Afro-Asian Journal of Scientific Research (AAJSR)
المجلة الأفروآسيوية للبحث العلمي
E-ISSN: 2959-6505
Volume 3, Issue 2, 2025
Page No: 10-19
Website: https://aajsr.com/index.php/aajsr/index
SJIFactor 2024: 5.028 ISI 2024: 0.580 معامل التأثير العربي (AIF) 2023: 0.51

المفاوضات ودورها في عقود الاستثمار بين الفقه والقانون

مفتاح ابوالقاسم مفتاح ابورويص
قسم القانون الخاص، كلية القانون، جامعة صبراتة، زلطن، ليبيا

Negotiation and Its Role in Investment Contracts Between Jurisprudence and Law

Moftah Abolqasm Moftah Aborwis*
Private Law Department, Faculty of Law, Sabratha University, Zultn, Libya

*Corresponding author moftahaborwis@gmail.com *المؤلف المراسل

تاريخ الاستلام: 2025-08-03 تاريخ القبول: 2025-10-01 تاريخ النشر: 2025-10-10

الملخص:
تعد المفاوضات في التعاقد عملية حيوية لمناقشة شروط وأحكام العقد بين طرفين أو أكثر، للتوصل إلى اتفاق ملزم قانونا يحقق مصالح الجميع، وتهدف هذه المرحلة التي تسبق إبرام العقد بشكل نهائي إلى تحديد المسائل الجوهرية في العقد، كالأسعار وطرق التسليم والجداول الزمنية، وهو ما يؤدي في النهاية الى اتفاق يرضي جميع الاطراف ويسهل نجاح العقد على المدى الطويل. إلا إن هذه المرحلة تتطلب تحضيراً جيداً وفهماً عميقاً لكل المعلومات المتعلقة بالعقد محل التفاوض، وقدرةً عالية على التنازل من قبل الأطراف في سبيل إنجاحها، وصياغة دقيقة وواضحة لبنودها التي تبين حقوق وواجبات أطرافها، ومسؤولية كل منهم في حال مخالفتها. عليه فإن المفاوضات كمرحلة تمهيدية تسبق التعاقد تعد مرحلةً مهمة لما لها من دور حساس يؤثر في نجاح العقد بعد إبرامه، ويسهم في الحفاظ على حقوقهم أثناء تنفيذه، ويخفف من احتمالية حدوث النزاعات بينهم.

الكلمات المفتاحية: تمهدية، مفاوضات، تعاقد، سابقة.

Abstract:
Negotiation in contracting represents a vital process for discussing the terms and conditions of an agreement between two or more parties, with the goal of reaching a legally binding arrangement that serves the interests of all stakeholders. This pre-contractual stage aims to define the essential elements of the contract, such as pricing, delivery methods, and timelines, which ultimately leads to a mutually satisfactory agreement and facilitates the long-term success of the contractual relationship. However, this stage requires thorough preparation, a deep understanding of all information related to the subject matter of negotiation, and a high degree of flexibility and willingness to compromise from the parties involved to ensure its success. It also demands precise and transparent drafting of its provisions, clearly defining the rights and obligations of each party and their respective responsibilities in case of any breach. Accordingly, negotiation as a preliminary stage preceding contract formation is considered crucial due to its significant role in ensuring the success of the contract after its conclusion. It helps safeguard the parties' rights during execution and reduces the likelihood of disputes among them.

Keywords: Preliminary, Negotiation, Contract, Pre-contractual.

مقدمة البحث

تعتبر المفاوضات المرحلة التمهيدية التي تسبق إبرام العقد بشكل نهائي، والتي يسعى من خلالها الأطراف للوصول إلى تحضير منظم يتم من خلاله إبرام العقد بشكل سليم، يكفل تحقيق التوازن بين حقوقهم والتزاماتهم عند البدء في تنفيذه، فهي وإن كانت لا تلزم الأطراف بإبرام العقد، إلا أنها تعتبر اللبنة الأساسية لمرحلة التعاقد، وهي تستمر حتى لحظة صدور قبول يطابقه إيجاب يبرم على أساسه العقد النهائي.

لذلك يمكن القول بأن المفاوضات هي عملية اتصال وتفاعل بين طرفين أو أكثر بهدف التوصل إلى اتفاق مرضٍ للجميع، حيث يتم تبادل المعلومات والحلول الوسط لفض النزاعات أو لتحقيق المصالح المشتركة في سياقات متنوعة

كالأعمال التجارية، السياسة، والقضايا الشخصية .تتطلب المفاوضات مهارة، لباقة، وصبر، وتعتمد على فهم الأهداف، المصالح، ومواقف الأطراف المختلفة .

وتتمتع المفاوضات بأهمية كبيرة في مجال إبرام العقد في مختلف مراحله، ابتداءً بالمرحلة السابقة على إبرامه وانتهاءً بمرحلة تنفيذه، نظرًا للدور الوقائي الذي تلعبه في منع حدوث الخلافات بين أطراف العقد بعد البدء في تنفيذه، من خلال إتاحة الفرصة أمامهم لمناقشة كل المسائل التي تتعارض مصالحهم بسببها، وإعادة ترتيبها بشكل تتجه فيه رغبتهم جميعًا إلى إبرام عقد يخدم مصالحهم جميعًا، أو ما لها من أهمية في حل ما قد يثور بعد التعاقد وأثناء تنفيذ العقد من خلاف بينهم.

وعليه فإن مرحلة المفاوضات في العقود بشكل عام وفي عقود الاستثمار بشكل خاص مرحلة مهمة وتلعب دورًا كبيرًا، من خلال مساهمتها في تحديد كل الخطوط الرئيسية التي يبرم العقد النهائي على أساسها، خاصةً وأنها تتبنى بشكل كامل فكرة الحرية التعاقدية القائمة على أساس أن "كل أمر قابل للتفاوض، وهو ما يتماشى مع التطور الكبير الذي يشهده الواقع العملي في مجال إبرام عقود الاستثمار.

إلا إن الإشكالية التي يثيرها موضوع المفاوضات السابقة للتعاقد تتمثل في كيفية تحديد المسؤولية المدنية لأطراف المفاوضات في حال مخالفة أحدهم للالتزامات التي تفرض من خلالها؟

وسنهتم بمعالجة الإشكالية التي يثيرها البحث من خلال تناول المفاوضات السابقة للتعاقد بالدراسة، ضمن خطة بحثية نعتمد في دراستها على المنهج الوصفي التحليلي، تم تقسيمها على النحو الاتي:

المبحث الأول: ماهية المفاوضات في عقود الاستثمار.

المبحث الثاني: أطراف المفاوضات في عقود الاستثمار وأهم التزاماتهم.

المبحث الثالث: المسؤولية المدنية الناتجة عن إخلال الأطراف بالتزاماتهم.

المبحث الأول

ماهية المفاوضات في عقود الاستثمار

تلعب المفاوضات دوراً وقائياً هاماً في إبرام العقود، إذ أنها تحدد حقوق وواجبات أطرافها قبل الخوض فيها، وتجنبهم حدوث المنازعات بعد البدء في تنفيذها، ولبيان الدور الهام الذي تلعبه المفاوضات في المرحلة السابقة لإبرام العقود كان لزاما علينا أن تناول الحديث عن مفهومها وأهمية اللجوء إليها في هذه الفئة من العقود ضمن مطلبين على النحو الأتي:

المطلب الأول: مفهوم المفاوضات في عقود الاستثمار وأهم خصائصها.

سنهتم بإيضاح مفهوم المفاوضات في عقود الاستثمار وأهم خصائصها على **النحو الأتي:**

مفهوم المفاوضات:

المفاوضات لغةً تعني المساومة والمشاركة، وهي على صيغة مفاعلة من التفاوض، وفاوضه في أمره أي جاره، وتفاوضو الحديث أخذوا فيه، وتفاوض القوم في الأمر أي فاوض فيه بعضهم بعضًا [1].

