



جامعة مولود معمري تيزى وزو

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق



# التفاوض في عقد الفرانشيز

مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون

تخصص: قانون أعمال

تحت إشراف الأستاذة:

د/ أوشن ليلي

من إعداد الطالبتين:

- طاهي كاهنة

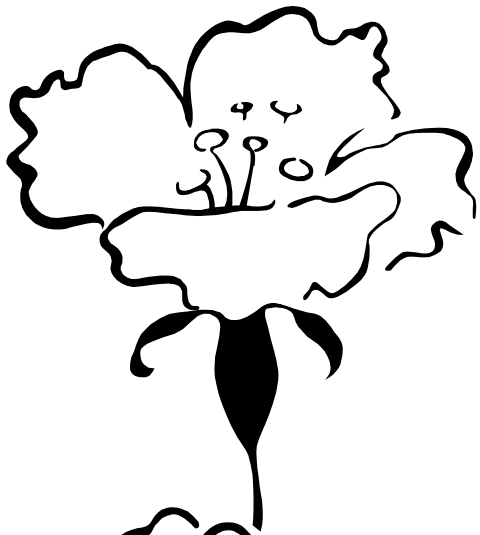
- يابسي صارة

لجنة المناقشة:

- د/ حابت آمال، أستاذة محاضرة "أ"،.....رئيسا
- د/ أوشن ليلي، أستاذة محاضرة "أ"،.....مشرفا ومقررا
- أورد كاهنة، أستاذة مساعدة "أ"،.....ممتحنا

السنة الجامعية: 2022/2021

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

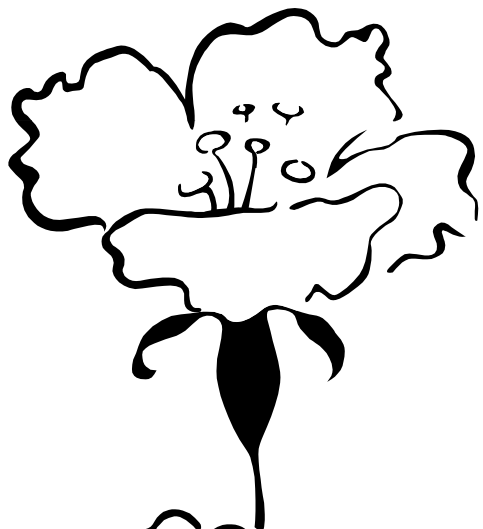


# شكر واحتراف

نحمد الله عز وجل الذي وفقنا في إتمام هذا البحث العلمي،  
والذي ألهنا الصحة والعافية والعزيمة.

نتقدم بجزيل الشكر والتقدير إلى الأستاذة المشرفة "  
أوشن ليلي" على كل ما قدمته لنا من توجيهات والنصائح  
والمعلومات قيمة التي ساهمت في إثراء موضوع دراستنا في  
جوانبه المختلفة، وكان العمل تحت إشرافها متعة وراحة  
نفسية أطال الله وبارك في عمرها

\* كاهنة وصارة \* 



# إهداء


إلى كل من أكن له المحبة، التقدير  
والاحترام.

\* طاهي كاهنة \* 



# إهداء

أهدي هذا العمل إلى كل عائلتي

\* يايسي صارة \* 

## قائمة المختصرات

أولاً- باللغة العربية:

- ص: صفحة
- ص ص: من الصفحة إلى الصفحة
- ط: طبعة
- ج ر: جريدة رسمية
- ق م ج: قانون مدني جزائري

ثانياً- باللغة الفرنسية:

- P : page

# مقدمة

## مقدمة

عرفا لتفاوض منذ القدم كعملية يتم من خلالها تنظيم علاقات البشر فيما بينهم عن طريق المحادثات الشفوية التي كانت الوسيلة الأولى للاتصال وتبادل الرأي في مختلف المواضيع والقضايا، وكان الحوار والنقاش بين الأفراد والجماعات بغية التفاهم والتوافق في العلاقات والمعاملات التجارية، ومع نشأة الأمم وظهور الدولة الحديثة بمؤسساتها السياسية والقانونية والاقتصادية والاجتماعية تطورت وتعدت العلاقات بين الجماعات والمؤسسات والتكتلات المختلفة داخل الدولة الواحدة كما تطورت العلاقات بين الدول المختلفة، وفي ظل هذا التطور أصبح التفاوض سواء على المستوى المحلي أو الإقليمي أو الدولي أداة هامة في تسوية المشاكل وحل الخلافات والقضاء على الأزمات وزيادة التفاهم والتفاعل وإقامة التوازن بين المصالح المختلفة وبين الحقوق والواجبات، فنحن نعيش عصر المفاوضات، سواء بين الأفراد أو الدول أو الشعوب في كافة جوانب حياتنا التي هي سلسلة من المواقف التفاوضية لذلك تظهر ضرورة التفاوض وأهميتها أثر واضح في حياتنا.

تلعب تقنية التفاوض دور هاما في مجال عقود الأعمال التي ظهرت مع التطور التكنولوجي، وانتشار ما يسمى بعقود نقل التكنولوجيا منها عقد الفرانشيز الذي ظهر نتيجة تفتح العلم على بعضه بسبب نظام الاتصال الحديث، والثورة المعلوماتية الهائلة في عصر العولمة، ونظرا لما ينطوي من خطورة وتعقيد محل هذا الأخير من نقل معرفة فنية، وعلامة تجارية وهذه الأخيرة تتطلب سرية، ولذا أصبح من الغير الممكن إبرام عقد الفرانشيز بسرعة وبطريقة بسيطة، وإنما من الضروري أن يسبق إبرامها مرحلة التفاوض التي تحدد الإطار العام للعقد المزمع إبرامه، هذا ما استوجب مناقشة شروط إبرام العقد وهذا لا يتم إلا عبر مرحلة التفاوض التي كانت محل اختلاف فقهي لتحديد تعريفها، فهناك من عرفها أنها عروض وعروض مقابلة يسعى من خلالها الأطراف المباحثات والمشاورات وتبادل الآراء والدراسات الفنية، تبادل الاقتراحات والمساومات والمكثبات وعلى ضوء هذه المفاوضات

يتحدد الإطار العام العقد المرتقب، كما تتحدد الملامح العامة لنطاق حقوق والتزامات كل طرف.

اختلف الفقهاء حول تحديد الطبيعة القانونية للتفاوض، فريق يرى أنها ذو طبيعة عقدية، تقوم على أساس اتفاق صريح بين الطرفين يكون مكتوب من أجل تنظيم العلاقة بين الطرفين أثناء التفاوض، وفريق آخر يرى أنها ذو طبيعة مادية مجرد من أي قيمة قانونية.

تبدأ عملية التفاوض عن طريق إقدام أحد الأطراف إلى تقديم الدعوة إلى الطرف الآخر، ومن أجل إنجاز هذه المفاوضات يجب التحضير الجيد لها عن طريق إتباع مناهج التي من شأنها إدارة وإنجاح التفاوض، وذلك باختيار فريق متفاوض يتمتع بمهارات تفاوضية، وكفاءة علمية، وغالبا ما يتكون فريق التفاوض من خبير مالي، خبير قانوني، خبير في التسويق، خبير لغوي، كما تقوم على منهج التفاهم والاستماع وتبادل الآراء.

أثناء مرحلة التفاوض يترتب على عائق الأطراف المتفاوضة مجموعة من الالتزامات جميعها مبنية على مبدأ حسن النية في التفاوض، فمجرد الإخلال بها ترتب مسؤولية تتراوح بين العقدية والتقصيرية، كما يؤدي إلى تطبيق الجزاء المتعلق بهتان المسؤوليتان.

تظهر أهمية التفاوض في عقد الفرانشيز إلى منح فرصة مناقشة بنود العقد لكون إن الإذعان القانونية غير واردة في عقود الأعمال فلما منح مالك لتكنولوجيا والملكية الصناعية، يرخص للممنوح له حق استغلال الملكية الصناعية، والملكية الفكرية في إطار العقد، وذلك بعد مناقشة ودراسة محل العقد في إطار ما يسمى تقنية التفاوض قد تدوم لسنوات طويلة، تكسي مرحلة التفاوض في عقد الفرانشيز أهمية بالغة كنقل المعرفة الفنية، والتكنولوجيا من الدول المتطورة إلى الدول النامية، تهدف الدراسة إلى تبيان ضرورة تنظيم مرحلة التفاوض في عقد الفرانشيز من طرف المشرع الجزائري، نظرا لأهمية هذا عقد في نقل المعرفة الفنية وإسهامه في التنمية الاقتصادية.

وبالرغم من الأهمية الكبيرة التي أصبح تكتسبها مرحلة التفاوض بالنسبة لإبرام عقد الفرانشيز، إلا أن هذه المرحلة لم تحظى بالتنظيم من قبل المشرع الجزائري ومن هنا نتساءل:

## عن الإطار القانوني المنظم للتفاوض في عقد الفرانشيز؟

لمعالجة الإشكالية المطروحة أعلاه، ارتئين إلى تقسيم البحث إلى فصلين تناولنا في (الفصل الأول) الأحكام العامة لمرحلة التفاوض في عقد الفرانشيز، الذي بدوره قسم إلى مبحثين، يتضمن الأول ماهية التفاوض في عقد الفرانشيز، والثاني ماهية عقد الفرانشيز.

تناولنا في الفصل الثاني الآثار المترتبة عن مرحلة التفاوض في عقد الفرانشيز، قسم إلى مبحثين، سنتطرق في (المبحث الأول) إلى الالتزامات التي تقع على الأطراف المتفاوضة وفي (المبحث الثاني) إلى جزاء الإخلال بالالتزامات الناشئة عن التفاوض.

# الفصل الأول

## الإطار المفاهيمي للتفاوض

## الفصل الأول

### الإطار المفاهيمي للتفاوض

تعتبر المرحلة التمهيدية التي تسبق إبرام العقد والمعروفة بمرحلة التفاوض، الأكثر أهمية وخطورة بحيث يتم فيها مناقشة بنود العقد، وترسم بشكل محوري ملامح العلاقة بين المانح الفرانشير ومتلقيه، كما تضح احتمالات النزاع في المستقبل ويحاول الأطراف بالتعاون وضع جميع الحلول من أجل تجاوز هذا النزاع، وتمتاز بخصائص وذات طبيعة قانونية دار حولها خلاف فقهي (المبحث الأول).

تكسي مرحلة التفاوض أهمية بالغة في عقد الفرانشير الذي يعد أهم عقود التجارة الدولية الحديثة النشأة والمنتشرة في كثير من دول العلم، والذي يسعى أساساً إلى تطوير الاستثمار والمشروعات التجارية، وله أهمية بالغة تتمثل في نقل التكنولوجيا والمعرفة الفنية من الدول المتقدمة غالى الدول النامية وبالتالي تضيق الفجوة الاقتصادية، وفي إطار هذا العقد تقوم علاقة تجارية بين المانح والممنوح، تقوم علة إنتاج منتجات وخدمات وتسويقها في منطقة ومدة محددة من قبل الممنوح له (المبحث الثاني).

## المبحث الثاني

### مفهوم التفاوض

يعرف التفاوض في مجال إبرام عقد الفرانشيز، بأنه مناقشة لعناصر مقترحة تتضمن غالبا المعرفة التقنية وهي وسيلة ذات دور فعال وهام من اجل تأطير العقد المراد إبرامه (المطلب الأول)، غير أن هناك اختلاف حول الطبيعة القانونية لتفاوض نظرا لعدم تنظيمها في اغلب التشريعات القانونية (المطلب الثاني).

### المطلب الأول

#### المقصود بالتفاوض

نظرا لعدم تنظيم التشريع لمرحلة التفاوض، فإنه لا يوجد تعريف جامع شامل بحيث تعددت التعريفات مع إظهار خصائصه في (الفرع الأول)، رغم الأهمية التي تمتز به (الفرع الثاني)، وسوف نبحت عن الطبيعة القانونية للتفاوض مع التطرق إلى موقف المشرع الجزائري (الفرع الثالث).

### الفرع الأول

#### تعريف التفاوض وخصائصه

لمعرفة المقصود بالتفاوض سنتطرق إلى التعريف (أولا) والتطرق إلى أهم الخصائص التي تمتاز بها هدي المرحلة (ثانيا).

#### أولا: تعريف التفاوض

سنبحث عن التعريف اللغوي (1)، التعريف الاصطلاحي (2)، (3) التعريف الفقهي والتعريف القضائي (4).

## 1- التعريف اللغوي:

تفاوض، يتفاوض، تفاوضاً، فهو مُتفاوض، تفاوض الرجلان: تبادل الرأي بغير التوصل إلى تسوية أو اتفاق، تباحثا، تشاورا "تفاوضا حول قضية الشرق الأوسط.

تَفَاوَضَ تَفَاوَضْتُ، أَتَفَاوَضُ، تَفَاوَضْ، تَفَاوَضُ تَفَاوَضَ الْفَرِيقَانِ: فَاوَضَ بَعْضُهُمَا بَعْضًا، تَدَاوَلَا، تَبَاَحَثَا تَفَاوَضَ الْمُتَنَازِعُونَ فِي أَمْرِهِمْ: فَاوَضَ فِيهِ بَعْضُهُمْ بَعْضًا تَفَاوَضَ الشَّرِيكَانِ فِي الْمَالِ: اشْتَرَكَا فِيهِ وَتَسَاوَيَا تَفَاوَضَ النَّاسُ فِي الْحَدِيثِ: أَخَذُوا فِيهِ.

تَفَاوَضَ. (اسْتَقَرَّ رَأْيُهُمْ عَلَى التَّفَاوُضِ لِحَلِّ نِزَاعِهِمْ): التَّدَاوُلُ، التَّبَاَحُثُ<sup>1</sup>

التفاوض هو عملية تحويل المواجهة إلى التعاون، وتغير موقف من الصراع إلى مشكلة قابلة للحل<sup>2</sup>.

تعتبر المفاوضات عن فن الاتصال الفعال وإدارة الحوار البناء، فهو سلوك طبيعي يستخدمه الإنسان للتفاعل مع محيطه وأسلوب حياة علمي في كل مجال<sup>3</sup>.

أما في اللغة الفرنسية: فإن كلمة "négociation" أصلها لاتيني، والتي لها معنيين، الأول هو التجارة، أي عملية البيع والشراء لقيمة منقول، وعملية تداول الأوراق التجارية، والمعنى الثاني أن التفاوض عملية تتضمن سلسلة من المحادثات وتبادل وجهات نظر وبذل عدد من المساعي بهدف التوصل إلى اتفاق بشأن صفقة معينة، كما نجد لتفاوض مرادف لها في اللغة الفرنسية هو "pour parler"<sup>4</sup>.

1- [www.arabdict.com](http://www.arabdict.com)، اطلع عليه يوم 2022/04/15 على الساعة 23:00

2- محمد الصريفي، التفاوض، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2007، ص ص 11-12

3- عمر سعد الله، قانون التجارة الدولية النظرية المعاصرة، الطبعة 2، دار هومة، الجزائر، 2009، ص 163.

4- نقلا عن: حمودي ناصر، التفاوض في عقود الاقتصادية الدولية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة مولود معمري، 2002، ص 68.

أما في اللغة الإنجليزية: العملية التي تقوم على اجتماع طرفين أو أكثر لإجراء محادثات بهدف الوصول إلى اتفاق حول قضية معينة<sup>1</sup>.

## 2- التعريف الاصطلاحي:

لقد عرف البعض المفاوضات على أنها "التحاور والمناقشة وتبادل الأفكار في الآراء والمساومة بالتفاعل بين الأطراف من أجل الوصول إلى إتقان معين حول مصلحة أو حل لمشكلة ما اقتصادية قانونية أو تجارية أو سياسية"<sup>2</sup>.

أنها حالة أو وضعية لكل من الأطراف المتفاوضة، من خلالها يتم مشاركة الأطراف المتفاوضة في تبادل الآراء مع بعضها البعض<sup>3</sup>.

وهناك من عرف المفاوضات أيضا على أنها: "اتفاق يجري بين المتعاقدين احتماليين من أجل البحث عن إمكانية إيجاد توافق الإرادات اتجاه الحقوق والالتزامات التي تمثل محل العقد"<sup>4</sup>.

يعرف التفاوض أيضا على انه عملية يتفاعل من خلاله الأطراف، نظرا للمصالح مشتركة ومتداخلة بينهما، وأن تحقيق أهدافهم والحصول على نتائج مرغوبة تتطلب الاتصال فيما بينهم كوسيلة من اجل تضيق مساحة الاختلاف وتوسيع منطقة الاشتراك بينهم من خلال المناقشة والمعارضة والحجة والإقناع والاعتراض للتوصل إلى اتفاق مقبول للأطراف بشأن قضايا التفاوض<sup>5</sup>.

1- حمودي ناصر، مرجع سابق، ص 68.

2- أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي والمفاوضات الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001، ص 59.

3- بريش ريمة، "خاصية التفاوض في عقد نقل التكنولوجيا"، مجلة الحقوق والعلوم السياسية، المجلد 08، العدد 02، جامعة محمد البشير الإبراهيمي، برج بوعريش، الجزائر، 2021/06/29، ص 543.

4- محمد علي جواد، العقود الدولية، مفاوضات، إبرامها، تنفيذها، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان الأردن، 2010، ص 45.

5- أحمد عبد القادر، إبراهيم أحمد، إدارة المفاوضات والنزاعات الدولية، دار النشر الجامعي، الإسكندرية، 2016، ص 7.

يمكن تعريف التفاوض في عقد نقل التكنولوجيا مثل عقد الفرانشيز، بأنها تبادل وجهات النظر والاقتراحات والدراسات الفنية والاستشارات القانونية بين المستورد والمورد، حول التكنولوجيا محل العقد، ومدى ملائمتها لظروف الاجتماعية والاقتصادية لبيئة المستورد، وتكوين العقد والشروط المقترنة بتنفيذه وذلك تحديد الالتزامات المتولدة عنه وجزاء الإخلال بها، وميعاد التنفيذ وطريقة التسديد المقابل وكيفية فض المنازعات الناشئة عن هذا العقد<sup>1</sup>.

التفاوض عملية حوار ومناقشة بين طرفين تربطهما مصلحة مشتركة أو نزاع مشترك بهدف الوصول إلى اتفاق يساهم في تحقيق أهدافهما، وهو سلوك يسلكه الإنسان عند التفاعل مع محيطه، وهو عملية تخاطب بشكل طبيعي بين جبهتين للوصول اتفاق يفي بالمصالح المشتركة بين الطرفين<sup>2</sup>.

وأيضاً التفاوض هو موقف تعبيرى حركى، قائم بين طرفين أو أكثر حول قضية من القضايا، يتم من خلالها عرض، التبادل، تقريب، وتكييف وجهات النظر، واستخدام كافة أساليب الإقناع للحفاظ على المصالح القائمة أو الحصول على منفعة، بإجبار الخصم على القيام بعمل أو الامتناع عن عمل معين في إطار علاقة الارتباط بين أطراف التفاوضى اتجاه أنفسهم أو اتجاه الغير<sup>3</sup>

وتعني المفاوضات على وجه العموم الالتقاء ومناقشة وتبادل وجهات النظر بين أطراف العقد الدولي أو من يمثلهم أو رجال الأعمال الذين يتم تفويضهم للقيام بذلك

1- بريش ريمة، مرجع سابق، ص 544.

2- نائلة أوصيف، سهام شناح، المفاوضات في عقود التجارة الدولية، مذكرة مقدمة ضمن متطلبات نيل شهادة الماجستير، تخصص قانون الأعمال، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بوضياف، 2020/2019، ص 8.

3- سمية ملوكي، إستراتيجية التفاوض في إبرام عقود التجارة الدولية الخارجية، دراسة حالة المؤسسة الوطنية للأقمشة الصناعية والتقنية بالمسيلة، مذكرة مقدمة ضمن متطلبات شهادة الماجستير أكاديمي في العلوم التجارية، تخصص مالية وتجارة دولية، كلية العلوم التجارية وعلوم التسيير التجاري، المسيلة، 2018/2017، ص 9.

في مسائل التعاقدات الدولية الهامة من أجل الوصول إلي توفيق تام بينهما وإبرام التصرف بما يرضيهم<sup>1</sup>.

من خلال التعارف السابقة يمكن تعريف التفاوض كما يلي: التفاوض هو عملية اتصال بين طرفين أو أكثر حول قضية معينة، باستخدام جملة من الأساليب والتقنيات. أين تدخل الأطراف في مناقشة شروط العرض أو العقد المعروض من قبل احد الأطراف، بهدف التوصل إلى اتفاق يحقق مصالح الأطراف المتفاوضة بطريقة سلمية بعيدة عن النزاع، بحيث كل طرف يحاول إقناع الطرف الآخر إقناعاً باقتراحاته المرتبطة بمحل التفاوض الذي هو نفسه محل العقد ويتمثل هذا الأخير في عقد الفرانشيز كل من المعرفة الفنية والمساعدة التقنية براءة الاختراع، العلامة التجارية.....التي سوف نتناولها في المبحث الثاني.

### 3- التعريف الفقهي للتفاوض:

تعرف على أنها تبادل الاقتراحات والاستشارات بين الأطراف المتفاوضة ليكون لكل منهم بنية على أفضل الإشكالية القانونية التي تحقق مصلحة الأطراف والتعرف على ما قد يسفر عنه الاتفاق من حقوق والتزامات أطرفيه، فهي كل اتصال أو تشاور أو حوار بين طرفين أو أكثر بغرض الوصول إلى اتفاق نهائي<sup>2</sup>.

عرفها البعض: بأنها حوار يجري بين متعاقدين احتماليين من أجل البحث عن إمكانية إيجاد توافق الإرادات اتجاه الحقوق و الالتزامات التي تمثل محل العقد، أما البعض لآخر عرفها أنها استعمال كافة الإمكانيات والوسائل المتاحة لغرض السيطرة على الموقف والوصول إلى التوفيق ما بين المصالح المتنازعة<sup>3</sup>.

1-Hungue kenfack, droit de commerce international, 2 Edition, edition dalloz, paris, 2006, p 67.

2-بوزيبة عزيز، دحة سفيان، دور التفاوض في تحسين عقود التجارة الدولية (دراسة حالة مؤسسة ملينة الحضنة بالمسيلة، مذكرة لنيل شهادة الماستر في العلوم الاقتصادية والتجارية والتسيير، فرع مالية وتجارة دولية، كلية العلوم الاقتصادية وعلوم التسيير، قسم علوم تجارية، جامعة محمد بوضياف، المسيلة 2012/2020، ص 11.

3- محمد علي جواد، مرجع سابق، ص 4.

فالعميد carbonier يعرف التفاوض: " تلك المرحلة التمهيديّة التي تتم فيها دراسة ومناقشة شروط العقد، وفي هذه المرحلة لا يكون العقد قد تم بل ليس هناك إيجاب بالعقد يمكن قبوله وإنما هناك عروض فحسب وعروض مضادة"<sup>1</sup>.

أما بالنسبة للفقهاء العربي فقد عرف الدكتور محمد إبراهيم دس التفاوض بأنه: " يسفر عن وضع ملامح محددة للعقد الذي يرمي المتعاقدان إلي توقيعه"<sup>2</sup>.

#### 4- التعريف القضائي للتفاوض:

عرف التفاوض في الحكم الصادر عن محكمة التحكيم لغرفة التجارة الدولية بتاريخ 26 أكتوبر 1979 علي أنه: "عقد يتعهد طرفاه بالتفاوض أو بمتابعة من أجل التوصل إلي إبرام عقد معين لم يتحدد موضوعه إلا بشكل جزئي لا يكفي في جميع الأحوال لانعقاده"<sup>3</sup>.

أما محكمة باريس في حكمها الصادر في 23 ماي 1992 عرفت التفاوض " إن عقد التفاوض هو عقد بمقتضاه يلتزم أطرافه ببدء أو متابعة التفاوض بحسن نية حول شروط عقد يبرم في المستقبل"<sup>4</sup>.

من خلال التعارف السابقة يمكن تمييز تقنية التفاوض عن النظم المشابهة لها كالآتي:

1- نقلا عن: قندوس سعاد، المفاوضات في عقود التجارة الدولية، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص قانون اقتصادي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة مولاي الطاهر، سعيدة، 2013/2014، ص 07.

2- قندوس سعاد، المرجع نفسه، ص 08.

3- عبد العزيز المرسي حمود، الجوانب القانونية لمرحلة التفاوض نو الطابع التعاقدية، دار النشر، القاهرة، 2005، ص 32.

4- المرجع نفسه، ص 32.

**أ- تمييز التفاوض عن المشاورة:**

المشاورة هو طلب الرأي من أهل الاختصاص وإحالة النظر فيه وصولاً إلى الرأي الموافق للصواب، وهو عقد رضائي يتم بمجرد تلاقي إرادتين العميل والاستشاري، كما يقصد بالاستشارة طلب الرأي و غير إلزامي قد يكون بثمن أو بدونه مسألة معينة من أجل خلق جو من الثقة بهدف إيجاد حل لمشكلة غير أنها لا تؤدي إلى إيجاد نتيجة فورية<sup>1</sup>.

يكمن الاختلاف بين المشاورة والتفاوض في<sup>2</sup>:

- التشاور ينتج عنه التوصل إلى أفضل الحلول واتخاذ أفضل الحلول في الوقت المناسب، أما التفاوض يكون هدفه التوصل إلى اتفاق لتفادي الصراع والنزاع في المستقبل.
- يهدف التشاور إلى إبداء الرأي في مسألة معينة، يختلف عن المفاوضات التي يتمثل هدفها في محاولة إبرام الصفقة.
- أن الأطراف المتفاوض تتقيد بالاتفاق الذي توصلوا إليه من خلال عملية التفاوض، لكن في التشاور لا أحد يتقيد بالاستشارة لان هذه الأخيرة تكون على سبيل الاستئناس فقط.

**ب- تمييز التفاوض عن المساومة:**

تعرف المساومة على أنها تبادل الاقتراحات بشأن شروط حول مسائل معينة، وكل من عملية التفاوض، والمساومة تتمان قبل إبرام العقد، كما للمساومة دور أساسي في إطار التفاوض أثناء إبرام العقد التجاري الدولي<sup>3</sup>.

"المساومة تعد من أقدم و أكثر التكتيكات التفاوضية استخداماً فلا يكاد أن يمر عقد إلا و تتخلله مساومات من كلا الطرفين"<sup>4</sup>.

