

جامعة سعيدة – الدكتور مولاي الطاهر
كلية الحقوق والعلوم السياسية

أطروحة

مقدمة لنيل شهادة

دكتوراه الطور الثالث

فرع: الحقوق

تخصص: قانون الأعمال

من طرف: طالب الدكتوراه

سجاد بن فاخة

الإلتزام بمواصلة المفاوضات في عقود التجارة الدولية



أمام لجنة المناقشة المشكلة من السادة الأساتذة:

الرقم	اللقب والإسم	الرتبة	المؤسسة	الصفة
01	بن أحمد الحاج	أستاذ	جامعة سعيدة	رئيسا
02	سعيدي بن يحي	أستاذ	جامعة سعيدة	مشرفا ومقررا
03	شهيدي محمد سليم	أستاذ	جامعة سيدي بلعباس	ممتحنا
04	هني عبد اللطيف	أستاذ محاضر-أ-	جامعة سعيدة	ممتحنا

السنة الجامعية: 2022/2021

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

ادْعُ إِلَى سَبِيلِ رَبِّكَ بِالْحُكْمَةِ وَالْمَوْعِظَةِ
الْحَسَنَةِ ۚ وَجَادِلْهُمْ بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ ۚ إِنَّ رَبَّكَ
هُوَ أَعْلَمُ بِمَنْ ضَلَّ عَنْ سَبِيلِهِ ۚ وَهُوَ أَعْلَمُ
بِالْمُهْتَدِينَ.

الآية رقم (125) - من سورة النحل

إهداء

إليك يا أمي حبا وإعتزازا أطال الله في عمرها

إليك يا روح والدي الطاهرة والجدة والجد لكل من الأب والأم

إلى كل الأرواح الطاهرة سيدي عبد الحميد وسيدي الحاج المجدوب

رحمهم الله وتغمدهم برحمته الواسعة.

إليكم كل عائلي وأخص بالذكر أخي محمد وعائلته كل بإسمه،

إلى إخواني وأخواتي وعائلاتهم، وزوجتي وأطفالي و أقاربي وأصدقائي

ورفقاء دربي

إليكم أساتذتي الكرام.

→ سجاد بن فاخة

شُكْرُهُ وَعِرْفَانُهُ

إنطلاقاً من قول الله تعالى: { ولا تبخسوا الناس أشياءهم ولا تُفْسِدُوا فِي الْأَرْضِ بَعْدَ إِصْلَاحِهَا ذَلِكَ خَيْرٌ لَّكُمْ إِن كُنْتُمْ مُؤْمِنِينَ } [سورة الأعراف: الآية 85].

وتصديقاً لقوله . صلى الله عليه وسلم . "من لا يشكر الناس لا يشكر الله"

أتقدم بجزيل الشكر والعرفان إلى الأستاذ الدكتور الفاضل "سعيد بن يحيى" لتفضله وقبوله الإشراف على هذه الأطروحة.

كما أتقدم بالشكر الجزيل إلى الأستاذ الدكتور "بن أحمد الحاج" عميد كلية الحقوق والعلوم السياسية بجامعة سعيدة الدكتور مولاي الطاهر.

والشكر موصول إلى السادة الأساتذة وأعضاء لجنة المناقشة، لتفضلهم بدراسة ومناقشة هذه الأطروحة، وأخص بالذكر الدكتور هني عبد اللطيف، وكذا الأستاذ الدكتور شهيد محمد سليم، وكذا السادة نواب العميد وكل الطاقم الإداري والقائمين على مكتبة الكلية كل بإسمه.

➔ سجاد بن فاخة

قائمة المختصرات

أولاً: باللغة العربية:

الرقم	العنصر	الإختصار
01	ص.	صفحة.
02	ط.	طبعة.
03	ب. ط.	بدون طبعة.
04	د. د. ن.	دون دار نشر.
05	د. ب. ن.	دون بلد نشر.
06	ج. ر.	جريدة رسمية.
07	ج. 1.	الجزء الأول.
08	ق. م. ج.	القانون المدني الجزائري.
09	ق. إ. م. وإ.	قانون الإجراءات المدنية والإدارية.
10	ق. إ. ج.	قانون الإجراءات الجزائية.

ثانياً: باللغة الأجنبية:

Nmbr	Élément	Abréviation
01	P.	page.
02	Ed.	Edition.
03	Art.	Article.
04	Cass . Cour.	Cour de cassation.
05	R.T.D.	Revue Trimestrielle.
06	J.C.P.	Juri- classeur périodique.
07	O.P.	Ouvrage.
08	Vol.	Volume.
09	N.	Numéro.
10	Op.cit.	Ouvrage déjà cité.
11	P.D.F.	Press universitaire de France.

الملخص:

تعتبر مرحلة المفاوضات ما قبل إبرام عقود التجارة الدولية بالغة الأهمية، ومن أخطر المراحل تعقيدا كونها ترد على مشاريع عملاقة بحيث يتم فيها الإعداد والتحضير لإبرام العقد، ولا يكون هذا إلا بعد الالتزام بمواصلة المفاوضات بين الطرفين للوصول إلى مشروع اتفاق حول الجوانب القانونية، الفنية والمالية، كما لا يجوز قطع المفاوضات أو العدول عنها من أحد الأطراف بدون سبب جدي، كونها ترتب مسؤولية عقدية أو تقصيرية.

كلمات مفتاحية: التفاوض، الالتزام بالمفاوضات، مرحلة ما قبل العقد، عقود تمهيدية، التجارة الدولية، مسؤولية مدنية.

Résumé :

La phase de négociations avant la conclusion des contrats commerciaux internationaux, a une très grande importance et réputée comme la plus complexe vu qu'elle concerne les méga projets, cette phase a pour objectif la préparation pour la conclusion du contrat, ceci ne peut être atteint qu'après l'engagement des parties à poursuivre les négociations qui finiront par un protocole d'accord comportant tous les aspects juridiques, techniques et financiers.

Les parties ne peuvent rétracter ou interrompre les négociations sans un motif raisonnable, car cela entraîne des responsabilités contractuelles ou délictuelles.

Mots clés: Négociation, l'engagement dans les négociations, phase précontractuelle, contrats préliminaires, commerce international, responsabilité civile.

Abstract:

Negotiations before concluding international trade contracts considered as the most important and extremely complex stage as it supervises giant projects in which preparations are made for concluding the contract, this happens only after the commitment to continue negotiations between the two parties to reach a draft agreement on legal aspects, technical and financial, also it is not permissible for negotiations to be interrupted or abandoned by one of the parties without a serious reason, since it arranges contractual liability and tort.

Key words: Negotiation, Commitment to negotiations, pre-contract stage, introductory contracts, International Trade, civil liability.

تعد التجارة أول نشاط اقتصادي مارسه الإنسان في المجتمعات البدائية القديمة، وكانت تقتصر في البداية على تبادل السلع والبضائع حسب الحاجيات ولكن مع تطور فكر تلك المجتمعات واتساع العلاقات بينهم كثرة تلك التعاملات وتنوعها وازدهارها أدى، إلى نشوء وجود حوار ونقاش ومساومة، بين الأطراف بغية الوصول إلى اتفاق بينهم حول كل ما يطرأ في المعاملات الاقتصادية التجارية¹.

ومن هنا ظهرت فكرة التفاوض على العقد التي أضحت، تؤدي دورا مهما وأساسيا في الحياة اليومية وأصبحت علما قائما بذاته له أصول وقواعد ومناهج، وهو في نفس الوقت علم اجتماعي له علاقة بالعلوم الاجتماعية الأخرى²، ويعتمد التفاوض أساسا على فن الإقناع ومن ثم يجب على المتفاوض أن يكون متمتعا بالقدرة والقوة على الإقناع وذلك باستعماله للأسلوب المنطقي في عرض قضيته على الطرف المتفاوض الآخر ويستعمل كذلك الحجة القاطعة والبرهان القوي، وهذا

¹ محمد بدر الدين زايد، المفاوضات الدولية بين العلم والممارسة، ط1، مكتبة الشروط الدولية، القاهرة، 2003، ص، 13.

² محمد حسام محمود لطفي، المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض، النسر الذهبي للطباعة، القاهرة، 1995، ص، 02.

ما يجعلها الوسيلة الوحيدة للتفاهم وتقريب وجهات النظر بين الأطراف المتفاوضة، وخاصة في مجال عقود التجارة الدولية.

إن التفاوض في عقود التجارة مثله مثل غيره من أنواع التفاوض كالمجال السياسي أو الاجتماعي أو الثقافي، وهو محاولة الوصول إلى اتفاق متوازن بين الأطراف للوصول إلى الهدف المنشود وهو إبرام صفقة مربحة¹، ومع تطور التجارة الدولية وازدهارها وخاصة في ظل وجود بعض العقود المركبة والمختلطة بين الدول والأشخاص الأجنبية أضحت من الضروري إعطاء أهمية كبرى للتفاوض وجعله علما يقندى به مما دفع بالدول المتقدمة والشركات الكبرى العالمية، في مختلف التخصصات أن تقوم بإنشاء مراكز للتدريب للحصول على كفاءات لتدعيم قدرات ومهارات المتفاوضين من أجل إنجاح التعاقد وكما يقال "مفاوضات فاشلة خير من عقد فاشل"؛ إذ لا يشترط التفاوض في العقود البسيطة التي تبرم بطريقة فورية وإنما يكون التفاوض على العقود المركبة، بين الدول أو الشركات الأجنبية ودولة أخرى، التي لها أهمية بالغة على اقتصاد الدولة الموجبة أي التي تريد أن تكسب الصفقة المتفاوض عليها ولصالحها.

¹ محمد حسام محمود لطفي، المرجع السابق، ص، 02.

فقد أصبحت عقود الصفقات التجارية الدولية تتسم بالخطورة وهي عقود غير مسماة وتقوم بها شركات أجنبية ذات جنسيات مختلفة كعقود نقل التكنولوجيا وعقد المفتاح في اليد، عقود تسليم الإنتاج والتسويق، عقد امتياز البترول فمن غير الممكن إبرام هذه العقود بطريقة بسيطة وفورية عن طريق تطابق الإيجاب بالقبول وبصيغة فورية، كما قد تتعاضم أهمية بعض العقود عندما تتعلق بأنشطة ذات قيمة اقتصادية لاسيما في الاتفاقات التي يكون موضوعها مركبا أو تلك التي تتطلب رؤوس أموال معتبرة، فالأطراف لابد أن تتفاوض حول شروط هذا العقد، وينشأ عن مفاوضاتهم اتفاقات تحضيرية مختلفة الطبيعة والقيمة القانونية الإلزامية¹.

وتعد المفاوضات من أنجح السبل لتقادي أسباب النزاع بين المتعاقدين مستقبلا، ذلك أنه عن طريقها يواجه هؤلاء المسائل التي عسى أن تثير خلافا بينهم في المستقبل، وهم يطرحونها على بساط النقاش والتحاور قبل أن تولد فهم في الواقع يقتلون في المهد دواعي الخلاف والشقاق، أوعلى الأقل يهيئون الدواء لها، ومن جهة أخرى، فإن المفاوضات تساهم في تحقيق التفاهم وتقريب وجهات النظر بين الأطراف لا سيما في المفاوضات المتعلقة بعقود التجارة الدولية نظرا

1 عبد الوهاب بموسى، محاضرات في المسؤولية قبل التعاقد (موجهة لطلبة الماجستير، كلية الحقوق تلمسان)، 2007، ص، 37.

لإنتماء كل طرف إلى دولة تختلف عن الأخرى في ثقافتها ومذهبها الاقتصادي والاجتماعي والسياسي.

ومن ناحية أخرى، فإن المفاوضات تساعد على الإبقاء على التعامل والتواصل بين أطراف عقود التجارة الدولية، فالمتأمل في العديد من تلك العقود يدرك أن من بين بنودها أو شروطها بندا خاصا يسمى "بند أو شرط التفاوض لتسوية المنازعات وديا" فكأن المفاوضات تعمل على سيادة روح التعاون بين أطرافها، بحيث يلقي كل طرف وجهة نظره، ويناقش معه، ويصل الأطراف في النهاية إلى كلمة سواء، ويسوون مشاكلهم الداخلية في ما بينهم فالمفاوضات الناجحة فنونها وإستراتيجياتها وإطارها القانوني والمسؤولية المترتبة عن الدخول فيها ومتابعتها وإنهائها¹.

و لقد عرفت العرب سياسة المفاوضات خلال بعثة سيدنا محمد عليه صلوات الله وسلامه،² كما حرص الإسلام على إرساء مفاهيم التحاور، والمناقشة والاقتناع وفقا للهدف المنشود والإلتزام بالحكمة لقوله عز وجل: " أدعُ إِلَى سَبِيلِ

¹ أبو العلا النمر، مفاوضات عقود التجارة الدولية، ط 2، د س ن، ص، 07.

² محمد سعيد رمضان البوطي، فقه السيرة النبوية، دار الفكر، دمشق سوريا ، 1996، ص، ص، 95،

رَبِّكَ بِالْحِكْمَةِ وَالْمَوْعِظَةِ الْحَسَنَةِ، وَجَادِلْهُمْ بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ، إِنَّ رَبَّكَ هُوَ أَعْلَمُ بِمَنْ
صَلَّ عَنْ سَبِيلِهِ، وَهُوَ أَعْلَمُ بِالْمُهْتَدِينَ".

ستقتصر هذه الدراسة على مرحلة المفاوضات ما قبل إبرام عقود التجارة الدولية؛
أي المرحلة الأولية السابقة على التعاقد، التي تتم فيها المناقشات والمساومات بين
الطرفين اللذين يسعيان من خلالها إلى اتفاق مشترك، ينتج عنه إبرام العقد
المنشود والفوز بالصفقة، دون التطرق إلى مرحلة التفاوض خلال تنفيذ العقد أو
كما يطلق عليه مصطلح شرط إعادة التفاوض (Hard Ship).

و تثير مرحلة المفاوضات العقدية العديد من الاشكاليات القانونية، خاصة في
ظل الفراغ التشريعي الذي تعرفه العديد من الأنظمة القانونية الوطنية و منها
القانون الجزائري، و تعد الاشكالية المتعلقة بمدى امكانية الزام الطرف المتفاوض
بالاستمرار في المفاوضات على الرغم من عدم وجود نص يلزمه من أهم
الاشكاليات التي يمكن طرحها، و هذا ما سيتم بحثه في هذه الدراسة.

و عليه فإن هذه الأطروحة ستعالج واحدا من أهم الالتزامات التي تقع على
عاتق الأطراف المتفاوضة و هو الالتزام بمواصلة المفاوضات، علما أن هذه
الاشكالية متعلقة باشكالية أكبر تتمحور حول آليات تحقيق التوازن بين مصلحتي
الأطراف خلال مرحلة التفاوض، فهل يتعين مراعاة مصلحة الطرف الأول الذي

دخل في مفاوضات بهدف إبرام العقد و كشف عن العديد من الأسرار و العناصر المتعلقة بالعقد، أم وجب حماية مصلحة الطرف الثاني الذي يجب أن لا يرغم على إبرام عقد لا يريده، و هذا امعالا لمبدأ سلطان الارادة؟
و كأى اشكالية رئيسية، تتفرع عن هذه الإشكالية بعض الاشكاليات الفرعية يمكن اجمالها في ما يلي:

◆ هل يترتب عن الانسحاب من المفاوضات مسؤولية، وإذا كانت ما نوع المسؤولية الناتجة عن ذلك؟

◆ وهل تستوجب هذه المسؤولية تعويض في حالة ما إذا سبب الانسحاب ضررا قد يلحق بالمفاوض الآخر؟

في ظل انتشار التجارة الدولية، وما صاحبها من ظهور عقود مركبة، ونظرا للأهمية الاقتصادية والمالية لهذا النوع من العقود، أصبحت المفاوضات، تفرض نفسها في مثل هذا النوع من العقود التي أضحت تستغرق عدة شهور أو أعوام للتفاوض حولها، وهذا للوصول إلى اتفاق مشترك بين الطرفين، ينتج عنه إبرام العقد المنشود، ونظرا لأن المرحلة التفاوضية تعد من أهم وأخطر مراحل التعاقد، ولانعدام وجود تشريعات خاصة بهذه المرحلة ما قبل إبرام العقد في الجزائر ودول المشرق والمغرب العربي، وفي الدول النامية بصفة عامة، وهذا ما جعل وجود

أهمية واهتمام كبيرين للبحث ودراسة مرحلة المفاوضات ما قبل العقدية لتسليط الضوء على أساليب المفاوضات وخصائصها والمسؤولية المدنية المترتبة على عاتق الطرفين المتفاوضين، وخاصة في ظل علاقتها بعقود ذات أهمية بالغة ومهمة لارتباطها بالتجارة الدولية.

نظرا لتحديد إطار حيز البحث المتعلق بجزئية وهي الالتزام بمواصلة المفاوضات في عقود التجارة الدولية، وجدنا صعوبة تتمثل في ندرة المؤلفات المتخصصة. أما بقيت المراجع المستند عليها، تناولت المفاوضات بصفة عامة، واقتصرت على التعرّيج عليه وعدم الإحاطة به.

كما أنه نظرا لطبيعة البحث والدراسة، تم الاعتماد على المنهج الوصفي والمنهج التحليلي والمقارن.

• من حيث المنهج الوصفي، استعمل لوصف القواعد القانونية التي تحكم مرحلة الالتزام بالتفاوض ما قبل العقد، وتبيان الأحكام والقرارات القضائية وأحكام المحكمين.

• من حيث المنهج التحليلي، تم اتباعه في تحليل منهج ومنطق القاضي والمحكم في عملية إصدار الأول للأحكام والقرارات القضائية، والثاني لأحكام التحكيم الخاصة بالمرحلة السابقة على التعاقد.

- من حيث المنهج المقارن، تم مقارنة القانون الواجب التطبيق على المرحلة ما قبل التعاقدية في حالة الإخلال بالالتزام بين الطرفين المتفاوضين من خلال البحث في القوانين العربية، منها القانون الجزائري والمصري ومقارنتها بالقانون الألماني والفرنسي والأنجلوأمريكي.

ومن أجل بلوغ هدف البحث، تم تقسيمه إلى الخطة التالية:

- ◆ الباب الأول: نظام التفاوض في عقود التجارة الدولية.
- ◆ الباب الثاني: مسؤولية الأطراف خلال مرحلة التفاوض.

الباب الأول:
نظام التفاوض في عقود
التجارة الدولية

من المستقر عليه فقها وقضاء أن عقود التجارة الدولية ذات طبيعة قانونية تجعلها متميزة عن غيرها من العقود الأخرى، إذ إنها من الممكن أن تفلت من تطبيق القوانين الوطنية أو القانون الدولي العام عليها في حالة حدوث نزاع بين أطراف العلاقة التعاقدية، بحيث يلعب مبدأ سلطان الإرادة دورا هاما في هذه العقود على عكس على العقود الداخلية والتي لا يستطيع أطرافها التملص من القوانين الوطنية ولهم أن يتحلوا بمبدأ سلطان الإرادة، وذلك مثل أطراف العقود التجارية الدولية، ولكن ليس بالقدر الذي يتيح لهم إختيار القانون الذي يحكم علاقتهم التعاقدية على غرار عقود التجارة الدولية فهذه الأخيرة، كما ذكرنا نتيح لأطرافها حرية اختيار القانون الذي يحتكمان إليه¹، في حالة وقوع نزاع بينهم وذلك لأن التاجر الدولي أصبح بحاجة إلى القواعد القانونية التي تكون أكثر فعالية تماشيا مع هذه العقود التي تكون أطرافها خارج الحدود الإقليمية للدولة الواحدة، ولدراسة هذا الباب، يتعين تحديد عقود التجارة الدولية وأطرافها (فصل أول) مفهوم التفاوض وخصائصه (فصل ثاني).

¹ نسرين عبد الحميد نبيه، العقود الدولية وما قد تجده من مشكلات في الدول العربية، منشأة المعارف الإسكندرية ص. 11.

الفصل الأول: عقود التجارة الدولية وأطرافها:

تعد عقود التجارة الدولية الوسيلة الفعالة والحديثة نسبياً في تسيير التبادل التجاري والخدمات بين الدول، وهي الأداة والحل الأمثل الذي اتخذته الشركات التجارية في معاملاتها التجارية الدولية، وذلك لتسهيل عملية الاستيراد والتصدير وغيرها من العمليات التجارية الدولية ومن هنا وجب التطرق إلى ماهية عقود التجارة الدولية وصورها (كمبحث أول) أطراف عقود التجارة الدولية (كمبحث ثان).

المبحث الأول: تعريف عقود التجارة الدولية و صورها:

تعد عقود التجارة الدولية بالغة الأهمية في تنمية وتسهيل التبادل التجاري الدولي، وهي عملية انتقال السلع والخدمات بين الدول تميزا لها عن التجارة الداخلية التي يتم فيها تبادل السلع والخدمات داخل حدود الدولة الواحدة، كما أن اصطلاح التجارة الدولية ينصرف كذلك إلى حركات السلع والخدمات بين الدول المختلفة

الوسيلة الفعالة والحديثة نسبياً، وهي حركات السلع والخدمات بين الدول المختلفة، ومن هذا المنطلق، سنتطرق في هذا المبحث إلى مفهوم عقود التجارة الدولية في مطلب أول وصور عقود التجارة الدولية في مطلب ثان

المطلب الأول: تعريف عقود التجارة الدولية:

لقد وردت مفاهيم فقهية محاولة للوصول إلى تعريف جامع للعقد الدولي وهو الأمر الذي ظهر بوضوح في العبارات المستخدمة، في جانب من الفقه الذي استحال عليه وضع معيار شامل، يحدد به صفة الدولية للعقد وإرجاع ذلك إلى تعذر الوصول إلى تعريف موحد وجامع، ينطبق على مختلف العقود الدولية، ونظرا لتمييز بعض هذه العقود عن غيرها، بحيث لما لها من خصوصية تحول دون دخولها في معنى التعاريف المقترحة بإيجاز كما سيأتي:

يعرف جانب من فقه العقد الدولي على أنه بمثابة مستند لحفظ حقوق وواجبات المستورد والمصدر¹، والظاهر من خلال استقراء هذا التعريف، نجده يتكلم بصفة عامة على العقود الدولية، ولم يخص عقود التجارة الدولية التي تتميز بلا شك عن العقود الدولية، وإن كانت كواحدة منها أو أنها لا تقتصر فقط على المستورد والمصدر، بل تتعدى مجالات أخرى مثل الاستثمار²، والتنمية الاقتصادية للمبادلات الخاصة بالتقنية، ونقل التكنولوجيا، وغيرها من المجالات الأخرى المختلفة، وهذا ما جعل بعض الفقه، يعد أن هذا التعريف غير كاف

¹ نسرين عبد الحميد نبيه، العقود الدولية وماقد تجده من مشكلات في الدول العربية ، مرجع سابق، ص،

.11

² أحمد أبو القاسم أحمد العجمي، المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض، مرجع سابق، ص، 11.

لتحديد مفهوم العقود الدولية بصفة عامة، وعقود التجارة الدولية بصفة خاصة وهذا بالإضافة إلى أن هذا التعريف لم يحدد الطبيعة القانونية الخاصة لعقود التجارة الدولية، كما أن جانبا آخر من الفقه، ذهب إلى تعريف العقد الدولي "ذلك العقد الذي يبرم بين مختلفي الجنسية أو متحديها، إذا كان مكان إبرامه أو أعمال تنفيذه أو مكان وجود محله، يهم أكثر من نظام قانوني"¹.

ومن هنا تم التوصل إلى أن طبيعة العقد الدولي من حيث أطرافه سواء كانوا أجنب أو وطنيين، وإصباغ الصفة الدولية عليه من خلال محله أو تنفيذه بخضوعه لأكثر من نظام قانوني مختلف على أنهم اعتبروا أن هذا التعريف لم يبين الطبيعة الخاصة لبعض العقود والخصوصية التي تميزها مثل عقود التجارة الدولية كما أن اللبس، يوجد في خضوع العقد لأكثر من نظام قانوني مختلف وينطبق هذا التعريف على العقود الداخلية التي يتصارع بشأنها أكثر من نظام قانوني داخل الدولة الواحدة، مثال القانون المدني والقانون الإداري، أو القانون التجاري، وهذا ما جعل هذا التعريف غير كاف².

¹ جميل الشرقاوي، محاضرات في العقود الدولية، أقيمت على طلبة السنة أولى بمعهد قانون الأعمال الدولي، سنة 1991 - 1992، ص، 24.

² أحمد أبو القاسم محمد العجمي، العقود الدولية وما قد تجده من مشكلات في الدول العربية، مرجع السابق، ص، 12.

وعلى هذا الأساس، نجد أن المشتغلين بالتجارة الدولية يتعاملون في السوق الدولي من استيراد وتصدير سلع أو خدمات بالاعتماد، على ضوابط معينة واتباع طرق، تحفظ لهم أموالهم وحقوقهم، مثل التعاقد في ظل أحكام عقود التجارة الدولية ولهذا كله، نجد أن الوقوف على تعريف واحد محدد وواضح لعقود التجارة الدولية يصعب على الفقه والقانون¹.

وعليه فإن المقصود بعقود التجارة الدولية لا يمكن فهمه بالمعنى الضيق في القوانين الوطنية، بل أصبح لمفهوم التجارة معنى واسع ومرن، يوسع من الأنشطة التي تتعلق بالتجارة الدولية، بحيث تعد كل عملية تتعلق بها عملية تجارية حتى ولو لم تكن العلاقة التجارية بالمعنى الدقيق لهذا الاصطلاح، ومع ذلك، فإن وضع تعريف محدد لعقود التجارة الدولية يكاد يكون مستحيلاً².

وقد عرفت كذلك لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري عقود التجارة بأنها "عقود تقوم بترتيب علاقة تعاقدية ذات طابع تجاري" إضافة إلى ذلك حاول جانب من الفقه وضع تعريف محدد لها خلال المجمع الدولي المنعقد بمدينة بال

¹ حياة محمد أبو النجا، الإلتزام بالتفاوض في عقود التجارة الدولية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة المنصورة، 2004، ص، 19.

² حسن علي كاظم، تسوية المنازعات الناشئة عن عقد الترخيص الدولي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2005، ص، 11.

السويسرية سنة 1992، يعد عقد استثمار دولي وهو من أبرز عقود التجارة الدولية وأكثرها اتساعاً في الساحة الدولية وقد عرفه بأنه "العقود التي تتعلق بالعلاقات الاقتصادية الدولية"¹.

في حين ذهب جانب آخر من الفقه إلى أنها "عبارة عن العقود المبرمة بين المشروعات العامة الوطنية والشركات الأجنبية ويكون محلها إنشاء أو صيانة أو إدارة المرافق العامة الدولية أو جلب التقنية الحديثة له"².

و يجب التفرقة بين عقود التجارة الدولية و قانون التجارة الدولية، فهذا الأخير يقصد به مجموعة القواعد عبر الدولية التي تتشكل في غالبيتها من أعراف في وسط مجتمع التجار العابر للحدود، و غالباً ما يلجأ المحكم إلى تطبيقه على تلك العقود.

و قد تعددت الاصطلاحات التي اطلقت على ذلك القانون، سواء في الفقه العربي أو الغربي، فعلى مستوى الفقه الغربي يلاحظ بأن استعمال اصطلاح " La

¹ هشام علي صادق، القانون الواجب تطبيق على عقود التجارة الدولية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2001، ص، 14.

² حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان 2004، ص، 14.

lex mercatoria" وصفه ومن الدراسات الفقهية بغض النظر عن لغاتها علما أن الاصطلاح المذكور استقر بدرجة كبيرة¹.

ومن جانبنا نرى بأن مصطلح "La lex mercatoria" المقصود به القواعد القانونية التي تحكم العلاقات بين مجتمع التجار في معاملاتهم عبر الدولية، وهذا ما يتجاوز تطبيقات نظم القوانين الوطنية، ومن هذا المنطلق ظهرت إشكالية وجب التطرق إليها، وهي متى يكون العقد دوليا، ومتى يكون داخليا؟

كما أدى ظهور مصطلح قانون التجارة الدولية "Le droit commercial international" في الاستخدام الأكاديمي خلال السنوات القليلة الماضية؛ إذ كانت هناك العديد من الأسئلة تطرح حول مفهومه القانوني وسماته التي تعكس أصالة لا نصادفها مألوفة في القوانين الأخرى².

كما استخدم مصطلح قانون التجارة الدولية بدلا من القانون التجاري الدولي³ فكان تعريفه من طرف البعض بأنه "مجموعة الاتفاقات الدولية، والعقود النموذجية

¹ بن أحمد الحاج، قانون التجارة الدولية، مركز الكتاب الأكاديمي، الأردن، ط 1، 2017، ص، 15.

² عمر سعد الله، قانون التجارة الدولية، النظرية المعاصرة، دار هومة، الطبعة الثالثة، 2016، ص، 12.

³ محسن شفيق، إتفاقية لاهاي، لعام 1964 بشأن البيع الدولي للمنقولات المادية، دراسة في قانون التجارة الدولية، جامعة القاهرة، 1972 - 1973، ص، 08.

والشروط العامة في مجال معين بالإضافة إلى العرف التجاري الدولي السائد في علاقة تجارية معينة وبذلك ينطوي على العقود التجارية الدولية¹.

ولقد جاء في تقرير الأمين العام للأمم المتحدة في عام 1975 "بأن المقصود في قانون التجارة الدولية، هو مجموعة القواعد التي تسري على العلاقات التجارية المتصلة بالقانون الخاص، التي تجري بين دولتين أو أكثر" ولقد جاء هذا التعريف في تقرير أعدته الأمانة العامة لمنظمة الأمم المتحدة، ليعرض على الجمعية العامة لسنة 1975 بمناسبة البحث في إنشاء لجنة لتوحيد أحكام قانون التجارة الدولية، ومن ثم فهل يشمل مجموعة القواعد المتعلقة للبيع الدولي للمنقولات، كذلك الاعتمادات المصرفية والتأمين والنقل والملكية الصناعية وحقوق المؤلف والتحكيم التجاري الدولي وعقود التكنولوجيا والاستثمارات ومعاملات الشركات الدولية؛ أي الشركات متعددة الجنسيات².

وعند فحص مضمون قانون التجارة الدولية وملاحظته، نجده يتضمن القواعد والأعراف الملائمة من أجل تسهيل التبادل التجاري بين الدول، ولكنه يستخدم كذلك في الكتابات القانونية بوصفه التجارة بين القطاعات الخاصة، ويعد هذا

¹ عمر سعد الله، قانون التجارة الدولية، النظرية المعاصرة، مرجع سابق ص، 12.

² عمر سعد الله، مرجع سابق، ص، 13.

الفرع من فروع القانون -حاليا- مجالا دراسيا مستقلا بحيث أن معظم الدول أصبحت جزءا من التجارة العالمية، بوصفها أعضاء في المنظمة العالمية للتجارة¹. كما أنه يمكن الإشارة إلى أن قواعده الموضوعية في مجال التجارة الدولية التي تتجاوز حدود إقليم أكثر من دولة، إذ لا يعد توحيدا لقواعد الإسناد الوطنية، بحيث يبقى توحيده في القانون الوطني لكل دولة، ويكون القانون الواجب التطبيق بوصفه قانون دولة محل إبرام العقد أو قانون دولة تنفيذ العقد، ومن هنا تبرز أهمية توحيد قواعد التجارة داخل تنظيم قانون للدول.

المطلب الثاني: أهم صور عقود التجارة الدولية.

تتنوع العقود الدولية بتنوع موضوعاتها، فعقود التجارة الدولية، يتعدى أثرها الاقتصاد الوطني، كما تؤدي إليه من انتقال الأموال والمنتجات والبضائع والخدمات عبر الحدود، ولعل أبرزها عقود نقل التكنولوجيا وعقود التجارة الإلكترونية².

¹ عدنان بن صالح العمر، حسني صالح عمارين، الأصول القانونية للتجارة الدولية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان الأردن، 2017، ص، 80.

² إسماعيل صبري عبد الله، إستراتيجية التكنولوجيا، بحث مقدم في المؤتمر العالمي السنوي الثاني للإقتصاديين المصريين، الجمعية المصرية للإقتصاد السياسي والإحصاء والتشريع، القاهرة، 24، 26 مارس 1977، ص، 05.

الفرع الأول: عقود نقل التكنولوجيا.

يعد مصطلح التكنولوجيا حديث النشأة، لم يظهر إلا في سبعينيات القرن الماضي، وقد انتشر في الدول كافة، وخاصة في الدول النامية، لما له من دور كبير في تطوير صناعات الدولة، وتحقيق الرفاهية لأبنائها. وقد أصبحت عقود التكنولوجيا محلا لاهتمامات حكومات الدول على المستوى الدولي، وقد بات مؤكداً أن التكنولوجيا هي مصدر قوة الدول الكبرى، الاقتصادية والعسكرية، ونظراً لما لعقود نقل التكنولوجيا على الصعيد الدولي من أهمية في تطوير الصناعات في الدول المستوردة لها، كان لابد من توفير الحماية القانونية للشركات التجارية الوطنية من استغلال الشركات الدولية المالكة لمعارف التكنولوجيا، وكان لا بد من تحديد الإطار القانوني لها¹.

وتجدر الإشارة إلى أن كلمة تكنولوجيا (Techno Logia) هو مصطلح مركب من كلمتين الأولى (Techno) وتعني الحرفة أو الفن أو الدراية والثانية (Logia) وتعني تعليم أو مفهوم وهي في مجملها، تعني مجموعة من المعلومات والمعارف

¹ محسن شفيق، عقد تسليم المفتاح، نموذج من عقود الثمينة دار النهضة العربية د.س.ن. ص، 06

والعمليات التي تتعلق بكيفية تطبيق نظرية عملية أو إختراع، فهي تمثل بذلك الجانب التطبيقي للعلم، و يطلق عليها بحق المعرفة¹.

وقد ذهب مؤتمر الأمم المتحدة للتنمية والتجارة إلى تحديد مفهوم التكنولوجيا بأنها " كل ما يمكن أن يكون محلا لبيع أو شراء أو تبادل وعلى وجه الخصوص براءات الإختراع، العلامات التجارية والمعرفة الفنية غير الممنوح منها براءات أو علامات أو القابلة لهذا المنح، ومعرفة التكنولوجيا المتجسدة في أشياء مادية وبصفة المعدات والآلات²، ويعرفها البعض بأنها الجهد المنظم الرامي لاستخدام نتائج البحث العلمي في تطوير أساليب أداء العمليات لإنتاجه بالمعنى الواسع الذي يشمل الخدمات والأنشطة الإدارية والتنظيمية والاجتماعية وذلك بهدف التوصل إلى أساليب جديدة يفترض أنها أجدد للمجتمع³.

وما إن مضى نصف قرن من تاريخ هذا الظهور، حتى لم يستطع أحد أن ينكر أهمية التكنولوجيا في تحقيق التنمية الاقتصادية، بل وبات من الخطأ عدم

¹ ماجد عمار، عقد التكنولوجيا، القاهرة، د. د. ن. القاهرة 1987، ص، 111.

² جلال أحمد خليل، النظام القانوني لحماية الإختراعات ونقل التكنولوجيا إلى الدول النامية، ط. 1، 1983، ص، 20.

³ إسماعيل صبري عبد الله، إستراتيجية التكنولوجيا، مرجع سابق، ص، 05.

الاعتراف لها بالقدرة الحاسمة في هذا الموضوع، فالواقع الإقتصادي العالمي اليوم قد أكد أن تراكم رأس المال الذهني له دور أكثر من تراكم رأس المال المادي¹.

وهناك بعض الفقه اعتبر أنه لا يعد نقلا للتكنولوجيا، مجرد بيع أو شراء أو تأجير للسلع كما لا يعد نقلا للتكنولوجيا مجرد بيع العلامات التجارية، أو الأسماء أو التراخيص باستعمالها إلا إذا ورد ذلك بوصفه جزءا من عقد نقل التكنولوجيا أو كان مرتبطا به²، أما نقل التكنولوجيا فالمقصود به شراء المعرفة المؤدية إلى الصناعة بواسطة ترخيص أو تنازل بمنحه مالك التكنولوجيا المتلقي لقاء مقابل يتفق عليه، أو هي العملية الفكرية التي تقوم ما بين مورد التكنولوجيا ومستوردها أو متلقيها، إذ يتوجب على المورد أن يتيح فرصة المستورد للوصول إلى معلوماته وخبراته، كما يتوجب عليه أن يقربها ويوفرها للمستورد وعلى هذا الأساس فإن استيراد أجهزة الإتصالات الحديثة والمعدات الإلكترونية المتطورة وامتلاك الأقمار الصناعية، ووجود مصانع مملوكة لشركات أجنبية مختصة بإنتاج معدات الطائرات لا تمت بصلة إلى نقل التكنولوجيا، لأنها لا تقود إلى نقل المعرفة والخبرات العلمية التي تؤدي إلى تطوير الصناعة الحقيقية في الدولة.

¹ محمود الكيلاني، عقود التجارة الدولية في مجال نقل التكنولوجيا، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان الأردن، سنة 2009، ص. 14.

² جلال وفاء محمدين، الإطار القانوني لنقل التكنولوجيا، دار الجامعة الجديدة، سنة 2006، ص. 57.

وقد أصبحت مبادلات أدوات التكنولوجيا من بيع وشراء المعلومات والإختراعات على درجة كبيرة من الأهمية في الوقت الحاضر، كما تبين أن التطور التقني يقود إلى إعطائها عناية خاصة، ومنها منظمة التجارة العالمية، التي نصت على تسهيل نقل التكنولوجيا من الدول الصناعية إلى الدول النامية¹.

ففي ديسمبر كانون الأول سنة 1961 أصدرت الجمعية العامة للأمم المتحدة بعقد مؤتمر بناء على طلب البرازيل، وبدعوة السكرتير العام للأمم المتحدة إلى عقد مؤتمر الأمم المتحدة للتجارة والتنمية بحيث، تمت فيه المطالبة باتخاذ كافة الإجراءات المناسبة الخاصة بتسهيل نقل التكنولوجيا إلى الدول النامية² في عام 1975 بدأ هذا الاهتمام يأخذ جانبا عمليا حينما أثير موضوع النظام الاقتصادي الدولي الجديد في الأمم المتحدة، قررت الجمعية العامة للأمم المتحدة إحالته إلى مؤتمر التجارة والتنمية، التي قامت بوضع مشروع موحد لنقل التكنولوجيا إلا أنه وجد صعوبات كثيرة، أبرزها مدى اتفاق الدول على القوة الملزمة لإحكامه وقد عجز المؤتمر الذي دعت إليه الأمم المتحدة عام 1978 أيضا عن إعداد تشريع لعقد نقل التكنولوجيا، يرضي الجميع، وبالرغم من ذلك فقد

¹ عدنان بن صالح العمر، حسني صالح عمارين، الأصول القانونية للتجارة الدولية، مرجع سابق، ص،

128.

² جميل الشراوي، محاضرات في العقود الدولية، مرجع سابق، ص، 90.

تأثرت تشريعات العديد من الدول النامية، بهذا المشروع وأخذت بالكثير من أحكامه¹، أما خلال سنة 1978 إنعقد مؤتمر التعاون العلمي والتكنولوجي، بين الدول النامية في الأرجنتين والذي توصل إلى توصيات تتعلق بضرورة تحقيق مزيد من التعاون الإقليمي في مجال التبادل العلمي والتكنولوجي، وكان من أهم توصياته ضرورة دعم البلدان النامية وتطوير قدراتها في مجال استيعاب مزيد من العلوم التكنولوجية وتم إصدار الدليل الموحد، للنواحي القانونية للمفاوضات إعداد تراخيص في مجال الملكية الفكرية واتفاقات التكنولوجيا المناسبة للاحتياجات البلدان النامية²، حيث إنه عادة ما يلجأ العديد من مصدري التكنولوجيا إلى التعسف في وضع شروط تهدف إلى تقييد حرية الطرف المتلقي لها، من استعمال التكنولوجيا استعمالاً، لا يخدم الغايات الاقتصادية التي يهدف إليها إبرام عقد النقل التكنولوجي³.

لقد انتشرت استخدامات الشروط المقيدة بصفة خاصة في عقود نقل التكنولوجيا بين الدول المتقدمة والدول النامية، بسبب ضعف المركز التفاوضي

¹ هاني صلاح سري الدين، عقد نقل التكنولوجيا في ظل الأحكام القانون التجاري الجديد، ب.ط، القاهرة، 2001، ص، 12.

² جلال وفاء محمد الدين، الإطار القانوني لنقل التكنولوجيا، مرجع سابق، ص، ص، 10، 11.

³ منير محمد الجنبهي، ممدوح الجنبهي، العقود التجارية، دار الفكر الجامعي، ب ط الإسكندرية 2000، ص، 12.

للدول النامية، وذلك لاحتياجاتها للتكنولوجيا، وهذا من أجل تقليل الفجوة الهائلة بينها، وبين الدول المتقدمة، في المجالات الصناعية والاقتصادية والفنية، ومن أمثلة الشروط التعسفية تلك التي يفرضها الطرف المصدر على الطرف المتلقي عند التعاقد بمنعه من إجراء الأبحاث والتحسينات على التكنولوجيا محل العقد، أو التزامه بإعلامه على التحسينات ومنحه إياها دون مقابل، وكذا التنازل دون مقابل على براءات الاختراع أو العلامات التجارية، الابتكارات أو التحسينات التي يقوم بها المتلقي، أو يحصل عليها خلال فترة التعاقد، وهناك شروط أشد صرامة من الشروط الأولى، وهي منع المستورد للتكنولوجيا من تطويرها حتى تكون ملائمة لظروفه احتياجاته، أو حرمانه من بحث صلاحية حقوق الملكية الصناعية إذا كانت عنصرا من عناصر التكنولوجيا محل العقد، وهي القدرة التي ترد على براءات الاختراع والتصميمات والنماذج الصناعية، والعلامات والأسماء التجارية. فطبيعة هذه الحقوق أنها تزول بعد مدة من احتكارها، أو عند الحكم ببطلانها، ويحق الاستفادة منها دون مقابل¹.

¹ عدنان بن صالح العمر، حسني صالح عمارين، الأصول القانونية للتجارة الدولية، مرجع سابق، ص.

كما أن بعض التشريعات الوطنية والدولية¹، ذهبت إلى إبطال مثل هذه الشروط ما لم تكن قد وردت على عقد نقل التكنولوجيا، بقصد حماية مستهلكي المنتج أو رعاية مصلحة جدية ومشروعة لمورد التكنولوجيا.

الفرع الثاني: عقود التجارة الإلكترونية.

تعد التجارة الإلكترونية إحدى صور عقود التجارة الدولية، وهي كما عرفها بعض الفقه بأنها "مجموعة المبادلات التجارية التي من خلالها تتم عملية البيع والشراء عبر الشبكة العنكبوتية"²، وعرفت كذلك بأنها مجموعة التبادلات الإلكترونية المتصلة بالنشاطات التجارية، فالمقصود بذلك العلاقات المتصلة بالشركات سواء العلاقات بين الشركات والإدارات والتبادلات بين الشركات والمستهلكين"³.

وهي كما عرفها البعض الآخر بأنها "التجارة التي تشتمل على ثلاثة أنواع مختلفة من الصفقات التي تتمثل في تقديم خدمات الأنترنت، والتسليم الإلكتروني للخدمات؛ أي تسليم المنتجات الخدمية للمستهلك في شكل معلومات رقمية

¹ إتفاقية تريبس لسنة 1994 (Trips) (إتفاقية جوانب حقوق الملكية الفكرية المتصلة بالتجارة) وهي إختصار بالغة الإنجليزية لكلمة " Agreement on trade Related Aspects of Intellectual Property Rights"

² Bensoussan (A) : le commerce électronique , aspects juridique éd hemres .paris 1998, p13
³ Torres(h) : Internet et la vente aux consommateurs, Thèse pour le doctorat , université de paris x-Nanterre 1996 p 06.

واستخدام الأنترنت كقناة لتوزيع الخدمات وعن طريقها يتم شراء السلع عبر الشبكة، ولكن يتم تسليمها بعد ذلك للمستهلك في شكل غير إلكتروني¹.

أما المشرع الفرنسي فقد عرفها "بأنها النشاط الاقتصادي الذي بمقتضاه يعرض شخص، أو ينجز عن بعد وبالطريق الإلكتروني سلع أو خدمات"²

كما عرفها المشرع التونسي: "بأنها العمليات التجارية التي تتم عبر مبادلات إلكترونية، وعرف المبادلات الإلكترونية بأنها لا تتم باستعمال الوثائق الإلكترونية"³.

وعرفها المشرع الجزائري في القانون المتعلق بالتجارة الإلكترونية " بأنها النشاط الذي يقوم بموجبه مورد إلكتروني باقتراح أو ضمان توفير سلع وخدمات عن بعد للمستهلك الإلكتروني، عن طريق الاتصالات الإلكترونية " كما اشترط المشرع الجزائري حتى تكون ممارسات التجارة الإلكترونية كمعاملات تجارية عابرة للحدود، وهي البيع عن طريق الاتصالات الإلكترونية لسلعة أو خدمة من طرف مورد إلكتروني مقيم لمستهلك إلكتروني موجود في بلد أجنبي، عندما لا تتجاوز

¹ عبد الفتاح بيومي حجازي، نظام التجارة الإلكترونية وحمايتها مدنيا، دار الفكر الجامعي، ط. 1، 2002، ص. 45.

² المادة 14 فقرة 01 من من تشريع الثقة في الإقتصاد الرقمي الفرنسي القانون رقم 575-2004 المؤرخ في 21 يونيو 2004 والذي بدأ سريانه تابريخ 23 يونيو 2004.

³ الفصل الثاني من الباب الأول للقانون الصادر في 09 آب أغسطس سنة 2000 المتعلق بقانون بالتجارة الإلكترونية التونسي.

قيمة هذه السلعة أو الخدمة ما يعادلها بالدينار الحد المنصوص عليه في التشريع والتنظيم المعمول بهما "والملاحظ¹ أن المشرع الجزائري استعمل مصطلح معاملات تجارة عابرة للحدود والمقصود هنا هو التجارة الدولية، وهي ذلك النشاط المتعلق بتداول الثروات عبر الحدود للدول أو هي ذلك النوع من التبادل للسلع بين الشعوب والكيانات الاجتماعية المختلفة، وتعرف اقتصاديا على أنها هيكل للتبادل الدولي، يقوم على أساس من تقسيم للعمل الدولي في إطار السوق الرأسمالية العالمية².

ومن ثم فإن التجارة الإلكترونية هي نشاط، يهدف إلى تحقيق الربح وإشباع حاجة، يتضمن عرض وطلب خدمة أو بضاعة، يكون حينها الطالب في غير مكان تواجد المطلوب منه الخدمة أو البضاعة غالبا ما يتلاقى فيها الإيجاب والقبول، وينعقد العقد عبر وسيط إلكتروني آلي³.

إلا أن لهذه الصورة من التجارة الدولية خصائص معينة، تتميز بها عن الصور الأخرى التي تم التطرق إليها.

¹ المادة 07 من قانون 18-05 المتعلق بالتجارة الإلكترونية، ج. ر 28 ، مؤرخة في 16/05/2018.

² أحمد سعيد الزقرد، أصول قانون التجارة الدولية، البيع الدولي للبضائع، المكتبة العصرية للنشر والتوزيع، المنصورة، 2007، ص. ص. 24، 25.

³ جمال الدين شاوي، عقود التجارة الإلكترونية، بحوث ودراسات قانونية، دار النعمان للطباعة والنشر، 2017 ب.ط ، ص. 24.

فالتجارة الإلكترونية، تتم عن بعد، إذ تمتاز بأنها عقد يتم عن بعد بين غائبين وذلك لإنعدام الحضور المادي لهما في زمان ومكان واحد؛ أي ما يسمى بمجلس العقد، إلا أنها، تتم عبر وسيط إلكتروني، وتعد الإنترنت أحد أبرز هذه الوسائط¹. بحيث يظهر الإيجاب على شكل إعلانات وومضات إخبارية، ومحتوى مدرج في المواقع الإلكترونية أو كما يصطلح عليه بالتاجر الإلكترونية، تتضمن عرض خدمة أو سلعة للجمهور بغرض التعاقد متى اقترن الإيجاب المذكور بالقبول، وهذا الأخير، يتم عبر وسيط إلكتروني أو بواسطة وسائل الاتصال، لا يختلف الحكم إذا كان العاقد موجبا أو قابلا شخصا طبيعيا أو معنويا، الذي يعد مستهلكا في إطار نظام بيع أو تقديم خدمات عن بعد موضوع من قبل المورد نفسه، الذي يستعمل حصريا تقنية، اتصال عن بعد أو أكثر لغاية إبرام العقد² فهذا التعاقد، يتميز بوجود فترة زمنية، تفصل بين الإيجاب والقبول، كما لو أوجب تاجر في إسبانيا عن طريق البريد، أو عبر شبكة الأنترنت وعندما تصل الرسالة إلى الموجب إليه فإنما يوافق التاجر، على هذا الإيجاب، فينقذ العقد حينئذ أو لا

¹ جمال الدين شاوي، مرجع سابق، ص. 25.

² صالح المنزلاوي، القانون الواجب تطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، دار الجامعة الجديدة، مصر، ب. ط، 2006، ص. 19.

يوافق على هذا الإيجاب، فلا ينعقد العقد ويسقط الإيجاب¹، كما أن الإيجاب الإلكتروني، يتم عبر وسيط الكتروني، وهو ما يطلق عليه مقدم خدمة الأنترنت، Internet service provider (ISP) فالإيجاب يقدم من خلال الشبكة، وباستخدام وسيلة مسموعة مرئية، وبالتالي فإن الوجود الفعلي للإيجاب منذ اللحظة التي يتم إطلاق الإيجاب، من خلال شبكة الأنترنت، وليس هناك ما يحول دون أن يكون الموجب هو نفسه مقدم الأنترنت فالموجب، يستطيع أن يعيد قراءة الإعلان الموجود في الموقع الإلكتروني².

وهذا الإيجاب يتم عن بعد، نظرا لأن العقد الإلكتروني، يتم إبرامه دون الوجود المادي لأطرافه، فهو يتم بين متعاقدين لا يخضعهما مجلس حقيقي، وبهذا تكون لها خاصية العقود التي تتم عن بعد ومن ثم فإن الإيجاب الإلكتروني ينتمي إلى تلك الطائفة، ولما كان هذا الأخير إيجابا عن بعد³، فإنه يخضع للقواعد الخاصة بحماية المستهلك في العقود المبرمة عن بعد، التي تفرض على المورد

¹ الزاملي نورا كاظم، ميعاد إبرام العقد الإلكتروني، مجلة القادسية للقانون والعلوم السياسية، العدد الثاني، المجلد الثاني، كانون الأول 2009، جامعة القادسية، العراق، ص. 29.

² لزهري بن سعيد، النظام القانوني لعقود التجارة الإلكترونية، دار هومة، ط. 2، 2014، ص. 82.

³ إبراهيم الدصوقي أبو الليل، إبرام العقد الإلكتروني في ضوء أحكام القانون الإماراتي والقانون المقارن، بحث مقدم إلى مؤتمر الجوانب القانونية والأمنية للعمليات الإلكترونية دبي 26 - 28 أبريل 2003، ص.

مجموعة من القيود والواجبات التي يلتزم بها اتجاه المستهلك الإلكتروني، وتتمثل هذه القيود والواجبات في تزويد المستهلك بمعلومات حول شخصية التاجر وعنوانه والمركز الرئيسي له، وعنوان البريد الإلكتروني والخصائص الأساسية للمنتجات والخدمات المعروضة وأوصافها، وأثمانها ووسائل الدفع أو السداد وطريقة التسليم وخيار المستهلك في الرجوع في التعاقد وإخطار المتعاقد بخدمات ما بعد البيع ومدة الضمان¹، وهي الالتزامات التي أشار إليها التوجه الأوروبي رقم 97/07 في شأن حماية المستهلك في العقود عن بعد، والمرسوم الفرنسي رقم 2001/741 الصادر في 24 أغسطس 2001 المتضمن تقنين الإستهلاك.

كما جاء في قانون حماية المستهلك وقمع الغش الجزائري في جانب التجارة الإلكترونية على أنه "بعد إبرام العقد الإلكتروني، يصبح المورد الإلكتروني مسؤولاً بقوة القانون أمام المستهلك الإلكتروني عن حسن تنفيذ الالتزامات المترتبة على هذا العقد"².

كما أن الإيجاب الإلكتروني يتم باستخدام وسائط إلكترونية وعبر شبكة دولية للاتصالات والمعلومات، لذلك فهو لا يتقيد بحدود الدول السياسية والجغرافية

¹ أحمد شرف الدين، عقود التجارة الإلكترونية، تكوين العقد وإثباته، دار النهضة العربية مصر، ب ط، 2000، ص. 139.

² المادة 18 من قانون 15-18 المتعلق بالتجارة الإلكترونية، ج. ر 28 المؤرخة في 2018/05/16.

نظرا لما تتسم به شبكة الأنترنت من الانفتاح والعالمية، ورغم ذلك يرى البعض أنه لا يوجد ما يحول من قصر، الإيجاب الإلكتروني على منطقة جغرافية محددة، بحيث يكون له نطاق جغرافي ومكان معين، فقد يقتصر الموجب عرض المنتجات والخدمات على منطقة جغرافية معينة؛ أي الإيجاب الإلكتروني قد يكون إقليميا أو دوليا، ومن ثم فإن الموجب لن يلتزم بإبرام عقود أو تسليم منتجات أو أداء خدمات خارج النطاق الإقليمي الذي حدده سلفا¹.

إن الإيجاب عبر المواقع الإلكترونية يكون موجها للجمهور فلا يكون مقتصرا على أشخاص محددين، ولكنه قد يتحدد في بعض الحالات بنفاد الكمية، أو يتعلق على أجل معين، أو قد يشير الموجب إلى أن العرض عبارة عن دعوة للتعاقد معبرين عن ذلك بأن المخزون محدود أو الاستجابة تكون في حدوده أو أن الإيجاب بدون التزام في هذه الحالة فإن استجابة مرتاد الأنترنت لإيجاب معلق على شرط، يصبح هو الشخص الموجب، والرسالة الإلكترونية التي يوجهها تعد عبارة عن إيجاب². وهناك إيجاب آخر يكون عبر المحادثة الإلكترونية المرئية عبر الأنترنت، وهي إمكانية التحدث مباشرة بوسائل مرئية، أو صوتية، أو مكتوبة،

¹ أسامة أبو الحسن مجاهد، خصوصية التعاقد عبر الإنترنت، دار النهضة العربية، ب. ط، 2000، ص. 77.

² عدنان بن صالح العمر، حسني صالح عمارين، الأصول القانونية للتجارة الدولية، مرجع سابق، ص. 144.

ويكون ذلك بحضور الطرفين في الوقت ذاته¹، فالإيجاب الإلكتروني يحمل اخطارا تشوبه في الحقيقة، بحيث تكمن في بث معلومات أو تقديم عروض لأداء خدمات غير موثوقة عن طريق التقنيات، كما يبدو من الصعب تحقيق رقابة فعالة على طبيعة المنتجات المعروضة على شبكة الأنترنت، إذ قد يفاجئ المستهلك بعد تكوين العقد بمنتجات غير مطابقة أو غير ملائمة للغرض الذي من أجله تعاقد، ومن ثم فإنه يمكن القول بأن الإيجاب الإلكتروني، يفتقر إلى اليقين القانوني².

فبعد الإيجاب يأتي القبول، وهو شرط انعقاد العقد إذا عبر الموجب له عن قبوله الإيجاب الموجه له دون تعديل، والقبول بهذا الشكل تعبير ثان عن الإرادة، يصدر مما وجه إليه الإيجاب، وعليه إذا عدل في الإيجاب أو اختلف القبول عن الإيجاب أعتبر القبول رفضا يتضمن إيجابا جديدا، والقبول لا يكفي وحده وإنما يجب أن يصدر والإيجاب، لا يزال قائما، فإذا صدر الإيجاب على الخط استلزم الأمر أن يصدر القبول فوراً قبل فض المحادثة³، وللقبول الإلكتروني شروط، وهي مطابقة القبول للإيجاب، وهذا لكي ينتج أثره في انعقاد العقد، أن يتطابق

¹ أسامة أبو الحسن مجاهد، المرجع السابق، ص. 73.

² أسامة أحمد بدر، حماية المستهلك في التعاقد الإلكتروني، دار الجامعة الجديدة، للنشر والتوزيع الإسكندرية، ب. ط، 2005، ص. 107.

³ أحمد عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج. 1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان ط. 3 2009، ص. 281.

تماما مع الإيجاب في كل جوانبه وإلا فإن العقد لا ينعقد، فإذا اختلف القبول على الإيجاب يعد إيجابا جديدا وليس قبولا، وهذا التطابق بين القبول والإيجاب يجب أن يرد على كافة العناصر الجوهرية والثانوية¹، ولا يقصد من المطابقة التامة المطابقة في الصيغ أو الألفاظ بل في الموضوع، من خلال صدور القبول بالموافقة على جميع البنود التي يتضمنها العقد من غير تمييز بين المسائل الثانوية والجوهرية².

فالطرف الآخر أي الموجب له ماعليه إلا أن يتقبل الإيجاب فيضغط على أيقونة الموافقة أو لا يضغط وذلك بالنظر، إلى أن العقد الموجود على صفحة الموقع، لا يسمح بإجراء تعديل عكس الحال في التعاقد، عبر البريد الإلكتروني، وقد يتم الاتفاق على المسائل الجوهرية في العقد وتترك المسائل التفصيلية للاتفاق عليها فيما بعد³، وفي حالة الاختلاف، يعرض الموضوع على التحكيم سواء الإلكتروني أو العادي أو القضاء حسبما يتم النص عليه في الإيجاب، فهذا الحل، يتفق مع القواعد العامة ومع سير العملية التجارية، والمسائل التفصيلية غالبا ما

¹ أيوب يوسف سالم محمد العبيدي، الإلتزام بالإعلام في عقود التجارة الإلكترونية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة بنهي، دار الجامعة الجديدة ط. 2019، ص. 55.

² عباس العبودي، التعاقد بوسائل الإتصال الفوري، دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع عمان الأردن، ب. ط 1997، ص. 132 .

³ عباس العبودي، مرجع سابق، ص. 132.

تكون قابلة للتفاوض، ولا تشكل عائقاً أمام إتمام العقد¹، وزمن القبول الإلكتروني وفقاً للقواعد العامة على تسير العملية التجارية هو الوقت الذي ينعقد فيه العقد، إلا أن هذا الأخير، يواجه صعوبات في نطاق التجارة الإلكترونية في تحديد زمان القبول لذلك انقسم الفقه إلى أربعة آراء فقهية، منهم من يرى أن لحظة إنعقاد العقد تكون بالنقر على الأيقونة المخصصة لذلك، على الشاشة Accept/ ok²، أو ما يسمى بنظرية إعلان القبول. أما الاتجاه الثاني فيرى أن لحظة إعلان القبول وإصداره هو النقر على مفتاح Stop الموجود أعلى الشاشة الإلكترونية، أو بخروجه من الموقع نهائياً بعد النقر على مفتاح القبول، والرأي الثالث فهو لحظة انعقاد العقد هو لحظة دخول رسالة القبول في صندوق البريد الإلكتروني على الحاسب الآلي، الخاص بالموجب أو ما يصطلح عليها نظرية تسليم القبول، وآخر رأي هو اللحظة التي يطلع فيها الموجب على بريده الإلكتروني ومعرفة مضمون الرسالة، أو ما يسمى بنظرية علم الموجب بالقبول³. لا ينعقد، فإذا اختلف القبول على

¹ صفوان حمزة إبراهيم عيسى، الأحكام القانونية للتجارة الإلكترونية، دار النهضة العربية، ط. 2013، ص. 109.

² أمينة خبايا، التحكيم الإلكتروني في التجارة الإلكترونية، دار الفكر والقانون، للنشر والتوزيع، المنصورة، ط. 1، 2010، ص. 46.

³ أسامة أبو الحسن مجاهد، خصوصية التعاقد عبر الأنترنت، مرجع سابق، ص. 92.

الإيجاب يعتد إيجاباً جديداً، وليس قبولاً، وهذا التطابق بين القبول والإيجاب، يجب أن يرد على كافة العناصر الجوهرية والثانوية¹، ولا يقصد من المطابقة التامة المطابقة في الصيغ أو الألفاظ بل في الموضوع، من خلال صدور القبول بالموافقة على جميع البنود التي يتضمنها العقد من غير تمييز بين المسائل الثانوية والجوهرية² فالطرف الآخر؛ أي الموجب له، ما عليه إلا أن يتقبل الإيجاب فيضغط على أيقونة الموافقة أو لا يضغط، وذلك بالنظر إلى أن العقد الموجود على صفحة الموقع، لا يسمح بإجراء تعديل عكس الحال في التعاقد عبر البريد الإلكتروني، وقد يتم الاتفاق على المسائل الجوهرية في العقد وتترك المسائل التفصيلية للاتفاق عليها فيما بعد³، وفي حالة الاختلاف، يعرض الموضوع على التحكيم سواء الإلكتروني أو العادي أو القضاء حسبما يتم النص عليه في الإيجاب فهذا الحل يتفق مع القواعد العامة ومع سير العملية التجارية، يتلاقى فيه

¹ أيوب يوسف سالم محمد العبيدي، الإلتزام بالإعلام في عقود التجارة الإلكترونية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة بنهي، دار الجامعة الجديدة. ط. 2019، ص. 55.

² عباس العبودي، التعاقد بوسائل الإتصال الفوري، دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع عمان الأردن، ب. ط. 1997، ص. 132 .

³ عباس العبودي، التعاقد بوسائل الإتصال الفوري ، دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص. 132.

الإرادتان، إلا أن هذا المبدأ قد تواجهه بعض الصعوبات في نطاق التجارة الإلكترونية في تحديد زمان القبول الموجب بالقبول¹.

المبحث الثاني: أطراف عقود التجارة الدولية .

تتعدد موضوعات العقود الدولية وتطور الحياة الاقتصادية والتجارية سواء على الصعيد الدولي أو الداخلي مما أدى إلى ظهور عدد كبير من الكيانات الجديدة، كأطراف فاعلة ومؤثرة ولها ثقل إقتصادي كبير، وخاصة في العقود التجارية الدولية، وتشمل في الشركات المتعددة الجنسيات، وكذا الدولة أو أحد الأشخاص المعنوية التابعة لها، وقد زادت هذه الأخيرة بكثرة موضوعات عقود التجارة الدولية، لكي تكون أحد الأطراف الأساسية ودعائم هذا النوع من العقود، ولهذا سوف نتطرق في هذا المبحث إلى الشركات متعددة الجنسيات كمطلب أول وفي مطلب ثان الدولة والأشخاص المعنوية العامة.

المطلب الأول: الشركات المتعددة الجنسيات.

إن الشركات المتعددة الجنسيات، كان لها دور مهم في العلاقات الاقتصادية الدولية ومنذ زمن بعيد حيث إن المهتمين بالتجارة الدولية، زاد اهتمامهم بالذي تقوم به هذه الشركات وأساليب تكوينها ومباشرتها لنشاطها في الفترة ما بعد الحرب

¹ أسامة أبو الحسن مجاهد، خصوصية التعاقد عبر الأنترنت، مرجع سابق، ص. 92.

