديل بعض أجزاء العقد التي يربطها مع التنازل المشترك عن القضية المعروضة أمام التحكيم الدولي.

كما لجأت الحكومة الجزائرية إلى نفس الإجراء ممثلة في وزارة الأشغال العمومية والتي باشرت مفاوضات جديدة مع المجمع الياباني Cojaal، التي يربطها معه عقد إنشاء مقاطع من الطريق السيار، وهذا تفاديا للجوء إلى التحكيم التجاري الدولي.

ومن خلال ذلك يتضح ونلاحظ هذه الازدواجية في التعامل في القانون مع إشكالية تغيرات تنفيذ العقود الدولية التي أصبحت تخضع وبحكم الواقع إلى شرط ومبدأ إعادة التفاوض، وأين تخضع العقود الخاصة الداخلية إلى نظرية الظروف الطارئة، ومن خلال ذلك على المشرع الجزائري مواكبة التطورات والتحولات الاقتصادية التي عرفتها الجزائر حديثا، عليها بالضرورة إتباع ما درجت عليه أكثر القوانين تقديسا لمبدأ القوة الملزمة للعقد، وبالتالي يتجسد من خلالها مبدأ أو شرط إعادة التفاوض، وهذا ما ينبؤ بأن تتبعه في ذلك التشريعات الأخرى في هذا الأمر، وذلك في إطار تكييف النظم القانونية الداخلية مع قواعد التجارة الدولية لضمان أكثر قدرة تنافسية في جذب الاستثمارات الأجنبية[2].

3- التطبيق القضائي لشرط إعادة التفاوض:

منذ بداية تسعينات القرن العشرين (20)، بدأت فكرة إعادة التفاوض تجد تطبيقها القضائي في القضاء الفرنسي، و من أكثر القرارات القضائية أهمية يتمثل في قرار محكمة النقض الفرنسية، والذي يتعلق بعقد ثلاثي الأطراف لمدة 10 سنوات بين بلدية كولوز (Cluse)، وجمعية إقامة العمال الشباب (AFJT)، ومؤسسات واجبات باريسية (LRP)Z، والذي بموجبه تستغل الـLRP محلا كمطعم مقابل بدل إيجار تدفعه الـAFJT ورسم تدفعه لبلدية Cluse، غير أنها قامت بفسخ العقد بصفة انفرادية نتيجة استحالة تنفيذ العقد اقتصاديا، حيث قضت محكمة النقض الفرنسية برفض الطعن المقدم من LRP أين استندت إلى

2- و هو ما نصت عليه المادة 101 مكرر من القانون 06-10 المتعلق بقانون المحروقات المقرر في:2006/06/24.
[2] – قرار لمحكمة النقض الفرنسية الصادر في 29 جوان 2010.

الاختلال المالي للعقد منذ الاستئناف، وذلك على أساس أن LRP استندت إلى الاختلال المالي للعقد منذ إبرام العقد، وليس على أساس الرفض غير المبرر للمتعاقدين معها للأخذ بعين الاعتبار تغير غير متوقع للظروف الاقتصادية أو رفضهم لإعادة التفاوض بشأن آليات تعديل عقدهم مراعاة لالتزاماتهم بالتفاوض والتنفيذ بحسن نية، وبذلك تتجلى أهمية هذا القرار ليس فقط باعترافه بأن رفض المتعاقد لإعادة التفاوض يقيم مسؤولية القانونية، بل من خلال ذلك تحديد نطاقه لإعادة التفاوض يقيم مسؤوليته القانونية، بل من خلال ذلك تحديد نطاقه لإعادة التفاوض بالأحداث غير المتوقعة التي تحدث بعدم إبرام العقد، والتي تؤدي إلى تنفيذ مرهق للعقد لأحد أطرافه، وهذا ما أكدته كذلك محكمة النقض الفرنسية في قرار لها حديثا لها.

وتبعا لذلك يتضح أن القضاء قد سبق المشرع، في الاعتراف بفكرة إعادة التفاوض في حل مشكلة تغير ظروف تنفيذ العقد بربطها بمبدأ التضامن، ومبدأ حسن النية في التعامل، كما أخذ في التوسع في أخذ فكرة إعادة التفاوض، بداية من الاعتراف بها، وصولا إلى تحديد نطاقها، وإن كانت هذه الفكرة لا تعتبر مبدأ عاما لحكم مسألة الظروف غير المتوقعة عند تنفيذ العقد.

المطلب الثاني: التنفيذ العيني والتنفيذ بطريق التعويض في مرحلة التفاوض على العقد

متى وجد اتفاق التفاوض صحيحا، أو ما يسمى بعقد التفاوض، وجب على طرفيه تنفيذ الالتزامات الناشئة عنه، فإذا لم يقم أحد المتعاقدين بتنفيذ التزامه ولم يكن عدم التنيذ راجعا إلى سبب أجنبي، قامت مسؤولية العقدية، وتقتضي أحكام هذه المسؤولية بأن ينفذ كل متعاقد ما التزم به عينا، فإذا كان التنفيذ العيني ممكنا وطلبه الدائن أجبر الدائن عليه.

أما إذا كان التنفيذ العيني غير ممكن أو كان ممكنا ولكن لم يطلبه الدائن ولم يعارضه المدين، فلا يكون أمام القاضي سوى أن يحكم بالتعويض عن عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عن العقد، وإذا قام الالتزام سواء أكان عقديا أم تقصيريا فليس له أثر واحد وهو وجوب تنفيذه ولو جبرا ن المدين، فيلتزم المدين بأن ينفذ عين ما التزم به، أو بمقابل أي عن طريق التعويض.

أما التعويض فهو الأثر الجوهري المترتب على قيام المسؤولية المدنية لجبر ما لحق بالمضرور من أضرار مادية أو معنوية أو هما معا، حيث أن التنفيذ العيني هو الأصل في المسؤولية العقدية، والتنفيذ بمقابل أي عن طريق التعويض المالي هو القاعدة العامة في المسؤولية التقصيرية.

وسندرس في الفرع الأول التنفيذ العيني، و في الفرع الثاني التنفيذ بمقابل أو عن طريق التعويض في مرحلة التفاوض على العقد، كما أننا سوف نتطرق في الفرع الثالث إلى موضوع مسؤولية الغير عن إفساد المفاوضات من خلال هذا المطلب.

الفرع الأول: التنفيذ العيني في مرحلة التفاوض على التعاقد.

