

كلية الحقوق و العلوم السياسية

قسم الحقوق

محاضرات في مقياس القعود المدنية المعمق

موجهة لطلبة السنة أولى ماستر تخصص قانون خاص

السداسي الأول

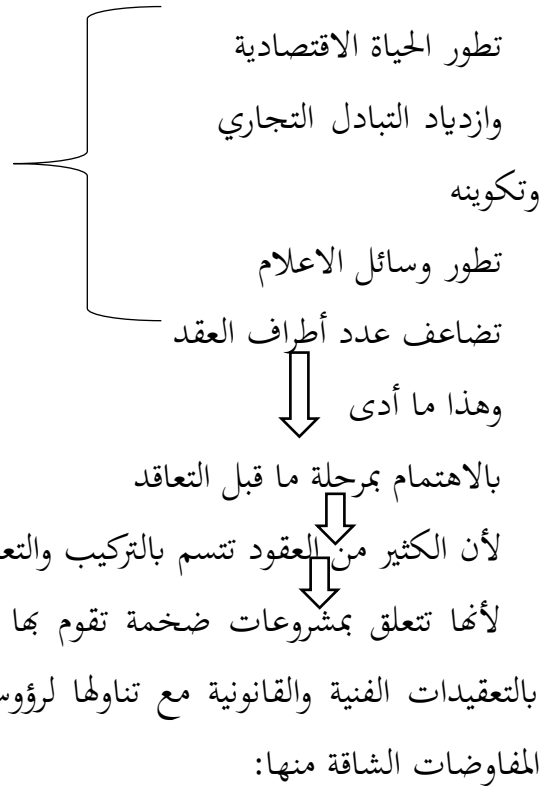
من اعداد الأستاذة بوخاتم أسية

السنة الجامعية 2021/2020

مقدمة عامة

يحتل العقد مكانة بارزة ضمن طائفة التصرفات القانونية باعتباره الأداة التي يستند إليها في المقام الأول لتسهيل التعاون والتبادل بين الأشخاص الطبيعيين والمعنويين، الأمر الذي جعل نظرية العقد تحظى بقسط وافر من البحث والتحليل والدراسة حيث أضحت من أهم نظريات القانون. وقد خص المشرع الجزائري بما يليق به، وجعله في موضع الصدارة بين مصادر الالتزام، حيث خصص له الفصل الثاني من الباب الأول (مصادر الالتزام) من الكتاب الثاني الالتزامات والعقود من التقنين المدني. عرفه المشرع في المادة 54 من قام ج يتبين أن العقد يتكون من شقين متطابقين هما الإيجاب والقبول، إلا أن:

لهما الأثر البارز في تطور مفهوم العقد



- عقود إنشاء البنى التحتية وإقامة المطارات ومحطات الطاقة
- عقود التنقيب عن الثروات الطبيعية واستغلالها
- عقود نقل التكنولوجيا
- عقود المقاولات من الباطن
- عقد الإيجار التمويلي

هذه العقود تحتاج إلى مفاوضات قد تمتد لسنوات عديدة يتم خلالها الاتفاق على عناصر العقد القانونية كالمواصفات وضمنان حسن التنفيذ
يمكن تقسيم المرحل السابقة على التعاقد إلى ثلاث فترات هي:

- | | | |
|---|---|----------------------------|
| يقع الخلط أحيانا بين هذه الفترات الثلاث مردّ ذلك إنما تخص مرحلة | } | 1- فترة المفاوضات |
| هي المرحلة قبل العقدية | | 2- فترة الاتفاق أو المشروع |
| | | 3- فترة مجلس العقد |

ينبغي الإشارة إلى أن هذه الفترات الثلاثة ليست لازمة لكل تعاقد فتارة يشمل المرحلة السابقة على التعاقد هذه الفترات الثلاث وهذا ما نجده في العقود ذات الأهمية الكبرى وتارة أخرى تشمل هذه المرحلة فترتين فقط فترة المفاوضات وفترة مجلس العقد وهذا في الحالة الذي توصل فيها المفاوضات الي إيجاب بات يبدأ به مجلس العقد.

كما أنه أحيانا أخرى تقتصر مرحلة ما قبل التعاقد على فترة مجلس العقد كل ذلك على حسب ظروف التعاقد وأهميته ومدى حاجته إلى مفاوضات واتفاقات.

الفترة الأولى: فترة المفاوضات

تمثل فترة المفاوضات أولى فترات المرحلة السابقة على التعاقد وهي تلعب دورا فعالا في إبرام العقود بشكل عام، وفي العقود الدولية بشكل خاص، وفيها يقوم أطراف العلاقة العقدية المحتملة بتبادل الاقتراحات والمساومات والدراسات والتقارير الفنية والاستشارات القانونية، ومناقشة الاقتراحات التي يضعانها سويا أو يستقل أحدهما بوضعها ليكون كل منهما على دراية تامة بما هو مقبل عليه سعيا للوصول إلى أحسن النتائج التي تحقق مصالحهما.

تتميز المفاوضات العقدية بجملة من الخصائص أهمها:

- تعد المفاوضات العقدية ثنائية الجانب على الأقل، بمعنى أنها تتم بين طرفين أو أكثر ذلك أن التفاوض على العقد لا يحدث إلا بحدوث نوع من الاتصال بين شخصين أو أكثر وذلك بالحوار والنقاش إما وجها لوجه، أو بطريق المراسلة، أو بواسطة وسائل الاتصال الفورية الحديثة (الانترنت)
- تعتبر المفاوضات تصرفا إراديا فهي تخضع لمبدأ حرية التعاقد وتحدث برضا الطرفين من غير إجبار أو إكراه لأن التفاوض بطبيعته مبني على التعاون والمشاركة وحسن النية.
- تتم المفاوضات باتفاق الطرفين سواء كان هذا الاتفاق صريحا أو ضمنيا مكتوبا أو شفويا.

- تقوم المفاوضات على التبادل والاخت والعطاء حيث يتعاون الطرفان فيما بينهما لتقريب وجهات النظر عن طريق تبادل العروض والمقترحات.
- تبقى المفاوضات دائما ذات نتيجة احتمالية حيث أن تحقيق الهدف الذي قامت لأجله وهو إبرام العقد النهائي قد يتحقق وقد لا يتحقق، فليس كل تفاوض على عقد معين يكفل بالضرورة بالنجاح
- تمهد المفاوضات لإبرام العقد النهائي، فهي تهدف إلى الإعداد لهذا الأخير والتحضير له.

التمييز بين التفاوض وما شابه من موضوعات التفاوض والمشورة: المشورة هي الحصول على رأي الآخرين وهي بمثابة النصيحة لأنها تقتضي توجيهها إيجابيا للمتعاقد أو المتفاوض

التفاوض والإعلام: التفاوض يتمثل في بحث ومناقشة شروط العقد المختلفة من أجل تحديدها وبلورتها في اتفاق، بينما الإعلام يقتصر على وصف الشيء دون التطرق إلى مناقشة شروط العقد. التفاوض والمساومة: المساومة هي جدل محدود حول مسألة جزئية وتتطلب حوارا مثل المساومة في السعر، فالقاعدة الأساسية في المساومة هي محاولة الوصول إلى تبادل شيء بشيء آخر، ولكن التفاوض هو حوار شامل حول صفقة أو مشكلة ذات أوجه متعددة.

أما **الفترة الثانية** من فترات المرحلة السابقة على التعاقد فتمثل في فترة الاتفاق أو المشروع، والتي لم تنل حظها من الدراسة من طرف الفقه، ولعل ذلك راجع إلى أن هذا الأخير يلحقها بالفترة السابقة عليها وهي فترة المفاوضات، أو بالفترة اللاحقة عليها وهي فترة مجلس العقد، وفترة التعاقد، غير أن إلحاقها بفترة المفاوضات هو الأكثر شيوعا، ورغم ذلك يمكن القول أنه رغم التداخل الحاصل بين هاتين الفترتين إلا أن فترة المشروع تتمتع بقدر من الاستقلال في العقود ذات الأهمية الخاصة كعقود التجارة الدولية، أو العقود التي تنصب على البيوع العقارية كعقد البيع الابتدائي، وقد عرف البعض هذه الفترة بأنها تلك الفترة التي تلي ختام المفاوضات والتي تتضمن مجموعة من العقود الممهدة لإبرام العقد النهائي بما في ذلك الوعد بالتعاقد والعقد الابتدائي، وانطلاقا من هذا التعريف يتبين أن فترة المشروع تقع بين فترة المفاوضات وفترة مجلس العقد.

وتبدو أهميتها بصفة عامة حين يقصد الطرفان جمع ما تم الاتفاق عليه في صورة مشروع، توطئة.... في شكل إيجاب تام وبات، أو ريثما يتم صياغة العقد النهائي كما أنها تعطي الطرفين فرصة لأخذ رأي أهل الخبرة والاختصاص، ومراجعة كافة جوانب الصفقة.

وتتميز فترة المشروع باعتبارها فترة من فترات المرحلة السابقة على التعاقد بجملة من الخصائص من أهمها:

- تتوسط هذه الفترة فترة المفاوضات وفترة مجلس العقد
- يعد المشروع أكثر من مجرد إيجاب وأقل من العقد النهائي، فهو يعد بمثابة عقد كامل يتمتع بقوة ملزمة
- يمكن اللجوء إلى التنفيذ العيني في فترة المشروع خلافا لفترة المفاوضات
- وأخيرا تتمثل **الفترة الثالثة** من فترات المرحلة السابقة على التعاقد في فترة مجلس العقد، وهي فترة لا غنى عنها خلال سعي الأطراف إلى التعاقد ذلك أنه لا ينعقد العقد وخاصة في الفقه الإسلامي بدونها.
- ونظرية مجلس العقد من النظريات التي عني بها الفقه الإسلامي، ويقصد بها أن يكون الإيجاب والقبول في مجلس واحد والغرض من هذه النظرية هو تحديد المدة التي يصح أن تفصل القبول عن الإيجاب حتى يتسنى للموجب له أن يتدبر أمره فيقبل الإيجاب أو يرفضه.
- ولا يقوم مجلس العقد إلا إذا توافر ركنان اثنان: الركن المادي (الركن المكاني) والركن المعنوي (الركن الزماني) ويقصد بالأول المكان الذي ينشغل فيه المتعاقدان بالعقد، أما الثاني فيقصد به الزمن الذي ينشغل أثناءه المتعاقدان بالتعاقد، سواء طال الزمن أو قَصُرَ، ولا يمكن تحديد النطاق الزمن لمجلس العقد إلا إذا تم ربطه بشيء مادي يتراوح بين أمرين:
- الأول: المكان، أي ربط زمان مجلس العقد بمكان المجلس.
- الثاني: الانشغال بالتعاقد فيكون هذا النطاق هو مدة الانشغال بالتعاقد وقد يتخذ مجلس العقد إحدى الصورتين.
- مجلس العقد الحقيقي: الأصل في مجلس العقد أن يكون حقيقيا كما أن الأصل في التعاقد أن يكون بين حاضرين، وقد اختلف الفقه بشأن الوقت الذي يبدأ منه مجلس العقد الحقيقي وانقسموا إلى اتجاهين مختلفين حيث يرى فريق منهم أنه يبدأ بصدور الإيجاب بينما يرى فريق آخر أنه يبدأ بالعلم بالإيجاب لا بصدوره.
- مجلس العقد الحكمي: في هذه الصورة يكون المتعاقدان بعيدين عن بعضهما البعض، وقد اصطلح الفقه على تسمية هذه الصورة بالتعاقد بين غائبين، ويبدأ مجلس العقد الحكمي في الوقت الذي يعلم الموجب له بالإيجاب.
- وعموما تبدأ مرحلة ما قبل التعاقد بإعلان أحد الطرفين عن رغبته في التعاقد حتى وإن لم تصل هذه الرغبة إلى مرتبة الإيجاب، مفهومه القانوني وتنتهي بتمام انعقاد العقد ولو تراخى تنفيذه إلى وقت لاحق.

ويكون الإعلان عن الرغبة في التعاقد عن طريق الدعوة إلى التفاوض على عناصر العقد النهائي المنشود الذي تتوفر فيه مقومات الإيجاب، أو عن طريق إيجاب بالمعنى الدقيق يوفر هذه العناصر، على نحو يمكن معه أن ينعقد العقد بمجرد قبوله، فعرض السلع في واجهات المحلات مثلا يعد مجرد دعوة إلى التفاوض على بيعها، غير أن عرضها مع بيان أسعارها يعد إيجابا بهذا البيع.

ووجه الشبه بين الدعوة إلى التفاوض والإيجاب أن كلا منهما تعبير عن الإرادة غير إن الفارق بينهما يبقى وظيفيا، يتمثل في أن الوظيفة الأولى (الدعوة إلى التفاوض) هي مجرد الإعلان من صاحبها عن رغبة مجردة في التعاقد أما الثاني (الإيجاب) فوظيفته صياغة مشروع محدد المعالم قابل للتحويل إلى عقد بمجرد إعلان الموجب له عن قبوله للعرض.

ومع هذا فإن تعيين الحد الفاصل بين الإيجاب والدعوة إلى التفاوض ليس بالأمر اليسير، ذلك بأنها مسألة متعلقة بنية الشخص، وهو أمر باطني محض يمكن للمحكمة أن تستخلصه من وقائع القضية، لهذا فإن الفصل فيما قصده المتعاقد هل هو إيجاب أم مجرد دعوة إلى التفاوض؟ إنما هو بحث موضوعي يفصل فيه قاضي الموضوع ولا معقب لمحكمة النقض عليه.

وتنتهي مرحلة ما قبل التعاقد بإبرام العقد النهائي، ومن هنا يمكن التساؤل عن الوقت الذي ينعقد فيه العقد، وفقا للتقنين المدني الجزائري ينبغي التمييز بين التعاقد الذي يتم في مجلس العقد (التعاقد بين حاضرين) والتعاقد بين غائبين.

فطبقا لنص المادة 64 من ق م ج إذا صدر إيجاب في مجلس العقد دون تحديد ميعاد للقبول، تحلل الموجب منه إذا لم يصدر القبول فورا، ومع ذلك يتم العقد حتى وإن لم يصدر القبول فورا إذا لم يوجد ما يدل على أن الموجب قد عدل عن إيجابه في الفترة بين الإيجاب والقبول، وكان القبول قد صدر قبل انقضاء مجلس العقد.

والأصل أن الموجب يتحلل من إيجابه ما لم يصدر قبول من الطرف الآخر بشكل فوري، واستثناء يظل الإيجاب قائما مادام مجلس العقد لم ينفذ بعد ولم يصدر من الموجب ما يدل على أنه قد عدل إن إيجابه. أما إذا التعاقد يجري بين غائبين لا يجمعهما مجلس العقد، فإن العقد ينعقد في الزمان والمكان الذي يعلم فيهما الموجب بالقبول، ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضي بخلاف ذلك، وبعد وصول القبول إلى الموجب قرينة بسيطة على علمه به، طبقا لما تقضي به المادة 67 من ق م ج.

وبناء عليه نستنتج إن المرحلة السابقة على التعاقد تنقضي بانقضاء العقد بأن يلحق القبول بالإيجاب قبل العقد قائمة، وقد تطول مرحلة ما قبل التعاقد تبعا لأهمية موضوع العقد، وهي تضاهي في أهميتها المرحلة التالية للتعاقد (أي مرحلة تنفيذ العقد) ويظهر ذلك في عدة نواحي.

