



جامعة غليزان
كلية الحقوق
قسم القانون الخاص



الاتفاقات التمهيدية في عقود التجارة الدولية

أطروحة لنيل شهادة دكتوراه الطور الثالث في الحقوق
تخصص: القانون الخاص

إشراف الأستاذ :
الدكتور: عليان عدة

من إعداد الطالب :
بوجلال بن يعقوب

أعضاء لجنة المناقشة

اللقب والإسم	الرتبة	مؤسسة الإنتماء	الصفة
د. عيساوي عبد النور	أستاذ محاضر - أ-	جامعة غليزان	رئيسا
د. عليان عدة	أستاذ محاضر - أ-	جامعة غليزان	مشرفا مقرا
أ.د. الموسوس عتو	أستاذ التعليم العالي	جامعة غليزان	مناقشا
د. براهيم يمينه	أستاذة محاضرة - أ-	جامعة غليزان	مناقشا
أ.د. علاق عبد القادر	أستاذ التعليم العالي	جامعة تيسمسيلت	مناقشا
أ.د. معمر خالد	أستاذ التعليم العالي	جامعة تيارت	مناقشا

السنة الجامعية: 2022/2021

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

شكر و عرفان

* بعد شكر الله سبحانه و تعالى على توفيقه لنا لإتمام هذا البحث أتقدم بجزيل الشكر إلى الوالدين العزيزين الذين أغانوني و شجعوني على الإستمرار في مسيرة العلم.

* كما أتوجه بالشكر الجزيل إلى من شرفنا بإشرافه على مذكرة بحثنا الدكتور "عليان حدة" الذي لن تكفي حروفه هذه المذكرة لإيفائه حقه بصبره الكبير علينا، و لتوجهاته العلمية التي لا تقدر بثمن.

* وقبل أن نمضي نقدم الشكر والتقدير إلى الذين حملوا أقدس رسالة في الحياة إلى الذين مهدوا لنا طريق العلم و المعرفة إلى جميع أساتذة الحقوق بجامعة أحمد زيانة (عليان)، كما أتقدم بجزيل الشكر إلى أعضاء لجنة المناقشة عن قبولهم تقييم هذا العمل و مناقشته.

* و في الأخير أتوجه بشكر إلى لزهرة و حلج جلول الميلود و بوجلال يوسف و بلفضل عبد الله وسعيد بوريشة و سويح بوسيف و بخالد طاهر و يحيى فريجة و إلى كل من ساعدنا من قريب أو بعيد.

إهداء

*أمدي هذا العمل براء ووفاء وحباً :

_إلى من تتسابق الكلمات لتخرج معبرة عن مكنون ذاتها من علمتني و علمتني
الصعاب لأصل إلى ما أذا فيه و عندما تكسوني المصوم أسبح في بحر حنانها لينفخ من
الأمي " أمي المرحومة " عائشة".

_إلى من جرع الكأس فارحاً لتسقينني قطرة حب إلى من كلت أمانه ليقدّم لنا لحظة
سعادة إلى من صد الأشواق عن دربي ليهد لي طريق العلم إلى القلب الكبير
والدي العزيز "سعد"

_إلى صاحبة القلب الطيب و النوايا الصادقة إلى من رافقتني منذ أن حملنا حقائب
صغيرة ونحن في طريقنا إلى المدرسة، أختي "فاطمة".

_إلى من أرى التفاؤل بعينه و السعادة في ضيخته إلى شعلة الذكاء والنور إلى
الوجه المفعم بالبراءة و لمحبتك لأزهرت أيامي "أخي طح".

_إلى من بها أكبر و عليها أعتد إلى شمعة تنير ظلمة حياتي أختي " خيرة".

_إلى من بوجودها اكتسب قوة و محبة لا حدود لها: أختي " خيرة".

_إلى شمعة حياتي خيبتني العزيزة " بوركية نور المدي".

_إلى أصدقائي صفيح عبد الله و نانبي لحسن و مولود محمودي و زبور شريف
و باقي الأصدقاء.

بوجلال بن يعقوب

قائمة أهم المختصرات :

أولاً: باللغة العربية

ق.م.ج : قانون مدني جزائري

ق.ت.إ.ج : قانون التجارة الإلكترونية الجزائري

ق.إ.م.إ : قانون الإجراءات المدنية والإدارية .

ط: طبعة .

ب.ط: بدون طبعة .

ب.س.ن : بدون سنة نشر .

ب.ب.ن ، بدون بلد نشر .

ج.ر : جريدة رسمية

مج : مجلد

ع: عدد

ص: صفحة

ثانيا : باللغة الأجنبية

L.G.D.J : LIBRAIRIE GENERALE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE

R.C.S: RICH COMMUNICATION SERVICES

P : PAGE

PP : PAGES

PUF ; PRESSES UNIVERSITAIRES DE FRANCE

ED ; EDITION

OP.CIT: OPERA CITATO (OUVRAGE CITE)

IBID: IBIDEM

PUAM: PRESSES UNIVERSITAIRES D'AIX - MARSEILLE

JCP : JURIS CLASSEUR PERIDIQUE

ASS.H : ASSOCIATION HENRI

مقدمة

تعد التجارة الدولية محرك النمو الاقتصادي الدولي بحيث حظيت بأهمية بالغة من قبل فقهاء القانون وكذا المنظمات الدولية التي بذلت الجهود لتوحيد أحكام التجارة الدولية مما أدى إلى ظهور فرع جديد من فروع القانون هو قانون التجارة الدولية، إذ يعد العقد أداة لتسيير التجارة الدولية ووسيلة للمبادلات الاقتصادية، ولا شك أن المستجدات والتحويلات التي حدثت في النظام الاقتصادي العالمي وما طرأ من تغيرات سياسية واقتصادية على المستوى الدولي ساهمت في التحول المستمر للعلاقات الاقتصادية الدولية والاتجاه نحو تحرير الاقتصاد العالمي، بحيث هذه التحويلات كان لها الأثر الكبير على التجارة الدولية.

إذ لعقود التجارة الدولية دور بالغ الأهمية على صعيد المبادلات الاقتصادية والتجارية ففي الغالب تخضع هذه العقود لقواعد القانون الدولي وبالأخص قواعد التجارة الدولية، وتتخذ هذه العقود أشكال مختلفة وفقاً لاتفاق الأطراف، وما يميز هذه العقود أنها ذات مبالغ ضخمة وطويلة المدة¹.

تتصب عقود التجارة الدولية على معاملات تجارية تتخطى حدود الدولة لتنتج آثارها في دولة أخرى²، فقد أوجد الفقه والقضاء معايير بمقتضاها يتم إضفاء الصفة الدولية على العقد فالأول هو معيار قانوني والثاني هو اقتصادي، فالأول يقضي بأن العقد لا يكون دولياً إلا إذا ارتبطت عناصره القانونية بأكثر من نظام قانوني واحد، حيث تتحدد هذه العناصر بمكان إبرام العقد أو تنفيذه أو جنسية الأطراف، غير أنه فيما يتعلق بعنصر الجنسية فإن العقد يعد دولياً حتى إذا تم إبرامه بين طرفين من جنسية واحدة³، لاسيما فيما يتعلق بعقد البيع الدولي⁴، أما المعيار الاقتصادي لدولية العقد نجده يعتمد على العملية التي يحققها العقد التجاري الدولي، والمتمثلة في مصالح التجارة الدولية، فالعقد لا يعد دولياً إلا إذا ترتبت عليه

¹ _ خالد أحمد عبد الحميد، فسخ عقد البيع الدولي وفقاً لإتفاقية فيينا لعام 1980، القاهرة، مصر، سنة 2001 ص ص 05 و 06.

² _ تياب نادية، التحكيم كآلية لتسوية نزاعات عقود التجارة الدولية، رسالة ماجستير في القانون، فرع قانون الأعمال جامعة ملود معمري، تيزي وزو، الجزائر، سنة 2006، ص 02.

³ _ هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، سنة 2001، ص 73.

⁴ _ إن عقد البيع الدولي هو ذلك العقد الذي يبرم بين مختلفي الجنسية أو متحديها إذا كان مكان إبرامه أو إعمال تنفيذه أو مكان وجود محله يهم أكثر من نظام قانوني، أنظر : خالد أحمد عبد الحميد، المرجع نفسه، ص 02.

تحركات للأموال عبر الحدود الدولية عن طريق الإستيراد والتصدير¹، وعلى العموم فإنه يمكن اللجوء إلى بعض الاتفاقيات الدولية لتحديد دولية العقد².

فالعقد يعد الأداة التي يتسند إليها الالتزام في المقام الأول بهدف تسهيل التبادل والتعامل بين الأطراف على مستويين الداخلي والدولي، ونظرا لكثرة العقود وتنوعها ظهرت تصنيفات وتقسيمات عديدة تسعى إلى تسهيل دراسة العقود بمختلف أنواعها، وذلك من خلال تحديد الأسس والخصائص التي تمثل القاسم المشترك لبعض العقود، ومن ثم تعددت تقسيمات العقود بتعدد الأسس ذاتها، فهناك تقسيم اجتماعي والاخر اقتصادي، وفي المقابل نجد هناك تقسيم قانوني والاخر عملي، ولعل التقسيم الأهم هو ذلك التقسيم الذي يقوم على أساس التفرقة بين العقد والاتفاق، فأنصار هذا التقسيم يفرقون بين العقد وهو النقاء إرادات تهدف إلى إنشاء التزام، وبين بعض الصور الأخرى للنقاء الإرادات والتي لا تهدف بالضرورة إلى إنشاء الالتزامات وعلى الأخص الاتفاق³.

فالفصل بين العقد الممهد والاتفاق الممهد له مبررات تشريعية والأخرى عملية، فمن الناحية التشريعية نجد المشرع في بعض الدول قد نظم العقود التمهيدية وترك المجال مفتوحا أمام الفقه والقضاء لتأكد من وجود اتفاقات ممهدة للعقود من عدمه، حيث يستند المشرع في تلك الدول عند تكريس هذا التقسيم إلى أمرين وهما نية الأطراف والمسؤولية المترتبة في حالة الإخلال بالاتفاق أو العقد، أما من الناحية العملية فإن تقسيم التصرفات القانونية السابقة على العقد إلى عقود واتفاقات يتناسب ومتطلبات العقود الحديثة، إذ يوجد عقود كثيرة تتطلب عقود تمهيدية، وأيضا يوجد عقود كثيرة تتطلب اتفاقات تمهيدية فحواها تأكيد التزام الأطراف بالتفاوض بغية الوصول إلى العقد النهائي، لاسيما إذا تعلق الأمر بعقود التجارة الدولية.

حيث استقر العمل على استخدام مصطلح العقد بشكل موسع في المجال الداخلي، أما مصطلح الاتفاق فقد انحصر في العلاقات الدولية والتجارية الدولية والعمالية، فنجد بعض

¹ _ معاشو عمار، الضمانات في العقود الاقتصادية الدولية في التجربة الجزائرية في عقود المفتاح والإنتاج، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق و العلوم الإدارية، جامعة الجزائر، سنة 1998، ص 50.

² _ لقد أخذت اتفاقية لاهاي لسنة 1964 بالمعيارين القانوني والاقتصادي لتحديد دولية العقد، وذلك بموجب المادة الأولى الفقرة الأولى من الاتفاقية.

³ _ بدر جاسم العقبوب، أصول الالتزام في القانون المدني الكويتي، الكويت، سنة 1989، ص 195.

الفقه الفرنسي يستند إلى التفرقة بين العقد والاتفاق بغية تصنيف أنواع التقاء الإرادات إلى المرحلة السابقة على التعاقد، لذلك تتعدد التسميات لهذه الصور بين عقود تمهيدية واتفاقات تمهيدية¹، في حالة الإخلال بما تم التوصل إليه من التزامات فنفرق بين ما إذا كنا أمام عقدا تمهيديا أو مجرد اتفاقا تمهيديا، فالأول يرتب المسؤولية العقدية والثاني قد يرتب المسؤولية التقصيرية حالة الإخلال.

والعقد في الغالب يمر بمراحل ثلاث، مرحلة المفاوضات ومرحلتي التكوين والتنفيذ، إذ غالبية التشريعات المقارنة بما في ذلك المشرع الجزائري قد أغفلوا تنظيم المرحلة السابقة على التعاقد، بخلاف بعض التشريعات الأخرى كالمشرع الفرنسي الذي نظم هذه المرحلة ذلك أن المفاوضات لها دور بالغ الأهمية في مجال عقود التجارة الدولية لأن هذه الأخيرة تنطوي على مخاطر جمة نظرا لقيمة هذه العقود، كما أنها عقود تحتاج إلى مفاوضات طويلة ومكثفة لاسيما فيما يتعلق بعقود نقل التكنولوجيا².

وعلى الرغم من اعتبار المفاوضات بمثابة أعمال تحضيرية، إلا أنها تعتبر من الأعمال الهامة التي تتقيد إرادة الأطراف فيها، كما أنها قد يلجأ إليها في المستقبل كوسيلة لتفسير العقد، فهي مرحلة استكشافية يلتمس فيها كل طرف طريقه إلى العقد مما يستدعي استعدادات خاصة وكبيرة خاصة في ظل التطور التكنولوجي، وهذا الذي قد يرتب عليها آثارا قانونية لا مجرد مرحلة تحكمها اجتهادات شخصية³.

ومرحلة المفاوضات تأتي نتيجة دعوة إلى التفاوض موجهة من أحد الطرفين إلى الآخر، كما قد تأتي المفاوضات عقب توجيه إيجاب بات لا يرضى به الموجه إليه، بحيث يرد هذا الأخير معدلا في هذا الإيجاب دون أن يتقدم بإيجاب بات من ناحيته، ففي هذه الحالة يسقط الإيجاب ويدخل الطرفان في دائرة المفاوضات حتى تنتهي⁴، فأهم ما يميز

¹ _ حمدي محمود بارود، القيمة القانونية للاتفاقات التي تظل مرحلة التفاوض قبل العقدية في مجال عقود التجارة الدولية مجلة الجامعة الإسلامية، سلسلة الدراسات الإسلامية، المجلد 13، العدد الثاني، كلية الحقوق، جامعة الأزهر غزة فلسطين، سنة 2005، ص 136.

² _ المرجع نفسه، ص 125.

³ _ حليس لخضر، مرحلة المفاوضات العقدية، مجلة المنار للبحوث والدراسات القانونية والسياسية، العدد 01، سنة 2017، ص 163.

⁴ _ حمدي محمود بارود، المرجع نفسه، ص ص 125 و 126.

مرحلة المفاوضات هو عنصر الاحتمال في ما إذا سيتم الاتفاق من عدمه¹، فالتفاوض قد يكون قبل إبرام العقد وهذا هو المألوف في عقود التجارة الدولية، كما قد يكون بعد إبرام العقد كأن يتفق المتعاقدين على التفاوض فيما بينهم كلما طرأ طارئ أو استجد أمر خلال مرحلة التنفيذ، أو كأن يتم الاتفاق على أن يكون التفاوض وسيلة لفض المنازعات التي قد تنشأ، إلا أن الذي يهم وفقا لدراستنا هاته هو التفاوض على عقود التجارة الدولية الذي يكون سابقا لعملية إبرام العقد النهائي.

فبمقتضى مرحلة المفاوضات يتم تبادل الاقتراحات والمساومات والتقارير والدراسات الفنية التي يتبادلها أطراف التفاوض بحيث يكون كل منهما على دراية بالأشكال القانونية التي تحقق مصلحة الأطراف وللتعرف على ما قد يسفر عنه الاتفاق من حقوق والتزامات لطرفيه²، حيث يلجأ الأطراف المتفاوضة إلى تأمين المفاوضات وزيادة فرص التوصل إلى العقد النهائي إلى ووضع تنظيم اتقائي للمفاوضات، وذلك من خلال إبرام بعض الاتفاقات والعقود المنظمة للعملية التفاوضية بهدف تسهيل المفاوضات وإيجاد أرضية مشتركة للتفاهم بين الطرفين³ والمفاوضات بالرغم أنها عقود تمهيدية سابقة على عملية التعاقد إلا أنها في نفس الوقت تعد عقودا نهائية وترتب التزامات على عاتق أطرافها⁴.

تتنوع صوره الاتفاقات التي تبرم في المرحلة السابقة على التعاقد تبعا لتنوع الهدف الذي يرمي إليه المتعاقدان خاصة فيما يتعلق بالتجارة الدولية، فقد يرمي الاتفاق إلى توجيه خطاب لإبداع الرغبة إلى الطرف الأخر بنية التفاوض، أو قد يتضمن تعهدا شرفيا، كما قد يرمي الإتفاق إلى إبرام عقودا ذات طبيعة عقدية محضة كعقد التفاوض والوعد بالتعاقد، فمن العقود التي تحتاج إلى اتفاقات تمهيدية نجد عقد دراسات الكمبيوتر والتزويد بالأنظمة الإلكترونية مثلا، بحيث لا تتوافر عناصر العقد المقصود إلا من خلال هذه الإتفاقات، فقد

¹ _حمدي محمود بارود، المرجع السابق، ص 129.

² _حسام الدين الأهواني، المفاوضات في الفترة قبل التعاقدية ومراحل إعداد العقد الدولي، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق جامعة عين الشمس، العدد الثاني، سنة 1992، ص 394.

³ _خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، سنة 2006، ص 229.

⁴ _محمد حسين عبد العال، التنظيم الإتقائي للمفاوضات العقدية، دراسة تحليلية للوسائل القانونية لتأمين المفاوضات في عمليات التجارة الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة 1998، ص 43.

لا يبرم أي عقد في هذه المرحلة لأن الأطراف ترغب في الحفاظ على حريتها خالية من كل التزام عقدي.

وما يميز هذه الاتفاقات هو تعددها وتنوعها، فالأصل أن العقد يتم عن طريق اتفاق بين الأطراف بغية إحداث أثر قانوني يتمثل أساسا في نشوء التزامات على عاتق الأطراف غير أنه إذا تعلق الأمر بالعقود المركبة والمهمة لاسيما عقود التجارة الدولية فإن الأمر لن يكون بتلك السهولة، وذلك راجع لصعوبة إضفاء القيمة القانونية لتلك العقود أو الاتفاقات التمهيدية، فالعقد بالضرورة يتولد عنه التزامات تعاقدية، ولكن الاتفاق ليس بالضرورة أن يتولد عليه التزامات من طبيعة عقدية¹.

ومن التطبيقات العملية في عقود التجارة الدولية² التي تقتضي إبرام اتفاقات تمهيدية نجد العقود الضخمة كعقد نقل التكنولوجيا وعقود التوريدات طويلة المدة، ففي مثل هذه العقود يفرغ طالب التعاقد إرادته في هذه الاتفاقات بقصد وصف محل العقد ومواعيد التسليم والتسلم وكيفية تسلم المقابل³، فقد يكون الدافع من وراء إبرام الإتفاقات التمهيدية هو تجنب الاختلاف في الأنظمة القانونية، ومن ثم نشوء حق أي طرف من الأطراف من التحلل من العقد دون أن يكون ملزما قانونا بذلك، كما قد يكون إبرام تلك الأوراق بهدف تنظيم عملية التفاوض مع الشكل الذي يكفل فرض الانضباط، فضلا عن ذلك فقد يكون الغرض هو توفير الأمان للراغب في التعاقد وذلك عن طريق حصوله على ما يثبت النجاح والتقدم في المفاوضات ومن ثم الاقتراب من لحظة توقيع العقد النهائي، فهذه الإتفاقات والعقود التمهيدية⁴ لايزال يكتنفها الغموض بسبب كثرة المصطلحات والتسميات التي أطلقت عليها.

فإذا استمرت المفاوضات قائمة بنجاح بين الأطراف، فإنه غالبا ما يسبق الاتفاق النهائي اتفاقات تمهيدية سابقة على التعاقد النهائي، حيث تحرر هذه الاتفاقات في مستندات⁵ يتبادلها الأطراف المتفاوضة فيما بينهم، بحيث أنها تمثل ما اتفق عليه الأطراف كأن يتم

¹-A. Ghozi, la modification de l'obligation par la volonté des parties, L.G.D.J, paris, 1980،

² _ خالد أحمد عبد الحميد، المرجع السابق، ص ص 05 و 06.

³ _ حمدي محمود بارود، المرجع السابق، ص 132.

⁴ _ بدر جاسم اليعقوب، المرجع السابق، ص 195.

⁵ _ هذه المستندات لا حصر لها، بحيث أنها قد تكون موقعة من الطرفين، كما قد تكون موقعة من طرف واحد، ومن بين هذه المستندات نجد ما يطلق عليه بخطابات النوايا و التعهدات الشرفية.

الاتفاق على أمر يخص مرحلة معينة من المفاوضات¹، ومن بين هذه الاتفاقات نجد خطابات النوايا والتعهدات الشرفية وعقود التفاوض وكذا عقود الوعود.

إن موضوع الاتفاقات التمهيدية في عقود التجارة الدولية له بالغ الأهمية، ذلك أنه يساهم إلى حد كبير في تنوير المفاوضات الجزائريين، وذلك عن طريق تبيان الضوابط التي تحكم تلك الاتفاقات التمهيدية سواء التي تتصف بأنها عقد كعقد التفاوض وعقد الوعد أو تلك التي تتصف بطبيعتها الشبه العقدية كالتعهدات الشرفية وخطابات النوايا، فكلما كان التفاوض ناجحاً كان إبرام العقود النهائية ناجحاً، ومن ثم إثراء الاقتصاد الوطني.

فالهدف من موضوع الاتفاقات التمهيدية في عقود التجارة الدولية هو تبيان ماهية هذه الاتفاقات وقيمتها القانونية سواء من وجهة نظر التشريع الجزائري أو من وجهة نظر بعض التشريعات المقارنة كالقانون المصري والأردني والعراقي والإنجليزي والأمريكي والفرنسي، كما يهدف هذا الموضوع إلى جلب انتباه المشرع الجزائري إلى وزن وقيمة هذا الموضوع مما قد يترتب عليه إدراج نصوص قانونية، هذا ويهدف موضوع دراستنا إلى ضبط أحكام وقواعد مرحلة المفاوضات خاصة أن هذه الأخيرة يبرم فيها الكثير من الاتفاقات التمهيدية التي يكتنفها اللبس والغموض والخلط بين صورها مما يحول دون ترتيب المسؤولية القانونية المناسبة.

لقد حظي موضوع الاتفاقات التمهيدية في عقود التجارة الدولية بدراسات عديدة ومتنوعة إلا أنها اقتصر على بعض الصور للاتفاقات التمهيدية دون أن تمتد لتشمل باقي الصور الأخرى، لاسيما دراسة علي محمد علي مصلح²، ودراسة مجاجي سعاد³ ودراسة أشواق عبد الرسول عبد الأمير⁴، ودراسة براهيم فايزة⁵، وغيرها من الدراسات ذات الصلة.

¹ _ حمدي محمود بارود، المرجع السابق، ص 131.

² _ رسالة ماجستير بعنوان: الوعد وأثره في الالتزام وتطبيقاته في الفقه الإسلامي والقانون المدني الأردني، مقدمة إلى الجامعة الأردنية، كلية الدراسات العليا، قسم الدراسات العليا لعلوم الشريعة والحقوق والسياسة، 1991.

³ _ مقال بعنوان: تعهدات الشرف في ميزان القضاء الفرنسي، مجلة الفقه والقانون العدد 20، المغرب، سنة 2014.

⁴ _ مقال بعنوان: الإطار القانوني لخطابات النوايا في القانون المدني العراقي، دراسة مقارنة، مجلة كلية الشيخ الطوسي الجامعة العدد 14، العراق سنة 2018

⁵ _ رسالة ماجستير بعنوان: التزامات الأطراف في المرحلة السابقة على التعاقد، تخصص قانون العقود والمسؤولية، جامعة جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، سنة 2008_2009.

وبناء على ما سبق يمكن صياغة إشكالية هذه الدراسة كما يلي: ماهي القيمة القانونية للاتفاقات التمهيدية في عقود التجارة الدولية ؟

وللإجابة على هذه الإشكالية تم إتباع المنهج التحليلي، وذلك بتحليل جميع العناصر المتعلقة بالدراسة بالرغم من كثرة التسميات التي أطلقت على الاتفاقات التمهيدية، وكذا المنهج المقارن لدراسة موقف التشريعات المقارنة سواء من الناحية الفقهية أو القانونية أو القضائية.

ولأجل ذلك قسمنا هذه الدراسة إلى بابين، سنتحدث في الباب الأول عن الاتفاقات التمهيدية ذات الطبيعة شبه العقدية، أما الباب الثاني سنتكلم فيه عن الاتفاقات التمهيدية ذات الطبيعة العقدية، حيث سيتم تقسيم كل باب إلى فصلين، فبالنسبة للباب الأول سنتحدث فيه عن خطابات النوايا في مجال التجارة الدولية، كما سنتحدث فيه عن التعهدات الشرفية بينما الباب الثاني سنتكلم فيه عن عقود التفاوض وكذا عقود الوعود في مجال التجارة الدولية.

إن تقسيم الاتفاقات التمهيدية في عقود التجارة الدولية إلى اتفاقات ذات طبيعة شبه عقدية واتفاقات ذات طبيعة عقدية له مبرراته، إذ أساس هذا التقسيم يكمن في ضرورة التفرقة بين العقد والاتفاق وما يترتب عليهما من نتائج مختلفة لاسيما فيما يتعلق بنوع المسؤولية المترتبة حالة الإخلال، فالعقد بالضرورة يتولد عنه التزامات تعاقدية بكل ما يتبع ذلك من أثر يرتبط بتنفيذ هذا الالتزام، إلا أن الاتفاق ليس بالضرورة أن يتولد عليه التزامات من طبيعة عقدية بل قد يترتب عليه التزامات من طبيعة شبه عقدية قد لا تصل إلى حد الالتزام الواجب التنفيذ قانونا كالتزام الطبيعي.

الباب الأول
الإتفاقات التمهيديّة ذات
الطبيعة شبه العقديّة

الباب الأول: الاتفاقات التمهيدية ذات الطبيعة شبه العقدية

نظرا للزيادة حجم المعاملات التجارية الدولية وتعقيدها ازدادت الحاجة إلى استخدام واستعمال الكثير من الوثائق بين المتفاوضين قبل انعقاد العقد لاسيما إذا تعلق الأمر بالعقود الكبيرة كعقود نقل التكنولوجيا، والعلة من ذلك هو تخوف الأطراف من المخاطرة والدخول في التعاقد، مما يدفع إلى الرغبة في وضع حد لهذا التخوف بإصدار وثائق تهدف إلى إرضاء الجانبين، كما ترفع من فعاليات المفاوضات بشأن العقد النهائي وتقادي تضيع الوقت والجهد المبذول في هذا الشأن.

ولعل أبرز هذه الوثائق التي سادت ميدان المفاوضات السابقة على التعاقد نجد خطابات النوايا، والتي نشأت في القوانين الأنجلوسكسونية¹ تحت مقتضيات التجارة الدولية وما تستلزمه من ضرورة توفير الثقة وحسن النية في التعامل²، بحيث ظهرت الحاجة إلى تحرير هذه الخطابات عند التفاوض بشأن العمليات الضخمة مثل عقود التوريد طويلة مدة لاسيما فيما يتعلق بالطائرات المدنية والحربية والتنقيب عن المعادن واستخراجها من باطن الأرض أو البحر، وكذا نقل التكنولوجيا الحديثة.

فضلا عن خطابات النوايا يوجد اتفاقات أخرى تمهيدية في مجال التجارة الدولية، والتي أساسها الثقة بين الأطراف كالتعهدات الشرفية، غير أن هذه الاتفاقات ليست مطلقة، ذلك أنها تخضع لقيود كحرية المنافسة وكذا قيد النظام العام الدولي، وعليه سنقسم هذا الباب إلى فصلين، سنتطرق في **الفصل الأول** إلى خطابات النوايا في مجال التجارة الدولية، أما **الفصل الثاني** سنتحدث فيه عن التعهدات الشرفية في مجال التجارة الدولية.

¹ _ مصطفى أحمد عبد الجواد، خطابات النوايا الصادرة عن الغير في مجال الائتمان (دراسة في الفقه الإسلامي والقضاء الفرنسي في ضوء المبادئ العامة للقانون الفرنسي والمصري و الكويتي)، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، الطبعة الأولى، سنة 2000، ص 03.

² _ لقد كان من الصعب تقبل فكرة خطابات النوايا فور ظهورها في ظل القوانين اللاتينية، أحمد شرف الدين، أصول الصياغة القانونية للعقود (تصميم العقد)، القاهرة، مصر، سنة 1993، ص 62.

الفصل الأول

خطابات النوايا في مجال بالتجارة الدولية

لقد برزت فكرة خطابات النوايا لتمييز التعامل التجاري الذي يجري بين أطراف التفاوض بهدف تنظيم التعاقد ورصد كل خطوة يتم الاتفاق عليها عند التفاوض مما يوفر الثقة والأمان لراغب التعاقد، وبالتالي تشجيع التجارة والاستثمارات الدولية والوطنية على حد سواء¹، فموضوع خطاب النوايا له بالغ الأهمية، ذلك أنه موضوع جديدا نسبيا بالنسبة لفقهاء القانون إذ أنه يثير الكثير من الجدل، كما أنه موضوع لم يتم التطرق إليه من قبل الفقهاء العربي بصفة شاملة، ففي الغالب نجد الفقهاء قد تطرق إلى موضوع خطابات النية بصفة عرضية، وذلك عند دراستهم لمرحلة المفاوضات².

فالهدف هو تسليط الضوء على الآثار القانونية المترتبة على تصرفات المتعاملين في التجارة الدولية، وبالتالي قد يساهم هذا البحث ولو بصفة جزئية إلى تطوير القانون الوطني الذي كان غامضا ومبهما فيما يتعلق بموضوع خطاب النية، حيث أن الاستعمالات الحديثة لخطابات النوايا قد تجاوزت النطاق التفاوضي.

بحيث أصبح يطلق على هذه الخطابات تسميات أخرى كخطاب الطمأنة وخطاب الدعم وخطاب المسؤولية، إذ أن هذا الأمر يدفعنا أن نبين موقف بعض التشريعات المقارنة من خطابات النوايا المقترنة بالتجارة الدولية، وعليه سنقسم هذا الفصل إلى مبحثين، سنبيين في المبحث الأول ماهية خطابات النوايا، أما المبحث الثاني سنتحدث فيه عن القيمة القانونية لخطابات النوايا في مجال التجارة الدولية.

المبحث الأول

ماهية خطابات النوايا

إن الحقائق التي توصل إليها الباحثون حول خطابات النوايا تضع المعنى الأصلي

¹ _ محمد حسام محمود لطفي، المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض، دراسة في القانون المصري والفرنسي، مطبعة النسر الذهبي، القاهرة، مصر، سنة 1995، ص ص 09 و 10.

² _ لقد ظهرت خطابات النوايا في نطاق فكرة المستندات قبل التعاقدية التي تبرز في مرحلة المفاوضات باعتبارها حلقة من حلقات المفاوضات.

لها، وذلك ليس باعتبارها تعبير عن نوع من أنواع الاتفاقات السابقة على التعاقد فحسب، بل إنها قد تتجاوز ذلك لتصل إلى التعبير عن الإرادة الباتة من قبل الطرف الذي أصدرها إيجاباً كانت أو قبولاً، بحيث نجدها تتخذ أشكالاً مختلفة ذلك أنها تتناول مواضيع شتى يتعذر الربط بينها لاستخلاص محور تتمركز حوله هذا الخطابات¹، كما أن تسمية خطابات النوايا هي تسمية غير جامدة لأنها تأخذ أسماء وصور متعددة²، وفضلاً عن ذلك فهناك غموض وتناقض لما يستخدمه المحررون لخطابات النوايا من ألفاظ ومصطلحات وعبارات مما يلقي على عاتقنا عبئاً كبيراً في سبيل التعرف على الحقيقة القانونية التي تكمن وراء كل خطاب من الخطابات.

ففي الغالب نجد هذه الخطابات يتم تحريرها من أناس غير متخصصين في القانون هذا وتتعدد أغراض ومعاني خطابات النوايا فقد تقتصر على التعبير إجمالاً دون التطرق لأي تفاصيل فنية أو قانونية، وقد تقوم بتحديد المحاور التي تم الاتفاق عليها، كما أنها قد تقوم بتحديد الأعمال أو الأعباء التي يتعين على الطرفين القيام بها³، وعليه سنقسم هذا المبحث إلى مطلبين، سنبين في المطلب الأول مفهوم خطابات النوايا، أما المطلب الثاني سنبين فيه صور خطابات النوايا.

المطلب الأول

مفهوم خطابات النية

إن التشريعات المقارنة لم تعرف خطابات النوايا، مما أدى بالفقه المقارن أن يختلف هو أيضاً حول تعريفها، ذلك أنها تتضمن أشكالاً متعددة يصعب حصرها هذا وأصبحت الاستعمالات الحديثة لخطاب النوايا لا تقتصر على النطاق التفاوضي، بل تمتد لتشمل حتى فيما يتعلق بالحصول على الائتمان، فقد شاع استخدام خطابات النوايا لحصول على القروض البنكية في المجال المالي الأمريكي منذ سنة 1960، إلا أنه لم يعرف خطاب

¹ _ احمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي (مفاوضات العقود الدولية، القانون الواجب التطبيق)، دار النهضة العربية القاهرة، مصر، الطبعة الأولى، سنة 2000_2001، ص 33.

² _ صالح بن عبد الله بن عطف العوفي، المبادئ القانونية في صياغة عقود التجارة الدولية، مراكز البحوث والدراسات العامة، الرياض، المملكة العربية السعودية، سنة 1998، ص 68.

³ _ سمير عبد السميع الأودن، خطابات النوايا في مرحلة التفاوض على العقد، منشأة المعارف بالإسكندرية، مصر، سنة 2005 ص ص 07_08.

النوايا بهذا المعنى في أوروبا إلا حديثاً، حيث تأكد ظهورها بصفة خاصة منذ الحكم القضائي الصادر عن محكمة باريس بتاريخ 25_03_1979¹، وعليه سنقسم هذا المطلب إلى فرعين، سنحدد في الفرع الأول معنى خطابات النوايا، أما الفرع الثاني سنميز فيه خطابات النوايا عما يشابهها من أوضاع.

الفرع الأول

تحديد معنى خطابات النية

قد يصعب تعريف خطابات النوايا تعريفاً دقيقاً، وذلك راجع إلى كثرة الاصطلاحات التي تطلق عليها وكثرة العبارات المستعملة فيه²، كما قد يكمن السبب في أن محرري الخطاب أنفسهم قد يكونوا من غير رجال القانون كالمهندسين والتقنيين، ومن ثم فتحير الخطاب من هؤلاء يؤدي إلى خلوه من الدقة، وبالتالي احتماله على عدة تأويلات فيما يتعلق بالتكيف القانوني لهذا الخطاب³، وعليه فمن خلال هذا الفرع سيتم تعريف خطابات النوايا (أولاً)، كما سيتم تبين مجال استخدام هذه الخطابات المقترنة بالتجارة الدولية (ثانياً).

أولاً: تعريف خطابات النوايا

يعرف خطاب النية على أنه اتفاق مبدئي يتم التوصل إليه قبل إبرام العقد النهائي بحيث يتعلق هذا الاتفاق بتنظيم عملية التفاوض⁴، فخطاب النية هو كل وثيقة مكتوبة قبل العقد النهائي تعكس الاتفاقات أو الفهم المبدئي لطرف أو أكثر من أطراف التعاقد التجاري للدخول في عقد مستقبلي بغية إبرامه⁵، كما يعرف خطاب النية على أنه مستند يرغب

¹ _ Paris 25_04_1979.d 1980. trss.obs. Vesseur.

² _ مصطفى حفر صيد، خطابات النوايا بين الالتزام القانوني و الأخلاقي، أطروحة دكتوراه في قانون الأعمال، جامعة الحسن الثاني، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، الدار البيضاء، السنة الجامعية 2007_2008، ص 15.

³ _ المرجع نفسه، ص 16.

⁴ _ سمير عبد السميع الأودن، المرجع السابق، ص 10_09.

⁵ _ احمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص 33.

الباب الأول: الاتفاقات التمهيديّة ذات الطّبيعة شبه العقديّة

الأطراف من خلاله الحصول على امتياز تجاري أو ائتمان دولي أو التزام العميل بضمانات فنية أو تقنية أو عدم التفاوض مع أي مورد آخر¹.

فخطاب النية قد يكون عبارة عن وثيقة صادرة من شركة تملك مساهمة في شركة أخرى لفائدة البنك الذي يمنح ائتمان لهذه الشركة، بحيث تطمئن الشركة الأم مصدره الخطاب البنك بعبارات مختلفة ومتعددة على الالتزام الذي تعهد به الفرع في مواجهته، وهذا يعني أن خطاب النية يصدر عن الشركة الأم التي تملك في الغالب أسهم الفرع لفائدة الغير وعلى ذلك يمكن تعريفه على أنه كل مستند موجه من شركة الأم إلى الغير مانح الائتمان يضمنه صاحبه بقصد طمأنة الغير على الوضع المالي للشركة الفرع.

وفضلا عن ذلك نجد خطاب النية يعرف على أنه خطاب مرسل إلى شخص بمقتضاه يقوم شخص موسر سواء كان طبيعي أو معنوي بتعزيز الثقة في المدين المراد منحه الائتمان من جانب شخص آخر سواء كان طبيعي أو معنوي بأن يعلن في عبارات عامة مطمئنة بأنه سيقوم عند الضرورة بمساعدة المدين إذا تعرض لصعوبات مالية أو في العتاد، أو يضمن ببساطة أنه سيوفي بالتزامه عند الضرورة².

يتضح من التعريفات أعلاه أن خطابات النوايا هي عبارة عن خلاصة ما تضمنته المواقف النهائية للأطراف التفاوض في تفسير الأعمال التحضيرية للعقد المراد إبرامه، كما يتضح أن خطابات النوايا تمثل المرحلة قبل النهائية للمفاوضات، أي أنها تمثل خطوة نحو العقد النهائي ذلك أنها تشمل على رغبة الأطراف المتفاوضة لاتفاق نحو جميع المسائل المتعلقة بالصفقة التي تجري المفاوضات بشأنها، ومن ثم يثبت الجدية في السعي نحو إعداد وإبرام العقد النهائي³.

¹ _ بلحاج العربي، الإطار القانوني لمرحلة السابقة على إبرام العقد في ضوء القانون المدني الجزائري، دار وائل للنشر الجزائر، سنة 2010، ص 96.

² _ نبيل إبراهيم سعد، الضمانات غير المسماة في القانون الخاص (دراسة مقارنة)، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر سنة 1991، ص 147.

³ _ حمدي محمود بارود، المرجع السابق، ص 134.

الباب الأول: الاتفاقات التمهيدية ذات الطبيعة شبه العقدية

هذا وقد عرفت محكمة باريس الفرنسية خطاب النية على أنه "خطاب يرمي إلى منح المؤسسة المالية بعض الضمانات حول تنفيذ الالتزام المتعهد به من طرف الغير في مواجهته، والذي يولد بالنسبة لمصدره التزامات أكثر أو أقل حدة حسب النية.

المشتركة للأطراف، بحيث يبدأ مجرد التزام معنوي ليصل إلى مكانة الالتزام القانوني سواء كان لتحقيق نتيجة أو بذل عناية¹، وعلى العموم فخطاب النية يمثل المرحلة قبل النهائية للمفاوضات، أي يمثل خطوة نحو العقد النهائي ذلك أنه يشتمل على رغبة الأطراف المتفاوضة لاتفاق نحو جميع المسائل المتعلقة بالصفقة التي تجري المفاوضات بشأنها، ومن ثم يثبت الجدية في السعي نحو إعداد وإبرام العقد النهائي².

يمكن تعريف خطاب النية المقترن بعقود التجارة الدولية على أنه إعلان يعبر بمقتضاه أحد الأطراف إلى الآخر برغبته في التفاوض، وعليه فخطاب النية لا يعدو إلا أن يكون مجرد إيجاباً، فإذا كان هناك قبولا من الطرف الآخر كنا بصدد الإتفاق على التفاوض³.

ثانياً: مجال خطابات النوايا المقترنة بعقود التجارة الدولية

قد تنصب خطابات النوايا على العديد من عقود التجارة الدولية التي لا يمكن حسمها في جلسة أو جلستين، بحيث يستلزم الأمر اجتياز مراحل متعاقبة ومستمرة بغية إبرام العقد النهائي، حيث يتم توثيق اتفاقات تمهيدية تحرر في مستندات تحضيرية يتبادل فيها الأطراف الرؤى والمفاهيم حول أمور تتعلق بالمفاوضات وكذا العقد النهائي⁴.

فقد تتمحور المفاوضات حول عقد ترخيص استغلال براءة الاختراع بين المرخص والمرخص له في إطار معطيات موضوع العقد، بحيث تتم المفاوضات حول تعيين نوع تكنولوجيا براءة معينة ومكان تسليمها وما يحتاجه استثمارها في الصناعة وتطبيقها ومعدات

¹ _I_ Nejjar.L'autonomie De La Letter De Comfort .R.C.S. 1989. D .1989.p 217.

² _حمدي محمود بارود، المرجع السابق، ص 134.

³ _سيتم التطرق إلى الإتفاق على التفاوض وتبيان أحكامه في الباب الثاني من دراستنا هاته.

⁴ _مجاجي سعاد، خطابات النوايا كوسيلة قانونية لتأمين تنفيذ الإلتزامات، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، سنة 2011-2012، ص 30.

تكميلية لذلك الإختراع، فخطاب النية يعد من أهم الخطوات التي يتخذها المتفاوضون في هذا الشأن¹.

كذلك من خطابات النوايا نجد تلك التي جرى عليها التعامل التجاري، لاسيما المتعلقة ببعض العقود المعدة للتسليم في المصانع التي هي في حالة جيدة لسير عملها، أو عقود شراء شركات مثقلة بالديون أو حتى مشروع إنشائها في إطار عملية تأسيس شركة جديدة حيث يتم التفاوض على موضوع الشركة المثقلة، ونفس الأمر ينطبق على التقريب بين الشركات التجارية²، أو عملية اندماج شركة في شركة أخرى³، بحيث تتم مناقشة الأعمال التحضيرية بإجراء دراسة جدوى التي ترمي إلى الحصول على المعلومات الضرورية والمشورة الفنية بغية تنوير إرادة الأطراف وكذا احتمال الفشل أو النجاح في إبرام الصفقة.

الفرع الثاني

تمييز خطابات النوايا عما يشابهها من أوضاع

إن تحديد معنى خطابات النوايا في مجال التجارة الدولية، يقتضي أيضا بالضرورة تمييز هذه الخطابات والمرتبطة أساسا بالمفاوضات عن غيرها من أوضاع المشابهة لها لاسيما فيما يتعلق بخطابات النوايا في مجال الائتمان (أولا)، وكذا الوثائق الإعلانية كأوراق الدعاية (ثانيا).

أولا: تمييز خطابات النية المرتبطة بالمفاوضات عن خطابات النية في مجال الائتمان

لقد ظهرت دراسات فقهية تدرس مختلف جوانب هذا الموضوع، فالنموذج الأمثل في هذا الشأن نجد تلك الدراسات المتعلقة بالشركات الكبرى أو شركة الأم التي لها عدة فروع يريد أحدهما الحصول على قرض من أحد البنوك، فتقوم الشركة الأم بإرسال خطاب النوايا إلى البنك لبث الثقة لديه فيما يتعلق بالفرع المقترض، غير أن صيغة هذا الخطاب تختلف

¹ _ علاء عزيز حميد الجبور، عقد الترخيص، دراسة مقارنة، الدار العلمية الدولية للنشر، عمان، الأردن، سنة 2003 ص 77.

² _ مجاجي سعاد، المرجع السابق، ص 31.

³ _ حسني المصري، اندماج الشركات وانقسامها، دار الكتب القانونية، المجلة الكبرى، مصر، سنة 2007، ص 55.

وتتعدد بحسب الحالات¹، وعلى العموم سيتم تمييز خطابات النوايا المرتبطة بالمفاوضات عن خطابات النية في مجال الائتمان في العديد من النقاط لاسيما من حيث الهدف والنطاق والأطراف وحتى من حيث الزمن.

01_ من حيث الهدف

خطابات النوايا المرتبة بالمفاوضات السابقة على التعاقد في مجال التجارة الدولية تهدف إلى إبرام العقد النهائي مستقبلا، أما خطابات النوايا في مجال الائتمان تهدف إلى تسهيل منح الائتمان².

02_ من حيث النطاق:

خطابات النوايا المرتبطة بالمفاوضات لا تجد مكان لها إلا في إطار المفاوضات، في حين خطابات النوايا المستعملة في مجال الائتمان فإنها تمتد خارج إطار المفاوضات التي يجيرها الطرفان سعيا لإبرام العقد المتفاوض بشأنه³.

03_ من حيث الأطراف:

خطابات النوايا المرتبطة بالمفاوضات السابقة عن التعاقد لا تصدر إلا من قبل أحد الأطراف إلى الطرف الآخر أو من قبل الطرفين معا، أما خطابات النوايا في مجال الائتمان فإنها تصدر من قبل شخص أجنبي عن العقد الأصلي وتوجه إلى أحد أطراف العقد، كما أن خطاب النية في مجال المفاوضات يتضمن طرفي التعاقد، في حين خطاب النية في مجال الائتمان يتضمن ثلاثة أطراف وهم الشركة الأم المرسله الخطاب والفرع المستفيد ومانح الائتمان المرسل إليه الخطاب، وعليه يتضح أن خطاب النية يصدر عن الشركة الأم التي تملك في الغالب أسهم الفرع لفائدة الغير.

¹ _ مصطفى أحمد عبد الجواد، خطابات النوايا الصادرة عن الغير في مجال الائتمان، المرجع السابق، ص 07.

² _ مصطفى حفر صيد، المرجع السابق، ص 11.

³ _ سمير عبد السميع الأودن، المرجع السابق، ص 34.

04_ من حيث الزمن:

إنّ خطابات النوايا المرتبطة بالمفاوضات المقترنة بالتجارة الدوليّة تصدر قبل المفاوضات أو أثناءها، أما خطابات النوايا المستعملة في مجال الانتمان فإنها تصدر قبل إبرام العقد أو أثناءه أو بعده¹.

ثانياً : تمييز خطابات النوايا عن الوثائق الإعلانية

بما أنّ خطابات النوايا تعدّ من قبيل الاتفاقات ذات الطّبيعة الخاصّة، فإنّه يتعيّن تمييزها عن الأوراق التي يتمّ تداولها خلال العمليّة التعاقدية كأوراق الدعاية والإعلان والتي تنثير إشكالات قانونية بشأن قيمتها القانونية، فتبيان أوجه الاختلاف بين خطابات النوايا وبين الوثائق الإعلانية يقتضي بالضرورة تبيان القيمة القانونية للوثائق الإعلانية.

01_ مدى اعتبار المستندات الإعلانية عقداً:

اختلف الفقهاء² حول القيمة التعاقدية للوثائق الإعلانية، بحيث أنّ البعض منهم يرون أنّ المستندات الإعلانية هي عبارة عن إيجاب موجه إلى الجمهور، فإذا قبلها الموجه إليه انعقد العقد، حيث لا يجوز للمعلن أن يعدل أو أن يتحلل عما ورد في المستندات من معلومات وبيانات تحت طائلة المسؤولية العقدية، وفريق آخر من فقهاء يرون بأنّ الوثائق الإعلانية هي مجرد دعوة إلى التعاقد أو التفاوض.

ومن ثمّ يجوز للمعلن أن يعدل عما ورد بالإعلان أو رفض التعاقد دون ترتيب أية مسؤولية إلاّ إذا كان العدول مقترناً بخطأ أو تعسف، حينئذٍ يصبح المعلن مسؤولاً على أساس المسؤولية التقصيرية³، وهناك من يرى أنّ الوثائق الإعلانية تدخل في نطاق تكوين العقد ذلك أنّها تقوم بدور أساسي في إعلام المتلقي بحقيقة السلعة أو البضاعة محل التعاقد وكيفية

¹ _ مصطفى حفر صيد، المرجع السابق، ص 11.

² _ لمعرفة الفقهاء الذين اختلفوا حول القيمة التعاقدية للمستندات الإعلانية ينظر: رجب كريم عبد اللاه، التفاوض على العقد، دراسة تأصيلية تحليلية مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، سنة 2000، ص 92.

³ _ الموضوع نفسه.

الباب الأول: الاتفاقات التمهيديّة ذات الطّبيعة شبه العقديّة

إستعمالها وخصائصها، كما أنها تتضمن معلومات محددة وواضحة عن أسعار السلع والخدمات مؤشرا لما لها من قوة جذب وإقناع المتلقي إختيار المبيع¹.

وحتى تكون الوثائق الإعلانية لها الطّبيعة التعاقدية، فلا بد أن تتضمن بيانات محددة هذا ويعد المعلن ملتزما بالبقاء على إيجابه إذا إقترن الإعلان بمدة معينة²، غير أن القضاء لاسيما الفرنسي قد إتجه بقول بأن الوثائق الإعلانية ليس لها قيمة قانونية ولا تدخل في نطاق الرابطة التعاقدية، ذلك أنها محض مبالغة لا تخرج عن كونها تدليسا مباحا³ حيث أكدت محكمة النقض الفرنسية بأن الإعلان وإن كان مكتوبا لا يكفي إثبات العلاقة بين المعلن والمتلقي⁴.

وعلى العموم هناك بعض الأحكام ترفض إضفاء أية قيمة قانونية على الوثائق الإعلانية ولا تعتبرها ضمن مراحل انعقاد العقد، وذلك دون البحث عن حقيقة ما اتجهت إليه إرادة الأطراف، ففي هذا الصدد نشير بأن أحكام التحكيم في عقود التجارة الدولية تتجه إلى أن كتيبات جذب الإستثمار أي الدعاية للإستثمار لا تعد مصدرا للقانون إلا أنها تساعد في تفسير نصوصها وفقا للمفهوم الذي تتبناه الدولة المضيفة.

ولكن الإتجاه الغالب يقضي بأن الوثائق الإعلانية لها قيمة قانونية، بحيث أنها تتدرج ضمن مراحل تكوين العقد، وترتب المسؤولية، فالأساس الذي تقوم عليه مسؤولية المعلن هو أن الرسائل الإعلانية تعد إيجابا موجه للجمهور يلزم المعلن بالبقاء على إيجابه لاسيما إذا كان مقترنا بمدة معينة، فهو التزام مصدره الإرادة المنفردة⁵، ولا يكون الإعلان إيجابا إلا إذا اشتمل على العناصر الأساسية للعقد المراد إبرامه وأثر في رضا الموجه إليه⁶، وتعليل ذلك أن الإعلان عن الأسعار ووصف المبيع مع عرض البضائع في المحل التجاري يعد إيجابا

¹ _ محمد عبد الظاهر حسين، الجوانب القانونية للمرحلة السابقة للتعاقد، دار النهضة العربية للنشر و التوزيع، القاهرة مصر، سنة 2002، ص 73.

² _ مجاجي سعاد، المرجع السابق، ص 17.

³ _ محمد عبد الظاهر حسين، المرجع نفسه، ص 734.

⁴ _ احمد السعيد الزرقد، نحو نظرية عامة لصياغة العقود- دراسة مقارنة في مدى القوة الملزمة لمستندات التعاقد، المرجع السابق، ص 217.

⁵ _ مجاجي سعاد، المرجع نفسه، ص 19.

⁶ _ أحمد السعيد الزرقد، المرجع نفسه، ص 218.

الباب الأول: الاتفاقات التمهيديّة ذات الطّبيعة شبه العقديّة

صريحاً من التاجر ينعقد به العقد إذا إقترن به قبولا مطابقاً، فالإعلان يعد إيجاباً موجه إلى الجمهور متى تضمن بصياغته طبيعة العقد المراد إبرامه فضلاً عن عناصره الأساسية التي تدل على نية المعلن الإرتباط بالعقد إذا لحقه قبول مطابق ويستند في ذلك إلى اعتبارات فنية وأخرى قانونية.

فمن الإعتبارات الفنية نجد أن إلتزام المعلن بما ورد في رسالته الإعلانية من تعهدات سوف يدفعه إلى توخي الحيطة والحذر قبل نشر الإعلان، مما يؤدي بدوره إلى صحة الرسائل الإعلانية أو صدقها ويدفع المستهلك المترقب إلى الثقة فيما يشار من إعلانات بما يعود بالفائدة على المعلنين وعلى الإعلان نفسه كسبيل للاتصال بين المنتج والمستهلك، فهذا الأمر من شأنه أن يدعم المنافسة المشروعة بين التجار¹، ومن الإعتبارات القانونية نجد ما أيده الفقه بأن الإعلان إيجاباً إذا اشتمل بصياغته على طبيعة العقد وأركانه الأساسية ويحقق ذلك خصوصاً في الإعلان عن السلع أو الخدمات عن طريق النشرات الخاصة والملحقات وغيرها، حيث يتخذ المعلن فيها موقفاً لا يدع شكاً في دلالاته على أنه قد قصد التعاقد بالثمن المعلن عنه.

فلا مانع من أن يكون الإيجاب موجهاً إلى شخصاً معيناً، ولا مانع أن يقترن الإعلان بتحفظ ضمني إلى حين نفاذ الكمية، حيث يلتزم المعلن بإجابة طلبات من يتقدمون إليه أولاً وفي حدود ما يملكه من سلع أو الخدمات المعلن عنها²، ذلك أن الإعلان له الدور الأساسي في إعلام المتلقي بحقيقة العرض وخصائصه الجوهرية، وذلك عن طريق تضمنه معلومات محددة وتفصيلية، فالإعلان يؤثر على الجمهور وذلك لما له من قوة جذب واقتناع بغية الحصول على رضا المتلقي لاختيار السلعة أو الخدمة، إذ أن هذا الأمر يستبق منطقياً إضفاء القيمة التعاقدية على الوثائق الإعلانية باعتبارها إيجاباً موجهاً للجمهور³.

ويكون الإعلان إيجاباً إذا اشتمل بصياغته على طبيعة العقد المراد إبرامه وعناصره الأساسية بصورة محددة وتفصيلية، ولمحكمة الموضوع السلطة التقديرية في التعرف على حقيقة الإعلان واستظهار مدلوله مما تضمنه عباراته على ضوء الظروف التي أحاطت

¹ _ أحمد السعيد الزرقد، المرجع السابق، ص 221.

² _ رجب كريم عبد اللاه، المرجع السابق، ص 101.

³ _ مجاجي سعاد، المرجع السابق، ص 22.

الباب الأول: الاتفاقات التمهيدية ذات الطبيعة شبه العقدية

بتحريره وما يكون قد عاصره من اتفاقات في موضوع التعاقد¹، إذ التسليم بأن الوثائق الإعلانية إيجاباً موجه للجمهور يعني أن يكون لها كل آثار الإيجاب بما في ذلك أنها بذاتها غير ملزمة للمعلن وله أن يتراجع عن الإعلان بإعلان آخر يفيد ذلك ما دام لم يقترن به قبول، أما إذا حدد المعلن في رسالته الإعلانية مدة للمتلقى يبدي فيها رأيه بالقبول أو الرفض فإن المعلن يكون ملزماً بتلك المدة فلا يجوز له العدول ما لم تنتهي المدة التي حددها² وعلى العموم فإن الإعلان يعد دعوة إلى التعاقد، ومن ثم فهو لا يعدم كل أثر قانوني، ذلك أنه في حالة العدول من قبل المعلن أو رفضه التعاقد دون مبررات مشروعة كله يصبو إلى ترتيب المسؤولية التقصيرية³.

02 _ رأي الفقه والقضاء إزاء الوثائق الإعلانية:

يرى بعض الفقه⁴ بأن الوثائق الإعلانية لها قيمة تعاقدية، وذلك كلما إشتمل الإعلان على طبيعة العقد وعناصره الأساسية بدقة وتفصيل بغض النظر عن صياغته بعبارة يستفاد منها بأن المعلن لا ينوي الارتباط بأي علاقة تعاقدية، بينما القضاء لاسيما القضاء الفرنسي يرى الوثائق الإعلانية أنها محض مبالغة يجري عليها عرف التجار ويسمح بها القانون بإعتبار أنها تدليس مباح، وهي بهذا المعنى فإنها لا تلزم المعلن بتنفيذ ما ورد بها من بيانات، ولا يغير من ذلك أن تشتمل الوثيقة الإعلانية على تعهدات محددة وتفصيلية عن العقد المراد إبرامه⁵.

03 _ الفرق بين الوثائق الإعلانية وخطابات النوايا:

مصطلح خطابات النوايا أو رسائل النوايا يطلق على العديد من المستندات التي يتم تحريرها في المرحلة السابقة على التعاقد، فقد يتضمن خطاب النية مقترحات من احد طرفي

¹ _ أحمد السعيد الزرقد، المرجع السابق، ص 225.

² _ رجب كريم عبد الاله، المرجع السابق، ص 95.

³ _ مجاجي سعاد، المرجع السابق، ص 23.

⁴ _ ينظر: محمد عبد الظاهر حسين، المرجع السابق، ص 736.

⁵ _ الموضوع نفسه.

العقد المحتملين أو من كليهما، كما قد يتضمن خطاب النية تعهدا صادرا من أحدهما بأن يقوم بعمل معين، فقد أدى انتشار التجارة الدولية واتساع نطاقها إلى زيادة اللجوء إلى خطابات النوايا لاسيما في مجال العقود الكبيرة وطويلة الأجل التي تسبقها بالضرورة مرحلة التفاوض كعقد شراء شركة مثقلة بالديون وعقد تزويد بمصنع جاهز للتشغيل وعقد يتعلق بشراء مصنع للسيارات أو لإنتاج كل ما يتعلق بصناعة الطيران.

الصفقات المذكورة أعلاه نجدها تنصب على عقود معقدة تتم على مراحل ودفعات وتحتاج إلى مفاوضات شاقة وطويلة ومكلفة، كما أن هذه الصفقات تحكمها قواعد المعاملات التجارية التي تنظم العلاقات بين أطراف متعددة الجنسيات لتأخذ بعين الاعتبار البعد الجغرافي الذي يفصل بين هذه الأطراف، حيث أن هذا الأمر يزيد في أهمية خطابات النوايا، بحيث يتم تسجيل ما يدور في المفاوضات من محادثات وما يعرض فيها من بيانات ومستندات، لذلك فإن كل خطاب هو وسيلة لإثبات الإتفاقات الأولية، وإن كانت لا تصل إلى مرحلة توصف بأنها ارتباط عقدي إلا في الحالات النادرة التي تتضمن فيها عقودا حقيقية إلا أن محرريها يصفونها بأنها خطابات نوايا¹.

المطلب الثاني

صور خطابات النوايا

إن محرري خطابات النوايا غالبا ما يقعون في غموض وتناقض، مما يساهم إلى عدم إدراك المفهوم القانوني لما يستخدمونه من ألفاظ ومصطلحات، وذلك راجع لكثرة هذه الخطابات وتنوع صورها، فقد تكون خطابات تدعو إلى البدء في التفاوض، كما قد تكون خطابات تدعو إلى الاتفاق، هذا وقد ترتبط خطابات النوايا بأطراف التفاوض، كما قد تنصب لصالح الغير كأن يصدر الخطاب ضمنا بأن المدين قد يوفي بالالتزامات أو تلك التي تصدر في شكل توصية، وعليه سنقسم هذا المطلب إلى فرعين، سنبيين في الفرع الأول خطابات النوايا ذات العلاقة بأطراف التفاوض، أما الفرع الثاني سنتحدث فيه عن خطابات النوايا ذات العلاقة بالغير.

¹ _ محمد عبد الظاهر حسين، المرجع السابق، ص 733.

الفرع الأول

خطابات النوايا ذات العلاقة بأطراف التفاوض

قد تأخذ خطابات النوايا المرتبطة بأطراف التفاوض صور وأشكال عديدة، فقد تنصب على البدء في المفاوضات (أولاً)، كما قد تتضمن إبرام بعض الاتفاقات (ثانياً)، وفضلاً عن ذلك فقد تنصب الخطابات على أن الإتفاق قد تم (ثالثاً).

أولاً: خطابات البدء في المفاوضات

قد يتعلق خطاب النية بدعوة الطرف الآخر للبدء في المفاوضات حول موضوع عقد معين وأحياناً يسمى هذا النوع بمذكرة التفاهم ، ففي هذا الصدد نشير على أنه هناك إختلاف بين خطاب مذكرة الاتفاق وبين خطاب مذكرة تفاهم، فإن كان الأول يتضمن قائمة بأشياء متفق عليها من جانب مصدر الخطاب إلا أن تلك القائمة غير ملزمة للطرفين، أما الثاني أي خطاب التفاهم فهو يحتوى على نقاط أو رؤوس موضوعات بمقتضاها يدعوا مصدر الخطاب إلى التفاوض حولها¹.

وعلى العموم فهذا النوع من الخطاب يتضمن دعوة محرره للبدء في المفاوضات حول العقد المراد إبرامه مع التأكيد على مواصلة التفاوض والالتزام بحسن نية في كل مرحلة، وكذا ما يوجبه الالتزام بالأمانة والشرف في التعامل والامتناع عن الغش والتدليس سواء عند بداية المفاوضات أو أثناء سيرها².

وقد يتضمن خطاب النية بعض العناصر، كالتفاوض بشأن العناصر الرئيسية المقترحة وتحديد مواعيد المفاوضات ومكانها والالتزامات المرتبطة بمرحلة التفاوض كالالتزام بالسرية وعدم التفاوض مع أي مورد آخر وكيفية تسوية المنازعات وغيرها من الأمور المنظمة للتعاقد³.

¹ _ احمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص 42.

² _ المرجع نفسه، ص 32.

³ _ يتم تحديد القيمة القانونية لخطابات النوايا بالنظر الى الطريقة والأسلوب صياغتها، أي مضمون التعهد الوارد فيها.

الباب الأول: الاتفاقات التمهيدية ذات الطبيعة شبه العقدية

هذا وقد يثبتوا الأطراف ما توصلوا إليه من اتفاقات مبدئية عن طريق خطابات النية ففي حال انعقادها تعتبر من الأعمال التحضيرية أو التمهيدية للعقد المراد إبرامه، فإذا صدرت خطابات النوايا من الشركة القابضة إلى الدائن أي البنك بغرض الحصول على ائتمان للمدين (فرع الشركة) فهي بذاتها قد تكون عقداً، وقد لا تكون كذلك، وذلك بالنظر إلى صياغتها وأسلوبها¹، فهذه الصورة من الخطابات مثلها مثل خطابات التعهد بالوفاء عن المدين.

ثانياً: خطابات إبرام الاتفاقات

قد يتضمن خطاب النية دعوة إلى الطرف الآخر لإبرام اتفاق يتعلق بالكيفية التي يجب أن تدار بها عملية المفاوضات حول عقد معين²، كأن يتم وضع إطار لعملية المفاوضات من الناحية التي تتضمن تحديد وقت بدء المفاوضات ومدتها والدراسات التي سيقوم بها كل طرف حول مختلف الجوانب الفنية والمالية والتنفيذية المزمع الارتباط بها³، هذا ويجوز أن يتضمن هذا النوع من الخطابات شرطاً للمحافظة على سرية المعلومات التي تتضمنها هذه الدراسات أو التي يتم الكشف عنها في مرحلة التفاوض⁴.

وقد يتضمن خطاب النية الاتفاق المبدئي الحر، بحيث أن هذا النوع من الخطابات يصدره محرره بعد أن تكون المفاوضات قد قطعت شوطاً كبيراً وتم التوصل إلى أمور وأشياء أساسية ارتضاها محرر الخطاب، غير أنه نص على أن ذلك غير ملزم للطرفين إلا بعد توقيع العقد النهائي، ففي الغالب نجد هذا النوع يتضمن عبارة " subject t contracte " بحيث هذه العبارة تعني أن الأطراف سيكونون غير ملزمين.

وعادة ما تستخدم هذه العبارة في الدول الآخذة بالقانون العام كالقانون الإنجليزي والأمريكي، فهذه العبارة ليست لها قوة ملزمة، ذلك أن خطاب النية مهما كان محدداً إلا أنه لا تكون له قوة قانونية و لن يكون ملزماً ولا قابلاً للتنفيذ، غير أنه إذا استطاع أحد الأطراف

¹ _ سمير عبد السميع الأودن، المرجع السابق، ص 44.

² _ صالح بن عبد الله بن عطف العوفي، المرجع السابق، ص 70.

³ _ احمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص 41.

⁴ _ صالح بن عبد الله بن عطف العوفي، المرجع نفسه، ص 71.

الباب الأول: الاتفاقات التمهيديّة ذات الطّبيعة شبه العقديّة

أن يثبت أنه تم التوصل إلى اتفاق على العناصر الجوهرية للعقد وأن التوقيع على وثيقة مكتوبة ليس إلا عنصر إضافي، فسوف يعتبر القضاء أن الأطراف قد وصلوا إلى اتفاق ملزم قانوناً حتى ولو لم يتم توقيع العقد النهائي.

ثالثاً: خطابات تنص صراحة على أن الاتفاق قد تم

هناك نوع من الخطابات في عقود التجارة الدولية تنص صراحة على أن الاتفاق قد تم التوصل إليه، ولكن بعض الشكليات المتعلقة بالتنفيذ لا تزال عالقة ويجب الاتفاق عليها ففي مثل هذه الحالة يصح القول أن الأطراف قد توصلوا إلى إتفاق ملزم قانوناً، ولكن تنفيذ العقد يعتمد على انجاز بعض الشروط الشكلية¹، ففي الغالب نكون أمام هذا النوع من الخطابات في مجال المفاوضات حول عقود التكنولوجيا والتقيب عن الثروات الطبيعية، فقد إستقر الفقه على أن التوقيع على العقد والبدء في تنفيذه لا يتم إلا بعد الحصول على التراخيص الخاصة باستغلال براءة الاختراع أو المعرفة الفنية، وكذا التراخيص الإدارية لمباشرة النشاط والدخول في المواقع أو الحصول على تسهيل انتمائي أو قرض من إحدى مؤسسات الائتمان².

هذا وقد تكون الخطابات من الوثائق المعاصرة للمفاوضات، وذلك إذا تضمنت تفاصيل المعاملة محل التعاقد كالاتفاق على شرط معين أو كما لو إشتملت الخطابات على العناصر الأساسية للعقد المراد إبرامه كالحصول على موافقة جهة حكومية أو مجلس إدارة الشركة الطرف الراغب في التعاقد³، وهناك صورة أخرى من الخطابات التي تدعو إلى الاتفاق، وهي الخطابات التي تتضمن ضماناً أو كفالة، فهذه الصورة من الخطابات مثلها مثل الخطابات السائدة في مجال الحصول على القروض البنكية من قبل الشركات التجارية إذ أن الخطاب الأكثر بروزاً في هذا المجال هو خطاب الثقة كتعهدات الشرفية⁴، فقد يتضمن هذا

¹ _ صالح بن عبد الله بن عفاف العوفي، المرجع السابق، ص 72.

² _ احمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص 43_44.

³ _ بلحاج العربي، الإطار القانوني لمرحلة السابقة على إبرام العقد في ضوء القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص 96.

⁴ _ سيتم التطرق إلى خطاب الثقة في الفصل الثاني من دراستنا هاته، إذ المقصود بهذا النوع هو التعهدات الشرفية.

الخطاب إلزاما بعمل بحيث يكون هذه الالتزام إما بتحقيق نتيجة وإما ببذل عناية، وذلك وفقا لصياغة الخطاب وأسلوبه¹.

يرى الباحث أن خطابات النوايا لها صورة واحد فقط مضمونها إبداع الرغبة في الدخول في المفاوضات، فالقول بأن خطابات النوايا لها صورتين نوع يقضي بالبدء في المفاوضات والأخر يقضي بأن الإتفاق قد تم، من شأنه أن يثير السؤال الآتي: لماذا التشريعات قد وضعت أحكام وقواعد تنظم وتحكم عقد التفاوض؟ وإلا صح القول أن كل من خطابات النوايا وعقود التفاوض تخضع لنفس الأحكام، وبالتالي ترتيب نفس نوع المسؤولية.

الفرع الثاني

خطابات النوايا ذات العلاقة بالغير

قد يصدر خطاب النوايا في مجال التجارة الدولية في شكل تعهد بالوفاء عن المدين حينئذ قد يأخذ الخطاب شكل كفالة مستترة (أولا)، كما قد يصدر الخطاب في شكل توصية الغرض منها وصف الموصى عليه و نشاطه و إمكاناته (ثانيا).

أولا: خطابات النوايا في شكل كفالات مستترة

في هذا الصدد سنبين معنى خطاب التعهد بالوفاء عن المدين، كما سنبين العلة من اللجوء إلى خطابات النوايا بدلا من عقد الكفالة، هذا ويتعين تبيان إلى أي مدى يمكن اعتبار خطاب النية كفالة مستترة.

01_ معنى خطاب التعهد بالوفاء عن المدين:

تعد الكفالة من قبيل التأمينات الشخصية، بحيث يقصد بها ضم ذمة أو أكثر إلى ذمة المدين الأصلي فيصبح للدائن مدينان بدلا من مدين واحد، ومن ثم يضمن الدائن الحصول على حقه كاملا ويتقاضي التعرض لمخاطر قسمة الغرماء وفقا لما تقضي به قواعد الضمان العام المقررة لكل الدائنين على أموال مدينهم، وذلك عند عدم كفاية أموال المدين للوفاء بكل ديونه، فالكفالة هي عقد بموجبه يضم الكفيل ذمته إلى ذمة المدين في تنفيذ التزام عليه

¹ _ بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 97.

وذلك بأن يتعهد للدائن بأداء هذا الإلتزام إذا لم يفي به المدين، وبالنتيجة فهي تؤمن الدائن ضد مخاطر إعسار أو إفلاس المدين¹، فقد يتضمن خطاب الثقة ما يفيد تعهد مصدره بوفاء دين المدين في حال عدم قيامه بالوفاء به أو بجزء منه عند الإستحقاق، وهذا ما يعني في حالة قبول الخطاب نشوء حق لمن وجه إليه في مطالبة مصدره مباشرة بالدين الذي عجز المدين أو نكل عن الوفاء به².

02_ العلة من اللجوء إلى خطابات النوايا بدلا من الكفالة:

لعل أهم أسباب اللجوء إلى خطابات النوايا هي الرغبة في الإفلات من دائرة القانون ومن ثم عدم تحمل المسؤولية عن الوفاء بديون، وذلك بغية تحقيق المصالح لمصدر الخطاب³، فإرادة عدم الإلتزام تعد سببا من أسباب اللجوء إلى خطابات النوايا بدلا من اللجوء إلى الكفالة والتي يرتب عليها القانون أثرا لاسيما تحمل المسؤولية⁴، غير أن خطاب النوايا الذي يتضمن كفالة مستترة لا يحقق أية فائدة طالما لا يزال قاضي الموضوع يتمتع بسلطة تقديرية فيما يتعلق بتكليف الإلتزام، وفي هذا الصدد نشير بأن خطاب النية قد يتضمن التزاما أشدا من الكفالة يقضي بالدفع بمجرد الطلب، والقاعدة في ذلك هو إختيار الألفاظ المناسبة للتعبير بدقة عن المراد أو الهدف⁵.

03_ مدى اعتبار خطاب النية كفالة مستترة:

قد يحدث أن يتضمن الخطاب ما يفيد تعهد مصدره بوفاء دين المدين حالة عدم قيام هذا الأخير بالوفاء أو بجزء منه عند الاستحقاق، ومنه يتبين أنه في حال قبول الخطاب فإنه ينشأ حق لمن وجه إليه وهو الحق في مطالبة مصدر الخطاب بدين⁶، ففكرة نشوء كفالة

¹ _ سمير عبد السميع الأودن، المرجع السابق، ص 46.

² _ مجاجي سعاد، المرجع السابق، ص 114.

³ _ مصطفى محمد الجمال، السعي إلى التعاقد في القانون المقارن، منشورات الخبي الحقوقية، الطبعة الأولى، بيروت لبنان، سنة 2002، ص 343.

⁴ _ المرجع نفسه، ص 375.

⁵ _ مجاجي سعاد، المرجع نفسه، ص 118.

⁶ _ مصطفى محمد الجمال، المرجع نفسه، ص 362.

حقيقية عن خطاب النوايا قد ظهرت في البيان الصادر عن رئيس الإتحاد المهني للبنوك الفرنسية، حيث تضمن هذا البيان أن خطاب النوايا الصادر عن الشركة الأم لمساعدة فرعها يمكن أن يشكل في الواقع العملي ضمانا أو تأمينا مشابها لذلك الضمان المستمد من الكفالة¹.

إن بعض خطابات النوايا قد تشكل في الحقيقة كفالات مستترة لاسيما إذا تضمن الخطاب التزاما حقيقيا بالحلول محل المدين الأصلي في الوفاء في حالة عجز هذا الأخير عن الوفاء، ففي هذا الصدد يرى الفقه الفرنسي أن الإلتزام الناشئ عن الكفالة لا يشترط أن يصاغ في شكل خاص، فليس من اللازم ذكر كلمة كفيل أو كفالة، بل يكفي أن يتعهد الضامن أو الكفيل بدفع دين المدين الأصلي في حالة إمتناع هذا الأخير أو عجزه عن الوفاء بدین².

غير أن البعض يشترط لإمكانية نشوء كفالة عن خطاب النوايا أن يتوافر في الخطاب المعيارين المميزين للتأمين الشخصي، وهما الإلتزام بدفع دين الغير وعدم وجود أية مساهمة شخصية للملتزم في هذا الدين، أي لا يكون مسؤولا مسؤولا شخصية عن الوفاء بأي جزء من هذا التأمين، هذا ويضيف البعض أنه ليس من الضروري أن يكون التزام من أصدر الخطاب ممثلا في دفع مبلغ من المال لأن الكفالة يمكن تنفيذها بمقابل³.

وإذا كان لا يشترط أي شكل أو لفظ لوجود الكفالة، إلا انه يجب على الأقل أن يتعهد من وقع على الخطاب بعبارات واضحة تبين إرادته اتجاه الدائن، وذلك بأنه سيقوم بتنفيذ التزام المدين إذا لم يقم هذا الأخير بتنفيذ التزامه⁴، كما أنه لا يشترط أن يكون التزام الكفيل الوارد بالخطاب هو الإلتزام الوحيد، حيث أنه يجوز أن يتضمن الخطاب التزامات أخرى كالتزام بالقيام بعمل أو الإمتناع عن عمل في مواجهة المرسل إليه، فضلا عن ذلك يجوز أن يلتزم مصدر الخطاب بصفته مدين إحتياطي⁵.

¹ _ مصطفى احمد عبد الجواد، المرجع السابق، ص 72.

² _ مجاجي سعاد، المرجع السابق، ص 115.

³ _ مصطفى أحمد عبد الجواد، المرجع نفسه، ص 74.

⁴ _ مجاجي سعاد، المرجع نفسه، ص 115.

⁵ _ مصطفى أحمد عبد الجواد، المرجع نفسه، ص 219.

الباب الأول: الاتفاقات التمهيديّة ذات الطّبيعة شبه العقديّة

فقد رفضت بعض المحاكم الفرنسيّة إمكانيّة نشوء كفالة مقنعة عن خطابات النوايا حتى وإن تضمنت بعض العبارات التي تضع التزام من أصدر الخطاب في مرتبة التزام الكفيل وذلك إستنادا إلى عدم وجود رضاء صريح من جانب الكفيل، ولكن هناك أحكام أخرى قضت بتشبيه الإلتزام الناشئ عنها بالالتزام الكفيل، حيث قضت إحدى المحاكم الفرنسيّة بأن من وقع على خطاب النوايا لا يلتزم بتعهد أخلاقي فقط ولكنه يتعهد بالالتزام شبيه بذلك الإلتزام الناشئ عن الكفالة، ويمكن تنفيذه عن طريق التعويض بمقابل¹.

ومنه يتبين أن محكمة قد منحت طبيعة قانونية خاصة لخطاب النوايا، ذلك أن قبول هذا الخطاب من جانب المرسل إليه يعد عقدا من العقود المشهورة الغير المسماة والتي تتميز عن عقد الكفالة وإن كان هناك تشابه في بعض الأمور، غير أنه هناك أحكاما أخرى قد قضت صراحة باعتبار خطاب النوايا بمثابة كفالات في حالات خاصة ومحددة، حيث قضت محكمة باريس التجارية بأن خطاب النوايا الذي بموجبه تضمن الشركة الأم فرعها في مواجهة البنك الذي منح قرضا لهذا الفرع يعد من قبيل الكفالة².

هذا وقد أكدت محكمة النقض الفرنسيّة مبدأ الإعتراف بإمكانية نشوء كفالة حقيقية عن خطاب النوايا، غير أن البعض من الفقه ينتقده ويرى أن الشركة الأم قد التزمت بمجرد قصد الحلول محل الفرع في الوفاء، ولكنها لم تلتزم بالحلول في حد ذاته، إذ أن مجرد قصد الحلول لا يكفي لإعتبارها كفيلة للمدين في مواجهة المرسل إليه الذي قبل الخطاب³.

ووفقا للتكيفات الحديثة التي أقرتها محكمة باريس يتبين أن خطاب النوايا يشكل كفالة والالتزام بنتيجة في نفس الوقت، وذلك إذا تعهد من وقع على الخطاب في مواجهة الدائن بأن لا يكون لدى هذا الأخير أية مخاوف فيما يخص عملية سداد السفاتج الموقعة من جانب المدين، ذلك أن مرسل الخطاب يضمن هذا الوفاء⁴، وبالتالي يتبين من الأحكام التي أصدرها

¹ _ خليل فكتور تادرس، خطابات النوايا الصادرة من الشركات الأم لحساب أحد الفروع و قيمتها القانونية، دار النهضة

العربي، القاهرة، مصر، سنة 2007، ص 88.

² _ مجاجي سعاد، المرجع السابق، ص 116.

³ _ المرجع نفسه، ص 117.

⁴ _ خليل فكتور تادرس، المرجع نفسه، ص 89.

القضاء الفرنسي أنها قد إعترفت صراحة بإمكانية نشوء كفالة حقيقية عن بعض خطابات النوايا مما يترتب عليها نفس الآثار القانونية التي تترتب عن الكفالة بحد ذاتها.

ثانيا: خطابات النوايا في شكل توصية

في هذه الجزئية سيتم ضبط معنى فكرة التوصية على أساس أنها خطاب نية، كما سيتم تبيان القيمة القانونية لفكرة التوصية لاسيما في نظر القضاء الفرنسي.

01_ فكرة التوصية:

يقصد بالتوصية بالمعنى الدقيق أنها لا تعدو أن تكون واقعة قانونية ليس لها نصيب من صفات التصرف القانوني وما يتولد عنه من التزامات، ومن ثم فإن الموجه إليه خطاب التوصية لا يكون له أن يستند إليها لمطالبة مصدر الخطاب بعمل ما أو آخر يمكنه استثناء ديونه أو يمكن المشمول بالتوصية من الوفاء بها، لأن الأمر يتعلق بمجرد تعهد شرفي أو أدبي¹، ففكرة التوصية تدور وجودا وعدما مع معنى الإخبار الوصفي، ومعناه وصف الموصى عليه ونشاطه وإمكاناته، وهي في الوقت نفسه تعبر عن صفات قائمة بالفعل عند صدورها².

وفكرة الإلزام بطبيعتها غير قابلة للتجسيد خارج الزمن المستقبل، وهي فوق ذلك تقترض قدرا معقولا من التحديد لمحل الإلزام الذي يوفر له قواما متميزا يمكن من تصور أبعاده، فإذا توافر في الخطاب مقومات الإلزام بهذا المعنى كان الأمر متعلقا بتعهد بالمعنى الدقيق بصرف النظر عن إرادة صاحبه بالإبقاء عليه في دائرة الأخلاق والشرف، أو الإرتقاء به إلى عالم القانون وإذا افتقد الخطاب هذه المقومات كلها أو بعضها بقيت له صفة التوصية وما يقتضيه الإقدام عليها من التزام حقيقي فيما تتضمنه من إخبار³.

02_ فكرة التوصية في القضاء الفرنسي

لقد قضت محكمة باريس التجارية في حكم لها على أن "خطاب التوصية لا يلزم صاحبه من الناحية القانونية عندما لا يحتوي على بيانات أو معلومات من شأنها أن تؤدي

¹ _ مجاجي سعاد، المرجع السابق ، ص 5.

² _ مصطفى محمد الجمال، المرجع السابق، ص 347.

³ _ المرجع نفسه، ص 348.

إلى وقوع المرسل إليه في غلط حول ملائمة الشخص الموصي عليه، فإن مرسل الخطاب لا يكون قد ارتكب أي خطأ يثير المسؤولية التصيرية¹، فالقضاء الفرنسي يتفق مع الإتجاه السائد في الفقه الفرنسي حول الطبيعة القانونية لهذه الخطابات، حيث أنه لا يرى في بعض الخطابات النوايا لاسيما هذه الطائفة سوى مجرد التزام اخلاقي أو ادبي، وليس له أي قيمة عملية، ولا يمكن للمصرف أن يحصل على التنفيذ الجبري له.

والجدير بالذكر أن البعض يرون أن هذا النوع من الخطابات لم يعد يتلائم مع روح التجارة الدولية والقضاء الحديث، حيث يظهر أنه لم يعد له وجود إلا قليلا، والدليل على ذلك قلة الأحكام القضائية التي تعرضت إليه، فالغالب أنه يفترض في صاحب الخطاب أنه سيحترم توقيعه وبصفة خاصة إذا كان صاحب شهرة ويسار، ولكن التجربة قد دلت على أنه عندما يكون مبلغ الإلتزام كبيرا فإن الحجج المقدمة ستغلب على النوايا الحسنة، فالحقيقة أن الأمر يتعلق بصراع مشروع لأن كل من الدائنين والمدنين أرادوا ان يتجنبوا الصيغ والأشكال الجامدة وما يجب توضيحه في هذا الصدد أنه لا يؤخذ مأخذ الجد إلا الإلتزام القانوني².

المبحث الثاني

القيمة القانونية لخطابات النوايا

الإتفاق في أي علاقة تعاقدية لاسيما في مجال التجارة الدولية لابد له من قانون يحكمه ويبين شروطه وحدوده، بحيث لا يتصور وجود اتفاق أو عقد دون أن تكون له قوة إلزامية ذاتية تختلف من اتفاق إلى آخر ومن عقد إلى آخر، ذلك أن الكثير من الإتفاقات قد يثور عنها العديد من المنازعات، فخطابات النوايا الصادرة أثناء التفاوض تخضع لنظام قانوني معين، حيث تحكمها قواعد خاصة يسهر القضاء على تطبيقها، فخطابات النوايا المقترنة بالمفاوضات ليست مجرد مشروع في الهواء، بل إنها تصرفات تخضع للقانون بشكل أو آخر، وعليه سنقسم هذا المبحث إلى مطلبين، سنتحدث في المطلب الأول عن القوة الملزمة لخطابات النوايا في مجال التجارة الدولية، أما المطلب الثاني سنتكلم فيه عن الآثار القانونية المترتبة على خطابات النوايا.

¹ _ حكم صادر عن محكمة باريس التجارية بتاريخ: 27_10_1981، لقد تم الإشارة إليه من قبل: خيل فكتور تادرس المرجع السابق، ص 60.

² _ نبيل إبراهيم سعد، العقود المسماة، عقد البيع، ط2، الدار الجامعية الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2004، ص 154.

المطلب الأول

القوة الملزمة لخطابات النوايا

بما أن خطابات النوايا المرتبطة بالمفاوضات هي وثيقة تعبر عن نية صاحبها، فإنه من الطبيعي أن تثير هذه الوثيقة العديد من التساؤلات حول قيمتها القانونية، وهذه الأخيرة تختلف بحسب نوع كل خطاب وصياغته والعبارات والألفاظ التي يتضمنها، لذلك فقد تكون لها قيمة قانونية ملزمة وقد لا تكون كذلك، هذا وتعتمد مسألة تكيف خطابات النوايا أساساً على أسلوب صياغته وبناء هيكله، فأشكالية تحديد القيمة القانونية لخطاب النية تكمن في خلو صياغته مع الشكل الذي يفيد أن إرادة الأطراف تتجه إلى اعتباره عقداً، وعليه سنقسم هذا المطلب إلى فرعين، سنبين في الفرع الأول مدى إلزامية خطابات النوايا، أما الفرع الثاني سنتطرق فيه إلى أثر صياغة خطابات النوايا على تكيفها القانوني.