العالمية الثانية¹، حيث إن تشابك العلاقات الاقتصادية على دول العالم والتطور الكبير الذي شهده العالم في المبادلات التجارية أصبح ظاهرة جلية محط اهتمام الكثير من الاقتصاديين، وأصبح الاستثمار بالنسبة لكثير من الشركات خارج حدود الدولة التي تنتمي إليها تلك الشركات شاغلا لها، بحيث أصبحت تلك الشركات، تمارس نشاطها التجاري بأشكال مختلفة، في دول أخرى، وهو ما أدى إلى نشأة الشركات متعددة الجنسيات²، وتعد الشركات المتعددة الجنسيات مصدر تدفق الاستثمارات الأجنبية إلى سنة 1958 م، المباشرة من الولايات المتحدة الأمريكية إلى بريطانيا، وتركز هدفه في تحديد تلك الاستثمارات وقياس آثارها على الاقتصاد البريطاني ومن ثم أصبحت ظاهرة غالبية في تعميم العمليات، التي تؤدي إلى عولمة الاقتصاد، فأصبحت الشركات متعددة الجنسيات القوة التي تؤدي الدور القيادي في عملية تدويل الاقتصاد بين دول العالم، ولها تأثير كبير في التجارة الدولية والاقتصادي العالمي بصفة عامة، وقد عرفها جانب من الفقه "بأنها المشروع الذي يتكون من الشركات الأم والوليدة التي تقوم بالإنتاج في بلدان

¹ هشام ضيف عبد المالك، التفاوض في عقود التجارة الدولية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة 2015، ص. 29.

² هادي عنيد حسان الحلفي، أثر إختلال التوازن في العلاقات العقدية الدولية في تطور التجارة الدولية، رسالة ماجستير، كلية الحقوق جامعة القاهرة. ص. 20.

عديدة، وتسمى البلدان المضيفة، وتسمى الشركات عابرة القومية¹ "كما عرفها الفقيه" (Hauriou Maurice)² بأنها مجموعة منظمة الوسائل تخضع لمركز قرارات واحدة وتستقل بذاتها في الأسواق بما فيها الوحدات الصغيرة وأداء كل الوظائف التي تحدد توازنها، كما أن الوحدات الكبيرة الدولية تقبض بعض القدرات التي تملكها من السيطرة"³، "كما أن غرفة التجارة الدولية عرفت بأنها "المشروع المتعدد الجنسيات يمكن تمييزها على أنها الشركة أو مجموعة الشركات التي تعمل، على نطاق عالمي وتساهم بشكل أساسي في تدفق الاستثمارات المباشرة من الدول المختلفة" وهي كذلك الشركات التي تتوزع ملكية رأس مالها على عدة دول، كما تكون مجالس إدارة هذه الشركات متعددة الجنسيات⁴.

وهناك من عرفها " بأنها الشركة التي تستمد أصلها من دول معينة ولها نشاطات في دولتين أجنبيتين على الأقل وتحقق أكثر من 10 % من رقم أعمالها في

¹ حسن محمد هند، مدى مسؤولية الشركات الأم عن ديون شركاتها الوليدة في مجموعة الشركات، مع إشارة خاصة للشركات المتعددة القوميات، ط. 1 1997. ص. 327.

² عالم فقه وإجتماع فرنسي ولد في 17 أغسطس 1856م وتوفي في 12 مارس Hauriou Maurice

1929، درس القانون العام في جامعة تولوز من عام 1888 ، والقانون الدستوري منذ عام 1920

³ هشام ضيف الله عبد المالك، التفاوض في عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص. 35.

⁴ طالب حسن موسى، قانون التجارة الدولية، مرجع سابق، ص. 120.

الخارج¹ وكقاعدة عامة، يحاول فقهاء القانون إيجاد معايير تعدد الجنسية؛ أي عدد المؤسسات التابعة في الخارج " Filiales " تكوين الرأسمال، جنسية المسيرين ونظرا لعدم وجود اتفاق بين الدول في هذا المجال، فإن كل تعريف يكون تحكيميا، وبهذا يمكن تعريف الشركة المتعددة الجنسية، بأنها مؤسسة ذات مصالح عالمية، تنشط في عدة دول لزيادة أرباحها وأن هدف الربح هو الذي يفرقها عن الهيئات غير الحكومية، أما لائحة معهد القانون الدولي لعام 1977م فهي تنص على أن المؤسسات التي لها مركز القرار في دولة معينة ومراكز النشاط في دول أخرى، تعد شركة متعددة الجنسيات²، وللشركات المتعددة الجنسيات رؤوس أموال ضخمة نتيجة لتحقيقها لأرباح كبيرة دون استثمارها في البحث كما لها الأدمغة والتكنولوجيا المتقدمة جدا، وقد بين المدير العام للتنمية والتعاون الاقتصادي بالأمم المتحدة أن هذه الشركات، اكتسبت قوة في السوق كبيرة إزاء حكومات وشركات الدول النامية، ويرجع ذلك إلى سيطرتها على موارد من أنواع مختلفة في مجال المال والإدارة

¹ منصور عسو، الشركات متعددة الجنسية، مجلة ميادين، كلية العلوم القانونية والإقتصادية والإجتماعية

عدد 01 وحدة المغرب، سنة 1986، ص. 151.

²Nguyen Quoc, pratich , alain pellet , droit international public 2 éducation , paris

(1) 1980 , p 556.

والشبكات ومهارات، التسويق والتكنولوجيا¹، وكثيرا ما لا تحترم هذه الشركات حقوق العمال وتنتهك أحيانا الأصالة الثقافية لسكان الدول التي تنشط فيها، عن طريق الدعاية ونشر الأفكار الحرة وأسلوب معيشة البلدان الرأسمالية، وتتدخل أحيانا في الشؤون الداخلية للدول الموجودة فيها لتغيير سياستها وهكذا ساهمت - على سبيل المثال - شركة التلغراف والتليفون الأمريكية مساهمة كبيرة في قلب النظام السياسي الشيلي عهد السلفادور الياندي وذلك في سبتمبر 1973، وأن وضع قواعد قانونية دولية لمراقبة نشاط هذه الشركات، أصبح ضرورة ملحة لأن القوانين المحلية، لكل دولة عاجزة عن حماية نفسها ضد الشركات كما أنها في نفس الوقت تعجز على حماية حقوق هذه الشركات².

كما أنه تجدر الإشارة إلى أن الشركات المتعددة الجنسيات تعد موضوع من موضوعات القانون الدولي، وأن هناك مراقبة دولية لهذا النوع من الشركات، وهي هيئة العمل الدولية، ومؤتمر هيئة الأمم للتجارة والتنمية، وإن الهيئة الأولى أصدرت 1977/11/16 "الإعلان الثلاثي حول المبادئ التي تخص الشركات المتعددة الجنسيات والسياسة الاجتماعية" وتضمن هذا الإعلان ظروف العمل

¹ بن عامر تونسي، قانون المجتمع الدولي المعاصر، ديوان المطبوعات الجامعية، ط. 4 سنة 2003، ص. 04.

²Pazarci Hugseyen : la responsabilité internationale, R.G.D.P N 02 1975, P357

ولتكوين والدراسات الاجتماعية واحترام السيادة الوطنية، من طرف الشركات العالمية، وفي سنة 1978 م طابت هيئة العمال الدولية من الدول تقديم تقارير، تشرح فيها كيفية تطبيق الإعلان¹، أما الهيئة الثانية فتمثلت في مؤتمر هيئة الأمم المتحدة التجارة والتنمية (C.M.U.C.E.D)² بدراسة القضية من زاوية التجارة وتحويل التكتيك المرتبط، بنشاط الشركات المتعددة الجنسيات ومنذ عدة سنوات تحاول هيئة الأمم المتحدة تدوين نظام خاص بالسلوك الدولي للشركات المتعددة الجنسيات، وهكذا فإن المجلس الاقتصادي والاجتماعي أنشأ عام 1974 لجنة الشركات المتعددة الجنسية المكونة من 48 دولة لدراسة القضايا بهذه الشركات³، فالدول تضع على عاتق هذه الشركات التزامات أو أكثر مما يعترف بالحقوق والواقع، وأن الاعتراف الاستثنائي، ومن بين الالتزامات، عدم التدخل في الشؤون واحترام السيادة الوطنية، وممارسة النشاط وفقا للخطة الاقتصادية التي ترسمها الدول المضيفة، مع احترام حقوق العمال، وتراثهم الثقافي، أما الحقوق، فتتلخص في فصل النزاعات المتعلقة بالاستثمارات، بحيث تعترف معاهدة 1965 لهذه

¹Nguyen Quoc, pratich , alain pellet, droit international public 2 éducation , paris (1) 1980 , p.p 559- 558

²(C.M.U.C.E.D) Conférence des Nation Unies sur Le Commerce Et Développement وهو منظمة دولية تسعى إلى إيجاد بيئة ملائمة تسمح بإندماج الدول النامية في الاقتصاد العالمي .

³Pazarci Hugseyen : la responsabilité international , R.G.D.P N 02 1975 , P357

الشركات، بحق تقديم الشكوى وحلها عن طريق التحكيم الدولي بعد موافقة الدول المعنية¹.

المطلب الثاني: الدولة والأشخاص المعنوية.

إن من الأطراف الفاعلة على الساحة الاقتصادية الدولية، هي الدولة؛ إذ ومنذ انتهاء الحرب العالمية الأولى ارتفع عدد الدول المشاركة في التجارة الدولية نظرا لضرورة إصلاح هذه الدول بعد الحرب، إلى جانب استغلال العديد من الدول.

إن التأميم أدى إلى المشاركة الاقتصادية الجادة من بعض الدول النامية على الرغم من قلة رؤوس الأموال، وسلطة القطاع الخاص إلا أن العديد من الدول النامية، تمكنت من المشاركة في الساحة الاقتصادية الدولية، كما أن الخوصصة، لم تضع النهاية أمام مشاركة هذه الشركات المختلفة في الأنشطة التجارية، ومن هنا أخذت عقود الدول كأى عقود أخرى على تلاقي إرادتين بقصد إحداث أثر قانوني معين، حيث تتميز هاته العقود التي تبرم بين الدولة وأحد أشخاصها المعنوية العامة أو أحد الأشخاص الأجنبية بكونها حظيت باهتمام كبير

¹ قرار المحكم (DUPUY) منشور في journal du droit international 1977 P 360.

من الناحية القانونية والاقتصادية¹ والأشخاص المعنوية أو الاعتبارية كما يحلو لبعض الفقه تسميتها هي الدولة والولاية، البلدية، المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري، الشركات التجارية² كما أن الأشخاص المعنوية المذكورة، يمكن لها أن تبرم ما يسمى بعقود التجارة الدولية مع أحد الأشخاص الأجنبية، ولعل هذا النوع من العقود، يتميز على العقود التي تبرم بصفة يومية، ويتم تنفيذها بطريقة فورية أو دورية، إذ تبرم بصفة طويلة بقصد المساهمة في عمليات التطوير الاقتصادي الصناعي، للنهوض بمشروعات البنية الأساسية، لتنعكس في مختلف الميادين الأخرى³. غير أن التفاوت في المركز هو ما يميز هذا النوع من العقود، بسبب أن أحد أطراف العقد يعتبر شخص سيادي يتميز بمزايا خاصة، كون أن الدولة أو أحد الأشخاص الاعتبارية التابعة لها، وهذا هو المشكل الحقيقي الذي ينجم على هذا النوع في عقود التجارة الدولية هو التمسك بالسيادة في حالة ما يثور نزاع بينهما، وبين الطرف الآخر في العقد وهنا يحدث التوفيق بين فكرة السيادة ومبدأ الحرية التعاقدية. ومن هنا فإن العقد الذي أبرمته الدولة له أثر على تقليص

¹ حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية ، مرجع سابق، ص. 23.

² المادة 49 من القانون المدني الجزائري، الصادر بالأمر 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المعدل والمتمم بالقانون 07-05 المؤرخ في 13 مايو 2007، دار الجزيرة للنشر والتوزيع الجزائر، ط. 2010-2011.

³ هشام ضيف الله عبد المالك، التفاوض في عقود التجارة الدولية ، مرجع سابق، ص. 36.

لسيادتها¹، ونظرا للعديد من المشاكل القانونية المثارة في هذا الصدد اختلف الفقه في الوصول لحلول من أجل إيجاد تنظيم قانوني قادر على استيعاب هذه العقود، وإذا كانت هذه العقود ذات طبيعة من قبيل العقود العادية التي تنطبق عليها نظرية العقد، أو هي من قبيل عقود الدولة، ومن ثم تنطبق عليها الأحكام الخاصة بالعقد الإداري، ويعد تحديد الطبيعة القانونية لعقود الدولة فيما إذا كانت من عقود القانون العام أو من القانون الخاص مسألة شديدة الحساسية إذا ما لم تكن مسألة إيديولوجية أو سياسية، تتطوي على إعتبارات كثيرة وليست مجرد قانونية، وكذا النظام القضائي الذي تخضع له المنازعات الناشئة عنه²، إذ إن التفاوت في المراكز القانونية والاقتصادية لأطراف هذه العقود، فالدول المتعاقدة، تدفع إلى محاولة تكييف العقد بأنه من عقود القانون العام، وصولا إلى تأميم العقد أو تسكينه في القانون الوطني للدولة المتعاقدة، فإن دفع الأطراف الأجانب المتعاملين معها إلى محاولة تكييف العقد، بأنه من عقود القانون الخاص وصولا إلى سلخ العقد من القانون الداخلي للدولة المتعاقدة أو محاولة تدويله³، إذا تم تكييف تلك

¹ محمد عبد المجيد إسماعيل، تأملات في العقود الدولية، منشورات الحلبي بيروت لبنان، ط 1، 2010، ص. 267.

² ماهر محمد حامد أحمد، النظام القانوني البوت (B.O.T)، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الزقازيق، 2004، ص. 153.

³ بشار محمد الأسعد، عقود الدولة في القانون الدولي، منشورات زين الحلبي، ط. 1، 2010، ص. 87.

العقود كعقود قانون عام، سينعقد الاختصاص لقانون الدولة الطرف الذي يشكك في حيادته بحق أو بدون حق للطرف الأجنبي، وإذا تم تكييف العقد كعقد من عقود القانون الخاص، فسيقود ذلك إلى الاصطدام بالسلطات العامة للدولة، وما لها من حقوق كسلطة عامة كما ستدفع بالحصانة القضائية والحصانة ضد التنفيذ¹، ويرون أنه مادام أن هذه العقود من قبيل عقود الدولة ومن ثم تنطبق عليها الأحكام الخاصة بالعقد الإداري وأهمها حق الدولة في إلغاء هذه العقود، أو في إجراء تعديلات عليها بإرادتها المنفردة وفقا لما تقتضيه المصلحة العامة فالعقد الذي أبرمته الدولة له أثره، بشكل حتمي لتخليص سيادتها مستقبلا²، كما أن الدولة في بعض الأحيان تستغل حصانتها بإعتبار أنها أحد أشخاص المجتمع الدولي وتدفع بهذه الحصانة أمام قضاء التحكيم الدولي، عندما تكون أحد أطراف العقد المثار بشأنه المنازعة، ولهذا لكي تغلت من الخضوع أو المثل أمام هذا القضاء، وعلى هذا، فإن دفع الدولة بهذه الحصانة القضائية، يعد واحدة من العقوبات التي

¹ محمد عبد العزيز علي بكر، فكرة العقد الإداري عبر الحدود، دار النهضة العربية، ط 1، 2000، ص. 204.

² محمد عبد المجيد إسماعيل، تأملات في العقود الدولية، مرجع سابق، ص. 267.

تعرض فاعلية اتفاق التحكيم الدولي للوصول به إلى الغاية المرجوة منه في تسوية منازعات عقود التجارية الدولية¹،

ومن جانبنا، نرى أن اتفاق التحكيم عندما يدرج في العقود يكون دائماً مستقلاً، ولا يمكن للدولة إذا كانت طرفاً في العقد أن تتحجج بعدم خضوعها للتحكيم التجاري الدولي، ولا يمكن الإفلات من الفصل في النزاع من طرف قضاء التحكيم، كما أن العقد شريعة المتعاقدين، لا يجوز نقضه أو تعديله أو الغائه، إلا بإرادة الطرفين رضوخاً لمبدأ سلطان الإرادة، كما لا يجوز للقاضي ذلك نظراً لاعتبارات المصلحة العامة أو العدالة قد ساد وسيطر في العلاقات القانونية لوقت قصير، كما أن التطورات الاقتصادية والسياسية والاجتماعية، هي التي أدت إلى اكتشاف أن الحرية التي يتزين بها هذا المبدأ، أثارت العديد من العقبات، والمشاكل لهذا تدخل المشرع في مختلف دول العالم ليضع قيوداً وحدوداً لهذا المبدأ، ومخولاً للقاضي التدخل وتعديل العقد كلما دعت المصلحة العامة أو العدالة لذلك، هذا بالنسبة لمبدأ سلطان الإرادة في القوانين الوطنية. أما مجال علاقات التجارة الدولية، فيبدو أن هناك ظروفًا قد طرأت خلال النصف الثاني من القرن العشرين،

¹ أحمد مخلوف، إتفاق التحكيم كأسلوب لتسوية منازعات عقود التجارة الدولية، دار النهضة العربية، ب ط، 2005، ص. 304.

التي مهدت الطريق لهذا المبدأ لكي يعود ويسيطر على تلك العلاقات¹، ورجوع هذا المبدأ عند العديد من الفقهاء هو الوسيلة لضمان سيطرة الشركات والتأكيد على مبدأ قادسية العقد باعتباره مبدأ قانونيا عاما، بحيث لا يعطي الفرصة للدولة أن تتحكم في بنود العقد باعتبارها شخصا ذا سيادة، وأنها الطرف القوي في العقد. ونحن مع من يرى بتفعيل مبدأ "العقد شريعة المتعاقدين" بحيث لا تكون لجميع أطراف العقد إنقاص العقد أو تعديله إلا بموافقة الطرف الآخر، سواء كانت الدولة أو أحد أشخاصها المعنوية العامة إذا كانت طرفا في العقد، أم الطرف الآخر؛ أي المستثمر الأجنبي، أو غيره متى كانت تستهدف تحقيق الربح عن طريق مزاوله نشاط تجاري مماثل لنشاط المشروعات الخاصة².

¹ أحمد مخلوف، إتفاق التحكيم كأسلوب لتسوية عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص، 304.

² مصطفى كمال طه، الشركات التجارية، دار الجامعة الجديدة، لبنان، ب. ط، 1998 ص، 407.

الفصل الثاني: مفهوم التفاوض وخصائصه.

تعد المفاوضات في عقود التجارة الدولية، المرحلة الصعبة والمعقدة السابقة لما قبل التعاقد، لكي يتم الوصول إلى صياغة عقد نهائي، إذ لا يمكن تصور أن الأمر يأتي هكذا وبصورة بسيطة، بل بخطوات متعاقبة تبدأ بالتشاور والمساومة حول ما يتعلق بتحديد عناصر وشروط صياغتها كمشروع عقد نهائي يستقطب رضا الطرفين، ويوجد من العقود من يستغرق سنين طويلة نظرا لأهميته البالغة من الناحية الاقتصادية.

ولكل طرف يسعى من وراء ذلك إلى إبرام عقد نهائي الهدف منه هو تحقيق الربح والفوز بالصفقة، كما أن هذا الصنف من العقود الضخمة والمركبة كالعقود المبرمة من أجل البحث والتنقيب على الثروات الطبيعية وإستغلالها، إذ لا يمكن بأي حال من الأحوال أن تبرم بالإيجاب والقبول الفوريين، وإنما تحتاج إلى مفاوضات مكثفة وطويلة تمتد لسنوات عديدة، ولعل ما يثير الاهتمام في هذه الدراسة هو التطرق وتحديد مفهوم المفاوضات وخصائصها كمبحث أول، ثم نتطرق في المبحث الثاني إلى مجال التفاوض ومعايير نجاحه.

المبحث الأول: تعريف التفاوض وأهميته وخصائصه.

نظرا لحدثة موضوع المفاوضات في العقود التجارية الدولية، ولعدم وجود نصوص قانونية خاصة تنظم مرحلة المفاوضات، فإنه يوجد من الفقه من حاول تعريف المفاوضات ولكن بالمقابل توجد عدة تعاريف متعددة ومتنوعة بتتوع موضوع المفاوضات وتحديد أهميتها¹، وحتى نستطيع تحديد تعريف المفاوضات وأهميتها يجدر بنا أن نعرض أولا على تبيان المعنيين اللغوي والاصطلاحي وأهمية المفاوضات لها كمطلب أول، ثم خصائص التفاوض ونطاقه كمطلب ثان.

المطلب الأول: تعريف المفاوضات وأهميتها .

لقد أصبحت المفاوضات في عقود التجارة الدولية ضرورة تسبق إبرام أي عقد من هذه العقود التي تتميز بالتعقيد والتركيب، كما أنها على حد مزاعم البعض هي فكرة قديمة ترجع جذورها إلى التاريخ الذي عرف فيه الإنسان الإلتقاء مع بني جنسه للتبادل ومقايضة السلع بحيث كانت تجري بعض المساومات والمناقشات بينهم²، وتلك هي المفاوضات وما ينجر عنها، من أهمية بالغة تعود على الأطراف سواء البائع أو المشتري وللوقوف تحديد معنى المفاوضات وأهميتها

¹ جيرارد ، نير نبرج ، اسس المفاوضات ط 1 ، المكينة الأكاديمية، مصر 1998، ص 18 .

² أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة ، ب ط ، ص ، 58 .

بالنسبة للطرفين يقتضي تعريف المفاوضات لغة وإصطلاحا في فرع أول، وأهميتها في فرع ثاني .

الفرع الأول: المعنى اللغوي والإصطلاحي للمفاوضات .

هناك من الفقه من حاول تعريف المفاوضات ولكن بالمقابل توجد عدة تعاريف متعددة ومتنوعة بتنوع موضوع المفاوضات وتحديد أهميتها¹ ولتحديد مفهوم المفاوضات يجب الوقوف على المعاني اللغوية والاصطلاحية. المفاوضات في اللغة العربية، هي المساومة والمشاركة، وهي مفاعلة من التفويض كأن كل واحد منهما رد ما عنده إلى صاحبه، وتفاوضوا في الحديث أي أخذوا فيه، وتفاوض القوم في الأمر أي فاوض فيه بعضهم بعضا². أما في اللغة الإنجليزية "Negotiation" والمقصود تَقَاوَضَ أي تَبَاَحَثَ، أما في اللغة الفرنسية، فإن كلمة التفاوض تعني "Négociation" أي العملية التي تتضمن سلسلة من المحادثات وتبادل وجهات النظر، وبذل العديد من المساعي بين الطرفين والهدف هو الوصول إلى اتفاق بشأن صفقة معينة³.

¹ جيرارد ، نير نبرج ، أسس المفاوضات ط 1 ، المكينة الأكاديمية، مصر 1998، ص 18 .

² القاموس المحيط. للإمام محي الدين محمد بن يعقوب بن محمد بن إبراهيم الفيروز أيادي الشيرازي الشافعي، ج2. 1995. دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان. ص. 520.

³ علي أحمد صالح. المفاوضات في عقود التجارة الدولية. دار هومة، 2012، ص.ص. 47-48.

أما من الناحية الاصطلاحية فلقد ركزت أغلب التعاريف على اعتبار أن المفاوضات، هي عبارة عن التبادل اللفظي للأفكار والمقترحات من أجل الوصول إلى اتفاق معين دون نظرة شاملة لظاهرة التفاوض بوصفها عملية تفاعل أكثر اتساعاً من مجرد تبادل للأفكار ومقترحات ذلك أن المفاوضات هي عملية، تتجاوز بكثير مفهوم الاتصال الشفهي إنها عملية تفاعل جد معقدة تشمل تبادل الآراء والحجج، الأفكار، المقترحات، وتتضمن إرادات متعارضة¹، وتتميز بوجود مصالح متناقضة المتنازعة وفي نفس الوقت وجود مصلحة مشتركة، بين الأطراف المتفاوضة في التوصل إلى إتفاق مشترك بشأن عقد معين تمهيدا للبرامه ومن بين أهم التعاريف الفقهية للمفاوضات نذكر منها مايلي: "المفاوضة هي التفاوض والمناقشة وتبادل الأفكار، الآراء، المساومة بالتفاعل بين الأطراف ومن أجل الوصول إلى إتفاق معين حول مصلحة أو حل لمشكلة ما إقتصادية، قانونية تجارية أو سياسية"².

أما تعريف المفاوضات من الناحية الاصطلاحية فإن المفهوم متعدد بالنظر إلى كل طرف إلى المفاوضات من جهة، وإلى أن ظاهرة المفاوضات، تتميز بطبيعتها بأنها أكثر الظواهر تعقيدا وصعوبة، ومن جهة أخرى، فقد ركزت أغلب

¹ محمد بدر الدين مصطفى زايد، المفاوضات الدولية، الهيئة العامة المصرية للكتاب، ب د ط، القاهرة 1991، ص، 15.

² أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، مرجع سابق، ص، 15

التعريفات على اعتبار أن المفاوضات هي عبارة عن التبادل اللفظي للأفكار والمقترحات من أجل الوصول إلى إتفاق معين، دون نظرة شاملة إلى التفاوض بوصفها عملية تفاعل أكثر اتساعاً من مجرد تبادل للأفكار والمقترحات ذلك أن المفاوضات هي عملية تتجاوز بكثير مفهوم الإتصال الشفهي، أنها عملية تفاعل معقدة جدا تشمل تبادل الآراء والحجج، والأفكار مشتركة بين الأطراف المتفاوضة في التوصل إلى إتفاق مشترك بشأن عقد معين تمهيدا لإبرامه¹.

كما أن العديد من فقهاء القانون عرفوا المفاوضات، ومن بين هذه التعاريف التي يمكن ذكرها هي "أن المفاوضات تعتبر تبادل للإقتراحات والمساومات والمكاتبات، والتقارير والدراسات الفنية بل والاستشارات القانونية التي يتبادلها أطراف التفاوض ليكون كل منهما على بنية أفضل الأشكال القانونية التي تحقق مصلحة الأطراف والتعرف على ما يسفر عنه الإتفاق من حقوق والتزامات لطرفيه².

ويعرفها آخر "بأنها التحدث والحوار بين طرفيه أو أكثر بهدف الوصول إلى اتفاق حول نقطة معينة ليست محل إتفاق بين الأطراف، وفي مجال التجارة

¹ علي أحمد صالح، المفاوضات في عقود التجارة الدولية، مرجع سابق. ص.ص. 47.48.

² حسام الدين كامل الأهواني. المفاوضات في الفترة ما قبل التعاقد، مراحل إعداد العقد الدولي. مجلة العلوم القانونية والإدارية، العدد 02 سنة 2016. ص.343.

الدولية هو الحوار من أجل الوصول إلى اتفاق على التعاقد معين أو من أجل تحديد نوع المبيع أو الربح الناتج عن أي معاملة تجارية¹.

وذهب آخرون إلى أن المفاوضات "هي كل اتصال أو مشاور أو حوار بين طرفين أو أكثر بغرض الوصول إلى إتفاق نهائي وإبرام عقد معين"².

أما العميد كاربوني³ فعرفها: "بأنها تلك المرحلة التمهيديّة التي تتم فيها دراسة ومناقشة شروط العقد، وفي هذه المرحلة لا يكون العقد قد تم، بل ليس هناك إيجاب بالعقد يمكن قبوله، وإنما هناك فحسب عروض وعروض مضادة"⁴.

كما أن الدكتور علي أحمد صالح ربح تعريف الدكتور رجب كريم عبد اللاه والذي عرف التفاوض على العقد بأنه "حدوث إتصال مباشر أو غير مباشر، بين شخصين أو أكثر بمقتضى إتفاق بينهم، يتم خلاله تبادل العروض والمقترحات وبذل المساعي المشتركة بهدف التوصل إلى اتفاق بشأن عقد معين تمهيدا لإبرامه في المستقبل"⁵.

¹ صالح بن عبد الله، بن عطف العوض. المبادئ القانونية في صياغة عقود التجارة الدولية.

² مركز البحوث والدراسات الإدارية، الرياض، مرجع سابق، سنة 1998، ص 88.

³ جون كاربوني ولد في فرنسا بتاريخ 1908/04/20 وتوفي بتاريخ 2003/10/28 هو رجل قانون وأستاذ في القانون الخاص مختص في القانون المدني .

⁴ J.carbonnier. droit civil. Les obligations 20.ed. Puf 1996 p 72 .

⁵ علي أحمد صالح، المفاوضات في عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص 51.

ووفقا للفقهاء التقليدي فإن المفاوضات، تقع خارج النطاق التعاقدى إذ حصولها ليس ضروريا لإنعقاد العقد، ويمكن إبرامه بدءا بالإيجاب دون المرور بالمفاوضات.

والهدف من المفاوضات هو تضيق مساحة الاختلاف بين المقترحات وتوسيع منطقة الإشتراك بينهم، من خلال المناقشة والتضحية والحجة والإقناع والإعتراض للتوصل إلى إتفاق مقبول بين الطرفين بشأن موضوع التفاوض¹. كما أن المفاوضات بالمعنى الأدق تهدف أساسا إلى الإعداد والتحضير للعقد النهائي المراد إبرامه، وهذا التحضير الجيد، يؤدي إلى الوصول إلى إبرام عقد نهائي ناجح، كما يقال التفاوض الناجح يؤدي بالضرورة إلى إبرام عقد ناجح. فالتفاوض هو نوع من الحوار أو تبادل الإقتراحات والمساومات والمكاتبات والتقارير والدراسات الفنية بما في ذلك الإستشارات القانونية التي يتبادلها أطراف التفاوض ليكون كل منهما على بينة، من أفضل الأشكال القانونية .

الفرع الثاني: أهمية التفاوض.

تعد المفاوضات من أهم المراحل التي تمر بها العقود التجارية على الإطلاق، بحيث تتم في هذه المرحلة لإعداد والتحضير للعقد من كافة النواحي

¹ صديق محمد عفيفي ومصطفى محمود أبو بكر، التفاوض في الحياة والأعمال، 1994، ص. 25.

الفنية والمالية والقانونية، ومن ثم تذليل الصعوبات المتوقعة والعمل على إيجاد الحلول المناسبة لها فضلا عن التعرف عن المتعاقد الآخر والتحقق من مدى كفاءته الفنية والمالية¹، ومن هنا يمكن القول إن للمفاوضات في عقود التجارة الدولية أهمية اقتصادية، اجتماعية وأخرى قانونية.

البند الأول: الأهمية الاقتصادية للمفاوضات.

للمفاوضات في عقود التجارة الدولية ضرورة اقتصادية يفترضها واقع التجارة الدولية العابرة للحدود، ومع التطور التكنولوجي والتجاري وانتقال رؤوس الأموال الضخمة وإجراء المفاوضات ضرورة اقتصادية تتمثل في الإبقاء على التعامل والتواصل بين أطراف المعاملات وما ينتج عنه من إكتساب علاقات تجارية بين الطرفين²

للمفاوضات أهمية بالغة وأثر إيجابي وخاصة في عقود التجارة الدولية وتمكن كل طرف من معرفة ماله من حقوق، وما عليه من واجبات والتزامات في حالة إبرام العقد المستقبلي والذي في كثيرا من الأحيان تسبقه مفاوضات، شاقة

¹ يسري عوض عبد الله، العقود التجارية الدولية، مفاوضاتها، إبرامها، تنفيذها، د ط، 2009، د. د ن، ص، 123.

² يسري عوض عبد الله، العقود التجارية الدولية، مفاوضاتها، إبرامها، تنفيذها، مرجع سابق، ص، 126.

ومعقدة وقد تستمر المفاوضات بين الطرفين، لمدة قصيرة أو طويلة قد تستغرق عدة أشهر أو حتى سنوات¹.

البند الثاني: الأهمية الإجتماعية للمفاوضات.

هناك ضرورات اجتماعية، تفرض اللجوء إلى التفاوض، بحيث أن الإنسان كائن اجتماعي لا يستطيع أن يعيش بمفرده، لعدم قدرته على إشباع حاجاته اليومية بموارده الذاتية ليتسنى له إشباع تلك الحاجات والرغبات، يجب عليه الإتصال بالآخرين للحصول على الموارد التي لا تتوفر لديه والحصول على هذه الموارد وإشباع تلك الحاجيات لاتتم فجأة، أو يحدث عرضا بل يجب توطئة الطريق إليه بتبادل الكلمات والأحاديث التي ينال بها حاجته فيلبي الآخر أو يعرض وهذا هو التفاوض في صورته الأولى فهو واقع بين الناس بصفة يومية².

¹ هشام ضيف الله عبد المالك، التفاوض في عقود التجارة الدولية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة القاهرة، 2015، ص، 68.

² عبد الكريم سلامة، النظام القانوني لمفاوضات العقود الدولية، بحث منشور في الموقع الإلكتروني، www.arablawinfo.com تم الولوج إلى الموقع بتاريخ 2022/04/18 على الساعة 00:30 مساء.

البند الثالث: الأهمية القانونية للمفاوضات.

الأصل أن يتم التعاقد بتبادل إيجاب وقبول متطابقين ولا يشترط في ذلك أن تسبقه مفاوضات لتكوين العقد، أو لصحته، فالعقد قد يتم بناء على إيجاب واضح وشامل لكافة عناصر التعاقد .

ولاشك أن مرحلة المرور بالتفاوض قبل إبرام العقد، يكون له أثرا نفسيا هاما على أداء الطرفين المتفاوضين، إذ يبعث على الثقة والطمأنينة في نفوس الطرفين ويدعوا إلى قدر معقول من التناؤل، في إمكانية التوصل إلى إبرام العقد المرتقب ويحقق تأمينا مقبولا لعملية سير المفاوضات بجدية مطلوبة¹.

كما أن أهمية التفاوض تتضح عندما تحد من المنازعات بين الطرفين على المدى البعيد والتي يحتمل أن تنشأ بينهما، مثلا الاتفاق على من يتحمل نفقات الدراسات التي تتطلبها عملية التفاوض والتي تكون مكلفة في الكثير من الأحيان وهذا كله لتجنب المواقف السلبية بين الطرفين².

¹ محمد حسن قاسم، مراحل التفاوض في عقد الميكنة المعلوماتية، ب. ط، دار الجامعة الجديدة للنشر والإسكندرية، القاهرة، ص، 191.

² رمضان أبو السعود، مصادر الإلتزام في القانون المصري واللبناني، الدار الجامعية، بيروت 1990، ص، 72.

المطلب الثاني: خصائص التفاوض وماشبهه ونطاقه.

للمفاوضات خصائص ومميزات معينة، تجعلها، تعتمد على الاستقلالية وقيامها بذاتها ولعل أهم مميزاتها و مايشابها من ألفاظ ومعاني ، كما أن للمفاوضات نطاق أو حيز لاجراءها، ولهذا سوف نقوم بدراسة هذه الخصائص في فرع أول، ثم التمييز بين المفاوضات وما شابهها في فرع ثاني ونطاقها في فرع آخر.

الفرع الأول: خصائص التفاوض.

نظرا لأهمية التفاوض في عقود التجارة الدولية، فإنه يتميز بخصائص مهمة، تجعل منه فكرة قانونية مستقلة وقائمة بذاتها، ولهذا سوف نتعرض لهذه الخصائص كالآتي:

البند الأول: التفاوض مرحلة تمهيدية للتعاقد.

التفاوض على العقد مرحلة تحضيرية، إذ بمقتضاها، تبدأ مسيرة تبادل وجهات النظر بين الأطراف، وهذا بغية الوصول إلى الهدف المبتغى، وهو إبرام العقد النهائي، فكلما توصل الأطراف إلى إتفاق حول مسألة، فإن الغالب أنهم يقومون بإبرام إتفاق مرحلي ومن ثم مواصلة التفاوض، بغية الوصول إلى إتفاق على باقي المسائل المطروحة على طاولة التفاوض وبذلك يتحرك المتفاوضون من

إبرام العقد خطوة بخطوة ومرحلة تلو الأخرى، وتبرم عدة إتفاقات تمهيدية لاسيما في العقود ذات الصبغة القانونية والمالية الضخمة إلى حين انعقاد العقد النهائي¹.

البند الثاني: خاصية الحاجة والإحتمال في المفاوضات .

إن المفاوضات تعتمد على دوافع وحاجات إليها، فإن لم تكن حاجة إلى ذلك بين الأطراف لن يقوموا بالتفاوض، فالتجارة عموما تعتمد على المساومة والمفاوضة على الأسعار بين البائع والمشتري وعندما ينشأ اهتمام متزايد لعقد اتفاق وإيجاد حل أو التوصل إلى إتفاق معين بشأنه تلتزم به الأطراف المتفاوضة وخاصة في مجال عقود التجارة الدولية تتمثل تلك الحاجة إلى محاولة تسوية مشكلة السعر أو الثمن، الذي هو مبلغ من النقود يتفق عليه طرفا العقد، فيلتزم المشتري بدفعه إلى البائع مقابل إنتقال ملكية المبيع إلى المشتري²، ويجب أن يكون الثمن مقدرا أو قابلا للتقدير والمراد بتقدير الثمن تعينه، ويتوقف هذا أن يكون بشكل لا يدع مجالاً للمنازعة في مقداره مستقبلا، والأصل أن يتم تعيين الثمن، صراحة في عقد البيع .

¹ يسري عوض عبد الله، العقود التجارية الدولية، مفاوضاتها، إبرامها، تنفيذها، مرجع سابق، ص، 118.

² محمد محمد الخطيب، إلتزمات المشتري في البيع الدولي، دار العلم بيروت، ط 1، 1982، ص،

ففي مجال العقود الدولية، فإن الثمن، إما أن يكون ثابتاً أو متغيراً، والثابت هو الذي يتم تعيينه بالكامل لحظة إبرام العقد، ما عدا الحالات التي يتضمنها العقد على مراجعة الثمن تبعاً للتغيرات الاقتصادية التي قد تظهر لاحقاً على توقيع العقد أما الثمن المتغير يعني عدم تعيين مقداره في العقد، والإقتصار على بيان أشكال تحديده لاحقاً وبصورة تدريجية مع مراحل تنفيذ العقد وتبعاً للمتغيرات والظروف الاقتصادية¹، أما في حالة تحديد السعر من طرف البائع، فلا يجب على المشتري بأن يلجأ على الفور إلى محاولة تخفيضه بشدة، بل يطلب هذا الأخير من البائع تحديد العناصر التي اعتمدها في تحديد السعر²، ومن الأخطاء الشائعة التي يرتكبها المشتري أن يقبل هذا الأخير أول سعر ينطق به البائع، وكيفية تحديده فكل طرف يضع في اعتباره قبل البدء في عملية المفاوضات التجارية، سعراً معيناً في أغلب المفاوضات التجارية، تعد قيمة العقد هي أهم شيء يجب الاتفاق عليه وفي مجال هذا النوع من العقود أن الثمن إما أن يكون ثابتاً أو متغيراً ما عدا الحالات التي يتضمنها العقد على مراجعة الثمن تبعاً للتغيرات الاقتصادية أو ما

¹ محمد علي جواد، العقود الدولية، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع عمان، الأردن، ب ط، ص. 154.

يسمى بالقوة القاهرة، وكما سماها الفقه بنظرية تغير الظروف أو نظرية الظروف الطارئة¹.

فالمفاوضات عندما تجمع عدة أطراف تكون أهدافهم غير موحدة، تصل لا محالة إلى إهدار الوقت والنفقات، إذ يجب أن يسعى كل طرف من الأطراف المتفاوضة من خلال أسلوب الحوار ومواجهة الخصوم بالبراهين والأدلة والحجج التي تصل إلى الإقناع وبالنتيجة إلى إيجاد حلول لها أو التواصل إلى إتفاق معين بشأنها تلتزم به الأطراف المتفاوضة².

كما أن النتيجة الطبيعية للمفاوضات هي أن يتم بالفعل التوصل إلى إبرام العقد النهائي للطرف الآخر المراد إبرام الصفقة لصالحه، وذلك بنجاحه في الوصول إلى إبرام العقد النهائي بخصوص كل الشروط الجوهرية، ولكن النتيجة تتوقف على الإحتمال بين إتفاق الطرفين المتفاوضين على الوصول إلى إبرام العقد النهائي أو عدم إبرامه، وهنا يمكن أن تنتهي المفاوضات بالفشل فالتفاوض عملية احتمالية معقدة تتأثر بهيكل العلاقات الاجتماعية³، وهذا ما يعبر عنه

¹ علي أحمد صالح، المفاوضات في عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص، 54 و 55.

² نادر أحمد أبوشيخة، أصول التفاوض، دار مجدلاوي للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، ط1. 2000، ص، 21.

³ ثابت عبد الرحمن إدريس، التفاوض، إستراتيجيات، وتكتيكات، ومهارات تطبيقية، الدار الجامعية بالإسكندرية، ط1، 2005، ص، 44.

بالاحتمالية الموجودة في تحقيق النتيجة أو عدم تحقيقها عن طريق المفاوضات، وذلك أن إرادة كل طرف بشأن العقد النهائي غير ملزمة للطرفين في ظل نظرة كل واحد في إبرام عقد وفقا لما يرجع لمصلحته دون مراعاة مصلحة الطرف الآخر، لأن المفاوضات كما قلنا، هي مرحلة تمهيدية أو مسار للوصول إلى إبرام العقد النهائي، لذلك ان تقديم العروض لا يكون دائما مقبولا من الطرف الآخر المتفاوض، وإنما على سبيل الاحتمال للنتيجة تكون سلبية أو إيجابية¹.

البند الثالث: خاصية التعاون بين الأطراف المتفاوضة.

إن هذه الخصوصية التي تعتمد عليها المفاوضات، تعتمد على التراضي بين الطرفين دون إجبار أو إكراه، أو ضغط وهي بذلك أن كل طرف من الأطراف المتفاوضة، لا يدخل في المفاوضات مع الطرف الآخر إلا بعد أن تتكون له إرادة حرة، ونية حقيقية، ترتبط بإدراك وعزم، وتبقى هذه الإرادة حرة تماما طيلة مرحلة المفاوضات ولكي يتوافر الرضا، ونية التعاون لا بد أن يكون الشخص مدركا كما هو مقدم عليه، ولذا ربط القانون بين الإدراك والتميز²، بحيث أن الحرية في التفاوض هو أن يستطيع كل طرف الدخول في المفاوضات، والإستمرار فيها أو

¹ أحمد علي صالح، المفاوضات في عقود التجارة الدولية ، مرجع سابق، ص، 58.

² محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، النظرية العامة للإلتزامات، مصادر الإلتزام، العقد والإرادة المنفردة، دراسة مقارنة في القوانين العربية، دار الهدى، الجزائر، ط 4 2009، ص، 77.

الانسحاب منها في أي وقت يشاء دون أدنى مسؤولية، فإذا قطع أحد الطرفين المفاوضات، فلا مسؤولية عليه إلا إذا اقترن العدول بخطأ صدر منه¹، وهنا يرجع إلى نية البادر بالانسحاب إذا كان الغرض منها مجرد القيام بمناورات لأجل إلحاق الضرر بالطرف الآخر بعدما كان هذا الأخير قد يعتقد أنه جدي في المفاوضات معه، وعمل كل ما في وسعه من أجل إنجاحها، ولكن في المقابل ليس لأحد أن يحدد السبب الذي أدى به إلى العدول أو الانسحاب للطرف الآخر، لكن يكون مجبراً بذكره إذا كانت هناك مطالبة قضائية بالتعويض حتى يتأكد القاضي أو المحكم من أن سبب الانسحاب جدي أو عكس ذلك كان القصد منه إلحاق ضرر بالمفاوض الآخر، وهنا يكمن إثبات مسؤولية وسوء النية التي تكون سبباً لإلزامه بالتعويض، وهذا ما يخص بأهمية بالغة، وخاصة في مجال عقود التجارة الدولية التي تدوم المفاوضات فيها لعدة سنوات وبالمقابل يكون إهداراً لأموال باهضة لإنجاحها.

كما أن المفاوضات توجب أن تكون بين طرفين متفاوضين أو أكثر طرف بائع أو مقدم خدمة وآخر مشتري أو مستفيد من الخدمة، وتتم عن طريق التفاوض والمناقشة للوصول إلى اتفاق نهائي حول المسائل المطروحة، وهذا أمر منطقي لا

¹ علي أحمد صالح، المفاوضات في عقود التجارة الدولية، مرجع السابق، ص، 59.

يمكن أن يتحقق من طرف شخص واحد وفي ظل الخاصية التي تتميز بها المفاوضات، لا يمكن أن يتم هذا مع شخص واحد، إذ يستبعد ما يسمى بالنيابة التعاقدية، وهي حلول إرادة شخص معين يسمى النائب، محل إرادة شخص آخر وهو الأصيل في إنشاء تصرف قانوني تتصرف ذمته إلى ذمة الأصيل لا إلى ذمة النائب¹، وهذا غير جائز وغير مقبول في المفاوضات والتي هي مرحلة تمهيدية ما قبل التعاقدية كونها تقوم على الحوار المتبادل والمناقشات والمساومات فالمفاوضات قد تكون بين حاضرين أو قد تكون بين غائبين وهذا لا يمنع من استعمال التكنولوجيا ووسائل الاتصال الحديثة المرئية، وهذا عن طريق الاتصال المباشر بين الأطراف المتفاوضة بالصوت والصورة، وهذا بقاعة مؤتمرات مجهزة بشاشات تلفزيونية وكاميرات تصوير، تتصل مباشرة بقاعات مماثلة لدى الشركة الأخرى وفقا لما يسمى الآن بتقنية التحاضر عن بعد، فالتفاوض هنا يجري بشكل مباشر بين أعضاء الفريق، فهنا يمكن الحديث عن الحضور الافتراضي للطرفين، وإن كان يفتقد للحضور المادي لهم وهذا لتوفير الوقت وإنقاص النفقات الباهضة للسفر والإقامة بالفنادق وخاصة المفاوضات في عقود التجارة الدولية ذات الأهمية البالغة التي تستغرق عدة سنوات، وتتفق عليها أموال طائلة وأحيانا تنتهي بعدم

¹ محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، النظرية العامة للإلتزامات، مصادر الإلتزام، العقد والإرادة المنفردة، دراسة مقارنة في القوانين العربية، مرجع سابق، ص، 138.

اتفاق الأطراف أو الوصول إلى مرحلة تمهيدية لإبرام العقد المزمع إبرامه، كما أن للتفاوض بين طرفين غائبين له دوره عن طريق فتح باب المراسلة وتبادل البريد العادي أو الإلكتروني أو التلكس أو الفاكس، عبر الإنترنت¹.

كما يحظى مبدأ حرية التعاقد (Freedom of contract) بأهمية عظمى في مجال التجارة الدولية، والوضع السائد أن لرجال الأعمال الحق في أن يقرروا وبحرية الأشخاص الذين يعرضون عليهم ما لديهم من بضائع أو خدمات

والأشخاص الذين يرغبون في أن يوريدونها لهم، فضلا عن حقهم في أن ينفقوا على شروط والمعاملات الفردية وهنا يتجسد مبدأ التعاون بين الطرفين المتفاوضين، ويعد هذا الحق حجر الزاوية في نظام إقتصادي عالمي مفتوح يقوم على مفاهيم النظام الرأسمالي الحر². والحقيقة أن المفاوضات تقوم بطبيعتها على التعاون والحوار وحسن النية، لذلك فإنه أثناء المفاوضات، تتولد قناعة لدى كل طرف من الأطراف المتفاوضة بأن الإتصال المباشر والتفاعل والإستجابة الملائمة لمطالب الطرف الآخر، تعد الوسيلة الأكثر فعالية لتحقيق نتائج مرضية لكل طرف، وعلى هذا الأساس تقوم المفاوضات على التعاون بين الأطراف المتفاوضة

¹ جمال عبد الرحمان محمد علي، المسؤولية المدنية للمتفاوض عبر الإنترنت، دار النهضة العربية القاهرة، 2004، ص.09.

² أبو العلا النمر، مفاوضات عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص.35.

ومن خلال تبادل العروض والعروض المضادة والمقترحات والمقترحات المضادة، يقوم كل طرف بتقديم تنازلات من جانبه¹، وإقناع الطرف الآخر من أجل تعديل موقفه، وتقديم تنازلات في مطالبه الأصلية

للتوصل إلى اتفاق، يحقق مصالح الطرفين، عكس ما يتم في عروض وشروط معينة ولا يقبل فيها نقاش أو تعديل، وهنا تكون بصدد عقد إذعان وهو الذي ينفرد فيه أحد الطرفين بشروط وللطرف الثاني، إما أن يقبلها جملة أو يرفضها جملة، ومن هنا يكون قبوله أقرب إلى التسليم والإذعان منه إلى الرضا السليم²، وهذا ما لا يجري في العقود القابلة للتفاوض بين الطرفين.

الفرع الثاني: التمييز بين المفاوضات وما شابهها.

قد يتبادر للبعض بأن كل من المفاوضة والمحادثة والمساومة والتشاور ذات معنى واحد، ولا يوجد أي فرق بينهما، والحقيقة غير ذلك، لوجود فرق شاسع بين الكلمات التي تبدو من أول وهلة متشابهة ولهذا سنوضح في هذا الفرع التمييز بين التفاوض والمحادثة، والتفاوض والمساومة، والتفاوض والتشاور.

¹ علي أحمد صالح، المفاوضات في عقود التجارة الدولية، مرجع سابق ، ص.59.

² عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني ، مرجع سابق. ص.243.

البند الأول : الفرق بين التفاوض والمحادثة .

المحادثة هي تبادل وجهات النظر بين شخصين أو أكثر حول مسألة محددة أو غير محددة فالقاسم المشترك، بين التفاوض والمحادثة هو الحوار المتبادل بين الأطراف، وهناك عدة اختلافات تميزها، عن بعضها البعض كون في التفاوض، تكون نية حقيقية لدى الأطراف لإبرام عقد معين بينما في المحادثات لا توجد لدى الأطراف نية لإبرام عقد، وكل ما في الأمر هو تجاذب أطراف الحديث¹ فالتفاوض على عقد ينشئ التزامات بين الأطراف المتفاوضة بينما لا يوجد هذا في المحادثة بين الأطراف .

البند الثاني: الفرق بين التفاوض والمساومة .

المساومة تكون من طرف واحد، وتتمحور في أغلب الأحيان على طلب تخفيض الثمن لشراء سلعة معينة، وتكون بين البائع والمشتري حول المقابل المالي الذي يتعين على المشتري دفعه² لكن المفاوضات، تشمل جوانب عديدة تفوق المساومة وتحويها، فالمساومة تحدث من جانب واحد وهو المشتري حول تخفيض

¹ أحمد علي صالح، المفاوضات في عقود التجارة الدولية، مرجع سابق ص، ص، 115، 116

² جمال حواش، التفاوض في الأزمات والمواقف الطارئة، دار إتراك للنشر والتوزيع، ط 2005، 1، ص،

التمن عكس المفاوضات التي تكون بين طرفين أو أكثر فالمفاوضة تعد، أوسع من المساومة.

البند الثالث: الفرق بين المفاوضة و المشاورة.

المشورة هي عقد رضائي يتم بمجرد طلب العميل المشورة وقبول الإستشاري فهو يفرض على الإستشاري تقديم المشورة، والمحافظة على السر المهني وفي المقابل يفرض على العميل الإلتزام بدفع أجرة المشورة¹ على عكس التفاوض الذي يقع على إبرام عقد مستقبلي .

الفرع الثالث: نطاق التفاوض .

حتى يتسنى لنا بيان نطاق التفاوض على العقد يتعين علينا أن نميز بدقة بين التفاوض على العقد وإبرامه، وذلك بتحديد الحد الفاصل بين هاتين المرحلتين.

البند الأول: الحد الفاصل بين مرحلة المفاوضات ومرحلة إبرام العقد

يذهب بعض الفقه إلى القول بأن مرحلة التفاوض على العقد تشمل كل الفترة قبل العقدية، فلا تنتهي المفاوضات إلا في اللحظة التي ينعقد فيها العقد

¹ مرفت ربيع عبد العال، عقد المشورة في مجال نظم المعلومات، رسالة دكتوراه ب ط، ص، 34.

النهائي¹ ووفقا لهذا الرأي تشمل، مرحلة المفاوضات المرحلة التي يتم فيها إصدار الإيجاب والقبول النهائيين أي مرحلة إبرام العقد .

ويرى فقه آخر أن التفاوض على العقد، ينتهي في اللحظة التي يصدر فيها الإيجاب، إذ يرى أنه بصدور الإيجاب تكون، المفاوضات قد حققت الهدف منها وهو توصل الطرفين إلى اتفاق على جميع المسائل الجوهرية للعقد الذي يسعيان لإبرامه، ويضيف هذا الفقه أن الإيجاب لا بد أن يصدر من أحد الطرفين متضمنا الشروط التي إنتهيا إليها في مرحلة التفاوض إلى الطرف الآخر²

وبالتالي، تنتهي مرحلة المفاوضات عند هؤلاء بمجرد صدور الإيجاب، تبدأ بعدها مباشرة مرحلة إبرام العقد، فهذا الرأي مخالف للواقع العملي لأن الإيجاب لا يصدر من أحد أطراف التفاوض في العقود التي تبرم على إثر المفاوضات بحيث يصدر الإيجاب ولايلقى قبولا أو رفضا من الطرف الآخر.

البند الثاني : النطاق الموضوعي و الزمني للمفاوضات

يبدأ نطاق المفاوضات من مرحلة تقديم المقترحات الأولية التي يبيدها أحد الطرفين كإعلان الرغبة في التفاوض، على عقد معين تمهيدا لإبرامه في المستقبل

¹ رجب كريم عبد اللاه، التفاوض على العقد، دار النهضة العربية ، مصر، ب ط، 2000، ص، 28.

² عبد العزيز المرسي حمود، الجوانب القانونية لمرحلة التفاوض ذو الطابع التعاقدية، ط 1، 2005، د. ن، ص، 20.

ولا يشترط أن تصل هذه الرغبة إلى مرحلة الإيجاب بالتفاوض بل يمكن أن يكون اقتراحا مبدئياً بالتفاوض، يتطور نتيجة المفاوضات والاقتراحات المقدمة من الطرف الآخر وهكذا لحين، يصبح إيجاباً، يصلح للقبول¹.

أولاً: الإيجاب بالتفاوض:

الدعوة إلى التفاوض، تعد بداية مرحلة التفاوض، وتعد بمثابة الخطوة الأولى في السعي إلى إبرام العقود التي تتم إثر المفاوضات، وهي في العادة، تبدأ بدعوة يوجها أحد الطرفين إلى الطرف الآخر، وتسمى بالدعوة إلى التفاوض، وهذه الدعوة، تتضمن اقتراحاً على التفاوض على عقد معين تمهيداً لإبرامه في المستقبل دون أن تتضمن الشروط الجوهرية للعقد المراد إبرامه².

والواقع أن الإيجاب بالتفاوض يتخذ في الممارسة العملية إحدى صورتين فهو إما أن يكون صريحاً، وإما أن يكون إيجاباً ضمناً وذلك على النحو التالي:

أ: الإيجاب الصريح بالتفاوض:

قد يدعو أحد الطرفين الآخر إلى الدخول في المفاوضات بناء على أسس معينة، وقد يكفي بتحديد موضوع العقد المقترح فحسب دون بيان أسس التفاوض،

¹ يسري عوض عبد الله، العقود التجارية الدولية، مفاوضاتها، إبرامها، تنفيذها، مرجع سابق، ص، 129.

² يسري عوض عبد الله، العقود التجارية الدولية، مفاوضاتها، إبرامها، تنفيذها، مرجع سابق، ص، 140.

وقد يكون ذلك بناء على اتفاق خاص أو من خلال عقد سابق للدخول في المفاوضات، وفي العادة، تبدأ المفاوضات بتقديم دعوة مجردة على التفاوض أو بدعوة مقترنة بأسس التفاوض.

ب: الدعوة المجردة للتفاوض.

في هذه الحالة، يدعو أحد الطرفين الآخر للدخول في المفاوضات بشأن إبرام عقد في المستقبل حول موضوع معين، دون بيان للعناصر الرئيسية للتعاقد ليوافق الطرف الثاني على التفاوض¹، والدعوة المجردة إلى التفاوض لا ترتب أي التزامات على عاتق طرفيه مالم يتبين من ظروف التفاوض أن أحدهما قد أدخل في اعتقاد الطرف الآخر بأن توقيع العقد النهائي قد أصبح وشيكاً، والأصل أن الأطراف لهم كامل الحرية في العدول عن التفاوض طالما كان ذلك بحسن نية، ذلك أن الالتزام بالتفاوض هو التزام ببذل عناية وليس التزاماً بتحقيق نتيجة.

ج: الدعوة المقترنة بأسس التفاوض.

يقوم الموجب في هذه الصورة بتحديد الأسس التي يتم التفاوض عليها، ويحدد له مثلاً الإطار العام لحقوق وواجبات الطرفين في العقد المزمع إبرامه؛ أي لا

¹ محمد إبراهيم الدسوقي، الجوانب القانونية في إدارة المفاوضات وإبرام العقود، د ط، الرياض، المملكة السعودية، 1995، ص. 26 .

يكتفي أحد الطرفين بدعوة الآخر إلى التفاوض وبصورة مجردة¹. وتتسم الدعوة المقترنة بأسس التفاوض بدرجة من الوضوح بحيث تنصب على عقد محدد بنوعه، ويقتصر دور المفاوضات هنا إلى تحديد باقي عناصر العقد الجوهرية²

البند الثالث: قبول التفاوض .

يتم قبول الطرف الآخر للدخول في التفاوض صراحة، وقد تكون في صورة رد على إيجاب، فلا يقبل الإيجاب بحالته الراهنة، ولكن يدعو الموجب إلى التفاوض بشأن ما ورد في إيجابه أو قد يتقدم بعرض، من جانبه يتضمن استبعاد أو إضافة أو تعديل شرط بما يختلف بما ورد في إيجابه، فيكون بذلك قد أبدى اقتراحا مقابلا له كما يمكن تصور أن يبدي صاحب الإيجاب الأصلي بدوره تعديلا أو اقتراحا مضادا لما أبداه الطرف الثاني من اقتراحات مقابلة، وهذا أمر متصور في المفاوضات³، والاقتراح المقابل أو المضاد هو كل رد يبديه المفاوض اتجاه اقتراح مقدم إليه والاقتراح المقابل في الحقيقة لا يعد بمثابة الرفض أو القبول، ويأتي في

¹ محمد حسين عبد العال، التنظيم الإتفاقي للمفاوضات، د ط، دار النهضة العربية، مصر، 1998، ص، 37.

² محمد حسين عبد العال، التنظيم الإتفاقي للمفاوضات العقدية، دار النهضة العربية، القاهرة، د. ط، 1998، ص، 38.

³ أبو العلا أبو العلا النمر، مفاوضات عقود التجارة الدولية، ط 2، ص، 35.

مرحلة وسطى بينهما¹، ويمكن القول بأن نطاق المفاوضات، يمتد من قبول الدعوة إلى التفاوض بين الطرفين وبدايتها إلى حين الاتفاق حول، العناصر الجوهرية لإبرام العقد المزعوم وهذا ما يجعل هناك نهاية للمرحلة التفاوضية، وهي الهدف والغاية التي يسعى إليها المتفاوضون.

المبحث الثاني: التفاوض في مجال عقود التجارة الدولية.

لقد أثبتت الدراسات أن التجارة، تعد أول النشاطات الإنسانية، ومن أكثرها أهمية في تعميق العلاقات بين الأفراد والدول، كما أنها كانت من أسباب النزاع حيث عملت الدول على تأمين طرق التجارة وكأن استقرارها يقاس بما في هذه طرق من أمن وطمأنينة. واليوم أصبح العالم أكثر اتصالاً وقرباً بعد تلاشي المسافات وتشابك العلاقات، وتبعاً لذلك، أصبح أكثر تطلعا إلى تعميق التبادل التجاري وجعله أكثر فائدة في تحقيق التكامل بين اقتصاديات الدول المختلفة، ولم يبق منطقياً في ظل هذا التقارب الذي تفرضه وسائل الاتصال وضع العراقيل التي تحول دون انسياب التجارة بين الدول بما يحقق مصالح الإنسان في تحقيق رفح مستواه الاقتصادي ورفاهيته، كما تتعدد وسائل التفاوض التجاري بتعدد أنواع التجارة برية كانت أو بحرية عن طريق الأفراد كالتجار أو ممثلين أو وكلاء

¹ محمد حسين عبد العال، المرجع السابق، ص، 49.

للشركات والمؤسسات التجارية في جميع حالات البيع والشراء وتكون المفاوضات على الأمور التالية نوع السلعة وأوصافها، العرض والطلب والسعر، الكمية المطلوبة والنوعية وكيفية دفع الثمن كما يتطلب التفاوض التجاري استخدام إستراتيجيات التأثير والإقناع¹.

كما أن للمفاوضات التجارية أهمية كبرى، في ظل تطور حرية التجارة الدولية فقد أدت إلى نشأة منظمة القات (GAAT)²، من أجل تحرير التجارة وذلك بإزالة القيود الجمركية ومواصلة التفاوض من أجل المزيد من الحرية التجارية إلى أن تم التوصل إلى إنشاء منظمة التجارة العالمية لتحرير التجارة في مجال الخدمات والملكية الفكرية والاستثمارات³.

وكان من نتائج تحرير التجارة، أن شهد العالم تطورات وتغيرات عميقة ومستمرة في كافة جوانبه الاقتصادية والاجتماعية والسياسية، وفي ظل هذه

¹ مصطفى يوسف كافي، محمود عزة اللحام، علاء مسلم البكور، إدارة الأزمات وفن التفاوض، دار الإحصاء العلمي للنشر والتوزيع، عمان الأردن، ب.ط، 2017، ص.ص. 176-177.

² (GAAT) (GENERALE Agreement ation tariffs and trade) تم التوقيع على هذه الإتفاقية في شهر أكتوبر 1947 من قبل ممثلي 23 دولة في جنيف على إثر رفض الكونغرس الأمريكي التصديق على إتفاق انشاء منظمة عالمية للتجارة والهدف من هذا النظام هو تكوين نظام تجارة حرة وذلك بإزاحة جميع العوائق التي تقف في طريق التجارة الدولية.

³ منيرة أحمد عبد الله الشباري، فض المنازعات التجارية، دراسة لمبدأ التفاوض في اطار منظمة التجارة العالمية، رسالة دكتوراه جامعة عين شمس، مصر، د.س.ط، ص. 66.

المتغيرات الجديدة، تولدت مشروعات عملاقة في المجال الصناعي والتجاري، وأصبحت الشركات الصغيرة والمتوسطة، لا تقوى على الدخول في حلبة المنافسة الدولية، وذلك بعد أن تحولت هذه المنافسة، من منافسة داخلية إلى منافسة دولية، لا سيما بعد توقيع اتفاقية الجات (GAAT)، فقد أخذت الشركات الوطنية، تنتقل شيئاً فشيئاً من ميدان الصفقات الداخلية والوطنية إلى ميدان الأعمال والصفقات الدولية وكان من نتائج ذلك أن تحولت الصفقة من مجرد صفقة وطنية داخلية بسيطة إلى صفقة دولية عالمية معقدة ومركبة، وقد أثمرت هذه التطورات على عقود كثيرة لا حصر لها والأكثر شيوعاً والتي سندرسها في مطلب أول ومعايير نجاح المفاوضات ونتائجها كمطلب ثان .