أما المفاوضات في الإصطلاح القانوني فلقد اختلفت الأراء الفقهية في تحديد مقصودها، فهناك من عرفها بأنها " تلك المرحلة التمهيدية التي يتم فيها دراسة ومناقشة شروط العقد، وفي هذه المرحلة لا يكون العقد قد تم، لأنه ليس هناك إيجاب يمكن قبوله، وإنما هناك فقط عروض وعروض مضادة " [2].

وهناك أيضًا من عرفها بأنها " مجموعة من العمليات التمهيدية تتمثل في المباحثات، والمساعي، والمشاورات، وتبادل وجهات النظر بغية التوصل لإتفاق مشترك " [3].

ويذهب آخرون إلى القول بأنه يقصد بالمفاوضات " تبادل الإقتراحات والمساومات والإمكانيات والتقارير والدراسات الفنية، بل والإستشارات القانونية التي يتبادلها أطراف التفاوض ليكون كل منهم على بينة بأفضل الأشكال القانونية التي تحقق مصلحة الأطراف والتعرف على ما يسفر عنه الإتفاق من حقوق والتزامات لأطرافه " [4].

ويعرفها آخرون بأنها: "كل ما يصدر عن أحد الطرفين متصلاً بعلم الطرف الأخر فيكون متعلقًا بتكوين تصور مشترك لعقد يسعيان إلى إبرامه " [5].

خصائص المفاوضات السابقة على التعاقد:

تتميز المفاوضات السابقة على التعاقد بجملة من الخصائص يمكن تحديد أهمها على النحو الأتي:

أولاً: المفاوضات تصرف رضائي بين طرفين:

تعتبر المفاوضات السابقة لإبرام العقود بشكل عام وعقود الاستثمار بشكل خاص تصرفًا إراديًا يتم برضاء الطرفين دون أي إجبار أو إكراه، بحيث لا يتصور حدوثها إلا إذا اتجهت إرادة طرفيها نحو الدخول فيها بغية تسهيل إبرام العقد أو حل مشكلة ما بشأنه، علمًا بأن إرادة الطرفين تظل حرة طوال هذه المرحلة، وتتمثل هذه الحرية في الإستمرار فيها أو

---

(1) لسان العرب لإبن منضور، دار المعارف، القاهرة، بدون سنة نشر، باب الفاء، فصل فوض، ص3485-3486.

(2) حياة أبو النجا، الالتزام بالتفاوض في عقود التجارة الدولية، رسالة دكتوراه، جامعة المنصورة، ص29.

(3) شعبان أحمد رمضان، مفاوضات إبرام عقد المشاركة والمسؤولية الناجمة عن الإخلال بها في النظام القانوني المصري، ص51.

(4) حسام الدين الأهواني، المفاوضات في الفترة قبل التعاقدية ومراحل إبرام العقد الدولي، بحث مقدم إلى ندوة الأنظمة التعاقدية للقانون المدني ومقتضيات التجارة الدولية، معهد قانون الأعمال الدولي، القاهرة، 2-3 يناير 1993، ص2.

(5) محمد حسن عبد العال، التنظيم الاتفاقي للمفاوضات العقدية، دراسة تحليلية مقارنة للوسائل القانونية لتأمين المفاوضات في عملية التجارة الدولية، دار النهضة العربية، 1998، ص10.

الإنسحاب منها وهو ما يؤكد هيمنة مبدأ حرية التعاقد على مرحلة المفاوضات [6].

بالتالي ومن خلال ما سبق يتضح أن التفاوض على العقد لابد أن يكون ثنائيًا أي بين طرفين فلا يتصور حدوثه من جانب واحد، لكونه لا يتحقق إلا عبر النقاش والحوار بين طرفين، ذلك لأن التفاوض يرتكز على التعامل والتعاون بين طرفيه حتى ينتج أثره في التوصل إما لإبرام العقد أو لحل مشكلة معينة بخصوصه[7].

ثانياً: التفاوض على العقد يكون هدفه حل مشكلة ما:

التفاوض ليس هدفًا في ذاته، إنما هو محض وسيلة لبلوغ غاية يسعى كل طرف إلى تحقيقها من خلال تبادل العروض والمقترحات، بحيث يقوم كل طرف بتقديم بعض التنازلات من جانبه حتى يتم التوصل لنقطة معينة تتصل فيها مصالحهم المتعارضة، وذلك من خلال التوصل لإتفاق مشترك يساهم في وضع حل لبعض النقاط الخلافية بشأن العقد المراد إبرامه [8].

وفي عقود الاستثمار فإن المفاوضات في الغالب تتم بين المستثمر وجهة الإدارة، لغرض حل بعض المعوقات أو تعديل بعض الشروط، التي عبر عنها المستثمر من خلال تحفظاته التي أوردها على كراسة الشروط، التي حددتها جهة الإدارة حتى يتم التوصل إلى اتفاق وسطي مرضي لكلا الطرفين، من خلال الوصول إلى إيضاح أهم النقاط التي يبرم العقد النهائي بناءً عليها [9].

ثالثاً: التفاوض على العقد ذو نتيجة احتمالية:

يعتبر التفاوض السابق للعقد من التصرفات القائمة على نتيجة مجهولة احتمالية، لا يمكن التنبأ بها سواءً قبل البدء فيها أو بعد البدء فيها وقبل الفراغ منها.

حيث إن التفاوض على العقد يقوم على التبادل والأخذ والعطاء، من خلال تعاون الطرفين فيما بينهما للتقريب بين وجهات النظر المختلفة، عن طريق تبادل المقترحات حتى تنتهي عملية التفاوض لوصول الأطراف إلى حلول مقبولة من قبلهم فيما يتعلق بالنقاط محل المناقشة [10].

وتعتبر عملية التفاوض بالغة التعقيد حيث لا يمكن فيها تحديد مواقف الأطراف بشكل مسبق، ذلك لأنها تحدد بموجب عوامل ومتغيرات متعددة قد تؤثر على الغاية الأساسية التي تم اللجوء للتفاوض بسببها، وهو ما يجعل من عنصر الإحتمال مهيمنا على هذه الغاية، مما يجعل من غير المعروف بالنسبة للأطراف إذا كانت هذه المفاوضات ستكلل بالنجاح وتنتهي بالوصول إلى التعاقد أم لا [11].

المطلب الثاني: أهمية المفاوضات في عقود الاستثمار:

تعتبر مرحلة المفاوضات في عقود الاستثمار مرحلةً مهمةً لأنها تلامس نقاطًا حساسةً، يحاول الأطراف مناقشتها وإيضاح جوانبها قبل إقدامهم على إبرام العقد بشكل نهائي.

حيث إن الهدف من اللجوء للمفاوضات قبل إبرام هذه العقود، يكون متمثلاً في تقريب وجهات النظر بين الأطراف، من خلال إيضاح كل منهم وجهة نظره للطرف الأخر، وسعيه من خلالها للإستجابة إلى مطالبه الأساسية التي تعد هدفًا أساسيًا لإقدامه على إبرام العقد.

- **وتتلخص أهمية المفاوضات في عقود الاستثمار في جانبين أحدهما قانوني والثاني اقتصادي:**

أما الجانب القانوني فيتمثل في كون المفاوضات تلعب دورًا مهمًا بالنسبة لعقود الاستثمار، من خلال مساهمتها في حل كل الصعوبات القانونية التي قد تواجه أطرافها، بسبب طول مدة تنفيذها في كثير من الأحيان، والتي قد تطرأ خلالها العديد من الظروف التي لم تكن متوقعة لحظة إبرام العقد، وتتسبب في إعاقة الأطراف عن تنفيذ التزاماتهم العقدية، مما يضطرهم إلى الدخول في مفاوضات بينهم لوضع حلول ملائمة لما قد تسببه هذه الظروف من آثار سلبية على مصالحهم.