الفرع الأول

مدى إلزامية خطابات النوايا

إن لفظ النية يفيد أمر مستقبلي لم يطرح بعد أو لم يكشف عنه، وهو لفظ لا يفيد الإلزام، فالغالب نجد محرر الخطاب يقصد عدم الالتزام بأي شيء لاسيما وأن مقصده هو رسم الخطوط العامة، ووضع الإطار المبدئي للمفاوضات المستقبلية تمهيداً لإبرام العقد النهائي² حيث اختلف الفقه في ما إذا كانت خطابات النية لها قوة ملزمة أو أنها ليس لها قوة ملزمة، فهناك من يرى أن خطابات النية ليس لها قيمة قانونية وهناك من يرى العكس، وعليه سنبرهن من خلال الفقه ومفكري القانون أن خطابات النوايا ليس لها قيمة قانونية (أولاً)، ثم سنبين فيه العكس أي أن خطابات النوايا لها قيمة قانونية (ثانياً).

¹ _ محمد حسين منصور، العقود الدولية (ماهية العقد الدولي، مفاوضات العقد وإبرامه ومضمونه وأثاره وانقضائه)، دار الجامعة الجديدة، مصر، سنة 1999، ص 41.

² _ احمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص 34.

أولاً: خطابات النوايا ليس لها قيمة قانونية

طالما أن خطابات النوايا هي عمل إرادي يهدف مصدره في الغالب إلى مجرد دعوة الآخرين للتفاوض على العقد المراد إبرامه، فإنها لا تتضمن بداهة العزم النهائي على التعاقد لأن مصدر الخطاب لا يعلن عن إرادته الباتة في ذلك، ومن ثم يظل المبدأ العام قائماً فيما يتعلق بحرية المفاوضات دون تقييد الأطراف بقيود معينة، وبالتالي تظل الإرادة حرة طليقة لا تفرض التزاماً على مصدر الخطاب، ومنه فخطاب النية ليس له أي قيمة قانونية ولا يلزم صاحبه، بل هو مجرد نية، إلا أن هذا لا يمنع أن تثار المسؤولية التقصيرية عن الضرر الناجم عن الإخلال بالواجب الأساسي بمراعاة حسن النية في مرحلة المفاوضات والانحراف عن السلوك الطبيعي للرجل المعتاد.

ويثور إشكال تحديد القيمة القانونية لخطاب النية إذا كان هناك غموض في أسلوب صياغة الخطاب، بحيث لا يعرف معه مدى قوته الإلزامية، فإذا كانت القاعدة العامة أن أي خطاب يشمل على تعهد يلزم مصدره بتنفيذه، فإن عبارات الخطاب قد تشمل على تعهد يثير التساؤل فيما إذا كانت له أصلاً قيمة قانونية من عدمه، فصياغة خطابات النوايا هي التي تؤدي إلى مدى الإلزام من عدمه، ومن ثم يظهر مدى الاعتداء بكيفية التعبير عن إرادة مصدره.

لذلك يجب أن يكون التعبير عن الإرادة صريحاً لا ضمناً، فالتعبير الصريح هو الذي يفصح عن الإرادة بطريقة مباشرة أي هو التعبير الذي لم يقصد به إلا غرض واحد، أما التعبير الضمني هو الذي ينشئ عن الإرادة بطريقة غير مباشرة أي بوسيلة يمكن أن يستنبط منها دلالة التعبير في ضوء ظروف الحال¹، وحتى يبقى خطاب النية خارج دائرة الإلزام فيجب أن تراعى في صياغته عدة أمور أهمها الحرص على عدم استخدام أي جملة تعبيرية أو لفظ يفيد الإلزام لاسيما استعمال بعض المصطلحات مثل يقبل أو يوافق أو يرفض، لذلك يجب اللجوء إلى ألفاظ أخرى مثل يبدوا وكذا النص على حرية الأطراف في إبرام مفاوضات موازية.

¹ - سمير عبد السميع الأودن، المرجع السابق، ص 15.

ثانياً: خطابات النوايا لها قيمة قانونية ملزمة

قد تعبر خطابات النوايا أحيانا عن اتفاقات نهائية تعقد على هامش الاتفاق على العقد المتفاوض بشأنه¹، بحيث تدل عبارات الخطاب عن إبرام عقدا فعلا كأن تذكر العبارة التالية "نتشرف بإبلاغكم أننا قد علمنا مضمون العقد المقدم منكم بخصوص عقد إنشاء وتوريد وتركيب وتجربة مصنع ووافقنا على شروطه وأننا نقبل ذلك العرض، مع الرجاء بأن يتم إبلاغنا خلال مدة عشرة أيام بخطاب مسجل بعلم وصول الخطاب موقع ومعمد تاريخه بالرد على قبولنا لعرضكم المشار إليه²."

هذا وتوجد خطابات النوايا لا تعتبر فعلا عقدا، إلا أنها معلقة على شرط أو أكثر كموافقة السلطة المختصة أو الحصول على ائتمان بنكي أو ترخيص جمركي، فإذا تحقق الشرط أنتج العقد آثاره رجعيًا من يوم توقيع الخطاب الذي يحتويه، أما إذا لم يتحقق الشرط زال كل أثر، كما أنه قد تتضمن بعض الخطابات التزاما قطعيا بعدم إجراء المفاوضات مع الغير خلال مدة محددة³.

ولأن خطابات النوايا متنوعة ومتعددة، فإنه يصعب القول أن كل خطاب يعد دعوة للدخول في مفاوضات مستقبلية حول إبرام عقد معين، فهذا التنوع والتباين في صيغ الخطاب له أثر على التكيف القانوني لخطابات النوايا، وطالما أن خطابات النوايا هي تصرف إرادي صادر عن محررها، فإنه يترتب عليها أثر معين، فالنظام القانوني للعقود يقتضي أن تكون إرادة الأطراف حرة مستقلة لاسيما فيما يتعلق بالعقد وما يضعه الأطراف يعد قواعد قانونية تطبيقا لقاعدة العقد قانون المتعاقدين.

ومنه فإرادة محرر الخطاب أو مصدره يمكن أن تحسم إشكالية القيمة القانونية للخطاب، بحيث يجوز لمصدر الخطاب أن ينص صراحة عند صياغة الخطاب على أنه مجرد دعوة للتفاوض وليس عقدا، كما يجوز النص على أن يتضمن الخطاب مسائل معينة

¹ _ سمير عبد السميع الأودن، المرجع السابق، ص 19.

² _ احمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص ص 25 و 26.

³ _ المرجع نفسه، ص 36.

يعتبر بشأنها أنه قد أبرم عقدان ومن ثم يكون للخطاب قيمة قانونية مثله مثل ما هو مقرر للعقود، بحيث يترتب عليه مسؤولية من يخل بالتزامه الناشئ عن هذا الخطاب¹.

الفرع الثاني

أثر صياغة خطابات النوايا على تكيفها القانوني

صياغة خطابات النية لا تعكس بالضرورة الإرادة التي تضمنتها هذه الخطابات بالقدر الذي يمكن من خلاله استظهار الأثر الملزم من عدمه الذي اتجهت إليه هذه الأخيرة (الإرادة) عن طريق ما جسده من أوضاع مادية أثناء التفاوض أو قبل إبرام العقد النهائي ما لم تثبت لها بعض الشروط، فاشتراط الصياغة القانونية الواضحة ومحددة والكاملة هي شروط أساسية لا غناء عنها في استجلاء أثر القوة الملزمة لمستندات قبل التعاقد، ووضعها في مكانها الصحيح على النحو الذي قصدته الإرادة أو الإيرادات المنظمة لها، وحتى يترتب الخطاب أثره لابد من توافر الأهلية لدى مصدر الخطاب.

اختلفت الأنظمة القانونية حول تحديد القيمة القانونية لخطابات النوايا، ذلك أن الخطاب يتوقف على طرق صياغته، لذلك يتعين أن تتضمن الرسالة تحديد واضحاً لا لبس فيه للموضوع المراد الاتفاق عليه، وتبعاً لصياغة الخطاب فقد يكون الخطاب تعهد أخلاقي لا يترتب القانون عليه أثراً، وذلك راجع لعدم وجود أي تعهد أصلاً أو لغموض أو عدم الدقة أو استخدام ألفاظ ليس لها مفهوم قانوني معين، وعليه سنتحدث في هذا الصدد عن شروط نفاذ الخطاب في مواجهة الأطراف المتفاوضة (أولاً)، كما سنبين موقف الأنظمة المقارنة من خطابات النوايا (ثانياً)، هذا وسنبين قواعد تفسير الخطاب في ظل غياب شروط الصياغة الواجبة (ثالثاً).

أولاً: شروط نفاذ خطاب النية في مواجهة الأطراف المتفاوضة

إن خطابات النية لا تترتب أثرها إلا إذا توافرت شروط تتعلق أساساً بصياغتها، ولا بد أيضاً من توافر الأهلية اللازمة التي بمقتضاها يكون الخطاب صحيحاً.

¹ _ احمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص 45.

01_ شروط صياغة خطابات النية

حتى يرتب خطاب النية أثره فلا بد أن تكون صياغته واضحة، كما يجب أن تكون الصياغة محددة، وفضلا عن ذلك يشترط أن تكون الصياغة كاملة.

أ_ أن تكون الصياغة الواضحة:

غالبية الفقه يرون لا بد أن تكون صياغة خطاب النية واضحة، بحيث أن ثبوت القوة الملزمة لخطاب النية أو نفيها يعتمد بالدرجة الأولى على وضوح المحرر، فالهدف من كتابة أي محرر هو توصيل الفكرة إلى الآخرين فإن صياغة الخطاب تهدف بصفة خاصة التعبير بوضوح عن الخطاب حول موضوعه وشروطه وبطريقة تنقل المعنى المراد كاملا على نحو لا تظهر معه الحاجة إلى البحث خارج هذا المستند أو الوثيقة عن الحلول للخلاف المحتمل بين تلك الأطراف الذي قد يثور، فيما لو أبرم العقد وبدأت خطوات تنفيذه¹.

كما يرى الفقه أنه لا بد من مراعاة تطبيق مبدئين هامين، وهما مبدأ سلطان الإرادة ومبدأ العقد شريعة المتعاقدين، فالأول مؤداه ارتباط طرفيه بما وقع الاتفاق عليه، ولا يمكن التكهن بأن يؤدي هذا المبدئ عملهما، فضلا عن قيامهما أصلا، بدون أن يتوفر للوسط الذي يراد إعمالهما وإنتاج آثارهما فيه، خاصة أن الوسط الذي تسمح به المستندات والوثائق المراد صياغتها هو وسط (مرحلة) ما قبل التعاقد².

تكون الصياغة القانونية لمستندات قبل التعاقد غير واضحة إذا استخدمت فيها عبارات غريبة أو كلمات مهجورة أو ألفاظ مستعارة من لغات أخرى غير لغة العقد الأصلي المراد إبرامه، فغموض المستند ما قبل التعاقد وعدم وضوحه يؤدي إلى تفسيرات متعددة، وما يثور من مصاعب جمة عند اللجوء إلى قواعد التفسير، لغموض الإرادة في مرحلة ما قبل التعاقد التي قد لا تجدي نفعاً فيها هذه القواعد للوقوف على مقصدها الحقيقي³.

¹ _ حسام الدين الاهواني، النظرية العامة للالتزامات، دار النهضة العربية للنشر والتوزيع، القاهرة، مصر، سنة 1995 ص173.

² _ احمد شرف الدين، أصول الصياغة القانونية للعقود، المرجع السابق، ص45.

³ _ عبد الفتاح مراد، شرح العقود التجارية والمدنية، منشورات الصريحة الثقافية، مصر، سنة 2005، ص33.

الباب الأول: الاتفاقات التمهيدية ذات الطبيعة شبه العقدية

وهذا ما أكدته بعض التشريعات المقارنة حيث جاء في القانون المدني الإنجليزي¹ الذي يحظر على المتعاقدين أو الموثقين القانونيين استخدام اللغة اللاتينية في الإجراءات القانونية عند التفاوض على العقود وإبرامها، إلا أنه تبين بعد فترة أنه لم يحقق الغرض منه، لذا صدر قانون آخر يسمح باستخدام الكلمات باللغة نفسها التي شاع استخدامها.

كما جاء في المادة الأولى (01) من القانون المدني الفرنسي² التي تلزم المتعاقدين لكتابة مستندات قبل التعاقد بما في ذلك الإعلانات باللغة الفرنسية وفي ضرورة وضوح الوثائق ما قبل التعاقدية في مجال التطبيق العملي (ساحة القضاء)، وفي هذا الصدد نشير أنه قضت محكمة النقض المصرية في قرار جاء في حيثياته "...ومن ذلك تبين بأن صيغة المستند التعاقدية الذي وقعه الطرفان (المدعي والمدعى) قبل إبرام العقد، كان من الغموض الذي شابه مما أدى إلى إسقاطه كدليل على الارتباط التعاقدية على نحو إلزامي"³.

ب_ أن تكون الصياغة المحددة:

يشترط في صياغة خطاب النية أن تكون محددة، أي أن تكون الصياغة معبرة عن المعنى الذي قصده مصدر الخطاب، فبعض الفقه يرون أنه يجب أن يكون القائم بالصياغة على دراية تامة بمعنى كل كلمة يستخدمها لتؤدي الغرض المطلوب بأعلى درجة من الدقة وذلك على نحو يظهر من خلاله القيمة الحقيقية التي أرادها أحد الأطراف أو جميعهم على ما تم تنظيمه بينهم في المرحلة السابقة على التعاقد⁴، وعليه لا بد من تحديد معاني الاتصالات والمشاورات المتبادلة

حيث استقر رأي غالبية الفقه في الصياغة المحددة على مدلولها كأن يقال "ما لم يرد نص على خلاف ذلك"، "مع عدم الإخلال بـ"، "مع مراعاة" "على سبيل المثال لا الحصر" فإذا ورود مثل هذه العبارات في متن المستند ما قبل التعاقدية لا يخل بشرط الصياغة

¹ _ القانون المدني الإنجليزي الصادر سنة 1730.

² _ القانون المدني الفرنسي الصادر في 31 ديسمبر 1975.

³ _ نقض مدني مصري في 15/12/1991 أحكام النقض، السنة 42، ص853؛ وقريب من ذلك. انظر: نقض مدني

مصري 9/5/1990، أحكام النقض السنة 41، العدد 2، ص105.

⁴ _ صالح بن عبد الله بن عطف، المرجع السابق، ص79.

الباب الأول: الاتفاقات التمهيدية ذات الطبيعة شبه العقدية

المحددة بل يجسده¹، حيث جاء في المادة 63 من القانون المدني النمساوي على أن "تحديد الأثر الملزم لخطاب النية "Intent" التعاقدية يستلزم النص على ذلك بأسلوب بارز ومحدد.

كما أصدر القضاء الفرنسي العديد من القرارات بمناسبة التأكيد على صياغة النية التعاقدية في رسائل النوايا بصورة محددة، لا لبس فيها كشرط جوهري لالتزامها قانوناً، ومن ذلك ما قضت به محكمة النقض الفرنسية في احد قراراتها، بأن اشتمال رسائل النوايا التي أرسلها المرسل إلى المرسل إليه على العناصر الجوهرية للعلاقة التعاقدية المراد إبرامها بينهما، إلا أنها قصرت في أساليب أو طرق صياغاتها القانونية عن المعنى الحقيقي على وجه يصعب القول معه بوجود النية القانونية التعاقدية من جانب مصدر رسائل النوايا التعاقدية، أو ردود المرسل إليه برسائل أخرى مقابلة لافتقارها في أساليب صياغاتها القانونية التي جيئت بها لصفة التحديد والتعيين، على وجه يمنع اللبس عنها ويجردها من عموميتها².

جـ. أن تكون الصياغة الكاملة:

تكون صياغة خطاب النية كاملة إذا كانت تعبر على إرادة الأطراف تعبيراً حقيقياً إلا أن الواقع نجد بعض الفقه يرون أن شرط الصياغة الكاملة لمستندات قبل التعاقد، ما هو إلا شرط نسبي يختلف مداه تبعاً للأشكال المتعددة التي يتم تنظيم هذه المستندات على مقتضاها، والتي عادة ما تفرضها المراحل المختلفة التي تتخللها مرحلة المفاوضات، بحيث تقوم الأطراف الساعية إلى التعاقد خلالها في تنظيم أوضاع مادية في حقبة ما قبل إبرام العقد النهائي، غير أن فريق آخر من الفقه يرون أن شرط الصياغة القانونية الكاملة لمستندات ووثائق ما قبل التعاقد، هو شرط أساسي لا غنى عنه في شتى فترات مرحلة ما قبل التعاقد، وأياً كانت الأشكال التي يتم تنظيم المستندات والوثائق ما قبل التعاقدية على مقتضاها.

إذ يجب وفقاً للرأي أعلاه أن تشتمل الصياغة القانونية على كافة العناصر الجوهرية للمستند ما قبل التعاقدية بحد ذاته، دون النظر إلى طبيعة هذه العناصر، وأثرها بالنسبة إلى

¹ _ احمد الزقرد، المرجع السابق، ص 198.

² _ المرجع نفسه، ص 221.

الباب الأول: الاتفاقات التمهيدية ذات الطبيعة شبه العقدية

العقد النهائي المنشود، حيث يبقى للمستند ما قبل التعاقد الكيان المستقل عند صدوره والقيمة التعاقدية التي يختلف مداها، وفقا لما تنتهي إليه الصياغة القانونية لعبارات وألفاظ مضمونها، وبخلاف ذلك أي صياغة بعض العناصر واقتطاع العناصر الأخرى من المستندات قبل التعاقدية، يثير مشاكل جمة من أهمها النزاعات القائمة حول القوة الملزمة لها¹، حيث نصت المادة 13 من القانون المدني الكندي التي جاء في مضمونها "يجب أن تتضمن الصياغات القانونية الرسمية وغير الرسمية للمستندات السابقة على توقيع العقد النهائي، على جميع العناصر كافة المميزة للارتباط الاتفاقي الملزم".

كما جاء في إحدى قرارات محكمة النقض الفرنسية على أن "...جميع البيانات الإلزامية الواردة في العقد النموذجي الملحق مع التحديد أن هذا العرض ينبغي أن يقوم في شكل واضح ومقروء وأن يكون مكتوبا بأحرف لا يقل ارتفاعها عن ارتفاع معين، وينص مستند مشروع العقد النموذجي في مستهله على أن الاعلانات الكاملة هدفها أن تشرح لكم ما يجب القيام به وكيف سيتم صرف التعويض"²، وعليه يتضح أن موقف محكمة النقض الفرنسية من اشتراط الصياغة القانونية الكاملة قد لفتت فيه نظر قضاة الموضوع إلى بيان العناصر الناقصة في الصياغة القانونية للوثيقة ما قبل التعاقدية، لاعتبار التعبير عن الإرادة ليس إيجابا بالبيع.

02_ أثر الأهلية على صحة خطاب النية:

بما أن خطاب النية هو مستند ينطوي على عمل إرادي إنفرادي أساسا وتبادلي ضمنيا فإنه بالضرورة يرتب أثرا معينا³، وطالما أن خطاب النية هو تصرف قانوني وليس مجرد عمل مادي فإنه لابد أن تتوافر في المفاوضات أهلية الأداء حتى يكون تصرفه صحيحا⁴ فالواقع أن الشخص عند دخوله المفاوضات فإن إرادته تتجه إلى إحداث أثر قانوني.

¹ _ أحمد الزقرد، المرجع السابق، ص 291.

² _ محمد عبد الظاهر حسين، المرجع السابق، ص 76.

³ _ أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص 11.

⁴ _ الأهلية الواجبة في مجال المفاوضات هي أهلية الأداء وليس أهلية الجوب، فالمقصود بأهلية الأداء هي صلاحية الشخص بإبرام التصرفات القانونية، إذ بمقتضى هذه الأهلية يكتسب المفاوضات حقوق وتحمل واجبات.

الباب الأول: الاتفاقات التمهيديّة ذات الطّبيعة شبه العقديّة

حيث تنطوي هذه الإرادة على نية الالتزام وهي الالتزام بالتفاوض بحسن نية وما يتفرع عنه من التزامات، ومن ثمّ وجب أن يكون هذا الشخص صالحاً للقيام بذلك، فإذا كان العقد سيقع باطلاً لإنعدام أهلية التفاوض أو قابلاً للإبطال لنقص أهليته فلا معنى للتفاوض¹. وعليه يكون التفاوض باطلاً إذا كان المفاوض عديم الأهلية أو ناقصها، وسواء هذا أو ذاك فإنه يجوز للمفاوض عديم الأهلية أو ناقصها أن ينسحب من المفاوضات دون أية مسؤولية²، فالأمر لا يقتصر على عديم الأهلية أو ناقصها فقط بل يمتد ليشمل حتى كامل الأهلية حيث يجوز لهذا الأخير أن ينسحب من المفاوضات إذا تبين له أن المتفاوض الآخر عديم الأهلية.

وفي هذا الصدد نشير أن الاتفاق على التفاوض يقع باطلاً إذا كان الشيء المتفاوض عليه خارجاً عن دائرة التعامل بطبيعته أو بحكم القانون أو إذا كان سببه مخالفاً للنظام العام والآداب العام، ولما كان الأمر يتعلق بالمفاوضات فإن مختلف المستندات والوثائق المتبادلة بين الأطراف المتفاوضة والتي منها خطابات النية، فإن الإشكال يثور في مسألة تنازع القوانين حول القيمة القانونية لتلك المستندات³.

وبالتالي إذا عرض نزاع على القاضي بخصوص تنفيذ خطاب النية وكان النزاع ذو طابع دولي لاسيما فيما يتعلق بالتجارة الدولية، فإنه يتعين على القاضي أن يبحث عن حل بخصوص هذا النزاع المتعلق بخطاب النية في قواعد الإسناد والتي بمقتضاها يتم تحديد القانون الواجب التطبيق⁴، فقد تثير خطابات النوايا المقترنة بمفاوضات عقود التجارة الدولية إشكالات، ذلك أنه بمقتضى هذه الخطابات يتم إفراغ عملية معينة في قالب تعاقدية أو غير تعاقدية بحسب رغبة الأطراف، ثم تطرح مسألة تعيين القضاء المختص، وذلك في ما إذا كانت خطابات النوايا خاضعة للقانون الداخلي أو للقانون الأجنبي حسب ما يطلق عليه بتنازع القوانين.

¹ _ رجب كريم عبد اللاه، المرجع السابق، ص 410.

² _ المرجع نفسه، ص 411.

³ _ أحمد عبد الكريم سلامة، النظام القانوني للمفاوضات الدولية، مجلة الأمن والقانون، أكاديمية شرطة دبي، المجلد 11، العدد 01، الإمارات، سنة 2003، ص 11.

⁴ _ رجب كريم عبد اللاه، المرجع نفسه، ص 663.

الباب الأول: الاتفاقات التمهيديّة ذات الطّبيعة شبه العقديّة

ولأنّ خطاب النية هو تصرف قانوني ينبغي أن يرتب أثرا معينا مهما كانت قوته الإلزامية ، فإنّه يجب أن تتوافر في المتفاوض أهلية الأداء حتى يكون تصرفه صحيحا، ففي الواقع أن الشخص عندما يريد الدخول في التفاوض فإن إرادته تتجه إلى إحداث أثر قانوني معين حيث تنطوي هذه الإرادة على نية الإلتزام وهي الإلتزام بالتفاوض بحسن نية وما يتفرع عنه من التزمات، ومن ثمّ يجب أن يكون هذا الشخص صالحا للقيام بذلك، وطالما التفاوض يهدف إلى إبرام عقد معين، فإنّه لا جدوى من عقد قد يقع باطلا أو قابلا للإبطال بسبب انعدام الأهلية أو نقصها².

ويتضح أنه إذا كان المتفاوض عديم الأهلية فإن هذا التفاوض يقع باطلان ذلك أن التفاوض بوجه عام يعد من التصرفات الدائرة بين النفع والضرر³، ومنه فإذا كان مصدر الخطاب أو مستلمه عديم الأهلية فإن هذا الخطاب يقع باطلا، كما يتبين أنه يجوز للمتفاوض عديم الأهلية أن ينسحب من المفاوضات دون ترتيب أية مسؤولية، وذلك لبطلان اتفائه على التفاوض⁴، وكما يجوز ذلك للمتفاوض في عقد التفاوض كذلك يجوز ذلك لمصدر خطاب النوايا إذا كان عديما للأهلية.

ثانيا: موقف بعض التشريعات المقارنة من خطابات النية

قد تعتبر خطابات النوايا عقدا، وذلك إذا تبين أن صياغة الخطاب الهدف منها إبرام العقد النهائي أو الإعلان عن الإلتزام الفعلي بما تم التفاوض عليه، ففي هذه الحالة يعتبر الخطاب عقدا ابتدائيا أو تمهيدا له قيمة قانونية، حيث اختلفت الأنظمة القانونية بشأن القيمة القانونية لخطابات النوايا، وعليه سنبين من خلال هذه الجزئية موقف القانون الإنجليزي من خطابات النية، كما سنبين موقف القانون الأمريكي، فضلا عن ذلك سنبين موقف القانون الفرنسي هذا وسنبين بالضرورة موقف المشرع الجزائري من هذه الخطابات.

¹ _ احمد عبد الكريم سلامة، النظام القانوني للمفاوضات العقود الدولية، المرجع السابق، ص 11.

² _ رجب كريم عبد اللاه، المرجع نفسه ، ص 410.

³ _ مجاجي سعاد، المرجع السابق ، ص 123.

⁴ _ رجب كريم عبد اللاه، المرجع نفسه، ص 411.

01_ موقف القانون الإنجليزي

من خلال إستقراء نصوص القانون الإنجليزي يتبين أن خطاب النية لا يعد عقداً، ذلك أنه لا يزال في مرحلة المساومة ومن ثم فليس له قوة ملزمة إلا إذا كانت الإرادة صريحة لمصدره¹، ومنه فالخطابات النوايا لها تأثير كبير في الاعتداء بها تعبيراً عن إرادة مصدره² فالقانون الإنجليزي لا يعرف فكرة عقد التفاوض الذي يلزم أطرافه، وفي حالة عدم تضمن صياغة الخطاب ما يدل على إتجاه إرادة طرفيه في شأن قوته الملزمة، فإن محاكم القانون العام في إنجلترا تميل إلى عدم إعتباره قابلاً للتنفيذ، فقد إستقر القضاء الإنجليزي على عدم الاعتراف بالمسؤولية قبل التعاقدية وكل ما يدور أثناء المفاوضات وقبل التوصل إلى إتفاق حقيقي وكل الوثائق لاسيما فيما يتعلق بخطابات النوايا³.

ففي إحدى القضايا التي تخلص وقائعها في أن إحدى الشركات الهندسية في إنجلترا قد أرسلت خطاباً إلى شركة أخرى تخبرها في رغبتها في التعاقد معها وأخطرتها بالبدء في الأعمال دون إنتظار، وعلى إثر خلاف بين الطرفين رفع الأمر إلى القضاء، حيث قررت المحكمة المختصة أن الخطاب لم ينشأ أي التزام تعاقدي رغم تنفيذ الأعمال من قبل الطرف الآخر⁴.

02_ موقف القانون الأميركي:

يفرق القانون الأميركي بين كل حالة على حدة، بحيث أنه يعتد بنية الأطراف في عقود التجارة الدولية لاسيما إذا ثبت أنهم قصدوا من تحرير الخطاب إثبات ما تم التوصل إليه من اتفاقات، بحيث يشكل هذا عقداً دون الحاجة إلى توقيع العقد النهائي شريطة أن يعتد بالخطاب كوثيقة ملزمة قابلة للتنفيذ حتى ولو علق مضمون هذا الخطاب على شرط معين⁵ ذلك أن الأطراف توصلوا إلى إتفاق بخصوص بعض العناصر الجوهرية للعقد المراد إبرامه

¹ _ أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، المرجع السابق، ص 50.

² _ سمير عبد السميع الأودن، المرجع السابق، ص 28.

³ _ احمد عبد الكريم سلامة، المرجع نفسه، ص 51.

⁴ _ لقد تم الإشارة إلى هذا الحكم من قبل احمد عبد الكريم سلامة، المرجع نفسه، ص 51.

⁵ _ سمير عبد السميع الأودن، المرجع نفسه، ص 28.

الباب الأول: الاتفاقات التمهيدية ذات الطبيعة شبه العقدية

وأن التوقيع على هذا الأخير ليس سوى تأكيداً لذلك الاتفاق، ومن ثم يكون مصدر الخطاب أو محرره ملزماً بما تم الإتفاق عليه تحت طائلة المسؤولية العقدية¹.

هذا ويوجد حالة أخرى يعتد بها في الخطاب على أنه عقداً، وهي أن يترك الأمر للقاضي ليقرر وفقاً لقاعدة التي تقضي بأنه " لا يقبل من أحد قولاً يتنافى مع سلوكه السابق" فهذه القاعدة تتفق مع قول الشرعيين " فمن سعى في نقض ما تم على يديه فسعيه مردود عليه "، وعلى هذا الأساس قامت مسؤولية التفاوض بحسن نية².

وعليه يتضح أن الأصل في القانون الأمريكي أن رسائل النية ليس لها أية قوة قانونية ملزمة غير أنه إذا ثبت للقاضي بأن إرادة الأطراف المتفاوضة إتجهت إلى نية الدخول في علاقة تعاقدية بمقتضى هذه الخطابات، فإن هذه الأخيرة تكون لها قوة عقدية ملزمة من مصدرها ومن ثم ترتب المسؤولية العقدية في حالة الإخلال بها³، وعموماً فالقيمة القانونية لخطابات النوايا تتوقف على طريقة صياغتها والمعلومات والبيانات التي تشتملها، إذ يجب أن تتضمن ألفاظاً صريحة سواء كانت ذات طابع ملزم أو غير ملزم، وذلك حتى تكون سنداً قانونياً لمقتضياتهم بعد ذلك⁴.

03_ موقف القانون الفرنسي

من خلال استقراء نصوص القانون الفرنسي نجد أن خطابات النوايا ليست لها القوة الملزمة أو طابع تعاقدية يمكن أن يترتب المسؤولية العقدية بالنسبة لمصدره أو الطرف الذي وجه إليه، وذلك انطلاقاً من مبدأ عام هو حرية المفاوضات، ولكن مع ذلك فإن المسؤولية تتحقق عن الضرر الناتج عن كل تصرف قبل تعاقدية في حالة عدم إتمامه.

¹ _ احمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، المرجع السابق، ص 52.

² _ صالح بن عبد الله بن عطف العوفي، المرجع السابق، ص 73

³ _ علي أحمد صالح، المفاوضات في العقود التجارية الدولية، دار هومة للنشر و لتوزيع، الجزائر، سنة 2012، ص 346.

⁴ _ سلامة أحمد، النظام القانوني لمفاوضات العقود الدولية، مجلة الحقوق، جامعة البحرين، العدد الثاني، سنة 2004 ص 357.

الباب الأول: الاتفاقات التمهيديّة ذات الطّبيعة شبه العقديّة

غير أن السائد في القانون الفرنسي هو أن أي مستند يعتبر عقدا فيما تم التعبير عنه وهذا ما يحدث عندما يحرصا طرفي التعاقد على إثباته في محرر وتوقيعه ثم يرسل إلى الطرف الآخر ليضع هو الآخر توقيعه بالموافقة، ومن ثم فليس هناك ما يمنع الاتفاق على بعض المواضيع الخاصة بالعقد النهائي، فإذا حصل ذلك فإن الخطاب يعد عقدا يترتب عليه المسؤولية المدنية طالما كان الخطاب موقعا، وفي جميع الأحوال فإنه يتعين الفحص الموضوعي لمضمون خطاب النوايا، وكذا البحث عن الإرادة الحقيقية لمصدر الخطاب وفقا لقواعد العامة.

وعليه فالأصل في القانون الفرنسي أن خطاب النوايا لا يترتب عليه أية مسؤولية بالنسبة لمصدره أو الطرف الآخر الذي وجه إليه الخطاب، غير أنه لا يوجد ما يمنع الأطراف المتفاوضة من الاتفاق على بعض العناصر الخاصة بالعقد النهائي، فإذا وقع هذا النوع من الاتفاق كنا بصدد المسؤولية العقدية عند الإخلال بما تم الاتفاق عليه¹، وفي هذا الصدد نشير أن القضاء الفرنسي لم يتردد في ترتيب المسؤولية العقدية كلما ثبت وجود نية لدى الأطراف المتفاوضة في وجود عقد مستقبلي أثناء الفترة السابقة عن التعاقد على العقد النهائي.

حيث قررت محكمة النقض الفرنسية إسباغ القوة الملزمة على محضر اجتماع تم الاتفاق عليه بين الأطراف المتفاوضة، بحيث تم تعيين المسير والحصص، فقررت بأن هذا المحضر يدل على أن نية الأطراف المتفاوضة قد إتجهت إلى تكوين وعد بإنشاء شركة وإعتبرت بأن رفض إتمام الإجراءات يعتبر إخلال بالالتزام تعاقدية رغم أن الوثيقة أي محضر الاجتماع لا يعتبر عقدا، هذا وقد أثار القضاء الفرنسي أنه يجوز مسألة مراسل تلك الخطابات تقصيريا وإلزامه بالتعويض عن الأضرار التي سببها على أساس إدلائه ببيانات غير صحيحة التي أوردها في خطابه والتي تولدت عنها ثقة مشروعة لدى المرسل إليه².

¹ _ علي أحمد صالح، المرجع السابق، ص 343.

² _ بلحاج العربي، الإطار القانوني لمرحلة السابقة على إبرام العقد في ضوء القانون المدني الجزائري، المرجع السابق ص 99.

04_ موقف القانون الجزائري:

المشروع الجزائري لم ينظم خطابات النوايا بموجب نصوص قانونية في القانون المدني¹ غير أن الفقه الجزائري إعتبر خطاب النوايا الموقع من طرفيه المثبت للاتفاقات بينهما يعد عقدا يخضع للقواعد العامة المقررة للعقود لاسيما فيما يتعلق بالمسؤولية في حالة الإخلال بالالتزامات.

هذا وقد استقر اجتهاد المحكمة العليا في الجزائري على أن للقاضي سلطة مطلقة في تفسير العقود وسائر المحررات مستهديا بوقائع الدعوى وظروفها، شريطة ألا يخرج في تفسيره للعبارات التي تضمنتها هذه المحررات، فإذا أخذ بمعنى غير المعنى الذي تحمله تلك العبارات فعليه بيان مبررات إعراضه عن المعاني الأخرى وكيفية استخلاصها، إذ القاضي في هذه الحالة يخضع قضاؤه لرقابة المحكمة العليا²، وعموما فالقيمة القانونية لخطابات النوايا تتوقف على طريقة صياغتها والمعلومات والبيانات التي تشتملها، فصياغة خطاب النية له أثره في ترتيب المسؤولية عند الإخلال من عدمه، إذ يجب أن تتضمن ألفاظ صريحة سواء كانت ذات طابع ملزم أو غير ملزم، وذلك حتى لا تكون سندا قانونيا لمقتضياتهم بعد ذلك³.

ثالثا: قواعد تفسير خطابات النوايا

طالما أن خطابات النوايا قد تكون لها قوة ملزمة في نظر بعض التشريعات المقارنة فإنه يصح أن تخضع هذه الخطابات في تفسيرها إلى القواعد القانونية التي نصت عليها

¹ الأمر 58_75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم، الجريدة الرسمية العدد 44 الصادرة بتاريخ 26_06_2005.

² بلحاج العربي، الإطار القانوني لمرحلة السابقة على إبرام العقد في ضوء القانون المدني الجزائري، المرجع السابق ص 100.

³ سلامة أحمد، المرجع السابق، ص 357

الباب الأول: الاتفاقات التمهيدية ذات الطبيعة شبه العقدية

اتفاقية فينا لاسيما إذا كان الخطاب يرمي إلى بيع البضائع¹، وعلى العموم سنبحث في مسائل أربع هي على النحو الآتي:

01_ ضرورة تفادي الرجوع إلى القوانين الوطنية لتفسير خطابات النوايا:

تنص المادة 7 من اتفاقية فيينا في فقرتها الأولى على أنه " في تفسير هذه الاتفاقية يؤخذ في الاعتبار طبيعتها الدولية والحاجة إلى تحقيق التوحيد عند تطبيقها، ومراعاة حسن النية في التجارة الدولية"، ويقصد بهذا النص تفادي الرجوع إلى القوانين الوطنية لتفسير أحكام اتفاقية فيينا ولتحقيق الهدف منها من بلوغ التوحيد، لأن الرجوع إلى القوانين الوطنية عند عرض النزاع على المحاكم للدول المختلفة من شأنه أن يعطى تفسيراً مختلفاً لأحكام الاتفاقية، وبالتالي إختلاف أسلوب تطبيقها من دولة إلى دولة، إذ أن هذا الأمر يخرج الاتفاقية عن أهدافها وهي التوحيد الدولي المنشود لأحكام عقد بيع البضائع، لذلك حرص نص المادة 1/7 من الاتفاقية على ضرورة مراعاة أسس ثلاثة عند تفسير أحكامها :

أ_ الطبيعة الدولية للاتفاقية، وذلك حتى لا تتوسع المحاكم في الرجوع إلى قوانينها الوطنية عند التفسير

ب_ الحاجة إلى تحقيق التوحيد وهذا الأساس الذي ورد في المادة 1/7 يحث بوضوح على التحرز عند تفسير الاتفاقية من الرجوع إلى أحكام القوانين الوطنية لأن من شأن هذا الرجوع ألا يتحقق توحيد قانون التجارة الدولية بشأن البيع الدولي للبضائع، أما التمسك بهدف التوحيد فإن من شأنه أن يحصر المفسر لأحكام الاتفاقية في نطاق نصوصها والأسس التي تقوم عليها .

ج_ مراعاة حسن النية في التجارة الدولية، ويقضى هذا المبدأ بأن يراعى عند تفسير الاتفاقية الأخذ بما يحقق مصلحة التجارة الدولية وما تتطلبه من أن يسود بين أطراف العلاقة

¹ _ قد تعرضت اتفاقية فيينا سنة 1980 عقد البيع الدولي للبضائع ، لتفسير إرادة المتعاقدين ثم لتفسير العقد الذي تحكمه الاتفاقية وطريقة إثباته ، وقد وردت هذه النصوص في الفصل الثاني من القسم الأول تحت عنوان " أحكام عامة " .

الباب الأول: الاتفاقات التمهيدية ذات الطبيعة شبه العقدية

التجارية الدولية مبدأ حسن النية، وتهدف الاتفاقية أيضا بإيراد هذا الأساس إلى تقادى لجوء المحاكم إلى الرجوع إلى قوانينها الوطنية عند تفسير أحكام الاتفاقية¹.

02_ القاعدة الواجبة التطبيق على المسائل التي أغفلت اتفاقية فينا تنظيمها :

تضمنت المادة 2/7 نصا يقضى بتحديد القاعدة التي تطبق على المسائل التي نظمتها الاتفاقية بالنص على أن "المسائل المتعلقة بالموضوعات التي تحكمها هذه الاتفاقية ولا يوجد بشأنها نص صريح، يقضى فيها وفقا للمبادئ العامة التي تقوم عليها، وعند عدم وجود هذه المبادئ، يقضى فيها وفقا للقانون الواجب التطبيق حسبما تشير قواعد القانون الدولي الخاص".

ويعرض هذا النص للحالة التي يعرض فيها أمام المحاكم الوطنية نزاع يثير تطبيق الاتفاقية كاللزام البائع بتسليم بضاعة من النوع المتفق عليه بين طرفي عقد البيع، فهذا الالتزام يدخل ضمن نطاق الاتفاقية، فإذا طلب المشتري إبطال العقد على أساس الغلط في صفة جوهرية للبضاعة محل البيع، فإن هذه المسألة لم تنظمها اتفاقية فيينا، ففي هذه الحالة يقضى فيها وفقا للمبادئ العامة التي تقوم عليها هذه الاتفاقية .

وهذه المبادئ وان لم ينص عليها صراحة فيها، فمن اليسير أن نستخلصها من مجموع نصوص الاتفاقية ومن الأعمال التحضيرية لها والمناقشات التي دارت في المؤتمرات الدولية التي تولت إعدادها، ومنها الأخذ بمبدأ سلطان الإرادة، ومراعاة التوازن بين التزامات طرفي البيع، والنظر إلى صالح التجارة الدولية والتضييق من إجازة فسخ العقد عند الإخلال بأحد التزاماته².

¹ _ محمود سمير الشرقاوي، العقود التجارية الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، سنة 1992، ص 114، دراسة منشورة على الموقع الأتي: <https://www.mohamah.net/law>.

<https://www.mohamah.net/law/%D8%AF%D8%B1%D8%A7%D8%B3%D8%A9-%D9%88%D8%A8%D8%AD%D8%AB-%D9%82%D8%A7%D9%86%D9%88%D9%86%D9%8A-%D9%85%D9%88%D8%B3%D8%B9-%D8%AD%D9%88%D9%84-%D8%A7%D9%84%D8%B9%D9%82%D9%88%D8%AF-%D8%A7%D9%84%D8%AA%D8%AC/>

² _ المرجع نفسه، ص 115.

الباب الأول: الاتفاقات التمهيدية ذات الطبيعة شبه العقدية

ويطابق نص المادة 2/7 من اتفاقية فيينا نص المادة 17 من القانون الموحد لاتفاقية لاهاي سنة 1964، إلا أن نص اتفاقية فيينا أضاف ما لم يتضمنه القانون الموحد وهو النص على تطبيق القانون الواجب التطبيق وفقاً لقواعد الإسناد التي يحيل إليها القانون الدولي الخاص لذلك فإن اتفاقية فيينا تترك مجالاً في هذه الحالة لتطبيق الحلول الواردة في القوانين الوطنية عند عدم استخلاص المبادئ العامة التي تقوم عليها اتفاقية فيينا، إذ تجدر الإشارة على أن المبادئ العامة التي تقوم عليها اتفاقية فيينا يمكن البحث عنها في النظم القانونية للدول المتعاقدة، بحيث نستخلص المبادئ المشتركة لهذه النظم وتعتبر بمثابة قواعد عامة للاتفاقية¹.

03_ نية المتعاقد كأساس للتفسير:

الأصل أنه لا محل للبحث عن نية الأطراف إذا كانت عبارات الخطاب واضحة وكاملة ومحددة، إلا أن اتفاقية فيينا قد أشارت في مادتها 08 إلى قاعدة تتعلق بتفسير التعبير عن إرادة أحد المتعاقدين سواء أكان هذا التعبير صريحاً أم ضمناً يستخلص من سلوك أحد الطرفين المتعاقدين، لذلك فإن هذه المادة لا تتصل مباشرة بتفسير العقد مثل المادة 9 من الاتفاقية، وإنما بتفسير التعبير عن إرادة المتعاقد، فتفسير إرادة المتعاقد قبل التعاقد له أهمية بالغة عند تفسير عقد البيع الدولي للبضائع، وتجدر الإشارة إلى أنه لا محل لتفسير هذه الإرادة، كما أنه لا محل لتفسير العقد إلا عند غموض التعبير أو نصوص العقد.

وتنص الفقرة الأولى من المادة 8 من اتفاقية فيينا على أن "يكون تفسير التعبير الصادر عن أحد الطرفين أو أي سلوك آخر له، في حدود أغراض هذه الاتفاقية، وفقاً لنيته التي يعلمها الطرف الآخر أو التي لا يمكنه أن يجهلها"، إذ يهدف هذا النص إلى تفسير التعبير الصريح عن إرادة المتعاقدين أو أي سلوك آخر يستخلص منه قانوناً هذا التعبير بطريقة ضمنية، فيتم التفسير طبقاً لنية الطرف الصادر عنه التعبير متى كان الطرف الموجه إليه التعبير يعلم هذه النية أو يفترض فيه أنه يعلمها.

¹ _ محمود سمير الشرقاوي، المرجع السابق، ص 116.

الباب الأول: الاتفاقات التمهيدية ذات الطبيعة شبه العقدية

وقد تعرضت الفقرة الثانية من المادة 8 من الاتفاقية للمعيار الذي يجب إتباعه عندما لا يثبت علم الطرف الموجه إليه التعبير بنية الصادر عنه التعبير، أو أن الأول لا يمكن أن يفترض فيه هذا العلم، وذلك بالنص على أن "إذا لم يمكن تطبيق الفقرة السابقة، فإن التعبير أو السلوك الذي يصدر عن أحد الطرفين يمكن تفسيره وفقاً لما يفهمه شخص عاقل من نفس مستوى الطرف الآخر وفي نفس ظروفه"¹.

والجدير بالملاحظة أن المعيار الذي أخذت به اتفاقية فيينا في التعرف على نية المتعاقدين معيار موضوعي وليس معياراً شخصياً، كما أن نص المادة 8 من الاتفاقية يعبر بوضوح عن ميل الاتفاقية إلى الأخذ بالإرادة الظاهرة أكثر من اتجاهها إلى الإرادة الباطنة إذ تعول على النية التي يعلمها الطرف الآخر أو ينبغي أن يعلمها، فإذا لم يمكن الوصول إلى هذه النية وفقاً لهذا المبدأ، فإننا نلجأ إلى المعيار الموضوعي الذي عرضت له الفقرة الثانية من المادة 08 وهو معيار الشخص العاقل من نفس مستوى الشخص الموجه إليه التعبير وفي نفس ظروفه².

ثم تعرضت الفقرة الثالثة من المادة 08 للعناصر التي يمكن الاستهداء بها للتعرف على فهم الشخص العاقل، وذلك بقولها "لتحديد نية أحد الطرفين أو ما يفهمه شخص عاقل يجب أن يؤخذ في الاعتبار ظروف الحال وخاصة المفاوضات التي تمت بين الطرفين، وأية معاملات سابقة بين الطرفين أنفسهم، وما جرى عليه العرف، وأي سلوك لاحق للطرفين" كذلك يمكن الاستهداء، للتعرف على نية المتعاقدين بالمعاملات السابقة بينهما، وبالعرف الجاري في المعاملات، وبسلوك المتعاقدين بعد صدور التعبير عن إرادتهما، وبناء على ذلك فإن السكوت يمكن أن يعتبر قبولاً، إذا كانت المعاملات السابقة بين الطرفين أو العرف الجاري في المعاملات يستدل منه على ذلك، وهو ما يسمى بالسكوت الملايس³.

04_ دور العادات التجارية والتعامل السابق في تفسير إرادة الطرفين :

تجعل اتفاقية فيينا للعادات التجارية أهمية كبرى في تكوين عقد البيع، فتنص المادة 1/9 من الاتفاقية على أن "يلتزم الطرفان بالعادات التجارية المتفق عليها بينهما وما يجرى

¹ _ محمود سمير الشرقاوي، المرجع السابق ص 117.

² _ المرجع نفسه، ص 118.

³ _ المرجع نفسه، ص 119.

الباب الأول: الاتفاقات التمهيدية ذات الطبيعة شبه العقدية

عليه التعامل السابق بين الطرفين"، بحيث يتبين من هذا النص أن للعادة التجارية والتعامل السابق أهمية كبرى في تفسير إرادة طرفي العقد، من ذلك مثلاً فإنه يمكن اعتبار السكوت قبولاً في بعض الحالات، وهو ما يسمى بالسكوت الملايس، ورغم عدم النص صراحة على ذلك في الاتفاقية، وذلك وفقاً لنص المادة 1/9 متى جرت العادة التجارية في بعض الظروف أو جرى التعامل السابق بين الطرفين على اعتباره كذلك، ويظهر هنا دور العادة التجارية أو التعامل السابق في تفسير إرادة الموجه إليه للإيجاب¹.

أما الفقرة الثانية من المادة 9 من اتفاقية فيينا فإنها تشير صراحة إلى أهمية العادات التجارية في تفسير إرادة الطرفين سواء بالنسبة لتكوين العقد أو بالنسبة لتفسير أحكام العقد ذاته فتقرر " ما لم يتفق بين الطرفين على العكس، يعتبر أنهما قد اتفقا ضمناً على أن يسرى على العقد بينهما أو على تكوينه، العادة التجارية التي يعلمان بها أو يجب أن يعلما بها والتي تكون معروفة للكافة في مجال التجارة الدولية ويراعونها المتعاقدون عادة في العقود الدولية في نفس نوع التجارة محل التعاقد".

ويعنى هذا النص أن العادة التجارية تعتبر ملزمة طبقاً لاتفاق ضمني غير ظاهر بين المتعاقدين، متى كان طرفا العقد يعلمان أو يجب أن يعلما بهذه العادة، ولكن تحدد الفقرة الثانية من المادة 9 بعض المتطلبات القانونية لكي تعتبر مثل هذه العادة ملزمة للمتعاقدين وذلك باشتراط أن تكون معلومة للكافة في مجال التجارة الدولية في نفس نوع التجارة محل التعاقد، ويراعونها المتعاقدون عادة في هذا المجال.

ويهدف هذا النص إلى منح قيمة قانونية كبيرة للعادات التجارية السائدة في مجال التجارة الدولية في نوع معين من أنواع النشاط، على سبيل المثال، في التجارة الدولية للحبوب فإن العادات التجارية التي يتبعها المتعاقدون في بيع وشراء الحبوب في السوق الدولي يجب احترامها قانوناً عند تفسير عقد بيع يكون محله هذا النوع من التجارة، ويقلل هذا النص من أهمية العادات التجارية المحلية التي تعرفها البيوع الوطنية، ولا يتبعها المتعاقدون عادة في المعاملات الدولية، فهي عادات لا يمكن أن يعترف بدوليتها لأن الطرف المتعاقد الأجنبي لا يعلمها ولا يفترض فيه أن يعلمها، وترجع أهمية العادات التجارية في مجال عقد

¹ _ محمود سمير الشرقاوي، المرجع السابق، ص 120.

البيع الدولي إلى أنها تستمد إلزامها من الاتفاق الضمني بين المتعاقدين على الأخذ بها، وفي هذا تغلب اتفاقية فيينا إرادة الطرفين على أحكامها¹.

المطلب الثاني

الآثار القانونية المترتبة على خطابات النوايا

بالرغم من تعدد صور خطابات النوايا من حيث الشكل والمضمون، فأحياناً يقتصر الخطاب على إعلان مبدئي من الأطراف عن الرغبة في الدخول إلى محادثات ومناقشات حول العملية التعاقدية، وأحياناً أخرى نجد الخطاب يتضمن وضع الإطار التفصيلي المتعلق بتنظيم المفاوضات في حد ذاتها كتحديد وقت ومكان ومضمون المفاوضات، هذا وقد يتضمن الخطاب الاتفاق الكامل بين الأطراف بشأن العقد محل المفاوضات وكافة عناصره الأساسية والجوهرية حينئذ نكون أمام عقد نهائي متكامل رغبة تسميته بخطاب النية.

إلا أنه قد يثور الخلاف حول الطبيعة القانونية لخطابات النوايا ومن ثم الخلاف حول المسؤولية المترتبة على الإخلال بالتزامات هذه الخطابات، هذا ويرى الباحث أن بعض أحكام خطابات النوايا يتعين إعادة النظر فيها أو على الأقل تفادي الخلط الذي قد يقع فيه الباحثين عند دراساتهم لاتفاقات التمهيدية المقترنة بالتجارة الدولية، ووفقاً لما تقدم نقسم هذا المطلب إلى فرعين، نبحث في الفرع الأول خطابات النوايا بين الطبيعة القانونية والمسؤولية المترتبة، ونبحث في الفرع الثاني تنفيذ بعض أحكام وقواعد خطابات النوايا مع وضع الحلول المناسبة.

الفرع الأول

خطابات النوايا بين الطبيعة القانونية والمسؤولية المترتبة

فريق من الفقه يرون أن خطاب النية هو عبارة عن وقائع مادية لا يترتب عليها التزامات ومن ثم يجوز لأي طرف قطع المفاوضات متى شاء دون ترتيب أية مسؤولية ماعدا القطع المقترن بخطأ كأن يكون العدول دون سابق إنذار بحيث يجوز هنا ترتيب المسؤولية التقصيرية، وفريق آخر من الفقه يرون أن خطابات النوايا ذات طبيعة عقدية لأنها تصرفاً

¹ _ محمود سمير الشرقاوي، المرجع السابق، ص 121.

الباب الأول: الاتفاقات التمهيدية ذات الطبيعة شبه العقدية

قانونيا ينشأ بين الأطراف والذي يعد مصدر الالتزام الناشئ في مرحلة التفاوض وعند الإخلال تتحقق المسؤولية العقدية¹، وتبعاً لذلك سنتحدث عن الأساس القانوني لخطابات النوايا (أولاً)، كما سنتحدث عن المسؤولية المترتبة على خطابات النوايا حالة الإخلال (ثانياً).

أولاً: الأساس القانوني لخطابات النوايا

الوقوف على تحديد الطبيعة القانونية لخطاب النية ومدى إلزاميته يعد أمراً في غاية الأهمية ليس فقط لطبيعة المسؤولية المترتبة حالة الإخلال بما ورد في الخطاب من أحكام وشروط وإنما أيضاً لتحديد نطاق ودائرة المفاوضات في حد ذاتها.

ففي حالة التسليم بأن خطاب النية له قوة ملزمة، فإن كل ما يرد في الخطاب من شروط وأحكام يعد متفقاً عليه نهائياً، وبالتالي يخرج من نطاق المفاوضات ولن يكون محلاً لإعادة التفاوض أو الإنكار من جانب أي طرف، أما لو سلمنا بأن الخطاب ليس له قوة ملزمة، فالأمر ينعكس حينئذ يكون كل ما ورد في الخطاب من أحكام وشروط قابلاً لإعادة النظر فيه، وتبعاً لذلك سنتحدث عن الخطابات النوايا كواقعة مادية، وسنتحدث أيضاً عن خطابات النوايا على أساس أنها ذات طبيعة عقدية.

01_ خطابات النوايا وقائع مادية:

يرى الفقه التقليدي أن المفاوضات لا تعدو إلا أن تكون عملاً مادياً، فالأصل هو عدم جواز ترتيب أية مسؤولية على طرفي التفاوض قبل إبرام العقد محل التفاوض²، وهذا العمل المادي الذي لا يرقى إلى التصرف القانوني لا يترتب عليه أي أثر قانوني، فهو غير ملزم لأي من أطرافه بضرورة التوصل إلى اتفاق، فالخطاب باعتباره وقائع مادية فإنه يستند إلى حرية التعاقد، إذ هذه الحرية تقتضي عدم إجبار المتفاوض على إبرام العقد، وبالتالي يجوز لأي

¹ _ أشواق عبد الرسول عبد الأمير، الإطار القانوني لخطابات النوايا في القانون المدني العراقي، دراسة مقارنة، مجلة كلية الشيخ الطوسي الجامعة، العدد 14، العراق، سنة 2018، ص 497.

² _ مصطفى خيضر نشمي، النظام القانوني للمفاوضات التمهيدية للتعاقد، رسالة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، السنة الجامعية 2013_2014، ص 25.

الباب الأول: الاتفاقات التمهيديّة ذات الطّبيعة شبه العقديّة

طرف العدول مع عدم تحقق أية مسؤوليّة، لأن العدول لا يصح أن يكون سببا لترتيب المسؤوليّة المدنيّة¹.

فحرية التعاقد تعد أساسا، والمسؤوليّة هي الاستثناء وهذا الأخير لا يجوز التوسع فيه لأن المفاوضات وإن كانت تقتضي استنادا إلى مبدأ حسن النية الذي يقتضي بدوره أن يتم التفاوض بالأمانة والاستقامة، فإن هدف المفاوضات هو السماح للمتفاوض بأن يقدر في ضوء احتمالات الربح والخسارة وهو بذلك يكون لديه عذر مشروع لقطع المفاوضات، أما إذا تم قطع المفاوضات دون مبرر مشروع فإنه يكون قد أخل بواجب حسن النية، وبالتالي يكون مسؤولا عن تعويض الضرر الذي يلحق بالطرف الآخر².

حيث يتبين أن الالتزام الناشئ عن خطاب النية باعتباره واقعة مادية هو التزام بالتفاوض بحسن النية، وهذا الأخير هو التزام بتوجيه الإرادة إلى تحقيق الغرض المباشر من إبرام العقد، بحيث ينسجم مع المصالح المبررة المشروعة للطرف المقابل ومصدره القانون ويتفرع على هذا الالتزام التزامات ثانوية تتمثل في الإخلاص التعاقدية أي الالتزام بالنزاهة والإعلام أثناء التفاوض³.

02_ الطّبيعة العقديّة لخطابات النوايا

يرى بعض الفقهاء⁴ أن خطاب النية له طّبيعة عقديّة لأنه تصرفا قانونيا ينشأ بين المتفاوضين وهذا التصرف يعد هو مصدر الالتزام الناشئ في مرحلة التفاوض كالتزام الطرفين بالإدلاء بالمعلومات والبيانات والالتزام بالسرية والالتزام بمبدأ حسن النية، إذ الإخلال بهذه الالتزامات يترتب عليه المسؤوليّة العقديّة⁵، فهناك عقدا ضمنا بين المتفاوضين يلتزم بمقتضاه كل طرف اتجاه الآخر بأن يكون في وضع يسمح له بإبرام العقد النهائي والامتناع عن أي عمل يعوق إبرام هذا العقد، فإذا تم قطع المفاوضات دون عذر مشروع

¹ _ عدنان إبراهيم السرحان، نوري خاطر، شرح القانون المدني، دار الثقافة، عمان، الأردن، سنة 2007، ص 89.

² _ محمود جمال الدين زكي، مشكلات المسؤوليّة المدنيّة، مطبعة جامعة القاهرة، مصر، سنة 1990، ص 140.

³ _ أشواق عبد الرسول عبد الأمير، المرجع السابق، ص 500 و 501.

⁴ _ هاني سر الدين، المفاوضات في عقود التجارة الدوليّة، دراسة مقارنة بين القانونين الإنجليزي و المصري، دار النهضة العربيّة، القاهرة، مصر، سنة 1998، ص 10.

⁵ _ أشواق عبد الرسول عبد الأمير، المرجع نفسه، ص 502.

الباب الأول: الاتفاقات التمهيدية ذات الطبيعة شبه العقدية

يكون القاطع قد أخل بهذا الالتزام الذي يفرضه عليه العقد، وبالتالي ترتيب المسؤولية العقدية.

وفريق ثاني من الفقه يرون أن المفاوضات لها طبيعة عقدية والإيجاب الصادر أثنائها يتحلل إلى إيجابيين، الأول مضمونه العقد الذي يجري التفاوض بشأنه، أما الثاني فمضمونه عدم إعاقة إبرام هذا العقد، ولما كان هذا الإيجاب الأخير يتمخض لمصلحة الموجه له الإيجاب فإن مجرد سكوته يعد قبولاً يقوم به العقد الضمني الذي يلتزم بمقتضاه كل من المتفاوضين بعدم إعاقة إبرام العقد الذي يجري التفاوض بشأنه¹، وفريق ثالث من الفقه يفسرون الطبيعة العقدية لخطابات النوايا بأن المفاوضات تتم بناء على دعوة يتم قبولها، إذ أن هذا الاتفاق الأول هو المصدر المباشر للضمان المتبادل في مرحلة المفاوضات، ذلك أنه ينطوي على شرط ضمني يتعهد بمقتضاه كل متفاوض قبل الآخر بأن يستمر في المفاوضات وألا يكون قطعها تعسفاً حتى يتحقق الغرض النهائي منها والالتزام بتعويض المتفاوض الآخر عن فوات هذا الغرض².

وبما أن هذا الاتفاق هو مصدر الضمان المتبادل، فإنه يشترط ألا يكون اتفاقاً باطلاً ينصب على مخالفة النظام العام والآداب العامة، ويشترط أيضاً ألا يكون أحد طرفي الاتفاق ناقصي الأهلية، فنقص الأهلية يترتب عليه قطع المفاوضات في كل وقت³، ووفقاً لأراء السابقة يتبين أنها مجرد افتراض لا يؤيد الواقع في الكثير من الأحيان، فلا يوجد تصرف قانوني أثناء المفاوضات، وبالتالي لا يكون الخطاب ذا طبيعة عقدية إلا إذا انصرفت إرادة المتفاوضين بشكل واضح وصريح إلى إنشاء مثل هذا التصرف القانوني ويتحقق ذلك في حالتين⁴.

¹ _ أشواق عبد الرسول عبد الأمير، المرجع السابق، ص 502.

² _ أحمد سيد البهري الشوبري، التفاوض التعاقدية، مجلة كلية الدراسات العربية والإسلامية، العدد 04، الجزء 01 المملكة العربية السعودية، سنة 2019، ص 1196.

³ _ بلال عبد المطلب بدوي، مبدأ حسن النية في مرحلة المفاوضات قبل التعاقدية في عقود التجارة الدولية، رسالة دكتوراه كلية الحقوق، جامعة عين شمس، سنة 2001، ص 56.

⁴ _ أشواق عبد الرسول عبد الأمير، المرجع نفسه، ص 503.

أ_ حالة الاتفاق الصريح للقوة الملزمة لخطاب النية

قد يتجه الأطراف صراحة إلى الاتفاق على تحديد القوة الإلزامية للخطاب، فتأتي عبارات وشروط وأحكام الخطاب صريحة وواضحة الدلالة على قيام الارتباط التعاقدية الإلزامي بين الأطراف، بحيث يتضمن الخطاب التزامات متبادلة على عاتق هؤلاء الأطراف فتصبح نافذة بمجرد التوقيع على الخطاب أو المصادقة عليه¹، فمتى اتفق الأطراف في خطاب النية على جميع المسائل الجوهرية للعقد واحتفظوا ببعض المسائل الثانوية التفصيلية بحيث يتم التفاوض عليها فيما بعد فإن العقد يعتبر قد تم².

ب_ حالة خلو الخطاب من الاتفاق الإلزامي

قد يأتي خطاب النية خالياً من نص صريح يتفق بمقتضاه الأطراف بأن يكون الخطاب ملزماً أو غير ملزم، فالغالب نجد خطابات النوايا يكتنفها الغموض والإبهام بحيث يصعب استخلاص نية الأطراف ومدى اتجاهها إلى الرغبة في الالتزام، وفي هذا الصدد انقسمت التشريعات إلى اتجاهين هما كالآتي:

_ اتجاه التشريعات الأنجلوسكسونية

ذهبت التشريعات الأنجلوسكسونية لاسيما التشريعين الأمريكي والإنجليزي على أن الأصل في خطابات النوايا ليست لها قيمة تعاقدية، وبالتالي بطلان اتفاق الأطراف على إضفاء القوة التعاقدية الإلزامية على خطاب النوايا.

حيث أيد القضاء الإنجليزي هذا الاتجاه وقرر في قضية تخلص وقائعها بأن "شركة إنجليزية اتفقت مع شركة أمريكية على أن تباع وتقوم بأعمال التمثيل التجاري القصري لمنتجات الشركة الأولى، لكن الخطاب صيغة عباراته على أنه تعهد شرفي فقامت الشركة الإنجليزية بعد مدة معينة بخرق الاتفاق دون سابق إنذار مما دفع بنظيرتها الأمريكية إلى مقضاتها أمام القضاء الإنجليزي، فأكد جلس اللوردات بأن الاتفاق لا يسفر عنه التزام

¹ _ محمد عبد الظاهر حسين، المرجع السابق، ص 75.

² _ المادة 86 من القانون المدني العراقي.

قانوني، ذلك أن في القانون الإنجليزي التعهد الشرفي لا يعد ملزماً من الناحية القانونية وذلك لغياب عنصر جوهرى من عناصر العقد وهو التعبير المنجز للاتفاق¹.

_ اتجاه التشريعات اللاتينية

يتمثل هذا الاتجاه في أغلب التشريعات اللاتينية التي لم تنظم مرحلة المفاوضات العقدية بنصوص قانونية، فقد تولى الفقه والقضاء تحليل هذه المرحلة سعياً لإيجاد حلول قانونية، فالفقه الفرنسي أضفى الصفة القانونية الإلزامية لخطابات النية في حالة غياب الاتفاق الصريح الذي يقضي بالإلزامية هذه الخطابات مستشهدين في ذلك ببعض نصوص القانون المدني الفرنسي لاسيما المادة 1589 التي تنص على أن "الوعد بالبيع يساوي بيعاً في حالة وجود رضا متبادل بين الفريقين حول الشيء المبيع و الثمن".

و كذا المادة 1157 من نفس القانون والتي تنص على أنه "إذا كان هناك شرطاً أو بنداً يحتمل معنيين فيجب حمله على المعنى الذي يكون لهذا البند أو الشرط بمقتضاه بعض الأثر، وليس المعنى الذي لا يكون له بمقتضاه أي أثر على الإطلاق"، حيث يتضح من النصوص أعلاه أن قيام الأطراف بإفراغ اتفاقهم على بعض الأحكام والشروط في شكل وعد أو خطاب النوايا يجب أن ينتج أثره بانعقاد الاتفاق واعتبار هذه الشروط والأحكام لزمة².

ثانياً: المسؤولية المترتبة على الإخلال بالتزامات خطابات النوايا

اختلف فقه القانون حول المسؤولية المترتبة على الإخلال بالتزامات خطاب النية ففريق يرون أن المسؤولية المترتبة على الإخلال هي مسؤولية عقدية، وفريق آخر يرون أن المسؤولية المترتبة هي مسؤولية تقصيرية، وهذا ما سيتم التطرق إليه في الآتي:

01_ المسؤولية العقدية لخطاب النية

يرى الاتجاه الغالب فقهاً وقضاءاً أن خطاب النية يعد من قبيل العقود، وطالما أنه كذلك فإن الإخلال بشروطه يؤدي إلى قيام المسؤولية العقدية شريطة توافر أركانها الثلاث من خطأ وضرر وعلاقة سببية.

¹ _ أشواق عبد الرسول عبد الأمير، المرجع السابق، ص 504.

² _ المرجع نفسه، نفس الصفحة.

أ_ الخطأ العقدي لخطاب النية

الخطأ العقدي هو إخلال أحد المتعاقدين بتنفيذ ما رتبته العقد من التزامات، سواء كان بعدم التنفيذ أو التأخر في التنفيذ، وبناءً على ذلك تتعدد وتتنوع صور الخطأ العقدي في مجال خطابات النوايا بحسب تعدد وتنوع الالتزامات الناشئة على هذه الخطابات وبحسب طبيعة كل التزام في ما إذا كان التزاماً بتحقيق غاية أو ببذل عناية¹، وتبعاً لذلك فالخطأ العقدي في مجال خطاب النية هو ذلك الخطأ المترتب على الإخلال بالالتزامات عقد التفاوض والمتمثلة في الالتزام بمبدأ حسن النية والالتزام بسرية المفاوضات، وهذا إذا سلمنا بأن خطاب النية لها طبيعة عقديّة.

ب_ الضرر

الضرر هو الأذى الذي يصيب الشخص في حقوقه أو في مصلحة مشروعته سواء كانت هذه المصلحة مادية أو معنوية، فالضرر المادي هو ضرر يمس الجانب المالي من ذمة المضرور ويتحلل إلى عنصرين الخسارة اللاحقة والكسب الفائت، أما الضرر الأدبي فهو ضرر يمس الجانب المعنوي من ذمة المضرور أي يمس العواطف والأحاسيس، وفي هذا الصدد نشير بأن الفقه القانوني قد ميز بين المسؤولية العقدية والتقصيرية، إذ جعل التعويض في المسؤولية العقدية مقتصرًا على الضرر المادي فقط، بخلاف المسؤولية التقصيرية الذي يشتمل فيها التعويض عن كل ضرر مادي أو أدبي² على حد سواء.

ج_ العلاقة السببية

ناهيك عن ركني الخطأ والضرر لقيام المسؤولية العقدية لخطابات النوايا، فإن الأمر يستلزم توافر علاقة سببية بين الركنين الأولين، ويقصد بها أن يكون الضرر الحاصل نتيجة الخطأ المرتكب³.

¹ _ أشواق عبد الرسول عبد الأمير، المرجع السابق، ص 507.

² _ المرجع نفسه، ص 508.

³ _ المرجع نفسه، ص 511.

وما يجب التنويه إليه أنه إذ قامت المسؤولية العقدية لخطابات النوايا مستوفية لشروطها من خطأ وضرر وعلاقة سببية، لأن الجزاء المترتب هو التنفيذ العيني شريطة توافر شروط هذا الأخير، بحيث يجب أن يكون ممكناً وألا يكون فيه إرهاباً للمدين وأن يطلبه الدائن وأن يكون بيد هذا الأخير سنداً تنفيذياً.

02_ المسؤولية التقصيرية لخطاب النية

في هذا الصدد سنتحدث عن مجال أو نطاق الخطأ التقصيري الموجب لقيام المسؤولية التقصيرية، كما سنبين الجزاء المترتب على قيام المسؤولية التقصيرية لخطابات النوايا، وذلك على النحو الآتي:

أ_ نطاق الخطأ التقصيري لخطابات النوايا

يرى الفقه أن الخطأ الموجب للمسؤولية التقصيرية في مرحلة التفاوض لا يقتصر على مجرد قطع المفاوضات، وإنما يتمثل أيضاً في قيام أحد الأطراف بإعطاء انطباع لدى الآخر بأن التعاقد قد أصبح مؤكداً دون وجود نية التعاقد من حيث الأصل¹، حيث قضت محكمة التمييز في العراق بأنه "لابد لتمام العقد من صدور إيجاب من أي المتعاقدين يعقبه قبول مطابق للإيجاب مطابقة تامة، ومن يصدر منه الإيجاب لا يستقر به الرأي في العادة على أن يصدر إيجاباً باتاً إلا بعد المفاوضات، والقانون لا يرتب في الأصل على هذه المفاوضات أثراً قانونياً، فكل متفاوض حر في قطع المفاوضات في الوقت الذي يريده ولا مسؤولية على من عدل، إلا إذا كان العدول مفاجئاً سبب ضرراً للمتفاوض الآخر، إذ المسؤولية ليست تعاقدية مبنية على العدول بل هي مسؤولية تقصيرية مبنية على الخطأ"².

¹ _ أشواق عبد الرسول عبد الأمير، المرجع السابق، ص 512.

² _ المرجع نفسه، ص 514.

ب_ الجزء المترتب على قيام المسؤولية التقصيرية لخطابات النوايا:

الجزء المترتب في هذا الصدد هو التعويض، حيث يشتمل هذا الأخير على الضرر المباشر المادي والمعنوي متوقعا كان أو غير متوقع، ولتحديد مقدار التعويض هناك طريقتين وهما التعويض العيني والتعويض بمقابل.

_ التعويض العيني:

يقصد به إعادة الحال على مكان عليه قبل وقوع الضرر، حيث ذهب فريق من الفقه بالقول بأنه يمكن الحكم بالتنفيذ على المتفاوض الذي قطع المفاوضات وامتنع عن تنفيذ التزاماته الناشئة عن خطاب النية، ومن ثم الاستمرار في التفاوض، ولكن أنتقد هذا الرأي بأنه من الضروري استبعاد إجبار المدين على التنفيذ العيني في مجال التفاوض، ذلك أنه لا يجوز إجبار المدين على التفاوض، فلا يتصور أن تحل إرادة القضاء محل إرادة المتفاوض¹.

_ التعويض بمقابل:

يقصد بالتعويض بمقابل أنه إدخال قيمة جديدة لذمة المتضرر تعادل تلك القيمة التي فقدها بسبب الفعل الضار، ويتمثل ذلك في النفقات التي صرفها في سبيل التحضير لإبرام العقد النهائي كنفقات إعداد الدراسات وتكاليف استشارة الخبراء وأجرة الوسطاء، ولا يشترط في الخسارة التي يعوض عنها أن تكون مادية بل من المتصور أن تكون أدبية كما في حالة الإساءة إلى المركز المالي وسمعة المتفاوض، ومثال ذلك أن يثق المتفاوض بأن المفاوضات ستؤدي حتما إلى إبرام العقد، فيعتمد على ذلك ويبرم عقداً آخر مع الغير، ثم لا يستطيع تنفيذ العقد الآخر بسبب قطع المفاوضات الأولى، حينئذ يضعف الثقة والائتمان به وبالتالي تسوء سمعته التجارية².

¹ _ أشواق عبد الرسول عبد الأمير ، المرجع السابق، ص 515.

² _ محمد سامي عبد الصادق وآخرون، الوجيز في النظرية العامة للإلتزام، الجزء 02، القاهرة، مصر، سنة 2011 ص

الفرع الثاني

تفنيـد بعض أحكام خطابات النوايا مع وضع الحلول المناسبة

حسب رأي الباحث أنه من الصواب عدم التقيد بنسبة مطلقة بآراء الآخرين السابقة القائلة بخطابات النوايا، لذلك وجب تفنيـد بعض القواعد المدرجة لخطابات النوايا سواء التي نصت عليها التشريعات أو حتى الآراء الفقهية والقضائية على حد سواء، وذلك عن طريق إدراج دلائل ومبررات لهذا التفنيـد (أولاً)، ولكن لا يجب تفنيـد أفكار دون وضع حلول مناسبة لتلك القواعد المتعلقة بخطابات النوايا مع الشكل الذي يستجيب وحماية أطراف عقود التجارة الدولية لاسيما في مرحلة المفاوضات (ثانياً).

أولاً: مبررات تفنيـد بعض قواعد خطابات النوايا

من الخطأ أن تتضمن خطابات النوايا جميع صور الاتفاقات التمهيدية، لذلك وجب تبيان مدى جواز إعمال خطاب النية كصورة من صور الاتفاقات التمهيدية، أي تحديد نطاقه تحديداً دقيقاً، كما أنه لا يمكن إضفاء الطابع التعاقدية على خطابات النوايا المقترنة بالتجارة الدولية، وذلك راجع لعدة مبررات سيتم تبيانها أدناه.

01_ مدى جواز إعمال خطاب النية كصورة من صور الاتفاقات التمهيدية

القول بأن خطابات النوايا في مجال التجارة الدولية لها صورتين، الأولى تتضمن اتفاقات البدء في المفاوضات والثانية تنص على أن الاتفاق قد تم هو أمر غير جائز خاصة فيما يتعلق بالصورة الثانية، وذلك راجع للمبررات التالية:

أ_ إن لفظ النية يفيد أمر مستقبلي لم يتم الكشف عنه بعد، وهو لفظ لا يلزم مصدر الخطاب، فمحرر الخطاب لا يقصد أي التزام بل مراده إعلان رغبته للدخول في مفاوضات حول صفقة معين، وعليه لا يصح القول بأن خطابات النية قد تتضمن "أن الاتفاق قد تم" لأن الخطاب هو مجرد الإعلان الرغبة للدخول في المفاوضات، وبالتالي يتضح أن خطاب النية يأخذ صورة واحدة وهي خطاب "البدء في المفاوضات"

ب_ لا يجوز القول بأن الخطاب هو اتفاق بمقتضاه يتم وضع الإطار العام للمفاوضات كتحديد مكان التفاوض وميعاده، فالتسليم بهذا القول من شأنه أن يثير التساؤل الآتي: ما فائدة الاتفاق على التفاوض الذي فحواه وضع الإطار العام للمفاوضات؟ و ما مدى فاعلية الأحكام التي وضعتها التشريعات المقارنة لعقد التفاوض إذا كان تطبيقها يندرج على خطابات لم تنص عليها تلك التشريعات؟، وللإجابة على هذه الأسئلة يكفي أن نخرج على ركن التراضي في العقود، إذ الاتفاق يتضمن تطابق الإيجاب مع القبول، بخلاف الخطاب الذي قد يكون إيجاباً فقط يتضمن الرغبة في الدخول في المفاوضات حول صفقة معينة.

02_ عدم جواز إضفاء الطابع التعاقدى لخطابات النوايا:

لا يمكن في أي حال من الأحوال ترتيب المسؤولية العقدية على الإخلال بخطابات النية وذلك راجع لعدة مبررات هي كالآتي:

أ_ الالتزام بالتفاوض من الناحية العملية يقتضي التدخل الشخصي للمتفاوض، فإجباره على ذلك يعد مساساً بحريته الشخصية وهو أمر غير جائز في التنفيذ العيني للالتزام والذي بمقتضاه يتم إجبار المدين على التفاوض، وبالتالي لا يعقل أن تحل إرادة القضاء محل إرادة المتفاوض بغية الدخول في المفاوضات، وفي حالة التسليم بأنه قد تم إجبار المدين على الدخول في المفاوضات أو الاستمرار فيها رغماً عن إرادته فإنه يجعل نسبة نجاح المفاوضات ضئيلاً، عندئذ قد يقوم المتفاوض المجرى بأعمال تحول دون نجاح المفاوضات كأن يقوم برفع أو خفض مبلغ الشيء المتفاوض عليه أو كأن يماطل باتخاذ الإجراءات اللازمة في هذا الشأن.

ب_ المسؤولية العقدية تقوم متى توافرت شروطها من خطأ عقدي وضرر وعلاقة سببية، فمجال الخطأ العقدي في مجال المفاوضات ينحصر في الإخلال بمبدأ حسن النية والالتزامات الناتجة عن هذا الأخير كالتزام بالاستمرار في المفاوضات والالتزام بتقديم المعلومات والالتزام بالسرية في المفاوضات، إذ أنها كلها التزامات لا يعقل أن تدخل في مجال خطابات النوايا، ذلك أن الخطاب كما برهنا سابقاً لا يعدوا إلا أن يكون إعلان الرغبة

في الدخول في المفاوضات، وبالتالي فلا مجال للحديث عن الخطأ العقدي في نطاق خطابات النوايا، وبالنتيجة عدم إضفاء الطابع التعاقدى لخطابات النوايا.

ثانياً: الحلول المقترحة لترتيب الأثر المناسب لخطابات النوايا

إن حسم موضوع الأساس القانوني لخطابات النوايا المقترنة بالتجارة الدولية من شأنه أن يحمي أطراف العقد التجاري الدولي لاسيما في مرحلة المفاوضات، ومن شأنه أيضاً تخفيف العبء على القضاة عند تكيفهم لهذه الخطابات في ما إذا كانت ملزمة أو غير ملزمة، لذلك يقترح الباحث بعض الحلول التي ينبغي بالضرورة تطويرها وضبط أحكامها مستقبلاً من قبل الباحثين سواء من حيث الأساس القانوني لهذه الخطابات أو من حيث المسؤولية المترتبة حالة الإخلال بها.

01_ من حيث الأساس القانوني

إذا تم التسليم بأن خطابات النوايا لها صورة واحدة وهي إعلان الرغبة في الدخول في المفاوضات، فإنه من الضروري أن يتخذ هذا الخطاب أحكام الإيجاب، ومنه إذا عين ميعاد للقبول التزم مصدر الخطاب بالبقاء على إيجابه إلى أن ينقضي هذا الميعاد، وقد يستخلص الميعاد من ظروف الحال أو من طبيعة المعاملة، ويبقى مصدر الخطاب ملتزماً بالبقاء على إيجابه للمدة التي حددها ما لم يكن إيجابه قد سقط برفض الطرف الآخر له قبل انقضاء تلك المدة المحددة، أما إذا لم يحدد مصدر الخطاب أية مدة للقبول فإن إيجابه يبقى قائماً، ولكنه لا يكون ملزماً، بل يجوز له الرجوع فيه في أي وقت مادام أنه لم يقترن به قبولاً.

02_ من حيث المسؤولية المترتبة

عملاً بمبدأ حرية التعاقد، فإن مصدر الخطاب إذا عدل عن رغبته في الدخول في المفاوضات فلا مسؤولية عليه، غير أنه قد يترتب على هذا العدول المسؤولية التقصيرية المبنية على الخطأ التقصيري كأن يعدل قبل انقضاء ميعاد إيجابه أو كأن يثبت أنه لم يكون جاداً للدخول في المفاوضات، إذ هذه الحالات التي يمكن التعويض عنها باعتبار أن خطاب النية هو إعلان الرغبة للدخول في المفاوضات.

وفي ختام هذا الفصل يخلص الباحث بأنّ خطابات النوايا المقترنة بالتجارة الدوليّة تعدّ من الخطوات التي تهدف إلى إبرام العقد النهائي، ذلك أنّها تشتمل على رغبة الأطراف المتفاوضة حول المسائل المتعلقة بسير المفاوضات حينئذ يتبادل الأطراف الروى والمفاهيم حول الأمور التي تتعلق بالمفاوضات وكذا العقد النهائي، فهذه الخطابات تنصب على العديد من عقود التجارة الدوليّة كالعقود المتعلقة بتسليم المصانع التي هي في حالة جيدة لسير عملها وعقود إندماج الشركات، وكذا شراء الشركات المثقلة بالديون وعقود البيع الدولي.

وتتخذ خطابات النوايا المقترنة بعقود التجارة الدوليّة عدة صور، فقد تتضمن الخطابات دعوة الطرف الآخر إلى البدء في التفاوض، كما قد تتضمن بعض عناصر التفاوض كتحديد مواعيد المفاوضات ومكانها، وفضلاً عن ذلك فقد تنصّ الخطابات على أن الإتفاق قد تمّ مع بقاء بعض الشكليات المتعلقة بالتنفيذ معلقة يتعين الإتفاق عليها لاحقاً، وقد تكون خطابات النوايا ملزمة أو غير ملزمة تبعاً لصياغتها ومضمونها، فإذا كانت الخطابات مجرد دعوة إلى التفاوض فإنها تكون غير ملزمة، ذلك أنّها لا تتضمن بدهاء العزم النهائي على التعاقد لأنّ معلن الخطاب لم يعلن إرادته الباتة تطبيقاً لمبدأ حرية التعاقد، أما إذا كانت الخطابات تنصّ صراحة على أن الإتفاق قد تمّ على بعض التفاصيل لاسيّما حالة تحديد مواعيد التفاوض ومكانه حينئذ تكون هذه الخطابات ملزمة.

الفصل الثاني

التعهدات الشرفية المقترنة بالتجارة الدولية

فضلا عن خطابات النوايا يوجد وثائق أخرى ترتبط بالمفاوضات السابقة على التعاقد والتي ترتبط أساسا بالثقة التي تكون بين الأطراف لاسيما التعهدات بالشرفية التي يتم إبرمها بين الأطراف، فبمقتضى هذه التعهدات قد يرى أحد الأطراف أو كلاهما أن القواعد القانونية لا تخدم مصالحهم، فيتفقا على أن الأمر هنا لا يتعلق بقاعدة قانونية ملزمة بل تعهد أدبي لا يرتب أية مسؤولية قانونية، غير أنه قد تحمل هذه التعهدات أحيانا طابعا ملزما يرتب عليه القانون أثرا، إلا أن هذه التعهدات قد تنتقد بقواعد المنافسة التي لها دور بالغ الأهمية في الساحة التجارية الدولية.

فالمنافسة تبقى في سياقها السليم طالما أن التاجر لم ينحرف عن السلوك السوي المبني على العادات والأعراف التجارية، ولكن قد يستعصي حصر كل الطرق والوسائل الشرعية التي يمارسها التاجر، إذ أن هذا الأمر قد يؤدي بالإخلال بحرية المنافسة خاصة فيما يمتلكه الأطراف في ظل قاعدة العقد شريعة المتعاقدين، ومن ثم يمكن أن تتم إتفاقات تخل بمبدأ المنافسة الحرة.

كما قد تنتقد التعهدات الشرفية بقواعد النظام العام الدولي التجاري، ففي حالة النزاع فإنه يجوز الدفع بالنظام العام الدولي، غير أن المشكلة تكمن في مدى جواز الدفع بالنظام العام الدولي من عدمه في مجال التجارة الدولية وتحديدًا إذا تعلق الأمر بالإتفاقات التي أساسها الثقة بين الأطراف كتعهدات الشرفية، هذا وقد تصطدم التعهدات الشرفية ذات الطابع التعاقدية الإلزامي بمشكلات عديدة أهمها قاعدة الغش نحو القانون وكذا منازعاتها، وعليه سنقسم هذا الفصل إلى بحثين، سنبيين في المبحث الأول ماهية التعهدات الشرفية، أما المبحث الثاني سنتحدث فيه عن مشكلات التعهدات الشرفية المعتبرة بأنها ملزمة.