- ففي المرحلة السابقة على التعاقد تنشأ عيوب الإرادة، وعلى الأخص عيبى (الغلط والتدليس)، التي يمكن تلاقي الوقوع فيها، إذا قام كل طرف بواجبه كمتعاقد من إيضاح وبيان الأمر الذي يؤدي إلى تفادي إبطال العقد لاحقاً.
- وفي هذه المرحلة تظهر أوجه الخلل الذي قد يعتري العقد، كعدم مشروعية المحل أو السبب، التي قد تكون راجعة لأحد الطرفين، والذي يسأل عنهما في حالة عدم إبرام العقد المنشود.
- وهنا يمكن القول أن التفاوض الذي يسبق التعاقد يلعب دوراً وقائياً بالنسبة لمرحلة إبرام العقد، ذلك أن حسن إدارة المفاوضات أمر يحد من المنازعة في المستقبل.
- ومرحلة ما قبل التعاقد أهمية من ناحية أن ما يدور خلالها عادة من مفاوضات وتبادل لوجهات النظر، يعد واحداً من الوسائل التي يمكن اللجوء إليها في تفسير العقد عند التنفيذ، حيث يمكن من خلال ما اتخذ فيها من إجراءات ومن تبادل للآراء أن يتوصل إلى تحديد النية المشتركة للطرفين، لا سيما في حالة غموض شروط العقد، غير أن ذلك لا يعني أن القاضي ملزم بالاستناد إلى المفاوضات التي جرت بين الطرفين لإصدار قراره، وإنما تعد هذه الأخيرة مجرد قرائن قضائية، أو ظرف من الظروف الواقعية التي تحيط بالنزاع.
- كما أن في هذه المرحلة يتم تحديد حقوق والتزامات الطرفين التي تنشأ عن العقد، ونطاق المسؤولية الناشئة عن الإخلال بهذه الالتزامات، والقانون الواجب التطبيق على العقد إذا كان متضمناً لعنصر أجنبي، ووسائل فض النزاعات المحتملة وقوعها مستقبلاً بما يساهم في المحافظة على روح التعاون.
- وتظهر أهمية المرحلة السابقة على التعاقد بصفة خاصة في العقود التجارية أو الصناعية التي تمتد تنفيذها لمدة زمنية طويلة، من ناحية كونها وسيلة فعالة لإعادة التوازن العقدي في حالة تغير الظروف، مما قد يؤدي إلى اختلال العلاقات العقدية ويجعل تنفيذ العقد طبقاً لما ورد فيه مرهقاً لأحد الطرفين إذ كثير ما يدرج الطرفان في عقدهما شرطاً يعرف بشرط إعادة التفاوض، أو شرط إعادة التوازن العقدي.
- وفي حقيقة الأمر تعد هذه المرحلة من أهم مراحل حياة العقد، لأن فيها يتم الإعداد والتحضير له، من خلال البحث في كافة جوانبه الفنية والقانونية والمالية، كما يتم فيها التعرف على الطرف الآخر في العقد، ويتوقف نجاح العقد وتحقيق الأهداف المرجوة منه على مرحلة الإعداد له أثناء المفاوضات، فكلما كان الإعداد حسناً كلما مكن ذلك من تحقيق مصالح المتعاقدين ولذا قيل بحق - "إن مفاوضات فاشلة خير من عقد فاشل"

خلاصة القول، إن المفاوضات تعد من أكثر الظواهر صعوبة وتعقيدا، لأنها تنطوي على القيام بالكثير من التصرفات والأعمال، وبالرغم من أهميتها فإن التشريعات لم تتناولها لا بالتعريف ولا بالتنظيم، الأمر الذي فتح الباب للفقهاء والقضاء في محاولة لإرساء نظرية عامة للمفاوضات، تركز في وجودها على الحلول التي تقدمها النظرية العامة للعقد.

وأمام هذا القصور التشريعي إزاء مرحلة المفاوضات، فإن الأطراف أخذت على عاتقها مهمة البحث عن أدوات من أجل تنظيم المسلك الإجرائي لعملية التفاوض، وذلك بإبرام الكثير من العقود والاتفاقات والتي تختلف قيمتها القانونية، بحسب ما تتجه إليه إرادة الأطراف التي تحدثها.

ويعتبر عقد التفاوض من أهم أدوات الاتفاقية التي أفرزها واقع المعاملات التجارية الدولية، وهو بحق أداة اتفاقية ضرورية في عملية التفاوض، تؤدي دورا أساسيا في التوفيق بين عامل حرية التفاوض الذي يقتضيه مبدأ حرية التعاقد، وعامل أمن المفاوضات والذي يتطلب إحاطة العملية التفاوضية بإطار حمائي، ينأى بالمفاوضات عن كل ما قد يؤدي إلى فشلها.

1- مفهوم عقد التفاوض وصوره وتمييزه عن العقود والاتفاقات الأخرى التي تقع خلال مرحلة

المفاوضات:

تبدأ المفاوضات عادة بدعوة يوجهها أحد الطرفين إلى الطرف الآخر وتسمى بالدعوة إلى التفاوض، وهذه الأخيرة هي تعبير عن اتجاه إرادة الأطراف الراغبة في التعاقد بالدخول إلى المفاوضات، حيث تتضمن الدعوة إلى التفاوض اقتراحا للتعاقد. وكلما تقدمت المفاوضات كان مضمون هذه الدعوة عرضة للتبديل والتطوير، نتيجة لمقترحات مقابلة أو مضادة.

وتعد الدعوة إلى التفاوض بمثابة إيجاب صادر من الموجب من أجل التفاوض لإبرام العقد النهائي، ومتى قبل الطرف الآخر الذي وجهت إليه هذه الدعوة الإيجاب بالتفاوض ينعقد عقد التفاوض.

وكما سبق القول، فإن عقد التفاوض يعتبر من أهم الأدوات الاتفاقية التي أفرزها واقع التعامل في مجال إبرام العقود التجارية الدولية، لما تنطوي عليه هذه العقود من أهمية اقتصادية كبيرة حيث تلجأ الأطراف الراغبة في التعاقد إلى إبرام عقد التفاوض الصريح ينظم السير الإجرائي لعملية التفاوض، وهو يتميز بكونه عقدا تمهيديا يحضر ويمهد لإبرام العقد النهائي، كما أنه يعتبر عقدا مؤقتا ينتهي بمجرد إبرام العقد النهائي، أو بفشل المفاوضات كما أنه يترتب التزامات خاصة غير مألوفة في مجال النظرية العامة للعقود، لا تتعلق بإبرام العقد النهائي، بل يلزم الأطراف فقط بالالتزام بالتفاوض وفق مقتضيات مبدأ حسن النية وشرف التعامل، كما يستدعي عامل توفير الأمان أثناء التفاوض، لجوء الأطراف المتفاوضة إلى إحداث الكثير من

العقود والاتفاقات التمهيدية، والتي تختلف مضامينها وقيمتها القانونية، وذلك بحسب ما تتجه عليه إرادة الأطراف في هذا الشأن.

1/ مفهوم عقد التفاوض وصوره:

يعتبر عقد التفاوض، أحد أهم الأدوات الاتفاقية التي تلجأ إليها الأطراف من اجل تحديد الالتزامات المترتبة خلال مرحلة التفاوض، تحديدا دقيقا يستجيب لمتطلبات العملية التفاوضية، وتتعدد استخدامات عقود التفاوض في مجال عقود تجارية الدولية، في صور وأشكال مختلفة، وذلك بحسب حاجة الأطراف.

أ- مفهوم عقد التفاوض:

يقتضى تحديد مفهوم عقد التفاوض بيان مضمونه من خلال تعريفه واستخلاص خصائصه، فضلا عن تحديد أركانه وشروطه وصحته، وذلك على النحو التالي:

- تعريف عقد التفاوض:

ويسميه البعض باتفاق المبدأ *L'accord de Principe* وهي التسمية الشائعة له، والحكمة من هذا المصطلح يكشف على أن هذا العقد ينظم من حيث المبدأ انعقاد عقد محتمل غير أن هذه التسمية قد تتسع في بعض الحالات حيث لا يقتصر على مجرد اعتبار اتفاق لتنظيم المفاوضات وإنما قد يشكل في حالات أخرى اتفاقا مرحليا يتخلل المفاوضات، ويهدف إلى صياغة المسائل التي توصلت الأطراف للاتفاق عليها.

ويعتبر عقد التفاوض من العقود غير المسماة التي لم يتناولها المشرع لا بالتعريف ولا بالتنظيم الأمر الذي دفع بالفقه إلى محاولة تعريف عقد التفاوض وتحديد أحكامه العامة، اعتمادا على الحلول التي تقدمها النظرية العامة للعقد، حيث ذهب جانب من الفقه إلى تعريف عقد التفاوض على أنه (عقد يلتزم بمقتضاه الطرفان ببدء عملية التفاوض أو متابعته أو تنظيم سير المفاوضات بغرض التوصل إلى إبرام عقد في المستقبل).

وفي حين ذهب جانب آخر من الفقه إلى القول أن (عقد التفاوض هو عقد يلتزم بمقتضاه كل طرف في مواجهة الطرف الآخر، بالدخول في المفاوضات لإبرام عقد لاحق لم تتحدد بعد شروطه وعناصره الأساسية أو الثانوية).

وينبغي أن نشير هنا إلى أنه وبالنظر إلى التطورات التكنولوجية الهائلة التي يشهدها عالم الاتصالات فقد ظهر نوع آخر من العقود يسمى بعقد التفاوض الإلكتروني، وهو لا يختلف عن بقية العقود الأخرى إلا في خصوصيته الإلكترونية سواء في الانعقاد أو التنفيذ.

- خصائص عقد التفاوض:

لما كان عقد التفاوض ينصب على عملية التفاوض التي هي مرحلة سابقة على إبرام العقد النهائي يجري خلالها التحضير والتمهيد لإبرام العقد المنشود وتنتهي هذه المرحلة بمجرد دور الإيجاب أي أنها مرحلة مؤقتة ونتائجها احتمالية بحيث قد تؤدي إلى إبرام العقد النهائي، كما قد تفشل المفاوضات ومن ثم فإن عقد التفاوض يصطبغ بخصائص هذه المرحلة، فهو عقد تحضيرى ومؤقت ويغلب عليه طابع عدم اليقين، كما أنه يرتب التزامات خاصة.

● عقد التفاوض هو عقد تمهيدى:

بمقتضى عقد التفاوض تبدأ مسيرة المفاوضات والتي تمهد لإبرام العقد النهائي ويتم تنظيم علاقات طرفي المفاوضات على نحو معين يقود إلى إبرام العقد النهائي. إن عقد التفاوض بهذا المفهوم لا يكون مقصدا بذاته وإنما الهدف منه هو التحضير والتمهيد للعقد المراد إبرامه من وراء التفاوض على نحو سليم، يقود، إلى إتمام العقد المنشود، ويترتب عن اتفاق التفاوض عدم إلزام الطرفين بإبرام العقد النهائي وإنما يلزمهما فقط بالتفاوض من أجل التوصل إلى إبرام العقد النهائي.

● أنه عقد مؤقت:

يتميز عقد التفاوض بأن له طابعا مؤقتا، وبسبب ذلك أن المفاوضات ليست المقصد الحقيقي للأطراف الراغبة في التعاقد، وإنما هي مرحل أو أداة للوصول إلى الاتفاق النهائي ومن ثم فإن عقد التفاوض يتميز بطابعه المؤقت بحكم انه يعكس مرحلة معينة تنتهي لحظة إبرام العقد النهائي وعليه فإن العقد النهائي يحل محل جميع العقود التي تبرم خلال مرحلة التفاوض على العقد، وعلى ذلك فإن عقد التفاوض ينتهي بانتهاء المفاوضات ولا تكون له أهمية بعد ذلك إلا في حالة الاعتماد عليه كأداة لتفسير إرادة الأطراف أو في حالة ترتيب المسؤولية العقدية، لأي من أطرافه بسبب الإخلال بالالتزامات المترتبة عنه.

● عقد يغلب عليه طابع عدم اليقين:

تتسم المفاوضات بطابعها الاحتمالي، ذلك أن المتفاوض لا يعلم عند دخوله في المفاوضات أن العقد سيرم أو أن المفاوضات ستؤول إلى الفشل ومن ثم فإن عقد التفاوض يغلب عليه طابع عدم اليقين لأنه ينصب على العملية التفاوضية ذاتها.

وعليه يذهب جانب من الفقه، إلى القول بأن العقود التحضيرية أو عقود التفاوض بصفة عامة، لا تعد عقودا تامة بالمعنى الدقيق للكلمة، فهي تعد فقط انعكاسات لإرادة الأفراد الغير الواضحة والتي تتجه

صوب إبرام عقد مازال لم يكتمل بشأنه التصور في الاتفاق على بعض الجوانب الهامة ومن ثم فإن العقد النهائي لا يمكن الجزم بأنه سيبرم أم لا، فو عقد يغلب عليه الطابع الاحتمالي.

● إنه عقد رضائي:

مؤدى ذلك إلى عقد التفاوض يتم بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتين متطابقتين، فيما يتعلق بموضوع التفاوض، ويترتب عن عقد التفاوض الدخول في مفاوضات من اجل إبرام العقد النهائي، لا يحتاج إلى إفراغه في شكل معين ويظل عقد التفاوض عقدا رضائيا حتى لو كان العرض النهائي المقصود عقدا شكليا يحتاج إلى التسجيل والتوفيق، ما لم يتفق الطرفان أو ينص القانون على خلاف ذلك

● عقد التفاوض يرتب التزامات خاصة:

عقد التفاوض يرتب التزامات خاصة، تتمثل أساسا في الالتزام بالدخول في مفاوضات والاستمرار فيها، غير أنه لا يلزم الأطراف بالتراضي على العناصر الجوهرية للعقد المراد إبرامه وإنما يلزمهم فقط ببذل العناية من أجل التوصل إلى إبرام العقد النهائي ومن ثم فهو لا يرتب التزاما بتحقيق نتيجة.

إن عقد التفاوض كغيره من العقود الأخرى لا بد أن تتوفر فيه أركان وهي التراضي والمحل والسبب بالإضافة إلى شروط صحته وفي خلو الإرادة من عيوب الرضا، فضلا عن الأهلية حتى يكتمل البناء القانوني لعقد التفاوض ولا يتهدد بالبطلان.

1- أركان عقد التفاوض:

التفاوض على العقد عموما هو تصرف إرادي يتم دائما بر ضي الطرفين وبالاتفاق المشترك سواء كان هذا الاتفاق ضمنيا أو مكتوبا أو شفويا كما يجب أن يكون عقد التفاوض ممكنا ومعينا أو قابل للتعين كما يشترط أن يكون مشروعا و توفر الباعث أو الدافع إلى التعاقد وإلا كان عقد التفاوض باطلا.

أ- التراضي: عموما فإن العقد يتم بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتين متطابقتين بغرض إحداث أثر قانوني، وهو ترتيب التزامات معينة، ويتكون التراضي طبقا للقواعد العامة من الإيجاب والقبول، فالإيجاب هو التعبير عن إرادة الشخص الذي يوجه العرض الأول للتعاقد والذي يجب أن يكون جازما وباتًا ونهائيا ومتى اقترن بإرادة مقابلة وهي القبول انعقد العقد.

وعليه يمكن القول أن عقد التفاوض يتم بمجرد تبادل إيجاب وقبول متطابقين وذلك بأن يقوم أحد الطرفين بتوجيه دعوة إلى الطرف الآخر للدخول في التفاوض، وهي تعد بمثابة إيجاب بالتفاوض ويتضمن اقتراحا للتعاقد، وعندما تصادف هذه الدعوة قبولا من الطرف الآخر انعقد عقد التفاوض.

ويشترط في الإيجاب بالتفاوض أن يكون جازما وحاسما صادرا عن نية قاطعة ونهائية، يعكس عزمًا نهائيًا على التفاوض كما يجب أن يكون القبول بالإيجاب غير مقترن بأي قيد أو شرط.

ب- المحل:

محل عقد التفاوض هو سعي الأطراف المتعاقدة (المتفاوضة) إلى إبرام العقد النهائي. وعليه طبقا للقواعد العامة لا بد أن يكون المحل ممكنا أي أن لا يكون العقد المراد إبرامه مستحيلا في ذاته كأن يكون العقد النهائي المراد إبرامه بيعا، وكان الشيء المبيع غير موجود أصلا في الحال أو في المستقبل أو يكون الشيء المبيع قد هلك قبل الاتفاق على التفاوض، وفي هذه الحالة يقع عقد التفاوض باطلا، وذلك لعدم وجود المحل وهذا ما تحث عليه المادة 93 من ق م ج "إذا كان محل الالتزام مستحيلا في ذاته، كان العقد باطلا بطلانا مطلقا وشرط أيضا أن يكون المحل معينا وقابلا للتعين" م 94 ق م ج.

كما يشترط في العقد النهائي الذي باعتباره المحل الذي تنصب عليه العملية التفاوضية أن يكون مشروعاً، أي لا يخالف النظام العام والآداب العامة، حتى لا يكون عقد التفاوض باطلا بسبب عدم مشروعيته محله وهذا ما نصت عليه المادة 96 من ق م ج

ت- السبب: طبقا للقواعد العامة فإن السبب يعني الباعث أو الدافع إلى التعاقد، بمعنى الهدف الذي يراد تحقيقه من قبل الأطراف من خلال الدخول في العملية التعاقدية ويشترط في السبب أن يكون مشروعاً، ويفترض أن السبب مشروع حتى يثبت العكس.

وإذا كان الباعث أو الدافع إلى التفاوض هو إبرام العقد النهائي، فإن هذا السبب لا بد أن يكون مشروعاً، وإلا وقع عقد التفاوض باطلا، وذلك لعدم مشروعية السبب وهذا ما قضت به المادة 98 من ق م ج.

شروط صحة عقد التفاوض:

بالرجوع إلى القواعد العامة فإن صحة العقد هي شروط صحة التراضي وهي الأهلية وسلامة الإرادة من عيوب الرضا.

- الأهلية: لا بد أن يتوفر في المتفاوض أهلية الأداء بحكم أن الشخص عندما يريد الدخول في المفاوضات فإن إرادته تتجه إلى إحداث أثر قانوني وهو نية الالتزام بالتفاوض ومواصلته بحسن النية وما يتفرغ عنها من التزامات ومن ثم يجب أن يكون المتفاوض أهلاً مباشرة هذه التصرفات فضلاً عن ذلك فإذا كان الهدف من عقد التفاوض هو إبرام العقد النهائي فإن هذا الأخير سيقع باطلا لانعدام الأهلية أو قابلاً للإبطال لنقص أهلية المتفاوض فلا جدوى من التفاوض على العقد إذا كان سيؤدي ذلك في نهاية المطاف إلى إبطال العقد النهائي.