إضافةً إلى ذلك فإن عقود الاستثمار تمتاز بسبب ضخامتها بتعدد العلاقات القانونية بداخلها، بسبب الحاجة عند تنفيذها لإبرام عدد كبير من العقود الفرعية في مختلف المجالات، ما يجعل من أمر اللجوء إلى المفاوضات أمرًا ضروريًا في مثل هذه العقود لخلق توازن بين هذه المصالح المتعارضة والمتداخلة في تنفيذ هذا العقد أولاً، ثم لحل المنازعت التي قد تنشأ بين أطرافه، ما يجعل من المفاوضات حلاً بديلاً للقضاء قد يكون مرضيًا لكل الأطراف، خاصةً في الدول النامية التي يغيب فيها التنظيم التشريعي الحديث والمواكب للتطور الذي تشهده عقود الاستثمار .

أما فيما يتعلق بأهمية المفاوضات على الجانب الاقتصادي لعقود الاستثمار، فيتمثل في كونها تخدم المصلحة الاقتصادية لكلا طرفي العقد، فتكون فائدتها بالنسبة للإدارة من خلال تمكينها من اختيار أفضل المستثمرين المهنيين لتنفيذ العقد فنيًا وماليًا، وذلك من خلال دراسة مقترحاته في تنفيذ العقد بكل جوانبها والتأكد من أنها ستحقق أفضل جدوى اقتصادية للدولة، فنجاح المفاوضات في هذا الصدد يسهم في تخفيف الأعباء المالية عن الميزانية العامة للدولة[12]. وأما فائدتها بالنسبة

---

[6] رجب كريم عبد اللاه، التفاوض على العقد، دار النهضة العربية، 2000، ص66.

[7] حياة محمد أبو النجا، الالتزام بالتفاوض في عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص32.

[8] شعبان أحمد رمضان، المرجع السابق، ص57.

[9] محمد أحمد غانم، مشروعات البنية الأساسية بنظام البوت، المكتب الجامعي الحديث, الاسكندرية, 2009، ص126.

[10] مها محسن علي السقا، مبدأ حسن النية في مفاوضات عقود التجارة الدولية، المركز القومي للإصدارات القانونية، الطبعة الأولى، 2016، ص59.

[11] شعبان أحمد رمضان، المرجع السابق، ص58- 59.

[12] شعبان أحمد رمضان، المرجع السابق، ص54.

للمستثمر " شركة المشروع "، فتتمثل في حمايته من المتغيرات والظروف القاهرة التي قد تحدث وتجعل تنفيذه لالتزاماته أمرًا مرهقًا، خاصةً وأن المستثمر يتعامل بأسلوب السوق التنافسي، حتى يتمكن من الحصول على المواد والمعدات والتكنولوجيا اللازمة، التي تمكنه من تنفيذ العقد بسعر منافس يمكنه من تقديم الخدمة بذات الكيفية المنافسة [13].

- إلا إنه وعلى الرغم من أهمية المفاوضات في التعاقد بشكل عام وأهميتها في عقود الاستثمار بشكل خاص، على المستويين القانوني أو الاقتصادي نجد أن القانون الليبي قد أهملها ولم يهتم بتنظيمها وفق أحكام قانونية منظمة وخاصة،

المبحث الثاني

أطراف المفاوضات في عقود الاستثمار وأهم التزاماتهم

إن الهدف من عقود الاستثمار تنفيذ مشاريع استثمارية ضخمة، ما يفرض فيها الاستعانة ببعض الأطراف الفرعية المتخصصة في تنفيذ العديد من المجالات الأساسية، التي لا يكتمل تنفيذ العقد الرئيسي إلا بتغطيتها، إلا أن هذا التداخل الذي ينطوي عليه العقد الرئيسي في العلاقات العقدية، كثيرًا ما يتسبب في اختلاف المصالح بين هذه الأطراف، سواءً قبل إبرامها للعقد أو أثناء تنفيذها له، مما يضطرها إلى الدخول في مفاوضات شاقة يسعون من خلالها إلى تقريب وجهات النظر بينهم، لأجل الوصول إلى حل مرض يقترب من تحقيق أغلب مصالحهم جميعًا.

وبناءً على ما سبق سنتولى بيان أطراف المفاوضات في عقود الاستثمار وأهم التزاماتهم ضمن مطلبين على **النحو الآتي:**

المطلب الأول: أطراف المفاوضات في عقود الاستثمار:

نقسم أطراف المفاوضات في عقود الاستثمار إلى أطراف رئيسية وأطراف فرعية، سنهتم بإيضاحها على **النحو الآتي:**

أطراف المفاوضات الرئيسية في عقود الاستثمار:

- تتمثل الأطراف الرئيسية بالنسبة للمفاوضات المتعلقة بعقود الاستثمار في الجهة المتعاقدة **كطرف أول**، والمستثمر **كطرف ثاني.**

إذ تسعى الجهة المتعاقدة دائمًا عند إبرامها لهذه النوعية من العقود، إلى تضمين العقد شرطًا يمنح لها حق فرض رقابتها على المستثمر عند تنفيذه للعقد، وهو ما يرفضه المستثمر لما يرى فيه من تقييد لحريته في تنفيذ التزاماته العقدية، الأمر الذي يعيق وصولهما إلى اتفاق نهائي يبرم على أساسه العقد، فلا يجدان حلاً ملائمًا لتقريب وجهات النظر بينهما إلا من خلال اللجوء للتفاوض، الذي يسعيان من خلاله إلى مناقشة مثل هذه المعوقات وغيرها مما قد يكون من شأنها الإضرار بمصالح أحد الأطراف على حساب الأخر (14).

وفي غالب الأحيان تكون المبادرة لبدء التفاوض بين هذه الأطراف الرئيسية من جانب الجهة المتعاقدة، إلا أنه لا يوجد ما يمنع أن يكون المستثمر هو الطرف المبادر بالتفاوض [15].

وعند البدء في التفاوض فإن الجهة المتعاقدة تختار لجنة تنوب عنها في ذلك تتكون من مجموعة من الموظفين المختصين، ولا يوجد ما يمنع قيامها بالإستعانة بعدد من الخبراء والمستشارين للاستفادة من خبراتهم في التفاوض في مثل هذه النوعية من العقود.

وتبدأ المفاوضات بين الأطراف بمناقشة أهم النقاط الرئيسية التي يبنى عليها العقد الرئيسي، والتي يتمثل أهمها في حقوق والتزامات طرفيه، كمدى حق المستثمر في إبرام بعض العقود الفرعية للإستعانة بها في تنفيذ العقد الرئيسي، وإيضاح الضمانات التي تقدمها الإدارة للمستثمر في سبيل تبسيط وتسهيل قيامه بمهمته كمنحه بعض الإعفاءات ضريبيةً كانت أم جمركية، وأيضًا مناقشتهم لتحديد أسعار الخدمة التي يقدمها المشروع المنفذ في مواجهة جمهور المنتفعين، وإيضاح الجزاءات المترتبة عن إخلال الأطراف بالتزاماتهم وغيرها من الأمور الأساسية التي يسعى أطراف العقد لمناقشتها وضبطها من خلال التفاوض [16].

وبعد انتهائهم من مناقشة هذه النقاط الأساسية يكون لكلا الطرفين الحرية في إبرام العقد النهائي الذي تمت المفاوضات لأجله أو عدم إبرامه.

وفي حال توصل الطرفان إلى اتفاق نهائي حول الشروط الجوهرية في العقد فإن العقد يكون جاهزًا للإنعقاد، ومن ثم ينتقل الطرفان إلى المرحلة التالية وهي مرحلة تبادل الإيجاب والقبول الذي يبرم العقد النهائي بناءً عليه.

الأطراف الفرعية في المفاوضات المتعلقة بعقود الاستثمار:

سبق وأن أشرنا أن عقود الاستثمار عبارة عن عقود ضخمة تتداخل في تنفيذها العديد من العقود الفرعية، لار وكل هذه العقود الفرعية قد تتعرض للعديد من المخاطر التي قد تكون مالية أو سياسية أو مخاطر متعلقة بالسوق.