المبحث الأول

ماهية التعهدات الشرفية

تخضع التعهدات الشرفية أساساً لمبدأ الحرية في التعاقد، ومن ثم تعدد أشكالها وصياغتها ومحتوى الالتزام الوارد فيها فقد تكون مقصورة على مجال أو موضوع خاص¹ فبمقتضى التعهد بالشرف نجد كل طرف يسعى إلى أن يلزم الطرف الآخر دون أن يلتزم هو بشيء لذلك يتعهد بكلمته أو شرفه بالوفاء بالالتزام، ويعلق ذلك على محض إخلاصه وأمانته وإسمه أو مركزه، حينئذ يحل الإخلاص محل مرجعية القانون، ومن ثم يعلق تنفيذ الاتفاق على شرف وسمعة الأطراف إن شاءوا نفذوه وإن شاءوا امتنعوا عن تنفيذه دون مسؤولية عليهما²، ولكن قد يكون التعهد قابل لتحلل لأن هناك من الاتفاقات الأدبية ما يتداخل مع الاتفاقات التعاقدية، كما قد تنقيد هذه التعهدات بحرية المنافسة وبأحكام النظام العام الدولي وعليه سنقسم هذا المبحث إلى مطلبين، سنتطرق في المبحث الأول إلى مفهوم التعهدات الشرفية المقترنة بالتجارة الدولية، أما المطلب الثاني سنبين فيه مدى تقيد التعهدات الشرفية بحرية المنافسة والنظام العام الدولي.

المطلب الأول

مفهوم التعهدات الشرفية في مجال التجارة الدولية

تحظى التعهدات بالشرف باهتمام خاص ذلك أن الأطراف في أحيان معينة قد يرغبون في سد النقص القانوني، كما أنهم قد يرغبون في التملص من تطبيق بعض القواعد القانونية عليهم، وفضلاً عن ذلك فقد يرغبون في جعل التعهدات بالشرف خارجاً عن دائرة القانون، وبالتالي فهناك إرادة بالالتزام ولكن رفض الالتزام أن يكون قانونياً³، وعليه سنحدد خلال هذا المطلب معنى التعهدات الشرفية (الفرع الأول)، كما سنميز التعهد بالشرف عن بعض الأوضاع المشابهة له (الفرع الثاني).

¹ _ مجاجي سعاد، المرجع السابق، ص 89.

² _ B. oppetit : l'engagement d'honneur .D . 1979. Chr et droit modernité, puf 1998.p 107.

³ _ Aubert J.L : le contrat, D, coll Connaissance du droit, 1996.p 50.

الفرع الأول

تحديد معنى التعهدات الشرفية

إن تبيان المقصود بالتعهد الشرفي في مجال التجارة الدولية يقتضي تعريفه (أولاً) وتحديد طبيعته (ثانياً)، وكذا تبيان مجاله أو نطاقه (ثالثاً)، كما يتعين أيضاً تبيان دوافع اللجوء إلى التعهدات الشرفية (رابعاً).

أولاً: تعريف التعهدات الشرفية

المقصود بالتعهد الشرفي في مجال التجارة الدولية هو أن يفصح شخص ما عن إرادته في الالتزام أخلاقياً أو أدبياً بحيث يلجئون الأطراف إلى هذا الأسلوب عندما يحسبان إتفاقهما خارج دائرة القانون، بحيث لا يقصدان عدم الالتزام بمضمون اتفاقهما بقدر ما يقصدان إسناد اتفاقهما إلى مرجعية أخرى غير مرجعية القانون، وهي مرجعية الوسط المهني الذي ينتمي إليه كل واحد منهما، ومنه فتعهد كل طرف بشرفه على تنفيذ التزامه يكون غير محدد قانوناً أو لا يحكمه قانون معين أو في غياب تشريعي أو في مجال الاتفاقات المخالفة للنظام العام¹.

فالتعهد هو الالتزام أي كل ما يستفيد منه الشخص بفعله أو الامتناع عنه أو بتأديته²، فالتعهد بالشرف هو اقتراح يعبر من خلاله صاحبه عن إرادته في تحمل التعهد دون أن يكون هذا الأخير حاملاً لأثار قانونية، إذ أنه التزام معنوي³، ومنه فالتعهد بالشرف هو اتفاق غير إلزامي وفي نفس الوقت هو اتفاق ليس مجرد من كل أثر، ويظهر ذلك من خلال تقارب التعهد بالشرف من العقد أكثر من تشابهه مع العقد، وعليه فالتعهد بالشرف يشبه العقد، ولكن عبارته أقل غموضاً من عبارة العقد⁴.

¹ _ علي أحمد صالح، المرجع السابق، ص 298.

² _ إبراهيم النجار، أحمد بدوي، يوسف شلال، القاموس القانوني فرنسي عربي، مكتبة لبنان، الطبعة الثانية، سنة 2002، ص 122.

³ _Mousseron J.M . Guibal . M.L. Mainguy Daniel, l'avant _ contrat .Ed. Français LEFEBVRE 2001 , p227.

⁴ Mousseron J.M .Guibal . M.L. Mainguy Daniel, Op.cit, p p 227 228.

الباب الأول: الاتفاقات التمهيدية ذات الطبيعة شبه العقدية

أما الباحث فيعرف التعهد الشرفي المقترن بالتجارة الدولية على أنه عقدا بمقتضاه يتم حسب الإتفاق خارج دائرة القانون بهدف تحقيق مصلحة لا تتحقق بإتباع القواعد القانونية أو لأن هناك فراغ تشريعي لم ينظم أحكام الإتفاق الذي تم إبرامه بمقتضى التعهد الشرفي.

ثانيا: الطبيعة القانونية للتعهدات الشرفية

الرأي الراجح الذي أقره الفقه هو أن التعهدات الشرفية هي تلك الاتفاقات التي لا تتضمن أي التزام قانوني ولكنها مجرد إعلانات تشكل مجرد تعهد أخلاقي أو التزام طبيعي ذلك ان مصدر الخطاب يحاول بكل وسيلة أن يتفادى نشوء التزام قانوني على عاتقه كعدم إضفاء الصفة القانونية على تعهده وإبقاء عليه في دائرة التعهد الأدبي.

حيث يستمد هذا التعهد الشرفي قوته من السمعة التي يتمتع بها مصدر الخطاب في الوسط التجاري¹، وأول ما يتبادر إلى الذهن عند التفكير في هذه الاتفاقات الأدبية هو أنها اتفاقات يعلق كل طرفيها التزامه بمقتضاها على محض مشيئته، إن شاء نفذها وإن شاء إمتنع عن تنفيذها دون مسؤوليته، فالطرفان يتفقان صراحة أو ضمنا على إبقاء إتفاقيهما حبيس الضمير بعيدا عن دائرة القانون².

إن دائرة الضمير هي دائرة داخلية تخضع للتقدير الشخصي وتتلاشى فيه كل مرجعية موضوعية يمكن الاحتكام إليها عند الخلاف، ومنه فدائرة الضمير هي إستعراض المجالات الرئيسية التي يلجأ فيها الأطراف إلى أسلوب الإتفاق الأدبي³، فالأطراف عندما يحبسان إتفاقيهما عن دائرة القانون ويحلان محلها دائرة الضمير أو الآداب فإنهما لا يقصدان في الغالب عدم الالتزام البات بمضمون إتفاقيهما بقدر ما يقصدان إسناد إتفاقيهما إلى مرجعية أخرى غير مرجعية القانون وهي مرجعية الوسط المهني الذي ينتمون إليه أو على الأقل مرجعية المصالح العملية التي يحققها الإتفاق لكل منهما، والتي تؤمن بذاتها التنفيذ التلقائي لها، وهي مرجعية حقيقتها الموضوعية رغم بقائها خارج نطاق القانون بأدواته التشريعية

¹ _ خليل فكتور تادرس، المرجع السابق، ص 47.

² _ مجاجي سعاد، المرجع السابق ، ص 91.

³ _ مصطفى محمد الجمال، السعي إلى التعاقد في القانون المقارن، منشورات الحلبي الحقوقية الطبعة الأولى، بيروت لبنان، سنة 2002، ص 428.

والقضائية والتنفيذية، وعليه فالاتفاق الأدبي كقاعدة عامة ليس مجرد اتفاق منشئ للالتزام معلق على محض المشيئة، وإنما هو اتفاق منشئ للالتزام نهائي، وإن كان هذا الاتفاق حبيس الأدبيات المهنية وما تثيره مخالفتها من ردود فعل اجتماعي¹.

ثالثا: نطاق التعهدات الشرفية

المجال الذي يمكن أن نصادف فيه هذا النوع من الاتفاقات هو المجال الذي يغيب فيه التنظيم التشريعي كما هو الحال في إتفاقات العمل الجماعية في بريطانيا قبل سنة 1971 فقبل هذا التاريخ لم يكن التشريع في بريطانيا يعتني بتنظيم إتفاقات العمل الجماعية، حيث كانوا الأطراف يلجئون إلى أسلوب الاتفاقات الشرفية أو الأدبية لتنفيذ التزاماتهم بصرف النظر عن توافر أو عدم توافر الحماية القانونية للاتفاق، أما المجال الثاني الذي يمكن أن نصادف فيه هذا النوع من الاتفاقات الشرفية هو مجال الاتفاقات المخالفة للنظام العام، ذلك أن حرية المنافسة في الدول الرأسمالية تعتبر من النظام العام والاتفاقات المقيدة لها تعتبر باطلة لاسيما المتعلقة بالتحكيم في الائتمان أو الأسعار أو تحديد الإنتاج فهذه الاتفاقات تحقق نفعاً متبادلاً لأطرافها وهم يعلمون في الوقت نفسه بعدم مشروعية هذه الاتفاقات لذلك يلجئون إلى أسلوب الاتفاقات الشرفية أو الأدبية تقاديا للكشف عن عدم المشروعية وما يترتب عليها من آثار².

الجدير بالذكر أن التعهدات بالشرف غالبا ما تهدف إلى الرغبة في التطلع إلى الاستقلالية عن قواعد القانون، غير أن هذا النهج ليس راجعا دائما إلى فراغ قانوني وإنما إلى رفض القاعدة القانونية الموجودة³، لاسيما إذا تعلق الأمر بالتجارة الدولية، ففي الغالب يتم اللجوء إلى التعهدات بالشرف من قبل الأطراف في علاقات الأعمال لعدة أسباب سواء أنهم لا يرغبون أصلا في التعاقد بشكل حقيقي أو لأنهم يرفضون القانون الوطني⁴.

¹ _ مجاجي سعاد، المرجع السابق، ص 92.

² _ علي أحمد صالح، المرجع السابق، ص 298.

³ Mousseron J.M .Guibal . M.L. Mainguy Daniel, Op.cit, p 228.

⁴ _ Aubert J.L, Op.cit, p 51.

يرى الباحث أن نطاق أو مجال التعهدات الشرفية المقترنة بالتجارة الدولية لا يقتصر على حالة غياب التنظيم التشريعي لإتفاق المبرم بمقتضى التعهد الشرفي، بل يمتد نطاق هذا الأخير ليشمل حتى مخالفة بعض قواعد النظام العام الدولي وحرية المنافسة¹، عندئذ يحق أطراف التعهد مصالحهم عن طريق إدراج اتفاقهما إلى مرجعية أخرى غير مرجعية القانون وهي مرجعية الضمير والأعراف.

رابعاً: دوافع اللجوء إلى التعهدات بالشرف:

الدوافع التي تؤدي إلى التعهدات بالشرف متعددة، فقد يرغب الأطراف في الحفاظ على المرونة للعلاقات الرابطة بينهم من دون أن يترتب على ذلك إقصاء لأي من النظم القانونية الوطنية، إذ أن اللجوء إلى هذا التعبير يترجم الإرادة الحرة للتعاقد أو لأن موضوع العقد غير شرعي أو مناف لقواعد المنافسة²، هذا وتتعدد أسباب اللجوء إلى الإتفاقات الشرفية، فقد يكون السبب متعلقاً بمركز الأطراف أو بظروف نشاطهم أو بسبب الممارسات السائدة في الوسط الذين ينتمون إليه، وذلك بغية الخروج من دائرة القانون³، وبالتالي في حالة الإخلال بالإتفاق لا يترتب عنه قيام المسؤولية، فلجوء الأطراف إلى التعهد بالشرف هدفه تجنب تطبيق بعض الآثار القانونية عليهم أو بغية جعل اتفاقهما حبيس دائرة داخلية تخضع لتقديرها الشخصي بعيداً عن دائرة القانون.

الفرع الثاني

تمييز التعهد بالشرف عن الأوضاع المشابهة له

قد يلتبس التعهد بالشرف مع بعض الأوضاع المشابهة له، كالتعهد المعلق على محض الإرادة وكذا الالتزام الطبيعي والعقد بدون قانون، لذلك كان لزاماً التمييز بينه وبين هذه الأوضاع بغية رفع اللبس والغموض الذي قد يكتنف التعهدات الشرفية في مجال التجارة

¹ _ من المنطقي تصور أن يلجأ الأطراف إلى التعهدات الشرفية عندما يكون اتفاقهما منافياً لقواعد النظام العام أو منافياً لقواعد المنافسة الحرة، لذلك أدرجنا في بحثنا هذا النظام العام وحرية المنافسة كقيود ترد على التعهدات الشرفية، وهذا ما سيتم تبيانها في المطلب الثاني من المبحث الجاري.

² _ Mousseron J.M. Guibal . M.L. Mainguy Daniel, Op.cit, p 229.

³ _ محمد مصطفى الجمال، المرجع السابق، ص 428.

الدولية، وعليه سنميز من خلال هذه الجزئية بين التعهد بالشرف وبين الإلتزام الطبيعي (أولاً) وكذا تميزه عن العقد بدون قانون (ثانياً).

أولاً: التعهد بالشرف والالتزام الطبيعي

في هذا الصدد سنبين مدى تداخل التعهد بالشرف مع الإلتزام الطبيعي، كما سنبين أوجه الإختلاف بينهما، فضلاً عن ذلك سنتحدث عن مدى صحة إعمال المفارقة بين التعهد بالشرف والإلتزام الطبيعي.

01_ أوجه التشابه بين التعهد بالشرف والإلتزام الطبيعي:

قد يتداخل الاتفاق الأدبي مع الإلتزام الطبيعي، بحيث أن لهذا التداخل بين الفكرتين له أسبابه كانهدام النصوص التشريعية التي تحكم مثل هذه الاتفاقات مما يدفع إلى البحث عن حلول لما تثيره من مسائل في الأفكار الأخرى أو في المبادئ العامة للقانون التي يمكن أن تطبق عليها، إذ أن فكرة الإلتزام الطبيعي هي الأقرب إلى فكرة الاتفاق الأدبي¹. كما أن الإلتزام الطبيعي قد يجد مصدره إما في نص القانون كما هو الحال في الإلتزام الطبيعي الناتج عن انقضاء الإلتزام المدني بالتقادم أو في الإلتزام الطبيعي لاسيما الناشئ عن هبة باطلة لعيب في الشكل، وإما في التزم أدبي يرتفع في وعي الجماعة إلى حد الشعور بوجود الوفاء بغية إرضاء للضمير والشرف، ففي الحالة الأخيرة يكون مصدر الإلتزام الطبيعي هو الإلتزام الأدبي².

02_ أوجه الاختلاف بين التعهد بالشرف والإلتزام الطبيعي

قد يختلف الإلتزام الطبيعي عن التعهد بالشرف في العديد من الجوانب، فالإلتزام الطبيعي قد ينشأ عن مصادر كثيرة من بينها الاتفاق على نحو يظل معه الفارق بينه وبين الاتفاق الأدبي قائماً، فالإلتزام الطبيعي يكون دائماً رهن حائق موضوعية ترتد إلى نصوص

¹ _ مجاجي سعاد، المرجع السابق، ص 93.

² _ محمد مصطفى الجمال، المرجع السابق، ص 428.

أو إلى الأخلاق العامة في المجتمع، بخلاف الالتزام الأدبي الذي يتعلق بالالتزام قرره إرادة الطرفين وأبقت عليه في الوقت نفسه بمنأى عن النظام القانوني وأحكامه¹.

هذا ويختلف الاتفاق الأدبي عن الالتزام الطبيعي في فكرة سلطان الإرادة، فالتعهد إما أن يعترف للإرادة بهذا السلطان فيبقى الاتفاق الأدبي خارج مجال القانون بحيث لا تقوم أي دعوى قضائية مسموعة بشأنه، وإما أن ينكر على الإرادة هذا السلطان، وذلك بأن ينتج عن الاتفاق الأدبي الآثار القانونية التي ترتبها الاتفاقات داخل إطار النظام القانوني، فيكون الاتفاق الأدبي منشأ لالتزام مدني².

03_ مدى صحة إعمال المفارقة بين الإنفاق الأدبي والالتزام الطبيعي:

إن إعمال المفارقة بين الالتزام الطبيعي والاتفاق الأدبي غير صحيحة على إطلاقها ذلك أن الالتزام الطبيعي إن كان ينشأ عن نص في القانون أو عن أصل خلقي عام فالمقصود بذلك هو المصدر غير المباشر أو المرتب للالتزام، وهو في الحقيقة قاعدة قانونية موضوعية تحتويها مصادر القانون المختلفة لاسيما التشريع والعرف، فإذا كان الالتزام الطبيعي متخلفاً عن التزام مدني سابق، فإن مصدره المباشر يكون ذات مصدر الالتزام المدني من عقد أو عمل مرتب للمسؤولية أو غير ذلك من التصرفات أو الوقائع القانونية³ وعليه يتبين أن الالتزام الطبيعي يمكن أن يكون مصدره المباشر هو الاتفاق الأدبي.

أما فيما يتعلق بالموازنة بين آثار الالتزام الطبيعي وآثار الاتفاق الأدبي، فالأمر يتوقف في الحقيقة على موقف القانون الوضعي لمختلف التشريعات من الاتفاق الأدبي، فإذا كان القانون الوضعي يخول لطرفي الاتفاق سلطة إخراج اتفاقهما من دائرة القانون فإن آثاره سوف تكون مشابهة لآثار الالتزام الطبيعي، ففي هذه الحالة سوف لا يكون بيد المستفيد من هذا الاتفاق دعوى للمطالبة بتنفيذه، وإذا قام أحد الطرفين بتنفيذه بالفعل فلا يكون له دعوى استرداد ما أداه⁴.

¹ _ مجاجي سعاد، المرجع السابق، ص 93.

² _ محمد مصطفى الجمال، المرجع السابق، ص 428.

³ _ المرجع نفسه، نفس الصفحة أيضاً.

⁴ _ مجاجي سعاد، المرجع نفسه، ص 94.

الباب الأول: الاتفاقات التمهيدية ذات الطبيعة شبه العقدية

هذا ويعد الأصل في التعهدات الشرفية أنها لا ترتب التزامات قانونية على عاتق الأطراف، فقد يحدث أحيانا أن ينتج عنها التزامات تتعدى الواجب الأخلاقي رغم أن الأطراف قد لا يقصدون ترتيب مثل هذه الآثار على هذه التعهدات، حيث يمكن للقاضي ألا يتقيد بإرادة الأفراد الظاهرة ويرتب آثارا قانونية على التعهدات الشرفية، بحيث يتمتع القاضي في هذا السياق بسلطة تقديرية مطلقة بشأن تقدير وتفسير إرادة أطراف خطابات الثقة واستخلاص النتائج القانونية المترتبة عليها¹.

وبناء على ذلك يتضح أن التعهد بالشرف يتداخل مع الالتزام الطبيعي من حيث أن الالتزام الطبيعي قد يكون متخفا عن التزام مدني سابق أي عن اتفاق، كما أنهما يتدخلان من حيث آثار الالتزام المترتبة، ذلك أنه لا يحق للدائن أن يطلب التنفيذ، وإذا نفذ الالتزام فلا يكون للمدين طلب إسترداد ما دفع، ولكن يختلف التعهد بالشرف عن الالتزام الطبيعي من حيث المصدر فقد يكون الالتزام الطبيعي مصدره القانون كإنقضاء الالتزام المدني بالتقادم وقد يجد مصدره في وعي الجماعة الذي يرتفع إلى حد الإحساس بضرورة الوفاء تقاديا لتوبيخ الجماعة وتأنيب الضمير، في حين التعهد بالشرف يكون دائما مصدره الاتفاق².

ثانيا: التعهد بالشرف والعقد بدون قانون

المقصود بالعقد بدون قانون هو أن العقد لا يخضع لأي قانون، ولكن هذا لا يعني تملص العقد من الخضوع للقانون بل يعني انصراف نية الأطراف إلى عدم إخضاع العقد لقانون وطني معين، حيث يخضع الاتفاق لنظام خاص وهو القانون الذاتي للعقد على اعتبار أنه يجوز للأطراف أن يجرؤا على القانون ما يجرؤونه على شروط العقد من تعديلات³، أي أن نطاق العقد بدون قانون يختلف تماما عن نطاق العقود الخاصة والمألوفة في القانون،

¹ _ مصطفى احمد عبد الجواد، خطابات النوايا الصادرة عن الغير في مجال الإثتمان، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية مصر، سنة 2000، ص 27.

² _ سعيد الناي، المرجع السابق، ص 356.

³ _ احمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، المرجع السابق، ص 124.

حيث نشأت فكرة العقد بدون قانون في أحضان القانون التجاري الدولي فصارت موضوعا مرتبطا بتنازع القوانين في مادة العقود الدولية¹.

ومنه فتحرر الأطراف في العقد بدون قانون لا يعد تحررهم في التعهد بالشرف، فإذا كان الأطراف في التعهد بالشرف يهدفون إلى استبعاد القانون وحكمه على هذا التعهد، فإن الأطراف في العقد بدون قانون لا يتهربون من تطبيق القانون ولا مانع من إخضاع العقد له و إنما يبغون عدم تقيده بقانون وطني معين، لذلك جاء في قرار المحكمة النقض الفرنسية أن كل عقد دولي هو بالضرورة مرتبط بقانون وطني²، وعليه فالتعهدات بالشرف وإن كانت مجردة من كل الآثار القانونية إلا أنه هناك حالات معينة يرتقي فيها التعهد بالشرف من تعهد أدبي إلى تعهد قانوني يرتب عليه القانون آثار معينة .

المطلب الثاني

مدى تقييد التعهدات الشرفية المقترنة بالتجارة الدولية

قد يتهربون الأطراف من قواعد القانون، فيبرمون إتفاقات الثقة كالتعهدات الشرفية بغية وضع اتفاقهم خارج نطاق القانون، إلا أن هذه الاتفاقات غير طليقة بل أنها قد تتقيد بالنظام العام الدولي، كما قد تكون منافية للمنافسة، ففي حالة النزاع فإنه يجوز الدفع بالنظام العام الدولي أو الدفع بأن هذه الاتفاقات مقيدة للمنافسة، وعليه سنقسم هذا المطلب إلى فرعين سنتحدث في الفرع الأول عن حرية المنافسة كقيد على التعهدات الشرفية، أما الفرع الثاني سنتحدث فيه عن النظام العام الدولي كقيد على التعهدات الشرفية.

الفرع الأول

حرية المنافسة كقيد على التعهدات الشرفية

إن النظام القانوني للمنافسة ليس سوى مجموعة قواعد قانونية تهدف إلى ضبط السوق ومجريات البيئة التجارية، والتي تقوم على دعائم السرعة والثقة والائتمان، وهي مميزات

¹ _ Vincent Heuze « le droit international privé français des contrat étude critique des méthode » Thèse, Paris, 1998, p 128.

² _ Cass Civ 21 Juin 1950 In Grand Arrêts La Jurisprudence Français De Droit Iut International Prive Par Renard Ancelle Et Yes Le Puetite, D Sirey 1987, P 257.

التجارة التي تطبع بيئة الأعمال في كل الدول دون استثناء، بحيث يتبين ما هو محظور من عدمه¹، وعليه سنتطرق خلال هذا الفرع إلى مفهوم المنافسة (أولاً)، كما سنبين مدى حظر بعض الاتفاقات المنافسة المنافسة لاسيما إذا تعلق الأمر باتفاقات الثقة كالتعهدات الشرفية في مجال التجارة الدولية (ثانياً).

أولاً: مفهوم المنافسة في مجال التجارة الدولية

التجارة بوجه عام تقوم على دعامتي الثقة والائتمان، لذلك ينبغي على التاجر ان يتحلّى بصفات الشرف والصدق في ممارساته التجارية، كما يتعين عليه الامتناع عن كل فعل يخالف الأصول المتعارف عليها، وعلى هذا الأساس إهتمت التشريعات المقارنة في اقتصادها بموضوع المنافسة²، وعليه سنحدد من خلال هذه معنى المنافسة في مجال التجارة الدولية، كما سنبين خصوصية المنافسة في مجال التجارة الدولية، وفضلاً عن ذلك سنبين أنواع المنافسة بغية رفع اللبس والغموض.

01_ ضبط معنى المنافسة في مجال التجارة الدولية

يقصد بالمنافسة التزاحم الناشئ بين التجار أو الصناع قصد تسويق وترويج اكبر قدر ممكن من منتجاتهم أو خدماتهم سواء المادية منها كالbضائع والسلع، أو المعنوية كالخدمات الصحية والاستشارات، حيث يحقق التجار هذه الغاية بالتعامل الأساسي، ألا وهو حرية المنافسة فيما بينهم وحرية الإختيار المكفولة لجمهور المستهلكين.

فإذا تحقق هذا التنافس بشرف وأمانة أي وفقاً لأحكام القانون والعادات التجارية والاتفاقات الخاصة، فإن ذلك يؤدي إلى تحقيق مزايا اقتصادية³، وبما أن المنافسة تؤدي إلى التنافس بين التجار على جذب أكبر قدر من الجمهور ومن العملاء والزبائن، فإنه لا بد أن

¹ _ قادي لطفي محمد الصالح، آليات حماية المنافسة في التجارة الدولية، رسالة كنوراه، تخصص قانون العمالن جامعة محمد خيضر، بسكرة، الجزائر، سنة 2010، ص 22.

² _ عزيز العكيلي، شرح القانون التجاري، الجزء الأول، دار الثقافة، عمان، الأردن، سنة 2005، ص 17.

³ _ عبد الفتاح مراد، شرح قانون حماية المنافسة و منع الممارسات الاحتكارية، دار البهاء، الإسكندرية، مصر، سنة 2005، ص 17.

يتم ذلك الإستقطاب في إطار النظام العام الداخلي عندما يتعلق الأمر بالتجارة الداخلية أو التشريع الدولي أو ما يعرف بالاتفاقيات الدولية إذا تعلق الأمر بعلاقات تجارية دولية تسعى إلى تحقيق أهداف معينة من خلال التبادل التجاري¹.

فالقواعد الآمرة أو ما يصطلح عليه في هذا الصدد بالنظام العام الاقتصادي تساهم في حماية الحقوق والحريات الخاصة بالفاعلين الإقتصاديين والتجار على حد سواء، وذلك من خلال التأكيد على حرية التجارة والصناعة وضبط السوق ومكافحة الممارسات التقيدية وبيان حقوق الزبائن²، فالفقه في الغالب نجده يسلط الضوء في تعريفه للمنافسة الغير المشروعة على الفعل الغير المشروع، حيث يتمثل هذا الأخير في الأفعال المادية للسلوك المخالف للنظام العام الاقتصادي³، ولكن يمكن أن تكون المنافسة غير مشروعة وفقا للاتفاقات تتم بين الأطراف على تقييد المنافسة.

02_ خصوصية المنافسة في مجال التجارة الدولية

المشروعات لا تزدهر إلا في ظل منافسة حرة تسودها الشفافية والمساواة خصوصا في زمن العولمة، حيث أصبح تدفق السلع والقيم عبر الحدود متجاوزة القارات دون رقيب ولا حسيب، هذا ولا تزدهر المشروعات إلا بالزامية الأخذ بنموذج المنافسة الذي يساهم في تحسين وضعية السوق عن طريق تسييرها على النحو يستجيب والمنافسة الحرة ويحقق التوازن بين مصالح التجار في مواجهة بعضهم البعض⁴.

فقانون المنافسة يضع الحدود المحظور تجاوزها من الأعوان الإقتصاديين، ويجعل للسلطة العامة تدخلا مباشرا سواء من تلقاء نفسها أو بناء على إخطارات بما يمكنها من إعادة التوازن المختل داخل السوق متى تم إنتهاك الحقوق المكفولة للأعوان الإقتصاديين، إذ ترك الفضاء التجاري متاحا للممارسات الغير المشروعة من تقليد وقرصنة وغيرها من

¹ _ أحمد فارس مصطفى، العلاقات الاقتصادية الدولية، منشورات جامعة حلب، سوريا، سنة 1982، ص 147.

² _ احمد محرز، الحق في المنافسة المشروعة، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، سنة 2001، ص 15.

³ _ معين فندي الشناق، الإحتكار والممارسات المقيدة للمنافسة على ضوء القوانين و الاتفاقيات الدولية، دار الثقافة الأردن، سنة 2010، ص 26.

⁴ _ قادري لطفي محمد الصالح، المرجع السابق، ص 39.

الممارسات الضارة بالمنافسة قد يؤدي نحو إضعاف فرص الاستثمار، وهو ما يشكل تهديدا لتدفق التجارة الخارجية للدولة.

03_ أنواع المنافسة

إذا كانت المنافسة من حيث البعد الإيديولوجي ديمقراطية النشاط الاقتصادي، فإنه يتعين أن تسود مبادئ الديمقراطية في السوق ذات الصلة، وهي العدل والحرية والمساواة لذلك ينبغي أن تراح جميع الحواجز التقليدية التي من شأنها أن تعرقل إنسياب وتدفق السلع والخدمات من الضرائب الجمركية، وذلك حتى يتمكن الفاعل الاقتصادي من الوصول إلى غايته التجارية¹، فالمنافسة قد تكون كاملة، كما قد تكون غير كاملة .

أ_ المنافسة الكاملة:

السوق الدولية غالبا ما تنفذ إليها البضائع عن طريق عمليات التصدير والإستيراد في صورها التي يكون موضوعا تبادل السلع ورؤوس الأموال وحركة الأشخاص الناشئة بين مجموعات سياسية مختلفة، وتزداد هذه الحركة وتنقص حسب طبيعة المنافسة²، إذ سنحدد في هذا الصدد معنى المنافسة الكاملة في مجال التجارة الدولية، كما سنبين خصائص المنافسة الكاملة، وفضلا عن ذلك سنبين شروط تحقيق المنافسة الكاملة.

أ-1_ معنى المنافسة الكاملة في مجال التجارة الدولية

يقصد بالمنافسة الكاملة بأنها تواجد عدد معتبر وكبير للبائعين، ويدخل في مفهومهم كل من يقدم عرضا من خدمات وبضائع وعدد يماثلهم نسبيا من المشتريين داخل السوق بالإضافة إلى وجود سلع متجانسة، ويضاف إلى ذلك ضرورة انتقاء العوائق أمام الدخول والخروج من السوق، وبالتالي حرية الإتجار³، فتبيان نموذج المنافسة الكاملة هو فهم الأسواق الأخرى، وذلك حتى يتمكن المكلفين بتنفيذ قانون المنافسة من فحص شرعية الممارسات

¹ _ قادري لطفي محمد الصالح، المرجع السابق، ص 25.

² _ سامي عفيفي حاتم، التجارة الخارجية بين التنظير والتنظيم، الدار المصرية اللبنانية، الطبعة 03، سنة، 1993، ص 36.

³ _ قادري لطفي محمد الصالح، المرجع نفسه، ص 28.

الباب الأول: الاتفاقات التمهيدية ذات الطبيعة شبه العقدية

والأفعال المرتكبة أثناء مزاوله النشاط الاقتصادي¹، فالحرص على توفير المنافسة التامة، هو السعي نحو تلاقي صور الهيمنة، وكذا السيطرة التي قد تفرض من قبل الشركات ذات البعد الاحتكاري، حيث يستغل فرصة غياب النصوص التنظيمية مما قد يمس بمبدأ حرية المنافسة².

يقصد بالمنافسة الكاملة في مجال التجارة الدولية تعدد المتعاملين الإقتصاديين المصدرين والمستوردين وتوزيعهم بشكل متوازن على الأقل مع الفاعلين الوطنيين سواء في التجارة أو الصناعة أو الخدمات أو الاستثمار في تناسب حجم الطلب الدولي، وفي بيئة اقتصادية تتوافر على تشريعات وإجراءات إدارية تؤثر بصورة مباشرة على سلوك العمال وعلى بنية السوق³.

إذ يجب أن يتم تحرير التجارة وتسهيل حركية عناصر الإنتاج وتداول الثروات في الفضاء الاقتصادي الذي يتيح الدخول إلى الأسواق والخروج منها، وذلك عن طريق إزالة الحواجز التي تمنع المنافسين الأجانب من الدخول إلى الأسواق الوطنية كالحماية الجمركية ونظام الحصص الكمية، وكذا الحد من الإفراط في إستخدام سياسات الدعم الحكومي، وإزالة صعوبات التمويل وحواجز التراخيص وغيرها⁴.

وغالبا ما نجد صعوبة في استخلاص سوق المنافسة الكاملة في الدول العربية، وذلك بسبب التضارب بين نتائج السوق وأهداف السياسة الحكومية، فبحكم ضآلة المداخل وسوء توزيع الثروة وإفتقار غالبية الدول العربية للبنية التحتية، وكذا تدني مستوى التعليم والضعف العام الذي يخيم على آليات السوق، فإن ذلك يحتم على الحكومات خاصة العربية التدخل في جهاز السوق بهدف توجيه مسار التنمية الاقتصادية وكذا الاجتماعية⁵.

¹ _ قادري لطفي محمد الصالح، المرجع السابق، ص 29.

² _ إن التعرف على الأسواق ذات المنافسة الكاملة يعود بالنفع على فهم السلوكيات التي يمكن ان تنشأ في الأسواق الأخرى.

³ _ قادري لطفي محمد الصالح، المرجع نفسه، ص 30.

⁴ _ مصطفى بابكر، سياسات التنظيم والمنافسة، سلسلة دورية تعني بقضايا التنمية في الأقطار العربية، جسر التنمية العدد 28، سنة 2004، ص 08.

⁵ _ قادري لطفي محمد الصالح، المرجع نفسه، ص 31.

وهناك ما يعرف بالمنافسة الكاملة على أنها ضرورة توافر عناصر، والتي تتمثل أساساً في التعددية والشفافية والتجانس السلعي وحرية الدخول والخروج من السوق، وإمكانية تنقل عناصر الإنتاج بين الفروع الأخرى وإعلام الزبون بأسعار السلع والمنتجات، وعليه فالمنافسة الكاملة هي تنظيم الفضاء الإقتصادي في السوق وفق توازنات بين عناصره المختلفة، بحيث يكون هناك توازن بين القوة الشرائية أو ما يعرف بمستوى الطلب وحجم المعروض، وذلك سواء تعلق الأمر بالعمالة أو الإنتاج أو التوزيع أو غير ذلك من حاجيات السوق دون أن يكون للدولة تدخل إلا فيما يتعلق بتوجيه المنافسة وضبطها¹.

أ-2_ خصائص المنافسة الكاملة:

لعل من أهم خصائص المنافسة نجد التجانس والتماثل في السلعة التي ينتجها المنتجون ويبيعونها في السوق، فعلى هذا الأساس تعد السلعة كل منتج بديل لمنتج آخر حيث يكون هذا التماثل في الخواص والإستخدام، وذلك بما يعطي للمشتريين إمكانية التحول من منتج إلى منتج آخر نتيجة التغير النسبي في السعر أو أية عوامل تنافسية أخرى، كما أن من خصائص المنافسة الكاملة عدم وجود عوائق دخول السلع والبضائع أو دخول الشركاء الإقتصاديين إلى السوق أو خروجهم منه حسب الرغبة والحالات، ومن ثم سهولة إنتقال عناصر الإنتاج من سلعة إلى أخرى، ومن منطقة جغرافية إلى أخرى.

وفضلاً عن ذلك فالمنافسة الكاملة تقتضي وجود عدد معتبر من صانعي العرض والطلب، ويقصد بذلك أن يكون عدد الفاعلين والشركاء الإقتصاديين بحجم معتبر قصد عرض سلعهم وخدماتهم يقابله عدد معتبر من المشتريين، وهم يمثلون في هذه الوضعية كتلة الطلب، هذا وتقتضي المنافسة الكاملة إحاطة وإعلام المستهلك بالأسعار التي يعرضها المنتجون، وبالتالي لا يمكن لهؤلاء المنتجون إستغلال جهل المستهلكين ومطالبتهم بسعر أعلى، ما يجعلهم تحت رحمة الفاعلين الإقتصاديين ومعرضة للهيمنة والإستغلال².

¹ _ قادري لطفي محمد الصالح، المرجع السابق، ص 32.

² _ المرجع نفسه، ص 28.

أ-3_ شروط تحقيق المنافسة الكاملة:

المنافسة الكاملة لا تتحقق إلا عن طريق الشفافية والتعددية وحرية النفاذ إلى الأسواق والتجانس السلعي، وإمكانية تنقل عناصر الإنتاج بين فروعها، وكذا إحاطة المستهلك بأسعار السلع المنتجة، فهذه العناصر مجتمعة تمثل المنافسة الكاملة، فالمقصود بالشفافية هو أن يكون كل من البائع والمشتري على دراية بما يدور في السوق، وذلك من حيث مستوى الأسعار ونوعية السلع والخدمات المطروحة، ومستوى الإقبال عليها وحجم التدفقات التي تحدث بالنسبة للبضائع والخدمات لكي يكيف كل من البائع والمشتري مركزه الاقتصادي حسب المعطيات المطروحة، فالشفافية تسمح بتحقيق عنصر الرقابة الذاتية المتبادلة بين الفاعلين في السوق مما يسمح بوضع حد للممارسات التي تؤثر سلباً على نظام المنافسة واستقرارها¹.

والمقصود بالتعددية هو وجود عدد معتبر من البائعين والمنتجين الذين ينتجون السلعة أو الخدمة، وكذا عدد معتبر من المشترين أو المستهلكين الذين يطلبون السلعة، بحيث لا يستطيع أي منهم أن يؤثر تأثيراً محسوساً على السوق من حيث الانسحاب أو من حيث الثمن السائد في السوق²، والمقصود بحرية النفاذ إلى الأسواق هو الحرية التجارية المتمثلة في حق العون الاقتصادي في عرض سلعه ومنتجاته وقت ما يشاء وبالكمية التي يريد وكذا حقه في الانسحاب من السوق، وفضلاً عن ذلك نجد مفهوم حرية النفاذ إلى الأسواق ينصب ضمن دائرة الطلب، بحيث لا يجوز إجبار العملاء والزبائن على إسترداد أشياء معينة دون الأخرى أو توجيههم نحو إقتناء بضاعة دون الأخرى.

أما المقصود بالتجانس السلعي هو أن تكون المنتجات أو الخدمات المعروضة في السوق متجانسة ومتماثلة من حيث المنافع التي يتم تقديمها إلى المستهلك، بحيث يجب أن تكون هذه السلع مساوية لبعضها البعض من حيث الإشباع الذي تقدمه للمشتري، وذلك دون أن يجد في إحدى السلع ما يدعوه إلى تفضيلها عن نظيراتها، ومن ثم يكون المستهلك في

¹ _ إسرائ خضر العبيدي، المنافسة والممارسات المقيدة لها، الجامعة الإسلامية، العراق، سنة 2010، ص 08.

² _ عبد الله الشامية وآخرون، مبادئ الاقتصاد الجزئي، دار الأمل، الأردن، سنة 1989، ص 250.

كامل الأريحية من حيث التحول من منتج إلى آخر¹، بينما عنصر إمكانية تنقل عناصر الإنتاج بين فروعها، فإنه يعد الشرط الأساسي الذي تقوم عليه المنافسة الكاملة، حيث يفيد سهولة انتقال عناصر الإنتاج من سلعة إلى أخرى ومن منطقة إلى أخرى لعدم وجود عوائق أمام انتقال عناصر الإنتاج بين الإستعمالات المختلفة البديلة، ومن ثم يجب ألا توجد حواجز تحول دون انتقال عناصر الإنتاج.

هذا ويتعين إحاطة المستهلك بأسعار السلع المنتجة، فيجب على الأعوان الإقتصاديين إخبار المستهلك بنوعية السلع المعروضة والثمن المقرر لها، وذلك على النحو الذي يساعد المستهلك في اتخاذ قراره بغية الإقدام على الشراء من عدمه، كما أن إحاطة المستهلك بأسعار السلع المنتجة يساهم إلى حد كبير في حماية الزبون من عوامل التضليل والخداع مما يترتب عليه تحقيق التنمية وتحقيق أغراض التجارة العادلة التي تقوم على التوازن بين مصالح الأطراف².

ب _ المنافسة غير الكاملة:

في هذا الصدد سنبين معنى المنافسة الغير الكاملة في مجال التجارة الدولية، كما سيتم تبين أهم صور المنافسة الغير الكاملة بغية رفع الغموض واللبس الذي قد يؤدي إلى الخلط بين المنافسة الكاملة والمنافسة الغير الكاملة.

ب-1_ معنى المنافسة الغير الكاملة في مجال التجارة الدولية:

المنافسة الغير الكاملة هي منافسة موجودة، إلا أنها تفتقر أحد العناصر التي تم ذكرها في المنافسة الكاملة، فهذه المنافسة قائمة على تخلف أحد الشروط اللازمة لتتمامها، بحيث أن هذا النوع من المنافسة يقتضي التعرف على نوعين من المنافسة المتصلين بنظام المنافسة الغير الكاملة، وهما احتكار القلة والمنافسة الاحتكارية³.

¹ _ قادري لطفي محمد الصالح، المرجع السابق، ص 33.

² _ المرجع نفسه، ص 34

³ _ المرجع نفسه، ص 35

الباب الأول: الاتفاقات التمهيدية ذات الطبيعة شبه العقدية

فالاحتكار هو كل فعل يؤدي إلى السيطرة والنفوذ بغية إحداث اضطرابات في معدلات ووفرة السلع وأسعارها، وذلك عن طريق إلغاء المنافسة أو إجبار المتنافسين على إخلاء السوق وإقصائهم منه، إذ ينطبق هذا السلوك على مستوى التجارة الدولية بحيث تعتمد الشركات المتعددة الجنسيات نحو اقتسام الأسواق فيما بينها عن طريق التقاهم المسبق أو الغش في العطاءات بخصوص المناقصات الدولية¹.

كما أن عدم وجود بدائل للمنتج الذي يوفره المحتكر يؤدي حتما إلى الوقوع في نظام المنافسة الغير الكاملة، وفي هذا الصدد نشير على أنه من الأساليب المؤدية إلى الإحتكار هو وجود عوائق تمنع دخول مؤسسات جديدة إلى السوق، وهي أحد الأساليب التي تحول المنافسة الكاملة إلى منافسة احتكارية².

ب-2_ صور المنافسة الغير الكاملة في مجال التجارة الدولية:

تتعدد صور المنافسة الغير الكاملة، فقد تكون في صورة إحتكار من طرف القلة، وقد تكون المنافسة بحد ذاتها إحتكارية، وعليه فإن إحتكار القلة هو نظام من المنافسة يتميز بوجود عدد قليل من المشروعات التي تستأثر فيما بينها على جزء جوهري أو الأعظم من السوق بينما تتقاسم بقية المشروعات التي تمارس نشاطها في ذات السوق على الجزء الثانوي منه بمعنى وجود عدد قليل من المؤسسات التي تتحكم بسعر سلعة نتيجة احتكار سوق سلعة ما.

فيكون في السوق عدد قليل من المنتجين أو العارضين يقابلهم عدد كبير من المشترين³، وتتصف صناعة إحتكار القلة بوجود عدد قليل من البائعين، بحيث أن نشاط البائع الواحد يعد ذا أهمية كبيرة بالنسبة لغيره من البائعين، وعليه فإن التغيرات التي تطرأ على الكمية المنتجة، فهذا الأمر يشير بأن البائعين في سوق الإحتكار المتعدد ليسوا مستقلين عن بعضهم البعض تماما كما هو الحال في سوق المنافسة الكاملة⁴.

¹ _ حازم حسن الجمل، الحماية القانونية للتجارة من الممارسات الغير المشروعة، دار الفكر و القانون، المنصورة، مصر سنة 2012، ص 59.

² _ إسراء خضر العبيدي، المرجع السابق، ص 10.

³ _ المرجع نفسه، ص 11.

⁴ _ قادري لطفى محمد الصالح، المرجع السابق، ص 36.

أما المنافسة الاحتكارية فهي تلك المنافسة التي تقع بين المنافسة الكاملة والاحتكار التام فهي مزيج من المنافسة التامة والاحتكار الكامل، حيث يمكن إعطاء مقارنة أكثر بالنسبة لهذه المنافسة مفادها أنها تقترب أكثر من المنافسة التامة مع بروز بعض مظاهر الإحتكار¹ فهذا النوع المنافسة يغلب عليه الطابع التعددي للمشروعات التي تعمل في سوقها مما يتيح بروز حالة من المنافسة الضارية، غير أن هذه المشروعات من حيث العدد أقل مما هو عليه الحال في المنافسة الكاملة، وهذا الأمر يجعل حصة كل مشروع في السوق تكون قليلة نسبياً دون ان يكون لها تأثير فعال في سوق السلعة².

ويتميز هذا النوع من المنافسة بأن السلع فيما تكون متميزة، وذلك عن طريق جعل السلعة تبدوا مختلفة ومتميزة في نظر المستهلكين، مما يمكن المشروعات من رفع أسعارها دون أن تخشى خطر انصراف العملاء عنها إلى مؤسسات المنافسة³.

إذ نشير في هذا الصدد أنه هناك تشابه بين المنافسة الاحتكارية مع المنافسة الكاملة بخصوص حرية النفاذ إلى الأسواق، حيث يمكن للشركات المتعددة الجنسيات الدخول إلى السوق الوطنية متى تشاء وتتسحب في الوقت التي تريد، وذلك وفقاً لمبادئ المنظمة العالمية للتجارة وانطلاقاً من مبدأ حرية التجارة الدولية التي تعد أحد الأهداف الجوهرية لقيام المنظمة الاقتصادية والشركات الاستثمارية⁴.

ثانياً: حظر بعض الاتفاقات المنافية بالمنافسة

التاجر أو العون الاقتصادي عموماً نجده يبذل كل جهده من أجل التفوق في السوق بغية تحصيل المنافع بأقل الخسائر والنفقات وبأسرع وقت، مما قد يجعله يبرم اتفاقات خارج نطاق القانون أي خارج دائرة القانون كالتعهدات الشرفية والتي تهدف إلى تقيد المنافسة سواء

¹ _ مغاوري شلبي علي، حماية المنافسة ومنع الاحتكار بين النظرية والتطبيق، دار النهضة العربية، مصر، سنة 2005 ص 126.

² _ عبد الله الشامية و آخرون، المرجع السابق، ص 296.

³ _ محمد سلمان الغريب، الاحتكار والمنافسة الغير المشروعة، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، سنة 2004 ص 111.

⁴ _ قادري لطفي محمد الصالح، المرجع السابق ، ص 38.

عن طريق الاحتكار أو بغية التقيد الرأسي للمنافسة، وعليه سيتم من خلال هذا الفرع تبيان مدى حضر اتفاقات الاحتكار، كما سيتم تبيان مدى حضر اتفاقات التقيد الرأسي للمنافسة.

01_ مدى حضر اتفاقات الاحتكار

التطرق إلى موضوع الاحتكار في سياق التجارة الدولية يقتضي التطرق أولاً إلى اتفاقية الجات¹ التي تمثل الإطار القانوني المبدئي، والذي أفرزت من خلاله القواعد الدولية الهامة التي تهدف إلى تنظيم العلاقات التجارية بين الأطراف المتعاقدة على الرغم من التحديات التي واجهتها من حيث إنفاذه تطبيقياً.

حيث يرجع ذلك للاختلافات الواقعية بين النهج والنظم المعمول بها في بقاع العالم مما ترتب عنه البحث عن طريقة مناسبة لتطويع هذه القواعد أو المبادئ، لكي تتسجم مع التصديق الفعلي بما يتلاءم مع أوضاع الدول وحالتها الاقتصادية، ولهذا عملت هذه الاتفاقية الدولية على تعزيز الروابط والصلات بين أعضاء الدول بما يساهم في تدفق التجارة الدولية وإنسيابها دون أن يحول في ذلك عراقيل من شأنها التأثير على الانسياب أو يحد من المنافسة ويحولها إلى منافسة غير عادلة².

فهذه الاتفاقية قد سعت إلى تكريس مبدأ المساواة بين الدول من خلال عدم التفرقة الذي ينبني على ضرورة التزام كل دولة بنفس المعاملة لجميع الدول في سياق العلاقات التجارية وحظر كل تمييز في ذلك، كما أوجبت على الدول الأعضاء تقادي إقامة تكتلات إقتصادية من أجل عرقلة إنسياب التجارة الدولية أو وضع عراقيل أو الهيمنة على مجريات بيئة العمال في الأسواق الدولية، وذلك بإتباع أساليب المنافسة الغير المشروعة أو الانحراف عن الممارسات التجارية المنضبطة والمستقيمة³.

فمن خلال إستقراء نصوص إتفاقية الجات يتبين أن إنشاء تكتلات إقليمية ذات بعد اقتصادي يعد في شكله المبدئي فعلاً محظوراً بإستثناء التكتلات الاقتصادية الرامية إلى

¹ _ الإتفاقية الدولية العامة للتعريفية والتجارة المعروفة اختصاراً الجات 1947.

² _ جابر فهمي عمران، المنافسة في منظمة التجارة العالمية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندريتين مصر، سنة 2011 ص 297.

³ _ المادة 24 من الاتفاقية الدولية العامة للتعريفية والتجارة المعروفة اختصاراً الجات 1947.

الباب الأول: الاتفاقات التمهيدية ذات الطبيعة شبه العقدية

إنشاء مناطق للتبادل التجاري الحر أو الاتحادات الجمركية الرامية إلى تفعيل حركية وانتساب التجارة الدولية تحت مظلة المنظمة العالمية للتجارة دون أن يهدف هذا التكتل نحو تقليص حجم المبادلات التجارية أو القضاء على مزايا المنافسة العادلة¹.

وطبقا للمادة 82 من معاهدة روما²، فإنه يعتبر محظورا كل الممارسات الناجمة عن التعسف في وضعية الهيمنة والتي تستهدف اقتسام الأسواق أو مصادر التموين أو مراقبة التطور التقني ومنافذ التسويق، وكذا الممارسات التي ترمي إلى تثبيت الأسعار في مستوى معين وأيضا فيما يتعلق بفرض شروط غير متكافئة في مواجهة الشركاء التجاريين وإجبار المتعاملين على إعادة بيع أو شراء أشياء ليس لها علاقة بموضوع العقد الأصلي.

ومنه يتبين أن المشرع الأوروبي حظر الممارسات التي تأتي بها المنظمات التجارية ومختلف الفاعلين الاقتصاديين، والتي تتطوي على تعسف الهيمنة الاقتصادية، فهذا الحظر يجد مؤيده في الممارسات الغير العادلة والتي يترتب عنها المساس بالنظام التنافسي على نحو يهدد المنافسة، ويجعلها قاصرة على فئة دون الأخرى في السوق ذات الصلة أو على جزء جوهري منه³.

إن معيار المركز الاحتكاري في سياق التجارة الدولية غير محدد، إلا أنه يرتبط بوجود عوامل طبيعية أو فنية أو تقنية، أو سيطرة المشروع الاحتكاري والمهيمن على براءة اختراع أو إستثنائه بعلامة لها شهرة واسعة وتتعلق بنوع من السلع أو الخدمات ذات الأهمية الإستراتيجية.

كما أن الممارسات التجارية الدولية لا تختلف كثيرا عن تلك التي تنشأ في الأسواق الوطنية⁴، فالتجارة الدولية ليست إلا مجموعة المعاملات التجارية الخارجية في صورها الثلاث، والمتمثلة في انتقال وخروج السلع أو الخدمات، وكذا رؤوس الأموال وعبرها إلى الحدود الأخرى بطريق التصدير والإستيراد التي تنشأ بين وحدات سياسية مختلفة، كما أن التجارة الوطنية والدولية لا يختلفان كثيرا إلا من حيث المركز الاحتكاري، ذلك أن في التجارة

¹ _ قادري لطفي محمد الصالح، المرجع السابق، ص 189.

² _ اتفاقية روما لسنة 1957 و ميثاق الإتحاد الأوروبي.

³ _ قادري لطفي محمد الصالح، المرجع نفسه، ص 190.

⁴ _ المرجع نفسه، ص 191.

الباب الأول: الاتفاقات التمهيدية ذات الطبيعة شبه العقدية

الدولية تتعدد فيها المعايير أما التجارة الوطنية فهي تقوم بالنظر إلى قناعة المشرع ورؤيته في ذلك مما يتلاءم مع ضمان النظام العام الاقتصادي¹.

وعلى العموم يصح القول أن الإحتكار في نطاق التجارة الدولية هو كل إجراء ينتج عنه عرقلة إنسياب التجارة الدولية القائمة على التخصص الإنتاجي للدول وفق ما تتمتع به من مزايا نسبية، ووفقا لممارسات لا تتناسب مع ما يجب مراعاته من سلوكيات تتفق مع قواعد المنافسة الدولية، هذا وقد أفرزت عولمة الأسواق عن ظهور الكثير من الممارسات غير المشروعة الهدف منها السيطرة الدولية بدلا من الاقتصار على منافسة الأسواق المحلية بهدف تحقيق أقصى ربح ممكن، لكن على نحو يتنافى مع الممارسات التنافسية الطبيعية أو من خلال جعل الأسواق الدولية رهينة الإحتكار والهيمنة الناجمة عن الممارسات الغير المشروعة².

ومن الممارسات المقيدة للمنافسة نجد الكارتلات الدولية، فهذا النوع ينشأ بين الشركات في دولتين أو أكثر من خلال ترتيبات مشابهة إلى حد كبير لترتيبات تحديد الأسعار أفقيا وغيرها من الاتفاقيات المانعة للمنافسة، ويهدف هذا النوع من الكارتلات إلى تقسيم الأسواق بين الشركات³، فالهدف من هذا هو توفير على الشركة عناء تكوين الشهرة التجارية والبحث عن عملاء جدد واكتسابهم ثم إقصاء المنافسين حتى يخلوا لها السوق، لكي تعاود فرض هيمنتها من جديد برفع الأسعار بغية تعويض الخسارة الناتجة عن البيع المنخفض تعسفا عن طريق الاتفاق مع مجموعة المساهمين المسيطرين على نقل السيطرة إليها⁴.

إن تنوع أساليب المنافسة التجارية لاسيما في المجال الدولي نتج عنه في الوقت المعاصر أشكالا وصورا تؤدي إلى إساءة المركز المهيمن كعقود القصر، بحيث يعد هذا الشكل من التعاقد التجاري الذي يجد قوامه في قاعدة العقد شريعة المتعاقدين، غير أن هذا النوع أو الشكل قد يتضمن بعض الاشتراطات التي تمثل في مضمونها مساسا بحرية التاجر

¹ _ مصطفى سليمان، التجارة الخارجية، دار المسيرة للنشر و التوزيع و الطباعة عان، سنة 2000، ص 12.

² _ حازم حسن الجمل، المرجع السابق، ص 85.

³ _ مؤتمر المم المتحدة للتجارة والتنمية، القانون النموذجي بشأن المنافسة، منشورات الأمم المتحدة، جنيف، سنة 2003، ص 42.

⁴ _ بوبطريخ نعيمة، الشخصية القانونية للشركات المتعددة الجنسيات في القانون الدولي العام، رسالة ماجستير، جامعة قسنطينة، الجزائر، سنة 2011، ص 115.

ويزداد الأمر سوءاً إذا كانت هذه الشروط تعيق التجارة أو تؤثر سلباً على مجريات المنافسة مما يوحي بأنه هناك نية للاحتكار¹.

فعقد القصر هو إتفاق بموجبه يضع المنتج أو الصانع شروطاً على الموزع أو من هذا الأخير على تاجر الجملة أو على تاجر التجزئة أو من طرف الأعلى مرتبة على الأدنى منه، حيث يتضمن الإتفاق التزام التاجر الذي يأتي في المرتبة الدنيا بمجموعة من الالتزامات تفرض عليه من قبل الأعلى مرتبة منه في درجة الهرم الاقتصادي، فحوى هذا الالتزام هو ضرورة البقاء تابعاً له في شراء السلع والبضائع والخدمات التي ينتجها أو يصنعها الأعلى مرتبة، أو أن يكون موضوع الالتزام الاقتصار على الشراء أو توزيع سلع التاجر الأعلى مرتبة من قبل الموزع أو تاجر التجزئة الذي يتعين عليه بموجب الإتفاق انحصار تعامله مع التاجر الأعلى مرتبة دون أن يكون وكيلاً عنه أو نائباً عنه².

02_ مدى حضر اتفاقات التقيد الرأسي للمنافسة في مجال التجارة الدولية

في هذا الصدد سيتم تحديد معنى التقيد الرأسي للمنافسة، كما سيتم تبين بعض تطبيقات التقيد الرأسي للمنافسة في مجال التجارة الدولية.

أ_ تحديد معنى التقيد الرأسي للمنافسة

إن إختلاف المراكز الاقتصادية بين المشروعات وإختلاف السياسات المتبعة لكل مشروع في مجال التجارة الدولية، قد ينتج عنه وجود مشروعات في قمة الهرم الاقتصادي بحيث تؤدي دور المنتج الرأسي وأخرى في قاعدة الهرم بحيث تعمل على تسويق وتوزيع ما يتم إنتاجه من هذه المؤسسات.

بحيث أن الوضع أعلاه لا يثير أي خرق أو تجاوز أو معارضة للنظام التنافسي طالما الأمر يقتصر على تفاعل لقوى العرض والطلب في صورة طبيعية فرضها منطق التباين في المراكز الاقتصادية في مجال التجارة الدولية³، ولكن قد يتدخل التاجر أو المنتج الأعلى

¹ _ قادري لطفي محمد الصالح، المرجع السابق، ص 226.

² _ معين فندي الشناق، المرجع السابق، ص 111.

³ _ قادري لطفي محمد الصالح، المرجع نفسه، ص 213.

الباب الأول: الاتفاقات التمهيدية ذات الطبيعة شبه العقدية

مرتبة في حرية وقناعة التاجر الأدنى مرتبة، بحيث يفرض عليه شروطا أو تدابير معينة تنشأ بينهما في إطار من التناسق والاتفاق المعقود بينهما، وهو ما يطلق عليه بالتقيد الرأسي للمنافسة¹.

يطلق على التقيد الرأسي للمنافسة التقيد العمودي، ويقصد به تلك الاتفاقات التي تتم على مستويات مختلفة في سوق الإنتاج أو التوزيع أو الخدمات لاسيما الاتفاقات التي تعقد بين منتج يتواجد في مستوى عالي نسبيا وموزعين يعملون في مستويات منخفضة، حيث تستمد هذه الممارسات مرجعيتها من سلسلة الإنتاج والتوزيع، بمعنى الحركة العمودية للبضائع إنطلاقا من منتج المواد الأولية إلى المستهلكين ومرورا بالصانع والموزع، حيث تقتضي فرض سعر البيع على الموزع مما لا يسمح له بتحديد هامش ربحه، وهو ما يشكل مساسا بحرية تحديد الأسعار في السوق².

وعليه فهذه الاتفاقات تتنافى ومبدأ حرية الأسعار التي تكفل للمتعامل الإقتصادي أن يعتمد السعر الذي يراه مناسباً لترويج بضائعه، طالما أنه لا يخالف ذلك قواعد النظام الإقتصادي التنافسي النافذ، ففرض أسعار إعادة البيع قد يوجد أساسا في اتفاق يعقد بين تجار التجزئة و يتولى المنتجون إنفاذه، وهذا يعني الإمتناع عن التنافس على الأسعار، مما يفضي إلى ظهور شبكة وعمليات فرض أسعار إعادة البيع تشير إلى تحديد أسعار التجزئة من قبل المصنع أو المورد الأصلي.

بحيث أن اتفاق تثبيت السعر يحقق فائدة للمنتجين، إلا أنه قد يضر بالمنافسة ذلك أن هذا الاتفاق قد يقضي على المنافسة تماما³، هذا ويقصد بالتقيد الرأسي للمنافسة على أنه كل إتفاق بين المنتج وهو التاجر الذي يأتي في المرتبة الأعلى وبين الموزع الذي هو في مرتبة أدنى على تقيد إعادة البيع بسعر معين، فمؤدى هذا التقيد هو أن يلتزم التاجر الموزع بإنفاذ اتفاق ابرامه مع التاجر المنتج في إطار تسويق منتج ما، وذلك بناء على قيود اتفاقية تحكم الطرفين من رغبتهما في الاستحواذ على السوق وتنمية الأرباح بين الطرفين.

¹ _ تبروسي محمد، ضوابط التنافسية في التشريع الجزائري، دار هومة للنشر والتوزيع، الجزائر، سنة 2010، ص 191.

² _ المرجع نفسه، نفس الصفحة.

³ _ أمل محمد شلبي، التنظيم القانوني للمنافسة ومنع الاحتكار، دراسة مقارنة، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية مصر، سنة 2008، ص 196.

وهناك من يعرف هذه الممارسات التجارية التقيدية على أنها إتفاقات تجمع بين مشروعين أو أكثر، بحيث يقف كل منهما على مستوى مختلف من العملية الاقتصادية لاسيما الاتفاقات التي تجمع بين منتج لأحدى السلع من جهة وموزع سلعة من جهة أخرى فالغرض المنشود من هذه الإتفاقات، هو سعي المشروعات المتنافسة في السوق لأجل غلق باب التنافس من حيث التقييد على الفاعلين الاقتصاديين واعتماد أسعار بحسب قناعتهم دون التفاعل الطبيعي العادي لقوى العرض والطلب باعتبارها المحدد الرأسي للأسعار¹.

ب_ تطبيقات التقييد الرأسي للمنافسة في مجال التجارة الدولية

تنقسم الإتفاقات التي تجرى بين مؤسسات الأعمال إلى اتفاقات رأسية وأخرى أفقية فالأولى هي تلك الإتفاقات التي تنشأ بين مشروعات متباينة من حيث المركز الاقتصادي في السوق بحيث يكون أحد الطرفين أو أكثر في مرتبة عليا والآخر في المرتبة الدنيا، مما يجعل هذا الأخير يخضع لأوامر وتوجهات الذي يعلو عليه، وذلك على الرغم من إستقلال كل منهما من الناحية القانونية، ومثال على الإتفاقات الرأسية نجد الإتفاقات التي تعقد بين مصنعي مكونات ومصنعي المنتجات التي تشمل تلك السلع، وبين المنتجين وتجار التجزئة أو بين تجار الجملة والتجزئة، فمن حيث المبدأ نجد هذه الإتفاقات تمثل خرقا فاضحا لقوانين المنافسة و السوق².

وعلى العموم فإن الشكل الذي يمكن أن يتخذه الإتفاق ليس له أهمية من حيث إمكانية خروجه من نطاق الحظر القانوني من عدمه، إذ أن العبرة بجوهر الاتفاق سواء تم بعقد أو بترتيب تفاهمي، والذي يمكن أن يمثل اتقاقا محظورا منذ اللحظة التي تمثل فيها أثاره أو محله إعتداء على المنافسة، ولا يؤثر على مشروعية القرار المتفق عليه من عدمه أن يتم خلال صيغة قانونية جديدة.

حيث يمكن أن ينشأ الإتفاق المتعلق بالتقييد الرأسي للمنافسة في مضمون العقد التأسيسي للشركة محل التحقيق، كما يمكن أن يبرم في إطار مستقل، فهذا لا يغدوا عن كونه أسلوبا

¹ _ نصري نبيل، المركز القانوني لمجلس المنافسة بين الأمر رقم 06/95 والأمر رقم 03/03، مذكرة ماجستير تخصص القانون الأعمال، كلية الحقوق، تيزي وزون الجزائر، سنة 2004، ص 65.

² _ قادري لطفى محمد الصالح، المرجع السابق، ص 217.

الباب الأول: الاتفاقات التمهيدية ذات الطبيعة شبه العقدية

في المساس بالمنافسة، وفي كلا الحالتين يمثل تهديد للمنافسة مما يترتب عليه البطلان¹ وعليه فلا أثر على صحة الإتفاق المقيد للمنافسة إذا أخذ صيغا مختلفة عن الصيغ الشائعة عادة في مجرى التجارة الدولية، ذلك أن العبرة بالأثر السلبي الذي يترتب الإتفاق على المنافسة وليس شكل الاتفاق الذي يستوي عند غالبية المشرعين في العالم².

إن مسألة القيود الرأسية في الولايات المتحدة الأمريكية تثير جدلا بين القضاء والكونغرس حول مدى مشروعية هذه الإتفاقات في مجال التجارة التنافسية التي تستمد مقوماتها من مبدأ الحرية التعاقدية، حيث قررت المحكمة العليا بالولايات المتحدة حضر كافة التصرفات والأعمال التي تنطوي على المساس بروح المنافسة بين الولايات المتحدة وبين الدول الأجنبية، وذلك استنادا إلى نص المادة 01 من قانون شرمان والتي تحظر إبرام العقود والتكتلات أو التواطؤ بين التجار بغية تقييد المنافسة³.

غير أن الكونغرس قرر مشروعية التقييد بحجة أنه نموذج من الأعمال التجارية المعقولة، إلا أنه عاد بعد ذلك وقرر عدم مشروعية هذه الإتفاقات التي تمس بروح المنافسة وعلى هذا الطرح قررت المحكمة التجارية في إحدى القضايا المرفوعة إليها بخصوص إخلال المدعى عليه بمضمون العقد لمواجهة المدعي الذي اشترط عليه البيع بسعر معين.

حيث أن المحكمة التجارية قد انحازت إلى طرح الدفع الذي قدمه المدعى عليه بخصوص حق الجمهور في الاستفادة من المنافسة التي تنشأ بين الفاعلين الاقتصاديين والتي تعود عليهم بالنفع، حيث اشترطت المحكمة أن يتم نقل ملكية البضائع بين المنتج والمورد، وألا يكون للمشتري وكيلا للمنتج لأن المسألة تأخذ بعدا آخر في حالة الوكالة التجارية⁴، والملاحظ على هذه القضية أن القضاء أراد أن ينوه إلى فكرة مضمونها هو ضرورة أن يكون التقييد الرأسي معقولا، وذلك بالرغم من عدم نظر المحكمة إلى النفع الذي قد

¹ _ إسرائ خضر العبيدي، المرجع السابق، 2010، ص 24.

² _ قادري لطفي محمد الصالح، المرجع السابق، ص 218.

³ _ أمل محمد شلبي، الحد من آليات منع الاحتكار من وجهة القانونية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، سنة 2006، ص 196.

⁴ _ احمد عبد الرحمن الملحم، التقييد الأفقي للمنافسة مع التركيز على اتفاق تحديد الأسعار، مجلة الحقوق، العدد 04 جامعة الكويت، سنة 1995، ص 31.

الباب الأول: الاتفاقات التمهيدية ذات الطبيعة شبه العقدية

يأتي من تحديد سعر إعادة البيع، وبالتالي يتضح أن القضاء الأمريكي قد اتجه إلى حظر التقيد الرأسي بجميع أنواعه و صوره¹.

هذا وقد عالج القضاء الأمريكي إحدى القضايا، والتي تتلخص وقائعها في أن المنتج وهو المدعى عليه قد قام بتعيين المناطق الجغرافية التي يحق لكل موزع العمل فيها، بحيث يحظر عليه تبعا للاتفاق الذي بينهما أن يقوم أي موزع بتوزيع السلعة خارج نطاق دائرة العمل أو الجهة الجغرافية المعنية بموجب الإتفاق.

إذ باشر الموزع دعوى قضائية ينعي فيها عدم مشروعية التقيد الرأسي المفروض عليه من قبل المنتج، إذ أن هذا الأمر جعل المحكمة تقف أمام خيارات حاسمة لا بد أن تأخذ بها فإما أن تعتبر هذا الأسلوب من التقيد الرأسي السعري محظورا انطلاقا من قاعدة الحظر المتضمن في قانون شرممان، وإما تعفي هذا الأسلوب التنافسي من الحكم السالف الذكر وذلك بالنظر إلى قاعدة السبب ومن ثم الحكم بمشروعيته²، فالقضاء الأمريكي قد حسم أمره بصفة نهائية وواضحة بشأن القيود الرأسية السعرية، حيث أنه إعتبرها من الأساليب التي قد تظهر في البيئة التنافسية وعلق حكمه بالحظر أو السماح بها حسب ما يترتب من فوائد أو مضار³.

هذا ويمثل تحديد الأسعار شكلا من أكثر أشكال الممارسات التقيدية، حيث يعتبر انتهاكا صارخا في حد ذاته في الكثير من الدول، لاسيما القضاء الأمريكي الذي حظر فرض أسعار إعادة البيع التي قد تشتمل على اتفاقات فيما يتعلق بأسعار السلع الأولية والمدخلات الوسيطة أو المنتجات التامة الصنع، وقد يشمل أيضا اتفاقات متعلقة بأشكال محددة لاحتماب الأسعار بما في ذلك منح تخفيضات وتنازلات ووضع قوائم الأسعار وتفاوت وتبادل المعلومات المتعلقة بالأسعار⁴.

والملاحظ أن القضاء المعاصر لاسيما القضاء الأمريكي الذي يأخذ بالسابقة القضائية نجده يتجه بأن يقوم بعملية قياس قانوني للوضع الإقتصادي الذي يحوم حوله الشك، ذلك

¹ _ معين فندي الشناق، المرجع السابق، ص 109.

² _ المرجع نفسه، ص 110.

³ _ قادري لطفي محمد الصالح، المرجع السابق، ص 221.

⁴ _ مؤتمر الأمم المتحدة للتجارة و التنمية، المرجع السابق، ص 23.

أنه ينطوي على ممارسات فيها إخلال بالحرية التنافسية، وهو بذلك يحاول أن يصرف النظر عن الشبهات التي لا أساس لها في الواقع.

فالإسقاط القانوني الصارم على الممارسات التجارية التقيدية دون الأخذ بالحسبان التمحيص في المسائل المعروضة يعد فعلاً ينطوي على جانب كبير من المخاطرة كالتعطيل الذي قد يمس عملية التنمية التنافسية لبيئة التجارة من حين إلى آخر بحجة وجود عمل تجاري قوامه التواطؤ بخصوص الأسعار وكذا اقتسام الأسواق¹، فمن التطبيقات القانونية في مجال التجارة الدولية لبعض الممارسات التقيدية للمنافسة والتي نظرت فيها لجنة الاتحادات الأوروبية نجد قضية شركة " واتس المحدودة "، حيث غرمت هذه الشركة لقيامها بترخيص حصري لفائدة شركة هولندية " ثيال بي في " والتي طالها الغريم هي الأخرى.

إذ يتعلق الموضوع حول استخدام الشركة المرخص لها علامة الشركة المنتجة لمنع إدخال واردات موازية إلى هولندا، بحيث وجدت اللجنة إتفاقات التوزيع الحصري كانت مصممة لتأمين الحماية الإقليمية المطلقة لشركة " ثيال بي في"، وذلك باستبعاد جميع الواردات من المنتجات الأصلية، وأن هذه الحماية دعمها حظر الصادرات الذي فرضته شركة " واتس " على تجار الجملة، فهذا النظام ككل ترك لشركة " ثيال بي في " مطلق الحرية في هولندا لتحديد أسعار المنتجات المستوردة²، ففي هذا الصدد نشير بأن الاتفاقات التي تنشأ بين مؤسسات الأعمال فيما بينها في سياق كيان إقتصادي تكون فيه هذه المؤسسات تحت سيطرة مشتركة، فإنه لا يسري عليها الحظر اذا قامت بممارسات مقيدة للمنافسة³.

الفرع الثاني

النظام العام الدولي كقيد على التعهدات الشرفية

قد يثور نزاع حول التعهدات الشرفية مما قد يجعل أحد الأطراف يفكر بالدفع بالنظام العام متى توافر السبب المطلوب، فالمقصود هنا النظام العام الدولي وليس النظام العام

¹ _ تقرير الأونكتاد حول سياسة المنافسة 2003، الفقرة 89، ص 40.

² _ تقرير الأونكتاد لسياسة المنافسة 2003، جنيف، منشورات الأمم المتحدة.

³ _ مؤتمر الأمم المتحدة للتجارة و التنمية، المرجع السابق، ص 21.

الداخلي ذلك أن هذا الأخير يعد طاغيا ومقيدا للعلاقات التجارية الدولية، كما أنه لا يتناسب وقواعد التجارة الدولية، وعليه سيتم خلال هذا الفرع تحديد معنى النظام العام الدولي في مجال التجارة الدولية (أولا)، كما سنبين فيهمدى جواز الدفع بالنظام العام في نطاق التعهدات الشرفية (ثانيا).

أولا: تحديد معنى النظام العام الدولي في مجال التجارة الدولية

غالبية التشريعات المقارنة لم تعرف النظام العام الدولي بل حتى الداخلي، بخلاف الفقه الذي تباينت آراءه فيما يتعلق بالنظام العام عموما، فالنظام العام الدولي يتميز عن النظام العام الداخلي من عدة جوانب سواء من حيث النطاق أو من حيث التطبيق أو حتى من حيث الدور الذي يلعبه كل منها، هذا وللنظام العام الدولي خصوصية في مجال التجارة الدولية وعليه سيتم من خلال هذه الجزئية تعريف النظام العام الدولي، كما سيتم تميز النظام العام الدولي عن النظام الداخلي، هذا وسيتم تبيان خصوصية النظام العام في مجال التجارة الدولية.

01_ تعريف النظام العام

النظام العام¹ عموما حسب بعض الفقه ما هو إلا الكيان السياسي والاجتماعي والاقتصادي لدولة ما بما يقوم عليه هذا الكيان من معتقدات تتعلق بالأمن والحرية والديمقراطية ومعتقدات إجتماعية تتعلق بالمساواة أمام القانون أو احترام أفكار دينية أساسية معينة أو عقائد مذهبية إقتصادية كالاشتراكية أو الرأسمالية أو نحوها من المذاهب والأفكار الإقتصادية كالعدالة الإجتماعية وتكافؤ الفرص وغيرها من الأمور²، كما يعرفه بعض الفقه على أنه جميع المبادئ الأساسية العليا للنظام القانوني النافذ في الدولة، والتي يقوم عليها

¹ _ تجدر الإشارة ان المشرع الجزائري لم يعرف النظام العام ذلك أنه ذا مفهوم نسبي متغير من حيث الزمان والمكان وذلك لتأثره بعوامل سياسية أو إقتصادية أو إجتماعية حسب الأحوال.

² _ أحمد مسلم، القانون الدولي الخاص المقارن في مصر ولبنان، مكتبة النهضة المصرية، مصر، سنة 1956 ص 203.

نظام المجتمع سياسيا واقتصاديا ودينيا وقانونيا وأخلاقيا، ويكون الدستور له الدور الحاسم في تكوين النظام العام¹.

فضلا عن ذلك نجد بعض الفقهاء يعرفه على أنه صمام الأمن الذي يحمي المجتمع الوطني من القوانين الأجنبية التي تتعارض أحكامه مع المبادئ الأساسية أو القيم العليا التي يقوم عليها المجتمع الوطني²، وعليه يتضح أن السبب في عدم تعريف النظام العام من قبل غالبية التشريعات امتيازه بالمرونة والغموض، فقد يتعارض النظام العام في دولة ما مع دولة أخرى، بل قد يتعارض في الدولة الواحدة، كما أنه قد يتعارض من حيث الزمان فما هو مخالف للنظام العام في وقت ما قد لا يعد مخالفا لوقت آخر.

02_ تمييز النظام العام الدولي عن النظام العام الداخلي

يتميز النظام العام الدولي عن النظام العام الداخلي من حيث النطاق أو المجال فالأول مجاله في العلاقات الدولية الخاصة، أما الثاني فمجاله العلاقات الخاصة داخل الدولة الواحدة³، ويتميز عليه أيضا من حيث التطبيق بحيث يتوجب إعمال النظام العام الدولي في أضيق النطاق بغية استبعاد القانون الأجنبي لاسيما إذا كان هذا الأخير يهدد المصلحة العليا في المجتمع⁴، وعليه فمجال النظام العام الدولي ضيق التطبيق مقارنة بالنظام العام الداخلي حيث نعطي مثال في هذا الصدد يتعلق بشرط الوفاء بالذهب الذي يعد مخالفا للنظام العام الداخلي في العقود الوطنية، ذلك أن النصوص القانونية توجب التعامل بالعملة الوطنية، أما على مستوى العلاقات الدولية الخاصة نجد القضاء الفرنسي قد أقر صحة هذا الإشتراط⁵ وبالتالي لا يجوز إعمال النظام العام الدولي إلا حدود ضيقة.

¹ _ ممدوح عبد الكريم حافظ عمروش، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين و الإختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، سنة 1998، ص 195.

² _ جمال محمود الكردي، تنازع القوانين، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، سنة 2005، ص 183.

³ _ حسن الهداوي، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، سنة 1998 ص 187.

⁴ _ المرجع نفسه، ص 189.

⁵ _ هشام علي صادق، تنازع القوانين، منشأة المعارف، مصر، سنة 1974، ص 317 .

وفضلا عن ذلك فالنظام العام الدولي يتميز عن النظام العام الداخلي من حيث الدور فالأول له دور دفاعي يهدف إلى استبعاد تطبيق القانون الأجنبي الذي حددته قواعد تنازع القوانين في قانون القاضي، إذ أنه يعد دفع استثنائي يقيد حكم قاعدة الإسناد¹، وعليه فالنظام العام الدولي يعتبر سبب لمنع تطبيق القانون الأجنبي بغية حماية النظام العام الوطني الذي قد يتم انتهاك مبادئه وأسسها من طرف القانون الأجنبي²، أما دور النظام العام الداخلي هو ضمان عدم الخروج الإرادي عن أحكام القانون الآمرة، ذلك أنه يقيد مبدأ سلطان الإرادة بحيث أنه لا يسمح للأفراد الاتفاق على مخالفته تلك القواعد، ومن ثم إبطال كل تصرف أو إتفاق يخالف النظام العام الداخلي³.

03_ خصوصية النظام العام الدولي في مجال التجارة الدولية:

إعترفت المحاكم الوطنية وهيئات التحكيم بإمكانية اللجوء لقواعد وأعراف التجارة الدولية كالقانون الواجب التطبيق على العقد في حالة النزاع التجاري الدولي، فهذا الأخير يحكمه نظام عام مختلف عن النزاعات الدولية غير التجارية، ذلك أن النظام العام الداخلي بقواعده لا يتناسب مع عقود التجارة الدولية⁴.

فالنظام العام الدولي يمثل القيم العليا لمختلف المجتمعات والأنظمة القانونية التي قد تخالف النظام العام لمجتمع ما داخليا⁵، فالإعتراف بالنظام العام الدولي من شأنه أن يضمن تنفيذ حكم التحكيم على نطاق واسع في أي دولة اعترفت به⁶، فالقاضي أو المحكم الوطني

¹ _ سعيد يوسف البستاني، القانون الدولي الخاص، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، سنة 2004، ص 227.

² _ ممدوح عبد الكريم حافظ عمروش، المرجع السابق، ص 199.

³ _ حفيفة السيد حداد، الموجز في القانون الدولي الخاص، المبادئ العامة في تنازع القوانين، منشورات الحلبي الحقوقية لبنان، ص 299.

⁴ _ محمود سلطان عبد الله، الدفع بالنظام العام وأثره، مجلة الرافدين للحقوق، المجلد 12 العدد 43، العراق، سنة 2010، ص 100.

⁵ _ جميلة بلعيد، التحكيم التجاري الدولي بين النظام العام الداخلي و النظام العام الدولي، مجلة مصر المعاصرة، المجلد 104، العدد 505، مصر، سنة 2012، ص 421.

⁶ _ عبد المطلب ممدوح عبد الحميد، الدسوقي إنعام السيد، تأثير فكرة النظام العام على حكم التحكيم وتنفيذه، دراسة مقارنة، مجلة الأمن و القانون، أكاديمية شرطة دبي، المجلد 11، العدد 01، الإمارات، سنة 2003، ص 23.

في ميدان التجارة الدولية متى وجد القانون الواجب التطبيق غير مخالف للنظام العام الدولي فإنه يسارع في تطبيقه دون إعتبار لمخالفته النظام العام في الدولة التي سينفذ فيها¹. ويؤكد فقه القانون التجاري الدولي على وجود نظام عام خاص بالمعاملات التجارية الدولية يجب مراعاته، وأنه يسعى لحفظ مصالح التجارة الدولية²، وأن القواعد المادية التي تظهر أكثر ما يكون في العلاقات التجارية الدولية هي المطبقة في هذا المجال بشرط عدم التعارض مع النظام العام الدولي الذي يحكم هذا النوع من المعاملات³، ورغم الإنتقادات التي وجهت للنظام العام الدولي، إلا أن الدول بدأت تأخذ به في ظل تطور العلاقات الدولية التجارية⁴، فهذه العلاقات في غالب يحكمها إتفاقيات دولية تجارية لها نظامها العام الذي تسمو به على القوانين الوطنية التي لا تملك تنظيمًا لهذه العقود والعلاقات الدولية، مما يعني إمكانية الأخذ بالنظام العام الدولي في هذا الصدد⁵.

ثانياً: مدى جواز الدفع بالنظام العام في نطاق التعهدات الشرفية

إعمال الدفع بالنظام العام الدولي في مجال التجارة الدولية عموماً قد يرتب مشكلة تحديد القانون الواجب التطبيق في ظل إختلاف قواعد الإسناد في التشريعات، فللمحكم دور لا يقل أهمية عن دور القاضي في تحديد القانون الواجب التطبيق على نزاعات التجارة الدولية، والتي يتصور أن تكون إتفاقات الثقة محلاً للإعمال الدفع بالنظام العام، وعليه سيتم من خلال هذا الفرع التطرق إلى إشكالية الدفع بالنظام العام الدولي، كما سيتم تبيان دور أو صلاحية المحكم أو القاضي على حد سواء في إعمال الدفع بالنظام العام الدولي.

¹ _ حمزة حداد، بطلان حكم التحكيم لمخالفة النظام العام في القوانين العربية، ورقة عمل مقدمة في ملتقى مكة الثاني للتحكيم، المعهد العربي للتحكيم و التسويات البديلة، سنة 2008، الفقرة 21.

² _ شيعان فراس كريم، حسن طه كاظم، القواعد المادية للتجارة الإلكترونية، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، المجلد 08، العدد 02، سنة 2016، ص 322.

³ _ العبودي عباس، المناهج الجديدة في العلاقات الخاصة الدولية وأثرها في قاعدة تنازع القوانين، كلية البرموك الجامعة المجلد 08، العدد 01، العراق، سنة 2016، ص 05.

⁴ _ محيسن صادق زغير، الأسانيد القانونية لتطبيق القواعد الموضوعية في الحياة الخاصة الدولية، مجلة جامعة ذي قار العلمية، المجلد 10، العدد 03، العراق، سنة 2015، ص 30.

⁵ _ شيعان فراس كريم، حسن طه كاظم، المرجع السابق، ص 77.

01_ إشكالية الدفع بالنظام العام

إعمال الدفع بالنظام العام يتم عندما تشير قاعدة الإسناد إلى تطبيق القانون الأجنبي فلا يتصور تطبيق الدفع بالنظام العام إذا كان قانون القاضي هو القانون الواجب التطبيق¹ فالنظام العام يتعلق بالنظم الأساسية والجوهرية في قانون القاضي، وليس مجرد التعارض بين قواعد قانونية في دولة القانون الأجنبي ودولة القاضي².

فالتعارض المطلوب في استبعاد القانون الأجنبي هو التعارض الجوهرى مع المثل والقيم العليا متمثلا في المسائل التي تعتبر نظاما عاما من الدرجة الأولى كمسائل الشريعة الإسلامية، بحيث يجب التفرقة بين القواعد المطبقة على المسلمين فحسب وتلك المطبقة على المسلمين وغيرهم على حد سواء فالأولى لا تبرر إعمال الدفع بالنظام العام في حالة ما إذا كان النزاع متعلقا بطرف أجنبي غير مسلم ذلك أن النظام العام الوطني لن يتأثر بمخالفة غير المسلم لقواعد الشريعة الإسلامية لأنه غير خاضع لها، أما الطائفة الثانية فهي مبرر دائما للدفع بالنظام العام³.

