

## المحاضرة رقم 06 : ماهية عقد التفاوض :

### تمهيد :

الأصل أن للأطراف مطلق الحرية في التفاوض ، وحتى لا تكون هذه الحرية سببا في ضياع الوقت والجهد والمال يقوم الأطراف بالتوقيع على بعض الإتفاقيات لتنظيم سير عملية المفاوضات ، ومن بين هذه الإتفاقيات ما يعرف بعقد التفاوض أو " الإتفاق المبدئي للتفاوض " ، فماذا نقصد بهذا الأخير ؟ و ماهي ضوابطه القانونية ؟

### أولا : تعريف عقد التفاوض :

يعرفه جانب من الفقه على أنه " إتفاق يلتزم بمقتضاه شخص قبل الآخر بالبدء في التفاوض أو بمتابعته بشأن عقد معين بهدف إبرامه " .

أما بعض الفقه الآخر فيرى أن عقد التفاوض " عقد بمقتضاه يتعهد طرفاه ببدء التفاوض أو متابعته ، أو تنظيم سير المفاوضات بغرض التوصل إلى إبرام عقد في المستقبل " <sup>1</sup> ، أو هو " عقد يلتزم بمقتضاه كل طرف في مواجهة الطرف الآخر ، بالدخول في المفاوضات لإبرام عقد لاحق لم تتحدد بعد شروطه وعناصره الأساسية والثانوية " .

بالنسبة لمحكمة التحكيم لغرفة التجارة الدولية فقد عرفت عقد التفاوض على أنه " عقد بمقتضاه يتعهد الطرفان بالتفاوض أو متابعة التفاوض ، من أجل التوصل إلى إبرام عقد معين ، لا يتحدد موضوعه إلا بشكل جزئي لا يكفي في جميع الأحوال لإنعقاده " <sup>2</sup> .

ونظرا لتأثير الرقمنة والتكنولوجيا على العقود فقد ظهر نوع آخر من هذه العقود يعرف بعقد التفاوض الإلكتروني <sup>3</sup> .

### ثانيا : الطبيعة القانونية لعقد التفاوض :

عقد التفاوض لا يتطلب لوجوده وصحته سوى توافر الشروط والأركان المقررة لإبرام العقد بوجه عام وهي : الرضا ، السبب ، المحل <sup>4</sup> ، لكن الإشكال يتعلق بتحديد

الطبيعة القانونية لعقد التفاوض ومدى ما يتمتع به من ذاتية وإستقلال في ظل إرتباطه بإنشاء عقد آخر ، ووقوعه في مرحلة التفاوض السابقة على مرحلة إبرام العقد ، وهنا ينبغي حصر النقاش في التفرقة بين ما إذا كان عقد التفاوض قد تم في إطار إتفاق مبدئي مستقل لا يحتوي على عقد آخر ، أم أنه ولد في صورة شرط أو تحفظ يتضمنه عقد آخر قائم .

تتجلى أهمية هذه التفرقة في مجال الإثبات ، إذ يسهل إثبات الإتفاق على التفاوض عندما يكون موضوعا لشرط يتضمنه عقد آخر ثابت بالكتابة ، وقد يتحقق الإثبات الكتابي للإلتزام بالتفاوض من الرسائل المتبادلة بين الأطراف خلال فترة المفاوضات . إذ في حالة وروده في صورة شرط يتضمنه عقد آخر قائم لا تثير المسألة صعوبة ، إذ يعتبر عقد التفاوض جزء لا ينفصل عن العقد الذي ورد به ، ولا يتمتع بأي وجود ذاتي مستقل عنه ، باعتباره شرطا فيه ، ولأنه يشكل في هذه الحالة إتفاقا على التفاوض بشأن تنفيذ هذا العقد وليس إبرامه ، وبالتالي يضاف الإلتزام بالتفاوض إلى سائر الإلتزامات المترتبة على العقد ، وينصب الحديث إذا حول القيمة القانونية لهذا الإلتزام .