1- نانلة اوصيف، سهام شناح، مرجع سابق، ص 32.

2- علي أحمد صالح، المفاوضات في العقود التجارية الدولية، دار هوما، الجزائر، 2011، ص ص 114-115.

3- سمية ملوكي، مرجع سابق، ص 10.

4- نقلا عن حمودي ناصر، مرجع سابق، ص 91.

يختلف كل من عملية التفاوض والمساومة في النقاط التالية<sup>1</sup>:

- أن العقود البسيطة تكون محل لتساوم وليس للمفاوضات.
- لا يمكن تصور التفاوض إلا في العقود القابلة للتفاوض، بينما المساومة تكون في جميع أنواع العقود.
- أن تقنية التفاوض في عقود التجارة يمثل شكلا من المساومة التي تقوم على الأخذ والعطاء بحيث لا يخلو أي عقد تجاري من الاقتراحات بشأن مسألة، ويكون عادة من خلال التمسك بالثمن الذي عرضة البائع إلي التخفيض بما يناسب عرض المشتري.
- أن المفاوضات تبني على التفاعل والمشاركة بين الأطراف المتفاوضة من خلال تحديد بنود وشروط العقد إلى غاية إنجائه في نمط معين، ويشكل مشترك بحيث تقوم على الأخذ والعطاء مع تقديم التنازلات من الجانبين في حين تكون المساومة من جانب واحد وتقتصر فقط على الثمن وهو أسلوب تعامل يجذب العميل في بيع السلع أو الحصول على الخدمة هدفها تحقيق الربح.

### ج- تمييز التفاوض عن الوساطة:

تعرف الوساطة على أنها أسلوب من الحلول البديلة لحل النزاع، أي تقوم على إيجاد حل ودي للنزاع دون اللجوء إلى القضاء عن طريق الحوار وتقريب وجهات النظر من خلال التوصل إلي اتفاق يرضي جميع الأطراف دون التحيز لطرف، وتكون الوساطة من طرف أشخاص يتمتعون بخبرة و مهارات في الإقناع<sup>2</sup>.

1- نائلة اوصيف، سهام شناح، مرجع سابق، ص 34.

2- المرجع نفسه، ص 35.

"يقصد بالوساطة عمل ودي يقوم به طرف ثالث كدولة، أو مجموعة من الدول أو وكالة تابعة لمنظمة دولية أو حتى فرد ذو مركز رفيع في سعيه لأيجاد تسوية للنزاع القائم بين دولتين"<sup>1</sup>.

وتختلف الوساطة عن المفاوضات في النقاط التالية<sup>2</sup>:

- لا يمكن للوساطة أن تكون بديل للتفاوض وإنما تقنية تستعمل في التفاوض، أي أن الوساطة تعتبر مرحلة تمهيدية للتفاوض.
- في المفاوضات تسعى الأطراف معا إلى حل النزاع وتبني على سياسة العطاء واتخاذها لتسوية الخلافات.
- في المفاوضات يلتقي الطرفين بعضهما البعض، أما في الوساطة يلتقي الوسيط الأطراف بشكل فردي.
- الوساطة غير ملزمة.

### ثانياً: خصائص التفاوض

تتميز بعدة خصائص نجد منها:

#### 1. تصرف إرادي:

يعني ان التفاوض عملية تتبع من إرادة كلا الطرفين، أي تكون إرادته حرة دون جبر أو إكراه على التفاوض، ويظل كل طرف من أطراف التفاوض حراً طيلة مرحلة المفاوضات، حيث يستطيع الاستمرار في التفاوض، أو يعدل عنه في أي وقت يشاء، دون أية مسؤولية، إذا اقترن الانسحاب من المفاوضات بخطأ صدر من أحد الطرفين<sup>3</sup>.

1- نقلا عن: عمر سعد الله، مرجع سابق، ص 290.

2- نانلة اوصيف، سهام شنّاح، مرجع سابق، ص 36.

3- أبو العلا علي أبو علي النمر، مفاوضات عقود التجارة الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002، ص 33.

## 2. تقوم عملية التفاوض على الأخذ والعطاء:

التفاوض عملية تبادلية لا تقوم على تحقيق أحد أطراف المفاوضات لمكاسب على حساب الطرف الآخر حيث يقتضي مبدأ حسن النية وشرف التعامل أن يحرص كل طرف على إدراك اهتمامات وأهداف الطرف الآخر وذلك بالتوصل إلى نتيجة نهائية ترضي جميع الأطراف<sup>1</sup>.

## 3. أن نتائجه احتمالية:

ومعنى ذلك أن التفاوض يقوم على وجود حاجة، أو قضية، أو مشكلة أو مصالح متعارضة بين طرفين أو أكثر، وتهدف المفاوضات في عقد الفرانشير، إلى محاولة تسوية مشكلة السعر أو الثمن، أو نقل معرفو تقنية معينة، وقد يتفق الطرفان على إبرام العقد النهائي المتفاوض عليه، وقد تصل المفاوضات إلى طريق مسدود وتنتهي بالفشل، ذلك أن الدخول في المفاوضات لا يلزم الأطراف بإبرام العقد النهائي، بل يلزمهم فقط بالتفاوض وفق ما يقتضيه مبدأ حسن النية، لكون الالتزام بالتفاوض هو التزام ببذل عناية، وليس التزام بتحقيق نتيجة<sup>2</sup>.

## 4. التفاوض عقد تمهيدي:

أن الهدف من التفاوض هو التحضير تمهيدا للعقد النهائي، وذلك من اجل أحكامه بصفة مضبوطة وسلمية أي أن الأطراف لا يلزمان بعضهما بإبرام العقد النهائي وإنما يلتزمان فقط بالتفاوض للوصول إلي إبرام العقد، أين يعبر كل طرف عن رغبته في الوصول إلى اتفاق يحقق المصالح المتبادلة<sup>3</sup>.

1- علي أحمد صالح، مرجع سابق، ص 65.

2- بوطيلة معمر، 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 12.

3- أبو العلا علي أبو العلا النمر، مرجع سابق، ص 49.

## الفرع الثاني

### الأهمية القانونية لتفاوض

يقرب التفاوض وجهات النظر بأسلوب حضاري بين أطراف العلاقة المستقبلية التي تكون في الغالب متباينة إذا يحرص كل طرف على حرية في عدم التعاقد أو التعاقد بشروطه حتى لحظة الاتفاق النهائي<sup>1</sup>.

يلعب التفاوض دورا هاما في مجال العقود خاصة في العصر الحالي، استجابة للتطور الهائل في وسائل الإنتاج الصناعي والتكنولوجي والثورة المعلوماتية في مجال استخدام وسائل الاتصال الحديثة في التفاوض على العقود وإبرامها، حيث تتخلل مرحلة التفاوض مساومات بين الطرفين إذ يسعى كل طرف إلى إقناع الآخر بوجهة نظره، ويتم اللجوء لعملية التفاوض لأسباب اقتصادية أو نفسية أو اجتماعية أو قانونية؛ فالأسباب الاقتصادية يبررها عظم قيمة الصفقة أو العقد محل التفاوض<sup>2</sup>.

أن مفاوضات العقد هي كل الأعمال المتعلقة بتكوين إيجاب مشترك لعقد معين، يدخل في ذلك الإيجاب وتعديلاته والمناقشات والمراسلات المتبادلة والاستفسارات وكل ما من شأنه أن يؤدي إلى تحديد ملامح هذا الإيجاب المشترك<sup>3</sup>.

إذن يمكن القول أن محل المفاوضات هو صدور الإيجاب الذي يتم من خلاله بيان مدة العقد، والتي يتم فيها التوقف عند نقطة بدء الالتزامات التعاقدية والتزامات الأطراف من تاريخ نفاذ العقد، إلى جانب المفاوضة على العقد وغيرها من المسائل، أي مناقشة تفاصيل التزامات كل من الأطراف<sup>4</sup>.

1- بوزيية عزيز، دحة سفيان، مرجع سابق، ص 12.

2- عمر سعد الله، مرجع سابق، ص ص 166-167.

3- بكاكري حسيية، عقود التجارة الدولية، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، شعبة قانون الاقتصادي للأعمال، تخصص قانون عام للأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2013/2012، ص 38.

4- المرجع نفسه، ص 38.

ويمكن إجمال الأهمية القانونية للتفاوض في عقد فرانكيز فيما يلي:

- التفاوض يجعل الإيجاب في العقود من صنع الطرفين معا ومعني ذلك أن المفاوضين خلال مناقشتهم لبنود العقد يصلون إلي اتفاق يعبر عن إرادتهم المشتركة<sup>1</sup>.
- التفاوض يمنع من الإدعاء بالإذعان، فعقد الإذعان هو العقد الذي يفرض أحد لأطراف شروطه إلا أن التفاوض يحقق للطرف الآخر فرصة مناقشة شروط العقد ومن تم لا يجوز الادعاء بالإذعان في عقد التفاوض<sup>2</sup>.
- التفاوض وسيلة لتفسير العقد، من خلال ما يتضمنه من مناقشات ودراسات متبادلة بين الطرفين مرجعا هاما في مرحلة التنفيذ<sup>3</sup>.
- التفاوض وسيلة للوقاية من النزاعات المستقبلية، لأن الأطراف يناقشون كافة المسائل التي يمكن أن تكون موضع خلاف مستقبلي بينهم<sup>4</sup>.
- التفاوض يحدد مضمون الإلزام العقدي ومثال لذلك إذا ما تم الاتفاق على الالتزام المتعاقد بتوريد ماكينات للمصنع فإن المكونات العقد تشمل أيضا الأدوات الضرورية لإدارة هذه الماكينات وكيفية تركيبها في المصنع المشتري إذا ما نوقشت هذه المسائل خلال مرحلة التفاوض<sup>5</sup>.

1- فطيمة الزهراء عبد العزيز، "أساس المسؤولية المدنية المترتبة عن مرحلة المفاوضات قبل التعاقد"، مجلة الرسالة للدراسات والبحوث الإنسانية، المجلد 06، العدد 02، كلية الحقوق، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر، 2021/04/20، ص 27.

2- محمد حسن منصور، العقود الدولية، ماهية العقد الدولي وأنواعه وتطبيقاته ومفاوضات العقود وإبرامه ومضمونه، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2006، ص 48.

3- صحراوي مختار، بوقميجة نجية، "المفاوضات كآلية حاسمة لإنجاح عقود التراخيص براءات الاختراع"، مجلة دفاتر السياسة والقانون، المجلد 12، العدد 02، بن يوسف بن خدة، الجزائر، 2020/06/01، ص 92.

4- عبد الحكيم مصطفى الشرقاوي، العقود الدولية وخضوعها للقواعد الموضوعية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2001، ص 27.

5- نقلا عن: نعيمة زهرة، سايح فاطمة الزهراء، التفاوض في عقد البيع الدولي، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق تخصص، قانون خاص، معهد العلوم الاقتصادية وعلوم التسيير، قسم الحقوق، المركز الجامعي بلحاج بوشعيب، عين تموشنت، 2018/2017، ص 15.

## الفرع الثالث

### الضوابط المنهجية المنظمة للمرحلة التفاوض

لتحقيق النتائج المرجوة والمنتظرة من عملية التفاوض يتوجب التخطيط الدقيق والإعداد الجيد لكيفية إدارة وإنجاح التفاوض عن طريق الضوابط المنهجية والضوابط البشرية لعملية التفاوض، فالتفاوض بدون منهج علمي موضوعي يرتبط بالقضية التفاوضية يحول إلى جدل عقيم لا يوصل إلى أي نتيجة.

#### أولاً: الضوابط المنهجية

"وهي مجموعة الإجراءات التي يجب أن تتبع في عملية التفاوض من أجل الوصول إلى النتيجة الموجودة ويمكن تقسيم الضوابط المنهجية إلى قسمين أو نوعين وهما منهج المصلحة المشتركة والذي يمتاز بعلاقة إيجابية وتعاونية يحكمها التعاون والفهم المتبادل من أطراف التفاوض، ومنهج الصراع حيث يكون عدم التوازن بين الطرفين التفاوض وتكون العلاقة تنافسية عدائية كما يوجد مناهج أخرى منها منهج التحليل الكمي وهو يعتمد على استخدام مفاهيم الإحصاء والرياضة ، منهج السلوكي وهو تشخيص أطراف التفاوض، منهج حد الأمانة أو حافة الخطر وهي معرفة إمكانات وسلطات لطرف الآخر والمنهج المتكامل للتفاوض احتوائه على كافة المناهج الأخرى يقوم على أساس شمولية فهو يحوي على مجموعة من القواعد أو المعايير الثابتة التي يعتمد عليها المفاوض لتحقيق أهدافه وتكون العلاقة بين أطراف التفاوض هي عبارة عن علاقة مصالح مشتركة حيث يمكن الاستفادة من الإمكانيات المتاحة لطرف معين في تحقيق مصالح أطراف التفاوض"<sup>1</sup>.

1- نقلا عن نعيمي زهرة، سايح فاطمة الزهراء، مرجع سابق، ص ص 17 - 18

## ثانياً: الضوابط البشرية

" يتضمن الإعداد للتفاوض كافة الأساليب الممكنة للتخطيط والتحليل والتنبؤ والقياس والتقدير وتمثيل الأدوار والمحاكاة والمبادرات والعصف الذهني وكل ما يجعل المفاوض يدير عملية التفاوض بنجاح لهذا يستلزم أن يكون المفاوض محنك واعي له قوة الإدراك والديه مهارات عملية و يمكنه أن يتجنب شخصيات ويتحرى بالموضوعية في تناول موضوع التفاوض." العقد، وذلك ذكر الخبراء انه في حالة عدم التفاهم خاصة في الصفقات السريعة التي تتطوي في الغالب على الخسائر والمخاطر يستحسن الاستعداد الدائم لاتخاذ قرار قطع التفاوض<sup>1</sup>.

## ثالثاً: ضمانات بدء المفاوضات

في مرحلة التفاوض في عقد الفرانشيز يضطر المانح إلى الإفصاح علي بعض المعلومات السرية المتعلقة بتقنية الإنتاج للطرف الآخر الأمر الذي يستوجب الحيطة والحذر، ولتغلب الطرفين المتفاوضين علي مشكلة السرية يلجأ إلى ضمانات التي تنقسم حسب مصدرها إلي نوعين:

### 1- ضمانات إرادية:

يغلب على هذا النوع من الضمانات مصلحة المانح، الذي لا يكتفي بالضمانة العامة في القانون والتي تقتضي بضرورة التعامل بحسن النية<sup>2</sup>، والضمانات الإرادية تتم بأحدي الوسائل التالية:

1- نعيمة زهرة، سايح فاطمة الزهراء، مرجع سابق، ص18

2- لبني حمرة، ماجدة بلحواس، مرجع سابق، ص 66.

**أ- تعهد كتابي:**

يعده عموماً المانح وهو عقد ملزم لجانب واحد، وهو المانح له، حيث يلتزم هذا الأخير بالمحافظة على سرية المعلومات التي تخص الاختراع محل العقد التي تصل إليه أثناء المفاوضات، كما يتعهد المانح له بعدم إفشائها للغير، أو استخدامها هو أو يساعد على استخدامها من قبل الغير<sup>1</sup>.

**ب- دفع مبلغ من المال:**

قد يتفق الطرفين على أن يدفع المانح له مبالغ من المال مقابل اطلاعه على بعض الأسرار الصناعية محل التفاوض، والتي تتعلق بكيفية وماهية الاستثمار الصناعي، ويمثل هذا المبلغ ضماناً بعدم إفشاء تلك الأسرار الفنية الصناعية، وفي حالة فشل المفاوضات، فإن مصير المبلغ يتحدد وفقاً لما اتفق عليه الطرفين، فقد يتم إرجاعه إلى المانح له أو يخسره نظيراً لما اطلع عليه من أسرار<sup>2</sup>.

**2- الضمانات القانونية:**

يذهب بعض الفقهاء إلى التفرقة بين نوعين من العقود، نوع يتطلب الثقة ونوع آخر لا يتطلبها، ولقد أقر القانون الفرنسي والمصري مبدأ حسن النية، وفي هذا السياق يقول الدكتور محمد محسن النجار "أنه أصبح مبدأ عام يسود كافة التشريعات الحديثة لذلك يجد المانح نفسه ملزماً باطلاع المانح له على المعلومات الخاصة بالمعرفة الفنية محل التعاقد"<sup>3</sup>.

1- دعاء طارق بكري البشتاوي، مرجع سابق، ص 63.

2- المرجع نفسه، ص 64.

3- لبني حمرة، ماجدة بلحواس، مرجع سابق، ص ص 66-67.

## المطلب الثاني

### الطبيعة القانونية للتفاوض

يُميز الفقهاء عند بحثهم للطبيعة القانونية للمفاوضات بين غير المصحوبة باتفاق صريح فيعدونها من قبيل الوقائع المادية (الفرع الأول)، وبين تلك المصحوبة بمثل هذا الاتفاق فيعتبرونها ذات طبيعة عقدية (الفرع الثاني).

#### الفرع الأول

##### الطبيعة المادية للتفاوض

التفاوض ذو طبيعة مرنة ومزدوجة يصعب التفرقة فيها كونها متغيرة ومتطورة ومختلفة من عدة جوانب فكل عقد ومجال خصائص تفاوضية معينة قد لا توجد في عملية تفاوضية أخرى، وتقوم فكرة الطبيعة المادية للتفاوض على أساس أن التفاوض يمثل مجرد واقعة مادية ليس إلا، ومن ثم فهو غير ملزم ومفرغ من أي قيمة قانونية، ويذهب الفقهاء و القضاء المعاصرين إلى التفرقة بين المفاوضات غير المصحوبة باتفاق صريح وبين تلك المصحوبة بمثل هذا الاتفاق فالأولى تعتبر في نظرهم ذات طبيعة مادية أما الثانية فتعد ذات طبيعة عقدية، والاتفاق الضمني على التفاوض يقصد به المفاوضات التي تتم دون أنى كون هناك اتفاق صريح بشأنها حيث لا يوجد تنظيم اتفاقي لعملية التفاوض بينهم ولا يوجد نص قانوني ينظم العلاقة بين طرفي التفاوض<sup>1</sup>.

إن فكرة الطبيعة المادية للتفاوض لا يمكن التسليم بها لمجافاتها للمفهوم القانوني الصحيح للتفاوض وبالرجوع إلى عدد من أسباب منها:

1- نقلا عن: سعودي سعودي توفيق، دور المفاوضات في انعقاد عقود التجارة الدولية، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص قانون الأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة الجبيلي بونعامة، خميس مليانة، 2018/2019، ص 18.

- التفاوض يتم بالاتفاق بين المتفاوضين لم يكن صدفة فدخل الطرفين في التفاوض يكونا قد تجاوزا مرحلة اللقاءات التي تتم عادة بالمصادفة والتي تحكمها قواعد المسؤولية التقصيرية ومن غير المعقول أن يكون الطرفان قد وجدا نفسيهما في المفاوضات فجأة وبدون اتفاق.
  - كما أنه تصرف ثنائي يتم من جانبين فأكثر وليس من جانب واحد فالتفاوض على العقد لا يتحقق إلا بحدوث نوع من الاتصال بين طرفين أو أكثر.
  - التفاوض على العقد تصرف إرادي لا يتم إلا بتوافق إرادتين وليس فيه إجبار أو إكراه.
  - المتفاوضان يهدفان من ورائه إلى إحداث اثر قانوني معين وهو الوصول لمرحلة تمهيد للعقد المزمع إبرامه<sup>1</sup>.
- وأخيرا فإن الأطراف في مرحلة التفاوض يلتزمان التزاما حقيقي فمن المسلم به أنه بمجرد الدخول في التفاوض يقع على عاتق الطرفين التزامات الناشئة عن الدخول في عملية التفاوض، وأن لهذا الالتزام دائن ومدين ومحل يرد إليه، فهو التزام تبادلي يلزم المتفاوض بقيام بعمل أو الامتناع عن عمل، وهذا كذلك بالنسبة لباقي الالتزامات الأخرى المتفرعة عن الالتزام بالتفاوض بحسن نية<sup>2</sup>.

## الفرع الثاني

### طبيعة العقدية للتفاوض

يرى جانب من الفقه القانوني المعاصر أن التفاوض ذو طبيعة عقدية عندما تكون المفاوضات مصحوبة باتفاق صريح بين الطرفين، وغالبا ما يكون هذا الاتفاق مكتوبا ويحمل

1- المرجع نفسه، ص 19.

2- تواتي أحمد نور الهدى، النظام القانوني للتفاوض في عقود التجارة الدولية، مذكرة تخرج لنيل شهادة ماستر، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، 2013/2012، ص 23.

في طبياته تنظيماً للعلاقة بين طرفي التفاوض، من حيث الحقوق والالتزامات. وإذا ما جاءت المفاوضات بمثل هذا الاتفاق التفاوضي الصريح، فيتحول التفاوض من مجرد عمل مادي غير ملزم لا يترتب أثر قانوني، إلى تصرف قانوني ملزم يترتب آثار قانونية على عاتق طرفيه. ومن ثم تتحول المسؤولية بشأنه من تقصيري إلى عقدية<sup>1</sup>.

يؤكد أطراف التفاوض ففي مثل هذه الحالة على أن مفاوضاتهما تتم بموجب اتفاق سابق بينهما، ويستوي أن يكون هذا الاتفاق قد جاء صريحاً أم ضمناً وفقاً للقواعد العامة، لأنه بطبيعته اتفاق رضائي. فقد أصبح التراضي وحده، توافق الإرادتين، هو قوام العقد، حيث يكفي قانوناً لقيام العقد، كقاعدة عامة، أن يتبادل الطرفان التعبير عن إيجاب وقبول متطابقين، حتى ولو جاء هذا التعبير ضمناً. فمتى ما وجد تفاوض على العقد، فإن هناك اتفاق يستشف بين الطرفين على الرغبة في التفاوض، حتى ولو لم يكن ذلك الاتفاق صريحاً<sup>2</sup>.

يحكم هذا الاتفاق العلاقة بينهم، كما وأنه يلزمهم بالتفاوض بحسن نية دون أن يلزمهم بإبرام العقد النهائي، وبذلك يكفل هذا الاتفاق للطرفين الحرية في العدول والأمان في المفاوضات، فحتى لو لم يوجد اتفاق صريح بين الأطراف على التفاوض، فإن القانون ذاته يلزم كل مفاوض الاستمرار في المفاوضات<sup>3</sup>.

### الفرع الثالث

#### موقف التشريعات المقارنة من طبيعة التفاوض

سنتطرق في هذا الفرع إلى كل من موقف المشرع الفرنسي (أولاً)، وموقف المشرع الجزائري (ثانياً)، و (ثالثاً) موقف المشرع المصري.

1- سعدي سعدي توفيق، مرجع سابق، ص 20.

2- المرجع نفسه، ص 20.

3- عبود محمد، "التفاوض في عقود الأعمال بين الطبيعة المادية والطبيعة العقدية"، مجلة البحوث والدراسات القانونية، العدد 13، جامعة البليدة 2، 2018/05/24، ص 24.

## أولاً: موقف المشرع الفرنسي

لم يكن في التقنين الفرنسي أي نص يحكم مرحلة التفاوض حيث كانت هذه المرحلة لا تمثل أي أهمية عند واضعيه، بل أن هذا التقنين لم يتضمن سوي بعض النصوص القليلة فيما يتعلق بتكوين العقد، ولكن في آخر تعديل للقانون المدني الفرنسي وضع مبدأ هام لمرحلة التفاوض بشكل صريح وذلك بضرورة توفر مبدأ حسن النية في مرحلة التفاوض على العقد<sup>1</sup>.

دون أن يزيد عن ذلك فيما يخص عن الطبيعة القانونية لهذه المرحلة، والمسؤولية الناشئة عنها، ولذلك عكف الفقه والقضاء على إرساء دعائم المسؤولية قبل العقدية بما في ذلك المسؤولية الناجمة عن قطع المفاوضات مستغنين بذلك بالقواعد العامة<sup>2</sup>.

## ثانياً: موقف المشرع الجزائري

لم يشر القانون الجزائري بصراحة في نصوصه إلى تنظيم مرحلة التفاوض، غير أن جانب من الفقه الجزائري يعتبرون أن المفاوضات الغير المصحوبة باتفاق التفاوض يعتبر مجرد عمل مادياً<sup>3</sup>، يقتصر الالتزام بحسن النية في التشريع الجزائري على مرحلة تنفيذ العقد، ولا يمتد إلى مرحلة التفاوض على العقد، وطبقاً لنص المادة 107 من القانون المدني الجزائري "يجب تنفيذ العقد طبقاً ما اشتمل عليه وبحس النية" إما بالنسبة لمرحلة التفاوض على العقد فلا وجود لنص خاص يفرض صراحة الالتزام بالتفاوض بحسن نية<sup>4</sup>.

1- المرسوم رقم 131-2016، الصادر في 2016/02/10 المعدل للقانون العقود والنظرية العامة للالتزامات والإثبات الذي دخل حيز التطبيق في 2016/10/01 حيث تم تعديل 350 مادة من القانون المدني الفرنسي، وأهم تعديل انه وضع تنظيم جديد للمفاوضات في المادة 1104 باشرطه توفر مبدأ حسن النية في مرحلة التفاوض.

2- عبد الكريم عبد الله، مرجع سابق، ص 263.

3- أيت سليمان جعفر، التنظيم العقدي لمرحلة التفاوض، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص قانون الشركات، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، 2018/2017، ص 26.

4- دحداح سهيلة، رزقي ليلي، مرجع سابق، ص 12.

غير أن جانب من الفقه الجزائري يذهب إلى القول المشرع الجزائري، أشار ضمناً إلى وجود الالتزام بحسن نية في جميع مراحل العملية التعاقدية من خلال المادة 107 من القانون المدني، سواء تعلق الأمر بمرحلة تنفيذ العقد أو مرحلة التفاوض على العقد، وعليه فحسب رأي هذا الجانب من الفقهاء الجزائريين فإن المفاوضات غير المصحوبة باتفاق التفاوض في القانون الجزائري، فإنها تعتبر مجرد عمل مادي، ولا يترتب عليها أي اثر قانوني، ولا يكون للمتفاوض مسؤولاً إذا ما عدل، أو انسحب من المفاوضات، بل يعتبر خطأً مستقل، تتحقق معه المسؤولية التقصيرية<sup>1</sup>.