المطلب الأول: التفاوض في بعض عقود التجارة الدولية .

إن من أمثلة العقود التجارية الدولية الأكثر شيوعاً في التفاوض ما قبل انعقادها هي عقود نقل التكنولوجيا ، وكذا العقود الواردة حول الإيجار التمويلي .

الفرع الأول : التفاوض لنقل التكنولوجيا.

المقصود بنقل التكنولوجيا كما أشرنا إليها سابقاً هو شراء المعرفة المؤدية إلى الصناعة بواسطة ترخيص أو تنازل، يمنحه مالك التكنولوجيا للمتلقي لقاء مقابل، يتفق عليه، أو هي العملية الفكرية التي تقوم، ما بين مورد، التكنولوجيا

ومستوردها أو متلقيها، حيث يتوجب على المورد أن يتيح فرصة للمستورد للوصول إلى معلوماته وخبراته أو كما يتوجب عليه أن يقربها ويوفرها للمستورد، وهذا ما يؤدي إلى تطوير الصناعة الحقيقية في الدولة، وذلك بوسائل مختلفة، فهي متعددة ومتنوعة، فقد تجري عملية النقل على أساس اتفاقات تراخيص استغلال براءات أو علامات أو اتفاقيات المعرفة الفنية، أو نتيجة للاستشارات المباشرة من جانب المورد في شكل مشروع مشترك، وقد يتم نقلها على أساس عقد إنشاء مصانع كاملة، وهو عقد ينشأ بموجبه مصنع جديد بالتكامل عن طريق عقود المساعدة الفنية، أو عن طريق تدريب الأشخاص واستقدام الخبراء¹. وقد ذهب مؤتمر الأمم المتحدة للتنمية والتجارة إلى تحديد مفهوم التكنولوجيا بأنها " كل ما يمكن أن يكون محلاً لبيع أو شراء أو تبادل و على وجه الخصوص براءات الاختراع، العلامات التجارية و المعرفة الفنية غير الممنوح منها براءات أو علامات أو القابلة لهذا المنح و معرفة التكنولوجيا المتجسدة في أشياء مادية و بصفة عامة المعدات و الآلات"² ويعرفها البعض "بأنها الجهد المنظم الرامي لاستخدام نتائج البحث العلمي في تطوير أساليب أداء العمليات لإنتاجه بالمعنى الواسع الذي يشمل

¹ عدنان بن صالح العمر، حسني صالح عمارين، الأصول القانونية للتجارة الدولية، مرجع سابق، ص. 127 - 128 .

² جلال أحمد خليل، النظام القانوني لحماية الاختراعات ونقل التكنولوجيا إلى الدول النامية، د.د.ن، ط1، 1983، ص، 20

الخدمات والأنشطة الإدارية والتنظيمية والاجتماعية، وذلك بهدف التوصل إلى أساليب جديدة يفترض أنها أجدر للمجتمع¹.

ما إن مضى نصف قرن من تاريخ ظهور التكنولوجيا، حتى لم يستطع أحد أن ينكر أهميتها في تحقيق التنمية الاقتصادية، بل و بات من الخطأ عدم الاعتراف لها بالقدرة الحاسمة في هذا الموضوع، فالواقع الاقتصادي العالمي اليوم قد أكد أن تراكم رأس المال الذهني له دور أكثر من تراكم رأس المال المادي²، وهناك بعض الفقه لا يعتبر نقلا للتكنولوجيا، مجرد بيع أو شراء أو تأجير للسلع كما لا يعد نقلا للتكنولوجيا مجرد بيع العلامات التجارية، أو الأسماء أو التراخيص باستعمالها إلا إذا ورد ذلك كجزء من عقد نقل التكنولوجيا أو كان مرتبطا به³.

أما نقل التكنولوجيا فالمقصود به شراء المعرفة المؤدية الى الصناعة بواسطة ترخيص أو تنازل يمنحه مالك التكنولوجيا المتلقي لقاء مقابل يتفق عليه أو هي العملية الفكرية التي تقوم مابين مورد التكنولوجيا ومستوردها أو متلقيها إذ يتوجب على المورد أن يتيح فرصة، المستورد للوصول إلى معلوماته وخبراته كما يتوجب

¹ اسماعيل صبري عبد الله، إستراتيجية التكنولوجيا، مرجع سابق، ص، 05.

² محمود الكيلاني، عقود التجارة الدولية في مجال نقل التكنولوجيا، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان الأردن، سنة 2009، ص، 14.

³ جلال وفاء محمدين، الإطار القانوني لنقل التكنولوجيا، دار الجامعة الجديدة د. ب. ن، سنة 2006، ص، 57.

عليه أن يقربها ويوفرها للمستورد. وعلى هذا الأساس فإن استيراد أجهزة الاتصالات الحديثة والمعدات الإلكترونية المتطورة وامتلاك الأقمار لصناعية ووجود مصانع مملوكة لشركات أجنبية مختصة بإنتاج معدات الطائرات لا تمت بصلة إلى نقل التكنولوجيا، لأنها لا تقود إلى نقل المعرفة والخبرات العلمية التي تؤدي إلى تطوير الصناعة الحقيقية في الدولة.

وقد أصبحت مبادلات أدوات التكنولوجيا من بيع وشراء المعلومات والاختراعات على درجة كبيرة من الأهمية في الوقت الحاضر، كما تبين أن التطور التقني يقود إلى إعطائها عناية خاصة، ومنها منظمة التجارة العالمية، التي نصت على تسهيل نقل التكنولوجيا من الدول الصناعية إلى الدول النامية¹.

ففي ديسمبر كانون الأول سنة 1961 أصدرت الجمعية العامة للأمم المتحدة بعقد مؤتمر بناء على طلب البرازيل، و بدعوة السكرتير العام للأمم المتحدة إلى عقد مؤتمر الأمم المتحدة للتجارة والتنمية بحيث، تمت فيه المطالبة باتخاذ كافة الإجراءات المناسبة الخاصة بتسهيل نقل التكنولوجيا إلى الدول النامية² في عام 1975 بدأ هذا الاهتمام بأخذ جانبا عمليا حينما أثير موضوع النظام الاقتصادي

¹ عدنان بن صالح العمر، حسني صالح عمارين، الأصول القانونية للتجارة الدولية، مرجع السابق، ص، 128.

² محمود سمير الشقاوي، محاضرات في العقود الدولية، مرجع سابق، ص 90.

الدولي الجديد في الأمم المتحدة قررت الجمعية العامة للأمم المتحدة إحالته إلى مؤتمر التجارة والتنمية، والتي قامت بوضع مشروع موحد لنقل التكنولوجيا إلا أنه وجد صعوبات كثيرة، أبرزها مدى إتفاق الدول على القوة الملزمة لإحكامه وقد عجز المؤتمر الذي دعت إليه الأمم المتحدة عام 1978 أيضا عن إعداد تشريع لعقد نقل التكنولوجيا، يرضي الجميع، وبالرغم من ذلك، فقد تأثرت تشريعات العديد من الدول النامية، بهذا المشروع وأخذت بالكثير من أحكامه¹، أما خلال سنة 1978 إنعقد مؤتمر التعاون العلمي والتكنولوجي، بين الدول النامية في الأرجنتين والذي توصل إلى توصيات تتعلق بضرورة تحقيق مزيد من التعاون الإقليمي في مجال التبادل العلمي والتكنولوجي وكان من أهم توصياته ضرورة دعم البلدان النامية وتطوير قدراتها لإستيعاب مزيد من العلوم و التكنولوجيا وتم إصدار الدليل الموحد للنواحي القانونية للمفاوضات وإعداد تراخيص في مجال الملكية الفكرية واتفاقات التكنولوجيا المناسبة للاحتياجات البلدان النامية² حيث عادة ما يلجأ العديد من مصدري التكنولوجيا إلى التعسف في وضع شروط تهدف الى تقييد حرية الطرف

¹ هاني صلاح سري الدين، عقد نقل التكنولوجيا في ظل أحكام القانون التجارة الجديد، د.د.ن، القاهرة 2001، ص، 12.

² جلال وفاء محمد ين، الإطار القانوني لنقل التكنولوجيا، مرجع سابق، ص. ص 10، 11.

المتلقي لها، من إستعمال التكنولوجيا إستعمالاً لا يخدم الغايات الإقتصادية التي يهدف إليها إبرام عقد النقل التكنولوجي¹.

ولقد انتشرت إستخدامات الشروط المقيدة بصفة خاصة في عقود نقل التكنولوجيا بين الدول المتقدمة والدول النامية، بسبب ضعف المركز التفاوضي للدول النامية وذلك لإحتياجاتها للتكنولوجيا، وهذا من أجل تقليل الفجوة الهائلة بينها وبين الدول المتقدمة، في المجالات الصناعية والإقتصادية والفنية، ومن أمثلة الشروط التعسفية تلك التي يفرضها الطرف المصدر على الطرف المتلقي عند التعاقد بمنعه من إجراء الأبحاث و التحسينات على التكنولوجيا محل العقد أو إلتزامه بإعلامه على التحسينات ومنحه إياها دون مقابل وكذا التنازل دون مقابل على براءات الاختراع أو العلامات التجارية، الابتكارات أو التحسينات التي يقوم بها المتلقي أو يحصل عليها خلال فترة التعاقد وهناك شروط أشد صرامة من الشروط الأولى وهي منع المستورد للتكنولوجيا من تطويرها حتى تكون ملائمة لظروفه و إحتياجاته، أو حرمانه من بحث صلاحية حقوق الملكية الصناعية إذا كانت عنصراً من عناصر التكنولوجيا محل العقد، وهي القدرة التي ترد على براءات الاختراع والتصميمات والنماذج الصناعية، والعلامات والأسماء التجارية

¹ منير محمد الجنيهي، ممدوح الجنيهي، العقود التجارية، دار الفكر الجامعي، ب ط، الاسكندرية 2000، ص. 12 .

فطبيعة هذه الحقوق أنها تزول بعد مدة من إحتكارها أو عند الحكم ببطلانها ويحق الإستفادة منها دون مقابل¹.

كما أن بعض التشريعات الوطنية والدولية²، ذهبت الى إبطال مثل هذه الشروط ما لم تكن قد وردت في عقد نقل التكنولوجيا، بقصد حماية مستهلكي المنتج أو رعاية مصلحة جدية ومشروعة لمورد التكنولوجيا.

الفرع الثاني: التفاوض في عقد الإيجار التمويلي.

سمي عقد الإيجار التمويلي كذلك بعقد الليزنج³ (Leasing Contract)⁴ يعد من أهم العقود التجارية الحديثة المركبة، ويتمثل في أن يرغب شخص في شراء

¹ عدنان بن صالح العمر، حسني صالح عمارين، الأصول القانونية للتجارة الدولية، مرجع سابق، ص132.

² المادة 40 من اتفاقية تريبس Trips لسنة 1994 "توافق الدول الأعضاء على أنه من الممكن وجود آثار سلبية على التجارة لبعض ممارسات أو شروط منح التراخيص للغير فيما يتعلق بحقوق الملكية الفكرية المقيدة للمنافسة، ومن الممكن أن تعرقل الآثار السلبية نقل التكنولوجيا ونشرها "

³ حسني علي حربوش، عبد المعطي رضا رشيد، محفوظ أحمد جوده، الإستثمار والتمويل بين النظرية والتطبيق، عمان، دار زهران للنشر والتوزيع، 1999، ص، 10.

⁴ ثار خلاف في الفقه حول تعريف عقد الإيجار التمويلي (الليزنج) حسب الزاوية التي ينظر منها إليه على الرغم من إتفاق أغلب تلك التعاريف على العناصر الأساسية المكونة لهذا العقد، فأيد البعض التعريف الذي جاءت به المادة الأولى من القانون الفرنسي رقم 455 لسنة 1966 إذ عرفته بأنه " عمليات تأجير أموال منقولة أو عقارية يقوم المؤجر بشرائها من أجل ذلك التأجير على أن تسمح تلك العمليات للمستأجر بتملك الأموال المؤجرة في نهاية مدة الإيجار"، بينما ذهب الأخر إلى تعريفه بأنه "عقد يلتزم فيه أحد الأشخاص بتمويل إستغلال منقول أو عقار في مشروع إقتصادي يحتفظ فيه الممول بملكية المال ضمانا لإستفاء حقوقه قبل المستفيد "

شيئاً معين (منقول أو عقار) لكن هذا الشخص، لا يملك السيولة النقدية اللازمة لشراء ذلك العقار أو المنقول، فيلجأ إلى مؤسسة مالية تمويلية (البنك)، وبعد التفاوض معها، وبعد الوصول إلى اتفاق، يحصل منها على توكيل من أجل شراء هذا العقار بإسم ولحساب البنك، ثم يبرم البنك مع الشخص على أن يتضمن عقد الإيجار ووعداً من جانب واحد، يتعهد فيه المؤجر ببيع هذا العقار إلى المستأجر عند نهاية عقد الإيجار، ومن ثم يكون المستأجر في نهاية مدة الإيجار ثلاثة حلول أو خيارات هي إما أن يعيد العقار للمؤجر إلى البنك، إما أن يجدد مع البنك عقد الإيجار (التمويلي) أن يشتري هذا العقار وعندئذ تحسب مبالغ الإيجار الدورية المدفوعة للمؤجر من ثمن بيع العقار ويتضح أننا أمام عملية قانونية مركبة من عدة عمليات، الشراء بقصد التأجير الوكالة حيث يوكل المؤجر المستأجر في القيام بشراء العقار للإيجار وعد منفرد بالبيع أو إعادة التأجير.¹

ولقد انتشر عقد الإيجار التمويلي على صعيد التجارة الدولية بصورة كبيرة في العصر الحديث، حيث يتم التعاقد على المعدات الإنتاجية في إحدى الدول ثم يتم تصدير هذه المعدات لإستخدامها وتشغيلها في دولة أخرى، مثل بناء المصانع والطائرات والسفن، ويواجه هذا العقد بعض الصعوبات، تتعلق بوجه خاص

¹ محمد حسن منصور، العقود الدولية، دار الجامعة الجديدة الإسكندرية، ب ط ، ص، 23

باختلاف أسعار الصرف والقوانين، لذا تجري محاولات عديدة لتوحيد النظام القانوني العالمي المطبق في هذا الشأن، ونظرا للتعقيدات والغموض الذي يكتنف هذا النوع من العقود، وكان لأبد من الدخول في مفاوضات، تستغرق وقتا طويلا لإبرامها، وهذا بعد التوصل إلى اتفاق نهائي بين الطرفين¹.

ويتضح من خلال التعريف بأن عقد الإيجار التمويلي، ذو طابع مالي في المقام الأول، وتتنحصر هذه العملية في تمويل حصول المستأجر على العقار أو المنقول الذي يريد استغلاله في مشروعه الاقتصادي. أما من الناحية القانونية يضاف إلى عنصر المال والإحتفاظ به على سبيل الضمان².

وتتم نشأة هذا النوع من العقود نتيجة لحاجة مشروع معين لمعدات وتجهيزات أو آلات أو عقارات، وهو لا يملك الأموال الكافية لشرائها، ويجب أن تتوفر شروط شكلية لقيام عقد الـليزنج الذي في الأصل هو من العقود الرضائية، ويتم إفراغه في عقد كتابي الذي تطور في بعض الدول فيما بعد بفرض نشر عقود الـليزنج في سجلات خاصة، وهناك جهة مختصة بمسكها وتسجيلها كما في فرنسا

¹ Jean Marc Mousserou , op , citt , p 23

² هاني محمد دويدار، القانون التجاري اللبناني، دراسة في قانون المشروع الرأسمالي، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، 1995، ص، 134.

ديوان المحاكم التجارية. أما في مصر مصلحة الشركات في وزارة الاقتصاد، وفي لبنان فيكون السجل في محكمة من المحاكم من الدرجة الأولى¹.

ونظرا للصعوبات الموجودة في تطبيق عقود الإيجار التمويلي وخاصة ما يتعلق بحماية شركات الليزنج، لأملكها موضوع عقد الإيجار عندما تكون هذه الأموال منقولة (معدات، تجهيزات وألات) والقاعدة التي تطبق عليها هي (الحيازة في المنقول سند الملكية) مما يجعل مصالح وأموال هذه الشركات مهددة بإحتمال فقدانها فمن المعلوم أن العقود بشكل عام، والليزنج من ضمنها نسبة فلا يتعدى آثارها المتعاقدين ولا يسري مفعولها في الأساس على الغير الذي يتعامل مع المستأجر معتقدا ملكيته للألات والتجهيزات، ويزداد الأمر صعوبة في حالة إفلاس المستأجر حيث تدخل أمواله في التقلصة².

ومن أجل حماية هذه الشركات، قامت بعض التشريعات ومنها التشريع الفرنسي والمصري بفرض نشر عقود الليزنج في سجلات خاصة كما ذكرنا، وهذا التسجيل يعد إشهارا له في مواجهة الغير ويجب أن يشمل التسجيل، على

¹ عقيل مجيد كاضم السعدي، عقد الإيجار التمويلي، مجلة أهل البيت عليهم السلام ، العدد 08، جامعة كربلاء، العراق، 2022 ، ص، 99.

² Giovanoli : Le credit bail (leazing) en europ developpement et nature, juridique, librairies, techniqes , paris,1980, p 15,

معلومات مفصلة عن طرفي العقد وتحديد الأموال المتعلقة بعمليات الإيجار التمويلي والمشروع المنفذ والحالات التي يتم فيها فسخ العقد ونتائجه¹.

أما الشروط الموضوعية، تتحصر في الأركان الأساسية للعقود بصفة عامة وهي الرضا والمحل والسبب من أجل اعتبار هذا العقد صحيحا فالرضا أو الأهلية، والمقصود هنا كل شخص تتوفر لديه، الأهلية القانونية، يصلح أن يكون مستأجرا والأهلية القانونية المطلوبة هي أهلية الأداء، لأن المستأجر، يلتزم بدفع الأقساط وله حق ممارسة الخيار بنهاية العقد. أما بالنسبة للشخص الإعتباري، فيجب أن يكون تأسيسه قانونيا الذي يعبر عن إرادته المفوض بذلك قانونا وفقا لعقد التأسيس وممارسة عمل الاستئجار التمويلي من ضمن أعماله وموضوعه².

كما أنه للاعتماد الإيجاري عدة مزايا بالنسبة للطرفين منها:

أولا: مزايا الاعتماد الإيجاري بالنسبة للمستأجر (المستفيد).

يحقق الاعتماد الإيجاري للمستأجر العديد من المزايا التي يمكن تلخيصها فيما يلي:

التمويل الكامل للآلات والمعدات اللازمة لإنشاء المشروع، وهو ما لا توفره

أساليب التمويل الأخرى، بحيث يترتب على ذلك تحقيق ميزتين، وهما سرعة

1 سمير نصار، العقود التجارية، المكتبة القانونية، دمشق، سوريا، ط 2006، 1، ص، 520.

4 سمير نصار، العقود التجارية، مرجع سابق، ص، 522.

الحصول على الأصول المطلوبة والأخرى، تخفيف الأعباء المالية على المستأجر، إذ يمكنه استخدامها في مجالات أخرى بهدف التوسع في عمليات استثمارية¹.

كما يمكن للمستأجر من الحصول على أحدث المعدات والآلات ذات التكنولوجيا المتطورة وفق أساليب بسيطة، وفي فترات وجيزة، بالإضافة إلى ما يوفره من إمكانية للمستأجر من إمتلاك الأصول إذا رغب في ذلك، ويمكن للمستأجر من تغطية النفقات التي تحملها بموجب عقد الإيجار من خلال العائدات التي تتحقق من الأصول المؤجرة بعد تشغيلها، وهو ما يجعل المشروع الاستثماري، يمول نفسه ذاتياً، ويجعل المستفيد منه في مركز مالي أفضل من مركز المقترض، بحيث لا يشكل الاعتماد الإيجاري أي عقبة في سبيل حصول المستأجر على اعتمادات مالية من البنوك والمؤسسات المالية، عكس التمويل عن طريق القروض الذي يقلل من فرص الحصول على قرض جديد إلا بعد سداد القرض الأول².

¹ لمين مراد، التنظيم القانوني لتنفيذ التمويل بآلية الاعتماد الإيجاري، مجلة المفكر للدراسات القانونية والسياسية، العدد 04 جامعة الجليلي بونعامة خميس مليانة، ديسمبر 2018، ص، 65.

² نجوى إبراهيم البدالي، عقد الإيجار التمويلي، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2005، ص،

ثانياً: مزايا الإعتاد الإيجاري بالنسبة للمورد (المؤجر).

من مزايا عقود الاعتماد الإيجاري للمؤجر أو المورد هي تصريف المخزون السلعي مع الحصول على الثمن معجلاً، بدلاً من الانتظار إلى أن يتقدم له مشتر لهذه المنتجات، يعرض شراءها بالتقسيط بثمن مؤجل، وبالتالي، يصبح المورد مهدداً بعدم استقاء الأقساط أو استرداد الأصول في حالة إفلاس المشتري

كما يكفل بيع المورد للأصول نقداً فرصة حقيقية، من أجل تطوير قدراته الإنتاجية نتيجة لتوافر السيولة لديه من خلال زيادة مبيعاته، وبذلك تتوسع استثماراته ويصبح قادراً على المنافسة، وبالتالي تزداد أرباحه وتتطور منتجاته¹.

المطلب الثاني: معايير نجاح المفاوضات ونتائجها.

التفاوض هو عملية يتفاعل من خلالها طرفان أو أكثر ممن لديهم اعتقاد بوجود مصالح، وإهتمامات مشتركة ومتداخلة، وأن تحقيق أهدافهم وحصولهم على نتائج مرغوبة، تتطلب الاتصال فيما بينهم كوسيلة أكثر ملائمة لتضييق مساحة الاختلاف، وذلك للوصول إلى اتفاق، بين الأطراف المتفاوضة، وهذا لا يتأتى إلا بوجود معايير تتوافر في الطرف المتفاوض، وكذا أسس علمية لأن التفاوض فن

¹ عاشور مزريق، محمد غربي، الايمان الإيجاري كأداة لتمويل المؤسسات الصغيرة والمتوسطة في الدول العربية، ملتقى دولي حول متطلبات تأهيل المؤسسات الصغيرة والمتوسطة في الدول العربية يومي 17 و18 أبريل 2006، جامعة حسية بن بوعلي، شلف، ص، 465.

وعلم، وهذا لكي يستطيع مكتسب هذا الفن من التأثير على الطرف الآخر من أجل الوصول إلى مبتغاه، وهو الإقناع تحضيراً لإبرام العقد المزعوم مستقبلاً والمفاوض البارع هو الذي يحضر دائماً للعمل لتحقيق أهدافه ويستعملها لمقارنة النتائج الفعلية لاجتماعات المفاوضات مع النتائج المتوقعة لها¹، ولنجاح المفاوضات يجب اتباع معايير كما أنه عندما تتجح مرحلة التفاوض، تتوج بنتائج إيجابية كتمهيد للوصول إلى إبرام العقد أو الصفقة ولدراسة هذا المطلب تم تقسيمه إلى فرعين أولهما معايير نجاح المفاوضات، أما الفرع الثاني فسوف نتطرق فيه إلى نتائج نجاح المفاوضات .

الفرع الأول: معايير نجاح المفاوضات.

ثبت أن التفاوض في عقود التجارة الدولية، قد يبرم لعدة أعوام من المفاوضات بين الطرفين، لأنها تشتمل على عدة عمليات تحضيرية لإبرام عقود مركبة التي تتعدد الأساليب لإبرامها وعندما يكون التفاوض ناجحاً ينتج عنه عقداً ناجحاً بالضرورة، وأن الجالسين على طاولة التفاوض لا يكونون من عامة الناس بل المختصين في فن التفاوض والملمين بقواعده، وهذا ما يعتمد على المعايير التي تؤدي إلى إنجاح التفاوض التي تغير من استراتيجاته من اختيار الشخص

¹ بيتر فلينج، المفاوضات التجارية الناجحة، ترجمة مركز التعريب والبرمجة الدار العربية للعلوم لبنان

المحك، وكذا مكان التفاوض ومعرفة وجمع المعلومات على الطرف الآخر، ولهذا سنتناول المعايير الشخصية (بنذأول) أما المعايير الموضوعية (بنذ ثاني).

البند الأول: المعايير الشخصية.

إن لشخصية المفاوض دورا كبيرا في إنجاز المفاوضات، فكل مفاوض، يحمل معه خصائص معينة وخلفيته الثقافية والاجتماعية، مما يؤدي إلى أن يكون المفاوض متمتعا بضمان شخصية وقدرات ذاتية معينة، مثل القدرة على الإقناع واللباقة، والفتنة، وحسن التصرف وإجادة فن الاستماع، والعلم بباطن الأمور والقدرة على قراءة الشخصية التي أمامه، والبراعة في التحليل، والإعداد والتخطيط، والقدرة على التحكم في شعوره، وضبط النفس أثناء المفاوضات.

ويختلف الباحثون في تقسيم وتصنيف السمات الشخصية للمفاوض، فهناك الشخص المعطى الذي يميل إلى العطاء، والتعاون مع الآخرين، ويميل إلى مساعدة الناس ويرى في مساعدة الناس له عارا، وفي نظر هذا الشخص فإن مساعدة الناس تعد دليل التفوق والعلو، ولكن تلقي المساعدات من الآخرين دليل التبعية وانحطاط المنزلة الاجتماعية¹.

¹ على أحمد صالح، المفاوضات في عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص. 251.

يميل هذا النوع من الشخصيات إلى تجنب الصراع، ولذا يقدم تنازلات عن طيب خاطر، من أجل التوصل إلى الطرف الآخر إلى اتفاق، فهو يسعى دائما إلى الحلول الودية ويميل هذا النوع من الشخصيات كذلك إلى العمل في المهن والخدمات الدينية والاجتماعية الخيرية، وقل ما ينجح في محيط المال والأعمال، هذا النوع من الشخصيات، هادئ الطبع، وليس من السهل إثارته، ولا يميل إلى السيطرة، ويريد أن يدخل السرور على الآخرين ويعمل على إشباع حاجاتهم، ويتجنب الإفصاح عن رغباته وإحتياجاته، ويعطي أهمية كبيرة أن الدخول في التفاصيل أثناء المفاوضات، ويتصف هذا النوع من الشخصيات بالهدوء والصبر والواقعية، والقدرة على إقامة الدليل والحجة، والتمسك بالحقائق وهذا النوع من المتفاوضين يعتمد كثيرا على تجاربه الخاصة ويفرض عليه أن يكون على دراية كاملة بتفاصيل الصفقة المتفاوض عليها¹.

لعل من أهم الخصائص والمميزات الذاتية التي يجب أن تتوفر في شخصية المتفاوض هي صفة الإقناع والتأثير، والاستماع وسرعة فهم والنزاهة وقد تم استخلاص هذه العوامل الذاتية على ضوء دراسات واستنتاجات من ميادين.

¹ على أحمد صالح، المفاوضات في عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص. 252.

أولاً: مهارة التأثير والإقناع.

تعد مهارات التأثير والإقناع، من المهارات الذهنية والسلوكية واللفظية المركبة التي تمكن المفاوض من ترتيب أفكاره وصياغة عباراته، وتحديد ألفاظه بصورة تمكنه من التأثير في أطراف أخرى وإقناعها بوجهة نظره¹.

كما أن للأسلوب المنطقي دوره في مصرح المفاوضات، ويجب أن يكون مدعوماً بالحجة والدليل، فالتفاوض أساساً هو القدرة على الإقناع ووضع جميع الاحتمالات، وترتيب الأفكار، وتجنب التعرض للأشخاص بأي نوع من التشويه فالمفاوض الناجح عليه أن يبتدأ المفاوضات متبعاً لأربعة مبادئ أولها التركيز على حل المشاكل وتجنب التعرض للأشخاص بأي نوع من التجريح، كما أن تحري الموضوعية واجب وله أن يتقاضي تغليب الطرف الآخر وتجنب طرح فكرة واحدة بل يجب عليه طرح عدة أفكار لتوفير عدة فرص، ووضع بدائل بيد الطرف الآخر وإستعاب وفهم ما يقدمه ووجوب عدم نسيانه لاستحضاره في الوقت المناسب والإقناع هو سلوك وعملية اتصال، يقوم بها المفاوض من أجل الوصول إلى اتفاق وملائمة ذلك مع أهداف ومواقف الطرف الذي يسعى إلى هذا التعديل²

¹ مصطفى محمود أبو بكر، التفاوض الناجح، الدار الجامعية للنشر والتوزيع الإسكندرية، 2005، ص.

² G.FULLER , négociation hand book , prentice hall , publisher , 1991 , p 28

واستعمال أدلة وحجج الإقناع لتعديل موقف الطرف المفاوض وهذا لا يتأتى إلا بالتحلي بالشجاعة والقدرة على المواجهة والمخاطبة والقيام بإيصال الفكرة إلى ذهن الطرف الآخر المتفاوض معه، واستنتاج أي غموض حتى يتأكد ما يريد أن يصل إليه حقيقة.

ثانيا : مهارة فن الاستماع والتركيز.

يتعين على المفاوض أن يتمتع بسرعة عالية في الفهم والتركيز والتفكير وبديهة عالية وصبر بلا حدود، دون اللجوء إلى الكذب وأن يكسب ثقة الطرف الآخر وأن يكون متواضعا وحازما، وأن يسحر الطرف الآخر دون أن يتأثر بسحره أما فن الاستماع يعني امتلاك المفاوض لفنون تلقي واستيعاب، وتذكر ما يقوله الطرف الآخر وإمكانية إعادته أو تكراره¹.

والمقصود هنا هو إتباع ما يقوله الطرف الآخر باهتمام كبير، وذلك بتحليل وتفسير ما يقوله الطرف الآخر والتعرف على نقاط القوة والضعف، وعدم مقاطعة المتحدث وتعدد حالاته، ينتج عنه لا محالة إفساد الجو الودي للتفاوض، وإذا كان يؤدي إلى إفساد الجو الودي للتفاوض ومقاطعة الطرف الآخر، تسبب خلافات مما يجعل استمرارية التفاوض غير مجدية، وللصبر دوره الإيجابي لا يعني تقديم

¹ ثامر كامل محمد، الدبلوماسية المعاصرة وأستراتيجية إدارة المفاوضات، دار الميسرة للنشر والتوزيع، ط

ردود أفعال سريعة وسديدة والالتزام بما هو واقعي وموضوعي، والقدرة على التحكم في الغضب والإنفعال، وتجنب الوقوع في محاولات الاستفزاز، مما يجعل التفاوض عملية تعاون وتواصل وتفاعل، يجعل للوصول إلى تلبية المصالح المشتركة والمتوازنة بين الطرفين¹، ووجوب التركيز على السير الحسن للمفاوضات وتلخيص نقاط وأوجه الإختلاف، لا سيما في المفاوضات الطويلة واليقظة والتركيز ولذلك فمهارة اليقظة والتركيز هي صفات لازمة وركن أساسي للمفاوض الناجح²، ويمتاز المفاوض المحنك، بأن له شخصية قوية ناضجة وجذابة ولها القدرة على التحمل والسيطرة على مجرى المفاوضات وألا يكثر من الثرثرة والكلام الفارغ على طاولة المفاوضات والمرء كلما كان أكثر خبرة، عليه أن يميز بين الأهم والمهم، وهذا ما جعل المفاوضات تتكلم بالنجاح.

ثالثا: الأمانة والنزاهة:

إن من أهم الصفات التي يجب أن يتصف بها المفاوض سلوك الشخص الأمين والنزيه، وهو واجب مفروض للتعامل به في ميدان التعاقدات الدولية وهذا ما يعرف بأخلاق المهنة وسلوك المهنيين، وذلك لاستقرار المعاملات. ولقد رتب فضاء التحكيم الدولي جزاءات لضمان عدم الإخلال بها، وتتمثل هذه السلوكات

¹ جيرارد، نير نبرج، أسس التفاوض، مرجع سابق، ص، 48.

² ثامر كامل محمد، الدبلوماسية المعاصرة وأستراتيجية إدارة المفاوضات، مرجع سابق، ص، 308.

والمواعيد في التصرف بحسن فيه وصدق بين الطرفين، البعد على التعسف وذلك لتجنب قطع المحادثات لتجنب إلحاق أضراراً بالطرف الآخر، العمل على تمكين الأطراف الأخرى من كل المعلومات التي يحتاجها، العمل على عدم عرقلة السير للمفاوضات بالغيابات المتكررة غير المبررة عن جلسات التفاوض مع اجتناب المراوغات والمخادعات، وكل هذا من أجل استقرار العلاقات الدولية¹، وخاصة عندما نكون أمام إبرام عقود التجارة الدولية، لأن التجارة بوجه عام تركز على مبدئين رئيسيين، وهما مبدأ الثقة والائتمان، ولا يتأتى إلا من خلال الأمانة والنزاهة، بحيث نجد في مجال التجارة الدولية أن قيمة عقودها تقدر بملايير الدولارات، وفي هذا النوع لا نستبعد رشوة المفاوض التي تحدث من حين لآخر². ففي الشريعة الإسلامية ورد تحريم الرشوة، و في القرآن الكريم جاء في سورة البقرة "وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ وَتُدْلُوا بِهَا إِلَى الْحُكَّامِ لِتَأْكُلُوا فَرِيقًا مِّنْ أَمْوَالِ النَّاسِ بِالْإِثْمِ وَأَنْتُمْ تَعْلَمُونَ"³ أما في السنة النبوية الشريفة لقوله صلى الله عليه وسلم "لعن

¹ محمودي مسعود، أساليب وتقنيات إبرام العقود الدولية، ديوان المطبوعات الجامعية، ط، 2، ص. ص، 97-98.

² حسام الدين كامل الأهواني، المفاوضات في الفترة قبل التعاقدية ومراحل إعداد العقد الدولي، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، عدد، 2، 1996، ص. 49.

³ الآية 188، من سورة البقرة.

الله الراشي والمرتشي والساعي بينهما¹، كما أن المشرع الجزائري جرم فعل الرشوة والأفعال المؤدية إليها وجاء ذلك بقانون 01/06 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته وهو في نص المادة 27 منه التي تنص "على أنه يعاقب بالسجن من عشرة (10) سنوات إلى عشرين (20) سنة وبغرامة من 1000.000 د.ج إلى 2000.000 د.ج."²

وحتى أن نص التجريم شمل كل منفعة تخص الموظف أو زوجه أو حتى أحد أفراد عائلته، والنص هنا لا يقصد فقط المبالغ المالية، بل أي منفعة تعود على الشخص الذي قدم الخدمة.

كما أن المشرع الجزائري عمم تجريم الرشوة سواء في القطاع العام أو القطاع الخاص، وشدد على معاقبة مرتكبها، كما أنه جعل من صفة الموظف كلمة فضفاضة، وهذا بعد مصادقة الجزائر على اتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة بالفساد ومكافحته والوقاية منه في 19/04/2004، وبعدها تم إدراجها في قانون خاص رقم 01/06 المؤرخ في 20/06/2004 وهو قانون الوقاية من مكافحة الفساد ومكافحته وجعل العقوبة فيها تصل إلى عشرين سنة والغرامة إلى 2.000.000

¹ عن رواية الإمام حافظ ابن عرب المالكي، شرح صحيح الترمذي، ج 5، ص. 81.

² المادة 27 من قانون رقم 06-01 مؤرخ في 21 محرم عام 1427 الموافق 20 فبراير سنة 2006 يتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته ج.ر. رقم 04 العدد 14 الصادرة بتاريخ 08 صفر عام 1427 الموافق 08 مارس سنة 2006.

د.ج، وهذا في مجال الصفقات العمومية، ولم تقتصر العقوبة على الموظفين الجزائريين، وإنما امتدت إلى الموظفين الأجانب، وموظفي المنظمات الدولية العمومية¹، وسواء كانت هذه الرشوة أو المزية بصفة مباشرة أو غير مباشرة، إضافة إلى عقوبة تمتد إلى الشخص المعنوي الذي عبر عنه المشرع بالكيان، وحتى المفهوم التقليدي للهدف من الرشوة تطور في ظل القانون المذكور بل أصبح القيام بعمل أو الامتناع عن أداء عمل من واجباته، كما أن ثبوت الرشوة في حق أحد الأطراف المتفاوضة يجعل العقود الدولية تحت طائلة البطلان لأن هذا العمل، يلحق ضرارا ماديا وآخر معنويا، بالطرف الآخر، فثبوت الرشوة في حق المفاوض في الفترة السابقة للعقد، تجعل المفاوضات لا تستمر بسبب هذا الفعل المجرم والمنبوذ من طرف الشرائع السماوية والقوانين الوضعية، والمنظمات الدولية، وهذا لاعتبارات أخلاقية وفقا لقاعدة الغش يفسد التصرفات، ولقد جاء في نص المادة 50 من اتفاقية فيينا، بشأن قانون المعاهدات² على أنه "إذا كان تعبير الدولة عن رضاها للالتزام بمعاهدة قد صدر نتيجة الإفساد المباشر أو غير

¹ أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائري الخاص، دار هومة، ط 13، 2013، ص. 09.

² إتفاقية فينا لقانون المعاهدات أعتمدت من قبل مؤتمر الأمم المتحدة بشأن قانون المعاهدات الذي عقد بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم 2166 المؤرخ في 05 كانون الأول / ديسمبر 1967، وقد عقد المؤتمر في دورتين في فينا خلال الفترة من 26 آذار / مارس إلى 24 أيار / مايو 1968 وخلال الفترة من 09 نيسان / أبريل إلى 22 أيار / مايو 1969، وأعتمدت الإتفاقية في ختام أعماله في 22 أيار / مايو 1969 وعرضت للتوقيع في 23 أيار / مايو 1969 ودخلت حيز التنفيذ في 27 كانون الثاني / يناير 1980.

المباشر لمثلها بواسطة دولة متفاوضة أخرى، يجوز للدولة أن تستند إلى هذا الإفساد لإبطال رضاها الالتزام¹.

وقد تعرضت لجنة القانون الدولي في دورتها لسنة 1966 لمسألة مدى إعتبار إفساد ممثل الدولة سببا لإبطال رضا الدولة لالتزام بالمعاهدة واعتبرت أغلبية أعضاء اللجنة أن هذا الفساد الصادر عن ممثل الدولة بواسطة ممثل دولة متفاوضة أخرى، يفسد الرضا الذي كان على الممثل التعبير عن دولته، وأن الإفساد هو التأثير الجوهرى على ممثل الدولة لعقد المعاهدة، ومن هنا يمكن التركيز على هذا التأثير على ممثل الدولة للقول بإبطال رضا الدولة².

البند الثاني: المعايير الموضوعية:

إن المعايير الموضوعية لا تقل أهمية عن المعايير الشخصية للصيقة بالشخص المتفاوض، كونها، ترتبط بالمكان وبالمناخ المناسب وحسن اختيار واللغة التي يجب أن تكون بسيطة ومفهومة، بغية إيصال الفهم والمعنى للطرف الآخر، وكذلك الوقت، وللأسئلة دور ذو أهمية بالغة، وهذا ما يساعد بشكل كبير في

¹ حسام الدين كامل الأهواني، المفاوضات في الفترة قبل التعاقدية ومراحل إعداد العقد الدولي، مرجع سابق، ص. 420

² عصام صادق رمضان، المعاهدات غير المتكافئة في القانون الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1987، ص. 25.

إنجاح المفاوضات في عقود التجارة الدولية، فكل هذه العناصر المذكور عند تفاعلها وانسجامها تمكن الطرف المفاوض من إنهاء المفاوضات بنجاح باهر ولهذا سوف نتطرق للمعايير المذكورة.

أولاً: حسن إختيار مكان إجراء المفاوضات

يستحسن أن يكون المكان الذي تجرى فيه المفاوضات، بعيداً عن الضوضاء والصخب كما يتم تأمينه وخلوه من أجهزة التصنت وخاصة إذا كانت المفاوضات من صنف السرية، كما أن الترتيب العادي لقاعة الاجتماعات، وما تحتويه من ديكور وإنارة لها تأثيرات كبيرة على سير المفاوضات، وهذا من خلال جعلها مناسبة من حيث، الإتساع والتهوية والإضاءة، مع توفير حجرات جانبية للتداول والتشاور مع المستشارين، وكل هذا إضافة التي يجب أن تكون ملحقة بصالون لاسترخاء والراحة لتعميق الصلة بين الأطراف المتفاوضة¹، كما يتم تجهيز قاعة التفاوض بمائدة تفاوض رئيسية، وفقاً لاختيار واتفاق بين الطرفين سواء تكون دائرية أو مستطيلة، ليتم جلوس كل طرف مفاوض أو الفريق المتفاوض أما نظيره من المتخصصين، فالمفاوضات التي تجري في بلد المفاوض لها عدة مزايا، أهمها توفير الوقت والجهد والمال ويساعد على الضغط على

¹ السيد عليوة، مهارات التفاوض والعقود والتحكيم الدولي، ط. 1، دار الأمين للطبع والنشر والتوزيع، القاهرة 2002، ص. 11.

الطرف الآخر، بكرم الضيافة، وحسن الاستقبال، والمعاملة الطيبة، وتيسير الإقامة المريحة له، مما يجعل الطرف الآخر أكثر مرونة له، ويكون على إستعداد لتقديم تنازلات¹، ويتعلق بالمكان عدة مسائل من حيث اختباره والامتيازات التي يقدمها وكذا العوائق التي قد تعترض أحد أطراف العقد.

ومن جانبنا نحن نؤيد الرأي القائل بأن يتم إجراء المفاوضات في موطن الشخص المفاوض، كون هذا يمنحه قوة وشجاعة تمكنه من التحكم والسير في المفاوضات وبنجاح ولصالحه، وهذا من عدة جوانب أهمها تجنب تكاليف وعناء الرحلة، خاصة وأن بعض المفاوضات، تدوم لعدة أشهر بل ولسنوات عديدة، خاصة عندما يتعلق بإبرام عقود التجارة وتجعل المفاوض الاستعانة بالاستشارة والمشورة سهلة، وفي متناوله عكس ما يكون في بلد الطرف الآخر المفاوض.

لكن غالبا ما يتفق الطرفان على تبادل الجولات وإجراءات المفاوضات بالتناوب في بلدهما، كما قد يعيق إجرائها في بلد ثالث غير بلديهما، كما يمكن الاعتماد على وسائل الإتصال المرئي عن بعد عبر شبكة الإنترنت دون عناء التنقل².

¹ جيرارد نير نبرج، أسس التفاوض، مرجع سابق، ص، 75.

² G.LA GARDE, le droit des affaires, Dalloz 1966, p 411

فالتفاوض في موطن والشخص المفاوض وبيئته، تمنح للمتعاقد ميزة معرفة البيئة التي يتعامل في وسطها، ويستفاد من التسهيلات التي تقدمها معرفة الأوساط الفاعلة وإمكانية التأثير عليها، بحيث يمكنه خلق المناسبات ووضع كل الترتيبات، التي تخدم مصالحه فضلا على أنه يتجنب عناء الرحلة، متاعبها وتكاليفها الباهضة والتأقلم، وتمكنه من الإستعانة واستشارة الأخصائيين والمحامين والخبراء وغيرهم واللجوء إلى السلطة صاحبة القرار حيث ما أراد ذلك مما يجعله، في وضع أفضل، وفي المقابل فإن الانتقال إلى بيئة ووطن الطرف الآخر، قد تكون ضرورة لا مفر منها وهي السبيل الوحيد لإجراء المفاوضات وإبرام العقد على الرغم من الصعوبات التي يوجهها المتنقل من حيث تكلفة النقل ومشاكل التأقلم، والتعامل مع البيئة الأجنبية بشفافية، وعاداتها مما يفرض ضرورة التحضير ودراسة إمكانيات تفادي السلبيات والعقبات السالفة الذكر¹.

ثانيا : أهمية اللغة في التفاوض.

تعتبر اللغة أداة فعالة في إبرام العقود الدولية ولدرجة التحكم فيها أثر وتأثير على سير المباحثات، وهذه حقيقة واقع في مجال الأعمال، فالاتفاق على استخدام

¹ محمودي مسعود، أساليب وتقنيات إبرام العقود الدولية، ديوان المطبوعات الجامعية، ط 2، 2015،

لغة معينة يفترض التمكن من كل آلياتها والطلاقة والحدس في فهم معانيها ومدلولاتها لاستكشاف كل التضمينات التي تنجم عن إستخدامها¹.

غير أن استخدام لغة معينة التي تفرضها التعاملات بين الأطراف تجعل هناك ضرورة إلى اللجوء إلى مترجم، وحبذا لو كان للمفاوض مترجمه الخاص، إذ يقوم بتزويده بكافة التوجيهات والإرشادات اللازمة قبل الجلوس والبدأ في التفاوض على الطاولة، ويحدث أنه إذا كان اختلاف حول مسألة اللغة في التعامل، يستقر هذا على مدار إزدواجية اللغة.

ورأينا الخاص في جانب استخدام اللغة على المفاوض أن يكون متقنا للغة المفاوض الآخر أو اللغة التي تم الاتفاق على استعمالها في المفاوضات، وهذا لسهولة فهم المفردات والمعاني، وإجادة التفاوض والوصول إلى النتيجة المرجوة.

واختلاف اللغة وعدم فهمها، يولد قصورا في عمليات التفكير، وحتى أن اللغة الإنجليزية التي أصبحت لغة عالمية في مجال التجارة الدولية، فهي تحتوي على مفردات كثيرة، وعند محاولة ترجمتها إلى لغة أخرى، لا تعطي المعنى المراد والمطلوب، فمثلا استخدام مصطلح «An agreement in principle» يعني للفرنسيين وجود تفاهم على الأمور الأساسية، أما في اللغة الروسية فيعني هذا المصطلح

¹محمودي مسعود، أساليب وتقنيات إبرام العقود الدولية، ديوان المطبوعات الجامعية، مرجع سابق، ص،

بأنه قد تم التوصل إلى اتفاق مؤقت بين الطرفين، وهذا لمواصلة التفاوض فيما بعد¹ كما أنه يجب استعمال كلمات دقيقة لكي لا تؤدي إلى سوء فهم الطرف المفاوض الآخر، وإذا كان اللفظ يحتمل عدة معاني، يجب على الطرف المفاوض توضيح ذلك، كما أن استعمال المفاوض للغة، يتقنها كل طرف التفاوض، ووجوب عبارات بسيطة وواضحة، وكلمات قصيرة وشائعة، وهذا للفهم السريع للطرف الآخر وتجنب المصطلحات المركبة والمعقدة.

كما أن على المفاوض تجنب استخدام الألفاظ التي تخص لهجته المحلية، وقد يفهمها الطرف الآخر، بمعنى آخر غير المعنى الحقيقي المقصود، فمثلا عندما يستخدم المفاوض الأمريكي كلمة "Check" ومعناها فحص أو مراجعة، فقد يفهمها الأوروبيون وخاصة الفرنسيين "Cheque" أي بمعنى صك بنكي أو شيك مصرفي ويستحسن للمتفاوض أن لا يستعمل الكلمات العامة والمصطلحات باللغة الدارجة إذ يتعين عليه التأكد من الفهم السليم بينه وبين الطرف الآخر لإيصال إليه ما يبتغيه وما يريد، وللتأكد من أن الطرف الآخر فهم، وتوصل بما يريده المفاوض، يجب على هذا الأخير ترديد مثلا لنرى ما إذا كنت قد فهمت بالفعل ما قلته لي الآن، وهذا ما يسمى في لغة الحوار أسلوب الاستماع الإيجابي، وهذا ما

¹ نادر أحمد أبو شيخة، أصول التفاوض، دار مجدلاوي للنشر والتوزيع، د.ط، 2000، ص، 66.

يوضح لمحدثه بأنه مهتم بالعقل بالاستماع إليه بحرص ودقة ومهتم بمشاعره وآراءه، وكل هذا وبطبيعة الحال يجعل هناك العلاقة وطيدة بين طرفي التفاوض¹ ومن أسباب فشل التفاوض هو شعور أحد الطرفين بأن الطرف الآخر لا يسمع له ما يقوله مما يجعل هناك إختلاف بين "ال" للتعريف قبل كلمة "أرض" في النسخة العربية للقرار رقم 242 لمجلس الأمن في عام 1967، بينما خلت النسخة الإنجليزية من استخدام "ال" للتعريف "The" وهو ما أتاح للجانب الإسرائيلي الإدعاء بأن مضمون القرار، يلزمها من الانسحاب من الأرض المحتلة وليس "الأراضي المحتلة"، بمعنى عدم الانسحاب من كل الأراضي المحتلة، بينما أصر الجانب العربي في المفاوضات على أن المقصود هو الانسحاب من الأراضي المحتلة، أي من الأراضي جميعها، ولإزال هذا الخلاف في التفسير قائماً؛ لأن المقصود هو الدقة في استعمال الألفاظ وتحري وصول معانيها إلى الطرف الآخر، كما يريد وإيصالها، ويفهمها هو فهما دقيقاً لا غموض فيه، ولهذا حتى ولو استعمل الطرف الآخر مترجم، ولم يحسن هذا الأخير الترجمة على الطرف المفاوض الذي يتم ترجمة، ما تلفظ، وتكلم، وتوجه به إلى الطرف الآخر إذا كان

¹ علي أحمد صالح، المفاوضات في عقود التجارة الدولية ، مرجع سابق، ص. 240 .

هناك خطأ في الترجمة عليه أن يصحح هذا الخطأ ويستحسن أن يعرف، ويجيد لغة الطرف المتفاوض الآخر¹.

ثالثاً: أهمية الوقت في التفاوض.

إن عنصر الوقت في المفاوضات له أهمية بالغة، وأن المدة التي يستغرقها الطرفان لا يمكن معرفتها، ترتبط إرتباطاً وثيقاً بحجم الصفقة المتفاوض عليها، وإذا كان العقد المتفاوض عليه بسيطاً، كانت المدة قصيرة، وإذا كان من العقود المركبة كما هو الحال في عقود التجارة الدولية، كانت المدة الزمنية تستغرق طويلاً، ولا يمكن للطرفان المتفاوضان تحديد مدة الوقت لإنهاء من المفاوضات بينهما، فالمفاوض المتمرس والذي له خبرة في هذا المجال، يحاول أن يكسب الوقت لدراسة كل عرض يقدم إليه دراسة جيدة وبتروبي، قبل إتخاذ أي قرار سواء كان مبدئي أو نهائي، بالرجوع إلى المفاوضات المتعلقة بالصفقات الضخمة، إستغرقت عدة سنوات نتيجة التعقيد والتركيب الموجود في الصفقة المزمع عقدها بين الطرفين، وقيمة الوقت نجدها تختلف من مفاوض لآخر وذلك حسب الثقافات المختلفة فالمفاوض الأمريكي مثلاً، يؤمن بقيمة الوقت، بحيث أنه محدد ويجب احترامه، وحسبه وجوب مناقشة كافة النقاط المتعلقة بالصفقة، وفي أقصر وقت

¹ مصطفى محمود أبوبكر، التفاوض الناجح ، الدار الجامعية للطبع والنشر والتوزيع ، الإسكندرية ، د.ط 2005، ص. 203.

يمكن لتحقيق أفضل النتائج الممكنة والوقت حسب هذا النوع من المفاوضين، يساوي نقود وسلعة غير متوافرة بكثرة¹، لكن نجد العكس عند المفاوض الصيني الذي لا يخص بمثل هذا الإهتمام لأن الصينيين، يؤمنون بضرورة استثمار فترة كافية من الوقت في تهيئة جو عام، يسوده التفاهم والثقة المتبادلة، لأنهم لا يجعلون من الوقت كقيد أو أحد لإنجاز المهمة في إطارها ولكنهم وفقا لقيمهم يعدالوقت سلسلة لا نهاية لها، ومحيطا ممتدا لا نهاية له².

فأهمية الوقت، تتجسد في نظرة كل طرف مفاوض الذي يرى أن طول أمد مدة التفاوض في صالحه، ويراهما الطرف الآخر عكس ذلك، وخاصة في مجال عقود التجارة الدولية التي تستند على معادلة وقت قصير يساوي حتى أرباح كما أن أساس التجارة بصفة عامة، تعتمد على السرعة، وتنفيذ العقود، وتسليم البضاعة للطرف الآخر، وقبض ثمنها.

كما أن هناك من أعتبر أنه للوقت مكانة خاصة بالنسبة لإجراء عمليات التفاوض ومباحثات العقود الدولية، فالمقبل على إبرام عقد من عقود التجارة الدولية لابد أن يضع في الحسبان عامل الوقت ويخصص منه القسط الوفير والكافي

¹ علي أحمد صالح، المفاوضات في عقود التجارة الدولية ، مرجع سابق، ص. 243.

² دين آلن فوستر، المساومة عبر الحدود ، ترجمة نيقين غراب ، الدار الدولية للنشر والتوزيع ، القاهرة ص. 424.

لإتمام إنجاز ما هو مقدم عليه، بحيث أن الطريقة والمنهج المتبع في ميدان تنظيم الوقت بدقة والتحلي، والصبر والحكمة، كما قلنا سابقا بأن المفاوضات في ميدان عقود التجارة الدولية، وخاصة المركبة منها، تحتاج إلى وقت طويل، وذلك بسبب التدقيق في التفاصيل الفنية للعملية والشروط التعاقدية، ولا يكون هذا إلا بضبط وتنظيم سير المفاوضات، ويصبح مرهونا بعامل الزمن¹.

والمقصود هنا كلما كان التفاوض في مجال عقود التجارة الدولية التي تتعلق بعقود مركبة، وليست بسيطة، كلما أصبحت المدة الزمنية طويلة وهذا لوجود مسائل شكلية وموضوعية، يجب على الأطراف مناقشتها بالتفصيل، والدراسة والتمحيص والتفكير والتحليل، وهذا لا يعد تضييعا للوقت كما يعتبره البعض الآخر، لأنه لصيق بمدى أهمية إبرام الصفقة، أما إبرام العقد في وقت وجيز أو مبكر دون مراعاة التفاصيل، قد يلحق أضرارا لأي طرف من طرفي المفاوضات، فكما يقال في العجلة الندامة وفي التأني السلامة، فالتركيز على الجزئيات والتفاصيل، يحقق الأهداف الكبرى من وراء ذلك، وهناك بعض المفاوضين ممن يضعوا حدودا زمنية لكل جلسة، ولكل موضوع من موضوعات التفاوض، وذلك بجدول خاص، يتم الاتفاق عليه قبل بدأ المفاوضات، وعليه هذا الأمر، يقلل من

¹محمودي مسعود، أساليب وتقنيات إبرام العقود الدولية، مرجع سابق، ص. 95.

إهدار الوقت وقيمته، وهذا ما هو عملي من أجل عدم إلحاق أضرار بالطرف الآخر، وعدم إطالة أجل المفاوضات وفي النهاية تكون نتيجتها عدم الوصول إلى اتفاق، وأن لا يكون التأجيل إلا بمبررات حتى لا يكون هناك إجحاف في حق الطرف الآخر، فممارسة التجارة الدولية وجني أرباح لها علاقة وطيدة بالسرعة وعدم إضاعة الوقت الكثير.

كما أن الاستخدام الذكي للوقت دورا كبيرا، وهو قيد مفروض على كل مفاوض، يجب التعامل الذكي معه، والتعرف على كيفية التحرك على مائدة المفاوضات متى تتشدد؟ ومتى تتساهل؟ ومتى تضيع الوقت أو تطرح حلا بديلا؟ ومتى تتمسك بموقفك¹؟

رابعا : أهمية الأسئلة في المفاوضات

للأسئلة أثناء التفاوض وظائف متعددة منها الحصول على معلومات، أو تأكيد معلومات، أو إبداء استغراب، أو إستياء، أو إفشاء معلومات، أو تغيير مجرى الحديث، أو محاصرة الخصم في ركن ضيق، لذلك يتعين على المفاوض تحديد الهدف من الأسئلة بعد توظيفها بالشكل الذي يدعم موقفه²، والحقيقة أن الوسيلة الأفضل والأحسن التي يستخدمها المفاوض المحنك هو الوصول إلى

¹ علي أحمد صالح، المفاوضات في عقود التجارة الدولية ، مرجع سابق، ص. 244.

² مصطفى كمال طه، الشركات التجارية، دار الجامعة الجديدة بيروت ، د.ط، 1998، ص. 407.

معرفة تفكير الطرف الآخر، وهذا لا يكون إلا عن طريق طرح أسئلة مناسبة لذلك، ولا يكون هذا النوع من الأسئلة في بداية المناقشات والتحاور وفي الدقائق الأولى من افتتاح وبداية جلسة التفاوض، وهذا لجلب انتباه الطرف الآخر، كأن يقال للطرف الآخر، كيف حالك؟ أو هل يمكنك مساعدتنا¹، إذا طبيعة الأسئلة المستعملة تكون للحصول على المعلومات أو تأكيد معلومات أو لجلب انتباه الطرف الآخر، وإثارة اهتمامه، وجعل الظروف مناسبة لبداية التفاوض على أحسن وجه، ويجب أن تكون بسيطة، وغير معقدة، وكما أنها تستخدم لاختبار فهم الطرف الآخر، وذلك عندما يريد الطرف الآخر التأكد من استعابه لما قاله أم لا؟ كما يطرح السؤال ليس من أجل السؤال بل للوصول إلى هدف معين بقصده، ويجب الابتعاد على طرح الأسئلة التي تمس بشخصية ونفسية الطرف الآخر، والتي تكون دوماً تتضمن اختصاراً من حيث الصياغة، وتكون مرتبطة بموضوع الصفقة التي يتفاوض الطرفان من أجلها حتى لا تثير عداه، وتؤكد الجدية في ذلك للوصول إلى معرفة البيانات والمعلومات، وهذا ما يجعل الدور الفعال والمهم في الأسئلة في سلسلة المفاوضات التي تجمع بين الطرفين، بل ويجب طرحها في وقتها المناسب وبألفاظ محترمة ومهذبة لفرض الاحترام المتبادل بين الطرفين.

¹ جمال حواش، التفاوض في الأزمات والمواقف الطارئة، دار أبتراك للنشر والتوزيع، ط. 1، 2005، ص. 112.

وفي اعتقادنا أن التكوين الذي يتلقاه المفاوض والخبرة الطويلة في هذا الميدان، تمكنه أن يكون مفاوض ماهر في جميع الجوانب حتى من ناحية اختيار والصياغة الجيدة للأسئلة، والابتعاد عن الغموض والاستفزاز، وذلك لمعرفة جميع المقتضيات التي تحول دون إبرام الصفقة أو العقد.

فالحكمة والذكاء في طرح الأسئلة، تجعل من الطرف الآخر أن يكشف عن ما كان يريد أن يخفيه كما أن للكلمة الطيبة دورا هاما في جلب انتباه من الفريق الآخر المفاوض، وفي الكثير من الأحيان ما يجعل هذا السبب بدافع القبول بالشروط والسعي لإبرام العقد، أما إذا أستعمل أسلوب قبل أن أجيب أطرح عليك السؤال التالي هل يعلم المفاوض أن الإجابة التي سيتلقاها لا تكون دقيقة، وللتحضير المسبق دور هام كذلك، ولا يقل أهمية عن الشروط المذكورة¹، لكن من الأفضل أن يكون هناك سؤال، يتبعه سؤال آخر، وهذا ما يجعل جلسة المفاوضات تعد إستجابا للطرف الآخر، ويجعله يتذمر ويغلق النقاش باكرا دون الوصول إلى النتيجة المبتغاة، وهذا ما يمكن الالتفاتة إليه، والتقيد به من طرف كل مفاوض.

ومن جانبنا، نرى أن للأسئلة دورا هاما في التفاوض، ولكن يجب أن لا تمر كل جلسة بين الطرفين عبارة عن سؤال وجواب فبعض المفاوضين عندما يجدون

¹علي أحمد صالح، المفاوضات في عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص، 250.

أنفسهم أن الجواب عن بعض الأسئلة، يؤثر على التوجه الصحيح لإبرام العقد، يردون بأن هذا السؤال لا يمكن الإجابة عليه الآن، بل في المستقبل القريب تتم الإجابة عليه، وهذا ما يعطي نوع من الفضول للطرف الآخر للإجابة على السؤال في أقرب وقت ممكن حتى يكون فكرة عن الطرف الآخر ويستدرجه للإجابة عليه في أقرب وقت ممكن حتى يكون فكرة مبتغاة من وراء طرح هذا السؤال.

الفرع الثاني : نتائج نجاح المفاوضات .

ولاعتبار دولية عقود التجارة أعتمدت عدة معايير منها قانونية، اقتصادية ولها خصائص، يختص بها غير موجودة في النظم القانونية الداخلية، لأنها نابعة من مجتمع التجار ورجال الأعمال العابر للحدود، كما ذهب بعض الفقه في تعريفه لقانون التجارة الدولية بأنه: " مجموعة القواعد الملزمة والمستقلة والمستمدة من المبادئ العامة والأعراف المستقرة في الأوساط التجارية الدولية والتي تحكم العلاقات التي تتم بين المتعاملين في تلك الأوساط"¹.

فالتجارة الدولية، تقع على العقود المركبة والمعقدة والطويلة الأمد وتتطوي على عمليات، تتسم بالتركيب والتعقيدات الفنية والقانونية، وتتطوي على قيمة اقتصادية ومخاطر تلحق أطرافها، ولتجنب الكثير من المخاطر وجب اتباع

¹ بن أحمد الحاج، قانون التجارة الدولية، مركز الكتاب الأكاديمي، عمان، الأردن، ط 1، 2017. ص،

خطوات أولية لإنجاحها، ويعد التفاوض أفضل وأحسن طريقة للوصول إلى إنجاز هذه العقود، وهي العقود الدولية ذات الأهمية البالغة، وهي مرحلة سابقة على التعاقد، وهي كذلك من أهم وأخطر مراحل العقد، وما يترتب عنها من حقوق والتزامات بين الأطراف المتفاوضة، والتي من خلالها، يتم تبادل المناقشات والاقتراحات، والمساومات، إذا لم يتم هناك قطع المفاوضات في بدايتها يلجأ الأطراف، إلى تأمين مفاوضاتهم للاطمئنان على نجاحها، لذا تنتهي بما يسمى بالعقود الابتدائية (Primary contrats)، أو العقود الأولية (interim contrats)، أو العقود التمهيديّة (initial contrats)، وهي اتفاقات سابقة عن إبرام العقد النهائي، تبرم خلال نجاح مرحلة المفاوضات، وهذه العقود، تتميز بنظام وعناصر تحكمها، وهي:

البند الأول: عقد الإطار.

القاعدة العامة أن التفاوض، يتم بحرية بين الأطراف دون وجود اتفاق على تنظيمه، أو إطار، يفرض التزامات على عاتق أطرافها، ولكن قد يلجأ الأطراف في بعض الأحيان إلى إبرام اتفاقات، يكون الهدف والغاية منها تحديد أطر وتنظيم سيرها بحسن نية، وتتسم بالصفة التحضيرية قبل إبرام العقد النهائي، كما انبثقت من الواقع العملي وطبيعة المعاملات التجارية الدولية أن بدأ عملية التفاوض،

تقتضي الاستمرار فيها، وبحسن نية، وأن الانسحاب، أو الانقطاع عنها، سوف يسبب ضرراً للطرف الآخر، ولكي يتم حماية الطرف الآخر الذي كان يريد الاستمرار في التفاوض، وهذا لإتمام عملية التعاقد النهائي، كان من الواجب وضع عقود مرحلية أو تمهيدية لحماية حقه، وحتى لا يستخف به الطرف الذي يريد الانسحاب من المفاوضات، وكان هذا وفقاً لمبدأ سلطان الإرادة، لأن الأصل في التعاقد هو الحرية، وهذا ما يقتضي حرية التفاوض، بحيث أن حرية التفاوض على إطلاقها، قد تؤدي إلى مفاوضات غير جادة، قد تكون سبباً لإضاعة الوقت والمال والجهد، دون أن تكون هناك نية حقيقية في التعاقد، لذلك تقتضي وجود عاملين وهما حرية التفاوض وأمنها¹.