يعد التنفيذ العيني لعين ما التزم به المدين في مواجهة الدائن الوسيلة الأصلية في الوفاء بالالتزام، وقد نص القانون المدني الجزائري صراحة على أن يجبر المدين على تنفيذ التزامه بعد إعذاره تنفيذا عينيا، إذا ما نكل على التنفيذ اختيارا، وكان هذا التنفيذ ممكنا وغير مرهق.

إذا لم يقم المتفاوض بتنفيذ التزامه بالتفاوض اختيارا، بأن رفض الدخول في التفاوض أو الاستمرار فيه بالرغم من إعذاره، هنا هل يجوز للمتفاوض الآخر أن يلجأ إلى القضاء طالبا الحكم بإجباره على الدخول في التفاوض أو الاستمرار فيه؟ أي هل يجوز إجبار المتفاوض على تنفيذ التزامه بالتفاوض تنفيذا عينيا.

وهذا ما نعمل على الإجابة عليه من خلال هذا الفرع الذي تناولناه من خلال ثلاث نقاط، الأولى وضعناها بعنوان: المقصود بالتنفيذ العيني، أما الثانية فوضعنا له عنوان مدى جواز إجبار المدين على التنفيذ العيني، أما الثالثة و الأخيرة وضعناها تحت عنوان تطبيقات قضائية فيما يخص إجبار المدين على التفاوض على العقد، وهذا على النحو الذي سيأتي بيانه من خلال ما يلي:

أولا: المقصود بالتنفيذ العيني في مرحلة التفاوض على العقد.

يقصد بالتنفيذ العيني أن يقوم المدين بأداء عين ما التزم به غلى الدائن، والأصل في تنفيذ الالتزام أن يكون عينيا، فإذا ما نكل المدين على التنفيذ العيني طواعية واختيارا، جاز للدائن أن يجبره على ذلك عن طريق القضاء، شريطة على أن يكون هذا التنفيذ ممكنا وغير مرهق للمدين، وقد نص القانون المدني الجزائري على أن يجبر المدين بعد إعذاره على تنفيذ التزامه تنفيذا عينيا متى كان ذلك ممكنا[1].

إذا كان التنفيذ العيني هو الأصل في القانون المدني الجزائري ، وفقا للمادة السابق ذكرها وما يليها، غذ يجب الأخذ به كلما أمكن ذلك، بقصد إعادة الأطراف إلى الحالة التي كانوا عليها قبل حصول الفعل الضار المتمثل في قطع المفاوضات، فإن الفقه في مجموعة ذهب إلى استبعاد التنفيذ العيني في مجال التفاوض، وذلك لأن الأخذ به يعني الزام الأطراف بمتابعة المفاوضات وصول غلى إبرام وتحقيق العقد النهائي بالقوة والإجبار، خلافا لأحد الأطراف على الأقل، وهو ما يتعارض مع مبدأ الحرية التعاقدية [2].

إن تنفيذ الالتزام بالتفاوض تنفيذا عينيا يقتضي تدخل المتفاوض المدين شخصيا والأصل أنه يرفض تماما الدخول في التفاوض أو الاستمرار فيه، فإذا اجبر على ذلك كان في هذا الإجبار مساسا بحريته الشخصية، لهذا لا يجوز إجبار المتفاوض على بدأ أو مواصلة التفاوض، مثلما أنه لا يجوز إجبار الرسام على رسم لوحة وعد بها، وإلا كان في ذلك مصادرة لحريته، وفضلا عن ذلك فإن الإجبار يكون غير مجد في مجال التفاوض وذلك لأن التفاوض بطبيعته يحتاج إلى التعاون الحقيقي بين الطرفين، ولا يتصور أي تعاون من شخص أكره على التفاوض رغم أنفه، ولذا فإن التفاوض في هذا المناخ لا يثمر عقدا، بل سيكون مصيره الفشل لا محالة.

3- هذا ما نصت عليه المادة 164 من ق. م. ج الساري المفعول.

4- د/ بلحاج العربي، مشكلات المرحلة السابقة على التعاقد، المرجع السابق، ص200.

إلا أنه إذا كان لا يجوز إجبار المتفاوض بطريق مباشر على الدخول في التفاوض أو الاستمرار فيه، غلا أنه لا يجوز في سبيل حثه على تنفيذ التزامه، أن تستعمل ضده وسيلة الغرامة التهديدية، فيحكم القاضي بإلزامه بدفع مبلغ مالي معين من النقود عن كل مدة زمنية يتأخر فيها عن الدخول في التفاوض أو الاستمرار فيه، غير أنه إذا لم تكن هذه الوسيلة مجدية، فلا مفر ولا مناص من الاكتفاء بالحكم عليه بالتعويض النقدي.

إذا فيما يتعلق بالتنفيذ العيني في هذا الموضوع، فلا يتصور الإجبار عليه في حالة الالتزام بالتفاوض لأن الأمر يتعلق بحرية المدين الشخصية على نحو لا يتصور معه الإجبار عليه لأن في ذلك مصادرة لهذه الحرية الشخصية، بعبارة أخرى التنفيذ العيني يفترض من إرادة المدين بالتفاوض بحسن نية لا يمكن تحصيلها عن طريق الإجبار، لذلك يذهب الفقه إلى أن الجزاء الوحيد المتصور في حالة الإخلال بالالتزام بالتفاوض هو المطالبة بالتعويض ولا شك في صحة هذه النتيجة كلما تعلق الأمر بالتفاوض، الذي يستهدف إقامة علاقة تعاقدية غير قائمة بالفعل بين الطرفين، ففي هذه الحالة ليس للتنفيذ العيني من معنى سوى إقامة العلاقة محل التفاوض رغما عن إرادة طرفيهما جاعلا كل من مبدأ الرضائية، ومبدأ الحرية التعاقدية في مهب الريح.

هذا فيما يخص التفاوض الذي يهدف أطرافه من ورائه إلى إقامة رابطة تعاقدية غير قائمة بالفعل فيما بينهم، لكن قد يتعلق التفاوض بعلاقة عقدية ناشئة من عقد مبرم بالفعل بين الطرفين، ومستندة إلى شروط العقد نفسه، أي ما يعرف كما أسلفنا بشرط إعادة التفاوض كما يكون الحال عندما يكون الطرفان قد احتفظا عند التعاقد ببعض العناصر الثانوية لاتفاق لاحق يتم التفاوض عليه بين الطرفين، وكما هو الحال في احتفاظ أحد طرفيه بحقه في المطالبة بتعديل أحد عناصر العقد الأساسية كالثمن مثلا إذا ما تحققت شروط معينة، ونفس الأمر عند الاتفاق على التفاوض لتحديد العقد متى انتهت مدته، في هذه الحالة لا يكون هناك ما يمنع من التنفيذ العيني من خلاله الالتجاء إلى القاضي للفصل في النزاع حول العناصر التبعية أو على التعديل، على التجديد الذي يكون محلا للالتزام بالتفاوض الذي حصل الإخلال به، يستعين القاضي في ذلك بطبيعة المعاملة والعرف والعدالة.