### ثانياً: موقف المشرع المصري

لا يوجد نصفي القانون المصري، كما هو الأمر في القانون الجزائري، خاص بتنظيم مرحلة التفاوض على العقد فالقانون المصري يعتبر المفاوضات مجرد عمل مادي لا يترتب عنها أي اثر، وأن المسؤولية المترتبة عن قطع المفاوضات هي مسؤولية تقصيرية وليست مسؤولية عقدية، ولكن الفقه المصري الحديث، قد سلم بأن اتفاق التفاوض خاصة الصريح ينشئ على عاتق الطرفين التزاماً عقدياً بالتفاوض بتعيين تطبيقه وفقاً ما يستوجبه حسن النية طبقاً للمادة 1/148 من القانون المدني المصري إذا ما أخلي احد الطرفين بالتزاماته بالتفاوض بحسن نية فإنه يكون مسؤولاً مسؤولية عقدية طبقاً لنص المادة 215 قانون المدني المصري، وأن تقدير وجود الإرادة الدالة على انعقاد العقد.

وبالتالي دخول العلاقة دائرة القانون، أو الدالة على إبقاء العلاقة خارج نطاق القانون، مسألة تتوقف على النية الحقيقية لطرفين وفقاً لقواعد العامة للتفسير، حيث يؤكد هذا الاتجاه على أن مجرد حصول الدخول في المفاوضات لا يكفي لاستخلاص عقد التفاوض ولو توافرت لدى الطرفين إرادة التفاوض، وإنما يجب أن تكشف إرادة الطرفين عن إضفاء الصفة العقدية علي علاقتهما أثناء التفاوض<sup>2</sup>.

1- أيت سليمان جعفر، مرجع سابق، ص 27.

2- المرجع نفسه، ص 27.

## المبحث الثاني

### مفهوم عقد الفرانشيز

يعتبر عقد الفرانشيز من العقود المستحدثة ذات أهمية اقتصادية، فهو وسيلة استثمار مباشر، ويعتبر هذا العقد أحد الآليات التي يتحقق من خلالها تكامل المشروعات المختلفة، حيث تتلخص هذه العملية في وجود نشاط اقتصادي ناجح في أي مجال سواء في المجال الصناعي، الخدمي، السلعي، أو غيرها من المجالات الأخرى، ويرغب صاحبها في التوسع والاستثمار دون أن يستثمر أمواله الخاصة في إنشاء فروع ووحدات جديدة، فيعرض هذا النشاط لصاحب المشروع كما يتم تزويده بطرق التشغيل والإدارة والتدريب الضروري له ومساعدته طوال فترة العقد مقابل مبلغ من المال يدفعه بالاتفاق بين الطرفين<sup>1</sup> (المطلب الأول)، كما سنتطرق إلي تمييز عقد الفرانشيز عن بعض العقود المتشابهة (المطلب الثاني).

### المطلب الأول

#### المقصود بعقد الفرانشيز

يقوم عقد الفرانشيز على التعاون بين طرفين مستقلين، فمن جهة، هناك مانح الفرانشيز الذي يحتكر معرفة فنية مميزة وقابلة للانتقال، والذي طور مشروع اقتصادي ناجح وقابل للتكرار ومن جهة أخرى، نجد متلقي الفرانشيز وهو شخص مستقل عن المانح ينظم لشركة الفرانشيز ويصبح عضو فيها ما يمكنه من تطوير مشروعه الخاص لإعادة تكرار النجاح الذي حققه المانح، ففكرة الفرانشيز، تعني عقد محله نقل العناصر الأساسية للنجاح الاقتصادي للمانح إلى متلقي الفرانشيز عن طريق إخضاع الطرفين للالتزامات متقابلة، وتعددت تعريفات عقد الفرانشيز إذ ليس هناك تعريف موحد له (الفرع الأول)، كما أن لعقد

1- ربيعة بن عزوز، "إشكالية تقنين عقود الأعمال"، مجلة حقوق الإنسان والحريات العامة، جامعة مستغانم، جانفي 2018، ص 34.

الفرانشيز خصائص يمتاز بها (الفرع الثاني) كما يأخذ عقد الفرانشيز عدة أشكال تتنوع حسب القطاعات الاقتصادية (الفرع الثالث).

## الفرع الأول

### تعريف عقد الفرانشيز

للفرانشيز مجموعة من التعارف المختلفة والمتداولة وهذا ما سنتناوله في هذا الفرع: التعريف القانوني (أولاً)، والتعريف القضائي (ثانياً)، وتعريف الفقهي للفرانشيز (ثالثاً).

#### أولاً: التعريف التشريعي لعقد الفرانشيز

لم يحظي عقد الفرانشيز بنصوص قانونية، ولا بالتعريف في القانون الجزائري مثله مثل الكثير من التشريعات العربية، لذا سنتناول مجموعة من التعارف التي تعبر عن المواقف المختلفة منها:

#### 1. تعريف عقد الفرانشيز في التشريع الفرنسي يعرفه الإتحاد الفرنسي للفرانشيز:

عرفه تقنين السلوك الذي أعده الإتحاد الفرنسي للفرانشيز عام 1972 بأنه: "طريقة للتعاون بين مشروعين، مشروع المانح من جهة ومشروع أو مشروعات المتلقين من جهة أخرى. ويتضمن بالنسبة للأول<sup>1</sup>:

(1) الملكية أو الحق في استخدام علامات لجذب عملاء سوء كانت علامات تجارية أو صناعية، أم شعارات، أم إسماء لشركة، أم إسماء تجارياً، أم رموزاً .

(2) استخدام المعرفة الفنية والخبرة المكتسبة الخاصة به.

(3) مجموعة من المنتجات، أو الخدمات أو التكنولوجيات، سواء كانت مبررة أو لا .

1- أمعوش ذهبية، عقد الفرانشيز وأثاره، مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون، تخصص قانون الأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم قانون الأعمال، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2016/2015، ص 9.

ويشكل الارتباط بين هذه العناصر الثلاثة مفهوم الفرانشيز و يركز هذا التعريف على العناصر التالية لتحديد مفهوم هذا العقد<sup>1</sup>.

وجود اتفاق بين الطرفين المانح والممنوح له بحيث يمتلك الأول العالمية التجارية، أو الصناعية أو الشعارات، أو الاسم التجاري، أو المعرفة الفنية الخاصة، والمحل التعاقد يكون منتجا، أو خدمات أو تكنولوجيات تصاحبها الخبرة المكتسبة وعرف القرار الوزاري الفرنسي الصادر في 29 نوفمبر 1973 مصطلح la franchisage بأنه: "العقد الذي بمقتضاه تخول شركة لعدة شركات أخرى مستقلة عنها نظير مقابل مادي، الحق في استخدام اسمها التجاري وعالمتها التجارية لبيع بعض المنتجات، أو الخدمات ويصاحب هذا العقد في الغالب تقديم مساعدة تقنية"<sup>2</sup>.

تجدر الإشارة أن هذا التعريف أغفل أهم عنصر في عقد الفرانشيز وهو المعرفة الفنية، وما قد يبرر ذلك هو صدور هذا القرار مباشرة بعد ظهور عقد الفرانشيز في فرنسا وهدفه هو إثراء اللغة الفرنسية بمصطلح جديد وليس تعريفا للعقد في حد ذاته<sup>3</sup>.

## 2. تعريف الفرانشيز في قانون الإتحاد الأوروبي :

أصدر المجلس الأوروبي التنظيم رقم : 88/4087 في 30 نوفمبر 1988 والخاص بإعفاء الجماعي (الطائفي) لبعض عقود الفرانشيز وقد عرفه في مادته الأولى بأنه: "اتفاق يتم بمقتضاه قيام شركة (مانح) بتحويل شركة أخرى (الممنوح له) مقابل مادي مباشر أو غير مباشر، الحق في استغلال كافة حقوق الملكية الصناعية أو الفكرية فيما يتعلق بالعلامة التجارية، الاسم التجاري، العنوان التجاري، الرسوم والنماذج الصناعية"<sup>4</sup>.

1- رحو حليلة، النظام القانوني لعقد الفرانشيز، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص قانون خاص معمق،

كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة لحاج بوشعيب، عين تموشنت، 2012/2020، ص 8.

2- الحديدي ياسر السيد، عقد الامتياز التجاري، دار الفكر العربي، مصر، 2006، ص 19.

3- رحو حليلة، مرجع سابق، ص 8.

4- زمزم عبد المنجم، عقد الفرانشيز بين القانون الدولي وقانون التجارة الدولية، د.ط، دار النهضة العربية، 2011، ص

ومن خلال هذه المادة يمكن القول أن الاتحاد الأوروبي عرف عقد الفرنشايز أنه علاقة اتفاقية بين طرفين هما صاحب العلامة والمستغل بمقتضاها يلتزم صاحب العلامة بنقل المعرفة الفنية، وتدريب المستغل ومساعدته بالمستلزمات تحت اسم معروف أو شكل أو إجراء مملوك ومسيطر عليهما من قبل صاحب العمة الذي يقوم باستثمار أمواله في العمل محل الفرنشايز، وتكون أعبائه ومخاطر هذه العملية عليه ويتحملها وحده دون غيره<sup>1</sup>.

لقد أظهر الملتقى المنظم في الجزائر أيام 22 و 23 و 24 جانفي 2012 تحت عنوان "الفرنشايز في الجزائر" وجود 91 علامة تجارية أجنبية تزامنت مع ظهور أسواق متخصصة في عدة مجالات بالإضافة إلى وجود بعض الشركات الجزائرية التي تستخدم عقد الفرنشايز وعلى الرغم من كل هذه الأعمال التي تتبع عنها إعداد مشروع قانون مؤرخ في ديسمبر 2112 يبقى عقدا الفرنشايز في الجزائر غير مسمى<sup>2</sup>.

### 3. تعريف عقد الفرنشايز في القانون المالي:

أورد المشرع المالي تعريفًا مفصلاً لعقد الفرنشايز، فعرفه بأنه العقد أو الاتفاقية سواء كان ضمناً أم صريحاً، شفهيًا أو مكتوباً بين طرفين أو أكثر من الناس ويتضمن ما يلي:

أ. للمانح له الحق في أن يدير العمل من خلال نظام الفرنشايز الذي يحدد من قبل المانح خلال فترة معينة تحدد أيضاً من قبل المانح.

ب. للمانح له الحق في استعمال العلامة والسر التجاري أو أي معلومة سرية أو حقوق الملكية الفكرية المملوكة للمانح، وذلك بعد الترخيص من طرف مانح الفرنشايز.

ج. المانح له الحق بالإشراف خلال مدة الفرنشايز على إدارة عمل المانح له من خلال نظام الفرنشايز.

1- سهار رابح، مكدي صوفيان، عقد الفرنشايز، مذكرة لنيل شهادة ماستر في الحقوق، تخصص قانون أعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم القانون الخاص، جامعة ألكلي محند اولحاج، البويرة، 2020/2019، ص 07.

2- أمعوش ذهبيّة، مرجع سابق، ص ص 10-11.

- د. يلتزم المانح بتزويد المانح له المساعدة في إدارة عمله ويتضمن بعض تلك المساعدة، تموينه بالتجهيز بالمواد والخدمات، التدريب، التسويق والمساعدة التقنية.
- هـ. يلتزم المانح له بدفع رسوم أو أي شكل آخر من المكافأة للمانح.
- و. المانح يدير عمله في شكل منفصل عن المانح، والعلاقة بين الطرفين لا يمكن أن تعتبر عقد شراكة أو عقد وكالة<sup>1</sup>.

### ثانياً: التعريف القضائي لعقد الفرانشيز

من بين الجهات القضائية التي عرفت عقد الفرانشيز نجد القضاء الفرنسي(1)، والقضاء الأمريكي(2).

#### 1- القضاء الفرنسي:

عرف حكم محكمة الاستئناف بباريس في 28 أبريل 1978 عقد الفرانشيز بأنه "أسلوب للتعامل بين مؤسستين تجاريتين أو أكثر، إحداها مانحة والأخر ملتقية، والذي بمقتضاه تضع الأولى-المانحة-، اسم أو علامة تجارية (معلومة، الأحرف الأولى، رموز)، أو علامات صناعية أو تجارية أو خدمية، وكذا معرفة فنية خاصة، تحت تصرف الآخر-الملتقية- حق استخدام مجموعة منتجات أو خدمات أصلية أو خاصة في مقابل أجر أو ميزة مكتسبة لاستغلالها إجبارياً وكلياً وفق تقنيات تجارية تم اختيارها وضبطها بشكل حصري، تحقق أفضل تأثير في السوق المصنف والحصول على نمو سريع للنشاط التجاري للمؤسسات المعنية، ويجوز أن يتلائم هذا العقد مع المساعدة الصناعية أو التجارية أو المالية التي تسمح بالاندماج في النشاط التجاري للمانح، بقدر من الرقابة تجاه الملتقي الذي تم تدريبه على تقنية أصلية، ومعرفة فنية بما يسمح بالمحافظة على صورة العلامة التجارية أو الخدمة وزيادة العملاء أو مستوي المنتج المباع بأقل سعر، مع الحصول على

1- صخري عقبة، مكيو وحيد، الطبيعة القانونية لعقد الفرانشيز، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص قانون أعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، 2018/2019، ص 7.

عائد كبير لطرفين الذين يحتفظان كل منهما بالاستقلالية القانونية<sup>1</sup>.

## 2- تعريف القضاء الأمريكي للعقد الفرانشيز:

قدم القضاء الأمريكي تعريفا للعقد الفرانشيز علي أنه: "عبارة عن عقد تفضيلي يلتزم بمقتضاه مستغل العلامة-المتلقي-، وهو بائع السلع ولخدمات صاحب العلامة-المانح-، وفقا لأساليب وطرف محددة من طرف هذا الأخير، وهذا الانسجام في التوجيهات والرقابة على الجودة والتوزيع يؤديان إلي إقبال زبائن على محالات المستغل من أجل الحصول على منتجات تحمل علامة مالك العلامة"<sup>2</sup>.

## 3- تعريف محكمة العدل للاتحاد الأوروبي:

قدمت محكمة العدل للاتحاد الأوروبي تعريفا مفصلا لعقد الفرانشيز كما يلي: " ينشأ التزام تقوم بمقتضاه شركة مقرها بأحد الأقاليم متخصصة في مجال التوزيع وتشغل في ذلك عدة طرق تجارية،بتحويل عدة تجار مستقلين نظير مقابل مادي إمكانية إقامة أعمالهم في إقليم آخر مستغلين في ذلك اسمها التجاري والطرق التجارية التي ساهمت في تحقيق نجاحها، فهذا العقد يخول الاستغلال المالي لمجموعة من المعارف والمعلومات المتوافرة لدي مانح الامتياز، فهو نظام يفتح المجال أمام تجار الذين تنقصهم الخبرة الكافية للتعرف على بعض الخبرات والممارسات التجارية التي لم يكن بمقدورهم التوصل إليها بعد بذل جهود مضمينة من البحث والدراسة، كما أنه يخولهم الاستفادة من شهرة العلامة التجارية، فعقد الفرانشيز من هذا المنطق عن عقد التوزيع الإقليمي أو عقد التوزيع المعتمد أو اللذان لا يتضمنان استغلال الاسم التجاري للمورد، ولا تطبق طرق تجارية موحدة، ولا دفع إتاوات مالية في مقابل المزايا الممنوحة."<sup>3</sup>

1- صخري عقبة، مكبو وحيد، مرجع سابق، ص 8.

2- المرجع نفسه، ص 8.

3- عائشة إبراهيم الهيدوس، الطبيعة القانونية لعقد الفرانشيز، دراسة مقارنة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية القانون، جامعة قطر، 2020، ص 19.

## ثالثاً: التعريف الفقهي لعقد الفرانشيز

يعرفه كل من الأساتذة C.Grimaldi, S.Meresse,O.Zakharov على أنه: "العقد الذي بموجبه ينقل مانح الفرانشيز معرفته الفنية ويضع تحت تصرف المتلقي الشارات المميزة للعلامة التجارية بالإضافة إلى تأمين المساعدة التقنية لمتلقي الفرانشيز، مقابل مبلغ مالي معين والالتزام بممارسة النشاط المتفق عليه(محل الاتفاق)"<sup>1</sup>.

ويعرف الأستاذ M . Leloup بأنه: "عقد ملزم لجانين ومستمر التنفيذ، تقوم بمقتضاه مؤسسة، تسمى المانح، بمنح مؤسسة أو عدة مؤسسات أخرى تسمى المتلقي، حق تكرار نظام التسيير المختبر مسبقاً من قبل المانح، مع استفادة المتلقي بمساعدته التقنية المستمرة، وذلك تحت شعار وشارات جلب الزبائن الخاصة بالمانح، ويفضل الميزة التنافسية التي يقدمها المانح، يمكن بصيفه معقولة، المتلقي الذي يبذل العناية اللازمة من إقامة أعمال مريحة"<sup>2</sup>.

نستنتج من خلال التعريفات السابقة، أن عقد الفرانشيز اتفاق بين المانح الذي يتكفل بتعليم المعرفة العلمية والتي تشمل نقل المعرفة الفنية، وتقديم المساعدة التقنية للمانح له الذي يتكفل باستغلال العلامة التجارية واستثمار المعرفة العلمية مقابل دفع ثمن ولمدة محددة يتفق عليها الطرفين.

وما يلاحظ على التعريفات السابقة انها تتفق علي النقاط التالية<sup>3</sup>:

1- إن علاقة الفرانشيز هي علاقة عقدية بين الأطراف يقوم فيها، أين يقوم فيه المانح بمنح الامتياز للممنوح له ليقوم هذا الأخير بالمشروع تحت الاسم أو العلامة و الشهرة التجارية المرخصة من طرف المانح.

1- صخري عقبة، مكبو وحيد، مرجع سابق، ص9.

2- رحو حليلة، مرجع سابق، ص 12.

3- عباسة عبد الله، الآليات القانونية المستعملة في مجال نقل التكنولوجيا، مذكرة نهاية الدراسة لنيل شهادة الماستر، قسم القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الحميد بن باديس، مستغانم، 2019/2018، ص 54.

- 2- للمانح الحق في الإشراف علي كيفية إدارة الممنوح له للمشروع.
- 3- يترتب على هذه العلاقة التزامات على عاتق الأطراف يتمثل بضرورة تقديم المساعدة الفنية والتدريب والإشراف من قبل المانح، مقابل مبلغ مالي، والمحافظة على السرية والالتزام بعدم المنافسة من قبل المانح له.
- كما تتفق التعريفات السابقة في العناصر الأساسية لإدارة الفرانشيز التي تتمثل في<sup>1</sup>:

### (1) مانح الفرانشيز:

هو الطرف الذي يملك الخدمة ونظام العمل (مالك التكنولوجيا والمعرفة الفنية)، بحيث يقوم بترخيص استعمال المنتج والخدمة مقابل عوض مالي وفقا لشروط يتم الاتفاق عليه، وغالبا ما يحدد المانح الشروط التي تستعمل من خلالها الممنوح له لكن دون أن يتحكم في عمله.

### (2) الممنوح له:

هو الذي يتلقى التكنولوجيا والمعرفة الفنية أو الطرف الذي يشتري حق الفرانشيز من المانح يقوم بتشغيله بفتح مشروع ، مستخدما نفس الاسم التجاري، أو العلامة التجارية، أو نظام العمل الذي يزوده به المانح.

### (3) عقد الفرانشيز:

هو الاتفاق القانوني الذي يبرم بين المانح والممنوح له لتحديد الشروط التي سيتم بموجبها منح الفرانشيز، ويتضمن هذا الاتفاق الحقوق والالتزامات المترتبة على كل طرف.

### (4) حزمة الفرانشيز:

التي تشمل المعرفة الفنية والتقنية، ونظام العمل أدلة التشغيل، التدريب الأولي والمستمر.

1- خلفاوي توفيق، عقد الامتياز التجاري(الفرانشايز)، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص قانون الأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة العربي بن مهيدي، أم البواقي، 2014/2015، ص ص 18-19.

**5) منطقة الفرنشايز:**

هي المنطقة الجغرافية التي يتم الاتفاق عليها في العقد القانوني للفرنشايز بين مانح الفرنشايز والممنوح له، لتشغيل النشاط ضمن إطار هذه المنطقة سواء بوحدة تجارية مملوكة كلياً للممنوح له الفرنشايز، أو عن طريق منحه الحق بإبرام عقود فرنشايز فرعية<sup>1</sup>. كذلك من خلال التعريفات المقدمة للفرنشايز يلاحظ أنها تتضمن محل الفرنشايز المتمثل في<sup>2</sup>:

**أ- المعرفة الفنية:**

هي الخبرة التقنية ذات الطابع السري، وهي ضرورية لتحقيق الأهداف الصناعية.

**ب- المساعدة التقنية:**

هو إعطاء كل ما هو مطلوب تقنيا وفنيا، و وضع جميع الأساليب والوسائل تحت تصرف الطرف الآخر الراغب بالحصول على هذه التقنية، وبصورة عامة تعد المساعدة التقنية الصورة المتحركة للمعرفة الفنية مثل: (إعداد البرامج لتدريب على البيع، وإنشاء نظام والقيام بلقاءات من وقت إلى آخر، وإقامة المحاضرات على المستوى الدولي والداخلي).

**ج- اشتماله على عناصر الملكية الفكرية:**

تعد الملكية الفكرية من أهم العناصر المكونة لنشاط الفرنشايز، فهي التي أوجدت الإبداع والتميز في هذا النشاط الأمر الذي أدى إلى تطوره وازدهاره، وتشمل عناصر الملكية الفكرية (براءة الاختراع، الرسوم والنماذج الصناعية، الاسم التجاري، العلامة التجارية).

1- خلفاوي توفيق، مرجع سابق، ص 20.

2- المرجع نفسه، ص ص 41-45.

## الفرع الثاني

### خصائص عقد الفرانشيز

#### 1. عقد رضائي:

تجدر الإشارة إلى أن المبادئ العامة المقررة في القانون المدني هي التي تحكم عقد الفرانشيز، شأنه شأن بقية العقود وبالتالي اشترط المشرع الجزائري أن يكون التنازل عن العلامة التجارية مثبتا كتابيا تحت طائلة البطلان وأن يكون كل تصرف أو تعديل يترتب عليه الترخيص لاستعمال الصالحية التجارية إلى الغير مسجلا بالرغم من اشتراط المشرع الجزائري لشرط الكتابة والتسجيل إلا أنه تراجعت أهمية ذلك لعدم وجود نص صريح ينص على أن الكتابة شرط للانعقاد بل أنها مجرد شرط للإثبات، أما المشرع<sup>1</sup>، أما المشرع الأمريكي و الألماني و المصري ، رتب بطلان عقد الفرانشيز كأثر لعدم كتابته.

#### 2. عقد غير مسمى:

العقد الغير المسمى هو ذلك العقد الذي لم يتناوله المشرع بتنظيم خاص وفي تكوينها وأحكامها للقواعد العامة التي قررت لجميع العقود، شأنها في ذلك شأن العقود المسماة<sup>2</sup>، فلم يخص المشرع الجزائري عقد الفرانشيز باسم معين، ولم يضع أحكاما تنظمه، لعدم انتشار في التعامل، ولحدثة هذا العقد<sup>3</sup>، ويترتب على اعتباره عقد غير مسمى، خضوعه للقواعد العامة التي تحكم العقود<sup>4</sup>.

1- نجيم اهتوت، النظرية العامة للالتزامات، الجزء الأول، مصادر الإرادية، العقد، الإرادة المنفردة، مطبعة القيس للطباعة والنشر، الناظور، 2019، ص 24.

2- رحو حليلة، مرجع سابق، ص 22.

3-Alexandra Mendoza-Caminade, droit de la distribution, éditions lextenso, Paris, 2011, p 146.

4- علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، ط5، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2003، ص 12.

### 3. عقد ملزم للجانبين:

العقد الملزم للجانبين هو العقد الذي يرتب التزامات متقابلة على المتعاقدين، إذ يكون كل منهما دائن ومدين في الوقت نفسه، ويعد عقد الفرانشيز عقد ملزم للجانبين، إذ يفرض التزامات متبادلة على كل من المانح والممنوح له<sup>1</sup>.

### 4. عقد محدد وليس احتمالي:

العقد المحدد هو "الذي يتحدد فيه وقت انعقاده مقدار الالتزامات التي يلتزم بها كل من المتعاقدين، ذلك بصرف النظر عن التعادل في الالتزامات بينهما"<sup>2</sup> هذا واقع الحال في عقد الفرانشيز، إذ يتم تحديد التزامات كل طرف، ومقدار المنافع العائدة لكل منهما<sup>3</sup>.

### 5. عقد يقوم على الاعتبار الشخصي:

يقصد بالعقود التي تقوم على الاعتبار الشخصي أنها تلك العقود التي تلحظ فيها شخصية المتعاقد على مستوى انعقاد العقد وتنفيذه. فالعقد يعتمد في قيامه وتنفيذه على شخصية المتعاقد، وفي عقد الفرانشيز يكون لهذه الفكرة مضمونها الخاص، ذلك المفهوم الذي يؤكد حقيقة المراكز الواقعية للأطراف، ومدى اختلاف الاستناد إليها بين المانح والممنوح له<sup>4</sup>.

### 6. عقد معاوضة:

عقد المعاوضة هو العقد الذي يأخذ فيه المتعاقد مقابل لما أعطى، شأنه عقد الفرانشيز كل طرف يحصل على عوض لما يقدمه فالمانح يلتزم مثال بنقل المعرفة الفنية للممنوح له ويحصل على عوض عن ذلك عن طريق قيام الممنوح له بالوفاء بالمقابل المادي أو الخدمي<sup>5</sup>.

1- أمعوش ذهبية، مرجع سابق، ص 17.

2- علي علي سليمان، مرجع سابق، ص 16.

3- خلفاوي توفيق، مرجع سابق، ص 27.

4- سهار رايح، مكدي صوفيان، مرجع سابق، ص 13.

5- خلفاوي توفيق، مرجع سابق، ص 28.

**7. عقد إذعان:**

تعرف بأنها تلك العقود التي يملئ فيها المتعاقد شروطه على المتعاقد الآخر الذي ليس له الحق في مناقشتها، بل له أن يرفض العقد أو يقبله دون شرط أو قيد<sup>1</sup>، وهو ما أكدته المشرع الجزائري في المادة 70 من القانون المدني بالقول: "يحصل القبول في عقد الإذعان بمجرد التسليم لشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل مناقشة فيه"<sup>2</sup>.