كل دولة يتوقع أن تنص على قواعد حمائية تخص فئات معينة ترتيبا لوضع داخلي فيها، فليس من المنطق أن تصل هذه القواعد الحمائية إلى حد استبعاد قانون أجنبي خاصة وأن هذه القواعد لا تشكل في الحقيقة قيما مثلى أو مبادئ عليا لدى المجتمع، إنما يصلح أن يطلق عليها وصف القواعد القانونية التنظيمية التي تمثل معالجة تشريعية لأوضاع فئات معينة بغية ترتيب الأوضاع الداخلية للدولة.

ولذلك ينبغي ألا توظف لاستبعاد القوانين الأجنبية⁴، لذلك يتعين على القضاء حين تقديره لمدى توافر مخالفة النظام العام أن يبحث في ذلك بحثا موضوعيا قائما على أدلة واقعية، وليس مجرد الاعتماد على تقديره الشخصي لتوافر المخالفة تحت طائلة رقابة

¹ _ النكروري عثمان، الوجيز في القانون الدولي الخاص، المكتبة الأكاديمية، فلسطين، سنة 2017، ص 65.

² _ إبراهيم خالد يحيى، نحو تضيق نطاق النظام العام لمصلحة القانون الأجنبي في سياق القانون الدولي الخاص، مجلة جامعة الشارقة، للعلوم القانونية، المجلد 16، العدد 02، فلسطين، سنة 2019، ص 158.

³ _ عبد الكريم ممدوح، القانون الدولي الخاص تنازع القوانين، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، سنة 2005 ص 201.

⁴ _ إبراهيم خالد يحيى، المرجع السابق، ص 161.

الباب الأول: الاتفاقات التمهيدية ذات الطبيعة شبه العقدية

المحكمة الأعلى درجة على استدلاله فيما إذا كان سائغا من عدمه¹، ولذلك تظهر أهمية إدراك اختلاف مفهوم النظام العام في العلاقات الخاصة الدولية والذي يفيد تضيقه في عدم تعطيل العلاقات ذات العنصر الأجنبي، ومن ثم الاستفادة من العقود الدولية المهمة اقتصاديا².

يشترط ألا يكون التعارض بين أحكام القانون الأجنبي والنظام العام مجرد تعارض نظري، بل لا بد أن يكون له أثر فعلي في أرض الواقع، لذلك يجب أن يؤثر في قيم ومبادئ المجتمع بشكل ملموس³، فلا بد من النظر إلى الأثر الفعلي للقانون الأجنبي، فإذا كانت نتائج تطبيقه تمس بشكل صارخ القيم والمثل العليا فإنه يجب استبعاده، أما إذا كان تطبيقه لا يحقق ضررا ملموسا فلا عبرة بهذا الاختلاف⁴، وعليه يجب النظر في معيار معين لتحديد ما إذا كان القانون الأجنبي الذي تعينه قواعد الإسناد سينتج أثاره الواقعية فالضابط الأكثر وجهة في هذا الصدد هو ضابط الإقليم الذي سينفذ فيه الحكم الصادر بعد تطبيق أحكام القانون الأجنبي⁵.

02_ مدى صلاحية المحكم في أعمال الدفع بالنظام العام الدولي

يتمتع المحكم بصلاحيات أوسع من صلاحيات القاضي في عدة جوانب لاسيما فيما يتعلق باختيار القانون الواجب التطبيق على النزاع، فرغم من أن المحكم في حالات معينة يخضع لقاعدة الإسناد في القانون الوطني كمحدد للقانون الواجب التطبيق، إلا أنه في المقابل يملك سلطة اختيار القانون أو القواعد القانونية الواجبة التطبيق دون اللجوء إلى منهج

¹ _ الأمين خير الدين كاضم، سلطة القاضي التقديرية في القانون الدولي الخاص، مجلة جامعة بابل للعلوم الإنسانية العراق، الجزء 15، العدد 02، سنة 2008، ص 828.

² _ خروبة حمزة، موانع تطبيق القانون الأجنبي، رسالة ماجستير، جامعة سطييف، كلية الحقوق والعلوم السياسية، سنة 2013_2014، ص 23.

³ _ قريقر فتيحة، النظام العام و التحكيم التجاري الدولي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 01 بن يوسف بن خدة، الجزائر، سنة 2017، ص 85.

⁴ _ المصري محمد وليد، الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص، دراسة مقارنة للتشريعات العربية والقانون الفرنسي، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، سنة 2009، ص 261.

⁵ _ الخراز إلهام، التحكيم التجاري الدولي في إطار منهج التنازع، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، كلية الدراسات العليا جامعة النجاح الوطنية، فلسطين، سنة 2009، ص 29.

الباب الأول: الاتفاقات التمهيدية ذات الطبيعة شبه العقدية

قواعد الإسناد، ويشترك المحكم والقاضي في إمكانية تطويع فكرة النظام العام في العلاقات التجارية الدولية لجعلها منسجمة مع هذا النوع من العلاقات، وأثر ذلك إمكانية اللجوء للنظام العام التجاري الدولي الذي يتجاوز النظام العام الوطني التقليدي، فإذا كان القاضي موظفا لدى الدولة ومطبقاً لنظامها العام، فإن المحكم حر طليق لا يشترط أن يخضع بنفس المستوى للنظام العام في دولة القاضي¹.

المحكم ليس مجبراً على إتباع قانون دولة معينة أو الخضوع له في تحديد القانون الواجب التطبيق، إذ أن هذا الأمر هو الذي يميز المحكم عن القاضي، ولهذا السبب يلجأ المتقاضون إلى التحكيم ذلك أن هذا الأخير هو الذي يوفر لهم ضمانات أكبر بغية التنفيذ دون هواجس مخالفة النظام العام²، فالأصل أنه إذا لم يتفق الأطراف على القانون الواجب التطبيق، فإن المحكم يتدخل بدوره لتحديده، وذلك من خلال قواعد الإسناد في مكان إجراء التحكيم أو وفقاً لقواعد العدالة والإنصاف إذا كان مفوضاً بالصلح من قبل الأطراف ومعنياً من التحكيم بالقانون³.

ومهما كانت طريقة تحديد القانون الواجب التطبيق، فإنه يجوز للمحكم استبعاده إذا كان مخالفاً للنظام العام أو الآداب العامة، فإذا كان التحكيم محلياً فإن المحكم حين تطبيق القانون الأجنبي ينبغي أن يستبعد القانون الأجنبي إذا كان مخالفاً للنظام العام في دولته⁴ أما إذا كان التحكيم دولياً، فإن المحكم غير ملزم بإعمال الدفع بالنظام العام الوطني في مكان إجراء التحكيم، وإنما الأخذ بفكرة النظام العام الدولي، وذلك في حالات النزاع التجاري الدولي وإن كان مخالفاً للنظام العام الوطني⁵.

¹ _ إبراهيم خالد يحيى، المرجع السابق ص 166.

² _ صادق هشام، حداد حفيظة السيد، مبادئ القانون الدولي الخاص، دار المطبوعات الجامعية، سنة 2001 ص 205.

³ _ الصانوري مهند أحمد، دور المحكم في خصوصية التحكيم الدولي الخاص، دراسة مقارنة لأحكام التحكيم التجاري الدولي في غالبية التشريعات العربية والأجنبية والاتفاقيات و المراكز الدولية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، سنة 2005، ص 137.

⁴ _ شندي يوسف، التحكيم الداخلي والدولي في ظل قانون التحكيم الفلسطيني، دراسة مقارنة، جامعة بيرزيت، فلسطين سنة 2004، ص 336.

⁵ _ العجلوني ياسر محمد، التحكيم و النظام العام في القانون الأردني، مجلة المنارة للدراسات القانونية والإدارية، المغرب العدد 07، سنة 2014، ص 192.

والجدير بالذكر أنه إذا تعلق الأمر بتنفيذ قرارات التحكيم، فإن الاتجاه الحديث يدعو إلى ضرورة تنفيذ تلك القرارات وعدم اللجوء إلى فكرة النظام العام إلا في أضيق الحدود ضماناً لهدف التحكيم المتمثل في السرعة والبعد عن التعقيد¹، وفي هذا الصدد نشير أنه يمكن تنفيذ حكم التحكيم ولو كان باطلاً في دولة التحكيم إذا كان لا يخالف النظام العام في دولة التنفيذ².

03_ الآثار المترتبة على استبعاد القانون الأجنبي

إذا ثبت للقاضي أن القانون الأجنبي يخالف النظام العام مخالفة واضحة، فإن الأصل استبعاد كل هذا القانون من التطبيق، غير أن القضاء لاسيما الفرنسي نجده قد أخذ على عاتقه التخفيف من أثر هذا الحكم، حيث إتخذ نهج الإستبعاد الجزئي للقانون الأجنبي الذي يتعارض مع النظام العام في دولة القاضي، فإذا تم إستبعاد القانون الأجنبي لمخالفته للنظام العام، فإنه لا يجوز أن يظل النزاع معلقاً، بل يجب أن يختار القاضي قانوناً لحكم النزاع حيث تختلف الآراء حول القانون الواجب التطبيق على النزاع المطروح³، إلا أن الغالب هو تطبيق قانون القاضي⁴.

حيث أن هذا الاتجاه قد أخذت به بعض التشريعات المقارنة لاسيما التشريع الألماني والجزائري والتونسي، غير أن بعض القوانين سكتت عن ذكر القانون المطبق بدلاً عن القانون الأجنبي لاسيما القانون السوري والإماراتي والأردني، وفي هذا الصدد نشير أن القانون الفلسطيني قد أخذ اتجاهاً مغايراً، حيث قرر تطبيق مبادئ القانون الدولي الخاص⁵ وعليه فتطبيق قانون القاضي يعد الأكثر انسجاماً مع فكرة النظام العام الوطني، ذلك أنه يضمن عدم مخالفة قانون القاضي.

¹ _ إبراهيم خالد يحي، المرجع السابق، ص 168.

² _ كركر جوزيف حبيب، تطبيقات النظام العام في ضوء أحكام اتفاقية نيويورك، رسالة ماجستير، الجامعة الأردنية، كلية الدراسات العليا، الأردن، سنة 2008، ص 86.

³ _ دواس امين، تنازع القوانين في فلسطين، دراسة مقارنة، دار الشروق للنشر و التوزيع، عمان، الأردن، سنة 2001 ص 242.

⁴ _ الصانوري مهند أحمد، المرجع السابق، ص 177.

⁵ _ إبراهيم خالد يحي، المرجع السابق، ص 175.

والخاص بالذكر أن مبادئ القانون الدولي الخاص لم يتم تعريفها كما لم يتم حصرها غير أن ما قيل عنها أنها قواعد تتعلق بتنازع القوانين الأكثر شيوعاً من غيرها في العالم بحيث أنها تختلف عن القواعد المادية في القانون الدولي الخاص، فهذه الأخيرة تطبق دون مرور بمنهج قواعد الإسناد¹.

فلقد قيل على مبادئ القانون الدولي الخاص أنها جملة من الأحوال الشائعة المستقرة في القانون المقارن على مستوى التشريع أو الفقه أو حتى القضاء أو التحكيم حيث يستعين بها القاضي عند غياب النص أو عدم كفايته لحكم العلاقة المشوبة بعنصر أجنبي²، وتدخل العادات والأعراف التجارية التي تحكم العقد موضوعاً ضمن مفهوم مبادئ القانون الدولي الخاص³، كما يجب التنبيه على إمكانية الأخذ بالنظام العام الدولي وفق هذه الأعراف والعادات التجارية ابتداءً من فحص مدى توافر مخالفة القانون الأجنبي للنظام العام من عدمه⁴.

قد لجأت بعض التشريعات والآراء الفقهية بغية تضيق نطاق الدفع بالنظام العام إزاء القانون الأجنبي إلى تبني الأثر المخفف للنظام العام الذي يسمح بتطبيق القانون الأجنبي بحيث تم تبني الاستبعاد الجزئي للقانون الأجنبي بعدم تطبيق الجزء المخالف للنظام العام دون الجزء غير المخالف⁵، حيث يقصد بالأثر المخفف للنظام العام الاعتراف بالمركز القانوني الذي ترتب في الخارج ولكن تمتد آثاره في دولة القاضي، فيجب عندئذ التفرقة بين نشوء المركز القانوني في دولة القاضي، ونشوء المركز خارج إقليم دولة القاضي وترتيب آثاره خارجاً مع امتداد آثاره داخل إقليم دولة القاضي، وذلك دعماً للعلاقات الدولية⁶.

¹ _ ديب فؤاد، المحكم الدولي و نظم تنازع القوانين الوطنية، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، مجلد 24 العدد 02، سوريا، سنة 2008، ص 48.

² _ عبد الله وسام توفيق، مبادئ القانون الدولي الخاص، مجلة الرافدين للحقوق، المجلد 16، العدد 54، العراق، سنة 2013، ص 44.

³ _ حسين مظفر ناصر، القانون الواجب التطبيق في قرارات هيئات التحكيم الدولية، مجلة تكريت للعلوم القانونية والسياسية، العدد 07، العراق، ص 29.

⁴ _ إبراهيم خالد يحيى، المرجع السابق، ص 176.

⁵ _ المرجع نفسه، ص 172.

⁶ _ دواس امين، المرجع السابق، ص 245.

المبحث الثاني

مشكلات التعهدات الشرفية المعتبرة بأنها ملزمة

التعهدات الشرفية قد تكون ملزمة وقد تكون غير ملزمة، وذلك بحسب ما إشتمل عليه التعهد بالشرف من عناصر معينة تتمكن المحكمة من خلالها من تكيف هذه التعهدات إما ضمن خانة الالتزام القانوني وإما ضمن خانة الالتزام الأدبي المجرد من كل أثر قانوني، فإذا كانت هذه التعهدات ملزمة وجب على القاضي أن يسارع في تطبيق القانون الواجب التطبيق وفقا لقواعد الإسناد المقررة قانونا، غير أن هذا الحكم قد يصطدم بتحاييل أحد الأطراف على القانون كأن يغير في جنسيته لتفادي تطبيق القانون الواجب التطبيق، إذ في هذا الصدد نشير أن غالبية التشريعات المقارنة قد وضعت قاعدة أخرى للقاضي بمقتضاها يتم دحض تحايل وغش المتعاقد ألا وهي قاعدة الغش نحو القانون، وعليه سنقسم هذا المبحث إلى مطلبين، سنتحدث في المطلب الأول عن القوة الملزمة للتعهدات الشرفية، أما المطلب الثاني سنبين فيه أثر قاعدة الغش نحو القانون على التعهدات الشرفية.

المطلب الأول

القوة الملزمة للتعهدات الشرفية

الأصل في التعهدات الشرفية أنها لا تعدوا إلا أن تكون تعهدات أدبية لا يرتب عليها القانون التزاما، غير أنه قد يأخذ التعهد بالشرف منزلة الإلتزام القانوني الذي يترتب على الإخلال به قيام مسؤولية من أخل به، هذا وقد تنزل المحكمة بالتعهدات الشرفية إلى منزلة الإلتزام القانوني وفقا لعناصر محددة، لذلك وجب تبيان مدى إلزامية التعهدات الشرفية وفقا لأقرته الأنظمة المقارنة(الفرع الأول)، فإذا كانت ملزمة فإنه يتصور أن تكون منازعات حول هذه التعهدات حينئذ تكون بصدد مسألة تنازع القوانين التي تعد من الموضوعات المهمة في نطاق التشريعات المقارنة(الفرع الثاني).

الفرع الأول

مدى إلزامية التعهدات الشرفية

غالبية التشريعات المقارنة بما في ذلك المشرع الجزائري لم تنص بشكل واضح ومفصل على التعهدات الشرفية في ما إذا كانت ملزمة أم غير ذلك، إذ سنكتفي خلال هذا الفرع بتبيان موقف القانون والقضاء الإنجليزي من التعهدات الشرفية المقترنة بالتجارة الدولية (أولا) وأيضا تبيان موقف القانون والقضاء الفرنسي إزاء هذه التعهدات (ثانيا)، هذا وسنتحدث عن أثر مبدأ حرية شكل العقد على التعهدات الشرفية الرامية لبيع البضائع (ثالثا).

أولا: موقف القانون والقضاء الإنجليزي إزاء التعهدات الشرفية

الهدف من تبيان موقف التشريعات المقارنة لاسيما التشريع الإنجليزي إزاء التعهدات الشرفية المقترنة بالتجارة الدولية هو الوقوف على مدى إلزامية هذه التعهدات في مواجهة الأطراف.

01_ موقف القانون الإنجليزي من التعهدات الشرفية:

التعهد بالشرف في القانون الإنجليزي لا يعد ملزما من الناحية القانونية ولا يخضع لاختصاص المحاكم إلا إذا صيغت هذه التعهدات بعبارات وألفاظ محددة وواضحة، ففي هذه الحالة يدخل التعهد في نطاق العقد، ويترتب على الإخلال به مسؤولية المتعهد بتنفيذ ما ورد في تعهده¹.

والأصل أن التعهدات الشرفية ليس لها أي قيمة تعاقدية أو قيمة ملزمة ويرجع ذلك إلى عدم وجود عامل المخاطرة في الاتفاق الشرفي الذي يحكم مسيرة العقد في القانون الإنجليزي وبالتالي إستقر الوضع في القانون الإنجليزي على أن الأصل في التعهدات الشرفية ليس لها قيمة تعاقدية، وبالتالي ليس لها قوة ملزمة بالنسبة لمصدرها، فهو مجرد نية أو تعهد شرف لا يصلح في غير وجود إرادة صريحة لمصدره بأن يكون اتفاقا تعاقديا يترتب أثرا².

¹ _ بلحاج العربي، الإطار القانوني لمرحلة السابقة على إبرام العقد في ضوء القانون المدني الجزائري، المرجع السابق ص 104.

² _ المرجع نفسه، ص 245.

02_ موقف القضاء الإنجليزي إزاء التعهدات الشرفية

إعترف القضاء الإنجليزي بالتعهدات الشرفية، حيث يتضح ذلك من خلال التطبيقات القضائية في مجال اتفاق الشرف، ففي قضية تتلخص وقائعها في اتفاقا وقع بين شركة انجليزية وأخرى أمريكية، بحيث تضمن هذا الاتفاق شرطا فحواه عدم ترتيب أي التزام على عاتق الأطراف من الناحية القانونية بمقتضى هذا الاتفاق.

حيث قامت الشركة الإنجليزية بشحن ثلاثة دفعات من بضاعة الوراق المبيع إلى الشركة الأمريكية، ولدى مطالبة الشركة الإنجليزية بالثمن في مواجهة الشركة الأمريكية فتمسكت هذه الأخيرة بالصفة غير الملزمة للاتفاق المبرم بينهما، فقضت المحكمة بأن هذا الاتفاق بوصفه اتفاقا أدبيا شرفيا لا يعتبر عقدا، حيث تعرض هذا الحكم لانتقاد شديد من طرف الفقه لكون الأمر يتعلق في هذه الحالة بعلاقات تجارية دولية واضحة يفترض معها أن الاتفاق المبرم بين الشركتين يعتبر ملزما من الناحية القانونية¹.

هذا وقد صدر قرارا قضائي في ديسمبر 1987 بحيث أسبغ على تعهدات الشرف الطابع القانوني وإمكانية التزام مصدرها، حيث قضى القاضي في ذلك على أنه في العلاقات التجارية ليس من الضروري إثبات نية الأطراف في إنشاء التعهد القانوني، وإنما يفترض أن التعهد ملزما إلا إذا تمكن الطرف الآخر من اثبات نقيض ذلك²، كما أن حرية التصويت في مجالس إدارة الشركات تعد من النظام العام لاسيما اتفاق مجموعات المساهمين على تقاسم مقاعد مجالس الإدارة على نحو أو آخر أو على التبادل الدوري لمنصب رئيس مجلس الإدارة بينهما، ولذلك فكثيرا ما تلجأ مجموعات المساهمين إلى أسلوب الإتفاق الأدبي تحقيقا لهذا الغرض³.

فقد تطلب شركة عضو في مجموعة من الشركات تسهيلات ائتمانية من احد البنوك حينئذ يطلب البنك ضمانا من الشركة الأم لقيام الشركة الوليدة بكافة التزاماتها قبله، لكن الشركة الأم لا ترغب في كفالة الشركة الوليدة كفالة صريحة حتى لا تظهر الكفالة في

¹ _ علي أحمد صالح، المرجع السابق، ص 302.

² _ خليل فكتور تادرس، المرجع السابق، سنة 2007، ص 07.

³ _ مجاجي سعاد، تعهدات الشرف في ميزان القضاء الفرنسي، مجلة الفقه و القانون، العدد 20، المغرب، سنة 2014 ص 246.

الباب الأول: الاتفاقات التمهيديّة ذات الطّبيعة شبه العقديّة

حساباتها كالالتزام عليها يحد من قدراتها الائتمانية، أو تضطر إلى اتخاذ الإجراءات التي قد يتطلبها القانون لصحة ونفاذ الكفالة كمواقفة مجلس الإدارة¹، ففكرة الإلزام بحسب طبيعتها غير قابلة للتجسيد خارج الزمن المستقبل، بحيث أنها تقتض قدرًا معقولًا من التحديد لمحل الإلزام، فإذا توافر إعلان النية على مقومات الإلزام، فإن التعهد ليس تعهدًا بمعنى ما تحمله الكلمة بصرف النظر عن إرادة صاحبه في الإبقاء عليه في دائرة الأخلاق والشرف أو الارتقاء به إلى عالم القانون².

وقد جرت العادة في التفاوض على العقود الدولية التي في الغالب تحرر بالغة الإنجليزية على استخدام صيغ معينة للتعبير عن تعليق نفاذ الإتفاق المرحلي وسلب فاعليته في علاقته بالعقد النهائي، ولعل أشهر هذه الصيغ على الإفلات التي تقول "شريطة أن يتم إبرام العقد"، فهذه الصيغة تعني أن الإتفاق المرحلي الذي تندرج فيه يكون غير نافذ في الحال و أن نفاذه يكون معلقًا على إبرام العقد النهائي.

ومن الصيغ المستخدمة أيضًا نجد صيغة "دون التزام" أو "اتفاق شرف" أو "دون أن يكون عقداً، ومن أمثلة ذلك كأن يرسل شخص لشخص آخر إعلانًا يبين فيه النقاط التي تم الإتفاق عليها خلال جولة التفاوض التي جرت بينهما بخصوص شراء حصة الأغلبية التي يمتلكها هذا الأخير في إحدى الشركات إذ أنه في نهاية الإعلان كتب له "سنتفاوض معكم فيما بعد حول تفاصيل هذه النقاط فإذا وافقتم على ذلك نرجو منكم أن تفضلوا برد النسخة الثانية من هذا الإعلان ممهورة بتوقيعكم على أن يكون هذا التوقيع مسبقًا بالبيان التالي" وأوافق على أنه مجرد إعلان النية فحسب وليس عقداً³.

يمكن للأطراف الحد من سلطة المحكمة في تكيف الالتزام بالشرف، وذلك عن طريق التعبير الصريح عن إرادتهم في إبقاء تعهدهم بعيدًا عن دائرة الالتزام القانوني حيث قضى القضاء الإنجليزي في قضية *rose and frank* "بأن الإتفاق المبرم بين الشركة الإنجليزية الأولى المتخصصة في إنتاج الورق والشركة الأمريكية الثانية المتخصصة في التوزيع أن ما

¹ _ مصطفى العوجي، نظرية العقد، الجزء الأول، الطبعة الأولى، منشورات حلبي الحقوقية، لبنان، سنة 2004 ص 226.

² _ سعيد الناي، المرجع السابق، ص 348.

³ _ مجاجي سعاد، تعهدات الشرف في ميزان القضاء الفرنسي، المرجع السابق، ص 248.

تعهد به الطرفان لا يعتبر اتفاقاً قانونياً ملزماً بحيث لا يمكن للشركة الأمريكية أن تحتج على الشركة الإنجليزية بعدم مراعاة أجال الإخطار قبل إنهاء الإطار العام للاتفاق وأن ما يمكن أن يلزم الطرفين هو عقود البيع المبرمة في ظل الإطار العام¹.

هذا وقد نوه القضاء الإنجليزي إلى هذه الآلية الجديدة في التعامل، وذلك في قضية شركة روزفرك ضد شركة كرومبتون وإخوته، حيث تتلخص وقاها في أن شركة انجليزية اتفقت مع شركة أمريكية على أن تقوم هذه الأخيرة بأعمال التمثيل التجاري والتوزيع القصري لمنتجات الشركة الأولى في شكل تعهد تمت صياغته بعبارات مفادها أنه مجرد اتفاق شرف حيث أن الشركة الإنجليزية قامت بعد مدة بخرق الإتفاق أي مخالفته مما أدى بالنتيجة بدفع الشركة الأمريكية إلى مخصصاتها أمام القضاء الإنجليزي مدعية في ذلك إغفال الشركة الإنجليزية على تنفيذ الإتفاق الشرف الذي تم إبرامه بالرغم من إغذارها قبل ستة أشهر².

ثانياً: موقف القانون والقضاء الفرنسي إزاء التعهدات الشرفية

كما تم تبين موقف القانون والقضاء الإنجليزي خلال الفرع السابق، كذلك سنبين في هذا الفرع موقف القانون والقضاء الفرنسي من التعهدات الشرفية المقترنة بالتجارة الدولية والتي يمكن إنزالها منزلة الإلتزام التعاقدية وفقاً لعناصر محددة وفي حالات محددة أقرتها بعض المحاكم الفرنسية.

01_ موقف القانون الفرنسي من التعهدات الشرفية

وفقاً لقانون الفرنسي نجد أن الاتفاقات الشرفية أو الأدبية لا يترتب عنها أية التزامات قانونية غير أن القضاء الفرنسي يتجه في بعض الحالات إلى إضفاء الصبغة التعاقدية على الاتفاقات الشرفية ويرتب عليها آثار قانونية ملزمة، ذلك أن القضاء الفرنسي غالباً ما يميل إلى التوسيع في تفسير إرادة الأطراف على ضوء الظروف والملابسات التي تحيط بالاتفاق دون أن يتقيد في ذلك بالوصف الذي أطلقه عليه الطرفين، بحيث يعتبر الاتفاق الشرفي

¹ _ سعيد الناوي، المرجع السابق، ص 362.

² _ مجاجي سعاد، المرجع السابق، ص 245.

ملزما قانونا رغم وصفه بأنه اتفاق شرفي طالما أن الاتفاق يتضمن إلزاما حقيقيا بين الطرفين، وتبين أيضا بأن الهدف من الاتفاق هو التهرب من تطبيق القانون¹.

02_ موقف القضاء الفرنسي من التعهدات الشرفية

يرى القضاء الفرنسي أن التعهدات بالشرف قد تكون ملزمة قانونا، وقد تكون مجرد تعهدات أدبية لا يترتب عليها آثار قانونية، حيث أنه اعتبر بعض التعهدات لا ترتقي إلى منزلة الالتزام القانوني، بحيث تبقى مجرد التزام أدبي كتعهد الموثق بشرفه بإعالة فقراء مدينة cean لمدة عشرين سنة، بحيث أنه أوفى بما تعهد به لفقراء هذه المدينة طيلة 15 سنة فلما أعياه الإنفاق فطلب منه إتمام التنفيذ حينئذ دفع بأنه غير ملزم لأنه قام بهذا الإنفاق من باب الشفقة والرحمة، إذ في هذه الحالة لم يكن بمقدور المحكمة أن تلزم الموثق بتنفيذ ما تبقى من التعهد، ذلك أنها رأت أنه التزام غير قانوني².

كذلك من التعهدات التي اعتبرها القضاء الفرنسي غير ملزمة نجد التعهد الذي تم الأخذ به في العبارة التالية " لدينا الشرف للتدخل أمامكم وأن نطلب منكم السيد ... بأن تضعوا رهن إشارة السيد ... وأن تقدموا له في حدود الإمكان المعلومات التي يمكن أن يطلبها منكم في سبيل تسهيل مهمته "

حيث قضت المحكمة في هذه الحالة بأن هذا التعهد غير قانوني³، ومنه يتبين أن المحكمة تبحث في الظروف الملازمة للالتزام بالشرف عن النية المشتركة للطرفين باعتبارها العنصر الدال على الطابع التعاقدى للتعهد، أما التعهدات التي اعتبرها القضاء الفرنسي بأنها ملزمة قانونا بالرغم من انصراف إرادة الأطراف على اعتبارها مجرد تعهدات بالشرف نجد تعهد المفلس بالشرف بأداء الديون إلى أصحابها في حالة رجوعه إلى وضعية مالية ممتازة بحيث أن المحكمة في هذه الحالة اعتبرت بأن هذا التعهد ملزم على المفلس⁴.

¹ _ علي أحمد صالح، المرجع السابق، ص 303.

² _ Arrête de la Cour D'appelle D'Orleans, 23 avril 1842.

³ _ Mousseron J.M .Guibal . M.L. Mainguy Daniel, Op.cit, p 231.

⁴ _ paris 30avrile 1985, besnque 1985, 754 obs,j_i, reves lange .

الباب الأول: الاتفاقات التمهيدية ذات الطبيعة شبه العقدية

ولكن الحالات الواردة أعلاه لا يستتج منها إدماج قضائي للتعهدات بالشرف في المجال التعاقد، ففي بعض الحالات نجد التعهد بالشرف لا يترجم إلا تعهدا بسيطا بحيث لا يكون قابلا للتنفيذ بالقوة الملزمة¹.

كذلك نجد التعهد بالشرف يكون ملزما للشخص الذي لا يشك في التزامه بالشرف في الوقت الذي تكون له إمكانية الاحتجاج بعد الالتزام قانونيا ممكنة ولم يستعملها²، هذا ونجد بعض القرارات الصادرة عن القضاء الفرنسي التي قضت بأن التعهد بالشرف هو التزام قانوني

ومن ذلك القرار الذي أبدت فيه محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 23 فبراير 1968 ما قضى به قضاة الموضوع بأن تعهد المدين بشرفه بأداء الفارق الباقي بعد تصفية الائتمان الممنوح له من أحد البنوك في حدود إمكانياته لا يعتبر مجرد التزام طبيعي وإنما التزاما مدنيا يلزم المدين³، هذا وقد إعتبر الاجتهاد القضائي في فرنسا أن التعهد الشرفي في غير علاقات المجاملة والأعمال المجانية قد يترتب أثارا قانونية، بحيث يلتزم المتعهد بتنفيذ ما ورد في تعهده وإلا كان مسئولا ولا يتحقق ذلك إلا إذا كانت عبارات التعهد واضحة ومحددة، وأن يثبت بأن نية المتعهد قد اتجهت إلى الالتزام .

إن موقف القضاء أيده بعض الفقه لاسيما الفقيه "anne laude" الذي اعتبر أنه من خلال البحث عن نوايا الأطراف نجد القضاة يكشفون عن الصفة المدنية أو التعاقدية الملزمة للتعهد بالشرف⁴، فالقضاة في هذا الشأن يقومون بملاحظة العبارات الواردة في الاتفاق من أجل الوقوف على عبارة تخالف القانون المدني، وبالتالي فالأمر يقتصر على إرادة الأطراف⁵، وتبعا لما تقدم يتبين أن الاتفاقات الشرفية التي تتم على سبيل المجاملة لا يترتب

¹ _ Mousseron J.M .Guibal . M.L. Mainguy Daniel, Op.cit, p 232

² _ Ibid, p 233

³ _ قرار محكمة النقض الفرنسية، صادر بتاريخ 23 فبراير 1968، النشرة المدنية 4_334، أورده سعيد الناي، المرجع السابق، ص 358.

⁴ _ « cest a partir de la recherche des intention des parties que les juge détrminent le caractere civzagement d'honneur » A Laud : la reconnaissance par le juge de l'existence d'une contrat, PUAM, 1992 , n 689.

⁵ _ Mousseron J.M .Guibal . M.L. Mainguy Daniel, Op.cit, p 233.

عليها أية آثار قانونية ملزمة، غير أن التعهدات الشرفية التي تتضمن عرضاً جازماً يمكن اعتبارها إيجاباً، إذ أن التعبير عنها ينشئ التزاماً قانونياً ملزماً.

يرى الباحث أن التعهدات الشرفية المقترنة بالتجارة الدولية لا تكون ملزمة إلا بتوافر ثلاثة شروط أساسية، فالشرط الأول هو أن يكون هناك فراغ تشريعي بمعنى عدم وجود نصوص قانونية تنظم الإتفاق محلّ التعهد، أما الشرط الثاني فهو ألاّ تتصرف نية الأطراف إلى التهرب من أحكام القانون، بينما الشرط الثالث فهو ألاّ يكون التعهد مخالفاً للنظام العام الدولي أو مخالفاً لقواعد حرية المنافسة¹.

ثالثاً: أثر مبدأ حرية شكل العقد على التعهدات الشرفية الرامية لبيع البضائع

قد يحدث وأن يتققا الأطراف على بيع بضائع بمقتضى تعهد شرفي، حينئذ يجوز للأطراف تحرير التعهد وفقاً لشكل الذي يرتضيانه، غير أنه إذا ثار نزاع حول التعهد وكان هذا الأخير ملزماً وفقاً للأحكام السالفة الذكر فإنه يتصور أن نكون بصدد مشكلة شكلية التعهد، إذ للمبدأ حرية شكلية العقد أثر على التعهد الشرفي خاصة وأن اتفاقية فينا لبيع البضائع قد تطرقت إلى هذا المبدأ وأدرجت شرط التحفظ على هذا المبدأ.

01_ تحديد معنى مبدأ حرية شكل العقد وفقاً لأحكام اتفاقية فينا:

يعتبر مبدأ حرية تكوين إثباتات التصرفات التجارية، من المبادئ المسلم بها في مختلف النظم القانونية، وبالرغم من أن اتفاقية فينا تعالج البيع الدولي للبضائع وتتص صراحة على أنه لا يشترط أن يكون البيع تجارياً لكي يخضع لأحكامها، إلا أنه من المقرر أن هذه الاتفاقية تتصرف أحكامها أساساً إلى البيع التجاري الدولي، لذلك لم يكن من الغريب أن تقرر الاتفاقية مبدأ حرية كل من تكوين وإثبات عقد البيع الدولي للبضائع.

حيث تنص المادة 11 من الاتفاقية على أنه "لا يشترط إبرام عقد البيع ولا إثباته بالكتابة، فلا يخضع العقد لأي شرط شكلي، ويمكن إثبات العقد بأي طريق من طرق الإثبات

¹ _ حيد أن يتطرق الباحثين لهذه الشروط وفقاً لأبحاثهم العلمية، مما قد يزيل كل الغموض و التناقض الذي قد يكتنف التعهدات الشرفية.

بما فيها البيئة"، ومن هذا النص يتبين أن عقد البيع الدولي للبضائع يعتبر وفقاً لاتفاقية فيينا عقداً رضائياً وليس عقداً شكلياً، فلم تشترط لإبرام هذا العقد أن يفرغ في شكل معين، ومن ناحية أخرى، فإن الاتفاقية قررت أيضاً عدم خضوع إثبات هذا العقد لشكل معين، فهو يخضع لمبدأ حرية الإثبات، فيجوز إثباته بكافة طرق الإثبات بما في ذلك شهادة الشهود وقد جاء نص المادة 11 من اتفاقية فيينا على هذا النحو ليستجيب لحاجات التجارة الدولية، التي تتحرر من قيود الشكل عند إبرام عقد البيع الدولي¹.

02_ شرط التحفظ على مبدأ حرية شكل العقد :

إذا كان مبدأ حرية تكوين وإثبات عقد البيع الدولي للبضائع هو الأصل وفقاً لأحكام اتفاقية فيينا، فإن الاتفاقية راعت أن قوانين بعض الدول، قد تتطلب شكلاً معيناً لتكوين عقد البيع لذلك وضعت الاتفاقية تحفظاً على مبدأ حرية شكل العقد، يجيز للدول التي تأخذ به أن تطبق القاعدة التي يأخذ بها قانونها الوطني متى كان واجب التطبيق على العقد وفقاً لقواعد تنازع القوانين، إذا كان هذا القانون يتطلب الكتابة كشكل للعقد.

لذلك نصت المادة 12 من الاتفاقية على أنه "لا تطبق بخصوص كل من المادة 11 والمادة 29 والقسم الثاني من هذه الاتفاقية (المتعلقة بتكوين عقد البيع) والتي تسمح بأن يتم عقد البيع أو أي تعديل أو إنهاء له بالتراضي أو بأن يصدر الإيجاب أو القبول أو أي تعبير عن الإرادة في أي شكل آخر غير الكتابة، عندما يكون مركز أعمال أحد المتعاقدين في دولة متعاقدة تكون قد أخذت بالتحفظ الوارد في المادة 96 من هذه الاتفاقية، ولا يجوز للمتعاقدين مخالفة هذه المادة أو تغيير أثرها"، ويلاحظ على هذا النص ما يأتي :

أ_ يشير إلى عدم تطبيق المادة 11 والتي رأينا حكمها في البند السابق والتي تقضى بمبدأ حرية شكل عقد البيع، وكذلك المادة 29 من الاتفاقية التي تقرر فقرتها الأولى أن عقد البيع يمكن تعديله أو إنهائه بمجرد تراضي الطرفين، بينما تقضى الفقرة الثانية منها بأن العقد المكتوب الذي يتضمن شرطاً يتطلب أن يتم أي اتفاق على تعديل أو إنهاء العقد بالكتابة فإنه لا يكفي التراضي لتعديل أو إنهاء العقد وعلى أية حال فإن سلوك أحد الطرفين يمكن

¹ _ محمود سمير الشرقاوي، المرجع السابق، ص 122.

الباب الأول: الاتفاقات التمهيديّة ذات الطّبيعة شبه العقديّة

أن يمنعه من التمسك بهذا النص إذا اعتمد الطرف الآخر على هذا السلوك، وكذلك يشير نص المادة 22 إلى عدم تطبيق أحكام القسم الثاني من الاتفاقية الذي يتضمن قواعد الإيجاب والقبول، أي أن النص يشير إلى عدم التقيد بأحكام الاتفاقية التي لا تشترط شكلاً معيناً للتعبير عن الإرادة عند إبرام عقد البيع إذا كان مركز أعمال أحد المتعاقدين في دولة متعاقدة أخذت بالتحفظ الوارد في المادة 96 من الاتفاقية¹.

ب_ تقضى المادة 96 من الاتفاقية بإيراد تحفظ من شأنه أن يجيز لأية دولة متعاقدة يتطلب قانونها أن يبرم عقد البيع أو يثبت بالكتابة، أن تعلن في أي وقت وطبقاً للمادة 12 من الاتفاقية بأن نصوص المادة 11 والمادة 29 والقسم الثاني من الاتفاقية (المتعلق بالإيجاب والقبول) والتي تسمح بأن يتم عقد البيع أو تعديله أو إنهائه بالتراضي أو أن يصدر الإيجاب أو القبول أو أي تعبير عن الإرادة في أي شكل غير الكتابة، بألا تطبق هذه الأحكام إذا كان مركز أعمال أي من طرفي العقد في هذه الدولة (أي الدولة التي تعلن الأخذ بالتحفظ المشار إليه في المادة 96)، إذ يلاحظ أن هذا التحفظ لا يشترط لِنفاذه الأخذ به عند التصديق على الاتفاقية أو الانضمام إليها وإنما يمكن الأخذ به في أي وقت، أي تستطيع أن تعلن أية دولة متعاقدة الأخذ بهذا التحفظ حتى بعد الانضمام إلى الاتفاقية.

ج_ تؤكد الجملة الأخيرة من المادة 2/12 من الاتفاقية أن نص المادة 12 يعتبر أمراً فلا يجوز للمتعاقدين النص على مخالفته أو تغيير حكمه أو أثره²

وفي الأخير يصح القول أن الأصل هو حرية شكل عقد البيع، والاستثناء أن تأخذ بعض الدول بالتحفظ الوارد في المادة 96 من الاتفاقية، فتطبق أحكام قوانينها التي تتطلب الكتابة كشكل لإبرام عقد البيع أو كشرط لإثباته، ويقصد بالكتابة كل محرر مكتوب صادر عن المتعاقدين، فمعنى الكتابة في مجال قانون التجارة الدولية، ووفقاً للاتجاه الحديث لا يشمل فقط كل محرر مكتوب يثبت أنه صادر عن أحد المتعاقدين أو عنهما معاً وذلك بتوقيعه ممن صدر عنه، بل يشمل المحرر المكتوب وفقاً للمعنى الحديث في قانون التجارة الدولية أي محرر يثبت إرساله من أحد الطرفين إلى الآخر ولو لم يكن موقِعاً بخط الصادر منه هذا

¹ _ محمود سمير الشرقاوي، المرجع السابق، ص 123.

² _ المرجع نفسه، ص 124.

المحرر من ذلك البرقية والتلكس، لذلك نصت المادة 13 من اتفاقية فيينا على تقنين هذا المبدأ صراحة، فتقرر أنه "في تطبيق أحكام هذه الاتفاقية تشمل الكتابة والبرقية والتلكس"

الفرع الثاني

منازعات التعهدات الشرفية المعتبرة بأنها ملزمة

إن فاعلية النظام القانوني الذي ينظم عقود التجارة الدولية له أثر كبير في زيادة حجمها واتساع نطاقها، فمسألة تنازع القوانين في عقود التجارة الدولية تعد من أهم الموضوعات التي أثارت جدلا في نطاق الدراسات الفقهية والقضائية والتشريعية نظرا لتنوع أنماط هذه العقود والاتفاقات بما في ذلك التعهدات الشرفية المقترنة بمفاوضات عقود التجارة الدولية، وعليه سنبحث في هذا الفرع القانون الواجب التطبيق على التعهدات الشرفية الملزمة (أولا)، كما سنبحث آليات تسوية نزاعات التعهدات الشرفية (ثانيا).

أولا: القانون الواجب التطبيق على التعهدات الشرفية الملزمة

عملا بمبدأ سلطان الإرادة الذي ساد مختلف التشريعات، فإنه يجوز إسناد التعهد إلى النظام القانوني الوطني، كما يجوز إسناده إلى قانون التجارة الدولية، غير أنه قد لا يتم تحديد القانون الواجب التطبيق (ثانيا) .

01_ التحديد الإرادي للقانون الواجب التطبيق

تطبيقا لمبدأ سلطان الإرادة فإنه يجوز إسناد التعهدات إلى النظام القانوني الوطني فضلا عن ذلك فإنه يجوز أيضا ان يتم إسناد هذه التعهدات إلى قواعد القانون التجاري الدولي.

أ_ إسناد التعهد الشرفي إلى النظام القانوني الوطني:

يجوز للأطراف إسناد العقد إلى القانون الوطني صراحة أو ضمنا، فيكون التعبير عن الإرادة صريحا إذا عبر الأطراف عن إرادتهما وفقا لضوابط الإسناد المقررة، إذ يشترط عدم مخالفة النظام العام، ويكون التعبير عن الإرادة ضمنا إذا لم يقم الأطراف المتعاقدة بتحديد

الباب الأول: الاتفاقات التمهيدية ذات الطبيعة شبه العقدية

القانون الذي يحكم العقد، ففي هذه الحالة يتعين البحث عن الإرادة الضمنية للأطراف المتعاقدة شريطة وجود قرائن قوية تدل على وجود هذه الإرادة كأن يتم إسناد الاختصاص القضائي إلى دولة معينة مما يعني اختيار قانون تلك الجهة القضائية.

غير أن غالبية التشريعات الوطنية أصبحت عاجزة عن مجارات هذا التطور بقواعد ونصوص تعالجها، إذ لا بد أن تكون هناك قيود تقف أمام تطور هذه الإتفاقات نظرا لتطور العلمي والتكنولوجي الذي يلاحق هذه العقود¹، وكما يجوز إسناد العقد إلى النظام القانوني الوطني، كذلك يجوز إسناد التعهدات الشرفية الملزمة إلى نفس القانون وفقا للقواعد أعلاه.

ب_ إسناد التعهد الشرفي إلى القانون التجاري الدولي

مصدر قواعد القانون التجاري الدولي هو العادات والأعراف التجارية الدولية بالإضافة للمبادئ القانونية المشتركة في الدول المختلفة وقواعد العدالة وقضاء التحكيم، فهذه القواعد أخذت وصف القواعد القانونية حيث أصبح أطراف العقد يفضلون الرجوع إليها وتطبيقها على عقودهم كونها توفر لهم العلم المسبق بمحتواها ذلك أنها قواعد عالمية.

وعليه فهذه القواعد تعد ملائمة نظرا لتنوع مصادرها، فالقانون التجاري الدولي له العديد من المبادئ التي يؤخذ بها في مجال العقود الدولية بما في ذلك التعهدات الشرفية كمبدأ العقد شريعة المتعاقدين ومبدأ حسن النية في تكوين وتنفيذ العقد ومبدأ الإثراء بلا سبب ومبدأ التعويض الكامل للضرر، غير أن الأمر لا يقتصر على المبادئ المذكورة أعلاه بحيث نجد العادات والأعراف من بين القواعد التي تحكم القانون التجاري الدولي، ذلك أنها الأوساط المهنية والتجارية التي يتم إتباعها في معاملات التجارة الدولية.

هذا وتظهر أهمية القانون التجاري الدولي في حالة عدم عدالة القانون الواجب التطبيق الذي تم اختياره من قبل أطراف العقد أو التعهد، ففي هذه الحالة يستبعد هذا القانون باسم النظام العام الدولي كأن يكون الحل الذي يقرره قانون العقد يخالف أحد الأعراف التجارية وبالتالي يفترض إعمال قواعد النظام العام الدولي.

¹ _ محمد حسين منصور، العقود الدولية، دار الجامعة الجديدة، مصر، سنة 1999، ص 435.

وعلى العموم فإن قاعدة الإسناد الواجبة التطبيق لتحديد القانون المختص بحكم نظام التعهد الشرفي هي تلك القاعدة الخاصة بالتصرفات القانونية الإرادية أو العقود، والتي جوهرها خضوع العقود والتصرفات الإرادية للقانون الذي يختاره الطرفان بإرادتهما الحرة¹. وطبقا للنظرية العامة لتنازع القوانين في العقود، فإن القانون الواجب التطبيق على التعهدات هو قانون الإرادة، ذلك أن هذا الأخير هو الذي يحدد القيمة القانونية له ومدى قوته الإلزامية والآثار القانونية المترتبة عليه²، ووفقا لمبدأ سلطان الإرادة فإن الإرادة تتمتع بسيادة، والتي تعني أن إرادة الطرفين هي المشرع لمختلف الإتفاقات والعقود، وما يضعه الأطراف يعد قواعد قانونية خاصة تشكل في مجموعها القانون التعاقدى الذي ينظم علاقات وروابط الأطراف³.

02_ السكوت عن تحديد القانون الواجب التطبيق على التعهدات الشرفية:

إن التعهد الشرفي المعتبر ملزما يعد في مجال التعامل الدولي لاسيما فيما يتعلق بالتجارة الدولية تصرفا قانونيا عابرا للحدود، ويتصل بالنظام القانوني لأكثر من دولة، مما قد يؤدي إلى تنازع القوانين حول الشكل الذي ينبغي أن يفرغ فيه⁴، حيث تخضع مسألة شكل التعهد للقاعدة العامة في حال تنازع القوانين في مسائل الشكل عموما، بحيث أن هذه القاعدة هي التي تقرر خضوع الشكل لقانون المحل، فالتعهد الذي يحرر أو يعد في دولة معينة فإنه يخضع للشكل الذي قرره قانون تلك الدولة⁵.

فالتعهد يعد صحيحا من حيث الشكل إذا استوفى الشكل الذي يقرره فضلا عن قانون محل إعداده أو القانون الذي يحكم موضوعه أو قانون الموطن المشترك للطرفين مصدر التعهد والموجه إليه أو قانون جنسيتها المشتركة، فإذا لم يحدد مصدر التعهد مضمون هذا الأخير في ما إذا كان يحتوي على تعهدات اتفاقية لها أثر ملزم يشكل الإخلال بها خروجاً

¹ _ أحمد عبد الكريم سلامة، النظام القانوني للمفاوضات العقود الدولية، المرجع السابق، ص 11.

² _ مجاجي سعاد، خطابات النوايا كوسيلة قانونية لتأمين تنفيذ الإلتزامات، المرجع السابق، ص 126.

³ _ سمير عبد السميع الأودن، المرجع السابق، ص 146.

⁴ _ مجاجي سعاد، المرجع نفسه، ص 126.

⁵ _ صلاح الدين جمال الدين، تنازع القوانين دراية مقارنة بين الشريعة والقانون، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر سنة 2007، ص 127.

الباب الأول: الاتفاقات التمهيدية ذات الطبيعة شبه العقدية

على التزامات تعاقدية ترتب المسؤولية القانونية، فإن القيمة القانونية لتعهد الشرفي تخضع في تحديدها للقانون الواجب التطبيق على التصرفات القانونية الإرادية وهو القانون الذي يختاره أطراف التعهد أو قانون محل إعداد وتحضير التعهد أو قانون الموطن المشترك¹. وعليه إذا أشارت قاعدة الإسناد المشار إليها باختصاص قانون دولة أجنبية، فإن هذا القانون هو الذي يحكم القيمة القانونية للتعهد، إذ تختلف القوانين الأجنبية في هذا الشأن بحيث لا يعترف جانب منها لتعهدات الشرفية بأي قوة إلزامية أو طبيعة تعاقدية، بخلاف البعض الذي يرون عكس ذلك².

وعلى العموم فإذا تضمن التعهد ألفاظاً وعبارات ليس لها مفهوماً قانونياً، مما قد يثير نزاعات جراء التفسيرات المتضاربة التي قد تعطى للتعهد، فإن الراجح أنه إذا ما عرض نزاع على القاضي الوطني بخصوص تنفيذ هذا التعهد، وكان هذا النزاع ذو طابع دولي، فإنه يتعين عليه البحث عن قاعدة الإسناد التي يندرج تحتها النزاع والتي يتم عن طريقها تحديد القانون الواجب التطبيق³، فتحديد قاعدة الإسناد يتوقف على تكيف القاضي للعلاقة المتنازع عليها، وذلك بردها إلى طائفة معينة يخصها القانون بقاعدة الإسناد، حيث هنا تبدو ضرورة التكيف فالغالب هو أن القاعدة التي تحكم شكل التصرفات تخضع لقانون الإرادة الحرة في تقرير القانون الواجب التطبيق، فالقاضي هنا يستخلص ذلك بالنظر إلى الظروف المحيطة بالتعاقد وكذا بالنظر إلى العبارات المدرجة في التعهد⁴.

ثانياً: آليات تسوية نزعات التعهدات الشرفية في مجال التجارة الدولية

عقد التجارة الدولي عموماً يتطلب الكثير من التفكير والتخطيط مما قد يستلزم إدخال العديد من الشروط الإتفاقية بهدف الإلمام بجميع النقاط الأساسية بالعقد وتفاذي الوقوع في النزاعات، فقد يتم إدراج بند يتضمن الطريقة التي سيتم بمقتضاها حل المنازعات التي قد

¹ _ براهمي فايضة، التزامات الأطراف في المرحلة السابقة على التعاقد، رسالة ماجستير، تخصص قانون العقود والمسؤولية جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، سنة 2008_2009، ص 45.

² _ مجاجي سعاد، المرجع السابق، ص 127.

³ _ رجب كريم عبد اللاه، المرجع السابق، ص 663.

⁴ _ مجاجي سعاد، المرجع نفسه، ص 125.

تنشأ في المستقبل، فإذا لم ينصب الإتفاق على بند التحكيم لتسوية النزاع، فإنه يتم اللجوء إلى القضاء، وعليه سنتحدث عن القضاء كآلية لفض هذه المنازعات، كما سنتكلم عن التحكيم التجاري الدولي كآلية لفض هذه النزاعات.

01_ القضاء كآلية لتسوية منازعات التعهدات الشرفية في مجال التجارة الدولية

يعد اللجوء إلى القضاء لفض النزاعات المتعلقة بعقود التجارة الدولية وسيلة غير اتفاقية بخلاف التحكيم التجاري الدولي الذي لا بد أن يكون بموجب اتفاق الأطراف المتعاقدة، فإذا لم يتم تحديد الجهة القضائية المختصة بموجب العقد، فإن المحكمة المختصة في هذا الصدد هي محكمة المدعى عليه، غير أن هذا قد يترتب عليه حلول وأحكام قضائية غير قابلة للتنفيذ بسبب وجود نصوص قانونية داخلية تتعارض مع القواعد المتفق عليها دولياً، ومنه لا بد في هذه الحالة اللجوء إلى قواعد الإسناد الوطنية¹، فنجد مثلاً اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولي للبضائع المبرمة في فينا 1980 تطبق أمام قضاء التحكيم أو الدولة المتعاهدة مباشرة بعد مرور بمنهج تنازع القوانين.

وعليه فالقاضي الوطني يكون بمثابة المراقب لتطبيق القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني، حيث يقع عليه استبعاد هذا القانون من دائرة التطبيق لاسيما إذا تبين له أنه هناك تحايل من الأطراف المتعاقدة على القانون أو تبين له أن القانون الواجب التطبيق مخالفا للنظام العام أو الآداب العامة.

أما في حالة العكس فإن القاضي يفصل في النزاع بموجب حكم يكون واجب التنفيذ في إقليم الدولة، إلا أن تنفيذ هذا الحكم لا يقتصر على إقليم الدولة بل يجب تنفيذه خارج إقليم الدولة الأخرى، وعلى العموم إذا كان التعهد الشرفي له قوة ملزمة فإنه يجوز اللجوء للقضاء بغية تسوية النزاعات التي قد تثور بشأن هذه الخطابات.

¹ _ نص المشرع الجزائري على قواعد الإسناد في المواد من 10 إلى 24 من القانون المدني الجزائري.

02_ التحكيم كآلية لتسوية منازعات التعهدات الشرفية في مجال التجارة الدولية

لقد أصبح التحكيم الوسيلة الأكثر تفضيلاً بالنسبة للمتعاقدين لاسيما فيما يتعلق بالتجارة الدولية نظراً لوجود العديد من الاتفاقيات الدولية أهمها اتفاقية نيويورك المتعلقة بالاعتراف وتنفيذ الأحكام الأجنبية، هذا وقد اهتمت الدول العربية بالتحكيم لاسيما المشرع الجزائري بحيث أنه خص فصلاً بالتحكيم التجاري الدولي وفقاً لقانون الإجراءات المدنية الإدارية الجزائري¹.

والتحكيم التجاري الدولي يقتضي أن يكون النزاع دولياً، ولتحديد هذا الأخير فقد تم اعتماد المعيار الاقتصادي والمعيار القانوني، كما أنه يجب أن يكون النزاع مما يجوز تسويته عن طريق التحكيم، ومنه يجوز التحكيم في المنازعات الإتفاقية في مجال التجارة الدولية لاسيما المنازعات التي قد تثور بشأن التعهدات الشرفية، هذا ويجب على الأطراف تحديد جميع المسائل المتعلقة بالتحكيم لاسيما فيما يتعلق بالإعلان عن الخصومة ومكان التحكيم واللغة التي سيتم بها التحكيم وهوية الأطراف المتعاقدة وعرض طبيعة وظروف النزاع وكل المعلومات المفيدة حول مكان التحكيم والقانون الواجب التطبيق.

المطلب الثاني

أثر قاعدة الغش نحو القانون على التعهدات الشرفية

الأصل في لجوء الأطراف المتفاوضة في عقود التجارة الدولية إلى التعهدات الشرفية هو إخراج اتفاقهما عن دائرة القانون وإسناده إلى مرجعية أخرى غير مرجعية القانون وهي الوسط التجاري الذي ينتمون إليه، ولكن إذا ثار نزاع وثبت أن هناك إلزاماً حقيقياً فإن للقاضي تطبيق أحكام القانون الواجب التطبيق، إلا أنه قد يكون هناك تحايل من قبل أحد الأطراف على القانون بطرق مشروعة بهدف إستبعاد القانون الواجب التطبيق، عندئذ تظهر قاعدة الغش نحو القانون لتعلق الباب أما كل شخص تسول له نفسه التحايل ضد روح القانون حتى ولو كان ذلك بطرق مشروعة، وعليه سنقسم هذا المطلب إلى فرعين، سنحدد

¹ _ قانون رقم 09_08 المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية المؤرخ في 18 صفر عام 1429 الموافق ل 25 فبراير سنة 2008، الجريدة الرسمية العدد 21 المؤرخة في 23 أفريل 2008.

في الفرع الأول معنى قاعدة الغش نحو القانون، أما الفرع الثاني سنبين فيه أثر الغش نحو القانون في ترتيب الجزاء على التعهدات الشرفية المقترنة بالتجارة الدولية.

الفرع الأول

تحديد معنى الغش نحو القانون

نص المشرع الجزائري في المادة 24 من القانون المدني الجزائري على أنه "لا يجوز تطبيق القانون الأجنبي بموجب النصوص السابقة إذا كان مخالفا للنظام العام أو الآداب العامة أو ثبت له الاختصاص بواسطة الغش نحو القانون"، إذ سيتم خلال هذا الفرع تعريف قاعدة الغش نحو القانون (أولا)، وشروط أعمالها (ثانيا)، كما سنبين طبيعة هذه القاعدة (ثالثا) ومجال تطبيقها أو نطاقها (رابعا)، هذا وسنبين مدى تشابه هذه القاعدة مع النظام العام (خامسا).

أولا: تعريف الغش نحو القانون

إن تعريف قاعدة الغش نحو القانون وتبيان شروط أعمالها ونطاقها وطبيعتها في عقود التجارة الدولية يقتضي أولا تبيان الأحكام المتعلقة بقواعد الإسناد في القانون الدولي الخاص لاسيما إذا تعلق الأمر بالتعهدات الشرفية في مجال التجارة الدولية.

01_ خصوصية قواعد الإسناد في مجال القانون الدولي الخاص:

بعد انتهاء القاضي من عملية التكييف ومحاولته إدخال العلاقة القانونية في أخذ النظم المعنية في قانونه ينتقل إلى البحث على القانون الواجب التطبيق على العلاقة محل النظر وهذا ما يعرف بالإسناد، إذ هذا الأخير عملية تأتي بعد عملية التكييف وهو كما قلنا عملية البحث عن القانون الواجب التطبيق أي أسند حكمها إلى القانون الذي يجب أن تخضع له.

أ_ عناصر قواعد الإسناد:

نظرا لكثرة المسائل القانونية بحيث لا يمكن حصرها ولا وضع لكل منها قاعدة إسناد خاصة بها، فقد قام المشرع بتصنيف العلاقات ذات الصفة الأجنبية إلى فئات متعددة تشتمل

الباب الأول: الاتفاقات التمهيدية ذات الطبيعة شبه العقدية

كل فئة منها على مجموعة العلاقات المتشابهة وهذه الفئات تسمى الفئات المسندة أو الأفكار المسند، ثم يقوم المشرع بربط كل فئة بقانون معين عن طريق معيار خاص هو ضابط الإسناد، تتضمن جملة من المسائل القانونية ومثال ذلك إخضاع الالتزامات التعاقدية لقانون الإرادة¹، فأول عمل يقوم به القاضي هو البحث عن الفئة المسندة التي تندرج تحتها تلك المسألة، كإخضاع الأهلية لقانون الجنسية².

أما ضابط الإسناد فهو المعيار الذي يختاره المشرع للإرشاد إلى القانون الواجب التطبيق أو أداة ربط بين الفئة المسندة والقانون المسند إليه، فمثلا في المادة 11 من القانون المدني الجزائري نجد المشرع الجزائري قد جعل الجنسية ضابطا للإسناد وخضوع شكل التصرفات القانونية لقانون بلد الإبرام قد جعلت هذه القاعدة بلد الإبرام ضابطا للإسناد بحيث يفترض أن لكل فئة مسندة ضابط إسناد وحيد يتحدد بمقتضاه القانون الواجب التطبيق.

إلا أنه يمكن أن يكون لكل فئة أكثر من ضابط ومثال ذلك شكل الوصية يخضع لقانون الموصي أو لقانون البلد الذي تمت فيه الوصية والضابطان هنا اختياريًا إما قانون الموصي أو البلد الذي تمت فيه الوصية³، وقد يكون الضابط الأول أصلي والثاني اختياري يؤخذ به في حالة تعذر الأخذ بالأول ومثال ذلك جعل للالتزامات التعاقدية قانون الإرادة وهو الضابط الأصلي وقانون بلد الإبرام هو الاحتياطي⁴.

وهناك من يضيف عنصرا ثالثا وهو القانون المسند إليه ويقصد به أن يكون القانون المختص وهو قانون دولة معينة ثبت لها كيان وفقا لأحكام القانون الدولي العام وتكون دولة القاضي معترفة بها ذلك لأن عدم الاعتراف ينبنى عليه انعدام الشخصية القانونية لدولة غير المعترف بها⁵.

¹ _ المادة 18 من القانون المدني الجزائري، الأمر 58_75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم الجريدة الرسمية العدد 44 الصادرة بتاريخ 26_06_2005.

² _ المادة 10 من القانون المدني الجزائري.

³ _ المادة 16 من القانون المدني الجزائري.

⁴ _ المادة 18 من القانون المدني الجزائري.

⁵ _ الموقع الإلكتروني: <https://www.mohamah.net/law/>

ب_ مميزات قواعد الإسناد:

تختص قواعد الإسناد بثلاثة مميزات تتفرد بها عن غيرها من قواعد القانون الدولي الخاص الأخرى، فهي قواعد غير مباشرة بمعنى أنه لا ترشد قواعد الإسناد القاضي إلى الحل النهائي للنزاع محل نظره بل تكتفي ببيان قانون الذي يخضع له هذا النزاع ، وفي هذا القانون يجد القواعد القانونية التي سيطبقها عليه النزاع في حالة وجود عنصر أجنبي، فمثلا قاعدة الإسناد الخاصة بالأهلية لا تبين لنا السن الذي عند بلوغه يكون الشخص كامل الأهلية وإنما تكتفي فقط ببيان القانون الذي سيتكفل ببيان هذا السن، وهكذا لجميع قواعد الإسناد بخلاف قواعد القانون الدولي الخاص الأخرى التي تعطي الحل مباشرة للنزاع فالقواعد المنظمة للجنسية تبين مباشرة من هم رعايا الدولة، والقواعد المنظمة لمركز الأجانب تبين مباشرة الحقوق التي يتمتع بها الأجنبي والالتزامات التي يتحملها وهكذا...

كما تتميز قواعد الإسناد بأنها قواعد مزدوجة، إذ يقصد بالصفة المزدوجة لقاعدة الإسناد أنها تجعل الإختصاص إما للقانون الوطني، وإما للقانون الأجنبي، وذلك حسب نوع المسألة القانونية، فمثلا القاعدة التي تقضي بخضوع الأهلية لقانون الجنسية قد تشير إختصاص القانون الجزائري، وقد تشير بإختصاص القانون الأجنبي، وذلك حسب الجنسية التي يحملها المعني.

وتفيد هذه الميزة في قاعدة الإسناد أنها لا تترك فراغا في مشكلة التنازع إذ أنها تجعل الإختصاص بالنسبة المسألة المطروحة على القاضي إما لقانونه أو للقانون الأجنبي، غير أنه أنتقدت هذه الميزة من قبل بعض الفقهاء على أن قاعدة الإسناد تقتصر فقط على بيان الأحوال التي يطبق فيها القانون الوطني دون الإشارة إلى الأحوال التي يطبق فيها القانون الأجنبي، فيريدها بذلك أن تكون مفردة وليست مزدوجة، كنص القاعدة الواردة في المادة 3/3 من القانون المدني الفرنسي والتي تقضي بأن "القوانين الخاصة لحالة الأشخاص وأهليتهم تحكم الفرنسي ولو كان مقيما في بلد أجنبي"¹

ومن الحجج التي يبديها هؤلاء الفقهاء أن الدولة لا يمكن أن تعطي الإختصاص لقانون دولة أخرى في حالة ما إذا كانت هذه الدولة ترفض الإختصاص المحول لقانونها، فلو سلمنا

¹ _ الموقع الإلكتروني: <https://www.mohamah.net/law/>

الباب الأول: الاتفاقات التمهيدية ذات الطبيعة شبه العقدية

بما ذهب إليه هؤلاء الفقهاء لوجدنا قصورا واضحا في إيجاد حل في حالتين، الأول لما تستند لها كل دولة لها علاقة بنزاع الإختصاص لقانونها، والثانية لما ترفض كل دولة لها علاقة بنزاع جعل الإختصاص لقانونها هذا القصور دفع القضاء الفرنسي إلى إعتبار قاعدة الإسناد المنصوص عليها في المادة 03 من القانون المدني الفرنسي بأنها مزدوجة رغم ورودها مفردة فقال بأنه إذا كان القانون الفرنسي هو المطبق على الفرنسيين حتى ولو كانوا في الخارج فبمفهوم المخالفة فإن القوانين الشخصية للأجانب الخاصة بحالتهم وأهليتهم، تتبعهم حتى ولو كانوا في فرنسا.¹

هذا وتتصف قواعد الإسناد بأنها قواعد محايدة ذلك أن القاضي عندما يعمل قاعدة الإسناد فإنه يجهل نوع الحل الذي سيعطيه للنزاع لأن ذلك متوقف على معرفة مضمون القانون الذي سيطبقه على النزاع ، وهذا القانون قد يكون قانونه وقد يكون قانونا أجنبيا، فهذه الميزة لا توجد في القواعد القانونية الأخرى غير أن بعض الفقهاء لا يقرون بذلك ويرون أن صفة الحياد تشمل كل القواعد القانونية.

وعلى العموم فإن قاعدة الإسناد هي جزء من قانون القاضي يتعين عليه تطبيقها من تلقاء نفسه ولا اعتبارات تتعلق بصميم النظام العام ولتحقيق التعايش المشترك بين النظم القانونية المختلفة، فالقاضي لما قلنا عندما تعرض عليه مسألة قانونية ذات عنصر أجنبي يبحث عن الفئة التي يمكن أن يدرجها تحتها من بين الفئات التي تتضمنها قواعد الإسناد في قانونه، فبعد أن يحدد الفئة يكون قد عرف القانون الواجب التطبيق عليها وهذه المعرفة لا تنهي كل أشكال بل يطرأ إشكال آخر وهو هل القاضي يرجع إلى القانون الأجنبي بإعتباره كلام لا يتجزأ مما يفرض عليه إستشارة قواعد الإسناد التي يتضمنها أم أنه يرجع مباشرة إلى القواعد الموضوعية التي يتضمنها ويطبقها على العلاقة القانونية المطروحة عليه وهو بذلك يستبعد قواعد الإسناد التي يتضمنها وهذا ما يعرف بالإحالة².

¹ _ الموقع الإلكتروني : <https://www.mohamah.net/law/>

² _ الموقع الإلكتروني : <https://www.mohamah.net/law/>

02_ الغش نحو القانون في الاتفاقات التمهيدية في عقود التجارة الدولية

قاعدة الإسناد هي قاعدة قانونية تختص بتعين القانون الواجب التطبيق على النزاع المشتمل على عنصر أجنبي لاسيما إذا تعلق الأمر بالاتفاقات التي تبرم في مرحلة المفاوضات كالتعهدات الشرفية، حيث تتكون هذه القاعدة من عناصر ثالث هي الفكرة المسندة وضابط الإسناد والقانون المسند إليه.

فضابط الإسناد في مجال تنازع القوانين يعد أداة أساسية على إثره يتم ضبط وتحديد القانون الواجب التطبيق، وبالتالي فهو المحدد الرئيسي والموجه الفعلي لمصير القضية المشتملة على عنصر أجنبي¹، فالعلة من إتيان نظرية الغش نحو القانون هو تعرض قواعد الإسناد للتغير من أجل تغير القانون الواجب التطبيق كتغير في ضابط الإسناد بحيث يقوم الأطراف أو أحدها بتغير جنسيته مما يؤدي حتما إلى تغير القانون الواجب التطبيق، وعليه يتعين على القاضي المعروض عليه النزاع أن يستبعد القانون الذي أراده الأطراف أو أحدها بمقتضى قاعدة الغش نحو القانون متى توافرت شروط إعمالها التي سيتم الحديث عنها في الجزئية الثانية من هذا الفرع.

يمكن تعريف الغش نحو القانون على أنه تلك الحالة التي يلجأ إليها أطراف العلاقة القانونية إلى إحداث تغير ضابط الإسناد بإعتباره أحد العناصر الأساسية لقاعدة الإسناد الوطنية مع إقترانه بسوء النية من أجل تحقيق نتيجة يترتب عليها إنشاء مركز قانوني متفق مع عبارة النص ومناقض للغرض الحقيقي له بهدف تلبية الرغبات الشخصية في إطار القانون المراد الخضوع لأحكامه، بحيث لا يمكن تحقيق هذه الرغبة في إطار القانون الأصلي الواجب التطبيق لو لم يقع ذلك التحايل، فالطرف الذي يلجأ للغش نحو القانون ينطلق من إستعمال وسيلة مشروعة في ذاتها للوصول لغاية غير مشروعة².

¹ _ دغيش أحمد، الغش نحو القانون في مجال القانون الدولي الخاص، مجلة المنار للبحوث والدراسات القانونية والسياسية العدد 02، سنة 2017، ص 76.

² _ دغيش أحمد، المرجع السابق، ص 78.

ثانيا: شروط أعمال قاعدة الغش نحو القانون:

إعمال قاعدة الغش نحو القانون تقتضي توافر شرطين أساسيين وهما ضرورة أن يكون هناك تغير في ضابط الإسناد مع توافر نية الغش نحو القانون، فالأول هو الركن المادي للغش كأن يقوم الأطراف أو أحدهما باصطناع العنصر الأجنبي في علاقتهم القانونية كالتغير في الجنسية لتجنب الخضوع لقانون الواجب التطبيق، ومن ثم لا يبقى إلا توافر نية الغش، أما الثاني فهو الركن المعنوي للغش الذي يقصد به نية التحايل والتهرب من أحكام القانون الواجب التطبيق على العلاقة القانونية، ففي حالة إنتفاء هذه النية فإن الإجراء الذي قام به مرتكب الغش يعد سليما، وبالتالي لا يجوز إبطاله، غير أن بعض شراح القانون يرون أنه من الضروري عدم الإلتجاء إلى هذا الشرط، ومن ثم إفتراض سوء النية متى تم تغير ضابط الإسناد¹.

ثالثا: طبيعة قاعدة الغش نحو القانون

فريق من الفقه يرون أن الغش نحو القانون هو صورة من صور السبب غير المشروع ذلك أن هذا الأخير يعد ركنا من الأركان الأساسية للالتزامات خصوصا أن السبب في القانون المدني هو الدافع الباعث إلى التعاقد، غير أن هذا الرأي أنتقد لعدة اعتبارات منها ما يتعلق بالجزاء المترتب، فالسبب غير المشروع يترتب عليه البطلان المطلق، أما الغش نحو القانون فيترتب عليه عدم الاحتجاج بالتصرف، وبالتالي استبعاد البطلان من نطاق قاعدة الغش نحو القانون².

وفريق ثاني من الفقه يرون أن الغش نحو القانون هو تطبيق من تطبيقات التعسف في استعمال الحق، ذلك أن كلاهما يؤدي إلي تحويل الحق عن الهدف الشرعي له إلا أنهما يختلفان من حيث الجهة أو الطرف الموجه إليه، فتعسف في استعمال الحق يكون موجها ضد مصلحة خاصة للأشخاص، بينما الغش نحو القانون يكون موجها ضد القانون³ وبالتالي الإضرار بالمصلحة العامة التي يمثلها القانون.

¹ _ دغيش أحمد، المرجع السابق، ص 79.

² _ المرجع نفسه، ص 82.

³ _ علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، سنة 1993

رابعاً: نطاق إعمال قاعدة الغش نحو القانون

يمتد إعمال قاعدة الغش نحو القانون إلى العديد من المجالات لاسيما فيما يتعلق بالحقوق العينية كتغيير محل وجود المنقول من إقليم دولة إلى أخرى، كما يمتد إعمال قاعدة الغش نحو القانون إلى مجال العقود¹، كاصطناع عنصر أجنبي في العلاقة القانونية بغية إخضاع هذه العقود لقانون دولة أجنبية معينة ومن ثم الإفلات من القانون الواجب التطبيق الذي لا يحقق لمرتكب الغش المصلحة التي أرادها.

خامساً: مدى تشابه قاعدتي النظام العام والغش نحو القانون

قاعدة الغش نحو القانون تعد صورة خاصة من نظرية الدفع بالنظام العام، ذلك أنهما يتقاربان من حيث الوظيفة المسندة لكلاهما، كما أنهما يتحدان من حيث الغاية التي تهدف قاعدة الغش نحو القانون لتحقيقها وهي استبعاد القانون الواجب التطبيق. غير أنهما يختلفان من حيث الأساس الذي بمقتضاه يتم استبعاد القانون الواجب التطبيق²، فالدفع بالنظام العام يهدف إلى استبعاد القانون الأجنبي المخالف للمبادئ الأساسية لقانون القاضي، أما إعمال قاعدة الغش نحو القانون فهي ترمي لاستبعاد القانون الأجنبي ليس لأنه مخالف للمبادئ الأساسية في دولة قانون القاضي بل يتم استبعاده على أساس لجوء الأطراف أو أحدهما للحيل والتلاعب بعناصر قاعدة الإسناد.

الفرع الثاني

أثر الغش نحو القانون في ترتيب الجزاء على التعهدات الشرفية

الدفع بالغش نحو القانون يعد من القواعد الأساسية التي تدخل في نطاق العلاقات الدولية الخاصة، فغالبية التشريعات بما في ذلك المشرع الجزائري قد أدخلوا هذه النظرية في مجال تنازع القوانين، فيجوز للقاضي المختص عند نظره في النزاع ذا العنصر الأجنبي إعمال قاعدة الغش نحو القانون متى توافرت شروطها، ومن ثم ترتيب الجزاء المستحق والذي

¹ _دغيش أحمد، المرجع السابق، ص 83.

² _ زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري مقارنة بالقوانين العربية، الجزء الأول، مطبعة الكاهنة، الجزائر، سنة 2000، ص 269.

الباب الأول: الاتفاقات التمهيدية ذات الطبيعة شبه العقدية

قد ينصب على تقرير البطلان باعتبار التعهدات الشرفية إتفاقا(أولاً)، أو الإكتفاء بحرمان مرتكب الغش من النتيجة غير المشروعة(ثانياً).

أولاً: تقرير البطلان باعتبار التعهدات الشرفية إتفاقا

إذا تم إنزال التعهد الشرفي المقترن بالتجارة الدولية إلى منزلة الالتزام التعاقدية وتقرر بطلانه، فإن هذا العقد يعتبر كأن لم يكن فيما بين الأطراف، بحيث يرد كل شيء إلى أصله كأن يكون العقد بيعاً وتقرر بطلانه فإنه يتعين تطبيق قاعدة الرد والإسترداد، وعليه يعود المتعاقدين إلى الحالة التي كان عليها قبل التعاقد، فهذا الحكم يمكن أن يطبق على التعهد الشرفي الذي تم إنزاله منزلة الإلتزام التعاقدية¹.

ثانياً: حرمان مرتكب الغش من النتيجة غير المشروعة

فريق من الفقه يرون أن الجزاء المترتب على الغش نحو القانون هو حرمان مرتكب الغش من النتيجة غير المشروعة، وفريق آخر يرون أن الأصح هو وجوب حرمان التصرف المشوب بالغش من كل أثر قانوني².

فالراجح هو عدم ترتيب أي أثر قانون على التصرف المشوب بالغش سواء تعلق الأمر بوسيلة الغش أو غايته، إلا أنه في حالة الغش الناجم عن عمل مادي كنقل منقول إلى دولة أخرى أو كأن يختار المتعاقدان محلاً مصطنعاً لإبرام العقد فإن الغاية وحدها التي تكون عديمة الأثر في دولة القاضي، أما ما ينجر من أضرار بسبب نقل المنقول كأن يصيبه تلف أو يضر بالغير في البلد الذي انتقل إليه، فالمسؤولية هنا تسند إلى قانون البلد الذي انتقل إليه، وهذا عملاً بنظرية الاعتراف بالواقع الحاصل فعلاً³، وعليه يتبين أن أثر الغش نحو القانون لا يمكن ان يكون البطلان، ذلك أنه لا يمكن لأي قانون دولة ما أن تقرر ما إذا

¹ _ البطلان وفقاً للقواعد العامة نوعان مطلق و نسبي، وله آثاراً قانونية، كما أنه لا ينتج آثاره على المتعاقدين فحسب بل يمتد أثره ليشمل الغير .

² _ زروتي الطيب، المرجع السابق، ص 270.

³ _ دغيش أحمد، المرجع السابق، ص 84.

كان التصرف صحيحا أو غير صحيح في الدولة التي تم إجراؤه فيها، وكل ما تملكه قانونا هو الحكم بعدم نفاذه في إقليمها¹.

وفي الأخير يرى الباحث بأنه لا يجب اعتبار كل التعهدات بالشرف هي تعهدات ملزمة قانونية أو مجرد تعهدات أدبية غير ملزمة، فالأمر متروك للمحكمة لتقرر ما إذا كانت تعهدات ملزمة أو غير ذلك وفقا للمعايير وأسباب وجيهة، هذا ويرى الباحث أن التشريعات المقارنة بما في ذلك المشرع الجزائري قد أصابت في إقرارها بهذه القاعدة، غير أن هذه القاعدة قد تثير إشكالا يتمثل في ترتيب الجزاء المناسب على التعهد الشرفي الملزم في ما إذا كان جزاءه البطلان أو جزؤه حرمان مرتكب الغش من النتيجة غير المشروعة، ذلك أن تقرير البطلان له أثر قانوني وهو تطبيق قاعدة الرد والإسترداد أي إعادة الحال كما كان عليه قبل التعاقد، أما الحكم بحرمان مرتكب الغش من النتيجة غير المشروعة ليس له أثر قانوني ومن ثم يتعذر إعادة الحال كما كان عليه قبل الإتفاق، وعليه يوصي الباحث في هذا الصدد أن يتم تدارك هذا الأمر.

وفي ختام هذا الفصل يتبين أن الأطراف المتفاوضة قد يلجئون في بعض الأحيان إلى إبرام تعهدات شرفية، وذلك عندما يردان حبس إتفاقيهما إلى مرجعية أخرى غير القانون أي خارج دائرة القانون وهي مرجعية الوسط المهني الذين ينتمون إليه لاسيما إذا كان إتفاقيهما مخالفا للنظام العام أو منافيا لحرية المنافسة بغية تحقيق مصالحهم، ذلك أن القانون هنا لا يخدم مصالحهم مما يبرر اللجوء إلى التعهدات الشرفية والتي أساسها الثقة بين الأطراف.

كما يتضح أن القوة الملزمة للتعهدات الشرفية المقترنة بعقود التجارة الدولية تخضع للسلطة التقديرية للمحكمة ولنصوص القانون في مختلف الدول، حيث تباينت مواقف التشريعات المقارنة، فالقانون الإنجليزي ينص على أنه إذا كانت التعهدات محددة وواضحة فإنها تدخل في نطاق العقد الذي يرتب المسؤولية العقدية في حالة الإخلال، غير أن القانون الفرنسي قد قضى بأن التعهدات الشرفية لا ترتب أية إلتزامات قانونية.

¹ - أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع، الجزائر، سنة 2002 ص 197، أشار إليه دغيش أحمد، المرجع السابق، ص 84

الباب الثاني

الإتفاقات التمهيدية ذات

الطبيعة العقديّة

الباب الثاني: الإتفاقات التمهيديّة ذات الطّبيعة العقديّة

نظرا لضخامة عقود التجارة الدولية وطوال مدتها، فإنه يتعين إبرام عقود تمهيدية بغية الوصول إلى التعاقد النهائي، ولعل أبرز هذه العقود نجد عقود التفاوض وكذا عقود الوعود فعقد التفاوض مثله مثل أي عقد يترتب التزامات تقع على طرفيه كالالتزام بحسن النية والالتزام بالسرية والالتزام بالإعلام، كما أنه يترتب المسؤولية في حالة الإخلال بتلك الإلتزامات.

وعقد التفاوض قد يأخذ صورة الإتفاق على التفاوض الذي ينفرد ببعض الآثار المترتبة عليه كما قد يأخذ عقد التفاوض صورة عقد الإطار والذي بمقتضاه يتم تحديد أهم الشروط التي يجب أن يلتزم بها الأطراف في حالة إبرام عقود لاحقة كعقود التطبيق، وفضلا عن ذلك فقد يتخذ عقد التفاوض صورة عقدا جزئيا والذي بمقتضاه يتم الإتفاق على عنصر من عناصر العقد الجزئي، إذ أنها كلها عقود تتدرج ضمن عقد التفاوض.

تعتبر التجارة الدولية محرك نمو اقتصاد الدول، فقد حظيت باهتمام بالغ سواء من طرف فقهاء القانون أو من طرف الهيئات والمنظمات الدولية، فهذا التوسع في مجال التبادل التجاري الدولي أدى إلى ظهور علاقات تعاقدية على الصعيد الدولي ذات العنصر الأجنبي تقوم على مبدأ سلطان الإرادة، ومن بين هذه العقود نجد الوعد بالتعاقد والوعد بالتفضيل.

فالوعد بالتعاقد هو عقد كسائر العقود يعد خطوة لإبرام العقد النهائي فما يشترط في العقد الموعود بإبرامه يشترط أيضا في عقد الوعد حتى لو تعلق الأمر باتخاذ شكلية معينة فإذا كان العقد الموعود بإبرامه يتطلب الرسمية فيجب توافرها في عقد الوعد، غير أن الوعد بالتعاقد الإلكتروني له خصوصيته ذلك أنه يتم إبرامه عبر وسائل إلكترونية خاصة إذا تعلق الأمر بعقود التجارة الدولية، وعليه سنقسم هذا الباب إلى فصلين، سنتحدث في الفصل الأول عن عقود التفاوض في مجال التجارة الدولية، أما الفصل الثاني سنتكلم فيه عن عقود الوعود في مجال التجارة الدولية.

الفصل الأول

عقود التفاوض في مجال التجارة الدولية

التفاوض هو عملية تهدف إلى وضع أو صياغة قرار مشترك يساهم فيها أكثر من شخص لنتج بوضع قرار يحقق التوافق بين مصالحهم¹، كما عرفه بعض الفقه على أنه هو ذلك النشاط الذي يعالج فيه الناس اختلافهم في الرأي باستعمال مهاراتهم في التفاوض، فهذه العملية قد تنتهي لصالح أحد الجانبين أو كلاهما معاً²، والبعض عرف التفاوض على أنه حوار بين متعاقدين من أجل البحث عن إمكانية إيجاد توافق الإيرادات اتجاه الحقوق والالتزامات التي تمثل محل العقد³، حيث يرتب عقد التفاوض العديد من الالتزامات، إذ أن كل التزام لا يخو من الأهمية عن باقي الالتزامات، فنجد الإلتزام بحسن النية في التفاوض والإلتزام بضرورة البدء في المفاوضات والاستمرار فيها وكذا الإلتزام بالتعاون وتقديم المعلومات وأيضا الإلتزام بالسرية في المفاوضات.

قد يصاب أحد الأطراف المتفاوضة بضرر نتيجة الإخلال بالالتزامات عقد التفاوض حينئذ يعرض عنها، فقد تتعلق تلك الأضرار بنفقات التفاوض خاصة فيما يتعلق بالتجارة الدولية التي تتطلب نفقات باهظة، كما قد يصاب أحد الأطراف بضرر نتيجة الوقت الضائع أو نتيجة تفويت فرصة إبرام عقود أخرى خاصة وأن عملية التفاوض في عقود التجارة الدولية تأخذ وقتاً طويلاً، هذا ويتخذ عقد التفاوض صوراً عديدة من ذلك عقود الإطار وعقدي الجزئي والمؤقت⁴، وعليه سنقسم هذا الفصل إلى مبحثين، سنبين في المبحث الأول الأحكام العامة لعقد التفاوض، أما المبحث الثاني سنبين فيه تطبيقات عقد التفاوض في مجال التجارة الدولية.

¹ _ yong_h_payton_negoc3iation analisis,universite nic3hingon peres,uniteal states of amlric3a 1991,p4.

² _ uaris petrescu,the connereial negoc3iation forme word, valhia universitiy of targovist , romania, p 120.

³ _ محمد علي جواد، العقود الدولية مفاوضاتها إبرامها تنفيذها، دار الثقافة، عمان، الطبعة الأولى، ص 45.

