

جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان.

كلية الحقوق والعلوم السياسية.

قسم القانون الخاص.

محاضرات في : تقنيات التفاوض

-موجهة لطلبة السنة أولى ماستر قانون الأعمال-

من إعداد:

د.مسيردي سيدأحمد.

أستاذ محاضر "أ"، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان.

السداسي الأول / السنة الجامعية : 2021/2020

البرنامج:

مقدمة

مبحث تمهيدي: عموميات حول التفاوض

أولاً: مفهوم التفاوض

ثانياً: الطبيعة القانونية للتفاوض

ثالثاً : أهمية مرحلة التفاوض

رابعاً: أنواع التفاوض

المبحث الأول: مرحلة التفاوض من الناحية القانونية

المطلب الأول: أهم صور التفاوض كتصرف قانوني

أولاً: عقد التفاوض

ثانياً: عقد التفضيل

ثالثاً: عقد الإطار

رابعاً: الوعد بالتعاقد

خامساً: عقد المشورة

المطلب الثاني: الآثار الناجمة في مرحلة التفاوض

أولاً: حالة وجود عقد

1-الالتزامات

2-المسؤولية

ثانياً: حالة عدم وجود عقد

1-الالتزامات

2-المسؤولية

ثالثا: المسؤولية الناشئة في مرحلة التفاوض -قراءة في مستجدات القانون المدني الفرنسي كنموذج عن التنظيم التشريعي للمفاوضات قبل العقدية-

المبحث الثاني: مرحلة التفاوض من الناحية العملية

المطلب الأول : آلية التفاوض

أولا: أساليب التفاوض

1-الموقف التفاوضي

2-الحوار التفاوضي

3-الضغط التفاوضي

ثانيا: مهارات التفاوض

1-الإعداد الجيد للمفاوضات

2-وضع جدول أعمال دقيق للمفاوضات

3-تهيئة مكان التفاوض

4-التركيز على القضايا الأساسية

5-تقصير مدة التفاوض قدر الإمكان

6-أخذ الاستراحات

7-القدرة على الاستماع

8-القدرة على الإقناع

9-روح المبادرة

10-استخدام المعلومات في صالح المتفاوض

11-توظيف الأسئلة لخدمة التفاوض

12-القدرة على صياغة نتيجة التفاوض في شكل مكتوب

ثالثا: مواصفات المتفاوض الجيد

1-الإلمام بمجال الصفقة والتحكم فيه

2- الخصائص والمواصفات الشخصية

3-تحفيز المتفاوض

4-صفات أخرى يجب توافرها في المتفاوض

المطلب الثاني: مراحل التفاوض

أولا- تحديد القضية التفاوضية (مرحلة الاستكشاف):

ثانيا-تهيئة مناخ التفاوض:

ثالثا-الحصول على قبول الطرف الآخر للتفاوض:

رابعا-اتخاذ كل التدابير الإعدادية للتفاوض:

خامسا-البدء الفعلي لجلسات التفاوض (مرحلة العرض والمساومة):

سادسا-نتيجة المفاوضات:

الخاتمة

المحاضرة الأولى :

مبحث تمهيدي: عموميات حول التفاوض.

إن أغلب عقود الأعمال - خصوصاً الدولية منها - عبارة عن عقود معقدة ترتب آثار مركبة وتنطوي على مخاطر كبيرة وتبرم بمبالغ باهظة، ولذلك ليس من السهل الوصول إلى بنود اتفاقية في هذا النوع من العقود، ونادراً ما يوجد فيها إيجاب وقبول فوريين، وإنما يسبق ذلك عادة مرحلة مهمة تعرف بـ "مرحلة التفاوض".

أولاً: مفهوم التفاوض

يجدر التنبيه إلى أن التفاوض المقصود في هذه الدراسة هو التفاوض في عقود الأعمال، ومعنى ذلك أن التفاوض في كل من الاتفاقيات والمعاهدات الدولية والعقود المدنية يخرج عن نطاق هذه الدراسة.

هناك محاولات عديدة من الفقهاء لإرساء معنى محدد للتفاوض فعرفه البعض بأنه العملية التي تتضمن سلسلة من المحادثات وتبادل وجهات النظر وبذل العديد من المساعي بين الطرفين المتفاوضين بهدف التوصل إلى اتفاق بشأن صفقة معينة¹.