فالأصل في أن إبرام أي عقد خاضع لمبدأ سلطان الإرادة دون أن يكون لإرادة الطرف الآخر أي تأثير عليه، وهو ما يعبر عن قاعدة العقد شريعة المتعاقدين، غير أنه قد يحدث أن ينفرد أحد الطرفين بإملاء بعض الشروط التي إما أن تخفف من التزامه، أو تزيد من أعباء الطرف الآخر، فنكون أمام ما يسمى بعقد الإذعان الذي يظهر أكثر في المجال الاقتصادي، بالنظر إلى التفاوت المنهني والتقني بين أطراف العقد، التسلط الاقتصادي في العقود، وعدم التوازن العقدي<sup>3</sup>.

**8. عقد الفرانشيز عقد تجاري سياسي واقتصادي:**

يعتبر عقد الفرانشيز عقدا تجاري الكون الصفة الممنوحة لصاحب العلامة أو المستغل تتوافق مع المستلزمات المطلوبة لصفة التاجر كالقيام بصورة مستمرة في سبيل الربح وعليه فإن قواعد القانون التجاري تطبق على هذا العقد منها: التضامن وعدم مجانية أعمال الفرانشيز أما عن قولنا أن عقد الفرانشيز عقد سياسي واقتصادي ذلك أن الهدف

1- فيلالي علي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، ط2، موفم للنشر، الجزائر، 2013، ص 45.

2- الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون المدني، ج.ر.ج. عدد 78، الصادر في 30 سبتمبر 1975 المعدل والمتمم بالقانون رقم 05-10، مؤرخ في 20 يونيو 2005، ج.ر.ج. عدد 43، الصادر في 22 يونيو 2005.

3- إرزيل الكاهنة، "عن إخضاع عقود الأعمال للقانون"، مجلة العلوم القانونية والسياسية، المجلد 10، العدد 01، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، أبريل 2019، ص 41.

من هذا العقد بالنسبة للدول المانحة أي صاحبة العلامة هو غزو الدول النامية اقتصاديا وثقافيا<sup>1</sup>.

### الفرع الثالث

#### أنواع عقد الفرانشيز

للفرانشيز عدة صور تتفق كلها على أنها اتفاق على كيفية استغلال العلامة التجارية ومراقبة للممنوح له من طرف المانح، بحيث يدخل في المجال النتاج والتصنيع(1)، في مجال التوزيع (2)، في مجال الخدمات (3).

#### 1- عقد فرانشيز التصنيع أو الإنتاج :

يعتمد هذا النوع من الفرانشيز على نقل المانح لمعرفته. فيقوم الممنوح بتصنيع وتوزيع السلعة الفنية المتمثلة بالأسرار الصناعية للإنتاج للممنوح مستعينا بخبرات المانح في هذا المجال وبنماذجه القياسية التي يجب على الممنوح مراعاتها. حيث تحمل هذه المنتجات العلامة التجارية للمانح، وغالبا ما يتضمن العقد نقل التكنولوجيا، وكثيرا ما يشمل العقد الترخيص باستغلال براءة الاختراع أو حقا من حقوق الملكية الصناعية الأخرى. ومن أمثله في الجزائر: شركة جرجرة للياغورت التي وقعت عقد فرانشيز مع شركة دانون الفرنسية<sup>2</sup>.

#### 2- عقد فرانشيز التوزيع:

هو تلك الحقوق التي تخول للممنوح الحق في توزيع منتجات، في محل معينة يحمل الاسم التجاري والعلامة التجارية للمانح<sup>3</sup> ومن أمثله الجزائر: مجموعة مهري المنتج والموزع لمشروب بيبسي كولا في الجزائر<sup>4</sup>.

1- أمعوش ذهبية، مرجع سابق، ص ص17-18.

2- عمر بن علي، فاطمة الزهراء عكاة، "عقد الفرانشايز وآثاره"، مجلة الدراسات القانونية والسياسية، المجلد 06 العدد 10، جامعة عمار تليجي، الأغواط، 2020/01/05، ص 186.

3- مصطفى سليمان حبيب، الاستثمار في الترخيص الامتيازي (الفرانشايز)، دار الثقافة للنشر والتوزيع الأردن، 2008، ص 19.

4- صخري عقبة، مكبو وحيد، مرجع سابق، ص 12.

وفي ظل هذا النوع، قد يكون المانح منتجاً للسلع التي يقوم الممنوح بتوزيعها - وهذا هو لأصل - وقد لا يكون منتجاً لها، بل يقوم بشرائها بعد الاتفاق مع منتجها على وضع علامته التجارية وشعاره عليها، كما قد يكون منتجاً لبعض المنتجات ومشترياً لبعضها، الآخر من المنتجين بالكيفية المذكورة<sup>1</sup>.

### 3- فرانشيز الخدمات:

في هذا النوع من عقود الفرانشيز يسمح العقد للمتلقى بأن يستخدم اسم المرخص أو علامته التجارية ليضعها على خدمات يقدمها للغير، ويلتزم فيها المتلقي بالنماذج والمواصفات التي يقدمها المرخص، ويخضع كذلك إلى إشرافه ورقابته<sup>2</sup>.

كما يعتمد في هذا النوع من الفرانشيز على سمعة المرخص وشهرة علامته التجارية، وبالتالي يستطيع المرخص وفق هذا النظام الانتشار السريع دون أن يتكبد أي نفقات أو مصروفات.

وفي المقابل، يمارس المرخص رقابة صارمة على المتلقي في ممارسته للنشاط، لضمان تماثل وجود السلع والخدمات التي يقدمها، ومطابقتها للشروط والمواصفات الموضوعية بمعرفة المرخص ويستخدم هذا النوع من الفرانشيز في كثير من الأنشطة، كقطاع الفنادق<sup>3</sup> مثل الخط الفندقية شراطون، هيلتون، سوفيتال.

1- محمد الروبي، عقد الامتياز التجاري في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، 2013، ص 48.

2- نقلا عن: عائشة إبراهيم الهيدوس، مرجع سابق، ص 33-34.

3- نقلا عن: عائشة إبراهيم الهيدوس، مرجع سابق، ص 34.

## المطلب الثاني

### التمييز بين عقد الفرانشيز وغيره من العقود المشابهة له

عقد الفرانشيز يقترب مع بعض العقود الأخرى المشابهة له، حيث سنحاول في مطلبنا هذا دراستها ومقارنتها مع عقد الفرانشيز وذلك في ثلاثة فروع (الفرع الأول): عقد الفرانشيز وعقد امتياز التجاري (الفرع الثاني): عقد الفرانشيز وعقد الوكالة التجارية و(الفرع الثالث): عقد الفرانشيز وعقد الترخيص باستعمال العلامات التجارية.

### الفرع الأول

#### تمييز عقد الفرانشيز عن عقد الامتياز التجاري

عرف الفقيه جون أزييم عقد الامتياز التجاري أنه: عقد توزيع لمدة محددة يمنح تاجر يدعى متنازل بصفة إستثنائية، الحق في إعادة بيع منتوجه لتاجر مستقل يدعى صاحب الامتياز في منطقة إقليمية محددة و بالمقابل هذا الأخير يلتزم بالتمويل لديه إستثنائياً، شرط تحمله بعض الالتزامات و موافقته رقابة المتنازل له<sup>1</sup>.

في حين يعرف الفقه الفرنسي عقد الامتياز التجاري بأنه: "العقد الذي بواسطته يحجز المرخص مالك العلامة للمرخص له حقا لتوزيع الحصري لمنتجاته في إقليم محدد بشرط أن يقبل سياسة المرخص التجاري وأن لا يوزع إلا المنتجات المرخصة"<sup>2</sup>.

- العقدين يربطان تجارا مستقلين قانونا لكنهما يقودان في حالة معينة إلى التبعية الاقتصادية.

- في العقدين المرخص له لا يملك حق الملكية المحل التجاري.

- عقد الفرانشيز يتكون من الخدمات ميزته إبلاغ المعرفة الفنية والمساعدة المستمرة في حين عقد الامتياز التجاري هو عقد توزيع.

1- رحو حليلة، مرجع سابق، ص 26.

2-David Artel, l'exécution du contrat par un non contrat, librairie de droit et du jurisprudence, Paris, 2006, P 68.

- عقد الامتياز تكون مدته أقصر مقارنة مع عقد الفرانشيز.
- تبعية المستغل لصاحب العلامة التجارية أشد وأكثر وضوحاً من تبعية المرخص له للمرخص في عقد الامتياز التجاري<sup>1</sup>.
- لقد أوضحت محكمة العدل التابعة للسوق الأوروبية المشتركة في حكمها الصادر في 28 فبراير 1986 التفرقة بين عقود فرانشيز التوزيع، وعقود الامتياز التجاري أن: " عقود الفرانشيز لا تسري عليها القواعد التي تنظم عقود الامتياز، إذ أن هذه العقود لا تتضمن سوى التزامات البيع والشراء، ولا تشمل العناصر الأخرى المميزة والتنازل عن المعرفة الفنية."<sup>2</sup>

## الفرع الثاني

### تميز عقد الفرانشيز عن عقد الوكالة التجارية

- يعتبر عقد الوكالة التجارية اتفاقية يلتزم بواسطتها الشخص عادة بإعداد أو بإبرام البيوع أو الشراءات وبوجه عام جميع العمليات التجارية باسم ولحساب تاجر، والقيام عند الاقتضاء بعمليات تجارية لحسابه الخاص، ولكن دون أن يكون مرتبطاً بعقد إجارة الخدمات<sup>3</sup>، كما اعتبر المشرع الجزائري الوكالة عملاً تجارياً بحسب الشكل<sup>4</sup>.

بمقارنة عقد الفرانشيز وعقد الوكالة التجارية يمكن إثارة النقاط التالية:

- يتعاقد الوكيل في عقد الوكالة باسم موكله ولحسابه بينما يتعاقد المانح له في عقد الفرانشيز باسمه ولحسابه الشخصي فهو تاجر مستقل.

1- أمعوش ذهبية، مرجع سابق، ص 24.

2- نقلاً عن: رحو حليلة، مرجع سابق، ص 27.

3- أنظر المادة 34 من الأمر رقم 75-59 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون التجاري، ج.ج.ج. عدد 79 الصادر في 30 سبتمبر 1975، المعدل والمتمم بالقانون رقم 15-20 المؤرخ في 30 ديسمبر 2015، ج.ج.

ر.ج.ج. عدد 71، الصادر في 30 ديسمبر 2015.

4- المادة 03 من الأمر رقم 75-59، المرجع نفسه.

- يودع الموكل المبالغ المتحصل عليها لحساب الوكيل ، أما المانح له فإنه يحتفظ بالمبالغ المتحصل عليها، وما يدفعه للمانح سوى المبالغ المتفق عليها في العقد.
- يتدخل الوكيل في أعمال الموكل ن ويسال هذا الأخير عن عدم تنفيذها، في حين المانح له ينفذ نشاطه علي مسؤوليته، ويبقي حق المانح سوى الرقابة والإشراف دون التدخل.
- إن عقد الوكالة التجارية لا يتضمن عناصر الملكية الفكرية الجاذبة لزبائن تحت تصرف الوكيل على عكس المانح له<sup>1</sup>.
- كلا من العقدين يقومان على الاعتبار الشخصي<sup>2</sup>.

### الفرع الثالث

#### تمييز عقد الفرانشيز عن عقد الترخيص بالعلامة التجارية

يعرف عقد الترخيص باستعمال العلامة التجارية بأنه عقد يتم بموجبه منح رخصة استغلال العلامة من قبل الملك إلي شخص آخر يسمى المرخص له، مقابل مبلغ مالي يسمى الإتاوات، وذلك في حدود منطقة جغرافية معينة بصورة إستثنائية، أو غير إستثنائية، كلية أو جزئية<sup>3</sup>.

فعقد استغلال العلامة التجارية من بين العقود التي تقوم علي الاعتبار الشخصي، حيث أن شخصية المرخص له محل اعتبار للمرخص الذي له الحق في الترخيص بالعلامة التجارية مقابل ثمن متفق عليه، كما يتم الاتفاق على المنطقة الجغرافية التي يتم فيها مزاوله

1- رحو حليلة، مرجع سابق، ص 188.

2- أمعوش ذهبية، مرجع سابق، ص 22.

3- صالح فرحة زراوي، الكامل في القانون التجاري، المحل التجاري والحقوق الفكرية، دار ابن خلدون لنشر والتوزيع، الجزائر، 2001، ص 250.

النشاط التجاري وكذلك التسويق، وطبيعة السلع والخدمات<sup>1</sup>.

وبالمقارنة مع عقد الفرانشيز يلاحظ أنه يعد نظاما أكثر تعقيد من عقد ترخيص العلامة بجميع مشتملاته، فعقد الفرانشيز يتضمن - فضلا عن الترخيص باستعمال الاسم والعلامة- الحق في استغلال باقي حقوق الملكية الصناعية ونقل المعرفة والمساعدات الفنية، كذلك الحق في تقديم المساعدة التقنية والتي تشمل الأساليب التي تثبت تجارب المانح ونجاحها إلى الممنوح له، ليسترشد بها في اختيار أنسب الوسائل التي تحقق له النجاح تحت إشراف المانح ورقابته ويذهب الفقه الفرنسي إلى أن عقد الفرانشيز، يجب أن يتضمن عنصرين أساسيين، هما: الترخيص باستعمال العلامة التجارية، وتقديم المعرفة الفنية للممنوح له<sup>2</sup>.

إن التفاوض عملية مهمة لا غني عنها في مجال العقود بصفة عامة، نظرا أنها تقوم على التشاور والتحاور، وتبادل الآراء بين الطرفين حول محل العقد المزمع إبرامه، فهي تلعب دور وقائي بالنسبة للأطراف الذين يتناقشون بنود العقد دون تأثير إرادة الطرف على الطرف الآخر، وبالتالي الوقاية من الادعاء بالإذعان.

كما يتم خلال هذه المرحلة تفسير العقد من أجل تجنب الوقوع في المنازعات مستقبلا إذ ما تم إبرام العقد، وتظهر الأهمية القانونية للتفاوض في عقد الفرانشيز الذي بمقتضاه يضع المانح تحت تصرف الممنوح له استخدام العلامة التجارية و نقل المعرفة الفنية والتجارية له وبالمقابل يلتزم الممنوح له بدفع رسوم دخول شبكة الفرانشيز وفق ما تم الاتفاق عليه في العقد مع الخضوع لسلطة المانح الرقابية طوال فترة العقد، فيلزم بتطبيق

1- سلامي ميلود، النظام القانوني للعلامات التجارية والاتفاقيات الدولية، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراة في العلوم القانونية، تخصص قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة الحاج لخضر، 2012/2011، ص 136.

2- خلفاوي توفيق، مرجع سابق، ص 37.

المعرفة الفنية حسب تعليمات المانح وعدم الإفشاء بأسرار المعرفة الفنية وعدم المنافسة أثناء سريان العقد.

كما تتعدد مجالات نذكر منها مجال التصنيع، التوزيع، الخدمات والذي يقوم أساساً على ثلاث عناصر أساسية والتي تتمثل في استخدام العلامة التجارية لشبكة الفرانشيز ونقل المعرفة الفنية، وتقديم المساعدات الفنية والتجارية والتي تسمح لنا بتمييزه عن عقود التوزيع الأخرى المشابهة لها، كما يمتاز عقد الفرانشيز بخصائص منها: الرضائي، عقد يقوم على الاعتبار الشخصي، عقد مستمر ملزم لجانبين، عقد معاوضة، عقد إذعان...إلخ، كما يتدخل عقد الفرانشيز في جميع المجالات ليشمل مجال التصنيع والتوزيع و الخدمات.

## الفصل الثاني

الآثار القانونية المترتبة خلال  
التفاوض في عقد الفرانشيز

## الفصل الثاني

### الآثار القانونية المترتبة خلال التفاوض في عقد الفرانشيز

يترتب عن مرحلة التفاوض التي تسبق انعقاد عقد الفرانشيز مجموعة من الآثار القانونية، تتمثل في مجموعة من الالتزامات التي تقع على عاتق الأطراف المتفاوضين بهدف حماية كل طرف من الانحرافات التي قد تشوب أثناء هذه المرحلة، وتعتبر التزامات ضرورية لتصرفات القانونية ومنها الالتزام بحسن النية كالتزام أساسي، والتزامات متفرعة عن الالتزام الأساسي، كمان الإخلال بأحد هذه التزامات وإلحاق الضرر بالطرف الآخر قد يعرض الطرف الذي اقترف الخطأ إلى تحمل المسؤولية المدنية والتي تتراوح بين العقدية التقصيرية تبعاً للخلاف الفقهي الذي ثار بشأن طبيعة هذه المسؤولية (المبحث الأول) وكذا إلى الأساس القانوني للمسؤولية للتفاوض في عقد الفرانشيز والقانون الواجب التطبيق عليها (المبحث الثاني).

## المبحث الأول

### التزامات الأطراف المتفاوضة وطبيعة مسؤوليتها

ترتب مرحلة المفاوضات السابقة عن إبرام عقد الفرانشيز التزامات على عاتق الأطراف المتفاوضة قصد حمايتها أثناء هذه المرحلة من الضرر الذي قد يسببه الطرف الآخر، لذا تم التطرق من خلال هذا المبحث إلى الالتزامات الملقاة على عاتق الأطراف المتفاوضة أثناء مرحلة المفاوضات السابقة عن إبرام عقد الفرانشيز (المطلب الأول)، وكذا إلى طبيعة المسؤولية المترتبة (المطلب الثاني).

### المطلب الأول

#### التزامات الأطراف المتفاوضة خلال مرحلة التفاوض

عندما تدخل الأطراف المتفاوضان إلى جو المفاوضات الفعلية فإنه يلقي على عاتقهما جملة من الالتزامات، والتي من شأنها حماية الطرف الآخر والمحافظة على حقوق كل منهما من الضرر الذي قد يلحق أحدهما عند عملية التفاوض، ويتمثل الالتزام الأول في حسن النية في التفاوض باعتباره الالتزام الأساسي المترتب خلال هذه المرحلة (الفرع الأول)، هذا الالتزام الأساسي تترتب عنه جملة من الالتزامات الأخرى (الفرع الثاني).

### الفرع الأول

#### الالتزامات الأساسية

##### (الالتزام بمبدأ حسن النية في التفاوض)

"يقصد بمبدأ حسن النية أو الالتزام بالتفاوض بحسن النية أن تتوفر لدى الطرفين المتفاوضين الرغبة الصادقة والاستعداد الجيد للتفاوض بغية الوصول إلي إبرام العقد، وهو مبدأ يحكم كل العقود سواء تلك الخاضعة للقانون الداخلي والتي تحكمها النظرية العامة

للعقد في القانون المدني أو العقود الدولية، والتي غالباً ما تحكمها الأعراف التجارية والاتفاقيات الدولية"<sup>1</sup>.

إن الأحكام القضائية في عمومها، تنتظر لحسن النية من زاويتين متعاكستين، بحيث يعرف حسن النية بالمفهوم الإيجابي وبالمفهوم السلبي، ومن أهم التعريفات التي أوردها القضاء في هذا المجال والتي تعرف مبدأ حسن النية تعريفاً إيجابياً، ما جاء في قضية prince. V Waugh من أن المقصود بحسن النية هو، أن يبذل كل فرد الجهد المعقول بالعناية اللازمة، كذلك جاء في قضية V Hilker Western بأن حسن النية، هو التزام الفرد بالصدق في أداء التزاماته، في حين يذهب الاتجاه الآخر إلى تعريف حسن النية من منطلق سلبي، حيث يرى أن أفضل وسيلة لتعريف حسن النية، هي استبعاد سلوكيات معينة غير مقبولة<sup>2</sup>.

إن خبراء القانون المقارن يجمعون على أهمية مبدأ حسن النية، حيث يحقق الأهداف التالية<sup>3</sup>:

1. يتمكن الطرف من الحد من الخسائر التي قد تصيبه، نتيجة اختلال التوازن العقدي بينه وبين الطرف المقابل في العالقة التعاقدية.
2. فرض معايير النزاهة والأمانة في العلاقات التعاقدية، على نحو يضمن توازن العلاقات التعاقدية، بما يكمل النقص الذي يعتري مبدأ حرية التعاقد.
3. الحد من استخدام الشروط التعسفية، التي قد تظهر في العديد من العقود، مثل عقود الاستهلاك وعقود نقل التكنولوجيا.... الخ

1- نقلا عن: محمد حيمداني، "مبدأ حسن النية في مرحلة التفاوض وفقاً للأحكام الأمر 131/2016 المعدل للقانون

المدني الفرنسي"، حوليات جامعة قلمة للعلوم الاجتماعية و الإنسانية ، العدد 26، قالمة، 2016، ص 303.

2- بوطبالة معمر، مرجع سابق، ص 77.

3- المرجع نفسه، ص 78.

أن أغلب التشريعات قد قنن حسن النية كمبدأ عام يحكم سلوك أطراف العقد أو الاتفاق، وهي أن الالتزام بالتفاوض بحسن نية يجد مصدره المباشر في الاتفاق التفاوض فهو التزام إرادي يفرضه اتفاق الطرفين على التفاوض وليس التزاماً قانونياً يوجبه القانون مباشرة<sup>1</sup>. والتفاوض بحسن نية هو في الأصل التزاماً وليس مجرد واجب عام، لأنه التزام حقيقي له دائن ومدين ومحل وسبب<sup>2</sup>، وبالنسبة لمضمون الالتزام فإنه يوجب على المتفاوض أن يكون بحسن نية بالفعل أثناء التفاوض على لا يلجأ إلى الغش والخديعة بل يتبع المسلك المألوف والمعتاد في التفاوض، وعلى المتفاوض الاتسام بالنقاء والإخلاص في تنفيذ التزاماته<sup>3</sup>.

## الفرع الثاني

### الالتزامات الثانوية للتفاوض

#### (المتفرعة عن الالتزام بحسن النية)

يتفرع عن الالتزام بحسن النية مجموعة من الالتزامات القانونية التي من شأنها تنظيم سير عملية التفاوض وإلزام الأطراف بإتباع سلوك النزاهة سواء أدي ذلك إلى إبرام العقد أو لا وهي:

#### أولاً: الالتزام بالإعلام

يعرف جانب من الفقه الالتزام بالإعلام بأنه التزام سابق عن التعاقد يتعلق بالالتزام أحد المتعاقدين بأن يقدم للمتعاقد الآخر البيانات اللازمة و بإعلامه بكافة التفاصيل المتعلقة بالعقد، أي تنوير الطرف الآخر وذلك بسبب ظروف واعتبارات معينة قد ترجع إلى طبيعة

1- أحمد عبد الكريم سلامة، مرجع سابق، ص 419.

2- المرجع نفسه، ص 420.

3- عسالي صباح، "مبدأ حسن النية كمعيار لحماية التعاقد"، مجلة الحقوق والعلوم السياسية، المجلد 14، العدد 03، جامعة زيان عاشور، الجلفة، 25 سبتمبر 2021، ص 722.

هذا العقد أو صفة احد الطرفين أو طبيعة محله، أو أي اعتبار آخر، يجعل من المستحيل على أحدهما أن يلم ببيانات معينة أو يحتم عليه منح ثقة مشروعة للطرف الآخر<sup>1</sup>.

يعرف أيضا، بأنه إخطار أو إعلام أو تحذير أحد المتعاقدين، الذي يكون في مركز أقوى من المتعاقد الآخر، بإخطار الطرف الآخر بكافة البيانات عند إبرام العقد، والتي تساهم في تكوين الرضي الحر المستتير، وتمكن المتعاقد الضعيف من الإقدام على إبرامه أو التحلل منه إنشاء، يتم إيجاد نوع من التعاون بين الطرفين لتنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه، وبطريقة تتفق مع موجبات حسن النية في التعامل وحماية الثقة المشروعة<sup>2</sup>.

نستنتج مما سبق، أن الالتزام بالإعلام، يقع على عاتق الطرف الذي يحوز المعلومات الضرورية والمؤثرة في التعاقد (المانح)، بإخطار أو إخبار المتعاقد الآخر بها (الممنوح له)، الذي يتسنى له فهم العقد، وبالتالي اتخاذ القرار بإبرام العقد أم لا.

وفي حالة قيام الطرف المتفاوض بإخفاء تلك المعلومات وهو على علم أنه مهمة للطرف الآخر يعتبر تدليس فيجوز إبطال العقد وهذا ما جاء في قانون المدني الجزائري مادة 86 التي تنص علي: "يجوز إبطال العقد للتدليس إذا كانت الحيل التي لجأ إليها أحد المتعاقدين أو النائب عنه، من الجسامة بحيث لولا لها لما أبرم الطرف الثاني العقد"<sup>3</sup>.

### ثانيا: الالتزام بمواصلة التفاوض

يقصد بهذا الالتزام أن الطرف المتفاوض وعلى الرغم من أحقيته بعدم التعاقد وكذا بقطع المفاوضات متى رأى أن هذه الأخيرة أن تفضي عن إبرام العقد المتفاوض حوله، ليس له الحق في قطع المفاوضات في مرحلة شاء، وإنما يحق له ذلك متى توفر سبب

1- نقلا عن: بوطبالة معمر، "الالتزام بالإعلام في مرحلة التفاوض علي العقد التجاري الدولي"، مجلة العلوم الإنسانية،

المجلد 27، العدد 46، جامعة الإخوة منتوري، قسنطينة، 2016/12/31، ص 395.

2- المرجع نفسه، 395.

3- أنظر المادة 86 من الأمر رقم 75-58، المتضمن القانون المدني الجزائري، مرجع سابق.

موضوعي حقيقي دفعه إلى ذلك لا أن يكون سببا صوريا، حيث يلتزم المتفاوض ببذل العناية اللازمة للاستمرار في التفاوض بهدف إنجازه دون أن يلتزم إنجاح هذا التفاوض بالفعل أي بإبرام العقد النهائي<sup>1</sup>.

### ثالثا: الالتزام بالسرية في التفاوض

يقصد بهذا الالتزام، التزام الأطراف أو أحدهما (المانح له) بالمحافظة على المعلومات والبيانات السرية أو ما يتعلق بالأسرار الصناعية. كذا حجم الأعمال وأسماء العملاء وغيرها من المعلومات الصناعية والتجارية التي يترتب على نقلها كليا أو جزئيا خسائر فادحة للطرف الآخر (المانح) تجدر الإشارة إلى أن التشريع المعمول به في الجزائر يضيف على الملكية الصناعية حماية مدنية وجنائية، باعتبارها حقوق تدخل في مجملها في حيازة مالكةا، بما أنها لا تتداول إلا نظير مبالغ مالية يحصل عليها مالكةا<sup>2</sup>.