وإذا كان لا يجوز للقاضي أن يجبر المتفاوض على الدخول في التفاوض أو الاستمرار فيه فلا يجوز له من باب أولى أن يجبره على التعاقد، أي لا يجوز له أن يحل إرادته محل إرادة المتفاوض الرافض للاستمرار في التفاوض، ويقضي باعتبار العقد المتفاوض عليه قائما على سبيل التعويض العيني، وهذا ما يسلم به جمهور الفقهاء، ولم يجحده القضاء.

ثانيا: مدى إجبار المدين على التنفيذ العيني.

إذا قلنا أنه إذا قامت مسؤولية المتفاوض العقدية عن إخلاله بالتزامه بالتفاوض فإن القاضي لا يستطيع أن يجبره على التفاوض، كما أنه لا يمكنه أن يجبره على إبرام العقد النهائي المتفاوض عليه،

وإنما يتعين عليه أن يحكم عليه بالتعويض النقدي فحسب، ومن يفرض عليه ذلك رغم إرادته لا يرجى منه أن يتعاون أثناء التفاوض وأثناء تنفيذ العقد، الأمر الذي يفتح باب النزاع والشقاق بين الطرفين في المستقبل.

إن العرض بالدخول في المفاوضات العقدية لا يشكل عرضا ملزما، كما أن المعالم العقد محل التفاوض أي عناصره الجوهرية أو مسائله الأساسية ما زالت غير محددة ولا مضمونة فلا يستطيع القاضي أن يحل محل أحد الأطراف في إكمال المفاوضات وبناء العقد النهائي بكل مسائله الأساسية، وعلى هذا الأساس فإن محل الالتزام الذي لم ينفذ هنا، هو التفاوض وليس التعاقد، لأن هذا الأخير يحتاج على الأقل لاتفاق على العناصر الجوهرية[1] .

وبذلك فإن التنفيذ العيني أمر مستبعد في مرحلة المفاوضات والمشكلة قد تثور حول ضياع فرصة حقيقية للتعاقد، وفي العقد نفسه، وهذا ما لم يجد القاضي بداية عقد غير كامل يحتاج إلى تكميل وتنظيم وفقا للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام، وقد حكمت المحكمة العليا في قرار حديث من أن تصرف الواعد في العقار الموعود به، وانتقال ملكيته إلى الغير عن طريق شهر هذا التصرف في المحافظة العقارية، لا يبقى للموعود به سوى دعوى الرجوع على الواعد بالتعويض3 استنادا لنصوص وقواعد القانون المدني الجزائري.[2].

ثالثا: تطبيقات قضائية فيما يخص إجبار المدين على التفاوض على العقد.

ثمة حكم صادر عن محكمة إستئناف باريس، قضى بالإجبار على التفاوض، وهذا ما جعل البعض يستند إليه من الفقه، للقول بإمكانية إجبار المتفاوض على تنفيذ إلتزامه بالتفاوض تنفيذا عينيا إذا ما قدر القاضي ذلك. [3].

و تتعلق وقائع الحكم بعقد توريد كمية من زيت المازون، بين شركة EDF و شركة "شل" الفرنسيتينن وقد كان العقد يتضمن بند يلزم الطرفين بإعادة التفاوض حول الثمن، حيث إرتفعت أسعار البترول و كان لا بد من من التفاوض حول تعديل الثمن، وهذا ما حدث فعلا و لكن التفاوض باء بالفشل، و برفع الوقائع أمام محكمة إستئناف باريس قضت المحكمة قبل الفصل في الموضوع، بإلزام الطرفين بالتفاوض للتوصل إلى إتفاق، و للمحكمة أن تقضي على ضوء المفاوضات و الحلول المقترحة، إما بتعديل العقد أو أو إبطاله.

الفرع الثاني: التنفيذ بمقابل أو عن طريق التعويض في مرحلة التفاوض على العقد.

4- هذا ما نصت عليه المادة 65 من ق.م. ج الساري المفعول.
5- د/بلحاج العربي، مشكلات المرحلة السابقة على التعاقد، المرجع السابق، ص202 وما قبلها.
6- هذا ما نصت عليه المادة 182 مكرر من ل ق م.ج الساري المفعول.

سنتطرق من خلال هذا الفرع، المقصود بالتعويض بمقابل في مرحلة التفاوض على العقد، و شروط التعويض بمقابل و الأضرار التي يعوض عنها في مرحلة التفاوض على العقد، و هذا على النحول الذي سيأتي بيانه.

أولا: المقصود بالتنفيذ بمقابل في مرحلة التفاوض على العقد.

التعويض بمقابل أو ما يسمى بالتنفيذ غير المباشر أو يسمى الإلتزام بمقابل، و في القانون المدني الجزائري يسميه التنفيذ بطريق التعويض، و هو أنه إذا إستحال على المدين أن ينفذ الإلتزام عينا حكم عليه بتعويض الضرر الناجم عن عدم تنفيذ الإلتزام، ما لم يثبت أن إستحالة التنفيذ نشأت عن سبب لا يد له فيه، و يكون الحكم كذلك يتأخر المدين في تنفيذ إلتزامه، و إذا لم يكن التعويض مقدرا بالعقد أو في القانون، فالقاضي هو الذي قدره وفقا لما لحق المضرور من خسارة و ما فاته من كسب، بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعة لعدم الوفاء بالإلتزام، أو للتأخر في الوفاء به، و يعتبر الضرر نتيجة طبيعية إذا لم يكن في إستطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول[1].

أما بالنسبة للضرر المعنوي فهو يشمل التعويض عن الضرر المعنوي، و هو كل مساس بالحرية أو الشرف أو السمعــة[2].

ثانيا: الأضرار التي يعوض عنها في مرحلة التفاوض على العقد.

في حقيقة الأمر فإن الأضرار التي تقع، و التي يمكن المطالبة بالتعويض عنها في مرحلة التفاوض لا تدخل تحت حضر، إذ من خلال ذلك سنقتصر فيما يلي على أهم هذه الأضرار:

01 ضياع الوقت.

ضياع الوقت في مرحلة التفاوض على العقد من الأضرار المتوقعة، لذا يستحسن التعويض عليه.

02 نفقات التفاوض.

