

## أساس المسؤولية المدنية المترتبة عن المفاوضات قبل التعاقد

*The basis of civil liability resulting from pre-contract negotiations*

فطيمة زهرة عبد العزيز

كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1 بن يوسف بن خدة (الجزائر)، abdelazizfatimazohra@outlook.fr

تاريخ الاستلام: 2020 / 11 / 12 تاريخ القبول: 2021 / 04 / 06 تاريخ النشر: 2021 / 04 / 20

## ملخص:

إن مرحلة التفاوض قبل العقد مرحلة ذات أهمية بالغة، لما لقيته من انتشار واسع في مجتمعاتنا، وهي لا تخلو من بعض الالتزامات التي يجب على المتفاوضين التقيد بها، بحيث يؤدي الإخلال بها نشوء ما يسمى بالمسؤولية المدنية التي يرتب عليها القانون أثرا أساسا يتمثل في التعويض للطرف المضرور عن الضرر الذي لحق به.

ونظرا لعدم وضع المشرع الجزائري أحكاما تنظم هذه المرحلة، كان لا بد من محاولة تحديد الطبيعة القانونية للمسؤولية الناتجة عن الأخطاء فيها، أين نجد موقفين أساسيين لها، الأول يعتبرها مسؤولية عقدية، وموقف يربط الطبيعة القانونية لها بوجود عقد تفاوض من عدمه، وهو ما سنتناوله بالدراسة مع محاولة إسقاط الأحكام العامة للمسؤولية بما يتوافق وخصوصيات هذه المرحلة.

الكلمات المفتاحية: الالتزامات ; عقد التفاوض ; المفاوضات ; المسؤولية التقصيرية ; المسؤولية العقدية ; المسؤولية المدنية.

\*\*\*

**Abstract:**

The negotiating phase before the decade is of great importance, because it has been widespread in our societies, and it has abandoned some of the obligations that negotiators must abide by, so that the failure of the so-called civil liability, which is essentially the effect of compensation to the injured party, will result in compensation for the damage done to it.

In the absence of the Algerian legislator's provisions governing this stage, it was necessary to try to determine the legal nature of the responsibility resulting from the mistakes in it, where we find two basic positions for it, the first of which is considered a contract responsibility, and a position that links the legal nature of it to the existence of a negotiating contract or not.

**Keywords:** Civil liability; Contract negotiation; Default liability; Negotiations; Nodal liability; Obligations.

## 1. مقدمة

تعتبر العقود الضخمة والمركبة من أهم العقود التي جاءت وليدة للتطورات الاقتصادية والتقنية التي شهدتها العالم، وما صاحبها من أساليب جديدة للتعاقد، ونظرا للأهمية البالغة لهذا النوع من العقود نجدها قد تحتاج لإبرامها وتنفيذها إلى العديد من السنوات، كما هو الحال في العقود المتعلقة بإنشاء المصانع والمطارات، فمثل هذه العقود يستحيل أن تبرم بإيجاب وقبول فوريين، بل يجب أن تمر قبل ذلك بالعديد من المفاوضات المكثفة والطويلة.

وعلى ذلك فغالبا ما يسبق الاتفاق على صيغة نهائية للعقد الكثير من المفاوضات والمناقشات التي تختتم بالوصول إلى اتفاق نهائي يجمع بين أطراف العقد ويوفق بين نتائجها، غير أنه خلال هذه المفاوضات قد يخطئ أحد المتفاوضين في حق الآخر مما يسبب لهذا الأخير ضررا ماديا أو معنويا وهو ما يعرف بالمسؤولية المدنية، وهنا تظهر أهمية هذا البحث، حيث لم ينظم المشرع الجزائري أحكام التفاوض ضمن نصوصه القانونية، مما ترك فراغا قانونيا يطرح صعوبات في محاولة تكييف هذه المسؤولية وبيان طبيعتها، ومنه فالهدف من هذه البحث يكمن في محاولة دراسة هذا الموضوع وبيان الأوصاف والأحكام التي قررت له من الجانب الفقهي، ليظهر الإشكال الذي جاءت هذه الدراسة لتعالجه متمثلا في السؤال الآتي: فيما تتمثل الطبيعة القانونية للمسؤولية الناتجة عن الأخطاء في مرحلة المفاوضات؟

وللإجابة على الإشكال السابق تم اعتماد المنهج التحليلي، أين تم تقسيم هذه الدراسة إلى محورين رئيسيين، الأول خصص لضبط وتحديد المقصود بالمفاوضات وبيان الالتزامات المترتبة عليها، ليتم في المحور الثاني محاولة تكييف الأخطاء الناتجة عن الإخلال بهذه الالتزامات وبيان الطبيعة القانونية لها.

## أولا: المقصود بالمفاوضات

نظرا للأهمية البالغة للمفاوضات كونها السبيل المؤدي إلى ظهور العقد في شكله النهائي كان لا بد فهم حقيقتها والمقصود منها فهما دقيقا، ولبيان ماهيتها سنرى مفهوم المفاوضات ثم الالتزامات الناشئة عن التفاوض.

### 1. مفهوم المفاوضات

وستتناول تعريف المفاوضات وبيان خصائصها على النحو الآتي:

#### 1.1 تعريف المفاوضات

لم يعرف المشرع الجزائري المفاوضات ولم يتناول أحكامها ضمن قوانينه، وعليه سنرى بعض التعريفات الفقهية لها، حيث تعددت التعريفات التي ذكرت حول مفهوم التفاوض، ولعل ذلك يعود إلى الزاوية التي ينظر منها كل طرف إلى المفاوضات، من جهة، وإلى ظاهرة المفاوضات تتميز بطبيعتها بأنها أكثر تعقيدا وصعوبة من جهة أخرى (صالح، 2012).