لقد عرفت الدكتورة هدى عبد الله عقد الإطار بأنه " عقد يشبه عقد المراسل الصحفي، الذي يقبل بمهام عبر العالم ولكنه يملك حق مناقشة الأشكال الخاصة بتنفيذ التزاماته في كل مرة، كما لمناخ وشروط العمل في كل دولة من الدول المختلفة التي سيرتاها، وهكذا ففي كل مرة، قد يكون العقد الذي يبرمه هذا

¹ علي أحمد صالح، المفاوضات في عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص، 351.

المراسل الصحفي، مستقلا ومختلفا عن العقد السابق، ومع ذلك فإن الأطراف، حددوا مسبقا إطار علاقاتهم المستقبلية من خلال عقد الإطار¹.

كما عرفه عموم الفقهاء بأنه "العقد الذي يتفق فيه على شروط عامة موحدة تلزم كلا من الطرفين باتباعها والتقيدها فيما قد يرغبان في إبرامه من عقود المستقبل²".

وفي هذا السياق يسمى الاتفاق المبرم أصلا بين الطرفين بعقد الإطار، وذلك كونه يضع إطارا عاما واحدا، تخضع له سائر المعاملات المستقبلية، كما أن الاتفاق الإطاري في المادة (1111) من القانون المدني الفرنسي الجديد الصادر في 2016/02/10 "بأنه الاتفاق الذي يتفق فيه الأطراف من خلاله على الخصائص العامة للعلاقة العقدية المستقبلية".

« le contrat cadre est un accord par lequel les parties conviennent des caractéristiques générales de leurs relations contractuelles futures des contrats d'application en précisent les modalités d'exécutes »

¹ عبد العزيز المرسي حمود، الجوانب القانونية لمرحلة التفاوض ذو الطابع التعاقدية، د. ط 2005، ص، 39.

² عبد العزيز المرسي حمود، الجوانب القانونية لمرحلة التفاوض، مرجع سابق. ص. 39.

وخصوصية هذا العقد، تكمن في أنه يترك لعقود أخرى لاحقة مهمة تحقيق أهداف طرفية، وتسمى هذه العقود المستقبلية بالعقود التطبيقية، حيث يجري إبرامها تطبيقاً لاتفاق آخر سابق عليها¹.

ويشكل هدف عقد الإطار رسم اقتصادي مشترك، ويظهر ذلك من خلال تنظيم لبعض أوصاف وتفاصيل هذه العقود التطبيقية، وهو يختلف بحسب ما تحدد الإرادة التعاقدية لكل طرف، ليقع على شروط شكلية.

وقد يقع على شروط أساسية وموضوعية، تتعلق ببيان حقوق والتزامات تتجسد، فيما يبرمونه من عقود لاحقة، تسمى "عقود التطبيق". فالهدف الذاتي الذي يسعى إليه "عقد الإطار" هو مجرد تيسير إبرام وتنفيذ العقود المطبقة أو المنفذة له عند الحاجة إلى إبرامها، فهو لا يتضمن بالضرورة تحديدا لكافة العناصر الأساسية للعقد التطبيقي الوارد مباشرة على السلعة أو الخدمة نظراً لصعوبة أو استحالة هذا التحديد عند إبرامه، غير أنه لا مانع من أن يتضمن عقد الإطار العناصر الجوهرية للعقود التطبيقية أو التنفيذية، والقواعد العامة التي ستحكمها، وإلزام طرفيه أو إحداهما إذا ما رغب الآخر في ذلك، ومع ذلك فإن إتفاق الإطار وعقود التطبيق، التي تمهد لها تشكل مجموعة عقدية، يربطها هدف اقتصادي

¹ حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، دار الفكر الجامعي،

الإسكندرية، 2001، ص، 196.

واحد، ومن ناحية أخرى، فإن عقد الإطار ينشئ على عاتق طرفيه مجموعة من الإلتزامات الإيجابية والسلبية، تتعلق بإبرام وتنفيذ العقود التطبيقية المتوقع إبرامها بينهما مستقبلاً¹.

ويختلف موضوع عقد الإطار طبقاً لما تحدده إرادة الأطراف، فتارة يحدد عقد الإطار كيفية إبرام عقود التطبيق، مثلاً إرسال طلب بضاعة أو أمر توريد، وتارة أخرى، يحدد بعض العناصر المتعلقة بتنفيذ عقود التطبيق، كما يجب أن يتفق الطرفان كذلك على كل عقد يريدان إبرامه من هذه العقود كتوريد بضاعة مثلاً، وأن عقود التطبيق تبرم في المستقبل ووفقاً للشروط الواردة في عقد الإطار.

إذا كان اتفاق الإطار، يكفل لأطرافه تحقيق معاملاتهم المتكررة على مدة من الزمن بطريقة سهلة وسريعة، من خلال قيام الأطراف بتحديد مسبق للشروط الرئيسية أو القواعد العامة التي تحكم إتمام هذه المعاملات المستقبلية، بحيث يصبح كل تطبيق منها محكوماً بالقواعد المتفق عليها في التنظيم الإطاري، دون الحاجة إلى دخول الأطراف في عملية مفاوضة حول التفاصيل في كل مرة يرغبان في التعاقد، إلا أن اتفاق الإطار يعد كذلك، وبالمعنى الدقيق للكلمة فهو عرض

¹ رجب كريم عبد اللاه، التفاوض على العقد، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة. دار النهضة العربية القاهرة، 2000، ص، 480.

موجه إلى الطرف المقابل بإبرام عقود مستقبلية، ولذلك يجب توافر فيه شروط وجوب، تتعلق بصحة وأحكام وأركان، وهي المحدد لشروط قيام العقد كاملاً¹.

أولاً: قيام وجود التراضي في عقد الإطار.

إن عقد الإطار، يعد من العقود الرضائية التي تتحقق بوجود واقتران إيجاب وقبول، ولا يشترط أن يأخذ الرضا شكلاً خاصاً، فهو يخضع للقواعد العامة بوجود الرضى والتعبير عنه وخلوه من العيوب². وإذا شابها أحد العيوب يخضع للبطلان كغيره من العقود الأخرى المسماة. إذا يجب أن يكون الرضى سليماً من العيوب، وإلا اعتري الفساد العقد، ويكون مهدداً بالزوال، إذا لم يتوافق الإرادتين، وهذا لإحداث أثر قانوني، وأن تخرج هذه الإرادة إلى العالم الخاص بالتعبير عنها كما أن الإرادة أساسها الإدراك إذا انعدمت الإرادة أفقد الإدراك والتعبير عن الإرادة الذي هو ضرورة كما ذهب إليه المشرع الجزائري على غرار المشرعين الآخرين.

¹ أنس عبد المهدي فريحان، النظام القانوني للمفاوضات، في القوانين الوضعية والشريعة الإسلامية، منشورات الحلبي الحقوقية، ط 1، 2018 بيروت، لبنان، ص، ص، 314-315.

² J.schimidit dp. It. N° 443 p 234.

"يكون باللفظ والكتابة أو بالإشارة المتداولة عرفاً، كما يكون بإتخاذ موقف لا يدع أي شك في دلالاته على مقصود صاحبه، كما يجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمناً ما لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على أن يكون صريحاً"¹.

وفي رأينا أن التعبير عن الإرادة في عقود التجارة الدولية، يخضع لعرف المعاملات بين الطرفين المتفاوضين، كون أن التجارة الدولية، تعد كمجال خصب لمبدأ سلطان الإرادة، وهذا كما ذهب الفقه القانوني أن العنصر الرئيسي المميز للاتفاق الإطار، يكمن في رضا الطرفين على توحيد معاملتهما المستقبلية وإخضاعها لأحكام نظام محدد مسبقاً، وهو ما يعكس قيام فيه توحيد للمعاملات الجارية بين الطرفين، وفي حال إبرام عقود متعددة، لا ترتبط فيما بينها باتفاق إطاري سابق، وهو ما يجعل من عناصر وشروط عقد تطبيقي لاحق بحاجة إلى رضا آخر مختلف ومستقل عن التراضي الأول المنشئ لعقد الإطار.

ثانياً: تعيين محل عقد الإطار.

القاعدة العامة تقضي بأنه يجب أن يكون محل الالتزام معيناً أو قابلاً للتعيين، فيكفي أن يشمل العقد على العناصر اللازمة للنهوض بهذا التعيين.

¹ نص المادة 60 من القانون المدني الجزائري. الصادر بالأمر 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المعدل والمتمم بالقانون رقم 07-05 ج ر، رقم 03، العدد 31، الصادرة في 13 مايو 2007.

إذ يوجد اختلاف في الرأي بصدد تعيين محل عقد الإطار، حيث يرى البعض أن محله، يتمثل في العقود التطبيقية، وذلك على اعتبار أن المقصود، يجعل العقد هو النتيجة التي يسعى إليها الطرفان.

وبصفة عامة أن المقصود بالمحل في عقد الإطار هو اتفاق الأطراف على المهام المحددة بهدف الوصول إلى عقود التطبيق حتى لا يخرج الطرفان المتفاوضان عن إطارهما المحدد في العقد المذكور.

ثالثا: وجود السبب في عقد الإطار

السبب في العقود الملزمة لجانبين هو الباعث الدافع إلى التعاقد، فعقد الإطار ومادام مشروع عقد، يهدف إلى إبرام عقد تطبيقي يجب أن يتضمن سببا مشروعاً غير مخالف للنظام العام والآداب العامة، ويجب أن يكون قائماً ومستمرا منذ نشوء الالتزام حتى إنقضائه، فالمشرع الجزائري في القانون المدني الجزائري إلى أنه "كل التزام يُفترض أن له سببا مشروعاً، ما لم يقدّم الدليل على غير ذلك"¹ فالمشرع هنا ذهب إلى أن الالتزام سببه دائم مشروع بصفة افتراضية لم يتم إثبات عكس ذلك ويقع عيئ الإثبات على الطرف الذي يدعي أن للالتزام سببا آخر غير السبب المشروع.

¹ نص المادة 98 من القانون المدني الجزائري.

كما أن المشرع الجزائري "أكد أنه إذا كان السبب غير مشروع أو جاء مخالفا للنظام العام والآداب العامة كان العقد باطلا¹".

لكن الإشكال المطروح أن كلمة النظام العام والآداب العامة، هي كلمة مرنة، ويختلف معناهما من دولة لأخرى فما يكون مخالفا في دولة ما. من نظام عام وآداب عامة يكون في دولة أخرى غير ذلك.

رابعا: تحديد الثمن في عقد الإطار:

إن مسألة تعيين الثمن في عقد الإطار أثارت العديد من الصعوبات في الحياة العملية، وذلك أن عقد الإطار في عقود الخاصة بالتوريد تستغرق عادة مدة طويلة، الأمر الذي يجعل تعيين الثمن فيه مسألة بالغة التعقيد والصعوبة، وكان تحديد الثمن في عقد الإطار، يتم من خلال الإحالة إلى قوائم الأسعار التي تتعامل بها شركة البترول وقت التوريد، وتحديد الثمن على هذا النحو، يعني أن الأسعار تحددها الشركة لوحدها مقدما وتكون مفروضة من أحد الطرفين على الآخر، وفي هذا الصدد خصت محكمة النقض الفرنسية بعدم صحة عقد إطار توريد منتجات الزيوت والشحوم بين صاحب مرآب وشركة البترول وكان يتضمن شرطا يقضي بتحديد الثمن وفقا للتعريف التي تتعامل بها الشركة وقت التوريد²،

¹ نص المادة 97 من القانون المدني الجزائري.

² Cass. Cour. 21-06-1976 J.C.P. 1978.2.189 84.

وإستندت المحكمة في ذلك على إنعدام التحديد الإختياري للثمن وعدم وجود سوق حقيقي للبتروول تحدد فيه الأسعار وفقا لقانون العرض والطلب، ولكن هذا القضاء تعرض إلى انتقاد شديد من جانب الفقه الذي رأى عقد إطار التوريد لايمكن تكييفه بأنه بيع وبالتالي يصح أن يخضع هذا العقد لأحكام المادة 1591 من القانون المدني الفرنسي، كما أن هذا الوضع ظل إلى غاية 1995 حيث أصدر الغرف مجتمعة لمحكمة النقض الفرنسية حكما الشهير وقررت عدم إشتراط تعيين الثمن في عقد إطار التوريد¹ وبالرجوع لهذا الحكم المذكور نجد أن الفقه الفرنسي اعتبر أن عقود الإطار لا تعد عقدا بالمعنى الكامل، وإنما هي اتفاق مشروع، ولكن لا تمنع من تنفيذها فيما بعد، وإلا أعتبر باطلا، لأنه عقد بيع مستقبلي²، وهو استثناء عن القاعدة العامة.

خامسا: تحديد المدة في عقد الإطار.

تحديد المدة في عقد الإطار تعد مسألة جوهرية وأساسية، وهذا بسبب أن اتفاق عقد الإطار، يجب أن يعقد خلال مدة زمنية معينة، إذ لا يتصور مطلقا أن يكون العقد فوريا، ولا شك أن عقد الإطار، ينتهي بتمام بتنفيذه طيلة الفترة المحددة فيه، كما أنه في غالب الأحيان، يتفق الطرفان على إعادة تجديد الاتفاق في عقد

¹ رجب كريم عبد اللاه، التفاوض على العقد، مرجع سابق، ص، 488.

² أنس عبد المهدي فريحات، النظام القانوني للمفاوضات، مرجع سابق، ص، ص، 324-325.

الإطار لمدة أخرى، فيتفقان على مباشرة إجراءات التفاوض من جديد عند انتهاء المدة الأولى، وقد يصبح عقد إطار غير محدد المدة، إلا إذا اتفقت الأطراف على خلاف ذلك، مثلا على إمكانية تضمين عقد الإطار على قيد يخص في حالة وجود قوة قاهرة أو ظرف طارئ، وكان من شأنه الحيلولة دون تنفيذه في المدة الباقية له، فإن العقد الإطاري يحدد لفترة معادلة لفترة المنع من التنفيذ، كما أن هذا يعد خروجاً عن الأصل العام من عدم امتداد العقود المحددة المدة، العقود الفورية، وذلك أن الزمن عنصر جوهري¹، كون أن التجارة الدولية، تعتمد على توفير الوقت للربح أو الخسارة.

البند الثاني: العقد المرحلي:

قد تستغرق المفاوضات في العقود التجارية الدولية الهامة فترة طويلة، وما يكتنفها العديد من الصعوبات، الأمر الذي قد يؤدي إلى تهديد أسس المفاوضات وعرقلة سيرها وخلال هذه الفترة كثيرا ما يحتاج الطرفان إلى إقامة علاقات مؤقتة بينهما في انتظار إنهاء المفاوضات وإبرام العقد النهائي، لذا يرجع الطرفان المتفاوضان في مثل هذه الحالات إلى إبرام عقود محدودة زمنياً بفترة المفاوضات

¹ أنس عبد المهدي فريحات، النظام القانوني للمفاوضات، مرجع سابق، ص، ص، 323-324.

ويطلق على هذا النوع من الاتفاقات مصطلح العقود المؤقتة¹، أو المرحلية، وهذا يكون عندما يواجه الأطراف المتفاوضة مرحلة من الزمن لا تخلو من التعقيد، تبعا لقيام أمور زمنية وقانونية مالية متعددة الأوجه والجوانب، فإنه من الأفضل والأيسر لهما أن يقومون بتجزئة العقد إلى خطوات ومراحل متوالية وتدوين ما تم الاتفاق بشأنه في كل مرحلة منهما على حدا، وذلك في وثيقة مستقلة، تسمى عادة بالعقد الجزئي² أو الاتفاق الجزئي أو المرحلي.

لا شك أن الاتفاقات الجزئية، تدخل ضمن طائفة الاتفاقات التمهيدية المتحلة لمرحلة التفاوض على العقد المطلوب، فالمقصود به هو اتفاق يتم إبرامه أثناء المفاوضات، يحدد الأطراف بمقتضاه مسائل التفاوض التي تمكنوا من الإتفاق بشأنها³، وهذه الحقيقة، تكرر مرحلة من مراحل المفاوضات العقدية، فيكون اتفاقا مرحليا أو عقدا جزئيا، فالعقد الجزئي يهدف إلى تنظيم كل خطوة من خطوات المفاوضات العقدية، من خلال صياغة مضمون المسائل التي تم الاتفاق عليها في كل مرحلة من مراحل التفاوض بإخراجها في عقد جزئي، لحسمها وعدم

¹ علي أحمد صالح، المفاوضات وعقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص، 554.

² أنس عبد المهدي فريحات، النظام القانوني للمفاوضات، مرجع سابق، ص، 334.

³ Joanna schmidt-szalewski. Op. C.t. p.561.

العودة إلى مناقشتها من جديد، ثم التحول إلى مسألة أخرى، بحيث يتم إبرام العقد النهائي على مراحل متعددة ومتتالية¹:

وهنا يكون أطراف التفاوض قد عمدوا إلى تكريس مرحلة من مراحل التفاوض دون إرادة الالتزام بروابط العقد النهائي، وهذا أساسه في نظرية الاتفاق المرحلي، وهي ما تسمى (Ponctuation)، وهي تسمية شائعة الاستعمال والتداول وذات أصل ألماني².

ومن هنا يراد بالاتفاق الجزئي، اتفاق بين طرفي العقد المراد إبرامه حاصل بعد السير في مرحلة تفاوضية، بغية تدوين ما تم حسمه والاتفاق عليه من عناصر وشروط متصلة بالعقد المتفاوض بشأنه في وثيقة موقعة بقصد التسهيل والتمهيد لعملية إبرام العقد النهائي المطلوب، وهذا ما يعد إحدى حلقات تكوين العقد النهائي، وهذا الأخير، يمثل عملية قانونية واحدة لا صلة لها بعقود سابقة أو لاحقة³.

لقد قلنا أن في بعض الأحيان، ينطوي العقد المزمع إبرامه على العديد من الجوانب المعقدة، التي تخضع جميعها للتفاوض، وقد يصل المتفاوضون إلى

¹ بلحاج العربي، الجوانب القانونية المرحلة ما قبل التعاقد، دار هومة، ب.ط، 2014، ص، 210.

² آنس عبد المهدي فريجات، النظام القانوني للمفاوضات، مرجع سابق، ص، 350، 349.

³ بلحاج العربي، الجوانب القانونية للمرحلة قبل التعاقدية، مرجع سابق، ص، 210-211.

الاتفاق على بعضها قبل البعض الآخر، فيكون هناك اتفاق جزئي أو مرحلي في نهاية كل مرحلة تفاوضية، يتضمن شروط وعناصر التي تم الإتفاق عليها في تلك المرحلة اختصارا للوقت والجهد، حتى لا يعود الطرفان المتفاوضان إلى مناقشتها من جديد، ويعد ذلك خطوة في اتجاه إبرام العقد النهائي، لأنه يتضمن جزءا من شروط هذا الأخير الذي يتم الاتفاق عليه¹.

كما أن للعقد الجزئي أو المرحلي أحكام وأنظمة خاصة به.

أولا : العقد المرحلي جزء من عقد واحد.

قد يأتي الاتفاق كجزء من عقد نهائي واحد، يطمح الطرفان الوصول إلى مرحلة انعقاده، وبهذا فإن العقد المرحلي يرد بالضرورة منصبا على مسألة أو عنصر من عناصر العقد المقصود، لذلك تتعدد الاتفاقات الجزئية في إطار عقد واحد فقد ينتج إما عن طريق القبول الجزئي للعرض المنصب على إبرام العقد النهائي، وإما عن طريق قبول تام كامل لعرض وسبيل الوصول إلى اتفاق على مقدار قسط التأمين، والخطر المراد تغطيته للاتفاق بينهما على أحد عناصره

¹ محمد حسين منصور، العقود الدولية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ط 1، 2009، ص، 51.

كالقسط أو الخطر مثلا دون الآخر، وكذلك الاتفاق على عنصر المبيع أو الثمن لعقد البيع¹.

فالعقد الواحد هو ذلك العقد الذي ينفرد بتحقيق عملية قانونية كاملة، دون حاجة إلى مساعدة عقود أخرى، وفي هذه الحالة أو الصورة يرد العقد المرحلي على عنصر من عناصره للعقد الواحد، تتعدد العقود الجزئية في إطار عقد واحد من ذلك الاتفاق في أثناء المفاوضات على المواصفات الفنية بعقد موقع من الطرفين بصفة حاسمة، ثم الاتفاق على الأسعار وتفاصيلها في عقد جزئي آخر.

ثانيا : العقد المرحلي جزء من مجموعة عقود.

قد يشكل العقد المرحلي، جزءا من مجموع عقدي، يتألف من عدة عقود، تنظم عملية واحدة، وتتكامل فيما بينها لتحقيق هدف واحد، فهذه العقود وإن كانت عقودا مستقلة وقائمة بذاتها، إلا أنها عقود مترابطة ومتكاملة فيما بينها، إذ يربطها ببعضها هدف اقتصادي واحد يكون من الصعب مواجهة كل عقد على حدا مستقلا عن باقي عقود المجموعة الأخرى، تتكون مجموعة العقود عادة من عقد رئيس، يتبعه عدة عقود ثانوية مكملة له. مثال ذلك عقد القرض المصحوب بضمان حيث يتكون من عقد القرض وهو عقد رئيسي وعقد الضمان وهو عقد

¹ أنس عبد المهدي فريحات، النظام القانوني للمفاوضات ، مرجع سابق.، ص، ص، 354-353.

ثانوي تابع له¹، تتكون مجموعة العقود أحيانا من عدد العقود المتكاملة، يسعى الأطراف إلى تحقيقها، وقد تتكون مجموعة العقود من سلسلة عقود، تتوالى على نفس الشيء. مثال ذلك عقود النقل المتتالية التي يتم التكفل بها لنقل بضاعة معينة بوسائل نقل مختلفة، وهذا يستدعي إجراء عقد نقل بري وعقد نقل بحري، وعقد نقل جوي لنقل نفس البضاعة².

ثالثا : علاقة العقد المرحلي بالعقد النهائي.

إن مظهر العقد المرحلي أو الجزئي، يختلف تبعا لكونه جزءا من عقد نهائي واحد أو جزء من مجموعة شاملة من عدد، عقود تهدف إلى عملية اقتصادية واحدة، ففي الحالة الأولى، فإن العقد الجزئي، ينصب على بعض عناصر العقد النهائي، كما جاء في القانون المدني الجزائري " إذا اتفق الطرفان على جميع المسائل الجوهرية في العقد واحتفظا بمسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد، ولم يشترطا أن لا للعقد عند عدم الإتفاق عليها، إعتبر العقد مبرما."³

¹ علي أحمد صالح، المفاوضات في عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص، ص، 354-355.

² مصطفى الجمال، السعي إلى التعاقد في القانون المقارن، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت،

2002، ص، 316.

³ نص المادة 65 من القانون المدني الجزائري .

أما في الحالة الثانية، فإن العقد الجزئي، ينتج عن الإبرام النهائي لأحد العقود التي تتضمنها المجموعة العقدية، والقاعدة العامة أن كل عقد منها، يعد من الناحية القانونية مستقلا عن العقود الأخرى، ما لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك¹ وعلى العموم، فإن الاتفاق الجزئي في الحياة العملية قد يرد على بعض عناصر، تتعلق بواحد أو أكثر من العقود التي تضعها المجموعة كما قد يرد على سائر العناصر الجوهرية لأحد العقود الداخلة في المجموعة، ومن ثم ينبغي أن يتضمن الإتفاق الجزئي تحديدا واضحا لأثره في علاقته بالعقد النهائي، بتبيان هل هو جزء من العقد النهائي أم الأمر يتوقف على تحقق الاتفاق بشأن مسائل أخرى².

رابعا: العقد المرحلي تكريس لمرحلة من مراحل التعاقد.

إن العقد المرحلي، يهدف إلى تنظيم كل خطوة من خطوات المفاوضات العقدية من خلال صياغة مضمون المسائل التي تم الاتفاق عليها في كل مرحلة من مراحل التفاوض بإفراغها في إتفاق جزئي بهدف حسمها وعدم العودة إلى

¹ بلحاج العربي، الجوانب القانونية للمرحلة ما قبل التعاقدية، مرجع سابق، ص، 219.

² بلحاج العربي، الجوانب القانونية للمرحلة ما قبل التعاقدية، مرجع سابق، ص، 219.

مناقشتها من جديد، ثم التحول إلى مسألة أخرى بحيث يتم إبرام العقد النهائي على مراحل¹:

فهو اتفاق مرحلي لا يعادل إبرام العقد النهائي ذاته، ولو كانت المفاوضات في مرحلة متقدمة وليس من الممكن الجزم بأن الاتفاق الجزئي، يؤدي دائما إلى تحقيق العقد النهائي، ومن ناحية أخرى فالتفاوض في عقود التجارة الدولية هو لتحقيق عملية إقتصادية أو تجارية معينة من نفس الطبيعة كالنقل المتتابع أو من طبيعة مختلفة كالقرض والرهن، إذا أن كلا منهما، يشكلان جزءا من المجموعة العقدية كما هو الحال بالنسبة لعقد الكفالة الذي هو عقد ثانوي، بالنسبة لعقد القرض الذي هو عقد رئيسي وبالتالي فعاليتها، تتوقف على تحقيق عقد القرض².

¹ محمد عبد العال، التنظيم الإتفاقي للمفاوضات العقدية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2008، ص، 144.

² بلحاج العربي، المرجع السابق، ص، ص، 217-218.

الباب الثاني:
مسؤولية الأطراف خلال
مرحلة التفاوض

إن دخول الأطراف مرحلة ما قبل التعاقد للتفاوض، يقع على عاتق كل طرف إلتزامات أساسية تقع على عاتق كل طرفي المفاوضة وهذا للوصول إلى عقد التفاوض بصيغة النجاح وهذه الإلتزامات لا يمكن بطبيعة الحال حصرها في قائمة أو وضع تحديد دقيق لها لكن الأمر، يتوقف على إرادة الطرفين المتعاقدين، ولكن استقرت أعراف المعاملات، وخاصة في عقود التجارة الدولية على التزمات لا تقل أهمية على بعضها البعض، والتي تخرج جميعها على قاعدة حسن النية وأعمال مبادئ الجدية والصدق والصرحة والأمانة، ولعل أولها الإلتزام بالتفاوض، وبحسن نية الذي يفرض نفسه على الطرفين بمجرد اتفاهما على الدخول، والبدء في التفاوض وفقا للقاعدة العامة التي يحكمها مبدأ سلطان الإرادة، وبمفهوم آخر كل اتفاق، يخضع لإرادة الأطراف بحيث لا يلتزم لكل طرف إلا بما اتفقا وترضيا عليه، وهذا ما يجعل هذه الإلتزامات واجبة الاحترام، وهذا لتحقيق أكبر قدر من الانسجام والتوافق بين مصالح الأطراف وللتسهيل من مهمتهم في الوصول إلى عتبة إبرام العقد النهائي المطلوب، ويجعل للإلتزامات الأساسية على عاتق طرفيه، وتكون مفروضة على الأطراف المتفاوضة في مرحلة التفاوض ما يستوجب مسؤولية ناتجة عن الإلتزامات المتفق عليها من طرف الطرفين، أو كما يسميها بعض الفقه التزمات سابقة على نشوء العقد أي بمناسبة تكوينه والتفاوض عليه.

وليكون خال من أسباب المنازعات الناشئة عن إبرامه وتنفيذه أو تفسيره¹، في حال تم إبرامه بعدما كان مزعوماً خلال مرحلة التفاوض الأولية فالالتزام بالمفاوضات هو الالتزام الأساسي، وتدور في فلكه التزامات أخرى، ولعل أهمها الالتزام بالتفاوض وبحسن نية، الالتزام بالإعلام، الالتزام بالمحافظة على الأسرار، الالتزام بحظر المفاوضات الموازية، وكل هذه الالتزامات، تصب في هدف واحد ووحيد، وهو مطلب جوهري لنجاح المفاوضات، ووضع إطار قانوني واحد لكلا الأطراف لعدم الخروج عنه وإفشال المفاوضات وعدم الاستمرار فيها للوصول إلى إبرام الصفقة أو العقد الذي لا يتم إلا بعد الاتفاقيات ما قبل التعاقد لمعرفة وتحديد الشروط ومناقشتها والإتفاق عليها.

ولهذا سوف نتناول فيما يلي مقتضيات ومسؤولية الأطراف خلال مرحلة التفاوض في فصلين أولهما التزامات الأطراف أثناء مرحلة التفاوض قبل إبرام العقد وثانيهما مسؤولية الأطراف خلال مرحلة التفاوض قبل إبرام العقد.

الفصل الأول: إلتزامات الأطراف أثناء مرحلة التفاوض قبل إبرام العقد .

إذا كان العقد في الماضي يتم إبرامه بطريقة تقليدية بسيطة، حيث يصدر والإيجاب من أحد طرفيه، يرتبط قبوله من الطرف الآخر، فيتم إبرام العقد في زمن

¹ أنس عبد المهدي فريحات، النظام القانوني للمفاوضات ، مرجع سابق، ص. 406.

قصير أو محدود، فإنه منذ نهاية القرن الثامن عشر والعالم، يشهد تطورات متلاحقة وتغيرات مستمرة، وقد أطلت على العالم أول ثورة صناعية، أحدثت تغيرات جديدة في المجتمع في جوانبه الاقتصادية، والاجتماعية والسياسية، كافة ففي مجال الصناعة ظهرت الآلة التي تعمل بقوة الدفع الذاتي، وكان من شأن ذلك أنها قامت صناعات جديدة، تعتمد على الإنتاج بالجملة لسلع نمطية، أما اليوم ومع مطلع القرن الحادي والعشرون، فإن الثورة الصناعية الجديدة قد وقعت هي الثورة الصناعية الثالثة، وهي ثورة التكنولوجيا والمعلوماتية، حيث تم اختراع الحواسيب الآلية واستخدام الأقمار الصناعية في الاتصالات، مما أدى إلى سرعة تدفق أوجه المعرفة وانتشارها إلى المجتمعات كافة، وقد واكب ذلك ظهور أشكال جديدة للطاقة، ووسائل جديدة للنقل والاتصال وطرق حديثة في الصناعة¹.

لكن المشروعات الضخمة، تحتاج بطبيعتها إلى دراسة دقيقة وطويلة وشاملة، وهذا ما يتمثل في التفاوض بشأنها بين الطرفين، وهذا يكون بدراسة المشروع دراسة شاملة وتفصيلية حتى يتسنى لطرفي العقد التجاري الدولي تحديد ومعرفة ما له وما عليه من حقوق والتزامات من حيث الشكل والمضمون في جوانبه الاقتصادية والقانونية.

¹ رجب عبد الكريم عبد اللاه، التفاوض على العقد، دار النهضة العربية، مصر، د.ط، 2000، ص.

ولكن بالنسبة لأهمية هذه العقود أو الاتفاقات، يمكن القول بوجود التزام عام وثابت بأن يستمر الأطراف في التفاوض، وبحسن نية، من دون الالتزام بتحقيق العقد حتماً، يجب أن يعكس نية حقيقية وجدية في الوصول إلى الهدف النهائي، ويكون ذلك من أول اتصال بين الأطراف إلى حيث بلوغ الهدف الأساسي¹.

ولدراسة هذا الفصل سوف يتم تقسيمه إلى المبحث الأول الالتزامات الناتجة عن التفاوض، وأما المبحث الثاني فسوف ندرس فيه الطبيعة القانونية للالتزام في مرحلة التفاوض.

المبحث الأول: الإلتزامات الناتجة عن التفاوض.

إن المرحلة السابقة على التعاقد هي مرحلة حاسمة للوصول إلى الاتفاق والإبرام النهائي له لكن هذا لا يتأتى إلا بمرور عقبات، تبدأ بها المفاوضات، وهي عبارة عن التزامات، تقع على عاتق الطرفين، والتي تكون واجبة الاحترام، وهذا للتوصل إلى تحقيق مصلحة الأطراف وحماية حقوقهم القانونية، وهي الإلتزامات التي تقوم أساساً على أخلاقيات التفاوض إنطلاقاً من مبدأ حسن النية واحترام الثقة المشروعة، وواجب التعاون وتقديم المعلومات والمحافظة على سرية المباحثات والأعمال وعدم الإنحراف عن الصدق والأمانة والصراحة والابتعاد عن الغش

¹ عبد المنعم موسى إبراهيم، حسن النية في العقود، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، ب.ط، 2006،

والخديعة والإحتيال، وتقديم النصح والمشورة، وكذا التحاور بكل جدية وإخلاص والإمتناع عن التفاوض مع الآخرين المنافسين خلال مدة زمنية معينة¹، فالالتزام بالتفاوض هو الرئيسي الذي يولد، وينبثق عن البدء في التفاوض، ويجب أن يكون بحسن نية ناهيك عن الالتزامات الأخرى الثانوية والتي لا تقل أهمية عن الالتزام الأساسي قبل التمسك بها، وهو واجب على كلا الطرفين عند الدخول في التفاوض وهذه تتوقف على إرادة الطرفين في إضافة بعضها أو التقييد ببعضها إلا أنه سوف نتطرق إلى الشائع فيها، وهي ليست على سبيل الحصر، ولهذا سوف نذكر منها الالتزام الأساسي أو الرئيسي، وهو الإلتزام بالتفاوض وبحسن نية، الإلتزام بإعتدال والجدية والاستقامة، الإلتزام بالتعاون، الإلتزام بضمان السرية، الإلتزام بالإعلام الإلتزام بإدلاء بالبيانات، الإلتزام بعدم إجراء مفاوضة موازية، فهي كما قلنا ليست التزامات يفرضها القانون مباشرة، وهذا ما يجعل الإلتزام بالتفاوض، وبحسن نية، يعد الإلتزام الرئيسي بينما الإلتزامات المذكورة الأخرى، تعتبر مكملة أو مساعدة، فهي تطبيقات متفرغة جنباً عن جنب لمبدأ حسن النية، ولهذا سوف نتطرق لدراسة هذا المبحث إلى مطلبين أولهما الإلتزامات الأساسية في مرحلة التفاوض قبل إبرام

¹ بلحاج العربي، الجوانب القانونية للمرحلة قبل التعاقدية، مرجع سابق، ص. 137.

العقد أما المطلب الثاني فسنتناول فيه الالتزامات المكملّة في مرحلة التفاوض قبل إبرام العقد.

المطلب الأول: الإلتزامات الأساسية في مرحلة التفاوض قبل إبرام العقد .

لقد قلنا سابقا بأن الإلتزام بالبداة أو الدخول في المفاوضات هو إلتزام أساسي وجوهري، لأنه يعتبر العتبة الأولى التي يطأ عليها الطرفين للولوج إلى المناقشات والمساومات، وإذا اتفقت إرادة الطرفين على هذا الإلتزام الأساسي، فلا يستطيع أحدهما أن يتقاعس، وعليه أن يقوم بالبداة في المفاوضات، وذلك باتخاذ جميع الإجراءات اللازمة وذلك بتوجيه الدعوة إلى الطرف الآخر والذهاب إلى مائدة المفاوضات، في الموعد المحدد لبداة المفاوضات من أجل تلاقي الطرفين المتفاوضين، ومن ثم انفتاح المفاوضات بإجراء الحوار، وتبادل الاقتراحات المتصلة بالعقد المزمع إبرامه، والبداة في مناقشة شروط العقد محل التفاوض وتقديم الدراسات، وتحديد مكان ووقت إجراء المفاوضات، وهذا الإلتزام، يقع على عاتق الطرفين معا، بحيث يكون كل منهما ملتزما اتجاه الآخر، وتقديم الاقتراحات المتعلقة بالعقد المراد إبرامه ففي الغالب، يحدد عقد التفاوض، من يقع عليه عبء

اتخاذ المبادرة، فإذا لم يكن هناك اتفاق، يحدد عقد التفاوض، التزام كل من الطرفين بالبدء في المفاوضات، وهي مدة معقولة¹.

كما أنه إضافة إلى التزام البدء في المفاوضات هناك التزام آخر لصيق به وهو الالتزام بمواصلة التفاوض والاستمرار فيه، وهو التزام تبادلي، يقع على عاتق الطرفين المتفاوضين معاً، يقتضي منهما متابعة التفاوض وفقاً لما يقتضيه مبدأ حق النية في المفاوضات، وهو التزام بذل عناية، وليس التزام بتحقيق نتيجة، ومعناه أن كل واحد منهم يعمل كل ما في وسعه وبصفة إيجابية وفعالة من أجل بذل العناية المرجوة، وذلك لمواصلة المفاوضات لإبرام العقد النهائي، كما أن هذا لا يعني قيام المفاوضات بالانسحاب كما يشاء من المفاوضات دون مبرر موضوعي، وأن يقف موقفاً سلبياً اتجاه ما يعرض المفاوضات وإنما يجب عليه بذل كل ما في وسعه من جهد لمواصلة المفاوضات وبطريقة جدية وهادفة ولدراسة ومناقشة هذا المطلب سوف نتطرق إلى الالتزامات الواردة في المفاوضات كفرع أول، أما كفرع ثان أساس الالتزام بمواصلة المفاوضات.

¹ علي أحمد صالح، المفاوضات في عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص. 384.

الفرع الأول: الإلتزامات الواردة في المفاوضات قبل إبرام العقد .

إذا كان التفاوض، يهيمن عليه، مبدأ سلطان الإرادة، وقاعدة العقد شريعة المتعاقدين إلا أن التعامل به وفقاً لمبدأ حسن النية، وشرف التعامل، يشكل قيوداً عليهما، ذلك أنه إذا كان مبدأ حرية التعاقد هو الأصل العام، إلا أن هذه الحرية لا ينبغي أن يستخدمها الأطراف لبواعث وأغراض غير مشروعة، فعملية المفاوضات يجب أن تكون مصاحبة للتعاون والتفاهم، وليس ساحة لارتكاب الأخطاء، إلا أن مبدأ حسن النية الذي يجب أن يتوافر منذ المرحلة الأولى في المفاوضات، وهي البدء، وهو مطلب جوهري لنجاح المفاوضات¹، ولكن يجب إلزام المفاوض بمتابعة التفاوض والاستمرارية حتى نهايته، إما ببلوغ عقد نهائي، وإما بالكف عنه كلية والانسحاب منه، طالما قامت أسباب جدية ومشروعة، تسوغ ذلك، ولهذا يجب التطرق إلى أساس الإلتزام بمواصلة المفاوضات، والإلتزام بمواصلة التفاوض وبحسن نية .

البند الأول : أساس الإلتزام بمواصلة المفاوضات.

متى بدأ طرفا العقد المراد إبرامه بينهما، في مرحلة التفاوض عليه، ترتب على ذلك دخول الطرف في حظيرة القانون، ومن ثم قيام حالة واقعية ذات أثر

¹ محمد مصطفى يونس، حسن النية في القانون الدولي العام، مقال منشور في المجلة المصرية للقانون الدولي، العدد، 51 سنة، 1995 ص، 147.

قانوني يجب الأخذ به، وقوام هذه الحالة الواقعية أن كل متفاوض قد زرع في نفس المتفاوض معه ثقة مشروعة في إلتزام الجدية¹، والتعامل بنزاهة وأمانة وصدق أثناء تفاوضهما على عناصر ومضمون العقد المنشود، وأنه إذا ما سارت الأمور حسب وضعها الطبيعي، فإن الطرفين سيخرجان في نهاية مرحلة المفاوضات الدائرة بينهم إلى إبرام العقد النهائي².

إن الدخول في المفاوضات، يولد ثقة مشروعة لدى المتفاوض معه، تفرض الإلتزام بجدية في إدارة المفاوضات ومتابعتها، واحتمالات الموضوعية في الإفصاح عن العقد المنشود، فالأساس هنا هو إرادة الأطراف، وهي المنبع الرئيسي للإلتزام الذي يقع على عاتق طرفي المفاوضات، وهو التزم بتحقيق نتيجة، فلا يستطيع المتفاوض دفع المسؤولية عن نفسه بإثبات أنه بذل كل ما في وسعه، لكي يكون حسن النية ، كما أنه لا يجوز التفاوض وبصورة صورية، لمجرد التسلية أو الدعاية أو استطلاع السوق، دون نية حقيقية في التعاقد، ولا يجوز إتيان أي سلوك من شأنه إشاعة آمال كاذبة، تبعث ثقة زائفة لدى الطرف الآخر لإطالة مدة التفاوض بدون جدية³.

¹ T.schmidit – art préc p 556. M. vannijik et p. wery . o.p at n 26 p.103.

² F. terre et ph simler et y. lequette. O.p cit. n. 17 p. 168 j.ghestin, art pré. P 105

³ محمد حسين عبد العال، التنظيم الإتفاقي للمفاوضات العقدية، دراسة تحليلية مقارنة للوسائل القانونية لتأمين المفاوضات في عملية التجارة الدولية ، دار النهضة العربية مصر ، ص. 552.

كما يتوجب على كل متفاوض عدم إنهاء المفاوضات بدون سبب جدي لذلك يذكر، بالرغم من أن المفاوضات لا تقيم رابطة تعاقدية بين الطرفين فالغاية من مواصلة المفاوضات هو وصول الطرفين إلى اتفاق أو إيجاب مشترك بشأن العناصر والمسائل العقدية المطروحة للتفاوض بينهما، إلا أن الغاية لا تعد محلا مباشرا للمفاوضة، إنما محلها المباشر كما تطرقنا سابقا هو بذل الجهد المعقول والمعتاد من قبل كل متفاوض لأجل بلوغ هذه الغاية، وهو ما يعني مباشرة وإستمرار في التفاوض طبقا لما يقتضيه الواجب العام لحسن النية دون أن يعني بتاتا حقيقة بلوغ إتفاق على عناصر العقد المطلوب¹، والالتزام بمواصلة التفاوض والسير به يظهر جليا بالغرض الذي يتفق فيه الطرفان على جميع العناصر والشروط الجوهرية اللازمة لإنعقاد العقد، المطلوب مع اتجاه إرادتهما إلى تعليقه وانعقاده على الإتفاق على غيرها من العناصر والشروط المطروحة للتفاوض، حتى ولو كانت هذه العناصر تبعية أو ثانوية تتعلق بأوضاع تنفيذه، وأن احتفاظ الطرفين بهذه العناصر الثانوية لاتفاقهما اللاحق، يعني استمرارها في التفاوض

¹ بلحاج العربي، الجوانب القانونية للمرحلة قبل التعاقدية ، ص. ص. 144 - 145.

بهدف التوصل إلى اتفاق بشأنها، ولا يعني انهاءها إلى إبرام العقد المطلوب، دون انتظار لحسم هذا الاتفاق¹.

ومن جانبنا نرى أن الالتزام بمواصلة المفاوضات هو عنصر أساسي اتجاه المفاوض السيئ النية حتى لا يترك المفاوضات، ويقوم بقطعها مما يضر بالطرف الآخر، وهذا طبقا لما تقتضيه حسن النية في التفاوض .

أ/ حسن النية وصورها:

إن فكرة حسن النية التزام أخلاقي، يقع على الأطراف المتفاوضة، وهي مزيج بين ما هو أخلاقي وآخر قانوني، مما يجعلها صعبة التحديد والتعريف، ويشوبها الغموض وعدم الدقة، لكون القياس في الأخلاق، يختلف عن القياس في القانون، وما دمنا أننا في إطار ما قبل إبرام عقود التجارة الدولية ، نجد حسن النية، يعني الأمانة والإستقامة، وفي إطار كسب الحقوق على خلاف القواعد العامة، نجد حسن النية يعني عدم العلم بالغييب الذي يشوب التصرف²، ومحاولة لتحديد مفهوم حسن النية، وجب الأخذ بالمفهوم الشخصي، ليحكم على تصرفات الشخص ومن غيرها فكرة لها علاقة حالة الشخص النفسية والذهنية، أما في

¹ أنس عبد المهدي فريحات، النظام القانوني للمفاوضات ، مرجع سابق، ص. ص. 664.665.

² محمد مصطفى يونس، حسن النية في القانون الدولي العام، مقال منشور في المجلة المصرية للقانون الدولي، العدد، 51 سنة، 1995، ص. 149.

المفهوم الموضوعي لها الذي يعتمد على قاعدة السلوك ومراعاة نزاهة وأمانة الشخص والاستقامة وعدم الغش في المعاملات، وهنا تقدير حسن النية للشخص، يكون وفقا لسلوكه الحسن للشخص في المجتمع ولكن ما دنا في إطار المفاوضات في عقود التجارة الدولية فالسؤال المطروح: كيف يعرف الشخص المفاوض من سلوكياته وتوقعاته أن نيته حسنة أو سيئة ما دام أن المفاوضات، تجري في بلد غير بلده؟.

وهنا يمكن القول بأن تقدير حسن النية، تكون مراعاة لتصرفات الرجل العادي اتجاه الغير، ويعد من سوء النية بوجه خاص دخول متعاقد في التفاوض أو إستمراره حال توفر النية لديه بعد التوصل إلى إتفاق مع الطرف الآخر¹، وحسن النية يقتضي عدم إتيان أي سلوك من شأنه إشاعة آمال كاذبة تبعث ثقة زائفة لدى الطرف الآخر في جدية المفاوضات وعدم التفاوض لمجرد الدعاية أو استطلاع السوق دون نية حقيقية في التعاقد، أو قطع المفاوضات بصورة مفاجئة أو في وقت غير مناسب، ودون مبرر مقبول، كما يتنافى مع حسن النية إجراء مفاوضات موازية مع الغير بشأن الصفقة ذاتها دون علم الطرف الآخر، وعلى نحو يضر به.

¹ Cass.com.20 mars 1972 J.C.P 1973. 17543 Wote, schmidt rev.tri de droit civ. 1972 p.779 Obs. G-Durry.

ب/ سوء النية وصورها:

وهي دخول الشخص في المفاوضات المتعلقة بالمعاملات التجارية دون أن تكون له النية الصادقة والرغبة الجادة في التعاقد¹، ولكن غايته الوصول ومعرفة بعض المعلومات عن الطرف المفاوض الآخر، والقيام بشغله وإضاعة وقته لكي يفوت عملية الفوز بصفقة مربحة، كان على وشك إبرامها مع الغير أو أن يقوم بنوع من التدليس عن طريق السكوت، أو إطالة أمد المفاوضات، مع العلم بصعوبة الوصول إلى اتفاق أو بث الأمل الزائف في نفس الطرف الآخر في الوصول إلى اتفاق نهائي، أو إعادة طرح المسائل التي تم الاتفاق عليها دون سبب جدي أو موضوعي مقبول، أو إثارة العقبات كرفع الثمن أو السعر بطريقة جائزة تدفع الطرف الآخر إلى الانسحاب من المفاوضات، أو أن يتضح لأحد الطرفين استحالة التوصل إلى اتفاق يرضيه، ومع ذلك، يستمر في التفاوض تاركا الطرف الآخر يتحمل نفقات باهضة لا طائل من ورائها²، وكذلك السلوك الاستفزازي³.

¹ حسين محمد عبد العال، التنظيم الإتفاقي للمفاوضات العقدية، مرجع سابق، ص. 119.

² LASSALE , op , cit , p 839 C.A.Rennes .08/07/1929 D.H.P548 .

³ عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، مرجع سابق، ص. 107 .

وفي رأينا أن سوء نية الطرف المفاوض، تظهر من خلال تصرفاته أثناء التفاوض، وخاصة إذا حاول إضاعة الوقت وكرر هذا في العديد من المرات.

الفرع الثاني : الإلتزام بمواصلة التفاوض وبحسن نية.

إن مبدأ حسن النية له دور بارز في مجال إبرام العقود سواءا خلال المرحلة السابقة على التعاقد، وهي مرحلة المفاوضات أو خلال مرحلة تنفيذ العقد وهذا ما أشار إليه المشرع الجزائري في نص المادة 107¹، من القانون المدني والذي عالج فيه مبدأ حسن النية لكن خلال تنفيذ العقد بالنسبة للطرفين، والمقصود هنا الصدق والصراحة والنزاهة والتعاون والمواصلة².

أما بالنسبة للعقود التمهيديّة أو الاتفاقات المرحلية قبل التعاقدية، يعتبر حسن النية كإلتزام على عاتق الطرفين، وحتى بالنسبة للتشريعات الغربية كالقانون المدني الإيطالي فقد نصت المادة 1337 "على أنه يلتزم الأطراف أثناء المفاوضات وإبرام العقد بالتفاصيل بما يتفق وحسن النية"، إضافة إلى القانون المدني الياباني كذلك ينص على أن استعمال الحقوق وتنفيذ الإلتزامات، ينبغي أن يتم بأمانة وحسن نية" كما أن مفهوم حسن النية بالرجوع إلى القانون التجاري

¹ نص المادة 107 من القانون المدني الجزائري التي تنص "على أنه يجب أن ينفذ العقد طبقا لما إشتمل عليه وبحسن نية".

² C.f jourdain (p). la bonne foi de la formation des contrats, trav.ass. (H) capitant. 1992. P.121.

الموحد الأمريكي "على أنه الأمانة في الواقع وإحترام المعايير التجارية المعقولة في التعامل العادل".

وذهب خبراء فن التفاوض وتنمية المهارات التفاوضية إلى أن عملية التفاوض الناجحة، تقوم على استراتيجية وأساليب أساسها، أخلاق وأدب الابتعاد عن أساليب الخداع والغش والكذب، والتفاخر والتباهي وللعلم أن الالتزام بالصدق والصراحة والأمانة والحكمة واللباقة وحسن التصرف، يولد الشعور بإرتياح والرضا والسرور لدى الطرف الآخر، فإن التفاوض غير الأخلاقي له نهاية حتمية واحدة هي الفشل والخسارة لا غير¹.

ومن جانبنا أن عملية المفاوضات خلال المرحلة ما قبل التعاقدية، تخضع لمبدأ حسن النية، وهو مبدأ قانوني لا أخلاقي في أغلب التشريعات الغربية عكس المشرع الجزائري الذي خضعها لمرحلة تنفيذ العقود أما في مرحلة المفاوضات تبقى كمبدأ أخلاقي، يلتزم به الأطراف.

ونجد نفس الشيء تقريبا في القانون المدني الهولندي والقانون المدني اليوناني في مادته 197 منه بينما تقتصر قوانين الدول أخرى على تطبيق مبدأ حسن النية على مرحلة تنفيذ العقد فقط على غرار المشرع الجزائري في القانون

¹ حمدي بارود، القيمة القانونية للاتفاقيات خلال مرحلة التفاوض قبل العقدية مجال عقود التجارة الدولية، مجلة الجامعة الإسلامية غزة المجلد 13، العدد 02، 2005، ص. ص. 125 - 126 .

المدني تنص المادة 107 منه وهذا ما نجده في المادة 1134 فقرة 3 من القانون المدني الفرنسي قبل تعديلها سنة 2016 والتي أصبحت تنص على التفاوض وبحسن نية في العقود، والمادة 148 من القانون المدني المصري وعلى العكس من ذلك أن القانون المدني لجمهورية ألمانيا الفدرالية الذي يرى العمل به سنة 1900 ونص المواد 1337، 1338، 1366، 1375 من التقنين المدني الإيطالي التي توجب على الأطراف مراعاة حسن النية في مرحلة تكوين العقد¹.

كما أن اتفاقية فيينا لسنة 1980 للأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع تنص في مادتها السابعة فقرة الأولى (01/07) على أنه يراعي تفسير هذه الاتفاقية صفتها الدولية، وضرورة تحقيق التوحيد في تطبيقها، كما يراعي ضمان احترام حسن النية في التجارة الدولية.

وبعد نشوء خلاف بين الدول أثناء أعداد الاتفاقية المذكورة حول مبدأ حسن النية، وللدور الذي يجب أن يلعبه في الاتفاقية، إذ رأى بعض الفقه، الذي تؤيده بعض أحكام القضاء إلا أن الاتفاقية المتعلقة بشأن عقود البيع الداخلي للبضائع أنها لم تنص على مبدأ حسن النية، إلا بما يوصف بقاعدة من قواعد التفسيرية، ولا يتعدى كما يقوم به طرفا العقد من سلوكات، ولا يكون في مرحلة الإعداد أو

¹ حسام الدين عبد الغني الصغير، تفسير إتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ب ط، د س ن، ص. 93.

التنفيذ ومبدأ حسن النية في الإتفاقية له دور محدد للغاية، كما أن قضاء التحكيم لعب دورا هاما في تفسير نص المادة 07 فقرة 1 من الاتفاقية المتعلقة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع، ووفقا لقواعد غرفة التجارة الدولية حول نزاع دفع بين شركة ألمانية (البائع) وشركة إسبانية (المشتري) ومفادها أنه تم إبرام عدة عقود بيع لاحقة بين الطرفين محلها المعدات الصناعية المنتق عليها، وبعد مرور أربع سنوات، تلقت الشركة الإسبانية إخطارا من الشركة الألمانية، يتضمن إنهاء عقد التوزيع، وأن الشركة الألمانية سوف تقوم بتسويق المعدات الصناعية في إسبانيا عن طريق شركة أخرى، سببه انخفاض قدرة الشركة الإسبانية على تسويق المعدات، وإنخفاض حجم المبيعات في إسبانيا.

على إثر ذلك امتنعت الشركة الإسبانية عن تسديد ما تبقى في ذمتها من ثمن المعدات سبق لها إستلامها وعندئذ لجأت الشركة الألمانية إلى التحكيم، من أجل المطالبة بالوفاء بالثمن المتبقى في ذمة الشركة الإسبانية، لتوقع الشركة الإسبانية بعدم مسؤوليتها وطالبت بالتعويض عن الأضرار التي لحقتها من جراء

مخالفة الشروط الألمانية لشروط عقد التوزيع والإخلال بواجبها لعدم قيامها بتوريد المعدات الصناعية، وهو واجب يقتضيه العقد وبحسن نية¹.

وقضت هيئة التحكيم، بخضوع عقود البيع المبرمة بين الطرفين تنفيذًا لعقد التوزيع لاتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع، وأنه وفقًا لأحكام المادة 07 فقرة 01 منها، فإن مبدأ حسن النية، لا يطبق في قضية الحال إلا مقترنا بالتفسير، ومن ثم لا يجوز التمسك بحسن النية في مرحلة تنفيذ العقد لإلتزام الشركة الألمانية لتزويد المعدات الصناعية².

ومن هنا يتضح بأن قرار محكمة التحكيم قام بتفسير المادة 7 فقرة 1 من الاتفاقية تفسيرًا ضيقًا حرفيًا، وقررت المحكمة بأن تطبيق مبدأ حسن النية ينحصر فقط على نصوص الاتفاقية فقط، ولا يمكن أن يمتد أثره على تصرفات الأطراف المتعاقدة خلال مرحلة تنفيذ العقد، لكن على العكس، يرى فريق آخر مبدأ حسن النية لا يقتصر على تفسير نصوص الاتفاقية، فحسب بل له دور أشمل من ذلك سواء في القوانين الداخلية أو القانون الدولي العام، للإعلان الصادر عن الجمعية العامة لهيئة الأمم المتحدة بتاريخ 1970/05/24 المتعلق بمبادئ القانون الدولي

¹ حسام الدين عبد الغني صغير، تفسير إتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع، مرجع سابق. ص. 93.

² قرار محكمة التحكيم لغرفة التجارة الدولية، المؤرخ في 1997/01/23 رقم 8611.

العام ووفقا لميثاق الأمم المتحدة قد أكد بأن مبدأ حسن النية له أهمية، وكان النص كالتالي "كل دولة يجب أن تنفذ بحسن نية الالتزامات التي تقع على عاتقها بمقتضى مبادئ قواعد القانون الدولي المعترف بها عموم"¹.

ومن جانبنا نحن نرى بأن الشرط الأخير من نص المادة 07 فقرة 01 من الإتفاقية الأمم المتحدة، بشأن البيع الدولي ، للبضائع لسنة 1980 تنطبق على ما جاء به الإعلان الصادر عن الجمعية العامة للأمم المتحدة بتاريخ 1970/12/24 وهذا لتأكيدا على ضرورة مراعاة مبدأ حسن النية في الالتزامات التي تقع على عاتق الطرفين، وهذا ما يعد تفسيراً واسعاً عكس ما جاء به قرار محكمة التحكيم المؤرخ في 1997/01/23 والمذكور أعلاه.

إن مبدأ حسن النية هو مبدأ عام، يجب الالتزام به في كافة العقود التجارية الدولية، بحيث نصت المادة الأولى فقرة السابعة (07) من المبادئ العامة للعقود التجارية التي وضعها معهد توحيد القانون بروما سنة 1994 " أنه يجب على كل طرف أن يتصرف، وفقا لما يقتضيه حسن النية والأمانة في التعامل في التجارة الدولية، ولا يجوز للأطراف استبعاد هذا الواجب أو تقيده"، وهذا المبدأ يعد من المبادئ العامة الأكثر انتشارا في القانون المقارن، وقد ورد في هذا النص العديد من الاتفاقيات

¹ محمد ولد مني، المفاوضات الدبلوماسية في القانون الدولي العام، رسالة ماجستير، جامعة موريتانيا،

الدولية كما ذكرنا سابقا، مثال اتفاقية فيينا لعام 1980 بشأن عقود البيع الدولي للبضائع، وهي تعد في نظر جانب من الفقه¹، بمثابة قانون موحد للبيع الدولي، كما يرعي في تفسير هذه الاتفاقية عدة أمور أساسية، وهي صفة الدولية لها، ضرورة تحقيق التوحيد في تطبيقها وضمن احترام حسن النية في التجارة الدولية، كما أن ضرورة احترام حسن النية في التجارة الدولية، وهذا يعتبره البعض أن اتفاقية فيينا تطلب درجة عالية من حسن النية من جانب متعاملي التجارة الدولية، وقد ورد النص على الالتزام بمراعاة حسن النية في المادة الأولى الفقرة 07 بصفة تتسم بالعمومية في المجال التعاقدية، وعلى ذلك يمكن القول بضرورة مراعاة هذا الالتزام سواء في مرحلة إبرام العقد، أو في مرحلة تنفيذه، ويلاحظ بحق أن النص على هذا الالتزام ومنحه الصفة الآمرة، لا يعد أمرا جديدا أو مبتكرا، وإنما هو التزام مجرد من كل أصالة والواقع يشهد أن هذا الإلتزام ليس فقط مقبول من جميع النظم القانونية، ولكنه يكون مبدأ من المبادئ العامة للقانون التي لها قيمة متميزة ومستقلة، ومن ثم يمكن أن يفرض هذا الإلتزام على أطراف العقد الدولي².

¹B.AUDIT la convention de vienne internationale et incoterms – droit des affaires .G.D.J . 1990 p 45.

² J.P.BERANDE , OP.CIT.P 73.

المطلب الثاني: الإلتزامات المكملة والمستندات في مرحلة التفاوض.

لقد تطرقنا في المطلب الأول إلى أنه من الإلتزامات الأساسية في مرحلة بدأ المفاوضات وسيرها هو الإلتزام بمواصلة التفاوض، وبحسن نية والذي لا يمكن للأطراف الاتفاق على مخالفته وبدونه لا يمكن الوصول إلى مفاوضات ناجحة بغية بلوغ الهدف، وهو إبرام العقد النهائي، لكن لا ننسى أن الإلتزام الأساسي المذكور، تنبثق عنه مجموعة من الإلتزامات الفرعية المكملة، وهي ليست على سبيل الحصر، بل على سبيل المثال لأنه، كما قلنا بأنه لإرادة الطرفين أن تضع على عاتقها، ما تراه مناسباً كإلتزام لمواصلة المفاوضات، كما أن هذه الإلتزامات بالضرورة، تنتج عنها اتفاقات ومستندات معاصرة لهذه المرحلة، التي لها أهمية بالغة في الوصول إلى الإبرام النهائي للعقد، ومن هنا سوف نقسم هذا المطلب إلى فرعين، الفرع الأول، يتعلق بالإلتزامات المكملة في مرحلة التفاوض، أما الفرع الثاني، سوف نتطرق فيه إلى المستندات المعاصرة لمرحلة التفاوض.

الفرع الأول: الإلتزامات المكملة في مرحلة التفاوض

قد توجد إلتزامات فرعية أو مكملة ناتجة عن التفاوض بين الأطراف والتي تبدأ منذ الوهلة الأولى لبدء المفاوضات، وتستمر حتى الإنتهاء منها والتي سوف نتطرق إليها فيما يلي :

أولاً: الإلتزام بالإعلام.

إن هذا الإلتزام، ومنذ الوهلة الأولى لبدء في المفاوضات، يجب أن يكون متوفراً ومكملاً للمرحلة الرئيسية، وهي الإلتزام بمواصلة التفاوض وحسن النية، وهي أن كل متفاوض، يطلع الآخر على كافة البيانات والمعلومات، المتعلقة بالعقد المراد إبرامه، بغض النظر في هذه المعلومات سواء كانت اقتصادية أو فنية¹، وهو كذلك إفضاء كل طرف إلى آخر من بيانات ومعلومات، تتعلق بالعقد المنشود وذلك لإبرام خالي من العيوب².

لم يتعرض القانون المدني الجزائري لتعريف الإلتزام، إنما ترك ذلك للفقهاء القانوني على عكس بعض التشريعات العربية، منها قانون الموجبات والعقود اللبناني ، جاء فيه: "الموجب هو رابطة قانونية تجعل الشخص أو لعدة أشخاص حقيقيين أو معنويين صفة المديون اتجاه شخص أو عدة أشخاص يوصفون بالدائنين"³.

يرى البعض بأن الإلتزام هو رابطة قانونية بين شخصين، يجب بمقتضاها على أحدهما يسمى المدين، أن يقوم بأداء مالي لمصلحة الشخص الآخر، ويسمى

¹ السيد نايل، قانون العمل الجديد، دار النهضة العربية، القاهرة، 2007، ص. 466.

² رجب عبد الكريم عبد اللاه، التفاوض على العقد، مرجع سابق، ص. 424.

³ المادة الأولى من قانون الموجبات والعقود اللبناني الصادر في 09 أذار سنة 1932.

الدائن، والأداء المالي الذي يقوم به المدين إما إعطاء أو عمل أو إمتناع عن عمل.

وقد عرفه الدكتور عبد الرزاق السنهوري بقوله "الإلتزام حالة قانونية، يرتبط بمقتضاها شخص معين بالقيام بأداء مالي معين، هذا الأداء قد يكون إعطاء شيء أو القيام بعمل أو الإمتناع عن عمل"¹.