فمثلاً يعد من أخطر أنواع المخاطر التي تتعرض لها عقود الاستثمار خاصةً المرتبطة بمشروعات البنية الأساسية وحاجتها إلى العديد من التصاريح والامتيازات، من أجل ذلك فإن البنوك الممولة للمشروع قد تشترط الحصول على تعهدات

---

[13] مثال ذلك ما يحدث عند إنشاء الطرق السريعة، فإنه قد يقل عدد المستخدمين لها في أي لحظة، مما يسهم في ضعف المردود المادي للمستثمر مما يضطره للدخول في مفاوضات لمناقشة زيادة سعر الخدمة المقدمة، حتى يتدارك دخوله في خسائر مادية لم يتوقع حدوثها عند إبرامه للعقد الأساسي.

[14] عبد الفتاح بيومي حجازي، عقود البوت B.O.T في القانون المقارن، دار الفكر الجامعي, الاسكندرية، 2017، ص171.

[15] بلال عبد المطلب بدوي، مبدأ حسن النية في مرحلة المفاوضات قبل التعاقدية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، ص64.

[16] أحمد سلامة بدر، العقود الإدارية وعقود البوت، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، 2010، ص379.

من الحكومة المضيفة لراعي المشروع تتمثل في منع بعض المخاطر السياسية كخطر التأميم [17].

المطلب الثاني: التزامات أطراف التفاوض في عقود الاستثمار:

سنهتم ببيان أهم الالتزامات المفروضة على أطراف التفاوض في عقود الاستثمار على **النحو الأتي:**

الالتزام بالتفاوض بحسن نية.

سبق وأن ذكرنا بأن عقود الاستثمار هي عقود ضخمة وتتشابك بداخلها العديد من العقود الفرعية، وتتشارك في تنفيذها العديد من الأطراف التي تتعارض مصالحها، حيث يكون من الطبيعي أن يسعى كل طرف منها إلى تحقيق مصلحته على حساب الأخر، مما يضطرهم للبحث عن آلية تعيد التوازن بين مصالحهم، فيلجؤون إلى المفاوضات التي تفتح أمامهم مجالاً واسعًا لمناقشة كل المسائل الجوهرية التي تعارضت مصالحهم بسببها، إلا إنهم وعند لجوئهم لهذه المرحلة فإنهم يكونون ملزمين قانونًا باتباع مبدأ حسن النية الذي يعتبر التزاما رئيسيًا في مرحلة المفاوضات ويكون احترامه شرطًا جوهريًا من قبل أطرافها لضمان نجاحها [18].

فعلى الرغم من أن المشرع الليبي لم ينص على مبدأ حسن النية في التعاقد بشكل صريح، إلا إنه قد لم يغفل عنه بشكل عام عندما أكد ضمن نص المادة 166 من القانون المدني على أنه (كل خطأ سبب ضرراً للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض)، وبتطبيق ذلك على التفاوض السابق لابرام عقود الاستثمار، نجد بأن اخلال المتفاوض بالتزاماته الرئيسية كالتزامه بالجدية في التفاوض، والتزامه بعدم قطعها دوم مبرر مشروع، والتزامه بإعلام الطرف المقابل له بكل المعلومات الجوهرية اللازمة عن موضوع التعاقد محل التفاوض، يعد إخلالاً بمدأ حسن النية في التفاوض الذي يلزم التعويض عنه وفقاً لأحكام القانون.

ويقصد بالتفاوض بحسن نية، اتخاذ طرفًا عملية التفاوض موقفًا إيجابيًا بَنَّاءً، أثناء سير المفاوضات عبر مناقشة المسائل الخلافية بجدية تامة، وبرغبة صادقة في التوصل إلى اتفاق نهائي بشأنها بغية إبرام العقد، الأمر الذي يستوجب اتباع السلوك القويم القائم على الثقة والأمانة في التفاوض، والإبتعاد عن كل ما من شأنه عرقلة المفاوضات أو افشالها، توصلاً لإبرام العقد على نحو يلبي مصالح طرفيه [19] .

ويكون الهدف من الالتزام بمبدأ حسن النية في مرحلة التفاوض على العقد هو تأمين سير عملية المفاوضات، ومنع حصول أي خداع أو تضليل أثنائها قد يؤدي إلى فشلها أو يلحق ضررًا بأحد أطرافها، الأمر الذي يفرض على أطراف التفاوض التعامل فيما بينهم بصدق وشرف ونزاهة، بحيث يمنع أي منهم عن كل ما من شأنه خلق ثقة زائفة لدى الطرف الآخر بغية التغرير والإضرار به، لأن ذلك يعد من قبيل مخالفة مبدأ حسن النية في التفاوض [20].

ويفرض مبدأ حسن النية في المفاوضات على أطراف عملية التفاوض التزاما رئيسيًا، يتمثل في التزامهم بضرورة الدخول في المفاوضات بمجرد اتفاقهم عليها، وضرورة استمرارهم فيها حتى يتم التوصل إلى حلول ملائمة ومرضية لكل منهم حول كل المسائل الخلافية بينهم [21].

بالتالي فإن مبدأ حسن النية يلعب دورًا مهما في مرحلة التفاوض، التي تعتبر بمثابة الإختبار الذي يكشف من خلاله لكل طرف، كل ما يحتاج معرفته حول الطرف الثاني من أسرار متعلقة بموضوع العقد الرئيسي، حتى يسهل التوصل لإتفاق ينتج عنه إبرام العقد النهائي بينهم، إذ أن مبدأ حسن النية يفرض على المتفاوض ضرورة المصارحة حتى يتمكن كل طرف من تقدير موقفه وتحديده تحديدًا نهائياً، ولا يعتبر التفاوض بحسن نية بالمعنى الضيق واجبًا عامًا إنما هو التزام حقيقي له دائن ومدين ومحل وسبب، فالواقع أن هذا الالتزام هو التزام تبادلي يقع على عاتق الطرفين معًا، حيث يكون كل منهما دائنًا بهذا الالتزام ومدينًا به في الوقت نفسه، حتى يكون كل متفاوض حريصًا على مصالح المتفاوض الآخر كحرصه على مصالحه الشخصية قدر الإمكان، حتى يكون التفاوض ساحةً للتعامل بأمانة وشرف وليس ساحةً للأكاذيب والخداع [22].

الالتزام بالإعلام:

يعرف الالتزام بالإعلام في المفاوضات السابقة على التعاقد بأنه " التزام سابق على التعاقد، يتعلق بالتزام أحد المتعاقدين بأن يقدم للمتعاقد الأخر البيانات اللازمة، لإيجاد رضاء سليم كامل مستنير بناءً على علمه بكل تفصيلات هذا العقد، وذلك بسبب ظروف واعتبارات معينة قد ترجع إلى طبيعة هذا العقد أو صفة بأحد طرفيه أو طبيعة محله أو أي اعتبار آخر، يجعل من المستحيل على أحدهما أن يلم ببيانات معينة، أو يحتم عليه منح ثقة مشروعة للطرف الآخر الذي يلتزم بناءً على جميع الإعتبارات بالإدلاء بالبيانات" [23].

---

[17] كمال طلبة المتولي سلامة، النظام القانوني لعقود البناء والتشغيل ونقل الملكية b.o.t، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الزقازيق، 2007، ص49.

[18] مها محسن علي السقا، المرجع السابق، ص90 وما بعدها.

[19] شعبان أحمد رمضان، المرجع السابق، ص96.

[20] ومن أمثلة مخالفة مبدأ حسن النية في المفاوضات، دخول أحد الأطراف فيها ليس بنية التعاقد إنما بهدف الحصول على معلومات عن الطرف الآخر، أو بغرض صرفه عن التعاقد.

[21] مها محسن علي السقا، المرجع السابق، ص92.

[22] محمد حسين عبد العال، المرجع السابق، ص123.

[23] نزيه الصادق محمد المهدي، الالتزام قبل التعاقدي بالإدلاء بالبيانات المتعلقة بالعقد وتطبيقاته ببعض العقود، دراسة فقهية قضائية مقارنة، دار النهضة العربية، 1982، ص15.

ويمكن تعريفه أيضًا بأنه " التزام قانوني عام سابق على التعاقد، يلتزم بموجبه أحد الطرفين أن يقدم للطرف الأخر كافة المعلومات المؤثرة في قبوله للتعاقد، والتي يعجز عن الإحاطة بها أو كان من المتوقع تبصيره بها نظرًا لظروف التعامل أو صفة المتعاقد " [24] .