ومن بين أهم التعريفات الفقهية للتفاوض نذكر منها ما يلي:

التفاوض هو: عملية ديناميكية بالغة الدقة والحساسية تتم بين طرفين (فردين أو فريقين) يتعاونان على إيجاد حلول مرضية لما بينهما من مشكلات خلافية أو صراع وتناقض على تحقيق الاحتياجات والاهتمامات أو المصالح والأهداف" (جلال، 2007).

وعرف العميد Carbonnier مرحلة التفاوض على العقد بأنها: "تلك المرحلة التمهيدية التي يتم فيها دراسة ومناقشة شروط العقد وفي هذه المرحلة لا يكون العقد قد تم بل ليس هناك إيجاب بالعقد تم قبوله وإنما هناك فحسب عروض وعروض مضادة" (بن أحمد، 2014).

وعرفه فيليب روبنز بأنه: "موقف تعبيرى حركي قائم بين طرفين أو أكثر حول قضية من القضايا، يتم من خلاله عرض وتبادل وتقريب ومواءمة وتكييف وجهات النظر واستخدام كافة أساليب الإقناع للحفاظ على المصالح القائمة أو للحصول على منفعة جديدة بإجبار الخصم بالقيام بعمل معين أو الامتناع عن عمل معين في إطار علاقة الارتباط بين أطراف العملية التفاوضية تجاه أنفسهم أو تجاه الغير" (روبنز، 2010).

ويذهب الدكتور حسن الحسن إلى تعريف المفاوضات بأنها: "الحوار والمناقشة بين طرفين حول موضوع محدد للوصول إلى اتفاق" (الحسن، 1983).

و يمكننا تعريف التفاوض بأنه: "المرحلة التي تسبق إبرام العقد، أين تتم عملية المناقشة وتبادل الأفكار والتشاور بين طرفين أو أكثر للوصول إلى الصيغة النهائية للعقد والتي تكون مرضية لجميع الأطراف".

## 2.1 خصائص المفاوضات

تتميز المفاوضات بمجموعة من الخصائص التي تميزها عن غيرها من الأنظمة المشابهة لها، أهمها مايلي:

### 1.2.1 المفاوضات تقوم على الحاجة ولها نتائج حتمية

إن الشروع في عملية المفاوضات يقتضي وجود طرفين تحركهما الاحتياجات، لأن الحاجات وإشباعها هما القاسم المشترك في عملية التفاوض، فإذا لم تكن عند الناس حاجات لم يتم إشباعها فإنهم لن يتجهوا إلى التفاوض، وعليه فمن خصائص المفاوضات أنها لا تقوم إلا انطلاقاً من وجود حاجة أو قضية أو مشكلة مهمة، يسعى كل طرف من أطراف المفاوضات، من خلال التفاوض والإقناع، إلى إيجاد حل لها أو التوصل إلى اتفاق معين بشأنها تلتزم به الأطراف المتفاوضة، فالتفاوض أياً كان نوعه لا بد وأن يدور حول حاجة أو قضية معينة، أي وجود مشكلة أو مصالح متعارضة بين طرفين أو أكثر في العملية التفاوضية (محمد، 2000).

### 2.2.1 المفاوضات ذات علاقة اختيارية وثنائية الأطراف

تعتبر المفاوضات ذات علاقة إرادية اختيارية، ذلك أنها تحدث دائماً برضا الطرفين المتفاوضين، ودون أي إكراه أو إجبار، فهي بذلك تعتبر تصرف إرادي حر، وكل طرف من أطراف التفاوض لا يدخل في المفاوضات مع الطرف الآخر إلا بعد أن أن تتكون لديه إرادة حرة ونية حقيقية عازمة على التفاوض.

### 3.2.1 المفاوضات تعتمد على التعاون والأخذ والعطاء

إن المفاوضات عملية تبادلية أساسها الأخذ والعطاء، وقبول الأطراف الدخول في المفاوضات لا يعني تحقيق أحدهم لمكاسب على حساب استسلام وإذعان الطرف الآخر، بل معنى قبول المفاوضات، أن كل طرف يقبل مناقشة شروطه والتعديل فيها، وذلك حتى يتم توصل الطرفين سوياً إلى اتفاق مشترك يكون كل طرف ساهم بشكل كبير في تكوينه، فالمفاوضات موقف حركي يقوم على الحركة والفعل ورد الفعل إيجاباً وسلباً، أين تسعى الأطراف المتفاوضة إلى التوصل إلى نتيجة مقبولة ومرضية من طرف الجميع (صالح، 2012).

ويرى الأستاذ الدكتور أحمد فهد جلال أنه يمكن جمع أهم خصائص عملية التفاوض في النقاط الآتية:

- 1- أن عملية التفاوض تعتبر أداة لفض النزاع، ولكن استمرارها مرهون باستمرار المصالح المشتركة بين المتفاوضين.
- 2- أن عملية التفاوض عملية اجتماعية معقدة تتأثر بهيكل العلاقات الاجتماعية وتؤثر فيها وتتأثر باتجاهات المتفاوضين وتؤثر فيها.
- 3- المفاوضات تتأثر بشخصية المتفاوضين (جلال، 2007).