ويعرفه البعض الآخر بأنه " حالة قانونية بمقتضاها، يلتزم شخص معين يسمى الملتزم (المدين) بمقتضاه يتوجب على المدين أن يقوم بأداء معين لمصلحة شخص آخر يسمى (الدائن)"، وبصفة عامة أن الإلتزام هو واجب، يقع على شخص معين، فلا يتصور وجود أي التزام إلا إذا وجدنا من يلتزم به وهو المدين². الإلتزام بالإعلام، يعد تنبيه أو إعلام طالب التعاقد بمعلومات من شأنها إلقاء الضوء على واقعة ما أو عنصر من عناصر التعاقد المزمع حتى يكون المتعاقد على بينة من أمره، بحيث يتخذ القرار الذي يراه مناسباً على ضوء حاجته وهدفه من إبرام العقد³، والمقصود هنا من الإلتزام بالإعلام السابق على التعاقد لا الإلتزام

¹ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، مرجع سابق، ص. 114.

² محمد أحمد عبد الحميد أحمد، الحماية المدنية للمستهلك التقليدي والإلكتروني، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، جامعة عين الشمس، 2012، ص. 283.

³ سهير منتصر، الإلتزام بالتبصير والتبصر، دار النهضة العربية، القاهرة، 1990، ص. 41.

بالإعلام اللاحق على التعاقد، فالالتزام المقصود هو يتعلق بالتزام أحد المتعاقدين بأن يقدم للطرف الآخر عند تكوين العقد البيانات اللازمة لإيجاد رضا سليم كامل متطور، يجعله على علم بكافة تفاصيل هذا العقد، وذلك بسبب ظروف واعتبارات معينة قد ترجع إلى طبيعة هذا العقد أو صفة أحد المتعاقدين أو طبيعة محله، وهذا لمنح ثقة مشروعته للطرف الآخر¹.

ويطلق كذلك على الإلتزام بالإعلام، الإلتزام بالأخبار، أو التبصير، أو الإلتزام بتقديم المشورة أو النصيحة والإلتزام بالإعلام، أصبح يشكل حالياً أهم ركائز سياسية لحماية المستهلك في الدول المتقدمة²، وهذا ما يلزم ويستوجب على كل مفاوض أن يلتزم بالمصارحة والتبصير والشفافية والنصيحة، بما في ذلك ضرورة تحذير المتفاوض الآخر أو لفت انتباهه إلى احتمال وجود خطورة مادية أو قانونية ناشئة عن العقد محل التفاوض، وهذا في مرحلة تكوين العقد، وقد اعتبر المشرع الجزائري كتمان واقعة مؤثرة أثناء التعاقد تدليسا، تجيز للمدلس عليه إبطال العقد، وفي ذلك، "يتعتبر تدليسا السكوت عمدا عن واقعة أو ملاحظة، إذا ثبت أن المدلس عليه ما كان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة أو هذه الملاحظة"³، ووضع

¹ محمد أحمد عبد الحميد أحمد، مرجع سابق، ص، 41.

² بودالي محمد، حماية المستهلك في القانون المقارن، دار الكتاب الحديث، الأردن، 2006، ص، 66.

³ المادة 86 فقرة 02 من القانون المدني الجزائري .

الدكتور بلحاج العربي حدود فاصلة بين الالتزام قبل التعاقد بالإعلام، والالتزام التعاقدى بالإعلام، وتجدر الإشارة إلى أن نص المادة 86 فقرة 02 المذكورة جاءت بصفة عامة بحيث أشار المشرع عن التدليس في مرحلة ما قبل إبرام العقد، وذلك بقول صريح للمشرع أنه الإعلام وجوبا اتجاه المتعاقد إذا علم بتلك الواقعة، لما أبرم العقد.

ومن جانبنا، نرى أن طلب إبطال العقد لوقوع تدليس يكون في مرحلة التفاوض لأن المدلس عليه لو علم بحقيقة ما تم السكوت عليه أو إخفاءه لما استمر في التفاوض وصولا إلى إبرام العقد، ومن هنا، يستطيع المدلس عليه رفع دعوى إبطال العقد لوجود تدليس فيه، وهذا ما يجعل الطرف المدلس قد أخل بالتزامه بالإعلام اتجاه المفاوض الآخر، ويقع على عاتق من دلس عليه إثبات الواقعة التي سكت عليها الشخص، والتي لولا علمها لما تم الاستمرار في التفاوض وإبرام العقد.

ثانيا: الإلتزام بالسرية.

إن الإلتزام بالسرية هو بالغ الأهمية في عقود التجارة الدولية، وذلك لأنه يعد من أدق المسائل التي تثار في مرحلة المفاوضات، لا سيما إذا كانت هذه الأخيرة قد تؤول في نهاية المطاف إلى نهاية الفشل والاختلاف في توحيد وجهات النظر،

بحيث أن المحافظة على سرية المعلومات، أمر يقتضي مراعاة أصحاب المعرفة الفنية والتقنية والتكنولوجية، أو ذوي الأسرار بصفة عامة وحقهم في توفير أفضل حماية لما يحوزونه من معلومات أو إجراءات لها طابع السرية، وذلك كله في ظل التزامهم بالإفصاح عن المعلومات والبيانات وحق الطرف الآخر في الاطلاع على كافة ما يتعلق بجواز العقد موضوع المفاوضات¹، كما أن استناد أحد أطراف التفاوض على أحد الخبراء الفنيين يهيئ لهذا الأخير فرصته للاطلاع على الأسرار الخاصة بالطرف الآخر، وهو ما يمثل خطورة كبرى على مصالح هذا الشخص وتهديدا لمركزه الاقتصادي².

كما أن هذا الإلتزام بسرية المعلومات التي يتم الإفصاح عنها أثناء مرحلة المفاوضات تم النص والتشديد على وجوب احترامها بالرجوع إلى المعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص بروما عام 1994 في المادة 02 البند 16 على أنه "يلتزم الطرف الذي يتلقى أو لم يبرم، بعد إفشائها أو استخدامها بغير حق لأغراض شخصية، ويرتب الإخلال بهذا الواجب تعويضا يشمل في هذه الحالة المنافع التي

¹ هشام ضيف الله عبد المالك الملهطاني، التفاوض في عقود التجارة الدولية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة القاهرة، 2015، ص، 447.

² يوسف الأكبادي، النظام القانوني لعقود نقل التكنولوجيا في مجال القانون الدولي الخاص، رسالة دكتوراه، جامعة الزقازيق، سنة، 1989. ص، 96.

كان سيتحصل عليها الطرف الآخر" وجاء هذا النص عاما وواجبا، يلتزم به الأطراف المتفاوضة في مواجهة بعضهم البعض، وأن يكون التعويض بقدر مجموعة المنافع التي لو تمت الصفقة لما حصل عليها الطرف الآخر¹.

المقصود بالالتزام بالسرية يعني كذلك الالتزام بالمحافظة على سرية المعلومات أو البيانات المتعلقة بموضوع العقد المراد إبرامه، وخاصة في عقود نقل التقنية أو التكنولوجيا، وعقود الامتياز التجاري والعقود الصناعية وغيرها² وإذا رجعنا إلى القانون الجزائري، نجده يحمي البيانات التقنية، أسرار المعرفة الفنية، وكذا الأسرار الصناعية، وأسرار الأعمال، وغيرها من الأسرار الفنية والتقنية والمالية، فضلا عن المهارات الفنية والخبرات التقنية المكتسبة التي يطلع عليها المتفاوضون في مرحلة المفاوضات، وهي الأسرار المحمية مدنيا وجنائيا بشكل خاص، ذلك أن الالتزام بالمحافظة على سرية المعلومات أو البيانات، يمنع إفشاء الأسرار، كما أنه يمنع استغلالها بدون رضی صاحبها³، وفي إطار هذا الالتزام، تتمتع براءة الإختراع والعلامات التجارية، والرسوم وضع عقوبات بالحبس" من سنتين إلى خمس سنوات، وبغرامة من 20.000 دج إلى 50.000 دج عن كل من

¹ عبد الكريم سلامة، قانون العقد، مرجع سابق. ص، 115.

² C.f Huet (A). la pratéction de creations absrtaites, paris, 1975. Lassale (B) o.p : cit.p.839

C.f. huet(J) et depuis (F). violation de la confidentialité des négociations, les petites affiches, 1990 p.04. lassalle (B) les pourparlers. R.R.T. 1994. 3. P.839.³

يعمل بأية صفة كانت في المؤسسة، أفشى أو شرع في إفشاء أسرار المؤسسة الصناعية التي يعمل فيها إلى أجنب، أو إلى جزائريين، يقيمون في بلاد أجنبية"¹، وفي حقيقة الأمر أن الإلتزام بالسرية، يتكون من جانبين أولهما أن يمتنع المتفاوض كلية عن إفشاء هذه السرية أو نقلها إلى الغير سواء أثناء التفاوض أو بعد فشل المفاوضات بين الطرفين، وأن يمتنع أيضا عن استغلال تلك المعلومات لحسابه بدون إذن من صاحبها، فمثلا إذا تلقى المتفاوض وثائق سرية لتسهيل عملية التفاوض كالنماذج أو الخرائط أو معارف فنية أو خبرات تقنية، أو عقود أو شهادة، وجب على الطرف المتفاوض، ألا يتصرف فيها، أو يحتفظ بصورة منها وكل تصرف من هذا النوع، يجعل الطرف المتفاوض، يكون قد خرق الإلتزام الملقى على عاتقه، وهو الحفاظ على السرية، لذا وجب على الأطراف المتفاوضة الحفاظ واللتزام سرية المعلومات المتبادلة من كل طرف، لكي لا تداس مصالح الطرفين، ويجعل الكثير من المفاوضات، يتعمدون عدم ذكر بعض الأسرار، لكي لا يصل إلى نقطة عدم الحفاظ عليها.

¹ المادة 302 المعدلة بالقانون 03/06 الصادر بتاريخ 2006/12/20 من قانون

العقوبات الجزائي

ثالثا: الإلتزام بالإدلاء بالبيانات.

إن من أحدث الموضوعات التي أولاهها الفقه الفرنسي المعاصر أهمية كبرى، وظهر ذلك جليا من خلال التطبيقات القضائية لمحكمة النقض الفرنسية، فهو يتصف بالصفة ما قبل التعاقدية، أي مرحلة المفاوضات، وهذا الإلتزام السابق، يلقي على عاتق أحد الطرفين، بأن يقدم للطرف المتفاوض الآخر البيانات الكافية واللازمة لإيجاد رضا صحيح وكامل ومنتور على علم بكافة التفاصيل وجزيئات هذا العقد المراد إبرامه مستقبلا، وهذا لتبصير المتعاقد الآن بالنصيحة والمشورة، ويتوسط هذا الإلتزام إلتزام آخر، كما جاء في بعض الفقه، وهو الإلتزام بالانتباه والتحذير، وأما الأساس القانوني الذي يلتزم به كل طرف بتبصير الطرف الآخر هو ضرورة معرفة المعلومات اللازمة لتكوين علمه الكافي في المبيع، كما أن عدم الإفصاح عن هذا، يجعل الطرف الذي كتم ذلك، يقع تحت طائلة الكتمان التدلّيسي¹، والذي من شأنه ترتيب البطلان أحد المتعاقدين عند إبرام العقد المراد إبرامه من الطرف المتفاوض²، وفي الإلتزام بالنصيحة فالمتفاوض، يلتزم بأن يعرض عليه الحل الأوفق لمصالحه، والمقصود كذلك توجيه إرادة المتفاوض الآخر لإبرام العقد من عدمه، ويعد بمثابة الإخطار للطرف الآخر بكافة البيانات

¹ بلحاج العربي، الجوانب القانونية للمرحلة قبل التعاقدية، مرجع سابق، ص. ص. 184، 185، 186.

² بلحاج العربي، الجوانب القانونية للمرحلة ما قبل التعاقدية، مرجع سابق، ص. ص. 184، 185.

المتعلقة بالعقد المراد إبرامه، سواء من ناحية شروطه وأوصافه للشيء محله، وهو على حد قول الفقه، يقصد به بصفة عامة إيجاد رضاء سليم وحر ووعي لدى الطرف الآخر، ويعد تعهدا خاصا، يلزم أحد الطرفين بتقديم معلومات معينة في مجال فني أو قانوني معين¹، ومادام أن عقود التجارة الدولية من العقود المركبة، مثال ما يتعلق منها من اقتناء المعدات الإلكترونية بشتى أنواعها، وإنشاء شبكات دولية لتقديم الخدمات وتوزيع السلع، وأن المتعهد ملزم بإفادة الطرف الآخر بكل الإرشادات والنصائح الضرورية، وفي الحالة العكسية، تفسر وجود غش أو تدليس إتجاه الطرف الآخر².

رابعاً: الإلتزام بحظر المفاوضات الموازية.

القاعدة العامة أنه من حق أي شخص، أن يقوم بإجراء مفاوضات مع أي شخص آخر لمصلحته وغايته المنشودة من التعاقد، لكن إذا رأى كلا الطرفين أو أحدهما أنه يجب أن تقتصر المفاوضات على بعضها البعض فعليهما أن يبرمان إتفاقاً على عدم التفاوض مع الغير، والذي يجب أن يتضمن عدم إجراء تفاوض موازي مع طرف آخر منافس بشأن موضوع الصفقة نفسها، والتي يجري التفاوض

¹ سعيد السيد قنديل، المسؤولية المدنية لشركة التأمين، د. ط، دار الجامعة الجديدة للنشر الإسكندرية 2005، ص. 19.

² محمودي مسعود، أساليب وتقنيات إبرام العقود الدولية، مرجع سابق، ص. 138.

عليها¹، وقد يكون هذا الالتزام بعدم التفاوض مع الغير ولفترة محدودة والالتزام إيجابياً بحضر أي تدخل خارجي، يكون من شأنه عرقلة سير التفاوض، وهو ما يعني زيادة في فرص النجاح في المفاوضات وعدم إفادة أحد الطرفين من التعدد على حساب الطرف الآخر².

وتعليقاً على هذا أنه لا يمكن حظر المفاوضات الموازية عملاً بمبدأ حرية المنافسة التجارية الدولية إلا بموجب اتفاق أو شرط تبدأ بتعهده، يحرره الطرفين لاستبعاد المفاوضات الموازية حفاظاً على مصالحها، وإذا أخل أحد الطرفين بهذا الشرط انعقدت المسؤولية على الإخلال، وتم تعويض الطرف المتضرر، وهناك تطبيقات قضائية في هذا المجال، تتلخص أن إحدى الشركات الفرنسية المسماة قالي (Gallay)، دخلت مع إحدى الشركات البلجيكية المسماة ألفات (Alvat) في مفاوضات بهدف إبرام عقد تنازل بموجبه الشركة الفرنسية للشركة البلجيكية، عن سبعين بالمائة من الحصص التي تملكها بأحد فروعها، وبعد عدة جلسات بين ممثلي الشركتين، تم الاتفاق على الثمن وبعدها، علمت الشركة البلجيكية بأن الشركة الفرنسية، قد أجرت مفاوضات موازية على نفس العملية مع شركة إنجليزية. فقامت الشركة البلجيكية بقطع المفاوضات وإنهائها، ورفعت دعوى أمام

¹ F. terre et ph.scinles et y. lequette. Op.cit, n 178. P.170.

² مارسل فونتيان، مرجع سابق، ص، 111.

العدالة مطالبة بصفة أصلية بالتنفيذ العيني، وهو نقل الحصص المتفق عليها إليها، مدعية أن العقد انعقد وبصفة إحتياطية، طالبت بإلزام الشركتين الفرنسية والإنجليزية وبالتضامن بدفع تعويض عن الأضرار اللاحقة بها من جراء قيامهما بمفاوضات موازية. وافقت المحكمة الابتدائية (نانتير) على طلبات الشركة البلجيكية، إلا أن المحكمة الإستئنافية (بفرساي)، ألغت الحكم، وسببت ذلك بعدم وجود اتفاق صريح بحظر المفاوضات الموازية، وبهذا الشركة الفرنسية، لم تخالف أي إلتزام بل انها كانت قد طرحت عرضا عاما على مختلف الشركات للبحث عن شريك في العديد من الدول¹.

من خلال حكم المحكمة الابتدائية القاضي لصالح الشركة البلجيكية، نستنتج أن قضاة المحكمة أصدروا حكما لصالح هذه الأخيرة على أساس وجود اتفاق ضمني، وأن المفاوضات الموازية، تعد غير مشروعة في ظل عدم إعلام الطرف الآخر، أما قرار المجلس الذي ألغى حكم المحكمة الابتدائية، فذهب إلى أنه يجب أن يكون إتفاق صريح ومكتوب، يقضي بالالتزام بحظر المفاوضات الموازية، أي يجب أن يكون الإلتزام كتابيا، يعبر عن إرادة الطرفين، وليس ضمنيا، ولا تعد تعتبر المفاوضات الموازية غير مشروعة، إذا لم يتفق عليها الأطراف كتابة.

¹ Cour d'appel de versailles 12sh. 05/03/1992. Rev.tri de droit Civ 1992. P.752. obs. j. mestre.

وهذا ما يميز بين فكرتين هل أن المفاوضات، تمت في إطار عقد التفاوض أم في إطار غير عقدي، أن يتفقوا عليه صراحة على أن يكون الحظر صراحة شريطة أن يكون هذا الحظر لمدة معينة ومحددة.

الفرع الثاني: المستندات المعاصرة لمرحلة التفاوض.

قد تتخلل مرحلة التفاوض بين الطرفين في عقود التجارة الدولية وخلال البدء فيها وسرياتها الكثير من المستندات، والتي تتبثق عن هذه العملية، وهذا بداية من الدعوة إلى التفاوض، والتي تساعد المتفاوضين على توثيق هذه المرحلة المهمة وإنشاء التزامات فيما بينهم، وهي:

أولاً: خطاب النوايا.

من الصعب وضع تعريفاً شامل وكاف لمصطلح خطاب النوايا كون أن هذا الأخير له العديد من الأشكال والمعاني الدالة عليه، كما له عدة مصطلحات، لعل أهمها خطاب التفاهم، أو مذكرة التفاهم، ولقد حاول البعض تقديم مفهوم له بأنه "وثيقة مكتوبة من أطراف التعاقد التجاري بغية الدخول في عقد مستقبلي"¹ أي توطئة لإبرام عقد بين الطرفين المتفاوضين.²

¹ عبد الكريم سلامة، النظام القانوني لمفاوضات العقود الدولية، مرجع سابق، ص. 32.

² محمد حسين منصور، العقود الدولية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ب. ط، 2006، ص. 42.

لعله بالرغم من اتفاق جل الفقهاء على أن خطاب النوايا، يكون مكتوبا إلا أنه لا مانع في ظل تطور وسائل الإتصال الحديثة بأن يكون شفاهة عن طريق الهاتف أو بالكتابة العادية بالبريد العادي أو البريد الإلكتروني (E-mail) أو الفاكس أو التلكس وسائر وسائل الاتصال المتوفرة أو المتاحة للطرف الموجه الدعوة أو وصولا للطرف الآخر، ولكي يكون على علم أو دراية بصفته الراغب في التعاقد برغبته المنبثقة عن حسن نية في التفاوض كتوطئة للوصول إلى إبرام العقد المفاوض عليه وتحديد الخطوط العريضة للصفقة، ولإثبات هذه العملية، يستطيع الأطراف استعمال كافة طرق الإثبات، كما أن هذا الخطاب يمكن أن يكون في بداية التعاقد، كما يمكن له أن يكون قبيل الانتهاء من التعاقد.

حيث إن فكرة خطابات النوايا، نشأت، وترعرعت في ظل القوانين الأنجلو أمريكية تحت تأثير مقتضيات التجارة الدولية وما سيلزمه من ضرورة توفير الثقة وحسن النية في التعامل¹، إلا أن هذه الفكرة في بداية الأمر، لقيت اعتراضا في ظل الأنظمة اللاتينية فور ظهورها، ولكن سرعان ما انتشرت الشرائع اللاتينية وعلى رأسها فرنسا، ولقد برزت هذه الفكرة المصطلح عليها بخطاب النوايا لتسيير التعامل التجاري الدولي، كونه، يجري بين أطراف، ينتمون إلى دول مختلفة

¹ حياة محمد أبو النجا، الإلتزام بالتفاوض في عقود التجارة الدولية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، 2004، ص. 133.

في أنظمتها القانونية، وكل هذا كان لتشجيع التجارة الدولية، وتنمية الاستثمارات الدولية¹.

كما أنه لا يوجد أي نظام قانوني في العالم، يعمل على توحيد قواعد لخطاب النوايا حتى الآن، إلا أنه من خلال استسقاء وظيفته في أرض الواقع، بأنه يستخدم في مرحلة ما قبل التعاقد للإفصاح - كما قلنا سابقا - عن النية الحقيقية للطرفين وإبراز جديتها، وهذا ما يجعل من الطرف الآخر بأن المرسل جاء في تعامله وأنه راغب في التعاقد لإنجاز المشروع².

لكن خطاب النوايا، وإن كان لا يشكل اتفاقا نهائيا إلا أنه، يعبر عن رضا الطرفين الضمني للدخول في مفاوضات ومواصلتها والاستمرار فيها تحسبا لإبرام العقد النهائي³، وهذا لا ينفي وجود غاية ومقصد منه ما يقتصر على مجرد طلب معلومات أو الرد على استفسارات محددة، بخصوص العملية التعاقدية المستقبلية⁴.

¹ هشام ضيف الله عبد المالك الملهطاني. التفاوض في عقود التجارة الدولية، مرجع سابق. ص. 297.

² أبو العلا النمر، مفاوضات عقود التجارة الدولية. ط2. دار أبو المجد للطباعة بالهرم. القاهرة، 2015.

³ حفيظة السيد الحداد. إعداد العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، د ط، منشورات الحلبي بيروت، لبنان، 2003. ص. 199.

⁴ براهيم فيزة، التزامات الأطراف في المرحلة ما قبل التعاقدية، مرجع سابق، ص. 29.

مادام أن خطاب النوايا، يكون على شكل وثيقة مكتوبة لا مانع من أن يقوم مرسل العرض، أن يحدد بعض الشروط وطبيعة وتحديد نوع العقد المراد الاتفاق عليه وميعاد انتهاءه.

فالطبيعة القانونية بعدما علمنا بأنه عمل إنفرادي لاعتباره محررا أو سنداً، يرمي إلى مجرد دعوة الآخرين إلى التفاوض، على العقد المراد إبرامه مستقبلاً فالدعوة إلى التفاوض، لا يمكن بأي حال من الأحوال أن ترتقي إلى إلزام الطرف الآخر بالتفاوض إلزامياً على ذلك، بل المبدأ العام قائم، فيما يتعلق بحرية المفاوضات دون تقييد الأطراف بقيود معينة، وتظل الإرادة حرة وطلقة، لا تفرض التزامات على مصدر الخطاب¹.

ذهب القانون الفرنسي إلى اعتبار إخلال الطرف بالتزاماته من أجل وجود خطاب النوايا، يجعل مقصراً اتجاه الطرف الآخر، ويترتب عليه مسؤولية تقصيرية، فهذه الأخيرة، تكون وبطبيعة الحال المسؤولية الوحيدة التي يتحملها الطرف الراض للتفاوض بعد تحرير مستند خطاب النوايا، ومن هنا يتضح لنا بأنه لا يمكن اعتبار خطاب النوايا كعقد بين الطرفين بأنه لو كان كذلك كما اعتبره القانون الفرنسي مخالفة مضمونة، يترتب مسؤولية عقدية، وبالتالي لا يمكن اعتباره

¹ محمد حسنين منصور، العقود الدولية، مرجع سابق، ص. 44.

عقد بين أطرافه، بل هو فقط رسم للخطوط العريضة، وتحديد النقاط الرئيسية فضلا عن وضع إطار عام لعملية التفاوض، تمهيداً لإبرام العقد النهائي موضوع هذه المفاوضات¹.

وبالرجوع لمدلول خطاب النوايا في مجال القانون الخاص، يعتبر أنه يصدر عن طرف واحد، مما يتطلب على الطرف الآخر إثبات قبوله أم لا والتوقيع عليه، وإعادة ذلك إلى مصدره، وهذا ما يكون واقعياً، لأنه في الكثير من الأحيان، يقوم المسؤولون التنفيذيون للمشروعات الكبرى بتحريره دون مراعاة الشروط القانونية المذكورة في غياب وجود قانونيين لصياغة مضمونه.

ويمكن التذكير بأنه في حالة ما إذا وجه خطاب النوايا إلى الطرف الآخر، وقام بقراءة مضمونه والموافقة عليه عن طريق، الإمضاء وإرسال ذلك إلى الطرف المرسل، يجعل وجود هناك عقد، وينعكس على قيام مسؤولية عقدية بين الأطراف المتفاوضة في حالة ما إذا تم فوات المدة المتفق عليها للبدء في المفاوضات، ولهذا يمكن اعتباره إتفاق تمهيدي أو عقد مرحلي.

¹ ضيف الله عبد المالك الملهطاني، التفاوض في عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص. 307.

فخطاب النوايا إذا تم اتخاذه شكلا إلزاميا ويستشف هذا من خلال الكشف والرجوع إلى عبارته عن الإتفاق على مسائل معينة ومحددة. هنا يمكن القول بأننا أمام اتفاق مبدئي.

ونسنتج من هذا أنه يترتب على هذا التكييف لخطاب النوايا بنشوء المسؤولية العقدية بين الأطراف المتفاوضة، في حالة مخالفة أحد أطرافه الاتفاقات محددة فيه كتلك التي تتعلق بالحفاظ على الأسرار ومواصلة المفاوضات وبحسن نية ولكن يعود القاضي، في تقرير تلك المسؤولية¹ وهذا يكون في حالة اختلاف الأطراف حول مضامين العبارات الواردة في خطاب النوايا، إذ يجب أن تستخدم عبارات تدل على الوضوح والدقة وعدم قابليتها للتأويل، ومثالها ألفاظ، تجعل قارئها غير متأكد من أنها ملزمة أو غير ملزمة².

ويرى البعض بأن خطابات النوايا، تتم في أشكال متعددة، فهي تتدرج بين خطابات التوصية وخطابات المساندة، وخطابات التعهد بالوفاء عن الدين بمعنى أنه يمكن لخطاب النوايا الواحد، أن يحتوي على إلتزامات مختلفة ومتعددة يستقل قاضي الموضوع بالكشف عن النية المشتركة بين المتعاقدين دون الوقوف عن

¹ برهامي فايضة، إلتزامات الأطراف في المرحلة السابقة للتعاقد، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية، ب ط، 2014، ، ص، 34.

² محمد حسين منصور، العقود الدولية، مرجع سابق، ص، 45.

المعنى الحر في الألفاظ مع الاستهزاء في ذلك على طبيعة التعامل وفقا للعرف الجاري في المعاملات، وهذا ما ذهب إليه المشرع الجزائري¹.

كما يرى الاتجاه الغالب في الفقه الفرنسي الحديث بأن خطابات النوايا، لا تمثل سوى الرغبة في التعاقد مستقبلا، فهي لا تخرج عن كونها مجرد تعهد أخلاقي لا أثر له في القانون، ولا يمكن أن يلزم الأفراد بإبرام العقد النهائي بالضرورة، وعلى هذا جاء في حكم محكمة النقض الفرنسية لحكم صادر لها في 27-07-1985 بأن الأصل في خطاب النوايا ألا يكون عقدا ملزما لطرفيه أو لأحدهما².

ثانيا: صور خطاب النوايا.

هناك عدة صور لما يسمى بخطاب النوايا قبل البدء في المفاوضات ومن بينها

أ. خطاب دعوة البدء في المفاوضات.

وهو خطاب، يتضمن رغبة الطرف المتفاوض المحدد للخطاب في البدء في المفاوضات من خلال دعوة الطرف الآخر للبدء في المفاوضات حول العقد المزمع إبرامه، مع التأكيد على مواصلة التفاوض والتزام حسن النية في كل مرحلة

¹ المادة 111 من القانون المدني الجزائري .

² بلحاج العربي، الجوانب القانونية للمرحلة ما قبل التعاقدية ، مرجع سابق، ص، ص، 196-197.

وما يوجبه الالتزام بالأمانة والشرف في التعامل والالتزام بالامتناع عن الغش والسلوك التدليسي، سواء عند البدء في المفاوضات أو خلالها¹.

فالبدء في المفاوضات، لا يأتي من العبث، بل يجب على أطراف التفاوض إعلام بعضهما البعض للبدء في المفاوضات، وهذا عن طريق محرر بسيط لتحديد تاريخ ومكان إجرائها وبظهور التطور التكنولوجي يمكن استخدام أي آلية، يتم الإبلاغ أو إعلام الطرف الآخر عبر البريد الإلكتروني والرسائل القصيرة عبر الهاتف أو البريد المضمون أو العادي وكل وسيلة، تؤكد، وتثبت أن الطرف الآخر وصل إلى علمه لتحديد مكان وزمان والنفقات واللغة وفريق التفاوض لبدء المفاوضات حول العقد المستقبلي المتفاوض على جوانبة للوصول إلى إتفاق نهائي حوله.

ويعد خطاب النوايا في هذه الصورة والخطوة الأولى لإتخاذ التدابير التحضيرية اللازمة حتى ربما تستعمل نسخة منه لتقديمها كإثبات للحصول على موافقة الجهة الحكومية والمؤسسات المصرفية لتمويل مشروع الصفقة أو العقد المراد إبرامه مستقبلاً².

¹ عبد الكريم سلامة، النظام القانوني لمفاوضات العقود الدولية، مرجع سابق، ص، 41.

² محمد شاكر محمود محمد، المسؤولية عن قطع المفاوضات، دراسة مقارنة، المركز القومي للإصدارات القانونية، ط 1، القاهرة، 2016، ص، ص، 35 - 36.

ب. الخطاب الإتفاقي المبدئي الحر.

وهو خطاب يثبت فيه اتفاق الطرفين على بعض الالتزامات المحددة التي تكون مستقلة عن تلك الواردة في العقد النهائي¹، يتم التوصل إلى أمور وأشياء أساسية رضي به محرر الخطاب، غير أنه يحرص على النص على أن ذلك غير ملزم للطرفين إلا بعد توقيع العقد النهائي².

بحيث أن هذا الخطاب، يتضمن دعوة لإعداد الدراسات التي سيقوم بها كل طرف حول كافة الجوانب المالية والفنية والنقدية للصفقة وللتأكيد على الإلتزام على سرية تلك الدراسات والمعلومات المتبادلة أثناء المفاوضات، ونلاحظ هنا وجود اتفاق تعاقدى حقيقي على تلك الإلتزامات، بحيث ان مخالفتها، تثير المسؤولية العقدية، ويشير هذا الخطاب بالنسبة لمفاوضات تقل التكنولوجيا وحقوق المعرفة الفنية³.

ج. خطاب الإتفاقي المبدئي التعاقدى.

يخص هذا النوع من الخطاب تحرير النقاط المهمة والرئيسية التي يتم التوصل إليها عن طريق الاتفاق بشأنها، كما يتخذها أطراف التفاوض لتحقيق

¹ برهامي فايضة، إلتزامات الأطراف في المرحلة السابقة للتعاقد، المرجع السابق، ص، 30.

² أحمد عبد الكريم سلامة، النظام القانوني لمفاوضات العقود الدولية، المرجع السابق، ص، 42.

³ محمد حسين منصور، العقود الدولية، المرجع السابق، ص، 43.

اتفاقاتهم والتزاماتهم الرئيسية حتى يتم تسهيل الوقوف على مسؤولية كل طرف إذا أخل بأحد ، وهنا يجب التتويه إلى أنه في حالة هذا الإتفاق المبدئي، يسهل على التزاماته الطرف الذي تم خرق الاتفاق الرئيسي بشأنه إثبات الخطأ والخروج عن الحدود المرسومة وعدم مراعاة واجب الأمانة وحسن النية والتعامل النزيه¹، وكذلك يتم تحديد فيه التفاوض لمدة معينة، وتحديد مواعيدها ومادام أنه يقام المحرر مقام العقد المبدئي، ينجر عنه مسؤولية تعاقدية اتجاه الطرف المخالف لبنود الاتفاق المحرر، بموجب هذه الصور من خطاب النوايا.

د. خطابات المساندة.

إن البعض يطلق عليها خطابات الثقة، إذ تتضمن التزاما بإعطاء أي "التزام بالدفع"، أو ينبغي تحديد نطاق هذا الالتزام والظروف التي تمر فيها ومحلّه وأن النية المشتركة للطرفين تنشئ على عاتق مصدر الخطاب التزاما تعاقديا يمكن أن يصل إلى درجة الالتزام بتحقيق نتيجة².

وتنشأ خطابات المساندة تعهدات، تدعم قيام المدين، بالوفاء بالدين وحقيقة التعهد اتفاق، يتم التراضي عليه من مصدره والموجه إليه، ومن هنا يمكن طرح

¹ هشام ضيف الله عبد المالك الملطاني، التفاوض في عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص، 325

² عبد الكريم سلامة، النظام القانوني لمفاوضات العقود الدولية، مرجع سابق، ص، 43.

السؤال: هل يعد التعهد الذي ينطوي عليه خطاب المساندة مجرد تعهد أدبي أو

شرفي، أم يعد تعهدا ملزما قانونيا، ويرقى إلى مرتبة التصرف القانوني؟.

وللإجابة عن التساؤل السابق، فإن جانبا من الفقه، يرى بأن التكيف القانوني

للتعهد الوارد في خطاب المساندة وقيمه القانونية، تعتمد على الظروف المحيطة

بصياغة الخطاب من حيث الوقت والأسلوب والغاية التي يبتغيها، ويسعى إليها

طرف الخطاب¹.

فمن ناحية مُصِدِّرِ خطاب المساندة، فكثيرا ما يقصد من وراءه عدم إضفاء

الصفة القانونية على تعهده وابقائه ضمن نطاق التعهد الأدبي، ويجب لإسباغ

الطابع التعاقدية أن يتضمن تعهدا فيما يتعلق بمسألة معينة، وأن يظهر من

أسلوب صياغة الخطاب أو طرفيه، يجعله، يدخل في اطار تعاقدية، وبذلك يخرج

عن دائرة التوصية إلى التعهد بمعنى دقيق، إذا ما تم قبول الخطاب من المرسل

إليه، فإنه يكسب الصيغة التعاقدية².

¹ محمد شاكر محمود محمد، المسؤولية عن قطع المفاوضات، مرجع سابق، ص.48.

² أحمد أبو القاسم أحمد العجمي، حكم الإلتزام التفاوض في عقود التجارة الدولية، مرجع سابق،

هـ. خطاب التوصية.

هذا النوع من الخطابات، لا يصل إلى مرتبة الإلزام القانوني، بقدر ما تعني مجرد إخبار وصفي، أي إبلاغ وأخبار عن الوضع المالي والقدرة على الوفاء بالالتزامات بناء على معلومات مسبقة أو تعاملات في زمن قد مضى¹.

وتغير خطابات التوصية عبارة عن إعلانات تمثل مجرد إعلان أخلاقي أو أدبي، وليس التزاما طبيعيا، حيث يغفل أطراف الخطاب عدم التعهد صراحة سواء بصفاتهم، أو بسبب الواقع العملي المتبع أو بسبب طبيعة أنشطتهم، ويستمد هذا التعهد الشرفي قوته من السمعة التي يتمتع بها مُصدِرُ الخطاب في الوسط التجاري، وعلى الرغم من كون خطابات التوصية، مجرد التزام أخلاقي، أو أدبي إلا أن ذلك لا يعني عدم إمكانية مساءلة تلك الخطابات تقصيرا، والتزامه بالتعويض عن الأضرار اللاحقة التي يسببها للمرسل إليه، والمتمثلة في معلومات غير صحيحة التي أوردها في خطابه، والتي تولدت من خلالها ثقة مشروعة لدى المرسل إليه، وذلك لإنحرافه عن السلوك المألوف للشخص العادي، والمتمثل بعدم الأضرار بالغير والتعامل وفقا لما يقتضيه حسن النية².

¹ محمد شاكر محمود محمد، المسؤولية عن قطع المفاوضات، مرجع سابق، ص. 47.

² محمود شاكر محمود أمحمد، المسؤولية عن قطع المفاوضات، مرجع سابق، ص. 47.

هذا النوع من الخطابات للنوايا أو الصورتعد كالالتزام أدبي فقط اتجاه الطرف المرسل إليه، ولكن يجب عليه التزام الشرف والصدق والنزاهة وحسن النية في إعطاء معلومات كاملة غير ناقصة عن كذب وصححة للمرسل إليه لتأكيد وتعزيز ثقة الطرفين

د. خطاب المشروع النهائي للعقد موضوع المفاوضات.

ويعد هذا الخطاب كما يطلق على اسمه، هو ثمار التفاوض أو النتيجة النهائية التي وصل إليها الطرفان المتفاوضان، وهذا كون أن الدائرة الموجودة بين الطرفين أو شكت على الإنتهاء، ويتوقف فقط على إستفاء بعض الشروط¹. ونجد هذا الصنف، يحدث في مجال المفاوضات المتعلقة بنقل التكنولوجيا والتقيب عن الثروات الطبيعية، فقد استقر العمل على أن التوقيع على العقد وبدء تنفيذه، لا يتم إلا بعد الحصول على التراخيص الخاصة باستغلال براءة الاختراع أو المعرفة الفنية، والتراخيص الإدارية لمباشرة النشاط والدخول إلى المواقع، أو الحصول على تسهيل إئتمان أو قرض من إحدى المؤسسات المالية².

¹ هشام ضيف الله عبد المالك الملهطاني، حكم الإلتزام التفاوض في عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص، 325.

² عبد الكريم سلامة، النظام القانوني لمفاوضات العقود الدولية، مرجع سابق، ص، 43 و 44.

فخطاب المشروع النهائي للعقد موضوع المفاوضات تعد الصورة النهائية التي ينتهي بها خطاب النوايا، ويمكن القول هو النتيجة الأخيرة المتوصل إليها من طرف المتفاوضين، ولا يبقى عليها إلا إيجاد صيغة نهائية لبند العقد المزمع إبرامه، وهذا لامضاءه، وجعله قابلاً للتنفيذ عن طريق الشروط الشكلية والموضوعية، وهذا لوضع الاتفاق على ثمن البيع أو التوريد وعلى بعض الجزئيات، ليتسنى تحرير الاتفاق بالبند، أو كما يحلو أن يسميه الفقه مشروع الاتفاق النهائي للعقد موضوع المفاوضات.

المبحث الثاني: الطبيعة القانونية للإلتزام في مرحلة التفاوض قبل إبرام العقد.

ترتبط التزامات الأطراف الناشئة في مرحلة المفاوضات ارتباطاً وثيقاً بتحديد طبيعة المفاوضات، فهل هي مجرد وقائع مادية؟ ومن ثم لا تنشأ عنها التزامات إلا تلك الإلتزامات التي يملئها الواجب العام، المتمثل بعدم الانحراف عن المسلك المعتاد والمألوف على نحو، يلحق الضرر بالغير أم أن إرادة الطرفين، تظهر في المفاوضات، فتقضي عليها وصف التصرفات القانونية التي ترتب التزامات على طرفي المفاوضات، لتفعيلها باتجاه تحقيق الهدف المنشود منها، وهو إبرام العقد محل التفاوض، أو الوصول إلى قناعة تامة بعدم التعاقد، لأن مصلحة أحدهما أو

كلاهما تقتضي ذلك¹، فالسؤال المطروح ما هي مسؤولية أحد الأطراف إذا أدخل أحدهما بسلوك معين اتجاه الآخر يتعلق بإخلاله مبدأ حسن النية أو عندما يترتب على تصرفه هذا خطأ معين، يتسبب في ضرر للطرف الآخر؟ وهل هذه المسؤولية عقدية أم تقصيرية أم ذات طبيعة خاصة؟ وللإجابة عن هذا التساؤل وجب دراسته في مطلبين أولهما، يتعلق بالصيغة القانونية للمسؤولية في مرحلة المفاوضات، وثانيهما يتعلق بجزء الإخلال بالتزامات الأطراف في مرحلة المفاوضات.

المطلب الأول: الطبيعة القانونية للمسؤولية في مرحلة المفاوضات.

اختلف الفقهاء منذ نهاية القرن الثامن عشر في بيان الطبيعة القانونية للمسؤولية قبل التعاقدية الناشئة في المرحلة السابقة على التعاقد، عند الإخلال بأي التزام في مرحلة المفاوضات لإبرام العقد، على كونها مسؤولية مدنية، لكنهم اختلفوا حول ما إذا كانت مسؤولية عقدية أم تقصيرية أو موضوعية².

¹ أكرم محمود حسين بدور، حمد الصديق محمد عبد الله، موضوعية الإرادة التعاقدية في مرحلة المفاوضات، بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق كلية الحقوق، جامعة الموصل، المجلد، 13 العدد، 49، سنة 2011، ص، 246.

² جمال علي، المسؤولية المدنية للمفاوض. ب د ن . 2004. ص، 45.

وعلى كل حال، فإن القوانين المقارنة، لا تعتبر المسؤولية عن انطلاق مرحلة المفاوضات على وجه العموم والمسؤولية عن قطع التفاوض دون سبب جدي على وجه الخصوص مسؤولية من نوع خاص¹.

والمقصود من المسؤولية هنا المسؤولية المدنية التي تقع على عاتق أحد الأطراف المتفاوضة، والتي يصدر منه، فعل يلحق ضرراً بالطرف المتفاوض الآخر، ولدراسة هذا المطلب، سوف يتطرق إلى فرعين أولهما نظرية الخطأ عند إبرام العقد، وثانيهما نظرية الوكالة.

الفرع الأول: نظرية الخطأ عند إبرام العقد.

يُعتبر الفقيه أهرينج² من أهم أنصار هذا النظرية، وذلك بفكرته عن الخطأ عند تكوين العقد، حيث يبين أن الخطأ في الفترة السابقة على التعاقد سواء نجم عنه عدم انعقاد العقد، أو أدى إلى بطلانه هو خطأ عقدي، يثير المسؤولية العقدية على عاتق مرتكبيه، ويترتب عليه تعويض عن الضرر، الذي لحق بالطرف الآخر نتيجة تنفيذ العقد المراد إبرامه، أو نتيجة الثقة والطمأنينة إلى قيامه، إذ يرى أهرينج

¹ نبيل المشلاق، الصيغة القانونية لمسؤولية الأطراف في مرحلة ما قبل التعاقدية، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد 29، 2013 العدد، 2. ص، ص 299، 300، 302.

³ فون أهرينج هو فقيه ألماني وزعيم مدرسة الغاية الاجتماعية، ويرى أن القانون لا يتطور دون غاية أو هدف وأن نشأته وتطوره يكونان وفقاً لغاية محددة، وأن الإرادة البشرية عامل أساسي في تطور القانون والقانون ليس إلا وسيلة لتحقيق غاية.

أن العقد بالرغم من بطلانه إلا أنه ينشئ الإلتزام بالتعويض كعقد لا يصفه كواقعة مادية، وعليه أن دعوى التعويض مستند إلى دعوى العقد ذاتها¹.

أما عن تكييف أهرينج لهذا الخطأ بأنه رغم عدم إبرام العقد أو بطلانه، فإنه يستند إلى افتراض وجود "عقد ضمان مقترن" بكل تعاقد أو بمقتضاه، يتعهد كل شخص مُقدم على التعاقد مع طرف آخر بصحة التصرف، وليس لديه ثمة سبب، يوجب بطلان العقد، ويعد رضاء المتعاقد قبولاً ضمناً لهذا التعهد، فيتم عقد ضمان وقبول ضمناً. فالبطلان، يعتبر إخلالاً منه بالضمان وخطأ عقدياً مستوحي لتعويض الطرف الآخر، وفقاً لأحكام المسؤولية العقدية.

وانتهى إلى تأسيس المسؤولية في مرحلة المفاوضات على علاقة قانونية أساسها الثقة والأمانة المتبادلة وعلى الأطراف واجب التفاوض بحسن نية ومراعاة الإنصاف في تعاملهم، ورتبت مسؤولية الطرف الذي يقطع المفاوضات بدون مراعاة التوقعات الراسخة لدى الطرف الآخر بأن العقد في سبيل الإبرام، وكان من المفروض أن يعلم باستحالة تحقيق ما استقر من توقعات في جانبه، ولا تعني هذه

¹ نزيه المهدي، الإلتزام قبل التعاقد بالإدلاء بالبيانات المتعلقة بالعقد وتطبيقاته على بعض أنواع العقود، النهضة العربية، القاهرة، 1990، ص، 202.

الحلول الحد من حرية الأطراف في التفاوض، إنما ترمي إلى حماية مصلحة الطرف الآخر لثقتة وتعويله على النجاح في إبرام العقد¹.

ويقدر القضاء التعويض بناء على ما يعرف بالمصلحة السلبية أو الأضرار المؤسسة على الثقة، وتختلف عن المصلحة الإيجابية في الوفاء، وبالتالي يقل من مقدار التعويض على أساس المصلحة السلبية، ليقصر على قيمة ما أنفقه المتضرر وما تحمله من خسائر في مرحلة المفاوضات.

كما أوضح أهرينج كقاعدة عامة أنه، لا يجوز، أن يجرى العقد الباطل من كل آثاره، وفي حالة إذا نقص العقد ركنا أو شرطا، فأصبح باطلا، كان معنى البطلان أن العقد الباطل، لا ينتج من الآثار القانونية، ما يقابل هذا الركن أو هذا الشرط. وهذا الشرط، يقترب كثيرا من نظرية تنوع مراتب البطلان، ويتضح من ذلك أن أهرينج، يرتب على العقد الباطل أثر أصليا باعتباره واقعة مادية، بل على أساس أنه عقد وهذه الخاصية هي أبرز خصائص نظريته وقد ضرب أهرينج² لذلك مثلا، حيث ذكر أن متجرا في مدينة كولونيا أبرق إلى مصرف في مدينة فرانكفورت، أن يبيع لحسابه عددا معينا من السندات، ولكن لفظ البيع بالألمانية

¹ نزيه المهدي، الإلتزام قبل التعاقد بالإدلاء بالبيانات المتعلقة بالعقد وتطبيقاته على بعض أنواع العقود ، مرجع سابق ، ص. 202،

² عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني ، مرجع سابق، ص. 410.

(Verkenfon)، وقع فيه خطأ مادي وحذف منه المقطع الأول (Ver) فأصبح (Kenfon) ولهذا اللفظ معناه، يشتري فكان من ذلك أن يشتري المصرف لعملية بدلاً من أن يبيع، ونزل سعر المستندات بعد ذلك فبلغت الخسارة مبلغاً جسيماً¹.
ومن هنا رأى أهرينغ أن مقتضيات العدالة، أن يلتزم المتعاقد الذي جاء سبب بطلان العقد من جانبه بتعويض المتعاقد الآخر، نتيجة لما أصابه من ضرر لاعتقاده في صحة العقد اعتقاداً، يؤيده الظاهر².

وحسب رأي أهرينغ أن العقد الضمني، ينشأ بين الطرفين المتفاوضين من خلال أن الإيجاب الصادر أثناء المفاوضات، يتحلل إلى إيجابين: الإيجاب الأول موضوعه العقد الذي يجري التفاوض بشأنه. أما الإيجاب الثاني بموضوعه عدم عرقلة إبرام هذا العقد، وبما أن هذا الإيجاب، الأخير يتمخض لمصلحة الموجب له، فإن سكوته يعتبر قبولاً يقوم به العقد الضمني الذي يلتزم بموجبه كل من الطرفين المتفاوضين بعدم إعاقة إبرام العقد الذي يجري التفاوض بشأنه، وهي الحصيلة، وفقاً لهذا الرأي، لا يوجد قبل صدور الإيجاب، هذا العقد الضمني الذي يضمن الطبيعة العقدية مع المفاوضات، وعليه فالطرف المتفاوض الذي يقطع

¹ فايز أحمد عبد الرحمن، المسؤوليتان العقدية والتقصيرية ومدى أحقية المضرور في الجمع أو الخيرة بينهما، دار النهضة العربية القاهرة، ب ط، 2006. ص، 70، 71.

² رجب كريم عبد اللاه، التفاوض على العقد، مرجع سابق، ص. 210.

المفاوضات لسبب غير مشروع، يكون قد أخل بهذا الاتفاق الضمني، ومن ثم، تترتب عليه مسؤولية عقدية عن تعويض الطرف الآخر عما أصابه من ضرر¹.

فرأي أهرينج يقوم على وجود عقد بين الطرفين أثناء المفاوضات منتقد، لكونه، يقوم على مجرد افتراض، بحيث لكي ينعقد، وينشأ أي عقد لابد أن يكون التعبير صريحا وجازما، لا غموض فيه، وأن الطرف المفاوض عندما، يتفاوض على إبرام عقد معين، فإنه ينوي أن يبرم ذلك العقد لا غير، لا يخطر على باله إبرام عقد آخر، يفرض عليه التزام بعدم إعاقة إبرام العقد²، ومن ثمة، فإن المتفاوض قبل توجيه الإيجاب الجازم له مطلق الحرية في الانسحاب بشرط عدم اقتران ذلك العدول بخطأ، ولهذه المرحلة عند بعض الفقهاء، لا تترتب في الأصل أثرا قانونيا، أي لا يتم قطعها تعسفا حتى يتحقق الهدف النهائي منها، وهو إبرام العقد المنشود والالتزام بتعرض الطرف الآخر عن فوات الفرصة.

وبما أنه مُصدِرُ الضمان يعد اتفاقا، فيشترط ألا يكون باطلا، لأنه يكون كذلك خاصة فيما إذا تناولت المفاوضات إيجابا، يتضمن تعاقدًا مخالفا للنظام

¹ سليمان براك دايج الحميلي، المفاوضات العقدية، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير كلية الحقوق، جامعة النهرين، 1998، ص. 43.

² فايز أحمد عبد الرحمن، المسؤوليتان العقدية والتقصيرية ومدى أحقية المضرور في الجمع أو الخيرة بينهما، مرجع سابق، ص، 70 و71.

العام والآداب، وبالتالي لا ضمان بالنتيجة، يحرمها القانون، وقد يكون هذا الاتفاق قابلاً للإبطال كأن يكون أحد طرفيه ناقص الأهلية¹.

وهذا الرأي منتقد لأنه أغفل حقيقة أن الاتفاق أو العقد، لا يبرم دون أن يكون هناك تعبير عن إرادتين والتلاقي بينهما بشكل بات وجازم بدون لبس أو غموض، فلا يجوز افتراض قيام العقد، أو فرضية. إذا كيف يتم تكييف قطع المفاوضات على أنه خطأ، فهذا الخطأ حتماً، سيتم قبل إبرام العقد، ومن ثم استحالة تطبيق القواعد الخاصة بالعقود عليه، إضافة إلى ذلك أن الدعوة إلى التعاقد فيما لو قبلت، لا يترتب عليها اتفاق، يكون مَصْدَرًا للالتزام بالضمان، لأن الإرادة، لم تتجه إلى إحداث مثل هذا الأثر القانوني².

ومن هنا، نستنتج أن هناك ثلاث خصائص لنظرية الخطأ عند تكوين العقد، فأنصار هذه النظرية، يكتفون المسؤولية عن الخطأ عند إبرام العقد، بأنها مسؤولية عقدية، لأنها تعطي أحقية التعويض على أساس العقد الباطل الذي تسبب في بطلانه الطرف المدعى عليه، ويستندون إلى أن دعوى المسؤولية لا يمكن أن تقع إلا في دائرة العلاقات العقدية لا غير، بسبب أن بطلان العقد، يلزم القائها في هذه

¹ صبري حمد خاطر، قطع المفاوضات العقدية، بحث منشور في مجلة جامعة النهريين للحقوق، المجلد الأول، العدد الثالث، سنة 1997، ص، 130.

² صلاح الدين زكي، تكوين الروابط العقدية بين غائبين، دار النهضة العربية، القاهرة، 1963، ص. 83.

الدائرة، لأن هذه الدعوى، إما أن تؤسس على دعوى تدليس، أو على قانون أكويليا¹، ولكن -كما أسلفنا- لا يمكن اعتبارها دعوى تدليس، لأنها تقوم على عائق المدعى عليه، وإن كان حسن النية، كما لا يمكن اعتبارها دعوى أكويلية حيث أن طبيعة الضرر المطلوب التعويض عنه لا يستكمل الشروط المقررة في القانون المذكور، ومن ثم لا مفر من اعتبارها دعوى عقدية.

نص المشرع الجزائري في القانون المدني بقوله "بأنه يجوز إبطال العقد للتدليس إذا كانت الحيل التي لجأ إليها أحد المتعاقدين أو النائب عنه من الجسامة بحيث لولاها لما أبرم الطرف الثاني العقد"².

1 قانون أكويليا: صدر من مجلس العامة في أوائل القرن الثالث قبل الميلاد بناء على إقتراح حاكم العامة (Aquilius) للعقاب على أفعال ضارة لم ينص عليها قانون الألواح الإثني عشر الذي بين بعض الجرائم الخاصة وهو قانون روماني، فالضرر الأدبي جسيم حسب هذا القانون هو الضرر الذي يصيب الشخص بسبب المساس بسمعته أو شرفه أو كرامته كما في حالة السب والقذف، وإيذاء عاطفته وشعوره ولكن يمكن تقويمه بمال، للمزيد حول هذا الموضوع أنظر أسامة السيد عبد السميع والتعويض عن الضرر الأدبي (ب.ط) دار الجامعة الحديثة، الإسكندرية. 2007. ص.118.

2التدليس: (Le dol): هو ليس في حد ذاته هو العيب الذي يؤثر على الإرادة سلبا أو إيجابا، وإنما الغلط الذي يقع فيه الشخص نتيجة إيهامه بغير الحقيقة عن طريق بعض الحيل التي يستخدمها الغير أو الشخص المتعاقد الآخر والتدليس كعيب من عيوب الإرادة هو إيقاع أحد المتعاقدين في الغلط، ويكون الدافع له بإبرام التصرف القانوني.

² نص المادة 86 من القانون المدني الجزائري .

كما نص في الفقرة الثانية أنه "يعتبر تدليسا السكوت عمدا عن واقعة أو ملابسة إذا ثبت أن المدلس عليه ما كان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة والملابسة"¹

أما الخاصية الثانية، فتتعلق بأن المسؤولية، تستند على خطأ المدعى عليه عند إبرام العقد، يؤسس أهرينج دعوى المسؤولية العقدية بالتعويض، على خطأ المدعى عليه عند إبرام العقد الذي يتمثل في إقدامه على التعاقد مع قيام بسبب البطلان في جانبه سواء كان عالما بسبب البطلان أو غير عالم به، لأن من يقدم على التعاقد، يلتزم بضمان صحة إعلان إرادته بالتعاقد وبراءتها من أسباب البطلان، فإذا أخل بهذا الالتزام، فعلى الطرف المخطئ، أن يعرض الطرف الآخر عما لحقه من ضرر لركونه إلى صحة العقد ومفاجأته²، ويفسر أهرينج ذلك قائلا: "أنه قد يتبادر إلى الذهن أن دعوى البيع الواردة في النصوص، تستند إلى ذات الفكرة التي تقوم عليها حماية الحائز حسن النية، فكما أن هذا الأخير يعتبر مالكا ضمنيا فيعترف له القانون بسلطات المالك في حدود معينة، كذلك المشتري في

¹ لمزيد حول هذا الموضوع أنظر خليل أحمد حسن قداة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري،

ج1، مصادر الإلتزام، ديوان المطبوعات الجامعية، ط. 2، 2005. ص. 55.

² محمد حسام محمود لطفي، المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض، مرجع سابق، ص. 38.

البيع الباطل¹، يعد عاقدا ضمنيا، فيعترف له القانون بحقوق العاقد في حدود معينة²، ولكن أهينج، لا يتردد في رفض هذه الفكرة؟ فدعوى البيع، لا يعترف بها للمشتري الضمني على غرار دعوى المشتري الحقيقي، كما لا يمكن للمشرع، أن يستند إلى حسن نية المشتري، ليفرض التزاما بالتعويض على البائع الذي يكون بدوره حسن النية، وإنما يتأسس هذا الالتزام على أسباب، تتعلق بالبائع نفسه².

أما الخاصية الأخيرة، فيكون التعويض فيها عن المصلحة السلبية دون المصلحة الإيجابية، كون أن التعويض في هذه النظرية، لا يكون عن المصلحة الإيجابية، كما هو الحال في العقد الصحيح، وإنما يكون عن المصلحة السلبية من خلال قوله أن للمتعاقد مصلحة في قيام العقد، ومن ثم في تنفيذه، فلو تلاكأ المتعاقد الآخر للتنفيذ لا استطاع المطالبة بتعويض يساوي ما لحقه من خسارة.

وعلى ما فاته من ربح أو كسب نتيجة لعدم التنفيذ، أي الحصول على تعويض، يساوي ما كان سيحصل عليه لو تم تنفيذ العقد، وهذه هي المصلحة

¹ والمقصود هنا هو أن يكون عقد البيع باطلا بطلانا مطلقا إذا تخلف ركن من أركانه أو وجد نص أي القانون ينص ببطلانه، وقد علمنا بأن أركان العقد هي ثلاثة التراضي، المحل والسبب ويضاف إليها ركن رابع وهو الشكل المطلوب في العقد لإنعقاده وعلى هذا يترتب البطلان المطلق إذ تخلف شرط أو ركن من أركانه الأساسية المذكورة للمزيد حول هذا الموضوع أنظر علي علي سلمان النظرية العامة للإلتزام، مصادر الإلتزام في القانون المدني الجزائري، ص، 77.

² صلاح الدين زكي، تكوين الروابط العقدية بين غائبين، مرجع سابق، ص، 126.

الايجابية للعقد¹، بحيث أن للتعويض لونه الخاص في نظرية أهرينج، فهو لا يكون تعويضا كاملا، كما هو في العقد الصحيح، فالتعويض عن العقد الصحيح يكون عن المصلحة الايجابية (Intérêt Positif er bullangs Interesse) أما التعويض عن العقد الباطل، فيكون عن المصلحة السلبية (Intérêt Négatif -négatif vertruges Interesse)، ويأتي أهرينج بمثال، يوضح الفرق بين التعويضين: مثلا شخص احتجز غرفة في فندق، وتختلف عن الحضور، فإذا كان العقد عقدا صحيحا كان مسؤولا عن تعويض المصلحة الإيجابية، أي عن الضرر الذي أصاب صاحب الفندق في عدم تنفيذ العقد، فيدفع أجرة الغرفة، أما إذا كان العقد باطلا، و مع ذلك اطمأن إلى صحة التعاقد، فلا يرجع إلا بالمصلحة السلمية، فيطلب تعويضا عن الضرر الذي أصابه من جراء توهمه صحة العقد، ليعود بهذا التعويض إلى الحالة التي كان عليها لو لم يوجد هذا المظهر الخداع على التعاقد، ويترتب على ذلك أنه لا يرجع للتعويض إلا إذا أثبت أن الغرفة قد طلبها آخرون، فرفض الطلب باعتقاده بأن الغرفة محتجزة، ويكون التعويض عن المصلحة السلبية أقل عادة من المصلحة الإيجابية²، ويمكن القول بأن لنظرية أهرينج مزايا وعيوب، ومن ضمن المزايا، هي أنه تبني فكرة الخطأ، ويذهب فرضيته أن مجرد إقدام البائع على

¹ صلاح الدين زكي، تكوين الروابط العقدية بين غائبين، مرجع سابق، ص. 120.

² عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مرجع سابق، ص. 411.

التعاقد دون أن يكون واثقا تماما من عدم وجود ما قد، يعتري البيع من عيب، وهو بذلك لا يؤسس المسؤولية على عقد ضمني، فيتجنب بذلك انتفاء المسؤولية إذا كان الظن مشتركا بين الأطراف بما يدل على حسن نيتهم، بل يؤكد على تحقق الخطأ من مجرد الإقدام على التعاقد مع توافر العيب وان كان هذا العيب خفيا عليه شخصيا¹.

وفيما يخص عيوب هذه النظرية، أنها تقوم على الوهم والافتراض، مثال وجود الاتفاق الضمني المزعوم في، حالة الدخول في مفاوضات العقد، وذلك لانطلاقها من القانون الروماني الضيق وأحكامه هو كذلك، تجهل الأثر المطلق للبطلان، وتقول بزوال كل آثار التصرفات، التي تلتسق بالبطلان، وهو ما يتعارض مع اقتصار البطلان على الركن أو الشرط الذي أصابه البطلان وحده² وإضافة إلى ذلك افتراض الخطأ من جانب المتعاقد، رغم أنه قد يجهل سبب البطلان أو انتفاء التقصير من جانبه، لعدم علمه لهذا السبب، وهو ما يجعل من

¹ محمد حسام محمود لطفي، المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض، مرجع سابق، ص. 90.

² حلمي بهجت بدوي، آثار التصرفات الباطلة، مجلة القانون والإقتصاد، كلية الحقوق جامعة القاهرة، السنة الثانية، العدد الثالث، مارس، 1999، ص. 405.

فكرة الخطأ العقدي التي ينادي بها، أقرب إلى فكرة تحمل التبعية العقدية منها إلى فكرة الخطأ التقصيري¹.

كما أن نظرية أهرينج، لا تقوم على أساس صحيح، بحيث ، تنطلق من فكرة خاطئة بالنسبة لمرحلة المفاوضات، لأن المسؤولية قبل التعاقدية، تنهض عندما تفشل المفاوضات، وتصل إلى طريق مسدود وهذه المسؤولية لا يمكن ردها إلى عقد لم يرالنور بعد زوال عقد باطل، لأن العقد في حالة بطلانه، لا يتيقن إلا أن تنهض المسؤولية التقصيرية متى تحققت شروطها وأركانها، ذلك على فرض أن العقد، يعد واقعة مادية أي فعلا ضارا²، ولكن ان إثبات الطرف المعارض عدم ارتكابه لأي خطأ عقدي في مرحلة التفاوض، اخلالا بالتزامات اليقظة والتبصير عند التعاقد والاتفاقات الضمنية بين الطرفين، فهي أمور عامة يصعب تحديدها في كثير من الحالات.

¹ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مرجع سابق ص. 311.

² محمد وحيد الدين سوار، النظرية العامة للإلتزام، شرح القانون المدني، المطبعة الجديدة جامعة دمشق،

ط. 9 2000، ج. 1، ص. 247.

الفرع الثاني: نظرية تحمل التبعية العقدية في مرحلة التفاوض .

أول من جاء بهذه الفكرة هو الفقيه الألماني وينشيد¹ (Windscheid) ومضمونها أن كل شخص يقدم على التعاقد، يتحمل تبعية نشاطه التعاقدية، مما ينتج عنه تحمل المسؤولية عن الأضرار الناجمة عنه، التي تلحق بالطرف الآخر أو حتى الضرر الذي يتعدى إلى الغير من جراء عدم إبرام العقد أو بطلانه بغض النظر عن الأسباب التي أدت إلى عدم إبرامه أو بطلانه وإن كانت مجهولة لا علم له بها، فيجب أن يتحمل هذه الأضرار الطرف الذي أقدم على التعاقد، لأنه هو الذي انطلقت منه المبادرة بالتعاقد، ولا علاقة لیتحمل الطرف الآخر أو الغير المسؤولية أو تبعة الإخلال بالتعاقد، حتى وإن كان حسن النية لا يعلم بسبب الضرر، ولكنه يستطيع أن يدفع المسؤولية عن نفسه بإثبات أن الإخلال بالتعاقد الذي سبب الضرر خطأ الحضور².