- أن لا تكون إرادة المتفاوض مشوبة بعيب من عيوب الرضا ويشترط أيضاً صحة العقد عموماً، ألا تكون إرادة المتعاقد مشوبة بعيب من عيوب الرضا وهي الغلط والتدليس والإكراه ومن ثم إذا كانت

إرادة أحد المتعاقدين مشوبة بعيب من العيوب كان التصرف الصادر عنها صحيحا لكن يتهدده البطلان من أبرز عيوب الرضا في الواقع العمل في مجال إبرام العقود التجارية الدولية هو التدليس بطريق الكتمان الذي يرتب البطلان إذا قام أحد المتفاوضين خلال عملية التفاوض بإخفاء معلومات وبيانات مؤثرة في اتخاذ القرار (قرار التعاقد من عدمه) من قبل المتفاوض الآخر مما يحول دون أن يكون الرضا سليما ومتنورا، ومن ثم فإن كتمان المتعاقد صاحب المعلومات بما كان يجب عليه أن يفضى به إلى الطرف الآخر، يعد في حد ذاته تدليس إن إعلام المتفاوض أصبح من أهم الالتزامات التي غرضها التطورات لاسيما في مجال عقود نقل التكنولوجيا الحديثة إذ غالبا ما يتم هذا النوع من العقود بين طرف محترف مالك التكنولوجيا وطرف غير محترف مستورد للتكنولوجيا.

كنتيجة لما سبق، فإن المفاوضات باعتبارها ساحة للتعاون والأخذ والعطاء تستلزم بالضرورة وجود إرادتين حرتين لا تخضعان على أي إجبار أو إكراه وذلك تأسيسا على مبدأ حرية التعاقد الذي يقتضي حرية التفاوض، فإذا كانت إرادة أحد الطرفين المتفاوضين مشوبة بعيب من عيوب الرضا، سواء تعلق الأمر بالتدليس أو الإكراه أو الغلط كان ذلك من شأنه أن يؤدي إلى انحراف العملية التفاوضية عن الغرض المتوخى منها ويفتح المجال أمام المنازعات والتي لا تخدم بأي حال من الأحوال استمرار التعاون واستقرار المعاملات.

- صور عقد التفاوض:

في مجال المعاملات التجارية الدولية تتعدد صور وتطبيقات عقد التفاوض باعتباره أحد الأدوات التي تلجأ إليها الأطراف من أجل تنظيم وتحضير وإبرام العقد النهائي.

فقد يتخذ صورته مستقلة بذاتها عن أي عقد آخر يتضمن التزاما بالتفاوض وهي الصورة الغالبة في مجال إبرام العقود التجارية الدولية لا سيما إذا كانت الأطراف المتفاوضة تسعى إلى إبرام عقد لأول مرة.

ويتخذ عقد التفاوض أيضا صورا أخرى تستجيب لرغبة الأطراف بالاستمرار في التعاون بعد انقضاء العقد المبرم حيث يتضمن هذا الأخير شرط التفاوض من أجل تجديد العقد الاستمرار التعامل بين الطرفين، كما قد يتضمن العقد النهائي شرط يقضي بالتصدي للظروف الطارئة التي قد تطرأ أثناء عملية تنفيذ العقد من أجل رفع مشقة المدين الذي لا يستطيع أن يتحمل الأعباء المستجدة مما يؤدي على اختلال التوازن الاقتصادي للعقد.

كما قد يتضمن العقد كذلك شرطا يقضي بالالتزام بالتفاوض من أجل التسوية الودية للمنازعات التي قد تثور بين الطرفين بسبب تنفيذ العقد قبل عرض النزاع على القضاء أو التحكيم.

إن أهم صور وتطبيقات عقد التفاوض في مجال عقد التجارة الدولية هي شرط التفاوض من أجل تجديد العقد وشرط التفاوض من أجل إعادة التوازن الاقتصادي للعقد، وشرط التفاوض من أجل تسوية المنازعات وديا.

أولاً: شرط التفاوض من أجل تجديد العقد:

إذا حقق العقد الغاية الاقتصادية التي أبرم من أجلها بالنسبة لطرفيه فإن ذلك يحفز ويدفع الطرفين إلى السعي من أجل استمرار العلاقة التعاقدية لمدة زمنية أخرى عن طريق تجديد العقد وفقاً لشروط جديدة ويحدث ذلك على وجه الخصوص بالنسبة للعقود المحددة المدة حيث يبحث الطرفين إمكانية تجديد هذا النوع من العقود عن طريق إدراج شرط في العقد النهائي يقضي بذلك حيث يتم صياغة هذا الشرط غالباً على النحو التالي: يلتزم الطرفان بالتفاوض قبل انقضاء مدة هذا العقد شهرين على الأقل لبحث إمكانية تمديده أو تجديده.

ويلعب هذا الشرط دوراً أساسياً في الحفاظ على مصير العقد وذلك من خلال ترتيب التزام يقع على عاتق طرفيه بالتفاوض لاختيار طريق معينة من شأنها إبقاء العقد مستمراً، ولا سيما إذا كانت هذه العلاقة قد حققت نجاحاً بين الطرفين في السابق.

ثانياً: شرط التفاوض لتعديل أحكام العقد:

وهو الشرط الذي يدرجه الطرفان في العقد ويلتزمان بمقتضاه التفاوض من أجل تعديل شروط العقد في حالة حدوث ظروف غير متوقعة من شأنها أن تؤثر على التوازن الاقتصادي للعقد ويعرف هذا الشرط تحت مسميات عديدة وهو مصطلح انجليزي أو الطرف الطارئ أو شرط المراجع، أو شرط العدالة والإنصاف ويتم استخدام هذه المسميات للتعبير عن حالة من المشقة أو الأزمة التي يمر بها العقد بسبب تغيير الظروف التي أبرم على أساسها ويقضي شرط التفاوض لتعديل أحكام العقد من الأطراف إعادة التفاوض لمواجهة الظروف التي أخلت بالتوازن الاقتصادي للعقد من خلال مناقشة الالتزامات التي يترتبها العقد وتعديلها إلى الحد المناسب والعاقل لرفع الضرر الجسيم عن الطرف الذي يواجه مشقة في تنفيذ التزاماته.

إن المجال الحبيب الذي يطبق فيه شرط إعادة التفاوض من أجل تحقيق التوازن الاقتصادي للعقد نجده أساساً في العقود الزمنية أو المستمرة التي تقتضي بطبيعتها أن يمر تنفيذ العقد بمراحل زمنية متعاقبة لعقد التوريد وعقد نقل التكنولوجيا

والملاحظ أن شرط إعادة التفاوض من أجل إعادة التوازن العقدي لا يطبق على العقود الاحتمالية التي تتحمل بطبيعتها الكسب والخسارة الجسيمة وتقوم على المخاطرة، فلا يمكن للمتعاقد الذي يصاب بخسارة

من جرّاء تنفيذه للعقد طلب تعديله استنادا إلى تغيير الظروف لأنه كان يتوقع وقت إبرام العقد كافة الاحتمالات.

إن شرط التفاوض من أجل تعديل شروط العقد لإعادة التوازن الاقتصادي له هو شرط مألوف وشائع في مجال العقود التجارية الدولية، ومرجع ذلك إلى كثرة المخاطر التي تعترض طريق تنفيذ هذا النوع من العقود وعلى ذلك فقد ذهب جانب من الفقه إلى اعتبار هذا الشرط بمثابة قاعدة من قواعد التجارة الدولية، وانتهى الأمر بهذا الاتجاه إلى حد القول بأن هذه القواعد تقضي بوجود هذا الشرط ضمنيا في عقود التجارة الدولية ومن ثم فإن مصدر هذا الالتزام بالتفاوض لمواجهة الظروف الطارئة لن يكون عندئذ اتفاق الأطراف وإنما يكون مصدره قواعد، أعراف التجارة الدولية.

وعليه يكون الالتزام بالتفاوض من أجل عادة التوازن العقدي واجب الإلتباع وان لم ينص العقد على ذلك، ولا يجوز لأي من طرفي العقد إن يحتج بعدم تطبيق الشرط، استنادا إلى عدم وجود نص صريح في العقد يقضي بذلك.

إن الغاية المتوخاة من وجود شرط إعادة التفاوض لتعديل شروط العقد، هو التصدي للظروف المستجدة، والتي تجعل من عملية تنفيذ العقد تتسم بالصعوبة والمشقة، فهي أحد الحلول التي تمكن الأطراف المتفاوضة من اتخاذ العقد وتخفيف من الضرر الذي يصيب أحد الطرفين.

ومن أبرز التطبيقات القضائية في مجال أعمال شرط التفاوض من أجل تعديل شروط العقد، في حالة تغير الظروف ما قضت به محكمة باريس في قضية تتلخص وقائعها في أن نزاعا قام في عقد توريد كمية من المازوت بين شركتين فرنسيتين وكان العقد يتضمن بندا يلزم الطرفين بالتفاوض من أجل تعديل ثمن الطن في حالة ارتفاع الأسعار أو انخفاضها عند حد معين 6 فرنك فرنسي بالنظر للسعر المتفق عليه في العقد وعقب حرب أكتوبر 1973 بين العرب والكيان الصهيوني ارتفعت أسعار البترول وكان لابد من أن يتفاوض الطرفان حول تعديل السعر وهذا ما حدث، غير أن المفاوضات لم تنجح، وتم عرض النزاع على القضاء، ووصل الأمر إلى محكمة استئناف باريس حيث قضت هذه الأخيرة استنادا إلى الشرط الذي يلزم الطرفين بالتفاوض لتعديل الثمن عند ارتفاع الأسعار أو انخفاضها، ورأت المحكمة اتجاه نية الأطراف إلى إعادة التفاوض عند حدوث ظروف مستجدة، وعليه رأت المحكمة قبل الفصل في الموضوع بالزام الطرفين بالتفاوض كمحاولة للتوصل إلى اتفاق يؤدي إلى تعديل العقد لما يتلاءم مع المستجدات الجديدة، كما رأت المحكمة أن يجري هذا التفاوض تحت رعاية مراقب جدير، بان يقدم الأطراف المساعدة اللازمة من أجل التوصل إلى تفاهم من شأنه أن يؤدي إلى تعديل العقد، على أن يكون للمحكمة في حالة فشل المفاوضات أن تقضي على ضوء المفاوضات والحلول المقترحة، إما بإبطال العقد أو أن تفرض تعديلا له.

يبدو جليا من خلال ما انتهت إليه محكمة استئناف باريس أن شرط التفاوض من أجل إعادة التوازن العقدي هو أداة قانونية فعالة تلاقي الصعوبات والعقبات التي تواجه تنفيذ العقد بحيث يؤدي إلى ضمان استمرار العلاقة التعاقدية في المستقبل عن طريق إلزام الأطراف بالتفاوض للوصول إلى تعديل شروط العقد، مما يحقق العدالة العقدية، وهذا الشرط يعد قاعدة أساسية من قواعد التجارة الدولية.

ثالثا: شرط التفاوض من أجل التسوية الودية للنزاع:

إن التعامل التجاري الدولي في مجال إبرام عقود التجارة الدولية يدلنا على أن إرادة الأطراف تتجه غالبا إلى رفض فكرة اللجوء إلى القضاء الداخلي فبرغم كون الطريق القضائي هو الطريق العادي لفض النزاع في مجال المعاملات التجارية أو المدنية على السواء، وبالرغم أيضا من الضمانات التي توفرها والتي تكفل سلامة العدالة التي تؤدي إليها، فإن هذا الطريق غالبا ما يكون طويلا وبطيئا، الأمر الذي يؤدي إلى إرباك خطط التجار ويعطل حركة الأموال ويفسد برامج تنفيذ التعهدات. فضلا عن القلق الناجم عن تعيين المحكمة المختصة والقانون الواجب التطبيق.

وبالرغم من المزايا التي يحققها اللجوء إلى التحكيم في مجال فض منازعات عقود التجارة الدولية، والمتمثلة أساسا في حرية الأطراف في اختيار هيئة التحكيم التي تطرح عليها منازعاتهم واختيار القانون الواجب التطبيق على النزاع، إلا أن تنفيذ قرارات التحكيم قد يواجه صعوبات وعقبات متعددة، وقد يستغرق وقتا طويلا، وعليه من أجل تلاقي المشكلات التي قد تثور بشأن لجوء الأطراف المتعاقد إلى فض منازعاتهم أمام القضاء العادي أو التحكيم التجاري الدولي، فإنه أصبح من المألوف في مجال التعامل التجاري الدولي أن تقوم الأطراف المتعاقدة بتضمين العقد شرطا يقضي بالتفاوض من أجل تسوية المنازعات التي قد تنشأ في المستقبل تسوية ودية باعتباره الحل الأسهل والأنسب والأكثر ملائمة لجميع الأطراف.

في الغالب الأعم يرد شرط التفاوض من أجل التسوية الودية صريحا كأن ينص العقد صراحة على الالتزام للتفاوض من أجل التسوية الودية للنزاع عند حدوث مشكلة ما، وذلك بالامتناع عن اللجوء إلى القضاء أو التحكيم مع التعهد بالتفاوض من أجل التوصل إلى تسوية ودية للنزاع.

وقد يرد هذا الشرط ضمنيا، حيث يتم النص في العقد على أن يتعهد الطرفان بحل كل نزاع ينشأ في هذا العقد عن طريق التحكيم، إذ لم يتوصل الطرفان إلى حسمه عن طريق المفاوضات أو أن ينص أحد بنود العقد على أنه (كل نزاع ينشأ عن هذا العقد ولا يتوصل الطرفان إلى تسويته وديا، يتم الفصل فيه عن طريق التحكيم)

قد يفرض الطرفان في عقد التفاوض قيما زمنيا أو مدة زمنية يتم خلالها تسوية النزاع وديا، شرط عدم اللجوء خلال هذه المدة إلى القضاء أو التحكيم إلا بعد انقضائها.

وتجدر الإشارة هنا إلى أن الاتفاق على شرط التفاوض من أجل التسوية الودية للنزاع مع ذلك لا يحول دون لجوء أي من الطرفين إلى القضاء أو التحكيم، غير أن القضاء أو التحكيم عند نظره في النزاع، يمكن له أن يعتبر عدم التزام أحد الطرفين بالتفاوض من أجل التسوية الودية للنزاع خطأ عقدي يستوجب التعويض، أو يكون للقاضي أو هيئة التحكيم اعتبار نكول أو تجاهل أحد الطرفين لشرط التفاوض، قرينة قضائية على عدم سلامة موقفه وسوء نيته وأخيرا، يمكن القول أن شرط الالتزام بالتفاوض من أجل التسوية الودية للنزاع هو الالتزام ببذل عناية، وليس التزاما بتحقيق نتيجة، حيث لا يلزم الطرفان بالتوصل إلى حل النزاع المطروح، وإنما يلزمهما فقط بالتفاوض وبحسن النية، من أجل التوصل إلى تسوية ودية للنزاع المطروح .

يتضح من خلال ما تقدم أن التفاوض سواء كان في صورة عقد التفاوض الصريح المستقل أم في صور أخرى كالتفاوض من أجل تجديد العقد أو إعادة التوازن للعقد أو التفاوض من أجل حل المنازعات حلا وديا. فإن التفاوض أصبح ضرورة ملحة تقتضيها مختلف مراحل العملية التعاقدية، فهو ينطوي على مزايا عديدة تتمثل أساسا في الشعور بالحرية والاستقلالية بالنسبة لأطراف التفاوض، كما أنه يقوم على الحوار والمناقشة وتبادل الأفكار وطرح البدائل ومن ثم فهو يلعب دورا بارزا في تذليل جميع الصعوبات والعقبات مهما كانت مستعصية على الحل، فالتفاوض هو فن وعلم له أدواته وقواعده التي ينبغي على كل متفاوض متمرس الإلمام بها.

إن الاتفاقات والعقود التي تحدث خلال مرحلة التفاوض على العقد كثيرة ومتنوعة يصعب على الباحث حصرها غير أنه يمكن الوقوف على البعض منها وهي الأكثر شيوعا ويمكن تصنيف هذه العقود والاتفاقات وفقا لمعايير مختلفة غير أن المعيار المعتمد في الغالب هو تقسيم العقود والاتفاق على أساس قوتها القانونية وذلك بحسب ما إذا كانت هذه العقود والاتفاقات ترتب التزامات تعاقدية.

1) التمييز بين عقد التفاوض والعقود والاتفاقات التي لا ترتب التزامات تعاقدية:

إن الاتفاقات والعقود التي أفرزها واقع المعاملات التجارية والتي لا ترتب التزامات تعاقدية هي اتفاق الشرف والبروتوكول والاتفاق وخطابات النوايا.

أ- التمييز بين عقد التفاوض والاتفاق الشرفي:

يندرج كل منهما في إطار العقود والاتفاقات التحضيرية أو التمهيدية لإبرام العقد النهائي فهما لا يشكلان مقصدا نهائيا بحد ذاته وإنما هما أداتان من أجل إبرام عقد في المستقبل.