إن المتلقي يكون ملتزما بالحفاظ على سرية المعرفة الفنية وعدم إفشائها إذا كان قد اطلع عليها أثناء المفاوضات<sup>3</sup>.

عادة ما يتفق أطراف التفاوض على إدراج شرط في عقد التفاوض ينص على الالتزام بالحفاظ على سرية المعلومات التي يتم الإفصاح عنها أو الكشف عنها أثناء التفاوض أيا كان صنف هذه التعاملات وعدم نشرها إلا في حدود نطاق محدود من الأشخاص ذلك أن المعلومة الغير السرية قابلة للتداول بعيدة عن أي حيازة<sup>4</sup>.

1- سعدي سعدي توفيق، مرجع سابق، ص 39.

2- دحداح سهيلة، رزقي ليلي، مرجع سابق، ص 23.

3- حمدي بارود، "المبادئ التي تحكم التفاوض في العقود الدولية لنقل التكنولوجيا ومضمون الالتزام بها-مبدأ حسن النية ومقتضياته، (دراسة تأصيلية تحليلية)"، مجلة الجامعة الإسلامية (سلسلة الدراسات الإنسانية)، المجلد 16، العدد 01، كلية الحقوق جامعة الأزهر، فلسطين، 2008، ص 857.

4- نائلة أوصيف وسهام شناح، مرجع سابق، ص 47.

فقد نصت المادة الثانية من البند 16 من مجموعة مبادئ عقود التجارة الدولية التي أعتمدها المعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص بروما 1994 بقولها: "إن التزام الطرف الذي يتلقى أثناء المفاوضات معلومات معينة ذات طابع سري من الطرف الآخر وسواء أبرم العقد أو لم يبرم بعدم إنشائها أو استخدامها بغير حق لأغراض شخصية، ويرتب الإخلال بهذا الواجب تعويضا يشمل في هذه الحالة المنافع التي كان سيحصل عليها الطرف الآخر"<sup>1</sup>.

## المطلب الثاني

### الطبيعة القانونية للمسؤولية المدنية في التفاوض على عقد الفرانشيز.

أثناء مرحلة التفاوض قد يقوم أحد الطرفين المتفاوضين بالإخلال بأحد الالتزامات المترتبة على عاتقه، لهذا يطرح التساؤل حول طبيعة هذه المسؤولية والسبب في ذلك يعود إلى أن معظم القوانين المدنية لم تنظم مرحلة التفاوض بنصوص خاصة، فقد حدث اختلاف فقهي حول التكييف القانوني لمرحلة التفاوض على العقد والخلاف بين الفقه لا يدور في هذا الصدد حول طبيعة التفاوض نفسه، وإنما حول طبيعة المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض، فهناك من ذهب إلى القول بأنها ذات طبيعة عقدية (الفرع الأول)، والبعض أنها مسؤولية ذات طبيعة تقصيرية المصحوبة بعد تفاوض (الفرع الثاني)، كما كيفها البعض بمسؤولية خاصة (الفرع الثالث).

## الفرع الأول

### نظرية المسؤولية العقدية

هناك اتجاهان متفقان من حيث المضمون وهو أن المسؤولية السابقة على التعاقد هي مسؤولية عقدية، ومختلفين من حيث الأساس بحيث الاتجاه الأول يجعل أساسها هو وجود عقد ضمني مفترض، أما الاتجاه الثاني فيرى أساسها هو وجود عقد سابق لإبرام

1- أحمد عبد الكريم سلامة، مرجع السابق، ص 115.

العقد الأصلي مستقلة عنه.

**الاتجاه الأول:** يرى بأنه يمكن أن يطلق عليها نظرية الخطأ العقدي في مرحلة المفاوضات، ومن أهم من تبنى هذه النظرية هو الفقيه الألماني **اهرنج** وترتكز هذه المسؤولية على التعاقد باعتبارها وحدة غير قابلة للتجزئة، بمعنى أن هذه المسؤولية تقوم على مبادئ تطبيق في حالة قيام العقد، كما أنها تطبق عند إبطال العقد بعد إبرامه<sup>1</sup>.

إذ يرى أن الخطأ في المرحلة السابقة على التعاقد سواء ترتب عليه انعقاد العقد أم لا هو خطأ عقدي يثير المسؤولية العقدية على عاتق مرتكبه مما يجعل هذا الأخير مسؤولاً بالتعويض<sup>2</sup>، ويؤسس **اهرنج** نظريته على نصوص القانون الروماني الذي يقيد التعويض بشروط معينة وردت في قانون اكيليا، فهذا القانون لم يكن يقبل اعتبار العقد الباطل بوصفه واقعة مادية، ففي ضوء هذا يستخلص **اهرنج** أن العقد بالرغم من بطلانه تنشئ التزاماً بالتعويض كعقد لا كواقعة مادية، وبذلك فإن دعوى التعويض تستند إلى دعوى العقد بذاتها<sup>3</sup>.

ويشترط لإقامة المسؤولية الناشئة عن قطع المفاوضات بالنسبة للفقيه **اهرنج** ضرورة وجود خطأ عقدي، والذي في الحقيقة يشكله إخلال بما يتولد عن هذه الاتفاقية الضمنية من الالتزامات، ومن ثم فإن الدخول في المفاوضات يعني وجود التزام ضمني بالتوصل إلى إبرام العقد على أساس الالتزام باليقظة عند التعاقد منعا من اضطراب المعاملات القانونية<sup>4</sup>. فالالتزام باليقظة، تبعا لذلك يستنتج ضمنا من إقدام المتعاقد على التعاقد، أما مضمون الالتزام باليقظة، فيتجلى في التزام المتعاقد بضمان صحة إعلان إرادته من أسباب

1- نبيل إسماعيل الشبلق، مرجع سابق، ص 323

2- المرجع نفسه، ص 324.

3- التوفيق فهمي، المسؤولية في فترة المفاوضات السابقة على التعاقد، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة حسن الأول، المغرب، 2010، ص 186.

4- بلحاج العربي، مشكلات المرحلة السابقة على التعاقد، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2011، ص 165.

البطلان حتى ولو كانت راجعة إلى سبب أجنبي عنه<sup>1</sup>.

**الاتجاه الثاني:** يعد الفقيه سالي من أبرز أنصار هذا الاتجاه، إذ نادي بفكرة العقد التمهيدي يرى انه يوجد جانب العقد الأصلي عقد تمهيدي عبارة عن وعد بالتعاقد، يتضمن تعهدا جديا من جانب الواعد ويثير مسؤولية العقدية إذا صادف قبولا من الطرف الآخر، وبالتالي تتحقق المسؤولية العقدية<sup>2</sup>.

## الفرع الثاني

### نظرية المسؤولية التقصيرية

يرى أصحاب هذا الاتجاه أن مبنى المسؤولية في الفترة السابقة على التعاقد في حالة عدم إتمام التعاقد هي المسؤولية التقصيرية، لأن المسؤولية العقدية لا تنشأ إلا عن عقد الذي يتم باقتران القبول بالإيجاب، وعليه فإن أحكام المسؤولية التقصيرية هي التي تطبق في حالة عدم وجود عقد<sup>3</sup>.

إن القائلين لهذه النظرية اعتمدوا على حقيقة مفادها مادما نحن في ساحة قانونية لا عقد فيها فهذا مدعاة لإنكار المسؤولية العقدية، وعليه فالمسؤولية هنا مسؤولية تقصيرية فإذا ما ارتكب أحد طرفي عملية التفاوض خطأ ملحقا بذلك ضرر للطرف الآخر وأمكن الربط هذا الخطأ بذلك الضرر بعلاقة سببية تكون دعوى التعويض قد استجمعت أركانها<sup>4</sup>.

وفي نفس الاتجاه ذهب الفقيه المصري إلى أن قطع المفاوضات العقد دون سبب جدي قد يكون في بعض الأحيان مصدرا لمسؤولية التقصيرية، وهذا ما حكمت به محكمة

1- التوفيق فهمي، مرجع سابق، ص 185.

2- دحداح سهيلة، رزقي ليلي، مرجع سابق، ص 48.

3- كاظم كريم علي الشمري، "المسؤولية في الفترة ما قبل التعاقد"، مجلة الفتح، كلية اليرموك الجامعة، العدد لسابع والعشرون، العراق، سنة 2006، ص 5.

4- نبيل اسماعيل الشبلق، مرجع سابق، ص 326.

النقض المصرية في قرار لها سنة 1967 أن المفاوضات ليست إلا عملا مادي لا يترتب عليها أي أثر قانوني، فكل متفاوض حر في قطع المفاوضات في الوقت الذي يريد<sup>1</sup>.

### الفرع الثالث

#### نظرية الخاصة

هناك رأي يذهب إلى أن المسؤولية في هذه الفترة هي مسؤولية ذات طبيعة خاصة، تسمى مسؤولية ما قبل التعاقد وذلك أن المسؤولية إن لم تكن عقدية وتلك نتيجة تستلزمها حقيقة عدم وجود اتفاق فهي مسؤولية ذات طابع خاص، في هذه النظرية إذا لم يتم التعرف على الخطأ هل هو عقدي أم تقصيري فال داعي لبذل الجهد والوقت فمباشرة اللجوء إلى المسؤولية المتميزة الخاصة والتي تعتبر الفاصل بين النظريتين السابقتين<sup>2</sup>.

فيرى هذا الاتجاه بجعل المسؤولية في مرحلة التفاوض مسؤولية خاصة وسابقة على التعاقد تعالج خطأ يتمتع بخصوصية تتمثل في الإخلال بالثقة المشروعة المتولدة في هذه المرحلة وتعالج ضررا ناتجا بمناسبة محاولة إبرام العقد<sup>3</sup>.

1- بلحاج العربي، مرجع سابق، ص 178.

2- كاظم كريم علي الشمري، مرجع سابق، ص 5.

3- المرجع نفسه، ص 5.

## المبحث الثاني

### الأساس القانوني للمسؤولية في مفاوضات عقد الفرانشيز

#### والقانون الواجب التطبيق عليها.

إن تحديد المسؤولية الناتجة عن مرحلة التفاوض في عقد الفرانشيز أمراً يستوجب معالجة أساس المسؤولية في حالة الإخلال باتفاق التفاوض ونشوء المسؤولية العقدية من جهة والتقصيرية من جهة أخرى (المطلب الأول) والآثار المسؤولية والقانون الواجب التطبيق (المطلب الثاني).

#### المطلب الأول

##### أساس المسؤولية في مرحلة التفاوض

من خلال ما سبق التطرق إليه في المبحث السابق يتضح بأن الأساس القانوني للمسؤولية المترتبة خلال مرحلة المفاوضات يتراوح بين المسؤولية العقدية (الفرع الأول) أو التقصيرية (الفرع الثاني).

#### الفرع الأول

##### المسؤولية العقدية عن الإخلال باتفاق التفاوض

متى انعقد عقد التفاوض صحيحاً منتجاً لآثاره القانونية فإن إخلال أحد الطرفين بالتزاماته في مرحلة المفاوضات يؤدي إلى ترتيب المسؤولية العقدية التي تستوجب شروط تحققها (أولاً)، كما تتحقق المسؤولية العقدية على شكل صور مختلفة (ثانياً).

##### أولاً: شروط تحقق المسؤولية العقدية

يشترط لقيام المسؤولية العقدية توفر ثلاث شروط وهي الخطأ العقدي (1)، الضرر (2)، والعلاقة السببية (3).

## 1- الخطأ العقدي:

عرف بأنه عدم تنفيذ المدين للالتزام الناشئ في ذمته باعتباره طرف من أطراف العقد<sup>1</sup>.

يتحدد الخطأ العقدي في حالة عدم تنفيذ احد الأطراف المتفاوضة للالتزامات الملقاة على عاتقه، فمثلا أن قام احد الأطراف المتفاوضة عن قطع المفاوضات بدون سبب فإن هذا الطرف يكون قد ارتكب خطأ في حق الطرف الأخر مما يوجب عليه مسؤولية نتيجة عدم التزامه بحسن النية في التفاوض<sup>2</sup>.

يذهب جانب من الفقه إلى القول أن الخطأ العقدي يقوم نتيجة عدم تنفيذ الكلي أو الجزئي للالتزامات التي يرتبها العقد، ويأخذ التنفيذ المعيب أو المتأخر ذات الحكم، كما يستوي أن يكون عن عدم التنفيذ أو عن الإهمال<sup>3</sup>.

تختلف صوره التنفيذ تبعا لنوع الالتزام، فقد يكون الالتزام فقد يكون التزم بتحقيق غاية كالالتزام بعدم إفشاء الأسرار، فيعتبر المدين مسؤول في مواجهة الدائن إن لم تتحقق هذه النتيجة، وقد يكون الالتزام ببذل عناية في هذا النوع من الالتزام لا يقع على عاتق المدين تحقيق نتيجة يريدها الدائن وإنما بذل قدرا من العناية للوصول إلى الغرض معين<sup>4</sup>.

يقع إثبات الخطأ العقدي طبقا للقواعد العامة علي المضرور (المدعي) بحيث يجب عليه إثبات وجود الالتزام أولا ثم يثبت عدم تنفيذ هذا الالتزام، وذلك بإقامة دليل على وجود التفاوض إذا كان هناك عقد التفاوض مكتوب بين الطرفين في هذه الحالة عملية الإثبات

1- علي أحمد صالح، مرجع سابق، ص 732.

2- نانلة أوصيف وسهام شناح، مرجع سابق، ص 58

3- بوطبالة معمر، الإطار القانوني لعقد التفاوض، مرجع سابق، ص 205.

4- المرجع نفسه، ص 205-206 .

تكون سهلة فيستطيع المدعي أن يقدم الدليل على وجود على وجود هذا العقد بتبيان واقعة الدخول في المفاوضات، ويمكن إثباتها بكل الطرق<sup>1</sup>.

يشكل الإخلال بالالتزام خطأ عقدي إذا كان التزام ببذل عناية، فإن الإثبات يكون صعب، فيجب على الطرف المتضرر إثبات بان الطرف الآخر لم يبذل العناية اللازمة. كأن يدعي مثالا المتفاوض المضرور أن المتفاوض الآخر قام بقطع المفاوضات، دون الاستناد في ذلك إلى سبب جدي أو موضوعي<sup>2</sup>.

أما إذا كان الإخلال بالالتزام الذي يشكل خطأ عقدي هو الالتزام بتحقيق نتيجة فإن الإثبات في هذه الحالة يكون يسيرا، فعلي المدعي إثبات بان الطرف الآخر لم يحقق النتيجة المرجوة من الالتزام، فإذا كان الخطأ متعلق بالالتزام بالدخول في المفاوضات، فان المدعي يكفي أن يثبت بان الطرف الآخر لم يدخل في المفاوضات، ويستطيع المدعي عليه إثبات العكس كان يثبت بان عدم دخوله في المفاوضات خارج عن نطاقه كقوة القاهرة<sup>3</sup>.

## 2. الضرر:

إلي جانب توفر الخطأ من جانب المدين، يجب أن يترتب عن الخطأ إضرار بالدائن بسبب عدم تنفيذ الالتزام، فإن تخلف الضرر لا تقوم المسؤولية، فقد يكون الضرر مادي الذي يشمل مل يصيب المتفاوض في الناحية المالية كالنفقات التي يتكبدها المتفاوض من أجل إجراء المفاوضات<sup>4</sup>، أو ضررا معنويا الذي يصيب المتفاوض في سمعته وكرامته، كأن يؤدي فشل المفاوضات إلى المساس بالسمعة التجارية<sup>5</sup>.

1- علي أحمد صالح، مرجع سابق، ص 750.

2- رجب كريم عبد الله، التفاوض على العقد - دراسة - دراسة تأصيلية تحليلية مقارنة-، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2000، ص 611.

3- محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 367.

4- علي علي سليمان، مرجع سابق، ص 611.

5- محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 370.

## - أن يكون الضرر مباشرا :

يقتضي ذلك أن يكون الضرر نتيجة طبيعية لإخلال المتفاوض بأحد التزاماته المترتبة عن عقد التفاوض، كأن يقوم الطرف المتفاوض بالإفصاح عن معلومات سرية، كشفها له المتفاوض معه بمناسبة إجراء المفاوضات، وكان عقد التفاوض يقضي بأن يلتزم المتفاوض متلقي المعلومات بالمحافظة على سريتها، فإذا قام متلقي المعلومات السرية بإفشائها للغير (ركن الخطأ) وترتب عن ذلك، أن رفض طرف ثالث الدخول مع الطرف صاحب المعلومات السرية في علاقة عقدية، فإن مثل هذا الضرر يعتبر ضررا مباشرا. ومثل الضرر المباشر أيضا في مجال التفاوض، أن يقوم أحد الأطراف المتفاوضة بالتشهير بسمعة الطرف الآخر، مما يؤدي إلى عدول جهة ما عن منح الطرف المشهر به قرضا، كانت تنوي منحه إياه، ولكنها تراجعت عن ذلك لما وصلت إليها أخبار التشهير<sup>1</sup>.

## - أن يكون الضرر محققا:

يقصد بالضرر المحقق ذلك الضرر الذي وقع بالفعل، كأن يترتب عن إخلال أحد الطرفين بالتزامه وإفشاء أسرار الطرف الآخر المتفاوض معه إلحاق الضرر بهذا الأخير فيما يتعلق بمركزه في السوق، مما ينعكس على حجم مبيعاته، كما قد يكون الضرر محقق الوقوع في المستقبل، كما لو كان من شأن الخطأ الذي ارتكبه الطرف المتفاوض أن يؤثر على سمعة المتفاوض الآخر. وبالمقابل فإن الضرر المحتمل هو ذلك الضرر الذي لم يقع بعد، ولا يوجد ما يؤكد وقوعه في المستقبل، والأمر بشأنه مشكوك في وقوعه من عدمه، فهذا النوع من الضرر لا يمكن تعويضه، لأن الأحكام القضائية لا تبنى إلا على القطع واليقين، وليس على مجرد التخمين، والافتراض<sup>2</sup>.

1- بوطبالة معمر، الإطار القانون لعقد التفاوض، مرجع سابق، ص 215.

2- المرجع نفسه، ص 215.

## - أن يكون الضرر متوقعا :

الضرر المتوقع هو الضرر الذي يمكن توقعه عند الدخول في المفاوضات، فالطرف الذي يمتنع عن مواصلة التفاوض دون الاستناد في ذلك إلى أي مبرر جدي أو موضوعي، فإن التعويض يشمل فقط المصاريف التي يكون من المتوقع أن ينفقها الطرف الآخر من أجل إنجاح المفاوضات، أما إذا كان الطرف المضرور قد أنفق نفقات زائدة لا تتناسب وحجم المفاوضات، فلا يمكن التعويض عن هذه المصاريف كلها، وإنما يقتصر التعويض فقط على ما كان متوقعا منها.

كأن يقوم الطرف المضرور بإجراء دراسات تمهيدية باهظة الثمن، بصورة لا تتلاءم مع حجم المشروع المتفاوض عليه، ففي مثل هذه الحالة لا يلتزم المتفاوض المسؤول إلا بتعويض النفقات المعقولة التي تنفق عادة لإجراء الدراسات لمثل هذه المشروعات، وما زاد عن ذلك فهو من قبيل الضرر غير المتوقع، الذي لا يلتزم المدين بتعويضه<sup>1</sup>.

## 3. العلاقة السببية:

لا يكفي أن هناك خطأ و ضرر لقيام المسؤولية العقدية، بل يجب أن يكون الضرر الذي أصاب المتفاوض نتيجة لخطأ المتفاوض الآخر، يعني أن يكون الخطأ هو المتسبب للضرر وهو ما يعبر عليه بالعلاقة السببية، ويقع على المتفاوض المتضرر عبئ إثبات الرابطة السببية بين الخطأ المتفاوض الآخر<sup>2</sup>، ويستطيع هذا الأخير إثبات بأن الضرر وقع بسبب أجنبي كحادث مفاجئ، أو قوة قاهرة، أو بخطأ المتفاوض المتضرر، وهنا المدعي عليه غير ملزم بالتعويض هذا الضرر ما لم يوجد نص قانوني أو اتفاق يقضي بغير ذلك<sup>3</sup>.

1- بوطباله معمر، الإطار القانون لعقد التفاوض، مرجع سابق، ص 216.

2- فطيمة الزهراء عبد العزيز، مرجع سابق، ص ص 34-35.

3- المادة 127 من ق.م.ج: "إذا اثبت الشخص أن الضرر قد نشأ 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".

كما أن قطع المفاوضات، في مرحلة التفاوض على العقد، تثبت في الحياة العملية أن المدعي عليه قد يكون ضحية لطرف الآخر، كمضايقته ورعونة تصرفاته، وعلى هذا يشترط القضاء إن يكون الضرر الحاصل (والذي يدعيه المدعي)، على صلة مباشرة بالخطأ الذي ارتكبه المتفاوض العادل، من جراء قطع مفاوضات العقد، أو الإخلال بالالتزام تفاوضي. وهي علاقة السببية بين الخطأ في مرحلة التفاوض، والضرر الحاصل من جراء قطع المفاوضات، فإذا كان الفعل الضار ناجماً عن فعل المتفاوض نفسه، فهنا إما أن تنتفي المسؤولية كلياً عن العادل، أو توزع المسؤولية قبل التعاقدية بين طرفي الخصومة<sup>1</sup>.

### ثانياً: صور المسؤولية العقدية في مرحلة التفاوض

تتعدد صور المسؤولية العقدية تبعاً للالتزام الذي تم الإخلال به رفض الدخول في مفاوضات(1)، قطع المفاوضات دون مبرر مشروع(2)، الإخلال بالالتزام بالإعلام (3)، إفشاء الأسرار(4).

#### 1- رفض الدخول في مفاوضات :

إذا حصل اتفاق بين الطرفين لدخول في المفاوضات بهدف التعاقد، وذلك بعد قبول الدعوة التي وجهها أحد الطرفين إلى الطرف الآخر، وتم إفراغ ذلك في عقد تفاوض، فإنه يقع على عاتق كل منهما التزام بالدخول في المفاوضات في الموعد المحدد، فإذا امتنع أحد المتفاوضين عن الدخول في المفاوضات أو تأخر عن ذلك، قد يعد مرتكباً لخطأ عقدي يستوجب قيام مسؤوليته. وبمجرد امتناع أحد الطرفين عن البدء في التفاوض، يعتبر خطأً عقدياً يؤدي إلى قيام المسؤولية العقدية (وقد سبقت الإشارة إلى أن الالتزام بالدخول في المفاوضات والبدء فيها، هو التزام بتحقيق نتيجة، وليس التزاماً ببذل عناية، ومفاد ذلك أن يلتزم كل متفاوض بالدخول فعالاً في المفاوضات)<sup>2</sup>.

1- أيت سليمان جعفر، مرجع سابق، ص 41.

2- بوطبالة معمر، الإطار القانون لعقد التفاوض، مرجع سابق، ص 207.

من أبرز التطبيقات القضائية للإخلال بالالتزام بالبدء في المفاوضات، والتي سبق بيانها، الحكم الصادر عن محكمة النقض الفرنسية في قضية رونو الشهيرة، حيث استخلصت محكمة النقض الفرنسية من خلال رسالة الشركة الموجهة للعامل، عن وجود اتفاق بالتفاوض بين الطرفين وتأسيسا عليه خلصت المحكمة إلى أن الشركة قد أخطأت بامتناعها عن الدخول في مفاوضات مع العامل، بالرغم من تحسن وضعيتها الاقتصادية<sup>1</sup>.

## 2- قطع المفاوضات دون مبرر مشروع:

إن المسألة التي تثير الجدل عند قطع المفاوضات دون مبرر شرعي هي تحديد ما إذا كان ذلك قطعا ممنوعا أو انسحابا مشروعا من المفاوضات<sup>2</sup>، إن معيار التفارقة هو انعدام المبرر المشروع في هذا القطع ويتمثل السبب المشروع لقطع المفاوضات أو الانسحاب منها في وجود أسباب موضوعية تدعو إلى قطعا لمفاوضات وتكون كذلك بصدد قطع المفاوضات أو الانسحاب منها بسبب مشروع في حالة انسحاب المتفاوض من المفاوضات، لأنه تلقى من الغير عرضا أفضل بكثير من العرض المقدم إليه من طرفا لشخص الذي يتفاوض معه<sup>3</sup>.

بينما نكون بصدد قطع المفاوضات أو الانسحاب منها بسبب غير مشروع في حالة ما إذا كان المتفاوض يهدف أصال إلى الدعاية لحجم منتجاته، فيدعو عدة شركات أخرى إلى الدخول في مفاوضات لإبرام عقود توزيع لمنتجاته والتنسيق بين هذه الشركات لتغطية كافة أرجاء البلاد وبعد أن يتحقق له الإعلان الكافي عن منتجاته يقوم بقطع المفاوضات أو الانسحاب منها تحت حجج واهية<sup>4</sup>.

1- علي أحمد صالح، مرجع سابق، ص 735.

2- رجب كريم عبد الله، مرجع سابق، ص 595.

3- علي أحمد صالح، مرجع سابق، ص ص 736-737.

4- المرجع نفسه، ص 736-737.

ويتضح أن المعيار الذي يقاس به الخطأ في قطع المفاوضات هو معيار موضوعي وليس معيار شخصي لذلك فهو معيار ثابت لا يتغير من شخص إلى آخر ويمكن الاعتماد عليه في جميع الحالات<sup>1</sup>.

### 3- الإخلال بالالتزام بالإعلام:

يعد الالتزام بالإعلام أحد الالتزامات الرئيسية التي يترتبها عقد التفاوض، فيؤدي الإخلال به حتماً إلى وقوع خطأ عقدي تترتب عنه المسؤولية العقدية، متى أدى هذا الخطأ إلى إحداث ضرر بالطرف الآخر، ويتمثل هذا الضرر في إيقاع الطرف الآخر في الغلط الذي يدفعه إلى إبرام العقد، والذي ما كان يبرمه لو تم إعلامه إعلاماً صحيحاً بالمعلومات الجوهرية عن محل العقد<sup>2</sup>.