يعود تحديد مقدارها لقضاة الموضوع، فهي تشمل كافة النفقات و المصاريف التي تكبدها المتفاوض المضرور في سبيل التفاوض، و الإعداد للعقد و الدراسات الفنية، و تقارير الخبراء، و السفر، و الإقامـة و الإتصالات، و ضياع الوقت، بالإضافة إلى الأضرار الناشئة عن إفشاء معلومات و بيانات عن إستعمال مهارات المساس بالسمعة التجارية، و النيل من مصداقية المضرور[1].

---

[1]- هذا نص المادة 182 مكرر من ل ق م.ج الساري المفعول هذه المادة مضافة بالقانون رقم 10/05 المؤرخ في:2005/06/20 المعدل والمتمم للقانون المدني الجزائري.

3- د/ بلحاج العربي، مشكلات المرحلة السابقة على التعاقد، المرجع السابق، ص 204.

03 الفرص الضائعة.

يجوز للدائن الحصول على التعويض عن الفرض التي ضاعت منه لإبرام عقود أخرى محل العقد الذي لم يحصل عليه، و ذلك إذا ما أثبت ضياع هذه الفرض و عدم تسببه كليا أو جزئيا في ضياعها بخطأ منه.

04 تفويت فرصة إبرام العقد محل التفاوض.

إن الهدف الأساسي لعملية التفاوض هو إبرام العقد النهائي المنشود من كلى الطرفين، و قد يكون خلال التفاوض مسلك أحد المتفاوضين خاطئا، مما يؤدي إلى فشل التفاوض و بالتالي فقدان الأمر في إنعقاد العقد الذي قامت من أجله المفاوضات.

05 تفويت فرصة إبرام عقد بديل مع الغير.

يجوز للطرف المتضرر الذي يستعمل حقه في إنهاء المفاوضات أن يطلب تعويضات عن ضياع فرصة إبرام عقد بديل عن العقد الذي فشل في إبرامه بسبب خطأ الطرف الآخر.

06 المساس بالسمعة التجارية.

يعد المساس بالسمعة التجارية للمتفاوض التاجر، نتيجة لقطع التفاوض معه بدون سبب معقول، من قبيل الضرر الأدبي الذي يجب جبره.

07 عدم تنفيذ عقود أخرى أبرمت مع الغير إستنادا إلى مشروع العقد المتفاوض عليه.

إذا قام المتفاوض أثناء سير المفاوضات بإبرام عقود معينة مع الغير كإبرام عقد قرض لتمويل مشروع المشروع المتفاوض عليه أو عقد تأمين عليه..... إلخ، فإذا ما فشل التفاوض على العقد الأصلي فإن ذلك يؤدي لا محالة إلى عم تنفيذ هذه العقود التكميلية أو المساعدة، و الراجح هنا أنه يجب التفرقة بين فرضيتين:

الفرضية الأولى: أن يكون المتفاوض الآخر المسؤول عن فشل المفاوضات عالما بهذه العقود، و لم يعترض عليها، أو أنه هو الذي حث المتفاوض المضرور على إبرامها مطمئنا إياه بأن العقد المتفاوض عليه على وشك الإنعاقد، ففي هذه الحالة تقضي العدالة بأن يكون هذا المتفاوض المسؤول ملتزما بدفع التعويضات المستحقة على المتفاوض المتضرر إتجاه الغير.

الفرضية الثانية: أن المتفاوض الآخر المسؤول عن فشل المفاوضات غير عالم بهذه العقود، أو كان علما بها، لكنه إعترض على إبرامها، ففي هذه الحالة و طبقا لقواعد العدالة كذلك فإن هذا المتفاوض لا يكون مسؤولا عن التعويضات المستحقة على المتفاوض المتضرر إتجاه الغير[1].

---

[1]- وهذا ما نصت عليه المادة 124 وما بعدها من الق م.ج **للساري المفعول**.

4- قضية مشهورة نقلا عن د/ عبد الكريم عبد اللاه، التفاوض على العقد، المرجع السابق، ص 651 و ما بعدها.

ثالثا: التعويض بمقابل في مرحلة التفاوض على العقد.

إذا أثبت خطأ التفاوض و ترتب على ذلك ضرر، كان للمضرور الحق في إثبات ذلك و المطالبة بالتعويض، و يشمل نطاق التعويض عن الضرر، الأضرار المادية و الأدبية التي لحقت بالطرف الآخر، و الذي أحدث الإخلال بإلتزامات التفاوض في مواجهته، حسب قواعد المسئولية عن الإخلال بالإلتزامات الناشئة عن العقد.

الفرع الثالث: مسؤولية الغير عن إفساد المفاوضات العقدية.

سندرس هذا الموضوع من خلال جانبين، الجانب الأول بمدى تدخل الغير لإفساد المفاوضات العقدية، أما الثاني فتطبيقات قضائية حول تدخل الغير لإفساد المفاوضات العقدية.

أولا: مدى تدخل الغير لإفساد المفاوضات العقدية.

إذا تسبب الغير بفعلته في فشل المفاوضات المتقدمة بدون وجه حق، و ضيع على المتفاوض صاحب المصلحة فرصة حقيقية و جادة في إبرام العقد المتفاوض عليه، لذا فإن هذا الغير يلتزم ـ العمل غير المشروع الذي يقيم المسئولية التقصيرية ـ بتعويض المتفاوض المضرور عن تفويت تلك الفرصة عليه، و عن باقي الأضرار المادية و الأدبية التي ألمت به من جراء فعلته الضارة هذه.

ثانيا: تطبيقات قضائية حول تدخل الغير لإفساد المفاوضات العقدية.

سنتعرف في هذا الشأن على أهم تطبيق قضائي و هو الخاص بقضية ـ تكساكو و بنزويل الأمريكية، حيث تعد هذه القضية من أهم القضايا التي ثارت في هذا الصدد التعويض في تاريخ القضاء الأمريكي.[2].

حيث و في 14 نوفمبر 1985 بمدينة هوستن بولاية تكساس أصدر القاضي **CASSEB**[1] حكمه التاريخي بإلزام شركة "تكساكو" بتعويض شركة "بنزويل" بمبلغ إجمالي قدره 11 مليار دولار، منها 7،33 مليار دولار على سبيل التعويض عن تدخل شركة تكساكو الغير مشروع الذي أفسد الصفقة و ثلاثة مليارات دولار كتعويض عن إخلال شركة جيتي بالإتفاق التمهيدي الذي تم بينهما و بين شركة فنزويل قبل تدخل شركة تكساكو، و إلتزام شركة "تكساكو" بهذا الشق الأخير من التعويض بصفتها المسؤولة قانونا، بمحض رضائها عن الصفقة في مواجهة الغير، كونه يعد عملا غير مشروع يقيم مسؤوليتها التقصيرية.