## 2 الالتزامات الناشئة عن المفاوضات

إن الإخلال بالالتزامات الناشئة عن المفاوضات يعتبر جوهر المسؤولية القانونية المترتبة على هذه المرحلة، لذا كان لا بد من الوقوف على هذه النقطة وأخذ نظرة عامة عليها، وهو ما سنتناوله، حيث تم تقسيم هذه الجزئية إلى ثلاث عناصر: الأول الالتزام بالبداية في المفاوضات ومواصلتها، الثاني الالتزام بمبدأ حسن النية والإعلام، أما الثالث فهو الالتزام بالتعاون والمحافظة على الأسرار.

### 1.2 الالتزام بالبداية في المفاوضات ومواصلتها

#### 1.1.2 الالتزام بالبداية في المفاوضات:

يقصد بالالتزام ببداية المفاوضات، المبادرة باتخاذ الإجراءات اللازمة في عملية المفاوضات، من ذلك توجيه الدعوة إلى الطرف الآخر والذهاب إلى مائدة المفاوضات في الموعد المحدد لبداية المفاوضات، من أجل تلاقي الطرفين المتفاوضين، ومن ثم افتتاح المفاوضات، بإجراء الحوار، وتبادل المقترحات المتصلة بالعقد المزمع إبرامه، وذلك بالبداية في مناقشة شروط العقد محل التفاوض، وتقديم الدراسات، وتحديد مكان ووقت إجراء المفاوضات (صالح، 2012).

وهذا الالتزام قد يقع على عاتق الطرفين معا، بحيث يكون كل منهما ملتزما بالحضور في موعد معين لبداية وافتتاح المفاوضات، وقد يقع على عاتق أحد الطرفين، فيكون على الملتزم به واجب توجيه الدعوة إلى الطرف الآخر وتقديم الاقتراحات المتعلقة بالعقد المراد إبرامه، أو عرض الدراسات التي يقوم التفاوض على أساسها، ومثال ذلك أن يكون صاحب العمل هو الملتزم ببداية التفاوض مع المتقدم للعمل المعلن عنه (نشي، 2014/2013).

### 2.1.2 الالتزام بمواصلة التفاوض

إن الالتزام بمواصلة التفاوض والاستمرار فيه، هو التزام تبادلي يقع على عاتق الطرفين المتفاوضين معا، ويقتضي منهما متابعة التفاوض وفق ما يقتضيه مبدأ حسن النية في المفاوضات.

فالالتزام بمواصلة التفاوض هو التزام ببذل عناية، وليس التزام بتحقيق نتيجة، بمعنى أنه وإن كان يقتضي من طرفيه بذل كل ما في وسعهما وبصورة إيجابية وفعالة في سبيل إبرام العقد المنشود، إلا أنه لا يحتتم عليهما إبرام العقد النهائي (صالح، 2012).

### 2.2 الالتزام بمبدأ حسن النية والإعلام

#### 1.2.2 الالتزام بمبدأ حسن النية

يعد مبدأ حسن النية أهم التزام ناشئ عن مرحلة التفاوض فالأصل أن "الغش يفسد كل ما يقوم عليه" وهذه من القواعد القانونية المستقرة (الشوبري، 2019)، فإذا كان عقد التفاوض يهيمن عليه، كبقية

العقود الأخرى، مبدأ سلطان الإرادة، وقاعدة العقد شريعة المتعاقدين، إلا أن الالتزام بالتعامل وفق مبدأ حسن النية وشرف التعامل يشكل قيداً عليهما، ذلك أنه إذا كان مبدأ حرية التعاقد هو الأصل العام، إلا أن هذه الحرية لا ينبغي أن يستخدمها الأطراف لبواعث وأغراض غير مشروعة، فعملية المفاوضات يجب أن تكون ساحة للتعاون والتفاهم، وليس ساحة لاصطياد الأخطاء، فالالتزام بحسن نية يعد التزاماً أساسياً في مرحلة المفاوضات، حيث يعد مطلباً جوهرياً لنجاح المفاوضات (صالح، 2012).

## 2.2.2 الالتزام بالإعلام في التفاوض

يتعين على المتفاوض الإفشاء إلى الطرف الآخر بكل ما لديه من بيانات ومعلومات تتعلق بالعقد موضوع التفاوض حتى تستنير إرادة المتعاقدين، ويجب الإدلاء بالمعلومات كافة ما دامت لها أهمية في التعاقد، حتى يتسم التفاوض بالشفافية ويرتكز على المصارحة والمكاشفة (نشبي، 2013/2014).

وعليه فمن مظاهر مبدأ حسن النية في المفاوضات، هو أن يقوم كل طرف بإخبار وإعلام الطرف الآخر بكل ما لديه من معلومات وبيانات تتعلق بالعقد المتفاوض عليه، وذلك حتى يتسنى للطرف الآخر الإقدام على التعاقد بإرادة حرة وسليمة (صالح، 2012).

## 3.2 الالتزام بالتعاون والمحافظة على الأسرار

### 1.3.2 الالتزام بالتعاون في التفاوض

تقوم فكرة المفاوضات أساساً على التعاون المشترك فيما بين أطراف التفاوض للوصول إلى الاتفاق الذي سيجسد بالعقد، لذلك فإن التزام المتفاوض بالتعاقد بالتعاون يعتبر التزاماً أساسياً، حيث يظل الالتزام بالتعاون قائماً طوال مرحلة التفاوض بغية الوصول إلى النتيجة المرجوة، ولا تندرج صور التعاون تحت الحصر، فكل ما يحتاجه سير العملية التفاوضية فهو لازم، مثل المواظبة على مواعيد التفاوض والجدية ومناقشة العروض المقدمة (نشبي، 2013/2014).