⁴ _ تتعدد صور عقد التفاوض، فمن بين صورته نجد الاتفاق على التفاوض وعقد الإطار والعقد الجزئي وكذا العقد المؤقت.

المبحث الأول

الأحكام العامة لعقد التفاوض

التفاوض هو مرحلة تسبق إبرام العقد التجاري الدولي تكون بين طرفين أو أكثر عن طريق أسلوب الأخذ والرد، بحيث نجد كل طرف يسعى إلى حماية مصالحه الذاتية، ولكن هذا لا يعني أنه يستبد بموقفه بل أنه يقدم تنازلات من شأنها أن تصل بالتفاوض إلى حل يرتضيه كإلها، ومن ثم يتبين أن المفاوضات وجدت لتقريب وجهات النظر حتى يكون كل مفاوض على بينة من أمره، وعليه سنقسم هذا المبحث إلى مطلبين، سنتطرق في المطلب الأول إلى مفهوم عقد التفاوض، أما المطلب الثاني سنبين فيه الآثار المترتبة على عقد التفاوض.

المطلب الأول

مفهوم عقد التفاوض

أهم ما يميز مرحلة المفاوضات هو عنصر الاحتمال، فلا يمكن التأكد من أن العقد المنشود سيتم إبرامه، فالمفاوضات يمكن أن تنتهي بإبرام العقد النهائي ويبقى لعقد التفاوض أهمية في تفسير العقد فقط أو أن تصل المفاوضات إلى طريق مسدود ومن ثم تنتهي مرحلة المفاوضات بالفشل، ويبقى لعقد التفاوض أهمية في حالة قيام المسؤولية العقدية لأي من الطرفين، ولكن وإن كان عقد التفاوض يهدف إلى إبرام العقد النهائي إلا أنه يختلف عن هذا الأخير كما أنه يختلف عن عقد الوعد وعقد الإطار، وعليه سنقسم هذا المطلب إلى فرعين سيتم في الفرع الأول تحديد معنى عقد التفاوض، أما في الفرع الثاني سنميز فيه عقد التفاوض عما يشابهه من أوضاع.

الفرع الأول

تحديد معنى عقد التفاوض

قد يلجأ الأطراف في مرحلة التفاوض لتأمين المفاوضات، وذلك من خلال إبرام بعض العقود بهدف إيجاد أرضية مشتركة للتقاهم بين الطرفين كأن يتم إبرام إتفاقات تهدف إلى تنظم عملية التفاوض من ذلك تحديد مكان وميعاد التفاوض والشيء المتفاوض عليه، إذ

الباب الثاني: الإتفاقات التمهيديّة ذات الطّبيعة العقديّة

سنكتفي من خلال هذا الفرع تعريف عقد التفاوض (أولاً)، كما سيتم ذكر أهم خصائص هذا العقد (ثانياً).

أولاً: تعريف عقد التفاوض

يعرف بعض الفقه عقد التفاوض على أنه "اتفاق يلتزم بمقتضاه شخص آخر بالبدء والاستمرار في التفاوض بشأن عقد بغية التوصل إلى إبرامه⁵، ومنه فعقد التفاوض شأنه شأن أي عقد آخر، فهو تصرف قانوني بين طرفين بهدف ترتيب أمر قانوني معين، حيث يشترط فيه الرضا والمحل والسبب⁶.

قد عرفت محكمة التحكيم بغرفة التجارة الدولية عقد التفاوض على أنه "عقد بمقتضاه يتعهد الطرفان بالتفاوض أو بمتابعته من أجل التوصل إلى إبرام عقد معين لم يتحدد موضوعه إلا بشكل جزئي لا يكفي في جميع الأحوال لانعقاده، هذا وقد عرفت محكمة باريس في حكما صادر عنها في 23_05_1992 عقد التفاوض بقولها "هو عقد بمقتضاه يلزم أطرافه ببدء أو متابعة التفاوض بحسن نية حول شروط عقد يبرم في المستقبل"⁷.

ومن التعاريف السابقة يتضح أن عقد التفاوض يترتب إلزاماً بالدخول في التفاوض والاستمرار فيه بحسن نية إلا أنه لا يترتب إلزاماً بإبرام العقد النهائي وإنما فقط الالتزام بحسن سير المفاوضات بغية إبرام العقد النهائي.

ثانياً: خصائص عقد التفاوض

عقد التفاوض له خصائص تميزه عن غير من العقود والأوضاع القانونية التي يمكن أن تشتهبه معه، فعقد التفاوض هو عقدا رضائي وملزما لجانبين كما انه عقد تمهيدا وموقتا فذكر خصائص عقد التفاوض من شأنه إزالة الغموض الذي قد يكتنف هذا العقد.

⁵ _ محمد شاكر محمود محمد، المسؤولية عن قطع المفاوضات (دراسة مقارنة)، الطبعة الأولى، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، مصر، سنة 2016، ص 198.

⁶ _ خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص 293.

⁷ _ عبد العزيز المرسي حمود، المرجع السابق، ص 32.

01_ عقد رضائي:

يقوم عقد التفاوض على التراضي، حيث يكفي توافق الإرادتين دون الحاجة إلى شكلية معينة، إذ أنه يظل عقد رضائي حتى ولو كان العقد المراد إبرامه عقدا شكليا¹، ومن ثم يكفي إقتران الإيجاب مع القبول، وبالتالي فإن عقد التفاوض هو عقد رضائي، فلا يشترط شكل معين لإبرامه.

02_ عقد ملزم لجانبين:

عقد التفاوض هو عقد ملزم لجانبين ذلك أنه يفرض التزامات على عاتق الطرفين وإن كانت هذه الإلتزامات قد تختلف من عقد إلى آخر حسب إتفاق الطرفين وطبيعة ونوع العقد النهائي، هذا وقد تزيد التزامات أحد الطرفين دون الآخر إلا أنه توجد التزامات تشترك فيها كل العقود تقريبا كالالتزام بالدخول في المفاوضات والاستمرار فيها والمحافظة على سرية المعلومات.

03_ عقد تمهيدي:

عقد التفاوض ليس مقصورا لذاته، بل الهدف منه هو التمهيد للعقد النهائي فهو يعمل على تنظيم المفاوضات بغية إبرام العقد النهائي، وإذا كانت القاعدة العامة وفقا لمبدأ سلطان الإرادة أنه لا يوجد التزام قانوني بالتفاوض لإبرام عقد من العقود، إلا أن إبرام عقد التفاوض يقود إلى إلزام طرفيه بالدخول في التفاوض والاستمرار فيه بحسن نية بهدف إبرام العقد النهائي².

وهذا الطابع التمهيدي لعقد التفاوض لا يخول لطرفيه حقا نهائيا له طبيعة مالية متعلقة بالعقد النهائي، فلا يخول للمتعاقد حقا عينيا يقيد من سلطات المالك على الشيء موضوع التفاوض لأنه ممهّد للعقد النهائي، ولا يترتب عليه أي أثر من آثار العقد المقصود، فعقد

¹ _ بلال بدوب، مبدأ حين النية في المفاوضات قبل التعاقدية في عقود التجارة الدولية، أطروحة دكتوراه، جامعة عين شمس، سنة 2001، ص 491.

² _ رجب كريم عبد اللاه، المرجع السابق، ص 487.

التفاوض يهدف إلى الإعداد والتحضير لإبرام العقد النهائي، فهو إتفاق مرحلي ممهّد لإبرام العقد النهائي¹، وعليه يتضح أنه من خلال عقد التفاوض يتم تنظيم عملية التفاوض بالكيفية التي بمقتضاها يتم الوصول إلى إبرام العقد النهائي².

04_ عقد محدد المدة:

عقد التفاوض هو عقد محدد المدة، وهي المدة التي تستغرقها المفاوضات بين الطرفين، فإذا انتهت المفاوضات سواء بإبرام العقد النهائي أو بعدم إبرامه زال كل أثر قانوني لعقد التفاوض³، ذلك أن عقد التفاوض لا ينشئ التزاماً بإبرام العقد النهائي و إنما يولد التزام ببدء في التفاوض والاستمرار فيه بحسن نية بغية الوصول إلى إبرام العقد النهائي⁴. فقد يستغرق التفاوض لاسيما في العقود الهامة والمعقدة كعقود التجارة الدولية فترة طويلة من الوقت، وقد تعثرها الكثير من الصعوبات مما يؤدي إلى عرقلة سير المفاوضات لذلك يلجأ الطرفان إلى إبرام عقود محددة المدة تهدف إلى تنظيم التفاوض على العقد النهائي، فمدة التفاوض هي تلك المدة التي يستغرقها الطرفين للتفاوض، فإذا إنتهت المفاوضات بين الأطراف سواء بالتوصل إلى إبرام العقد النهائي أو فشل المفاوضات إنتهى عقد التفاوض ولا يبقى له إلا أهمية تفسيرية⁵.

وفي هذا الصدد يرى الباحث أنه حسب الأحكام القانونية المنظمة لعقد التفاوض من قبل غالبية التشريعات يتبين أن عقد التفاوض ليس عقداً محدد المدة بل أنه عقد يستغرق مدة معينة لاسيما في مجال إبرام عقود التجارة الدولية التي تستغرق وقتاً طويلاً نظراً لضخامة هذه العقود وأهميتها في إزدهار إقتصاد الدول، إذ نرى أنه يجب تحديد مدة المفاوضات

¹ _ بشار ممدوح دويدن، الإطار القانوني للعقد المبرم عبر شبكة الانترنت، رسالة ماجستير، دار الثقافة للنشر والتوزيع عمان، الأردن، سنة 2006، ص 92.

² _ نبيل إسماعيل الشبلاق، الطبيعة القانونية لمسؤولية الأطراف في مرحلة ما قبل التعاقد، مجلة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد 29، العدد 3، العراق، سنة 1997، ص 314.

³ _ علي أحمد صالح، المفاوضات في العقود التجارية الدولية، دار هومة، الجزائر، سنة 2012، ص 369.

⁴ _ محمد شاكر محمود محمد، المرجع السابق، ص 65.

⁵ _ خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص 232.

حماية لأطراف المتفاوضة، فقد يعتمد أحد الأطراف إطالة أمد المفاوضات مع رغبته في عدم التعاقد، مما يضر بالطرف الآخر.

الفرع الثاني

تمييز عقد التفاوض عما يشابهه

إن رفع الغموض واللبس عن عقد التفاوض يقتضي بالضرورة تمييزه عن الأوضاع والعقود المشابهة له لاسيما تمييزه عن العقد النهائي وتميزه عن عقد الإطار وكذا تمييزه عن عقد الوعد بالتعاقد، فهذه العقود قد ترتبط بالتجارة الدولية، وعليه سيتم من خلال هذا الفرع تمييز عقد التفاوض عن العقد النهائي المراد إبرامه في المستقبل (أولاً)، كما سيتم تمييزه عن عقد الوعد بالتعاقد (ثانياً)، فضلاً عن ذلك سيتم تمييزه عن عقد الإطار (ثالثاً).

أولاً: عقد التفاوض والعقد النهائي

عقد التفاوض هو عقد مستقل عن العقد النهائي، ذلك أنه عقد مؤقت وممهّد للعقد النهائي كما أنه لا يترتب أي أثر من الآثار العقد النهائي، وإنما هو رسم إطار قانوني منظم لمرحلة التفاوض، ومن ثم فإن الفاصل بين العقد هو بدء الإيجاب البات للعقد النهائي الذي إذا طابقه قبولا انعقد به العقد النهائي، وبذلك تنتهي فترة المفاوضات فإذا انتهت وعرض أحد المتعاقدين إيجاباً باتاً أو حتى إيجاباً معلقاً يكون قد انتقلنا من مرحلة المفاوضات إلى مرحلة توافق الإرادتين¹.

ومنه فالالتزامات المترتبة على عقد التفاوض تختلف تماماً عن الإلتزامات التي يترتبها العقد النهائي، فالأولى تتعلق بمرحلة التفاوض وحسن سير المفاوضات للوصول إلى الهدف المنشود وهو العقد النهائي كالتزام بالدخول في المفاوضات والاستمرار فيها بحسن نية والالتزام بمواعيد التفاوض والمحافظة على سرية المعلومات وغيرها من الإلتزامات التي ليس لها علاقة بالعقد النهائي، والعقد النهائي قد يكون عقد بيع أو عقد من عقود الخدمات أو عقد التوريد أو غيرها من العقود، والتي لكل منها محله الخاص به وله سببه الخاص وكذا الآثار

¹ _ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، مصادر الإلتزام، منشأة المعارف، الإسكندرية، سنة 2003، ص 172.

الباب الثاني: الإتفاقات التمهيديّة ذات الطّبيعة العقديّة

والأحكام الخاصة بكل عقد التي تختلف عن أحكام عقد التفاوض الذي يشتمل محله بعملية التفاوض على العقد النهائي وأما سببه فهو الرغبة في إبرام العقد النهائي.

ثانياً: عقد التفاوض وعقد الوعد

كل من عقد التفاوض وعقد الوعد هما عقدان مستقلين بالمعنى القانوني، كما أن كلاهما يمهد ويحضر للعقد النهائي، غير أنهما يختلفان في عدة جوانب، فعقد الوعد سواء كان ملزماً لجانبين أو لجانب واحد فهو لا ينعقد إلا إذا تم الاتفاق على كافة المسائل الجوهرية للعقد النهائي، أما في عقد التفاوض فلا وجود لمثل هذا الشرط، وإنما يجب الاتفاق على العناصر الجوهرية لمرحلة التفاوض لا العقد النهائي¹.

كما أن عقد الوعد يتطلب الشكلية المطلوبة في العقد النهائي²، ففي عقد البيع مثلاً إذا اشترط القانون شكلاً معيناً فإن الوعد بالتعاقد يجب أن يراعى فيه هذا الشكل، بخلاف عقد التفاوض الذي لا يشترط فيه شكل معين ولو كان العقد النهائي يشترط لانعقاده شكلاً معيناً وفضلاً عن ذلك ففي الوعد بالتعاقد إذا امتنع الواعد عن إتمام العقد النهائي على الرغم من إبداء الرغبة من قبل الموعود له والمتمثلة في إبرام العقد النهائي جاز للمحكمة مع توافر الشروط الأخرى خاصة الشكل أن تصدر حكماً يجبر الواعد على إتمام العقد النهائي.

إذ يقوم الحكم هنا مقام العقد متى حاز قوة الشيء المقضي فيه³، أما عقد التفاوض لا يمكن أن يتحول إلى العقد النهائي، ذلك أنه عقد تمهيدي للعقد النهائي، كما أنه لا يمكن إجبار المتفاوض على إبرام العقد النهائي، فالمتفاوض ملزم بالتفاوض وليس بإبرام العقد النهائي.

ثالثاً: عقد التفاوض وعقد الإطار

عقد الإطار هو اتفاق بمقتضاه يتم تحديد الشروط الرئيسية التي يلتزم الطرفين بإتباعها فيما يبرمانه من عقود لاحقة تسمى عقود التطبيق⁴، إلا أن عقد الإطار يتميز عن عقود

¹ _ المادة 71 من القانون الكندي الجزائري.

² _ المادة 72 من القانون المدني الجزائري .

³ _ عبد المجيد الحكيم و عبد الباقي البكري ومحمد طه البشير، الوجيز في نظرية الالتزام في المدني العراقي، الجزء الأول، مصالدر الالتزام، وزارة التعليم العالي و البحث العلمي، بغداد، سنة 1986، ص 53.

⁴ _ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المرجع السابق، ص 241.

الباب الثاني: الإتفاقات التمهيديّة ذات الطّبيعة العقديّة

التطبيق اللاحقة له في أنه يمهد لقيام هذه العقود ويعد إطاراً عاماً تبرم على أساسه تلك العقود، ومنه فعقد الإطار يمهد لعقود مستقبلية محتملة بما يوحى من تنظيم لكيفية انعقادها وتحديد لما يتيسر تحديده من عناصرها عند إبرامه.

وعقد الإطار يتشابه مع عقد التفاوض في أنهما يعدا من العقود التمهيديّة التي تمهد الطريق لعقد آخر، فهي غير مقصورة لذاتها، غير أنهما يختلفان من عدة جوانب حيث نجد عقد الإطار يتضمن شروطاً رئيسية يتم على أساسها إبرام عقود التطبيق في المستقبل أما عقد التفاوض فلا يتضمن تلك الشروط، كما أن عقد الإطار ليس عقداً مؤقتاً ذلك أن الإلتزامات الواردة فيه تعد آلية لإنعقاد عقود التطبيق اللاحقة، بحيث يصبح عقد الإطار أساساً بل وجزءاً من عقود التطبيق النهائيّة ولا ينتهي بمجرد إبرام تلك العقود، أما عقد التفاوض فإنه عقد مؤقت ينتهي بإكمال دوره وإتمام العقد النهائي بانتهاء المفاوضات¹.

المطلب الثاني

الآثار المترتبة على عقد التفاوض

لابد من تحديد النظام الذي يحكم المفاوضات سواء كان القانون أو العقد، وذلك بهدف تحديد نطاق الإلتزامات وطبيعة المسؤولية، فقد يترتب على الإخلال بالإلتزامات عقد التفاوض ضرراً يصيب أحد طرفي العقد، بحيث غالباً ما نجد تلك الأضرار تتعلق أساساً بنفقات التفاوض، كما قد تشمل تلك الأضرار المركز الإقتصادي للطرف المتفاوض نتيجة لتفويت فرصة ما، هذا وقد تكون الأضرار نتيجة للوقت الضائع ذلك أن الغالب نجد المفاوضات في عقود التجارة الدولية تأخذ وقتاً طويلاً، وعليه سنقسم هذا المطلب إلى فرعين سنحدد في الفرع الأول الإلتزامات التي تقع على عاتق طرفي عقد التفاوض، أما الفرع الثاني سنبين فيه الأضرار التي يعرض عنها نتيجة الإخلال بالإلتزامات عقد التفاوض.

¹ _ سمير عبد السميع الأودن، المرجع السابق، ص 74.

الفرع الأول

التزامات أطراف عقد التفاوض

إن إبرام عقد التفاوض في مجال التجارة الدولية يترتب عدة التزامات تقع على عاتق طرفيه كالإلتزام بحسن النية (أولاً)، والالتزام بضرورة البدء في المفاوضات والاستمرار فيها (ثانياً)، والإلتزام بالتعاون وتقديم المعلومات (ثالثاً)، وكذا الإلتزام بسرية المفاوضات (رابعاً).

أولاً: الإلتزام بحسن النية في التفاوض

الالتزام بالتفاوض بحسن النية يعد من أهم الإلتزامات الناشئة عن الدخول في عملية التفاوض باعتبارها عقداً يتضمن إلتزام تبادلي، ففيه دائن ومدين ومحل يرد عليه، كما قد يلتزم المتفاوض بالقيام بعمل أو الامتناع عن عمل¹.

01_ مفهوم الإلتزام بالتفاوض بحسن النية

إن تبيان مفهوم الإلتزام بالتفاوض بحسن النية في مجال التجارة الدولية يقتضي بالضرورة ضبط معنى هذا الإلتزام، وتبيان طبيعة هذا الإلتزام.

أ _ تحديد معنى الإلتزام بالتفاوض بحسن النية

فكرة حسن النية في التفاوض لها معنيين معنى شخصي والآخر موضوعي، فالأول مؤداه بأن حسن النية هو حالة نفسية أو ذهنية تتمثل في الجهل بالواقعة أو ظرف ما²، أما المعنى الموضوعي لفكرة حسن النية ففحواه أنها قاعدة سلوك، ذلك أنها فكرة أخلاقية خالصة تتطلب من الأشخاص مراعاة النزاهة والأمانة في معاملاتهم، ومنه فهي ضابط أخلاقي للسلوك يجري تقديره على نحو موضوعي ومجرد وفقاً للسلوك الحسن الذي تقتضيه الحياة في المجتمع³.

¹ _ نزيه محمد الصادق المهدي، الإلتزام قبل التعاقد بالإدلاء بالمعلومات والبيانات المتعلقة بالعقد، دار النهضة العربية سنة 1982، ص 193.

² _ محمد حسن عبد العال، المرجع السابق، ص 122.

³ _ أم كلثوم صبيح محمد، المفاوضات الممهدة للتعاقد، " ماهيتها و أحكامها"، دراسة مقارنة بين الواقع العملي والفراغ التشريعي، المجلد 14، العدد 04، جامعة النهدين، سنة 2012، ص 300.

الباب الثاني: الإتفاقات التمهيديّة ذات الطّبيعة العقديّة

فمبدأ حسن النية في مجال المفاوضات المقترنة بالتجارة الدولية يتطلب الجدية والرغبة الصادقة من قبل الأطراف المتفاوضة، وذلك بغية إتمام العقد النهائي وبشروط تستجيب ومصالحة الأطراف المتفاوضة¹، كما أن هذا المبدأ يفرض على الأطراف المتفاوضة مراعاة أصول الأمانة والشرف لاسيما فيما يتعلق بالثمن الذي حرصت الدول الاشتراكية والدول النامية على أن يكون عادلا لا يفرق بين المستوردين².

تتعدد مظاهر الإخلال بمبدأ حسن النية عند البدء في المفاوضات، لاسيما حالة الدخول في المفاوضات من جانب أحد الأطراف دون أن تكون لديه النية والرغبة الحقيقية والجادة في التعاقد، أو حالة طرح أفكار غامضة تشتت فكر الطرف الآخر أو كتمان بعض المعلومات التي بمقتضاها يتم الوصول إلى اتفاق.

وأیضا من مظاهر انتفاء حسن النية نجد التسويق وإطالة أمد المفاوضات مع العلم بصعوبة الوصول إلى اتفاق، أو بث الأمل في نفس الطرف الآخر في الوصول إلى اتفاق نهائي مع أنه قد إتخذ قرارا بقطع المفاوضات وكذلك عدم احترام الوقت المحدد لكل مرحلة من مراحل التفاوض أو العدول عن الإيجاب أو العرض بعد قبوله من الطرف الآخر، وإثارة العقبات كرفع الثمن بطريقة جائرة تدفع الطرف الآخر إلى الانسحاب³.

فمن حالات انتفاء حسن النية في التفاوض أيضا، نجد ما نصت عليه الفقرة الثالثة من المادة 02 من مجموعة المبادئ العامة للعقود التجارية الدولية والتي تنص على أنه "يعتبر سيء النية خصوصا الطرف الذي يفتح أو يتابع المفاوضات وهو يعلم أن ليس لدينه نية في الوصول إلى اتفاق"، وكذا المادة 03 الفقرة 10 من ذات المجموعة المذكورة أعلاه نجدها تنص على أنه "يعتبر باطلا كل عقد يعطي فيه ميزة زائدة وغير عادلة لطرف خصوصا من جراء استغلال الطرف الآخر بطريقة غير مشروعة حالة الاحتياج أو الضائقة الاقتصادية

¹ _ صالح بن بكر الطيار، العقود الدولية لنقل التكنولوجيا، مركز الدراسات العربي الأوروبي، سنة 1999 صص 16 و 19.

² _ محسن شفيق، نقل التكنولوجيا من الناحية القانونية، مركز البحوث والدراسات القانونية والتدريب المهني القانوني جامعة القاهرة، سنة 1984، ص 36.

³ _ صبري حمد خاطر، بحث بعنوان: الالتزام قبل التعاقد بتقديم المعلومات، مجلة الحقوق، عدد خاص، سنة 1998 ص 166.

أو الحاجات المستعجلة أو عدم التبصر أو الجهل أو القدرة على التفاوض مع الطرف الآخر¹.

ب _ طبيعة مبدأ حسن النية في التفاوض

الالتزام بالتفاوض بحسن نية هو التزام بتحقيق نتيجة وليس بذل عناية، ذلك أنه إلتزام يفرض على الأطراف المتفاوضة إتباع المسلك المألوف والمعتاد بعيدا عن الغش والخداع والتحايل وكذا ما يعرف بالكتمان التدليسي ومفاوضات الإعاقة والتجسس، وغيرها من الأمور التي لا تستجيب ومقتضيات هذا المبدأ².

02_ جزاء الإخلال بالالتزام بحسن النية:

كما يشترط حسن النية في إبرام العقد وتنفيذه، كذلك يشترط في مرحلة المفاوضات وهذا ما يطلق عليه الفقه الفرنسي بما يسمى مبدأ حسن النية قبل التعاقد، فإذا خالف أحد الأطراف هذا المبدأ في مرحلة المفاوضات فإن ذلك يعد خطأ يرتب المسؤولية المدنية³، إذ أن الإخلال بمبدأ حسن النية في التفاوض يرتب قيام المسؤولية التقصيرية، والتي تخضع لقانون الدولة الذي وقع فيها الفعل المنشئ للالتزام، ذلك أن مرحلة التفاوض هي حالة سابقة على وجود أي عقد، غير أنه في حالة إبرام العقد النهائي رغم هذا الإخلال فالمسؤولية هنا تكون مسؤولية عقدية⁴.

حيث تم الاعتراف بالطبيعة العقدية للمفاوضات، بحيث أن مبدأ حسن النية أصبح التزاما تعاقديا، فهذا الالتزام يعد من أهم الالتزامات الناشئة عن عقد التفاوض، وذلك باعتبار أن هذا الأخير يعد عقدا كسائر العقود يهيمن عليه مبدأ سلطان الإرادة، غير أن هذا المبدأ قد يشكل قيда على مبدأ سلطان الإرادة، وهذا ما تحدثت عنه محكمة التحكيم التابعة لغرفة

¹ _ يوسف الأكياي، النظام القانوني لعقود نقل التكنولوجيا في مجال القانون الدولي الخاص، رسالة دكتوراه، جامعة الزقازيق، سنة 1989، ص 105.

² _ السيد بدوي، حول نظرية عامة لمبدأ حسن النية في المعاملات المدنية، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، سنة 1989 ص 302.

³ _ نزيه محمد الصادق المهدي، المرجع السابق، ص 58.

⁴ _ أحمد عبد الكريم سلامة، نظرية العقد الطليق، دار المهضة العربية، سنة 1989، ص 104.

الباب الثاني: الإتفاقات التمهيدية ذات الطبيعة العقدية

التجارة العالمية بباريس¹، كما أن الالتزام بحسن النية يجد مصدره المباشر من اتفاق التفاوض فهو ليس التزاماً قانونياً مباشراً وإنما هو التزام إرادي يفرضه الاتفاق الذي تم بين أطرافه، لذلك يسأل المتفاوض عند الإخلال به².

بما أنه قد تم الاعتراف بالطبيعة العقدية للتفاوض، فإن مبدأ حسن النية أصبح التزاماً تعاقدياً، غير أن التشريعات المقارنة تختلف في تنظيمها لهذا المبدأ، إلا أن المبدأ العام الذي تشترك فيه معظم التشريعات هو مبدأ المفاوضات العادلة أي التفاوض بحسن النية، وعليه فهناك بعض التشريعات قد تبنت مبدأ حسن النية في التفاوض كمبدأ عام، وهناك من التشريعات التي وضعت نصوص قانونية تمنع التفاوض الغير العادل.

فمن التشريعات التي نص على مبدأ حسن النية صراحة نجد القانون المدني الإيطالي³ فالمادة 1337 منه تنص على أنه " يلتزم الأطراف خلال التفاوض وإبرام العقد بالتصرف وفقاً لحسن النية "، وكذا المادة 15 من مبادئ لينيدروا والتي تنص على أنه " يكون لكل طرف الحرية في إجراء التفاوض ولا يسأل عن الفشل في الوصول إلى إتفاق، ومع ذلك يسأل الطرف الذي يتفاوض وينتهي المفاوضات بسوء نية عن الخسارة التي لحقت الطرف الآخر، ويتوافر على وجه الخصوص بالنسبة للطرف الذي يدخل المفاوضات أو يستمر فيها دون أن تكون لديه نية الوصول مع الطرف الآخر"⁴.

وفي المقابل نجد بعض التشريعات قد تبنت مبدأ حسن النية في التفاوض ضمناً لاسيما بعض القوانين المدنية العربية⁵، أما التشريعات التي اكتفت بوضع نصوص قانونية خاصة تمنع التفاوض غير العادل نجد القانون الإنجليزي والأميركي، حيث أن القانون الإنجليزي لا يقرر مبدأ عاماً في هذا الشأن بل إكتفى بمعالجة فردية للحالات التي تنجم عن

¹ _ يوسف الأكيابي، المرجع السابق، ص 90.

² _ حسام الدين الأهواني، المفاوضات قبل العقدية و مراحل إعداد العقد الدولي، تقرير مقدم لندوة المنظمة التعاقدية للقانون المدني و مقتضيات التجارة الدولية، معهد قانون الأعمال الدولي، القاهرة، سنة 1993، ص 12.

³ _ القانون المدني الإيطالي .

⁴ _ أمين دواس، المسؤولية عن قطع مفاوضات العقد دون سبب جدي، منشور في مجلة جامعة الشارقة للعلوم الشرعية والقانونية، المجلد الخامس، العدد الأول، سنة 2008، ص 175 .

⁵ _ المرجع نفسه، ص 176.

الإخلال بقواعد العادلة، كما أن القانون التجاري الأمريكي قد عالج مبدأ حسن النية في مرحلة تنفيذ العقد فقط¹.

ثانياً: الالتزام بضرورة البدء في المفاوضات والاستمرار فيها

في هذا الصدد سيتم تحديد معنى الالتزام بالبدء في المفاوضات والاستمرار فيها، كما سيتم تبيان طبيعة هذا الإلتزام، مع ضرورة ذكر الجزاء المترتب حالة الإخلال بهذا الإلتزام.

01_ تحديد معنى الإلتزام بالبدء في المفاوضات و الاستمرار فيها:

فحوى هذا الإلتزام هو أنه يتعين على الأطراف المتفاوضة الاستمرار في المفاوضات وتقديم مقترحات جدية، غير أن هذا الإلتزام غير ملزم بأن تؤدي تلك المقترحات إلى نتائج إيجابية وهي إبرام العقد النهائي المتفاوض بشأنه، إذ يكفي الاستمرار بالمفاوضات². فبمقتضى الإلتزام بالبدء في المفاوضات يتم مناقشة شروط العقد المراد إبرامه في المستقبل والذي تجري المفاوضات بشأنه، فهذا الإلتزام يتشكل من عنصرين هامين، فالأول هو مادي ويقصد به القيام بكافة الأعمال المادية التي تتطلبها عملية التفاوض كالمراسلات الاجتماعية بين المتفاوضين، أما العنصر الثاني فهو معنوي ويقصد به أن يتحلى أطراف التفاوض بحسن النية والنزاهة والأمانة طيلة مدة المفاوضات، حيث تعد هذه الإلتزامات حجر الزاوية في مرحلة التفاوض فكلما التزم المتفاوضون على البدء في المفاوضات فإنه ملزمون بالنتيجة بالاستمرار فيها³.

02_ طبيعة الإلتزام بالبدء في المفاوضات و الاستمرار فيها:

الأصل في الإلتزام بالاستمرار في المفاوضات هو التزم ببذل عناية لا تحقيق نتيجة ذلك أنه ليس من الضروري التوصل إلى إبرام العقد، غير أنه قد يكون الإلتزام بتحقيق نتيجة

¹ _ أمين دواس، المرجع السابق، ص 178.

² _ محمد حسام محمود لطفي، المسؤولية المترتبة في مرحلة التفاوض، مطبعة النسر الذهبي، القاهرة، مصر، سنة 1995، ص 04.

³ _ أم كلثوم صبيح محمد، المرجع السابق، ص 320.

وذلك إذا إتجهت نية الأطراف المتفاوضة إلى اعتبار العقد النهائي منعقد حتى ولو لم يصل الطرفان إلى اتفاق بشأنه¹، بحيث يترتب على عقد التفاوض التزاما على عاتق الأطراف المتفاوضة يتمثل في ضرورة البدء في المفاوضات والاستمرار فيها، ومن ثم فهو التزام بتحقيق نتيجة²، فتسيير المفاوضات يقتضي أن يلتزم أطراف التفاوض بالبدء في التفاوض. حيث يتعين أن يبادر أحد طرفي التفاوض أو كلاهما بإتخاذ الإجراءات اللازمة لفتح عملية التفاوض، وذلك من خلال توجيه دعوة إلى الطرف الآخر وتبادل الاقتراحات حول محل التفاوض، وكذا تقديم الدراسات وتبادل البيانات بغية إعطاء تفسيرات حول موضوع التفاوض بحيث يتم ذلك في المكان والزمان المتفق عليه، فإن لم يكن هناك اتفاق حول زمن المفاوضات فإنه يتعين على أطراف التفاوض البدء في المفاوضات في المدة المعقولة، كما يتعين أيضا على الأطراف المتفاوضة الاستمرار في المفاوضات ومتابعتها، فهذا الالتزام هو الذي يجعل الالتزام بالبدء في المفاوضات له معنى فلا يعقل الاستمرار في المفاوضات دون البدء فيها³.

03_ المسؤولية المترتبة عن الإخلال بالالتزام البدء في المفاوضات والاستمرار فيها:

الأصل أن المفاوضات مجرد عمل مادي لا يترتب عليها القانون أثرا، حيث يجوز لكلا طرفي التفاوض قطع المفاوضات في الوقت الذي يريده دون ترتيب أية مسؤولية على قاطع المفاوضات، وذلك استنادا إلى مبدأ حرية التفاوض في قطع المفاوضات أو الاستمرار فيها غير أن قطع المفاوضات قد يترتب عليه المسؤولية المدنية لاسيما إذا اقترن القطع بخطأ المتفاوض⁴، ذلك أن قطع المفاوضات يعد بحد ذاته خطأ تستوجب معه المسؤولية لاسيما في الحالة التي يتعارض العدول مع متطلبات حسن النية⁵.

¹ _صبري حمد خاطر، الالتزام قبل التعاقد بتقديم المعلومات، بحث منشور في مجلة الحقوق، عدد خاص، سنة 1998 ص 166.

² _رجب كريم عبد اللاه، المرجع السابق، ص 416.

³ _حمدي محمود بارود، مبدأ حسن النية و مقتضياته في مرحلة التفاوض قبل العقدية في مجال العقود التجارة الدولية مجلة الجامعة الإسلامية، سلسلة الدراسات الإنسانية، غزة، المجلد 16، العدد الأول، سنة 2008، ص 843.

⁴ _عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، المرجع السابق، ص 207.

⁵ _صبري حامد خاطر، قطع المفاوضات العقدية، مجلة جامعة النهريين، مجلد 01، بغداد، العراق، سنة 1997، ص 122.

الباب الثاني: الإتفاقات التمهيدية ذات الطبيعة العقدية

وعليه فالمسؤولية المترتبة عن عدم الإستمرار في المفاوضات قد تكون تقصيرية، وقد تكون عقدية حسب الأحوال، بحيث تكون تقصيرية إذا لم يكن الأطراف قد اتفقوا على وضع نظام يحكم عملية التفاوض، وتكون المسؤولية عقدية كلما وجد عقد ينظم عملية التفاوض أو تلاقي الإيجاب مع القبول، بحيث يتبين ذلك عن طريق ورقة أو مستند تم توقيعه يتضمن شروط معينة لعملية التفاوض¹، ومن ثم فالعدول عن المفاوضات لا يعد خطأ يستوجب المسؤولية العقدية، إلا إذا كان هناك اتفاق بين الأطراف المتفاوضة على وضع نظام لعملية التفاوض، إذ الغالب نجد الأطراف المتفاوضة يلجئون إلى وضع نظام يحكم عملية المفاوضات لاسيما إذا تعلق الأمر بعقود التجارة الدولية، ذلك أن هذه العقود قد تتطلب نفقات باهظة ووقت طويل لإبرامها².

فإذا كان العدول من الطرف الذي دعا إلى المفاوضات فإنه يقع على عاتقه المسؤولية شريطة إقتران القطع بخطأ منه، بحيث أن المسؤولية هنا هي مسؤولية تقصيرية على أساس الفعل غير المشروع، حيث يتحقق هذا الخطأ عن طريق إثبات أن العدول لم يكن له سببا جديا، حينئذ يكون للطرف الآخر حق طلب التعويض عن الضرر الذي لحقه من جراء قطعها لاسيما فيما يتعلق بالمصاريف الباهظة التي أنفقتها على المفاوضات أو رفضه لعروض كان من شأنها أنه لو دخل لما أبرم العقد النهائي³.

أما المسؤولية العقدية فلا تقوم على عاتق المتفاوض إلا في حالة إثبات وجود عقد يقضي بالالتزام في المفاوضات حتى نهايتها، فإذا كان هناك اتفاق بهذا الشأن قامت المسؤولية العقدية على المتفاوض الذي أخل بالإلتزامه، أما إذا لم يكن هناك اتفاق على التفاوض بل المفاوضات جرت بين الأطراف وتخللها إتفاقات توصلها إليها ولم يتفق صراحة أو ضمنا على استبعادها فعلى القاضي الرجوع إليها إذا اقتضى الأمر ذلك⁴.

¹ _ محمد حسام محمود لطفي، المرجع السابق ، ص 67.

² _ حمدي محمود بارود، الطبيعة القانوني للمسؤولية في حالة العدول عن مفاوضات العقد، مجلة الجامعة الإسلامية للدراسات الاقتصادية والإدارية، المجلد رقم 20، العدد الثاني، كلية الحقوق، جامعة الأزهر، غزة، سنة 2012، ص 565.

³ _ جمال فاخر النكاس، بحث بعنوان: العقود والاتفاقات الممهدة للتعاقد، و أهمية التفرقة بين العقد والإتفاق في المرحلة السابقة على العقد، مجلة الحقوق، العدد الأول، جامعة الكويت، سنة 1996، ص 129.

⁴ _ هاني صلاح سري الدين، المفاوضات على عقود التجارة الدولية، دراسة مقارنة في القانونين المصري و الإنجليزي

وفي هذا الصدد نشير أن القضاء الفرنسي قد رتب المسؤولية العقدية كلما قام الدليل على أن هناك تفاوض على عقد من العقود أو حتى مجرد استنتاج الاتفاق على الوعد به¹ هذا وقد أجاز القانون الإنجليزي للمضرور للخيرة بين المسؤوليتين متى تحققت شروطها، إذ في المقابل نجد القانون الألماني لا يجيز ذلك²، والجدير بالملاحظة أنه يتعين التفرقة بين العدول في حد ذاته، والذي لا يعد خطأ وبين العدول المقترن بخطأ، فالمسؤولية تكون عن الخطأ المقترن بالعدول المتمثل في السلوك غير المألوف وليس عن العدول في حد ذاته³.

ثالثاً: الالتزام بالتعاون وتقديم المعلومات

سنبين خلال هذه النقطة معنى الالتزام بالتعاون وتقديم المعلومات، وكذا طبيعة هذا الإلتزام والجزاء المترتب حالة الإخلال به.

01_ معنى الالتزام بالتعاون وتقديم المعلومات:

يفرض عقد التفاوض على طرفيه التعاون فيما بينهم بغية الوصول إلى إبرام العقد النهائي المنشود، إذ يعد الإلتزام بالتعاون شكلاً من أشكال حسن النية في إبرام العقود، ومن ثم يتعين إستبعاد استئثار أحد أطراف التفاوض بأن تكون له فائدة على حساب الآخر، بل أكثر من ذلك بحيث لا بد أن يتعاون الطرفان سوياً للوصول إلى أفضل إتفاق بينهم مما يحقق مصلحة الجميع⁴.

ففي الغالب لا يتم النص على الإلتزام بالتعاون صراحة، بل يفترض وجوده ضمناً حيث يتجسد هذا الإلتزام في تحديد مواعيد جلسات التفاوض، وكذا احترام المواعيد المقررة

مجلة إتحاد الجامعات العربية للدراسات و البحوث القانونية، العدد الرابع، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، سنة 1996 ص 25.

¹ _ المرجع نفسه، ص 76.

² _ أمين دواس، المرجع السابق، ص 192.

³ _ حمدي محمود بارود، الطبيعة القانوني للمسؤولية في حالة العدول عن مفاوضات العقد، المرجع السابق، ص 564.

⁴ _ أم كلثوم صبيح محمد، المرجع السابق، ص 301.

وتحديد أماكن للتفاوض يستجيب معها التيسير، وأيضاً إبداء المرونة الممكنة وعدم التصلب والالتزام بالجدية والاعتدال في مناقشة العروض وعدم رفضها دون مبرر¹.

ومن تطبيقات الالتزام بالتعاون نجد الالتزام بالإعلام والإخبار، حيث لا يجب الكتمان لاسيما المعلومات الضرورية لحماية للرضا من عيوب الإرادة، ومن ثم يتعين على كل متفاوض أن يحرص على صدور رضا مستنير بالعقد²، فحجب بعض المعلومات قد يؤدي إلى ثقة غير حقيقية في المفاوضات بحيث تكون مجرد وهم بأن المفاوضات قد تنجح في حين أن الحقيقية خلاف ذلك مما يؤدي إلى ضياع الوقت والمال والجهد³.

كما أن إقرار الالتزام بالإعلان أمر ينسجم مع تطورات العصر الحديث، حيث يسود بيع الأشياء المستعملة كالسيارات والأدوات المنزلية ويستخدم الإعلان فيعرض السلع بصورة كبيرة، وهذا يستوجب وجود نظام يكون بمثابة وقاية ضد محاولة إستغلال حاجة الناس بالاكتماء بعرض الأشياء والوقوف على الحياد دون تزويد المشتري بالمعلومات الخاصة بالشيء على النحو الذي يتمكن به من العلم فيها.

02_ طبيعة الالتزام بالتعاون وتقديم المعلومات:

إختلف الفقه حول طبيعة هذا الالتزام، فالبعض يعتبرونه إلتزاماً بتحقيق نتيجة والمتمثلة في إحاطة الطرف الآخر علماً بكل الحقائق والوقائع وكل المعلومات المتعلقة بالعقد، لذلك يعد المدين مخرلاً بهذا الالتزام متى إمتنع عن ذلك دون مبرر مشروع، والبعض الآخر يرون أنه إلتزام ببذل عناية ذلك أن المدين يلتزم بإعلام وتزويد الدائن بكافة البيانات المتعلقة بالشيء محل التفاوض لاسيما مجالات إستخدامه وخطورته وكل الأمور الضرورية، إلا أنه لا يضمن تحقيق النتيجة المرجوة منه⁴، فطبيعة هذا الالتزام تختلف باختلاف أطراف العقد المتفاوض فإذا كان احد أطراف هذا العقد أحدهما حرفي والآخر مستهلك فإن طبيعة هذا

¹ _ محمد حسام محود لطفي، المرجع السابق ، ص 14.

² _ سعد حسين عبد ملحم، التفاوض بالعقود عبر شبكة الانترنت، بحث منشور في مجلة كلية الحقوق بجامعة النهدين المجلد 08، العدد 13، سنة 2005، ص 93.

³ _ أم كلثوم صبيح محمد، المرجع السابق ، ص 302.

⁴ _ المرجع نفسه ، ص 303.

الالتزام تكون بتحقيق غاية، أما إذا العقد بين الحرفين أو المستهلكين فيكون الالتزام ببذل عناية، فإذا بذل المدين ما يبذله الرجل المعتاد فلا تقوم المسؤولية¹.

03_ جزء الإخلال بالالتزام بالإعلام

الالتزام بالإعلام في مرحلة المفاوضات قد يزيل صعوبة إثبات الخطأ، وذلك إذا استطاع المتعاقد أن يثبت أن سبب وقوعه في الغلط هو عدم قيام المتعاقد الآخر بإعلامه بالمعلومات والبيانات الضرورية وقت إبرام العقد، ولذلك فإنه من الممكن أن نتصور نشوء المسؤولية المدنية عن الإخلال بالالتزام بالإعلام في المفاوضات على الرغم من عدم تعيب الإرادة أصلاً².

فمن الآثار المترتبة على عقد التفاوض هو أن يقوم كل طرف من الأطراف المتفاوضة بتقديم معلومات إلى الطرف الآخر بغية إبرام العقد النهائي، فهذا الالتزام يفرض على كلا الطرفين أن يقوم بتزويد الطرف الآخر بالمعلومات الضرورية التي يجب أن يعلم بها الطرف الآخر، كأن يقوم شخص بشراء أجهزة إلكترونية من شركة منتجة لهذه الأجهزة، حينئذ تكون هذه الشركة مدينة لهذا الشخص بالالتزام محله تقديم المعلومات حول تلك الأجهزة، فعدم الإدلاء بهذه المعلومات من قبل الشركة يعد خطأ مما قد يؤدي إلى وقف المفاوضات لاسيما حالة شعور أحد الأطراف المتفاوضة بأن المتفاوض الآخر يخفي عنه بعض المعلومات الضرورية³.

رابعاً: سرية المفاوضات

يعد الإلتزام بسرية المفاوضات من أهم الإلتزامات المترتبة على عقد التفاوض، حيث نبين في هذا الصدد معنى الإلتزام بالسرية في المفاوضات وطبيعته، وكذا الجزاء المترتب في حالة الإخلال بهذا الإلتزام.

¹ _ أوز سليمان دزه بي، الإلتزام بالإدلاء بالمعلومات عند التعاقد، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة بغداد، العراق سنة 2000، ص 08.

² _ آمانج رحيم أحمد، حماية المستهلك في نطاق العقد، دراسة تحليلية مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية القانون والسياسة جامعة السليمانية، سنة 2008، ص 36.

³ _ سليمان باك دايج، المفاوضات العقدية، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة النهرين، سنة 1998، ص 100.

01_ معنى الالتزام بالسرية في المفاوضات:

مضمون هذا الالتزام هو ألا يستخدم أطراف التفاوض المعلومات التي حصلوا عليها من بعضهم البعض أثناء المفاوضات بشكل يخل ويضر بالمفاوض الآخر، فهذا الالتزام يلقي على عاتق الأطراف المتفاوضة عدم إفشاء الأسرار التي أعلن عنها أثناء التفاوض لاسيما إذا تعلق الأمر بعقود نقل التكنولوجيا، فإذا أفصح أحد الأطراف المتفاوضة بالمعلومات المتحصل عليها على النحو يضر بالطرف الآخر، فإنه يعد قد أخطأ ذلك أنه أخل بالالتزام عقدي أساسه الثقة مما يترتب عليه المسؤولية¹.

ومنه يتبين فحوى هذا الالتزام هو أن يمتنع المتفاوض الذي أطلع على المعلومات من إفشاءها للغير أو الاستفادة منها أو إستغلالها لمنفعته، مما قد يلحق الضرر بالمفاوض الآخر الذي تعلقت به هذه المعلومات، وفي هذا الصدد نوضح أنه لا يقصد بالسرية أن تكون المفاوضات غير علنية تجري في طي الكتمان، فغالبا ما يحتاط لذلك أطراف التفاوض من تلقاء نفسيهما لأن لهما مصلحة مشتركة في ذلك، بل الهدف من السرية هو ما يكمن في المعرفة الحديثة ذاتها، أي لابد السرية في المعلومات الفنية أو الهندسية أو الكيماوية التي أتاحت المفاوضات للمفاوض الإطلاع عليها.

02_ طبيعة الالتزام بالسرية في المفاوضات:

يعد الالتزام بالسرية في المفاوضات التزاما بتحقيق نتيجة معينة، بحيث يلتزم المتعاقد بالحفاظ على سرية المعلومات، وعدم إفشاءها إلى الغير أو استعمالها لحسابه الخاص وإلا تحققت مسؤوليته على أساس الإخلال بالالتزام عقدي طالما وجد اتفاق على ذلك، وعليه يتضح أن طبيعة هذا الالتزام هو التزام بتحقيق نتيجة فبمجرد الإفشاء يكون هناك خطأ ومن ثم ضرر، وقد يقرر قانون العقد أنه لا يلزم الإتفاق الصريح على الالتزام بالحفاظ على سرية

¹ _ بدر الجبار ناجي الملا صالح، حسن النية في تنفيذ العقود، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة بغداد، العراق، سنة 1974، ص 10.

المعلومات، حتى يلتزم به طرفا التفاوض، بل يعتبر إلتزاما عقديا يفترض وجوده بغير حاجة إلى النص مما يمكن إعتباره من مستلزمات العقد¹.

03_ جزء الإخلال بالالتزام بالسرية في المفاوضات:

يترتب الإخلال بهذا الواجب تعويضا يشمل في هذه الحالة المنافع التي كان سيتحصل عليها الطرف الآخر، وهذا ما يجعل من الحفاظ على سرية المعلومات مبدأ عاما دون حاجة إلى نص صريح عليه، ويترتب الإخلال به الحق في التعويض والذي يشمل المنافع التي حصل عليها الطرف الآخر من استخدام أو إفشاء تلك الأسرار².

هذا وقد شددت مجموعة مبادئ عقود التجارة الدولية التي اعتمدها المعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص في روما عام 1994 على أهمية إحترام واجب الحفاظ على سرية المعلومات، فقد نص البند 16 من المادة الثانية على أن " يلتزم الطرف الذي يتلقى أثناء المفاوضات معلومة معينة ذات طابع سري من الطرف الآخر.

فالالتزام بالسرية له بالغ الأهمية لاسيما إذا تعلق الأمر بالمفاوضات كعقود نقل المعرفة الفنية، ففي هذه العقود يدفع طالب المعرفة ثمنا باهظا في سبيل الحصول عليهما وهو يوازن بين ما يدفعه من ثمن من أجل الحصول عليها وبين المنافع التي ستعود عليه، فإذا ما أفشيت هذه الأسرار للغير أو استعمالها للمفاوض لمنفعته أصيب مآلكها بالضرر³، هذا وتقضي القاعدة العامة أن الشخص لا يلتزم بالمحافظة على سرية المعلومات التي علم بها إلا إذا وجد نص قانوني يقضي بذلك أو اتفاق بين الأطراف بالمحافظة على سرية المعلومات⁴.

¹ _ تنص المادة 148 الفقرة 02 من القانون المدني المصري على أن " العقد لا يقتصر على إلتزام المتعاقد بما ورد فيه ولكن يتناول ما هو من مستلزماته وفقا للقانون والعرف والعدالة ".

² _ أم كلثوم صبيح محمد، المرجع السابق، ص 306.

³ _ محسن شفيق، نقل التكنولوجيا من الناحية القانونية، مركز البحوث والدارسات القانونية والتدريب المهني القانوني جامعة القاهرة، سنة 1984، ص 63.

⁴ _ أم كلثوم صبيح محمد، المرجع نفسه، ص 305 .

الفرع الثاني

الأضرار التي يعرض عنها في حالة الإخلال بالتزامات عقد التفاوض

قد يشتمل التعويض على الأضرار المادية والأدبية التي لحقت أحد الأطراف المتفاوضة ومن بين هذه الأضرار نجد نفقات التفاوض (أولاً)، وتقويت الفرصة (ثانياً)، وكذا التعويض عن الوقت الضائع (ثالثاً).

أولاً: نفقات التفاوض

نفقات التفاوض هي تلك النفقات التي ينفقها المتفاوض في سبيل التفاوض كنفقات الإعداد للعقد والدراسات الفنية وتقارير الخبراء والسفر وغيرها من النفقات¹، كما أن النفقات التي تقتضيها عملية المفاوضات تعد أيضاً بمثابة خسارة حقيقية للمتفاوض المضرور. ومن ثم لا بد أن يتحملها المخل بالتزاماته لاسيما الالتزام بالتفاوض بحسن نية، والالتزام بالاستمرار في المفاوضات وعدم قطعها إلا بوجود مبرر شرعي²، حيث يشترط لتعويض النفقات أن تكون قد تمت بمناسبة التفاوض أو بسببه، ومنه لا يجوز استرداد ما أنفقه المتفاوض قبل البدء في التفاوض، ولا حتى ما أنفقه بعد انسحابه من التفاوض، كما يجب ألا يكون المتفاوض قد تكبد هذه النفقات بسبب خفته أو عدم احترازه أو سداخته³.

ثانياً: الوقت الضائع

ضياح الوقت من الأضرار المتوقعة في المفاوضات والذي يستحق التعويض عنه، إذ يتمثل الوقت الضائع في الساعات أو الشهور أو السنين التي تكون قد استغرقتها المفاوضات من مناقشات ودراسات.

¹ _ بلحاج العربي، مشكلات المرحلة السابقة على التعاقد في ضوء القانون المدني الجزائري، دراسة مقارنة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، سنة 2011، ص 204.

² _ cass. Com, 20 mars 1972, JCP, 1973, II, 17543, note, schmidt.

³ _ محمد حسام محمود لظفي، المرجع السابق، ص 92.

ثالثاً: تفويت الفرصة

إن الحرمان من التطور المعتاد للأمر والذي كان يحتمل منه الكسب يعد بحد ذاته تفويتاً لفرصة قد يحظى بها المتفاوض، فهذا الأمر قد يلحق ضرراً به يستوجب التعويض¹ وفي هذا الصدد نشير أن القضاء المصري قد أخذ بالتعويض جراء توفيت الفرصة، حيث قضت محكمة النقض المصرية على أنه "إذا كانت الفرصة أمراً محتملاً أو مجرد أمل فإن تفويتها أمر محقق"²، كما قضت في حكم آخر على أن "القانون لا يمنع من أن يحسب في الكسب الفائت الذي هو عنصر من عناصر التعويض لاسيما إذا كان المضرور يأمل الحصول عليه مادام هذا الأمل له أسباب معقولة"³.

غير أن بعض أحكام القضاء نجدها تقر بأنه من الضروري إستبعاد التعويض عن ضياع فرصة إبرام العقد المتفاوض عليه، وذلك بحجة أنه يتعارض مع طبيعة عقد التفاوض، والذي يعد عقد تمهيدي تحضري فقط لإبرام العقد النهائي، فاحتمال إتمام هذا الأمر يتساوى مع عدم احتمالها⁴.

التفاوض يعطي لكل من طرفيه فرصة إبرام العقد المتفاوض عليه، وكلما تقدمت المفاوضات كلما أصبحت هذه الفرصة حقيقية وجادة، حيث يكون الأطراف قد وصلوا إلى نقطة اللاعودة، فإذا قام أحد الطرفين بقطع المفاوضات برعونة وبدون مبرر جدي، فإنه يكون بذلك قد فوت على الطرف الآخر فرصة حقيقية في إبرام العقد النهائي.

ومن ثم يعد هذا الأمر من قبيل الأضرار التي تستوجب التعويض⁵، حيث أقر القضاء الفرنسي على وجوب تعويض المتفاوض المتضرر بسبب قطع المفاوضات، لأنه تم حرمانه من فرصة العقد المتفاوض عليه شريطة أن تكون هذه الفرصة حقيقية وجادة، أي يجب أن

¹ _ بلحاج العربي، مشكلات المرحلة السابقة على التعاقد في ضوء القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص 207

² _ نقض مدني مصري 13 نوفمبر 1985، حكم اشار إليه ابراهيم الدسوقي أبو الليل، تعويض تفويت الفرصة، القسم الثاني، مجلة الحقوق الكويتية، السنة العاشرة، العدد الثالث، سبتمبر 1986، ص 152.

³ _ نقض مدني مصري 01 أبريل 1943، حكم أشار إليه ابراهيم الدسوقي أبو الليل، المرجع السابق، ص 152.

⁴ _ T Tib.Com, Bruxelles, 13 Ch, 24 Juin 1985 Précité .

⁵ _ تنص الفقرة 02 من المادة 07 البند رقم 03 من مبادئ عقود التجارة الدولية على أن " تفويت الفرصة يمكن التعويض عنه في حدود احتمال تحقيقها " .

الباب الثاني: الإتفاقات التمهيديّة ذات الطّبيعة العقديّة

يكون أمل المتفاوض في إبرام العقد مستندا إلى أسباب معقولة مثل تقدم المفاوضات الذي يبعث الطمأنينة في قلب المتفاوض الآخر بغية إبرام العقد النهائي¹.

كما قد صدر حكما عن محكمة بروكسل، والذي تتلخص وقائعه حول نزاع في فشل المفاوضات التي جرت بين إحدى الشركات البلجيكية من جانب وبين شركتين إحداهما فرنسية والأخرى أميركية، بحيث كان التفاوض يدور حول التنازل عن امتياز بين مستحضرات تجميل في بلجيكا ولكسمبورج، فقضت المحكمة بالتعويض عن تفويت فرصة إبرام العقد النهائي، وفي ذلك أقرت المحكمة على أن في نفس الوقت الذي بدت فيه المفاوضات شبه ناجحة كانت العلاقات التجارية المألوفة حسنة، وبالتالي تفويت فرصة جادة وحقيقية في جني ثمار العقد المراد إبرامه في المستقبل².

هذا وقد يؤدي قطع المفاوضات المقترنة بالتجارة الدولية إلى تفويت فرصة إبرام عقد بديل مع الغير مما يستوجب التعويض، بحيث يشترط لإستحقاق هذا التعويض أن تكون أيضا الفرصة جادة وحقيقية، وألا يكون ضياع فرصة إبرام عقد بديل مع الغير سببه خفة وسذاجة المتفاوض المضرور، أي لا بد ألا يتسبب المتفاوض المضرور كليا أو جزئيا في ضياعها بخطأ منه³.

أما بالنسبة لكيفية تقدير التعويض فهي تخضع للقاعدة العامة التي تقضي بأنه لا بد أن يتساوى التعويض مع الضرر فلا يزيد عنه ولا ينقص، وهذا ما يطلق عليه بمبدأ التعويض الكامل⁴، ولكن تطبيق مبدأ التعويض الكامل على تفويت الفرصة تعترضه صعوبات كبيرة ذلك أن الضرر في هذه الحالة يتعذر حسابه وتحديدته تحديدا واقعيا، لأنه يقوم على التخمين والحدس فهو بذلك لا يشمل كل الضرر.

ومنه فالتعويض عن توفيت الفرصة لا يبلغ حد التعويض عن المنفعة المتوقعة من العقد حال تمامه، وإنما يقف عند نسبة منها تعينها درجة احتمال التعاقد المصاحبة للمرحلة

¹ _ CA. Riom ? 10 JUIN 1992 ? RTD ? CIV ? 1993 ? P 343 , OBS MESTRE

² _ حكم تم الإشارة إليه من قبل محمد أبو زيد، المفاوضات في الإطار التعاقدية (صورها و أحكامها)، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، عين شمس، العدد الأول، السنة السابعة والأربعون، يناير، سنة 2005، ص 182.

³ _ مصطفى محمد الجمال، السعي إلى التعاقد في القانون المقارن، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، بيروت لبنان، سنة، ص 250.

⁴ _ ابراهيم الدسوقي أبو الليل، تعويض تفويت الفرصة، المرجع السابق ص 156.

الباب الثاني: الإتفاقات التمهيدية ذات الطبيعة العقدية

التي وصلت إليها المفاوضات¹، ذلك أن الضرر يتمثل في مجرد تفويت الفرصة وليس لعدم الإفادة منها، فنسبة التعويض قد تزيد وقد تنقص أو تتعدم بحسب الأحوال، بحيث قد تنقص إذا ثبت أن الفرصة البديلة سهلة ومتاحة دون عقبات، وقد تزيد إذا كانت الفرصة البديلة صعبة المنال، كما أنها تنعدم إذ ثبت أن الفرصة هي فرصة إبرام عقد بديل مع الغير كانت منعدمة طيلة مرحلة المفاوضات².

إن تفويت فرصة إبرام عقد بديل يمكن أن يعوض عنها، غير أنه هناك الكثير من الصعوبات تتعلق أساساً بإثبات أن المفاوض المتضرر كان سيبرم العقد بديلاً عن العقد الذي كانت تتم المفاوضات بشأنه لو أنه لم يدخل في المفاوضات مع الطرف الذي قطع المفاوضات دون سبب أو مبرر معقول أو مشروع، كما أن مبلغ التعويض يمكن أن يكون ضئيلاً لو أن خطأ المسؤول عن فشل المفاوضات كان يسيراً كما لو كان قد أهمل بعض الأمور وانتهت المفاوضات في وقت مبكر وقبل إحراز أي تقدم فيها³.

لقد اتجهت بعض أحكام القضاء إلى استبعاد التعويض عن فقد أو ضياع الفرصة وذلك استناداً إلى أن ذلك يتعارض مع طبيعة المفاوضات لأنها مرحلة تمهيدية وتحضيرية فقط لإبرام العقد النهائي، ومن ثم احتمال إبرام العقد النهائي يتساوى مع عدم إحتماله، بمعنى أن التعاقد يكون دائماً في دائرة الافتراض أو الاحتمال، حيث أنه لا يعقل أن يتم التعويض مع عدم وجود فرصة جادة وحقيقية، فعدم جدية الفرصة يعني أن الضرر احتمالي وغير مؤكد، وعليه لا يجب التعويض، كما أنه لا يعقل أن يتم التعويض على مزايا كان سيحصل عليها المضرور من عقد لم يكن له أن يعتمد أو يعول عليه⁴.

يرى الباحث أنه يتعين على فقهاء وشرح القانون إجتتاب الحديث عن المسؤولية المترتبة على الإخلال بالتزامات عقد التفاوض في ما إذا كانت تقصيرية أم عقدية، فطالما الوثيقة المبرمة تتضمن عبارة " عقد التفاوض " فلا مجال للحديث عن المسؤولية التقصيرية

¹ _ مصطفى محمد الجمال، المرجع السابق، ص 250.

² _ رجب كريم عبد الملاه، المرجع السابق، ص 633.

³ _ صبري حامد خاطر، قطع المفاوضات العقدية، المرجع السابق ص 135.

⁴ _ هذا اتجاه قضائي أيده جانب من الفقه، جمال عبد الرحمن محمد علي، المسؤولية المدنية للمتفاوض " نحو تطبيق القواعد العامة على مسؤولية المتفاوض عبر الانترنت"، دراسة مقارنة بين القانون المصري والفرنسي، سنة 2004 ص 165.

ناهيك على عدم تصور بأن نقول عقد التفاوض وفي نفس الوقت ترتيب المسؤولية التقصيرية حالة الإخلال بأحد التزامات هذا العقد أي التزامات عقد التفاوض.

المبحث الثاني

تطبيقات عقد التفاوض

تتعدد صور عقد التفاوض، فقد يكون من قبيل الإتفاقات المنظمة لعملية التفاوض لاسيما فيما يتعلق بالغة التي يتم إستعمالها في التفاوض وميعاد المفاوضات وكذا فيما يتعلق بتحمل المصاريف، وقد يكون عقد التفاوض تحديدا للالتزامات التي تقضي أو تنص على التفاوض على إبرام العقود التطبيقية، كما أنه قد يجد الأطراف أنهم من المناسب حسم بعض الأمور بموجب عقد مستقل وهذا ما يطلق عليه بالعقد الجزئي، وقد تمتد المفاوضات لأسابيع أو أشهر أو سنين إذ خلال هذه الفترة كثيرا ما يحتاج الطرفان إلى إقامة علاقة مؤقتة بينهما إنتظارا لإنهاء المفاوضات وإبرام العقد النهائي¹، فالإتفاق المؤقت هو ذلك الإتفاق الذي ينشئ على عاتق أحد الطرفين أو كلاهما التزامات مؤقتة لتنظيم العلاقة بينهما أثناء فترة المفاوضات على العقد أو عند فشله²، وعليه سنقسم هذا المبحث إلى مطلبين، سنتحدث في المطلب الأول عن الإتفاق على التفاوض، أما المطلب الثاني سنبين فيه بعض التطبيقات الأخرى لعقد التفاوض كعقد الإطار والعقد الجزئي والعقد المؤقت.

المطلب الأول

الإتفاق على التفاوض

الإتفاق على التفاوض هو من قبيل الإتفاقات المنظمة لعملية التفاوض من حيث وقت المفاوضات واللغة المستعملة وتحمل المصاريف وغيرها من الأمور، حيث يتم التطرق بموجب هذا الإتفاق على عموميات تتعلق بالأطراف ومحل المفاوضات ومكانها وزمانها كأن يتقابل أطراف التفاوض في الجولة الأولى من المفاوضات للتعرف على بعضهم البعض ومن ثم الإتفاق على المسائل المتعلقة بالتعاقد، ثم يتم الإتفاق في الجولة الثانية على مكان وزمان

¹ _ مصطفى محمد الجمال، المرجع السابق ص 329.

² _ علي أحمد صالح، المرجع السابق، ص 553.

التفاوض، ومن ثم يبدأ الاتفاق على مبدأ التفاوض عن طريق دعوة إلى التعاقد من أحد الطرفين وتلبيتها من الطرف الآخر، إذ أنه يعتبر إتفاق إجرائي بحت¹، وعليه سنقسم هذا المطلب إلى فرعين، سنحدد في الفرع الأول معنى الإتفاق على التفاوض، أما الفرع الثاني سنبين فيه مقومات الإتفاق بالتفاوض.

الفرع الأول

ضبط معنى الاتفاق على التفاوض

تحديد معنى الإتفاق على التفاوض تحديدا دقيقا يقتضي الإحاطة بجميع جوانب هذا الإتفاق، إذ ينبغي التطرق إلى تعريفه (أولا)، وذكر خصائصه (ثانيا)، وصوره (ثالثا)، كما ينبغي تبيان ركن التراضي فيه ومضمونه (رابعا).

أولا: تعريف الإتفاق على التفاوض

الاتفاق على التفاوض هو ذلك الاتفاق الذي بموجبه يلتزم المتفاوضون بالبداية في المفاوضات بحسن النية، بحيث يعد هذا الاتفاق الخطوة الأولى في التنظيم الإتفاقي للمفاوضات وأكثرها أهمية، كما يعرفه بعض الفقه بأنه إتفاق يلتزم بمقتضاه شخص قبل الآخر بالبداية في التفاوض بشأن عقد معين قصد إبرامه²، كما قد عرف بعض الفقه الاتفاق المبدئي على أنه إتفاق بمقتضاه يتعهد أحد الطرفين إتجاه الآخر بأن يدخل في المفاوضات ويستمر فيها بشأن عقد معين بغرض الوصول إلى إبرامه³، ومنه فالإتفاق المبدئي يرتب التزاما بالتفاوض بحيث لا يخول لأطرافه سوى الحق في مطالبة الآخر بتنفيذ إلتزامه بحسن نية بهدف إبرام عقد لم تتحدد عناصره.

يرى جانب من الفقه الفرنسي أن الإنفاق المبدئي الذي يعقد بين الأطراف يعد اتفاقا مقيدا لهم، وينشئ التزاما بالاستمرار في التفاوض لحين الوصول إلى عقد نهائي دون أن

¹ _ بارود حمدي محمود، المرجع السابق، ص 723.

² _ محمد حسين القاسم، مرحلة التفاوض في عقد المكيبة المعلوماتية، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة للنشر الإسكندرية، مصر، ص 182.

³ _ Schmidt J : La négociation et conclusion de contrat d, paris, 1982 , n 373.

الباب الثاني: الإتفاقات التمهيدية ذات الطبيعة العقدية

يقوم مقام هذا العقد أو يرتب التزاما نهائياً¹، هذا وقد جاء حكم التحكيم الصادر عن الغرفة التجارية الدولية في 26 أكتوبر سنة 1979 قريبا من تعريف الفقهاء حيث عرفه بأنه "عقد بمقتضاه يتعهد الطرفان بالتفاوض من أجل التوصل إلى إبرام عقد معين لم يتحدد موضوعه إلا بشكل جزئي لا يكفي في جميع الأحوال لانعقاده²."

وعليه فالإتفاق المبدئي هو تصرف قانوني ينتج عن تلاقي إرادتين ويرتب التزاما متبادلا بالتفاوض يقع على عاتق كل من الطرفين، غير أن المركز القانوني الناشئ عن الإتفاق المبدئي لا يخول الأطراف حقا نهائيا ذو طبيعة مالية سواء كان حقا شخصا أو حقا عينيا، وبالتالي فالإتفاق المبدئي لا يشكل التزاما نهائيا، ولا ينشئ حقا في طلب التعويض عن الضرر عند قطع المفاوضات قبل تحقق الإتفاق النهائي، وإنعدام الأثر القانوني الملزم للإتفاق المبدئي بشأن إبرام العقد النهائي يبرر الاستناد إلى أحكام المسؤولية التقصيرية للرجوع بالتعويض على الطرف الآخر.

كما أن الإتفاق المبدئي لا ينشئ حقا عينيا يقيد من سلطات المالك على الشيء موضوع الإتفاق، ولا يترتب حق الأولوية أو الأفضلية الذي يحد من حرية التفاوض بشأن هذا الشيء، كما لا يصلح أساسا لتوقيع الحجز على الشيء موضوع الإتفاق سواء كان حجزا تحفظيا أو تنفيذيا³.

ثانيا: خصائص الإتفاق المبدئي على التفاوض

يتميز الإتفاق على التفاوض بأنه إتفاقا تمهيديا ورضائيا ومؤقتا، فضلا عن ذلك فالإتفاق على التفاوض يكون عادة غير محدد المدة، هذا وينشئ الإتفاق على التفاوض التزاما بالتفاوض بحسن نية.

¹ _ Schmidt J : La négociation et conclusion de contrat d, paris, 1982, n 374

² _ أحمد عبد الكريم سلامة، النظام القانوني للمفاوضات العقود الدولية، مجلة الحقوق، كلية الحقوق، المجلد الأول العدد الثاني، كلية الحقوق، جامعة البحرين، سنة 2004، ص 384.

³ _ Najjar I : l'accord de principe, D , Sirey 1990, p 57.

01_ الاتفاق المبدئي لاتفاق تمهيدي:

يعتبر الإتفاق على التفاوض من قبيل الإتفاقات التمهيدية التي تسبق العقد النهائي ذلك أنه اتفاقاً تحضيرياً يقصد به تنظيم العلاقة بين الطرفين بغية الوصول إلى إبرام العقد المستقبلي¹ فالإتفاق على التفاوض يتميز عن العقد المعلق على شرط أو أجل، كما أنه يستقل عن العقد غير اللازم الذي يتضمن تحفظاً، بحيث يجوز العدول عنه حتى ولو كان هذا العدول دون مقابل، وفضلاً عن ذلك فهو يختلف عن البرتوكول الإتفاقي الذي يتضمن رضاءاً حقيقياً².

02 _ الاتفاق المبدئي اتفاق رضائي:

على غرار باقي العقود فإن الإتفاق على التفاوض يتم بالتراضي، وذلك بتوافق إرادتين الأطراف أو أكثر على إحداث أثر قانوني، إذ لا يشترط في التعبير عن الإرادة شكلاً معيناً بحيث يجوز التعبير عنه بالفظ أو الكتابة أو عرفاً أو بطريقة ضمنية، أو عن طريق الوسائل الإلكترونية الحديثة³.

03 _ الاتفاق المبدئي اتفاق مؤقت:

يتم إبرام الإتفاق على التفاوض في مدة محدودة، وهي تلك المدة التي تستغرقها المفاوضات بين الطرفين، بحيث تنتهي بانتهاء مرحلة المفاوضات، سواء توصلت المفاوضات للنتيجة المرجوة أم لا، والعلة من ذلك أن عقود المفاوضات لا تعد الغاية الأساسية التي يسعى إليها الأطراف لأنها تبقى مجرد وسيلة للوصول إلى العقد النهائي فبمجرد إنتهاء هذه المرحلة تزول الآثار المترتبة على الإتفاق على التفاوض⁴.

¹ _ يسري عوض عبد الله عبد القادر، عقود التجارة الدولية (مفاوضاتها وإبرامها وتنفيذها، دراسة تحليلية على ضوء نظرية العقد في التشريع الإسلامي)، أطروحة دكتوراه في القانون، جامعة النيلين، السودان، سنة 2009، ص 158.

² _ محمد حسين منصور، التنظيم الإتفاقي للمفاوضات العقدية، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر سنة 1998، ص 106.

³ _ المرجع نفسه، ص 49.

⁴ _ أحمد عبد الكريم سلامة، النظام القانوني للمفاوضات العقود الدولية، المرجع السابق، ص 385.

04 _ الاتفاق على التفاوض يكون عادة غير محدد المدة:

غالبا ما يلجأ أطراف التفاوض إلى عدم تقييد مفاوضاتهم بمدة محددة، ولهذا يجوز لكل متفاوض أن ينهي إتفاق التفاوض في الوقت الذي يريده شريطة أن يخطر المتفاوض الآخر في الوقت المناسب، وإلا أعتبر مخلا بالتزامه بالتفاوض بحسن نية¹، ولكن هذا لا يمنع من تحديد مدة المفاوضات لاسيما في الصفقات التجارية التي لا تحتمل التأجيل بطبيعتها فبمجرد إنتهاء المدة المحددة بالتفاوض يتحلل كل متفاوض من التزاماته.

05 _ الاتفاق المبدئي ينشئ التزاما بالتفاوض بحسن نية:

يترتب على الاتفاق على التفاوض نشوء إلتزاما فحواه أن يلتزم الطرفين بحسن النية ذلك أن هذا الاتفاق تصرف قانوني ينتج عن تلاقي الإرادتين، حيث إستقر الفقه والقضاء الدولي على أن الاتفاق المبدئي ينشئ التزاما إتفاقيا بالاستمرار في المفاوضات وإدارتها بحسن النية².

ثالثا: صور الاتفاق على التفاوض

الاتفاق على التفاوض في عقود التجارة الدولية يتخذ صورتين، إما أن يكون إتفاقا مستقلا وإما أن يكون شرطا مدرجا في العقد الأصلي.

01 _ الاتفاق المستقل على التفاوض:

يعد الاتفاق المستقل على التفاوض الأكثر شيوعا في الحياة العملية المتعلقة بالتجارة ذلك أنه يتم في المرحلة التمهيدية للتعاقد، لذلك نجد رجال الأعمال يفضلون الدخول في المفاوضات بموجب إتفاق مستقل وقائم بحد ذاته ضمانا لحسن سير المفاوضات³.

¹ _ رجب كريم عبد اللاه، المرجع السابق، ص 31.

² _ محمد حسين عبد العال، المرجع السابق، ص 111.

³ _ رجب كريم عبد اللاه، المرجع نفسه، ص 31.

02_ الإتفاق على التفاوض كشرط في العقد:

قد يتخذ الإتفاق على التفاوض صورة شرط أو بند مدرج في عقد أصلي قائم بين الطرفين لاسيما إذا تعلق الأمر بالعقود ذات التنفيذ المستمر، وذلك بغية مواجهة الصعوبات التي يتعرض لها العقد في مرحلة التنفيذ، فأكثر شروط التفاوض التي يتم إستخداما في الحياة العملية هي كالآتي:

أ_ شرط إعادة التوازن العقدي:

قد شاع إستخدام هذا الشرط في عقود التجارة الدولية تحت مسمى شرط "hardship" وهو مصطلح إنجليزي يعبر عن المشقة العقديّة أو الأزمة التي يمر بها العقد نتيجة تغير الظروف الاقتصادية التي أبرم في ظلها، ونظرا لتكرار هذا الشرط في عقود التجارة الدولية فقد أصبح مألوفا في هذا المجال مما أدى إلى القول بأن هذا الشرط يعد بمثابة قاعدة من قواعد التجارة الدولية¹، ففكرة التوازن العقدي تلعب دورا محوريا في عقود التجارة الدولية وتلقى اهتماما بالغا في بنائها²

فكل شرط أو بند تم الإتفاق عليه يمثل عنصرا أساسيا في تحقيق التوازن طالما تم الإتفاق عليه بعد مناقشته، حيث يدرج هذا الشرط تحسبا لأي إخلال من قبل الأطراف عند تنفيذ العقد، فيلتزمان بموجبه بالتفاوض لتعديل أحكام العقد إذا ما طرأت ظروف غير متوقعة من شأنها أن تؤثر في التوازن الاقتصادي العقدي³.

ولهذا الشرط بالغ الأهمية في عقود الاستثمار والتي تتصف بأنها عقود طويلة الأمد الأمر الذي يجعلها أكثر عرضة للظروف والمتغيرات التي قد تؤدي إلى الإخلال بالتوازن العقدي بين الطرفين ولاسيما أن أحد أطراف هذا النوع من العقود غالبا ما يكون الدولة

¹ _ أبو علا علي أبو العلا النمر، مفاوضات عقود التجارة الدولية، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر سنة 2002، ص 78.

² _ رجب كريم عبد اللاه، المرجع السابق، ص 31.

³ _ محمد إبراهيم مرسى، التطويق القضائي للقواعد القانونية الواجبة التطبيق في مجال عقود التجارة الدولي، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، سنة 2005، ص 42.

الباب الثاني: الإتفاقات التمهيدية ذات الطبيعة العقدية

المضيفة للإستثمار التي تتمتع بمركز سيادي يخول لها اتخاذ بعض الإجراءات التي من شأنها الإخلال بالتوازن العقدي.

ومن هذا المنطلق خرجت فكرة شروط إعادة التفاوض في عقود الاستثمار؛ وهي شروط يتم إدراجها من قبل أطراف العلاقة التعاقدية، حيث تتضمن اتفاقهم على إعادة التفاوض بينهم بقصد تعديل أحكام العقد عندما تقع أحداث معينة يحددها الأطراف ومن شأنها الإخلال بالتوازن الاقتصادي للعقد ومن ثم إلحاق ضرر غير متوقع بأحد المتعاقدين إدراج هذا النوع من الشروط يمكّن أطراف العقد من إحداث تغيير في بعض أحكامه، الأمر الذي يؤدي إلى إعادة التوازن الذي رسمه له أطرافه عند التفاوض وذلك عن طريق ملائمة بنود وأحكام هذا العقد مع الظروف والمتغيرات الجديدة.

فشروط إعادة التفاوض هي شروط اتفاقية محضة، حيث أن مضمونها متوقف على ما يتفق عليه الأطراف في العقد، وغالبا ما يتم تنظيم هذه الشروط بشكل تفصيلي حيث يبين الأطراف مفهوم الأحداث والمتغيرات التي تجيز لهم إعادة التفاوض، وكذلك بيان التدابير التي سوف يتم اتخاذها حالة وقوع تلك الأحداث، هذا إضافة إلى بيان مصير العقد أثناء فترة التفاوض، وما إذا كان الأطراف سيستمرون في التنفيذ أم أنهم سيعلمون وقف تنفيذ العقد إلى حين الانتهاء من فترة التفاوض.

وعليه فإن شروط إعادة التفاوض تختلف باختلاف العقود والظروف، فقد يتم تطبيق الشروط بمجرد تضرر أحد أطراف العقد وبغض النظر عن جسامته ذلك الضرر، وقد يشترط أن يكون الضرر جسيما وغير مألوف لتطبيق الشروط، وقد يتم إجراء التفاوض بين أطراف العقد، وقد يتفقون على اللجوء إلى أشخاص متخصصين للإشراف على عملية التفاوض¹.

ب_ شرط تسوية المنازعات وديا:

بمقتضى هذا الشرط يلتزم الأطراف بحل الاختلافات والمنازعات وديا والمتعلقة بتنفيذ العقد، وذلك قبل اللجوء إلى التحكيم أو الجهات القضائية، والتسوية الودية لها بالغ الأهمية

¹ _ الموقع الإلكتروني: https://www.aleqt.com/2016/11/30/article_1106368.html

الباب الثاني: الإتفاقات التمهيديّة ذات الطّبيعة العقديّة

في عقود التجارة الدوليّة لأن هذه العقود تتسم بأنّها معقّدة يصعب فهمها كما هو الحال في عقود نقل التكنولوجيا وعقود الامتياز التجاري¹.

جـ. الشرط المستقل:

قد يدرجا الأطراف شرطا مستقلا لتجديد العقود المحددة المدة، بحيث يلتزمان بمقتضاه بالتفاوض عند انتهاء مدة العقد الأصلي للبحث في إمكانية تمديده أو تجديده²، حيث يدرج هذا الشرط في عقود التجارة الدوليّة ذات الأهمية الاقتصادية كعقود الامتياز التجاري وعقود التوريد، وذلك لإتاحة الفرصة عند انتهاء مدة العقد بهدف النظر في إمكانية تمديده بنفس الشروط أو تجديده بشروط جديدة.

رابعاً: التراضي في الاتفاق على التفاوض

يشترط في عقد التفاوض ما يشترط في سائر العقود، حيث يتم بتوافق الإيجاب مع القبول ممن هم أهل بذلك للتفاوض لإبرام العقد المراد إبرامه في المستقبل³، غير أن الإشكال يثور إذا كان التراضي ضمنياً، فتفاوض الضمني يتم عن طريق المستندات المتبادلة بين الطرفين في مرحلة التفاوض.

وفي هذا الصدد يفرق الفقه بين فرضيتين الأولى أن المستند لا يوجد فيه ما يشير إلى وجود مفاوضات ذات طابع عقدي ففي هذه الحالة لا يعد الأمر سوى مجرد اهتمام بمشروع التعاقد، أما الفرض الثاني هو أن المستندات المتبادلة تدل على وجود ارتباط تعاقدى بين الأطراف المتفاوضة بحيث يتضمن محتوى المستند إرادة الدخول في التفاوض مع الالتزام بالسعي نحو إبرام العقد النهائي، حيث تقدير هذه الإرادة على انعقاد العقد من عدمه يستخلص من النية الحقيقية للطرفين وفقاً للقواعد العامة للتفسير⁴، وعليه فبمجرد ما تكشف

¹ _ رجب كريم عبد اللاه، المرجع السابق، ص 316.

² _ عبد العزيز المرسي حمود، الجوانب القانونية لمرحلة التفاوض ذو الطابع التعاقدى، الطبعة الأولى، سنة 2005، ص 53.

³ _ يسري عوض عبد الله عبد القادر، المرجع السابق، ص 122.

⁴ _ عبد العزيز المرسي حمود، المرجع السابق، ص 42.

المستندات ما يفيد التبادل الصريح أو الضمني المكون لاتفاق التفاوض في إطار تعاقدية فإنه يعني وجود اتفاق بالتفاوض¹.

01_ الإيجاب بالتفاوض:

تعد الدعوة إلى التفاوض بداية مرحلة التفاوض، فهي بمثابة الخطوة الأولى في السعي إلى إبرام العقود التي تتم إثر المفاوضات، ففي الغالب تبدأ بدعوة يوجهها أحد الطرفين إلى الآخر، ومنه فالدعوة إلى التفاوض تعد اقتراحاً للتفاوض على عقد معين تمهيداً لإبرامه في المستقبل دون أن تتضمن الشروط الجوهرية للعقد المراد إبرامه²، فالإيجاب بالتفاوض في مجال التجارة الدولية قد يأخذ إحدى صورتين، إذ أنه قد يكون صريحاً، كما قد يكون ضمناً.

حيث تتعدد صور الإيجاب الصريح بالتفاوض، فقد يدعوا أحد الطرفين الآخر إلى الدخول في المفاوضات بناءً على أسس معينة، وقد يكتفي بتحديد موضوع العقد المقترح فحسب دون بيان أسس التفاوض، كما قد يكون بناءً على اتفاق خاص أو من خلال عقد سابق بهدف الدخول في المفاوضات، ففي الغالب تبدأ المفاوضات بتقديم دعوة مجردة للتفاوض أو بدعوة مقترنة بأسس التفاوض³، فالدعوة المجردة للتفاوض هي صورة من صور الإيجاب بالتفاوض، حيث يدعوا أحد الطرفين الآخر للدخول في المفاوضات بشأن إبرام عقد في المستقبل حول موضوع معين، وذلك دون بيان العناصر الرئيسة للعقد المراد إبرامه فيوافق الطرف الثاني على التفاوض⁴.

والدعوة المجردة للتفاوض لا يترتب عليها أية التزامات على عاتق الطرفين، إلا إذا تبين من ظروف التفاوض أن احدهما قد أدخل في اعتقاد الآخر الاقتناع بأن توقيع العقد النهائي قد أصبح شكلياً، غير أن الأطراف لهم كامل الحرية في العدول عن التفاوض طالما كان ذلك بحسن نية، لأن الالتزام بالتفاوض هو التزام ببذل عناية وليس التزاماً بتحقيق

¹ _ يسري عوض عبد الله عبد القادر، المرجع السابق، ص 122.

² _ المرجع نفسه، ص 139.

³ _ المرجع نفسه، ص 140.

⁴ _ محمد إبراهيم الدسوقي، الجوانب القانونية لإدارة المفاوضات وإبرام العقود، الطبعة الأولى، مطبعة معهد الإدارة العامة بالرياض، السعودية، سنة 1415 هجري، ص 26.

نتيجة، أما الدعوة المقترنة بأسس التفاوض فإنها تعد صورة من صور الإيجاب الصريح بالتفاوض حيث يحدد الموجب للطرف الآخر الأسس التي يجري التفاوض عليها، كأن يحدد له الهيكل العام للحقوق والالتزامات الملقاة على عاتق الطرفين في العقد المراد إبرامه، أي لا يكتفي أحد الطرفين بدعوة الآخر إلى التفاوض بصورة مجردة¹.