وتتمثل وقائع القضية في تقدم شركة بنزويل في 1983/12/28 بعرض إلى شركة جيتي لشراء أسهما بسعر 100 دولار للسهم الواحد، فوافقت شركة جيتي على الصفقة من حيث المبدأ، حيث جرت بين

الطرفين مفاوضات في هذا الشأن توصلا من خلالها إلى رفع سعر السهم إلى 110 دولار أمريكي وحررا بذلك مذكرة اتفاق، وتم التوقيع عليها من كلا الطرفين في: 1984/01/02 شريطة أن يتم التصديق عليها من مجلس إدارة شركة جيتي، وفي 1984/01/03 وبعد مناقشات طويلة أثارت اعتراض أحد أعضاء المجلس على السعر المقدم من المشتري، اعتمد مجلس الإدارة مشروع عقد بيع شركة جيتي إلى شركة بنزويل بسعر 115 دولار للسهم، على ان تلتزم شركة بنزويل بتعويض من سيخرج من أعضاء المجلس مستقبلا، بعد تغير نسبة الأغلبية في المجلس ، بتعويض يطلق عليه – مظلة الهبوط الذهبية - وفي اليوم الموالي تم الإعلان في الصحف عن توصل الطرفين إلى اتفاق مبدئي حول الصفقة.

ولكن في 1984/01/05 وبينما كان محاموا الطرفين عاكفين على صياغة العقد النهائي تدخلت شركة تكساسو متعددة الجنسيات في الصفقة، وأجرت مفاوضات سرية سريعة مع شركة جيتي من أجل شراء أسهمها بدلا من شركة بنزويل وعرضت مبلغ 128 دولار للسهم الواحد، حيث أسفرت هاته المفاوضات عن توقيع خطاب نوايا بين الطرفين في: 1984/01/06 تضمن الإتفاق شراء شركة تكساسو لشرطة جيتي بقيمة إجمالية للصفقة مقدارها عشر مليارات دولار، وقد اعتد مجلس إدارة جيتي عقد البيع النهائي بالإجماع على أن تكون شركة تكساسو بموجب بند في العقد هي المسؤولة الوحيدة عن هذه الصفقة في مواجهة الغير .

[1]- إن هذا القاضي تم تعينه لخلافة قاضي أخر هو A.FARRIS ، الذي استقال لأسباب صحية بعد أن تابع كل إجراءات المحاكمة، والذي إتهم فيه بعد تلقية رشوى من شركة بنزويل من أجل إعادة إنتخابه، أنظر الدكتور/ عبد الكريم عبد الله، **التفاوض على العقد، المرج السابق**، ص 665.

وعلى إثر ذلك قامت شركة بنزويل في 1984/01/10 برفع دعوى قضائية على شركة تكساسو أمام محكمة هوستن الإبتدائية، وذلك للمطالبة بالتعويض عن الضرر الذي أصابها من جراء تدخل الأخيرة، بشكل غير مشروع في مفاوضات شبه ناجحة التي كانمت تجري بينهما وبين شركة جيتي، والذي أدى إلى فشلها وضياع الصفقة منها .

وقد أصدر القاضي Casseb حكمه التاريخي بإلزام شركة تكساسو بتعويض شركة بنزويل مكبلغ إجمالي قدره 11 مليار دولار، منها 7.33 مليار دولار على سبيل التعويض عن تدخل شركة تكساسو غير المشروع الذي أفسد الصفقة، وثلاث مليارات كتعويض عن إخلال شركة جيتي بالإتفاق التمهيدي الذي تم بينهما وبين شركة بنزويل قبل تدخل شركة تكساسو، والتزام شركة تكساسو بهذا الشق الأخير من التعويض بصفتها المسؤولة قانونا، بمحض إرادتها عن الصفة في مواجهة الغير .

وقد اعتبرت المحكمة ان شركة تكساسو مسؤولة عن التعويض في شقيه مسؤولية تقصيرية، فقد رأت ان هذه الشركة تعد مسؤولة عن الشق الأول من التعويض مسؤولية تقصيرية، وهذا أمر بديهي باعتبار تدخلها في المفاوضات شبه الناجحة بين شركتي جيتي وبنزويل وإفسادها على هـــاته الأخـيـــرة يعد عملا غير مشروع يقيم مسؤوليتها التقصيرية، أما عن الشق الثاني من التعويض فقد اعتبرت المحكمة أن شركة تكساسو تكون مسؤولة عنه مسؤولية تقصيرية كذلك، فبالرغم من اعتراف المحكمة بأن الإتفاق المبدئي المبرم بين شركتي جيتي وبنزويل يعتبر عقدا ملزما لطرفيه والواقعه أن هذا الموقف لا يخلو من النقد، إذ مـــادام أن المحكمة تعترف بالقيمة العقدية للإتفاق المبدئي فكان يتعين عليها أن تعتبر المسؤولية فيما يتعلق بالشق الثاني من التعويض مسؤولية عقدية، فإذا كان المنطق يحتم أن تكون شركة تكساسو مسؤولة عن إفسادها المفاوضات مسؤولية تقصيرية باعتبارها من الغير، فإن ذات المنطق يقضي بأتن تكون شركة جيتي مسؤولة اتجاه شركة بنزويل مسؤولية عقدية، وذلك لإخلالها بالإتفاق المبدئي الذي أبرمته معها من قبل.

تم استئناف هذا الحكم أمام محجكمة استئناف تكساس، ولكن المحكمة أيدت الحكم، مع تخفيض مبلغ التعويض في شقه الثاني إلى مليار دولار من ثلاث مليارات .

وقد توالت الطعون على هذا الحكم حتى وصل إلى المحكمة الفدرالية العليا للولايات المتحدة الأمريكية وقد أصدرت هاته الأخيرة حكمها في: 1987/04/06 بعدم اختصاصها بنظر الدعوى، وذلك لكونها من المنازعات الداخلية لولاية تكساس، مما مؤداه أن محاكم تكساس هي التي تختص بنظر تلك الدعوى، ولكن المحكمة الفدرالية العليا طرحت على شركة تكساسو خيارين هما:

3- أن تتفاوض مع شركة بنزويل من أجل التوصل إلى حل ودي للنزاع .
4- أن تطلب شهر إفلاسها، مع استفادتها من الحماية القانونية المقررة في الفصل الحادي عشر من قانون الإفلاس الفيدرالي .