### 2.3.2 الالتزام بالمحافظة على الأسرار

يقصد بالالتزام بالمحافظة على الأسرار، ليس مجرد إجراء المفاوضات في كتمان وسرية تامة، بل يقصد به ذلك الالتزام الذي يفرض على المتفاوض التزام الصمت بخصوص كل ما يصل إلى علمه أو يكتشفه أثناء سير المفاوضات، أو من خلال ما يتبادل مع المتفاوض الآخر من مستندات، أو من خلال ما يدور بينهما من مناقشات، أو من خلال الصدفة، أو من خلال الأبحاث والدراسات التي يستلزمها إبرام العقد المزمع إبرامه (صالح، 2012).

## ثانياً: المسؤولية المدنية في مرحلة المفاوضات

ينص المشرع الجزائري في المادة 124 من القانون المدني الجزائري (القانون رقم 10-05، 2005) على أن: "كل فعل أيا يرتكبه الشخص بخطئه، ويسبب ضرراً للغير يلزم من كان سبباً في حدوثه بالتعويض"

ومنه إذا تسبب عمل شخص بدون وجه حق لشخص آخر، في إلحاق الضرر به، سواء في نفسه أو ماله، فإن القانون يرتب على ذلك التزام محدث الضرر بتعويض الشخص المضرور عن الضرر الذي لحق به، والالتزام المتسبب بفعله في الضرر بالتعويض عنه ينشأ عن نظام المسؤولية، التي بمقتضاها يميز الضرر الذي لحق بالغير.

وبمعنى آخر يزول بالتعويض الضرر الذي أدى إليه الفعل الضار، وهو ما يسمى بالمسؤولية المدنية، وأساس هذه المسؤولية في أغلب صورها، هو الخطأ، أو التقصير الذي ارتكبه محدث الفعل الضار، وهي تنقسم وفقاً للفقهاء التقليدي إلى نوعين مسؤولية عقدية ومسؤولية تقصيرية، أما الفقه الحديث فيرى أن أساس المسؤولية بنوعها أخلاق بالالتزام، إذ أنه في الحالتين تقوم المسؤولية على أساس الخطأ (السعدي، 2004).

وسنحاول تحديد الطبيعة القانونية للمسؤولية المدنية المترتبة عن الأخطاء المرتكبة أثناء المفاوضات قبل التعاقد، ثم تبيان أركان هذه المسؤولية.

### 1. الطبيعة القانونية للمسؤولية المدنية للمفاوضات قبل التعاقد

على الرغم من اتفاق الفقهاء أن مرحلة التفاوض لا تفلت من يد القانون، إلا أن آراءهم اختلفت وتباينت عندما يحاولون رد هذه المسؤولية إلى نظام قانوني معين، فمنهم من يقول بأن مسؤولية المفاوضات هي مسؤولية عقدية وهو رأي الفقه التقليدي، ومنهم من يقول بأن مسؤولية المفاوضات مرتبطة بوجود عقد تفاوض من عدمه، والذي يقصد به عقد يلتزم بمقتضاه كل طرف في مواجهة الآخر بالتفاوض حول إبرام عقد لاحق لم تتحدد بعد شروطه الأساسية أو الثانوية، فالمسؤولية عندهم قد تكون عقدية، أو مسؤولية تقصيرية وهو رأي الفقه الحديث.

#### 1.1 موقف الفقه التقليدي

بما أن الفقه التقليدي على اختلاف نظرياته يعتبر أن المسؤولية في مرحلة المفاوضات هي مسؤولية عقدية، والتي يقصد بها المسؤولية المترتبة عن عدم تنفيذ الالتزام الناشئ عن العقد (السعدي، 2004)، فسنتناول أهم النظريات القائلة بالمسؤولية العقدية في الفقه التقليدي على النحو الآتي:

##### 1.1.1 نظرية الخطأ عند تكوين العقد

تعتبر نظرية الخطأ عند تكوين العقد من أهم وأشهر النظريات التي عالجت موضوع مسؤولية المفاوضات في مرحلة المفاوضات، ويرجع الفضل في صياغة هذه النظرية إلى الفقيه الألماني اهرنج، حيث أطلق على هذه النظرية اسم "النظرية التقصيرية أو الخطأ في إبرام العقد"، وأساس هذه النظرية يكمن في انعدام الحرص من جانب من اتخذ مظهراً كاذباً أوحى إلى الطرف الآخر بوجود عقد ملزم خلافاً للحقيقة، ويخلص اهرنج على ضوء ذلك، إلى أن العقد بالرغم من بطلانه إلا أنه ينشئ التزاماً بالتعويض، مستنداً في ذلك إلى دعوى العقد ذاتها، فمن العدل والإنصاف أن يتحمل من تسبب في الخطأ والضرر الذي أصاب المتعاقد الآخر حسن النية بالتعويض (صالح، 2012).

ومنه فهذا الفقيه يرى بأن بطلان العقد في أحد أركانه أو شروطه لا يمنع من أن ينتج آثار من نواحي أخرى، وأن أساس التعويض هو خطأ المتعاقد الذي كان عليه بأن يعلم بما يبطل هذا التعاقد، وأن هذا الخطأ يقع إخلالاً بالتزام عقد ضمان أبرم ضمناً بين المتعاقدين وتعهده فيه كل منهما أن يحافظ على سلامة العقد، فإذا قام من جانب المتعاقدين ما يوجب بطلان العقد كان ذلك خطأ تعاقدياً مفروضاً يبيح للمضرور أن يرجع عليه بالتعويض (الشمبري، 2006).