يتضح من خلال التعريفات السابقة أن الالتزام بالإعلام في مرحلة المفاوضات السابقة على إبرام العقد، يعد التزاما تبادليًا يلقي على كاهل كل طرف في عملية التفاوض واجبًا في مواجهة الطرف المقابل، يتمثل في إطلاعه على كافة البيانات والمعلومات المتعلقة بالعقد المزمع إبرامه، كما أنه يستمد وجوده القانوني من المبادئ العامة للقانون، كمبدأ حسن النية الذي يعتبر أساسا له ومتفرعًا عنه [25] .

ويعتبر الالتزام بالإعلام في مرحلة المفاوضات السابقة على التعاقد التزاما ببذل عناية، ذلك لأن المدين من خلاله يلتزم فقط بأن يفضي إلى الدائن بكافة البيانات والمعلومات، التي تؤدي عادة إلى تمكينه من استخدام الشي المتعاقد عليه الاستخدام الصحيح، الذي يتفق مع الغرض المخصص له وتجنيبه الخطورة الكامنة فيه، إلا أنه لا يضمن تحقيق هذه النتيجة بالفعل، إذ أن ذلك يتوقف على مدى التزام الدائن بهذه البيانات والمعلومات، ومدى استجابته لما تلقاه من نصائح وتحذيرات، وفضلاً عن ذلك فإن المدين لا يلتزم بالإدلاء بالبيانات والمعلومات التي يعلمها فعلاً، أو التي كان من المفروض حتمًا أن يعلمها، أما ما عدى ذلك من بيانات فلا يسأل عنها ولو كان يتوقف عليها تحقيق النتيجة المرجوة من الإعلام، وفي حال إخلال أحد أطراف التفاوض بهذه الأوصاف في الإعلام، فإنه يضع نفسه تحت طائلة المسائلة القانونية التي تم النص عليها صراحةً ضمن نص المادة 125 من القانون المدني الليبي، والتي أكدت أن السكوت العمدي عن واقعة مؤثرة يعتبر تدليسًا دون التفرقة بين معاملة أو أخرى، وعدم السكوت المنصوص عليه ضمن هذه المادة هو ذاته الالتزام بالإعلام[26] .

الالتزام بالمحافظة على الأسرار:

ويقصد بالتزام المحافظة على الأسرار في المفاوضات، ذلك الالتزام الذي يفرض على المتفاوض التزام الصمت بخصوص كل ما يصل إليه أو يكتشفه أثناء سير المفاوضات أو من خلال ما يتبادله مع الطرف الآخر من مستندات أو ما يدور بينهما من المناقشات التي يستلزمها إبرام العقد المزمع إبرامه [27] .

وإن الالتزام بالمحافظة على الأسرار بشقيه المذكورين هو التزام بتحقيق نتيجة، فلا يكفي أن يبذل المتفاوض قصارى جهده ليمتنع عن إفشاء الأسرار أو استغلالها، وإنما يجب عليه أن يمتنع عن ذلك بالفعل وإلا تعرض للمسؤولية القانونية.

لذلك يمكن القول أن أهمية هذا الالتزام في مرحلة المفاوضات على العقد، تتمثل في كونه يوفر جوًا من الثقة والإطمئنان بين طرفي المفاوضات، تدفع كل منهما صوب البوح ببعض الأسرار للطرف الأخر، دون الخشية من إفشائها أو استغلالها في حال عدم إبرام العقد، وهو ما يتضح في مجال العقود بشكل عام وعقود البوت بشكل خاص [28] .

بالتالي فإنه يجب على المتفاوض أن يلتزم بالمحافظة على سرية المعلومات التي تحصل عليها أثناء التفاوض وتعد ذات طابع سري، سواءً من خلال حرصه على عدم إفشائها للغير أو عدم استغلالها من قبله، وفي حال خالف هذا الالتزام فإنه يعرض نفسه للمساءلة القانونية.

الالتزام بعدم قطع المفاوضات دون سبب مشروع:

تعتبر المفاوضات السابقة للتعاقد بشكل عام مجرد عمل مادي لا يرتب أي أثر، إذا لم تتجه إرادة المتعاقدين من خلالها إلى إبرام العقد الذي تمت لأجله، فالقانون لا يرتب أي أثر على المفاوضات السابقة للعقد، حيث يكون كل متفاوض خلالها حرًا إما في الإستمرار فيها أو قطعها متى راى ذلك مناسبًا له، دون أن ترتب عليه أي مسؤولية إذا لم يصل لأي اتفاق مع الطرف المقابل له [29] .

فكما هو متفق عليه فإن المفاوضات من حيث المبدأ العام ترتكز على مبدأ الحرية في التفاوض، بحيث يتمتع كل متفاوض عند دخولها بمطلق الحرية سواءً في الإستمرار فيها أو قطعها، وذلك إعمالاً لمبدأ الحرية الذي يهيمن على المرحلة السابقة للتعاقد [30] . إلا أن الأمر يختلف فيما يتعلق بعقود الاستثمار الأجنبي التي تكون الدولة طرفا فيها، إذ أن المفاوضات السابقة لإبرام هذه العقود لا تتمتع بالحرية المطلقة، إنما هي مقيدة بإعمال مبدأ حسن النية خلالها، بحيث لا يسمح للمتفاوض على مثل هذه العقود أن يمارس حريته في قطع المفاوضات، إلا بطريقة تتفق مع ما يوجبه مبدأ حسن النية، الذي يفرض على المتفاوض الإستمرار في المفاوضات بشكل جاد يهدف من خلاله إلى الوصول لإبرام العقد النهائي، وألا يقطع التفاوض إلا إذا استند إلى سبب مشروع يدعو لإنهاء المفاوضات، فإذا لم يكن هناك مبرر قانوني فإنه يكون قد ارتكب خطأ من خلال

---

[24] مها محسن علي السقا، المرجع السابق، ص104.

[25] حياة أبو النجا، الالتزام بالتفاوض في عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص87.

[26] تنص المادة 125 في فقرتها الثانية على أنه: " يعتبر تدليسا السكوت عمدًا عن واقعة أو ملابسة إذا تبين أن المدلس عليه ما كان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة أو بهذه الملابسة ".

[27] مها محسن على السقا، المرجع السابق، ص115.

[28] هاني صلاح سري الدين، التنظيم القانوني والتعاقدي لمشروعات البنية الأساسية الممولة عن طريق القطاع الخاص، الطبعة الأولى, دار النهضة العربية، 2001، ص26.

[29] حياة محمد أبو النجا، المرجع السابق، ص36.

[30] مها محمد علي السقا، المرجع السابق، ص125.

قطعه للمفاوضات ألحق من خلاله ضررًا بالطرف الأخر، يستوجب إخضاعه لأحكام المسؤولية التقصيرية[31] .

المبحث الثالث

المسؤولية المدنية الناتجة عن إخلال الأطراف بالتزاماتهم

إن مرحلة المفاوضات تفرض جملة من الالتزامات على الأطراف المشاركين فيها، تلزمهم بضرورة احترامها والتقيد بتنفيذها، وفي حال مخالفة أحدهم لها مسببا الضرر بالطرف المقابل له، فإنه يكون مسئولاً في مواجهته قانونًا عن الضرر الذي ألحقه به، إلا أن التساؤل الذي يطرح في هذا المجال، حول طبيعة هذه المسؤولية الناتجة عن إخلال الأطراف بالتزاماتهم أثناء التفاوض؟ وللإجابة على هذا التساؤل كان لزاماً علينا أن نستعرض الجدل الفقهي الحاصل حول تحديد طبيعة المسؤولية المدنية الناتجة عن مخالفة أطراف المفاوضات لالتزاماتهم اثناء هذه المرحلة ضمن **(مطلب أول)**، ثم الحديث عن دور القانون والقضاء في تحديد طبيعة هذه المسؤولية ضمن **(مطلب ثان) .**

المطلب الأول: موقف الفقه:

لقد اختلف الفقه حول تحديد طبيعة المسؤولية المدنية الناتجة عن إخلال أطراف المفاوضات بالتزاماتهم أثنائها، فانقسموا على النحو الأتي:

المسؤولية عن الإخلال بالتزامات التفاوض عقدية:

يرى أنصار هذا الإتجاه [32]، بأن المسؤولية الناتجة عن الإخلال بالالتزامات المفروضة في مرحلة المفاوضات هي مسؤولية عقدية، وذلك انطلاقًا من اعتبارهم أن مرحلة المفاوضات السابقة على العقد عبارة عن تصرف قانوني تنتج عنه آثار قانونية، قائم على اتفاق بين طرفيه قد يكون صريحًا ومصاغ في ورقة مكتوبة، وقد يكون اتفاقًا ضمنيًا غير مكتوب.