في حين تنشأ الصعوبة إذا تم الإتفاق على التفاوض إستقلالا ، أي إبرام عقد مستقل ليس بتنفيذ عقد قائم ، وهو ما أشار إليه الفقه والقضاء الفرنسي بإستخدام مصطلح الإتفاق المبدئي ، حيث أن محكمة النقض الفرنسية وفقا لما جرى عليه قضاؤها منذ حكم 1958/03/24 ترى في هذا الإتفاق رابطة عقدية ، كما يتقيد به الأطراف حيث أنشأوا بمقتضاه وتمهيدا لإبرام العقد النهائي إلتزاما بالإستمرار في التفاوض<sup>5</sup> .

### ثالثا : خصائص عقد التفاوض :

من خلال التعريفات السابق لعقد التفاوض يتضح أن هذا الأخير يتميز بجملة من الخصائص نذكر منها<sup>6</sup> :

#### 1/ عقد التفاوض عقد تمهيدي :

يعد هذا الأخير إتفاقا تحضيريا الهدف منه تنظيم العلاقة بين الطرفين بغية الوصول إلى إبرام العقد المستقبلي المستهدف ، إذ يعد من قبيل الإتفاقيات التمهيدية السابقة والمؤدية في نهاية المطاف إلى العقد النهائي المراد إبرامه بعد مسيرة من المفاوضات التي لا يشترط أن تنتهي بعقد ، فقد تفشل وقد تنجح .

#### 2/ عقد التفاوض عقد مؤقت :

فهو إتفاق يتم إبرامه لمدة غير محددة ، وهي المدة التي تستغرقها المفاوضات بين الطرفين ، تنتهي بإنهاء مرحلة المفاوضات سواء كانت النتيجة المتوصل إليها إبرام عقد أو لا ، ومرجع ذلك أن عقود المفاوضات لا تعد الغاية الأساسية للأطراف ، ويعد عقد التفاوض مجرد وسيلة للوصول إلى العقد الأصلي المراد إبرامه ، وإنهاء هذه المرحلة يزول كل أثر للإتفاق المبدئي على التفاوض " عقد المفاوضات " ، مع عدم الإضرار بحقوق الغير الذين إعتقدوا بحسن نية في تعلق الأمر بعقد نهائي .

### 3/ عقد التفاوض في العادة عقد غير محدد المدة :

أطراف التفاوض في العادة لا يقيدون أنفسهم بمدة محددة ، وبالتالي يجوز لكل متفاوض وفقا للقواعد العامة في العقود غير محددة المدة أن ينهي إتفاق التفاوض في الوقت الذي يريده ، بشرط أن يخبر المتفاوض الآخر بذلك في الوقت المناسب وإلا أعتبر مخلا بإلتزام التفاوض بحسن نية الذي سننطرق إليه في المحاضرات المقبلة بحول الله تعالى .

إلا أنه لا مانع من تحديد مدة محددة للمفاوضات خاصة في الصفقات التجارية التي لا تحتمل التأجيل بطبيعتها ، وإنهاء المدة المحددة للتفاوض يتحلل كل متفاوض من إلتزاماته ، ولا يكون أي الطرفين مسؤولا عما يترتب عن هذا التحلل ، ما لم يثبت أن أحدهما تسبب بسوء قصد في عدم الوصول إلى إتفاق في الزمن المحدد ، حينئذ يكون هذا المتفاوض مسؤولا عن تعويض المتفاوض الآخر .

### 4/ عقد التفاوض ينشئ إلتزام التفاوض بحسن نية :

وذلك على عاتق كلا الطرفين ، باعتبار أن العقد تصرف قانوني نتج عن تلاقي إرادتين ، وقد إستقر الفقه والقضاء الدولي على أن الإتفاق المبدئي ينشئ على عاتق الأطراف إلتزاما إتفاقيا بالإستمرار في المفاوضات وإدارتها بحسن نية للوصول إل إتفاق بشأن المسائل التي لم تتم مناقشتها ، ويترتب هذا الإلتزام بمقتضى هذا الإتفاق كأثر فوري ومباشر له .