### 4- إفشاء الأسرار:

في هذه الحالة يكون الطرف الذي أفشى الأسرار مخطئاً لإخلاله بالالتزام بالمحافظة على الأسرار، ومن ثم تقوم المسؤولية، وإثبات الخطأ العقدي الواقع في مرحلة المفاوضات يقع على عاتق المدعى وهو الطرف المضرور، لذلك وجب على المضرور أو المدعى في دعوى المسؤولية العقدية أن يثبت وجود الالتزام ثم يثبت عدم تنفيذ الالتزام، أي إقامة الدليل على وجود عقد التفاوض، فإذا كان الالتزام هو التزام بتحقيق نتيجة فإن إثباته من الناحية العملية يكون سهلاً بحيث يتعين على المتفاوض أن يقدم الدليل على أن الطرف الآخر قد أفشى الأسرار التي تم الاطلاع عليها أثناء مرحلة المفاوضات<sup>3</sup>، أما الالتزام ببذل عناية فتكون عملية الإثبات فيه أصعب من حالة الإثبات في الالتزام بتحقيق نتيجة، ففي الالتزام ببذل عناية يجب المتفاوض المتضرر أن يثبت أن الطرف الآخر قام بقطع المفاوضات دون

1- تواتي أحمد نور الهدي، مرجع سابق، ص 54.

2- نائلة أوصيف وسهام شناح، مرجع سابق، ص 60.

3- بوطابلة معمر، الإطار القانوني لمرحلة التفاوض، مرجع سابق، ص 212.

مبرر مشروع، أي لم يبذل عناية الرجل العادي عند تفاوضه مع الطرف الآخر في المحافظة على الأسرار<sup>1</sup>.

## الفرع الثاني

### المسؤولية التقصيرية في مرحلة التفاوض

إن النوع الثاني من أنواع المسؤولية المدنية الملقاة على عاتق الطرف المخل بالتزاماته التفاوضية يتمثل في المسؤولية التقصيرية والتي تترتب في حالة عدم وجود عقد تفاوض يربط طرفي المتفاوضين، سنتناول في هذا الفرع شروط قيام المسؤولية التقصيرية (أولاً)، ثم صور المسؤولية التقصيرية أثناء مرحلة التفاوض (ثانياً).

#### أولاً: شروط قيام المسؤولية التقصيرية

إن المسؤولية التقصيرية هي الضابط لهذه المرحلة، فإذا ثبت قيام أحد الأطراف بفعل لا يتسق مع ما يفرضه حسن النية من التزامات، من قبيل العدول المفاجئ وغير المبرر من المفاوضات، أو إفشاء الأسرار تتعلق بالمحل المتفاوض عليه مثلاً، فإن ذلك كله يشكل (خطأ تقصيري)، فإذا تسبب هذا الخطأ بضرر ما للطرف الآخر، ولم يتمكن الطرف المسؤول عن الخطأ من نفي العلاقة السببية بين خطئه وبين الضرر، على اعتبار أن العلاقة السببية مفترضة بين الخطأ والضرر، فإن المسؤولية التقصيرية تتحقق على عاتق الطرف المسؤول عن الخطأ ويكون ملزماً بالتعويض على الضرر الذي ألحقه بالمتفاوض الآخر<sup>2</sup>.

1- رجب كريم عبد الله، مرجع سابق، ص 61.

2- نائلة أوصيف، شناح سهام، مرجع سابق، ص 60.

تنشأ المسؤولية التقصيرية عن الإخلال بالتزام فرضه القانون، وذلك بتعويض الضرر الذي ينشأ دون وجود علاقة عقدية بين المسؤول عن هذا الضرر وبين المضرور<sup>1</sup>، وطبقاً للقواعد العامة فإن شروط قيام المسؤولية التقصيرية هي كل من الخطأ (الخطأ التقصيري) والضرر والعلاقة السببية بين الخطأ والضرر، وهذا سيتم تبيانه كالآتي :

### 1. الخطأ التقصيري:

يقصد بالخطأ التقصيري الانحراف عن السلوك المألوف أو المعتاد للرجل العادي، أي إثبات أن أحد الأطراف المتفاوضة قد انحرفت عن السلوك العادي، ويلاحظ أن هذا الخطأ يقاس استناداً إلى معيار موضوعي حيث يتم مقارنة سلوك المتفاوض العادي من بين أواسط الناس<sup>2</sup>.

### 2. الضرر:

لا يكفي الخطأ التقصيري وحده، لقيام المسؤولية المتفاوضة في المرحلة السابقة على العقد، وإنما يجب أن يترتب على هذا الخطأ ضرر، ويقصد بالضرر " الأذى الذي يصيب المضرور في حق أو مصلحة مشروعة سواء انصب على حياته، أو جسمه أو ماله أو عواطفه وشعوره " ويعتبر الضرر، من الأركان الأساسية للمسؤولية المدنية، والعنصر الأساسي فيها، بحيث لولا ضرر فلا وجود للتعويض، كما أن مقدار التعويض يتحدد على قدر الضرر الذي لحق بالمدعي، ويشترط في الضرر، أن يكون محققاً، أي يكون وقع فعلاً وأن يكون مباشراً وهنا لا يقتصر التعويض عن الأضرار المباشرة والمتوقعة فقط بل يشمل كذلك الأضرار غير المتوقعة التي قد تصيب الدائن بالالتزام<sup>3</sup>.

1- علي أحمد صالح، مرجع سابق، ص 690.

2- لبني حمزة، ماجدة بلحواس، مرجع سابق، ص 65.

3- لغواطي مصطفى أمين، بليمان يونس، الإطار القانوني للمرحلة السابقة للتعاقد، مذكرة مكملة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص قانون خاص معمق، معهد العلوم الاقتصادية التجارية وعلوم التسيير، قسم الحقوق، المركز الجامعي بلحاج بوشعيب، عين تموشنت، 2016/2017، ص ص 77-78.

طبقا للمادة 124 من ق.م.ج التي على أنه: "كل عمل أيا كان يرتكبه المرء ويسبب ضررا للغير يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض"، يكون التعويض عن الضرر المباشر كله سواء كان ذلك الضرر متوقعا أو غير متوقعا وسواء كان حالا أو مستقبلا ما دام محققا<sup>1</sup>.

والضرر المباشر كما يتضح من نص المادة 128 من ق.م.ج، يشمل عنصرين هما الخسارة التي لحقت بالمضروب والكسب الذي فاته وذلك طبقا لقواعد المسؤولية التقصيرية، حيث يكفي أن يكون الضرر نتيجة طبيعية لخطأ المتفاوض كي يسأل عن تعويضه حتى ولو تجاوز هذا الضرر الحدود المتوقعة عادة، مع العلم أن المتفاوض لا يستطيع أن يشترط أثناء المفاوضات إعفائه من المسؤولية التقصيرية التي يمكن أن تقوم بمناسبة فشل المفاوضات لكون أن هذا الشرط يقع باطلا<sup>2</sup>.

والضرر نوعان مادي ومعنوي، فالضرر المادي يمثل فيما تكبده نفقات، أما الضرر المعنوي يتمثل في كل ما يمس المتفاوض المضروب في سمعته طبقا للنص المادتين 182 و 182 مكرر من ق.م.ج<sup>3</sup>.

ويرجع السبب في ذلك إلى أن المسؤولية التقصيرية تعتبر من النظام العام فيبطل لذلك كل اتفاق يخالف أحكامها، فإذا قام الالتزام فإن الجزاء القابل للتنفيذ في حالة المسؤولية التقصيرية هو الحكم بالتعويض للطرف المضروب<sup>4</sup>.

### 3. علاقة السببية:

بالرجوع للقواعد العامة، يتعين لقيام مسؤولية المتفاوض أن تتوافر علاقة سببية بين الخطأ التقصيري المرتكب من طرف المتفاوض والضرر الذي أصاب الطرف الأخر، أي

1- نائلة اوصيف، شناح سهيلة، مرجع سابق، ص 63.

2- علي أحمد صالح، مرجع سابق، ص ص 797-798.

3- أنظر المادتين 182، 182 مكرر، من الأمر رقم 58/75 المتضمن القانون المدني، مرجع سابق.

4- بلحاج العربي، الإطار القانوني للمرحلة السابقة على إبرام العقد في ضوء القانون الجزائري، د.ط، دار وائل للنشر، الجزائر، 2010، ص 174.

يكون الخطأ هو السبب المباشر في حدوث الضرر وألا يكون هذا الضرر نتيجة لقوة قاهرة أو سبب أجنبي طبقاً للمادة 127 من ق.م.ج والتي تنص على (إذا أثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب لا يد له فيه كحادث مفاجئ، أو قوة قاهرة أو خطأ صدر من المضرور، أو خطأ من الغير، كان غير ملزم بالتعويض هذا الضرر، ما لم يوجد نص قانوني أو اتفاق يخالف ذلك)<sup>1</sup>.

وعليه إذا انتفت العلاقة السببية بين الخطأ والضرر، ففي هذه الحالة لا تقوم المسؤولية التقصيرية ولا وجود للتعويض.

### ثانياً: صور المسؤولية التقصيرية أثناء المفاوضات

#### 1- مفاوضات التجسس:

ولقد أكدت هذا المعنى نص الفقرة الثالثة من المادة (15-02) من مجموعة المبادئ المتعلقة العقود التجارة الدولية التي أقرها معهد توحيد القانون الخاص في روما سنة (1994) والتي تنص على أنه: "ويعتبر سيء النية خصوصاً الطرف الذي يفتتح أو يتابع المفاوضات وهو يعلم أن ليس لديه نية الوصول إلى اتفاق"<sup>2</sup>.

#### 2- التفاوض على ملك الغير:

من المقرر قانوناً أنه لا يجوز التصرف في ملك الغير، وبالتالي عدم جواز التفاوض عليه بهدف التصرف فيه، وبالتالي إذا دخل شخص في المفاوضات، من أجل التصرف في مال معين دون أن يكون مالكا له، فإنه بذلك ارتكب خطأ، يستوجب المسؤولية التقصيرية<sup>3</sup>.

يلتزم المفاوض على ملك الغير بالتعويض حتى ولو كان حسن النية وذلك بأنه كان يعتقد أنه هو المالك طالما أن الطرف الآخر كان حسن النية، بحيث كان المال المتفاوض

1- لغواطي مصطفى أمين، بليمانى يونس، مرجع سابق، ص 78.

2- أحمد عبد الكريم سلامة، مرجع سابق، ص 106.

3- لبني حمرة ماجدة، مرجع سابق، ص ص 66-67.

عليه غير مملوك للطرف الآخر وذلك قياساً على حكم المادة (399) من القانون المدني الجزائري المتعلقة ببيع ملك الغير والتي نصت على: "إذا أبطل البيع في صالح المشتري بمقتضى حكم وكان المشتري يجهل أن البائع كان لا يملك المبيع فله أن يطالب بالتعويض واو كان البائع حسن النية"<sup>1</sup>.

ويؤكد الفقه الفرنسي هذا الاتجاه لكون المسؤولية التقصيرية عليها في المادتين (1382) و(1383) من قانون المدني الفرنسي يمكن الأخذ بها حتى في غياب نية الإضرار بالطرف الآخر<sup>2</sup>.

### 3- مفاوضات الإعاقة:

يقصد بها تلك المفاوضات التي يهدف من وراءها احد المتفاوضين إلى تعطيل الطرف الآخر و صرفه إلى إبرام صفقة أخرى، بمعنى غياب الجدية في التفاوض من أحد المتفاوضين<sup>3</sup>.

### 4- التشهير بالمتفاوض الآخر:

قد يقوم لأحد المتفاوضين بعد فشل المفاوضات التشهير بالمتفاوض الآخر والإساءة إلى سمعته وذلك حتى ينال منه، كأن يشيع بين الناس أنه رفض التعاقد معه، لأنه قد اكتشف في مرحلة التفاوض أمور خطيرة تتعلق بشرفه أو بمركزه القانوني أو المالي أو حتى الاجتماعي، ولاشك أن هذا التشهير يعتبر خطأ تقصيري يلزم المتفاوض الذي قام بالتشهير بتعويض المتفاوض الآخر عن الأضرار الأدبية التي لحقت به من جراء ذلك<sup>4</sup>.

1- رجب كريم عبد الله، مرجع سابق، ص 644.

2- علي أحمد صالح، مرجع سابق، ص 700.

3- المرجع نفسه، ص 698.

4- لغواطي مصطفى أمين، بليمانى يونس، مرجع سابق، ص 77.

## المطلب الثاني

### آثار المسؤولية الناتجة على عملية التفاوض والقانون الواجب التطبيق

بعد التطرق إلى أساس المسؤولية الملقاة على عاتق الأطراف المتفاوضة أثناء مرحلة المفاوضات نتيجة الإخلال بالتزامات المترتبة عليهم أثناء هذه المرحلة، سنتطرق إلى دراسة كل من الآثار الناتجة عن عملية التفاوض (الفرع الأول)، وكذا القانون الواجب تطبيقه عليها (الفرع الثاني).

### الفرع الأول

#### آثار المسؤولية الناتجة عن مرحلة التفاوض

بعد دراسة طبيعة المسؤولية الملقاة على الأطراف المتفاوضة وتحديد أساسها القانوني، وجب البحث عن الآثار التي تترتب عن هذه المسؤولية، والتي تختلف حسب نوعها ما إذا كانت عقدية قائمة على عقد التفاوض (أولاً)، أو تقصيرية في الحالة التي لا يوجد فيها عقد التفاوض (ثاني).

#### أولاً: جزاء المسؤولية العقدية

في حالة وجود عقد تفاوض، فإنه يترتب مجموعة من الالتزامات على عاتق الطرفين المتفاوضين، فإذا لم يحم أحد المتعاقدين بتنفيذ التزاماته، ولم يكن ذلك راجعاً إلى سبب خارج عن نطاق إرادة الطرف المتفاوض المخل، فإن لالتزامات الملقاة على عاتقه تعد واجبة النفاذ، وتقتضي أحكام المسؤولية العقدية بأن ينفذ كل متعاقد ما التزم به تنفيذاً عينياً (1)، إذا كان هذا التنفيذ ممكناً وغير مرهق إلا ألتزم بالتنفيذ عن طريق التعويض (2)، أو يفسخ العقد إذا طلب الطرف الآخر ذلك (3).

**1. التنفيذ العيني:**

إذا قام الالتزام فوجب تنفيذه ولو جبرا على المدين<sup>1</sup>، غير أنه إذا كان من الممكن تصور وجود التنفيذ العيني الجبري في مجال العقد، فهل يمكن وجود مثل هذا التصور في مجال التفاوض، وعليه سوف نبحت في مفهوم التنفيذ العيني (أ)، ثم موقف الفقه من التنفيذ العيني في مجال المفاوضات (ب)

**أ- مفهوم التنفيذ العيني:**

يقصد بالتنفيذ العيني هو عين ما التزم به المدين إذ يؤدي إلى إصلاح الضرر إصلاحا تاما وإعادة الحالة إلى ما كانت عليه، والغرض منه إعادة الأطراف إلى الحالة التي كانوا عليها قبل حصول الفعل الضار والمتمثل في قطع المفاوضات<sup>2</sup> وللدائن الحق في مطالبة المدين بالتعويض العيني وإجبار المدين عليه<sup>3</sup>، أما إذا كان تنفيذ الالتزام عينا غير ممكن أو غير ملائم إلا إذا قام به المدين نفسه، يجوز للدائن أن يحصل على حكم بإلزام المدين بهذا التنفيذ وبدفع غرامة إجبارية إن امتنع عن ذلك طبقا لنص المادة 174. م.ق.ج، وفي حال إذا ما كان الالتزام المراد تنفيذه عينا هو التزم بعمل ولم يقم المدين بتنفيذ التزامه، يجوز للدائن أن يطلب ترخيصا من القاضي في تنفيذ الالتزام على نفقة المدين إذا كان هذا التنفيذ ممكنا<sup>4</sup>.

وبما أن الأصل في تنفيذ الالتزام أن يكون عينيا، فإنه لا يجوز للدائن أن يطالب التنفيذ بمقابل إذا كان المدين مستعدا للتنفيذ العيني، أو لم يكن التنفيذ العيني مرهقا له، ففي

1- تواتي أحمد نور الهدى، مرجع سابق، ص 60.

2- دحداح سهيلة، رزقي ليلي، مرجع سابق، ص 55.

3- المادة 174 من الأمر رقم 57-58 المتضمن القانون المدني: "إذا كان تنفيذ الالتزام عينا غير ممكن أو غير ملائم إلا إذا قام به المدين بنفسه، جاز للدائن أن يحصل على حكم بإلزام المدين بهذا التنفيذ و بدفع غرامة إجبارية إن امتنع عن ذلك".

4- أنظر المادة 170، المرجع نفسه: " في الالتزام بالعمل جاز للدائن أن يطلب من القاضي في تنفيذ الالتزام على نفقة المدين إذا كان هذا التنفيذ ممكنا".

هذه الحالة يجوز للقاضي أن يقضي بالتنفيذ العيني وبغض النظر عن طلب الدائن ولا يعتبر ذلك منه حكما بغير ما طلب الخصوم أو بأكثر مما طلب<sup>1</sup>.

### ب- موقف الفقه من التنفيذ العيني في مجال التفاوض على العقد:

لقد اجتمع الفقه على استبعاد التنفيذ العيني الجبري من مجال التفاوض، ورأوا عدم جواز إجبار المتفاوض على تنفيذ التزامه بالتفاوض عينا حتى ولو لم يكن هذا التنفيذ مستحيلا أو مرهقا وذلك لعدة أسباب منها<sup>2</sup>:

إن محل الالتزام الذي لم ينفذ هو "التفاوض" وليس "التعاقد" لذلك فليس من المقبول القول بانعقاد العقد لأن المتفاوض يرفض تماما الدخول في التفاوض والاستمرار فيه، فإذا أُجبر على ذلك كان في هذا مساس بحريته الشخصية، فليس من المعقول أن تعين المحكمة من يمثل المدين في عملية التفاوض ولو كانت المرحلة التي توقفت عندها المفاوضات مقبولة ويمكن معها إبرام العقد، وفي هذا الشأن قضت محكمة بروكسل التجارية في حكمها الصادر بتاريخ 24 جوان 1985 على استحالة التنفيذ العيني لإعلان مبادئ وأكدت أن ما ضاع هو فرصة للتعاقد وليس العقد نفسه<sup>3</sup>.

كما أن الإجبار على التفاوض يكون غير مجد في مجال التفاوض وذلك لأن التفاوض بطبيعته يحتاج إلى التعاون الحقيقي بين الطرفين، ولا يتصور أي تعاون من شخص أكره على التفاوض بل أن الإجبار على التفاوض يقضي على فرص إبرام العقد المرتقب<sup>4</sup>.

1- بن أحمد صليحة، "آثار المسؤولية المدنية الناشئة عن إخلال المتفاوض بالتزامه بالتفاوض بحسنية"، مجلة الدفاتر السياسية و القانونية، العدد العاشر، جانفي 2014، قصدي مرياح ورقلة، الجزائر، ص 118.

2- نعيمة زهرة، سايح فاطمة الزهراء، مرجع سابق، ص 71.

3- بن أحمد صليحة، مرجع سابق، ص 118.

4- بلحاج لعربي، الإطار القانوني للمرحلة السابقة على إبرام العقد في ضوء القانون الجزائري، مرجع سابق، ص 163.

وعليه بإمكان اللجوء إلى الحكم بالغرامة التهديدية لدفع الطرف الذي قطع بالفعل المفاوضات، على العودة إليها، أمر غير مستحب في مجال العقود الدولية، حيث يتعلق الأمر باعتبارات تستلزم قدرا كبيرا من التعاون والتواصل خاصة عقود التنمية الاقتصادية<sup>1</sup>.

رغم أن التطبيقات القضائية في شأن الإجبار على التفاوض نادرة، إلا أنه ثمة حكما صادرا عن محكمة استئناف باريس في 28 ديسمبر 1976، قضى بالإجبار على التفاوض، وقد استند إليه بعض من الفقه للقول بإمكانية إجبار المتفاوض على تنفيذ التزامه بالتفاوض عينا إذا ما قدر القاضي ذلك وتتعلق وقائع هذا الحكم بعقد توريد كمية من زيت المازوت بين شركتي (EDF) و (Shell) وكان العقد يتضمن بندا يلزم الطرفين بالتفاوض حول تعديل الثمن في حال ارتفاع أو انخفاض الأسعار<sup>2</sup>.

وعقب ارتفاع أسعار البترول كان لابد أن يتفاوض الطرفان حول تعديل الثمن، وهذا ما حدث فعلا، لكن التفاوض باء بالفشل ورفع الأمر إلى محكمة استئناف باريس، حيث قضت هذه الأخيرة قبل أن تفصل في الموضوع بالزام الطرفين بالتفاوض كمحاولة للتوصل إلى اتفاق على أن يكون للمحكمة في حالة فشل المفاوضات أن تقضي على ضوء المفاوضات والحلول المقترحة، إما بإبطال العقد أو تعديله بمعرفتها<sup>3</sup>.

وعليه فإن التنفيذ العيني مستبعد في الأحوال التي يكون فيها الأطراف في مرحلة التفاوض، وما على الطرف المتضرر أن يطلب التنفيذ بمقابل.

## 2. التنفيذ عن طريق التعويض :

أشرنا سابقا أن التنفيذ العيني مستبعد في مجال تنفيذ الالتزامات التي يرتبها عقد التفاوض، نظرا لطبيعة المفاوضات التي تقوم على مبدأ حرية التعاقد، فلا يبقى أمام

1- بن أحمد صليحة، مرجع سابق، ص 119.

2- بوطباله معمر، الإطار القانوني لعقد التفاوض، مرجع سابق، ص 220.

3- المرجع نفسه، ص 220.

المتفاوض المضرور إلا التعويض عن طريق التنفيذ، حيث يترتب على إخلال احد المتفاوضين بالتزامه إن ينشأ للطرف الآخر حقا في الرجوع إلى الأول، طالبا تعويض على ما أصابه من جراء عدم التنفيذ حيث نصت عليه المادة 176 من القانون المدني الجزائري (إن استحالة على المدين أن ينفذ الالتزام عينا حكم عليه بتعويض الضرر الناجم عن عدم تنفيذ التزامه....)<sup>1</sup>.

إذا كان المتفاوضان قد حددا مسبقا في عقد التفاوض، أو في اتفاق لاحق قيمة التعويض، وهو ما يسمى التعويض ألتفاقي فما على القاضي إلا الحكم بالمبلغ المتفق عليه وهو ما نصت عليه المادة 183 من القانون المدني الجزائري (يجوز للمتعاقدين أن يحددا مقدما قيمة التعويض بالنص عليها في العقد أو في اتفاق لاحق....)<sup>2</sup>.

في حالة عدم اتفاق الطرفين على قيمة التعويض في عقد التفاوض، فان القاضي هو الذي يتولى مهمة تقدير التعويض. وهذا ما نصت عليه المادة 182 من القانون المدني الجزائري ( إذا لم يكن التعويض مقدرا في العقد، أو في القانون فالقاضي هو الذي يقدره، ويشمل التعويض الذي ملاحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب، بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام أو للتأخير في الوفاء به و يعتبر الضرر نتيجة طبيعية...)<sup>3</sup>.

#### ❖ الأضرار التي يعرض عنها في مرحلة التفاوض :

يشمل التعويض الأضرار المادية والأدبية التي لحقت بالطرف الأخر، ومن أهم هذه الأضرار: نفقات التفاوض (أ)، الوقت الضائع (ب)، ثم تفويت الفرصة (ج).

1- انظر المادة 176 من الأمر رقم 75-58، المتضمن القانون المدني، مرجع سابق.

2- انظر المادة 183 من الأمر رقم 75-58، المتضمن القانون المدني، مرجع سابق.

3- انظر المادة 182 من الأمر رقم 75-58، المتضمن القانون المدني، مرجع سابق

## أ. نفقات التفاوض:

وهي النفقات التي ينفقها المتفاوض في سبيل التفاوض مثل نفقات الإعداد للعقد والدراسات الفنية وتقارير الخبراء والسفر وغيرها من نفقات التفاوض، فهذه النفقات بمثابة خسارة حقيقية للمتفاوض المضرور ومن ثم يجب أن يتحملها المتفاوض المسؤول عن قطع المفاوضات، ويجب أن تكون هذه النفقات تمت بمناسبة التفاوض أو بسببه، ومن ثم لا مجال لاسترداد ما أنفقه المتفاوض قبل بدء التفاوض ولا ما أنفقه بعد علمه بانسحاب المتفاوض الآخر<sup>1</sup>.

## ب. الوقت الضائع:

إن ضياع الوقت من الأضرار المتوقعة عادة في المفاوضات يستحق التعويض عنه، كل ما قام الدليل عليه، ويتمثل الوقت الضائع في الساعات أو الشهور أو السنين التي تكون قد استغرقتها المناقشات أو الدراسات، ويجب التنويه بحكم فرنسي شهير في هذا المقام أبرز موضوع التعويض عن ضياع الوقت، وتتخلص وقائعه في أن زوجين أعلنوا رغبتهما في قبول إيجاب تمثل في طرح عقار للبيع، ثم طلبا تمديد مدة القبول حتى يتسنى لهما تدبير التمويل اللازم للشراء وبعد ثلاثة أشهر أفصحا عن إرادة قاطعة في عدم الشراء<sup>2</sup>.

وعلى أثر ذلك تمسك موجه الإيجاب بأن الرفض جاء متأخرا، وطالب بتعويضه عن ضياع الوقت، وقد عابت محكمة النقض على قضاة الموضوع رفضهم طلب الموجب، لكونهم لم يأخذوا بعين الاعتبار أن الموجب كان قد اعتقد في التزامه بالبقاء على إيجابه، مما دفعه إلى عدم التصرف في عقاره طيلة هذا الوقت فضلا عن ذلك فإنه بالنسبة للمحترف الذي يعلم بتقنيات التفاوض وإمكانية قطع المفاوضات، ويقبل المخاطر والمحاورة،

1- بن أحمد صليحة، مرجع سابق، ص 121.

2- المرجع نفسه، ص 121.

فإن الخسائر المادية التي يتكبدها تدخل ضمن المصاريف العامة للشركة أو المؤسسة، ولا يمكنه المطالبة بالتعويض عنه<sup>1</sup>.