إذ يرى أنصار هذا الإتجاه أن مرحلة المفاوضات يحكمها مبدأن أساسيان هما حرية التعاقد كمبدأ أول، وأمن المفاوضات كمبدأ ثان [33].

ويتمثل المبدأ الأول في حق المتفاوض في الإحتفاظ بكامل حريته طوال رحلة المفاوضات، بالإستمرار فيها أو الإنسحاب منها في أي وقت متى رأى أن مصلحته تقتضي ذلك، أما المبدأ الثاني فيتمثل في ضرورة شعور المتفاوض أثناء المفاوضات بالأمن والطمأنينة، بحيث يتمكن من الخوض فيها دون الخشية من التعرض لأي ضرر جراء قيام المتفاوض الآخر بقطعها أو الإخلال بأحد التزاماتها دون سبب مشروع، وهو ذاته ما يعد منافيًا للمبدأ الأساسي المتمثل في حسن النية في المفاوضات، وللتوفيق بين هاذين المبدأين فإن أنصار هذا الإتجاه يفترضون وجود اتفاق سابق بين طرفي التفاوض، صريحًا كان أو ضمنيًا يضمنان من خلاله كل حقوقهما والتزاماتهما أثناء هذه المرحلة، وذلك بهدف جعل هذا الإتفاق هو الذي يحكم العلاقة بينهما من الناحية القانونية [34].

- **ويستند أنصار هذا الرأي في قولهم على مجموعة من الحجج المنطقية [35]، سيتم إيضاحها على النحو الآتي:**

أولاً: إن المفاوضات تصرف قانوني وليست مجرد عمل مادي، لأنها قائمة على اتفاق مسبق بين الأطراف وليست محض صدفة، إذ أنه ليس من المقبول عقلاً ومنطقًا أن يكون الطرفان قد وجدا نفسهما يتفاوضان فجأة على العقد المزمع إبرامه، دون أن تكون هناك سابق رغبة وعلم لكيهما، إذ يتعين أن يكونا قد اتفقا من قبل على الدخول في المفاوضات لأجل إتمام إبرام هذا العقد، ويستوي في ذلك أن يكون هذا الإتفاق قد تم صراحةً أو ضمنًا، كما يستوي أيضًا أن يكون هذا الإتفاق قد تم قبل الدخول في التفاوض أو تزامن معه.

ثانياً: لا يمكن اعتبار المفاوضات مجرد عمل مادي، لأن أطرافها لم يلجأوا إليها لمجرد تبادل أطراف الحديث أو التسلية، بل لجأوا إليها بقصد إحداث أثر قانوني يتمثل في الوصول إلى اتفاق نهائي بشأن إبرام عقد معين قد اتفقا عليه مبدأيا، ثم دخلوا في مفاوضات بشأنه لحسم بعض المسائل الخلافية بينهم أدت إلى تعارض في بعض مصالحهم.

ثالثاً: إن أطراف المفاوضات عند دخولهم فيها فإنهم يتقيدون بالتزام رئيسي وهو التزام التفاوض بحسن النية، والذي بدوره يلزمهم بجملة من الالتزامات الفرعية (الإعلام، التعاون، السرية، الخ..) والتي تعد التزامات حقيقية وليست مجرد واجبات عامة، وتستمد قوتها من الإتفاق الموجود بين طرفي التفاوض صريحًا كان أم ضمنيًا.

المسؤولية عن الإخلال بالتزامات التفاوض تقصيرية:

ينتقد أنصار هذا الإتجاه [36]، أصحاب الرأي السابق في قولهم أن المفاوضات السابقة على التعاقد تعتبر تصرفًا قانونيًا

---

[31] وائل السيد محمد إسماعيل، المشكلات القانونية التي تثيرها عقود B.O.T وما يماثلها، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، 2008، ص77.

[32] رجب كريم عبد اللاه، التفاوض على العقد، المرجع السابق، ص589؛ محمد صلاح أحمد الزهري، الأساس القانوني للمسؤولية عن مفاوضات العقود الدولية، رسالة دكتوراة، كلية الحقوق، جامعة اسيوط، سنة 2013، ص211؛ محمد حسين عبد العال، المرجع السابق، ص92 وما بعدها.

[33] شعبان أحمد رمضان، المرجع السابق، ص117؛ رجب كريم عبد اللاه، المرجع السابق، ص279.

[34] محمد صلاح أحمد الزهري، الأساس القانوني للمسؤولية عن مفاوضات العقود الدولية، رسالة دكتوراة، كلية الحقوق، جامعة اسيوط، سنة 2013، ص212.

[35] شعبان أحمد رمضان، المرجع السابق، ص124-125؛ رجب كريم عبد اللاه، التفاوض على العقد، المرجع السابق، ص289.

[36] حسام الأهواني، المفاوضات في الفترة قبل التعاقدية، المرجع السابق، 46؛ مها محسن علي السقا، مبدأ حسن النية في مفاوضات عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص133.

وترتقي عن كونها مجرد عملاً ماديًا، وإنها تنشأ بين أطرافها التزامات عقدية يترتب عن مخالفتها من قبلهم التعرض لأحكام المسؤولية العقدية.

حيث يسلك أنصار هذا الإتجاه مسلكًا مغايرًا للإتجاه السابق، ويرون أن المفاوضات السابقة على التعاقد لا تعدو كونها مجرد أعمال مادية غير ملزمة، ولا ترتقي إلى مرتبة التصرف القانوني، وذلك انطلاقًا من كون المفاوضات في غالب الأحيان تتم بدون وجود أي اتفاق عقدي بشأنها ينظم أحكامها، وهو ما لا يتحقق معه الطابع العقدي بخصوصها، لأن الصفة العقدية لا تمنح إلا لعقد اقترن فيه القبول بالإيجاب، وهو ما لم يحدث عند الخوض في المفاوضات دون وجود أي اتفاق عقدي مكتوب بين أطرافها.

إذ أنهم يرون أن العلاقة بين أطراف التفاوض هي بمثابة العلاقة بين الأغيار، فمتى ارتكب أحدهم تصرفًا انحرف به عن السلوك المألوف للمتفاوض المعتاد، أدى إلى إخلاله بالواجب العام المتمثل في التفاوض بحسن نية [37]، وسبب من خلاله في الحاق ضرر بالمتفاوض الأخر، فإنه يعتبر قد ارتكب خطأً تقصيريًا، يعرضه للمسؤولية التقصيرية التي تفرض عليه تعويض الطرف المتضرر عما أصابه نتيجة لذلك الخطأ [38].

ويتحجج أصحاب هذا الرأي في قولهم بأن الأصل في المفاوضات السابقة على التعاقد، هو حرية المتفاوض أثنائها سواءً بالإستمرار فيها أو العدول عنها، وهو ما يعتبر مبدأً أساسيًا منظمًا للعلاقة بين الأطراف أثناء المفاوضات، يجيز لأي منهم العدول عنها في أي وقت متى اقتضت مصلحته ذلك دون التعرض لأي مسائلة قانونية، طالما لم يشكل عدوله إخلالاً بمبدأ حسن النية في التفاوض، الذي يفرض على أطرافه في حال عدولهم عن المفاوضات لأي سبب ألا يكون مصاحبًا لأيٍ من الطرق غير المشروعة، بقصد إحداث ضرر بالمتفاوض الآخر " كالتعسف أو الغش أو التدليس "، لأنه في حال لجوء أحدهم لمثل هذه الأساليب فإنه يعد مخالفة منه لمبدأ حسن النية مما يستدعي إخضاعه لأحكام المسؤولية التقصيرية.