الاتفاق الأدبي واتفاق الشرف عبارة عن اتفاق يقوم الأطراف بمقتضاه بإخضاع مسألة تنفيذه لمحض أمانتهم وشرفهم وبناء عليه فإنهم يلتزمون بالامتناع عن عرض المنازعات التي تثور بينهم على القضاء أو التحكيم، وهو اتفاق له قيمة معنوية أكثر منها قانونية وتلعب صياغة وعبارات هذا الاتفاق وكذا الظروف

المحيطة به دورا حاسما في تحديد ما إذا كان يتمتع بالقوة القانونية الملزمة أم لا وإذا كان عقد التفاوض ينظم المفاوضات وذلك بفرض الالتزام بالدخول فيها ومتابعتها بحسن نية، فإن اتفاق الشرف يختلف في مضمونه بحسب ما يتجه إليه إرادة الأطراف فقد يتعلق هذا الاتفاق بمسألة تخص السير الإجرائي للمفاوضات كتنظيم وقت بدء المفاوضات أو الانتهاء منها أو قد يتعلق مضمون الاتفاق الأدبي أو الشرطي بمحتوى العقد الأصلي فقد يتضمن بعض العناصر الجزئية التي على أساسها سيبرم العقد النهائي.

كما يختلف عقد التفاوض عن اتفاق الشرف من زاوية القوة الملزمة فإذا كان عقد التفاوض يرتب التزامات محددة وواضحة وهي الالتزام بالتفاوض ومواصلته بحسن نية والإخلال بهذه الالتزامات يرتب قيام المسؤولية فإن اتفاق الشرف كقاعدة عامة لا يرتب أي أثر قانوني على اعتبار أنه يعد من أعمال المجاملة وهذه الأعمال تخرج بطبيعتها من نطاق الالتزام التعاقدية.

ب- التمييز بين عقد التفاوض والبروتوكول الاتفاقي:

يعتبر عقد التفاوض والبروتوكول الاتفاقي من العقود التمهيديّة التي تحضر لإبرام عقد آخر في المستقبل. تعد البروتوكولات الاتفاقيّة من المستندات أو الوثائق التي يتم تحريرها في الفترة قبل العقديّة للدلالة على الاتفاقات التمهيديّة التي سبق العقود ذات الأهمية الكبيرة، ويتم إبرامها غالبا بعد أن تكون المفاوضات بين الطرفين قد بلغت مرحلة متقدمة، حيث تكون معالم العقد النهائي قد تبلورت وتمثل الغاية منها في تثبيت الشروط الأساسية، مواصلة التفاوض بهدف الوصول إلى تفصيل وتحديد التزامات وحقوق الأطراف العقد المزمع إبرامه.

ومن هنا يبدو الفرق واضح بين البروتوكول الاتفاقي وعقد التفاوض فإذا كان عقد التفاوض يقتصر على مجرد الالتزام بالتفاوض وفقا لما يقتضيه مبدأ حسن النية ولا يتضمن عناصر العقد النهائي فإن البروتوكول الاتفاقي يتضمن عادة اغلب عناصر العقد النهائي بل قد يتضمن العناصر الأساسية كلها عدا بعض الأجزاء التي تتصل بشروط تنفيذه غير أن انعقاد العقد النهائي مع ذلك يظل متوقفا على إرادة الطرفين وقد يتضمن البروتوكول الاتفاقي أحيانا نصا صريحا يقضي بعدم تمتع البروتوكول الاتفاقي بالصفة العقديّة (إن هذه الوثيقة غير عقديّة).

ث- التمييز بين عقد التفاوض ورسائل النية (خطابات النوايا):

تعد خطابات (الرسائل) النوايا من أهم المستندات التي تتم تحريرها في المرحلة السابقة على التعاقد وهي تمثل حلقة من حلقات المفاوضات التي تسبق العقد النهائي المنشود، وقد ظهرت الحاجة إليها بشأن الصفقات والعمليات التجارية والاقتصادية الضخمة والمعقدة مثل عقود نقل التكنولوجيا أو عقود التنقيب عن البترول واستخراج المعادن وغيرها، حيث تهدف إلى تسيير التعامل التجاري الدولي وتوفير الثقة والأمان

للأطراف الساعية إلى التعاقد وإلى وضع الإطار المستقبلي للمفاوضات التي سيشعر فيها الطرفان أو إلى حسم ما تم الاتفاق عليه من مسائل بينهما إن كان قد شرعا فيها فعلا.

ولا يشير الاستخدام التقليدي لخطاب النوايا صعوبة تذكر بشأن تحديد قيمته القانونية حيث يعد مجرد اقتراح أو إبداء رغبة قابلة للمناقشة وعلى هذا لا يمكن عد خطاب النية عقدا ملزما طرفيه أو أحدهما أما في ظل الاستخدامات الحديثة له فإن تحديد قيمته القانونية مرتبط بطرق صياغته وبناء هيكله ومن شروط الصياغة النموذجية لهذه الخطابات أن تكون واضحة محددة مع تضمينها بعض الشروط الهامة* وتتخذ هذه الخطابات صورا متعددة لا تقع تحت حصر تبعا لتنوع الأهداف المقصودة من تحريرها ويصعب الوصول إلى تأصيل الموحد لجميع استخدامات هذه الخطابات خاصة أن مجالها غالبا ما يكون في إطار التعاقد ذي الطابع الدولي، حيث تختلف قوانين الدول بشأن أحكام تكوين العقود وتحديد آثارها.

وعليه فإن هناك من رسائل النية ما يتضمن تعهدات أو التزامات قانونية حقيقية تدل على أن العقد تم إبرامه فعلا ومن ثم يؤدي الإخلال بهذه الالتزامات إلى قيام المسؤولية العقدية وهذا ما انتهت إليه بعض أحكام القضاء حديثا

ومن أبرز التطبيقات القضائية لذلك ما خلصت إليه بعض المحاكم في الولايات المتحدة الأمريكية من اعتبار رسائل النية كقاعدة عامة غير ملزمة، غير أن القاضي يستطيع أن يستخلص من إرادة الأطراف المتفاوضة وجود علاقات تعاقدية بمقتضى هذه الرسائل وحتى إن كانت هذه الرسائل ليست لها قوة ملزمة في نظر من أصدرها ففي قضية شهيرة تلخص وقائعها في أن شركة بنزويل اتفقت مع شركة جيتي بموجب مذكرة اتفاق (رسالة نية) على أن تشتري شركة بنزويل أسهم شركة جيتي بسعر 100 دولار للسهم الواحد. وافقت شركة جيتي على الصفقة وجرت مفاوضات بين الطرفين بهذا الشأن توصل من خلالها الطرفان إلى رفع سعر السهم الواحد إلى 110 دولار وحرر بذلك رسالة نية (مذكرة اتفاق) وتم التوقيع عليها من الطرفين، وقد تضمن هذا الاتفاق شرطا يقضي باعتماد الاتفاق من مجلس إدارة شركة جيتي، وعليه قام الطرفان بنشر إعلان عن إبرام اتفاق مبدئي (رسالة نية) متضمن إشارة إلى أن نفاذه يتوقف على توقيع العقد النهائي.

وخلال التحضير فبرام العقد النهائي تدخلت شركة تكساسو في الصفقة وأجرت مفاوضات سرية مع شركة جيتي من أجل شراء أسهمها بدلا من شركة بنزويل وعرضت مبلغ 128 دولار للسهم الواحد، واستقرت هذه المفاوضات السرية على توقيع معاهدة تفاهم بين الطرفين.

وعلى إثر ذلك قامت شركة بنزويل برفع دعوى قضائية أمام محكمة تكساس لمطالبة شركة تكساسو بتعويض قدره 10 مليار دولار بالإضافة إلى مليار دولار كجزاء على تحريضها شركة جيتي على الإخلال

بالتزاماتها التعاقدية، وكان الفصل في هذه القضية يعتمد على تحديد القيمة القانونية للرسالة الموقعة بين شركة جيتي وشركة بنزويل، وقد اعترفت المحكمة بصحة المحكمة وفعاليتها حيث اعتبرت رسالة النية في هذه الحالة عقدا ملزما للحالتين وأصدرت أمرا يقضي بإلزام شركة تكساسو بتعويض قدر بـ 11 مليار دولار على إخلال شركة جيتي بالاتفاق التمهيدي.

ما يفهم منه أن رسائل النية تختلف درجة الالتزام فيها بحسب ما تتجه إليه إرادة الأطراف ويستطيع القاضي ان يستخلص وجود الالتزام رغم انصراف إرادة الأطراف إلى عدم ترتيب أي التزام.

التمييز بين عقد التفاوض والعقود والاتفاقات على ترتيب التزامات تعاقدية

تختلف الغاية من إصدار العقود والاتفاقات الملزمة بحسب ما تتجه إليه إرادة الأطراف، فقد تكون الغاية من إبرام هذا النوع من العقود والاتفاقات هي الوصول إلى إبرام العقد النهائي، وبهذا المعنى تنتهي إلى مرحلة المفاوضات وتبقى خاضعة لأحكامها، وقد يكون المراد من هذه الاتفاقات والعقود هو الاتفاق على بعض العناصر الجوهرية للعقد المراد إبرامه وهو يشكل في حد ذاته كيانا عقديا مستقلا يتضمن تحقيق أهدافه بصورة جزئية ومؤقتة.

ويكشف هذا النوع من الاتفاقات والعقود في مجال المفاوضات الكثير من الغموض والإبهام، وعليه سيتم إجراء مقارنة بين عقد التفاوض وهذه الاتفاقات والعقود التي تحدث خلال مرحلة المفاوضات وتتسم بطابعها الإلزامي، ومن أهم هذه العقود والاتفاقات والأكثر استخداما في الواقع العملي نجد عقد الإطار الوعد بالتعاقد والوعد بالتفضيل والعقد الجزئي والعقد المؤقت.

1- التمييز بين عقد التفاوض وعقد الإطار:

في العقود ذات الأهمية الاقتصادية الكبيرة، تحرص الأطراف المتفاوضة عادة على وضع إطار لتنظيم المفاوضات في شكل اتفاقات وعقود تمهيدية أو تحضيرية تهدف إلى تسهيل التفاوض وإبرام العقد النهائي خاصة إذا كانت الأطراف المتفاوضة تنوي إبرام سلسلة من العقود ذات طبيعة واحدة، مثل عقود التوريد، قد يقوم الأطراف في هذا النوع من العقود تحديد الشروط الرئيسية التي تبرم على أساسها العقود اللاحقة في المستقبل، وتسمى هذه العقود اللاحقة بعقود التطبيق أو عقود التنفيذ لعقد الإطار.

* ويعرف جانب من الفقه عقد الإطار بأنه "ذلك العقد الذي يحدد الشروط الرئيسية التي يلتزم الطرفان بإتباعها فيما يبرمانه من عقود لاحقة، وهي العقود التي تعرف بعقود التطبيق أو التنفيذ"

في حين يعرفه جانب آخر من الفقه على أنه "ذلك العقد الذي يهدف إلى تحديد القواعد الأساسية التي تخضع لها العقود التي تبرم في المستقبل"، تتضح من خلال التعريفين أن عقد الإطار يتعلق بعقود التطبيق

وبعقود التنفيذ، وقد ينص على عناصر شكلية، وقد يتناول عناصر أساسية تتعلق بالموضوع، كما انه قد ينظم بعض البنود أو الشروط الخاصة بالعقود التي ستبرم في المستقبل.

وبتميز عقد الإطار بكونه عقدا مستقلا عن العقود التطبيقية له كيانه الخاص، فلا يكفي الاتفاق على عقد الإطار لقيام عقود التطبيق وإنما يجب أن يتفق الطرفان كذلك على كل عقد يريدان إبرامه على أساس عقد الإطار.

أما بالنسبة للآثار المترتبة عن عقد الإطار، فإن هذا الأخير يرتب التزامات إيجابية تتعلق بكيفية إبرام وتنفيذ عقود التطبيق، كما يلزم بموجبه أحد الطرفين أو كلاهما بعدم إبرام عقد تطبيق مماثل مع الغير، ومثال ذلك الشرط الذي يلزم المورد في عقد التوريد بأن يقتصر على توزيع السلع التي تورده إليه من الطرف الثاني. أما فيما يتعلق بالجزاء المترتب عن إخلال الطرفين بالالتزامات التي يربتها عقد الإطار فإن الطرف المضور يستطيع أن يطالب عن طريق القضاء بالتنفيذي العيني إذا كان ذلك ممكنا، أو بفسخ العقد مع الحكم بالتعويض.

وعليه يبدو وجه الشبه واضحا بين عقد التفاوض وعقد الإطار في أن كليهما يندرج في نطاق العقود التمهيدية أو التحضيرية التي تسهل إبرام العقد النهائي أو اللاحق.

كما أن عقد التفاوض وعقد الإطار يتفقان في كون الإخلال بهما يؤدي إلى قيام المسؤولية. أما بالنسبة لأوجه الاختلاف فإن عقد الإطار يختلف بشكل واضح عن عقد التفاوض، على أساس أن عقد الإطار يتضمن الشروط الجوهرية التي تبرم على أساسها العقود اللاحقة، أو عقود التنفيذ ذلك أن الالتزام الوحيد الذي يربته عقد الإطار هو الالتزام بمراعاة تلك الشروط الواردة فيه عند إبرام العقود اللاحقة في المستقبل.

في حين ان عقد التفاوض لا تتضمن الشروط أو العناصر الجوهرية للعقد النهائي بل يتضمن فقط الالتزامات التي ينبغي للأطراف مراعاتها أثناء التفاوض، وهي الالتزام بالتفاوض ومواصلته طبقا لمبدأ حسن النية.

وفي الأخير يمكن القول إنه إذا كان عقد التفاوض يهدف إلى رسم الإطار الإجرائي الذي ينبغي على الأطراف المتفاوضة سلوكها خلال المفاوضات فإن عقد الإطار يهدف إلى تحديد الشروط الرئيسية التي ينبغي على الأطراف المتعاقدة مراعاتها عند إبرام عقود التطبيق أو التنفيذ.

2- التمييز بين عقد التفاوض والوعد بالتعاقد والوعد بالفضيل:

يقتضي مبدأ حرية التعاقد أن الشخص يبقى حرا في اختيار الطرف أو الأطراف التي يتعاقد معها بحيث يستطيع الاختيار بين شخص وآخر بحسب ما يراه مناسبا لتحقيق مصلحته.

غير أن الراغب في التعاقد وتأسيا أيضا على مبدأ حري التعاقد يستطيع تقييد حريته في التعاقد وذلك عن طريق إصدار وعد بالالتزام بالتعاقد مع شخص معين في حالة ما أبدى الواعد رغبته في التعاقد ويسمى هذا الوعد الوعد بالتعاقد كما يستطيع كذلك الشخص تقييد حريته عن طريق الالتزام بتفضيل شخص معين عن غيره إذا أراد التفاوض حول عقد معين في المستقبل ويسمى هذا الوعد بالتميز.

أ- التمييز بين عقد التفاوض والوعد بالتعاقد:

يعرف جانب من الفقه الوعد بالتعاقد على أساس أنه (عقد بموجبه يلتزم أحد الطرفين أو كلاهما لإبرام عقد معين في المستقبل، إذا أبدى الموعود له رغبته في التعاقد خلال فترة معينة) من خلال هذا التعريف يتضح أن الوعد بالتعاقد قد يكون أحادي الجانب يلزم الواعد وحده بإبرام العقد كعقد بيع عقار أو قد يكون ملزما للجانبين أي عندما يتعهد الطرفان تبادليا بإبرام العقد كأن يبيع أحدهما ويشترى الآخر، وتبادل الالتزامات هذا هو الذي يميز بين الوعد بالتعاقد الملزم لجانب واحد والوعد بالتعاقد الملزم للجانبين.

ولا يكون الوعد صحيحا إلا إذا توفرت فيه جميع العناصر الجوهرية للعقد الموعود بإبرامه، كما يشترط إفرغه في شكل معين إذا كان العقد المراد إبرامه عقدا شكليا كعقد بيع العقار.

إن الوعد بالتعاقد هو عقد كامل يبرم بإيجاب من الواعد وقبول من الموعود له وكل من الإيجاب والقبول ينصب على مجرد الوعد بالبيع لا على المبيع ذاته، فالواعد لا يلتزم بنقل ملكية الشيء المبيع أو ضمانه، بل يلتزم فقط بإجراء البيع، في الوقت الذي يظهر فيه الطرف الآخر نيته في التعاقد وأوجه الشبه بين عقد التفاوض والوعد بالتعاقد تكمن في أن كليهما يعتبر من العقود التمهيديّة التي تسهل إبرام العقد النهائي، وهما عقدان حقيقيان لا يقومان غلا بتوافق إرادتين حرتين.

غير أن أوجه الاختلاف بينهما تبدو واضحة من زاوية أن الوعد بالتعاقد يتضمن قبولاً بالعقد النهائي، سواء كان هذا القبول من جانب واحد أو قبولاً متبادلاً إذا كان الوعد بالتعاقد ملزماً بالجانبين.