### ج. تعويض عن فوات الفرصة:

يعتبر تفويت الفرصة من الأضرار المتوقعة في مرحلة المفاوضات، حيث يؤدي فشل المفاوضات وقطعها إلى حرمان المتفاوض المعدل عنه من فرصة حقيقية وجادة لتحقيق كسب احتمالي ويتمثل هذا الحرمان من إبرام العقد المتفاوض عليه أو في إبرام عقد بديل مع الغير<sup>2</sup>.

رغم اتجاه بعض أحكام القضاء إلى استبعاد التعويض عن فقدان فرصة إبرام العقد المتفاوض عليه، ويستند في ذلك إلى الطبيعة التمهيدية لعقد التفاوض لإبرام العقد النهائي فاحتمال إتمام هذا الأمر يتساوي مع عدم احتمالها، غير أن الدخول في التفاوض يمنح لكلا الطرفين فرصة إبرام العقد المتفاوض عليه وكلما تقدمت المفاوضات كلما أصبحت هذه الفرصة جادة، حيث يكون الأطراف وصلوا إلى نقطة اللارجوع، فإذا قام أحد الطرفين بقطع المفاوضات دون أي مبرر مشروع فانه فوت بذلك فرصة حقيقية لإبرام العقد والحصول على أرباحه، ولذا وجب على الطرف المنسحب دون مبرر مشروع، أن يقوم بتعويض الطرف الآخر عن فوات هذه الفرصة دون أن يمتد التعويض إلى الأرباح أن المزايا المتوقعة من العقد، وذلك لأنه وأن كانت الإفادة من فرصة إبرام العقد المتفاوض عليه هي أمر احتمالي وغير مؤكد إلا أن تفويت الفرصة بقطع المفاوضات دون سبب مشروع هو ضرر محقق يستوجب التعويض<sup>3</sup>.

ولذا اقر القضاء الفرنسي على وجوب تعويض التفاوض المتضرر من قطع المفاوضات وحرمانه من فرصة العقد المتفاوض عليه شريطة أن تكون هذه الفرصة حقيقية

1- بن أحمد صليحة، مرجع سابق، ص 122

2- علي احمد صالح، مرجع سابق، ص ص 782-783.

3- المرجع نفسه، ص 784.

وجادة، أي يجب أن يكون أمل المتفاوض في إبرام العقد مستندا إلى أسباب معقولة مثل تقدم المفاوضات الذي يطمئن قلب المتفاوض الآخر بقرب إبرام العقد<sup>1</sup>.

وبناء على ذلك فإن التعويض في مجال التفاوض لا ينصب على تفويت الفرصة ذاتها لأنها أمر احتمالي وإنما يكون عن تفويت فرصة إبرام العقد محل التفاوض باعتباره ضررا محققا أو مؤكدا يجب التعويض عنه، وهو من قبيل خيبة الأمل وسوء الحظ الذي تسبب فيه التفاوض المسؤول من جراء خطأه<sup>2</sup>.

استقر الفقه والقضاء في فرنسا ومصر، على وجوب تعويض المتفاوض المتضرر من قطع المفاوضات، عن حرمانه من فرصة إبرام العقد محل التفاوض، شريطة أن تكون هذه الفرصة حقيقة وجادة وان الأمل المدعي به في إبرام العقد له أسباب معقولة أو مقبولة وانه ليس مجرد احتمال<sup>3</sup>.

### 3. فسخ عقد التفاوض :

عقد التفاوض هو عقد ملزم للجانبين، ويترتب التزامات متقابلة لكلا طرفيه، فإذا اخل احد المتفاوضين بأحد التزاماته جاز للمتفاوض الآخر طلب فسخ العقد، وعليه فان الفسخ يعتبر بمثابة جزاء على إخلال احد المتعاقدين بالتزاماته وهو حل الرابطة العقدية وذلك طبقا لنص المادة 119 من القانون المدني: ( في العقود الملزمة للجانبين، إذا لم يف احد المتعاقدين التزاماته جاز للمتعاقد الآخر بعد اعذاره المدين أن يطالب بتنفيذ العقد أو فسخه، مع التعويض في الحالتين إذا اقتضى الحال ذلك )، ويتضح من نص المادة بان طلب الفسخ حق مقرر لكل متعاقد الآخر تنفيذ الالتزام وهو حق ثابت ومقرر في كل العقود الملزمة لجانبين، ولا يجوز حرمان المتعاقدين من هذا الحق إلا باتفاق صريح بين الطرفين<sup>4</sup>.

1- بلحاج العربي، مشكلات المرحلة السابقة على إبرام العقد في ضوء القانون المدني الجزائري، مرجع سابق، ص 207.

2- بلحاج العربي، الإطار القانوني للمرحلة السابقة على إبرام العقد في ضوء القانون المدني الجزائري، مرجع سابق، ص 207.

3- علي أحمد صالح، مرجع سابق، ص 794.

4- محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 413.

## أ- الفسخ الاتفاقي:

يجوز الاتفاق على الفسخ عقد التفاوض بمجرد الإخلال بالالتزامات الناشئة عنه يطلق عليه شرط الصريح الفاسخ، إذا ورد هذا الشرط في العقد، لا يعفي من لزوما اعذرا المدين لتنفيذ التزامه لا يقع الفسخ تلقائيا إذ لم يتم اعذرا المدين، وهذا ما نصت عليه المادة 120 من القانون المدني ( يجوز الاتفاق على أن يعتبر العقد مفسوخا بحكم القانون عند عدم الوفاء بالتزامات الناشئة عنه ، بمجرد تحقيق الشروط المتفق عليها و بدون حاجة إلى حكم قضائي و هذا الشرط لا يعفي من الأعذار ...)<sup>1</sup>.

## ب- الفسخ القضائي:

يتقرر فسخ عقد التفاوض بموجب حكم قضائي، فإذا تبين للقاضي أن المتفاوض قد أخل بتنفيذ التزاماته، كما تكون للقاضي سلطة جوازيه في عدم القضاء بالفسخ إذا تبين أن المتفاوض قد قام بتنفيذ الجزء المهم من التزامه بالتفاوض وعدم تنفيذ الباقي كان راجع لأسباب موضوعية أو ظروف استثنائية هنا القاضي يمنحه أجلا لتنفيذ التزامه وهذا ما صرح به المشرع الجزائري من خلال المادة 2/199 من القانون المدني الجزائري التي تتضمن على أنه يجوز للقاضي أن يمنح المدين أجلا حسب الظروف كما يجوز له أن يرفض الفسخ إذا كان ما لم يوفى به المدين قليل الأهمية بالنسبة إلى كامل الالتزامات<sup>2</sup>.

## ج- انفساخ عقد التفاوض (بقوة القانون):

لقد نص المشرع الجزائري على انفساخ العقد في المادة 121 من القانون المدني الجزائري بقولها (في العقود الملزمة للجانبين، إذا انقضت التزام بسبب استحالة تنفيذه، انقضت الالتزامات المقابلة له، وينفسخ العقد بقوة القانون)، من خلال مضمون المادة

1- نعيمة زهرة، سايح فاطمة الزهراء، مرجع سابق، ص 79.

2- علي أحمد صالح، مرجع سابق، ص 686.

نستنتج أن إذا استحال على أحد طرفي عقد التفاوض تنفيذ التزامه بالتفاوض مثالا، وكان سبب في ذلك لا يرجع إلى المدين نفسه، وإنما يرجع إلى سبب أجنبي لا يد للمدين فيه، فإنه في هذه الحالة لا يتقرر الفسخ، وإنما يتقرر انفساخ العقد بقوة القانون<sup>1</sup>. وعليه سيتم تناول شروط انفساخ عقد التفاوض والآثار المترتبة عنه، وذلك على النحو التالي:

#### د- شروط انفساخ عقد التفاوض:

حتى يقع انفساخ عقد التفاوض يجب أن تتوفر الشروط التالية<sup>2</sup>:

1- يجب أن يصبح تنفيذ الالتزام مستحيلا أو غير ممكن، والمقصود بالاستحالة هنا، هي الاستحالة الموضوعية المطلقة، كهلاك الشيء المبيع محل العقد النهائي المتفاوض عليه، ولا يعتد في هذه الحالة بالاستحالة الذاتية المتعلقة بالمدين نفسه، كسوء وضعه المالي الذي لا يسمح له بالوفاء بالتزامه، كما يشترط في الاستحالة أيضا أن تكون دائمة، أي أن يصبح أداء الالتزام غير ممكن، فالاستحالة تؤدي إلى وقف سريان العقد خلال فترة الاستحالة مع استئناف سريانه بعد ذلك، أي بزوال فترة الاستحالة، فالتفاوض مثال حول عقد توريد، يتوقف خلال الفترة التي حددها قرار صادر يمنع استيراد سلعة لفترة معينة.

2- أن ترجع هذه الاستحالة إلى سبب أجنبي، ويعني ذلك أن ترجع استحالة تنفيذ الالتزام إلى سبب أجنبي لا يد للمدين فيه، ويتمثل السبب الأجنبي في القوة القاهرة، أي الحدث الذي لا يمكن توقعه أو دفعه أو تفاديه، وهذه المسألة تختلف باختلاف الظروف، كالزلازل والأعاصير، والحروب... إلخ، وقد تكون الاستحالة مادية، وذلك بفعل القوة القاهرة.

1- سليم بلجراف، عقد الترخيص باستغلال براءة الاختراع، مذكرة ماستر في الحقوق، فرع القانون الخاص، تخصص قانون الأعمال، قسم الحقوق، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة محمد خضير، بسكرة، 2020/2019، ص 89.  
2- بوطبالة معمر، الإطار القانوني لعقد التفاوض، مرجع سابق، ص 244.

كحدوث فيضانات أدت إلى هلاك محل عقد البيع المتفاوض عليه، وقد تكون الاستحالة قانونية سببها صدور قانون أو قرار إداري، يحول دون تنفيذ الالتزام بالتفاوض والاستمرار فيه، كالقرار الذي يمنع استيراد سلعة معينة محل العقد النهائي المتفاوض عليه، أو منع استيراد السلعة من دولة محددة.

3- إثبات المدين للاستحالة والسبب الأجنبي، إذ يجب على المدين أن يثبت الاستحالة والسبب الأجنبي، حيث يقع عبء الإثبات عليه، وهذا ما قضت به المادة 176 من القانون المدني الجزائري، بقولها (إذا استحال على المدين أن ينفذ الالتزام عيناً، حكم عليه بتعويض الضرر الناجم عن عدم تنفيذ التزامه، ما لم يتبين أن استحالة التنفيذ نشأت عن سبب أجنبي لا يد له فيه، ويكون الحكم كذلك إذا تأخر المدين عن الوفاء بالتزامه<sup>1</sup>).

#### ثانياً: جزاء المسؤولية التقصيرية

إن العدول عن المفاوضات أو قطعها لا يترتب بذاته مسؤولية العادل، إلا أنه يصبح مصدر للمسؤولية، على أساس الفعل الضار، إذا اقترن بالعدول، أي إذا اقترن خطأ بالعدول في الوقت ذاته، والمشكل يحدث عند قطع المفاوضات خاصة بعد وصولها إلى خطوتها الأخيرة أي اقتربت من النهاية أو بعد تحديد ميعاد للتوقيع على العقد، فيعتبر عندئذ هذا القطع مخالفاً لقواعد حسن النية الواجب توافرها في المفاوضات، ويعتبر هذا الفعل خطأ تترتب عليه المسؤولية التقصيرية إذا ما ألحق ضرر بالطرف الآخر<sup>2</sup>.

على أي حال سواء أرجع فشل المفاوضات إلى خطأ اقترن بالعدول أم تعسف في استعمال الحق المشروع، فإن المسؤولية التقصيرية تقع خلال مرحلة التفاوض كلما ثبت خطأ من جانب المتفاوض، ولا يمكن بطبيعة الحال إطلاق مبدأ تلك المسؤولية<sup>3</sup>.

1- بوطبالة معمر، الإطار القانوني لعقد التفاوض، مرجع سابق، ص 245.

2- لغواطي مصطفى أمين وليماني يونس، مرجع سابق، ص 73.

3- نبيل إسماعيل الشبلاق، مرجع سابق، ص 327.

طبقاً لنص المادة 124 من ق.م.ج التي تنص "كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه ويسبب ضرراً للغير، يلزم من كان السبب في حدوثه بالتعويض"، من خلال استقراء المادة نلاحظ أن المشرع الجزائري قد ألزم المتفاوض الذي اخل بالالتزامات المترتبة عليه وتسبب بالضرر لطرف الآخر من جراء خطئه، ويكون التعويض عن الضرر كله سواء كان متوقفاً أو غير متوقع، سواء كان حالاً أو مستقبلاً مادام محققاً، كما يشمل التعويض الضرر المباشر والذي يشمل على عنصرين الضرر الذي لحق بالمتفاوض الآخر والكسب الذي فاتته وذلك طبقاً للقواعد المسؤولية التقصيرية بحيث يكفي أن يكون الضرر نتيجة طبيعية لخطأ المتفاوض كي يسأل عن تعويضه مع العلم بأن المتفاوض لا يستطيع أن يشترط أثناء المفاوضات إعفائه من المسؤولية التقصيرية التي يمكن أن تقوم بسبب فشل المفاوضات<sup>1</sup>.

### الفرع الثاني

#### القانون الواجب التطبيق على التفاوض في عقد الفرانشيز

يختلف القانون الواجب التطبيق باختلاف الطبيعة القانونية للتفاوض، فإذا كانت التفاوض غير قائمة على عقد فإن القانون الواجب التطبيق يخضع للقواعد المقررة للالتزامات الغير التعاقدية بشأن ضابط الإسناد (أولاً)، أما إذا كانت المفاوضات قائمة على عقد فإنه يخضع للقواعد للالتزامات التعاقدية بخصوص قواعد الإسناد (ثانياً).

#### أولاً: التفاوض الغير المصحوب بالاتفاق

يتحدد القانون الواجب التطبيق بالرجوع إلى قواعد الإسناد المقررة على الالتزامات الغير التعاقدية التي أوردها المشرع الجزائري في الفقرة الأولى من المادة 20 من القانون المدني، أي القانون الواجب التطبيق هو قانون البلد الذي وقع فيه الفعل المنشأ للالتزام<sup>2</sup>.

1- تواتي أحمد نور الهدي، مرجع سابق، ص 65.

2- المادة 20 من الأمر رقم 75-58، مرجع سابق: "يسري على الالتزامات الغير التعاقدية قانون البلد الذي وقع فيه الفعل المنشأ للالتزام".

## ثانيا: التفاوض المصحوب بالاتفاق

أن التفاوض في عقد الفرانشييز قد يتم على شكل عقد بين الأطراف مختلفي الجنسية، فإن اختيار هؤلاء للقانون الواجب التطبيق يمكن أن يتم وفقا للقانون الوطني لأحد الأطراف أو قانون مكان تنفيذ العقد، وطبقا للقانون الجزائري فإنه إذا طرح النزاع على القاضي الجزائري فإنه يطبق قاعدة الإسناد الخاصة بالالتزامات التعاقدية المتضمنة في المادة 18 من القانون المدني التي تنص على ما يأتي: "يسري على الالتزامات التعاقدية القانون المختار من المتعاقدين إذا كانت له صلة حقيقية بالمتعاقدين أو بالعقد. وفي حالة عدم إمكان ذلك يطبق قانون الموطن المشترك أو الجنسية المشتركة. وفي حالة عدم إمكان ذلك يطبق قانون محل إبرام العقد. غير أنه يسري على العقود المتعلقة بال عقار قانون موقعه"<sup>1</sup>.

## 1- اختيار القانون الوطني القانون لأحد الأطراف المتعاقدة:

يتبين من الفقرة الأولى من المادة أعلاه أنها تبنت القاعدة العامة التي تقضي بخضوع العقد الدولي للقانون الذي يختاره الأطراف، أي اختصاص قانون الإرادة، وبذلك فقد أقر المشرع مبدئيا بحرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي، ومنه يجوز لأطراف اتفاق التفاوض أن يحددا في اتفاقهما على التفاوض وبشكل صريح القانون الواجب التطبيق الذي يحكم العلاقة بينهما أثناء التفاوض في حال نجاح التفاوض أو فشله، وبالتالي يصبح قانون الدولة التي تم اختيار قانونها صراحة لحكم العقد هو القانون الواجب التطبيق<sup>2</sup>.

إن مبدأ استقلالية الإرادة ذو أثر فعال في اختيار القانون الذي يحكم موضوع النزاع في العقود الدولية، ومهما كانت صفة الأطراف المتعاقدة سواء أكانت من أشخاص القانون

1- أنظر المادة 18 من الأمر رقم 75-58، المتضمن القانون المدني الجزائري، مرجع سابق.

2- بن أحمد صليحة، "تنازع القوانين بشأن المسؤولية المدنية الناشئة عن قطع التفاوض"، مجلة للدراسات القانونية والسياسية، المجلد 04، العدد 02، جامعة قصدي مرباح، ورقلة، الجزائر، 2019، ص818.

الدولي كالدول أم أشخاص القانون الخاص كالأفراد والأشخاص الاعتبارية، فإن هذا المبدأ يبقى سائدا بما يعطى للمتعاقدين من حق في اختيار القانون الذي يتلاءم مع إنفاقهم، وتتحدد إرادة الأطراف في اختيار القانون بالنص على ذلك في العقد حيث يتفقا على أن قانون دولة أحدهم هو الواجب التطبيق<sup>1</sup>.

تقيد إرادة الأطراف في نطاق التشريعات الوطنية عند تطبيق ضابط من الضوابط اللازمة لإعمالها، ويأتي في مقدمتها عادة عدم مخالفة القانون الواجب التطبيق القواعد الآمرة في الدول المعنية وألا يكون اختياره قد تم بناء على غش أو احتيال من طرف عقادية للتهرب من القانون المختص، مع ضرورة وجود صلة بينه وبين العقد، كما يجب أن ينتمي إلى نظام قانوني معين على اعتبار أن العقد لا ينشأ أو يعيش في فراغ<sup>2</sup>.

وتحديد الأطراف للقانون المختار قد يكون صراحة وقد يكون ضمنيا، معين، أو كتابة اتفاق التفاوض بلغة معينة، أو انتماء الطرفين لجنسية دولة معينة، أو جعل الاختصاص بنظر للمنازعات المتعلقة باتفاق التفاوض لمحاكم دولة معينة، كل ذلك يفيد انصراف نية الطرفين إلى إخضاع اتفاقهما لقانون دولة ما<sup>3</sup>.

## 2- اختيار قانون محل تنفيذ العقد:

وإذا لم يختار الأطراف صراحة القانون الواجب التطبيق على اتفاق التفاوض ولم يتسن للقاضي استخلاص الإرادة الضمنية من الظروف المحيطة باتفاق التفاوض، فإن القانون

1- نورهان تكارلي، عقد نقل التكنولوجيا في ظل القانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص قانون خاص، قسم القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الحميد بن باديس، مستغانم، 2020/2019، ص 92.

2- المرجع نفسه، ص 92.

3- بن أحمد صليحة، تنازع القوانين بشأن المسؤولية المدنية الناشئة عن قطع التفاوض"، مرجع سابق، ص 818.

الواجب التطبيق طبقاً للفقرتين الثانية والثالثة من المادة 18 أعلاه هو قانون الموطن المشترك أو الجنسية المشتركة، وإلا فيطبق قانون محل إبرام العقد كحل نهائي<sup>1</sup>.

إذا كان اتفاق التفاوض بين حاضرين، فإن تطبيق قانون مكان إبرام العقد لا يثير أية صعوبة في تعيينه، بخلاف ما إذا كان اتفاق التفاوض بين غائبين، ففي هذه الحالة يذهب الفقه إلى أن التعيين يخضع لقانون القاضي على اعتبار أن تعيين محل إبرام العقد هو تفسير لقاعدة الإسناد في قانونه، فطبقاً للقانون الجزائري إذا كان التعاقد بين غائبين فإن مكان إبرام العقد هو المكان الذي يعلم فيه الموجب بالقبول، ما لم يوجد اتفاق أو نص قانوني يقضي بخلاف ذلك، والملاحظ أن المشرع هو الذي تولى عملية إسناد، والضوابط المذكورة بترتيب ورودها ذات قيمة في معاملات التجارة الدولية، غير أنه يؤخذ على المشرع الجزائري إغفاله ذكر ضابط محل التنفيذ رغم أهميته في العقود الدولية الخاصة بالإنشاءات الصناعية<sup>2</sup>.

أن تطبيق قانون محل تنفيذ العقد هو حل اقترحه مجموعة الدول الأوروبية أثناء مناقشة تقنين سلوك الدولي لنق التكنولوجيا، واشترطت أيضاً وجود صلة بين القانون الذي يقع عليه الاختيار والعقد، وبالمقابل اشترطت الدول النامية أن يكون القانون الواجب التطبيق والعقد صلة مباشرة ومؤثرة ودائمة بالرغم من اختلاف وجهات النظر بين أطراف العقد<sup>3</sup>.

تقر بعض القوانين مثل القانون الفرنسي والقوانين التي حذت حذوه بمبدأ وحدة القانون العقد الدولي الذي يفترض أن يسري عليه القانون المختار هذا مسلم به في القانون المقارن، غير أن هناك اختلاف بهذا الشأن، فإن بعض القوانين كالقانون الألماني يأخذ بمبدأ تجزئة العقد الأمر الذي يمكن القول معه أن العقد يخضع لأكثر من قانون، فيتبين ذلك من

1- المرجع نفسه، ص 819.

2- المرجع نفسه، ص 819.

3- نورهان تكارلي، مرجع سابق، ص ص 94-95.

استعراض جوانب العقد التي تخضع لقانون العقد والجوانب التي تخرج من نطاقه، والدراسة التحليلية للموضوع تؤكد أن هناك تقطيع جزئي لقانون العقد وتقطيع كلي<sup>1</sup>.

فبالنسبة لتقطيع الجزئي لقانون العقد، فقد ذهب البعض من الفقه المصري إلى القول أن الالتزامات التعاقدية المنصوص عليها في المادة 19 من القانون المدني والتي تقابلها المادة 18 من القانون المدني الجزائري تمثل فقط آثار العقد دون تكوينه، ومن ثم تنشأ عن عقد وتفترض انعقاد العقد، ومن ثم فإن كل ما يتعلق بانعقاد العقد أصبح شقا من الفكرة المسندة التي عنيت المادة 1/18 قانون مدني بتحديد القانون المختص بها.

وبالتالي لا يستطيع القاضي أعمال هذه القاعدة إلا إذا تبين له أولاً أنه بصدد عقد من العقود، وعليه كل ما يتعلق بفكرة تكوين العقد تعتبر مسألة تكييف أولي يرجع فيها إلى قانون القاضي أي القانون الجزائري، ولذلك فإنه كلما طرح النزاع أمام القاضي الجزائري وجب عليه أن يرجع إلى قانونه فيما يتعلق بالشروط اللازم توفرها حتى يمكن القول أنه بصدد عقد، فيرجع إلى القانون الجزائري في كل ما يتعلق بوجود الرضا وتلاقي الإيجاب بالقبول، وفي كيفية التعبير وتحديد القوة الملزمة لإيجاب، مما يفيد حسب هذا الرأي أن المشرع لم يحرص على وحدة القانون الذي يحكم العقد، وبالتالي يمكن التقطيع في القانون الذي يحكم تكوين العقد وآثاره وانقضائه<sup>2</sup>.

يؤكد الرأي الراجح في الفقه على أن المشرعين المصري والجزائري قد أخذوا بوحدة القانون الذي يحكم العقد، وبالتالي إذا اتفق طرفا التفاوض في اتفاقهما على التفاوض على القانون الواجب التطبيق الذي يحكم العلاقة بينهما أثناء التفاوض، فإن قانون الإرادة كأصل عام هو الذي يسري على أركان العقد، فيسري على ركن التراضي لاسيما في المسائل المتعلقة بكيفية التعبير عن الإرادة وأشكاله وآثاره، وتطابق الإيجاب بالقبول ومكان وزمان

1- بن أحمد، صليحة، "تنازع القوانين بشأن المسؤولية المدنية الناشئة عن قطع التفاوض"، مرجع سابق، ص 819.

2- المرجع نفسه، ص 819.

إبرام العقد وعيوب الإرادة، وكذلك يسري على ركني محل العقد وسببه، ونفس الحكم ينطبق على آثار العقد أي القوة الملزمة على ركني محل العقد وسببه للعقد بمعنى تحديد مضمون العقد ومشتملاته، حيث يخضع تفسير العقد إلى قانون الإرادة، وعموماً فإن الأخذ بوحدة القانون الواجب التطبيق على العقود الدولية يحقق التجانس والانسجام بين الأحكام المطبقة على مختلف أجزاء العقد<sup>1</sup>.

ترتب عن التفاوض في عقد الفرانشيز مجموعة من الالتزامات في ذمة أطراف المتفاوضة من بينها التزام الرئيسي الذي يتمثل في الالتزام بحسن النية عند التفاوض، والذي تترتب عنه مجموعة من الالتزامات الفرعية، حيث يؤدي الإخلال بأحد هذه الالتزامات إلى ترتب مسؤولية مدنية اختلف الفقهاء بشأن تحديد نوعها بين العقدية و التقصيرية وذلك مرتبط بوجود أو عدم وجود عقد التفاوض.

وعليه فإن الأساس الذي تقوم عليه المسؤولية العقدية للأطراف المتفاوضة هو وجود عقد التفاوض، في حين تقوم المسؤولية التقصيرية في الحالة التي لم يبرم خلالها الطرفان عقد تفاوض.

كذلك مسألة القانون الواجب التطبيق على مرحلة التفاوض كانت محل خلاف بين التشريعات كل حسب قواعد التنازع التي يتضمنها، فالنسبة إلى المشرع الجزائري فقد تبنى قاعدة قانون الإرادة كضابط إسناد لفئة الالتزامات التعاقدية متى أبرم عقد تفاوض سابقاً عن إجراء المفاوضات. وكذلك قانون المحل كضابط إسناد لفئة الالتزامات الغير التعاقدية بمناسبة غياب عقد التفاوض.