هذا وتتسم الدعوة المقترنة بأسس التفاوض بدرجة من الوضوح، ذلك أنها تنصب على عقد محدد بنوعه، بحيث يقتصر دور المفاوضات على تحديد باقي عناصر العقد الجوهرية² وتبدوا أهمية تحديد أسس التفاوض في أن هذه الأسس تصلح لتكون سندا لتفسير العقد، كما أنها قد تكون دليلا على عدم سلامة الرضا من العيوب كالغلط أو التدليس، فضلا عن ذلك فأسس التفاوض تصلح لأن تكون إطارا أو خطة للمفاوضات، وبالتالي فأسس التفاوض تعد قرينة عن نكول أحد الطرفين عن التزامه بالاستمرار في التفاوض.

02_ قبول التفاوض:

قبول التفاوض قد يكون في صورة رد على الإيجاب فلا يقبل الإيجاب بحالته الراهنة ولكنه يدعوا الموجب إلى التفاوض بشأن ما ورد في إيجابه، وقد يتم قبول التفاوض بتقديم عرض يتضمن استبعاد أو إضافة أو تعديل شرط أو أكثر بما يختلف عما ورد في إيجابه فيكون بذلك قد أبدى اقتراحا مقابلا أو مضادا له³، هذا وقد يبدي صاحب الإيجاب الأصلي تعديلا أو اقتراحا مضادا لما أبداه الطرف الثاني من اقتراحات مقابلة أو مضادة، وهذا أمر متصور في عقود المفاوضات⁴.

03_ الاقتراح المضاد (الاقتراح المقابل):

يقصد بالاقتراح المقابل كل رد يبديه المتفاوض اتجاه اقتراح مقدم إليه، فالأقتراح المقابل لا يعد رفضا قاطعا ولا قبولا قاطعا، ذلك أنه يأتي في مرحلة وسطى بينهما⁵، فالقاعدة

¹ _ يسري عوض عبد الله عبد القادر، المرجع السابق، ص 141.

² _ محمد حسين عبد العال، المرجع السابق، ص 37.

³ _ يسري عوض عبد الله عبد القادر، المرجع نفسه، ص 141.

⁴ _ أبو علا علي أبو العلا النمر، المرجع السابق، ص 25.

⁵ _ محمد حسين عبد العال، المرجع السابق، ص 49.

العامّة أن أي اقتراح يزيد أو يقيد من الإيجاب أو يعدل فيه يعتبر رفضاً للإيجاب، إلا أنه يشكل في ذات الوقت إيجاباً جديداً يصبح في حاجة إلى قبول من صاحب الإيجاب الأول بحيث يعتبر مرفوضاً إذا صادف اقتراحاً مضاداً له¹.

الفرع الثاني

مقومات الاتفاق على التفاوض

ترتكز المفاوضات على مبدأين هامين وهما مبدأ حرية التعاقد ومبدأ حسن النية فبمقتضى المبدأ الأول فإنه يجوز لطرفي التفاوض وضع حد لسير المفاوضات وبمقتضى المبدأ الثاني فإنه يجب على طرفي التفاوض أن يتفاوضوا بشرف وأمانة²، فالإتفاق على التفاوض لا يتم إلا بتوافر شروط معينة أو مقتضيات معينة سواء تلك المتعلقة بموضوع التفاوض (أولاً) أو بأشخاص التفاوض (ثانياً).

أولاً: أساسيات الاتفاق على التفاوض المتعلقة بموضوع التفاوض

يجب على الأطراف المتفاوضة قبل الدخول في المفاوضات أن يكشفوا العناصر الأساسية أو الأمور التي من الممكن أن تثير إهتمام الطرف الآخر، كما يجب عليهم عدم القيام بالتصرفات التي من شأنها أن تثير الشكوك لدى الطرف الآخر، وفضلاً عن ذلك لا بد من أن يقوم كل طرف من الأطراف المتفاوضة بتحديد التطلعات المتوقعة³، فهناك عدة أمور تعد من مقومات أو أساسيات الاتفاق على التفاوض المتعلقة بموضوع التفاوض لاسيما فيما يتعلق باختيار محل العقد وجس نبض الطرف آخر والاستعداد لتفاوض مع ضرورة تشكيل فريق التفاوض.

¹ _ محمد حسين عبد العال، المرجع السابق، ص 38.

² _ حداد رومان، حسن النية في تكوين العقد، رسالة ماجستير، جامعة آل البيت، الأردن، السنة الجامعية 2000 ص 43.

³ _ مصطفى خيضر نشمي، النظام القانوني للمفاوضات التمهيدية للتعاقد، رسالة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، السنة الجامعية 2013_2014، ص 35.

01_ اختيار محل العقد:

تعد مرحلة اختيار المحل من أدق المراحل بالنسبة لطرف المفاوض سواء كان مستوردا أو مصدرا وسواء أكان من الخواص أو الدولة، حيث دائما يوجد الخوف من عملية التسريب لبعض المعلومات حول منتج ما لبعض الشركات أو حتى بعض الدول، فالقاعدة العامة أن عملية اختيار محل العقد في عقود التجارة الدولية تخضع لحرية الأفراد تطبيقا لمبدأ حرية التعاقد، وذلك لضمان المنافسة الشريفة بين رجال الأعمال الذين يزولون التجارة الدولية¹ حيث يتعين على الأطراف المتفاوضة قبل الدخول في مرحلة المفاوضات اختيار محل العقد إذ يجب حسم مسألة الاختيار قبل الدخول في المفاوضات، وهذا الأمر يحتاج إلى مشاورات واقتراحات ودراسات فنية وقانونية².

كما يتعين أيضا على الأطراف المتفاوضة مراعاة العوامل التي تحكم الاختيارات لاسيما فيما يتعلق بمهارات المفاوض، ومدى قوة رأس المال الذي يشتري به³، إلا أن عملية الاختيار يشوبها الكثير من التعقيد نظرا لتعدد المفرزات المنتجة في السوق العالمي، فقد يترتب على الاختيار الخاطئ نتائج وخيمة خلال وتنفيذ العقد مما يؤدي بإلحاق الضرر بالطرف الآخر الذي قام بالكشف عن بعض الأسرار المتعلقة بالمنتج محل العقد في الخطابات الأولية التي تم تبادلها بين البائع والمشتري⁴.

فإختيار محل العقد في عقود التجارة الدولية يقتضي العديد من الدراسات من قبل الخبراء، فهذه الدراسات تبحث في مدى أهمية عقود التجارة الدولية كعقد نقل التكنولوجيا وذلك من كافة الجوانب لاسيما الاقتصادية والفنية والاجتماعية، وذلك حتى يتسنى تحقيق الأهداف المنشودة للتنمية حسب الخطط الاقتصادية⁵، وفي الغالب تتم هذه الدراسات من قبل

¹ _ مبادئ يونيدروا 2004 المتعلقة بالعقود التجارية، المعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص، الترجمة العربية روما، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، سنة 2008، ص 59.

² _ أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2000، ص 20 وما بعدها.

³ _ رضا متولي وهدان، أصول المفاوضات في عقود نقل التكنولوجيا (دراسة مقارنة)، كرسى فهد المقييل لدراسات النظام التجاري، الرياض، السعودية، سنة 1421 هجري، ص 08.

⁴ _ فهد بجاد الملافح، تسوية منازعات عقد نقل التكنولوجيا، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، سنة 2009، ص 38

⁵ _ رضا متولي وهدان، المرجع نفسه، ص 09.

الباب الثاني: الإتفاقات التمهيديّة ذات الطّبيعة العقديّة

المكاتب الوطنيّة سواء كانت خاصّة مثل دراسات نقل التكنولوجيا أو مكاتب وإدارات تابعة للدولة أنشئت لمثل هذا الغرض، وهذه المكاتب تختلف تسميتها من دولة إلى أخرى¹، وفي هذه المرحلة من الاختيار والدراسات قد تكون هناك مفاوضات مبدئية أو تمهيدية وهي مرحلة جس النبض، إذ أنها مرحلة بالغة الأهمية يتم الحديث عنها أدناه.

02_ جس النبض:

بعد الإنتهاء من إختيار محل العقد ودراسات الجدوى من قبل المشتري وإعلان رغبته في الشراء تبدأ ما يسمى بمرحلة جس النبض، حيث تبدأ هذه الأخيرة عن طريق إتصالات أولية تهدف لتحديد إمكانية التفاوض حول محل العقد الذي وقع عليه الاختيار، حيث يعرض الطالب رغبته في التعاقد وعناصر هذا العرض والأهداف المراد تحقيقها من التعاقد، وغير ذلك من الأمور التي سيجري حولها التفاوض²، فإذا تم الاتفاق على المبدأ يبدأ كل طرف في رسم الطرق التي سيسلكها عند التفاوض، فقبل التفاوض لابد أن يضع كل طرف من الأطراف التفاوض في إعتباره مقتضيات حسن النية والأمانة والشرف.

03_ الاستعداد للدخول في المفاوضات:

الاستعداد للدخول في المفاوضات يختلف باختلاف موضوع العقد والصعوبات المتوقعة والوقت الضروري للمفاوضات، مما يتطلب أن تكون لدى المتفاوض الخبرة اللازمة لمواجهة كل الصعوبات التي قد تعترض عملية التفاوض، فهذا الاستعداد غير ظاهر للعيان ذلك أن كل طرف لا يعلم مدى استعداد الطرف الآخر³، والاستعداد للتفاوض يقتضي من فريق التفاوض في عقود التجارة الدولية السعي للحصول على كل ما دار في مرحلة الاختيار لمحل العقد، وكافة الدراسات الاقتصادية والفنية والقانونية لمحل العقد، ثم نتائج جس

¹ _ رضا متولي وهدان، المرجع السابق، ص 10.

² _ أحمد منير فهمي، القواعد العالمية المستقرة لعقود نقل التكنولوجيا، مجلس الغرف التجارية الصناعية، السعودية، سنة 1421 هجري، ص 28.

³ _ حسن الحسن، التفاوض والعلاقات العامة، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، سنة 1993 ص ص 12_13.

النبض، وذلك حتى يكونوا على علم كامل بالطرف الآخر، فينبغي معرفة موضوع التفاوض والأطراف المشاركة فيه والصيغ المختلفة للمفاوضات، ومدى عمق المعلومات لدى الطرف الآخر وقدراته التفاوضية¹.

ومن بين الاستعدادات لتفاوض هو التخطيط المسبق لكيفية سير المفاوضات، أي وضع سيناريوهات لما يجب أن يكون عليه التفاوض، وتجهيز الردود على ما يمكن أن يثار أثناء سير التفاوض، فعدم التخطيط قد يؤدي إلى عدم الوصول إلى اتفاق مقبول، لذلك يجب اختيار رئيس فريق التفاوض المناسب والذي يتمتع بالشخصية القوية والقدرة على الإقناع وإتخاذ القرار المناسب في الوقت المناسب، وأن تكون لديه القدرة على توزيع الأدوار على فريق التفاوض، وذلك تفادياً لخسارة جولة من المفاوضات عندما تبدأ².

04_ تشكيل فريق التفاوض:

الاستعداد للمفاوضات يقتضي البدء في اختيار أعضاء فريق التفاوض حسب التخصصات المطلوبة، مما يستجيب مع موضوع التفاوض أي محل العقد الذي سيتم التفاوض حوله، وهذا الاختيار قد يكون من قبل رئيس فريق التفاوض الذي يتم اختياره من قبل مجلس إدارة الشركة أو المشرفين عن إدارة من إدارات الدولة كما هو حال في عقود نقل التكنولوجيا وذلك حسب الأحوال³، وعند تشكيل فريق التفاوض يجب مراعاة نوعية العقد محل التفاوض، وعلى العموم لا بد أن يتشكل فريق التفاوض من خبير فني وخبير مالي وخبير تسويق وخبير قانوني وخبير لغوي .

أ_ خبير فني:

يقوم الخبير الفني بتحليل ما يعرض عليه من محل العقد لاسيما إذا تعلق الأمر بعقود نقل التكنولوجيا، ثم يقوم بمقارنة بين ما تجمع لديه من معلومات مسبقة و بين ما تحتاجه الشركة التي يمثلها من هذه التقنية.

¹ _ صالح بن عبد الله العوفي، المرجع السابق ، ص 92.

² _ رضا متولي وهدان، المرجع السابق ، ص 13.

³ _ حسن الحسن، المرجع السابق ص 14 .

ب_ خبير مالي:

يختص الخبير المالي بالنواحي الماليّة للمفاوضات، وبناء دراسات الجدوى الاقتصاديّة والمعدّة مسبقاً، بحيث يتعين عليه أن يقوم بتقدير مقابل محل العقد المفاوض حوله، ومدى تناسب ذلك مع الموارد الماليّة لديه ولدى الشركة طالبة التفاوض .

ج_ خبير تسويق:

تتّحصر مهمّة خبير التسويق في طرق التسويق المتاحة إذا نجحت المفاوضات وتمّ العقد فلا بد أن تكون لديه دراسات تسويقيّة وحالة العرض والطلب للسوق حول المادة محل التفاوض¹.

د_ خبير قانوني:

يشترط في الخبير القانوني أن يكون مختصاً في صياغة العقود في هذا المجال، فلا يكفي الاستعانة بقانوني مبتدأ أو لديه معلومات سطحيّة في القانون أو ثقافة قانونية عامّة وهذا الخبير القانوني المختص إما أن يكون عاملاً لدى الشركة المعنيّة أو الإدارة المعنيّة حيث تتّحصر مهمّة هذا الخبير في القيام بدراسة الحقوق والالتزامات المتبادلة من طرف أطراف العقد، ويختص أيضاً في كيفية سداد المقابل الماليّ ودراسة الشروط الخطرة التي يمكن أن تكون من بنود العقد وغيرها من الأمور المهمّة.

و_ خبير لغوي:

غالباً ما تصاغ عقود التجارة الدوليّة لاسيّما الاتفاقات التمهيديّة بلغتي طرفي العقد، إذ لا بد أن تكون النسختان متطابقتان بصفة دقيقة، ذلك أن الخلاف حول حرف واحد قد يترتب عليه اللجوء إلى القضاء أو التحكيم حسب الأحوال، لذلك يجب على الخبير اللغوي إتقان

¹ _ رضا متولي وهدان، المرجع السابق، ص 15.

اللغة العادية للشركة المتلقية والشركة المانحة أيضا، وفي هذا الصدد نشير أنه إذا كان الخبير القانوني يجيد هذه اللغات فإنه يمكن عدم الاستعانة بالخبير اللغوي¹.

ثانيا: مقومات الاتفاق على التفاوض المتعلقة بأشخاص التفاوض

يتعين على الأطراف المتفاوضة معرفة نقاط القوة والضعف للطرف الآخر، حيث يتم هذا الأمر يتم من خلال اللقاءات الأولية أو من خلال معرفة سابقة بين الأطراف المتفاوضة² كما يجب ملاحظة الملامح التي تظهر على طرفي التفاوض مثل تعبيرات الوجه³، هذا ويجب على الأطراف المتفاوضة مراعاة الظروف التي يمكن أن تحدث خلال الفترة المخصصة للمفاوضات، بحيث يجب تجهيز الحلول لأي مشكلة متوقعة مسبقا.

كما أن الاتفاق على مبدأ التفاوض يقتضي المرونة وعدم التشدد في اتخاذ المواقف أثناء التفاوض، وأن يتم أيضا تحديد الأهداف والاستعداد للأخذ والعطاء، ذلك أن المفاوضات هي عبارة عن عملية مساومة ومناقشة⁴، وعليه سنتحدث في هذا الصدد عن مهارات المفاوض الناجح، كما سنبيين أشكال العيوب التي قد يقع فيها فريق التفاوض، وفي مقابل سيتم ذكر الصفات الحسنة في المفاوض.

01_ مهارات المفاوض الناجح

عقود التجارة الدولية تقتضي أن يتم إختيار فريق التفاوض وفقا لأساليب إنتقائية بمقتضاها يتم اختيار أشخاص أكفاء لاسيما في مرحلة المفاوضات، فالتفاوض علم وفن على جميع المستويات سواء الاقتصادية أو الاجتماعية أو السياسية أو التجارية، ولعل أهم المهارات التي يجب أن تكون متوفرة في فريق التفاوض هي كالاتي:

¹ _ رضا متولي وهدان، المرجع السابق، ص 16.

² _ المهدي نزيه محمد الصادق، المرجع السابق، ص 130.

³ _ سليمان شيرزاد عزيز، حسن النية في ابرام العقود، دار دجلة، الطبعة الأولى، عمان، سنة 2008، ص 340.

⁴ _ العلواني فؤاد والربيعي عبد جمعة موسى، الأحكام العامة في التفاوض والتعاقد، بيت الحكم، الطبعة الأولى، بغداد العراق، سنة 2000، ص 15.

أ_ القدرة على الاستماع الجيد:

الاستماع الجيد أثناء المفاوضات يمكن المفاوض من محاولة تحسين المواقف الحقيقية للطرف الآخر، كما يمنحه ذلك فرصة لتحليل ما يقوله، ويبين له ما إذا كان هناك تناقض بين أقواله ومواقفه، وبالتالي قد يكشف المفاوض من خلال قدرته على الاستماع ما يؤثر في مصداقيته¹.

ب_ القدرة على ضبط النفس أثناء التفاوض:

إن ضبط النفس أثناء المفاوضات يحول دون الوقوع في الأخطاء عند التحدث، لأن التحدث بعصبية قد يحول دون الوصول إلى اتفاق، فالمهارة هي أن يعرف المفاوض متى يتكلم ومتى يتوقف عن الكلام².

ج_ القدرة على تحليل الأهداف وتقدير حاجة الطرف الآخر:

هذا ينبني على أن المفاوضات أداة للوصول إلى حلول وسط مقبولة من كلا الطرفين وذلك لا يتم إلا عن طريق تقديم تنازلات متبادلة من أجل الوصول إلى الحد الأدنى الذي يمكن قبوله من قبلها، فمعرفة هدف الطرف الآخر ومحاولة إرضائه لا يؤثر على الهدف الذي يسعى إلى تحقيقه من المفاوضات، وذلك حتى يمكن تقادي المفاجآت التي قد تحدث أثناء التفاوض³.

د_ القدرة على استخدام تكتيك وإستراتيجيات التفاوض:

التكتيك هو فن إدارة المفاوضات لتحقيق أفضل وضع ممكن في الصفقة محل التفاوض أما الإستراتيجية فهي إدارة المفاوضات للوصول إلى أفضل وضع في التعامل مع الطرف الآخر على المدى المتوسط والطويل، فالتكتيك دائماً يستخدم لتنفيذ الإستراتيجية بحيث أنه قد يكون التكتيك هو التنازل على بعض الشروط التي لا تمثل أهمية قصوى بغية

¹ _ رضا متولي وهدان، المرجع السابق، ص 17.

² _ المرجع نفسه، نفس الصفحة.

³ _ صالح بن عبد الله العوفي، المرجع السابق، ص 101 و 102.

تحقيق غاية أو أهداف أهم، فالمفاوض الماهر يستخدم طرقاً ووسائل لتحقيق غاياته التي تمثل أهمية قصوى لشركته أو دولته¹.

فضلاً عن المهارات المذكورة أعلاه فإنه يتعين أن يكون لدى المفاوض القدرة على الاتصال، فالمفاوض الناجح هو صاحب الأسلوب المميز كالذي يجذب الآخرين للأخذ والرد معه حول موضوع المفاوضات، كما يتعين أيضاً أن تكون لدى المفاوض القدرة على ابتداء الخيارات البديلة قد يؤدي إلى خروج طرفي العقد إلى اتفاق يشجع حاجات كافة الأطراف المتفاوضة في عقود التجارة الدولية.

02 _ العيوب الشخصية في أعضاء فريق التفاوض:

لقد أثبتت الدراسات في علم النفس الإداري وإدارة الأعمال أن المفاوضين يختلفون فيما بينهم، حيث يرجع ذلك إلى الطباع البشرية وعوامل التربية والبيئة، وعلى العموم يجب الابتعاد عن الآتي:

أ_ دكتاتورية التفاوض:

المقصود بدكتاتورية التفاوض هو قيام رئيس فريق التفاوض كأن يكون رئيس مجلس إدارة الشركة بالتفاوض بمفرده، أو يقوم بتشكيل فريق التفاوض تحت رئاسته مباشرة، ولا يسمح لأعضاء الفريق بالمناقشة أو تحليل المقترحات، حيث يقتصر دور الأعضاء على العلم بما يقوم به من قرارات.

ب_ الانفعال أثناء المفاوضات:

يقصد بالانفعال في هذا المجال هو أن ينفجر المفاوض غضباً أثناء المفاوضات، مما قد يؤدي به أحياناً إلى مغادرة قاعة المفاوضات، مما يترتب عليه هدم كل شيء والعودة إلى نقطة الصفر أي نقطة البداية².

¹ _ رضا متولي وهدان، المرجع السابق، ص 18 .

² _ المرجع نفسه، ص 19.

ج_ الاستسلام والتسامح:

الشخص المستسلم هو ذلك الشخص الذي يكره المواجهة مع الرأي الآخر، ويرتّبك عند مواجهته بالرأي المخالف لرأيه، ويتنازل عن رأيه بسهولة خوفا من المواجهة، وهذه الشخصيات لا ينبغي أن تكون في فريق التفاوض¹، فضلا عن العيوب السالفة الذكر فإنه يعد من العيوب أيضا العناد والتصلب في الرأي بحيث لا يرضى المفاوض إلا بما إعتاد عليه ويرفض آراء الآخرين دون تردد، كما لا ينبغي أن يتشكل فريق التفاوض من أشخاص بهذه الصفة، إذ أنهم يكونون سريعين السخط عند تفوق الآخرين عليهم، وبالتالي لا ينبغي أن يتشكل فريق التفاوض من أشخاص يحملون هذه الصفات.

03_ الصفات الحسنة في المفاوض:

إن التفاوض في عقود التجارة الدولية والتي تعد ذات أهمية بالغة نظرا لدورها في إزدهار الدول إقتصاديا، يقتضي بالضرورة تشكل فريق يتمتع بصفات حسنة كأن يكون المفاوض مرنا ومراوغا ومثابرا.

أ_ المفاوض المرن:

المفاوض المرن هو الشخص الذي لديه القدرة على التأقلم مع الظروف التي تمر بها المفاوضات، ويمكن أن يقبل الرأي الآخر حتى ولو كان مخالفا لرأيه، ولكن قدرته كمفاوض تمكن له طرح البدائل أو بيان أوجه القصور في الرأي الآخر في حالة الأخذ بهذا الرأي، فهو شخص يختلف مع الرأي الآخر ولكن يقبله ويخضعه للدراسة ثم يظهر بعض عيوبه وبالتالي عدم قبوله إما كليا أو جزئيا.

ب_ المفاوض المراوغ و المثابر:

المفاوض المراوغ هو الشخص الذي يجيد مناورات التفاوض، وحسن الاستماع والتلاعب بالألفاظ من أجل الوصول إلى الهدف، ويملك القدرة على أن يعرض نفس الفكرة بأساليب متعددة ومختلفة بحيث يقنع الطرف الآخر في المفاوضات، كما يتعين أن يكون

¹ _ رضا متولي وهدان، المرجع السابق، ص 19.

المفاوض مثابرا فالشخص الذي لديه القدرة على التصميم من أجل تحقيق الأهداف، ويتجلى بإرادة قوية ولا يستسلم بسهولة¹.

و مما سبق يمكن القول أن المفاوضات فن ومهارة يتم اكتسابها بالعلم والممارسة، فهي عمليه نفسية وسيكولوجية في مركب الأنا بالنسبة لشخص المفاوض، وتتأثر هذه القدرة بالعوامل الاجتماعية والثقافية والعادات والقيم في المجتمع الذي تربي فيه المفاوض فالتفاوض هو أسلوب تعامل مقترن بالقدرة والكفاءة العملية في البحث عن الحلول، واتخاذ القرار السليم في موضعه وزمنه من أجل تحقيق الأهداف المنشودة.

المطلب الثاني

تطبيقات أخرى لعقد التفاوض

عقود التفاوض لا تقتصر فقط على الإتفاق على التفاوض كما بيناه سلفا، بل تمتد لتشمل بعض العقود الأخرى كعقد الإطار أو العقد الجزئي أو العقد المؤقت، فالأول بمقتضاه يتم تحديد بعض الالتزامات سواء المتعلقة بالدخول في التفاوض أو المتعلقة بإبرام العقود التطبيقية، أما العقد الجزئي فيتم بقتضاه حسم بعض الأمور بموجب عقد مستقل، أما الثالث أي العقد المؤقت فإنه يحسم بعض الالتزامات المؤقتة بين الأطراف المتفاوضة، وعليه سنقسم هذا المطلب إلى فرعين، سنتطرق في الفرع الأول إلى عقد الإطار، أما الفرع الثاني سنتحدث فيه عن بعض التطبيقات الأخرى كالعقد الجزئي والمؤقت، هذا ويتعين التطرق إلى نقطة مهمة ألا وهي مدى اعتبار البروتوكولات الاتفاقية صورة من صور عقد التفاوض.

الفرع الأول

عقد الإطار

الإلمام بجميع جوانب عقد الإطار المقترن بعقود التجارة الدولية يتطلب بالضرورة تحديد معنى هذا العقد، وذلك بتعريفه (أولا) وتمييزه عن الأوضاع المشابهة له (ثانيا)، كما لابد من تبيان شروط تكوين هذا العقد (ثالثا) ومضمونه (رابعا)، هذا ولابد من تبيان الالتزامات المترتبة على هذا الإتفاق (خامسا)، وكذا الجزاء المترتب عن الإخلال بتلك الالتزامات (سادسا).

¹ _ رضا متولي وهدان، المرجع السابق، ص 20.

أولاً: تعريف عقد الإطار

عقد الإطار هو عقد بمقتضاه يتم تحديد الشروط الرئيسيّة التي يلتزم الطرفان بإتباعها فيما يبرمانه من عقود لاحقة كعقود التطبيق أو عقود التنفيذ¹، ومنه فاتفاق الإطار يمهّد لإبرام عقود مستقبلية محتملة بما يحتويه هذا التنظيم لكيفية انعقادها وتحديد لما يتيّسر تحديده من عناصرها عند إبرامه .

فالهدف من اتّفاق الإطار هو تيسير إبرام وتنفيذ العقود، كما يعرف بأنه عقد يكون محله تحديد الشروط التي بمقتضاها تبرم العقود التطبيقية²، واتّفاق الإطار لا يتضمّن بالضرورة تحديد كافة العناصر الجوهرية للعقد التطبيقي الوارد مباشرة على السلعة أو الخدمة نظراً لصعوبة أو استحالة هذا التحديد عند إبرامه، وبالتالي فاتفاق الإطار ليس وعداً بالتعاقد بل هو إتفاق متميز عنه في أهدافه ومحتواه، ولكن هذا لا يمنع أن يتضمّن إتفاق الإطار العناصر الجوهرية للعقود التطبيقية أو التنفيذية³.

فقد يكون هناك تعامل مستمر بين الشركة وواحد من الزبائن، كأن يطلب الزبون بصفة دورية بعض منتجات الشركة، فالوضع العادي يقتضي أن يقوم الزبون بإبرام عقداً مع الشركة عن كل صفقة على حدة، ففي الغالب تكون هناك شروط كثيرة من هذه العقود المتكررة بحيث يقتصر الاختلاف بين العقد والآخر على الكمية والأسعار، أما الشروط المتعلقة بطريقة التسليم والضمانات وطريقة الدفع وكيفية التوزيع والمسؤولية العقديّة وغيرها تكون موحدة بين هذه العقود.

كما أنه قد لا ترغب الشركة في وضع نموذجاً موحداً للعقود لتقرضه على الزبائن وذلك راجع إما لأسباب تجارية حتى لا يشعر الزبون بأنه قليل الأهمية، وإما لأنه زبوناً كبيراً على وجه الخصوص يطلب شروطاً عامة مختلفة أي يطلب أو يقدم ضمانات معينة أو كأن يكون له وضعاً خاصاً في طريقة الوفاء بالثمن أو كيفية التعامل عند رفض بعض الأصناف المخالفة للموصفات وهكذا، وبناءً على هذا الفرض تلجأ الشركات الكبرى إلى إبرام عقد تمهيديّ يسمى عقد الإطار، بحيث يتم الاتّفاق بمقتضاه على كافة الشروط الموحدة في

¹ _ رجب كريم عبد اللاه، المرجع السابق، ص 479.

² _ Maingy F : les contrat spéciaux, D, 1969.p 115

³ _ مصطفى محمد الجمال، المرجع السابق، ص ص 283 و 284.

الباب الثاني: الإتفاقات التمهيدية ذات الطبيعة العقدية

جميع العقود التطبيقية التي سيدخل فيها الطرفان مستقبلا بمناسبة كل عقد على حدة، عندئذ ستقتصر هذه العقود على البيانات الفردية المتعلقة بالعقد ذاته¹.

ثانيا: تمييز عقد الإطار عما يشابهه:

سنميز خلال هذه الجزئية بين عقد الإطار وبعض الاتفاقات أو العقود المشابهة له كعقد التفاوض والعقود التطبيقية اللاحقة له وكذا عقد الوعد بالتعاقد، وذلك بهدف رفع كل اللبس والغموض الذي قد يكتنف عقد الإطار.

01_ تميز عقد الإطار عن العقود التطبيقية اللاحقة:

يتميز عقد الإطار عن العقود التطبيقية اللاحقة في أنه عقد واحد تتبعه عقود تنفيذية مستقلة يتطلب إبرامها تراضي جديد بين الطرفين في كل مرة، ففي هذا الشأن قضى القضاء الفرنسي بأن عقد الإطار ما هو إلا تمهيدا للبيع أو خدمات مستقبلية لم تتحدد كمياتها أو أسعارها أو إمكانيات توريدها²، ومنه يتميز عقد الإطار عن العقود اللاحقة له والتي يمهدها، إلا أن كل من عقد الإطار وعقود التطبيق التي يمهدها لها تشكل مجموعة عقدية يربطها هدف اقتصادي واحد³، حيث يعتبر بعض الفقه أن عقد الإطار هو بمثابة وعدا بالتعاقد يتم تنفيذه من خلال العقود التطبيقية اللاحقة⁴.

ولكن عقد الإطار لا يتضمن اتفاقا على جميع المسائل الجوهرية في العقود التطبيقية حيث يبقى تحديد الثمن والكمية لإتفاق لاحق⁵، فعقد الإطار هو عقد بالمعنى الحقيقي للكلمة، إذ أنه اتفاق منشئ للالتزامات بين الطرفين، وعقد الإطار هو عقد غير كامل إلا أنه ملزم في نفس الوقت، فهو إطار يترك هامش التفاوض فيما يتعلق بنفقات العلاقة التعاقدية بحيث لا يكفي لوحده تحقيق محل العقد، كما يعد أيضا إطارا، ذلك أنه يضع ضوابط محددة للعلاقة التعاقدية والتي تنعكس في العقود التطبيقية⁶.

¹ Mousseron et seubé : A propos des contrat d'assistance et fourniture, D, 1973.p 197

² Cass Com 15 Oct.1968 D 1969.P 115

³ سميير عبد السميع الأودن، المرجع السابق ص 73_74.

⁴ Schmidt , J, Op.cit, .n 434.

⁵ Mousseron et seubé, Op.cit, p 199.

⁶ نادية فايدي، المرجع السابق، ص 22.

02_ عقد الإطار وعقد الوعد بالتعاقد

يتميز عقد الإطار عن الوعد بالتعاقد المشار إليه في المادتين 71 و 72 من القانون المدني لجزائري من حيث الهدف والمضمون، ذلك أن عقد التطبيق الذي يمهد له عقد الإطار لا يبرم إلا بعد أن يتفق الطرفان معا اتفاقا مستقبليا، في حين أن العقد الموعود به يتم إبرامه بمجرد أن يعلم الموعود له أو أن يبدي رغبته في التعاقد خلال المدة المتفق عليها¹.

03_ عقد الإطار وعقد التفاوض

يختلف عقد الإطار عن عقد التفاوض من حيث الشروط المدرجة في العقدين، فعقد الإطار يتضمن الشروط التي يتم على أساسها إبرام عقود التطبيق مستقبلا، في حين نجد عقد التفاوض لا يتضمن شيء من تلك الشروط.

ثالثا: شروط تكوين عقد الإطار

على غرار سائر العقود نجد عقد الإطار يخضع للقواعد العامة للعقود بمقتضى المادة 59 من القانون المدني الجزائري، أما فيما يتعلق بموضوع العقد فهو العملية القانونية التي يهدف الأطراف إلى تحقيقها، إذ أنه يصعب الإحاطة الشاملة لموضوع عقد الإطار، ذلك أنه متعدد الوظائف والأهداف التي تؤديها هذه الاتفاقية وإن كان موضوع الإلزام في العقود بصفة عامة يجب أن يكون محددًا أو قابلا للتحديد، فإن عقد الإطار نادرا ما يحدد عقود التطبيق التي تبرم في المستقبل².

رابعا: مضمون عقد الإطار

يتجلى مضمون عقد الإطار في كونه يرتب التزامات تتعلق بالضرورة تتعلق بضرورة إبرام عقود تطبيقية لازمة لتحقيق التبادل الاقتصادي المبتغى من الأطراف المتعاقدة، وهذه

¹ _ بلحاج العربي، الإطار القانوني لمرحلة السابقة على إبرام العقد في ضوء القانون المدني الجزائري، دار وائل للنشر الجزائر، سنة 2010، ص 106.

² _ المرجع نفسه، ص 107.

الالتزامات صنفين الأول عبارة عن التزامات تنص على التفاوض بشأن عقود تطبيقية والثاني عبارة عن إلتزامات تنص على إبرام عقود تطبيقية، فالذي يهم في لرسالتنا هاته هو ما يتعلق بالتزامات التي تنص على التفاوض بشأن العقود التطبيقية، ذلك أن عقد الإطار يعد إتفاق مبدئي يترتب عليه إلتزام بالتفاوض بحسن نية بشأن مجموعة عقود متتالية تهدف إلى تحقيق الغاية التي إتفق عليها الطرفان، فهذا الإتفاق ينشئ التزاما تعاقديا بالتفاوض على أن يتم ذلك بحسن نية، وكل إخلال يترتب عنه تعويض الضرر الحاصل¹، فالالتزام الناشئ عن عقد الإطار بهذه الصيغة هو التزام ببذل عناية وليس التزام بتحقيق نتيجة².

خامسا: الالتزامات المترتبة على اتفاق الإطار

عقد الإطار ينشئ على عاتق طرفيه مجموع من الالتزامات الإيجابية والسلبية تتعلق بإنشاء وتنفيذ العقود التطبيقية المتوقع إبرامها مستقبلا.

01_ الالتزامات الإيجابية التي ينشئها عقد الإطار:

الالتزامات الإيجابية التي ينشئها عقد الإطار تتعلق أساسا بإبرام العقود التطبيقية، من ذلك وضع نماذج لطلبات التعاقد وتحديد أوقات تقديمها وتحديد كيفية الإعلام بقبولها، كأن يتم الإتفاق على ضرورة الإعلان عنه برسالة بريد أو فاكس أو ينص على مجرد السكوت عن الرد مدة معينة يعد بمثابة قبول.

ومن ذلك أيضا تحديد عنصر أو بعض عناصر العقد الجوهرية كالكمية أو الثمن أو تحديد الموصفات الفنية للسلعة محل التعاقد، هذا وقد ينشئ عقد الإطار إلتزامات تتعلق بتنفيذ العقود كتحديد مواعيد التسليم ومواعيد الوفاء بالثمن وكيفية وتحديد شروط ضمان العيب سواء الظاهرة أم الخفية³.

¹ J_ Chestin , La Formation du Contrat . L.G.D.J, 3^{eme} éd, 1993, n 344

² _ Stark B Roland H Et Boyer L' Obligation_ Contrat Litec, 4^{eme} Ed , 1993.n 300

³ _ سمير عبد السميع الأودن، المرجع السابق، ص 75.

02_ الالتزامات السلبية التي ينشئها عقد الإطار:

قد تتعدد الإلتزامات السلبية التي ينشئها عقد الإطار، من ذلك تحديد الشروط التي يلتزم أحد الطرفين بقصد تعامله في السلعة أو الخدمة على الطرف الأخر أو على دائرة الأشخاص الآخرين المرتبطين به¹.

سادسا: جزاء الإخلال بالالتزامات الناشئة عن عقد الإطار

إذا أخل أحد الطرفين بالتزاماته الناشئة عن عقد الإطار كأن لم يحترم الشروط الواردة فيه عند التفاوض على عقد من عقود التطبيق، أو لم يبرم عقدا من هذه العقود رغم التزامه بذلك أو لم يوفي بأي التزام آخر من التزاماته، فإنه يجوز للطرف الأخر أن يطالبه عن طريق القضاء بتنفيذ العيني الجبري شريطة أن يكون التنفيذ ممكنا وليس فيه إرهاقا للمدين كما يجوز له المطالبة بالفسخ لعدم وفاء المدين بالإلتزامه مع الحكم له بالتعويض²، وبالتالي يتضح بأن عقد الإطار له آثار قانونية خاصة تتجلى في تحيد موضوع علاقات الأطراف في المستقبل وضبط القواعد العامة التي تحكمها.

الفرع الثاني

عقود التفاوض الجزئية والمؤقتة

بما أن العقد النهائي يتكون من عدة عمليات فنية أو قانونية، فإنه قد يجد الأطراف أنه من المناسب أو من الضروري في بعض الأحيان أن يتم حسم كل جزء أو كل مرحلة من المراحل اللاحقة بينهما بموجب عقد مستقل، بغرض الوصول إلي تغطية شاملة لهذه العلاقة بمجموعة من العقود³، فقد تمتد المفاوضات لأسابيع أو أشهر أو سنين، إذ خلال هذه الفترة كثيرا ما يحتاج الطرفان إلى إقامة علاقة مؤقتة بينهما انتظارا لإنهاء المفاوضات وإبرام العقد النهائي⁴، فالاتفاق المؤقت هو ذلك الاتفاق الذي ينشئ على عاتق أحد الطرفين أو كلاهما

¹ _ مصطفى محمد الجمال، المرجع السابق، ص 75.

² _ رجب كريم عبد اللاه، المرجع السابق، ص 493.

³ _ Mousseron, J.M : La Duree Dans La Formation Des Contrats Melanges Offert A Jaffret AIX Marseille, 1974, P 506.

⁴ _ مصطفى محمد الجمال، المرجع نفسه، ص 329.

الباب الثاني: الإتفاقات التمهيدية ذات الطبيعة العقدية

التزامات مؤقتة لتنظيم العلاقة بينهما أثناء فترة المفاوضات على العقد أو عند فشله¹، وعليه سنتحدث خلال الفرع عن العقد الجزئي المقترن بمفاوضات عقود التجارة الدولية (أولاً)، كما سنتكلم عن العقد المؤقت الذي يرم في مرحلة المفاوضات (ثانياً)، هذا وسنتحدث عن البروتوكولات الإتفاقية التي تبرم بعد قطع أشواط متقدمة من المفاوضات ومدى إعتبرها صورة من صور عقد التفاوض (ثالثاً)

أولاً: العقد الجزئي

إن تبيان أحكام أو ضوابط العقد الجزئي المقترن بمفاوضات بعقود التجارة الدولية لا يستوي إلا بتعريف هذا العقد وتميزه عن الأوضاع المشابهة له بهدف رفع الغموض واللبس وكذا تبيان قيمته القانونية.

01_ تعريف العقد الجزئي:

العقد الجزئي هو اتفاق بمقتضاه يتولى الأطراف أثناء المفاوضات حسم المسائل التي تم الاتفاق عليها أولاً بأول، فقد ينصب العقد الجزئي على عنصر من عناصر العقد النهائي حينئذ تتعدد العقود الجزئية في إطار عقد واحد، وقد ينصب على عملية من عدد العمليات المتعاقبة والتي تشكل في مجموعها هدفاً عاماً يسعى الأطراف إلى تحقيقه². كما يعرف العقد الجزئي على أنه إتفاق يتم إبرامه من الأطراف المتفاوضة أثناء المفاوضات لتحديد بعض شروط العقد النهائي التي يتم الاتفاق عليها³، ومنه فالعقد الجزئي يجسد مرحلة من مراحل التفاوض على العقد، حيث يتم بلورة الشروط التي تم الاتفاق عليها في هذه المرحلة والتي ينوي الطرفان عدم العودة إليها مرة أخرى في المراحل التالية أي الموالية⁴.

¹ _ علي أحمد صالح، المفاوضات في العقود التجارية الدولية، المرجع السابق، ص 553.

² _ Schmidt , J, Op.cit, .n 457.

³ _ محمد ابراهيم دسوقي، الجوانب القانونية في إدارة المفاوضات وإبرام العقود، الإدارة العامة للبحوث، الرياض، المملكة العربية السعودية، ص 111.

⁴ _ رجب كريم عبد اللاه، المرجع السابق، ص 507.

هذا ويطلق على العقد الجزئي مصطلح الاتفاق المرهلي، وهو إتفاق يبرمه الأطراف في إحدى مراحل التفاوض بمقتضاه يتم تحديد بعض شروط العقد النهائي، بمعنى أنه إتفاق يجسد مرحلة من مراحل التفاوض على العقد، بحيث يتم بلورة الشروط المتفق عليها، والتي ينوى الطرفان فيها عدم العودة إلى مناقشتها مرة أخرى في المراحل المتتالية، كما أنه يعد خطة تهدف إلى إبرام العقد النهائي، ذلك أنه يتضمن جزءا من شروط العقد النهائي بحيث إذا تم الإتفاق على الأجزاء المتبقية يكتمل العقد¹.

02_ تمييز العقد الجزئي عما يشابهه من أوضاع:

الاتفاق الجزئي يختلف تبعا لكونه جزءا من عقد نهائي واحد أو جزءا من مجموعة شاملة من عدة عقود تهدف إلى عملية اقتصادية واحدة، ففي الحالة الأولى فإن العقد الجزئي ينصب على بعض عناصر العقد النهائي²، أما الحالة الثانية فإن العقد الجزئي ينتج أن الإبرام النهائي لأحد العقود التي تضمنتها المجموعة، أي أن إبرام العقد الرئيسي هو دائما شرط لفعالية العقد الثانوي أي العقد الجزئي.

والعقد الجزئي يختلف عن الوعد بالتعاقد، ذلك أنه ينصب على بعض المسائل الجوهرية للعقد النهائي، بينما الوعد بالتعاقد ينصب على كافة عناصر العقد النهائي المراد إبرامه، فإذا توصلا الطرفان خارج أي إطار تعاقدى إلى الإتفاق على العناصر الأساسية للعقد النهائي محل التفاوض تاركين المسائل التفصيلية أو الثانوية لاتفاق لاحق، فإن هذا الإتفاق ينشئ على عاتق طرفيه التزاما تعاقديا بضرورة مواصلة التفاوض على العناصر المؤجلة، غير أنه إذا تعذر الإتفاق النهائي في المراحل الموالية، فإنه لا يعتبر عقدا تاما.

فالقضاء الفرنسي أقر ثبوت المسؤولية المدنية كلما توافر عقدا من العقود سواء كانت عقود تحضيرية أو تمهيدية أو حتى مجرد الوعد بها، وذلك تأميناً على ما تنشئه هذه الإتفاقات من التزام بالتفاوض على عاتق الأطراف بتعين تطبيقه بحسن النية، بالإضافة إلى

¹ _ أبو العلا أبو العلا النمر، المرجع السابق ، ص 55.

² _ المادة 65 من القانون المدني الجزائري.

الإلتزامات التي تنظم سير المفاوضات والاستمرار فيها بكل صدق وأمانة إلى حين التوصل إلى إبرام العقد النهائي¹.

03_ القيمة القانونية للعقد الجزئي:

قد يحدث في الواقع العملي أن يشترط أحد الأطراف في بداية المفاوضات ضرورة صياغة كل اتفاق يتم التوصل إليه في عقد منفصل، حيث إعتبرت محكمة النقض الفرنسية أن مثل هذا الاتفاق لا يعد إلا اتفاقا جزئيا، وأن رضا الأطراف لم يتم التعبير عنه بعد ولم يتم إفراغه في عقد نهائي، وهو أمر ضروري للقول بإبرام العقد النهائي².

لذلك عادة ما يحرص الأطراف على بيان ذلك في العقد الجزئي، حيث ينص فيه الأطراف على أنه لا يكفي العقد الجزئي بذاته لانعقاد العقد النهائي، بل يلزم التوصل إلى إتفاق بشأن المسائل المؤجلة الباقية قيد المناقشة، كما قد يعبر الأطراف على أن العقد الجزئي كافيا بذاته لانعقاد العقد بصرف النظر عن بقاء بعض المسائل التفصيلية محل خلاف، حيث يتم إرجاعها لاتفاق لاحق أو لحكم القواعد العامة أو لقرار التحكيم³، وفي حالة عدم بيان الأطراف للقيمة القانونية للعقد الجزئي، فإنه ينبغي التفرقة بين ما إذا كان العقد الجزئي جزءا من عقد واحد أو جزءا من مجموعة عقود⁴.

فإذا حسم العقد الجزئي بشأن عقد واحد جميع العناصر بين الطرفين ولم يتحفظا بتوقيع العقد النهائي، فإن ذلك يعد اتفاقا باتا يعتبر معه أن العقد قد تم، أما إذا لم يحسم العقد الجزئي إلا عنصرا من بعض العناصر الجوهرية للعقد النهائي دون باقي العناصر، فإن العقد الجزئي لا يصلح لأن يكون عقدا ولا يرتب أي أثرا إذا لم يتم توقيع العقد النهائي⁵، وإذا توصل أطراف التفاوض إلى عقد جزئي بشأن عقد ضمن مجموعة العقود، فإن هذا العقد قد

¹ _ بلحاج العربي، الإطار القانوني لمرحلة السابقة على إبرام العقد في ضوء القانون المدني الجزائري، المرجع السابق ص 111.

² _ قرار صادر عن محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 15_12_1994، حيث تمت الإشارة إلى هذا القرار من قبل أبو العلا النمر، المرجع السابق، ص 53.

³ _ J. Ghestin, Op.cit, p 318

⁴ _ محمد حسين منصور، العقود الدولية، المرجع السابق، ص 53.

⁵ _ محمد ابراهيم دسوقي، المرجع السابق ص 113.

الباب الثاني: الإتفاقات التمهيدية ذات الطبيعة العقدية

يكون قد تم ودخل حيز التنفيذ طالما أن الطرفين لم يعلق نفاذه على إبرام العقود الأخرى التي يحتفظ فيها بذاته خاصة المستقلة¹، أما إذا سكت الأطراف عن تنظيم علاقة العقد الجزئي بالعقود الأخرى المرتبطة والتي تتكون منها مجموعة عقود، فإن إبرام هذا العقد بوصفه عقدا جزئيا لا يمكن أن يؤدي قانونا إلي إبرام عقود تضمنه مجموعة عقود².

هذا وقد عرض نزاع على القضاء الفرنسي حول إحدى الشركات الألمانية التي أرسلت إلى شركة فرنسية فاتورة متعلقة بشراء سلع معينة بناء على طلب الشركة الفرنسية المتضمن أن تمويل هذه العملية سيتم بأسلوب الائتمان الإيجاري، وعلى إثر رفض شركة الائتمان الإيجاري القيام بتمويل هذه العملية لجأت الشركة الألمانية إلى القضاء لمطالبة الشركة الفرنسية بتنفيذ العقد، حيث أثار هذا النزاع إشكالا حول معرفة في ما إذا كان عقد البيع قد أصبح نافذا بالاتفاق الذي تم بشأن المبيع والثلث أم أنه كان معلقا على إبرام عقد آخر في المستقبل وهو عقد الائتمان الإيجاري، حيث قضت محكمة الاستئناف بإتمام الاتفاق على المبيع والثلث إستنادا إلى أن التسليم بوجود الشرط الواقف يقتضي التعبير عنه صراحة وهو ما لم يكن متوفرا في هذا النزاع³.

وعليه فهذا الحكم قد أرسى مبدأ هام فحواه أن العقد الذي يشكل جزءا من مجموعة عقود يتم بصفة أساسية بالاتفاق على العناصر الجوهرية ولا يصير مطلقا على إبرام العقود الأخرى ما لم يقرر الأطراف صراحة غير ذلك، فأطراف التفاوض لا يكتفون فقط بإبرام العقود التي تنظم عملية المفاوضات من بدايتها إلى نهايتها، وإنما يقومون بإصدار الوثائق التي تكون غايتها تحديد مدى رضا الأطراف بالنسبة للعقد النهائي.

ثانيا: الإتفاق المؤقت

الاتفاق المؤقت هو مجرد إتفاق تمهيدي يهدف إلى تنظيم التفاوض على العقد النهائي ولكنه يختلف عن الاتفاقات التمهيدية الأخرى، بحيث أنه يختلف عن اتفاق التفاوض لأنه لا يلزم الطرفين بالتفاوض على العقد وإنما ينظم التفاوض فقط، كما أنه يختلف عن عقد

¹ _ محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 53.

² _ أبو العلا أبو العلا النمر، المرجع السابق، ص 62.

³ _ ROUEN 07 AVRIL 1970.D 1970.P 676

الباب الثاني: الإتفاقات التمهيدية ذات الطبيعة العقدية

الإطار والاتفاق المرحلي لكونه لا يحدد شروط العقد النهائي التي يتم التعاقد على أساسها وفضلا عن ذلك فإنه يختلف عن الوعد بالتعاقد لأنه لا يتضمن رضاء أي من الطرفين بالعقد النهائي¹.

فالاتفاقات المؤقتة تضمن التزامات متعددة يتنوع محلها بحسب الهدف المتوخى من وراءها وبصفة عامة فإن هذه الإلتزامات تتعلق إما بمراعاة الأمانة في التفاوض وإما بتسوية الخلافات التي قد تظهر في فترته، وبالتالي يتضح أن فشل المفاوضات يؤدي إلى نهاية بعض الاتفاقات المؤقتة التي تبرم لهذا الغرض، كما يتبين أن الاتفاقات الممهدة للتعاقد سواء أكانت اتفاقات مبدئية أو الاتفاق حول جزئيات العقد وعناصره، وبالرغم من تلاقي الإيرادات فيها إلا أنها لا تشكل عقود حقيقية ملزمة، ومن ثم فلا يترتب عليها إلا المسؤولية التقصيرية في حالة الإخلال بها².

ثالثا: مدى اعتبار البروتوكولات الاتفاقية صورة من صور عقد التفاوض

قد تلجأ الأطراف المتفاوضة في مجال التجارة الدولية إلى تسجيل اتفاهم على الإطار العام للعقد المراد إبرامه بمقتضى بروتوكولات اتفاقية مكتوبة، وذلك دون التطرق إلى الشروط التي تترجم هذا الإطار العام إلى حقوق والتزامات محددة، ذلك أن هذه الشروط تحتاج إلي المزيد من الدراسة والاستشارة، فالبروتوكولات الاتفاقية التي يتم إبرامها بين الأطراف قد تكون ملزمة وقد لا تكون كذلك.

فالمفاوضات في غالب تمر على مرحلتين، مرحلة البروتوكولات الاتفاقية ذات الطابع الاقتصادي، إذ في هذه المرحلة يتم تحديد أدوار الأطراف المتفاوضة ويبرز من خلالها مساهمة كل طرف وما يتيح للطرف الأخر من منافع، ومرحلة ترجمة هذه الأدوار إلى التزامات محددة منصوص عليها في وثيقة مكتوبة بصفة نهائية وفقا لصيغ قانونية بحيث هذه المرحلة يغلب عليها الطابع القانوني على الطابع الاقتصادي، وعليه سنتحدث عن البروتوكولات الاتفاقية في الآتي:

¹ _ رجب كريم عبد اللاه، المرجع السابق، ص 496.

² _ بلحاج العربي، الإطار القانوني لمرحلة السابقة على إبرام العقد في ضوء القانون المدني الجزائري، المرجع السابق

01_ تحديد معنى البرتوكول الإتفاقي:

لقد تعددت الآراء والتعاريف للبرتوكولات الاتفاقية في مجال التجارة الدولية، كما أنها تتميز هذه البروتوكولات الاتفاقية عن بعض الاتفاقات المشابهة لها لاسيما خطابات النية، إذ سنعرف من خلال هذه الجزئية البرتوكول الإتفاقي، ثم نميزه عن خطابات النوايا المقترنة بمفوضات التجارة الدولية.

أ_ تعريف البروتوكول الإتفاقي:

لقد تعددت تعاريف البرتوكول الإتفاقي، فبعض الفقه يعرفه على أنه صيغة من الصيغ التعاقدية التي تدون أو تحرر خلال مرحلة ما قبل التعاقد النهائي، فهو تكوين كتابي لمشروع العقد الذي يرغب الأطراف إلى ختمه في وثيقة تسمى البرتوكول الإتفاقي¹، والبعض الآخر من الفقه يعرفه على أنه عقد حقيقي ملزم لجانبيين، ذلك أنه يتضمن الشروط الأساسية للعقد الرئيسي النهائي، ومن ثم فهو يمثل هدفا تم الوصول إليه وإن إفتقر لبعض التفاصيل التي ترتبط بكيفية تنفيذه²، وتبعاً لما تقد يمكن تعريف البرتوكول الإتفاقي على أنه وثيقة مكتوبة يضع الأطراف فيها إتفاقهم على العناصر الأساسية للعقد النهائي.

فالبرتوكول الإتفاقي يمهد إلى مرحلة إبرام العقود المنشودة من قبل الأطراف، كتفاوض شركتا كوكاكولا وشركة مختصة بالمشروبات الروحية على طرح منتج جديد في السوق يجمع بين مشروب الشركتين، بحيث أن هذا الاتفاق يتطلب ترخيص الشركتين لبعضهما البعض باستعمال المنتج، كما يتطلب اتفاقات أخرى تتعلق بتصنيع المنتج الجديد المشترك وحتى يتسنى لكلا من الشركتين الإطلاع على منتج الشركة الأخرى وعلى أسرارها فلا بد من أن يوقعان على برتوكولا اتفاقيا يتعلق بشروط الإطلاع.

حيث ينص هذا البروتوكول على أن تقوم الشركة الثانية بالتوقيع على أربع اتفاقات إثتان يتعلقان بالترخيص لها باستغلال منتج كوكاكولا، وإثتان يتعلقان بالتعاون بين الشركتين كأن ينص على أن تساهم كل شركة في المنتج الجديد الذي سيطرح في السوق مع مراعاة التوازن بين ما تورده كل من الشركتين من المنتج الخاص.

¹ _ Mousseron J.M .Guibal . M.L. Mainguy Daniel, Op.cit, p 246

² - Gérard. Cornu, vocabulaire juridique ASS.H. Capitant, 1987. p 25.

الباب الثاني: الإتفاقات التمهيديّة ذات الطّبيعة العقديّة

ومنه يتضح أن موضوع هذا البرتوكول هو إرساء مبدأ الارتباط بين الاتفاقات الأربع من أجل الترخيص باستغلال منتج كل شركة والإطلاع على أسرارها والتعاون في صنع المنتج الجديد، وهذا ما يشكل الخطوط العريضة والإطار العام الذي يحكم الاتفاقات المراد إبرامها، فلا يبقى بعد ذلك إلا صياغة هذه الاتفاقات والتفصيل في الحقوق والتزامات كل شركة وتوقيع عليها من قبل الأطراف.

ومن ذلك أيضا نجد تفاوض شركة "mercedes" المتخصصة في صناعة انتاج السيارات مع حكومات دولة المغرب لإقامة مصنع للسيارات في المغرب، فمن خلال المفاوضات توصلا الطرفان إلى وضع إطار عام للعقد المراد إبرامه في المستقبل في صورة بروتوكول اتفاقي¹، حيث تضمن هذا البرتوكول موضوع العقد المراد إبرامه وإنشاء وتسيير مجمع صناعي للسيارات من نوع مرسيدس.

حيث يتم الاعتماد على قطع غيار مستوردة من ألمانيا ليستعاض عنها بالتدريج بقطع مصنعة في المغرب، كما ينص البرتوكول على تكوين شركة المساهمة في المغرب لتوزيع قطع الغيار وتركيب السيارات وبيعها في دول أخرى برأسمال معين، كما نص البرتوكول الإتفاقي على الخبرة الفنية والترخيص اللذان ستقدمهما شركة مرسيدس للمغرب.

كما كشف البرتوكول على طريقة تمويل إنشاء المصنع وعلى أوجه الامتيازات التي ستحتضنها بها شركة مرسيدس، فضلا عن ذلك نص البرتوكول على وجوب توقيع العقد النهائي الذي سيحدد هذه الامتيازات خلال ستة أشهر، حيث إنتهى هذا البرتوكول بوضع جدول زمني يشمل توقيع العقد النهائي وإنشاء شركة مساهمة والمصنع وبذلك يكونا الطرفين قد حددا العناصر الاقتصادية للمشروع وكذا العناصر القانونية الرئيسية، ولم يبقى إلا وضع التفاصيل الخاصة بهذه العناصر الأخيرة في العقد النهائي².

ب_ تمييز البرتوكول الإتفاقي عن خطابات النوايا:

بما أن البرتوكول الإتفاقي في مجال التجارة الدولية هو اتفاق فإنه يشبه في وظيفته خطاب النوايا من حيث الأصل، ذلك أن كلاهما يقوم بتسجيل الجوانب المتفق عليها بغية

¹ _ سعيد الناوي، المساهمة القضائية في تكوين العقد، المرجع السابق، ص 375.

² _ المرجع نفسه، ص 376.

الباب الثاني: الإتفاقات التمهيديّة ذات الطّبيعة العقديّة

الوصول إلى العقد النهائي، غير أنها يختلفان من حيث الشكل ذلك أن خطاب النوايا يتم تحريره من قبل أحد الأطراف بالصيغة التي يقرها هو، أما البرتوكولات الاتفاقية فهي اتفاقات شائعة تحرر بمعرفة الأطراف مجتمعة، وبالصيغة التي يقرها الطرفان معا ويتم التوقيع عليها بمعرفتهما في آن واحد.

كما أن هناك فرقا آخر، ويتمثل في أن البرتوكول الإتفاقي يتضمن عادة أغلب عناصر العقد النهائي، بحيث لا يبقى منها إلا الشروط المتعلقة بالتوقيع وتنفيذ العقد وبالجزءات التي يواجه بها الأطراف حالة الإخلال بالإلتزامات، ومنه فبرتوكول الإتفاقي لا يبرم إلا بعد أن تقطع المفاوضات أشواطاً متقدمة جداً، على خلاف خطاب النوايا الذي قد يبرم من أجل البث في مسائل جزئية معينة من جزئيات العقد أو بمسألة من مسائله، ولذلك تصادفنا في مراحل المفاوضات الأولى، ومع ذلك فليس هناك ما يمنع الأطراف من أن يسجلوا في خطابات النوايا ذاتها العناصر الأساسية للعقد المراد إبرامه في المستقبل على نحو يصبح معه الخطاب وليداً على تمام العقد¹.

02_ طبيعة البرتوكول الإتفاقي:

إختلف الفقه حول تحديد طبيعة البرتوكول الإتفاقي، فهناك من الفقه من يرى أنه تكوين كتابي لمشروع العقد المزمع إبرامه، أي أنه مجرد صيغة قانونية تدون قبل التعاقد النهائي² وفريق ثاني من الفقه يرى أن البرتوكول الإتفاقي هو عقد ملزم لجانبيين لأنه قد يتضمن الشروط الأساسية للعقد النهائي.

غير أن هذا الرأي قد أنتقد على أساس نية الأطراف لا تتجه إلى قبول وجود العقد وأن عناصره لم تكتمل بعد، وبالتالي فالبرتوكول الإتفاقي لا يعد عقداً³، إذ الجدير بالذكر أن العقود في القانون الإنجليزي والأمريكي كلاهما تسبقهما برتوكولات اتفاقية مع الإضافة تدل على عدم وجود أي قيمة عقدية لهذه البرتوكولات وعلى دورها في التمهيد لإبرام العقد

¹ _ سعيد الناوي، المساهمة القضائية في تكوين العقد، المرجع السابق، ص 381.

² _ Mousseron J.M . Guibal . M.L. Mainguy Daniel, Op.cit, p 246.

³ _ سعيد الناوي، المرجع نفسه، ص 376.

الباب الثاني: الإتفاقات التمهيدية ذات الطبيعة العقدية

النهائي كعبارة" يخض للدراسة" وعبارة" يخضع للمفاوضات"، إذ أن هذه العبارات تدل على عدم وجود أي عقد في هذه المرحلة بل مجرد اتفاق ممهّد يتم في مرحلة المفاوضات¹. ولإزالة الغموض الذي يكتنف مصطلح البرتوكول الإتفاقي في مجال التجارة الدولية لابد من التمييز بين موضوعين، فالأول يتعلق بالشروط الأساسية للعقد التي إتفق عليها الأطراف في وثيقة تسمى برتوكول الاتفاق، بحيث ينبغي اعتبار اتفاق الأطراف بمثابة عقد ذلك أن إرادة الأطراف قد اتفقت على تلك العناصر الأساسية، أما الموضوع الثاني يتعلق بالتفاصيل الجزئية للعقد النهائي التي جعلها الأطراف مرتبطة بتنفيذ العقد النهائي، ففي هذه الحالة لا يمكن التحدث عن وجود اتفاق ذلك أن الأطراف ربطت الاتفاق على جزئيات رهين تنفيذ العقد النهائي.

03_ مضمون البرتوكول الإتفاقي:

الارتباط التعاقدية أحيانا قد يحتاج إلى بعض التحضيرات الفنية أو القانونية لاسيما تحديد دور كل طرف في العقد، ومهمته فيه وحقوقه والتزاماته المتقابلة في تفاوض الطرفان على مشروع العقد ويحددان عناصره وتبعاته المالية في وثيقة، أو مجموعة وثائق تحمل اسم البرتوكول الإتفاقي².

فقد أصبح اللجوء إلى البرتوكولات الإتفاقية أمرا شائعا في المفاوضات على العقود الكبيرة المركبة خاصة فيما يتعلق بالتجارة الدولية كالعقود البترولية، فالبرتوكول الإتفاقي قد نشأ في أحضان القانون العام ابتداء بالقانون الدبلوماسي مرورا بالقانون الإداري وصولا ليستقر ضمن أحكام القانون الخاص لاسيما فيما يتعلق بالعمل والتعامل التجاري لاسيما فيما يتعلق بعقود التجارة الدولية.

ففي إطار قانون الشغل جرى العرف على استخدام مصطلح برتوكول اتفاق للدلالة على الاتفاقيات المبدئية التي يتوصل إليها أطراف المفاوضات العمالية، والتي تسبق التوقيع

¹ _ جمال فاخر النكاس، العقود والاتفاقات الممهدة للتعاقد وأهمية التفرقة بين العقد والاتفاق في المرحلة السابقة على التعاقد، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، العدد 20، سنة 1996، ص ص 182 183.

² _ J_P,Chauchard ; Les Accorde De Fin De Conflit La Négociation Dans L'entreprise, Droit Social Numéro Spécial, Novembre 1982, P 678.

الباب الثاني: الإتفاقات التمهيديّة ذات الطّبيعة العقديّة

على اتفاق جماعي ملزم لهذه الأطراف¹، فتسمية هذه الاتفاقيات المبدئية بالبروتوكولات الاتفاقية يدل على عدم وجود أي التزام ثابت في هذه المرحلة من المفاوضات العمالية بحيث لا يكون الالتزام إلا بعد التوقيع على الاتفاق الجماعي واعتماده من قبل الجهات المختصة أما في إطار التعامل التجاري يستخدم مصطلح بروتوكول بشكل واسع في التعامل بين التجار والشركات التجارية وكذا للدالة على العديد من الاتفاقات المبدئية التي تسبق العقود التجارية المهمة والكبيرة في القيمة كعقود دمج الشركات وعقود التوريد والتوزيع.

04_ القوة الملزمة للبروتوكول الإتفاقي:

بمقتضى البروتوكول الإتفاقي قد يتم الاتفاق على بعض العناصر بين الأطراف المتفاوضة، فهناك من يرى أن هذا الاتفاق هو مجرد اتفاق لا يرتب القانون عليه مسؤولية من أخل به والبعض الآخر يرى أنه مجرد اتفاق لا يرتب القانون على الإخلال به المسؤولية فالبروتوكول الإتفاقي لا يعدو أن يكون مجرد اتفاق على التفاوض في شأن عقد من العقود وطالما أن أهم العناصر الأساسية لا تزال محلاً للتفاوض فإنه يصعب القول بتمام التعاقد ناهيك عن نية الأطراف التي لم تتصرف إلى قبول إبرام العقد، إلا بعد انتهاء الاتفاق على كافة العناصر الجوهرية والأساسية للتعاقد².

والجدير بالذكر أن هناك مفاوضات قد ينشأ عنها بعض التصرفات القانونية الجديرة بالاعتبار، فليس كل المفاوضات هي أعمال مادية أو تصرفات غير تعاقدية خروجاً عن مبادئ الفقه التقليدي، والذي يرفض إضفاء أي قيمة قانونية على مرحلة التفاوض السابقة على تحقيق الإيجاب³.

فالفقه الحديث يرى أن البروتوكولات الاتفاقية هي عقود بالمعنى الدقيق، ذلك أنها اتفاق على التفاوض، ومن ثم فهي تمهد لعقد آخر، هذا ما لم يتضمن البروتوكول العناصر الأساسية للعقد، ففي هذه الحالة يصبح عقداً ملزماً لجانبيين، ومن ثم ترتيب المسؤولية العقدية

¹ _ M, Chadfaux, Les Fusion De Sociétés 1991, P 37.

² _ سعيد الناي، المساهمة القضائية في تكوين العقد، المرجع السابق، ص 430.

³ _ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، مصادر الالتزام، منشأة المعارف، الإسكندرية، سنة 2003، ص 208.

الباب الثاني: الإتفاقات التمهيدية ذات الطبيعة العقدية

في حالة الإخلال بالالتزامات عن عدم تنفيذه، ومنه يتضح أن هناك عناصر أساسية للالتزام التعاقدية لا يقوم العقد بدونها سواء تم التمسك بها من قبل الأطراف أم لا، كالثمن ونية المشاركة وتعدد الشركاء وتقديم الحصص ومساهمة كل شريك في الأرباح والخسائر في عقد الشركة.

وفي ختام هذا الفصل يخلص الباحث بأن عقد التفاوض في مجال التجارة الدولية يترتب عليه العديد من الالتزامات لاسيما الالتزام بحسن النية في التفاوض والالتزام بالبدء في المفاوضات والاستمرار فيها والالتزام بتقديم المعلومات، وكذا الإلتزام بالسرية في المفاوضات ففي حالة الإخلال بها فإنه هناك أضرار لا بد من التعويض عنها كأضرار الناتجة عن الوقت الضائع ونفقات التفاوض وكذا الأضرار الناتجة عن تقويت الفرصة، هذا وتتعدد صور عقد التفاوض وفقا لنوع الاتفاق المبرم، فقد يتخذ صور الاتفاق على التفاوض كما قد يتخذ صور أخرى كاتفاق الإطار وكذا العقد الجزئي الذي ينصب على جزء من العناصر الجوهرية للعقد النهائي المراد إبرامه

والمفاوضات لها صورتين، فقد تكون غير مصحوبة باتفاق مسبق على التفاوض، وقد تكون مصحوبة باتفاق مسبق، فالمفاوضات غير المصحوبة باتفاق مسبق تعد مجرد عمل مادي ففي حالة الإخلال من جانب أحد الطرفين نكون بصدد المسؤولية التقصيرية، أما المفاوضات المصحوبة باتفاق مسبق فهي تتم على أساس عقد بين الأطراف المتفاوضة وهو عقد التفاوض، ومن ثم فإن الإخلال بالالتزامات التي ينشئها هذه العقد تترتب عليها المسؤولية العقدية.

فإذا لم يوجد عقد مفاوضات كانت هذه المفاوضات عملا ماديا لا يترتب عليها أي أثر قانوني، حيث قضت محكمة النقض المصرية بقولها " أن المفاوضات ليست إلا عملا ماديا لا يترتب عليها بذاتها أي أثر قانوني، فكل متفاوض حر في قطع المفاوضات في الوقت الذي يريده دون أن يتعرض لأية مسؤولية أو يطالب ببيان مبرر لعدوله، و لا يترتب هذا العدول أية مسؤولية على من عدل إلا إذا إقترن به خطأ يتحقق معه المسؤولية التقصيرية¹.

¹ _ محمد حسين منصور، أحكام البيع التقليدية والإلكترونية والدولية وحماية المستهلك، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية مصر، سنة 2006، ص 45.

الفصل الثاني

عقود الوعود في مجال التجارة الدولية

تخضع عقود التجارة الدولية لقواعد القانون الدولي وبالأخص لقواعد التجارة الدولية حيث تتطوي هذه العقود تنطوي على الكثير من التعقيدات الفنية والقانونية مما أدى إلى ظهور أنواع جديدة من العقود الدولية في مجال التجارة الدولية التي في الغالب تمر بمرحلة المفاوضات وأحياناً ينتهي الأمر بالوعد بالتعاقد سواء بصورته التقليدية أو الحديثة، ولعقد الوعد بالتعاقد صور متعددة فقد يكون وعداً بالبيع كما قد يكون وعداً بالفضيل، وسواء تعلق الأمر بهذا أو ذاك فإنه يتوجب توافر شروط معينة في عقد الوعد وإن كانت هذه الشروط قد تختلف في ما إذا كان الوعد وعداً بالبيع أو وعداً بالفضيل، ومن بين هذه الشروط نجد الشروط المالية والتنظيمية، وكذا الشروط المتعلقة بجودة السلع الموعود ببيعها أو تلك السلع التي تكون محلاً للفضيل.

ولصياغة عقد الوعد أهمية بالغة خاصة فيما يتعلق بالإثبات، حيث تطرقت لجنة القانون التجاري الدولي التابعة للأمم المتحدة إلى وضع نموذج خاص يتعلق بصياغة عقود التجارة الدولية، ولكن قد تطرأ ظروف يتعذر معها إبرام العقد الموعود به نتيجة تغيرات والتي قد تكون سياسية أو اقتصادية أو تقنية أو فنية أو حتى صحية كفيروس كورونا المستجد¹، إذ أن الواقع التعاقدى لعقود التجارة الدولية قد أفرز بعض الشروط والتي بمقتضاها يتم مواجهة تلك التغيرات، وعليه سنقسم هذا الفصل إلى مبحثين، سنتطرق في المبحث الأول إلى ماهية عقد الوعد بالتعاقد في مجال التجارة الدولية، أما المبحث الثاني سنبين فيه صور عقد الوعد بالتعاقد.

¹ _ جائحة كورونا، هي جائحة عالمية سببها فيروس كورونا المرتبط بالمتلازمة التنفسية الحادة الشديدة، تفشى المرض للمرة الأولى في مدينة ووهان الصينية في أوائل شهر ديسمبر عام 2019، حيث أعلنت منظمة الصحة العالمية رسمياً في 30 يناير أن تفشي الفيروس يُشكل حالة طوارئ صحية عامة تبعث على القلق الدولي.

المبحث الأول

ماهية الوعد بالتعاقد

الوعد بالتعاقد هو عقد كسائر العقود يعد خطوة لإبرام العقد النهائي، فما يشترط في العقد الموعود بإبرامه يشترط أيضا في عقد الوعد حتى لو تعلق الأمر باتخاذ شكلية معينة فإذا كان العقد الموعود بإبرامه يتطلب الرسمية فيجب توافرها أيضا في عقد الوعد، هذا وللوعد بالتعاقد الإلكتروني خصوصيته ذلك أنه يتم إبرامه عبر وسائل إلكترونية خاصة إذا تعلق الأمر بعقود التجارة الدولية، فقد نصت غالبية التشريعات المقارنة على الوعد بالتعاقد فالبعض ينص على الوعد بالتعاقد في باب النظرية العامة للالتزامات، والبعض الآخر ينص عليه في باب عقد البيع¹، وعلى ذلك فالوعد يتميز عن بعض الأوضاع القانونية المشابهة له لاسيما العربون والمفوضات والتعهد عن الغير وغيرها من الأوضاع.

ويترتب على عقد الوعد التزامات تقع على عاتق أطراف العقد التجاري الدولي سواء كان الوعد ملزما لجانبين أو ملزما لجانب واحد، ففي حالة الإخلال بتلك الالتزامات تكون أمام جزاءا يتمثل في إما التنفيذ العيني أو الفسخ أو التعويض وذلك حسب الأحوال، وعليه سنقسم هذا المبحث إلى مطلبين، سنطرق في المطلب الأول إلى مفهوم عقد الوعد بالتعاقد أما المطلب الثاني سنبين فيه الآثار المترتبة على عقد الوعد في مجال التجارة الدولية

المطلب الأول

مفهوم الوعد بالتعاقد

اختلف الفقه حول إعطاء تعريفا دقيقا لعقد الوعد خاصة في مجال التجارة الدولية، هذا ولا ينعقد عقد الوعد إلا بتوافر شروطه الأساسية من رضا ومحل وسبب، وبعض الشروط الخاصة كالمدة والشكل المطلوب، غير أن عقد الوعد بصورته التقليدية يختلف عن الوعد الذي يتم إبرامه عبر وسائل إلكترونية، وعليه سيتم تقسيم هذا المطلب إلى فرعين، سنحدد في الفرع الأول معنى الوعد بالتعاقد في مجال التجارة الدولية، أما الفرع الثاني سنبين فيه شروط تكوين عقد الوعد سواء بصورته التقليدية أو الوعد الذي يتم عبر وسائل إلكترونية.

¹ _ المادة 78 من القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951.

الفرع الأول

تحديد معنى الوعد بالتعاقد

اختلف الفقه حول إعطاء تعريفا لعقد الوعد واختلف أيضا حول طبيعته القانونية فتحدد معنى الوعد بالتعاقد يقتضي بالضرورة تعريفه (أولا) وتمييزه عن الأوضاع المشابهة له (ثانيا) وتحديد طبيعته (ثالثا).

أولا: تعريف الوعد بالتعاقد

الوعد بالتعاقد هو عقد تمهيدي يلتزم بمقتضاه أحد الطرفين أو كلاهما نحو الآخر بإبرام العقد الموعود به في المستقبل، وذلك متى أظهر الموعود له رغبته في التعاقد خلال المدة المتفق عليها، أو انه اتفاق يلتزم بمقتضاه الشخص الواعد بقبول إبرام العقد الموعود به مع الموعود له متى أظهر هذا الأخير رغبته في التعاقد مع الواعد خلال المدة المتفق عليها¹.

ولقد نصت غالبية التشريعات المقارنة على الوعد بالتعاقد، فالبعض ينص على الوعد بالتعاقد في باب النظرية العامة للالتزامات والبعض الآخر ينص عليه في باب عقد البيع² فالمشرع المصري قد نص على حكم الوعد بالتعاقد على أنه "الاتفاق الذي يعد بموجبه كلا المتعاقدين أو أحدهما بإبرام عقد معين في المستقبل لا ينعقد إلا إذا عينت جميع المسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه والمدة التي يجب إبرامه فيها³."

أما القانون المدني الكويتي فقد نص على أنه "إذا وعد شخص بإبرام عقد معين قام هذا العقد إذا ارتضاه من صدر لصالحه الوعد واتصل رضائه بعلم الواعد خلال المدة المحددة

¹ _ مروان عزيذ حمد، الوعد بالتعاقد و تطبيقاته في القانون المدني العراقي، دراسة مقارنة، المجلد 05، العدد 04 مجلة أفاق للعلوم، تونس، سنة 2020، ص 47.

² _ المادة 78 من القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951.

³ _ المادة 101 الفقرة 01 من القانون المدني المصري رقم 131 لسنة 1948.

الباب الثاني: الإتفاقات التمهيديّة ذات الطّبيعة العقديّة

لبقاء الوعد¹، ونصّ المشرع الأردني على حكم الوعد بالتعاقد على أن "صيغة الاستقبال التي تكون عقد الوعد، فالوعد المجرد ينعقد به العقد وعدا ملزما إذا انصرف إليه قصد العاقدين"². وعليه يتبين أن التشريعات المقارنة قد جاءت بقاعدة عامة تحكم الوعد بالتعاقد تسري على جميع أنواعه سواء كان وعدا بالبيع أو بالإيجار أو بالرهن أو النقل³ لاسيما إذا تعلق الأمر بعقود التجارة الدولية كنقل التكنولوجيا وغير ذلك من العقود. غالبية الفقه قد عرفوا الوعد بالتعاقد بأنه عقد يلتزم بموجبه أحد الطرفين أو كل منهما بإبرام عقد في المستقبل حينما يفصح الموعود له عن رغبته خلال المدة المحددة اتفاقا فهو عقد يتم بتوافق الإرادتين، إرادة الواعد وإرادة الموعود له بغية إبرام العقد الموعود به في المستقبل، ومن ثم فإن الوعد بالتعاقد هو عقد تمهيدي يمهّد لإبرام العقد المستقبلي،⁴ حيث يتصور أن يعد أحد أطراف العقد التجاري الدولي الطرف الآخر بإبرام عقدا في المستقبل. وفريق آخر من الفقه يرون أن الوعد بالتعاقد هو إتفاق بمقتضاه يعد أحد طرفيه أن يبرم لصالح الطرف الآخر عقدا معينا، فهذا الإتفاق لا ينعقد إلا إذا عينت فيه جميع المسائل الجوهرية للعقد الموعود به، وكذا المدة التي يجب أن يبرم فيها العقد الموعود به مع مراعاة الشكلية⁵ الواجبة في العقد المستقبلي⁶، وفريق ثالث من الفقه عرفوا الوعد بالتعاقد على أنه عقد يقوم على انصراف الإرادة المشتركة إلى إبرام العقد المراد إبرامه في المستقبل فيشترط

¹ _ المادة 73 من القانون المدني الكويتي رقم 67 لسنة 1980.

² _ المادة 92 من القانون المدني الأردني رقم 43 لسنة 1976.

³ _ حسن على الذنون، شرح القانون المدني العراقي، العقود المسماة، عقد البيع، الجزء الثالث، مطبعة الرابطة، بغداد سنة 1953، ص 32.

⁴ _ إسماعيل غانم، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، مكتبة عبد الله وهيبية، مصر، سنة 1960، ص 137

⁵ _ الشكلية المطلوبة في العقد الموعود به هي أيضا مطلوبة في عقد الوعد، فإذا كان مثلا أن العقد الموعود به هو بيع عقار فإن الرسمية كما هي مطلوبة في هذا البيع هي أيضا مطلوبة في عقد الوعد، و طالما نحن في مجال التجارة الدولية فإنه يتعين اللجوء إلى قواعد الإسناد المنصوص عليها في القانون المدني الجزائري.

⁶ _ مصطفى الزرقاء، محاضرات منشورة في القانون المدني السوري، قسم الدراسات القانونية، معهد الدراسات الإسلامية العالمية، سنة 1954، ص 58.

تطابق الإيجاب مع القبول على العقد المراد إبرامه مستقبلاً سواء كان هذا الأخير بيعاً أو رهناً أو إيجاراً أو أي تصرف قانوني آخر¹.

ثانياً: تمييز الوعد عما يشابهه من أوضاع

الهدف من تمييز الوعد عن باقي التصرفات القانونية المشابهة هو معرفة خصوصية هذا الوعد، وحتى لا يلتبس ببعض التصرفات القانونية كالتصرف بوجه عام والعقد والالتزام وكذا الإيجاب الملزم والمفاوضات والعربون والتعهد عن الغير.

01_ الوعد والتصرف:

التصرف بمعناه القانوني هو إتجاه الإرادة إلى إحداث أثر قانوني كإتجاه الإرادة إلى البيع أو الإيجار، إذ نشير في هذا الصدد أن معنى التصرف في الفقه الإسلامي أشمل بحيث أنه يشمل كل ما يصدر عن الشخص من تصرفات قولية وفعلية في حين التصرف في القانون نجده يقتصر على ما يصدر عن الشخص من تصرفات قولية، إلا أن القانون نجده يتفق مع الفقه الإسلامي في أن التصرف يختلف عن الوعد ذلك أن الوعد في القانون عقد تمهيدي للعقد المراد إبرامه مستقبلاً في حين التصرف هو إتجاه الإرادة على إحداث أثر قانوني في الحال بمجرد صدور التصرف².

02_ الوعد والعقد:

العقد بمعناه القانوني هو إتفاق ما بين شخصين أو أكثر على إنشاء رابطة قانونية أو تعديلها أو إنهائها، ومنه يتعين أن تتجه الإرادتان إلى إحداث أثر قانوني كإنشاء التزام لاسيما إذا تعلق الأمر بإضافة أجل جديد للالتزام أو زواله كالوفاء³، وعليه فالعقد يرتب آثاراً

¹ _ صلاح الدين عبد اللطيف الناهي، الوجيز الوافي في القوانين المرثية في الجمهورية العراقية والمملكة الأردنية الهاشمية و الكويت، دراسة تحليلية إنتقادية تاريخية موازنة بفقه الإسلامي و اهم القوانين المدنية والوضعية العربية والغربي مصادر الحقوق الشخصية، دار النشر للجامعات المصرية، مطبعة جرينبرج، القاهرة، مصر، 1951، ص 106.

² _ محمود جمال الدين زكي، الوجيز في النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني المصري، مصادر الالتزام، مطبعة جامعة القاهرة، مصر، سنة 1978، ص 15.

³ _ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، المرجع السابق، ص 137.

قانونية فوراً بخلاف الوعد بالتعاقد بحيث نجد آثار العقد المراد إبرامه لا تترتب إلا في حالة حلول الميعاد أو ظهور الرغبة¹.

03_ الوعد والالتزام:

الالتزام بمعناه القانوني هو رابطة قانونية بمقتضاها يقوم المدين بالقيام بأداء مالي معين لمصلحة الدائن، بحيث يستوي أن يكون هذا الأداء إعطاء شيء كالتزام المشتري بدفع الثمن أو القيام بعمل كالتزام المؤجر بتمكين المستأجر من الانتفاع بالعين المؤجرة أو الالتزام بالامتناع عن العمل كالتزام بائع المحل التجاري بعدم فتح محل آخر من نفس النوع في المنطقة التي يوجد بها المحل الأول²، وعليه فالالتزام يختلف عن الوعد بالتعاقد ذلك أن الالتزام الذي يتطلب القيام بالأداء بخلاف الوعد بالتعاقد الذي لا يترتب أثره في الحال.

04_ الوعد والإيجاب الملزم:

الإيجاب بمعناه القانوني هو العرض الصادر من شخص يعبر به على وجه حازم عن إرادته في إبرام عقدا معين، بحيث إذا ما إقترن به قبول مطابق له إنعقد العقد، إذ يلزم العرض أن يتضمن جميع العناصر الجوهرية الأساسية للعقد، ولا ينتج الإيجاب أثره إلى عند وصوله إلى من وجه إليه، ولا يجوز العدول عنه إذا إقترن بميعاد صريح أو ضمني، فالميعاد الصريح كأن ينص الإيجاب على مدة شهر أما الضمني فإنه يستخلص من الظروف أو من طبيعة المعاملة³.

فالإيجاب الملزم يختلف عن الوعد بالتعاقد، فهذا الأخير عقدا أما الإيجاب طالما أنه لم يتصل به قبول مطابقا فلا يعدا عقدا، وإن كانت صفة اللزوم فيه جعلت النتائج بين كل منهما متقاربة، فالإيجاب الملزم لا يصح العدول عنه فإذا ما اقترن به قبولا إنعقد العقد كذلك الوعد بالتعاقد ملزم لصاحبه إذا ما أبدى الوعود له رغبته انعقد العقد المراد إبرامه بالوعد

¹ _ المرجع نفسه، ص 138.

² _ إسماعيل غانم، المرجع السابق، ص 31.

³ _ المرجع نفسه، ص 04.

الباب الثاني: الإتفاقات التمهيدية ذات الطبيعة العقدية

فالإيجاب يكون ملزماً إذا قام الموجب بتحديد مدة لإيجابه، والتي تلزم الموجب له إما بالقبول أو الرفض خلال تلك المدة، فلا يجوز للموجب أن يعدل عن إيجابه خلال تلك المدة، غير أن إيجابه ينقضي إما برفض من وجه إليه أو بانتهاء مدته¹.