غير أن عقد التفاوض لا يتضمن مثل هذا القبول كما يظهر الاختلاف واضحاً بين عقد التفاوض والوعد بالتعاقد في كون هذا الأخير تشترط فيه أن يتضمن الشروط الجوهرية للعقد لتحديد ما ذهبت إليه المادة 71 ق م ج غير أن عقد التفاوض لا تشترط فيه أن تتضمن العناصر الجوهرية للعقد النهائي المراد إبرامه.

كما يظهر كذلك الاختلاف بين عقد التفاوض والوعد بالتعاقد في أن هذا الأخير ينعقد فيه العقد النهائي بمجرد أن يبدي الموعود له رغبته في التعاقد دون الحاجة إلى وجود تراضي جديد، بينما في عقد التفاوض يتطلب الأمر لانعقاد العقد النهائي توافر تراضي جديد بين الطرفين المتفاوضين.

في حالة ما إذا تقاعس أحد الطرفين عن إبرام العقد النهائي في الوعد بالتعاقد فإن الطرف الآخر يستطيع إجباره على ذلك برفع دعوى صحة التعاقد ومتى صدر الحكم، حل الحكم محل العقد النهائي المادة 720 ق م ج أما في عقد التفاوض، فإذا أخل أحد المتفاوضين تنفيذ التزامه بالتفاوض أو الاستمرار فيه، يعد مخرًا بالتزام تعاقدى يرتب المسؤولية العقدية، وكقاعدة عامة لا يحل حكم القاضي مقام العقد، وهنا يكون للمتضرر المطالبة بالتعويض وفقا لأحكام المسؤولية العقدية.

ب- التمييز بين عقد التفاوض وعقد الوعد بالفضيل:

عقد الوعد بالفضيل هو قيد اتفاقي من القيود التي ترد على سلوك المالك الواعد بالتصرف في ملكه مفادها عدم إمكانية تصرفه قبل الرجوع إلى المستفيد الموعود له.

ويعرف جانب من الفقه الوعد بالفضيل بأنه "عقد يلتزم بمقتضاه الواعد في حالة التصرف في الشيء أن يفضل الموعود له عن غيره في التعاقد معه" يتضح من خلال هذا التعريف أن الوعد بالفضيل هو اتفاق يلتزم بمقتضاه أحد الطرفين أو كلاهما إذا أراد التفاوض مستقبلا حول عقد معين أن يفضل أن يفضل الموعود له سائر الأشخاص الراغبين في التعاقد معه ومن ثم فإن الواعد بالفضيل يكون ملتزما فحسب بتوجيه الدعوة إلى الموعود له بحكم أفضليته على غيره عندما يلتزم بالتفاوض لإبرام عقد، فالواعد في هذا الاتفاق يبقى حرا من جهة إبرام أو عدم إبرام العقد النهائي إذ يحتفظ بكامل حرته التعاقدية وإنما يمنع فقط عن التعامل مع الغير قبل رفض اقتراحه بالتعاقد من قبل الموعود له المستفيد.

الأصل أن عقد الوعد بالفضيل يكون ملزما لجانب واحد وهو الواعد غير أنه في بعض الأحيان قد يكون وعدا ملزما للجانبين كأن يعقد شخصان اتفاقا يعد كل منهما الآخر بتفضيله على غيره إذا ما أراد يوما أن يتفاوض بشأن عقد معين.

يتضح من خلال ما تقدم أن عقد التفاوض والوعد بالفضيل هنا من العقود التحضيرية أو التمهيديّة الشائعة الاستخدام في مجال عقود التجارة الدولية تهدف إلى تسهيل إبرام العقد النهائي في المستقبل وأنهما عقدان لا يتمان إلا بتوافق إرادتين حرتين عن طريق تبادل الإيجاب والقبول بين الطرفين سواء بالتفاوض أو الالتزام بالفضيل في عقد الوعد بالفضيل، فضلا عن ذلك فإن عقد التفاوض وعقد التفضيل لا ينشئان التزامات بإبرام العقد النهائي، وإنما يولد عقد التفاوض مجرد الالتزام بالتفاوض والاستمرار فيه، أما الوعد بالفضيل فيرتبه الالتزام في ذمة الواعد بتفضيل الموعود له في حالة اتخاذه قرار إبرام العقد بالتفاوض معه، ويؤدي الإخلال بالالتزام المترتبة سواء عن عقد التفاوض أو عقد الوعد التفضيل إلى قيام المسؤولية العقدية إذا توفرت شروطها.

غير أن الاختلاف بين عقد التفاوض وعقد الوعد بالترتيب يكمن في أن عقد التفاوض يرتب التزاماً على طرفيه بالتفاوض بشأن العقد المراد إبرامه في المستقبل بينما عقد (التفاوض) الوعد بالترتيب لا يرتب مثل هذا النوع من الالتزام، إلا في حالة ما إذا قرر الواعد الدخول في مفاوضات مع الموعد له في ما يتعلق بالعقد النهائي.

كما يختلف عقد التفاوض عن عقد الوعد بالترتيب، بأن عقد التفاوض عقد ملزم للجانبين بينما عقد الوعد بالترتيب هو في الغالب الأعم يكون ملزماً لجانب واحد وهو الواعد، غير أنه قد يكون ملزماً للجانبين.

محمل القول أن عقد التفاوض وعقد الوعد بالترتيب من العقود التمهيديّة أو التحضيرية التي تمهد لإبرام العقد النهائي وهما من إفرازات واقع التجارة الدولية التي تتطلب دائماً التسيير في أداء عملياتها، كما تتطلب إحاطة لتلك العمليات بأدوات حامية لإضفاء الثقة المشروعة عليها.

3- التمييز بين عقد التفاوض والعقد الجزئي والعقد المؤقت:

إن المشكلة التفاوضية مهما بلغت درجة تعقيدها وصعوبتها، فإنه يمكن التغلب عليها وذلك بتجزئتها إلى أجزاء بدلا من تناولها دفعة واحدة، وهذا ماتوا تر عليه التعامل التجاري الدولي، لا سيما في ما يتعلق بالعقود ذات الأهمية الكبيرة، حيث يقوم الأطراف المتفاوضة بتدوين ما تم الاتفاق عليه في عقود جزئية أو مرحلية، وذلك من أجل تثبيت ما تم الاتفاق عليه، حتى لا تعود الأطراف إلى مناقشة المسائل التي تم الاتفاق عليها مرة أخرى، كما أن صعوبة المفاوضات قد تدفع الأطراف المتفاوضة، إلى إبرام اتفاقات أو عقود مؤقتة من أجل تنظيم مسألة معينة تتعلق بالمسار الإجرائي للمفاوضات خلال مراحلها المختلفة، أو حتى بعد انتهائها.

● التمييز بين عقد التفاوض والعقد الجزئي:

يعرف جانب من الفقه الاتفاق الجزئي أو المرحلي بأنه "اتفاق يتم إبرامه أثناء المفاوضات، ويحدد الأطراف بمقتضاه مسائل التفاوض التي تمكن من حسمها، والاتفاق عليها. كما يعرفه البعض الآخر بأنه "ذلك العقد الذي يتوصل إليه الطرفان في أثناء المفاوضات، وبموجبه تحسم المسائل التي تم الاتفاق عليها أولاً بأول".

يتضح جلياً من خلال التعريفين السابقين أن العقد الجزئي أو المرحلي هو تعبير عن اتجاه إرادة الأطراف المتفاوضة إلى إفراغ الشرط أو العناصر التي تم حسمها والاتفاق عليها في قالب اتفافي في لحظة معينة من لحظات التفاوض على العقد النهائي، والهدف منه هو أن لا تعود الأطراف المتفاوضة إلى مناقشة تلك

النقاط أو العناصر التي تم حسمها مرة أخرى وبهذا المعنى، فغن العقد الجزئي يعد خطوة باتجاه إبرام العقد النهائي محل التفاوض.

إن علاقة العقد الجزئي بالعقد الأصلي تختلف بحسب أهمية العملية التفاوضية فإن كان العقد المراد إبرامه من العقود المركبة، فإن الأطراف المتفاوضة تقوم بتجزئة إبرام العقد الأصلي إلى اتفاقات أو عقود جزئية، يتناول كل عقد منها جزء أو موضوعا معيناً من موضوعات العقد الأصلي، وفي هذه الحالة يشكل الاتفاق جزء من مجموع تعاقدية يتألف من عدة عقود، تنظم عملية واحدة يسعى الأطراف إلى تحقيقها ومن ابرز تطبيقاتها عقود تشييد المصانع لا تسليم المفتاح في اليد، الذي هو اتفاق يلتزم بمقتضاه أحد الطرفين بإقامة مصنع وتسليمه جاهزا للتشغيل والإنتاج إلى المتعاقد معه ويتكون هذا العقد من عدة عقود جزئية تتمثل في عقد المقاولة (البناء)، عقد البيع (توريد الآلات والأجهزة، ونقل التكنولوجيا) ذلك لأن هذه النوعية من العقود تتضمن حتمية انتقال المعارف الفنية إلى الطرف الثاني، عقد الاستصناع (تركيب السيارات)، عقد من نوع خاص (يتمثل في تدريب العاملين من اجل تشغيل المصنع وصيانته) يتم التفاوض في الغالب على مجموعة العقود في عدة مراحل، ويمكن أن يتوصل الطرفان في إحداها إلى اتفاق بشأن عقد معين أو الشروط المشتركة بين هذه العقود ثم تستمر المفاوضات بعد ذلك للاتفاق على باقي الشروط أو العقود.

مثال آخر عقد الإيجار التمويلي الذي هو عبارة عن تقنية تعاقدية تقوم على عقد الإيجار، وقد نظمه المشرع الجزائري في الامر 96-09 المؤرخ في 10 جانفي 1996، كما ضم هذا العقد بالإضافة الى عقد الإيجار عقوداً ثانوية مكملة وهي التوكيل بالشراء، والوعد بالبيع من جانب واحد، إن العقد الجزئي أو المرحلي هو من العقود الملزمة للجانبين يترتب التزامات متقابلة وجوهر الالتزام فيه هو أن لاتعود الأطراف المتفاوضة من جديد إلى مناقشة ما تم الاتفاق عليه بالفعل وهذا الالتزام يعد مظهراً من مظاهر الالتزام بالتعاون الذي يقع على عاتق الطرفين بمجرد الدخول في المفاوضات وهنا يتقاطع هذا العقد مع عقد التفاوض ذلك أن هذا الأخير يفرض على الأطراف المتفاوضة مواصلة التفاوض على العناصر والمسائل التي لم تحسم بعد بغرض التوصل على اتفاق بشأنها.

فإذا رفض أحد الطرفين مواصلة التفاوض بشأن المسائل المتبقية دون سبب جدي أو موضوعي يعتبر خطأً يستوجب قيام المسؤولية العقدية.

ومن خلال ما سبق يتضح أن عقد التفاوض في كونهما يحدثان في مرحلة المفاوضات على العقد النهائي فهما ينتميان إلى طائفة العقود التمهيدية أو التحضيرية والتي تسهل إبرام العقد النهائي.

وعليه فإن عقد التفاوض والعقد الجزئي يرتبان التزامات من نوع خاص تتعلق أساساً بمرحلة المفاوضات ويؤدي الإخلال بتلك الالتزامات إلى قيام المسؤولية العقدية إذا توفرت شروطها غير أن جوهر الاختلاف

بين عقد التفاوض والعقد الجزئي يكمن في أن العقد الجزئي يرد على بعض العناصر العقد النهائي، حيث يتضمن بعض الشروط الجوهرية للعقد المراد إبرامه، أما بالنسبة لعقد التفاوض فلا وجود لمثل هذه الشروط بل ينصب هذا العقد على مجرد الالتزام بالتفاوض ومواصلته بحسن نية من أجل التوصل لإبرام العقد النهائي.

2- التمييز بين عقد التفاوض والعقد المؤقت:

يعرف جانب من الفقه العقد المؤقت بأنه ذلك الاتفاق الذي ينشأ على عاتق أحد الطرفين أو كلاهما التزامات مؤقتة لتنظيم العلاقة بينهما أثناء فترة المفاوضات على العقد أو عند فشله.

يتضح من هذا التعريف أن العقد المؤقت هو عقد تمهيدي يهدف إلى تنظيم عملية التفاوض على العقد النهائي ويرتب التزامات مؤقتة ترتبط أساساً بمرحلة المفاوضات.

إن مضمون العقد المؤقت يختلف بحسب اختلاف محله والغاية من إبرامه فقد يتناول العقد المؤقت نفس موضوع العقد النهائي والمثال التقليدي الذي يسوقه الفقه في هذا المجال هو ما يعرف بعقد التجربة والذي يسمح للطرفين باختيار العقد النهائي، وذلك تنفيذه خلال مدة زمنية معينة، وقد ينظم العقد المؤقت موضوعاً يختلف عن موضوع العقد النهائي ويحدث ذلك على وجه الخصوص في عقود نقل التكنولوجيا حيث ينصب العقد المؤقت على حماية المعلومات خلال مراحل المفاوضات غير المشمولة بحماية براءة الاختراع لما تنطوي عليه من أهمية اقتصادية كبيرة بالنسبة لحائزها.

وعليه من أجل تفادي وقوع هذه المعلومات في يد متفاوض غير نزيه يستلزم الأمر إبرام عقد مؤقت بنظم بصفة مؤقتة السلوك الذي ينبغي إتباعه من قبل الأطراف المتفاوضة اتجاه المعلومات محل التفاوض.

بالإضافة إلى ذلك فقد يكون موضوع الاتفاق المؤقت يتعلق بتجديد المدة الزمنية التي تستغرقها عملية التفاوض على العقد أو كيفية توزيع نفقات التفاوض، أو قد يتضمن حظر إجراء مفاوضات موازية مع الغير، كما يمكن للطرف أن يتفقا من خلال العقد المؤقت على الإعفاء أو التخفيف من المسؤولية في مرحلة المفاوضات.

يتضح من خلال مفهوم العقد المؤقت أن هذا العقد يندرج في نطاق العقود التمهيديّة التحضيرية التي تنظم مرحلة التفاوض على العقد النهائي شأنه في ذلك شأن عقد التفاوض.

غير أن جوهر الاختلاف بين عقد التفاوض والعقد المؤقت يكمن في أن هذا الأخير لا يترتب التزاماً بالتفاوض على العقد النهائي ومواصلته كما هو الشأن في عقد التفاوض وإنما يلتزم أطرافه فقط بتنظيم المفاوضات وذلك يترتب التزامات معينة تنتهي كقاعدة عامة بانتهاء المفاوضات.

خلاصة القول أنه نظرا للقصور الشريعي إزاء مرحلة التفاوض على العقد وبالنظر أيضا إلى المخاطر التي تحيط بالعملية التفاوضية فإن الأطراف التفاوضية تبحث دائما على الوسائل والأدوات الفاعلة من أجل تلاقي العقبات والصعوبات التي قد تعترض طريق المفاوضات، وتعد العقود والاتفاقات التمهيدية كما سبق صيانة إحدى أهم الوسائل التي تستخدمها الأطراف من أجل تسهيل إبرام العقد النهائي.

الالتزامات المترتبة عن عقد التفاوض:

إذا نشأ عقد التفاوض صحيحا فإنه يترتب مجموعة من الالتزامات، إن الالتزامات المترتبة عن عقد التفاوض والتي تقع على عاتق الأطراف المتفاوضة تهدف في جوهرها إلى ضمان الجدية في التفاوض حتى لا تكون المفاوضات مجرد وسيلة يستخدمها المتفاوض من أجل تحقيق بعض مصالحه الشخصية كاستطلاع حال السوق، أو الحصول على بعض المعلومات المتعلقة بالوضعية المالية للتفاوض معه أو الحصول على معلومات سرية تتعلق بمنتوج معين من أجل استخدامها أو إفشائها للغير، كما قد يكون الهدف من الدخول في المفاوضات إلهاء المتفاوض الآخر وتنبه عن التعاقد مع الغير، من أجل تفويت مكسب معين أو ربح مؤكد.

إن الالتزامات التي يفرضها عقد التفاوض ترمي أيضا على أن تكون إرادة الأطراف المتفاوضة متنورة فيما يتعلق بظروف وملابسات العملية التفاوضية، وذلك بتمكين الطرف الآخر من الحصول على جميع المعلومات والبيانات التي من شأنها التأثير على اتخاذ قرار التعاقد من عدمه، ومن ثم فبمجرد توجيه الدعوة إلى التفاوض من قبل أحد الطرفين وقبولها من الطرف الآخر يترتب عن هذا الاتفاق التزام جوهرية وأساسي هو الالتزام بالتفاوض والاستمرار فيه يقتضيان الخضوع لقاعدة سلوكية أساسية وهي التفاوض وفقا لمقتضيات حسن النية وشرف التعامل، وهو يعد كذلك التزاما يترتب عن عقد التفاوض بجوار الالتزام بالتفاوض ويتفرع عن هذين الالتزامات، التزامات أخرى يختلف موضوعها من عملية تفاوضية إلى أخرى وذلك بحسب طبيعة العقد المراد إبرامه وكذلك ما تتجه إليه إرادة الأطراف المتفاوضة في ترتيب بعض الالتزامات، وهذا النوع من الالتزامات في الواقع العملي لا يمكن حصره إلا أن أهم هذه الالتزامات وهي الأكثر شيوعا في مجال المفاوضات هي الالتزام بالإعلام والالتزام بالمحافظة على سرية المعلومات والالتزام بحظر المفاوضات الموازية وعليه يمكن تقسيم الالتزامات التي يترتبها عقد التفاوض إلى التزامات أساسية والتزامات فرعية.