المسؤولية عن الاخلال بالتزامات التفاوض من نوع خاص:

يرى أصحاب هذا الرأي أن المسؤولية عن الإخلال بالتزامات التفاوض هي مسؤولية ذات طبيعة خاصةً، انطلاقًا من اعتبارهم أن المفاوضات ذاتها لها طبيعة خاصة، ولا يمكن الجزم بأنه لابد أن تكون ذات طابع عقدي أو لا، الأمر الذي لا يمكن معه تحديد نوع المسؤولية الناتجة عن الاخلال بالتزاماتها بحيث تكون إما عقدية أو تقصيرية دائماً، وذلك احترامًا لخصوصية هذه المرحلة [39].

حيث أنهم يرون بأنه لا يمكن الاعتماد على أحكام إحدى المسؤوليتين العقدية أو التقصيرية فقط بشكل دائم، لمعالجة الإخلال الذي قد يحدث أثناء مرحلة المفاوضات، دون النظر إلى الخصوصية التي تتمتع بها هذه المرحلة باعتبارها تتم قبل إبرام العقد وقبل الخوض فيه.

حيث يرون أن تحديد نوع المسؤولية عند الإخلال بأحد الالتزامات أثناء التفاوض قائم على تحديد نوع الخطأ الموجود، بحيث تكون عقدية متى كان الخطأ عقديًا وتكون تقصيرية متى كان الخطأ تقصيريًا، ويرفضون التمسك بتطبيق إحدى المسؤوليتين فقط، إذ أن تطبيق أحكام المسؤولية التقصيرية فقط عند الإخلال بالتزامات التفاوض، طالما لم تتم المفاوضات في إطار عقدي لا يستقيم، لأن التمسك بذلك قد يؤدي إلى نتائج شاذة وعكسية [40]، كما أن التمسك كذلك بتطبيق أحكام المسؤولية العقدية بشكل دائم لا يستقيم أيضًا ولا يتماشى مع طبيعة المفاوضات، لأن المسؤولية العقدية تعالج الأضرار الناشئة عن العقد فإذا حكمنا بها نكون قد جعلنا العقد يمد ظله للمرحلة السابقة على إبرامه، ومن ثم يصبح المتفاوض ملزمًا

---

(37) حسام الأهواني، المرجع السابق، ص46؛ رجب كريم عبد اللاه، التفاوض على العقد، المرجع السابق، ص639.

(38) من أمثلة الأخطاء التقصيرية للمتفاوض مع الإدارة والتي تعد إخلالاً بمبدأ حسن النية في التفاوض، دخوله في المفاوضات مع الإدارة دون وجود نية حقيقية في التعاقد، أي دخوله فيها لمجرد إضاعة الفرصة عليها في التعاقد مع مستثمر آخر مؤهل فنيًا، أو دخوله في المفاوضات معها بنية الحصول على بعض المعلومات والأسرار المتعلقة بالمشروع محل المفاوضات، ثم يقطع المفاوضات بعد حصوله عليها مما يلحق ضررًا بالإدارة، أو سكوته عمدًا على إعلام الإدارة بواقعة مؤثرة في التعاقد الأمر الذي يعد غشًا وتدليسًا من جانبه.

(39) صبري حمد خاطر، قطع المفاوضات العقدية، بحث منشور في مجلة كلية الحقوق، جامعة النهرين، المجلد الأول، العدد الثالث، 1997، ص131؛ محمد حسام لطفي، المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض، دراسة في القانونين المصري والفرنسي، النسر الذهبي للطباعة، 1995، ص125.

(40) مثال ذلك، قيام شخص ببناء مجمع تجاري ثم اتضح له بعد ذلك أنه لابد أن يشتري الأرض المجاورة للأرض المخصصة لمشروعه لسد النقص في المساحة، مما دفعه لبدء التفاوض مع صاحب الأرض لغرض شرائها منه، وبعد الخوض في المفاوضات معه وخسارته للوقت والجهد والمال في سبيل نجاحها، وبعد وصول المفاوضات بينهما إلى مرحلة متقدمة حتى أصبحت ملامح العقد واضحة، يقوم صاحب الأرض فجأة وبدون مقدمات بقطع المفاوضات بدون أي مبرر مشروع، أو يتضح فيما بعد أنه قاصر.

هنا في هذا المثال لا يمكن التمسك بتطبيق إحدى المسؤوليتين فقط دون الآخرى، لأن ذلك يخالف مع الطبيعة الخاصة لمرحلة المفاوضات، ففي التصور الأول- قطع المفاوضات بدون مبرر ولحكمة غير مشروعة، لا يمكن فيه تطبيق المسؤولية التقصيرية لأن فيها إهدار للجانب الإرادي للمتفاوض، حيث أنه صحيح أنه لم يبرم العقد إلا إن إرادتهما اتجهت لإبرامه، ثم يفاجأ من لا ذنب له بقطع المفاوضات ويخسر كل ما كان يرغب في الوصول إليه، فيكون تطبيق المسؤولية التقصيرية هنا قد ساهم في عدم إعطاء الخصوصية التي تتمتع بها مرحلة المفاوضات، مما يؤدي إلى إحجام الأفراد عن الدخول في مثل هذه العلاقات، لأن من يريد أن يتفاوض يجب أن يضع نصب عينيه فكرة جوهرية، وهي إما أن يبرم عقدًا رغمًا عن إرادته وإما أن يقطع المفاوضات ويتحمل التعويض المترتب عليه وفقًا لأحكام المسؤولية التقصيرية.

في حين نجد في التصور الثاني، إذا اتضح أنه كان قاصرًا فلا نجد النتيجة العكسية إذا ما طبقت أحكام المسؤولية التقصيرية، بحيث إذا نجحت المفاوضات وكان أحد أطرافها قاصرًا فله الخيار بين الإجازة والنقض خلال المدة المحددة له قانونًا، وهذا يعد حقًا طبيعيًا يمارسه، إذ ينعقد العقد موقوفًا لمصلحته فإذا ما انقضى العقد فإنه لا يسأل عن التعويض، بينما إذا فشلت المفاوضات فإن القاصر يسأل عن التعويض في حين لا يسأل عن التعويض لو أبرم العقد ونقضه لقصره.

مشار إليه لدى، مها محسن علي السقا، مبدأ حسن النية في مفاوضات عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص136.

بالعقد منذ دخوله في المفاوضات لا من لحظة إبرامه، ومن ثم لا يتحقق الغرض المنشود من المفاوضات والمتمثل في التروي والتبصر والتفكير في منافع العقد المراد إبرامه قبل التحمل بالالتزامات الناشئة عنه[41].

وعلى الرغم من الانتقاد الموجه لهذا الاتجاه، في كونه جعل تحديد المسؤولية قائم على تحديد الخطأ وأنكروا صعوبة إثبات الخطأ في هذه المرحلة، إلا أنه لاقى ترحيبًا من جانب كبير من الفقه، لأنه جعل المسؤولية الناشئة عن الأخطاء التي تقع خلال مرحلة المفاوضات ملائمة لطبيعة المرحلة التي تعالجها وهو ما نؤيده.

المطلب الثاني: وضع القانون والقضاء:

لا يوجد في القانون الليبي أي نص يحكم مرحلة المفاوضات السابقة على التعاقد، وترك للفقه والقضاء مهمة البحث لإيجاد الحلول المناسبة في ضوء القواعد العامة.