يتشابه الوعد بالتعاقد والإيجاب الملزم في أن العقد الذي صدر الإيجاب لانعقاده لا يتم إلا إذا صادف هذا الإيجاب قبولا من قبل من وجه إليه هذا الإيجاب، وكذلك الوعد بالتعاقد فإن العقد الموعود به لا ينعقد إلا إذا صادف الوعد رغبة في التعاقد من قبل الموعود له كما أن المدة لها بالغ الأهمية في النظامين، فالموجب يبقى ملزماً بإيجابه والواعد بوعده وفي حالة الإخلال يسقط الإيجاب أو الوعد حسب الأحوال²، وفضلا عن ذلك فإن كل من الوعد والإيجاب الملزم لا يقع إعلان الإرادة فيهما بأثر رجعي بحيث ينتجان أثرهما من حين صدور الوعد أو الإيجاب حسب الأحوال، ويتفقان أيضا في أن كل منهما يترتب عليه حقا شخصا في إبرام العقد، وبالنتيجة فلا يترتب عليها نقل الحق العيني³.

غير أنهما يختلفان في موت أحد الأطراف، فإذا مات الواعد أو فقد أهليته فإنه لا يسقط الوعد بحيث ينتقل الحق إلى الورثة، أما بالنسبة للإيجاب الملزم فإنه يسقط في حالة وفاة أو فقد أهلية الموجب، وبالنتيجة لا ينتقل الحق إلى الخلف⁴، كما يختلف الإيجاب الملزم عن الوعد بالتعاقد في أن الإيجاب الملزم هو مجرد تصرف إنفرادي صادر من جانب واحد بينما الوعد بالتعاقد فهو عقد كامل يتم باقتران الإيجاب مع القبول، وعليه فمصدر الإيجاب الملزم هو الإرادة المنفردة⁵، أما مصدر الوعد بالتعاقد فهو العقد.

¹ _ مالك دوهان الحسن، شرح القانون المدني، النظرية العامة في الالتزام، ج1، في مصادر الالتزام، دار الطبع والنشر الأهلية، بغداد، 1971، ص 132.

² _ عبد المجيد الحكيم، الكافي في شرح القانون المدني الأردني والقانون المدني العراقي والقانون المدني اليمني في الالتزامات والحقوق الشخصية، الجزء الأول في مصادر الالتزام، المجلد الأول: في العقد، القسم الأول: التراضي، ط1 الشركة الجديدة للطباعة، عمان، 1993، ص 262.

³ _ المرجع نفسه، ص 263.

⁴ _ أحمد حشمت أبو ستيت، نظرية الالتزام في القانون المدني الجديد، الكتاب الأول، مصادر الالتزام، ط2، مطبعة مصر، 1954، ص 100.

⁵ _ عبد الفتاح عبد الباقي، موسوعة القانون المدني المصري، نظرية العقد والإرادة المنفردة دراسة معمقة ومقارنة بالفقه الإسلامي، مطبعة نهضة مصر، 1984، ص 132.

الباب الثاني: الإتفاقات التمهيدية ذات الطبيعة العقدية

وفضلا عن ذلك فإن النظامين يختلفان من حيث المسؤولية المترتبة، فإذا أخل الواعد بوعده فإنه يترتب عليه المسؤولية العقدية، ذلك أن الوعد تم بالاتفاق الطرفين، أما إذا أخل الموجب وعدل عن إيجابه قبل إنتهاء المدة فإن المسؤولية المترتبة في هذا الشأن هي المسؤولية التقصيرية، ذلك أن الإخلال لم ينصب على التزام مصدر الإتفاق بل الالتزام قد إنصب على مصدره المتمثل في الإرادة المنفردة¹، هذا ويختلفان النظامين في الشكل الواجب توافره فبالنسبة للوعد بالتعاقد فإن الشكل المطلوب في العقد الموعود به هو أيضا مطلوب في عقد الوعد، فإذا كان العقد الموعود به يستلزم الرسمية فإن كذلك عقد الوعد يجب إفرغه في قالب رسمي، أما الإيجاب قد يكون ملزما حتى ولو لم ينصب في الشكل المطلوب².

05_ الوعد بالتعاقد والعربون:

العربون هو مبلغ من المال إما أن يكون نقدا و إما ان يكون منقولا من نوع آخر يدفعه أحد المتعاقدين للآخر وقت التعاقد³، إذ يعتبر دفع العربون دليلا على العقد ما لم يتفق الطرفان على غير ذلك⁴، حيث يكون الغرض من دفع العربون إما حفظ الحق لكل منهما في العدول عن العقد بأن يدفع من يريد العدول قدر هذا العربون للطرف الآخر⁵. كما قد يكون الغرض من دفع العربون هو التأكيد على العقد والبت فيه، بمعنى أن العقد أصبح باتا ولا يجوز الرجوع فيه، حيث نجد بعض التشريعات كالقانون الفرنسي والإيطالي والأردني والمصري يرون أن الغرض من دفع العربون هو الحق في العدول، في حين نجد بعض القوانين كالقانون الألماني والسويسري والعراقي أن الغرض من دفع العربون

¹ _ كمال ثروت الوندائي، شرح أحكام عقد البيع، دراسة مقارنة مع مجموعة التشريعات العربية والأجنبية، ط1، مطبعة دار السلام، بغداد، 1973، ص 28.

² _ سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، -2- في الالتزامات، المجلد الأول، نظرية العقد والإرادة المنفردة ط4، 1987، ص 160.

³ _ أنور سلطان، مصادر الالتزام في القانون المدني الأردني، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، المكتبة القانونية، الجامعة الأردنية، بلا سنة طبع، ص 65.

⁴ _ المادة 92 الفقرة 01 من القانون المدني العراقي.

⁵ _ المادة 92 الفقرة 02 من القانون المدني العراقي.

الباب الثاني: الإتفاقات التمهيدية ذات الطبيعة العقدية

هو التأكيد على العقد والبت فيه¹، فدفح أحد الأطراف للأخر مبلغ العربون هو التأكيد على العقد ومن ثم يعد بمثابة بدء التنفيذ في العقد، وبالنتيجة فإنه ليس لأي من الطرفين الحق في العدول تحت طائلة قيام المسؤولية العقدية بحيث يجوز طلب التنفيذ العيني أو التعويض أو الفسخ حسب الأحوال².

وعليه يتضح أن كل من العربون والوعد بالتعاقد يتشبهان في أن كلاهما يعتبر من قبل التصرفات التمهيدية تؤدي على وجه محقق أو غير محقق إلى المرحلة النهائية³، كما أنه في حالة العدول على النظامين يترتب عليه قيام المسؤولية العقدية في حق من أخل بالإلتزامه ذلك أن الوعد بالتعاقد عقدا كاملا فاللتزام الواعد كان نتيجة لارتباط الإيجاب بالقبول لينشأ من هذا الارتباط عقد هو عقد الوعد⁴.

غير أن كل من الوعد بالتعاقد والعربون نجدهما يختلفان من حيث الغرض، فالغرض من الوعد بالتعاقد هو إبرام العقد المستقبلي في حالة ظهور الرغبة أو حلول الميعاد حسب الأحوال، أما الغرض من دفع العربون هو إما تأكيد العقد أو حق العدول عن العقد، كما أنهما يختلفان من حيث الطبيعة، فغالبية الفقه يرون أن العقد المقترن بالعربون أنه عقد معلق على شرط واقف، بينما الوعد بالتعاقد فلا يمكن إعتبره عقدا معلقا على شرط واقف بل هو عقدا كاملا⁵.

06_ الوعد بالتعاقد والمفاوضات:

يعد كل من الوعد بالتعاقد والمفاوضات مرحلة تمهيدية للتعاقد لاسيما إذا تعلق الأمر بالتجارة الدولية، بمعنى أن كلاهما يسبقان العقد النهائي المراد إبرامه في المستقبل، كما أنهما لا ينتهيان بمجرد صدور الإيجاب ذلك أن المفاوضات لا تنتهي بصدور الإيجاب ولكنها

¹ _ إسماعيل غانم، المرجع السابق ص 147.

² _ رمضان محمد أبو السعود، مبادئ الإلتزام في القانون المصري واللبناني، الدار الجامعية، 1984، ص 108.

³ _ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، المرجع السابق، ص 207.

⁴ _ أنور سلطان، المرجع السابق، ص 61.

⁵ _ غني حسون طه، الوجيز في العقود المسماة، عقد البيع، ج1، مطبعة المعارف، بغداد، العراق، سنة 1970 ص155. ص155.

تنتهي بإبرام العقد أو العدول عنه، كما أن الوعد بالتعاقد لا ينتهي بصدور الإيجاب بل ينتهي بإبرام العقد الأصلي الذي أبرم عقد الوعد تمهيدا لإبرامه.

غير أنهما يختلفان من حيث الهدف، فالهدف الأساسي من المفاوضات هو تقريب وجهات نظر الأطراف المتفاوضة، بينما الهدف من الوعد بالتعاقد هو تأخير إبرام العقد الأصلي نظرا لعدم تمكن الموعد له من تجهيز الثمن حالا، هذا وتقوم المفاوضات على عنصر الاحتمالي بمعنى الأطراف المتفاوضة قد تكون غير متأكدة من إستمرار المفاوضات بحيث يجوز العدول عنها، بينما الوعد بالتعاقد فلا يجوز الرجوع عنه ذلك أنه عقد تم بتطابق الإرادتين¹.

07_ الوعد بالتعاقد والتعهد عن الغير :

التعهد عن الغير هو تعهد الشخص باسمه وليس نيابة عن غيره إتجاه شخص آخر وذلك بأن يجعل شخصا ثالثا يقبل القيام بعمل أو الإمتناع عن عمل وإلا عوضه عن ذلك² فالتعهد عن الغير والوعد بالتعاقد يتشبهان من حيث أن كلاهما يشكل عقداً، ففي الوعد بالتعاقد يعد أحد المتعاقدين الآخر بإبرام عقداً في المستقبل.

بحيث في هذه الحالة يوجد عقداً الأول هو عقد الوعد والثاني هو العقد المستقبلي المراد إبرامه في المستقبل، كما أن التعهد عن الغير هو الآخر يحتوي على عقداً الأول هو عقد التعهد عن الغير والذي يتم إبرامه بين المتعهد والمتعهد له والثاني والذي يتم إبرامه بين المتعهد له والغير الذي تعهد المتعهد بالزامه³.

غير أن النظامين يختلفان من حيث الأطراف المتعاقدة، فلوعد بالتعاقد له طرفين فقط وهما الواعد والموعد له، أما التعهد عن الغير فهو يتشكل من ثلاثة أطراف وهم المتعهد والمتعهد له والغير وهو الشخص الذي تعهد المتعهد بالزامه بالعقد، كما أنهما يختلفان في

¹ _ جعفر الفضلي، الوجيز في العقود المدنية، (البيع، الإيجار، المقاولة)، دراسة في ضوء التطور القانوني ومعززة بالقرارات القضائية، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، جامعة الموصل، بلا طبعة وسنة طبع، ص 43.

² _ عصمت عبد المجيد بكر، مصادر الالتزام في القانون المدني، دراسة مقارنة، المكتبة القانونية، بغداد، سنة 2007 ص 186.

³ _ آمنة عبد الكريم علي أحمد، الوعد بالتعاقد وتطبيقه في القانون المدني، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، كلية الحقوق تخصص القانون الخاص، جامعة النهرين، العراق، سنة 2008، ص 59 .

الباب الثاني: الإتفاقات التمهيدية ذات الطبيعة العقدية

مدى إلزامية العقد ذلك أن الوعد بالتعاقد قد يكون ملزماً لجانبين كما قد يكون ملزماً لجانب واحد بينما التعهد عن الغير فإنه يعتبر عقداً ملزماً لجانب واحد هو جانب المتعهد¹، وفضلاً عن ذلك فإن كلا من النظامين يختلفان من حيث ترتيب المسؤولية، ففي حالة الإخلال بالوعد فإنه يتم ترتيب المسؤولية العقدية، أما في التعهد عن الغير إذا رفض الغير للتعهد فإنه لا يجعله مسؤولاً ذلك أن التعهد لم يرتب في ذمته التزاماً².

ثالثاً: الطبيعة القانونية للوعد بالتعاقد

اختلف الفقه حول الطبيعة القانونية للوعد بالتعاقد، فمنهم من يرون أن الوعد بالتعاقد هو إيجاباً لإبرام العقد الأصلي، ومنهم من يرون أن الوعد بالتعاقد هو عقداً ابتدائياً، وفريق ثالث يرون أنه عقداً معلقاً على شرط.

01_ الوعد بالتعاقد إيجاباً لإبرام العقد الأصلي:

بعض الفقه يرون أن الوعد بالتعاقد يعد إيجاباً من الواعد بغية إبرام عقداً مستقبلياً فلا بد أن يتضمن هذا الإيجاب العناصر اللازمة لاسيما تعيين المسائل الجوهرية والمدة التي يجب فيها إبرام العقد الوعود به والأهلية اللازمة لإبرام العقد الوعود به، وكذا سلامة الرضا من العيوب والشكل الذي يستلزمه القانون في العقد الموعود به.

وفي هذا الصدد نشير أنه طالما أننا نتحدث عن عقود التجارة الدولية فإن الأمر يقتضي بالنسبة لعناصر تلك الإيجاب مراعاة قواعد الإسناد الدولية، ولكن الوعد بالتعاقد ليس إيجاباً بل عقداً، إلا أنه يختلف في مضمونه عن العقد الموعود به فمثلاً عقد الوعد بالبيع لا ينتج أثره في نقل ملكية الشيء الوعود به إلى عند حلول الميعاد أو ظهور الرغبة حسب الأحوال، أما عقد البيع ينتج أثره في نقل الملكية³.

¹ _ رمضان محمد أبو السعود و همام محمد محمود زهران، مبادئ القانون، المدخل للقانون والالتزامات، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، سنة 1998، ص 498.

² _ رمضان محمد أبو السعود و همام محمد محمود زهران، المرجع السابق، ص 500.

³ _ محمد كامل مرسي، شرح القانون المدني الجديد، الالتزامات، المطبعة العالمية، مصر، سنة 1954، ص 134.

الباب الثاني: الإتفاقات التمهيديّة ذات الطّبيعة العقديّة

والإيجاب هو تعبير عن الإرادة لا ينتج أثره إلى إذا وصل إلى علم الموجب له ويشترط أن يشتمل على العناصر الجوهرية للعقد المراد إبرامه، كما يشترط فيه أن يكون باتاً وغير معلق على شرط¹، وبالتالي يتبين أن الإيجاب يعد تعبيراً عن الإرادة أما الوعد بالتعاقد فهو عقد يتم باقتران الإيجاب مع القبول مضمونه إنشاء عقد في المستقبل سواء عند حلول الميعاد أو ظهور الرغبة حسب الإتفاق².

02 _ الوعد بالتعاقد عقد ابتدائي:

بعض الفقه يرون أن الوعد بالتعاقد الملزم لجانبين بوجه عام هو عقد ابتدائي³ يترتب عليه آثار العقد النهائي ففي بيع العقار مثلاً يترتب على العقد الابتدائي جميع آثار العقد النهائي ما عدا ما يتعلق بانتقال الملكية التي لا تنتقل بمجرد العقد الابتدائي بل لابد من استقواء الإجراءات الأخرى كالشهر⁴، فالعقد الابتدائي يعتبر تمهيداً عندما يشرع الأطراف في إعداد العقد النهائي، ذلك أنه في حالة الاختلاف واللجوء إلى القضاء فإن العقد الابتدائي يفقد صفته التمهيديّة حينئذ يصبح عقداً باتاً ونهائياً، حيث يتقيد به القاضي ويلزم به الأطراف ويقوم الحكم بصحة العقد الابتدائي ونفاذه مقام العقد النهائي⁵.

03 _ الوعد بالتعاقد عقداً معلقاً على شرط:

يعد الشرط وصفاً من أوصاف الإلتزام، فهو أمر مستقبلي غير محقق الوقوع يعلق عليه نشوء الإلتزام أو زواله⁶، حيث ينتج عن عدم التأكد من وقوع الشرط في حالة تعليق الإلتزام

¹ _ ياسين محمد الجبوري، المبسوط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، مصادر الحقوق الشخصية، المجلد الأول نظرية العقد، القسم الأول، انعقاد العقد، دار وائل للنشر و التوزيع، عمان، الأردن، سنة 2002، ص 199.

² _ شمس الدين الوكيل، مبادئ القانون، دراسات في القاعدة القانونية و الحق و أصول المعاملات المالية لطالب كلية التجارة والمشتغلين بالشؤون التجارية، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، سنة 1968، ص 453.

³ _ أحمد حشمت أبو ستيت، المرجع السابق، ص 98.

⁴ _ سعيد أحمد شعلة، قضاء النقص المدني في عقد البيع، مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة النقص في عقد البيع خلال ثمانية وخمسين عاماً، توزيع منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، بدون سنة طبع، ص 72.

⁵ _ المادة 71 من القانون المدني الكويتي وكذا المادة 102 من القانون المدني المصري.

⁶ _ عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني العراقي، الجزء الثاني في أحكام الإلتزام مع المقاربة بالفقه الإسلامي، الطبعة الثالثة، شركة الطبع و النشر الأهلية، بغداد، العراق، سنة 1967، ص 124

عليه آثارا تتفق مع طبيعته، فالشرط إما أن يكون شرطا واقفا وإما أن يكون فاسخا¹، فغالبية الفقه يرون أن الوعد بالتعاقد هو عقد معلق على شرط، فالوعد بالبيع هو أحد تطبيقات الوعد بالتعاقد، بحيث أنه عقد معلق على شرط واقف يتمثل في استعمال الموعد له حقه في الشراء، حيث يترتب على ذلك سريان قبول الموعد له بأثر رجعي إلى وقت إبرام الوعد، في حين أن الوعد لا يترتب عليه أي أثر قبل تحقق الشرط².

الفرع الثاني

شروط تكوين عقد الوعد

بما أنه يشترط في عقد الوعد ما يشترط في العقد الموعد به، فإنه لا بد من شروط موضوعية لإبرامه والمتمثلة في الرضاء والمحل والسبب، فضلا عن ذلك لا بد من توافر شكلية معينة، غير أن هذه الشروط قد تختلف في ما إذا كان الوعد بالتعاقد بصورته التقليدية أو بصورته الحديثة أي الوعد بالتعاقد الإلكتروني، وذلك راجع لطبيعة هذا الأخير الذي يتم عبر وسائل إلكترونية مما قد يثير جدل كبير فيما يتعلق بأهلية المتعاقد، وعليه سنبين من خلال هذا الفرع شروط تكوين عقد الوعد بصورته التقليدية (أولا)، ثم سنبين شروط تكوين عقد الوعد الإلكتروني (ثانيا).

أولا: شروط تكوين عقد الوعد بصورته التقليدية

على غرار جميع العقود فإن عقد الوعد لا ينعقد إلا بتوافر أركان العقد الأساسية من رضا ومحل وسبب، هذا ولا بد من توافر ركنين آخران في عقد الوعد وهما المدة والشكل المطلوب، وعليه سنبين من خلال هذه الجزئية الأركان العامة لعقد الوعد وكذا الأركان الخاصة لهذا العقد.

¹ _ شمس الدين الوكيل، المرجع السابق، ص 453

² _ مروان عزيد عزت حمد، الوعد بالتعاقد وتطبيقاته في القانون المدني العراقي، دراسة مقارنة، المجلد 05، العدد 04 مجلة أفق للعلوم، تونس، سنة 2020، ص 53.

01_ الأركان العامة لعقد الوعد:

عقد الوعد مثله مثل باقي العقود لا ينعقد إلا بتوافر الأركان العامة للعقد من تراضي ومحل وسبب، إذ أن لكل ركن من هذه الأركان قواعده وأحكامه والتي سيتم تبيانها في الآتي:

أ_ التراضي:

المقصود بالتراضي هو إتجاه الإرادة لإحداث أثر قانوني معين¹، بحيث يتعين أن تكون الإرادة موجودة وصحيحة لدى المتعاقدين، لذلك لا بد أن تكون الإرادة خالية من العيوب كالغلط والتدليس والاستغلال والإكراه، هذا ويجب أن تكون الإرادة صادرة عن ذي أهلية² فهذه الأخيرة في عقد الوعد تختلف باختلاف نوع الوعد، فإذا كان الوعد ملزماً لجانب واحد فإن الأهلية الواجب توافرها بالنسبة للواعد هي أهلية العقد الوعود به، كما يجب أن تكون هذه الأهلية موجودة وقت الوعد لا وقت إنعقاد العقد الموعود به³.

بعض الفقه يرون أن التفريق بين أهلية الواعد والموعود له تقضي بالضرورة النظر في ما إذا كان الوعد ملزماً لجانب واحد أو ملزماً لجانبين، فإذا كان الوعد ملزماً لجانب واحد فيتعين أن تتوافر في الواعد أهلية العقد النهائي أي الأهلية الكاملة بينما الموعود له فيكفي أن تتوافر فيه أهلية الاغتناء، أما إذا كان الوعد ملزماً لجانبين فإنه يجب أن تتوافر لدى كل من الواعد والموعود له أهلية مباشرة العقد النهائي وقت الوعد⁴.

وبما أن الوعد بالتعاقد هو عقد فلا يوجد مانع يمنع من أن يكون السكوت وسيلة للتعبير الموعود له عن رغبته بالتعاقد، فسكوت هذا الأخير يحمل على أنه موافقة منه على إبرام العقد الأصلي في المستقبل، ذلك أن كل من الفقه والقضاء يكادان أن يجزمان على

¹ _ سليمان مرقس، المرجع السابق، ص 132.

² _ فالمقصود بالأهلية هو صلاحية الشخص لاكتساب الحقوق وتحمل الإلتزمات، إذ ان الأهلية نوعان أهلية الوجوب وأهلية الأداء.

³ _ سليمان مرقس، المرجع نفسه، ص 101.

⁴ _ احمد محمود سعد، مصادر الالتزام في القانونية المدنيين المصري واليميني، دراسة مقارنة، الكتاب الأول، العقد والإرادة المنفردة، ار النهضة العربية، القاهرة، مصر، سنة 1990، ص 311.

الباب الثاني: الإتفاقات التمهيديّة ذات الطّبيعة العقديّة

صلاحية السكوت كوسيلة للتعبير عن القبول بغض النظر عن نوع العقد المبرم¹، بل أن غالبية التشريعات قد نصت على صلاحية السكوت في أن يكون وسيلة للتعبير عن القبول فالعقد لا يبرم إلا بتوافق الإرادتين أي تطابقهما، فالإرادتين هنا إرادة الإيجاب والقبول فالإيجاب هو العرض الذي يتقدم به شخص معين إلى آخر بالنسبة إلى إبرام عقد ما بغية حصوله على قبوله إياه، وبالتالي قيام هذا العقد المقصود.

حيث يجب أن يشتمل الإيجاب على العناصر الأساسية للعقد المراد إبرامه في المستقبل لاسيما فيما يتعلق بطبيعة العقد ومحلّه والثمن الواجب دفعه للحصول على البضاعة إذا كان العقد بيعاً ومدة العقد إذا كان العقد من العقود الزمنية²، فتحديد العناصر الأساسية للعقد تعد من المسائل الجوهرية في إبرام العقد، فيكفي إعتبار العقد منعقداً منذ لحظة الإتفاق عليها بين الطرفين.

وعليه يصح القول أنه في كل عقد نوعان من المسائل حيث يقتصر النوع الأول على أن المسائل الجوهرية هي تلك المسائل التي يكفي الإتفاق عليها لإتعداد العقد وبخلاف ذلك تبقى مرحلة ما قبل التعاقد هي القائمة، أما النوع الثاني فهي المسائل الثانوية التي لا يشترط الإتفاق عليها لإنعقاد العقد إذ يمكن للأطراف أن يحتفظوا بها للإتفاق عليها في وقت آخر³. غير أنه لا يمكن الجزم بأن الوعد بالتعاقد يستلزم بالضرورة الإتفاق على العناصر الجوهرية للعقد المراد إبرامه في المستقبل، حيث جاء في إحدى قرارات محكمة النقض المصرية على أنه "... إذا كان الطرفان قد أفصحا في البند الرابع من عقد البيع المبرم بينهما الذي اعتبره الحكم المطعون فيه متضمناً وعداً من جانب الحكومة ببيع خمسمائة فدان للمطعون عليه بوجود شروط أخرى إلى جانب الشروط الواردة في العقد لم يعينها الطرفان وإنما ترك لوزارة المالية وضعها عند إبرام بيع هذه الصفقة، وكان حرص الحكومة على الإشارة في العقد على تلك الشروط الجوهرية للبيع التي بدونها لا تقبل إبرامه.

¹ _ آمنة عبد الكريم علي أحمد، الوعد بالتعاقد وتطبيقه في القانون المدني، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، كلية الحقوق تخصص القانون الخاص، جامعة النهدين، العراق، سنة 2008، ص 52.

² _ آمنة عبد الكريم علي أحمد، المرجع السابق، ص 52.

³ _ المرجع نفسه، ص 53.

الباب الثاني: الإتفاقات التمهيدية ذات الطبيعة العقدية

ومن ثم فإن الحكم المطعون فيه إذا إعتبر الاتفاق الوارد في البند الرابع من العقد وعدا بالبيع، وذلك مع خلوه من بيان بعض شروط البيع الجوهرية، وإذا انتهى الحكم إلى إعتبار بيع هذه الصفة قد تم صحيحا بإظهار المطعون عليه رغبته يكون قد أخطأ في القانون وخرج بقضائه عما اتفق عليه المتعاقدان¹، أما القبول فهو التعبير البات الصادر ممن وجه إليه الإيجاب يقبل بموجبه إبرام العقد، حيث يشترط فيه أن تتجه الإرادة إلى إحداث أثر قانوني، وأن يصدر القبول قبل سقوط الإيجاب وأن يتضمن جميع العناصر التي تضمنها الإيجاب².

ب_ المحل:

محل عقد الوعد هو التزام أحد المتعاقدين وهو الواعد بإبرام العقد الأصلي في المستقبل، إذ أن محل العقد هو الالتزامات التي تنتج عن العقد في ذمة كل من المتعاقدين إذا كان الوعد ملزم لجانبين وفي ذمة الواعد إذا كان الوعد ملزما لجانب واحد³. ويشترط في المحل أن يكون موجودا أو ممكنا، فإذا إنصرفت إرادة المتعاقد بشأن شيء موجود إلى إبرام الوعد فإن الوعد بالتعاقد ينعقد بوجود هذا الشيء وينعدم بإنعدام هذا الشيء⁴، إلا أن بعض الفقه يرون أن وجود جزء من محل العقد وقت إبرامه كاف لإنعقاد العقد، ذلك أن هذا الجزء الموجود يجعل العقد غير وارد على معدوم في نفس الوقت⁵، أما شرط الإمكان فإنه يعني ألا يكون المحل مستحيلا فإذا كان محل الإلتزام مستحيلا في ذاته كان العقد باطلا⁶.

كما يشترط في محل الوعد أن يكون معينا أو قابلا للتعين، فعدم تعيينه يحول دون الوصول إلى إنعقاد الوعد، فإذا لم يتم تعيينه بطريق مباشر وجب أن توضع على الأقل

¹ _ الطعن رقم 53 لسنة 49 جلسة 23_01_1964، ص 115، نقلا عن سعيد أحمد شعلة، قضاء النقض المدني في عقد البيع، المرجع السابق، ص 71.

² _ سعيد أحمد شعلة، المرجع السابق، ص 72.

³ _ محمد حسني عباس، العقد والإرادة المنفردة، مكتبة النهضة المصرية، القاهرة، 1959، ص 110.

⁴ _ عبد الحي حجازي، موجز النظرية العامة للإلتزام، مصادر الإلتزام، ج1، المطبعة العالمية، القاهرة، 1955، ص 63

⁵ _ المادة 547 الفرة 01 من القانون المدني العراقي.

⁶ _ المادة 132 من القانون المدني المصري.

الأسس التي يمكن بموجبها تعين هذا المحل فيما بعد بحيث يصبح قابلا للتعين¹، وفضلا عن ذلك فإنه يشترط في محل عقد الوعد أن يكون مشروعاً²، بمعنى ألا يكون محل الإلتزام مخالفا للنظام العام أو الآداب العامة.

جـ_ السبب:

تقضي النظرية التقليدية للسبب أن السبب هو شيء موضوعي، فهي تأخذ بالسبب القصدي وهو الغرض المباشر الذي يرمي الملتزم الوصول إليه من وراء التزامه، ففي العقود الملزمة لجانبين فإن سبب التزام كل من المتعاقدين هو التزام المتعاقد الآخر فسبب التزام البائع مثلا هو الوصول إلى الثمن وسبب التزام المشتري هو الوصول إلى المبيع³. أما النظرية الحديثة فهي تنظر إلى السبب باعتباره شيئا ذاتيا أو شخصيا، إذ أنها تأخذ بالبائع الدافع للتعاقد، وهو شيء متغير يختلف من عقد إلى آخر بل أيضا من شخص إلى آخر⁴ فغالبية التشريعات بل معظمها تأخذ بهذه النظرية، والتي تشترط أن يكون السبب مشروعاً أي غير مخالف للنظام العام والآداب العامة.

02_ الأركان الخاصة لعقد الوعد

فضلا عن الأركان العامة لعقد الوعد، فهناك أركان خاصة لا ينعقد عقد الوعد من دونها، والتمثلة أساسا في المدة والشكلية المطلوبة في عقد الوعد، ذلك أنه ما يشترط في العقد المنشود يشترط أيضا في عقد الوعد.

¹ _ سليمان مرقس، المرجع السابق ، ص 268.

² _ غني حسون طه، المرجع السابق ، ص 228.

³ _ آمنة عبد الكريم علي أحمد، المرجع السابق ، ص 75.

⁴ _ احمد حشمت أبو ستيت، المرجع السابق، ص 211.

أ_ المدة:

تعد المدة ركنا أساسيا في عقد الوعد، وهذا ما أقرته غالبية التشريعات لاسيما القوانين المدنية في الدول العربية، فالعلة من ذلك هي ألا يبقى الواعد تحت رحمة الموعد له فترة طويلة من الزمن ناهيك عن القاعدة التي تقضي بعدم تأييد الالتزامات¹.

وتحديد مدة إبرام العقد النهائي قد يكون صراحة كما قد يكون ضمنيا، فيكون تحديد المدة صراحة إذا أعلن الطرفان في الوعد المزم لجانبين أو الواعد إذا كان الوعد ملزما لجانب واحد بأن إبرام العقد الأصلي الذي أبرم عقد الوعد لأجله يكون خلال فترة معينة² فخلو عقد الوعد من تحديد المدة يحول دون إبرامه، ذلك أن تحديد المدة يعد من المسائل الجوهرية لعقد الوعد³.

أما فيما يتعلق بتحديد المدة ضمنيا فيكون بطريقتين وهما، طريقة البحث الداخلي وطريقة البحث الخارجي، فالأولى تعني إستخلاص نية الطرفين المتعاقدين بالنسبة لتحديد المدة التي يجب من خلالها إبرام العقد الأصلي من عناصر العقد وأركانه⁴، أما الطريقة الثانية فإنه يتم التعرف على المدة التي يبرم بمقتضاها العقد الأصلي عن طريق وقائع خارج نطاق الرابطة التعاقدية كالعرف⁵.

هذا ويحق للقاضي تجديد المدة لاسيما حالة تعذر تحديدها، حيث يتم ذلك عن طريق تفسير عقد الوعد، وهذا ما أيده الفقه إذ أنهم يرون أنه لا يوجد مانع يمنع القاضي من استخلاص المدة عن طريق تفسير العقد واستخلاص وجود شرط ضمني، فإذا لم يتسنى للقاضي تحديدها فإن عقد الوعد يقع باطلا لتخلف أحد أركانه⁶.

¹ _ سعيد أحمد شعلة، المرجع السابق، ص 72.

² _ حسن علي الذنون، دور المدة في العقود المستمرة، مديرية دار الكتب للطباعة والنشر، جامعة الموصل، 1988، ص 69.

³ _ المادة 101 من القانون المدني المصري، وكذا المادة 105 الفقرة 01 من القانون المدني الأردني.

⁴ _ حسن علي الذنون، المرجع نفسه، ص 77.

⁵ _ المرجع نفسه، ص 81.

⁶ _ آمنة عبد الكريم علي أحمد، المرجع السابق، ص 80.

ب _ الشكلية:

تعد الشكلية استثناءا عن مبدأ الرضائية وقيدا أورده المشرع الجزائري على بعض العقود التي يستلزم لإبرامها إتخاذ شكلا معيناً، والشكلية نوعان شكلية فرضها المشرع تكون واجبة في بعض العقود وشكلية إتفاقية تكون بموجب إتفاق بين الأطراف المتعاقدة بغية افرغ العقد في قالب رسمي، وسواء هذا أو ذاك فالشكلية تكون لضمان استقرار المعاملات.

فلقد أقرت غالبية التشريعات ضرورة توافر عنصر الشكل كركن في عقد الوعد¹ لاسيما المشرع الجزائري الذي أوجب أن يتخذ عقد الوعد الشكل الذي يستلزمه العقد النهائي، فإذا كان العقد المراد إبرامه في المستقبل يستوجب الرسمية فإن عقد الوعد يجب إفرغه في قالب رسمي وعليه ما يجب في العقد النهائي يجب أيضا في عقد الوعد.

غير أن الفقه قد إختلف حول مسألة إفرغ عقد الوعد في القالب الشكلي الذي يستلزمه العقد النهائي، ففريق من الفقه يرون أنه من الضروري توافر الشكل في عقد الوعد إذا كان العقد الموعود بإبرامه من العقود التي تستلزم شكلية معينة².

وفريق آخر من الفقه يرون أنه إذا توافر ركن الشكل في عقد الوعد أمكن إنعقاد العقد الأصلي مباشرة دون إفرغ هذا الأخير في شكلية معينة، أما إذا لم يتم مراعاة الشكل في عقد الوعد فإن ذلك ينسحب على العقد الأصلي مباشرة ودون مراعاة الشكل المطلوب، لذلك قد يكون الوعد هنا وسيلة لتحايل على أحكام القانون المتعلقة بالشكلية، بحيث يكفي إتفاق الأطراف على أن يفرغ عقد الوعد في قالب رسمي دون إفرغ الوعد في الشكل اللازم للعقد الأصلي، وبالنتيجة الهروب من الرسمية عن طريق هذا التحايل³.

ثانيا: شروط تكوين عقد الوعد الإلكتروني

يشترط في عقد الوعد ما يشترط في العقد الموعود به، فلا بد من توافر شروط موضوعية في عقد الوعد الإلكتروني وأخرى شكلية، وعليه سيتم من خلال هذه الجزئية

¹ _ عباس الصراف، بيع العقار قبل التسجيل في القانون العراقي، دراسة مقارنة، بحث منشور في مجلة العدالة، العدد الرابع، السنة الثانية، سنة 1976، ص 884.

² _ عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، ص 182.

³ _ رمضان محمد أبو السعود، مبادئ الالتزام في القانون المصري واللبناني، الدار الجامعية، مصر، سنة 1984، ص 103

التطرق إلى الشروط الموضوعية للوعد بالتعاقد الإلكتروني في مجال التجارة الدولية، كما سيتم أيضا التحدث أيضا عن الشروط الشكلية في عقد الوعد الإلكتروني.

01_ الشروط الموضوعية للوعد بالتعاقد الإلكتروني في مجال التجارة الدولية:

يقتضي إبرام عقد الوعد الإلكتروني توافر شروط موضوعية هي الرضاء والمحل والسبب ناهيك عن المفاوضات التي تعتبر الخاصة الأساسية لإبرام عقود التجارة الدولية.

أ_ التراضي في عقد الوعد الإلكتروني:

يقصد بالتراضي تطابق الإيجاب (العرض التجاري الإلكتروني) والقبول الإلكتروني مما يترتب عليه إحداث أثر قانوني، فيجب أن تكون إرادة المتعاقدين غير مشوبة بعيب من عيوب الرضاء كالغلط والإكراه والتدليس والاستغلال، حيث يتم التعبير عن الإرادة عن طريق رسالة المعلومات الإلكترونية، فالعرض التجاري الإلكتروني في الوعد بالتعاقد الإلكتروني يتميز بعدة خصائص، فهو يتم عن بعد كما أنه يتم عبر الوسيط الإلكتروني، إذ أنه إيجاب دولي وإن كان يجوز أن يكون محليا¹، وكما يشترط في الوعد بالتعاقد التقليدي الاتفاق على جميع المسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه، كذلك يشترط في الوعد بالتعاقد الإلكتروني في مجال التجارة الدولية أن يتضمن جميع المسائل الجوهرية التي حددها قانون التجارة الإلكترونية رقم 05_18².

حيث إشترتت المادة 11 من قانون التجارة الإلكترونية أعلاه على المورد الإلكتروني أن يقدم العرض التجاري الإلكتروني بطريقة مرئية ومفهومة وأن يتضمن هذا العرض بعض الشروط الأخرى التي هي مذكورة على سبيل المثال لا الحصر كأن يتضمن العرض الشروط العامة للبيع، وطريقة حساب السعر وإجراءات الدفع، وكذا مدة صلاحية العرض، وشروط العدول وآجاله وغيرها من الشروط، أما القبول الإلكتروني فهو الموافقة على جميع العناصر التي تضمنها العرض التجاري الإلكتروني موافقة تامة، فقد يصدر القبول الإلكتروني عن طريق رسالة إلكترونية متضمنة كافة العناصر اللازمة التي تضمنها الإيجاب، وقد يصدر

¹ _ محمد حسين منصور، المسؤولية الإلكترونية، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، سنة 2006، ص 18.

² _ قانون رقم 05_18 المتعلق بالتجارة الإلكترونية المؤرخ في 24 شعبان عام 1439 الموافق 10 ماي سنة 2018 الجريدة الرسمية العدد 28 المؤرخة في 16 ماي 2018.

الباب الثاني: الإتفاقات التمهيدية ذات الطبيعة العقدية

عن طريق المواقع الإلكترونية، وذلك بواسطة الضغط أو اللمس على الأيقونة المخصصة لإعلان القبول.

أما زمان إبرام الوعد الإلكتروني فإنه إذا تم افتراض أن الوعد بالتعاقد الإلكتروني يقع بين غائبين فإن العقد ينعقد بمجرد علم الموجب بقبول القابل، ومن ثم لا يكفي إرسال الرسالة وإنما على الموجب فتحها وقراءتها، أما إذا تم افتراض أن الوعد بالتعاقد الإلكتروني يقع بين حاضرين، فإنه يجب التمييز بين حالتي، حالة إنعقاده عبر الواب وحالة إنعقاده عبر البريد الإلكتروني، ففي الحالة الأولى ينعقد الوعد بمجرد الموافقة على العقد النموذجي وطباعة كلمة موافق، بينما في الحالة الثانية فعقد الوعد الإلكتروني ينعقد منذ لحظة وصول الرسالة التي تتضمن القبول إلى بريد الموجب¹، بينما مكان إبرام الوعد بالتعاقد الإلكتروني فإنه إذا لم يتفق أطراف العقد على مكان إبرام الوعد بالتعاقد الإلكتروني، فإن العقد يكون قد إنعقد في المكان الذي يقع عليه عمل المرسل، أما إذا تعددت هذه المواقع فإن العقد ينعقد في موقع العمل الأكثر صلة بموضوع العقد أو مقر العمل الرئيسي.

ب_ محل الوعد بالتعاقد الإلكتروني:

محل الوعد بالتعاقد الإلكتروني هو إنشاء التزام معين كالاتفاق بين المورد الإلكتروني والمستهلك الإلكتروني على بيع سلعة معينة أو تقديم خدمة، إذ يشترط في المحل أن يكون معيناً أو قابلاً للتعين، وفضلاً عن ذلك يشترط أن يكون مشروعاً أي غير مخالف للنظام العام أو الآداب العامة.

ج_ السبب في عقد الوعد الإلكتروني:

السبب في الوعد بالتعاقد الإلكتروني هو الباعث الدافع إلى التعاقد، فيشترط فيه أن يكون مشروعاً أي غير مخالف للنظام العام والآداب العامة، إلا أنه قد يثور إشكالا فيما يتعلق بالنظام العام والآداب العامة ذلك أنهما يتغيران من دولة إلى دولة ومن جيل إلى جيل

¹ _ يحي يوسف، التنظيم القانوني للعقود الإلكترونية، رسالة ماجستير، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، سنة 2009 ص ص 58_64.

فما هو مخالف للنظام العام والآداب العامة في الجزائر قد يكون مشروعاً في دولة أخرى والعكس صحيح.

02_ الشروط الشكلية في عقد الوعد الإلكتروني:

بوجه عام فإن الوعد بالتعاقد لا ينعقد إلا إذا عينت جميع المسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه والمدة التي يجب إبرامه فيها¹، وفضلاً عن ذلك فالشكلية المطلوبة في العقد الموعود به تكون أيضاً مطلوبة في عقد الوعد، غير أن الوعد بالتعاقد الإلكتروني طالما أنه يتم عن طريق شبكة المعلومات فلا بد من تبادل البيانات الإلكترونية على دعائم غير ورقية داخل أجهزة الاتصال أو خارجها والتوقيع عليها ممن يرسل الرسالة الإلكترونية بواسطة التوقيع الإلكتروني.

أ_ المحررات الإلكترونية:

المحرر الإلكتروني هو عبارة عن معلومات إلكترونية ترسل أو تسلم بوسائل إلكترونية سواء عبر شبكة الانترنت أو عبر شاشات الحاسب الآلي، وحتى يكتسب المحرر الإلكتروني الحجية الكاملة لا بد أن يكون مكتوباً، بحيث تكون الكتابة على شكل معادلات خوارزمية تنفذ من خلال عمليات إدخال البيانات وإخراجها من خلال شاشة الحاسب الآلي، كما أنه يجب أن تكون المحررات قابلة بالاحتفاظ بالمعلومات الواردة فيها².

ب_ التوقيع الإلكتروني:

طبقاً للمادة 02 من قانون التصديق والتوقيع الإلكترونيين الجزائري رقم 04/15³، فإن التوقيع الإلكتروني هو عبارة عن بيانات في شكل إلكتروني مرفقة أو مرتبطة منطقياً ببيانات إلكترونية أخرى تستعمل كوسيلة توثيق، ومنه فالتوقيع الإلكتروني هو عبارة عن بيانات في شكل إلكتروني مدرجة في رسالة البيانات أو مرتبطة بها، فيجوز استخدام هوية الموقع على

¹ _ المادة 17 من الأمر 58_75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني، المعدل و المتمم، الجريدة الرسمية العدد 44 الصادرة بتاريخ 26_06_2005.

² _ يحي يوسف، المرجع السابق، ص 73.

³ _ القانون رقم 04_15، المتضمن القواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين، المؤرخ في 11 ربيع الثاني لعام 1436 الموافق لـ 01 فبراير 2015، الجريدة الرسمية العدد رقم 06 المؤرخة في 10 فبراير 2015.

الباب الثاني: الإتفاقات التمهيدية ذات الطبيعة العقدية

المعلومات الواردة في رسالة البيانات، فالتوقيع الإلكتروني له عدة أشكال فقد يكون بقلم إلكتروني أو بصمة إلكترونية أو بالتوقيع الرقمي أو التوقيع البيومتري.

ويشترط في التوقيع الإلكتروني أن يكون مقصوراً على صاحبه وخاضعاً لسيطرته الفعلية وقابليته للتحقق من صحته مع ارتباطه بالبيانات التي يثبتها¹، وعلى العموم فإنه يشترط في التوقيع الإلكتروني الآتي:

_ أن يرتبط بالموقع دون غيره:

يقصد بهذا الشرط أن يكون لصاحب التوقيع الإلكتروني بيانات وشفرة خاصة به عن باقي الموقعين، ذلك أنه عندما تصدر بيانات إنشاء التوقيع لشخص ما فلا يمكن أن يتم إصدار نفس التوقيع لشخص آخر²، ومنه فتوافر هذا الشرط يؤدي إلى اتجاه نية الموقع على المحرر بمضمونه.

_ أن يمكن من تحديد هوية الموقع:

يقصد بهذا الشرط أن كل شكل من أشكال التوقيع سواء كان إمضاء أو بصمة أو أي شكل فإنه يحدد من هوية الموقع، حيث تنص المادة 07 الفقرة 02 من القانون رقم 04/15 السالف الذكر على أنه "يمكن التوقيع من تحديد هوية الموقع"، كالتوقيع بالرقم السري في بطاقات الصراف الآلي إذ لا يتصور أن يتم منح شخص عديم الأهلية أو ناقصها توقيعاً إلكترونياً³.

¹ _ إياد أحمد سعيد الساري، النظام القانوني لإبرام العقد الإلكتروني، دراسة مقارنة في ظل القوانين العربية و الأجنبية منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، سنة 2016، ص 153.

² _ عيبر مخائيل الصفدي الطوال، النظام القانوني لجهات التوثيق، الطبعة الأولى، دار وائل للنشر والتوزيع، الأردن 2010، ص 56.

³ _ عايض الراشد المري، مدى حجية الوسائل التكنولوجية الحديثة في إثبات العقود التجارية، القاهرة 1998، ص 74.

ـ أن يتم عن طريق وسائل خاصة خاضعة لسيطرة الموقع:

المقصود بهذا الشرط أن الموقع إذا فقد هذه السيطرة لأي سبب، فإن بيانات التوقيع تقدر طابعها السري بحيث يعلمها كل الأشخاص، مما يفقد التوقيع الإلكتروني حجته في الإثبات لأن تغير هويته وشخصيته يكون مشكوكا فيه¹.

ـ وجوب توثيق التوقيع:

لابد من توثيق التوقيع الإلكتروني لدى جهة معينة، والتي تضطلع بالتحقق من مدى مصداقية والتأكد من الشخص العائد له ليتم بعد ذلك منح صاحبه شهادة توثيق تؤكد صحة التوقيع، حيث تنص المادة 01 الفقرة 07 من القانون رقم 04/15 السالف الذكر على أن "شهادة التوثيق الإلكتروني هي كل وثيقة في شكل إلكتروني تثبت الصلة بين بيانات التحقق من التوقيع الإلكتروني و الموقع".

يرى الباحث أن المشرع الجزائري قد أصاب لما أتى بقانون التجارة الإلكترونية رقم 05_18، فالقارئ لنصوص هذا القانون يتبين له أن المشرع الجزائري قد واكب التطور العلمي الحاصل في هذا المجال، إذ غالبية العقود قد أصبحت تبرم عبر الانترنت ليس فقط على المستوى الخارجي بل أيضا على المستوى الداخلي.

المطلب الثاني

الآثار المترتبة عن الوعد بالتعاقد

يرتب عقد الوعد حقوق والتزامات لصالح وعلى عاتق الأطراف سواء كان الوعد ملزما لجانبين أو ملزما لجانب واحد، فيتعين التميز ما بين مرحلتين مرحلة ما قبل ظهور الرغبة أو حلول الميعاد ومرحلة ما بعد ظهور الرغبة أو حلول الميعاد، وفي حالة الإخلال فإنه يجوز الإجبار على التنفيذ العيني كما يجوز المطالبة بالتعويض، وفضلا عن ذلك فإنه يجوز فسخ عقد الوعد، وعليه سنقسم هذا المطلب إلى فرعين، سنبيين في الفرع الأول حقوق والتزامات أطراف الوعد، أما الفرع الثاني فسنبين فيه جزاء الإخلال بعقد الوعد.

¹ _ مرزوق يوسف، وسائل الإثبات الحديثة، رسالة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، الجزائر، 2012، ص 62.

الفرع الأول

حقوق والتزامات أطراف الوعد

تبيان حقوق والتزامات أطرف الوعد بالتعاقد في التجارة الدولية يقتضي التمييز بين مرحلتين وهما مرحلة قبل ظهور الرغبة أو حلول الميعاد (أولاً) ومرحلة بعد حلول الميعاد أو ظهور الرغبة (ثانياً).

أولاً: قبل ظهور الرغبة أو حلول الميعاد:

الوعد بالتعاقد في الفترة ما بين إبرام عقد الوعد وإظهار الموعد له رغبته بالتعاقد لا يترتب عليه إلا التزامات شخصية على عاتق الواعد، وذلك إذا كان الوعد ملزماً لجانب واحد، وعلى عاتق الطرفين إذا كان الوعد ملزماً لجانبيين، لذلك لا بد من تبيان التزامات الواعد وكذا حقوق الموعد له.

01_ التزامات الواعد:

يترتب على عقد الوعد التزامات في ذمة الواعد لاسيما إلزامية إبرام العقد الأصلي الموعد به خلال المدة المحددة، هذا ويترتب على عقد الوعد وهو في مرحلة قبل ظهور الرغبة أو حلول الميعاد بقاء الشيء الموعد به ملكاً للواعد.

أ _ إلزامية إبرام العقد الأصلي خلال المدة المحددة :

يلزم الواعد بإبرام العقد الأصلي الموعد بإبرامه، وذلك إذا أظهر الموعد له رغبته بالتعاقد¹، فيجب على الواعد بالألا يقوم بأي عمل يحول دون إبرام العقد الموعد به²، كما

¹ _ فايز أحمد عبد الرحمن، عقد البيع في القانون المصري والقانون الليبي، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة 2003 ص 62.

² _ علي محمد علي مصلح، الوعد وأثره في الالتزام وتطبيقاته في الفقه الإسلامي والقانون المدني الأردني، رسالة ماجستير مقدمة إلى الجامعة الأردنية، كلية الدراسات العليا، قسم الدراسات العليا لعلوم الشريعة والحقوق والسياسة، سنة 1991، ص 97.

الباب الثاني: الإتفاقات التمهيديّة ذات الطّبيعة العقديّة

يجب على الواعد أن يتقيد بوعده خلال المدة المعينة لإبرام العقد الموعود به¹، ففي المرحلة التي تسبق حلول الميعاد أو ظهور الرغبة، فإن الوعد لا يترتب عليه إلى حقوقاً شخصية حتى ولو كان التعاقد النهائي من شأنه أن ينقل حقا عينيا كما هو الحال في البيع. ومن ثم يقع على عاتق الأطراف قبل حلول الميعاد أو ظهور الرغبة بأن يقوموا بإبرام الوعد عند حلول الميعاد أو ظهور الرغبة، وهذا بالنسبة للوعد الملزم لجانبين، أما فيما يتعلق بالوعد الملزم لجانب واحد فإن الواعد وحده الذي يترتب في ذمته إلتزام شخصي، وذلك بأن يقوم بوعده عند حلول الميعاد أو ظهور الرغبة².

ب _ بقاء الشيء الموعود به ملكا للواعد:

يترتب على عقد الوعد أن يبقى الواعد مالكا للشيء الموعود به، وبالنتيجة تقع تبعه هلاك الشيء الموعود به على عاتق الواعد تطبيقاً للقاعدة التي تقضي بأن الشيء يهلك على مالكة³، وطالما أن الشيء يبقى ملكا للواعد فإنه يجوز له التصرف فيه سواء بالهبة أو البيع أو الرهن وغير ذلك من التصرفات، فهذه التصرفات تعد صحيحة ونافذة في حق الموعود له⁴، ولكن رغم ذلك فإنه يجوز للموعود له أن يرجع على الواعد بالتعويض. فإذا انعقد الوعد فإن ثمار الشيء الموعود به تبقى للواعد ويتحمل تبعه هلاكها، كما أنه يجوز للواعد أن يقوم بعمل كإزالة العقبات التي تحول دون إبرام العقد النهائي، غير أنه يجوز للواعد أن يتصرف في ملكه بحيث يعتبر تصرفه صحيحاً ذلك انه لايزال مالكا للشيء الموعود به وليس للموعود له أن يعترض على ذلك، ولكن يجوز له أن يرجع على الواعد ويطلبه بالتعويض كما يجوز له أن يرجع على الغير بالتعويض لاسيما إذا كان الغير سيء النية أي أنه كان يعلم بعقد الوعد⁵.

¹ _ علي نجيدة، الوجيز في عقد البيع، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، سنة 2003، ص 32.

² _ مروان عصيد عزت حمد، المرجع السابق، ص 51.

³ _ أنور سلطان، المرجع السابق، ص 80.

⁴ _ غازي عبد الرحمن ناجي، الوعد بالبيع، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والسياسية، العدد الأول، المجلد الثاني 1987، ص 217.

⁵ _ إسماعيل غانم، المرجع السابق، ص 142.

02_ حقوق الموعود له:

بمقتضى عقد الوعد يثبت للموعود له الحق في نقل حقه إلى خلفه، وذلك وفقاً لأحكام حوالة الحق¹، فغالبية شراح القانون يؤيدون صحة حوالة حق الموعود له طالما توافرت شروطها حيث أجازت محكمة النقض الفرنسية التنازل عن عقد الوعد الملزم لجانبين إذا كان قابل للتنازل بعدم وجود شرط يمنع من ذلك²، كما أنه يحق للموعود له أن يطلب من الواعد تسجيل عقد الوعد لإشهار حقه، وإن كان هذا التسجيل لا يترتب نقل ملكية الشيء الموعود به إلى الموعود له، إلا أنه يعد دليلاً على سوء أو حسن نية المتصرف إليه³. وعليه فسواء كان الوعد ملزم لجانبين أو ملزم لجانب واحد، فإن الموعود له لا يكسب في هذه المرحلة إلا حقاً شخصياً في ذمة الواعد ولا تنتقل إليه ملكية الشيء الموعود به، حيث يترتب على ذلك أمران لهما بالغ الأهمية، فالأول هو أن يبقى الواعد مالكا للشيء ومن ثم فله أن يتصرف فيه إلى حين وقت التعاقد النهائي، أما الأمر الثاني فهو أنه إذا هلك الشيء الموعود به فإن تبعه الهلاك تقع على الواعد⁴.

02_ مرحلة بعد حلول الميعاد أو ظهور الرغبة:

تقتضي مرحلة ما بعد حلول الميعاد أو ظهور الرغبة التمييز في ما إذا كان الوعد ملزماً لجانبين أو ملزماً لجانب واحد .

أ_ حالة الوعد الملزم لجانبين:

الوعد بالتعاقد الملزم لجانبين يترتب التزامات متقابلة في ذمة كل من الواعد والموعود له كأن يتواعد شخصان على شراء بينهما في تاريخ محدد، حيث تتصرف إرادة الطرفين على تأخير انعقاد العقد وليس تأخير آثاره مع رغبة الطرفين في أن يرتبط كل بالأخر بإبرام العقد

¹ _ حسن علي الذنون، شرح القانون المدني العراقي، المرجع السابق، ص 37.

² _ إبراهيم سعد، العقود المسماة، عقد البيع، ط2، الدار الجامعية الجديدة، الإسكندرية، 2004، ص 73.

³ _ أنور سلطان، العقود المسماة، شرح عقدي البيع والمقايضة، المرجع السابق، ص 73.

⁴ _ مروان عضيد عزت حمد، المرجع السابق، ص 51.

الباب الثاني: الإتفاقات التمهيدية ذات الطبيعة العقدية

في المستقبل بحيث الوعد يحقق لهما ذلك، حيث يكون وعدا مزدوجا ومعناه أن يتحمل به الطرفان كلاهما فيكون كل منهما واعدا للأخر بإبرام العقد وموعدا له في الوقت نفسه¹. فإذا كان الوعد ملزم لجانبين فإن العقد الموعود به ينعقد بمجرد حلول الميعاد المتفق عليه غير أنه إذا اتفق المتعاقدان على أن انعقاد العقد الموعود به يتوقف على كتابته في ورقة رسمية فإنه يتعين عليهما أن يقوموا بذلك، فلا يكفي حلول الميعاد أو إبداء الرغبة. هذا وإذا أبدى الموعود له رغبته في التعاقد أو حل الميعاد المتفق عليه، فإنه يجوز للموعود له أن يرجع على الواعد لاسيما إذا نكل هذا الأخير عن التنفيذ ويطالبه بتنفيذ جبرا والجدير بالذكر أن موت الواعد أو الموعود له لا يؤثر على عقد الوعد، فإذا مات الواعد بقي الحق للموعود له ليباشر خياره في مواجهة ورثة الواعد، أما إذا مات الموعود له انتقل خياره إلى خلفه، والجدير بالذكر أيضا أنه إذا كان الوعد ملزم لجانبين فإن حلول الميعاد يجيز لكلا الطرفين إجبار الأخر على التنفيذ العيني²، فالعبرة هنا بحلول الميعاد ذلك أن الوعد بالتعاقد في هذه الحالة ملزم لجانبين.

ب_ حالة الوعد الملزم لجانب واحد:

الوعد بالتعاقد الملزم لجانب واحد يرتب التزاما في ذمة الواعد فقط، كأن يقوم شخص بإنشاء مصنع ولا يستطيع شراء الأرض التي يريد إقامة المصنع فيه فيكتفي باستئجار تلك الأرض على أن يلتزم مالكها خلال مدة محددة بأن يبيع للموعود له تلك الأرض في حالة ما إذا أبدى الموعود له بشراء تلك الأرض، ففي هذه الحالة نكون بصدد وعدا بالبيع من جانب واحد وهو مالك الأرض³، فإذا أظهر الموعود له رغبته في الشيء الموعود به، واتصل ذلك بعلم الواعد وفي المدة المحددة للوعد، فإن الوعد بالتعاقد ينتج أثره بأن يبرم العقد النهائي دون الحاجة إلى رضاء جديد من جانب الواعد، ذلك أنه قد عبر عن إرادته سابقا في عقد الوعد، إذ أن هذا الحكم يتعلق بالوعد الملزم لجانب واحد.

¹ _ المرجع نفسه، ص ص 53 و 54.

² _ مروان عزيذ عزت حمد، المرجع السابق، ص 51.

³ _ المرجع نفسه، ص 53.

الباب الثاني: الإتفاقات التمهيديّة ذات الطّبيعة العقديّة

العقد الموعود به ينعقد بمجرد إبداء الموعود له رغبته في التعاقد، فلا يشترط رضا جديد من الواعد¹، فالموعود له يحق له إبرام العقد الموعود به، وله أن يستعمله خلال المدة المحددة ومن ثمّ فله إما استعمال هذا الحق من عدمه²، فإبداء الرغبة من قبل الموعود له لا بد أن يكون باتاً، لذلك يجب ألا يكون هذا الإبداء مشروطاً، فإذا كان إبداء الرغبة فيه تعديلاً لعقد الوعد فلا أثر لهذه الرغبة إلا إذا قبل الواعد هذا التعديل³، فإذا كان الوعد ملزم لجانب واحد فإنه يجوز للموعود له أن يجبر الواعد على التنفيذ العيني⁴، والعبرة هنا بظهور الرغبة، فإذا أبدى الموعود له رغبته خلال المدة المتفق عليها فإن الوعد بالتعاقد ينتج أثره وفي حالة العكس فالوعد لا يترتب آثاره القانونية ويعتبر كأن لم يكن.

وعلى العموم فإن الوعد بالتعاقد سواء كان ملزماً لجانبين أو ملزماً لجانب واحد، فإن العقد يعد منعقداً من لحظة إيداع الرغبة أو حلول الميعاد حسب الأحوال، فإذا كان الشيء الموعود به معيناً بالذات فإن ملكيته تنتقل من لحظة إبداء الرغبة، بينما إذا كان معيناً بالنوع فإنه يتعين على الواعد أن يقوم بفرز الشيء، وبالنتيجة فإن الملكية تنتقل من لحظة الفرز وإذا كان محل الوعد عقاراً فإن الملكية تنتقل من تاريخ التسجيل⁵، هذا ويسقط الوعد في حالتين حالة مرور المدة المحددة دون إظهار الموعود له رغبته بالتعاقد، وحالة ظهور الرغبة من قبل الموعود له بعد مرور المدة المحددة.

الفرع الثاني

جزاء الإخلال بعقد الوعد

قد يخل أحد أطراف الوعد بالتزاماته مما يجيز لطرف الآخر المطالبة بالتنفيذ العيني (أولاً) كما أنه يجوز المطالبة بالتعويض نتيجة الإخلال لاسيما في حالة وجود الضرر (ثانياً) هذا ويجوز المطالبة بفسخ عقد الوعد لاسيما حالة استحالة إبرام العقد النهائي (ثالثاً).

¹ _ محمد يوسف الزعبي، العقود المسماة، شرح عقد البيع في القانون المدني، بلا مكان طبع، 2004، ص 129.

² _ غازي عبد الرحمن ناجي، المرجع السابق، ص 222.

³ _ غازي عبد الرحمن ناجي، المرجع السابق، ص 224.

⁴ _ مروان عصيد عزت حمد، المرجع نفسه، ص 51.

⁵ _ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، المرجع السابق، ص 58.

أولاً: التنفيذ العيني حالة الإخلال بعقد الوعد

في هذا الصدد سيتم تحديد معنى التنفيذ العيني في مجال التجارة الدولية، كما سيتم تبيان وسائله لاسيما حالة الإخلال أحد أطراف عقد الوعد بالتزاماته.

01_ ضبط معنى التنفيذ العيني في مجال التجارة الدولية:

يعرف التنفيذ العيني على أنه تنفيذ عين ما التزم به المدين، فالتنفيذ العيني هو حق الدائن وواجب المدين، فإذا طلبه الدائن فلا يجوز للمدين أن يعدل عنه إلى التعويض، وإذا عرضه المدين فلا يجوز للدائن أن يرفضه¹، إذ تجدر الإشارة أنه خلال استقراء نصوص اتفاقية الأمم المتحدة نجدها لم تتطرق إلى تعريف التنفيذ العيني في مجال التجارة الدولية غير أن بعض التشريعات الداخلية قد تعرضت إلى تعريف التنفيذ العيني. لقد اختلفت التشريعات الداخلية والقواعد الموضوعية الدولية حول التنفيذ العيني في ما إذا كان جزاءاً أصلياً أم استثنائياً، فالقانونين الفرنسي والأردني قد اعتبرا أن التنفيذ العيني هو الأصل والتعويض هو استثناء والبعض اعتبرت العكس²، غير أن اتفاقية فينا السالفة الذكر قد تطرقت إلى التنفيذ العيني، بحيث أنها أقرت بأنه إذا كان من حق أحد الطرفين بأن يطلب من الطرف الآخر تنفيذ التزام ما، فإن المحكمة المختصة غير ملزمة بإصدار حكم يقضي بالتنفيذ العيني إلا إذا كان بوسعها أن تقوم بذلك بمقتضى قانونها³، أي قانون تلك المحكمة التي رفع أمامها طلب التنفيذ العيني.

02 _ وسائل التنفيذ العيني في مجال التجارة الدولية:

التنفيذ العيني في مجال التجارة الدولية يكون وفقاً لما نص عليه العقد، ووفقاً لأحكام إتفاقية فينا السالفة الذكر، غير أن هذه الأخيرة نجدها لم تبين الوسائل التي يرجع إليها القاضي المختص لإجبار المخل بالتزامه، لذلك فإن الأمر هنا يرجع إلى القانون الواجب

¹ _ مصطفى جمال، مصادر وأحكام الإلتزام، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، سنة 2013، ص 621.

² _ طالب حسن موسى، قانون التجارة الدولية، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر و التوزيع، الأردن، سنة 2008، ص 175.

³ _ المادة 28 من اتفاقية الأمم المتحدة 11 أبريل 1980 بشأن عقد البيع الدولي للبضائع (فيينا).

التطبيق¹، وعليه يجوز للواعد أن يجبر الموعد له على التنفيذ العيني، وذلك إذا كان الوعد ملزماً لجانبين، وفي المقابل يجوز للموعد له أن يجبر الواعد على التنفيذ العيني، وذلك سواء كان الوعد ملزماً لجانبين أو ملزماً لجانب واحد.

ثانياً: الفسخ في مجال التجارة الدولية

يجوز الرجوع إلى الفسخ في حالة استحالة التنفيذ، حيث يكون ذلك وفقاً لما نصت عليه اتفاقية فيينا، فمن خلال استقراء نصوص الاتفاقية يتبين أنها قد قصرت أثر الفسخ على الطرفين المتعاقدين فقط، واستبعدت انصراف أثر الفسخ إلى الغير، وطالما أن عقد الوعد هو كسائر العقود، فإنه يجوز فسخه لاسيما حالة استحالة إبرام العقد المستقبلي بالرغم من ظهور الرغبة أو حلول الميعاد، وبالتالي فالفسخ لا يقتصر على مرحلة التنفيذ فقد يكون الفسخ في المرحلة السابقة على التعاقد أي ما قبل إبرام العقد النهائي.

01_ ضبط معنى الفسخ في مجال التجارة الدولية:

الفسخ هو الجزاء الذي يترتب على إخلال أحد المتعاقدين بالتزاماته، فيجوز طلب حل الرابطة العقدية إذا لم يتم المتعاقد الآخر بالوفاء بالتزامه²، وعليه يجوز طلب الفسخ إذا تعلق الأمر بعقد الوعد على أساس أن المتعاقد الآخر لم يتم بإبرام العقد النهائي بالرغم من ظهور الرغبة أو حلول الميعاد حسب الأحوال، فاتفاقية فيينا السالفة الذكر لم تتعرض إلى تعريف الفسخ إلا أنها ذكرته في عدة مواضع لاسيما المادة 26 من الاتفاقية التي تنص على أنه "لا يحدث إعلان فسخ العقد أثره إلا إذا تم بواسطة إخطار موجه إلى الطرف الآخر"

فمن خلال استقراء نصوص إتفاقية فيينا السالفة الذكر يتبين بأن الفسخ في مجال التجارة الدولية يقتصر على عقد البيع لا عقد الوعد بالتعاقد، إلا أنه نرى لا وجود لمانع بأن يشمل الفسخ حتى على عقد الوعد كأن يعدل أحد الأطراف عن الوعد ويوافق الطرف الآخر ففي هذه الحالة نكون أمام ما يطلق عليه بالتقاييل³، فقد يتعذر إبرام العقد النهائي بالرغم من

¹ _ طالب حسن موسى، المرجع نفسه، ص 189.

² _ امجد محمد منصور، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، الطبعة السادسة، دار الثقافة للنشر والتوزيع الأردن سنة 2011، ص 203.

³ _ التقاييل هو وسيلة من وسائل انحلال العقد الصحيح الملزم للجانبين ولا يقع إلا بتوافق إرادتي المتعاقدين على التحلل من الالتزامات المتبادلة التي يرتبها العقد المراد حله.

ظهور الرغبة أو حلول الميعاد نتيجة قوة قاهرة، كالظروف الصحية التي يشهدها العالم اليوم والمتمثلة في جائحة كورونا.

02_ إجراءات الفسخ في مجال التجارة الدولية:

حرصت إتفاقية فينا لعام 1980 على أن يتم الفسخ وفقاً للإجراءات التي تتناسب مع ظروف التجارة الدولية، بحيث أنها لم تلزم الطرفان إلى اللجوء إلى القضاء بخلاف غالبية التشريعات المقارنة، كما تجدر الإشارة أن الفسخ وفقاً لإتفاقية فينا لا يكون إلا بعد الإخطار وبعد ميعاد معين.

أ_ الإخطار بالفسخ:

الفسخ لا يتم إلا إذا أعلن الطرف الذي يتمسك به إلى الطرف الآخر¹، وعليه يتعين على الطرف المتمسك بالفسخ في عقد الوعد أن يخطر الطرف الآخر، فيجوز أن يكون طلب الفسخ من الواعد أو الموعود له على حد سواء، حيث يستوي الأمر في ما إذا كنا بصدد الفسخ الإتفاقي أو الفسخ القانوني².

ب_ الفسخ:

يتعين على الطرف المتمسك بالفسخ أن يطلبه في الميعاد المناسب من تاريخ العلم بالمخالفة التي ارتكبها الطرف الآخر، أو بعد انقضاء فترة التمديد التي يمنحها أحد الأطراف إلى الآخر³، إذ أن هذا الحكم يخص عقد البيع الدولي، غير أنه نرى لا مانع بأن يشمل هذا الحكم عقد الوعد، بحيث يجوز أن يطلب الواعد من الموعود له بتمديد مدة الوعد، وفي حالة

¹ _ المادة 26 من إتفاقية فينا.

² _ يفترض فيالفسخ الإتفاقي ان هناك اتفاق بين الطرفين على أن يعتبر العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه دون حاجة إلى حكم قضائي عند عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عنه، و هذا الاتفاق لا يعفى من الإعدار إلا إذا اتفق المتعاقدان صراحة على الإعفاء منه، أما الفسخ القانوني يكون في العقود الملزمة للجانبين فإذا انقضي الإلتزام بسبب استحالة تنفيذه انقضت معه الإلتزامات المقابلة له وينفسخ العقد من تلقاء نفسه، وهذا ما يُعرف باستحالة التنفيذ حيث ان العقد يصبح مستحيل تنفيذه سواء لأسباب ترجع الي المتعاقدين او لأسباب في محل العقد وهنا يعتبر العقد قد انفسخ بقوة القانون.

³ _ محمود فياض، المعاصر في قوانين التجارة الدولية، الطبعة الأولى، دار الوراق للنشر والتوزيع، الأردن، سنة 2012 ص 351.

انقضاء تلك المدة الممنوحة فإنه يجوز للموعد له طلب الفسخ في مدة معقولة بعد إنقضاء تلك المدة.

03_ آثار الفسخ:

يترتب على إعمال الفسخ في مجال التجارة الدولية، جملة من الآثار والمتمثلة أساساً في زوال العقد مع إعادة الحال ما كان عليه قبل التعاقد.

أ_ زوال عقد الوعد:

طبقاً لنص المادة 81 الفقرة 01 من الإتفاقية فإنه " بفسخ العقد يصبح الطرفان في حل من الالتزامات التي يترتبها عليهما العقد مع عدم الإخلال بأي تعويض مستحق ولا يؤثر الفسخ على أي شروط العقد المتعلقة بتسوية المنازعات أو أي من أحكامه الأخرى التي تنظم حقوق الطرفين والتزاماتها المترتبة على فسخ العقد، وعليه يتبين أن الفسخ يؤدي إلى زوال العقد، وبالتالي التحلل من الالتزامات الواقعة على عاتق الطرفين¹، غير أن الإتفاقية قد أوردت بعض الاستثناءات على التحلل من الالتزامات وهي :

_ بقاء الحق في التعويض:

إن إنقضاء الالتزامات عن طريق الفسخ لا يعني التحلل من التعويض، لاسيما إذا أصيب أحد الأطراف بالضرر نتيجة تقويت فرصة أو النفقات التي تم إنفاقها جراء مرحلة المفاوضات على عقد الوعد.

_ بقاء الشروط المنقح على بقائها:

قد يقع وأن يتفقا الطرفان على أنه في حالة الفسخ يرجع تقدير التعويض من قبل أحد الأطراف حسب الاتفاق، فبعض الفقه يرون أن مثل هذه الشروط تخضع لاتفاق الأطراف

¹ _ خالد احمد عبد المجيد، فسخ عقد البيع الدولي للبضائع وفقاً لإتفاقية فيينا لعام 1980، الطبعة الأولى، مكتبة ومطبعة الإشعاع الفنية، الإسكندرية، مصر، سنة 2002، ص 451.

الباب الثاني: الإتفاقات التمهيدية ذات الطبيعة العقدية

على تنفيذها بعد الفسخ، وبالتالي استقلاليتها عن العقد¹، فهذا الحكم قد يسري على عقد الوعد في مجال التجارة الدولية كأن يتم النص في عقد الوعد على أنه في حالة فسخ عقد الوعد فإن تقدير التعويض يكون من قبل أحد الإطراف.

_ بقاء شرط تسوية المنازعات:

أغلب عقود التجارة الدولية لا تخلو من شرط تسوية المنازعات كشرط التحكيم أو الاتفاق على اختصاص محكمة معينة بالنظر في النزاع، وكذا اختيار القانون الواجب التطبيق، فهذه الشروط المتفق عليها لا تزول بالفسخ بل تبقى قائمة²، فإذا ثار نزاع بين طرفي عقد الوعد فإنه يتعين تسويته بالكيفية المتفق عليها في العقد الذي تم فسخه أي عقد الوعد.

ب_ إعادة الحال إلى ما كان عليه قبل التعاقد:

إن إتفاقية فينا السالفة الذكر قد أخذت بفكرة الأثر الرجعي، أي تطبيق قاعدة الرد والاسترداد فإذا فسخ العقد التجاري الدولي فإنه يتعين على طرفيه أن يرد ما أخذ وأن يسترد ما أعطى³، وهذا بالنسبة لعقد البيع في مجال التجارة الدولية، إذ أن هذا الحكم يمكن استبعاده عن عقد الوعد، ذلك أن الأطراف لم يبرمان العقد النهائي حتى يتم التسليم والتسلم ونقل الملكية ودفع الثمن، حيث أن الطرفان لا يزالان في المرحلة السابقة على التعاقد لا مرحلة التنفيذ.

ثالثا: التعويض جزاء الإخلال بعقد الوعد

أجازت إتفاقية فينا السالفة الذكر للطرف المضرور الحصول على التعويض اللازم لجبر الضرر الذي لحقه جراء إخلال الطرف الآخر بالتزامه، فالهدف من التعويض في

¹ _ بن زروق فتيحة، فسخ العقد وفقا لإتفاقية فينا لسنة 1980 الخاصة بالبيع الدولي للبضائع، مذكرة ماجستير، الطيب زروتي، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، سنة 2014_2015، ص 87.

² _ بن زروق فتيحة، المرجع السابق، ص 86.

³ _ المادة 81 الفقرة 02 من إتفاقية فينا.

مجال التجارة الدولية هو اعادة الطرف المضرور إلى نفس المركز الاقتصادي الذي كان سيحصل إليه إذا تم إبرام العقد الموعد به.

فلقد وضعت إتفاقية فينا السالفة الذكر قاعدة عامة للتعويض تطبق على جميع الحالات التي يحق فيها لطرف المضرور الحصول على تعويض، حيث تنص المادة 74 من الإتفاقية على أنه " يتألف التعويض عن مخالفة أحد الطرفين للعقد مبلغ يعادل الخسارة التي لحقت بالطرف الأخر والكسب الذي فاتته نتيجة للمخالفة، ولا يجوز أن يتجاوز التعويض قيمة الخسارة و الربح الضائع التي توقعها الطرف المخالف أو التي كان ينبغي له أن يتوقعها وقت إنعقاد العقد في ضوء الوقائع التي كان يعلم بها، أو التي كان من واجبه أن يعلم بها كنتائج متوقعة لمخالفة العقد ".

المبحث الثاني

تطبيقات الوعد بالتعاقد

الوعد بالتعاقد قد يكون ملزماً لجانب واحد كالوعد بالبيع أو الوعد بالشراء بحيث يكون الواعد حسب الأحوال هو وحده الذي يلتزم بالبيع أو الشراء حسب الأحوال¹، وقد يكون الوعد ملزماً لجانبين حينئذ يكون بصدد وعدين متقابلين من الطرفين كأن يكون الأول وعدا بالبيع والثاني وعدا بالشراء²، إذ إن الوعد بالتعاقد الملزم لجانبين ناذرا الوقوع، إذ إن غالبية الوعود تكون ملزمة لجانب واحد، ولعل أهم تطبيقات الوعد بالتعاقد الملزم لجانب واحد هو الوعد بالبيع والوعد بالتفضيل، وعليه سنقسم هذا المبحث إلى مطلبين، سنتحدث في المطلب الأول عن الوعد بالبيع التجاري الدولي، أما المطلب الثاني سنتكلم فيه عن الوعد بالتفضيل في مجال التجارة الدولية.

المطلب الأول

الوعد بالبيع التجاري الدولي

قد تختلف شروط إبرام عقود التجارة الدولية وإن كان هناك شروط عامة تحكم جميع عقود التجارة الدولية، كما ان صياغة عقد الوعد لها أهمية بالغة في الإثبات لاسيما في حالة

¹ _ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص 86.

² _ سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، المرجع السابق، ص 222.

ظهور نزاعات أو خلافات بين الأطراف، غير انه قد يتعذر إبرام العقد الموعود به لاسيما في حالة وقوع ظروف أو متغيرات لا تستجيب وابرام العقد الموعود به، حيث ظهرت عدة مفاهيم جديدة تحكم و تواجه تلك الظروف أو المتغيرات والتي فرضها واقع التجارة الدولية وعليه سنقسم هذا المطلب إلى فرعين، سنبين في الفرع الأول مضمون أو فحوى عقد الوعد بالبيع في مجال التجارة الدولية، أما الفرع الثاني سنتحدث فيه عن أثر تغير الظروف على إبرام العقد الموعود به.

الفرع الأول

مضمون عقد الوعد بالبيع التجاري الدولي

عقد البيع التجاري الدولي عموما له خصوصيته سواء من حيث الشروط المطلوبة أو حتى من حيث صياغته، فما يشترط في عقد البيع التجاري الدولي كذلك يشترط في عقد الوعد بالبيع التجاري الدولي، وعليه سنحدد خلال هذا الفرع معنى عقد الوعد بالبيع وذلك بتعريفه (أولا)، وكذا تبيان شروطه (ثانيا)، وكيفية صياغته (ثالثا)، هذا وسيتم تبيان البيوع المستبعدة من نطاق عقد الوعد بالبيع (رابعا).

أولا: تعريف عقد الوعد بالبيع

إن المشرع الجزائري لم يتطرق إلى تعريف الوعد بالبيع بالرغم من أهميته خاصة فيما يتعلق بالتجارة الدولية، فعلى العموم فعقد الوعد بالبيع يعرف على أنه عقد يلتزم بمقتضاه احد المتعاقدين بأن يبرم عقد البيع مع الطرف الأخر في المستقبل خلال مدة معينة أو ظهور الرغبة¹.

كما أن إتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة بالبيع الدولي للبضائع فينا سنة 1980 لم تتطرق إلى تعريف عقد البيع الدولي، إلا أنها اقتصرت على توضيح معيار دولية عقد البيع حيث أنها تركت تعريفه إلى القوانين الوطنية التي يعتمد عقد البيع فيها بصفة عامة على ما يرتبه

¹ _ محمد حسن قاسم، القانون المدني، العقود المسماة، البيع، التأمين، الإيجار، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية بيروت، لبنان، سنة 2005، ص 113.

الباب الثاني: الإتفاقات التمهيدية ذات الطبيعة العقدية

عقد البيع من التزامات، فالقانون الإنجليزي قد وصف عقد البيع بالعقد الذي ينقل البضائع بمقتضاه يتعهد البائع بنقل ملكية البضاعة إلى المشتري نظير مقابل نقدي يسمى الثمن¹. غير أن بعض الفقه قد تطرق إلى تعريف عقد البيع الدولي على أنه الأداة القانونية الفعلية التي يتحقق بها النشاط الاقتصادي عن طريق عقد يبرمه الطرفان من دولتين مختلفين على بضاعة سوف يجري نقلها من البائع إلى المشتري مقابل ثمن يتم تسديده بطرق معينة²، ولقد فسرت اتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة بالبيع الدولي للبضائع عقد البيع الدولي فبينت أن عقود التوريد تعتبر من قبيل عقود البيع الدولية، إذ أنها نصت على أنه تعتبر بيوعا عقود التوريد التي يكون موضوعها صنع بضائع أو إنتاجها لاسيما إذا تعهد الطرف الذي طلب البضائع بتوريد جزء هام من العناصر المادية اللازمة لصنعها أو إنتاجها³.

هذا وتعد عقود الخدمات من بين عقود البيع الدولية، ذلك انها قد أصبحت مطلوبة على نطاق واسع خارج النطاق الإقليمي لموقع الشركة أو البائع، إذ أن عقود بيع الخدمات لها صور عديدة لاسيما عقود بيع الخدمات المالية المتمثلة في تأسيس البنوك ذات العنصر الأجنبي وشركات الإقراض الدولية وعقود بيع خدمات التأمين والخدمات الاستشارية والطبية والسياحية وغيرها⁴، وقد اشتهرت في الآونة الأخيرة عقود الخدمات عبر الانترنت التي تعتمد فيها الشركات إلى بيع منتجاتها عن طريق الوسائل الإلكترونية مثل البرامج الخدمية أو تقديم الاستشارات بمختلف أنواعها الطبية والهندسية والتكنولوجية وغيرها عبر شبكة الانترنت تحت مظلة العقد الإلكتروني، إذ يجوز أن يتم تكوين العقد الدولي التجاري بكافة مراحلها الأولية والنهائية⁵.

¹ _ عبد الخالق صالح عبد الله معزب، الإطار القانوني للمعاملات الإلكترونية في التجارة الدولية، دراسة قانونية وفقا للاتفاقيات الدولية المتعلقة بالقانون التجاري الدولي، المركز الديمقراطي العربي، برلين، ألمانيا، سنة 2019، ص 129.

² _ عبد الحميد، خالد احمد، فسخ عقد البيع الدولي للبضائع وفقا لإتفاقية فيينا لعام 1980، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة مصر، سنة 2001، ص 04.

³ _ المادة 03 الفقرة 01 من اتفاقية المم المتحدة بشأن البيع الدولي للبضائع فيينا 1980.

⁴ _ عبد الخالق صالح عبد الله معزب، المرجع السابق، ص 130

⁵ _ المرجع نفسه، نفس الصفحة.

ثانياً: شروط عقد الوعد بالبيع التجاري الدولي

الشروط التي يتضمنها العقد التجاري الدولي تختلف باختلاف نوع العقد إلا أن الغالب نجد أنه هناك شروط عامة تتضمنها عقود التجارة الدولية لاسيما عقد الوعد بالبيع في مجال التجارة الدولية كالشروط المالية والتنظيمية وكذا الشروط المتعلقة بجودة السلع الموعود ببيعها، فمضمون الشروط المالية هو فتح الاعتماد وكيفية الدفع ، بينما الشروط التنظيمية فهي تلك الشروط المتعلقة بالحصول على التصاريح اللازمة من الجهات المختصة والتي تتضمن أيضاً الإجراءات التنظيمية في بلدي المتعاقدين¹.

هذا ويوجد شروط خاصة قد يتضمنها عقد التجارة الدولي لاسيما عقد الوعد بالبيع في مجال التجارة الدولية لاسيما الشروط الخاصة بالنطاق الزمني²، والشروط الخاصة بالتنازل عن العقد أو التعاقد من الباطن³، كما يجوز إدخال شروط خاصة بتعديل العقد ذلك ان العقد التجاري الدولي يحتوي على الكثير من التفاصيل المتعلقة بموضوع العقد أو مواصفات العمل المراد تنفيذه، وعليه قد يحتاج الطرفين او احدهما عند تنفيذ العقد أن يعدل بعض التفاصيل⁴ وكما يجوز ذلك في عقد البيع الدولي كذلك يجوز في عقد الوعد بالبيع في مجال التجارة الدولية.

وفضلاً عن ذلك فهناك شروط أخرى لا تقل أهمية عن الشروط السالفة الذكر كالشروط المتعلقة بسرية المعلومات، وهي تلك الشروط التي توضح مدى سرية المعلومات التي يحتويها عقد التجارة الدولية⁵، ومنه فإنه يجوز في عقد الوعد بالبيع في مجال التجارة الدولية ان يضع الواعد أو الموعود له بالبيع بعض الشروط والتي بمقتضاها يتم الحفاظ على سرية المعلومات لاسيما المتعلقة بالسلع محل البيع.

¹ _ عبد الخالق صالح عبد الله معزب، المرجع السابق، ص 137.

² _ المقصود بالنطاق الزمني في عقود التجارة الدولية هو تحديد مدة تنفيذ العقد بغية رع الغموض و اللبس، إذ أن الأمر هنا يتعلق بمدّة إبرام العقد الموعود به.

³ _ يقصد بالشروط الخاصة بالتنازل عن العقد او التعاقد من الباطن هو مدى جواز التنازل تحويل الحقوق والالتزامات إلى الغير، تم الإشارة إليه من قبل عبد الخالق صالح عبد الله معزب، المرجع نفسه، ص 137.

⁴ _ المرجع نفسه، ص 139.

⁵ _ العوفي صالح بن عبد الله بن عطف، المرجع السابق ، ص 201 .

الباب الثاني: الإتفاقات التمهيدية ذات الطبيعة العقدية

وأيضاً هناك شروط خاصة بحل النزاعات لاسيما الشروط التي تحدد القانون الواجب التطبيق وقواعد الاختصاص القضائي وتفاصيل الإجراءات الخاصة بحل تلك النزاعات التي تختلف في طرق حلها باختلاف التشريعات الوطنية عن بعضها البعض¹، لذلك قد يوضع في عقد الوعد بالبيع في مجال التجارة الدولية شرطاً او بنداً فحواه تحديد القانون الواجب التطبيق على عقد الوعد بالبيع وطرق حل نزاعات هذا العقد في حالة وجودها.