وعرف أيضاً بأنه: حوار أو تبادل مقترحات بين طرفين أو أكثر بهدف التوصل إلى اتفاق يؤدي إلى حسم قضية أو قضايا نزاعية بينهم وفي الوقت نفسه تحقيق المصالح المشتركة فيما بينهم أو المحافظة عليها².

وثمة تعريف آخر للتفاوض بأنه قيام أطراف العلاقة العقدية المستقبلية المحتملة بتبادل الاقتراحات والآراء والدراسات والتقارير الفنية والاستشارات القانونية ومناقشة ما يضعونه سوية أو ينفرد بوضعها أحدهما من اقتراحات وآراء بغية الوصول إلى أفضل النتائج التي تحقق مصالحهم من خلال إبرام الاتفاق النهائي بينهم الذي يبين الحقوق والالتزامات المترتبة على كل واحد منهم³.

يتضح لنا من خلال التعاريف السابقة أن التفاوض هو محادثة وتبادل وجهات نظر بين طرفين للتوصل الى اتفاق وتضييق شقة الخلاف بينهما وترابطهم مصلحة مشتركة لأجل إبرام العقد مستقبلاً ترافقه في ذلك عناصر دفع وتعطيل بين طرفي التفاوض.

ومهما تعددت التعريفات الفقهية للتفاوض، غير أنها جميعاً لا تخرج عن أحد الفرضين التاليين:

أ- الصورة الأولى: يقصد بالتفاوض مجموع عمليات الحوار والنقاش وتبادل الآراء من أجل تقريب وجهات النظر بهدف الوصول إلى اتفاق مشترك (إبرام العقد النهائي).

ب- الصورة الثانية: يعرف التفاوض على أنه جلوس أطراف متنازعة على طاولة المفاوضات بهدف تسوية النزاع القائم بينهما عن طريق الاتفاق.

ويلاحظ أن المشرع الجزائري لا زال لا ينظم الصورة الأولى للتفاوض -سابقة الذكر- رغم تعديلات القانون 05-10 المؤرخ في 20/06/2005 وكذا القانون 05/07 المؤرخ في 13/05/2007 التي مست القانون المدني في كثير من مواده. فالقانون الجزائري لم يتطرق لتنظيم مرحلة التفاوض قبل العقد، مغفلاً بذلك تنظيم الالتزام قبل التعاقد (L'obligation précontractuelle) تاركاً الأمر في هذه المسألة للقضاء. وعلى خلاف ذلك، ينظم بعض المشرعين في القانون المقارن مرحلة التفاوض بنصوص صريحة، ومثال ذلك المشرع الفرنسي الذي نظم مرحلة التفاوض في المادة 1104 من القانون المدني المعدلة بموجب المادة 02 من المرسوم رقم 131-2016 الصادر بتاريخ 10 فبراير 2016 والتي نصت على مبدأ "التفاوض بحسن نية"، بل وجاء فيها أن هذا المبدأ من قبيل النظام العام. كما أكد المشرع الفرنسي هذا المبدأ وأضاف إليه مبدئين آخرين هما "حرية التفاوض" و"استقلال مرحلة التفاوض عن مرحلة العقد (بمجرد لا يمكن التعويض عن الخطأ الواقع في المفاوضات بالإنقاص من المكاسب المتوقعة من العقد النهائي المحتمل، كما لا يمكن التعويض إطلاقاً عن فوات مكاسب متوقعة لعقد لم يبرم)" في نص المادة 1112 من القانون المدني المعدلة بنص المادة 03 من القانون 2018-287 المؤرخ في 20 أبريل 2018.¹

¹ -Art 1104 de code civil Français modifié par l'ordonnance 2016-131 de 10 février 2016 art 2 : « Les contrats doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi. Cette disposition est d'ordre public. »

-Art 1112 de code civil Français modifié par la loi 2018-287 de 20 avril 2018 art 3

وفي المقابل، ينظم المشرع الجزائري بعض أنواع الصورة الثانية للتفاوض -سالفه الذكر- في المواد من 990 إلى 1005 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ومثال ذلك الصلح والوساطة اللذان يقومان على إيجاد تسوية بالاتفاق بين الأطراف المتنازعة، فكل من الصلح والوساطة طريق بديل عن القضاء لتسوية النزاعات، ويشتركان في أنهما يقومان على سلوك نهج التفاوض للوصول إلى حلول للنزاعات، إلا أنهما يختلفان عن بعضهما في أكثر من موضع:

أما الصلح فيمكن تعريفه على أنه اتفاق حول حق متنازع فيه بين شخصين بمقتضاه يتنازل أحدهما عن إدعائه مقابل تنازل الآخر عن إدعائه أو مقابل أداء شيء ما. كما يمكن تعريفه على أنه: "عقد ينهي به الطرفان نزاعا قائما أو محتملا وذلك من خلال التنازل المتبادل." وقد عرف المشرع الجزائري الصلح في نص المادة 459 من القانون المدني كما يلي: "عقد ينهي به الطرفان نزاعا قائما أو يتوقيان به نزاعا محتملا وذلك بأن يتنازل كل طرف منهما على وجه التبادل عن حقه".