أولا: الالتزامات الأساسية

بالرغم من أن مبدأ حرية التفاوض يكفل للشخص الراغب في التعاقد أن يبقى حرا فيما يتعلق بالدخول في المفاوضات من عدمه أو في الانسحاب منها في أي وقت يشاء وذلك بالنظر إلى ما استفسر عنه المفاوضات من نتائج قد تتفق أو لا تتفق مع مصالحه الشخصية إلا أن ضرورة الشعور بالأمان الذي

يقتضيه استقرار المعاملات التجارية يستوجب بدوره أن يلتزم كل طرف يرغب في التعاقد بالبدء في التفاوض والاستمرار فيه وفقا لمقتضيات مبدأ حسن النية وشرف التعامل من أجل الوصول إلى إبرام العقد النهائي. ومن ثم إذا قام كل طرف أثناء المفاوضات بتنفيذ التزامه فلا مسؤولية عليه سواء أبرم العقد أم لم يبرم لأن إبرام العقد النهائي أمر احتمالي لا يلتزم الطرفان بتحقيقه.

1- الالتزام بالتفاوض:

يعد هذا الالتزام من أهم الالتزامات التي يربتها عقد التفاوض ذلك أن المفاوضات تدور وجودا وعدما حول هذا الالتزام وهذا الأخير يقع على عاتق الطرفين مجرد اتفاقهما على التفاوض دون الحاجة إلى النص عليه صراحة كما أنه يقع باطلا كل اتفاق يقضي بإعفاء أحد الطرفين أو كلاهما من هذا الالتزام. والالتزام بالتفاوض ينقسم إلى شقين أساسيين، الشق الأول هو الالتزام بالبدء في التفاوض والشق الثاني هو الاستمرار في التفاوض.

أ- الالتزام بالبدء في التفاوض:

تبدأ المفاوضات عادة بعودة يوجهها الطرف الراغب في التعاقد إلى الطرف الآخر يتضمن اقتراحا بالتعاقد ومتى لقيت هذه الدعوة إلى التفاوض قبولا من الطرف الآخر يترتب عن ذلك التزام في ذمة الطرفين بالبدء في التفاوض ويتضمن هذا الالتزام المبادرة باتخاذ الإجراءات اللازمة والأعمال الضرورية لمباشرة عملية التفاوض كالذهاب إلى مائدة المفاوضات في الموعد المتفق عليه، وفي هذه اللحظة يبدأ فعلا عملية التفاوض حيث يجتمع الأطراف المتفاوضة ويتم افتتاح جلسات التفاوض التي يتم خلالها تبادل الآراء والتحاور ومناقشة الاقتراحات وطرح البدائل وإجراء الدراسات الفنية والمالية والقانونية حول العملية التعاقدية محل التفاوض والتي على ضوءها يتم مناقشة شروط العقد المراد إبرامه.

إن الالتزام بالبدء في المفاوضات هو التزام من حيث الأصل يقع على عاتق الطرفين المتفاوضين معا، حيث يكون كل طرف ملتزم في الموعد المحدد البدء وافتتاح المفاوضات غير أن الالتزام ببدء المفاوضات قد يقع على عاتق أحد الطرفين دون الآخر فيلتزم هذا الطرف بتوجيه الدعوة إلى الطرف الآخر، وتقديم الاقتراحات المتعلقة بالعملية التفاوضية محل التفاوض والمثال على ذلك في مجال إبرام العقود التجارية الدولية أن يكون مستورد التكنولوجيا هو الملتزم بالبدء في التفاوض عن طريق تقديم الدراسات الأولية التي تحدد احتياجات ومواصفات التكنولوجيا محل التعاقد والأهداف المتوخاة من وراء استيرادها، والوقت الذي يجب أن يتم خلاله التفاوض غير محدد وهذا أمر يمكن حسمه من خلال الرجوع على النية المشتركة للطرفين وإلى طبيعة التعامل حيث يمكن من خلال ذلك معرفة الوقت الذي يجب أن يبدأ خلاله التفاوض ومن ثم يقع على عاتق المدين البدء في التفاوض أو تنفيذه في الوقت المحدد من أجل تجنب النزاعات التي قد تثور بفعل

عدم تحديد زمن البدء في المفاوضات ويتعين على الأطراف تحديد وقت الاتفاق على مبدأ التفاوض نفسه وقد يتم تحديد زمن البدء في المفاوضات وزمن الانتهاء منها في اتفاق مستقل يسعى بالاتفاق والعقد المؤقت والذي سبق بيانه.

ومن ابرز الأحكام القضائية التي تناولت مسألة البدء في المفاوضات وافتتاحها الحكم الصادر عن محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 15 ماي 1992 وتتلخص وقائع هذه القضية في أن مندوب شركة التأمين وبعد تقديم استقالته قامت الشركة بتعيين من يقوم مقامه دون أن تنتظر الفترة التي يحق من خلالها لهذا المندوب أن يقترح على الشركة من يخلفه، وقد أبدت محكمة النقض حكم محكمة الموضوع والذي قضى بخطأ مسلك الشركة التأمين بأن أضعفت فرصة على المندوب بان يفتح المفاوضات ويقترح على الشركة الشخص الذي تعتمده وتعامله بشروط أفضل.

وإذا كان في الغالب أن يحدد عقد التفاوض صراحة من يقع عليه الالتزام بالبدء في التفاوض أي المدة التي يباشر فيها المفاوضات غير أنه في حالة عدم وجود اتفاق على ذلك فإن كل طرف يلتزم بالبدء في التفاوض في المدة المعقولة.

ومن أهم التطبيقات القضائية في هذا المجال ما أخذت به محكمة النقض الفرنسية في قضية "رونو" الشهيرة والتي خلصت فيها المحكمة إلى أن تلك المدة قد انقضت بسبب تقاعس رب العمل عن تقديم أي عرض إلى طالب العمل خلال مدة عدة سنوات وتتلخص وقائعها بأن عاملا في مصانع رونو للسيارات كان قد ترك عمله بالشركة ليلتحق بصفوف المقاومة خلال فترة الاحتلال الألماني لفرنسا.

بعد تحرير فرنسا أرسل العامل رسالة إلى الشركة يطلب فيها إعادة إدراجه في منصب عمله، فردت عليه الشركة برسالة تقول فيها: "...تتعهد بأن تبحث من جديد إمكانية إعادة إدراجك إلى العمل عندما يسمح بذلك نشاط الشركة" غير أن الشركة لم تفعل ذلك رغم تحسن ظروفها الاقتصادية.

ولما عرض النزاع على محكمة الاستئناف الفرنسية قضت هذه الأخيرة بأن تعهد الشركة الوارد في الرسالة هو تعهد نهائي يلزمها بإعادة إدراج العامل في منصب عمله فعلا، إلا أن محكمة النقض الفرنسية ألغت هذا الحكم وقررت أنه يوجد اتفاق مبدئي يلزم الشركة بأن تبحث مع العامل إمكانية إعادة إدراجه إلى منصبه في ضوء الظروف الاقتصادية للشركة يبدو واضحا من حيثيات الحكم أن محكمة النقض الفرنسية قد أقرت بوجود عقد تفاوض بين العامل والشركة وهو عقد ضمني استخلصته المحكمة من محتوى الرسالة.

- إن الالتزام بالبدء في المفاوضات هو التزام بتحقيق نتيجة وليس التزاما ببذل عناية وتفسير ذلك أن الطرف المدين بهذا الالتزام ملزم بتحقيق هذه النتيجة والمتمثلة في مجرد البدء في التفاوض ومن ثم فإن امتناع المدين بهذا الالتزام بالبدء في التفاوض في المدة الزمنية المعقولة يعد إخلالا بهذا الالتزام ويؤدي إلى قيام

المسؤولية العقدية، ولا يستطيع المدين بهذا الالتزام أن يتملص من مسؤوليته بحجة أنه بذل كل جهوده وأنه لم يكن مقصرا سيء نية غير أن المدين بالالتزام ببدء التفاوض يستطيع أن يدفع المسؤولية عنه عن طريق إثبات السبب الأجنبي الذي منعه من البدء في التفاوض، يتضح مما تقدم أن الالتزام ببدء التفاوض هو التزام جوهرى يترتب عن عقد التفاوض سواء كان هذا الاتفاق صريحا أو ضمنيا بحيث يوجد هذا الالتزام وحتى إن لم تعبر الأطراف عن ذلك صراحة وأن هذا الالتزام هو التزام بتحقيق نتيجة وليس ببذل عناية، ومن شأن تنفيذه إضفاء الجدية المطلوبة التي تستوجبها عملية التفاوض ومن ثم ضمان استقرار المعاملات والحيلولة دون إثارة النزاعات.

ب- الالتزام بالاستمرار في التفاوض:

إن البدء في التفاوض يستلزم بالضرورة مواصلته والاستمرار فيه، وإلا أصبح الالتزام بالتفاوض لا فائدة منه.

ويعد الالتزام بمواصلة التفاوض والاستمرار فيه، التزاما تبادليا يقع على عاتق الطرفين المتفاوضين، يفرض عليهما التفاوض وفقا لمقتضيات حسن النية وشرف التعامل.

وإذا كان الالتزام بالبدء في المفاوضات هو التزام بتحقيق نتيجة وهي البدء في التفاوض ومباشرته، فإن الالتزام والاستمرار في التفاوض ومواصلته، هو التزام ببذل عناية، حيث يقع على عاتق الطرفين المتفاوضين بذل كل الجهود والمسعى وبصورة إيجابية فعالة من أجل الوصول إلى إبرام العقد، غير أن هذا لا يعني وبأي حال من الأحوال التزامهما بإبرام العقد النهائي.

إن الالتزام بمواصلة التفاوض والاستمرار فيه، يقتضي أن لا يقوم المتفاوض بالانسحاب من المفاوضات في أي وقت يشاء، ودون الاستناد في ذلك إلى أي مبرر جدي أو موضوعي، بل يجب عليه بذل كل ما في وسعه من جهد الاستمرار في التفاوض، بطريقة جدية وهادفة.

في الواقع العملي فإن الالتزام بالتفاوض والاستمرار فيه تزداد أهميته كلما قطعت المفاوضات شوطا كبيرا، وأوشكت على تحقيق الهدف المراد منها، مما يدفع الأطراف المتفاوضة إلى بذل مزيد من الحرص على مواصلة مسيرة المفاوضات والانتهاؤها بما إلى المبتغى المرجو منها.

إن قطع المفاوضات قطعاً تعسفياً دون الاستناد إلى سبب جدي أو موضوعي يبرر هذا الانسحاب، يعد إخلالا بالالتزام بمواصلة التفاوض والاستمرار فيه ويؤدي إلى ترتيب المسؤولية.

إلا أن الالتزام بالتفاوض والاستمرار فيه، يستلزم من الطرفين المتفاوضين أن يعملوا على إزالة وتذليل كل الصعوبات والعقبات التي قد تعترض طريق المفاوضات، ومن ثم فإنه من الضروري لتحقيق ذلك عدم تضيق الخناق على الطرف إلى الحد الذي يجعله يائسا، فيقوم بما لا يمكن توقعه، كما لا يجب كذلك اتباع أسلوب

الإكراه والإجبار دون المبادرة بأدنى محاولة للتنازل، وإرضاء الطرف الآخر لان ذلك يؤدي حتما إلى حالة من اللا تفاوض ومن الأمور التي أثارت جدلا واسعا في هذا الشأن، الحالة التي يتفاوض فيها الأطراف حول شروط العقد المراد إبرامه، ثم يقوم أحدهم بتعليق رغبته في الاستمرار في التفاوض على تنازلات أخرى غير متعلقة بموضوع التفاوض على الإطلاق، وهذا ما حدث بالفعل سنة 1975، عندما تقدم الاتحاد السوفياتي بطلب إلى الولايات المتحدة الأمريكية لشراء صفقة قمح ضخمة لسد العجز الكبير في إنتاج القمح، والذي تسببت فيه الأضرار البالغة تعرض له محصول القمح خلال تلك الفترة في شمال الاتحاد السوفياتي.

وعلى الرغم من السعر الممتاز الذي عرضه السوفيات للحصول على الصفقة، إلا أن بعض المفاوضين الأمريكيين انتهجوا إستراتيجية متشددة لإجبار وتضييق الخناق على الطرف السوفياتي من أجل تقديم تنازلات استفزازية إلى أقصى مدى ممكن، حيث اشترط الأمريكان على السوفيات، أن يتم الدفع بالذهب بدلا من أي عملة قابلة للتحويل، والهدف هنا واضح هو استنزاف رصيد الذهب لدى السوفيات، فضلا عن ذلك فقد اتجه الطرف الأمريكي إلى إدراج نص تحصل بمقتضاه الولايات المتحدة على سعر أدنى في اتفاق آخر منفصل عن ذلك ويتعلق بصفقة بترول إلا أنها فشلت في ذلك.

وعليه يبدو واضحا أن نجاح إستراتيجية التفاوض خلال مسيرة المفاوضات وبالتالي نجاح المفاوضات، يتطلب من الأطراف المتفاوضة تقديم بعض التنازلات في ما يتعلق ببعض الجوانب على نحو يمكن أن يعود عليهم بالفائدة المشتركة ويجب أن تكون هذه التنازلات متعلقة بموضوع التفاوض، بصورة مباشرة غير أنه إذا علق الاستمرار بالتفاوض على تقديم تنازلات من الطرف الآخر لا يتعلق بصورة مباشرة بموضوع المفاوضات، فإن مثل هذا الشرط بلا شك يعد إخلالا بمبدأ حسن النية وشرف التعامل ويقتضي الالتزام بالتفاوض والاستمرار فيه، أنه في حالة توصل الطرفان بالمفاوضان إلى اتفاق نهائي، ولم يبق سوى التوقيع على العقد النهائي فلا يجوز لأي متعاقد التقدم بطلب غير معقول، وغير متوقع ويصر عليه بطريقة تعسفية، تؤدي إلى التمهيد لإنهاء التفاوض في آخر لحظة غير أن هذا لا يمنع من قطع المفاوضات أو الانسحاب منها في حالة وجود سبب جدي تستند إليه أحد الطرفين في إنهاء المفاوضات، كما قد تنتهي المفاوضات لسبب خارج عن إرادة الطرفين المتفاوضين ففي مثل هذه الحالات فلا سبيل لقيام المسؤولية لطالما الطرفين المتفاوضين بدلا كل ما في وسعهما من اجل تأمين سير المفاوضات نحو تحقيق الفرض منها.

ثانيا: الالتزام بالتفاوض بحسن النية:

يسود العلاقات التعاقدية عموما وعقد التفاوض خصوصا مبدأ حرية التعاقد الذي يقتضي حرية التفاوض حيث يخول الأطراف المتفاوضة حرية الدخول في المفاوضات أو الانسحاب منها وفقا لما يراه كل طرف مناسبا لتحقيق مصالحه.

غير أن إطلاق العنان لحرية الأطراف في مرحلة التفاوض قد يؤدي إلى فتح الطريق لمفاوضات غير جادة، تكون سببا في إضاعة الوقت والمال والجهد.

وعليه يعتبر مبدأ حسن النية وشرف التعامل، من أهم القيود التي ترد على حرية الأطراف خلال مرحلة التفاوض على العقد، وهو في نفس الوقت الالتزام يربته عقد التفاوض.

وفي هذا السياق يذهب جانب من الفقه إلى القول: "لعل من أهم عناصر الالتزام الإنساني التفاوض الناشئ عن عقد التفاوض، الالتزام بحسن النية وشرف التعامل، وإذا كان عقد التفاوض كسائر العقود الأخرى يهيمن عليه مبدأ سلطان الإرادة وقاعدة العقد شريعة المتعاقدين، إلا أن الالتزام بالتعامل وفق حسن النية وشرف التعامل، يشكل قيда عليهما".

غير أن تناول الالتزام بحسن النية في العقود عامة وعقد التفاوض خاصة، ينطوي على صعوبة كبيرة، ومرد ذلك أن مصطلح حسن النية يكتنفه الكثير من الغموض وعدم الوضوح فهو يشكل نقطة التقاء وامتزاج بين القانون والأخلاق، بالإضافة إلى الأدوار التي تؤديها على مستوى التصرفات القانونية سواء في مرحلة تكوين العقد أو إبرامه أو تنفيذه.