### 2.1.1 نظرية تحمل التبعية العقدية

توجد عدة نظريات اجتهدت في البحث عن أسس أخرى للمسؤولية قبل العقدية، وذلك لتفادي نقائص وعيوب نظرية الخطأ في تكوين العقد، ولعل أهم هذه النظريات نظرية تحمل التبعية العقدية التي نادى بها الفقيه الألماني WINDSCHEID، وحمل لواءها كل من LABBE و JOSSERAND و SALEIELLES، في فرنسا، وتقوم هذه النظرية على أن كل مقدم على التعاقد يتعين عليه أن يتحمل الأضرار الناجمة عن تبعية النشاط العقدي الذي قام به، أي كانت الأسباب التي عاقت قيام العقد، أو أدت إلى بطلانه، بل حتى ولو كانت هذه الأسباب مجهولة تماما منه، لكون النشاط التعاقدي يتضمن أخطارا عديدة قد تلحق ضرا بالقائمين به، فيتعين على البادئ بالنشاط التعاقدي أن يتحمل تبعية هذا النشاط العقدي، وتنعقد مسؤولية البادئ بالنشاط التعاقدي بمجرد حدوث ضرر منه (صالح، 2012).

### 3.1.1 نظرية الوكالة ونظرية الفضالة

صاحب نظرية الوكالة هو الفقيه الألماني شورل SCHEURL، حيث تعتبر نظرية الوكالة أن الدعوة إلى التفاوض تتضمن لمن توجه إليه توكيلا ضمنا باتخاذ كل الأعمال الأزمة للوصول إلى إبرام العقد، وفي حالة فشل المفاوضات ولم يتم إبرام العقد فإن الموكل يلتزم بأن يرد للوكيل كل المصروفات التي أنفقها في سبيل تنفيذ الوكالة ولو لم ينجح في مهمته.

أما نظرية الفضالة فصاحبها هو الفقيه الألماني تون THON، والذي اعتبر أن الشخص الذي وجهت له دعوة إلى التفاوض فضوليا، يدير شأنا لرب العمل الذي وجه إليه هذه الدعوة، وعلى هذا الأساس يستطيع الفضولي الرجوع على هذا الأخير عند فشل المفاوضات، لاسترداد ما أنفق عن طريق دعوى الفضالة، على أساس أن النفقات التي قام بها الفضولي في سبيل إبرام العقد، كان قد أنفقها تحقيقا للمصلحة المشتركة للطرفين، فهو وإن كان يهدف إلى تحقيق مصلحته الخاصة، إلا أنه يحقق في نفس الوقت مصلحة صاحب الدعوة، فيحق له بالنتيجة أن يسترد المصروفات والنفقات التي أنفقها لمصلحة صاحب الدعوة.

### 4.1.1 نظرية فاجيلا

من أشهر النظريات التي عالجت موضوع المسؤولية في مرحلة المفاوضات بشكل مباشر وصرح في الفقه الإيطالي، هي نظرية المسؤولية الموضوعية في مرحلة المفاوضات التي نادى بها المستشار الإيطالي جبريال فاجيلا GABRIELE FAGGELLA، فيذهب فاجيلا إلى القول بأن الطرفين المتفاوضين يمران بثلاثة مراحل، هي على التوالي، مرحلة المفاوضات التمهيدية، مرحلة صياغة الإيجاب وأخيرا مرحلة تصدير الإيجاب، فتعتبر المرحلة الأولى من قبيل الأعمال التحضيرية التي ليست سوى مجرد اجتماعات ومناقشات وتبادل لوجهات النظر، فلا شيء بات ولا شيء محدد في هذه المرحلة، أما المرحلة الثانية فيقوم فيها أحد المتفاوضين بصياغة مشروع العقد النهائي استعدادا لتوجيهه إلى الطرف الآخر في شكل إيجاب نهائي للعقد، وبناء عليه يتقدم كل طرف إلى طاولة المفاوضات ومعه تصوره الخاص للعقد المزمع إبرامه مستقبلا، أما المرحلة الأخيرة فيتم فيها اتخاذ القرار الحاسم والنهائي، ويرى فاجيلا بأن لكل مرحلة من هذه المراحل الثلاثة قبل العقدية قيمة قانونية حقيقية، وترتب على كل مرحلة آثارا قانونية معينة لذلك، ويعترف فاجيلا بإمكانية قيام المسؤولية في الفترة قبل العقدية، وهذه المسؤولية لا تؤسس على إهمال أو خطأ من عدل عن الإيجاب، بل إنها مسؤولية مفترضة (صالح، 2012).

## 2.1 موقف الفقه الحديث

يفرق الفقه الحديث بين صورتين من المفاوضات، مفاوضات غير مصحوبة بعقد تفاوض، وفي هذه الحالة تكون المسؤولية تقصيرية، ومفاوضات مصحوبة بعقد تفاوض، والمسؤولية في هذه الحالة تكون عقدية، وعليه فسندرى أولاً المسؤولية في المفاوضات المصحوبة بعقد تفاوض، ثم نرى المسؤولية في المفاوضات غير المصحوبة بعقد تفاوض.