وحقيقة أن هذه النظرية، لا تختلف كثيرا عن سابقتها (أهرينج) من حيث أنها تحمل المتعاقد تبعة نشاطه الذي أدى إلى عرقلة إبرام العقد أو بطلانه، وإن كان حسن النية والنتيجة واحدة للنظريتين، إلا أن الاختلاف يكمن في أساس المسؤولية

⁴ هو فقيه ألماني وأحد أنصار النظرية الشخصية في تحديد مفهوم الحق ويرى بأن الحق هو قدرة إرادية تثبت للشخص ولا يتصور حسبهم وجود الحق بدون إرادة ، وترتبط هذه النظرية بالمذهب الفردي وممن ينادون بمبدأ سلطان الإرادة.

¹ صلاح الدين زكي، تكوين الروابط العقدية بين غائبين، مرجع سابق، ص. 132.

وعبء إثباتها، حيث يتطلب (أهينج) أن يثبت الطرف المضرور أن ما لحقه من ضرر كان بسبب إخلال المسؤول عن الضرر بالتزامه باليقظة والحرص عند التعاقد، فإنه يكفي، وينشأ أن يقوم المضرور، بإثبات ما لحقه من ضرر لقيام المسؤولية عن التعويض، وأن هذه المسؤولية، تنتفي إذا أقام الطرف الآخر الدليل على علمه أو إهماله الحيطّة أو التبصير في العلم بما حال دون إنعقاد العقد أو أدى إلى بطلانه¹.

وتتميز نظرية تحمل التبعية العقدية بسهولة الإثبات، وإقامة المسؤولية على أساس التبعية العقدية، إذ يكفي إثبات الضرر، من قبل الطرف المتضرر بمجرد حدوثه² ويضاف إلى ذلك أنها، تؤدي إلى إعفاء الطرف المقدم على التعاقد من المسؤولية إذا أثبت أن الضرر الذي لحق بالطرف الآخر، كان بسبب هذا الأخير³ وبهذا هذه النظرية، تعد تطبيقاً للعدالة التي تقتضي إذ أنها تكفل للمتضرر من عدم إبرام العقد الحصول على تعويض مناسب، وأن من ينشئ بفعله في المجتمع مخاطر مستحدث، يتعين عليه تحمل تبعاتها⁴، كما نظيرتها، تعرضت هذه النظرية

¹ محمود حسام محمود لطفي، المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض، مرجع سابق، ص. 93.

² بلحاج العربي، الجوانب القانونية للمرحلة ما قبل التعاقدية، مرجع سابق، ص. 161.

³ محمود حسام محمود لطفي، المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض، مرجع سابق، ص. 93.

⁴ سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، ج. 2 الالتزامات المجلد الثاني الفعل الضار والمسؤولية المدنية، ط. 5 منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان، 1989، ص. 11180.

إلى عدت نقاط منها، أنها لم تضع حداً بين مشكلة التعويض عن قطع المفاوضات ومشكلة التعويض عن بطلان العقد بحيث تناولت المسألة بصورة كلية بلا تجزئة¹ وبصيغة أخرى أن هذه النظرية، تسهل حصول الطرف المتضرر على التعويض، فإنه من جانب آخر لها أضرار، تفوق هذه المرتبة²، الى أنها لم توضح طبيعة المسؤولية، هل هي عقدية أم تقصيرية³، ولقد ساير القانون المدني الألماني الساري من 2001/01/01 والمتمم للقانون المدني الألماني القديم الصادر سنة 1896 في مادته 311 فقرة 02 من التركيز على فكرة الخطأ خلال مرحلة التفاوض واعتباره مسؤولية عن الخطأ في مرحلة المفاوضات كمسؤولية عقدية⁴.

المطلب الثاني: أساس المسؤولية في مرحلة التفاوض قبل إبرام العقد.

لدراسة هذا المطلب، سوف نتطرق إلى آراء بعض الفقهاء الذين يروون بأن المسؤولية في مرحلة التفاوض، ما قبل إبرام العقد هي ذات طبيعة موضوعية والبعض الآخر، يرى أنها ذات طبيعة خاصة.

¹ رجب كريم عبد اللاه، التفاوض على العقد، مرجع سابق، ص. 235.

² سليمان مرقس، مرجع سابق، ص. 235.

³ محمود جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية المدنية، ج 1، مطبعة جامعة القاهرة، 1978، ص.

⁴ محمود حسام محمود لطفي، المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض، مرجع سابق، ص. 182.

الفرع الأول: نظرية فاجيلا "Faggella" (المسؤولية الموضوعية)

لقد جاءت هذه النظرية وذلك من خلال تعمقها في دراسة المرحلة ما قبل التعاقدية وتقسيمها الى مرحلتين: التفاوض على العقد، و مرحلة ابرام العقد وقام بصياغتها الفقيه جبريال فاجيلا "Gabriele Faggella"¹، ويرتكز أساسها على فكرة وجود اتفاق بالضمان عند البدء في المفاوضات، مضمون التعامل طبقا لمبادئ حسن النية والصدق والأمانة وقواعد العدالة، وعدم التجاوز على حقوق ومصالح الطرف الآخر، وعدم الإضرار به، وعدم قطع المفاوضات دون سبب مشروع²، ويمكن تقسيم المحاور الرئيسية التي جاءت به نظرية المسؤولية الموضوعية إلى ثلاثة محاور لكون أنه الفترة السابقة على التعاقد، تتميز بخصائص معينة ولكل منها قيمة قانونية، وتترتب عليها آثار معينة، أما ثانيا، يحتفظ كل طرف بحريته في العدول عن التعاقد طيلة هذه الفترة طالما أن العقد، لم يتم إبرامه وآخرها إمكانية التوفيق بين مبدأ حرية العدول والمسؤولية عن هذا العدول، بحيث تتحدد المسؤولية في كل مرحلة من المراحل المذكورة، لكنها ليست بنفس الدرجة³، وهذه

¹ هو فقيه إيطالي جاء بفكرة الاتفاق الضمني بين الأطراف المتفاوضة قبل إبرام العقد ، وأي قطع للتفاوض يسبب أضرار للطرف الثاني ينتج عنه مسؤولية .

² بلحاج العربي، الجوانب القانونية للمرحلة ما قبل التعاقدية، مرجع سابق، ص. 163.

³ رجب كريم عبد اللاه، التفاوض على العقد، مرجع سابق، ص. 243.

المراحل، قام بتقسيمها وتحديدتها الفقيه فاجيلا، وهي مرحلة المفاوضات التمهيديّة أو (مرحلة المساومة) ومرحلة صياغة الإيجاب النهائي وآخرها مرحلة تصدير الإيجاب¹.

الفرع الثاني: المسؤولية ذات طبيعة خاصة:

لقد تعددت آراء الفقهاء والاتجاهات الفقهية حول تناولها لطبيعة المسؤولية لمرحلة السابقة على التعاقد، في حالة الإخلال بالمفاوضات التي تسبق إبرام العقد كون أنهم توصلوا إلى أن المسؤولية عن قطع المفاوضات لا يمكن أن تكون ذات طابع تعاقدية لكونها ليست نابعة من تصرف قانوني، ينشأ بين مفاوضين مصدره الالتزامات، ولا يمكن اعتبارها مسؤولية تقصيرية، قول منتقد لأنه يغيب إرادة الأطراف المتفاوضة التي لها دور هام في المفاوضات، ولا يمكن تجاهلها. ومن هنا، توصل الفقه إلى أن هذه المسؤولية لا تكون عقدية أو تقصيرية، لكنها ذات طبيعة خاصة نتيجة الخصوصية التي تتميز بها المفاوضات قبل إبرام العقد، وخاصة أنه لهذه الأخيرة، طابع الخصوصية في ظل وجود عقود مركبة أو معقدة كعقود التجارة الدولية، لأنها مسؤولية تقع على الطرفين ما قبل التعاقد، ولهذا ذهب هذا الاتجاه إلى أن هذه الخصوصية، تقع جنباً إلى جنب مع كل من المسؤولية

¹ هدى عبد الله، النظام القانوني للفترة السابقة على التعاقد في القانون اللبناني والقانون المقارن، رسالة دكتوراه بيروت، 1998-1999، ص. 143.

العقدية والتقصيرية باعتبار أن هذه المسؤولية، تحمل طبيعة وأوصاف الحق نفسه الذي تحميه¹.

ومن جانبنا، نرى أنه لا يمكن مسايرة هذا الرأي، كون أن للمسؤولية لونيين، وهما المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية وما دونهما لا يمكن اعتباره مسؤولية، يتحملها صاحبها، دون وجود الأركان التقليدية المعلومة، وهي الخطأ والضرر والعلاقة السببية بينهما، ويمكن اعتبار ما كان من التزامات بين الطرفين مسؤولية عقدية، وما دون ذلك مسؤولية تقصيرية، تنسب وفقا لمبدأ حسن النية بين الأطراف المتفاوضة.

المطلب الثاني: جزاء الاخلال بالتزامات الأطراف في مرحلة المفاوضات.

مما لا شك فيه أن الجزاء بإخلال الأطراف المتفاوضة بالتزاماتهم خلال مرحلة المفاوضات، يكون بعد تحديد المسؤولية في هذه المرحلة المهمة والحاسمة لكي يضمن الطرف المتضرر تعويضا، منصفا له من جراء إخلال الطرف الآخر بالتزاماته إلا أن الفقه الحديث، يفرق بين صورتين من صور المفاوضات² فإن كانت المفاوضات غير مصحوبة بعقد التفاوض، تكون هنا نوع المسؤولية، تركز

¹ عمر سالم محمد، الطبيعة القانونية للمسؤولية السابقة على التعاقد، بحث منشور على موقع الانترنت <https://ao.academy.org>، ص 13 وما بعدها، ثم الدخول الى الموقع بتاريخ 2020/10/29 على الساعة

² Phillipe le boulanger . op. cite. N 62. p.28

في هذه الحالة، على المسؤولية التقصيرية، أما إذا كانت المفاوضات مصحوبة بعقد تفاوض، فإن المسؤولية في هذه الحالة، تكون مسؤولية عقدية، ومن هنا سوف ندرس مسؤوليات الأطراف غير مصحوبة بعقد التفاوض كفرع أول، أما الفرع الثاني، سوف نتناول فيه مسؤولية الأطراف في حالة التفاوض المصحوب بعقد.

الفرع الأول: المسؤولية المترتبة على الأطراف في ظل عدم وجود عقد تفاوض.

يقصد بالمفاوضات غير مصحوبة بعقد تفاوض، تلك التي تجري بين الطرفين المتفاوضين دون أن يكون بينهما اتفاق صريح يتضمنها، وهذه الصورة شائعة في المفاوضات التي تنصب على صفقات بسيطة إذ يقوم الطرفان بالدخول في المفاوضات مباشرة دون وضع اتفاقات، ويحدث هذا خاصة في العقود قليلة الأهمية وغير المركبة أو المعقدة¹، ومن هنا نتساءل عن القيمة القانونية لمثل هذه المفاوضات المفتوحة، فهل تغلت هذه الأخيرة من رقابة القانون؟ وهل لا تنتج اتجاه الطرفين أي مسؤولية، وإن كانت هناك مسؤولية أي نوع منها، هل هي عقدية أو

¹ جاك غسان، المطول في القانون المدني، تكوين العقد، ترجمة منصور القاضي، ط. 2، المؤسسة الجامعية للنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، 2008، ص، 355.

تقصيرية¹ وللإجابة عن هذه الإشكالات وجب البحث ودراستها من خلال القانون الفرنسي، القانون الأنجلوأمريكي والقانون المصري والجزائري.

البند الأول: طبيعة المسؤولية في القوانين الأجنبية .

سوف نعرض بعض آراء ووجهات نظر الفقه والقضاء الأجنبي حول طبيعة المسؤولية في ظل عدم عقد تفاوض.

أ: الوضع في القانون الفرنسي .

عند دراسة واستقراء القانون المدني الفرنسي قبل تعديله، لا نجد أي نص خاص يحكم مرحلة المفاوضات².

كما أن الفقه³ والقضاء⁴ الفرنسيين يعتبرون بأن المفاوضات غير المصحوبة أو المرتبطة بعقد تفاوض صريح، هي مجرد عمل مادي غير ملزم لأي طرف من الأطراف المتفاوضة طالما أن العقد، لم ينعقد بعد، ولكل طرف مطلق الحرية في الدخول، أو الانسحاب منها في الوقت الذي يشاء فيه دون أن ينجر عنه أية مسؤولية، ومن هنا إن عملية العدول الاختياري للطرف المتفاوض في أي وقت، لا يشكل أي خطأ، يستوجب طلب التعويض عن الطرف الآخر، لكن القانون المدني

¹ علي أحمد صالح، المفاوضات في العقود التجارية الدولية، مرجع سابق، ص. 668

² Beregere lassale . op . cit . p 826

³ جاك غسان، مرجع سابق، ص. 332.

⁴ Cass. comm . 20 mars 1972 , J.C.P.1973

الفرنسي، أكد على حالة الطرف الآخر بعد اعتقاده بأن العقد المزمع إبرامه أوشك على إنعقاده وهذا ما يخالف ويتنافى والأمانة وحسن النية في التعامل، ففي هذه الحالة تقوم المسؤولية التقصيرية بشروطها المحددة بنص المواد 1382، 1383 من القانون المدني الفرنسي وليست طبقاً للقواعد المسؤولية العقدية¹، ومثالها أن محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 1972/02/23 فصلت في قضية تتلخص وقائعها²، في أن المفاوضات جرت بين شركتين لشراء آلة ضخمة باهضة الثمن، أمريكية الصنع، وبعثت الشركة الراغبة في عملية الشراء إلى الولايات المتحدة الأمريكية أين عاين تشغيل متحملة النفقات ثم طالبت الشركة وهي وكيلة الصانع في فرنسا بيانات إضافية لتختار النوع المناسب من الآلة بدلا من تسليم كشف البيانات³.

التي وصلتها من الصانع إلى الشركة الراغبة في الشراء، فقامت ببيع الآلة إلى شركة منافسة مع التزامها بلامتناع مدة اثنتين وأربعين شهرا عن بيع آلة أخرى، وبعد عرض القضية على القضاء، أدان قاضي الموضوع الشركة المدعى عليها بقطع المفاوضات فجأة ودون مبرر، بعد أن وصلت إلى مرحلة متقدمة مع

¹ محمود جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية المدنية، جع سابق، ص. 139

² Cass . Civ.03 oct . 1972 . bull. civ 111 . N 491 . p 359

³ Jonna Schmidt – szalewski.op.cit.p548

علمها بالمبالغ الضخمة التي أنفقتها الشركة المدعية في سبيل الصفقة اعتبر القاضي، بأن الظروف التي أحاطت بقطع المفاوضات، جعلته قطعاً تعسفياً مقيماً للمسؤولية التقصيرية¹.

وحسب ما ذهب إليه البعض بأن الفقه والقضاء الفرنسيين، لم يأخذاً بنظرية الخطأ عند إبرام العقد التي نادى بها، العلامة أهرينج والتي مفادها وجود اتفاق ضمني، ينعقد بين الطرفين بمجرد دخولهما في المفاوضات، وينشأ على عاتقهما التزام باليقظة في المفاوضات، بحيث يكون المتفاوض مسؤولاً مسؤولية عقدية إن هو أخل بهذا الالتزام، فقد أصبح هذا الرأي مهجوراً من طرف الفقهاء الفرنسيين بحجة أن هذا الاتفاق الضمني هو مجرد وهم لا أساس له من الحقيقة، ولهذا فإن المسؤولية في مرحلة المفاوضات غير المصحوبة بعقد تفاوض، لا تكون إلا تقصيرية، وتحكمها قواعد المسؤولية التقصيرية وفقاً لأحكام المادتين 1382 و1383 من القانون المدني الفرنسي، فهي وحدها واجبة التطبيق على المسؤولية قبل التعاقدية عن قطع المفاوضات كما رفضت المحاكم الفرنسية دعوى المضرور

¹ علي أحمد صالح، المفاوضات في العقود التجارية الدولية، مرجع سابق، ص، 672.

بالتعويض مادام أن قطع المفاوضات، لم يقترن به خطأ أو تقصير أو إساءة أو تشهير¹.

إضافة إلى أن الاجتهاد القضائي الفرنسي، يشترط التعسف في قطع المفاوضات بنية الأضرار بالطرف الآخر²، أو سوء نية³، أو الوعد الخادع⁴ أو النفاق أو التدليس⁵، فإنها قد تشكل خطأ تقصيرياً، وتؤدي إلى قيام المسؤولية التقصيرية في حالة ما قبل التعاقد⁶، ولم يتردد القضاء الفرنسي في المسؤولية التقصيرية، للمتفاوضين الإنهاء المفاجئ للمفاوضات في مراحلها المتقدمة دون مبرر مشروع⁷ أو المصحوب بخطأ موصوف⁸ أو واضح لا غموض فيه⁹ وحتى بخطأ عادي¹⁰، فإنها تكون جزءاً من مسؤولية تقصيرية، وخاصة إذا ظهرت من جانب متفاوض محترف، فإن إطالة مدة التفاوض بدون سبب جدي مع ثبوت سوء النية لدى المتفاوض الآخر.

¹ علي أحمد صالح، مرجع سابق، ص. 672.

² CASS.CIV.12-04-1976 Bull. Civ 1,N122 OBS Durry 16-10-1973 –Durry 1974 ir .p 15

³ CASS .COM.22.02.1994.RTD .CIV1994.P 849

⁴ REMES 08.07.1929 .DH.1929.P548

⁵ VERSAILLES , 24.09.1991, RTD , CIV 1992 ,P 752

⁶ CASS .COM.15.10.2002 , N13738,RJDA,2003,N218

⁷ CASS.COM.20.03.1972,JCP , 1973.2.17543

⁸ CASS.COM.10.06.1986.RTD.COM.1987,570. OBS.Hémard.

⁹ CASS.CIV.03/10/1972.BULL.CCIV.3.N491

¹⁰ CASS.COM.22/02/1994, RTD,CIV,1994,P849

ومن ناحية أخرى، فإن الاجتهاد القضائي في فرنسا، يعتبر أن من يتمسك بقطع المفاوضات أمام المحكمة الابتدائية، لا يجوز له أن يتمسك بعدم تنفيذ العقد أمام محكمة الاستئناف، لأن هذا الطلب، بمثابة طلب جديد¹.

وقد أيد القضاء الفرنسي هذا الاجتهاد، بل ولم يتوقف عن هذا، وتوسع فيه معتبرا الدخول غير الأمين في المفاوضات، أو عدم توافر نية جادة في التعاقد، أو إتخاذ قرار انفرادي مفاجئ بقطعها تعسفيا استنادا لأي حجج واهية دون مبرر شرعي، تؤدي إلى قيام المسؤولية التقصيرية التي تقرها المادة 1382 فقرة 02 من القانون المدني الفرنسي، وأصبحت كما سلف ذكره بأن هذا النوع من المسؤولية، أصبح واجب التطبيق على الطرف الذي يقطع المفاوضات قبل إبرام العقد، وتضاف إلى المادة المذكورة، المادة 1383 فقرة 03 من القانون المدني الفرنسي².

بعكس القانون المدني الفرنسي والقانون المدني الجزائري، تضمن القانون المدني الألماني في مادته 311 الفقرة 02 والقانون المدني الإيطالي في نص المادة 1337 وجوب مراعاة حسن النية خلال مرحلة المفاوضات على العقد³، وهذا

¹ CASS.COM,15/10/2002,N3738,RJDA.2003.N2019

² علي أحمد صالح، المفاوضات في العقود التجارية الدولية، مرجع سابق، ص، 673.

³ بلحاج العربي، الجوانب القانونية للمرحلة ما قبل التعاقدية، مرجع سابق، ص، 375.

النص جاء موسعا ليشمل على وجوبية التفاوض وبحسن النية، أي قطع للمفاوضات وبسوء نية، يجعل الطرف الآخر المتضرر، يطالب الطرف الذي قطع المفاوضات، بدون سبب جدي لتحمل مسؤولية التعويضات، إستنادا على نص المادتين المذكورتين أعلاه، من القانون المدني الألماني والقانون المدني الإيطالي.

ب: الوضع في القانون الانجلو أمريكي.

في القانون الأمريكي يعد العقد، نتاج عن مفاوضات بين أطراف متكافئة وأن إبرام العقد، يكون نتيجة أخذ وعطاء في عملية المفاوضات، ويتعين على أي طرف الحرص والاهتمام بمصالحه الخاصة، لذلك لا يفرض القانون الأمريكي، قيودا أو التزامات على عاتق الأطراف المتفاوضة، ويترك لهم الحرية الكاملة في التفاوض حتى لا يحجم الناس عن الدخول في المفاوضات ويصعب التعامل بين الأشخاص والأمر الذي يلحق الضرر الجسيم بالتجارة والمعاملات التجارية الدولية¹. فالمفاوضات في القانون الأمريكي تقوم على المخاطرة والاحتمال، لذا يتعين على كل متفاوض، أن يتوخى الحيطة والحذر والاهتمام بمصالحه فإن لحقه ضرر من جراء المفاوضات، فلا يلوم إلى نفسه، المقصود في القانون الأمريكي أنه لا مسؤولية، تترتب إذا ما ألحق ضررا بالطرف المتفاوض، وكل يتحمل

¹ أحمد علي صالح، المفاوضات في العقود التجارية الدولية، مرجع سابق، ص. 673.

المخاطر الناجمة على ذلك، وعليه أن يبذل، قصارى جهده للحصول على أفضل صفقة ممكنة. فالقانون الأمريكي، يؤكد على الالتزام بمراعاة مبدأ حسن النية في تنفيذ العقد، وهو ما تشير إليه المادة 205 من تقنين العقود للولايات الأمريكية "أنه يلتزم كل طرف في العقد بالتصرف بحسن نية وأمانة عند تنفيذه"، كما تنص المادة 103 فقرة 01 من قانون التجارة الأمريكي " أن العقود التي ينطبق عليها هذا القانون يجب تنفيذها وبحسن نية"¹.

ومن هنا يمكن القول بأن الالتزام والمسؤولية المترتبة في مرحلة ما قبل إبرام العقد أو خلال مرحلة التفاوض على العقد، تقتصر على الالتزام، بمراعاة حسن النية عند تنفيذ العقد فقط، هذا في القانون الأمريكي، أما في القانون الإنجليزي، فإن فقهاء القانون، يرفضون إضفاء على الاتفاقات والعقود التمهيديّة، الصيغة العقدية التي تكون خلال مرحلة المفاوضات².

وهذا لسببين: كون أن المفاوضات في القانون الإنجليزي، تقوم على مبدأ، يقتضي بأن يتحمل المرء مخاطر تفاوضه، مما يتعين على كل متفاوض، أن يتوخى الحيطة والحذر والاهتمام بمصالح الخاصة³ وأما السبب الآخر، يتعلق بأن

¹ أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي ، مرجع سابق، ص. 53.

² عمر سالم محمد، الطبيعة القانونية للمسؤولية السابقة على التعاقد ، مرجع سابق، ص. 29.

³ Jomma Schmidt.Op.Cit.P52

مفهوم العقد في القانون الإنجليزي يختلف عن مفهومه في الدول الأوروبية فالعقد لدى هذه الأخيرة، يكفي لإنعقاده بمجرد تبادل إيجاب وقبول متطابقين، لكن في القانون الإنجليزي، فليس كل اتفاق لإرادتين، يعد عقداً، ولا يجب أن يستند العقد في القانون الإنجليزي إلى مقابل مادي، لكي يعد عقداً ملزماً من الناحية القانونية، فإذا لم يتلق الشخص مقابلاً مادياً في يده، فلا يمكن الحديث عن العقد، ويجب أن يكون المقابل المادي صادراً عن الموعود له شخصياً، وليس من طرف شخص آخر، ويجب تقديم المقابل المادي في ذات الوقت الذي يصدر فيه الوعد.¹ وهناك تطبيق قضائي حول هذه القضية التي وقائعها أن إحدى الشركات الهندية أرسلت رسالة نية، إلى شركة أخرى، تخبرها فيها في رغبتها في التعاقد معها، وأبلغتها ببدء الأعمال دون انتظار، وعلى إثر خلاف بين الطرفين، تم رفع الأمر إلى القضاء، فقررت المحكمة المختصة أنه لم تنشأ رسالة النية الصادرة من الطرف الأول، أي التزام تعاقدى رغم بدء تنفيذ الأشغال من قبل الطرف الآخر²، وهذا ما يؤكد بأن القضاء الإنجليزي، يستند على فكرة تقتضي التعويض عن الإدلاء

¹ محمود جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية المدنية، مرجع سابق، ص، 135.

² M.FONTAINE.Droit des contrats internationaux, analyse et rédaction de clauses, paris, éd, FEC,1989,P 05

ببيانات كاذبة أو غير صحيحة أثناء تكوين العقد، ويشترط لقيام المسؤولية التقصيرية عن الإدلاء بالبيانات غير الصحيحة في مرحلة تكوين العقد¹.

ج : موقف القانون المدني الإيطالي.

لقد تميز التقنين المدني الإيطالي عن بقية القوانين المقارنة الأخرى بأنه تضمن نصا خالصا، يلزم الطرفين المتفاوضين، بالتفاوض وبحسن نيته، وذلك في المادة 1337 منه التي تنص " يلتزم الطرفان المتفاوضان بالتفاوض وبحسن نية"² وهذا لا يعني أن المسؤولية في المرحله السابقة على التعاقد، تكون عقديه وإنما هذه المسؤولية تقصيرية، وحسب ما جاء بقرار محكمة النقض الإيطالية³، وأما على صعيد النصوص القانونية التي تعالج المسؤولية الناجمة عن قطع المفاوضات، فهي غير متوفرة في القانون الإيطالي، أما فيما يخص موقف القانون الإيطالي من المفاوضات غير المصحوية باتفاق تفاوض، حيث اعتبر شأنها شأن

¹ أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، مرجع سابق، ص، 51.

² المادة 1337 من القانون المدني الإيطالي الموافق عليه بموجب المرسوم الملكي رقم 262 المؤرخ في 1992/03/16.

³ CASS.IT.23/06/1964.GIUST.CIV.MARS.1964.755

القوانين الأخرى أعمال مادية غير ملزمة، فيجوز لكل من الطرفين قطعها، دون أن يتعرض لأية مسؤولية¹

فالمشرع الإيطالي بالرجوع إلى نص المادة 1337 من القانون المدني، نجد أنه تكلم عن المفاوضات المصحوبة بعقد تفاوض، فهنا أي تصرف، يقوم به المفاوض إضراراً بالمفاوض الآخر، يترتب عنه ضرر، يترتب تعويض عن المسؤولية العقدية. أما المفاوضات التي لا تنص على عقد تفاوض، تخرج من هذه الدائرة واعتبرها المشرع أعمالاً مادية، لا تلزم الطرف المفاوض الآخر، ولا تعرضه لأية مسؤولية. فقط سيضع الطرف الآخر باتباع إجراءات المسؤولية التقصيرية، ليحصل على تعويضه اتجاه طرف الذي أحدث تقصيراً في مواجهة الطرف الآخر.

د: موقف القانون المدني الألماني:

تأثر الفقه والقضاء الألمان بنظرية الخطأ عند إبرام العقد التي جاء بها الفقيه أهرينج، وذلك لافتقار القانون المدني الألماني، لأية نصوص قانونية، تنظم مرحلة المفاوضات أو الفترة السابقة على التعاقد شأنه شأن القوانين المقارنة الأخرى إلى أن الفقه والقضاء، كيفاً طبيعة المسؤولية في الفترة السابقة على

¹ رجب كريم عبد اللاه، التفاوض على العقد، مرجع سابق، ص. 266.

التعاقد بأنها مسؤولية شبه عقديه، تنطبق عليها قواعد المسؤولية العقدية، وهي ليست مسؤولية تقصيرية¹، ويكون أساس هذه المسؤولية هو الثقة المتبادلة بين الطرفين المتفاوضين، بحيث يكون لكل طرف الحصول على تعويض على ما لحقه من ضرر من جراء خيانة هذه الثقة².

وهنا يتبين أن موقف القانون المدني الألماني من التفاوض، يعتبر عقد تفاوض خلال المرحلة ما قبل التعاقد، إتبع ما جاء به الفقيه الألماني أهرينج، وجعل من هذه المسؤولية، تنطبق عليها قواعد المسؤولية العقدية، كما أقره نظرائه من الفقهاء بالنسبة لاتباع قواعد المسؤولية التقصيرية. ومن هنا إتضح جليا بأن الفقه والقضاء الألماني اعتبر مرحلة المفاوضات، وما ينجر عنها من أضرار، تلحق بالطرف المتفاوض الآخر، كما تسمح له بالمطالبة بالتعويض تحت طبيعة قواعد المسؤولية العقدية وأساس هذه الأخيرة في نظر القانون المدني الألماني، هو الثقة المتبادلة بين الأطراف، وخيانة هذه الثقة كما سبق ذكره، ينجر عنه مطالبة الطرف الآخر بتعويض على أساس أن هناك عقد بين الطرفين.

¹ يونس صلاح الدين محمد علي، العقود التمهيدية، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الموصل، الإسكندرية، 2000، ص، 23.

² رجب كريم عبد اللاه، مرجع سابق، ص، 266.

البند الثاني: الوضع في القوانين العربية.

هناك من القوانين العربية من عالجت إشكالية ماهي نوع المسؤولية التي تطبق على قاطع المفاوضات ومنها :

أ: الوضع في القانون المصري.

ذهب الفقه المصري إلى أن المبدأ الذي يسود المفاوضات، يسمح بقطعها في أي وقت شاء شريطة، أن يتم ذلك في إطار مبدأ حسن النية وعدم تعمد إلحاق أي ضرر بالطرف المفاوض الآخر عكس قطع مفاوضات العقد دون أي سبب جدي، التي قد تكون مصدرا للمسؤولية التقصيرية، على أن يتحملها قاطع المفاوضات خلال مرحلة إبرام العقد، وهذا وفقا لما جاءت به نص المادة 163 من القانون المدني المصري¹، وما ذهبت إليه محكمة النقض المصرية في قرارها الصادر سنة 1967 بقولها " أن المفاوضات ليست إلا عملا ماديا لا يترتب عليها بذاتها أي عمل قانوني، فكل متفاوض حر في قطع المفاوضات في الوقت الذي يريده دون أن يتعرض لأية مسؤولية أو يطالب ببيان المبرر لعدوله " ولا يرتب عن هذا العدول مسؤولية على من عدل إلا إذا إقترن به خطأ تتحقق المسؤولية

¹ حسام الدين كامل الأهواني، المفاوضات في الفترة التعاقدية، ومراحل إعداد العقد الدولي ، مجلة العلوم القانونية والإقتصادية العدد 02، 1996، ص، ص 393، 394 .

التقصيرية إذا نتج عنه ضرر بالطرف الآخر المتفاوض، وفي هذه الحالة، يقع عبء إثبات ذلك الخطأ، وهذا الضرر على عاتق ذلك الطرف¹.

ومن هنا، يظهر أن محكمة النقض المصرية اعتبرت المفاوضات ليست عملاً قانونياً، وبالتالي أن استجابة الطرف في أي وقت شاء، لا يرتب مسؤولية كما أن الطرف المنسحب، غير مجبر على تقديم سبب أو مبرر عدوله وانسحابه، وإذا لحق ضرراً بالطرف الآخر على هذا الأخير، أن يثبت ذلك أمام القضاء أو المحاكم، ويكون هذا الخطأ المرتكب مسبباً للتعويض نتيجة المسؤولية التقصيرية للطرف المنسحب من المفاوضات، وهذا خلال الفترة التحضيرية لما قبل التعاقدية. وقد اتضح موقف القضاء المصري أكثر خلال حكم محكمة النقض المصرية الصادر بتاريخ 27-01-1966، وتتلخص وقائع القضية في أن (أ) عرض على (ب) أن يفكر له مشروعاً، يستثمر فيه أمواله، ويكون شريكاً له فيه، فقبل (ب) هذا العرض، وأخذ، يفكر في مشروع حتى توصل إلى إنشاء مصنع لعمل، وطبع أسطوانات الأغاني والموسيقى بمصر، يكون هو الأول من نوعه في الشرق الأوسط وعرض الفكرة على (أ)، فرحب بها، وأجرى مفاوضات من أجل إنشاء شركة لتنفيذ هذا المشروع، انتهت إلى اتفاق الطرفين على تكوين شركة فيما

¹ نقض مصري، مدني، 09.02.1967.

بينهما، تقتصر فيها على مشاركة (ب)، على عمله وخبرته الفنية وإشرافه الفني والتجاري على المصنع، ويكون له الربح في موجودات الشركة وصافي الأرباح وقضي (ب) عدة أشهر في الخارج بحثاً عن أحسن الآلات، ثم حضر (أ)، وأجرى الاختبار، ودفع ثمن هذه الآلات وبعد وصولها إلى مصر تنكر (أ) ورفض تحرير عقد الشراكة، تم طرح النزاع على محكمة الاستئناف، فقضت بوجود شركة بين الأطراف، وأثبتت أحقية (ب) في التعويض، لكن محكمة النقض، نقضت الحكم، وقالت بأن التكييف الصحيح للوقائع هو اعتبار أن ما تم بين الطرفين، لم يتجاوز مرحلة المفاوضات في تكوين شركة بينهما، وأن الطاعن، لم يكن جادا في هذه المفاوضات، ولم يكن أبداً، يقصد تكوين الشركة بل أوهم (ب) برغبته في تكوين هذه الشركة بمجرد الحصول منه على فكرة المشروع¹.

ومن هنا، يتضح بأن محكمة النقض، توصلت إلى نتيجة هامة هو تعويض الطرف (ب) يكون على أساس عدم إخطاره من طرف (أ) بقطع المفاوضات في وقت مناسب، وهذا ما إعتبرته محكمة النقض خطأ استوجب تعويض (ب) عن الضرر اللاحق به المادي والآخر أدبي، وهذا ما أكدته محكمة النقض المصرية بأن المفاوضات غير المصحوبة باتفاق تفاوض، تعتبر مجرد عمل مادي.

¹ محمد حسام محمود لطفي، المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض، مرجع سابق، ص. 62.

ب: الوضع في القانون الجزائري.

على غرار القوانين العربية، لم يتضمن القانون المدني الجزائري أي نص خاص، يتعلق بمرحلة المفاوضات قبل التعاقدية، عكس المراحل الناتجة بعد إبرام العقد، إذ نجد كل نصوص القانون المدني، انصبت على أن لكل طرف، أن ينفذ التزاماته التعاقدية، وكذا المسؤولية المترتبة على الإخلال بها¹، فقد في القانون المدني الجزائري "على أنه يجب تنفيذ العقد طبقا لما إشتمل عليه وبحسن نية"².

ومن خلال إستقراء وملاحظة القاعدة القانونية المذكورة، نجد أن المشرع الجزائري فعلا، ركز على مرحلة إبرام العقد وتنفيذه دون اهتمامه ومرحلة ما قبل إبرام العقد والتي هي مرحلة مهمة وصعبة، ومعقدة وخاصة في عقود التجارة الدولية التي تحتوي على عقود مركبة ومتعددة، وذات أهمية بالغة لا سيما أنها تنصب على مشروعات عملاقة، لا يمكن أن تبرم مباشرة، إلا بعد إجراء مفاوضات بين الطرفين والتي يمكن أن تدوم لعدة أشهر أو حتى سنوات.

كما أنه حتى الفقه، تأثر بالمشرع، ولم يتكلم عن المرحلة الحاسمة ما قبل التعاقدية والسبب هو أن هناك ندرة وقلّة ما يعرض من منازعات أمام القضاء الجزائري، إلا من نزاعات حول النظرة التقليدية إلى العقد الذي يتم بمجرد تبادل

¹ علي أحمد صالح، المفاوضات في العقود التجارية الدولية ، مرجع سابق، ص. 682.

² المادة 107 من القانون المدني الجزائري.

إيجاب وقبول الطرفين، لكن هذه النظرة البسيطة، أصبحت لا تتناسب مع وجود وظهور العقود التجارية الدولية¹، والتي أسفرت عنها وجود صفقات عملاقة وضخمة، لا يتم إبرام عقودها مباشرة، كما تبرم العقود التقليدية المعروفة، بل وجوب مرورها بمرحلة أولية، وهي التفاوض حول إمكانية إبرام العقد النهائي.

ومن ذلك كله، كان على المشرع الجزائري، أن يأخذ بعين الاعتبار مرحلة المفاوضات في العقود، فيعطيها الاهتمام الذي يليق بها، وذلك من خلال وضع نصوص قانونية خاصة بها، لتحديد طبيعة العلاقة بين الطرفين المتفاوضين، وماهي الالتزامات التي تقع على عاتق كل متفاوض في مرحلة المفاوضات قبل العقدية.

ومن جانب آخر، نجد أن المشرع الجزائري في نص في القانون المدني "بأن كل إتفاق الذي يعد له المتعاقدين أو أحدهما بإبرام عقد معين في المستقبل لا يكون له أثر إلا إذا عينت جميع المسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه والمدة التي يجب إبرامه فيها"².

وعند استقراء وملاحظة المادة المذكورة، نجد أن المشرع الجزائري، حسم الأمر من خلال عدم اعترافه بما قد يكون بمرحلة ما قبل التعاقد أو ما يسمى

¹ علي أحمد صالح، المفاوضات في العقود التجارية الدولية، مرجع سابق، ص. 682.

² المادة 71 من القانون المدني الجزائري.

بالمفاوضات عن العقد المزعوم المراد إبرامه مستقبلاً إلا بعد تحديد جميع المسائل الجوهرية وإلا أنه، لا يعتبر كذلك، ومن هنا فالمرجع، لم يتطرق لمرحلة ما قبل العقد بل تطرق لمرحلة إبرام العقد في الحين، أما إذا كان مستقبلاً، فيكون بتحديد جميع المسائل الجوهرية له¹.

وبعد التعديل الأخير للقانون الشكلي للإجراءات المدنية والإدارية² لسنة 2008 والذي بدأ سريانه خلال سنة 2009، نجد أن المشرع، تطرق إلى ما يسمى بالأقطاب المتخصصة المنعقدة دون سواها في، المنازعات المتعلقة بالتجارة الدولية كما أنه أضاف إلى أنه تحدد مقرات الأقطاب المتخصصة والجهات التابعة لها عن طريق التنظيم، وهذا ما لم يتم حتى الآن بالرغم من مرور سنوات عديدة على صدور قانون الإجراءات المدنية والإدارية كما أن القانون المدني، لم يساير هذا التعديل الذي جاء بناء على اهتمام كبير واكتساح الدولة حدودها للتجارة الدولية.

الفرع الثاني: المسؤولية المترتبة على الأطراف في ظل وجود عقد تفاوض
القاعدة العامة أنه، لا يترتب أية التزامات على طرفي التفاوض قبل إبرام العقد

¹ المادة 71 من الأمر 75 - 58 المعدل والمتمم بالقانون 07-05 المؤرخ في 13 مايو 2007 والمتضمن القانون المدني.

² المادة 32 فقرة 05 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الصادر تحت رقم 08-09 المؤرخ في 18 صفر عام 1429 الموافق لـ 25 فبراير 2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

المنشود، فالعقد هو مصدر الالتزامات، ويفرضها، على طرفي المفاوضات وبما أنه حسب رأي الفقه التقليدي، فإن المفاوضة مجرد عمل مادي، كما تطرقنا في المطلب الأول كون أن هذه الفترة، يحكمها مبدأ حرية التعاقد، لأنه يستطيع كل طرف العدول عن التفاوض وعدم إجباره على إبرام العقد وعليه، فإن المفاوضات حسب هذا الاتجاه الفقهي، لا يترتب عليها أي التزام، ما دامت، لم تصل إلى حد إبرام العقد، ولكن إذا ما بقيت المفاوضات أسيرة هذا المبدأ، فإن ذلك، سوف يؤدي إلى أن يتحلل كل طرف من المفاوضات، وإن سبب ذلك ضرراً بالطرف الآخر وهذا ما جعل أصحاب هذا الاتجاه إلى إلحاق مسؤولية الطرف المتفاوض إذا ما أخل بالمفاوضات، وبما أن العقد، لم يبرم بعد، وعلى الطرف الآخر إثبات ذلك إذا ما أصابه ضرر نتيجة قطع المفاوضات بدون مبرر شرعي وإثبات الخطأ والضرر والعلاقة السببية حتى لا تظل المفاوضات باباً مفتوحاً لإضاعة الوقت والجهد والمال¹

ويجب التنويه أنه قد تتخلل مرحلة المفاوضات، على العقد اتفاقات صريحة أو ضمنية، يكون الغرض منها مناقشة شروط العقد المراد إبرامه والمقصود هنا إذا قام الطرفان بتنفيذ التزاماتهما بصورة صحيحة إلى أنه، لم يحالفهما الحظ في

¹ رمضان أبو السعود، مبادئ الإلتزام في القانون المصري واللبناني، الدار الجامعية، ب. ط، 1986، ص. 76.

التوصل إلى إبرام العقد، لا يترتب عن هذا أية مسؤولية، أما في الحالة الأخرى العكسية إذ لم يقر، أحدهما بتنفيذ التزاماتهم بصورة صحيحة، فنجم عنه فشل في المفاوضات، وألحق ضرراً بالطرف الآخر، فهذا يلحق مسؤولية عقدية وفقاً لمبدأ حسن النية في العقود¹، ومن هنا سوف نتطرق في هذا المطلب إلى الوضع في القوانين الأجنبية كفرع أول أما الفرع الثاني، سوف نتناول فيه موقف القوانين العربية.

البند الأول: موقف القوانين الأجنبية من المسؤولية المترتبة عن الأطراف في ظل وجود عقد التفاوض.

هناك من القوانين الأجنبية من تعرضت للإيجاد حلول بخصوص المسؤولية التي تترتب في ظل وجود عقد تفاوض بين الطرفين وهي:

أولاً: موقف القانون المدني الفرنسي .

لقد اعترف الفقه والقضاء² الفرنسيان باتفاق التفاوض الصريح، وتم تكييفه بأنه اتفاقاً حقيقياً، ينشأ على عاتق الطرفين، التزامات حقيقية في حالة الإخلال بها، يؤدي إلى المسؤولية العقدية طبقاً لنص المادة 1142 من القانون المدني

¹ محمد شاكر محمود محمد، المسؤولية عن قطع المفاوضات، دراسة مقارنة، ط 1.2016، المركز القومي لإصدارات القانونية، بيروت، ص، 129.

² J.SCHMIDT.Négociation et conclusion de contrats .p 201

الفرنسي، وذلك لأخذه بمبدأ الرضائية في العقود، وبما أن الطرفين قد ترضيا صراحة على اتفاق التفاوض، يعد هذا الاتفاق صحيحا، ومن هنا، يتضح أن القانون المدني الفرنسي، ذهب إلى النظر إلى إرادة الطرفين عندما تتجه إلى الرضا بينهما حول جعل اتفاق تفاوض إتفاقا كذلك، وبشتى التزامات بين طرفيه بالرجوع إلى المادة 1104¹، من القانون المدني الفرنسي الصادر بتاريخ 2012/04/06 وبالرجوع لنص المادة 1104 من القانون المدني الفرنسي وللعلم أن نص المادة 1142 قبل تعديلها سنة 2016 والتي جاءت على " أن كل إتفاقات التفاوض، تتعد وتنفذ وفقا لمبدأ حسن النية، وتتوافق مع النظام العام"² ومن هنا يمكن القول بأن مفهوم اتفاق التفاوض توسع خلال التعديل الوارد في القانون الفرنسي سنة 2016 بالأمر رقم 131 الصادر بتاريخ 10 فيفري 2016³، وأضحى له أهمية فقط على إرادة الطرفين، بل أن يعتمد على مبدأ حسن النية، وكذا عدم إخلال هذا الاتفاق بالنظام العام .

¹ ART 1104 CO .CIV . FRA."les contrats doivent négociés l'ormés et exécuté de bonne foi, cette des position et d'ordre public " .

² المادة 1142 من القانون المدني الفرنسي المعدل سنة 2016 بالأمر رقم 131 الصادر بتاريخ 10 فيفري 2016.

³ART 1142 CO.CIV .FRA " toute obligation de faire au de ne pas foie se réseot on dommage et intérêts , en cas d'inexécution de la part de débiteur".

ثانيا: موقف القانون المدني الأمريكي.

إن عدم القدرة على تحديد نطاق الالتزام بالتفاوض الناشئ عنه وعدم إمكانية ترتيب الجزاء الذي يتناسب مع الإخلال به¹، فضلا عن انتفاء عنصر المقابل في هذا الاتفاق جعلت القانون الأمريكي، لم يعر أي اهتمام لهذا الاتفاق، ولكن بالرجوع إلى بعض الأحكام القضائية، نجد أن بعض المحاكم، بدأت تعترف به، وترتب المسؤولية العقدية عند الإخلال باتفاق التفاوض، وخاصة إذا ما تم التعبير عنه صراحة في خطابات النوايا، وهو ما يبرز بوجه خاص في قضية تكساكو بن زويل الشهيرة، حيث صدر أهم حكم قضائي من حيث قيمه التعويضات المحكوم بها في الولايات المتحدة الأمريكية في 14 نوفمبر 1985، إذ أصدر القاضي "cassebsolomon" بعد ثلاث سنوات انتظار كما بالتعويض من على شركة من أكبر شركات البترول الأمريكية "texaco" لتدخل الأخيرة الذي أفسد صفقة شراء شركة "pennzoil" لشركة "getty" بعد أن كان قد حرر بشأنها مذكرة اتفاق، حدد فيها كافة التفاصيل، بما فيها سعر شراء السهم الواحد، وكانت معلقه على موافقة على مجلس إدارة الشركة "getty" مع علمها بتوقيع مذكرة الإتفاق فقد رأت المحكمة

¹ رجب كريم عبد اللاه، التفاوض على العقد، مرجع سابق، ص. 285.

في هذا الإتفاق إتفاقا ملزما لأطرافه وألزمت شركة "texaco" بدفع تعويض قيمته 11.1 مليار دولار أمريكي¹.

ومن هنا يمكن الإستناد على هذه القضية كسابقة قضائية، أو كمرجع في القانون المدني الأمريكي في كل اتفاق تفاوض، بين الطرفين ومحاولة الطرف الآخر التجرد من الالتزام، مما يلتزم بالطرف المخل بالالتزام بالتعويض، وخاصة في ظل وجود اتفاق تفاوض صريح بين الطرفين .

البند الثاني : موقف القوانين العربية من المسؤولية المترتبة على الأطراف في ظل وجود عقد التفاوض .

كما هناك بعض التشريعات الأجنبية أوجدت بعض النصوص القانونية لمشكلة المسؤولية المدنية عن الأضرار اللاحقة، بأحد أطراف التفاوض في ظل وجود عقد تفاوض، جاءت بعض الدول العربية في تشريعاته الداخلية وهي :

أولا: موقف القانون المدني المصري:

إن الفقه المصري، لم يتردد في الاعتراف باتفاق التفاوض بالرغم من تشدد محكمة النقض المصرية اتجاه المفاوضات، واعتبارها مجرد عمل مادي غير ملزم فالالتزام العقدي بالتفاوض، يقتضي من الأطراف انتهاج السلوك فعال وبناء،

¹ محمود حسام محمود لطفي، المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض، مرجع سابق، ص. 102.

يحقق تدخلا إيجابيا في التفاوض، وذلك من خلال تقديم مقترحات من شأنها دفع عجلة المفاوضات قدما نحو إبرام العقد، وإن هذا الالتزام لا يلزم الأطراف بإبرام العقد النهائي¹، وهناك بعض الفقه من يرى أن وصف الخطأ على قطع المفاوضات، سوف يصبح أيسر، ويكون للقاضي أكثر ميلا إلى تقريره عن وجود التزام عقدي بالتفاوض منه في حالة عدم وجود مثل هذا الالتزام²، أن الإتفاق التفاوضي، ينشئ على عاتق الطرفين المتفاوضين التزاما عقديا بالتفاوض، يستوجب تنفيذه بطريقة، تتفق مع مبدأ حسن النية، وهذا ما نصت عليه المادة 148 فقرة 1 من القانون المدني المصري إذا ما حصل إخلال من قبل أحد المتفاوضين لهذا الالتزام، فإن المسؤولية العقدية هي التي تتعد، وفقا لنص المادة 215 من القانون المدني المصري³.

ثانيا: الوضع في القانون المدني العراقي

إن القانون المدني العراقي شأن القانون المدني المصري، يكاد يخلو من أي نص، ينظم عملية التفاوض والمرحلة السابقة على التعاقد بصورة خاصة، وعلى الرغم من ندرة القرارات القضائية بهذا الخصوص، إلا أنه لا يخلو من القاعدة

¹ محمد شاكر محمود محمد، المسؤولية عن قطع المفاوضات، دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص، 132.

² محمد حسين عبد العال، التنظيم الإتفاقي للمفاوضات العقدية، مرجع سابق، ص، 130.

³ محمد شاكر محمود محمد، مرجع سابق، ص، 132.

التقليدية الواردة في المادة 150 فقرة 1 من القانون المدني العراقي التي تنص على "حسن النية"، وإن كان القانون المدني العراقي، لم يشر، بصورة صريحة عن وجوب مراعاة حسن النية في مرحلة تكوين العقد وإبرامه، وبالرجوع إلى مذكرة الأعمال التحضيرية للقانون المدني العراقي، لم نلاحظ شيئاً حول هذه المسألة إلا أنه ليس من الضروري وردت المبادئ القانونية، ضمن النصوص والقواعد القانونية، بعدم وجود النص بصورة صحيحة بخصوص مراعاة مبدأ حسن النية في إبرام العقد، لا يجعلنا نتوقف عن البحث والتقصي، عن وجوده بين النصوص، فقد يحصل أن يوجد مبدأ، ولم ينص عليه صراحة¹.

إذ أغلب المعنيين والمهتمين، يسري في جميع العلاقات التعاقدية، لأن المادة 1 فقرة 2 من القانون المدني العراقي، تميل إلى العرف ومبادئ الشريعة الإسلامية عند غياب النص التشريعي، وتنص على أنه "إذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه حكمت المحكمة بمقتضى العرف، فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية الأكثر ملائمة لنصوص هذا القانون، دون التقيد بمذهب معين فإذا لم يوجد بمقتضى قواعد العدالة.

¹ شيراز عزيز سليمان، حسن النية، دار دجلة، الأردن، ط 1، 2008، ص، ص، 86.

الفصل الثاني: المسؤولية المترتبة على الأطراف في التفاوض قبل إبرام العقد.

إن المسؤولية التي يتحملها أحد الأطراف في مرحلة المفاوضات يمكن أن تكون مسؤولية عقدية، كما يمكن أن تكون مسؤولية تقصيرية، ولتحديد أحكام المسؤولية خلال مرحلة المفاوضات إذا كانت عقدية، وجب علينا التطرق إلى عناصر المسؤولية العقدية، أما إذا كانت غير عقدية¹، وجب كذلك علينا التطرق إلى عناصر المسؤولية التقصيرية كما أنه، وما دما أن المجال الخصب لعقود التجارة الدولية هو القواعد الموضوعية الموحدة في هذا المجال والتي تعد بمثابة التقنين لعقود التجارة الدولية، ولدراسة هذا الفصل، سوف نتطرق إلى أحكام المسؤولية خلال مرحلة المفاوضات قبل إبرام العقد كمبحث أول، أما المبحث الثاني، فسننتقل فيه إلى القانون الواجب التطبيق على المسؤولية المدنية في مرحلة المفاوضات.

المبحث الأول: أحكام المسؤولية خلال مرحلة المفاوضات قبل إبرام العقد.

قد ينتج إجراء المفاوضات قبل إبرام العقد المنشود تعرض أحد طرفي التفاوض إلى أضرار نتيجة للإخلال بالتزامات تعاقدية، وهنا نكون أمام مسؤولية عقدية، وقد تتسبب أفعال للطرف الآخر كذلك أضرارا، قد تلحق لكن لا تتعلق بالتزامات

¹ عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، مرجع سابق، ص، 119.

تعاقدية، مما يشكل مايسمى بالمسؤولية التقصيرية، ولهذا سوف نتطرق في هذا المبحث إلى المسؤولية العقدية كمطلب أول والمسؤولية التقصيرية في مطلب ثاني.

المطلب الأول: المسؤولية العقدية.

يشترط لقيام المسؤولية العقدية ثلاثة شروط، أن يرتبط بين الدائن والمدين عقد صحيح، وثانيها، أن ينشأ ضرر مباشر عن عدم تنفيذ الالتزام أو عن الإخلال، فتنفيذ إلتزام مترتب على هذا العقد، وأخيرا أن يكون من أصابه الضرر المباشر¹. وحتى يقوم الشرط الأول قبل إبرام أو قيام العقد في مرحلة المفاوضات بين الطرفين لإبرام عقد فإن كان أحدهما، قد وعد الآخر والتزم بإرادته، المقررة بالبقاء على وعده لمدة معينة فطالما أن الطرف الآخر، لم يعلن رغبته، فإن الواعد، يلتزم بالبقاء على وعده طول المدة المحددة، فإذا أخل بوعده كان الموجه إليه الوعد، إذا أصابه ضرر من هذا الإخلال أن يرجع على الواعد بالمسؤولية العقدية، لأن الوعد يعد عقدا تمهيديا² والالتزام الذي لم ينفذ أو الذي حدث

¹ علي علي سليمان، مصادر الإلتزام في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية. ن ط 8 سنة 2008، ص. 119.

² علي علي سليمان، مصادر الإلتزام في القانون المدني الجزائري، مرجع سابق، ص، 119.

الإخلال بتنفيذه¹، وحتى يقوم ويشترط لقيام المسؤولية العقدية وجود عقد صحيح، والسؤال المطروح: ما هو الحكم إذا لم يكن العقد صحيحاً؟.

وتعد مسؤولية عقدية حين قيام الأطراف، بمفاوضات لإبرام عقد، كانت إرادتهما، تتجه الى إبرام عقد صحيح، فإذا كان العقد الذي أبرماه قد بطل، فإن مقتضى ذلك الإخلال بالعقد السابق عليه، يرتب المسؤولية العقدية، وقد سبق أن رأينا أن نظرية أهرينج، لم تعد، تتفق مع التشريعات الحديثة، لذلك فإن الرأي السائد هو أن المسؤولية التي تنشأ على عقد باطل بطلانا مطلقا هي مسؤولية تقصيرية، أما إذا كان العقد قابلا للإبطال، فطالما أنه لم يحكم بإبطاله، فهو قائم وصحيح، وإذا أخل أحد المتعاقدين فيه بتنفيذه التزامه، كان مسؤولا مسؤولية عقدية، ولكن قضي بإبطاله، فإنه ينهار وبأثر رجعي ويعتبر كأن لم يكن².

ومن هنا، وجب البحث حول إرادة أطراف التفاوض إذا ماذا كانت تتجه إلى إبرام العقد المزعوم، أما إذا كان إخلال بالتزامات اتجاه الطرف الآخر، نكون هنا أمام مسؤولية عقدية، ويترتب على هذا الأخير لطلب طرف المفاوضات المتضرر بالتعويض جراء الضرر اللاحق به، ثم فشلت بسبب خطأ أحد الطرفين، وترتب على هذا الفشل ضرر للطرف الآخر، مانوع المسؤولية، التي يرجع بها الطرف

¹ علي علي سليمان، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، مرجع سابق، ص. 119.

² علي علي سليمان، مرجع سابق، ص، 122.

المضروب على المخطأ؟ وضع أهرينج بهذا الصدد نظرية الخطأ عند تكوين العقد، والتي سبق شرحها والتفصيل فيها، مستمداً أساسها من القانون الروماني، وحسب النظرية أنه كان يشترط لقيام المسؤولية العقدية، التي لم يتم وضع قواعد عامة لها، بل تقوم عندما يقع الفعل الخاطئ تحت طائلة نص قانوني، ويقول أهرينج إذا تقارب شخصان، وقاما بمفاوضات لإبرام عقد، فيقتضي هذا قيام عقد ضمني، يستلزم إبرام عقد نهائي، أو بعبارة أخرى مقدمة عقد، فإذا أخل أحد الطرفين بهذا العقد الأولي، ترتبت عليه مسؤولية عقدية¹.

لكن الدكتور علي علي سليمان، اعترض على مضمون، هذه النظرية كون أن القانون الروماني قد لجأ في هذا الصدد إلى، المسؤولية العقدية، وإنما يرجع إلى أن المسؤولية التقصيرية، كانت استثنائية، بحيث لا تقوم إلا بمقتضى نص، وليس الأمر كذلك في القوانين الحديثة، التي جعلت المسؤولية التقصيرية هي الأصل العام والمسؤولية العقدية، هي الاستثناء، لذلك فإن الرأي السائد، هو أن المسؤولية في هذه الحالة التقصيرية مادام أن العقد، لم يبرم بعد².

ولقد ذهب التفسير المذكور إلى أن مرحلة المفاوضات، أي ما قبل إبرام العقد، لا تعتبر كالتزام عقدي بين الطرفين، لأنها مرحلة تمهيدية فقط، ومن هنا،

¹ علي علي سليمان، مصادر الإلتزام في القانون المدني الجزائري، مرجع سابق، ص، 120.

² علي علي سليمان، مرجع سابق، ص، 120.

وجب في ظل عدم وجود صياغة حقيقية للعقد المراد إبرامه، يجعل أي ضرر، يلحق أحد الطرفين، يترتب عليه مسؤولية تقصيرية لا مسؤولية عقدية، وهذا الأمر مستساغ خلال المرحلة ما قبل التعاقدية.

كما ذهبت المحكمة العليا الجزائرية في قرار حديث صادر لها بتاريخ 2019/03/14 والذي أيد ما جاء به قضاة الموضوع حول كون العقد هو عقد مقايضة كيفه قضاة المجلس، أنه يسري عليه ما يسري على عقد البيع المنصب على عقار، ولذلك فإنهم عندما اعتبروا - وعن صواب- أن ما تم بين الطرفين لا يعد أن يكون مفاوضات، كان في محله ذلك ان مرحلة المفاوضات التي تسبق التعاقد هي عمل مادي، وليست عمل قانوني، فلا يترتب على من يعدل عنها أية مسؤولية عقدية، وإن كان يمكن أن يترتب مسؤولية تقصيرية إذا أثبت من أصابه ضرر خطأ من عدل عن إتمام، المفاوضات بالتعاقد وفقا للأشكال التي يحددها القانون¹.

ومن خلال ملاحظة واستقراء قرار المحكمة العليا المذكور، نجد أن أعلى هرم في القضاء الجزائري، أكد بأن مرحلة المفاوضات التي تسبق التعاقد يعد عمل مادي وليس قانوني، وبالتالي أن المسؤولية لا تكون عقدية، ولا يترتب عليها أية

¹ قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ: 2019/03/14 ملف رقم 1167075، الغرفة العقارية، مجلة المحكمة العليا، العدد 01، سنة 2019، ص، ص، 56، 57، 58، 59.

مسؤولية على عاتق الطرف الذي انسحب في التفاوض، وبالتالي جعلها مسؤولية تقصيرية اذا لحق الطرف الآخر ضرراً من عدول الطرف للمفاوض وعليه أن يثبت ذلك.

وحتى يكون الإخلال بالمسؤولية العقدية خطأ موجبا للتعويض، وجب أن تكون هناك علاقة سببية بين الخطأ والضرر، و لا يكفي وجود خطأ وضرر بل يجب أن يكون الضرر الذي أصاب الدائن نتيجة لخطأ المدين، وبمعنى آخر أن يكون الخطأ، هو السبب في الضرر، وهذا ما يعبر عنه بالعلاقة السببية ويقع على الدائن إثبات العلاقة السببية، ويستطيع المدين إثبات أن الضرر، وقع بسبب أجنبي عنه أو بخطأ من الدائن، وقد يكون قوة قاهرة، أو حادث فجائي أو خطأ الغير، والسبب المنتج المباشر، يشترط فيه المسؤوليتان بما فيها العقدية¹.

ولما كان العقد وليد إرادة المتعاقدين، كما هو الحال في مجال التجارة الدولية، فإن الجدية في الاتفاق على شكل وكيفية التفاوض، وإن هذا الاتفاق، يشكل مسؤولية ناجمة عن قطع التفاوض، وهذا ما يؤكد المسؤولية الناجمة عن هذا الاتفاق أو العقد فحتى القوانين الداخلية، تضمنت ذلك بما فيها القانون المدني

¹ محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني الجزائري، النظرية العامة للإلتزامات، مصادر

الإلتزام، العقد والإرادة المنفردة، دراسة مقارنة في القوانين العربية، دار الهدى، الجزائر، ط 4،

ص، 318.

الجزائري "على أنه يجوز الاتفاق على أن يتحمل المدني تبعية الحادث المفاجئ أو القوة القاهرة، وكذلك يجوز الاتفاق على إعفاء المدين تبعة الحادث المفاجئ أو القوة القاهرة"¹، وكذلك يجوز الإتفاق على إعفاء المدين من أية مسؤولية تترتب على عدم تنفيذ التزامه التعاقدى، إلا ما ينشأ عن غشه أو عن خطئه الجسيم، غير أنه يجوز للمدين أن يشترط إعفاءه من المسؤولية الناجمة عن الغش والخطأ الجسيم الذي يقع من أشخاص، يستخدمهم في تنفيذ التزامه، ويبطل كل شرط يقضي بالإعفاء من المسؤولية الناجمة من العمل الإجرامي².

ومن هنا يمكن القول بأن المسؤولية العقدية تشديد، كما أن لها تخفيف أو إعفاء منها، ففي حالة التشديد يمكن أن يتفق الطرفان على أن يتحمل المدين مسؤولية عدم التنفيذ حتى ولو كان ذلك يرجع إلى حادث أجنبي، ويعد هذا الاتفاق في العقد نوعاً من التأمين "Assurance"³.

¹ نص المادة 178 من القانون المدني الجزائري .

² محمد صبري السعدي، مر الواضح في شرح القانون المدني الجزائري ، النظرية العامة للإلتزامات ، مصادر الإلتزام ، العقد والإرادة المنفردة ، دراسة مقارنة في القوانين العربية ، مرجع سابق، ص، ص، 318 - 319.

³ محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص، 319.

المطلب الثاني: المسؤولية التقصيرية.

إن من أسباب فشل المفاوضات ووصولها إلى طريق مسدود بسبب التعنت والتصلب الشديدين في مواقف كلا الجانبين، ورفض تقديم أي تنازلات، وكما من بين الأسباب المؤدية إلى فشل المفاوضات في الحياة العملية هي قطعها من جانب واحد، والأصل في العدول عن المفاوضات هو قطعها من جانب واحد، ويعد جائزا لكلا الطرفين.

ويعتبر هذا الفعل خطأ تقصيريا، يترتب عليه مسؤولية تقصيرية إذا ما لحق ضررا بالطرف الآخر، وأن للمسؤولية التقصيرية شروطا.

إذا انحرف أي طرف من الأطراف المتفاوضة على السلوك المألوف للرجل العادي ونية الإضرار بالطرف الآخر، دون أن يكون جادا في المضي لإبرام العقد النهائي¹.

وفي هذه الحالة، يقع على عاتق المتفاوض الذي أصابه ضرر عيب إثبات الخطأ التقصيري، وهذا ما نجد له صعوبة عمليا، كون أن الشخص الذي ألحق بعمله أو بفعله ضررا للطرف الآخر، يقوم بإخفاء ما في نفسه وسلوكه من تقصير، مما يزيد من صعوبة إثباته وتبينه من طرف المتفاوض المتضرر، وإذا

¹ LASSALLE . OP .CIT.P 850 .

إنتفا الخطأ التقصيري في الأسلوب الذي تمت به المفاوضات، انتقت المسؤولية مهما كانت المرحلة التي وصلت عندها المفاوضات¹.