وبناءا على ذلك عرضت شركة تكساسو التصالح مقابل دفع مليارين من الدولارات ولكن شركة بنزويل أصرت على دفع أربعة مليارات كحد أدنى.

من خلال ذلك ساء الوضع المالي لشركة تكساسو، مما اظطرها إلى إيداع شهر إفلاسها أمام المحكمة الفدرالية لولاية نيويورك ، المقر الرئيسي لشركة تكساسو وفي نفس الوقت كان قد تم الطعن في حكم القاضي Casseb أمام المحكمة العليا بولاية تكساس، وقد أصدرت المحكمة حكمها في 1987/11/02 بتأييد الحكم.

وفي ظل هذه الظروف أيقن الطرفان أنه لامناص من قبول الحل الودي، وبالفعل قبلت شركة بنزويل أن تتصالح تكساسو، مقابل أن تدفع هذه الأخيرة مبلغ ملياري دولار، وفي 1987/12/21 وقع الطرفان على اتفاق الصلح النهائي، وبذلك أسدل الستار على معركة قانونية استمرت ثلاث سنوات.

خلاصة الفصل الثاني:

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

و تمر عملية التفاوض على العقود و خاصة منها الهامة و الثقيلة في الميدان التطبيقي على العموم بثلاث مراحل أساسية و هي مرحلة إنعقاد التفاوض أو الدخول في التفاوض بعد الإتصال بين الطرفين قبل ذلك بعدة طرق، و يعبران عن إرادتهما أو رغبتهما المتبادلة في الدخول في عملية التفاوض بشأن العقد المراد إبرامه مستقبلا، ثم مرحلة سير العملية التفاوضية التي تعقد فيها جلسات تفاوضية، يتم فيها تبادل

الدراسات المحضرة و الإقتراحات و المشاورات و إن استدعي الأمر التنازلات لهدف الوصول إلى تحديد بنود وشروط و مراحل العقد أثناء تنفيذه، و في الأخير مرحلة إنتهاء التفاوض على العقد و التي تتوج إما بالنجاح أو بالفشل.

وفي مجال العقود الهامة والثقيلة، وخاصة في مجال الأعمال كثيرا ما يلجأ الأطراف عند بداية التفاوض على هذه العقود إلى إبرام نوع جديد من الاتفاقات، ومنها إتفاق أوعقد التفاوض، و قد تنشأ إلتزامات قبل أو خلال أو حتى بعد التفاوض على العقد و ما يتم قبلها أو خلالها من اتفاقات، سواء كانت مؤقتة تنظم التفاوض في حد ذاته أو إتفاقات جزئية أو مرحلية تنظم موضوع العملية التفاوضية بشكل مرحلي.

وقد ينجر خلال مرحلة التفاوض على العقد مشكلات قد تؤدي إلى توقف التفاوض أو انقطاعه بشكل مؤقت أو نهائي بسبب مبرر أو بدون سبب شرعي، و ما ينجر عن ذلك من مسؤوليات و آثار مختلفة، و ما يترتب عن ذلك من تعويض للطرف المتضرر من ذلك و غالبا ما يكون الطرف الضعيف في هذه العلاقة.

خـــاتمة.

إنه من خلال دراستنا هذه نلاحظ أنها دراسة تحليلية فقهية لموضوع بدأ يأخذ مكانة يوما بعد يوم في ميادين و مجالات عديدة، وخاصة في مجال المال و الأعمال الذي له إنعكاسات إقتصادية و إجتماعية هامة ألا و هو موضوع التفاوض على العقد.

وذلك من خلال خوضنا و بشكل مختصر و بالتحديد في موضوع النظام القانوني للتفاوض على عقود الأعمال.

و قد تناولنا في الفصل الأول بشكل عام أحكام مرحلة التفاوض، و ذلك بالدراسة من خلاله و في المبحث الأول مفهوم مرحلة التفاوض سواء من حيث التعريف و المميزات و التطرق من خلال المبحث الثاني الطبيعة القانونية و ضوابط مرحلة التفاوض وكل ذلك كان مرفقا برأي المشرع الجزائري في تلك الأمور و خاصة في القانون المدني الجزائري.

أما في الفصل الثاني إرتأينا أن نجعله تطبيقا لهذه المرحلة الهامة، و من خلال المبحث الأول الذي خصصناه لانعقاد و سير مرحلة التفاوض على العقد من حيث التحضير و الدعوة إلى التفاوض ثم كيفية سير هذه المرحلة و ما ينجر عنها من حقوق و التزامات و اتفاقات ، ثم تطرقنا في المبحث الثاني إلى الآثار المترتبة عن الإخلال بهذه الإلتزامات من تنفيذ عيني أو تنفيذ عن طريق التعويض و مختلف التطبيقات القضائية في هذا الشأن رغم قلتها إلى جانب التطرق إلى تدخل الغير في مرحلة التفاوض من خلال تدخلهم لإفسادها.

و في آخر دراستنا هذه ننهي بخاتمة نحاول من خلالها إستجلاء مختلف النتائج و الأفكار الهامة في هذا الموضوع.

و مما لاحظناه أن التشريع الجزائري رغم تعديلات القانون المدني، و القوانين ذات الصلة بالأعمال لم يهتم بمرحلة التفاوض و لم يساير التطورات العديدة في مجال بناء العقود و خاصة الهامة منها او المركبة أو الثقيلة و التطور الحاصل في العقود الدولية، بل ترك الأمر للفقه و القضاء الذي مازال

يعتبر مرحلة التفاوض على العقد مجرد عمل مادي، لا يقيم سوى المسؤولية التقصيرية و هنا يستحسن على المشرع الجزائري أن يتبنى و اجب التفاوض بحسن نية كمبدأ عام بشكل صريح و واضح.

ولاحظنا كذلك أنه كلما كانت العملية مصحوبة باتفاق أو عقد للتفاوض و خاصة في بدايتها تحدد الحقوق و الالتزامات و الاتفاقات المختلفة الواجب إبرامها خلال هذه العملية، رغم أن هذه المرحلة لا تفرض على الأطراف ضرورة إبرام العقد النهائي، بل تفرض عليهم واجب التفاوض بحسن نية وما يتفرع عنه من التزامات مثل الإلتزام بالتعاون و الإعلام و الإلتزام بالمحافظة على الأسرار و عدم قطع التفاوض بشكل تعسفي الذي قد يلحق ضررا بالطرف الآخر، أي دون مبرر أو سبب مشروع، خاصة في التفاوض على عقود تكتسي أهمية إقتصادية هامة يستغرق التفاوض حولها جهدا وأموالا وزمنا طويلا يعد بالشهور و السنين، وهذا ما لاحظناه في واقع الأعمال.