### 1.2.1 المسؤولية العقدية في المفاوضات المصحوبة بعقد تفاوض

يقصد بالمفاوضات المصحوبة بعقد تفاوض تلك المفاوضات التي تتم بناء على عقد تفاوض صريح، وذلك بأن يتفق الطرفان قبل الدخول في المفاوضات على التفاوض من أجل إبرام عقد معين، ويتضمن هذا العقد أو الاتفاق تنظيم العلاقة بين الطرفين أثناء مرحلة التفاوض، وذلك من أجل التوفيق بين عامل حرية المفاوضات وبين عمل أمن المفاوضات، فيحرص كل طرف على أن يتم التفاوض بناء على عقد تفاوض، ليحكم العلاقة التفاوضية بينهما، بحيث إذا ما أخل أحد المتفاوضين بالتزاماته الناشئة عن عقد التفاوض، فإنه يكون مسؤولاً مسؤولية عقدية.

ومنه فالمسؤولية في هذا النوع من صور التفاوض هي مسؤولية عقدية قائمة على عدم احترام عقد التفاوض وعدم الالتزام به وليس العقد المراد إبرامه والذي يتم التفاوض بشأنه.

أما عن موقف المشرع الجزائري، فهو لم يتضمن أي نص خاص يحكم مرحلة التفاوض، كما هو الحال بالنسبة لنظيره المصري، تاركاً للفقه والقضاء مهمة التصدي والاجتهاد لإيجاد حلول مناسبة في ضوء القواعد العامة، والفقه المصري الحديث يعترف بعقد التفاوض، خاصة الصريح منه، ويعتبر بأن عقد التفاوض ينشئ على عاتق الطرفين التزاماً عقدياً بالتفاوض، ويستوجب تنفيذه مع ما يوجبه حسن النية (صالح، 2012).

### 2.2.1 المسؤولية التقصيرية في المفاوضات غير المصحوبة بعقد تفاوض

ويقصد بها تلك المفاوضات التي تجري بين الطرفين المتفاوضين دون أن يكون بينهما اتفاق صريح ينظمهما، وهي الصورة الغالبة للمفاوضات التي تنصب حول الصفقات البسطة، حيث يقوم الطرفان بالدخول في المفاوضات مباشرة، دون وضع تنظيم اتفاقي ينظم عملية المفاوضات، ويحدث هذا خاصة في العقود قليلة الأهمية وغير المعقدة، وهنا بالضبط تكمن المشكلة الحقيقية حيث لا يوجد نص قانوني ينظم العلاقة بين الطرفين المتفاوضين زيادة على عدم وجود عقد تفاوض ينظم عملية المفاوضات.

وبناء على أن المسؤولية التقصيرية هي تلك المسؤولية التي تنشأ عن الإخلال بالتزام، وذلك بتعويض الضرر الذي ينشأ دون وجود علاقة عقدية بين المسؤول عن هذا الضرر وبين المضرور (السعدي، 2004)، يمكن إسقاط ذلك على مرحلة التفاوض فتقوم المسؤولية التقصيرية للمتفاوض في مرحلة المفاوضات إذا ما وقع من أحد الطرفين خطأ تقصيري أثناء فترة المفاوضات، وألحق هذا الخطأ ضرراً بالطرف الآخر (صالح، 2012).

### 3.2.1 الخيرة بين المسؤولية التقصيرية والمسؤولية العقدية

قد يجتمع في موضوع واحد شروط المسؤولية التقصيرية والمسؤولية العقدية، ففي هذه الحالة فإنه لا يجوز للمتفاوض المضار للمتفاوض بتعويضين، تعويض على أساس المسؤولية العقدية وتعويض على أساس المسؤولية التقصيرية (نشعي، 2013/2014).

وعليه فإذا تمثل الفعل الضار للمتفاوض ف إخلاله بعقد التفاوض الصريح وخطأ تقصيرياً يتمثل في إخلاله بواجب عدم الإضرار بالغير، فإنه يختار من بينهما المسؤولية التي يرى المتفاوض المضور بأنها تتلاءم مع مصالحه الشخصية.

وتجدر الإشارة إلى أن محكمة النقض المصرية والفرنسية قد انتهت إلى عدم جواز الخيرة بين المسؤوليتين إلا إذا كان الإخلال بالالتزام العقدي يشكل جريمة، أو يعتبر خطأ جسيماً أو غشاً، وعلى هذا الأساس فليس أمام ضحية الخطأ العقدي إلا دعوى المسؤولية العقدية من حيث المبدأ، فإذا كان الخطأ العقدي يشكل جريمة أو خطأ جسيماً، كاللضحية حق الاختيار بين دعوى المسؤولية العقدية ودعوى المسؤولية التقصيرية (صالح، 2012).

وخلاصة القول فإن المسؤولية الناتجة عن الخطأ في مرحلة التفاوض تكون إما عقدية أو تقصيرية، والرأي الراجح هو ما ذهب إليه الفقه الحديث، ومنه ففي حالة وجود عقد تفاوض فإن المسؤولية عن الإخلال بالالتزامات التي ينظمها هذا العقد تعتبر مسؤولية عقدية، أما في حالة عدم وجود عقد تفاوض تكون المسؤولية تقصيرية وتخضع لأحكام هذه الأخيرة.

### 2. أركان المسؤولية المدنية المترتبة عن المفاوضات

سبق وأن رأينا أن المسؤولية المدنية تكون إما عقدية أو تقصيرية، ويشترط لقيامها توافر ثلاثة أركان أساسية تجتمع في كلتا المسؤوليتين، تتمثل أساساً في الخطأ، الضرر، وعلاقة السببية بين الخطأ والضرر.