1- مفهوم حسن النية:

سبق القول أن مبدأ حسن النية يمثل وشكل نقطة البقاء وامتزاج بين الأخلاق والقانون مما يجعله صعب التحديد ويكتنفه الكثير من الغموض وعدم الوضوح ومرجع ذلك أن معيار القياس في الأخلاق يختلف عن معيار القياس في القانون الأمر الذي أدى إلى اختلاف وتباين في مفهوم هذا المبدأ من حالة إلى أخرى ففي إطار تنفيذ العقود فإن حسن النية يعني الأمانة والاستقامة، أما في مجال كسب الحقوق على خلاف القواعد العامة فينصرف مذلولة إلى عدم العلم بالغيب الذي يشوب التصرف وعليه فإن فكرة حسن النية لا تنطوي على مدلول واحد فهي أحيانا تأتي بالمفهوم الشخصي وأحيانا تأتي بالمفهوم الموضوعي فهي تعني بالمفهوم الأول ذات الشخص المطلوب الحكم على تصرفاته وفي هذه الحالة تعد فكرة حسن النية حالة نفسية أو ذهنية تقوم على أساس الجهل بواقعة معينة أو في الاعتقاد الخاطئ والمغلوط الذي يتولد في ذهن الشخص

أما المعنى الموضوعي لفكرة حسن النية فيكتسي طابعا أخلاقيا صرفا يشكل قاعدة للسلوك تفرض على الشخص أن يراعي في تصرفاته النزاهة والأمانة والاستقامة وعدم الغش في المعاملات وبهذا المعنى فإن حسن النية في هذه الحالة يتخذ طابعا موضوعيا لا شخصيا يصبح كضابط أخلاقي للسلوك يجري تقديره على نحو موضوعي مجرد وفقا للسلوك الحسن للشخص في المجتمع ومن هنا يكون الشخص حسن النية إذا سلك مسلكا سويا في تصرفاته وهو مسلك الرجل العادي ويكون سيء النية إذا ما سلك المسلك غير السوي في معاملاته مع الغير.

ويمكن القول بأن حسن النية معناه روح الإخلاص والصدق وعدم القيام بأي سلوك من شأنه أن يمنع الطرف الآخر من الوصول على المزايا المشروعة التي يربتها الالتزام لصالحه.

صور حسن النية في مرحلة التفاوض على العقد

إن الوصول إلى تحديد السلوكيات التي تعد من قبيل حسن النية التي يلتزم المتفاوض خلال مرحلة المفاوضات بها تثير صعوبة كبيرة بالنسبة للقاضي وذلك بحكم ما يكتنف هذا الأمر من غموض ولبس مما يدفع القاضي على انتهاج مسلك معاكس حيث يبحث عن السلوكيات التي تشكل سوء النية، والتي يتعين استبعادها للوصول إلى تحديد مدلول الالتزام بحسن النية في مرحلة التفاوض على العقد بالإضافة إلى ذلك فقد أثارَت مسألة امتداد مبدأ حسن النية إلى مرحلة التفاوض على العقد تباينا كبيرا على مستوى التشريعات المقارنة حيث اتجهت معظمها إلى النص على مبدأ حسن النية يقتصر تطبيقه على مرحلة تنفيذ العقد دون مرحلة التفاوض عليه.

يظهر حسن النية في الواقع العملي في صورة كثيرة يصعب على الباحث حصرها غير أنه يمكن في هذا المقام التمييز بين طابقيين من صور حسن النية وهي تتعلق أساسا بتلك السلوكيات الإيجابية التي ينبغي على المتفاوض القيام بها والسلوكيات السلبية التي يجب عليه تركها.

بالنسبة للطائفة الأولى وهي السلوكيات الإيجابية التي يتعين على المتفاوض القيام بها خلال مرحلة التفاوض على العقد هي التزامه بالتفاوض بحسن نية ويقضي ذلك أن يقوم المتفاوض بمناقشة شروط العقد بجدية واعتدال وأن يبدي قدرا كبيرا من التعاون في سبيل نجاح المفاوضات.

فالالتزام بالجدية والاعتدال يؤدي إلى إضفاء الثقة والأمان على المفاوضات ويقضي ذلك أن يكون المتفاوض جادا في الدخول في المفاوضات والاستمرار فيها وأن يبدي اعتدالا ومرونة في المواقف التي يتخذها، فالجدية تقتضي أن كل طرف متفاوض يلتزم بدراسة المقترحات بنية حقيقية اتجاه التعاقد بعيدا عن الصرامة والتشدد ورفض اقتراحات وبدائل الطرف الآخر مادامت تتسم هي الأخرى بالجدية.

أما الاعتدال فيستلزم أن يتم تبادل الاقتراحات والمناقشة بين الطرفين وأن يترك للطرف الآخر مهلة كافية للتأمل والدراسة والتفكير فضلا عن ذلك فإن الالتزام بالاعتدال يستوجب أن تتم المفاوضات في شفافية ووضوح بعيدا عن المغالاة وتعمد إخفاء الحقائق وفي هذا السياق يذهب جانب من الفقه إلى القول بأن الالتزام بالجدية يفرض على كل متفاوض احترام العادات والأعراف المحلية، أو الوطنية بشأن الصفقة موضوع التفاوض، والتي تسري في نطاق كل مهنة أو حرفة أو تجارة أو صناعة، لفرض الانضباط في المرحلة السابقة على إبرام العقد أما في ما يتعلق بالالتزام بالتعاون، فإنه يلزم الأطراف ببذل كل الجهود لإزالة كل العقبات التي من شأنها أن تقف في طريق إبرام العقد، وهذا أمر لا يتحقق إلا إذا كانت المفاوضات يسودها

جو من التعاون والأخذ والعطاء، فالمقصود بالتعاون هنا هو الالتزام بالقيام بالعديد من التصرفات، من أجل ضمان السير الحسن للمفاوضات، كتنظيم مواعيد جلسات التفاوض وأماكن انعقادها، فضلا عن الالتزام بحضور هذه الجلسات دون تأخير أو تخلف، والاتفاق على تهيئة الظروف المناسبة لعمل فريق التفاوض والذي يتكون عادة من خبراء في القانون والمحاسبة والمالية، حتى يتمكنوا من أداء وظائفهم على وجه أكمل. إن المعيار المعتمد هنا للحكم على تلك السلوكيات هو معيار الرجل المعتاد المعتدل والمتوازن، والذي يهدف إلى إنجاح المفاوضات وعدم العودة إلى الوراء بإثارة مسائل، أو موضوعات تم حسمها من قبل.

أما الطائفة الثانية من السلوكيات وهي تشكل السلوكيات السلبية يتعين على المتفاوض تركها خلال مرحلة المفاوضات، والتي تضيي على مسلك الطرف المتفاوض خلال مرحلة المفاوضات سوء النية، ومن أبرز السلوكيات السلبية التي يتعين على المتفاوض تركها خلال مرحلة المفاوضات، استخدام وسائل غير مشروعة من شأنها إعاقة السير الطبيعي لعملية التفاوض، ويكفي الجزم بوجود سوء النية وجود حالة من الاكراه، ورفض أحد الطرفين بصورة تعسفية لكل الاقتراحات التي يقدمها الطرف الآخر.

ومثال ذلك أن يقوم الطرف المتفاوض بتقديم عرض نهائي ويرفض مناقشته وإجبار الطرف الآخر على قبول هذا العرض أو تركه كلية، وهذا المسلك يشكل انحرافا عن السلوك المعتاد للرجل العادي.

ومن التصرفات التي قد تعيق سير المفاوضات غير أنها تعد تصرفات صحيحة في ذاتها من الناحية القانونية، تمسك الطرف المتفاوض ببعض الاقتراحات التي تحقق له مصلحة مطلقة، دون أن تعود على الطرف الآخر بأي نفع وهنا يرى جانب من الفقه أن هذا الأمر يختلط مع فكرة العناد، ذلك أن الأصل في هذه الفكرة لا يكفي لقيام سوء النية، غير ان هذا لا يعني أنه مجرد من كل قيمة، إذ يعدّ من قبيل سوء النية العناد الذي ينصب على مجموعة من الاقتراحات والتي تبدو غير مقبولة من الناحية القانونية أو من الناحية العقلانية.

ومن السلوكيات التي قد تنطوي على سوء النية أيضا افتعال العقبات كرفع الثمن أو السعر بطريقة جائرة، تدفع الطرف الآخر إلى الانسحاب بالرغم من أن المفاوضات قطعت شوطا كبيرا باتجاه إبرام العقد النهائي، وكذلك تعد من قبيل سوء النية السلوكيات الاستفزازية كالاستعلاء وذلك بإشعار الطرف الآخر أنه دخل في مفاوضات غير متكافئة، مما قد تسبب في إصابته بالإحباط الشديد والانسحاب من المفاوضات قبل نهايتها، يتضح من خلال نماذج السلوكيات التي ينبغي على المتفاوض إتقانها للتعبير عن حسن نيته، أو تلك التي ينبغي عليه تركها حتى لا يظهر سوء نيته، إن الالتزام بالتفاوض بحسن النية هو الالتزام الضروري والجوهري تفرضه اعتبارات تأمين المفاوضات ضد خطر إفشالها وبالرغم من الأهمية التي تكتسبها مراعاة مبدأ

حسن النية في مرحلة التفاوض على العقد، إلا أن التشريعات المقارنة اتخذت مواقفًا متباينة حول مسألة أعمال مبدأ حسن النية في مرحلة التفاوض على العقد.

قبل التعديل الأخير للقانون المدني اقتصر الحديث عن مبدأ حسن النية فقط على مرحلة تنفيذ العقد ولا يمتد إلى مرحلة التفاوض على العقد حيث نص القانون المدني الفرنسي في المادة 1134/3 الاتفاقات بالفعل يجب أن تكون منفذة بحسن النية.

غير أن الفقه في فرنسا وتسانده بعض أحكام القضاء اتجه إلى مبدأ حسن النية كضابط أخلاقي للسلوك يعتبر أحد المبادئ العامة للقانون الوضعي، وأن المادة 1134 التي يشترط تنفيذ العقود بحسن النية ليست سوى تطبيق لمبدأ قانوني عام لا يقتصر (تطبيقه) نطاقه على مرحلة تنفيذ العقد بل يبدأ تطبيقه ومراعاته منذ بدء مرحلة التفاوض على العقد.

وعليه يذهب الرأي الفقهي السائد في فرنسا إلى الاعتراف بصراحة أن مبدأ حسن النية عند إبرام العقد يفرض على المتعاقدين منذ لحظة بدء المفاوضات التمهيدية الالتزام بالصدق والأمانة والتعاون وإحاطة كل طرف الطرف الآخر بظروف وملابسات العقد المراد إبرامه. حيث أنه بعد التعديل الذي عرفه القانون المدني الفرنسي تم التطرق صراحة لمبدأ حسن النية من خلال نص المادة 1104 من القانون المدني وهي مادة تم استحداثها بمقتضى الأمر رقم 131-2016 الصادر في 10 فيفري 2016 والتي تنص علي مايلي: "يجب أن يتم العقد في تفاوضه وتكوينه وتنفيذه بحسن النية".

ومن أبرز التطبيقات القضائية في مجال أعمال مبدأ حسن النية في مرحلة التفاوض على العقد ما قضت به محكمة النقض الفرنسية في حكم لها والذي انتهت من خلاله المحكمة إلى ترتيب المسؤولية وذلك تأسيساً على الإخلال بواجب الإعلام الذي يفرضه مبدأ حسن النية في مرحلة التفاوض على العقد.

وتلخص وقائع القضية في أن أحد الأشخاص أبرم عقد إيجار تركيب وصيانة مواصلة تليفونية مع إحدى الشركات فدفع المشترك عربون إبرام العقد غير أن لحظة توقيع العقد النهائي تمسك المشترك بأن الشركة المتعاقدة معه قد أخفت عنه الشروط الجائرة المتعلقة بالعقد وخاصة فيما يتعلق بالجزاء المتمثل في دفع مبلغ كبير من المال.

وكان رد الشركة على هذا الدفع مؤسسا على أن السكوت أو بمجرد الكتمان لا يعتبر تدليسا ولا تنشأ عنه أي مسؤولية على عاتق الشركة وأن المشترك كان يجب عليه أن يستعلم نفسه عن هذه الشروط ومع ذلك من حقه.... عند جهله أن تتخلص من العقد مع فقد العربون غير أن محكمة الموضوع قررت أنه حتى لو كان المشترك قد علم لحظة توقيع العقد النهائي بهذه الشروط فإن هذا العلم جاء متأخر بحيث أن قراره في الاختيار بين إبرام العقد من عدمه مع خسارة العربون لم يعد قرار صادرا عن رضا حر وسليم أيدت محكمة

النقض الفرنسية الحكم الصادر عن محكمة الموضوع على أساس أنه يحمي المتعاقد الذي يطلب منه تنفيذ تعهداته والتزاماته دون أن يكون قد أحيط علما بنطاق هذه التعهدات ويبرر الفقه ذلك بمخالفة المتعاقد لمبدأ حسن النية والذي يقتضي أن يقوم كل متعاقد بالإفشاء للمتعاقد الآخر بصدق وأمانة عن حقيقة التزاماته الناشئة عن العقد.

ت- القانون الإنجليزي:

إن القانون الإنجليزي لا يعترف كقاعدة عامة بمبدأ حسن النية في مرحلة التفاوض على العقد ومرد ذلك إلى أن المفاوضات في القانون الإنجليزي تقوم على فكرة المخاطرة والتي تقتضي أن يتحمل كل طرف مخاطر تفاوضه مما يتطلب توخي الحيطة والحذر والاهتمام بالمصالح الخاصة، ويعتبر القانون الإنجليزي الاتفاقات التي تتم قبل إبرام العقد النهائي اتفاقات غير ملزمة لا ترتب أي التزام عقدي بما في ذلك الالتزام بالتفاوض بحسن نية.

ث- القانون الألماني:

تعتبر المدرسة الألمانية الرائدة والنموذج الأول في فرض الالتزام بمبدأ حسن النية في مرحلة التفاوض على العقد والذي يقتضي حسب القانون أن يقع على عاتق كل متعاقد مراعاة مصالح الطرف المقابل في مرحلة تكوين العقد وتنفيذه كالالتزام عام تطبيقاً لهذا المبدأ وهذا ما ذهبت إليه المادة 241/ف2 من القانون المدني التي ألزمت كل متعاقد بمراعاة حقوق ومصالح المتعاقد الآخر، كما وسعت المادة 311/02 وجعلته مطبقاً على مرحلة التفاوض على العقد، إضافة إلى مرحلة تنفيذه وفقاً لما جاء في المادة 242 ق م والجدير بالذكر أن المشرع الإيطالي سلك تقريبا نفس المسلك الذي سلكه المشرع الألماني في التعامل بمبدأ حسن النية في مرحل التفاوض على العقد، حيث نصت المادة 1337 من القانون المدني الإيطالي صراحة على وجوب مراعاة طرفي التعاقد لمبدأ حسن النية في مرحلة التفاوض على العقد على أن يلتزم الأطراف أثناء المفاوضات وإبرام العقد بالتعامل بما يتفق وحسن النية.

موقف المشرع الجزائري:

يقتصر الالتزام بحسن النية في التشريع الجزائري على مرحلة تنفيذ العقد ولا يمتد على مرحلة التفاوض على العقد وهذا ما نصت عليه المادة 107 من القانون المدني الجزائري (على أنه يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبحسن نية) أما بالنسبة لمرحلة التفاوض على العقد فلا وجود لنص خاص يفرض صراحة الالتزام بالتفاوض وبحسن النية غير أن جانباً من الفقه يذهب إلى القول أن المشرع الجزائري من خلال نص المادة 107 من ق م ج أشار ضمناً إلى وجود الالتزام بحسن نية في جميع مراحل العملية التعاقدية سواء تعلق الأمر بمرحلة تنفيذ العقد ومرحلة التفاوض على العقد.

وتماشيا في هذا الاتجاه أشارت المحكمة العليا في قرار لها بتاريخ 1999/10/24 بأنه (من المقرر قانونا أنه يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبحسن نية غير أنه إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها جاز للقاضي تبعا للظروف وبعد مراعاة مصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك

إن الالتزامات الرئيسية التي يربتها عقد التفاوض هي الالتزام بالتفاوض والالتزام بحسن النية وتسرف التعامل تفرض على المتعاملين في مجال التفاوض التزامات أخرى وهي الالتزام بالأعلام والالتزام بالمحافظة على سرية المعلومات والالتزام بحظر المفاوضات الموازية وهذه الالتزامات هي في حقيقة الأمر متفرعة عن الالتزامات الرئيسية.

الالتزامات الفرعية:

بالإضافة إلى الالتزامات الأساسية التي يربتها عقد التفاوض وهي الالتزام بالتفاوض والالتزام بحسن النية يرتب كذلك عقد التفاوض التزامات أخرى يتفرع عن الالتزامات الأساسية وهذه الالتزامات كثيرة ومتنوعة تتحدد بمقتضى طبيعة وأهمية العملية التعاقدية ذاتها واتجاه إرادة الأطراف التي ترتبها غير أن الواقع العمل في مجال المعاملات التجارية الدولية يدلنا على ثلاثة التزامات وهي الالتزام بالإعلام والالتزام بالمحافظة على السرية، والالتزام بحظر المفاوضات الموازية.