إذا ما استنتجناه في هذا الصدد أنه لايمكن القفز على هذه المرحلة فهي تفرض نفسها ميدانيا و واقعيا و هو ما رأيناه و لمسناه في مكل العقود الهاة في مجال الأعمال التي تم تجسيدها و تنفيذها في بلادنا، إذا ما

المانع من تأطير و تنظيم هذه المرحلة في نصوص قانونية و اضحة ترافق عملية التفاوض من بدايتها إلى نهايتها مما يجعل هذه المرحلة تتسم بالجدية و ذات طبيعة عقدية، طبع دون المساس بمبدأ حرية التفاوض من جهة، و مبدأ إستقرار المعاملات في هذا المجال من جهة أخرى، و ليس مجرد أعمال مادية تخضع لمجرد واجبات عامة تقوم على أساس المسؤولية التقصيرية و الخطأ الواجب الإثبات.

و من النتائج الهامة التي توصلنا إليها من خلال دراستنا هذه هو ضرورة الإهتمام اللازم من الفقه بدراسة هذه المرحلة الهامة في بناء و تكوين العقود، بتقديم الدراسات و اقتراح الحلول المناسبة لتحديد مجال و نطاق طبيعة المسؤولية خلال هذه المرحلة، و مختلف إلتزامات الأطراف خلال مرحلة التفاوض، و تحديد مختلف الإتفاقات الواجب إبرامها بدءا باتفاق أو عقد التفاوض و مرورا بالاتفاقات الوقتية المنظمة لمرحلة التفاوض في حد ذاتها و انتهاء بالإتفاقات الجزئية أو المرحلية، التي من خلالها يتم بناء العقد مرحلة تلو الأخرى، و التي قد تشكل في مجموعها مشروع العقد النهائي المنشود.

و قد رأينا أن الدعوة إلى التفاوض يقابلها قبول الإيجاب بالتفاوض لمن وجه إليه و انتهينا إلى أن الإيجاب بالتفاوض إما أن يكون صريحا أو ضمنيا، و نفس الأمر في حال قبول هذا الإيجاب و هذا ما ما يؤدي بالقول أن عقد التفاوض في واقع الحياة العملية قد يكون ضمنيا و قد يكون صريحا.

وقـد استنتجنا أن إتفاق التفاوض متى انعقد صحيحا فإنه يرتب على كاهل الأطراف المتفاوضة إلتزامات متبادلة، بحيث يأتي على رأسها الإلتزام بالتفاوض بحسن نية و الإلتزام بالدخول في التفاوض، و هما إلتزامان جوهريان في مرحلة التفاوض على العقد ككل، و هما إلتزامان بتحقيق نتيجة، و يتفرع عنهما إلتزامات فرعية منها الإلتزام بالإعلام و هو إلتزام ببذل عناية و الإلتزام بمواصلة التفاوض و هو دون أدنى شك إلتزام ببذل عناية و كذلك الإلتزام بالمحافظة على الأسرار سواء من حيث إفشائها أو إستغلالها إلا بإجازة من صاحبها و هو إلتزام بتحقيق نتيجة.

وقد رأينا أن فشل المفاوضات يؤدي إلى إنحلال إتفاق التفاوض و ذلك إما بإنهائه أو بفسخه، مع بقاء بعض الإتفاقات قائمة لحسم و حل المشكلات المترتبة عن ذلك الفشل، هذا الفشل الذي ينجر عن أسباب

عديدة هي قطع التفاوض من جانب واحد أو وصولها إلى طريق مسدود، إلا أن الطرفين قد يستمرا في التفاوض صوريا لبحث أسباب الفشل لتفاديه مستقبلا، كما رأينا أن القاضي يمكنه الرجوع و الاستئناس بوثائق التفاوض لتفسير العقد ما لم يتفق أطراف التفاوض على خلاف ذلك.

كما استنتجنا من خلال دراستنا أن المتفاوض حر من حيث المبدأ في التفاوض بشكل يجعله ينسحب و يقطع المفاوضات في أي مرحل كانت إذا رأى فيها خللا معينا و دون سبب غير شرعي أو قطع تعسفي للمفاوضات، وقد رأينا كذلك أن المشرع الجزائري يتجه إلى تطبيق قواعد المسؤولية التقصيرية عن الإخلال بأحد الإلتزامات أثناء التفاوض أو خاصة عن قطع المفاوضات دون سبب مشروع إذا ترتب عن ذلك ضرر لأحد الأطراف و بذلك تطبق قاعدة الإسناد المطبقة بشأن المسؤولية عن الفعل الضار بناءا على نص المادة 20 من ق.م.ج.

و قد انتهينا إلى أن الأضرار التي يمكن التعويض عنها في مرحلة التفاوض هي المساس بالسمعة في مجال الأعمال و التجارة و فرصة تضييع الوقت، و التعويض عن نفقات التفاوض التي ضاعت سدا من الطرف المتضرر، أو التعويض عن فرصة إبرام عقد بديل حقيق عن إفشاء الأسرار العملية أو الفنية أو المالية أو إستغلالها من المفاوض أو من الغير دون ترخيص من الطرف المتضرر، إلى جانب كثير من الأضرار الأخرى الناجمة عن إخلال أحد أطراف التفاوض بأحد إلتزاماته الأخرى.

إذا هذه النظرة المتكاملة لهذه المرحلة من خلال مختلف الدراسات و البحوث و المؤلفات لفقهائنا المعروفين، بدأت تتأسس معالم نظرية قائمة بذاتها لها تاريخها و أساسها و خصائصها و مجالاتها و ضوابطها و طبيعتها القانونية الواضحة المعالم.

ـ قائمة المراجع.

أولا: الكتب و المؤلفات باللغة العربية.

1ـ ابن منضور محمد كريم، لسان العرب، دار المعارف القاهرة، 2000..

2ـ ايهاب كمال، معهارات التفاوض و ديبلوماسية الإقناع، هيئة النيل العربية للنشر و التوزيع، مصر 2008.

3ـ بلحاج العربي، مشكلات المرحلة السابقة على التعاقد في ضوء القانون المدني الجزائري، د.م.ج الجزائر 2011.

4ـ بلحاج العربي، نظرية العقد في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر، 2015.

5ـ ثابت عبد الرحمن إدريس، المدير التحريات المعاصرة، مكتبة عين الشمس القاهرة ـ مصر، 1992.