#### 1.2 الخطأ

ويكون الخطأ إما عقدياً أو تقصيرياً.

##### 1.1.2 الخطأ العقدي

يقصد بالخطأ العقدي عدم قيام المدين بتنفيذ التزام تعاقدي، أو التأخير في تنفيذه، ويستوي في ذلك أن يكون التأخير عن عمد أو إهمال من المدين (السعدي، 2004).

ويتجسد الخطأ العقدي في حالة عدم تنفيذ الالتزام الملقى على عاتق الطرف المتفاوض، فقيام أي من أطراف التفاوض بقطع المفاوضات دون سبب، يجعل من هذا الطرف مرتكباً لخطأ عقدي في حق الطرف الآخر يوجب عليه المسؤولية نتيجة عدم التزامه بمبدأ حسن نية التفاوض.

ولهذا يجب أخذ الحيطة عند فرض أي التزام على الطرفين في هذه المرحلة، وذلك بعدم تعريض الحرية الفردية لأي تهديد والحفاظ على استقرار قواعد المعاملات التجارية، واستناداً إلى مبدأ الحرية في التعاقد فإنه يستطيع أي طرف قطع المفاوضات في أي مرحلة وصلت إليها المفاوضات شريطة وجود سبب مشروع.

ومن صور الخطأ العقدي في مرحلة المفاوضات قيام أحد الأطراف بالإطلاع على أسرار الطرف الآخر نتيجة المفاوضات وقيامه باستغلال ذلك لأغراض خاصة به، فعند ذلك يعد مخطئا نتيجة إخلال بالتزام المحافظة على الأسرار التي يتم الإطلاع عليها أثناء التفاوض (نشيم، 2013/2014).

### 2.1.2 الخطأ التقصيري

يقصد بالخطأ التقصيري بوجه عام الانحراف عن السلوك المألوف أو المعتاد للرجل العادي، ومنه إثبات أن أحد الأطراف قد انحرف عن السلوك المألوف الذي يتبعه الشخص العادي اليقظ عند وضعه في نفس الظروف الخارجية العادية.

ومن صور الخطأ التقصيري في المفاوضات الدخول الشخص في مرحلة المفاوضات دون أن تكون له نية حقيقية في إبرام العقد، وإنما يكون هدفه هو مجرد معرفة بعض المعلومات والتجسس عن الطرف الآخر، أو الدخول في المفاوضات من أجل شغل الطرف الآخر وإعاقته وتعطيله عن إتمام صفقة أخرى، أو تقديم مقترحات ميؤوس منها، وكذلك في حالة أن يتضح لأحد الطرفين استحالة الوصول إلى اتفاق ومع ذلك يستمر في المفاوضات، تاركا الطرف الآخر يتحمل نفقات جد باهظة لا طائل منها، وكذا قطع المفاوضات أو الانسحاب منها بصورة فجائية رغم وصولها إلى مرحلة متقدمة استنادا إلى حجج واهية، أو مخالفة قواعد حسن النية كأن يواصل المفاوض في المفاوضات بعد أن استقر رأيه على العدول عنها والتعاقد مع شخص آخر، ففي جميع هذه الحالات تكون المسؤولية التقصيرية هي وحدها الواجبة التطبيق (صالح، 2012).

### 2.2 الضرر

الضرر هو الركن الثاني لقيام المسؤولية المدنية، ويمكن أن يعرف بأنه الأذى الذي يصيب الشخص نتيجة المساس بمصلحة مشروعة له أو بحق من حقوقه، والمصلحة المشروعة إما تكون مالية أو أدبية (السعدي، 2004).

ويتحقق الضرر في مرحلة المفاوضات العقدية من خلال الضرر المادي، ويكون من خلال النفقات التي دفعها الطرف المتضرر للدراسات والمصروفات على المشروع المتفاوض عليه، وعلى الوقت الذي أضاعه في المفاوضات بدون جدوى، كما قد يتحقق ضررا معنويا ويتمثل في الإساءة لسمعته التجارية ويقع عبء إثبات ذلك على عاتق المتفاوض المتضرر.

ويشترط في الضرر أن يكون محققا فالمسؤولية لا تقوم على الضرر الاحتمالي، وإنما تقوم على الضرر المستقبلي وفوات الفرصة المحققين، ويشترط في الضرر أن يكون مباشرا بحيث يكون نتيجة لعدم الوفاء بالالتزامات أو التأخير في الوفاء بها (نشيم، 2013/2014).

### 3.2 العلاقة السببية بين الخطأ والضرر

لا يكفي أن يكون هناك خطأ وضرر، بل يجب أن يكون الضرر الذي أصاب المتفاوض نتيجة لخطأ المتفاوض الآخر، وبمعنى آخر يجب أن يكون الخطأ هو المتسبب في الضرر، وهو ما يعبر عنه بالعلاقة السببية. ويقع على المتفاوض المتضرر إثبات رابطة السببية بين خطأ المتفاوض الآخر والضرر، ويستطيع المتفاوض المدين إثبات أن الضرر وقع بسبب أجنبي أو بخطأ المفاوض المتضرر، وفي هذا الصدد تنص المادة 127 من القانون المدني الجزائري على أنه: "إذا أثبت الشخص أن الضرر قد ينشأ عن سبب لا يد له

فيه كحادث مفاجئ، أو قوة قاهرة، أو خطأ صدر من المضرور أو خطأ من الغير، كان غير ملزم بتعويض هذا الضرر، ما لم يوجد نص قانوني أو اتفاق يخالف ذلك".