كما نص المشرع الجزائري على الشروط الواجب توفرها في الصلح، وبالاطلاع على أحكام المواد 459 , 460 , 461 من القانون المدني نجد أنها تتمثل في:

01 - وجود نزاع قائم أو محتمل.

02 - نية إنهاء النزاع.

03 - النزول المتبادل عن الادعاءات.

أولا- وجود نزاع قائم أو محتمل: إذا لم يكن هناك نزاع قائم أو على الأقل نزاع محتمل , لم يكن العقد صلحا , فإما أن تكون المطالبة القضائية قائمة ومحاولة الصلح يكون كإجراء أثناء سير الخصومة

« L'initiative, le déroulement et la rupture des négociations précontractuelles sont libres. Ils doivent impérativement satisfaire aux exigences de la bonne foi.

En cas de faute commise dans les négociations, la réparation du préjudice qui en résulte ne peut avoir pour objet de compenser ni la perte des avantages attendus du contrat non conclu, ni la perte de chance d'obtenir ces avantages ».

أو قد يكون مجرد مصالح متعارضة مع إمكانية المطالبة القضائية أي مجرد احتمال النزاع يكفي .
فإذا كان هناك نزاع قائم مطروح أمام القضاء وحسمه الطرفان بالصلح كان هذا الصلح قضائياً (JUDICIAIRE) ، وإذا كان النزاع محتملاً بين الطرفين فيكون الصلح لتوقي هذا النزاع ويكون في هذه الحالة صلحاً غير قضائياً (EXTRA JUDICIAIRE) فإلهم أن يكون هناك نزاع جدي قائم أو محتمل

ثانياً - نية إنهاء النزاع.

أي أن يقصد الطرفان بالصلح حسم النزاع بينهما ، إما بإخائه إذا كان قائماً أو بتوقيه إذا كان محتملاً ، وليس من الضروري أن ينهي الصلح جميع المسائل المتنازع فيها فقد ينهي بعضها لتبت المحكمة في الباقي ، كما يجوز للطرفين أن يتصالحا لإنهاء النزاع ويتفقان على أن يستصدرا حكماً من المحكمة بما يتصالحا عليه فيكون هذا صلحاً بالرغم من صدور الحكم.

ثالثاً- النزول المتبادل عن الادعاءات.

فإذا لم ينزل أحدهما عن شيء مما يزعمه وترك الطرف الآخر كل ما يدعيه، فلا نكون بصدد الصلح بل مجرد نزول عن الادعاءات ، إذ يجب أن يكون التنازل على وجه التقابل وعن جزء من الادعاءات وليس من الضروري أن تكون التضحية من الجانبين متعادلة كما لا يشترط أن يكون التنازل على جزء من أصل الحق فقد يكون حتى على المصاريف القضائية أو جزء منها فيكون صلحاً مهما كانت تضحية الطرف الآخر قليلة بالنسبة إلى تضحية الطرف الأول.

أما الوساطة فهي احتكام أطراف النزاع إلى شخص محايد يعين بالإرادة المشتركة لطرفي النزاع، ويعمل الوسيط على إنهاء النزاع عن طريق تقريب وجهات النظر بين الأطراف المتنازعة، وعمله غير ملزم للخصوم، بل يأخذ شكل اقتراحات أو توصيات قد يأخذ بها أطراف النزاع وقد لا يأخذون بها.

وسواء في الصلح أو الوساطة، يتضح جلياً أنهما يقومان على مبدأ التفاوض، غير أن التفاوض فيهما لا يكون بهدف إبرام عقد جديد، وإنما لتسوية نزاع قائم. غير أنه سيتم الاكتفاء بهذه التوضيحات بخصوص الصلح والوساطة، لأن دراستهما بإجراءهما المفصلة قد تتطلب مقاييس مستقلة، وسيتم التركيز في هذا المقياس على التفاوض الذي يرد في مرحلة قبل العقد. لأنه يمثل محور برنامج المادة.