والمسؤولية التقصيرية يجب أن تتوافر على ثلاثة شروط، وهي الخطأ والضرر والعلاقة السببية بين الخطأ والضرر المرتكب.

الفرع الأول: الخطأ التقصيري

يرد تعريف للخطأ التقصيري في القوانين العربية، ومنها القانون المدني الجزائري، وكذا في القوانين اللاتينية، ومنها القانون الفرنسي، إذ ترك تحديد مفهومه إلى الفقه والقضاء، كما هو معتاد ولكن فقهاء القانون، وضعوا عدة تعاريف للخطأ نذكر منها " أن الخطأ هو انحراف في السلوك، لا يصدر من الرجل المعتاد إذا وجد في نفس الظروف الواقعية التي صدر فيها هذا الفعل"²، وقد ذهب بعض الفقه الآخر إلى تعريف الخطأ بأنه " العمل الضار المخالف للقانون"³ وقيل

¹ Michele venwijck , alexander , la réparation du dommage dans les négociation et la formation des contrats ANNALES de la faculte de droits liege 1980 , P25 LASSALLE . OP .CIT.P 850 .

¹ Michele venwijck , alexander , la réparation du dommage dans les négociation et la formation des contrats ANNALES de la faculte de droits liege

² أبو العلا علي أبو العلا النمر، مفاوضات عقود التجارة الدولية ، دا النهضة العربية القاهرة ، ب ط، 2002 ، ص. 191.

³ عبد الناصر توفيق العطار، مصادر الإلتزام، مؤسسة البستاني للطباعة، القاهرة، ب ط ، ص، 253.

أيضا في تعريف الخطأ "هو الإخلال بالثقة المشروعة"¹، إذ من هنا نفهم بأنه أن يقدم على العمل من غير أن يتوقع أن يصيبه الآخرون بضرر، وحيث يكون الإنسان بحاجة إلى الثقة بنفسه، فهو يكون مسؤولا اتجاه الآخرين.

وذهب البعض الى تبني التعريف الذي جاء به الفقيه بلانيول² "هو الإخلال بالالتزام سابق" كما أنه ما دمنا في إطار المفاوضات في عقود التجارة الدولية تجدر الإشارة التي يربط الخطأ التقصيري، فيها على وجوب الالتزام بالتبصر والحذر واليقظة حرصا على عدم الإضرار بالغير، بغير سبب أو مقتضى مشروع، يؤدي إلى قيام ركن الخطأ الذي تقوم عليه أساس المسؤولية التقصيرية³.

كما أنه حتى نعرف الخطأ في المفاوضات يجب أن يتحدد بمعيار فالقاعدة العامة أن الخطأ، يتحدد بالإنحراف عن السلوك المعتاد، والمؤلف للرجل العادي الذي تتكرر لموجب حسن النية فإنه يصبح، المعتاد أن ينظر في تقويم سلوك الفرد المحدد للضرر من زاوية دراسة نفسيته وحالته الذهنية⁴، الذي وجد فيه المتفاوض والظروف التي رافقت صدور الفعل الضار عنه أم من زاوية التصرف الذي يقدم

¹ حسين عامر، المسؤولية المدنية، مطبعة مصر، القاهرة، 1956، ص، 75.

² هو فقيه فرنسي ولد سنة 1853م في نايت وتوفي في أغسطس 1931م، أستاذ القانون وهو من إنتقد ترتيب مصادر الإلتزام وأول من تبني دمج (السبب والمحل) وبالفعل أخذاه القانون الفرنسي المعدل سنة 2016 م بعد تخليه عن المحل والسبب وإستبدالها بفكرة مضمون العقد ونضمها بالمادة 1128 le (contenu du contrat).

³ حسين عامر، مرجع سابق، ص، 175.

⁴ أنس عبد المهدي فريحات، النظام القانوني للمفاوضات، مرجع سابق، ص. ص. 861 – 862.

عليه عادة الرجل العادي المتبصر والحذر، في الوضع الذي وجد فيه المتفاوض المنسوب إليه أحداث الضرر.

وبالرجوع إلى توجيهات الفقه نجد أنه يمكن، أن يكون المعيار ذاتياً، يعتمد على السلوك المعتاد للشخص ذاته، كما قد يكون موضوعياً، يرجع فيه إلى السلوك المألوف للشخص المعتاد¹.

البند الأول: المعيار الذاتي (الشخصي).

المقصود به هو الرجوع إلى السلوك الذاتي للشخص المراد نسبه الخطأ إليه لتحديد ما يعد سلوكاً مألوفاً حتى يمكن، أن يتم تقدير الخطأ، وبذلك فإنه وفقاً لهذا المعيار، فإنه لا يعد من قبيل الخطأ إلى ما كان خروجاً عن السلوك المعتاد للشخص ذاته استناداً إلى ظروفه الشخصية، ومدى إمكانية تجنب القيام بالفعل الذي يترتب عليه الإضرار بالغير².

وفي ضوء هذا المعيار، فإنه يترتب على القاضي، عند بحثه في توافر الخطأ، أن يراعي ظروف المتفاوض بالنسبة لمستوى ذكائه، وخبرته وحالته النفسية ووضعها الاجتماعي والثقافي وطبقاً لهذه الظروف، وبعد رصد السلوك المعتاد لذلك

¹ أنس عبد المهدي فريحات، النظام القانوني للمفاوضات، مرجع سابق، ص. 862.

² عبد المنعم فرج الصده، مصادر الإلتزام، دراسة في القانون اللبناني والقانون المصري، دار النهضة العربية، بيروت، 1974، ص، 542.

المتفاوض فإنه يمكن تقرير، ما إذا كان قد استعمل الدراية التي يتجلى بها عادة أم أنه أهمل من أعتاد عليه بذله من حيطة وحذر في شؤون نفسه أو في تعاملاته مع الغير، فيكون بذلك مخطيء في إهماله وغير محترز في تصرفه¹.

البند الثاني: المعيار المجرد (الموضوعي).

عكس المعيار السابق، اتجه جمهور الفقه والقضاء نحو تبني المعيار المجرد أو الموضوعي في تقدير الخطأ، ويقوم هذا المعيار على أساس تقدير المسلك المعتاد للشخص العادي، الذي يعرف بوصفه شخص من أواسط الناس، ليس شديد الحرص واليقظة، فيرتفع إلى الذروة، لأنه لا يستطيع مطالبة الناس جميعاً بأكثر مما يستطيعون أغلبيتهم وهم أواسط الناس²، ومن هذا وجب التوقف عند الدرجة المتوسطة التي تتجلى بسلوك الشخص العادي، في تبصره وتعقله ويقظته، فيؤلف سلوكه وفي ظل الظروف المحيطة به، فالمعيار الموضوعي لتقدير الفعل الضار على ضوءه، وهذا ما أكده فقهاء الشريعة الإسلامية عندما اعتبروا أن التقصير والإهمال وعدم التبصر عند إتيان، أو ترك فعل مباح شرعاً

¹ نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للإلتزام، ج 1، مصادر الإلتزام في القانون اللبناني والتشريعات العربية، دار النهضة العربية، بيروت 1995، ص، 363 .

² سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، ج. 2 الإلتزامات المجلد الثاني الفعل الضار والمسؤولية المدنية، مرجع سابق، ص، 214.

من أسباب الضمان وموجباته، ولا معنى للإهمال إلا التقصي والتقصير في بدل العناية عن المستوى الذي أراده الشارع .

ومعيار العناية الواجبة التي يجب الضمان بإهمالها أو التقصير فيها معيار موضوعي هو السلوك المعتاد والمألوف بين الناس، في البيئة الاجتماعية، بحيث يعد أي انحراف عنه أو الخروج عنه، تعدياً، يوجب الضمان أما السلوك الموافق للمعتاد المألوف بين الناس، فلا يعد من التعدي، ولا يجب ضمان ما ينشئ عنه لكونه مأذوناً فيه شرعاً، وهذا ما يفيد كل من قاعدة "الجواز الشرعي ينافي الضمان"¹ وقاعدة المباح تقيد بوصف السلامة².

لهذا يجب أن تقاس على صورته تصرفات المتفاوض المدعى عليه، فإذا ما وجب أن المتفاوض، تسبب بحدوث الضرر، متوافقاً ومنطبقاً على مواصفات المفاوض العادي انتفى وصف الخطأ، عن التصرفات الصادرة عنه وإلا اعتبر محملاً لموجبات مفترض إدراكه لها.

كخلاصة أن العبرة في قياس الخطأ المرتكب في المرحلة التفاوضية للعقد، يكون بمعيار الرجل المعتاد، والسلوك المألوف وما ينتظر من حيطة من أواسط

¹ أنس عبد المهدي فريحات، النظام القانوني للمفاوضات، مرجع سابق، ص. 863.

² محمد سراج، ضمان العدول في الفقه الإسلامي، دراسة فقهية مقارنة بأحكام المسؤولية التقصيرية في القانون، دار الثقافة للنشر والتوزيع القاهرة، 1990، ص. 123.

الفئة التي ينتمي إليها المتفاوض، استهداء بالواجبات القانونية التي يفرضها القانون فيما فيه نص خاص¹، كما أن المسلك الذي يوحى به المتفاوض العادي غير المتمرس الذي ينظر إلى فعله في ضوء السلوك العادي لمفاوض من طبقته وعلمه غير المسلك الذي يوحى به المتفاوض، المهني والمتخصص في مجاله فيكون المعيار هو السلوك العادي، لمفاوض من طبقة المحترفين أو المتخصصين في هذا النوع من المفاوضات².

أما الظروف غير الظاهرة أو الخاصة بالمتفاوض المسؤول، فلا تكون منظورة لآخر، ولا يأخذها في اعتباره عند ترتيب، سلوكه الشخصي في مواجهة المسؤول إلا أن هذه الظروف الأخيرة لا تظهر إلا بالبحث الذاتي، وهو ما يؤدي في نهاية الأمر إلى الانحراف عن المعيار المجرد (الموضوعي) وإهدار المقارنة بمواصفات المتفاوض العادي ومن ثم الارتكاز على المعيار الشخصي لا ضابط له وما يحدث عن عدم الاستقرار، إلى الإضطراب في المجتمع، حيث لا يؤمن أي من أفراد المجتمع على حقوقه ومصالحه التي يمكن أن يصيبها الغير بالضرر ولا يمكن مساءلته عن ذلك استنادا إلى أن الفعل الضار، يعد سلوكا مألوفا ومعتادا بالنسبة لصاحبه، فكون المتفاوض مسؤول ضعيف البصر أو شخصا مريضا أو

¹ أنس عبد المهدي فريحات، النظام القانوني للمفاوضات، مرجع سابق، ص، 865.

² SCMIDT , la sanction de la faut précontractuelle , ART,N°09 ,P 653 .

أصابه محطمة كل هذا وما يشابهه لا وزن له في التقدير، لأنه من قبيل الظروف الداخلية التي تختص فيها المسؤولية¹.

الفرع الثاني: الخطأ التقصيري في التفاوض وصوره .

هناك قدر من تنوع وأساليب وطرق المفاوضات على العقود بقدر ما تتنوع أيضا الإخلال بالمبدأ العام لحسن النية، المهيمن على المفاوضات أن مجريات المرحلة التفاوضية المفضية للعقد المنشود وهذا ما يجعل هذه العملية قد ترتكب من قبل المفاوض بارتكاب صور من الخطأ التقصيري الموجب للمسؤولية²، وهناك عدة صور الأكثر وقوعا في الحياة العملية، كالانسحاب المباغت من التفاوض، أو كما يطلق عليه الانسحاب غير المبرر، أو طرح عروض غير معتدلة، تدفع المتفاوض الآخر على الإنسحاب أو التفاوض مع عدم الرغبة في التعاقد (التفاوض دون نية التعاقد) ووقوع التفاوض على حق مملوك للغير وإخفاء معلومات جوهرية مؤثرة، وكشف أسرار متصلة بالصفقة محل التفاوض، وأخيرا رشوة الطرف المناب في مباشرة التفاوض³.

¹ المواد 74 و 77 و 87 من قانون التجارة المصري، رقم 17، سنة 1999

² أنس عبد المهدي فريحات، النظام القانوني للمفاوضات، مرجع سابق، ص 866.

³ أنس عبد المهدي فريحات، مرجع سابق، ص، 866.

أولاً: الانسحاب غير المبرر (المباغت) عن التفاوض.

يقع على عاتق كل طرف مفاوض التزاما مقتضاه الاستمرار في سير إجراءات التفاوض على العقد المزمع إبرامه، ومن المؤكد أن انسحاب أي طرف من التفاوض وبصورة مفاجئة وغير مبررة ولأسباب مصطنعة أو بقصد الإضرار بالمتفاوض الآخر¹، ولا شك أن الانسحاب غير المبرر لا يأتي إلا بعد ما تم قطع شوط كبير في المفاوضات بين الطرفين، وبعد بذل نفقات، ومصروفات وجهد ووقت تم خلالها حسم الكثير من المسائل والأمور وإعمالا بما تقدم، فإن محكمة النقض الفرنسية، أكدت بعقد مسؤولية الشخص الذي يقدم على قطع المفاوضات دون سبب جدي أو مشروع يؤسس له².

وقد قضي في هذا الشأن بأنه إذا كان، الأساس في المفاوضات السابقة على التعاقد هو حرية قطع هذه المفاوضات في أية لحظة، فإن ذلك لا يكون مقبولا إذا كانت الأعمال التحضيرية، قد أخذت وقتا طويلا وأنها كانت شديدة بدرجة تبعث عن الإعتقاد بشكل قانوني لدى كل طرف في المفاوضات بأن الآخر جاد في التعاقد فإن قطع هذه المفاوضات يعد ذلك من جانب أحد الطرفين بسبب

¹ همام محمد محمود زهران، الأصول العامة للإلتزام، نظرية العقد، دار الجامعة الجديدة، القاهرة، 2004،

² C.A.RIO.10/06/1992.R.J.D.A. 1992 N° 893 .P 732 RTD .CIV 1993.P 343

الخلافاً حول بعض النفقات، ويكون بلا شك، خاطئاً، ويسبب ضرراً، ويعطي للطرف الآخر الحق في المطالبة بالتعويض، كما أيدت محكمة النقض الفرنسية في عام 2003 القرار الصادر عن محكمة الاستئناف والذي قضت فيه بحق المدعي في التعويض على أساس إخلال المدعى عليه بمبدأ حسن النية في التفاوض من خلال تفاوضه مع جهات أخرى، في وقت اتفق فيه الطرفان على ميعاد محدد لتوقيع العقد، وتبين فيه أن كل ظروف التفاوض حتمية التوقيع على العقد¹.

وبالرجوع الى الحكم المذكور أن قضاة الموضوع اعتمدوا على الوضع الظاهر، وتم تأسيس عليه المسؤولية، وأنه إذا وصلت المفاوضات إلى مرحلة متقدمة ومعينة، وأخل أحد الأطراف المتفاوضة بالتزامه اتجاه الطرف الآخر، فإنه

¹ CASS.COM.26/11/2003 , bull.Civ .ivn 186 .(manaukain)

تتمثل وقائع القضية في قيام مساهم في شركة (س) بالتفاوض مع شركة (manaukain) على أساس قيام هذه الأخيرة بشراء أسهم جميع شركة (س) وتم الإتفاق بين الطرفين على جميع شروط و تفاصيل العقد على أن يتم التوقيع عليه بتاريخ 1997/09/24 لحين إستكمال الطرفين لبعض الشروط المتفق عليها في أثناء التفاوض وتم تمديد هذه المدة الى تاريخ 1997/11/15 وقام الطرف (س) بالتعاقد مع شركة أخرى لشراء أصول شركة المساهم فيها بتاريخ 1997/11/10 ولم يلتزم بالتوقيع على العقد مع شركة (manaukain) معللاً ذلك بعدم وجود رابطة تعاقدية في الأساس بين الطرفين كونهما لا يزالون في مرحلة المفاوضات وإعتبرت محكمت الإستئناف هذا التصرف مخالفاً لمبدأ حسن النية على أساس وصول الطرفين إلى مرحلة كان فيها التوقيع على العقد حتمياً فقضت تبعا لذلك بحق شركة (manaukain) بالتعويض.

يتم إلزام الطرفين إلى توقيع العقد، وإلا كانت هناك مسؤولية، اتجاه الطرف المتسبب أو الممتنع عن التعاقد، ويمكن القول ان ثبوت حسن نية طرف في التفاوض، يجعل الطرف الآخر أمام حتمية التوقيع على العقد¹.

وفي قضية أخرى، تتلخص وقائعها في أن مشتري محل تجاري دخل في مفاوضة مع صاحب البناء الموجود فيه المحل التجاري، لأجل إتمام التعاقد معه بشأن الإيجار الجديد إلا أن صاحب البناء، قد انسحب من المفاوضة الجارية مع الطرف الساعي إلى إبرام عقد الإيجار، بصورة مفاجئة، وبالتالي فشل التفاوض في بلوغ غايته المنشودة بسبب هذا الانسحاب غير المبرر، الأمر الذي ينجم عنه عدم تمكن الشخص المشتري للمحل التجاري من إعادة بيعه الى آخر، يلحق به أضرار مادية إذا تم بيع المحل قضائياً، لأجل نظر المحكمة سببا كافيا لتأييد قضاة الموضوع في ترتيب المسؤولية على عاتق صاحب البناء عن خطئه في قطع المفاوضة دون مسوغ مشروع².

كما قضي بأن التفاوض الذي خلق بسلوكه اعتقادا مشروعاً لدى المتفاوض الآخر باحتمال إبرام العقد الذي يجري، التفاوض عليه، ويكون بذلك قد أخذ على نفسه عهداً بمواصلة السير في إجراءات التفاوض، حتى نهايته، وبالتالي فإن

¹ (J) observation fous , RIOM 3 eme 1 ch . 10/06/1992 , REV.TR.DR.CIV1993 . P343.

² CASS.COM 22/02/1994. R.J.D.A 1994 .N° 765 P 611 .

إخلاله بهذا العهد وانسحابه المفاجئ وغير المبرر من عملية التفاوض، يشكل خطأ تقصيرياً، يستوجب مساءلته عنه، كما قضت محكمة النقض الفرنسية بذلك¹. كما أن هذا استوجب قيام المسؤولية التقصيرية في حق موزع حصري لمعدات أمريكية الصنع في فرنسا، بسبب قطعه التعسفي للمفاوضة الجارية مع الطرف الساعي إلى إبرام صفقة الشراء، الذي قصد أمريكا خصيصاً للاطلاع على هذه المعدات، وعقب ذلك تفاجئ هذا الأخير بقيام الموزع وبدون عذر مشروع بإبرام الصفقة من جهة أخرى منافسة للمتفاوض المتضرر².

وعلى العكس إذا ما كانت هناك أسباب ومبررات مشروعة وموضوعية مؤسسة لمثل هذا الانسحاب³، فلا مسؤولية وقتئذ على المفاوض المنسحب حتى ولو ألحق بالمتفاوض الآخر ضرراً بسبب هذا الانسحاب. فالإلتزام باستمرار التفاوض يعد بطبيعته التزاماً بوسيلة، وليس التزاماً بتحقيق نتيجة، إذ لا وجود للإلتزام أن تسفر المفاوضات عن تعاقدها، طالما لم يرتكب خطأ الانحراف عن سلوك الرجل العادي⁴، ومن ثم، فإنه إعمالاً بمبدأ الرضائية ومبدأ الحرية التعاقدية فإن كل طرف مفاوض، يملك حقاً بالعدول عن إتمام العقد، أو الانسحاب من مجريات

¹ CASS.COM20/03/1972.j.c.p.1973 II 17543 .P 105 .

² أنس عبد المهدي فريحات، النظام القانوني للمفاوضات، مرجع سابق، ص ص 869-870.

³ F.LABARTHE , Op.Cit.N°208.P132 .J.Ghestin,Op.cit.N°330 P333.

⁴ همام محمد محمود زهران، الأصول العامة للإلتزام، نظرية العقد، مرجع سابق، ص . 55 .

التفاوض والتوقف عن متابعة إجراءاته¹، وفي أية مرحلة تكون عليها المفاوضات، طالما أنه لم يتم بعد الاتفاق على عناصر العقد وأركانه الأساسية، ولم يتم لدى رأي المتفاوض المنسحب أن الصفقة محل التفاوض غير محققة لمصلحته الاقتصادية المنشودة أو أنه قد قدم إليه خلال التفاوض عرضاً من شخص آخر، يفضل العرض المطروح للتفاوض عليه، بحيث أن مبدأ حسن النية الذي يجب أن يسيطر على مرحلة التفاوض ما قبل التعاقدية، لا يقتضي من طرف المدعى عليه بالتعويض أن يتنازل أو يغلب مصلحة المتفاوض الآخر على حساب مصلحته الشخصية².

كما أن للتطبيقات القضائية في هذا الصدد أن المحكمة الفرنسية للاستئناف "بو"، عرضت عليها التي تؤكد على مشروعية مثل هذه التصرفات والأسباب التي يمكن مع قيامها بلانسحاب في المرحلة التفاوضية دون أدنى مسؤولية³.

¹ R.PEMOGNE , Art . Op.Cit, P168 .

² أنس عبد المهدي فريجات، النظام القانوني للمفاوضات، مرجع سابق، ص. 871.

³ تتلخص وقائع القضية في أن المتعهد بناءً قد دخل في مفاوضة مع تاجر لبيتاغ منه كمية من الزجاج إلى أن ما حدث هو أن المتعهد أثناء تفاوضه مع التاجر وبسبب الثمن الباهض الذي طرحه وتمسك به أقدم على إبرام الصفقة التي كان التفاوض حولها مع تاجر آخر بسعر أدنى من السعر الذي طرحه التاجر الأول مما أدى بهذا الأخير نحو اللجوء إلى القضاء طالبا الحكم له بتعويض عن الأضرار التي ألتمت به نتيجة القطع المفاجئ من قبل المتعهد وإبرامه للصفقة موضوع التفاوض مع تاجر آخر، إلا أن محكمة الاستئناف حكمت بعدم الإستجابة إلى طلبه وإنقضاء المسؤولية من قبل المتعهد حيث رأت المحكمة

ثانيا: طرح عروض غير معتدلة تدفع المتفاوض الآخر على الإنسحاب:

إذا ما توقف أو انسحب الطرف المتفاوض عن متابعة السير في الإجراءات التفاوضية قبل أن يؤدي إلى إبرام العقد المطلوب، وعدم إظهاره لروح التعاون ورغبته الحقيقية والجادة في الوصول بنهاية التفاوض إلى اتفاق بشأن عناصر هذا العقد المراد إبرامه قبل بلوغ المفاوضات كون أن هذا المتفاوض، يعد مغدورا في انسحابه منها لا يمكن محاسبة المتفاوض الآخر عن مثل هذه التصرفات التي تكون من شأنها إعاقة تقديم، مجريات التفاوض، أو حث المتفاوض الآخر ودفعه نحو الانسحاب من المفاوضات من أجل تبرئة ساحة صاحبها، ويجعله بموقع الضحية إذا ما قام المتفاوض المدعى عليه بإحداث الضرر بقطع المفاوضات وبالتالي إفشالها في المراد تحقيقه¹.

ومن هذا المنطلق، إذا قام المتفاوض بطرح عروض غير معتدلة وعدم قيامه ببذل جهدا أو تعاونا مستمرا، طيلة السير في إجراءات التفاوض وحتى عند إنتهائها أو الذي يقوم بطرح عروض غير معتدلة، وغير مقبولة وغير جدية، تؤدي

أن الإرتفاع المبالغ فيه في الأسعار التي طرحها كثرمن للزجاج يعد مسوغ مشروع يبيح للمتعهد الإنسحاب من عملية التفاوض على الشراء، كما قضت محكمة إستئناف باريس بعدم مسؤولية ممثلة عن قطع مفاوضاتها مع إحدى شركات الإنتاج السنمائي، وذلك لعدم ثبوت قيام الممثلة بأفعال وتصرفات من شأنها إشاعة الثقة لدى الشركة في توقيع العقد.

¹ C.A.PARIS , 13/12/1984 , R.T.D.C 1986 ,P 97 .

بالضرورة إلى بخر حقوق المفاوضات الأخرى، لغرض دفعه إلى الانسحاب، وبالتالي تضحي المفاوضات فاشلة خاصة إذا تم بذل جهد كبير وصرف أموال كثيرة، ولمدة طويلة وجب هنا مسألة المفاوضات المتسبب، في ذلك بقطع المفاوضات دون وجه حق، ودون سبب مشروع، ونتج عن هذا السلوك قيام المسؤولية التقصيرية.

ثالثاً: التفاوض دون النية في التعاقد:

والمقصود هنا هو السير في التفاوض مع عدم عقد رغبة في التعاقد، أي عدم وجود عقد عزم أو نية حقيقية وجادة، لدى المفاوضات الأخرى قصد الوصول إلى التعاقد، ويكون القصد هنا من الدخول هذا النوع من التفاوض هو مجرد الحصول على معلومات، أسرار الطرف الأخرى، أو مجرد الدعاية أو تقويت فرصة التعاقد وبين شخص آخر غيره أو تحويل الأنظار عن عقود أخرى، سعى لإبرامها¹.

ولحالة المذكورة عدة صور منها ما تم ذكره سابقاً بخصوص اتجاه نية الطرف بسبب رغبته أصلاً في التعاقد²، حين يكون سيء النية، وقد يكون سبب إدراكه

¹ همام محمد محمود زهران، الأصول العامة للإلتزام، نظرية العقد، مرجع سابق. ص. 56.

² محمود فياض، مدى إلتزام الأنظمة القانونية المقارنة لمبدأ حسن النية في مرحلة التفاوض على العقد، مجلة الشريعة والقانون، كلية القانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، العدد 54 لشهر أبريل 2013، ص. 239.

لعدم إمكانية الوفاء بمتطلبات التعاقد، وتم إبرام العقد، ومع ذلك، يتفاوض بنية التفاوض لا التعاقد¹.

كما أنه من يوجه الدعوة إلى التعاقد دون أن يكون مالكا للشيء أو صاحب الحق موضوع العقد المتفاوض بشأنه، ولا واثقا من حصوله عليه، بغير أن يخطر بذلك المفاوض الآخر².

والأكيد أن عدم الوقوع في حالة التفاوض دون النية في التعاقد، يقتضي، ومنذ بداية التفاوض، يكون عقد العزم والنية على التفاوض، والاستمرار فيه إلى حين التعاقد حتى لا يقع المتفاوض تحت طائلة المسؤولية التقصيرية.

ومن هنا ذهبت محكمة النقض المصرية إلى قيام المسؤولية التقصيرية على عاتق المتفاوض، الذي لم يكن جادا في مفاوضاته مع الطرف المتضرر عندما أوهم هذا الأخير برغبته في التفاوض المسؤول في تأسيس شركة معه مقابل أن يبحث له عن فكرة مشروع لهذه الشركة، في الوقت الذي لم يكن، يريد أبدا، أن يبلغ التفاوض غايته في إبرام عقد الشراكة³.

¹ محمد جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية المدنية، مرجع سابق، ص. 139.

² محمود فياض، مرجع سابق، ص. 239.

³ قرار محكمة النقض المصرية بتاريخ 1966/01/27، المجموعة س. 17 رقم 24، ص. 182.

رابعاً: وقوع التفاوض على حق مملوك للغير.

إن من شروط البيع هو نقل ملكية المبيع إلى المشتري، وأن يكون البائع مالكا للشيء المبيع الذي يتم التفاوض بشأنه، وهذا الشيء منطقي وبديهي ولهذا الشخص المفاوض بصفته بائعا في المستقبل، إذا تم الاتفاق على شروط هذا العقد يجب أن يكون مالكا للشيء المبيع المراد التفاوض عليه، إذ لا يجوز أن ترد المفاوضة على حق مملوك للغير، ولا أثر للبيع هنا بالنسبة للمالك الحقيقي إلا إذا أقره¹.

فالمتفاوض الذي يقدم على الدخول في علاقة تفاوضية مع شخص آخر، ودون أن يكون مالكا للحق موضوع العقد ومحل التفاوض²، أو تأكد من أيلولته له قبل تحقق إبرام العقد المنشود، يعد مخطئا وهذا ما يرجع إليه بقواعد المسؤولية التقصيرية، ولكن إذا ما كان المفاوض، يعلم بأن الشيء موضوع العقد المتفاوض عليه في حال ما تم إبرامه، غير مملوك للبائع فهذا لا يتصور أي ضرر قد أصابه من إبطال البيع، فيقر حقه على المطالبة بالثمن، أي استرجاعه دون طلب تعويض³، ولنأخذ مثال على حسن نية المفاوض البائع، كأن يتلقى إرثا عن

¹ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مرجع سابق، ص. 288.

² صلاح الدين زكي، تكوين الروابط العقدية بين غائبين، مرجع سابق، ص. 83.

³ عبد الرزاق أحمد السنهوري، مرجع سابق، ص. 291.

مورثه، فيدخل في مفاوضة من أجل أن يبتاع لشخص آخر وخلال مجريات المفاوضة أو عقب إنتهاؤها ببلوغ عقد بيع نهائي، تبين أن هذا الشيء كان كوديعة عند المورث وأنه ليس المالك الحقيقي له، وفي مثال آخر أن يقوم الشخص المفاوض على شيء قد اشتراه من الغير من دون أن يعلم مصدره، ثم بعد ذلك، يتبين أن هذا الشيء مسروقا أو ضائعا، فيكون خطأ غير مقصود إلا أنه مع ذلك، يعتبر مهملًا ومقصرا في تقصي الحقيقة لملكية الشيء المبيع، و يعد مخطئا في كلتا الحالتين، وعليه يتحمل المسؤولية اتجاه المفاوض المشتري الحسن النية¹.

خامسا: إخفاء معلومات جوهرية في قرار التعاقد.

لقد أشرنا سابقا بأنه من حق المفاوض أن يحيطه علما المفاوض الآخر بما يسمى بالإعلام والتبصير أي تنويره، والإفصاح له بكافة المعلومات والبيانات الخاصة بالصفقة المتفاوض بشأنها وإلا أصبح المتفاوض مخلا بالتزاماته المتعلقة بالإعلام والتبصير، والذي إذا نشأ في المرحلة ما قبل التعاقدية، يجعل المفاوض المخل بهذا الإلتزام مسؤول مسؤولية تقصيرية اتجاه المفاوض الآخر.

¹ أنس عبد المهدي فريحات، النظام القانوني للمفاوضات ، مرجع سابق، ص. 877.

وتطبيقاً لذلك، قضت محكمة النقض الفرنسية بصدد منازعة، تتعلق في قيام زوجين في حجز شقة في مبنى تحت التشييد بموجب اتفاق حجز مبدئي، وقد جاء في ذات الاتفاق أن الشقة، ستكون مكونة من حجرتين ذاتا نافذتين عاديتين لتسمح الإضاءة الكافية إلا أن البائع قد قام بعد ذلك بتعديل تصميم البناء إثر خطأ فني من المهندس وإستبدال بالنافذتين هوائيتين، دون أن يقوم بإعلام الزوجين بهذا التعديل ولما علم الزوجان بهذا التعديل فيما بعد رفضا إبرام العقد النهائي، وقاما باسترداد ما دفعاه من تأمين، ثم طالبا البائع بتعويض، ما أصابهما من ضرر، لأنه لو كان قد أبلغهما بهذا التعديل في وقت مبكر، لكانا قد تمكنا من إبرام عقد بديل في مشروع إسكاني آخر، وأمام رفض البائع، قاما برفع الأمر إلى القضاء، وقد أيدت محكمة النقض ما نصت به محكمة الاستئناف من اعتبار البائع مخطئاً لإخلاله بالتزام بالاعلام، حيث كان يتعين عليه بمقتضى التزامه بتنفيذ الاتفاق المبدئي وبحسن النية، وأن يخطر الزوجين فوراً بالتعديل الذي أدخله على البناء وإلغاء النافذتين، ولكنه تقاعس عن القيام بذلك، الأمر الذي أسفر عن فشل المفاوضات بإلغاء الزوجين للحجز الأول الذي كانا يعولان عليه، فضاعت عليه فرصة إبرام عقد آخر بديل¹.

¹ CASS.CIV.17/11/1993 j.C.P 1994 II .P 22283 .P 851.

كما اعتبر المشرع الفرنسي في نص المادة (1116) من القانون المدني الفرنسي أن ذلك، يشكل تدليسا، يعيب رضا المشتري فيه، وهذا ما ذهبت إليه محكمة النقض الفرنسية¹.

الفرع الثالث: الضرر

القاعدة العامة أنه لا يتصور، ولا يقبل الحكم مع أي شخص، بأن يدفع تعويضا إلى آخر إلا إذا أصيب هذا الأخير بضرر ناجم عن فعل الأول، وهذا يعني أنه لا محل لموجب التعويض إلا على أساس الضرر²، فالشخص المتضرر هو الذي يثبت وقوع الضرر، وهو واقعة مادية، يجوز إثباتها بجميع الطرق ومنها البينة والقرائن وهي مسؤولية موضوعية لا رقابة للمحكمة العليا فيها، فالضرر هو الركن الثاني للمسؤولية التقصيرية، ولتحقيق هذا النوع من المسؤولية، وجب أن يحدث الخطأ ضررا، وتحقق الضرر أن يكون محقق الوقوع، ويكون حالا وغير مؤجلا يقع في المستقبل، بأن يكون قد وقع فعلا.

ومادنا في المجال التفاوضي، فإن الأضرار التي يمكن تعويضها، تتخذ صورا عديدة ومتنوعة، بحيث يعد الضرر، كعنصر جوهري لعقد المسؤولية قبل المتفاوض المعتدي فيما تكبده المتفاوض الآخر من نفقات، وأجور سفر، وإقامة،

¹ CASS.COM. 13/10/1980.D.1981. I.R. P 309

² أنس عبد المهدي فريحات، النظام القانوني للمفاوضات، مرجع سابق، ص. 888.

وكذلك النفقات التي تم بذلها في سبيل الإعداد والتحضير الجيد لعملية التفاوض على العقد المنشود إبرامه مع الطرف الآخر كدراسة جدوى العقد من الناحية الاقتصادية، وإجراء عمليات حسابية ومعاينة الشيء محل التفاوض وتحديد متطلباته الفنية، والحصول على استشارات قانونية والحصول عند الحاجة عن الموافقات والتراخيص الإدارية، اللازمة وكذلك نفقات تهيئة المكان الذي سوف تدور فيه حلقات التفاوض بين الطرفين¹.

ففي مرحلة المفاوضات قد ينتقل المفاوض إلى المفاوض الآخر للتفاوض معه حول العقد المراد إبرامه، مما تكون هناك مصاريف ونفقات باهضة، تبدأ من نفقات الذهاب والإياب وإتعايب الشخص المفاوض إذا كان وكيلًا وممثلاً للشركة التي تريد التفاوض مع الشخص أو الشركة المستقبلية إضافة إلى نفقات المبيت والمطاعم والتنقل والوقت المستغرق، كل هذا يدخل في الحسابان في إطار التعويض عن الضرر اللاحق بالمفاوض الذي لحقته أضراراً إذا كان المفاوض الآخر قد سبب بفعله ضرراً، لحق بالطرف الآخر، لا سيما في حالة عدم الوصول إلى النتيجة المبتغاة، وهي إبرام الصفقة المتفاوض عليها².

¹ سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، ج. 2 الإلتزامات المجلد الثاني الفعل الضار والمسؤولية المدنية، مرجع سابق، ص. 30.

² عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مرجع سابق، ص 169 .

للضرر نوعان، ضرر مادي وآخر معنوي، فالأول يطلق عليه الضرر المالي أو الإقتصادي¹، لأنه ليس ذا قيمة مادية داخل ضمن الذمة المالية للشخص المتضرر، فينقص منها، أو يعدمها، كما يمس أيضا بممتلكاته، فيعطبها أو يغتصبها أو تحول بينه وبين استعمالها أو استغلالها أو استثمارها²، كما يتمثل الضرر المادي في المفاوضات ما قبل التعاقدية في مقابل إضاعة، المفاوضات من وقت وجهد في إجراء تفاوض غير جاد موسوم بالفشل، وعلى ما فاتته من كسب، وما لحقه من خسارة، ويكون التعويض نتيجة لتفويت فرصة إبرام هذا العقد مع الشخص المتفاوض معه، أو ما يمثل مثل هذا العقد، مع أشخاص آخرين، يرغبون في إبرامه معه³، فالمشرع الجزائري، تناول ذلك بقوله " أن يشمل التعويض مالحق الدائن من خسارة وما فاتته من كسب"⁴.

أما الضرر المعنوي، فعرفت هذه الفكرة في التشريع الفرنسي جدلا حادا بين الفقهاء حول مدى قابلية هذا النوع، من الضرر إلى التعويض أو لا، ثم تقديره ثانيا

¹ نوري حمد خاطر، عدنان إبراهيم سرحان، الأساس القانوني للإلتزام المؤمن له بتقديم المعلومات، مجلة الحقوق، مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، ع. 1 س 31 مارس 2007 .

² مصطفى العوجي، القانون المدني، العقد، ج 1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2007، ص. 165 .

³ أنس عبد المهدي فريحات، النظام القانوني للمفاوضات، مرجع سابق، ص. 890.

⁴ نص المادة 182 من القانون المدني الجزائري .

إلى جانب التأثير الكبير للقانون الفرنسي، بالقانون الروماني الذي كان واضحاً في تطور هذا المبدأ بعدما كان الرومان، يرفضون فكرة التعويض عن الضرر المعنوي في ظل تفشي الانتقام، وهذا لأن المساس بالشرف عوقب عليه بشدة أكبر من الضرر المادي، إلا أن توسع الدولة الرومانية وتطور تشريعها ساهم في إقرار التعويض لاحقاً، فقد خول القانون الروماني للمتضررين المطالبة بالتعويض عن طريق عدة دعاوى كدعوى التعويض عن إيلاء العواطف أو الحنان أو تلك التي تمنح الحق في التعويض للنساء عن ما لحقهن من قذف¹.

لقد قلنا أن القانون الفرنسي، تأثر بسلفه الروماني في التعويض عن الضرر المعنوي إلا أن الفقهاء الفرنسيين قصروا التعويض، على المسؤولية التقصيرية دون العقدية ومرد ذلك هو التفسير الخاطئ الذي قدمه الفقيهان (pothier)² و (domat)³ لرفض القانون الروماني، تعويض الضرر المعنوي في المجال التعااقدي⁴ غير أن هذه النظرة الضيقة ما لبثت أن تراجعت بصدور الأمر المسمى

¹ HENRI MAZEAUD et Léon MAZEAUD , traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle , Paris, librairie du reveil sirey, 3 eme ed.1969 T1 , P366 .

² هو روبرت جوزيف بوثيرقيه فرنسي ولد في 09 /01/ 1699م بأوليان وتوفي بها في 02/03/1772م كان أستاذاً للقانون بجامعة أورليانز كانت نظرياته حول قانون العقود .

³ هو جون دومات ، فقيه فرنسي ولد في 30/11/1625م وتوفي في 14/03/1696م، كان رجل قانون فرنسي ، مارس المحاماة ،وعين مدعياً عاماً ، درس العلوم الإنسانية والقانون بجامعة بورجيه ، من مؤلفاته ، القانون المدني في نطاقه الطبيعي ، والقانون العام .

⁴ MAZEAUD ,Op ,Cit ,P 367

(Villers Cottérets) سنة 1538 الذي نص في المادة 88 على وجوب اعتبار العنصر المعنوي عند تقدير التعويض¹، أما بالنسبة لتقنين نابليون لسنة 1804، فإن الأمر يختلف حيث كان أكبر إبداع لتقنين نابليون هو فرضه للالتزام بالتعويض على المتسبب في كل ضرر، وبذلك أسس المشرع الفرنسي الملهم بالتراث الكنسي والفقهاء دومات (Domat) قواعد المسؤولية على أساس الخطأ²، وقد أثر قصر التعويض على المسؤولية التقصيرية، دون العقدية بتأخر اكتمال نظرية التعويض إضافة إلى أن المادة 1382 من القانون المدني الفرنسي، تتضمن مبدأ عاما قضي بالتعويض عن كل ضرر³.

كما أن التشريع الجزائري، نص على " أن كل فعل أي كان يرتكبه الشخص بخطئه، ويسبب ضررا للغير يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض"⁴ هذه هي القاعدة العامة في طلب التعويض لكن هنا المشرع الجزائري في طلب التعويض لم يذكر أي نوع من التعويض هل يكون على الضرر المادي أو المعنوي؟ هذا من خلال المسؤولية التقصيرية أما المسؤولية العقدية، فقد كرس المشرع الجزائري ذلك

¹ ART 88 " que l'élément moral doit être pris en considérations pour l'évaluation de la somme allouée "

² TAURNEAU et Gadiet , droit de la responsabilité « beyreuth , detta 1997 .P,P 7-8

³ سعيد مقدم، نظرية التعويض عن الضرر المعنوي، المؤسسة الوطنية للكتاب الجزائر، ب. ط، 1992، ص. 112.

⁴ المادة 124 من القانون المدني الجزائري .

في نص المادة 182 مكرر من ق.م.ج في تعديله سنة 2005¹، متأثراً بالتشريع الفرنسي وذلك بخصوص نص المادة 124 من ق.م.ج المذكورة والتي تقابلها المادة 1382 من القانون المدني الفرنسي.

فصوص القانون المدني بداية وضع التقنين المدني بناء على الأمر 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 قبل ما عدلت وتمت بالقانون رقم 07-05 المؤرخ في 13 مايو 2007، وهذا عندما تبنت الدولة الجزائرية آنذاك المذهب الاشتراكي كتوجه اقتصادي، وهذا الأخير، لا يعوض عن الضرر المعنوي حسب بعض الفقه، والذي واجه نقداً على أن هذا المبدأ، يخالفه القانون المدني السوفياتي²، قبل استقلال جمهورياته.

وما دمننا في إطار التعويض عن الضرر المعنوي اللاحق للشخص المفاوض من جراء عدوله غير المبرر، فإن نص المادة 124 من ق.م.ج جاء على إطلاقه، وأن القاضي له أن يفسر هذا النص على أن التعويض اللاحق بالشخص المتضرر، يكون على أساس الضرر المادي والمعنوي الذي أصابه.

¹ المادة 182 مكرر من ق.م.ج " يشمل التعويض عن الضرر المعنوي كل مساس بالحرية أو الشرف أو السمعة ".

² الفضل منذر، الضرر المعنوي في المسؤولية المدنية، مجلة العلوم القانونية، جامعة عنابة، المجلد الثالث، العدد الخامس، ديسمبر 1987، ص. 56-57.

لكن، وفي القوانين الخاصة الأخرى بما فيها ق.أ.ج وقانون العمل وقانون الأسرة، أن هناك نصوص دعاوى المسؤولية، تقبل عن كافة أوجه الضرر سواء كانت مادية أو جسمانية أو أدبية¹، هذا في الدعاوى المدنية المرتبطة بالدعاوى العمومية أما في قانون الأسرة، فنصت المادة 05 منه على جواز الحكم بالتعويض إذا رتب العدول عن الخطبة، ضرر مادي أو معنوي لأحد الطرفين².

كما أن المحكمة العليا، وفي العديد من قراراتها، أكدت المبدأ بجواز التعويض عن الضرر المعنوي أو الأدبي للطرف المتضرر الذي يقع عليه دائماً أن يثبت هذا النوع من الضرر اللاحق به.

الفرع الرابع: العلاقة السببية بين الخطأ والضرر

السببية ركن مستقل بين الخطأ والضرر، ومعناه أن تكون علاقة مباشرة ما بين الخطأ الذي ارتكبه المسؤول والضرر الذي أصاب المتضرر، والسببية هي الركن الثالث من أركان المسؤولية³، وهي ركن مستقل عن ركن الخطأ، و قد توجد، ولا يوجد الخطأ، مثال إذا أحدث شخص ضرراً بفعل صدر منه، لا يعد خطأ، وتتحقق مسؤوليته على أساس تحمل التبعية، فالسببية هنا موجودة، والخطأ

¹ نص المادة 3 فقرة 4 من ق.أ.ج.ج .

² نص المادة 05 من ق.أ.ج

³ محكمة النقض المصرية، مدني، قرار صادر في 12/10/1959، السنة العاشرة، ص 651 رقم 98

غير موجود، وقد يوجد الخطأ، ولا توجد السببية، ويسوق أحد الفقهاء لذلك مثلاً يدس شخص لآخر سما وقبل أن يسري السم في جسم الشخص المسموم، يأتي شخص ثالث، فيقتله بمسدس، فهنا الخطأ هو دس السم والضرر هو موت المصاب، ولكن لا سببية بينهما، أن الموت سببه إطلاق عيارات من المسدس، لا دس السم، فهنا يوجد الخطأ، ولا توجد السببية¹، وكمثال آخر أن شخصاً، يقود سيارة دون رخصة، ثم يصيب أحد المارة، وتكون الإصابة بخطأ، يقع من هذا المصاب، فهنا الخطأ وهو قيادة السيارة دون رخصة، و الضرر هو إصابة أحد المارة، ولكن الخطأ ليس هو السبب في الضرر بل هناك سبب أجنبي هو خطأ المصاب، فوجد الخطأ دون أن توجد السببية.

كما أنه في الأمثلة المذكورة أعلاه يمكن القول بأن السببية قد انفصلت عن الخطأ، ولقد أوضح الدكتور عبد الرزاق أحمد السنهوري بأن السبب، يكون ركناً مستقلاً عن الضرر، وأن استقلالية السبب عن الخطأ، لا يظهر بوضوح إلا إذا كان الخطأ مفترضاً، وذلك أن يقع على عاتق الشخص المتضرر إثبات خطأ، وإن هذا الإثبات يكون إثباتاً للعلاقة السببية، فالسبب يمكن نفيه إلا بإثبات السبب

¹ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مرجع سابق، ص. 990.

الأجنبي، ففيها أن يتركز النضال ما بين المسؤول و المصاب¹، فالضرر الواجب التعويض في المفاوضات يجب أن يلحق بصيغة الضرر الحال، والفعلي للشخص المتفاوض، وهو سببه الانحراف عن السلوك المنتظر من المتفاوض العادي، فإنه لا بد أن الضرر قد وقع فعلا وبصورة من المتفاوض العادي، فإنه لا بد أن يكون هذا الضرر قد وقع فعلا وبصورة أكيدة، و أصبح بمقدور القاضي أن يحدد معالمه ومقدار التعويض المناسب عنه².

وبناء على ذلك، فإن المتفاوض المتضرر، يملك حقا في طلب الحصول على تعويض عادل عن الأضرار والخسارة، التي تكون قد حلت به فعلا من جراء خطأ الطرف الآخر، كالتفقات والمصاريف التي تكبدها ذلك المتفاوض في سبيل المفاوضة والوصول إلى إبرام العقد النهائي، من استشارات واتصالات وتنقلات وغيرها من الأمور التي تتطلبها المفاوضة، والإعداد الجيد للعقد المطلوب والضرر الإجمالي هو الضرر غير محقق الوقوع في المستقبل³ فالضرر الإجمالي، لا يعطي للمضرور حق طلب التعويض، على تعويض عنه إلا عند وقوعه فعلا، حيث أن عملية التفاوض الدائرة بين الطرفين، تحفها المخاطر من كل صوب،

¹ عبد الرزاق أحمد السنهوري، مرجع سابق، ص 992.

² عاطف النقيب، المسؤولية الناشئة عن الفعل الشخصي، الخطأ والضرر، منشورات عويدات بيروت، 1983، ص. 273.

³ دغس طه، مرجع سابق، ص. 461.

وتظل فترة اكتشاف، قد تسفر عن إبرام عقد، وقد لا تسفر عن ذلك فتحقق إبرام هذا العقد نتيجة التفاوض عليه دائماً، يظل أمراً احتمالياً وغير المؤكد الوصول إليه، وتم استبعاد الضرر المحتمل من مرحلة المفاوضات، ومن نطاق النصوص القانونية المنظمة للقواعد العامة للتعويض عموماً¹، فالمشرع الجزائري²، نجده أكد كذلك على التعويض عن الضرر الحال، وليس المحتمل، وهذا من خلال استقراء القسم الثاني للمسؤولية عن فعل الغير، ومن هنا لا يمكن التكلم عن طلب التعويض للشخص الذي يعد الضرر وشيك الوقوع.

المبحث الثاني: القانون الواجب التطبيق على المسؤولية المدنية في مرحلة المفاوضات .

لا شك أن المفاوضات التي تدور بشأن عقود التجارة الدولية، إنما هي مفاوضات، تتعلق بعقود ذات طابع دولي، ومن هنا، يثور الإشكال حول تحديد القانون الواجب التطبيق على المسؤولية المدنية التي يتحملها أحد أطراف التفاوض في هذه المرحلة³.

¹ مجلة نقابة المحامين الاردنيين، لسنة 1988، ص. 774 .

أشار إليهما أنس عبد المهدي فريحات، النظام القانوني للمفاوضات، مرجع سابق، ص. ص، 896-897.

² نص المواد 134، 136، 137، من ق.م.ج.

³ أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، مرجع سابق، ص. 42.

كما أن السبب الحقيقي الذي يرجع في هذه المشكلة الى التباين الكبير في الحلول المتبعة في القوانين المقارنة، ينشأ تحديد الطبيعة القانونية لعملية التفاوض وبصفة خاصة حال عدم وجود اتفاق صريح، على التفاوض ومن الثابت أن تكييف العلاقة محل النزاع مسألة تخص قانون القاضي¹، ولهذا الأخير التأكد من وجود اتفاق صريح بين الطرفين لتطبيق قانون وقفا لإرادتهم أم لا؟، وهذا ما يسمح له في حالة عدم الاتفاق الصريح بين طرفي التفاوض -كما قلنا سابقا- إلى تحديد قاعدة الإسناد اعتمادا على مبدأ سلطان الإرادة وإعمالا بمبدأ حرية التعاقد، إلا أن هذه الحرية ليست مطلقة احتراما لمبدأ حسن النية، فإذا كان انسحاب أحد الأطراف خاطئا، وترتب على هذا الخطأ ضرر، أصاب الطرف الآخر، وكان بين الخطأ والضرر علاقة سببية، فإن المنسحب من المفاوضات، يتحمل المسؤولية.

وهذا ما يجعل هناك ضرورة لتدخل القانون لتنظيم العلاقات التفاوضية بهدف ضمان قدر ملائم من خلق التفاوض².

وكما سلف الذكر أن التفاوض يرتب نوعين من المسؤولية العقدية والتقصيرية، وتكون الأولى في حالة وجود عقد تفاوض، أما الثانية، فتكون في

¹ إبراهيم أحمد إبراهيم، أحمد قسمت الجداول، تنازع القوانين والإختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام القضائية الأجنبية، ط.1، 1994، ص. 84.

² نزيه محمد الصادق، الإلتزام قبل التعاقد بالإدلاء بالبيانات المتعلقة بالعقد وتطبيقاته على بعض أنواع العقود، دار النهضة العربية، مصر 1982، ص، 300 .

انعدام وجود عقد تفاوض، وبالتالي سوف نتطرق في هذا المبحث الى مطلبين:
أولهما القانون الواجب التطبيق في حالة اتفاق الأطراف. أما المطلب الثاني هو
القانون الواجب التطبيق في حالة عدم اتفاق الأطراف.

المطلب الأول : القانون الواجب التطبيق في حالة اتفاق الأطراف.

فالعقد الذي نتكلم عنه في هذه المرحلة ليس بالعقد النهائي المزمع انعقاده،
وإنما أن في مرحلة التفاوض قبل إبرام العقد هناك اتفاقات تتخلل المراحل الأولى
للمفاوضات، وهذه الاتفاقات، تشكل ما يسمى بعقد التفاوض، وبالتالي أن ما
يشوب هذه المرحلة هو أن هناك مسؤولية الطرف، المتفاوض المتضرر الذي
ينسحب من المفاوضات بدون عذر أو سبب جدي مما يجعل هذا التصرف، يلحق
أضراراً وخيمة، تلحق بالطرف المتفاوض الآخر، ولهذا سوف نعالج في قانون
الإرادة كفرع أول في حالة اتفاق الأطراف وضوابط الإسناد في حالة عدم اتفاق
الأطراف صراحة أو ضمناً.

الفرع الأول: قانون الإرادة .

ينحصر المجال الحقيقي لقانون الإرادة في عقود التجارة الدولية، حيث تتباين كثيرا في هذا المجال قوانين الدول المختلفة¹، ومن ثم يحق للأفراد اختيار القانون الأقرب إلى نواياهم²، وكثيرا ما أكدت المحافل الدولية (المؤتمرات) الدور الفعال الذي يسهم به قانون الإرادة في توحيد النظم القانونية في المجال الدولي³، ومن هنا، كان ولازال يجب عدم الحد من مجال الإرادة باشتراط وجود صلة وثيقة بين العقد والقانون الذي يختاره الأطراف، بحيث لا توجد شبهة التهرب من القواعد الآمرة ولعل القيد الأوحده⁴، ويكمن في وجوب توافر حسن النية عند اختيار القانون الواجب التطبيق، ويعني حسن النية هنا وجود أسباب معقولة، لاختيار قانون الإرادة وهو ما أشار إليه القاضي lord wright في قضية vita food⁵، حيث تضمن الحكم فيها ما يلي:

¹ VANHECKE , Georges A . problèmes juridiques des emprunts internationaux leiden , 1955, P 126 .

² LOUSSOUARN , Y ,J.D BREDIN, DROIT du commerce international . Paris .1969 .P382

³ LEMONTEY, Jacqueres , Billan des travaux de la commission des nation unies , pour le droit commercial international , clumet , 1973 , P 859

⁴ THE HAGUE convention on the law Applicable to international salies of goods , ART .1.N

⁵ VITA FOOD PRODUCTS INS . V UNIS SHIPPING CO 1939 (A C .P.C). P277

(Provided the intention Ex pressed in bona fue and legal and provided the ris no reason for avoiting the choice of the ground of public policy.)

ومعناها باللغة العربية " شريطة أن تكون النية السابقة حسنة وقانونية" بشرط عدم إضافة إلى أن فكرة حسن النية، المذكورة رحب بها الكثير من الأنظمة القانونية للدول كالقضاء السويسري¹، على أن يكون القانون المختار هو الشرط النموذجي لكي يحكم تلك التجارة في المجال الدولي.

الفرع الثاني: المشاكل الناجمة عن الأخذ بقانون الإرادة.

يتعين على قاعدة الإسناد في قانون القاضي، والتي تخول الأفراد حق إختيار قانون معين يحكم تعاقدهم، أن توضح ما إذا كان يلتزم الإطراف في الاتفاق على إختيار القانون الأجنبي أن يكون صريحا، أو أنه يكفي أن يكون ضمنيا يستخلص من ظروف الحال وشروط العقد²، ويرجع لقانون الإرادة في تحديد العوامل المؤثرة على رضاء الأطراف .

³(THE hague convention of the law applicable to international sales of goods)

¹ العقود الدولية في الفقه والقضاء السويسري، المجلة الانتقادية للقانون الدولي الخاص، 1962، ص.

² KAHN , la convention de la haye sur loi applicable aux ventes a caractère international d'objets mobiliers cloportes clumet , 1966, P 301

³ Rabel ,Emir , the conflict of lows a comparative study , Op , Cit , Vol II ,P 369

غير أنه يتعذر قبول هذا الحل من الناحية المنطقية، إذ أن تطبيق قانون الإرادة ذاته، يعتمد على وجود رضاء صحيح، مما لا يتصور معه أن يكون لقانون الإرادة دخل في تحديد شروط ذلك الرضاء، وعلى ذلك يرشح قانون lex causae¹ ليحكم هذه المسألة وهو ترشيح، يقدم حلاً يمتاز بالبساطة، ويساهم في توحيد الحلول بالنسبة لسائر المسائل².

أولاً: مشكلة وسائل تحديد الاختيار الضمني .

إذا كان قانون الإرادة ضمناً، فالمشكلة التي تثار هي حول وسائل تحديد هذا الاختيار الضمني وكيفية الاستدلال عليه³، كما يثار الجدل حول ما إذا كان الاتفاق على اختصاص محكمة معينة هو بمثابة اتفاق على تطبيق قانون تلك المحكمة، ويختلف حل هذه المسألة وحسبما تهدي إليه ظروف الحال، فإذا كانت الظروف الملازمة للاتفاق، تشير إلى أن قانون المحكمة هو القانون الواجب التطبيق، طبق هذا الأخير، كما يطبق أيضاً إذا كان هناك عرف دولي يؤيد ذلك وفي غياب الظروف المؤيدة، لتطبيق هذا القانون أو العرف الدولي، لا تسري هذه القاعدة على الرغم من ميل المحاكم إلى تطبيقها كما جاء بحكم المحكمة الفدرالية

¹ معناه قانون العلاقة .

² Lando , the Ec praft convontion , Op , Cit , P 23 .

أشار إليهم ، احمد عبد الحميد عيشوش، قانون العقد، ب. د. ن، ب. ط، سنة 1992، ص. 100 .

³ DELAUME.GR.state contracts and transnation al arbitration , Ajil, (1981),P 784

السويسرية الصادر في 12 نوفمبر 1956 في قضية Bouvain, V.Fontaine إلى أنه
 " on peut considérer que dans l'idée des parties le juge dising doit appliquer le "
 "1 droit de sans pays

والملاحظ أن عدم كشف إرادة الطرفين على القانون الواجب التطبيق على
 النزاعات المفترضة التي سوف تتم بين الطرفين، وعدم ترجيح وفي حالة غياب
 الأعراف الدولية لا يسع للقاضي المعروض عليه النزاع إلا أن يطبق القانون
 الوطني لبلده للفصل بين الطرفين.

ثانيا: مشكلة دلالة السكوت.

أما الإشكال الثاني الناجم عن الأخذ بقانون الإرادة، هو اعتبار السكوت تعبيراً عن
 اختيار قانون معين ولقد كشف مشروع إتفاقية (EEC)² المتعلق بالالتزامات
 التعاقدية وغير التعاقدية على اتجاهين في هذا الشأن³، ويرى أنصار هذا الاتجاه
 والفكر أن يعتد بالسكوت، في تحديد القانون الواجب التطبيق (المختص) يجب أن

¹ المجلة الإنتقادية للقانون الدولي الخاص. 1958، ص. 216.

² هي مختصر لكلمة (EUROPEAN ECONOMIC COMMUNITY) ومعناها السوق الأوروبية
 المشتركة، وهو مشروع إقتصادي وسياسي، ظهر أعقاب الإجماع التمهيدي الذي عقده وزراء خارجية
 ست دول من الدول الأوروبية، في إيطاليا في يونيو 1951 لإنشاء وحدة إقتصادية بينهم ومن بين هذه
 الدول فرنسا، إيطاليا، ألمانيا الغربية وبلجيا، هولندا ولكسمبورغ وتم التوقيع عليها من طرف هذه
 الدول المشار إليها فيما سمي باتفاقية روما لتتأس رسمياً في 03/25 1957 والذي يعد التاريخ الفعلي
 لقيام السوق الأوروبية المشتركة.

³ Nadelman (K.H) IMPRESSIONISM and UNIFICATION OF LAW . the EEC
 draft convention on the law applicable to contractual and non contractual
 obligations . A.G.COMP.1976.Vol .1.P 20.

يخضع للقانون الشخصي للطرف الساكت في اختيار القانون من عدمه أما الفقه للاتجاه الثاني، فلا يعتد بالسكوت إطلاقاً، إلا إذا كان بصدد إبرام عقد، فإن السكوت، يخضع لقانون هذا العقد¹، وعلى الرغم من وجهة هذا الرأي في شقه الأول إلا أنه يصعب التطبيق في شقه الثاني، مما يدعو ناقديه إلى استبعاده، حيث يتعين أن تكون قواعد التنازع سهلة وعملية²، كما أن التشريع المدني الجزائري، نص على أنه "تسري على الالتزامات التعاقدية القانون المختار من المتعاقدين إذا كانت له صلة حقيقية بالمتعاقدين أو بالعقد، وفي حالة عدم إمكان ذلك يطبق الموطن المشترك أو الجنسية المشتركة، وفي حالة عدم إمكان ذلك يطبق قانون محل إبرام العقد"³.

ثالثاً: مشاكل البطلان وشروط الصحة.

إن غاية الأفراد في مجال العقود هو الاعتماد على صحة العقود التي يبرمونها، وذلك إذا أدى قانون الإرادة، إلى اعتبار العقد باطلاً، فلا يعتد بهذا البطلان،

¹ Broches , A.choice of law provisions in contracts , Op .Cit.P 64.

² Nadelman. مرجع سابق ، ص 21

³ المادة 18 من القانون المدني الجزائري، ج ر، عدد 31 مؤرخة في 13 مايو 2007 يعدل ويتم الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق لـ 26 سبتمبر سنة 1975 المتضمن القانون المدني.

ويعتبر الاختيار قد تم خطأ، وهو ما نص عليه القانون الأمريكي¹ "Restatement" ولا تظهر هذه المشكلة إلا إذا كان قانون الإرادة هو العامل الوحيد في العمل القانوني²، أو كان العامل الحاسم أو الرئيسي فيه، ولكن ما الحكم عند غياب قانون الإرادة؟ وبعبارة أخرى هل يمكن للقانون الواجب التطبيق طبقا لقواعد الإسناد أن يؤدي إلى بطلان العقد، تختلف الإجابة بحسب ما عدا كان العقد تجاريا أو غير ذلك، وفي مجال العقود التجارية، فإن القانون الواجب التطبيق، لا يقود إلى بطلان العقد، أما بالنسبة للعقود غير التجارية فيمكن أن يقع البطلان لمصلحة أحد الطرفين، فلا يكون من العدالة حرمانه من الحماية التي يقرها له القانون الواجب التطبيق أو كما يقول الفقيه³ (BATIFFOL) "une contraire" ⁴.

رابعا: مدى حرية الأطراف في تعديل قانون الإرادة.

وللأفراد الحق في تغيير أو تعديل قانون الإرادة في أية مرحلة من مراحل التعاقد⁴،

¹ The American law institute, Restatement of the law second, conflict of laws, See, 1, P 566.

² JACQUET, principe d'autonomie et droit applicable aux contrats internationaux, Op, Cit, 1983, P 413.

³ هو فقيه فرنسي ولد في 16/02/1905م وتوفي في 20/11/1989م ، رجل قانون وأستاذ جامعي .

⁴ SHMITZER , ADALF,F,les contrats internationaux en droit international prive suisse, R.C.A.D.I 1968 ,P P .586.587 .

ولكن إذا أبرم العقد، فلا يكون في مقدورهم، اختيار قانون جديد يحكم تعاقدهم إلا إذا كان هذا الاحتمال قائما قبل إبرام العقد، إذ ليس هناك مبرر لإعطاء الأطراف حقوقا، تزيد على تلك التي تثبت لهم وقت التعاقد¹.

وبعد استقراء هذا، نجد أن الأطراف المتفاوضة، حول إبرام العقد المزعوم، يستطيعون الاتفاق على تغيير وتعديل ما يرونه من قانون وفقا لإرادتهم، لكن إذا حصل، وتم إبرام هذا العقد لا يسوغ لهم ذلك، هذا من خلال ما جاء به القانون السويسري لكن المحاكم الايطالية، ذهبت إلى أبعد من ذلك، وهو إقرارها اختيار القانون اللاحق لإبرام العقد²، فالقانون الذي يختاره الأطراف بعد انعقاد العقد له تأثير، ولا نجد من تلك القاعدة التي تحافظ على وحدة العقد، إلا مراعاة حقوق الغير التي اكتسبها بمقتضى القانون³.

