جامعة قاصدي مرباح ورقلة
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم الحقوق

# امتحان مادة تقنيات التفاوض في مجال العقود.

**المستوى:** أولى ماستر
**التخصص:** قانون الطاقة والمحروقات
**الدورة:** العادية

**التاريخ:** 22 جانفي 2024
**التوقيت:** **12.00-10.30**
**المدة:** ساعة ونصف

## الإجابة النموذجية

**1-** التفاوض علم وفن، فهو علم قائم بذاته له أصوله وقواعده ومناهجه، وهو في الوقت نفسه علم اجتماعي متداخل مع غيره من العلوم الإنسانية، يأخذ منها ويتأثر بها(**0.5 نقطة**)، لذلك لا يمكن لا يمكن اعتبار التفاوض مجرد لعبة والتي من أهم قواعدها أن تكون نتيجتها إما كسب كل شيء أو خسارة كل شي(**0.5 نقطة**)، الواقع أن الأمر يختلف كلية في عملية التفاوض، وإنما الهدف من هذا الأخير التوصل إلى حل يرضي جميع الأطراف، وذلك بالتقريب بين وجهات النظر المختلفة، وتقديم تنازلات متبادلة بين الطرفين (**0.5 نقطة**)، وفي المقابل التفاوض فن فهو يعتمد أساسا على فن الاقناع، ومن ثم يجب أن يكون المتفاوض متمتعا بالقدرة على الإقناع، وذلك باستخدام الأسلوب المنطقي في الإقناع، ويدحض الحجة بالحجة، ويجب أن يكون سريعة البديهة مستعدا لمواجهة كل الاحتمالات والمفاجآت، وأن يمتلك القدرة على المناورة في المواقف الصعبة وأن يتحلى بالصبر كي لا يتمكن الطرف الأخر من إثارته وتفجير غضبه وأن يكون فطنا فلا تنطلي عليه حيل ومناورات الطرف الأخر(**0.5 نقطة**).

**2-** لا جدال أن التفاوض على العقد يكون دائما ثنائي الجانب على الأقل، فالتفاوض يقوم في جوهره على التفاعل والتعاون والمشاركة ويحتاج إلى تظافر الجهود حتى يؤتي ثماره،، وبالتالي لا يمكن تصور حدوثه من شخص واحد وإنما لا بد من وجود شخصين على الأقل (**0.5 نقطة**)، وعليه إذا كان من الممكن أن يحدث التعاقد مع النفس (contrat avec soi même) أي أن يقوم شخص بإبرام عقد العقد عن طريق تبادل الإيجاب والقبول نيابة عن الطرفين أو نيابة عن أحد الطرفين وأصيلا عن نفسه (**0.5 نقطة**)، فإنه لا يمكن تصور حدوث التفاوض مع النفس (Négociation avec soi même)، فالتفاوض يقوم على أساس التقريب بين وجهات النظر المختلفة والتوفيق بين مصالح الطرفين المتعارضة من أجل التوصل على اتفاق مشترك، ومحال أن يتحقق ذلك من شخص واحد (**01 نقطة**).

**3-** الإيجاب لا يعد إيجابا وإنما مجرد دعوة للتفاوض في حالتين، الحالة الأولى إذا لم يتضمن الإيجاب المسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه(**01 نقطة**)، والحالة الثانية إذا لم يكن الإيجاب باتا بحيث لا تتوافر نية الارتباط القانوني بالتعاقد إذا قبله الطرف الآخر (**01 نقطة**)، وعليه فالإيجاب المقترن بتحفظ الذي يخول للموجب سلطة اتخاذ القرار النهائي بشأن إبرام العقد، من ذلك الإيجاب الذي يحتفظ فيه الموجب بحق العدول عن إيجابه إذا لم يرض بالمتعاقد، أو بالشروط التي يتضمنها الإيجاب (**0.5 نقطة**)، فهذا الإيجاب لا يكون باتا بحيث لا ينعقد بمجرد صدور قبول مطابق له، بل لا بد من موافقة صاحب الإيجاب، ويكون الإيجاب في هذه الحالة مجرد دعوة إلى التفاوض(**0.5 نقطة**).

**4-** <u>التفاوض الحر</u> وهو ذلك التفاوض الذي يتم دون أن يكون اتفاق صريح ينظمه، حيث يقوم طرفا التفاوض الدخول مباشرة في التفاوض دون أن يصيغا اتفاقا ينظمه، ومشكلة هذا النوع من التفاوض لا يوجد نص قانوني خاص ينظم العلاقة بين الطرفين، وبالتالي تثور إشكالية بخصوص طبيعة المسؤولية المدنية التي تنشأ عن هذه المفاوضات؟ وما إذا كانت هذه المسؤولية تقصيرية أم عقدية؟ (**0.5نقطة**).وعلى ذلك فإن المدرسة الجرمانية والتي يتزعمها الفقيه اهرنج ( Ihring) والذي جاء بنظرية "الخطأ عند تكوين العقد" تعتبر المسؤولية الناشئة في مرحلة التفاوض بمثابة مسؤولية شبه عقدية تنطبق عليها أحكام المسؤولية العقدية(**0.5 نقطة**)، ومضمون هذه النظرية في أن كل شخص يقدم على التعاقد وهو السبب في بطلانه، بحيث يقيم مظهرا كاذبا يطمئن إليه المتعاقد الأخر، يلتزم بتعويض هذا الأخير بمقتضى العقد الباطل(**0.5 نقطة**)، أي أن مسؤوليته عن هذا الخطأ تكون مسؤولية عقدية قوامها العقد الباطل نفسه(**0.5 نقطة**)، فالأساس الذي تقوم عليه نظرية اهرنج هو الالتزام باليقظة عند التعاقد لضمان إبرام عقد صحيح، حيث رتب اهرنج على العقد الباطل أثرا أصليا باعتباره عقد لا باعتباره واقعة مادية (**0.25نقطة**)، وبالتالي من كان سببا في بطلان العقد يكون مسؤولا عن تعويض الطرف الأخر بمقتضى أحكام المسؤولية العقدية (**0.25 نقطة**). وعموما تعرضت نظرية اهرنج إلى العديد من الانتقادات ولعل من أهمها، أن المسؤولية العقدية هي مسؤولية استثنائية لا يمكن أن تقوم إلا بوجود عقد صحيح بين المضرور والمسؤول، أما العقد الباطل فيعتبر واقعة مادية، إذا توافرت فيها شروط الخطأ التقصيري، فينتج العقد الباطل في هذه الحالة أثرا عرضيا باعتباره واقعة مادية لا عقدا (**0.5 نقطة**).