أما القضاء لقد جاء متفقًا مع ما استقر عليه غالب الفقه، في كون المفاوضات مادامت لم تكن مصحوبة بعقد مكتوب، فهي لا تعدو كونها مجرد أعمالاً مادية ولا يترتب عليها أي أثر قانوني، بحيث يكون لكل متفاوض الحرية في الدخول فيها أو الإنسحاب منها دون أن يتعرض لأي مسؤولية، وذلك تأكيدًا لمبدأ حرية التعاقد المعمول به عند إبرام كافة العقود، وفي هذا الصدد أكدت المحكمة العليا الليبية على أن المفاوضات غير المصحوبة بعقد مجرد أعمال مادية غير منتجة لأي آثار قانونية، إلا في حال اقترانها بأخطاء ألحقت ضررًا بالمتفاوض الآخر، فإنها في هذه الحالة تسبب في قيام المسؤولية التقصيرية في حق من تسبب في الخطأ [42].

وفي هذا الصدد جاء موقف محكمة النقض المصرية متفقاً مع موقف المحكمة العليا الليبية عندما قضت بأن: "المفاوضات ليست إلا عملاً ماديًا ليس له أثر قانوني، ولكل متفاوض قطع المفاوضة في أي وقت دون مسؤولية، ما لم يقترن بعدوله خطأ تتحقق معه المسئولية التقصيرية، وينتج عنه ضرر بالطرف الآخر، ويكون عبء إثبات الخطأ والضرر على عاتق ذلك الطرف"[43].

الخاتمة

تعد المفاوضات السابقة للتعاقد، مرحلة حساسة وغايةً في الأهمية بالنسبة لعقود الاستثمار خاصة التي يكون أحد اطرافها اجنبي، لما ترتبه من بيان للحقوق والالتزامات التي يتحملها أطراف العقد، نظرا لما تتمتع به المفاوضات السابقة للتعاقد من أهمية في الواقع العملي اخترت دراستها ضمن هذا البحث، مركزاً على بيان مفهومها واهميتها بالنسبة للعقود بشكل عام وعقود الاستثمار بشكل خاص، ومن ثم بيان أطرافها والتزاماتهم، وبعد ذلك التطرق للمسؤولية التي يتحملونها في حال مخالفتهم لهذه الالتزامات، وخلصت إلى مجموعة من النتائج والتوصيات سأهتم ببيانها على النحو الاتي :

النتائج:

- **تتمثل أهم النتائج التي توصلت إليها في هذا البحث فيما يلي:**

1. المفاوضات السابقة للتعاقد هي مرحلة تمهيدية تسبق التعاقد وتعنى بمناقشة المسائل الجوهرية للتعاقد، كالأسعار وطريقة التسليم وميعاده ويتم من خلالها الاتفاق على التزامات أطراف العقد.
2. إن المفاوضات على الرغم من كونها مرحلة تمهيدية للتعاقد إلا إنها تفرض جملة من الالتزامات على أطرافها، يتمثل أهمها في التزامهم بالإعلام المتمثل في الإفصاح عن المعلومات الجوهرية التي تخص التعاقد وعدم السرية بشأنها، وكذلك الالتزام بمبدأ حسن النية في التفاوض، وأخيراً الالتزام بالاستمرار في التفاوض بجدية وعدم قطعها إلا بمبرر مشروع .
3. على الرغم من أهمية المفاوضات التعاقد إلا إن المشرع الليبي لم يعطيها الاهتمام اللازم ولم ينظم أحكامها بنصوص خاصة، سوى بعض النصوص المتفرقة كتلك المتعلقة بمبدأ حسن النية بشكل عام، أو تلك المنظمة لأحكام المسؤولية القانونية.

التوصيات:

1. أوصي المشرع الليبي بضرورة الاهتمام بالمفاوضات السابقة للتعاقد لما لها من أهمية كبيرة في عقود الاستثمار، خاصة في ظل حاجة الدولة الليبية لهذه الفئة من العقود خاصة ذات الطابع الأجنبي منها.
2. أوصي السلطة التنفيذية في الدولة الليبية بضرورة التركيز على إقامة دورات تدريبية متخصصة في مجال المفاوضات، وذلك لإعداد كوادر بشرية قادرة على خوض هذه المرحلة، متى ما احتاجت الدولة إليها خاصة في عقود الاستثمار المبرمة مع الشركات الأجنبية.

---

[41] محمد حسام لطفي، المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض، دراسة في القانونين المصري والفرنسي، المرجع السابق، ص125.

[42] قضت المحكمة العليا الليبية في هذا الشأن بأنه " يشترط لقيام المسؤولية العقدية وجود عقد صحيح بين الطرفين، ونشوء الضرر من إخلال أحدهما بالالتزامات الواردة فيه "، حكم رقم 435 س 51ق بتاريخ 15/ 1/ 2007، منشور في موقع المحكمة العليا الليبية على شبكة الإنترنت: https://supremecourt.gov.ly/

[43] حكم محكمة النقض المصرية في الطعن رقم 167 لسنة 33 ق، جلسة 1967/2/9، مجموعة المكتب الفني، السنة الثامنة عشرة، العدد الأول، 1967، ص334.

قائمة المراجع:

التشريعات:

1- القانون المدني الليبي.

الأحكام القضائية:

2- حكم المحكمة العليا الليبية رقم 435 س 51 ق بتاريخ 15/ 1/ 2007، منشور في موقع المحكمة العليا الليبية على شبكة الإنترنت: https://supremecourt.gov.ly/.

3- حكم محكمة النقض المصرية في الطعن رقم 167 لسنة 33 ق، جلسة 1967/2/9، مجموعة المكتب الفني، السنة الثامنة عشرة، العدد الأول، 1967.

المراجع الفقهية:

4- أحمد سلامة بدر، العقود الإدارية وعقود البوت، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، 2010.

5- بلال عبد المطلب بدوي، مبدأ حسن النية في مرحلة المفاوضات قبل التعاقدية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، 2016.

6- حياة أبو النجا، الالتزام بالتفاوض في عقود التجارة الدولية، رسالة دكتوراه، جامعة المنصورة، 2004.

7- شعبان أحمد رمضان، مفاوضات إبرام عقد المشاركة والمسؤولية الناجمة عن الإخلال بها في النظام القانوني المصري.

8- حسام الدين الأهواني، المفاوضات في الفترة قبل التعاقدية ومراحل إبرام العقد الدولي، بحث مقدم إلى ندوة الأنظمة التعاقدية للقانون المدني ومقتضيات التجارة الدولية، معهد قانون الأعمال الدولي، القاهرة، 2-3 يناير 1993.

9- رجب كريم عبد اللاه، التفاوض على العقد، دار النهضة العربية، 2000.

10- صبري حمد خاطر، قطع المفاوضات العقدية، بحث منشور في مجلة كلية الحقوق، جامعة النهرين، المجلد الأول، العدد الثالث، 1997.

11- عبد الفتاح بيومي حجازي، عقود البوت B.O.T في القانون المقارن، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2017.

12- كمال طلبة المتولي سلامة، النظام القانوني لعقود البناء والتشغيل ونقل الملكية b.o.t، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الزقازيق، 2007.

13-محمد حسن عبد العال، التنظيم الاتفاقي للمفاوضات العقدية، دراسة تحليلية مقارنة للوسائل القانونية لتأمين المفاوضات في عملية التجارة الدولية، دار النهضة العربية، 1998.

14-محمد أحمد غانم، مشروعات البنية الأساسية بنظام البوت، المكتب الجامعي الحديث، الاسكندرية، 2009.

15-مها محسن علي السقا، مبدأ حسن النية في مفاوضات عقود التجارة الدولية، المركز القومي للإصدارات القانونية، الطبعة الأولى، 2016.

16-نزيه الصادق محمد المهدي، الالتزام قبل التعاقدي بالإدلاء بالبيانات المتعلقة بالعقد وتطبيقاته ببعض العقود، دراسة فقهية قضائية مقارنة، دارالنهضة العربية، 1982.

17-هاني صلاح سري الدين، التنظيم القانوني والتعاقدي لمشروعات البنية الأساسية الممولة عن طريق القطاع الخاص، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، 2001.

18-وائل السيد محمد إسماعيل، المشكلات القانونية التي تثيرها عقود B.O.T وما يماثلها، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، 2008.