1- الالتزام بالإعلام:

مما لا شك فيه أن الطرف الراغب في التعاقد عندما يباشر عملية التفاوض من أجل إبرام عقد معين، يجذب دائما الإحاطة بكافة المعلومات والبيانات والظروف والملابسات المحيطة بعملية التعاقد حتى تنشأ إرادته حرة سليمة لا يشوبها أي عيب لتجنب حالة بطلان العقد أو قابلية الإبطال وعليه يذهب جانب من الفقه إلى القول بأن الالتزام بالإعلام في مرحلة المفاوضات له دور أساسي في تكملة وتحديد نظرية عيوب الرضا وذلك بعد أن ثبت بما لا يدع مجالا للشك، قصور هذه الأخيرة في تحقيق الحماية القانونية الكافية للمتعاقد في مرحلة التفاوض على العقد.

كما يذهب جانب آخر من الفقه، وبحكم القصور التشريعي اتجه مرحلة التفاوض على العقد ولا سيما فيما تتعلق بحماية سلامة الرضا إلى أنه من الضروري الاعتراف بوجود التزام إيجابي في مرحلة المفاوضات تكون له ذاتية الخاصة المستقلة.

والالتزام بالإعلام تزداد أهميته يوما بعد يوم ومرجع ذلك بالأساس التقدم المعرفي والتكنولوجي الهائل وما يستنتج ذلك من شيوع المخاطر واتساع الهوة بين الأطراف المتعاقدة فيما يتعلق بامتلاك المعرفة وعدم امتلاكها.

إن التفاوت الصارخ في المعرفة بين الطرف الذي يعلم والطرف الذي لا يعلم في مجال التعاقد من شأنه أن يؤدي إلى وجود حالات كثيرة من اختلال التوازن بين الالتزامات التي يربتها العقد الأمر الذي يؤدي بدوره إلى تحميل أحد الطرفين وهو الطرف الضعيف يطبعه الحال عبء التفاوت ومن هذا المنظور تبدو أهمية تحديد مدلول الالتزام بالإعلام وهو ما دفع بالفقه إلى محاولة تحديد ذلك من خلال تعريفه، حيث عرفه جانب من الفقه بأنه التزام صادق عن التعاقد، يتعلق بالالتزام أحد المتعاقدين بأن يقدم للمتعاقد الآخر عند تكوين العقد، البيانات اللازمة لإيجاد رضا سليم كامل ومتنور، على علم بكافة تفاصيل هذا العقد، وذلك بسبب ظروف واعتبارات معينة، قد ترجع إلى طبيعة هذا العقد، أو إلى صفة ظرفية أو طبيعية محله أو أي اعتبار آخر يجعل من المستحيل على أحدهما أن يلم ببيانات معينة، أو يحتم عليه منح ثقة مشروعة للطرف الآخر، الذي يلتزم بناء على جميع هذه الاعتبارات بالالتزام بإدلاء البيانات.

في حين عرفه جانب آخر من الفقه بأنه "إخبار أو إعلام أو تحذير أحد المتعاقدين، الذي يكون بمركز أقوى من المتعاقد الآخر في العقد بكافة البيانات عند إبرام العقد والتي تساهم في تكوين الرضا الحر المستنير، ويمكن للمتعاقد الضعيف من الإقدام على التعاقد عند إبرامه أو التحلل منه إن شاء، حيث يتم نوع من التعاون بين الطرفين لتنفيذ العقد، طبقاً لما تشتمل عليه وبطريقة تتفق مع موجبات حسن النية وشرف التعامل، وحماية الثقة المشروعة في العقد" كما عرفه جانب آخر من الفقه بأنه الالتزام الذي بواسطته ينبه به أحد أطراف العقد الطرف الآخر على مخاطر التعاقد ومنافعه، فيجعله على بينة من ظروف التعاقد، ليكون خياره بالتعاقد ناجماً عن معرفة تامة بسبب اتزان.

يبدو واضحاً من خلال هذه التعاريف، إن الالتزام بالإعلام قبل التعاقد يرتب على المتفاوض الذي يجوز معلومات أو البيانات المتعلقة بالعملية التعاقدية، والتي يصعب أو يستحيل على المتعاقد الآخر الحصول عليها، نظراً لوضعه الخاص أو لطبيعة العقد المراد إبرامه، أن يدلي بتلك المعلومات والبيانات لما لها من أثر في اتخاذ القرار المناسب بالإقدام على التعاقد أو بالإحجام عنه حتى تكون العملية التعاقدية في وضوح تام.

ثانياً: الأساس القانوني للالتزام بالإعلام:

لم يستقر الفقهاء على أساس حاسم يرد إليه وجود الالتزام بالإعلام حيث انقسم الفقه إلى ثلاثة اتجاهات رئيسية فذهب الاتجاه الأول إلى القول بأن الالتزام بالإعلام إنما يجد أساسه في الالتزام بالتسليم الذي يقع على عاتق البائع في عقد البيع في حين ذهب الاتجاه الثاني إلى القول بأن الالتزام بالإعلام يقوم على نظرية عيوب الرضا، أما الاتجاه الثالث فيؤسس الالتزام بالإعلام على مبدأ حسن النية باعتبار أن هذا الأخير هو التزام عام يشمل العلاقة التعاقدية سواء في مرحلة التكوين أو في مرحلة التنفيذ.

1- التسليم كأساس للالتزام بالإعلام:

يرى أصحاب هذا الاتجاه أن الالتزام بالإعلام يجد أساسه في التزام البائع تسليم الشيء المبيع ومن ثم فالالتزام بالإعلام من منظور هذا الاتجاه هو التزام تابع وملحق بالالتزام بالتسليم ومقتضى ذلك أن البائع لا يستطيع الانتفاع بالشيء المبيع دون عائق إلا إذا أخطر البائع المشتري عن كافة المعلومات والبيانات المتعلقة بكيفية استعمال الشيء المبيع فضلا عن إعلام المشتري بالمخاطر المترتبة عن استعماله وكيفية تفاديها. وعليه فإن البيانات والمعلومات التي تلتزم البائع بالإدلاء بها للمشتري يرتبط تسليم الشيء المبيع وتتوحد معه وتصبح من ملحقاته ومن ثم فإن الالتزام بالإعلام هو التزام ملحق وتابع للالتزام بالتسليم لا ينفصل عنه.

غير أن هذا الاتجاه تعرض لنقد شديد وذلك بالنظر للاختلاف الكبير بين الالتزام بالتسليم والالتزام بالإعلام فإذا كان الالتزام بالتسليم نشأ عن عقد البيع ذاته ويتعلق بتنفيذه فإن الالتزام بالإعلام ينشأ في مرحلة التفاوض على العقد كتمهيد لإبرام العقد النهائي ومن ثم فإن القول بأن الالتزام بالإعلام هو تابع للالتزام بالتسليم ومن ملحقاته قول غير صحيح ذلك أن الالتزام بالإعلام من الناحية الزمنية سابق لوجوده عن الالتزام بالتسليم.

والجدير بالذكر أن التشريعات المقارنة نصت على الالتزام بالتسليم باعتباره من الآثار المترتبة عن تنفيذ عقد البيع، ففي القانون المدني الجزائري مثلا، نصت المادة 01/364 يلتزم البائع تسليم الشيء المبيع في الحالة التي كان عليها وقت البيع.

2- عيوب الرضا كأساس للالتزام بالإعلام:

يذهب أصحاب هذا الاتجاه إلى أن الالتزام بالإعلام يجد أساسه في نظرية عيوب الرضا وخاصة التدليس بطريق الكتمان، والذي يترتب عنه البطلان في حالة ما إذا أخفى أو كتم أحد المتعاقدين عند إبرام العقد بعض المعلومات والبيانات اللازمة لتكوين رضا حر وسليم لدى المتعاقد الآخر ومن ثم فإن كتمان المتعاقد لما كان يجب عليه أن يدلي به إلى الطرف الآخر يعد في حد ذاته نوعا من التدليس متى كان إعلان الحقيقة من شأنه أن يؤثر في قرار الطرف الآخر في التعاقد من عدمه.

ويعتبر السكوت عن واقعة أو ملابسة مؤثرة في التعاقد يعد تدليسا وهذا ما قضت به المادة 86 من القانون المدني ج يعتبر تدليسا السكوت عمدا عن واقعة أو ملابسة إذا ثبت أن المدلس عليه ما كان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة أو الملابسة.

غير أن هذا الاتجاه الذي يؤسس الالتزام بالإعلام في مرحلة التفاوض على العقد على عيوب الرضا لم يسلم من النقد ذلك أنه وإن كان الالتزام بالإعلام ونظرية عيوب الرضا تتفقان من حيث الغرض وهو

ضمان صحة رضا المتعاقد إلا أن نطاق الالتزام بالإعلام أوسع بكثير من نطاق نظرية عيوب الرضا فضلا عن ذلك فالالتزام بالإعلام هو الوسيلة القانونية لمعالجة قصور نظرية عيوب الرضا.

3- مبدأ حسن النية كأساس الالتزام بالإعلام:

يذهب هذا الاتجاه إلى القول بأن الالتزام بالإعلام في مرحلة التفاوض على العقد إنما يجد أساسه في مبدأ حسن النية حيث يرى أحد الفقهاء الفرنسيين أن الالتزام بالإعلام قبل التعاقد يقوم على مبدأ حسن النية والذي هو مصدر وأساس التزام كل متفاوض راغب في إبرام العقود التجارية الدولية بأن يدلي للمتفاوض الآخر بكافة المعلومات الضرورية التي يعلمها أو كان ينبغي أن يعلم بها مادامت هذه المعلومات مجهولة لدى الطرف الآخر إذ يقتضي مبدأ حسن النية أن يتم التفاوض بشرف وأمانة

ومن ثم يعتبر إخلالا بمبدأ حسن النية كتمان بيانات يعلم من يكتمها، إن المتفاوض الآخر لو علم بما تغير موقفه من المفاوضات وقراره النهائي في التعاقد ورضاه بالشروط الواردة في العقد والجدير بالذكر أن المشرع الجزائري نص في المادة 107 من ق م ج على تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبحسن نية، وفي نفس السياق يذهب الرأي الراجح فقها إلى التأكيد على أن تطبيق مبدأ حسن النية لا يقتصر فقط على مرحلة تنفيذ العقد وإنما يمتد ليشمل مرحلة التفاوض على العقد ومن ثم يمكن الاستناد إلى المادة 107 بوجود الالتزام بالإعلام في مرحلة التفاوض على العقد.

ومن أبرز التطبيقات القضائية في هذا المجال، والتي تؤسس الالتزام بالإعلام على مبدأ حسن النية ما قضت به محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر بتاريخ 20 جوان 1992 في نزاع شاخص وقائعه في أن الزوجين اشترى قطعة أرض من السيدة لكي يقيما عليه مبنى سكنيا وقد اكتشفا بعد إتمام البيع وجود محتوى مائي تحت الأرض المبيعة يعيق عملية البناء ولا يمكن إتمام البناء إلى بالقيام بأعمال إضافية تتطلب مصاريف ونفقات كبيرة، وعليه طلب فسخ عقد هذا البيع، رفضت المحكمة الاستئناف الطلب إلا أن محكمة النقض الفرنسية قررت نقض الحكم وإلغاء محكمة الاستئناف لتعارضه مع أحكام المادة 1134 من ق م ف، حيث كان الواجب على البائعة أن تدلي للمشتري بالصفات الجوهرية للأرض المبيعة وتكشف له عن وجود دعوى أخرى أمام القضاء تتعلق بالصفات الجوهرية للأرض رفعها مشتر آخر لقطعة أرض مجاورة ضد نفس البائعة، وبما أنها لم تفعل ذلك، فقد أخلت بالتزامها بالإعلام وفقا لنص المادة المذكورة أعلاه.

نخلص مما تقدم أن الالتزام بالإعلام هو الالتزام الذي ينشأ في مرحلة التفاوض على العقد، والتي سبق إبرام العقد النهائي، وفرض هذا الالتزام في هذه المرحلة تقتضيه ضرورة الاستجابة للنظر الحاصل التقنيات الجديدة وكذلك التفاوت الكبير في حيازة المعرفة بين الأطراف المتفاوضة.

موقف التشريع الجزائري من فرض الالتزام بالإعلام

لم يرد نص صريح في القانون المدني، يفرض الالتزام بالإعلام خلال مرحلة التفاوض على العقد، غير أن وجود هذا الالتزام حسب الرأي الراجح فقها، تستند إلى نظرية عيوب الرضا وهذا ما نصت عليه المادة 86/ف02 من ق م ج يعتبر تدليسا السكوت عمدا عن واقعة أو ملابسة، إذا ثبت أن المدلس عليه ما كان ليبرم العقد لو علم تلك الواقعة أو هذه الملابسة.

وهذا ما أقرته المحكمة العليا في اجتهاد لها، من أن المبدأ في القانون الجزائري، هو اعتبار السكوت العمدي عن واقعة مؤثرة في التعاقد تدليسا، إلا إذا كان المتعامل حرفيا أو مهنيا فإنه لا يمكن له الادعاء بالغش والتدليس.

كما يستفاد أيضا من المادة 107 من ق م ج المشار إليه سابقا وجود الالتزام بالإعلام في مرحلة التفاوض على العقد.

وحسب الرأي الغالب فقها فإن الالتزام بحسن النية لا يقتصر فقط على مرحلة إبرام العقد بل يمتد أيضا ليشمل مرحلة التفاوض على العقد.

وفي سياق التأكيد على فرض الالتزام بالإعلام فقد أكد المشرع على ذلك صراحة بمقتضى نصوص خاصة وذلك بالنظر إلى التطورات الجديدة التي أفرزها واقع التحول الاقتصادي من أجل توفير الحماية الضرورية للطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية وتحقيق التوازن العقدي.

قانون حماية المستهلك وقمع الغش على كل متعامل أن يعلم المستهلك بكل المعلومات المتعلقة بالمنتج الذي يطرحه الاستهلاك في مجال التأمين وبالنظر إلى ما تتطلبه مثل هذه العقود من وجوب توفر حسن النية والإفصاح الكامل عن كل الوقائع الهامة بين الأطراف إذ يقتضي ذلك أن يقوم الطرف المؤمن بالإدلاء بكل ما قد يؤثر على المؤمن لديه في اتخاذ القرار التعاقد من عدمه فضلا عن الإفصاح عن المخاطر المؤمن عليها من أجل تحديد طبيعة ونطاق المخاطر التي يشملها التعويض.

2- الالتزام بالمحافظة على سرية المعلومات:

يتعين على المتفاوض الذي اطع على بعض الأسرار الخاصة بالطرف الآخر، أو حصل عليها بشكل تلقائي أثناء التفاوض أن يمتنع عن إفشائها للغير مقابل أو بغير مقابل، وألا يستعملها لحسابه الشخصي دون إذن صاحبها، وليس ثمة إشكال في حماية المتفاوض من إفشاء أو استغلال مثل هذه الأسرار حينما يكون التفاوض واردا على أفكار يحميها القانون بشكل خاص، إنما يثور الإشكال في الحالات التي يرد فيها التفاوض على أفكار سرية لا يكلفها القانون حماية خاصة مثل التكنولوجيا، وحرصا من صاحب الأفكار أو المعلومات السرية على حمايتها عادة ما يتفق صراحة مع الطرف الآخر على المحافظة على سرية هذه الأفكار.

ويمكن تأسيس هذا الالتزام على مبدأ حسن النية* في حالة عدم وجود مثل هذا الاتفاق، أما بالنسبة للمعلومات التي يتعين عدم إفشائها فهناك قول راجح يرى أن هذا الالتزام لا يتعلق بكافة المعلومات المطلع عليها، حيث تستبعد المعلومات التي كانت عند المتفاوض الآخر قبل الدخول في المفاوضات، كما يستبعد المعلومات التي تقع في الملك العام التي لا تعد مملوكة ملكية خاصة، وكذا المعلومات عديمة القيمة المادية وهذا الالتزام هو التزام بتحقيق نتيجة.

3- الالتزام بحظر الدخول في مفاوضات موازية:

مراعاة مبدأ حسن النية لا يقتضي بالضرورة حظر الدخول في مفاوضات موازية أي في نفس الوقت مع أكثر من طرف في شأن نفس العقد المزمع إبرامه، فهو أمر جائز ومشروع كقاعدة عامة أما إذا أراد الطرفان أن يقتصر أحدهما أو كل منهما على التفاوض مع الطرف الآخر فحسب، فعليهما أن يتفقا على ذلك صراحة، بموجب شرط يطلق عليه شرط القصر أو الاستبعاد، وهذا الشرط يزيد من فرص نجاح التفاوض، ولا يوجد في القانون الجزائري ما يمنع من نفاذ هذا الاتفاق متى تحققت كافة الشروط الموضوعية في الدخول في علاقة تعاقدية.

*بالإضافة إلى ما ورد في القانون المدني من قواعد نستخلص منها وجود الالتزام بالمحافظة على سرية المعلومات، فقد نظم المشرع بمقتضى نصوص خاصة مجالات قانونية متعددة حماية الملكية الفكرية والفنية والصناعية من أبرزها قانون حماية المؤلف، القانون المتعلق بالعلامات الفكرية والصناعية، براءة الاختراع.