**5-** يعتبر الالتزام بالتفاوض بحسن النية التزاما بالمعنى الفني الدقيق وليس واجبا عاما، فهو التزام حقيقي له دائن ومدين ومحل وسبب ينشأ بمجرد دخول الطرفين في مفاوضة في حين أنه يتقيد بالواجب العام في أي وقت واتجاه أي شخص (**01 نقطة**)، ومصدر حسن النية هو مجرد الدخول في التفاوض وهو التزام تبادلي، فيكون كل طرف في المفاوضة حريصا على مصالح المتفاوض الأخر كحرصه على مصالحه الشخصية (**01 نقطة**)، أما عن طبيعة هذا الالتزام فقد يبدو للوهلة الأولى وأنه التزام ببذل عناية، لكن إذا تفحصنا جيدا هذا الالتزام نجد أن التفاوض يوجب على المتفاوض أن يكون حسن النية أثناء التفاوض، بحيث لو علم أحد طرفي المفاوضة أن الطرف الأخر لن يكون حسن النية لأمتنع حتما عن الدخول معه في مفاوضات وبذلك يكون التفاوض بحسن نية هو التزام بتحقيق نتيجة (**01 نقطة**).

**6-** يقصد باتفاق التفاوض (التفاوض التعاقدي) هو تلك المفاوضات التي تتم بناء على اتفاق صريح من الطرفين، وذلك بأن يكون الطرفان قد صرحا قبل الدخول في المفاوضة باتفاقهما على التفاوض من أجل إبرام عقد معين، وغالبا ما يكون هذا الاتفاق مكتوبا، بحيث يتضمن تنظيما للعلاقة بين الطرفين أثناء التفاوض وعند فشله(**01 نقطة**)، فهذا الاتفاق هو الذي يحكم العلاقة بين طرفي التفاوض، بحيث إذا ما أخل أحدهما بالتزاماته الناشئة عن هذا الاتفاق فإنه يكون مسؤولا مسؤولية عقدية، وبذلك يتم إقصاء قواعد المسؤولية التقصيرية من نطاق تفاوضهما(**01 نقطة**)، كما يهدف الطرفان من وراء كتابة اتفاقهما إلى توفير وسيلة إثبات مضمونة تمكنهما من إثبات التفاوض عند الإنكار، وتيسر لهما إقامة الدليل على مسؤولية من حاد عن مقتضيات حسن النية أثناء التفاوض(**0.5 نقطة**)، وما يميز هذا اتفاق التفاوض أنه يلزم الطرفين بمجرد التفاوض على العقد بحسن نية، دون أن يلزمهما بإبرام العقد النهائي، وذلك أن الالتزام بالتفاوض هو التزام ببذل عناية وليس التزاما بتحقيق نتيجة(**0.5 نقطة**)، بحيث يكون لكل متفاوض الحرية في العدول عن التفاوض في أي وقت دون أن يتعرض لأية مسؤولية، طالما أن عدوله قد تم بحسن نية، وبذلك يكون يكفل التفاوض التعاقدي(اتفاق التفاوض) للطرفين الحرية في العدول وفي نفس الوقت الأمان أثناء التفاوض(**01 نقطة**)

7- التنفيذ بمقابل (التعويض)هو طريق يلجأ إليه الدائن عندما لا يجدي معه التنفيذ العيني للالتزام، فمتى قامت مسؤولية المتفاوض الناتجة عن عدم تنفيذه لالتزامه بالتفاوض بحسن نية، فما على المتفاوض المضرور سوى اللجوء إلى التنفيذ بمقابل أي المطالبة بتعويض(**01 نقطة**)، ومن بين الأضرار الموجبة للتفاوض في مرحلة التفاوض نفقات التفاوض وهي النفقات التي يتكبدها المتفاوض المضرور في سبيل التفاوض والإعداد للعقد، مثل نفقات الدراسات التمهيدية والخرائط وتقارير الخبراء وأتعاب الأشخاص الذي استعان بهم في التفاوض، وكذلك نفقات التنقل وغيرها من الأمور التي تقتضيها عملية التفاوض، فهذه النفقات تعد بمثابة خسارة حقيقية للمتفاوض المضرور، ومن ثم يجب أن يتحملها المتفاوض المسؤول عن قطع التعسفي للمفاوضات (**01 نقطة**)، غير أنه يجب 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(**0.5 نقطة**)، كما لا يجب أن يكون المتفاوض قد تكبد هذه النفقات بسبب خفته أو سذاجته أو عدم احترازه، ولا يجب أن تكون هذه النفقات باهظة ومبالغ فيها إلى الحد الذي يتجاوز المألوف، إذ لا يكون المتفاوض المدين مسؤولا إلا عن النفقات التي تمت في الحدود المعقولة فحسب(**0.5 نقطة**).

**أستاذة المقياس: بن أحمد صليحة**

**بالتوفيق للجميع**