1- نقلا عن: بن أحمد صليحة، "تنازع القوانين بشأن المسؤولية المدنية الناشئة عن قطع التفاوض"، مرجع سابق، ص

خاتمة

## خاتمة

تعد مرحلة التفاوض أهم مراحل إبرام العقد بصفة عامة، وعقد الفرانشيز بصفة خاصة نظرا لتعقيدات وتركيب هذا الأخير، وخطورة المحل الذي يتضمنه، فهو يرد على نقل المعرفة الفنية والتقنية، وإبرام هذا الأخير يتوقف على نجاح أو فشل مرحلة التفاوض، التي تعرف بأنها مرحلة استكشافية يتم فيها تبادل الاقتراحات من خلال تعبير الأطراف المتفاوضة عن موقفهم والسعي حول تحقيق المصلحة، قد تكون المفاوضات مبنية على عقد مكتوب وقد تكون مفاوضات حرة ما أدى إلى حدوث اختلاف فقهي حول تحديد طبيعتها، كما للمرحلة التفاوض أهمية اقتصادية وقانونية.

أثناء دخول المتفاوضين جو التفاوض تترتب على عاتقهم مجموعة من الالتزامات، تعد أساسية لإبرام كل تصرف قانوني، وأهمها هو الالتزام بحسن النية، وتتفرع عنه التزامات ثانوية مثل الالتزام بالإعلام والسرية أثناء التفاوض، وإذا ثبت ضرر مقترن بخطأ أحد الأطراف المتفاوضة نشأة مسؤولية تستوجب التعويض، كما يختلف القانون الواجب التطبيق على النزاع الذي يشوب مرحلة التفاوض باختلاف الطبيعة القانونية لتفاوض.

وفي النهاية الدراسة توصلنا إلى النتائج التالية:

- التفاوض عبارة عن مناقشة بنود العقد عن طريق تبادل المحادثات والآراء بهدف تقريب وجهات النظر بين الأطراف المتفاوضة.
- للتفاوض أهمية قانونية تتمثل في الامتناع عن الادعاء بالإذعان، كما يعتبر وسيلة لتفسير العقد، من خلال ما يتضمنه من مناقشات ودراسات متبادلة بين الطرفين مرجعا هاما في مرحلة التنفيذ.

- ينشأ التفاوض بدعوة احد الأطراف الطرف الآخر للتعاقد وتقوم علة منهج التفاهم والتعاون بعيدا عن التعصب والصراعات، كما تعتمد على فريق متفاوض كفو يتمتع بمهارات علمية وذلك من أجل إنجاز عملية التفاوض والوصول إلى الهدف المنشود.
- اختلف الفقهاء حول تحديد طبيعة القانونية لتفاوض، فهناك من يرى أنها تصرف مادي لا ترتقي إلى التصرف القانوني، في حين يرى الفقه المعاصر أنه ذو طبيعة قانونية على أساس مجرد توافق إرادة الأطراف على الدخول في المفاوضات ينشأ عقد بينهما.
- يختلف نظام التفاوض عن بعض الأنظمة المتشابهة مثل الوساطة، المساومة، المشاورة إذ يعتبر التفاوض اشمل وأوسع.
- التفاوض تصرف إرادي يقوم على مبدأ حرية الأطراف في الدخول في المفاوضات، تقوم على الأخذ والعطاء، ونتائجه احتمالية.
- تظهر أهمية التفاوض أكثر في عقد الفرانشيز الذي يعتبر اتفاق بين مالك المعرفة الفنية مضمونه ترخيص للممنوح له باستخدام الملكية الفكرية للمانح، نظرا لخطورة المحل فيه القائم على نقل التكنولوجيا والمعلومات والمعرفة التقنية لذا يشترط المانح أحيانا ضمانات تتراوح بين الضمانات الإدارية والقانونية مقابل الإفصاح عن المعلومات للممنوح له.
- تقع على عاتق الأطراف المتفاوضة مجموعة من الالتزامات أهمها الالتزام بالتفاوض بحسن النية ويتفرع عنها الالتزام بالإعلام والالتزام بالمحافظة على السرية.
- الإخلال بالالتزامات التفاوضية يؤدي إلى نشوء المسؤولية المدنية تتراوح بين المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية، ويؤدي إما إلى فسخ العقد أو الانفساخ، وأثناء ثبوت الضرر يؤدي إلى التعويض بالمقابل.

- إن القانون الواجب التطبيق على التفاوض في عقد الفرانشيز يختلف حسب طبيعة العلاقة، فإذا كان التفاوض قائم على عقد بين الأطراف فإن القانون الواجب التطبيق هي قواعد الإسناد المطبقة على الالتزامات التعاقدية، وفي حالة التفاوض الحر فإنه يخضع لقواعد الإسناد المطبقة على الالتزامات الغير التعاقدية .

في الأخير نوصي بضرورة تنظيم مرحلة التفاوض التي أغفلها المشرع الجزائري، الذي تركها للقواعد العمة المطبقة على العقد، بتنظيم خاص يحدد بشكل واضح كل ما يتعلق بهذه المرحلة المهمة للتعاقد.

# قائمة المراجع

## 1. باللغة العربية:

### أولاً: الكتب

- 1- أبو العلا علي أبو علي النمر، مفاوضات عقود التجارة الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002.
- 2- اهتوت نجيم، النظرية العامة للالتزامات، الجزء الأول، مصادر الإرادية، العقد، الإرادة المنفردة، مطبعة القبس للطباعة والنشر، الناظور، 2019.
- 3- بلحاج العربي، الإطار القانوني لمرحلة السابقة على إبرام العقد في ضوء القانون المدني الجزائري، (دراسة مقارنة)، دار وائل لنشر، الجزائر، 2010.
- 4- \_\_\_\_\_، مشكلات المرحلة السابقة على التعاقد، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2011.
- 5- الحديدي ياسر السيد، عقد الامتياز التجاري، دار الفكر العربي، 2006.
- 6- حسن منصور محمد، العقود الدولية، ماهية العقد الدولي وأنواعه وتطبيقاته ومفاوضات العقود وإبرامه ومضمونه، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2006.
- 7- رجب كريم عبد الله، التفاوض على العقد، دراسة تأصيلية تحليلية مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2000.
- 8- الروبي محمد، عقد الامتياز التجاري في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، 2013.
- 9- زمزم عبد المنجم، عقد الفرانشيز بين القانون الدولي وقانون التجارة الدولية، دار النهضة العربية، 2011.
- 10- سعد الله عمر، قانون التجارة الدولية النظرية المعاصرة، الطبعة 2، دار هومة، الجزائر، 2009.
- 11- سليمان حبيب مصطفى، الاستثمار في الترخيص الامتيازي (الفرنشايز)، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع الأردن، 2008.
- 12- الصريفي محمد، التفاوض، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2007.

- 13- عبد الحكيم الشرقاوي مصطفى، العقود الدولية وخضوعها للقواعد الموضوعية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2001.
- 14- عبد العزيز المرسي حمود، الجوانب القانونية لمرحلة التفاوض ذو الطابع التعاقدية، دار النشر، القاهرة، 2005.
- 15- عبد القادر أحمد، إبراهيم أحمد، إدارة المفاوضات والنزاعات الدولية، دار النشر الجامعي، الإسكندرية، 2016.
- 16- عبد الكريم سلامة أحمد، قانون العقد الدولي والمفاوضات الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001.
- 17- علي أحمد صالح، المفاوضات في العقود التجارية الدولية، دار هوما، الجزائر، 2011.
- 18- علي جواد محمد، العقود الدولية، مفاوضات، إبرامها، تنفيذها، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2010.
- 19- علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، ط5، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2003.
- 20- فرحة زراوي صالح، الكامل في القانون التجاري، المحل التجاري والحقوق الفكرية، دار ابن خلدون لنشر والتوزيع، الجزائر، 2001.
- 21- فيلالي علي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، ط2، موفم للنشر، الجزائر، 2013.

#### ثانيا: الأطروحات والمذكرات الجامعية

##### أ- الأطروحات الدكتوراه:

- 1- بوطبلة معمر، 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.

2-سلامي ميلاد، النظام القانوني للعلامات التجارية والاتفاقيات الدولية، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراة في العلوم القانونية، تخصص قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة الحاج لخضر، 2012/2011.

ب- المذكرات:

1-مذكرات الماجستير:

1-إبراهيم الهيدوس عائشة، الطبيعة القانونية لعقد الفرانشايز، دراسة مقارنة، مذكرة لنيل

شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية القانون، جامعة قطر، 2020.

1. أمعوش ذهبية، عقد الفرانشيز وأثاره، مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون، تخصص

قانون الأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم قانون الأعمال، جامعة عبد الرحمان

ميرة ، بجاية، 2016/2015.

2. أوصيف نائلة، شناح سهام، المفاوضات في عقود التجارة الدولية، مذكرة مقدمة

لنيل شهادة الماستر، تخصص قانون الأعمال، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم

السياسية،جامعة محمد بوضياف، 2020/2019.

3. ايت سليمان جعفر، التنظيم العقدي لمرحلة التفاوض، مذكرة لنيل شهادة الماستر في

الحقوق، تخصص قانون الشركات، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق،جامعة

قاصدي مرياح، ورقلة، 2019/2018.

4. بكاكري حسبية، عقود التجارة الدولية،مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، شعبة

قانون الاقتصادي للأعمال، تخصص قانون عام للأعمال،كلية الحقوق والعلوم

السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2013/2012.

5. بلجراف سليم، عقد الترخيص باستغلال براءة الاختراع، مذكرة ماستر في الحقوق،فرع

القانون الخاص، تخصص قانون الأعمال، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية،

جامعة محمد خضير، بسكرة، 2020/2019.

6. **بوذبية عزيز، دحة سفيان**، دور التفاوض في تحسين عقود التجارة الدولية (دراسة حالة مؤسسة ملبنة الحضنة بالمسيلة، مذكرة لنيل شهادة الماستر في العلوم الاقتصادية والتجارية والتسيير، فرع مالية وتجارة دولية، كلية العلوم الاقتصادية وعلوم التسيير، قسم علوم تجارية، جامعة محمد بوضياف بالمسيلة 2021/2020.
7. **تكارلي نورهان**، عقد نقل التكنولوجيا في ظل القانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص قانون خاص، قسم القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الحميد بن باديس، مستغانم، 2020/2019.
8. **تواتي أحمد نور الهدى**، النظام القانوني للتفاوض في عقود التجارة الدولية، مذكرة لنيل شهادة ماستر، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، 2013 /2012.
9. **التوفيق فهمي**، المسؤولية في فترة المفاوضات السابقة على التعاقد، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة حسن الأول، المغرب، 2010.
10. **حمرة لبني، بلحواس ماجدة**، التنظيم القانوني لمرحلة المفاوضات في العقود، مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون، تخصص قانون الأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة 08 ماي 1954، ورقلة، 2021/2020.
- 2- **حمودي ناصر**، التفاوض في عقود الاقتصادية الدولية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة مولود معمري، 2002.
11. **خلفاوي توفيق**، عقد الامتياز التجاري (الفرانشايز)، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص قانون الأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة العربي بن مهيدي، أم البواقي، 2015/2014.
12. **دحداح سهيلة، رزقي ليلة**، الإطار القانوني لفترة ما قبل التعاقد، مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون، تخصص قانون الخاص الشامل، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم القانون الخاص، 2013/2012.

13. **رحو حليلة**، النظام القانوني لعقد الفرانشيز، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص قانون خاص معمق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة لحاج بوشعيب، عين تموشنت، 2012/2020.
14. **سعدى سعدي توفيق**، دور المفاوضات في انعقاد عقود التجارة الدولية، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص قانون الأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة الجيلالي بونعامة، خميس مليانة، 2019/2018.
15. **سهار رابح، مكدي صوفيان**، عقد الفرانشيز، مذكرة لنيل شهادة ماستر في الحقوق، تخصص قانون أعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم القانون الخاص، جامعة أكلي محند اولحاج، البويرة، 2020/2019.
16. **صخري عقبة، مكبو وحيد**، الطبيعة القانونية لعقد الفرانشيز، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص قانون أعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة قاصدي مرياح، ورقلة 2019/2018.
1. **طارق بكري البشتاوي دعاء**، عقد الفرانشيز وأثاره، قدمت هذه الأطروحة استكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في القانون الخاص، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين، 2008.
17. **عباسة عبد الله**، الآليات القانونية المستعملة في مجال نقل التكنولوجيا، مذكرة لنيل شهادة الماستر، قسم القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الحميد بن باديس مستغانم، 2019/2018.
18. **قندوس سعاد**، المفاوضات في عقود التجارة الدولية، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص قانون اقتصادي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة مولاي الطاهر، سعيدة، 2014/2013.

19. لغواطي مصطفى أمين، بليمانى يونس، الإطار القانوني للمرحلة السابقة للتعاقد، مذكرة مكملة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص قانون خاص معمق، معهد العلوم الاقتصادية التجارية وعلوم التسيير، قسم الحقوق، المركز الجامعي بلحاج بوشعيب، عين تموشنت، 2016/2017.

## 2-مذكرات الماستر :

20. ملوكي سمية، إستراتيجية التفاوض في إبرام عقود التجارة الدولية الخارجية، دراسة حالة المؤسسة الوطنية للأقمشة الصناعية والتقنية بالمسيلة، مذكرة لنيل شهادة الماستر أكاديمي في العلوم التجارية، تخصص مالية وتجارة دولية، كلية العلوم التجارية وعلوم التسيير التجاري، المسيلة، 2017/2018.

21. نعيمة زهرة، سايح فاطمة الزهراء، التفاوض في عقد البيع الدولي، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق تخصص، قانون خاص، معهد العلوم الاقتصادية وعلوم التسيير، قسم الحقوق، المركز الجامعي بلحاج بوشعيب، عين تموشنت، 2017/2018 .

## ثالثا: المقالات

1. إرزيل الكاهنة، "عن إخضاع عقود الأعمال للقانون"، المجلة النقدية للقانونية والعلوم السياسية، المجلد 10، العدد 01، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2019، ص ص 38-51.

2. الشبلاق نبيل إسماعيل، "الطبيعة القانونية لمسؤولية الأطراف في مرحلة ما قبل العقد (دراسة في العقود الدولية لنقل التكنولوجيا)"، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد 29، العدد 02، كلية الحقوق، جامعة دمشق، 2013، ص ص 293-335.

3. الشمري كاظم كريم، "المسؤولية في الفترة ما قبل التعاقد"، مجلة الفتح، كلية اليرموك الجامعة، العدد لسابع والعشرون، العراق، 2006، ص ص 01-13.

4. بارود حمدي، "المبادئ التي تحكم التفاوض في العقود الدولية لنقل التكنولوجيا ومضمون الالتزام بها-مبدأ حسن النية ومقتضياته-(دراسة تأصيلية تحليلية)"، مجلة الجامعة الإسلامية (سلسلة الدراسات الإنسانية)، المجلد 16، العدد 01، كلية الحقوق جامعة الأزهر، فلسطين، 2008، ص ص 841-876.
5. بريش ريمة، "خاصية التفاوض في عقد نقل التكنولوجيا"، مجلة الحقوق والعلوم السياسية، المجلد 08، العدد 02، جامعة محمد البشير الإبراهيمي، برج بوعريج، الجزائر، 2021، ص ص 530-551.
6. بن أحمد صليحة، "تنازع القوانين بشأن المسؤولية المدنية الناشئة عن قطع التفاوض"، مجلة للدراسات القانونية والسياسية، المجلد 04، العدد 02، جامعة قسدي مباح، ورقلة، الجزائر، 2019، ص ص 809-825.
7. بن أحمد صليحة، "آثار المسؤولية المدنية الناشئة عن إخلال المتفاوض بالتزامه بالتفاوض بحسن النية"، مجلة الدفاتر السياسية والقانونية، العدد العاشر، جانفي جامعة قسدي مباح، ورقلة، الجزائر، 2014، ص ص 115-125.
8. بن عزوز ربيعة، "إشكالية تفتين عقود الأعمال"، مجلة حقوق الإنسان والحريات العامة، جامعة مستغانم، جانفي 2018، ص ص 21-43.
9. بوطبالة معمر، "الالتزام بالإعلام في مرحلة التفاوض علي العقد التجاري الدولي"، مجلة العلوم الإنسانية، المجلد 27، العدد 46، جامعة الإخوة منتوري، قسنطينة، 2016، ص ص 393-406.
10. صحراوي مختار، بوقميحة نجية، "المفاوضات كآلية حاسمة لإنجاح عقود التراخيص براءات الاختراع"، مجلة دفاتر السياسة والقانون، المجلد 12، العدد 02، بن يوسف بن خدة، الجزائر، 2020، ص ص 90-102.
11. عبدو محمد، "التفاوض في عقود الأعمال بين الطبيعة المادية والطبيعة العقدية"، مجلة البحوث والدراسات القانونية، العدد 13، جامعة البليدة، 2018، ص ص 11-

12. عسالي صباح، "مبدأ حسن النية كمعيار لحماية التعاقد"، مجلة الحقوق والعلوم السياسية، المجلد العدد 03، جامعة زيان عاشور الجلفة، 2021، ص ص 719-732.

13. عمر بن علي ، عكاكة فاطمة الزهراء ، "عقد الفرنشايز وآثاره" مجلة الدراسات القانونية والسياسية، المجلد 06، العدد 10، جامعة عمار تليجي، الأغواط، 2020، ص ص 183-194.

14. محمد حيمداني، "مبدأ حسن النية في مرحلة التفاوض وفقا للأحكام الأمر 131/2016 المعدل للقانون المدني الفرنسي"، حوليات جامعة قالة للعلوم الاجتماعية و الإنسانية ، العدد 26، قالة، 2016، ص ص 299-314

رابعا: النصوص القانونية:

• النصوص التشريعية:

1. أمر رقم 75-58 مؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون المدني، ج.ر.ج.ج. عدد 78، الصادر في 30 سبتمبر 1975 المعدل والمتمم بالقانون رقم 05-10، مؤرخ في 20 يونيو 2005، ج.ر.ج.ج. عدد 43، الصادر في 22 يونيو 2005.

2. أمر رقم 75-59 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون التجاري، ج.ر.ج.ج. عدد 79، الصادر في 30/09/1975، المعدل والمتمم بالقانون رقم 15-20 مؤرخ في 30 ديسمبر 2015، ج.ر.ج.ج. عدد 71، الصادر في 30 ديسمبر 2015.

3. المرسوم رقم 131/2016، الصادر في 10/02/2016 المعدل للقانون العقود و النظرية العامة للالتزامات و الإثبات الذي دخل حيز التطبيق في 01/10/2016 المعدل للقانون المدني الفرنسي.

خامسا: المواقع الإلكترونية

- [www.arabdict.com](http://www.arabdict.com)، اطلع عليه يوم 2022/04/15 على الساعة 23:00

**A. Les Ouvrages :**

- 1-**Alexandra Mendoza – Caminade**, droit de la distribution, éditions lextenso, Paris, 2011
- 2-**David Artel**, l'exécution du contrat par un non contrat, librairie de droit et du jurisprudence, Paris, 2006.
- 3-**Hungue kenfack**, droit de commerce international, 2<sup>eme</sup> Edition, edition dalloz, paris, 2006.

# الفهرس

01.....	مقدمة.....
06.....	الفصل الأول: الإطار المفاهيمي للتفاوض.....
07.....	المبحث الأول: مفهوم التفاوض.....
07.....	المطلب الأول: المقصود التفاوض.....
07.....	الفرع الأول : تعريف التفاوض وخصائصه.....
07.....	أولاً: تعريف التفاوض.....
08.....	1/التعريف اللغوي.....
09.....	2/التعريف الاصطلاحي.....
11.....	3/التعريف الفقهي للتفاوض.....
12.....	4/التعريف القضائي للتفاوض.....
15.....	ثانياً: خصائص التفاوض.....
17.....	الفرع الثاني: الأهمية القانونية لتفاوض.....
19.....	الفرع الثالث: الضوابط المنظمة للمرحلة التفاوض.....
19.....	أولاً: الضوابط المنهجية.....
20.....	ثانياً: الضوابط البشرية.....
20.....	ثالثاً: ضمانات بدء المفاوضات.....
22.....	المطلب الثاني: الطبيعة القانونية للتفاوض.....
22.....	الفرع الأول: الطبيعة المادية للتفاوض.....
23.....	الفرع الثاني: الطبيعة العقدية للتفاوض.....
24.....	الفرع الثالث: موقف التشريعات المقارنة من طبيعة التفاوض.....
25.....	أولاً : موقف المشرع الفرنسي.....
25.....	ثانياً: موقف المشرع الجزائري.....
26.....	ثانياً: موقف المشرع المصري.....

27.....	المبحث الثاني: مفهوم عقد الفرانشيز
27.....	المطلب الأول: المقصود بعقد الفرانشيز
28.....	الفرع الأول: تعريف عقد الفرانشيز
28.....	أولاً: التعريف التشريعي لعقد الفرانشيز
31.....	ثانياً: التعريف القضائي لعقد الفرانشيز
33.....	ثالثاً: التعريف الفقهي لعقد الفرانشيز
36.....	الفرع الثاني: خصائص عقد الفرانشيز
36.....	1. عقد رضائي
36.....	2. عقد غير مسمى
37.....	3. عقد ملزم للجانبين
37.....	4. عقد محدد وليس احتمالي
37.....	5. عقد يقوم على الاعتبار الشخصي
37.....	6. عقد معاوضة
38.....	7. عقد إذعان
38.....	8. عقد الفرانشيز عقد تجاري سياسي واقتصادي
39.....	الفرع الثالث: أنواع عقد الفرانشيز
39.....	1- عقد فرانشيز التصنيع أو الإنتاج
39.....	2- عقد فرانشيز التوزيع
40.....	3- فرانشيز الخدمات
41.....	المطلب الثاني: تمييز عقد الفرانشيز وغيره من العقود المتشابهة له
41.....	الفرع الأول: تمييز عقد الفرانشيز عن عقد الامتياز التجاري
42.....	الفرع الثاني: تمييز عقد الفرانشيز عن عقد الوكالة التجارية
43.....	الفرع الثالث: تمييز عقد الفرانشيز عن عقد الترخيص بالعلامة التجارية

47.....	الفصل الثاني: الآثار القانونية المترتبة خلال التفاوض في عقد الفرانشيز
48.....	المبحث الأول: التزامات الأطراف المتفاوضة وطبيعة مسؤوليتها
48.....	المطلب الأول: التزامات الأطراف المتفاوضة خلال مرحلة التفاوض
48.....	الفرع الأول: الالتزامات الأساسية (الالتزام بمبدأ حسن النية في التفاوض)
50.....	الفرع الثاني: الالتزامات الثانوية للتفاوض (المتفرعة عن الالتزام بحسن النية)
50.....	أولاً: الالتزام بالإعلام
51.....	ثانياً: الالتزام بمواصلة التفاوض
52.....	ثالثاً: الالتزام بالسرية في التفاوض
53.....	المطلب الثاني: الطبيعة القانونية للمسؤولية المدنية في التفاوض على عقد الفرانشيز
53.....	الفرع الأول: نظرية المسؤولية العقدية
55.....	الفرع الثاني: نظرية المسؤولية التقصيرية
56.....	الفرع الثالث: نظرية الخاصة
	<b>المبحث الثاني: الأساس القانوني للمسؤولية في مفاوضات عقد الفرانشيز</b>
57.....	والقانون الواجب التطبيق له
57.....	المطلب الأول: أساس المسؤولية في مرحلة التفاوض
57.....	الفرع الأول: المسؤولية العقدية عن الإخلال باتفاق التفاوض
57.....	أولاً: شروط تحقق المسؤولية العقدية
62.....	ثانياً: صور المسؤولية العقدية في مرحلة التفاوض
65.....	الفرع الثاني: المسؤولية التقصيرية في مرحلة التفاوض
65.....	أولاً: شروط قيام المسؤولية التقصيرية
68.....	ثانياً: صور المسؤولية التقصيرية أثناء المفاوضات
70.....	المطلب الثاني: آثار المسؤولية الناتجة على عملية التفاوض والقانون الواجب التطبيق
70.....	الفرع الأول: آثار المسؤولية الناتجة عن مرحلة التفاوض

70.....	أولاً: جزاء المسؤولية العقدية.....
80.....	ثانياً: جزاء المسؤولية التقصيرية.....
81.....	الفرع الثاني: القانون الواجب التطبيق على التفاوض في عقد الفرانشيز.....
81.....	أولاً: التفاوض الغير المصحوب بالاتفاق.....
82.....	ثانياً: التفاوض المصحوب بالاتفاق.....
87.....	الخاتمة:.....
91.....	قائمة المراجع:.....
101.....	الفهرس:.....

تعتبر المفاوضات مرحلة سابقة لإبرام عقد الفرانشيز، مفادها مناقشة كل مسألة متعلقة بالعقد المراد إبرامه الحقا من قبل الأطراف المتفاوضة، قصد تقريب وجهات النظر بينهم، ذلك ما يكسب هذه المرحلة أهمية بالغة من خلال بناء البنود الأساسية للعقد وتفسير المصطلحات والمفاهيم المندرجة ضمنه، مما من شأنه إكسابها دورا وقائيا من النزاعات اللاحقة. وتترتب على عاتق الأطراف المتفاوضة مجموعة من الالتزامات أثناء هذه المرحلة، مما يوقع على الطرف المخالف لها مسؤولية مدنية تتراوح بين العقدية و التقصيرية. تهدف هذه الدراسة إلى: تسليط الضوء على مفهوم مفاوضات في عقد الفرانشيز وتحديد نظامها وآثارها القانونية.

**الكلمات الدالة: المفاوضات، عقد الفرانشيز، المسؤولية العقدية، المسؤولية التقصيرية.**

**Résumé :** Les négociations constituent une étape préalable, nécessaire à la conclusion du contrat de franchise, qui consiste à discuter de chaque question liée au contrat à conclure ultérieurement par les parties aux négociations afin de rapprocher leurs attentes mutuelles. Une telle étape prend un intérêt particulier, notamment, pour le rôle primordial qu'elle joue dans l'élaboration des clauses du contrat et la définition des termes et des notions qu'il comporte. C'est ainsi que cette étape est considérée comme préventive vis-à-vis des conflits qui pourraient en découler du contrat conclu. Les négociations engendrent un ensemble d'obligations opposables à ses parties prenantes, et qui engageraient leur contrevenant d'une éventuelle responsabilité civile : contractuelle ou extracontractuelle. Cette étude s'inscrit dans un double objectif : cerner la notion des négociations du contrat de franchise, et déterminer son régime et ses effets juridiques.

**Mots clés: Négociations, contrat de franchise, responsabilité contractuelle, responsabilité extracontractuelle.**