وتجدر الإشارة إلى أن الإلتزام بالتفاوض ينطوي على إلتزام ذو شقين :

- الشق الأول : إلتزام غايته الدخول في المفاوضات : بحيث يسأل المتعاقد إذا هو إمتنع عن الدخول في المفاوضات دون حاجة إلى إثبات إهماله أو سوء نيته .

- الشق الثاني : الإلتزام بالإستمرار في المفاوضات : و هذا الإلتزام ببذل عناية بمعنى أن يسلك المفاوض أثناء المفاوضات مسلك الرجل العادي ، فلا يعرقل سير المفاوضات أو ينسحب منها تعسفيا أو لسبب غير مألوف .

## 5/ عقد التفاوض إتفاق رضائي يخضع للأحكام العامة للعقود

يتم الإتفاق المبدئي بالتفاوض كما هو الحال في العقود عامة بتوافق إرادتين أو أكثر على إحداث الأثر القانوني منه ، ويتضمن الأركان اللازمة لكل عقد بوجه عام وهي التراضي ، المحل والسبب ، ويكفي لإنعقاده توجيه إيجاب ممن هو أهل بالتعاقد وقبول لك الإيجاب ممن هو أهل بذلك ، وأن تكون إرادتهما خالية من العيوب ، ومحل العقد هو التوصل إلى إبرام عقد مستقبلي ، ولا يشترط في التعبير عن الرضا شكل معين إذ يمكن التعبير عنه باللفظ والكتابة أو بالإشارة المتداولة عرفا أو بطريقة ضمنية أو بالوسائل الإلكترونية الحديثة .

### رابعا : صور عقد التفاوض :

في مجال المعاملات الدولية تتعدد صور وتطبيقات عقد التفاوض ، بإعتباره أحد الأدوات الإتفاقية التي تلجأ إليها الأطراف من أجل تنظيم وتحضير إبرام العقد النهائي ، ومن أهم صور وتطبيقات عقد التفاوض في العقود الدولية :

### 1/ شرط التفاوض من أجل تجديد العقد :

إذا حقق العقد الغاية المرجوة التي أبرم من أجلها بالنسبة للطرفين فإن ذلك يحفز ويدفع الأطراف إلى السعي من أجل إستمرار العلاقة التعاقدية لمدة زمنية أخرى عن طريق تجديد العقد وفقا لشروط جديدة ، ويحدث ذلك خصوصا في العقود محددة المدة ، حيث يبحث طرفا العقد إمكانية تجديد هذا النوع من العقود عن طريق إدراج شرط في العقد يقضي بذلك . ومن أبرز هذه العقود والتي درج التعامل التجاري على تضمين شرط التفاوض من أجل تجديد العقد ، عقود الإمتياز التجاري وعقود التوريد وعقد نقل التكنولوجيا ، حيث يتم صياغة هذا الشرط غالبا على النحو التالي " يلتزم الطرفان بالتفاوض قبل إنقضاء مدة هذا العقد بشهرين على الأقل لبحث إمكانية تمديده أو تجديده " .

ويلعب هذا الشرط دورا أساسيا في الحفاظ على مصير العقد وذلك من خلال ترتيب التزام يقع على عاتق طرفيه بالتفاوض لإختيار طريقة معينة من شأنها إبقاء العقد مستمرا ، ولاسيما إذا كانت هذه العلاقة قد حققت نجاحا بين الطرفين في السابق <sup>7</sup>.

## 2/ شرط التفاوض من أجل إعادة التوازن الإقتصادي للعقد :

وهو الشرط الذي يدرجه طرفي العقد ، ويلتزمان بمقتضاه بالتفاوض من أجل تعديل شروط العقد في حالة حدوث ظروف غير متوقعة من شأنها أن تؤثر على التوازن الإقتصادي للعقد ، ويعرف هذا الشرط تحت مسميات عديدة الظرف الطارئ ، شرط المراجعة ، شرط العدالة والإنصاف .

يتم استخدام هذه المسميات للتعبير عن حالة من المشقة ، أو الأزمة التي يمر بها العقد بسبب تغير الظروف التي أبرم على أساسها ، ويقضي شرط التفاوض لتعديل أحكام العقد من الأطراف ، إعادة التفاوض لمواجهة الظروف التي أخلت بالتوازن الإقتصادي للعقد من خلال مناقشة الإلتزامات التي يرتبها العقد وتعديلها إلى الحد المناسب والعاقل لرفع الضرر الجسيم عن الطرف الذي يواجه مشقة في تنفيذ إلتزاماته .