وفي حالة قيام العلاقة السببية بين الخطأ والضرر وفقاً للأحكام السابقة، يحق للمفاوض المتضرر طلب التعويض عن الضرر الذي لحق به، وهو الأثر الأساسي للمسؤولية المدنية.

### خاتمة:

إن مرحلة التفاوض أهمية بالغة في تكوين العقد المراد إبرامه، والتي يقصد بها الحوار والمناقشة بين طرفين حول موضوع محدد للوصول إلى اتفاق، حيث لها عدة خصائص أهمها أنها تقوم على الحاجة ولها نتائج حتمية، وهي ذات علاقة اختيارية ثنائية الأطراف تعتمد على التعاون والأخذ والعطاء.

بالإضافة إلى أن هنالك مجموعة من الالتزامات الناشئة عن مرحلة التفاوض والتي يؤدي الإخلال بها قيام المسؤولية المدنية، وتتمثل أساساً في الالتزام بالبداية في المفاوضات ومواصلتها، والالتزام بمبدأ حسن النية والإعلام، وكذا الالتزام بالتعاون والمحافظة على الأسرار.

أما عن المسؤولية التي تثار في حالة الإخلال بالالتزامات السابق ذكرها وقيام الخطأ في مرحلة المفاوضات، فقد اختلف القول حولها إلى موقفين، الأول ذهب إليه الفقه التقليدي، والذي يرى بأن المسؤولية في هذه الحالة تكيف على أنها مسؤولية عقدية، والموقف الثاني كان للفقه الحديث، والذي يميز بين حالتين، الأولى وهي المسؤولية في مرحلة المفاوضات المصحوبة بعقد تفاوض، حيث تعتبر في هذه الحالة مسؤولية عقدية، أما الحالة الثانية فتتمثل في المسؤولية في المفاوضات غير المصحوبة بعقد تفاوض، وهنا تكيف المسؤولية على أساس أنها مسؤولية تقصيرية، وفي حالة وجود المسؤوليتين معاً في موضوع واحد فيجب على الشخص أن يختار إحدى المسؤوليتين ليطالب بالتعويض عنها وذلك بعد التأكد من توافر أركان هذه المسؤولية والمتمثلة في الخطأ سواء أكان عقدي أم تقصيري، وتحقق ضرر، والعلاقة السببية بين الخطأ المرتكب من قبل المتفاوض والضرر الذي لحق الطرف الآخر من المفاوضات.

وبالنسبة لموقف المشرع الجزائري، فهو لم يخص هذه المرحلة بنصوص خاصة بها، ولم يحدد الطبيعة القانونية للمسؤولية المدنية المترتبة على ذلك، وكان من الأولى فعل ذلك لما لهذه المرحلة من أهمية في إنشاء العقود، لذا يستحسن لو أن المشرع يبين توجهه في هذه المسألة وذلك بسن قواعد خاصة بهذه المرحلة ضمن أحكام القانون المدني.

### الإحالات والمراجع:

#### أولاً: الكتب

- أحمد فهمي جلال، مهارات التفاوض، ط1، مركز تطوير الدراسات العليا والبحوث في العلوم الهندسية، القاهرة، 2007.
- ثامر كامل محمد، الدبلوماسية المعاصرة وإستراتيجية المفاوضات، ط1، دار المسيرة للنشر والتوزيع والطباعة، الأردن، 2000.
- حسن الحسن، التفاوض والعلاقات العامة، ط1، المؤسسة الجامعية للدراسة والنشر والتوزيع، بيروت، 1983.
- علي أحمد صالح، المفاوضات في العقود التجارية الدولية، دار هومة، الجزائر، 2012.
- فيليب روبنز، التفاوض فن الفوز، إشراف وائل سمير، الخلود للتراث، القاهرة، 2010.
- محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني، مصادر الالتزام- الواقعة القانونية (العقد والإرادة المنفردة)، ط2، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2004، ج1،
- محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري مصادر الالتزام- الواقعة القانونية (العمل غير المشروع- شبه العقود والقانون)، ط2، دار الهدى، عين مليلة الجزائر، 2004، ج2.

#### ثانياً: الرسائل الجامعية

- مصطفى خضير نشمي، النظام القانوني للمفاوضات التمهيدية للتعاقد، رسالة ماجستير مقدمة استكمالاً للحصول على درجة الماجستير في القانون الخاص، قسم القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، 2014/2013.

#### ثالثاً: المقالات العلمية

- أحمد السيد البهي الشوبري، التفاوض التعاقد، إطاره القانوني وأثره في الالتزام، مجلة كلية الدراسات الإسلامية والعربية للبنات بدمنهور، العدد4، ج1، 2019، ص1189.

- صليحة بن أحمد، آثار المسؤولية الناشئة عن إخلال المتفاوض بالتزامه بالتفاوض بحسن نية، دفاتر السياسة والقانون، العدد 10، 2014، ص 116.
- كاظم كريم علي الشمري، المسؤولية في الفترة ما قبل التعاقد، مجلة الفتح، العدد 27، 2006، ص 8.
- رابعاً: القوانين**
- القانون رقم 10-05، المؤرخ في: 20 يونيو سنة 2005م، يعدل ويتمم الأمر رقم 58-75، المؤرخ في: 26 سبتمبر سنة 1975م والمتضمن القانون المدني، الجريدة الرسمية، العدد 44، مؤرخة في: 20 يونيو سنة 2005م.