لقد أدت التجارب القانونية للمفاوضات في عقود التجارة الدولية وخاصة بالنسبة للتعاقد في العمليات طويلة الأجل، الحاجة إلى صياغة العديد من المستندات في المرحلة قبل العقدية، وهي كما ذكرنا المساحة الزمنية التي تبدأ من وقت التفكير

¹ LANDO, THE EC, Draft convotion, Op ,Cit , P 26.

² MORRIS, JOHN, H.C DICEY And MORRIS on the conflict of laws, 9 th ed london 1973 ,P P. 726. 727

³ Nadelman. مرجع سابق، ص. 21

في التعاقد إلى وقت وضع التوقيع على العقد النهائي¹، فعلى مستوى المعاملات التجارية الدولية التي تجري بين أطراف، ينتمون إلى دول تختلف في مقوماتها الثقافية ونظمها القانونية والتي تحمل مفاجأة، يحملها قانون غير معروف لطرفي المعاملة من ناحية الثالثة، وأن اختيار الأطراف للقانون الذي يروونه مناسباً للوصول إلى إبرام العقود، وخاصة فيما يتعلق بالمشروعات المعقدة التي يتطلب إبرامها العديد من العقود، وخاصة في ظل وجود مفاوضات معقدة، تستغرق مدة طويلة.

رغم أن مبدأ حرية التعاقد أو رفضه، يعطي مجالاً واسعاً للتفاوض بدون ارتباط تعاقدى ملزم، بل وقطع المفاوضات في أي وقت²، إلا أن تعقيد العملية ومدتها وتكاليفها، دفعت الأطراف إلى البحث عن وسيلة أو أداة لتأمين المفاوضات ضد احتمالات إفشالها دون مسؤولية رادعة، وتمثل هذه الأداة في إسباغ الطابع التعاقدى على الالتزامات المتعلقة بالمفاوضات، وعلى النتائج التي يتوصل خلالها بشأن العقد النهائي³.

¹ أحمد شرف الدين، أصول الصياغة القانونية للعقود، ب . د . ن ، ب . س . ن، ص . 59.

² M.FONTAINE ,les contrats internationaux à long terme in etude offert a reger honin, dalloze – sirey, paris 1985. P 225

³ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، المرجع السابق، ص . 221.

المطلب الثاني: القانون الواجب التطبيق في حالة عدم اتفاق الأطراف.

والمشكلة التي تثار في هذا المجال، تتعلق بمدى أحقية الأطراف في اختيار قانون ثالث غير قانون المحل أو قانون العقد لحكم المسائل الشكلية، وقد ظهرت هذه المشكلة بمناسبة قضية نظرتها محكمة الإستئناف الفرنسية بحيث قضت المحكمة بأحقيتها، في ذلك واعترفت بالإختيار الضمني لقانون ثالث إستخلص من شروط العقد¹.

ولعل ما يبرز أهمية هذه القضية هو قانون المحل، وهو القانون الجزائري كما نصت المادة 18 من ق م ج المذكورة سابقا، ومن هنا، نجد أن المشرع الجزائري، أكد على نقطة أن القانون المختار من الأطراف المتعاقدة، لا يسري إلا إذا كانت له صلة حقيقية بالمتعاقدين أو بالعقد وهو أن يكون بلد أحد المتعاقدين أو مكان إبرام العقد، بل والأكثر من ذلك أن المشرع أعطى، حلولا أخرى للأطراف والهدف هو دائما أن يكون حلا لتطبيق قانون في حالة وجود نزاع بين الأطراف المتعاقدة ومادنا في إطار المفاوضات، فإن العقود التمهيدية التي تبرم بين الطرفين تمهيدا لإبرام العقد النهائي يمكن اتفاق الأطراف، على الحل الذي جاء به المشرع الجزائري كحل توافقي.

¹ Arrêt de la cour d'appel de Paris, 22 ch. 23 avril 1971.

الفرع الأول: ضوابط الإسناد في حالة عدم اتفاق الأطراف.

قد لا يتفق الأطراف المتفاوضة على قانون في حالة وجود نزاع، يثور بينهم على تحديد القانون الواجب التطبيق، وعند بروز المشاكل، وهنا يثور الإشكال يصعب عليهم الاتفاق على قانون معين، وخاصة خلال مرحلة المسؤولية الناجمة عن المرحلة ما قبل التعاقدية، فغالبا ما يجري ذلك إذا كان أحد طرفي التفاوض، يمثل دولة معينة، كما أنه يثور الإشكال كذلك إذا كانت المفاوضات بين دولة متقدمة وأخرى نامية¹، ومع هذا يضحى وبأهمية، بتحديد القانون الواجب التطبيق في حالة إغفال الأطراف تحديده، وهي المهمة التي تؤول لقواعد التنازع فأطراف عقود التجارة الدولية، لا توضح القانون الواجب التطبيق، ومن ثم يتعين على القوانين إرشاد القاضي إلى ما هو القانون الواجب التطبيق في حالة وجود منازعة قضائية وعند غياب إتفاق الأطراف².

أما فيما يخص التشريع الجزائري سواءا تعلق الأمر نص المادة 18 من ق م ج قبل التعديل لسنة 2005 أو بعد ذلك، فالواضح أن القانون الجزائري قد انحاز إلى

¹ محمد السعيد الدقاق، النظرية العامة لقرارات المنظمات الدولية، منشأة المعارف بالإسكندرية 1983،

ص 112.

² DELAUME, transitional contracts, vol, 6. op. cit 1983 .P 204

نظرية الإسناد الموضوعي الجامد، والمسبق لقانون العقد الدولي عند سكوت الإرادة وعدم اختيار الأطراف للقانون الواجب التطبيق¹.

الفرع الثاني: الحلول المتاحة لمشكلة قانون العقد.

بالرغم من أن مرحلة المفاوضات تعد مرحلة أولية سابقة للتعاقد، وكما قلنا سابقا بأنه في حالة وجود نزاع بين الأطراف المتفاوضة فهذا النزاع يجب أن يفصل فيه عن طريق التحكيم أو القضاء المختص وفي حالة عدم اتفاق الأطراف على القانون الواجب التطبيق يمكن للقاضي أن يسقط ما يتعلق بالحلول المتاحة لمشكلة قانون العقد، ومن المسلم به أن القواعد العامة التي تحكم العقود على باختلاف أنواعها، أصبحت غير صالحة، لمواكبة التغيرات المعاصرة والأنظمة القانونية والاقتصادية والاجتماعية في كل الدول، ومن هنا جاءت قاعدتا "loci contractus و lex loci solutionis" لا تصلحان و لا يمكن تحديد مقرها بمكان معين كالعقارات، فلا يمكن تركيزها في مكان معين².

¹ بن أحمد الحاج، التحولات الاقتصادية العالمية وآثارها على النظام القانوني لعقود التجارة الدولية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة جيلالي اليابس، سيدي بلعباس، 2009-2010، ص. 31.

² أحمد عبد الحميد عشوش، قانون العقد، ب. ط، ب. د. ن. 1992، ص. 113.

ويقرر "savigny"¹ أن كل التزام ما هو إلى نتاج عوامل واضحة، ويجري تنفيذه في مكان معين وفقا لعوامل هي الأخرى معروفة وواضحة، ومن ثم يمكن تركيز العقد، أما في محل الالتزام وإما في محل التنفيذ، وينعقد الإختصاص لقانون أي منهما أما بالنسبة للاختصاص القضائي، فينعقد أمام المحكمة التي نشأ فيها الفعل الضار أو للمحكمة التي يتم فيها الفعل المكون²، وتحدد نظرية "ROMANISTIC" الاختصاص وفقا لأن العقد ما دام ينشأ في مكان تلاقي الإرادتين (الإيجاب والقبول)، ويتفق مع ذلك مع حلول المدرسة الهولندية التي تسير مع تعاليمها تلك النظرية، كما تأخذ الولايات المتحدة الأمريكية بذات الحل، وإن كان سافيني والمدرسة الألمانية، قد شايعت اختيار قانون مكان إتمام تنفيذ العقد، لينتقل الفرد من مرحلة الشك إلى اليقين.

ومن هنا وجب ابتكار حلول في حالة عدم اتفاق الأطراف، على قانون واجب التطبيق في حالة وجود نزاع يثار بين الطرفين المتفاوضين وبمأن هذه المفاوضات يكون الهدف والغاية منها الوصول إلى إبرام صفقة أو عقد يعود بفوائد مالية على

¹ Friedrich carl vont savigny هو فقيه ومؤرخ قانوني ألماني ولد بفرانكفورت بألمانيا في 21 فبراير

1779 وتوفي في 25 أكتوبر 1861 وهو مؤسس القانون المدني الحديث في ألمانيا .

² BARTIN ,principes de droit international privé . vol . 1 1935 .p 156 .

طرفا العقد المزمع لإبرامه مستقبلا، وقد يكون هذا في مجال العقود الدولية التي يكون أحد عناصرها أجنبيا¹

وقد نظم المشرع الجزائري قواعد الإسناد التي تحكم الالتزامات التعاقدية في حالة ما إذا كانت المرحلة ما قبل التعاقدية، قد تم الاتفاق بين طرفيها على كل عنصر من عناصرها، وقام أحد طرفي المفاوضات بمخالفة ذلك الاتفاق ولم يتم الاتفاق فيما بينهم على تطبيق قانون معين ، وكانت بين طرفين أحدهما جزائري وآخر أجنبي، ففي حالة النزاع، وجب تطبيق قواعد الإسناد المذكورة ومن هنا يمكن للقاضي أو المحكم تطبيق نص المواد 18 و 19 من ق م ج فالمادة 18 تحكم العلاقة التعاقدية من الناحية الموضوعية²، أما المادة 19 فتحكم الالتزامات التعاقدية من الناحية الشكلية³ كما أن المشرع الجزائري في نص المادة

¹ نسرين شريفي، سعيد بوعلي، القانون الدولي الخاص الجزائري، دار بلقيس الجزائر، ط، 1، 2013، ص، 79.

² المادة 18 من القانون المدني الجزائري " يسري على الإلتزامات التعاقدية المكان المختار من لمتعاقدين إذا كانت صلة حقيقية بين المتعاقدين أو بالعقد ."

" وفي حالة عدم إمكان ذلك يطبق قانون الموطن المشترك أو الجنسية المشتركة ."

" وفي حالة عدم إمكان ذلك، يطبق قانون محل إبرام العقد ."

" غير أنه يسري على العقود المتعلقة بالعقار قانون موقعه ."

³ المادة 19 من القانون المدني الجزائري " تخضع التصرفات القانونية في جانبها الشكلي لقانون المكان الذي تمت فيه ."

" ويجوز أيضا أن تخضع لقانون الموطن المشترك أو للقانون الذي يسري على أحكامه الموضوعية ."

21 من ق م ج إستثنى تطبيق المواد السابقة في حالة عدم وجود نص في قانون خاص أو معاهدة دولية نافذة في الجزائر¹.

فالمشرع الجزائري، أخذ هنا بالقاعدة التقليدية الشهيرة "Locus Regit Actum"² والتي تعود جذورها إلى المدرسة الإيطالية القديمة، والتي تقتضي هذه القاعدة بخضوع شكل الاتفاق إلى قانون المحل للإبرام العقد³، والملاحظ أن هذه القاعدة، جاءت اختيارية حين منح المتصرف فرصة بين القانون الحالي، وهو القاعدة العامة وقانون الجنسية المشتركة إذا اشترك المتعاقدان في الجنسية، أو قانون الموطن المشترك أو القانون الذي يسري على موضوع التصرف .

أما في حالة اتفاقات سابقة على كل عنصر من عناصر التفاوض قبل العقد، فهناك قاعدة الإسناد التي تحكم، الالتزامات غير التعاقدية وفقا لما نص عليه المشرع الجزائري في ق. م. ج "يسري على الالتزامات التعاقدية قانون البلد الذي وقع فيه الفعل المنشئ للالتزام"⁴.

¹ المادة 21 من القانون المدني الجزائري " لا تسري أحكام المواد السابقة إلا حيث لا يوجد نص على خلا ف ذلك، في قانون خاص، أو معاهدة دولية نافذة في الجزائر ."

² جاء بها الفقيه الإيطالي Giossateurs هي قاعدة من قواعد القانون الدولي الخاص تقتضي بتطبيق قانون مكان التعاقد وتؤكد على أنه في حالة تماشي الاتفاق القانوني للشكليات التي يتطلبها البلد المبرم فيه أعتبر صحيحا في البلاد المراد فيها تنفيذه، وإن أستوجب قانون هذا البلد الأخذ بشكليات أخرى .

³ نسرين شريفي، سعيد بوعلي، القانون الدولي الخاص الجزائري، مرجع سابق، ص، 80.

⁴ المادة 20 من القانون المدني الجزائري .

وفي حالة ما إذا لحق ضرر بأحد طرفي المتفاوضين، فإنه يخضع لقانون البلد الذي وقع فيه الفعل الضار، وهذه قاعدة لا تينية تعرف بإسم "Lex Loci Delicti" والمعمول بها منذ القرون الوسطى في فقه المدرسة الإيطالية القديمة والمدرسة الهولندية¹.

¹ أحمد عبد الحميد عشوش، قانون العقد، مرجع سابق ، ص. 114.

خَاتَمَةٌ

تعد المرحلة ما قبل التعاقدية من الفترات المهمة في تاريخ عقود التجارة الدولية، وخاصة أن هذا النوع من العقود، يتميز بالتعقيد والتركيب في إبرامها، وهذا بعد البدء في المناقشات والمساومات لتجنب المنازعات التي قد تطرأ و قبل إبرامها، فكما يقال "مفاوضات فاشلة خير من عقد فاشل"، فالتفاوض في مرحلة ما قبل العقد له وظيفة قانونية، وأخرى اقتصادية وهي تهدف أساسا إلى الإعداد الجيد لإبرام العقد النهائي.

كما تجدر الإشارة إلى أن هناك عوامل وإستراتيجيات والتي يجب أن تكون فعالة لإنجاح عملية التفاوض في عقود التجارة الدولية، ومنها ما هو شخصي ومنها ما هو موضوعي، فالأولى يتمثل في صفات تتوافر في المفاوض الذي سيخوض غمار التفاوض ، والثانية تتمثل في توفير اللغة والمناخ والوقت المناسب.

فالتفاوض يكون حول الشروط الشكلية والموضوعية وكحماية للمصالح الاقتصادية المشتركة للأطراف المتفاوضة، ونظرا لاستغراق التفاوض في عقود التجارة الدولية وقتا طويلا، وجهدا شاقا، وإهدارا للمال، أضحت، تعتمد هذه الأخيرة في أغلب الأحيان على خبراء متخصصين، ، للوصول إلى الهدف المراد تحقيقه لكلا الطرفين المتفاوضين، يتفقان ليتطابق الإيجاب بالقبول، وهنا تنتهي مرحلة

المفاوضات ما قبل العقدية، وإذا لم يصدر الإيجاب، تستمر هذه المفاوضات، أو يتم قطعها باتفاق الطرفين.

كما أن الدخول والبدء في المفاوضات والتقدم فيها، ينتج عنه عقود أولية، يلتزم فيها الأطراف المتفاوضة بالاستمرار في مواصلة التفاوض، مما يترتب مسؤولية في حالة قيام أحد الأطراف بقطعها دون سبب جدي، ويجعل من لحقه ضرر أن يطالب بالتعويض إضافة إلى حظر المفاوضات الموازية، ولحسن النية دور مهم في التفاوض ومواصلته في عقود التجارة الدولية .

المفاوضات إذا اقترنت بعقد تفاوض، يترتب عليها مسؤولية عقدية في حالة ما إذا أخل أحد الأطراف بالتزاماته إتجاه الآخر. ومن ثم المطالبة بالتعويض جبرا عن الأضرار اللاحقة به، أما إذا لم تقترن بعقد تفاوض بين الطرفين، ولحق للطرف المتفاوض الآخر ضرر، فالمسؤولية تكون في هذه الحالة تقصيرية، تستوجب التعويض بشرط إثبات العلاقة السببية بين الخطأ والضرر.

كما أن الالتزام بالبدء في المفاوضات في عقود التجارة الدولية، يقع على عاتق الطرفين، بحيث يكون كل منهما ملتزما اتجاه الطرف الآخر بالحضور في الموعد المحدد سابقا إذا كان قد حدد باتفاق الأطراف لبدء التفاوض، وهذا يعد التزاما بتحقيق نتيجة، أما إذا لم يتفق الأطراف، على موعد محدد يكون البدء خلال مدة

معقولة عكس الالتزام بمواصلة المفاوضات، وهو تبادلي، يقع على عاتق الطرفين، وهذا يعني عدم قيام أحد الطرفين بالانسحاب متى شاء دون سبب جدي، أو أن يقف موقفا سلبيا لإعاقة السير الحسن للمفاوضات، كما يقتضي هذا النوع من الالتزام من الطرفين تذليل الصعوبات والتعاون بينهما للوصول إلى الهدف المنشود.

ولعل للحفاظ على حقوق الطرفين المتفاوضين بداية من الخطوة الأولى للدعوة إلى التفاوض ومواصلته، وخاصة في عقود التجارة الدولية التي تتميز عقودها بالتعقيد والتركيب هو وضع عقد تفاوض لتوثيق هذه العملية، وإنشاء عقد يتضمن كافة الالتزامات القانونية حتى يعلم أن الطرف الذي يخالف بنود هذا العقد، يتحمل المسؤولية المدنية عن الأضرار اللاحقة بالطرف المتفاوض الآخر.

ويقع على عاتق الأطراف المتفاوضة القيام بصياغة المسائل الأولية التي تم الاتفاق عليها خلال المرحلة الأولية قبل التعاقد، وهذا قبل مواصلة المفاوضات، وهذا مايساعد كثيرا على تنظيمها والاستمرار فيها وإتاحة الفرصة لانجاحها .

ومن خلال هذه الدراسة تم التوصل إلى مجموعة من الاقتراحات والتوصيات وهي:

أولاً: ناشد المشرع الجزائري في الاهتمام بمرحلة المفاوضات ما قبل التعاقدية في العقود الداخلية والدولية وخاصة التجارية، وذلك بتعديل نصوص القانون المدني وادراج التفاوض في العقود.

ثانياً: إنشاء معاهد متخصصة لتكوين نخبة، تتمتع بكفاءة عالية في التفاوض في عقود التجارة الدولية، كون أن هذا النوع من العقود، يتميز بالتعقيد والتركيب، وهذا لمنافسة الدول الرائدة في هذا المجال للوصول إلى إبرام عقد ناجح سواء كانت الجزائر تريد البيع أو الاقتناء.

ثالثاً: إبرام اتفاقيات مع الدول الرائدة في مجال المفاوضات التجارية لإرسال بعثات للتكوين والاستفادة من الخبرات، حتى يكون التفاوض ناجحاً وبالنتيجة العقد ناجحاً.

رابعاً: في المفاوضات ذات الطابع التجاري الدولي، يجب على الطرفين المتفاوضين تحديد القانون الواجب التطبيق على المنازعات التي يحتمل أن تقع مستقبلاً، والتي يمكن أن تنشأ خلال المرحلة الأولية للتعاقد كون أن الحلول ليست كما هي في جميع الدول لأن بعض قوانين الدول، لا تعترف بعقد التفاوض.

قائمة المصادر

والمراجع

أولاً: المصادر

أ. القرآن الكريم برواية ورش.

ب. السنة النبوية الشريفة.

ج. القواميس.

1. القاموس المحيط. للإمام محي الدين محمد بن يعقوب بن محمد بن إبراهيم

الفيروز أياي الشيرازي الشافعي، ج. 2. 1995. دار الكتب العلمية،

بيروت، لبنان.

د - النصوص القانونية:

▪ الاتفاقيات:

1. إتفاقية تريبس لسنة 1994 Trips المتعلقة بجوانب حقوق الملكية الفكرية

المتصلة بالتجارة)

2. إتفاقية فينا لقانون المعاهدات لسنة 1980.

▪ القوانين:

1. القانون المدني الجزائري، الصادر بالأمر 58-75 المؤرخ في 26

سبتمبر 1975 المعدل والمتمم بالقانون 07-05 المؤرخ في 13 مايو 2007،

ج.ر رقم (31) سنة 2007.

2. قانون الإجراءات المدنية والإدارية الصادر تحت رقم 08-09 ج.ر 2 رقم

21 المؤرخ في 18 صفر عام 1429 الموافق لـ 25 فبراير 2008، المتضمن

قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

3. قانون رقم 06-01 مؤرخ في 21 محرم عام 1427 الموافق 20 فبراير سنة 2006 يتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته ج.ر . رقم 04 العدد 14 الصادرة بتاريخ 08 صفر عام 1427 الموافق 08 مارس سنة 2006.
4. قانون رقم 18-05 المتعلق بالتجارة الإلكترونية، ج.ر 28 ، مؤرخة في 16/05/2018.

ثانيا: المراجع:

أ- الكتب باللغة العربية:

1. إبراهيم أحمد إبراهيم، أحمد قسمت الجداول، تنازع القوانين والإختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام القضائية الأجنبية، ط.1، 1994.
2. أبو العلا أبو العلا النمر، مفاوضات عقود التجارة الدولية، ط 2.
3. أبو العلا النمر، مفاوضات عقود التجارة الدولية. ط2. دار أبو المجد للطباعة بالهرم. القاهرة، 2015.
4. أبو العلا النمر، مفاوضات عقود التجارة الدولية، ط 2، د س ن.
5. أبو العلا علي أبو العلا النمر، مفاوضات عقود التجارة الدولية ، دا النهضة العربية القاهرة ، ب ط، 2002.
6. أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائي الخاص، دار هومة، ط 13، 2013.
7. أحمد سعيد الزقرد، أصول قانون التجارة الدولية، البيع الدولي للبضائع، المكتبة العصرية للنشر والتوزيع، المنصورة، 2007.
8. أحمد شرف الدين، أصول الصياغة القانونية للعقود، ب . د ن ، ب . س ن.

9. أحمد شرف الدين، عقود التجارة الإلكترونية، تكوين العقد وإثباته، دار النهضة العربية مصر، ب ط، 2000.
10. أحمد عبد الحميد عشوش، قانون العقد، ب . ط، ب . د ن . 1992.
11. احمد عبد الحميد عيشوش، قانون العقد، ب. د. ن، ب. ط، سنة 1992.
12. أحمد عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج.1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان ط. 3 2009.
13. أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة ، ب، ط.
14. أحمد مخلوف، إتفاق التحكيم كأسلوب لتسوية منازعات عقود التجارة الدولية، دار النهضة العربية، ب ط، 2005.
15. أسامة أبو الحسن مجاهد، خصوصية التعاقد عبر الإنترنت، دار النهضة العربية، ب. ط، 2000.
16. أسامة أحمد بدر، حماية المستهلك في التعاقد الإلكتروني، دار الجامعة الجديدة، للنشر والتوزيع الإسكندرية، ب. ط، 2005.
17. أمينة خبايا، التحكيم الإلكتروني في التجارة الإلكترونية، دار الفكر والقانون، للنشر والتوزيع، المنصورة، ط. 1، 2010.
18. أمينة خبايا، التحكيم الإلكتروني في التجارة الإلكترونية، دار الفكر والقانون، للنشر والتوزيع، المنصورة، ط. 1، 2010.
19. أنس عبد المهدي فريحان، النظام القانوني للمفاوضات ،في القوانين الوضعية والشريعة الإسلامية، منشورات الحلبي الحقوقية، ط 1، 2018 بيروت، لبنان.

20. أيوب يوسف سالم محمد العبيدي، الإلتزام بالإعلام في عقود التجارة الإلكترونية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة بنهي، دار الجامعة الجديدة ط. 2019.
21. أيوب يوسف سالم محمد العبيدي، الإلتزام بالإعلام في عقود التجارة الإلكترونية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة بنهي، دار الجامعة الجديدة. ط. 2019.
22. برهامي فايزة، إلتزامات الأطراف في المرحلة السابقة للتعاقد، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية، ب ط، 2014.
23. بشار محمد الأسعد، عقود الدولة في القانون الدولي، منشورات زين الحلبي، ط. 1، 2010.
24. بلحاج العربي، الجوانب القانونية المرحلة ما قبل التعاقد، دار هومة ،ب. ط ، 2014.
25. بن أحمد الحاج، قانون التجارة الدولية، مركز الكتاب الأكاديمي، الأردن، ط ، 1 ، 2017.
26. بن أحمد الحاج، قانون التجارة الدولية، مركز الكتاب الأكاديمي، عمان، الأردن، ط 1، 2017.
27. بن عامر تونسي، قانون المجتمع الدولي المعاصر، ديوان المطبوعات الجامعية، ط. 4 سنة 2003.
28. بودالي محمد، حماية المستهلك في القانون المقارن، دار الكتاب الحديث، الأردن، 2006.

29. بيتر فلينج، المفاوضات التجارية الناجحة، ترجمة مركز التعريب والبرمجة
الدار العربية للعلوم لبنان 1998.
30. ثابت عبد الرحمن إدريس، التفاوض، إستراتيجيات، وتكتيكات، ومهارات
تطبيقية، الدار الجامعية بالإسكندرية، ط1، 2005.
31. ثامر كامل محمد، الدبلوماسية المعاصرة وأستراتيجية إدارة المفاوضات، دار
الميسرة للنشر والتوزيع، ط1الأردن، 2000.
32. جاك غسان، المطول في القانون المدني، تكوين العقد، ترجمة منصور
القاضي، ط. 2، المؤسسة الجامعية للنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، 2008.
33. جلال أحمد خليل، النظام القانوني لحماية الاختراعات ونقل التكنولوجيا إلى
الدول النامية، د.د.ن، ط1، 1983.
34. جلال أحمد خليل، النظام القانوني لحماية الإختراعات ونقل التكنولوجيا إلى
الدول النامية، ط. 1، 1983.
35. جلال وفاء محمدين، الإطار القانوني لنقل التكنولوجيا، دار الجامعة
الجديدة، سنة 2006.
36. جلال وفاء محمدين، الإطار القانوني لنقل التكنولوجيا، دار الجامعة الجديدة
د. ب. ن، سنة 2006.
37. جمال الدين شاوي، عقود التجارة الإلكترونية، بحوث ودراسات قانونية، دار
النعمان للطباعة والنشر، ب.ط، 2017.
38. جمال حواش، التفاوض في الأزمات والمواقف الطارئة، دار أبتراك للنشر
والتوزيع، ط. 1، 2005.

39. جمال حواش،التفاوض في الأزمات والمواقف الطارئة، دار إتراك للنشر والتوزيع، ط 2005،1.
40. جمال عبد الرحمان محمد علي، المسؤولية المدنية للمتفاوض عبر الإنترنت، دار النهضة العربية القاهرة، 2004.
41. جمال علي، المسؤولية المدنية للمتفاوض. ب د ن . 2004.
42. جيرارد ، نير نبرج ، أسس المفاوضات ط 1، المكينة الأكاديمية، مصر 1998.
43. جيرارد ، نير نبرج ، أسس المفاوضات ط 1، المكينة الأكاديمية، مصر 1998.
44. حسام الدين عبد الغني الصغير، تفسير إتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية،ب ط، د س ن.
45. حسن محمد هند، مدى مسؤولية الشركات الأم عن ديون شركاتها الوليدة في مجموعة الشركات، مع إشارة خاصة للشركات المتعددة القوميات، ط. 1، 1997.
46. حسني علي حربوش، عبد المعطي رضا رشيد، محفوظ أحمد جوده، الإستثمار والتمويل بين النظرية والتطبيق ، عمان، دار زهران للنشر والتوزيع ، 1999.
47. حسين عامر، المسؤولية المدنية، مطبعة مصر، القاهرة، 1956.
48. حفيظة السيد الحداد. إعداد العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، د ط، منشورات الحلبي بيروت، لبنان، 2003.

49. حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2001.
50. حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان 2004.
51. خليل أحمد حسن قدارة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، ج1، مصادر الإلتزام، ديوان المطبوعات الجامعية، ط. 2، 2005.
52. دين آلن فوستر، المساومة عبر الحدود، ترجمة نيقين غراب، الدار الدولية للنشر والتوزيع، القاهرة.
53. رجب عبد الكريم عبد اللاه، التفاوض على العقد، دار النهضة العربية، مصر، د.ط، 2000.
54. رجب كريم عبد اللاه، التفاوض على العقد، دار النهضة العربية، مصر، ب ط، 2000.
55. رمضان أبو السعود، مبادئ الإلتزام في القانون المصري واللبناني، الدار الجامعية، ب. ط، 1986.
56. رمضان أبو السعود، مصادر الإلتزام في القانون المصري واللبناني، الدار الجامعية، بيروت 1990.
57. رمضان أبو السعود، مصادر الإلتزام في القانون المصري واللبناني، الدار الجامعية، بيروت 1990.
58. سعيد السيد قنديل، المسؤولية المدنية لشركة التأمين، د. ط، دار الجامعة الجديدة للنشر الإسكندرية 2005.
59. سعيد مقدم، نظرية التعويض عن الضرر المعنوي، المؤسسة الوطنية للكتاب الجزائر، ب. ط، 1992.

60. سليمان براك دايج الحميلي، المفاوضات العقدية، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير كلية الحقوق، جامعة النهرين، 1998.
61. سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، ج. 2 الالتزامات المجلد الثاني الفعل الضار والمسؤولية المدنية، ط. 5 منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان، 1989.
62. سمير نصار، العقود التجارية، المكتبة القانونية، دمشق، سوريا ، ط 1، 2006.
63. سهير منتصر، الإلتزام بالتبصير والتبصر، دار النهضة العربية، القاهرة، 1990.
64. السيد نايل، قانون العمل الجديد، دار النهضة العربية، القاهرة، 2007.
65. السيد عليوة، مهارات التفاوض والعقود والتحكيم الدولي، ط. 1، دار الأمين للطبع والنشر والتوزيع، القاهرة 2002.
66. شيراز عزيز سليمان، حسن النية، دار دجلة، الأردن ، ط 1، 2008.
67. صالح المنزلاوي، القانون الواجب تطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، دار الجامعة الجديدة، مصر، ب. ط، 2006.
68. صديق محمد عفيفي ومصطفى محمود أبو بكر، التفاوض في الحياة والأعمال، 1994
69. صفوان حمزة إبراهيم عيسى، الأحكام القانونية للتجارة الإلكترونية، دار النهضة العربية، ط. 2013.
70. صفوان حمزة إبراهيم عيسى، الأحكام القانونية للتجارة الإلكترونية، دار النهضة العربية، ط. 2013.

71. صلاح الدين زكي، تكوين الروابط العقدية بين غائبين، دار النهضة العربية، القاهرة، 1963.
72. عاطف النقيب، المسؤولية الناشئة عن الفعل الشخصي، الخطأ والضرر، منشورات عويدات بيروت، 1983.
73. عباس العبودي، التعاقد بوسائل الإتصال الفوري، دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع عمان الأردن، ب. ط. 1997.
74. عباس العبودي، التعاقد بوسائل الإتصال الفوري، دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع عمان الأردن، ب. ط. 1997.
75. عبد العزيز المرسي حمود، الجوانب القانونية لمرحلة التفاوض ذو الطابع التعاقدية، ط 1، 2005.
76. عبد العزيز المرسي حمود، الجوانب القانونية لمرحلة التفاوض ذو الطابع التعاقدية، د. ط 2005.
77. عبد الفتاح بيومي حجازي، نظام التجارة الإلكترونية وحمايتها مدنيا، دار الفكر الجامعي، ط. 1، 2002.
78. عبد المنعم فرج الصده، مصادر الإلتزام، دراسة في القانون اللبناني والقانون المصري، دار النهضة العربية، بيروت ، 1974.
79. عبد المنعم موسى إبراهيم، حسن النية في العقود، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، ب.ط، 2006.
80. عبد الناصر توفيق العطار، مصادر الإلتزام، مؤسسة البستاني للطباعة، القاهرة، ب ط.
81. عدنان بن صالح العمر، حسني صالح عمارين، الأصول القانونية للتجارة الدولية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان الأردن، 2017 .

82. عصام صادق رمضان، المعاهدات غير المتكافئة في القانون الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1987
83. علي أحمد صالح. المفاوضات في عقود التجارة الدولية. دار هومة، 2012.
84. علي علي سليمان، مصادر الإلتزام في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية. ن ط 8 سنة 2008.
85. عمر سعد الله، قانون التجارة الدولية، النظرية المعاصرة، دار هومة، الطبعة الثالثة، 2016.
86. فايز أحمد عبد الرحمن، المسؤوليتان العقدية والتقصيرية ومدى أحقية المضرور في الجمع أو الخيرة بينهما، دار النهضة العربية القاهرة، ب ط، 2006.
87. لزهرة بن سعيد، النظام القانوني لعقود التجارة الإلكترونية، دار هومة، ط. 2، 2014.
88. ماجد عمار، عقد التكنولوجيا، القاهرة ، د. د. ن. القاهرة 1987.
89. محسن شفيق، إتفاقية لاهاي، لعام 1964 بشأن البيع الدولي للمنقولات المادية، دراسة في قانون التجارة الدولية، جامعة القاهرة، 1972 - 1973.
90. محسن شفيق، عقد تسليم المفتاح، نموذج من عقود الثمينة دار النهضة العربية د.س.ن.
91. محمد حسين عبد العال، التنظيم الإتفاقي للمفاوضات العقدية، دار النهضة العربية، القاهرة، د. ط، 1998.

92. محمد حسين عبد العال، التنظيم الإتفاقي للمفاوضات العقدية ،دراسة تحليلية مقارنة للوسائل القانونية لتأمين المفاوضات في عملية التجارة الدولية ، دار النهضة العربية مصر.
93. محمد حسين عبد العال، التنظيم الإتفاقي للمفاوضات العقدية ،دراسة تحليلية مقارنة للوسائل القانونية لتأمين المفاوضات في عملية التجارة الدولية ، دار النهضة العربية مصر.
94. محمد إبراهيم الدسوقي، الجوانب القانونية في إدارة المفاوضات وإبرام العقود، د ط، الرياض ، المملكة السعودية، 1995.
95. محمد السعيد الدقاق، النظرية العامة لقرارات المنظمات الدولية، منشأة المعارف بالإسكندرية 1983.
96. محمد بدر الدين زايد، المفاوضات الدولية بين العلم والممارسة، ط1، مكتبة الشروط الدولية، القاهرة، 2003.
97. محمد بدر الدين مصطفى زايد، المفاوضات الدولية، الهيئة العامة المصرية للكتاب، ب د ط، القاهرة 1991.
98. محمد حسام محمود لطفي، المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض، النشر الذهبي للطباعة، القاهرة، 1995.
99. محمد حسن قاسم، مراحل التفاوض في عقد الميكنة المعلوماتية، ب. ط، دار الجامعة الجديدة للنشر الإسكندرية، القاهرة محمد حسن قاسم، مراحل التفاوض في عقد الميكنة المعلوماتية، ب. ط، دار الجامعة الجديدة للنشر الإسكندرية، القاهرة.

100. محمد حسن قاسم، مراحل التفاوض في عقد الميكنة المعلوماتية، ب. ط، دار الجامعة الجديدة للنشر والإسكندرية، القاهرة.
101. محمد حسن منصور، العقود الدولية، دار الجامعة الجديدة الإسكندرية، ب ط.
102. محمد حسين عبد العال، التنظيم الإتفاقي للمفاوضات، د ط، دار النهضة العربية، مصر، 1998.
103. محمد حسين منصور، العقود الدولية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ط 1، 2009.
104. محمد حسين منصور، العقود الدولية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ب. ط، 2006.
105. محمد سراج، ضمان العدول في الفقه الإسلامي، دراسة فقهية مقارنة بأحكام المسؤولية التقصيرية في القانون، دار الثقافة للنشر والتوزيع القاهرة، 1990.
106. محمد سعيد رمضان البوطي، فقه السيرة النبوية، دار الفكر، دمشق سوريا، 1996.
107. محمد شاكر محمود محمد، المسؤولية عن قطع المفاوضات، دراسة مقارنة، المركز القومي للإصدارات القانونية، ط 1، القاهرة، 2016.
108. محمد شاكر محمود محمد، المسؤولية عن قطع المفاوضات، دراسة مقارنة، ط 1، 2016، المركز القومي لإصدارات القانونية، بيروت.
109. محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني الجزائري، النظرية العامة للإلتزامات، مصادر الإلتزام، العقد والإرادة المنفردة، دراسة مقارنة في القوانين العربية، دار الهدى، الجزائر، ط 4.

110. محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، النظرية العامة للإلتزامات، مصادر الإلتزام، العقد والإرادة المنفردة، دراسة مقارنة في القوانين العربية، دار الهدى، الجزائر، ط 4، 2009.
111. محمد عبد العال، التنظيم الإتفاقي للمفاوضات العقدية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2008.
112. محمد عبد العزيز علي بكر، فكرة العقد الإداري عبر الحدود، دار النهضة العربية، ط 1، 2000.
113. محمد عبد المجيد إسماعيل، تأملات في العقود الدولية، منشورات الحلبي بيروت لبنان، ط 1، 2010.
114. محمد علي جواد، العقود الدولية، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع عمان ، الأردن، ب ط.
115. محمد محمد الخطيب، إلتزامات المشتري في البيع الدولي، دار العلم بيروت ، ط 1، 1982.
116. محمد وحيد الدين سوار، النظرية العامة للإلتزام، شرح القانون المدني، المطبعة الجديدة جامعة دمشق، ط. 9 2000، ج. 1.
117. محمود الكيلاني، عقود التجارة الدولية في مجال نقل التكنولوجيا، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان الأردن، سنة 2009.
118. محمود الكيلاني، عقود التجارة الدولية في مجال نقل التكنولوجيا، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان الأردن، سنة 2009.
119. محمود جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية المدنية، ج 1، مطبعة جامعة القاهرة، 1978.

120. محمودي مسعود، أساليب وتقنيات إبرام العقود الدولية، ديوان المطبوعات الجامعية، ط 2، 2015.
121. مصطفى الجمال، السعي إلى التعاقد في القانون المقارن، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2002.
122. مصطفى كمال طه، الشركات التجارية، دار الجامعة الجديدة بيروت ، د.ط، 1998.
123. مصطفى كمال طه، الشركات التجارية، دار الجامعة الجديدة، لبنان ، ب. ط، 1998.
124. مصطفى محمود أبو بكر، التفاوض الناجح، الدار الجامعية للنشر والتوزيع الإسكندرية، 2005.
125. مصطفى محمود أبوبكر، التفاوض الناجح ، الدار الجامعية للطبع والنشر والتوزيع ، الإسكندرية ، د.ط 2005.
126. مصطفى يوسف كافي، محمود عزة اللحام، علاء مسلم البكور، إدارة الأزمات وفن التفاوض، دار الإعصارالعلمي للنشر والتوزيع، عمان الأردن، ب.ط، 2017 .
127. منير محمد الجنبهيه، ممدوح الجنبهيه، العقود التجارية، دار الفكر الجامعي، ب ط الإسكندرية 2000.
128. منير محمد الجنبهيه، ممدوح الجنبهيه، العقود التجارية، دار الفكر الجامعي، ب ط، الاسكندرية 2000.
129. مصطفى العوجي، القانون المدني، العقد، ج 1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2007.

130. نادر أحمد أبو شيخة، أصول التفاوض، دار مجدلاوي للنشر والتوزيع، د.ط، 2000.
131. نادر أحمد أبوشيخة، أصول التفاوض، دار مجدلاوي للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، ط1. 2000.
132. نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للإلتزام، ج 1، مصادر الإلتزام في القانون اللبناني والتشريعات العربية، دار النهضة العربية، بيروت 1995.
133. نجوى إبراهيم البدالي، عقد الإيجار التمويلي، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2005.
134. نزيه المهدي، الإلتزام قبل التعاقد بالإدلاء بالبيانات المتعلقة بالعقد وتطبيقاته على بعض أنواع العقود، النهضة العربية، القاهرة، 1990.
135. نزيه محمد الصادق، الإلتزام قبل التعاقد بالإدلاء بالبيانات المتعلقة بالعقد وتطبيقاته على بعض أنواع العقود، دار النهضة العربية، مصر 1982.
136. نسرين شريفي، سعيد بوعلي، القانون الدولي الخاص الجزائري، دار بلقيس الجزائر، ط، 1، 2013.
137. نسرين عبد الحميد نبيه، العقود الدولية وما قد تجده من مشكلات في الدول العربية، منشأة المعارف الإسكندرية
138. هاني صلاح سري الدين، عقد نقل التكنولوجيا في ظل أحكام القانون التجارة الجديد، د.د.ن، القاهرة 2001.
139. هاني صلاح سري الدين، عقد نقل التكنولوجيا في ظل الأحكام القانون التجارة الجديد، ب.ط، القاهرة، 2001.
140. هاني محمد دويدار، القانون التجاري اللبناني، دراسة في قانون المشروع الرأسمالي، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، 1995.

141. هشام علي صادق، القانون الواجب تطبيق على عقود التجارة الدولية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2001.

142. همام محمد محمود زهران، الأصول العامة للإلتزام، نظرية العقد، دار الجامعة الجديدة، القاهرة، 2004.

143. يسري عوض عبد الله، العقود التجارية الدولية، مفاوضاتها، إبرامها، تنفيذها، د ط، 2009، د. د ن.

ب - الكتب باللغة الأجنبية:

1. F. terre et ph simler et y. lequette. O.p cit. n. 17 j.ghestin, art pré.
2. J.schimidit dp. It. N° 443 .
3. Beregere lassale . op . cit .
4. Broches , A.choice of law provisions in contracts , Op .Cit.
5. C.A.PARIS , 13/12/1984 , R.T.D.C 1986 .
6. C.A.RIO.10/06/1992.R.J.D.A. 1992 N° 893 .P 732 RTD .CIV 1993.
7. C.f Huet (A). la pratéction de creations absrtaites, paris, 1975. Lassale (B) o.p : cit. C.f. huet(J) et depuis (F). violation de la confidentialité des négociations, les petites affiches, 1990
8. C.f jourdain (p). la bonne foi de la formation des contrats, trav.ass. (H) capitant. 1992.
9. Cour d'appel de versailles 12sh. 05/03/1992. Rev.tri de droit Civ 1992.. obs. j. mestre.
10. DELAUME, transitional contracts, vol, 6. op. cit 1983 .
11. DELAUME.GR.state contracts and transnation al arbitration , Ajil, (1981).
12. F. terre et ph.scinles et y. lequette. Op.cit, n 178.
13. F.LABARTHE , Op.Cit.N°208.P132 .J.Ghestin,Op.cit.N°330.
14. G.FULLER , négociation hand book , prentice hall , publisher , 1991 .
15. G.LA GARDE, le droit des affaires , Dalloz 1966 .
16. HENRI MAZEAUD et Léon MAZEAUD , traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle , Paris, librairie du reveil sirey, 3 eme ed.1969.

17. J.P.BERANDE , OP.CIT.
18. J.SCHMIDT.Négociation et conclusion de contrats .
19. JACQUET, principe d'autonomie et droit applicable aux contrats internationaux, Op, Cit, 1983.
20. Jean Marc Mousserou , op , cit.
21. Joanna schmidt-szalewski. Op. C.t.
22. Jomma Schmidt.Op.Cit.
23. Jonna Schmidt – szalewski.op.cit.
24. KAHN , la convention de la haye sur loi applicable aux ventes a caractère international d'objets mobiliers cloportes clumet , 1966, P 301
25. LANDO, THE EC, Draft convotion, Op ,Cit .
26. LEMONTEY, Jacqueres , Billan des travaux de la commission des nation unies , pour le droit commercial international , clumet , 1973 , P 859
27. LOUSSOUARN , Y ,J.D BREDIN, DROIT du commerce international . Paris .1969 .
28. M.FONTAINE ,les contrats internationaux à long terme in etude offert a reger honin, dalloze – sirey, paris 1985.
29. M.FONTAINE.Droit des contrats internationaux, analyse et rédaction de clauses, paris, éd, FEC,1989.
30. MAZEAUD ,Op ,Cit .
31. Michele venwijck , alexander , la réparation du dommage dans les négociation et la formation des contrats ANNALES de la faculte de droits liege 1980. LASSALLE . OP .CIT.
32. Michele venwijck , alexander , la réparation du dommage dans les négociation et la formation des contrats ANNALES de la faculte de droits liege
33. Nadelman (K.H) IMPRESSIONUSM and UNIFICATION OF LAW . the EEC draft convention on the law applicable to contractual and non contractual obligations . A.G.COMP.1976.Vol .1.
34. Phillipe le boulanger . op. cite. N 62.
35. Rabel ,Emir , the conflict of lows a comparative study , Op , Cit , Vol II .
36. REMES 08.07.1929 .DH.1929.
37. SCMIDT , la sanction de la faut précontractuelle , ART,N°09 .

38. SHMITZER , ADALF,F,les contrats internationaux en droit international prive suisse, R.C.A.D.I 1968 .
39. T.schmidit – art préc. M. vannijik et p. wery . o.p at n 26.
40. TAURNEAU et Gadiet , droit de la responsabilité «" beyreuth , detta 1997 .
41. The Amirican law institute, Restatement of the law second, confliet of laws, See.
42. THE HAGUE convention on the law Applicable to international salies of goods , ART .1.N
43. VANHECKE , Georges A . problèmes juridiques des emprunts internationaux leiden , 1955.
44. VERSAILLES , 24.09.1991, RTD , CIV 1992 .
45. VITA FOOD PRODUCTS INS . V UNIS SHIPPING CO 1939 (A C .P.C).
46. ¹(J) observation fous , RIOM 3 eme 1 ch . 10/06/1992 , REV.TR.DR.CIV1993 ..
47. . lassalle (B) les pauparlers. R.R.T. 1994.
48. 2 Giovanoli : Le credit bail (leazing) en europ developpement et nature, juridique, librairies, techinques , paris,1980.
49. ¹B.AUDIT la convention de vienne internationale et incoterms – droit des affaires .G.D.J . 1990.
50. BARTIN ,principes de droit international privé . vol . 1.
51. Bensoussan (A) : le commerce électronique , aspects juridique éd hemres .paris 1998.
52. J.carbonnier. droit civil. Les obligations 20.ed. Puf 1996.
53. Lando , the Ec praft convontion , Op , Cit.
54. ¹LASSALE , op , cit , C.A.Rennes .08/07/1929 D.H.P548 .
55. LASSALLE . OP .CIT.
56. MORRIS, JOHN, H.C DICEY And MORRIS on the conflict of laws, 9 th ed london 1973 .
57. Nguyen Quoc, pratich , alain pellet , droit international public 2 éduction , paris (1) 1980 .
58. Nguyen Quoc, pratich , alain pellet, droit international public 2 éduction , paris (1) 1980.
59. Pazarci Hugseyen : la responsabilité international , R.G.D.P N 02 1975 .

60. Pazarci Hugseyen : la responsabilité internationale, R.G.D.P N 02 1975.
61. R.PEMOGNE , Art . Op.Cit, .
62. Torres(h) : Internet et la vente aux consommateurs, Thèse pour le doctorat , université de paris x-Nanterre 1996 .

ثالثا: الأطروحات والرسائل الجامعية:

1- أطروحات الدكتوراه:

1. بن أحمد الحاج، التحولات الإقتصادية العالمية وآثارها على النظام القانوني لعقود التجارة الدولية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة جيلالي اليابس، سيدي بلعباس، 2009 - 2010.
2. حسن علي كاظم، تسوية المنازعات الناشئة عن عقد الترخيص الدولي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2005.
3. حياة محمد أبو النجا، الإلتزام بالتفاوض في عقود التجارة الدولية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة المنصورة، 2004.
4. رجب كريم عبد اللاه، التفاوض على العقد، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة. دار النهضة العربية القاهرة، 2000.
5. ماهر محمد حامد أحمد، النظام القانوني البوت (B.O.T)، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الزقازيق، 2004.
6. محمد أحمد عبد الحميد أحمد، الحماية المدنية للمستهلك التقليدي والإلكتروني، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، جامعة عين الشمس، 2012.
7. مرفت ربيع عبد العال، عقد المشورة في مجال نظم المعلومات، رسالة دكتوراه ب ط.

8. منيرة أحمد عبد الله الشباري، فض المنازعات التجارية، دراسة لمبدأ التفاوض في اطار منظمة التجارة العالمية، رسالة دكتوراه جامعة عين شمس، مصر، د.س.ط .

9. هشام ضيف الله عبد المالك الملهطاني، التفاوض في عقود التجارة الدولية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة القاهرة، 2015.

10. هشام ضيف الله عبد المالك، التفاوض في عقود التجارة الدولية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة القاهرة، 2015.

11. هشام ضيف عبد المالك، التفاوض في عقود التجارة الدولية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة 2015.

12. هدى عبد الله، النظام القانوني للفترة السابقة على التعاقد في القانون اللبناني والقانون المقارن ، رسالة دكتوراه بيروت ، 1998-1999.

13. يوسف الأكياي، النظام القانوني لعقود نقل التكنولوجيا في مجال القانون الدولي الخاص، رسالة دكتوراه، جامعة الزقازيق، سنة، 1989.

14. يونس صلاح الدين محمد علي، العقود التمهيدية، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الموصل، الإسكندرية، 2000.

2- رسائل الماجستير:

1. هادي عنيد حسان الحلفي، أثر إختلال التوازن في العلاقات العقدية الدولية في تطور التجارة الدولية، رسالة ماجستير، كلية الحقوق جامعة القاهرة.

2. محمد ولد مني، المفاوضات الدبلوماسية في القانون الدولي العام، رسالة ماجستير، جامعة موريتانيا، 2005-2006.

رابعاً: المجالات:

1. أكرم محمود حسين بدور، حمد الصديق محمد عبد الله، موضوعية الإرادة التعاقدية في مرحلة المفاوضات، بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق كلية الحقوق، جامعة الموصل، المجلد، 13 العدد، 49، سنة 2011.
2. إسماعيل صبري عبد الله، إستراتيجية التكنولوجيا، بحث مقدم في المؤتمر العالمي السنوي الثاني للإقتصاديين المصريين، الجمعية المصرية للإقتصاد السياسي والإحصاء والتشريع، القاهرة، 24، 26 مارس 1977.
3. حسام الدين كامل الأهواني. المفاوضات في الفترة ما قبل التعاقد، مراحل إعداد العقد الدولي. مجلة العلوم القانونية والإدارية، العدد 02 سنة 2016.
4. حسام الدين كامل الأهواني، المفاوضات في الفترة التعاقدية، ومراحل إعداد العقد الدولي، مجلة العلوم القانونية والإقتصادية العدد 02، 1996.
5. حسام الدين كامل الأهواني، المفاوضات في الفترة قبل التعاقدية ومراحل إعداد العقد الدولي، مجلة العلوم القانونية والإقتصادية، عدد، 2 1996.
6. حلمي بهجت بدوي، أثار التصرفات الباطلة، مجلة القانون والإقتصاد، كلية الحقوق جامعة القاهرة، السنة الثانية، العدد الثالث، مارس، 1999.
7. حمدي بارود، القيمة القانونية للإتفاقيات خلال مرحلة التفاوض قبل العقدية مجال عقود التجارة الدولية، مجلة الجامعة الإسلامية غزة المجلد 13، العدد 02، 2005.
8. الزاملي نورا كاظم، ميعاد إبرام العقد الإلكتروني، مجلة القادسية للقانون والعلوم السياسية، العدد الثاني، المجلد الثاني، كانون الأول 2009، جامعة القادسية، العراق.

9. صبري حمد خاطر، قطع المفاوضات العقدية، بحث منشور في مجلة جامعة النهرين للحقوق، المجلد الأول، العدد الثالث، سنة 1997.
10. العقود الدولية في الفقه والقضاء السويسري، المجلة الانتقادية للقانون الدولي الخاص، 1962.
11. عقيل مجيد كاظم السعدي، عقد الإيجار التمويلي، مجلة أهل البيت عليهم السلام، العدد 08، جامعة كربلاء، العراق، 2022.
12. الفضل منذر، الضرر المعنوي في المسؤولية المدنية، مجلة العلوم القانونية، جامعة عنابة، المجلد الثالث، العدد الخامس، ديسمبر 1987.
13. قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ: 2019/03/14 ملف رقم 1167075، الغرفة العقارية، مجلة المحكمة العليا، العدد 01، سنة 2019.
14. لمين مراد، التنظيم القانوني لتنفيذ التمويل بآلية الإعتماد الإيجاري، مجلة المفكر للدراسات القانونية والسياسية، العدد 04 جامعة الجليلي بونعامة خميس مليانة، ديسمبر 2018.
15. المجلة الإنتقادية للقانون الدولي الخاص. 1958.
16. مجلة نقابة المحامين الأردنيين، لسنة 1988.
17. محمد مصطفى يونس، حسن النية في القانون الدولي العام، مقال منشور في المجلة المصرية للقانون الدولي، العدد، 51 سنة، 1995.
18. محمود فياض، مدى التزام الأنظمة القانونية المقارنة لمبدأ حسن النية في مرحلة التفاوض على العقد، مجلة الشريعة والقانون، كلية القانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، العدد 54 لشهر أبريل 2013.

19. منصور عسو، الشركات متعددة الجنسية، مجلة ميادين، كلية العلوم القانونية والإقتصادية والإجتماعية عدد 01 وحدة المغرب، سنة 1986.
20. نبيل المشلاق، الصيغة القانونية لمسؤولية الأطراف في مرحلة ما قبل التعاقدية، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد 29، 2013 العدد، 2.
21. محمد مصطفى يونس، حسن النية في القانون الدولي العام، مقال منشور في المجلة المصرية للقانون الدولي، العدد، 51 سنة، 1995.
22. نوري حمد خاطر، عدنان إبراهيم سرحان، الأساس القانوني للإلتزام المؤمن له بتقديم المعلومات، مجلة الحقوق، مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، ع. 1 س 31 مارس 2007 .

خامسا: الملتقيات:

1. إبراهيم الدصوقي أبو الليل، إبرام العقد الإلكتروني في ضوء أحكام القانون الإماراتي والقانون المقارن، بحث مقدم إلى مؤتمر الجوانب القانونية والأمنية للعمليات الإلكترونية دبي 26 - 28 أبريل 2003.
2. عاشور مزريق، محمد غربي، الإتمان الإيجاري كأداة لتمويل المؤسسات الصغيرة والمتوسطة في الدول العربية، ملتقى دولي حول متطلبات تأهيل المؤسسات الصغيرة والمتوسطة في الدول العربية يومي 17 و18 أبريل 2006، جامعة حسيبة بن بوعلي، شلف.

سادسا: المحاضرات:

1. عبد الوهاب بموسى، محاضرات في المسؤولية قبل التعاقد (موجهة لطلبة الماجستير، كلية الحقوق تلمسان)، 2007.

2. جميل الشرقاوي، محاضرات في العقود الدولية، أقيمت على طلبة السنة أولى

بمعهد قانون الأعمال الدولي، سنة 1991 – 1992.

سابعاً: القرارات قضائية:

أ. باللغة العربية:

1. نقض مصري، مدني، 09.02.1967.

2. قرار محكمة النقض المصرية بتاريخ 1966/01/27، المجموعة س. 17 رقم

.24

3. محكمة النقض المصرية، مدني، قرار صادر في 1959/10/12، السنة

العاشرة، ص. 651 رقم 98

ب. باللغة الأجنبية:

1. CASS.IT.23/06/1964.GIUST.CIV.MARS.1964.
2. Arret de la cour d'appel de paris, 22 ch. 23 avril 1971.
3. Arret de la cour d'appel de paris, 22 ch. 23 avril 1971.
4. Cass.com.20 mars 1972 J.C.P 1973. 17543 Wote, schmidt rev.tri de droit civ. 1972 Obs. G-Durry.
5. Cass. comm . 20 mars 1972 , J.C.P.1973
6. CASS.COM20/03/1972.j.c.p.1973 II 17543 .
7. Cass . Civ.03 oct . 1972 . bull. civ 111 . N 491 .
8. CASS.CIV.03/10/1972.BULL.CCIV.3.N491
9. CASS.CIV.12-04-1976 Bull. Civ 1,N122 OBS Durry 16-10-1973 –Durry 1974 ir .
10. Cass. Cour. 21-06-1976 J.C.P. 1978.
11. CASS.COM. 13/10/1980.D.1981. I.R.
12. CASS.COM.10.06.1986.RTD.COM.1987,570. OBS.Hémard.
13. CASS.CIV.17/11/1993 j.C.P 1994 II.
14. CASS .COM.22.02.1994.RTD .CIV1994.
15. CASS.COM.22/02/1994, RTD,CIV,1994,P849
16. CASS.COM 22/02/1994. R.J.D.A 1994 .N° 765.
17. CASS .COM.15.10.2002 , N13738,RJDA,2003,N218

18. CASS.COM,15/10/2002,N3738,RJDA.2003.N2019
19. CASS.COM.20.03.1972,JCP , 1973.2.17543

قرارات التحكيم:

1. قرار محكمة التحكيم لغرفة التجارة الدولية، المؤرخ في 1997/01/23 رقم 8611. قرار محكمة التحكيم لغرفة التجارة الدولية، المؤرخ في 1997/01/23 رقم 8611.

ثامنا: مواقع الإنترنت:

1. www.arablawinfo.com
2. <https://ao.academy.org>

الفهرس

الصفحة	الموضوع
01	مقدمة
12	فصل تمهيدي: عقود التجارة الدولية وأطرافها
13	المبحث الأول: ماهية عقود التجارة الدولية
13	المطلب الأول: تعريف عقود التجارة الدولية
20	المطلب الثاني: صور عقود التجارة الدولية
20	الفرع الأول: عقود نقل التكنولوجيا
26	الفرع الثاني: عقود التجارة الإلكترونية .
38	المبحث الثاني: أطراف عقود التجارة الدولية .
39	المطلب الأول: الشركات المتعددة الجنسيات
44	المطلب الثاني: الدولة والأشخاص المعنوية
51	الباب الأول: نظام التفاوض في عقود التجارة الدولية
52	الفصل الأول: مفهوم التفاوض وخصائصه
52	المبحث الأول: تعريف المفاوضات وأهميتها
53	المطلب الأول: المعنى اللغوي والإصطلاحي للمفاوضات
58	المطلب الثاني: أهمية التفاوض
58	الفرع الأول: الأهمية الاقتصادية للمفاوضات

59	الفرع الثاني: الأهمية الإجتماعية للمفاوضات.
60	الفرع الثالث: الأهمية القانونية للمفاوضات.
61	المبحث الثاني: خصائص التفاوض ونطاقه وماشبهه.
61	المطلب الأول: خصائص التفاوض.
61	الفرع الأول: التفاوض مرحلة تمهيدية للتعاقد.
62	الفرع الثاني: خاصية الحاجة والإحتمال في المفاوضات .
65	الفرع الثالث: خاصية التعاون بين الأطراف المتفاوضة.
69	المطلب الثاني: التمييز بين المفاوضات وما شابهها.
70	الفرع الأول: الفرق بين التفاوض والمحادثة .
70	الفرع الثاني: الفرق بين التفاوض والمساومة
71	الفرع الثالث: الفرق بين المفاوضات والمشاورة.
71	المطلب الثالث: نطاق التفاوض .
71	الفرع الأول: الحد الفاصل بين مرحلة المفاوضات ومرحلة إبرام العقد
72	الفرع الثاني: النطاق الموضوعي والزماني للمفاوضات
76	المطلب الثاني: التفاوض في مجال عقود التجارة الدولية.
78	الفرع الأول: التفاوض لنقل التكنولوجيا .
84	الفرع الثاني: التفاوض في عقد الإيجار التمويلي.

90	المبحث الثاني: معايير نجاح المفاوضات ونتائجها:
91	المطلب الأول : معايير نجاح المفاوضات .
92	الفرع الأول: المعايير الشخصية.
100	الفرع الثاني: المعايير الموضوعية
114	المطلب الثاني : نتائج نجاح المفاوضات .
115	الفرع الأول: عقد الإطار.
125	الفرع الثاني: العقد المرحلي.
135	الباب الثاني: مسؤولية الأطراف خلال مرحلة التفاوض
137	الفصل الأول: إلتزامات الأطراف أثناء مرحلة التفاوض قبل إبرام العقد .
138	المبحث الأول: الإلتزامات الناتجة عن التفاوض.
140	المطلب الأول: الإلتزامات الأساسية في مرحلة التفاوض قبل إبرام العقد .
142	الفرع الأول: الإلتزامات الواردة في المفاوضات قبل إبرام العقد .
148	الفرع الثاني : الإلتزام بمواصلة التفاوض وبحسن نية.
155	المطلب الثاني: الإلتزامات المكتملة والمستندات في مرحلة التفاوض.
155	الفرع الأول: الإلتزامات المكتملة في مرحلة التفاوض
167	الفرع الثاني: المستندات المعاصرة لمرحلة التفاوض.
180	المبحث الثاني: الطبيعة القانونية للإلتزام في مرحلة التفاوض قبل إبرام العقد.
181	المطلب الأول: الطبيعة القانونية للمسؤولية في مرحلة المفاوضات.

183	الفرع الأول: نظرية الخطأ عند إبرام العقد.
194	الفرع الثاني: نظرية تحمل التبعية العقدية في مرحلة التفاوض .
197	المطلب الثاني: أساس المسؤولية في مرحلة التفاوض قبل إبرام العقد.
197	الفرع الأول: نظرية فاجيلا "Faggella" (المسؤولية الموضوعية)
198	الفرع الثاني: المسؤولية ذات طبيعة خاصة:
200	المطلب الثاني: جزاء الاخلال بالتزامات الأطراف في مرحلة المفاوضات.
199	الفرع الأول: المسؤولية المترتبة على الأطراف في ظل عدم وجود عقد تفاوض.
217	الفرع الثاني: المسؤولية المترتبة على الأطراف في ظل وجود عقد تفاوض
223	الفصل الثاني: المسؤولية المترتبة على الأطراف في التفاوض قبل إبرام العقد.
224	المبحث الأول: أحكام المسؤولية خلال مرحلة المفاوضات قبل إبرام العقد.
225	المطلب الأول: المسؤولية العقدية.
230	المطلب الثاني: المسؤولية التقصيرية.
232	الفرع الأول: الخطأ التقصيري
238	الفرع الثاني: الخطأ التقصيري في التفاوض وصوره .
250	الفرع الثالث: الضرر
256	الفرع الرابع: العلاقة السببية بين الخطأ والضرر
259	المبحث الثاني: القانون الواجب التطبيق على المسؤولية المدنية في مرحلة المفاوضات.
261	المطلب الاول : القانون الواجب التطبيق في حالة إتفاق الأطراف.

261	الفرع الأول: قانون الإرادة .
263	الفرع الثاني: المشاكل الناجمة عن الأخذ بقانون الإرادة.
268	الفرع الثالث: المحكمة المختصة بنظر النزاع.
269	المطلب الثاني: القانون الواجب التطبيق في حالة عدم اتفاق الأطراف.
270	الفرع الأول: ظوابط الإسناد في حالة عدم اتفاق الأطراف.
272	الفرع الثاني: الحلول المتاحة لمشكلة قانون العقد.
278	خاتمة
279	قائمة المصادر والمراجع
304	الفهرس