6ـ حسن محمد وحيد، مقدمة علم التفاوض، سلسلة عالم المعارف، الكويت، 1994.

7- جمال حواش، التفاوض في الأزمات و المواقف الطارئة، إيتراك للطباعة و النشر و التوزيع، طبعة 2005.

8- حسام الدين كمال الأسواني، محاضرة تم إلقائها على طلبة الحقوق، كلية الحقوق جامعة عين شمس، مصر 1994.

9- حسان الأهواني، النظيرة العامة للإلتزام، الطبعة الثانية، القاهرة - مصر، 1995.

10- عبد المنعم البداوي، النظرية العامة للإلتزام، د.ن.ع القاهرة.

11- عبد الرحمن أسامة،الإشكالات المرتبطة بالتفاوض وإعادة التفاوض،مقال مقدم في مجلة الفقه والقانون، العدد44، جوان 2016.

12- عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، جسور للنشر و التوزيع، الجزائر، ط3، 2011.

13- عمر سعد الله، قانون التجارة الدولية، دار هومة للطباعة والنشر، الجزائر، 2007 ،ص 163.

14- محمود علي و محمد الهزايمة، المدخل إلى فن التفاوض، الطبعة 01، دار الحامد للنشر و التوزيع - الأردن، 2006.

15 - محمودي مسعود، أساليب و تقنيات إبرام العقود الدولية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر،2006.

16- مصطفى محمد أبوبكر، التفاوض الناجح، الدار الجامعية الجديدة، الإسكندرية - مصر، 2005.

17 - هني عبد اللطيف، حدود الأخذ بفكرة إعادة التفاوض، المرجع السابق، ص305.

18- ياسر أحمد كمال الصريفي، دور القاضي في تكوين العقيدة، د.ن.ع القاهرة، مصر، 2000.

19- يحي الجمل، القانون الدستوري، دار النشر و التوزيع - القاهرة، مصر، 2001.

ثانيا: المقالات.

ـ عبدو محمد، التفاوض على عقود الأعمال بين الطبيعة المادية و الطبيعة العقدية و آثاره، مقال بمجلة البحوث و الدراسات القانونية و السياسية، العدد الثالث عشر، 2013.

ثالثا:القوانين.

ـ الأمر رقم 75-58 المؤرخ في:26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني الجزائري، المعدل و المتمم.

إهـــداء	
شكر و عرفان	
مقدمـــة	1
الفصل الأول: أحكام مرحلة التفاوض على العقد	04
المبحث الأول:مفهوم مرحلة التفاوض على العقد	05
المطلب الأول:تعريف التفاوض على العقد	06
الفرع الأول:المعنى اللغوي للتفاوض على العقد	06
الفرع الثاني:المعني الإصطلاحي للتفاوض على العقد.	06
الفرع الثالث:محاولة وضع التعريف المختار للتفاوض على العقد.	08
المطلب الثاني:المميزات العامة لمرحلة التفاوض على العقد.	08
الفرع الأول: التفاوض على العقد الثنائي الجانب على الأقل	09
الفرع الثاني:التفاوض على العقد يقوم على التعاون المتبادل.	09
الفرع الثالث: التفاوض على العقد يمهد لإبرام العقد النهائي.	10
المطلب الثالث:التمييز بين التفاوض على العقد و المصطلحات المشابهة له.	10
الفرع الأول:التمييز بين التفاوض على العقد و إبرام	11

العقد	
الفرع الثاني:التمييز بين التفاوض على العقد و المساومة و الإعلام.	11
الفرع الثالث: التمييز بين التفاوض على العقد و التشاور و المحادثة.	12
المبحث الثاني:الطبيعة القانونية و ضوابط مرحلة التفاوض على العقد.	13
المطلب الأول:الطبيعة القانونية لمرحلة التفاوض على العقد.	14
الفرع الأول: الطبيعة القانونية لمرحلة التفاوض على العقد بنظر الفقه المعاصر.	14
الفرع الثاني:الطبيعة القانونية لمرحلة التفاوض على العقد في القانون المدني الجزائري.	15
المطلب الثاني:ضوابط مرحلة التفاوض على العقد و الأساليب التكتيكية المختلفة لها.	16
الفرع الأول: ضوابط مرحلة التفاوض على العقد.	17
الفرع الثاني: الأساليب التكتيكية المختلفة لمرحلة التفاوض على العقد.	18
خلاصة الفصل الأول	20
الفصل الثاني: الجانب التطبيقي للتفاوض.	21
المبحث الأول: انعقاد و سير مرحلة التفاوض على التعاقد.	22
المطلب الأول: التحضير والدعوة إلى التفاوض على العقد المنشود.	22
الفرع الأول: التحضير للتفاوض على العقد.	22
الفرع الثاني: الدعوة إلى التفاوض أو الإيجاب بالتفاوض.	24
الفرع الثالث: قبول التفاوض على العقد المنشود.	27
المطلب الثاني: سير مرحلة التفاوض على العقد.	29
الفرع الأول: إلتزامات الأطراف خلال مرحلة التفاوض.	29
الفرع الثاني: الاتفاقات المنظمة لمرحلة التفاوض.	32
المطلب الثالث: انتهاء مرحلة التفاوض.	34
المطلب الرابع: القطع التعسفي لمرحلة التفاوض على التعاقد.	37
الفرع الأول: حرية العدول عن مواصلة التفاوض على العقد.	37
الفرع الثاني: المسؤولية المدنية عن القطع التعسفي للمفاوضات العقدية.	39

الفرع الثالث: القانون الواجب التطبيق على المسؤولية في مرحلة التفاوض على العقد.	39
المبحث الثاني: مبدأ إعادة التفاوض و التنفيذ في مرحلة التفاوض على التعاقد.	42
المطلب الأول: مبدأ أو شرط إعادة التفاوض على شروط العقد.	42
الفرع الأول: المقصود بمبدأ إعادة التفاوض على العقد.	43
الفرع الثاني: شرط إعادة التفاوض لحل النزاعات وديا.	45
الفرع الثالث: تطبيقات شرط إعادة التفاوض.	46
المطلب الثاني: التنفيذ العيني والتنفيذ بطريق التعويض في مرحلة التفاوض على العقد.	50
الفرع الأول: التنفيذ العيني في مرحلة التفاوض على التعاقد.	50
الفرع الثاني: التنفيذ بمقابل أو عن طريق التعويض في مرحلة التفاوض على العقد.	54
الفرع الثالث: مسؤولية الغير عن إفساد المفاوضات العقدية.	56
الخاتمة	60
قائمة المراجع	65
الفهرس	67