وتعد العقود الزمنية أو المستمرة المجال الخصب الذي يطبق فيه شرط إعادة التفاوض ، بغرض تحقيق التوازن الإقتصادي للعقد ، لأن طبيعة هذه العقود تقتضي أن يمر تنفي العقد بمراحل زمنية متعاقبة كعقود نقل التكنولوجيا مثلا أو عقود التوريد ... إلخ .

شرط التفاوض من أجل تعديل شروط العقد لإعادة التوازن الإقتصادي شرط ذو أهمية بالغة ، بل قد ذهب بعض الفقه إلى إعتبره قاعدة من قواعد التجارة الدولية ، وإنتهى الأمر بهذا الإتجاه إلى القول بأن هذه القواعد تقضي بوجود هذا الشرط ضمنا في عقود التجارة الدولية ، ومن ثم فإن مصدر هذا الإلتزام بالتفاوض لمواجهة الظروف الطارئة لن يكون عندئذ إتفاق أطراف وإنما يكون مصدره قواعد وأعراف التجارة الدولية وعليه يكون الإلتزام بالتفاوض من أجل إعادة التوازن للعقد واجب الإلتباع حتى وإن لم ينص العقد على ذلك ، ولا يجوز لأي طرف من أطراف العقد أن يحتج بعدم تطبيق الشرط ، إستنادا إلى عدم وجود نص صريح في العقد يقضي بذلك . الغاية المتوخاة من وجود شرط إعادة التفاوض لتعديل شروط العقد هو التصدي للظروف المستجدة ، والتي تجعل من عملية تنفيذ العقد تتسم بالصعوبة والمشقة ، فهو أحد الحلول التي تمكن الأطراف المتفاوضة من إنفاذ العقد والتخفيف من الضرر الذي يصيب أحد الطرفين ، وقد نص على هذا الشرط المادة 3/6 من مبادئ اليونيدروا لسنة 1994 على أنه " في حالة تغير الظروف يكون

للطرف المتضرر طلب إعادة فتح باب المفاوضات ويجب أن يقدم الطلب دون تأخير ،  
ويجب أن يكون مسببا " 8 .

### 3/ شرط التفاوض من أجل تسوية المنازعات وديا :

أحيانا تتضمن بعض العقود والإتفاقات ذات التنفيذ المستمر ( أي التي يمتد تنفيذها على فترة زمنية طويلة ) شرطا يلزم أطرافها بالتفاوض حول مواضيع محددة ، ويهدف هذا الشرط إلى إلزام طرفا العقد بالتفاوض إذا ما نشأ بينهما نزاع أثناء تنفيذ العقد ، وذلك بغرض التوصل إلى تسوية ودية للنزاع ، قبل اللجوء إلى القضاء والتحكيم .

تظهر أهمية شرط التفاوض من أجل التسوية الودية للنزاعات في أن :

- إرادة الأطراف تتجه غالبا إلى رفض فكرة اللجوء إلى القضاء الوطني ، ويعود ذلك إلى التخوف من التعصب الذي قد يسيطر على القضاء الوطني ، فضلا عن التخوف من أمر القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع وإجراءات الواجب إتباعها أمام المحاكم واللغة المستعملة ، كل هذه الأمور وغيرها ، تدفع الأطراف إلى تضمين العقد شرط التسوية الودية، كونه الحل الأنسب بالنسبة للجميع .
- لهذا الشرط أهمية أيضا تظهر في القوانين التي لا تسمح للقاضي بتعديل شروط العقد بهدف إعادة التوازن للعقد المبرم بين الطرفين .

الأصل أن يرد شرط التفاوض من أجل التسوية الودية للنزاع صريحا ، وقد يرد ضمريا كأن ينص أحد بنود العقد على تعهد الطرفين بحل كل نزاع ينشأ عن العقد عن طريق التحكيم ، إن لم تنجح المفاوضات في حله وحسمه ، أو أن ينص أحد بنود العقد على أن ( كل نزاع ينشأ عن هذا العقد ولا يتوصل الطرفان إلى تسويته وديا يتم الفصل فيهي عن طريق التحكيم ) .

قد يحدد شرط التسوية الودية للمنازعات مدة محددة للتفاوض ويلزم الطرفين بعدم اللجوء إلى القضاء أو التحكيم ، إلا بعد إنقضائها، من ذلك النص على أن ( تحال إلى المحكمة .... كل المنازعات المتعلقة بتفسير هذا العقد أو تنفيذه ، إذا لم يتوصل الطرفان إلى حل لها ، خلال مدة لا تقل على شهرين ) .

وإذا تم الإتفاق على شرط التفاوض من أجل التسوية الودية للنزاع فإن ذلك لا يمنع أيا من الطرفين من اللجوء إلى القضاء أو التحكيم مباشرة ، ولكن القضاء إذا نظر في

الدعوى كان له أن يعتبر عدول أحد الطرفين عن التفاوض خطأ عقديا يستوجب التعويض ، ويكون للقاضي أو هيئة التحكيم أن تتخذ عدول أو تجاهل أحد الطرفين لشرط التفاوض قرينة قضائية على عدم سلامة موقفه وسوء نيته ، ويعتبر الطرف الذي لم ينفذ التزامه بالتفاوض مخلا بالتزام عقدي وهو التعهد بالتفاوض ، بغرض التوصل إلى حل ودي للنزاع القائم ، الذي يعترض سبيل العقد وتكون المسؤولية في هذه الحالة مسؤولية عقدية .

وما يشار إليه في هذا السياق أن شرط التفاوض من أجل التسوية الودية للنزاع لا يلزم الطرفين بالتوصل إلى حل للنزاع القائم ، لكن يلزمهما فقط بالتفاوض بحسن نية بغرض إيجاد حل للنزاع بالطرق الودية<sup>9</sup>.

## الهوامش :

- 1 : يسري عوض عبد الله ، العقود التجارية الدولية ، مفاوضاتها – إبرامها – تنفيذها ، دراسة تحليلية على ضوء نظرية العقد في التشريع الإسلامي ، إصدارات مكتب اليسري للمحاماة والإستشارات ، الخرطوم – شارع الزبير باشا تقاطع شارع عطيرة ، د.س.ن ، ص 157 .
- 2 : معمر بوطباله ، الإطار القانوني لعقد التفاوض في مفاوضات عقود التجارة الدولية ، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم ، تخصص قانون عام ، كلية الحقوق ، جامعة الإخوة منتوري ، قسنطينة ، 2016 / 2017 ، ص 25 .
- 3 : للمزيد من التفاصيل حول موضوع عقد التفاوض الإلكتروني راجع خالد ممدوح إبراهيم ، إبرام العقد الإلكتروني – دراسة مقارنة - ، ط 2 ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، 2011 ، ص 292 وما يليها .
- 4 : لمزيد من التفاصيل حول شروط وأركان عقد التفاوض راجع معمر بوطباله ، الإطار القانوني لعقد التفاوض في مفاوضات عقود التجارة الدولية ، المرجع السابق ، ص 29 وما يليها .
- 5 : محمد عبود ، الطبيعة القانونية للإتفاقيات المبرمة خلال مرحلة التفاوض وآثارها ، مذكرة ماجستير ، تخصص : قانون أعمال ، كلية الحقوق ، جامعة سعد دحلب البليدة ، فيفري ، 2007 ، ص 64 وما يليها .
- 6 : يسري عوض عبد الله ، المرجع السابق ، ص 158 إلى 161 .
- 7 : معمر بوطباله ، المرجع السابق ، ص 34 و 35 .
- 8 : نفس المرجع ، ص 35 إلى 37 .
- 9 : علي أحمد صالح ، المفاوضات في العقود التجارية الدولية ، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الدولي العام ، جامعة يوسف بن خدة ، كلية الحقوق بن عكنون ، الجزائر ن.د.ت.م ، ص 171 إلى 173 .