وأيضاً الشروط الخاصة بلغة العقد، وهي تلك الشروط المتعلقة باللغة المستخدمة في التعاقد سواء عند الصياغة أو التفسير، إذ انه في الغالب يتفق أطراف التعاقد على أن العقد قد حرر باللغة واحدة او لغتين بحسب ظروف التعاقد²، وعليه يجوز لأطراف الوعد بالبيع ان يقوموا بتحديد لغة العقد بحيث قد ينص الاتفاق على لغة واحدة، وقد يحتوي عقد التجارة الدولي على شروط خاصة بمقتضاها يتم تحديد الطريقة المستخدمة في تبادل الإشعارات الخاصة أو التغييرات اللاحقة على التعاقد والتي قد تطرأ نتيجة ظروف معينة³، وعليه يجوز لأطراف الوعد بالبيع تحديد الطريقة المستخدمة في تبادل الإشعارات بغية تعديل العقد أو التحلل منه مثلاً.

هذا ويتعين على أطراف الوعد بالبيع في مجال التجارة الدولية تحديد ثمن الشيء المبيع تحت طائلة بطلان عقد الوعد، ذلك أن تحديد الثمن في هذا العقد يعد من المسائل الجوهرية التي أقرتها غالبية التشريعات، ويتعين أيضاً تحديد المدة التي يبرم فيها العقد النهائي والتي هي الأخرى تعد من المسائل الجوهرية لعقد الوعد بالبيع.

ثالثاً: صياغة عقد الوعد بالبيع التجاري

صياغة العقد التجاري بوجه عام لها بالغ الأهمية كدليل للإثبات، حيث تطرقت لجنة القانون التجاري الدولي التابعة للأمم المتحدة إلى إعداد دليل قانوني لصياغة عقود التجارة

¹ _ الصغير حسام الدين عبد الغني، تفسير اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع، دار النهضة العربية القاهرة، سنة 2001، ص 03.

² _ عبد الخالق صالح عبد الله معزب، المرجع السابق، ص 140

³ _ المرجع نفسه، ص 141.

الدولية حيث تم نشره في نيويورك سنة 1998¹، بحيث يتعين أن يتخذ العقد التجاري الدولي لاسيما عقد الوعد بالبيع الدولي الشكل المتعارف عليه، حيث يبدأ بالمقدمة التي تشمل في الغالب طبيعة العقد ونطاقه وتاريخ إبرام العقد النهائي وتحديد أطراف التعاقد الواعد والموعود له وأسماءهم وصفاتهم وكذا البيانات الأخرى كتاريخ الميلاد وجنسية كل متعاقد وبيان صفة الموقع في ما إذا كان وكيلًا عن الغير.

والجدير بالذكر انه قد يتطلب العقد أحيانا التصديق عليه من قبل أشخاص او جهات معينة، وبالنتيجة فإنه لا يعتد بالتوقيع فقط، بل لابد التصديق او الموافقة على التوقيع، ولكن قد لا تكون الحثيات ضرورية في كافة العقود الدولية² إلا أنه إذا تعلق الأمر بالوعد بالبيع فيجب تحديد مسأله الجوهرية تحت طائلة بطلان العقد، وهذا ما أقرته غالبية التشريعات.

01_ المبادئ العامة لصياغة عقود التجارة الدولية:

تقتضي صياغة عقود التجارة الدولية تجسيد رغبات الأطراف في أسلوب صحيح وواضح وكامل مما يستجيب وتنفيذه دون منازعات، إذ لابد من إدراج الألفاظ المناسبة بغية رفع اللبس والغموض، كما يجب أيضا استخدام المصطلحات القانونية³، هذا ولا بد ان تتم عملية القيام بصياغة عقد التجاري الدولي من قبل خبراء في القانون ذوي التخصص والخبرة إذ يتعين أن يكونوا ملمين بالقواعد القانونية المحلية والدولية الواجبة التطبيق على العقد، ذلك أن عقود التجارة الدولية تتسم بالكثير من التعقيدات⁴.

والجدير بالذكر ان أحكام الصياغة التي تحكم العقود الإلكترونية لا تختلف كثيرا عن أحكام صياغة العقود التقليدية، وإن كان الاختلاف يكمن في وسيلة إبرام هذه العقود سواء

¹ _ محمد حسن منصور، العقود الدولية، المرجع السابق، ص 70.

² _ عبد الخالق صالح عبد الله معزب، المرجع السابق، ص 136.

³ _ طالب حسن موسى، المرجع السابق، ص 70.

⁴ _ إبراهيم احمد ابراهيم، إدارة العقود و الاتفاقيات، ورقة عمل مقدمة لندوة إدارة العقود والاتفاقيات، 15 مارس 2005 جامعة عين شمس، ص 02.

تعلق الأمر بهذا أو ذاك، فإذا كانت الصياغة بشكلها المعتاد تتم بالقلم فإن الصياغة في العقود الإلكترونية تتم بواسطة الكتابة عن طرق الكمبيوتر¹.

02_ عناصر صياغة العقد التجاري الدولي:

تتمثل عناصر صياغة العقد التجاري الدولي في الديباجة وأحكام العقد والملاحق والتعاريف وهذا ما سيتم تبيانها في الآتي:

أ_ الديباجة:

المقصود بالديباجة في عقود التجارة الدولية هي تلك المقدمة التي ترد في بداية العقد فبمقتضاها يتم تبيان أهداف العقد و صفات الأطراف والعلاقات المواقف المتبادلة للأطراف والظروف المحيطة بالتعاقد وغيرها من الأمور، إذ أن للديباجة في عقود التجارة الدولية بالغ الأهمية لاسيما فيما يتعلق باستظهار مقاصد المتعاقدين عندما لا يكشف عنها ظاهر نصوص العقد مما يسهل عملية التفسير والتنفيذ².

ب_ أحكام العقد:

يقصد بأحكام العقد أنها القسم الرئيسي في العقد، وهي تلك الشروط والبنود التي تنص على الحقوق والالتزامات المتبادلة بين أطراف العقد التجاري الدولي بصفة عامة³، وأطراف عقد الوعد بالبيع التجاري الدولي بصفة خاصة.

¹ _ طمين سهيلة، الشكالية في عقود التجارة الإلكترونية، مذكرة ماجستير، فرع القانون الدولي للأعمال، جامعة ملود معمري، تيزيوزو، الجزائر، سنة 2011، ص 45.

² _ طارق الحموري، قراءة مبسطة في عقود التجارة الدولية، ندوة صياغة و إبرام عقود التجارة الدولية، شرم الشيخ، مصر ديسمبر 2007، ص ص 7 و 08.

³ _ محمد علي الجواد، العقود الدولية، مفاوضاتها، إبرامها، تنفيذها، دار الثقافة للنشر و التوزيع، الأردن، سنة 2010 ص 45.

ج _ الملاحق:

المقصود بالملاحق في عقود التجارة الدولية هي تلك الوثائق التي تتضمن بعض المسائل الفنية أو الأحكام التفصيلية المتصلة بموضوع العقد كالرسومات والتصميمات والمواصفات الفنية، حيث انه في الغالب يتولى الفنيون إعداد هذه الوثائق مع الأخذ بعين الاعتبار عدم وجود تناقض بين الملاحق والعقد المبرم بغية تفادي النزاعات¹.

د _ التعاريف:

العقد التجاري الدولي ليس بالضرورة أن يحتوي على التعاريف للدلالة على مقاصد المصطلحات القانونية والفنية²، حيث تتم عادة إدراج التعاريف في مقدمة العقد او ضمن الملحقات، إذ يمكن الاستعانة بالتعاريف التي وضعتها الهيئات المتخصصة كغرفة التجارة الدولية³.

03_ تصور عملي لما يمكن أن يكون عليه العقد الدولي:

يتعين أن يتضمن العقد الدولي على تعريف محدد للاصطلاحات التجارية التي يتكرر استعمالها في العقد حتى لا يثور الخلاف بين المتعاقدين حول تفسير هذه الاصطلاح توجب تحديد وقت انعقاده والقيمة القانونية للمراحل السابقة على التعاقد، وأيضاً تحديد المبيع من حيث الصنف والصفات والخصائص ودرجة الجودة والمقدار أو الوزن أو عدد الوحدات ويجب أن ينص العقد على طريقة تغليفها ونوع الأغلفة والطرف الذي يتحمل نفقات التغليف وذلك إذا كانت البضاعة مما يجب تغليفها⁴.

كما يتعين أن يتضمن العقد طريقة سداد الثمن عن طريق فتح اعتماد من جانب المشتري أو من يعينه لمصلحة البائع، وكذلك قد يتفق المتعاقدان على حق البائع في زيادة

¹ _ طالب حسن موسى، المرجع السابق، ص 74.

² _ طارق الحموري، المرجع السابق، ص 11.

³ _ لقد وضعت غرفة التجارة الدولية دليلاً للمصطلحات التجارية الدولية "incoterms"، محمد حسن منصور، العقود الدولية، المرجع السابق، ص 138.

⁴ _ محمود سمير الشرفاوي، المرجع السابق، ص 22.

الباب الثاني: الإتفاقات التمهيدية ذات الطبيعة العقدية

الثن أثناء فترة تنفيذ العقد إذا طرأت ظروف يحددها العقد تقتضى ذلك ويبين العقد عادة في هذه الحالة طريقة حساب الزيادة، هذا ولا بد من تحديد أنواع الجزاءات التي يجب إعمالها عند مخالفة شروط العقد والالتزامات التي يضعها على عاتق أطرافه، وقد تتمثل هذه الجزاءات في التعويض أو الغرامة التي تفرض على المخالف أو إصلاح المبيع أو استبداله وقد يكون الفسخ هو الجزاء المقرر على مخالفة التزام معين¹.

والجدير بالذكر أنه إذا كان المبيع أجهزة أو آلات أو أدوات فينص العقد عادة على ضمان البائع للعيوب التي قد تظهر في المبيع ومدة التزام البائع بهذا الضمان، ويتعين أن يتضمن العقد شرط التحكيم لحل المنازعات التي قد تثور بين المتعاقدين وطريقة تشكيل هيئة التحكيم والقواعد التي تتبع لإتمام التحكيم وينص عادة على اتباع قواعد غرفة التجارة الدولية بباريس أو قواعد اليونسيترال، كما قد ينص العقد على بيان القانون الواجب التطبيق على النزاع في الأمور التي تنشأ بين المتعاقدين ولا يواجهها العقد، هذا ويجب أن ينص العقد أيضا على تحديد القوة القاهرة التي تؤدي إلى تحلل أحد الأطراف من التزامه أو وقف الالتزام حتى تزول القوة القاهرة².

رابعاً: البيوع المستبعدة من نطاق عقد الوعد بالبيع التجاري الدولي

ما يسري على عقد البيع التجاري الدولي، كذلك يسري على عقد الوعد بالبيع في مجال التجارة الدولية، حيث استبعدت اتفاقية فينا تطبيق أحكامها على البيوع الآتية:

01_ السلع الاستهلاكية :

استبعدت اتفاقية فيينا بيع السلع غير التجارية التي تباع بقصد الاستهلاك من البيوع الخاضعة لها، وتقصد الاتفاقية من ذلك أن تستبعد البيوع التي تتم بين البائع والمشتري بقصد الاستهلاك الشخصي أو العائلي أو المنزلي، فإذا اشترى سائح مثلاً بعض السلع من بلد أجنبي، وكان هذا البيع مما يمكن أن يدخل في نطاق تطبيق الاتفاقية، فإنه متى تبين أن الهدف منه هو الاستعمال الشخصي، فإنه يخرج عن نطاق الاتفاقية.

¹ _المرجع نفسه، ص 23.

² _ محمود سمير الشرقاوي، المرجع السابق، ص 23 و 24.

فبيع السلع الاستهلاكية لا يخضع للاتفاقية ما لم يتبين أن البائع لم يكن يعلم في أي وقت قبل أو عند إبرام العقد أو لم يكن من المفروض فيه أن يعلم أن هذه السلع قد تم شراؤها للاستعمال الشخصي حيث وردت صياغة المادة الثانية من الاتفاقية المذكورة أعلاه في صيغة النفيلكي تبين الاتفاقية أن الأصل هو خضوع البيوع التي لها صفة دولية لها والاستثناء هو عدم خضوعها متى كانت بيوعاً استهلاكية، وبذلك تلقى اتفاقية فينابالبيع البضائع عبء إثبات أن البيع للاستهلاك أو للاستعمال الشخصي على عاتق من يتمسك بالاستثناء الذي يقضى باستبعاد هذا البيع من الخضوع لأحكام الاتفاقية¹.

ويلاحظ أن ذكر أنواع الاستعمال في الفقرة (أ) من المادة الثانية من الاتفاقية والتي من شأنها أن تؤدي إلى استبعاد البيع من نطاق تطبيق الاتفاقية بأنه شخصي أو عائلي أو منزلي إنما ورد على سبيل المثال لا الحصر، لما يمكن أن يكون بيعة لسلع استهلاكية والملاحظ أيضاً أن النص على استبعاد بيع السلع الاستهلاكية من الخضوع للاتفاقية يقتضيه ما نصت عليه الفقرة (3) من المادة الأولى من اتفاقية فيينا من أنه لا يؤثر على تطبيق الاتفاقية أن يكون أطراف البيع من غير التجار أو أن يكون عقد البيع غير تجاري ذلك أن مؤدى هذا النص الأخير أن يخضع للاتفاقية البيع الذي يرد على سلعة استهلاكية مادامت قد توافرت الصفة الدولية للبيع كما تحددها المادة الأولى من الاتفاقية، لذلك كان لا بد لاستبعاد مثل هذا البيع من الخضوع لأحكام اتفاقية فيينا، من أن يرد النص صراحة على استبعاده ما لم يتبين أن البائع لم يكن يعلم أو لم يكن من المفروض فيه أن يعلم، عند البيع أن الشراء يقصد به الاستعمال الشخصي².

فإذا كان عبء إثبات أن البيع يرد على سلع استهلاكية يقع على عاتق من يتمسك باستبعاد البيع من الخضوع للاتفاقية، فإن هذا الإثبات نظراً لتعلقه بواقعة مادية، يمكن أن يتم بكافة الطرق بما في ذلك قرائن الحال، من ذلك مثلاً طبيعة السلعة محل البيع، وصفة المشتري أو مهنته، والكمية المشتراة، وجدير بالذكر أن استبعاد بيع السلع الاستهلاكية من الخضوع للاتفاقية جاء نتيجة أنه طبقاً لأحكام القانون الموحد لاتفاقية لاهاي سنة 1964 فإن هذا البيع يمكن أن يخضع للقانون الموحد رغم أن بيع هذه السلع من البيوع قليلة

¹ _ المادة 02 من اتفاقية فينا.

² _ محمود سمير الشرقاوي، المرجع السابق، ص 67.

الباب الثاني: الإتفاقات التمهيدية ذات الطبيعة العقدية

الأهمية في نطاق التجارة الدولية، ولكن مؤدى تطبيق المعايير التي وضعها القانون الموحد من شأنه أن يخضع هذا النوع من البيوع لأحكام اتفاقية لاهاي. ولذلك حرصت اتفاقية فيينا على استبعاده صراحة، إذ لاحظت لجنة قانون التجارة الدولية التابعة للأمم المتحدة Uncitral مدى شذوذ هذا الوضع، ولما كان بيع بعض السلع الاستهلاكية قد يتم بالتقسيط، وتنظم معظم التشريعات الوطنية البيع بالتقسيط بنصوص أمرة حماية للمستهلك، فإن من أهداف استبعاد بيع هذه السلع من الخضوع لأحكام اتفاقية فيينا، أن يتمتع المشتري بحماية القوانين الوطنية التي تنظم حماية المستهلك¹.

02_ البيع الاختياري بالمزاد:

استبعدت اتفاقية فيينا في الفقرة(ب) من المادة الثانية، البيع بالمزاد من الخضوع لأحكامها ولم يكن هذا البيع مستبعداً من القانون الموحد الملحق باتفاقية لاهاي سنة 1964، فالمقصود بالبيع بالمزاد، البيع الذي يتم اختياراً بالمزاد العلني، إذ أن البيع الجبري يعتبر أيضاً من البيوع المستبعد، ويقال في تبرير استبعاد البيع بالمزاد، أنه يعد من البيوع المحلية التي تتصل بالقوانين الوطنية أكثر من تعلقه بالتجارة الدولية، ذلك أن البيع بالمزاد يبرم فور رسو المزاد في مكان وجود الشيء، وبالتالي فإن القضاء في مختلف الدول يخضع هذا البيع لمكان رسو المزاد².

03_ البيع الجبري :

استبعدت الفقرة (ج) من المادة الثانية من اتفاقية فيينا، البيع الذي يتم تنفيذاً لأمر صادر من سلطة يخولها القانون إصدار هذا الأمر، من الخضوع لأحكام الاتفاقية، ويعتبر البيع الجبري الذي يتم تنفيذاً لأمر صادر من القضاء أو من السلطة العامة من البيوع المستبعدة أيضاً وفقاً للفقرة 01 من المادة 6 من القانون الموحد لاتفاقية لاهاي، ويقال في تبرير هذا الاستبعاد أن صلتها بالتجارة الدولية منعدمة فضلاً عن وقوعها بمقتضى إجراءات إدارية أو قضائية تختلف في كل دولة عن الأخرى اختلافاً يصعب معه توحيدها.

¹ _ محمود سمير الشرقاوي، المرجع السابق، ص 68.

² _ المرجع نفسه، ص 69.

04_ بيع القيم المنقولة والأوراق التجارية والنقود :

تنص الفقرة(د)من المادة الثانية من اتفاقية فيينا على استبعاد بيع القيم المنقولة التي تشمل الأسهم والسندات وسندات الاستثمار(الأوراق المالية) والأوراق التجارية كالكمبيالات والسندات والشيكات من الخضوع لأحكام الاتفاقية، كما استبعدت الفقرة المذكورة أيضا بيع النقود(أي عمليات الصرف الأجنبي)من الخضوع للاتفاقية، ويستبعد بيع هذه القيم من الاتفاقية ولو كان البيع دولياً، لأن بيع هذه القيم يخضع لأحكام قانونية خاصة به تكون غالباً أحكاماً ملزمة.

فهذا الاستثناء لا يشمل عقود البيع التي تمثل فيها البضاعة بمستند خاص كسند الشحن أو تذكرة النقل أو صك إيداع البضائع في مخازن عامة، ولو سمي البيع ببيع مستندات، لأن دور المستندات هنا يتصل بالتزام البائع بتسليم البضاعة، ولذلك يدخل هذا البيع في نطاق البيع الدولي الخاضع للاتفاقية، وذلك برغم أن بعض التشريعات الوطنية تعتبر السندات الممثلة للبضائع من قبيل الأوراق التجارية¹.

05_ بيع السفن والمراكب والطائرات :

احتفظت اتفاقية فيينا في الفقرة(ه)من المادة الثانية باستثناء بيع السفن والمراكب والطائرات من الخضوع لأحكام الاتفاقية وهو استثناء وارد في القانون الموحد لاتفاقية لاهاي سنة 1964 في المادة 5 (1/ب) وذلك بالرغم من إثارة اعتراضات كثيرة حول استبعاد هذه البيوع من نطاق اتفاقية فيينا.

فقانون لاهاي الموحد كان يستبعد بيوع السفن المسجلة أو التي يتطلب القانون تسجيلها، ولكن أغفلت اتفاقية فيينا هذا الاشتراط، وذلك لاختلاف أحكام التسجيل من دولة إلى أخرى، وكان المقصود من هذا الاشتراط أن تشريعات بعض الدول تعامل السفن معاملة العقار وتخضعها لقواعد التسجيل لنقل ملكيتها، بل تتطلب بعض التشريعات مثل التشريع المصري إفراغ عقد بيع السفينة في محرر رسمي، لذلك يخرج من نطاق الاستثناء وفقاً

¹ _ محمود سمير الشرقاوي، المرجع السابق، ص 70.

الباب الثاني: الإتفاقات التمهيدية ذات الطبيعة العقدية

لاتفاقية لاهاي، السفن غير الخاضعة للتسجيل أي السفن التي تستثنى من التسجيل وفقاً للقوانين الوطنية مثل بعض السفن الصغيرة، وسفن الصيد، وسفن النزهة.

06_ بيع الكهرباء :

استبعدت اتفاقية فيينا في الفقرة (و) من المادة الثانية بيع الكهرباء من الخضوع لأحكام الاتفاقية وهو ما تنص عليه الفقرة 1/ج من المادة 5 من القانون الموحد لاتفاقية لاهاي واستبعاد بيع الكهرباء لا يشمل استبعاد بيع مصادر الطاقة الأخرى، لأن الاستثناء لا يقاس عليه ولا يتوسع في تفسيره، لذلك تخضع بيوع البترول والغاز الطبيعي والطاقة الذرية لأحكام الاتفاقية وبرغم أن البعض كان يرى أن المنطق يستلزم أيضاً استبعاد بيع الطاقة الذرية من نطاق الخضوع للقانون الموحد لاتفاقية لاهاي، قياساً على بيع الطاقة الكهربائية لاختلاف الرأي حول طبيعتها وما إذا كانت تعتبر منقولاً مادياً أو منقولاً معنوياً لأن القانون الموحد لا يسرى إلا على بيع المنقولات المادية، فإن اتفاقية فيينا لم تنص على استبعاد بيع الطاقة الذرية، بل يبدو أن مناقشة هذا الأمر لم يكن وارداً عند إعداد مشروع الاتفاقية¹.

07_ بيع العقار :

تعالج الاتفاقية البيع الدولي للبضائع ، ولما كان العقار لا يعتبر قانوناً من البضائع أو السلع فإنه يستبعد من الخضوع لأحكام الاتفاقية، ونلاحظ أن عنوان القانون الموحد لاتفاقية لاهاي سنة 1964 باللغة الفرنسية هو بيع المنقولات المادية *objets mobiliers corporels* بينما يستخدم الأصل الإنجليزي لهذا القانون اصطلاح بيع البضائع *sale of goods* أما اتفاقية فيينا فإنها تستخدم اصطلاح بيع البضائع سواء في الأصل الفرنسي *marchandises* أو في الأصل الإنجليزي .

إذ أن اتفاقية فيينا وإن كانت تقضى صراحة بأنه لا يشترط لسريان أحكامها أن يكون أطراف البيع من التجار أو أن يكون البيع تجارياً، إلا أن الواضح من مجموع نصوص هذه الاتفاقية أنها تتصرف أساساً إلى البيع التجاري خاصة بعد أن استبعدت المادة 2 صراحة البيع الذي يرد على سلع استهلاكية، ذلك أن الهدف من النص على عدم اشتراط تجارية

¹ _ محمود سمير الشرقاوي، المرجع السابق، ص 71.

البيع أو الصفة التجارية لأطرافه هو تجنب الدخول في معيار التفرقة بين العمل التجاري والعمل المدني وهي تفرقة لا تعرفها بعض النظم القانونية ، فضلاً عن اختلاف معيارها في الدول التي تأخذ بهذه التفرقة .

فمن المسلم به أن اصطلاح " سلعة " أو " بضاعة " لا يتضمن التعامل على العقار مهما اختلفت طبيعة النظم القانونية لذلك فإن استبعاد العقار من الخضوع لأحكام الاتفاقية أمر لا خلاف عليه، فضلاً عن أن نصوص الاتفاقية كلها تعالج بيع البضائع التي تعتبر من المنقولات.

فالنصوص التي تتكلم عن التزام البائع بالتسليم وتعالج بالتالي زمان التسليم ومكانه وتتعرض للحالات التي تكون فيها البضاعة المبيعة محل نقل من مكان إلى آخر ثم تعرض للالتزام بتسليم بضاعة مطابقة لما تم الاتفاق عليه من حيث النوع والكمية، كلها تفترض أن الأمر يتعلق ببيع منقولات، وأن بيع العقار ليس وارداً ضمن البيوع التي تخضع للاتفاقية¹.

08_ بيع المنقول المعنوي :

تؤدي نصوص الاتفاقية كذلك إلى أنها لا تسرى على بيع المنقول المعنوي برغم أن الاتفاقية لم تستعمل اصطلاح الأصل الفرنسي للقانون الموحد لاتفاقية لاهاي وهو(بيع المنقولات المادية)، إلا أن مجموع نصوص الاتفاقية تؤدي إلى أنها تسرى على بيع المنقولات المادية دون بيع المنقولات المعنوية كحقوق الدائنين وبيع المحل التجاري، وبيع حقوق الملكية الصناعية والتجارية وحقوق الملكية الأدبية والفنية².

09_ استبعاد عقدي الاستصناع والمقاولة :

تنص الفقرة(1) من المادة 3 من اتفاقية فيينا على أن " تعتبر من قبيل عقود البيع العقود التي يتم بمقتضاها توريد سلع يتم صنعها أو إنتاجها، ما لم يقدم الطرف الذي يطلب هذه السلع جزءاً جوهرياً *asubstantial part* من المواد اللازمة لتصنيعها أو إنتاجها" وبمقتضى هذا النص فإن بيع السلع المصنوعة أو المنتجة أو التي يتعهد فيها البائع بصنعها

¹ _ محمود سمير الشرقاوي، المرجع السابق، ص 72.

² _ المرجع نفسه، ص 73.

الباب الثاني: الإتفاقات التمهيديّة ذات الطّبيعة العقديّة

أو بإنتاجها، كبيع صفقة من الآلات سيتم تصنيعها بمعرفة البائع، أو بيع كمية من القمح سيتم زراعتها بواسطة البائع، فإن العقد هنا يعتبر عقد بيع ويخضع لأحكام الاتفاقية، أما إذا قدم الطرف الذي يطلب هذه السلع جزءاً جوهرياً من المواد التي تدخل فيصناعة أو إنتاج السلعة محل البيع، فإن العقد لا يعتبر في هذا الفرض من عقود البيع الخاضعة للاتفاقية فينا لبيع البضائع.

ذلك أن العقد يعتبر بيعاً إذا كان الصانع (البائع) يقدم من عنده المواد اللازمة لصناعة السلعة أما إذا كان طالب السلعة هو الذي يقدم المواد الأولية أو الجزء الأكبر منها، بحيث يقتصر عمل الطرف الآخر على مجرد صنع السلعة، أو تقديم جزء غير هام من المواد الأولية بالإضافة إلى صنعها، فإن العقد لا يعد بيعاً وإنما هو عقد استصناع أو عقد مقاول، وبالتالي يعتبر من البيوع المستبعدة التي لا تخضع للاتفاقية، وعلى الطرف الذي يتمسك بأن العقد ليس بيعاً وإنما من عقود الاستصناع التي لا تخضع للاتفاقية عبء إثبات ذلك¹.

وقد استبعدت المادة 6 من القانون الموحد لاتفاقية لاهاي سنة 1964 عقد الاستصناع من الخضوع لأحكامه بنص مماثل لنص المادة 3(1) من اتفاقية فيينا، وبعد هذا الاستبعاد نصت المادة 3 أيضاً في فقرتها الثانية على أنه " لا تسرى الاتفاقية على العقود التي يكون فيها الجزء الغالب preponderantpart من التزامات الطرف الذي يورد السلع إلى طالبها عبارة عن تقديم عمل أو أي نوع آخر من أنواع الخدمات " .

والسبب في استبعاد هذا العقد أنه يعتبر في جوهره من عقود المقاول، ذلك أن محل عقد المقاول، القيام بعمل أو تقديم خدمة إلى الطرف الآخر، من ذلك مثلاً عقود الإنشاءات وأهم صورة لهذه العقود عقد تسليم المفتاح الذي يتفق فيه رب العمل مع المقاول على أن يقوم لحسابه بإنشاء مبنى أو مصنع أو فندق أو مطار أو إحدى المنشآت المتصلة بمرفق عام كمحطات الصرف الصحي أو مترو الأنفاق، فهذه الصور من العقود قد يقدم فيها المقاول بعض السلع إلى رب العمل ولكن الجزء الهام من العقد هو العمل أو الخدمة التي يقدمها المقاول إلى رب العمل.

¹ _ محمود سمير الشرقاوي، المرجع السابق، ص 74.

كذلك قد يتعهد المقاول بتوريد بعض السلع لحساب رب العمل غير أنه يتعهد بتركيبها في إحدى المنشآت التابعة للأخيرين ذلك المقاول الذي يورد آلات ميكانيكية أو أجهزة كهربائية لإحدى المنشآت ويلتزم بالقيام بتركيبها وتشغيلها، كالقيام بتركيب آلات يوردها المقاول إلى رب العمل أو القيام بتوريد وتركيب أجهزة تكييف لحساب رب العمل فالعقد هنا وإن اشتمل في جزء منه على بيع بعض السلع، إلا أن جزءاً هاماً منه يتمثل في القيام بتركيب وتشغيل الآلات والأجهزة التي يوردها المقاول، ولذلك يعتبر العقد هنا من العقود غير الخاضعة لاتفاقية فيينا بشرط أن يثبت أن الجزء الغالب من التزامات المقاول تتمثل في تقديم عمل أو القيام بخدمة أخرى بحيث لا يعتبر توريد السلع سوى أحد الالتزامات التابعة لالتزامات المقاول في العقد¹.

ويمكن أن يستعان في هذا الصدد لإثبات طبيعة العقد وما إذا كان يعتبر عقد مقاوله أو عقد بيع بتقدير قيمة السلع التي يتم توريدها مع مقارنتها بالأجر الذي سيدفع مقابل العمل أو الخدمة، فإذا كانت القيمة الأولى هي الغالبة فالعقد يعد بيعاً خاضعاً للاتفاقية، وإلا فهو عقد مقاوله يستبعد من نطاق الخضوع للاتفاقية لتخضع للقانون المحل، ويجب أن تكون قيمة الجزء الغالب أكثر من 50 % من القيمة الكاملة للعقد.

ولكي يسهل هذا التقدير فإنه ينظر إلى عقد المقاوله كما لو كان متضمناً لعقدين، عقد توريد السلع وعقد تقديم الخدمات أو العمل، فالأصل أن يخضع العقد الأول للاتفاقية فيينا بينما يخضع العقد الثاني للقانون الوطني أو المحلي، والفيصل في تحديد ذلك هو الرجوع إلى أحكام القانون المحلي للتحقق مما إذا كان من الممكن ومن المحتمل الفصل بين هذين العقدين، برغم أن إرادة الطرفين تلعب دوراً هاماً في هذا المجال، حتى ولو كان القانون المحلي ينظر إلى هذا العقد المركب كعقد واحد، ويعنى ما تقدم أن نصوص العقد والمظاهر التي تحيط به يمكن أن تدل أو تعبر عن نية طرفيه، لاعتبار العقد عقد بيع بحسب السمة الغالبة عليه أو أنه عقد مقاوله لأن العمل يمثل الجزء الهام فيه برغم اشتماله على توريد بعض السلع².

¹ _ محمود سمير الشرقاوي، المرجع السابق، ص 75.

² _ المرجع نفسه، ص 76.

الباب الثاني: الإتفاقات التمهيديّة ذات الطّبيعة العقديّة

ومع ذلك فإنّ المادة 6 من اتّفاقيّة فيينا تسمح لأطراف التعاقد بتعديل الفقرة 2 من المادة 3 منها وذلك باعتبار العقد من عقود البيع ولو كان الالتزام بتركيب الأجهزة أو الآلات التي يتمّ توريدها يشكل الجزء الغالب من التزامات المقاول، بحيث يستطيع أطراف التعاقد بإرادتهم إدخال هذا العقد في مجال الخضوع لأحكام الاتّفاقيّة برغم أنّه بحسب نصّ المادة 2/3 يعدّ من العقود المستبعدة.

وفي أثناء مناقشة المادة 3 من اتّفاقيّة فيينا، عرضت المملكة المتّحدة اقتراحاً باستبعاد عقود بيع نقل المعرفة الفنيّة أو التكنولوجيّا من الخضوع لأحكام الاتّفاقيّة، وهي العقود التي يكون محلّها بيع سلعة يتمّ تصنيعها أو إنتاجها متى قدم صاحب السلعة المعلومات أو الخبرة الفنيّة إلى الصانع حتى يتمّ تصنيعها أو إنتاجها، على أنّ هذا الاقتراح لم يلق قبولاً من أعضاء لجنة الأمم المتّحدة لقانون التجارة الدوليّة، إذ ربما يترتب على الأخذ به استبعاد عدد من عقود البيع الدولي من نطاق الخضوع للاتّفاقيّة¹.

الفرع الثاني

أثر تغيير الظروف على إبرام عقد الوعد بالبيع

قد تحدث ظروف يتعذر معها إبرام العقد النهائي الموعود به نتيجة لتغيرات سياسيّة واقتصاديّة أو حتى فنيّة أو تقنيّة، مما أدى إلى ظهور مفاهيم جديدة بمقتضاها يتمّ مواجهة تلك الظروف أو المتغيرات، وعليه سنحدّد في هذا الفرع معنى تغيير الظروف (أولاً)، كما سنبيّن الأسباب المؤدّيّة إلى تغيير الظروف (ثالثاً)، وفضلاً عن ذلك سنبيّن الطرق التي بمقتضاها يتمّ معالجة تلك الظروف (ثالثاً).

أولاً: ضبط معنى تغيير الظروف:

لقد اختلفت التشريعات الوطنيّة في المصطلحات المتعلّقة بمواجهة التغيرات والظروف فهناك من يستعمل مصطلح القوة القاهرة وهناك من يستعمل مصطلح استحالة التنفيذ²، فإذا كانت التغيرات في الظروف المحيطة بالعقد لها أثر واضح في العلاقات بين الأفراد داخل

¹ _ محمود سمير الشرقاوي، المرجع السابق، ص 77.

² _ شريف محمد غنام، أثر تغيير الظروف في عقود التجارة الدوليّة، مطبعة الفجيرة الوطنيّة، دبي، الإمارات، 2010 ص 06.

الباب الثاني: الإتفاقات التمهيدية ذات الطبيعة العقدية

الدولة الواحدة، فإن هذا التغيرات تزداد أكثر في العلاقات بين الأطراف على المستوى الدولي، فالمنتبع لشركات الأسواق العالمية يشهد تغيرا ملحوظا من وقت إلى آخر في أسعار المواد الأولية والمواد المصنعة والمنتجة، إذ أن هذه التغيرات لها أثر كبير على عقود التجارة الدولية وعلى الوسائل المستخدمة لمعالجة هذه التغيرات¹.

لذلك ظهرت عدة مفاهيم جديدة فرضتها ظروف وملابسات التجارة الدولية، فالحلول التي تنظمها القوانين الداخلية توجه بالدرجة الأولى إلى المشكلات الناجمة عن العلاقات الداخلية أما نظرتها إلى العلاقات الدولية فهي ليست على سبيل الاستثناء²، فنظرية القوة القاهرة وما يشابهها من نظريات لا تستوعب الحالات ذات الطابع الاقتصادي والتكنولوجي مما يجعل تطبيقها عسيرا، كما ان نظرية الظروف الطارئة أيضا لا تستجيب وواقع التجارة الدولية، ذلك أنها تمنح للقاضي سلطة تعديل العقد في الحدود التي يرسمها القانون بحيث أن هذا الأمر لا يستجيب مع عقود التجارة الدولية التي غالبا ما تتضمن شرط اللجوء إلى التحكيم لفض النزاعات³.

وبناء على ذلك تم هجر مصطلح القوة القاهرة من مجال اتفاقيات التجارة الدولية فاتفاقية الأمم المتحدة للبيع الدولي للبضائع نجدها تستخدم مصطلح " إعفاء"⁴ وفضلا عن ذلك فإنه تم منح الأطراف الحرية الواسعة في تنظيم عقودهم لاسيما فيما يتعلق بتحديد القانون الواجب التطبيق، إذ ان هذه الأسباب مجتمعة قد ساهمت في ادراج الشروط التي يضعها الأطراف والتي تهدف إلى مراجعة أحكام العقد على إثر تعرض العقد لظروف خارجية⁵، فالأصل في الالتزامات انها تزول بتنفيذها، غير انه قد تحدث ظروف أو متغيرات تجعل هذه الالتزامات مستحيلة التنفيذ خاصة في حالة تعلق الأمر بعقود التجارة الدولية ذلك انها تتسم بطول مدتها وضخامة مبالغها، إذ ان عدم نفيذ الالتزامات يعد خرقا مبدأ استمرار المعاملات التجارية لاسيما في مجال التجارة الدولية.

¹ _ شريف محمد غنام، المرجع السابق، ص 07.

² _ المرجع نفسه، ص 08.

³ _ المرجع نفسه، نفس الصفحة.

⁴ _ المادة 79 من اتفاقية فينا 1980.

⁵ _ شريف محمد غنام، المرجع نفسه، ص 08.

إنّ التّغييرات المستمرة التي تحدثها الظروف على تنفيذ الاتّزمات لقد أدت إلى عدم فاعلية القواعد والنظم القانونيّة لدى التشريعات في حل مشاكل تغيير الظروف في واقع التجارة الدوليّة، فنظريتي الظروف الطارئة وكذا القوة القاهرة لم تعد تستجيب في مواجهة المتغييرات التي قد تحدث¹، فتغيير الظروف يتعلّق أساسا بمرحلة تنفيذ العقد التي يقوم بمقتضاها الأطراف بتنفيذ التّزماتهم، ولكن لا مانع من تصور أنّ تغيير الظروف قد تتعلّق بالمرحلة السابقة على التعاقد لاسيما وإذا تعلّق الأمر بالوعد بالبيع كأن يتم إبرام عقد الوعد خلال مدة معينة إلا أنّ عند حلول ميعاد إبرام العقد النهائي ظهرت متغييرات تجعل إبرام هذا العقد النهائي أمرا مستحيلا نتيجة لحدوث تلك الظروف أو المتغييرات.

وعليه كما يمكن أن تكون تلك الظروف عائق في مرحلة التنفيذ، كذلك يمكن أن تتعلّق تلك الظروف بالمرحلة السابقة على التعاقد، إذ إن في كلا الحالتين فتغيير الظروف تحول دون تنفيذ الاتّزمات لاسيما أطراف الوعد بالبيع والتي أهمها الاتّزام بإبرام العقد الهائي عند حلول الميعاد أو ظهور الرغبة حسب الأحوال.

ثانيا: صور الأسباب المؤديّة لتغيير الظروف:

قد يكون تغيير الظروف نتيجة لأسباب سياسيّة كالقرارات الصادرة من خارجيّة دولة معينة بقطع العلاقات بينها وبين دولة أخرى مما يجعل تنفيذ التّزمات الطرف المنتمي لتلك الدولة أمرا مستحيلا أو مرهقا، وقد يكون تغيير الظروف نتيجة لأسباب اقتصاديّة كارتفاع الأسعار المفاجئ في المواد الأولية أو المواد المصنعة أو المنتجة.

و قد يكون تغيير الظروف لأسباب تشريعيّة أو قانونيّة كصدور بعض القوانين التي تمنع الإستيراد والتصدير أو تمنع تداول رؤوس الأموال مما يؤثر بشكل أو آخر على تنفيذ الاتّزام، كما قد يكون تغيير الظروف نتيجة لأسباب تقنيّة أو فنيّة كالتطور في الإنتاج بالنسبة لمنتج معين بحيث يصبح هذا المنتج أكثر تقدما وأقل سعرا مما قد يؤدي بالنتيجة إلى تغيير ذوق المستهلكين بالنسبة للمنتج محل العقد².

¹ _ موكه عبد الكريم، أثر تغيير الظروف الاقتصاديّة على استقرار عقود التجارة الدوليّة، مجلة الحقوق والعلوم السياسيّة العدد 10، جيجل، الجزائر، سنة 2018، ص 403.

² _ شريف محمد غنام، المرجع السابق، ص 05.

وعليه فتغير الظروف قد يحول دون إبرام العقد النهائي الموعود به، ولكن ليس كل الظروف تحول دون إبرام العقد، فإذا طرأ مثلاً ظرف صحي كجائحة كورونا عند حلول ميعاد إبرام العقد الموعود به، فإنه يجوز للأطراف تعديل تلك المدة بموجب اتفاق بينهم كأن يتم تعديل مدة إبرام العقد النهائي إلى غاية نهاية الظرف الصحي المذكور، كما أن قواعد العدالة تقتضي بتعديل تلك المدة خاصة إذا أظهر الأطراف رغبتهم في الاستمرار في العلاقة التي تربطهم.

ثالثاً: طرق معالجة تغير الظروف في عقد الوعد بالبيع التجاري الدولي:

لقد أفرز الواقع التعاقدى لعقود التجارة الدولية العديد من الشروط التي بمقتضاها قد يتم مواجهة الظروف التي تطرأ على العقد¹ لاسيما عقد الوعد بالبيع.

01_ تعديل شروط العقد تلقائياً:

يهدف إدراج شرط تعديل العقد تلقائياً إلى تعديل البنود تلقائياً في حالة حدوث تغيرات قد تحول دون تنفيذ الالتزامات، وذلك دون تدخل من الأطراف أثناء التعديل، ومن هذه الشروط نجد شرط الإبقاء على أساس مؤثر أو آخر وشرط الإبقاء على القيمة رغم تغير العملة أو أية أسباب أخرى²، وعليه يجوز إدراج شروط في عقد الوعد بالبيع تتضمن بأنه في حالة حدوث ظروف تحول دون إبرام العقد النهائي في مدته المتفق عليها، فإنه تمدد تلك المدة بسنة مثلاً، أو كأن تتضمن تلك الشروط بأنه في حالة تغير الظروف فإن القيمة المدرجة لمحل عقد الوعد بالبيع فإنها تخفض بنسبة معينة.

بخلاف العقود الداخلية فإن عقود التجارة الدولية تتميز بطول مدتها المتفق عليها من قبل الأطراف بغية تحقيق قدر من الاستقرار في معاملاتهم كما هو الحال في عقود التوريد وعقود الامتياز، هذا وقد يرجع طول المدة إلى طبيعة العقد ذاته وضخامة الأعمال المطلوب القيام بها، وطالما أن العقد مقيداً بزمان فإن لا شك أن يكون عرضة للمتغيرات والظروف مما

¹ _ شريف محمد غنام، المرجع السابق، ص 09.

² _ المرجع نفسه، نفس الصفحة.

الباب الثاني: الإتفاقات التمهيدية ذات الطبيعة العقدية

يحول دون تنفيذ الأطراف للإلتزاماتهم¹، هذا بالنسبة لجميع عقود التجارة الدولية فما بالك بعقد الوعد بالبيع الذي تعد المدة ركنا أساسيا فيه، بحيث لا يجوز إبرام العقد النهائي إلا بعد مرور مدة من الزمن متفق عليها من قبل الأطراف، وعليه فالتحديد مدة إبرام العقد النهائي تعدا ركنا في العقد الموعود بإبرامه، وهذا ما أقرته غالبية التشريعات لاسيما المشرع العراقي² وكذا المشرع المصري³.

قد يؤدي تغير الظروف إلى إثارة بعض المشاكل لاسيما إذا تعلق الأمر بالوعد بالبيع كمشكلة مدى ملائمة الثمن المحدد في عقد الوعد مع تغير الظروف، إذ في هذه الحالة يمكن الإتفاق على ربط المقابل بتغير الظروف سواء الظروف الاقتصادية أو السياسية وغيرها من الظروف المؤثرة في هذا المقابل⁴.

02_ شرط إعادة التفاوض:

إدراج شرط إعادة التفاوض يهدف إلى مراجعة بنود العقد عن طريق إعادة التفاوض على تلك البنود، فالتعديل هنا لا يتم تلقائيا⁵، بل يتم بموجب الاتفاق بين الأطراف مما قد يترتب عليه نجاح المفاوضات كما قد يترتب عليه فشلها، وعليه إذا طرأت ظروف أو متغيرات تجعل إبرام عقد الوعد بالبيع مستحيلا نتيجة لتلك الظروف، فإنه يجوز لأطراف الوعد مراجعة البنود التي تم إدراجها وذلك عن طريق التفاوض، كأن يتم التفاوض من جديد على قيمة الثمن المدرج في العقد.

فإذا تم إدراج شرط إعادة التفاوض في عقد الوعد بالبيع وحدثت ظروف تحول دون إبرام العقد النهائي، فإنه لا بد من إعادة التفاوض على العقد المستقبلي من جديد، إذ ان شرط إعادة التفاوض يسمح للأطراف الاقتراب بشكل مرن وبحسن النية لإيجاد حل مناسب

¹ _ شريف محمد غنام، المرجع السابق، ص 05.

² _ المادة 91 من القانون المدني العراقي.

³ _ المادة 105 من القانون المدني المصري.

⁴ _ احمد شرف الدين، المرجع السابق، ص 87.

⁵ _ شريف محمد غنام، المرجع نفسه، ص 09.

الباب الثاني: الإتفاقات التمهيدية ذات الطبيعة العقدية

لمعالجة النتائج الضارة التي سببها تغير الظروف، كما ان هذا الشرط يعطي للعقد فرصة الاستمرار عن طريق تعديل أحكامه¹.

ففي حالة نجاح المفاوضات الجديدة على العقد النهائي أي الاتفاق على عناصر العقد النهائي، فإنه يتعين التقييد بما تم تعديله سواء تعلق الأمر بالمدة التي يجب فيها إبرام العقد الموعود به أو تعلق الأمر بتعديل الثمن تحت طائلة الإخلال بالالتزامات مما قد يترتب التنفيذ العيني أو التعويض أو الفسخ حسب الأحوال.

أما في حالة فشل المفاوضات الجديدة على العقد النهائي فإنه يجب التمييز بين حالتين، حالة الفشل بسبب أحد الأطراف أي عدم الاتفاق وحالة الفشل بموجب إتفاق، ففي حالة فشل المفاوضات الجديدة بموجب اتفاق فإن العقد يفسخ²، بينما في حالة فشل المفاوضات الجديدة بسبب عدم الاتفاق كأن يكون الاختلاف حول مدى إعطاء المحكم سلطة تعديل أحكام العقد فإن الراجح من أراء الفقهاء يقضي بأن يبقى العقد الأصلي بحالته السابقة قبل إعادة التفاوض وبنفس النصوص الواردة فيه³، وهذا يترتب عليه التنفيذ العيني أو الفسخ أو التعويض حسب الأحوال.

المطلب الثاني

الوعد بالتفضيل

كما يجوز الوعد بالبيع في مجال التجارة الدولية، كذلك يجوز الوعد بالتفضيل بحيث يعد أحد الأطراف الآخر بأن يفضلته في حالة ما إذا أراد التعاقد، غير أنه قد يحدث وأن يضعا الأطراف شرط يطلق ليه شرط العرض التنافسي، والذي بمقتضاه يتم تعديل الثمن المتفق عليه في عقد الوعد، وذلك بالنظر إلى المنافسة الشديدة التي تعرفها السوق الدولية وعليه سنقسم هذا المطلب إلى فرعين، سنحدد في الفرع الأول معنى لوعد بالتفضيل، أما الفرع الثاني سنتطرق فيه إلى أثر شرط العرض التنافسي على إعطاء الأفضلية في عقد الوعد.

¹ _ شريف محمد غنام، المرجع السابق، ص 71.

² _ المرجع نفسه، ص 422.

³ _ المرجع نفسه، ص 432.

الفرع الأول

تحديد معنى الوعد بالترفضيل

الوعد بالترفضيل هو صورة من صور عقد الوعد بالترعاقد وإن كان يتميز عن هذا الأخير في جوانب عدة، إلا أن الفقه قد إختلف حول مسألة التكيف القانوني للوعد بالترفضيل، وعليه سنحدد من خلال هذا الفرع معنى الوعد بالترفضيل وذلك بتعريفه (أولاً) وتمييزه عن الوعد بالترعاقد (ثانياً)، كما سيتم تبيان الطبيعة القانونية لهذا الوعد أي الوعد بالترفضيل (ثالثاً).

أولاً: تعريف الوعد بالترفضيل

الوعد بالترفضيل هو عقد يتعهد بمقتضاه احد الطرفين بترفضيل الطرف الثاني في ما إذا أراد البيع مثلاً¹، كما يقصد بالوعد بالترفضيل على انه عقد بمقتضاه شخص يدعي الواعد بعرض الترعاقد على شخص اخر يدعي المستفيد فيما لو قرر الترعاقد لاحقاً وإعطائه الأفضلية للحلول محل الغير في العقد النهائي.

هذا ويطلق على الوعد بالترفضيل عقد الأفضلية²، والوعد بالترفضيل هو عقد ملزم لجانب واحد كأن يكون ملزماً من جانب البائع وحده او من جانب المشتري وحده، بحيث أنه يتحقق من جانب الواعد كأن يلتزم اتجاه الموعد له بانه متى رغب في البيع فإنه يعرضه أولاً على الموعد له، والعكس صحيح أي قد يتحقق من جانب المشتري كأن يلتزم هذا الأخير بانه في حالة رغبته بشراء شيء فإنه يعرض حاجته في الشراء³، فإبرام عقد الوعد بالترفضيل يقتضي بأن تكون هناك الرغبة من قبل الواعد، فإذا تحققت هذه الرغبة فلا يجوز له ان يبرم عقداً على المحل نفسه مع غير الموعد له، وإنما عليه ان يعرض البيع أو يطلب

¹ _ حسن علي الذنون، المرجع السابق، ص 41.

² _ هدى عبد الله، النظام القانوني للفترة السابقة للترعاقد في القانون اللبناني والقانون المقارن، أطروحة دكتوراه دولة في الحقوق، الجامعة اللبنانية، كلية الحقوق والعلوم السياسية والإدارية، الفرع الأول، بيروت، 1998-1999، ص 236.

³ _ كمال ثروت الوندأوي، شرح أحكام عقد البيع، دراسة مقارنة مع مجموعة التشريعات العربية والأجنبية، ط1، مطبعة دار السلام، بغداد، 1973، ص 36.

الشراء من الموعد له وحسب نوع الوعد هذا ويحق للموعد له بأن يقبل إبرام عقد التفضيل أو يرفضه¹.

ثانيا: تمييز الوعد بالتفضيل عن الوعد بالتعاقد

الوعد بالتفضيل والوعد بالتعاقد يتفقان من عدة جوانب، حيث يبقى الواعد في كلا الحالتين مالكا للشيء الموعد به، إذ أن تبعة الهلاك تقع على عاتق الواعد، كما أن الواعد في كلا الحالتين يبقى ملزما بإيجابه طوال المدة المحددة، فالوعد بالتفضيل يتميز عن الوعد بالتعاقد في عدة أمور، ففي الوعد بالتفضيل غالبا ما تكون شخصية الموعد له محل اعتبار لذلك لا يجوز للموعد له حوالة حقه الناشئ عن الوعد بالتفضيل، بينما في الوعد بالتعاقد نجد أنه في الغالب شخصية الموعد له ليست محل إعتبار في العقد².

كما أن في الوعد بالتعاقد يكون الثمن غالبا محددًا عند البداية، أما في الوعد بالتفضيل فيحدد الثمن لاحقا بحيث انه الثمن الذي يدفعه الغير ومن ثم فلا يتطلب تحديده في الحال³ وعليه لا يجوز الطعن في صحة عقد التفضيل لإنعدام تحديد الثمن، أما بالنسبة لتحديد المدة في الوعد بالتفضيل نجد أنه هناك اختلاف فقهي حول مسألة تحديد المدة في الوعد بالتفضيل.

ففرق من الفقه يرون انه من الضروري تحديد المدة في عقد الوعد بالتفضيل وفريق ثاني من الفقه يرون انه ليس من الضروري تحديد المدة ذلك انه لا يوجد مانع يمنع الواعد من الإلتزام بعرض الشيء الموعد به أو بطلب ذلك الشيء منه إذا رغب في أي وقت بالبيع أو الشراء⁴.

وفضلا عن ذلك فالوعد بالتعاقد يختلف عن الوعد بالتفضيل من حيث أهلية إبرام العقد، ففي الوعد بالتعاقد يشترط في الواعد ان تكون له إبرام العقد في تاريخ إبرام الوعد

¹ _ كمال ثروت الوندائي، المرجع السابق، ص 37.

² _ محمد كامل مرسي، شرح القانون المدني الجديد العقود المسماة، عقد البيع وعقد المقايضة، ج6، المطبعة العالمية 1953، ص 75.

³ _ غني حسون طه، المرجع السابق. ص 121.

⁴ _ كمال ثروت الوندائي، المرجع نفسه، ص 37.

وليس من تاريخ إعلان الرغبة، أما في الوعد بالتفضيل فلا يشترط الأهلية اللازمة لدى الواعد إلا في وقت ممارسة الأفضلية، ذلك ان الواعد يلتزم بإعطاء الأفضلية للمستفيد بحيث أن التزامه هو الامتناع عن البيع للغير¹.

ويختلفان أيضا في مسألة تاريخ نشوء حق الموعد له في قبول الشراء وتحويل الوعد إلى بيع تام، ففي الوعد بالبيع ينشأ هذا الحق منذ إبرام الوعد، بينما إذا تعلق الأمر بالوعد بالتفضيل نجد ان هذا الحق ينشأ في الوقت الذي يعتمزم فيه الواعد بالبيع².

ثالثا: تكيف الوعد بالتفضيل

لقد اختلف الفقه حول تحديد طبيعة الوعد بالتفضيل، ففريق من الفقه يرون أن الوعد بالتفضيل عقد باطل ذلك انه معلق على محض إرادة الواعد، غير أنه أنتقد هذا الرأي بأن الوعد بالتفضل ليس شرط إرادي محض وحتهم في ذلك ان الواعد قد تضطره ظروف لا دخل لها في إرادته في البيع، بحيث أنه عقد صحيح والشرط المعلق عليه ليس اراديا محضا بل إنه متعلق بظروف الحال³.

وفريق آخر من الفقه يرون أن الوعد بالتفضيل عقد صحيح لكنه معلق على شرط واقف هو عزم الواعد على بيع الشيء محل العقد⁴، غير انه أنتقد هذا الرأي بان عزم الواعد على البيع او رغبته في البيع يمثل الأساس لوجود الوعد بالبيع فلا يمكن النزول بهذه الإرادة إلى مرتبة الشرط العارض الذي هو واقعة غير معروفة في أركان العقد وشروطه، وبالنتيجة فلا يمكن التسليم بأن الوعد بالتفضيل هو وعد بالبيع معلق على شرط هو رغبة الواعد بالبيع⁵، وفريق ثالث من الفقه يرون أن الوعد بالتفضيل هو وعد بالبيع في طريق التكوين، إذ أن الوعد بالتفضيل يتحول إلى وعد بالبيع إذا قرر الواعد بيع الشيء الموعد به إلى شخص

¹ _ نبيل إبراهيم سعد، العقود المسماة، عقد البيع، ط2، الدار الجامعية الجديدة، الإسكندرية، 2004، ص 91.

² _ حسام الدين كامل الأهواني، عقد البيع في القانون المدني الكويتي، مطبوعات الجامعة، الكويت، 1989، ص 41.

³ _ أنور سلطان، المرجع السابق، ص 81.

⁴ _ عبد المنعم البدرأوي، عقد البيع في القانون المدني، ط1، دار الكتاب العربي، مصر، 1957، ص 154.

⁵ _ آمنة عبد الكريم علي أحمد، المرجع السابق، ص 211.

معين، ومن ثم يصبح المستفيد في مركز دائن بوعده بالبيع ذلك أنه يستطيع بإرادته إبرام عقد البيع¹.

الفرع الثاني

أثر شرط العرض التنافسي على إعطاء الأفضلية

شرط العرض التنافسي يعد من الاشتراطات التي يلجأ إليها الأطراف لمراجعة عناصر العقد لاسيما العنصر المالي، وذلك راجع إلى المنافسة الشديدة التي يعرفها سوق السلع والخدمات في مجال عقود التجارة الدولية، فالهدف من هذا الشرط هو محاولة المتدخلين في هذا المجال الحفاظ على إستقرار العقود التي يبرمونها والحفاظ على سمعتهم التجارية ومراكزهم القانونية في السوق الدولية²، وعليه سيتم ضبط معنى هذا الشرط (أولاً)، كما سيتم تبيان شروط إعماله (ثانياً)، هذا ويتعين تبيان الآثار المترتبة على تفعيل شرط العرض التنافسي على العقد التجاري الدولي (ثالثاً).

أولاً: تحديد معنى اشتراط العرض التنافسي

نظراً للمنافسة الشديدة التي تعرفها السوق الدولية، فإنه قد يلجأ الأطراف إلى وضع شرط مقتضاه تعديل الثمن بناء على المعطيات الجديدة لعامل المنافسة للسلعة محل التعاقد إذ يمكن مراجعة الثمن بصفة شبه تلقائية بناء على الثمن التنافسي.

حيث أن اشتراط العرض التنافسي يتعلق أساساً بالثمن المحدد في العقد التجاري الدولي، بحيث يتيح هذا الشرط للمتعاقد المطالبة في مواجهة المتعاقد الآخر بتعديل ومراجعة العقد في حالة وجود عرض أكثر تنافسياً لاسيما من حيث الكمية وكذا من حيث النوعية ومن حيث السعر المقدم من الغير، ففي هذه الحالة يتعين على المورد ان يعدل من ثمن العقد مما يتناسب والعرض التنافسي³، ففي حالة عدم رضا المورد بتعديل الثمن، فإنه يجوز للمشتري فسخ العقد والتعاقد مع الغير الذي قدم العرض التنافسي، إذ ان هذا الحل في

¹ _ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، المرجع السابق، ص 60.

² _ موكه عبد الكريم، المرجع السابق، ص 57.

³ _ المرجع نفسه، ص 58.

الغالب لا يرغب فيه المتدخلين لاسيما في مجال عقود التجارة الدولية، ذلك انه قد يصرف على هذه العقود أموالا كثيرة¹.

ثانيا: شروط أعمال اشتراط العرض التنافسي لمراجعة العقد التجاري الدولي

إن أعمال اشتراط العرض التنافسي لمراجعة العقد التجاري الدولي لا يكون إلا بتوافر شروط موضوعية وأخرى شكلية، وهذا ما سيتم التطرق إليه في هذه الجزئية.

01_ الشروط الموضوعية:

يشترط لإعمال شرط العرض التنافسي لمراجعة العقد التجاري الدولي أن يكون هذا العرض موجودا وحقيقيا وجديا.

أ_ وجود عرض تنافسي:

إن تفعيل اشتراط العرض التنافسي يقتضي وجود عرض آخر أفضل مقدم من الغير إذ في هذه الحالة يقوم المورد بمقارنة جميع عناصر العرض الذي يدعي من خلاله المشتري انه أفضل وتنافسي من حيث النوعية والكمية والضمانات وكذا الثمن، فمراجعة الثمن وفقا للعرض التنافسي يتطلب مقارنة جميع عناصر العقد والعرض الأصل، كما أن أعمال هذا الشرط يقتضي أن يتعلق بعقود التوريد والبيع التي يكون فيها محل التعاقد سلعة قابلة للمقارنة من حيث مواصفاتها وكمياتها².

فثمن التنافسي يتطلب أن يكون اقل من الثمن التعاقدى على السلعة ذاتها، كما يجب أن يكون العرض الخاص بالثمن حقيقيا وفقا لاعتبارات السوق الخاصة بالسلعة مما يستجيب والمنافسة النزيهة، ومن ثم يجب ألا يكون العرض التنافسي المقدم من الغير قائما على البيع بالخسارة أو تخفيض صوري للثمن³، وعليه قد يكون الثمن التنافسي لا عبر على القيمة

¹ _ موكه عبد الكريم، المرجع السابق، ص 59.

² _ المرجع نفسه، ص 60.

³ _ كتو محمد الشريف، الممارسات المنافسية للمنافسة في القانون الجزائري، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، تخصص القانون العام، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر، سنة 2005، ص 175.

الحقيقيّة للسلعة محلّ الاتفاق، وإنما وسيلة لإغراء المتعاقد من أجل مطالبته مراجعة الثمن أو التحلّل من العقد، بحيث يقع على المتعاقد متلقي العرض التنافسي إثبات عدم وجود إحدى الصور المخالفة للنية الحسنة في مجال عقود التجارة الدوليّة.

ب_ أن يكون العرض التنافسي حقيقيا و جديا:

حتى يكون الثمن حقيقيا و جديا لا بد الا يكون هناك توافق بين العارض والمتعاقد من أجل التحلّل من العقد، لذلك يقع على عاتق المشتري التزام بإثبات حقيقة و جدية العرض التنافسي من أجل مراجعة الثمن، وذلك عن طريق تقديم أدلة كتابية عن العرض المقدم من الغير¹ غير ان مسألة إثبات جدية و حقيقة العرض التنافسي تثير الكثير من الإشكالات والتعقيدات لاسيما بما يتعلق باحترام سرية العمال وأخلاقيات الممارسات التجارية التي تقوم عليها عقود التجارة الدوليّة، لذلك فتفعيل اشتراط مراجعة الثمن على أساس العرض التنافسي يقتضي أن يقوم الأطراف بالاستعانة بخبير مستقل من أجل تقييم العرض التنافسي، وذلك عن طريق المقارنة بين عناصر العقد والعرض التنافسي المقدم من الغير².

02_ الشروط الشكلية :

إن تفعيل مراجعة الثمن على أساس العرض التنافسي يقتضي أن يحترم المتعاقد متلقي العرض شرطين أساسيين وهما الالتزام بالإخطار وكذا احترام المواعيد.

أ_ الالتزام بالإخطار :

الالتزام بالإخطار يعد المحرك الرئيسي لشرط مراجعة الثمن على أساس العرض التنافسي باعتبار أن الثمن لا يتم مراجعته بصفة تلقائية بل لا بد من تفعيله من خلال التدخل بالإخطار بوجود عرض تنافسي، حيث يلزم على المتعاقد على العقد التجاري الدولي في حالة تحققه من موضوعية العرض التنافسي المقدم له من الغير أن يخطر البائع بوجود

¹ _ موكه عبد الكريم، المرجع نفسه، ص 61.

² _ المرجع نفسه، ص 62.

الباب الثاني: الإتفاقات التمهيدية ذات الطبيعة العقدية

عرض تنافسي بئمن أقل من الثمن التعاقدى القائم بينهما والتعبير عن رغبته في دعوة البائع إلى تعديل الثمن وأقلمته وفقا للعرض التنافسي تحت طائلة وقف او فسخ العقد.

وعليه حتى يتسنى للموعد له بالتفضيل ان يطلب مراجعة الثمن المتفق عليه في عقد الوعد أن يقوم بإخطار الواعد بأنه يوجد عرض تنافسي من شخص آخر يمكن أن يعده بالتفضيل، إذ أن هذا الإخطار من قبل الموعد له اتجاه الواعد يهدف إلى تعديل الثمن المتفق عليه على أساس وجود عرضا تنافسيا.

أما الشكل الذي يتم بمقتضاه الإخطار يكون في الغالب بموجب بند متفق عليه من قبل الأطراف في العقد التجاري الدولي، فيكون الإخطار كتابيا سواء برسالة موصى عليها أو التلكس أو عن طريق الهاتف أو الوسائل الإلكترونية عبر الإنترنت¹، ومنه يتبين أنه يجوز ان يقوم الموعد له بالتفضيل ان يقوم بإخطار الواعد بوجود عرض تنافسي عبر شتى الوسائل لاسيما الهاتف أو الإيميل أو حتى الفيسبوك أو تويتر وغيرها من الوسائل الإلكترونية، لذلك فإنه يتعين على المواعد له ان يقوم بإخطار الواعد على انه يوجد عرض تنافسي.

ب_ احترام المواعيد:

إن شرط احترام المواعيد في عقد التجارة الدولي لا يقتصر على طرف فقط بل يشمل الطرفين، فحتى يتحقق مراجعة الثمن وفقا للعرض التنافسي فإنه يجب على البائع او المورد أن يعبر عن نيته بصفة تلقائية في مراجعة الثمن بعد إخطاره من المتعاقد الآخر، وذلك من خلال قبوله الثمن التنافسي وتعديل الثمن التعاقدى وفقا للثمن التنافسي، وله أن يقوم بذلك من خلال احترامه لمدة زمنية معقولة حتى لا يؤثر سلبا على المنافع التجارية الخاصة بالطرف المتعاقد².

وعليه كما يجوز إعمال شرط العرض التنافسي في مرحلة تنفيذ عقد التجارة الدولي كذلك يجوز إعماله في المرحلة السابقة على التعاقد لاسيما إذا تعلق الامر بالوعد بالتفضيل فإذا كان الوعد بالتفضيل ملزما لجانبين، فإنه يتعين على الواعد ان يعبر عن نيته بصفة

¹ _موكه عبد الكريم، المرجع السابق،، ص 63.

² _ المرجع نفسه، ص ص 63 و 64.

تلقائيّة في مراجعة الثمن بعد إخطاره من قبل الموعد له بالتفضيل وفقاً للثمن التنافسي في المدة المعقولة والتي تكون في الغالب في مجال التجارة الدوليّة شهراً على الأقل ما لم تكن مدة الوعد أقل من شهر واحد، إذ أن عملية الإخطار في حدود المدة المقررة بموجب شرط تعاقدية من شأنها أن تؤدي إلى مراجعة الثمن وفقاً للعرض التنافسي تلقائياً، ولكن قد يكون عدم الإتفاق بين طرفي العقد وهذا ما يدفعهم إلى إعادة التفاوض على الثمن.

ثالثاً: الآثار المترتبة على تفعيل شرط العرض التنافسي على العقد التجاري الدولي

إن إعمال شرط العرض التنافسي المقدم من الغير يترتب عليه المراجعة شبه التلقائيّة للعقد وفقاً للعرض التنافسي، كما يترتب عليه الدعوة إلى إعادة التفاوض على الثمن التعاقدية وفقاً للعرض المقدم أو التحرر من العقد في حالة عدم قبول العرض التنافسي¹.

01_ المراجعة شبه التلقائيّة للعقد:

إن ثبوت وجود عرض تنافسي بثمن أقل من الثمن التعاقدية ووجود تقارب كبير بين عناصر العقد والعرض التنافسي يترتب عليه أن يتم الاستمرار في تنفيذ العقد وفقاً للثمن الجديد، وذلك من خلال تفعيل هذا الشرط²، وطالما أنه يجوز إعمال شرط العرض التنافسي في عقد الوعد بالتفضيل، فإنه يجوز تعديل بند العقد المتعلق بتحديد الثمن ومراجعة هذا الأخير وفقاً للثمن الجديد.

02_ إعادة التفاوض على عنصر الثمن:

إن تفعيل شرط العرض التنافسي في مجال التجارة الدوليّة يقتضي بالضرورة إعادة التفاوض بين الواعد والموعد له بالتفضيل حول مراجعة الثمن المنصوص عليه في عقد الوعد بالتفضيل وفقاً للثمن الجديد، ففي حالة عدم التوصل إلى اتفاق حول تعديل الثمن فإنه يجوز للموعد له بالتفضيل أن يتحلل من العقد بناءً على شرط العرض التنافسي.

¹ _ موكه عبد الكريم، المرجع السابق، ص 64.

² _ المرجع نفسه، ص 65.

03_ التحرر من العقد بناءا على العرض التنافسي:

إن عدم قبول البائع تفعيل ثمن العرض التنافسي يجعل المشتري أن يتحرر من العقد شريطة إخطاره للبائع أو المورد في المدة المقررة¹ وبالنتيجة فإنه يجوز للموعد له ان يتحلل من عقد الوعد في حالة عدم قبول الواعد بتعديل الثمن.

وفي ختام هذا الفصل يخلص الباحث بأن عقد الوعد في مجال التجارة الدولية يخضع لشروط لا بد من توافرها سواء أكان الوعد بصورته التقليدية أم الوعد الإلكتروني، فالأول يقتضي توافر الأركان العامة من تراضي ومحل وسبب، وكذا ضرورة توافر الأركان الشكلية والمتعلقة أساسا بمدة إبرام العقد الموعد به وكذا الشكلية المطلوبة في عقد الوعد، أما الوعد بالتعاقد الإلكتروني هو الآخر له شروط موضوعية وأخرى شكلية، فالموضوعية تتمثل في المحل والسبب والتراضي والذي يعبر عليه في هذا الصدد بالعرض التجاري الإلكتروني والقبول الإلكتروني، بينما الشروط الشكلية فهي تنحصر في المحررات الإلكترونية وكذا التوقيع الإلكتروني.

كما يتبين للباحث أن عقد الوعد في مجال التجارة الدولية يتخذ صورتين، فقد يكون وعدا بالبيع كما قد يكون وعدا بالتفضيل، ففي حالة الإخلال فإن الجزاء المترتب هو التنفيذ العيني أو الفسخ أو التعويض حسب الأحوال، وهذا ما أقرته إتفاقية فينا عندما نصت قواعد الفسخ وإجراءاته وآثاره، كما أنها جسدت قاعدة في التعويض تقضي بأن مبلغ التعويض يجب أن يعادل الخسارة التي لحقت بطرف الآخر والكسب الذي فاته نتيجة المخالفة، وهذا ما تطرق إليه المشرع الجزائري وفقا لأحكام القانون المدني الجزائري.

¹ _ موكه عبد الكريم، المرجع السابق، ص 65.

خاتمة

في ختام هذه الدراسة يمكن القول بأن الاتفاقات التمهيدية في عقود التجارة الدولية تبرز بشكل ملحوظ في المرحلة السابقة على التعاقد، فهذه الاتفاقات متعددة ومتنوعة، فقد تكون اتفاقات ذات طابع شبه عقدي من ذلك خطابات النية وكذا التعهدات الشرفية التي أساسها الثقة بين الأطراف المتفاوضة، كما قد تكون الاتفاقات التمهيدية ذات طابع عقدي محض لاسيما عقود التفاوض وكذا عقود الوعود، وتبعا لذلك نخلص إلى النتائج الآتية:

_ الاتفاقات التمهيدية في عقود التجارة الدولية تتعدد صورها وتتنوع، فقد تكون ذات طبيعة شبه عقدية كخطابات النوايا والتعهدات الشرفية، وقد تكون ذات طبيعة عقدية من ذلك عقود التفاوض وعقود الوعود كالوعد بالبيع التجاري الدولي.

_ التفرقة بين العقد والاتفاق في مجال التجارة الدولية لها بالغ الأهمية من حيث ترتيب المسؤولية، فالعقد يكون ملزما بصفة مطلقة وفقا للقواعد العامة ويترتب عليه التزامات ملزمة لطرفيه تحت طائلة المسؤولية العقدية، بينما الاتفاق قد يكون ملزما وقد يكون غير ذلك تبعا للاختلافات التشريعية حول الطبيعة القانونية لكل اتفاق ومدى قوته الملزمة.

_ الاتفاقات التمهيدية في عقود التجارة الدولية هي اتفاقات ناجمة عن مرحلة المفاوضات التي تم إغفال تنظيمها من قبل غالبية التشريعات بما في ذلك التشريع الجزائري ومن ثم يظل من سلطة القاضي أن يستخلص طبيعة المسؤولية المترتبة عن الإخلال من ظروف وملابسات العملية التفاوضية، فإذا تبين له وجود اتفاق حقيقي ملزم لطرفي التفاوض وجب عليه أن يقضي بانعقاد المسؤولية العقدية، أما إذا لم يثبت له ذلك فعليه أن يقضي بانعقاد المسؤولية التقصيرية تأييدا لرأي السائد في هذا الشأن.

_ تخضع عقود التجارة الدولية للقانون الدولي وبالأخص لقواعد التجارة الدولية، ونظرا لضخامة هذه العقود وطول مدتها فإنها غالبا ما تمر بمرحلة المفاوضات، والتي لها بالغ الأهمية، ففي هذه المرحلة يتم تبادل المستندات والوثائق بين الأطراف المتفاوضة بهدف إبرام اتفاقات متنوعة قد ترمي إلى تنظيم أسس المفاوضات كتحديد مواعيد التفاوض ومكانه.

_ قد تكون المفاوضات مصحوبة بإتفاق مسبق كما قد تكون غير ذلك، فإذا كانت

مصحوبة باتفاق مسبق فإنها تعد عقداً، وبالنتيجة ترتب المسؤولية، أما إذا كانت غير مصحوبة باتفاق مسبق فإنها لا تعدوا إلا أن تكون عملاً مادياً لا يرتب أية مسؤولية.

_ الاتفاقات التمهيدية في عقود التجارة الدولية لم تحظى بتنظيم قانوني محكم من قبل التشريعات المقارنة لاسيما فيما يتعلق بخطابات النية والتعهدات الشرفية، بل غالبية التشريعات تركت هذه الاتفاقات لتستمد أحكامها الموضوعية من الأعراف والعادات الدولية التي تحكم التجارة.

_ يختلف نوع المسؤولية المترتبة حالة الإخلال بالاتفاقات التمهيدية باختلاف نوع الإتفاق بحد ذاته، ففي أحوال يترتب على الإخلال المسؤولية التقصيرية التي أساسها الخطأ التقصيري، وفي أحوال أخرى يترتب على الإخلال المسؤولية العقدية لاسيما حالة الإخلال بعقود التفاوض وعقود الوعود.

_ الاتفاقات التمهيدية في عقود التجارة الدولية تحقق التوازن العقدي، فهي تحمي الأطراف المتعاقدة من خلال السماح للأطراف المتفاوضة بالإطلاع على شروط العقد وبالنتيجة هذه الاتفاقات تعد ضماناً للطرف الضعيف إزاء الطرف القوي الذي يملك الهيمنة الاقتصادية والقانونية على العقد .

_ تم إعداد دليل قانوني لصياغة عقود التجارة الدولية من قبل لجنة القانون التجاري الدولي التابعة للأمم المتحدة، فبمقتضى هذا الدليل نجد هذه العقود تتضمن عناصر أساسية بدءاً بالمقدمة مروراً بأحكام العقد وصولاً إلى الملاحق والتعاريف.

_ تخضع البيوع التجارية الدولية إلى شروط عامة وأخرى خاصة، فأما العامة نجدها تنقسم إلى قسمين شروط مالية ومضمونها فتح الاعتماد وكيفية الدفع، وشروط تنظيمية ومضمونها الحصول على التقارير اللازمة من الجهات المختصة، بينما الشروط الخاصة فهي تتعلق أساساً بمدة إبرام العقد وتحديد الثمن تحت طائلة البطلان.

_ مبدأ حسن النية في التفاوض له طبيعة إيجابية لا سلبية، ذلك أنه يفرض على الأطراف المتفاوضة واجب القيام بعمل إيجابي مفاده التعاون مع المتفاوض الآخر والإدلاء له بكافة تفاصيل العقد المراد إبرامه في المستقبل.

_ المفاوضات المقترنة بالتجارة الدولية تقتضي تشكيل فريق التفاوض من خبراء متخصصين في مجالات مختلفة كالخبراء الفنيين والماليين والقانونيين، وكذا خبراء التسويق فيتعين أن تكون لهم القدرة على الاتصال والاستماع، وأيضا القدرة على ضبط النفس أثناء التفاوض، وكذا القدرة على طرح البدائل .

_ يجوز إسناد الاتفاق التمهيدي المقترن بالتجارة الدولي إلى القانون الوطني المتفق عليه، كما يجوز إسناده إلى قواعد القانون التجاري الدولي الذي تحكمه العادات والأعراف التجارية الدولية والمبادئ القانونية المشتركة في الدول وقواعد العدالة وقضاء التحكيم، وذلك إذا تم الاتفاق على أنه في حالة النزاع يتم اللجوء إلى هذه القواعد، بينما حالة السكوت عن تحديد القانون الواجب التطبيق فإن الاتفاق يخضع إما لقانون محل إعداد وتحرير الإتفاق أو إلى القانون الموطن المشترك .

_ إذا ثار نزاع حول الاتفاقات التمهيدية في عقود التجارة الدولية، فعلى القاضي أن يبحث عن القانون الواجب التطبيق أولا، ثم بعد ذلك يرى في ما إذا كان هذا الأخير مخالفا للنظام العام الدولي أم لا، فإذا لم يكن القانون الواجب التطبيق غير مخالف للنظام العام الدولي، فإن القاضي يسارع في تطبيقه حتى ولو تعارض جزئيا مع النظام العام الداخلي وذلك بهدف مواكبة التطور الحاصل في مجال التجارة الدولية.

وتبعاً لذلك نوصي بالآتي:

_ غالبية التشريعات المقارنة قد أصابت لما أدرجت مبدأ حسن النية في المرحلة السابقة على التعاقد لاسيما مرحلة المفاوضات، ولكن قد ينتفي مبدأ حسن النية نتيجة إطالة أمد المفاوضات مع العلم بصعوبة الوصول إلى اتفاق، لذلك وجب وضع نص قانوني يقضي بضرورة تحديد مدة المفاوضات تحت طائلة البطلان مع الأخذ بعين الاعتبار المتغيرات التي قد تحصل (مثل ذلك جائحة كورونا) وجعلها استثناءا بمقتضاه يتم تمديد المدة المتفق عليها خاصة فيما يتعلق بعقود التجارة الدولية .

_ ينبغي توحيد القواعد المطبقة على منازعات عقود التجارة الدولية عن طريق تكثيف الجهود على الصعيد الدولي بواسطة أجهزة حكومية مهمتها إعداد مشاريع قوانين بمشاركة جميع أطراف النشاط التجاري، فتدخل المشرع في هذا الشأن من شأنه أن يحمي التجارة

الخارجية، وبالنتيجة عدم ترك المجال للغرب لينفردوا في وضع قوانين لا تخدم إلا مصالحهم.

_ ضرورة إدراج نص قانوني واضح وصريح في القانون المدني الجزائري يقضي بإعمال مبدأ حسن النية في المرحلة السابقة على التعاقد، وبالنتيجة عدم اقتصره على مرحلة التنفيذ فحسب.

_ حذب لو ينص المشرع الجزائري على الاتفاقات التمهيدية ذات الطبيعة شبه العقدية في نصوص القانون المدني الجزائري، وبالتحديد في النصوص ذات العلاقة بتنازع القوانين الواردة في القانون المدني الجزائري.

_ ينبغي توحيد قواعد وأحكام الاتفاقات التمهيدية في عقود التجارة الدولية دون التمييز بين صورة وأخرى، مع ضرورة ترتيب المسؤولية العقدية في حالة الإخلال بالاتفاق، إذ أن هذا الأمر يستجيب وحماية الأطراف المتفاوضة.

_ ضرورة وضع نصوص قانونية تمنع التفاوض والتعاقد على بعض السلع التي يسهل صنعها أو إنتاجها في الجزائر، مما ينفع الاقتصاد الوطني من جهة ويحد من نزيف العملة من جهة أخرى.

_ حذب أن تنتظر التشريعات المقارنة إلى المفاوضات التمهيدية على أنها أعمال قانونية لا مجرد أعمال مادية لا ترتب أي أثر، ومن ثم وجب وضع نصوص قانونية من شأنها أن تحمي الأطراف المتفاوضة.

قائمة المصادر

والمراجع

❖ المراجع باللغة العربية

أولاً: الكتب:

أ. الكتب العامة:

1. إبراهيم النجار، أحمد بدوي، يوسف شلال، القاموس القانوني فرنسي عربي، مكتبة لبنان الطبعة الثانية، لبنان، سنة 2002.
2. إبراهيم سعد، العقود المسماة، عقد البيع، ط2، الدار الجامعية الجديدة، الإسكندرية مصر، سنة 2004.
3. أحمد حشمت أبو ستيت، نظرية الالتزام في القانون المدني الجديد، الكتاب الأول مصادر الالتزام، ط2، مطبعة مصر، 1954.
4. أحمد شرف الدين، أصول الصياغة القانونية للعقود (تصميم العقد)، القاهرة، مصر سنة 1993.
5. أحمد عبد الكريم سلامة، نظرية العقد الدولي الطليق، دار النهضة العربية، القاهرة مصر سنة 2018.
6. أحمد فارس مصطفى، العلاقات الاقتصادية الدولية، منشورات جامعة حلب، سوريا سنة 1982.
7. أحمد محرز، الحق في المنافسة المشروعة، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، سنة 2001.
8. أحمد محمود سعد، مصادر الإلتزام في القانونية المدنين المصري و اليمني، دراسة مقارنة الكتاب الأول، العقد والإرادة المنفردة، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر سنة 1998.
9. أحمد مسلم، القانون الولي الخاص المقارن في مصر ولبنان، مكتبة النهضة المصرية، مصر، سنة 1956.
10. أحمد منير فهمي، القواعد العالمية المستقرة لعقود نقل التكنولوجيا، مجلس الغرف التجارية الصناعية، السعودية، سنة 1421 هجري.
11. أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، دار هومة للطباعة والنشر

- والتوزيع، الجزائر، سنة 2002.
12. إسرائ خضر العبيدي، المنافسة والممارسات المقيدة لها، الجامعة الإسلامية العراق، سنة 2010.
13. إسماعيل غانم، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، مكتبة عبد الله وهيبه مصر، سنة 1960.
14. امجد محمد منصور، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الإلتزام، الطبعة السادسة دار الثقافة للنشر و التوزيع، الأردن، سنة 2011.
15. أمل محمد شلبي، التنظيم القانوني للمنافسة ومنع الاحتكار، دراسة مقارنة، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، مصر، سنة 2008.
16. أمل محمد شلبي، الحد من آليات منع الاحتكار من الوجهة القانونية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، سنة 2006.
17. أنور سلطان، مصادر الالتزام في القانون المدني الأردني، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، دار الثقافة للنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، سنة 2007.
18. إياد أحمد سعيد الساري، النظام القانوني لإبرام العقد الإلكتروني، دراسة مقارنة في ظل القوانين العربية والأجنبية، منشورات الحلبي الحقوقية بيروت، لبنان، سنة 2016.
19. بدر جاسم اليعقوب، أصول الالتزام في القانون المدني الكويتي، الكويت، سنة 1989.
20. بلحاج العربي، مشكلات المرحلة السابقة على التعاقد في ضوء القانون المدني الجزائري دراسة مقارنة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، سنة 2011.
21. تبروسي محمد، ضوابط التنافسية في التشريع الجزائري، دار هومة للنشر والتوزيع الجزائر، سنة 2010 .
22. التكروري عثمان، الوجيز في القانون الدولي الخاص، المكتبة الأكاديمية فلسطين، سنة 2017.
23. جابر فهمي عمران، المنافسة في منظمة التجارة العالمية، دار الجامعة الجديدة الإسكندرية مصر، سنة 2011.

24. جعفر الفضلي، الوجيز في العقود المدنية، (البيع، الإيجار، المقاولة)، دراسة في ضوء التطور القانوني ومعززة بالقرارات القضائية، دار العلم والثقافة للنشر والتوزيع جامعة الموصل، سنة 1997.
25. جمال محمود الكردي، تنازع القوانين، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، سنة 2005.
26. حازم حسن الجمل، الحماية القانونية للتجارة من الممارسات الغير المشروعة، دار الفكر و القانون، المنصورة، مصر، سنة 2012.
27. حسام الدين الاهواني، النظرية العامة للالتزامات، دار النهضة العربية للنشر والتوزيع القاهرة، مصر، سنة 1995.
28. حسام الدين الأهواني، عقد البيع في القانون المدني الكويتي، مطبوعات الجامعة الكويت، سنة 1989.
29. حسن الهداوي، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع الأردن، سنة 1998.
30. حسن علي الذنون، شرح القانون المدني العراقي، العقود المسماة، عقد البيع الجزء الثالث مطبعة الرابطة، بغداد، سنة 1953.
31. حسن علي الذنون، دور المدة في العقود المستمرة، مديرية دار الكتب للطباعة والنشر جامعة الموصل، 1988.
32. حسني المصري، اندماج الشركات وانقسامها، دار الكتب القانونية، مصر، سنة 2007.
33. حفيظة السيد حداد، الموجز في القانون الدولي الخاص، المبادئ العامة في تنازع القوانين منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، سنة 2005.
34. خالد احمد عبد المجيد، فسح عقد البيع الدولي للبضائع وفقا لإتفاقية فينا لعام 1980 الطبعة الأولى، مكتبة ومطبعة الإشعاع الفنية، الإسكندرية، مصر، سنة 2002.
35. خالد ممدوح ابراهيم، ابرام العقد الإلكتروني، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية

- مصر، سنة 2006.
36. دواس امين، تنازع القوانين في فلسطين، دراسة مقارنة، دار الشروق للنشر والتوزيع، عمان الأردن، سنة 2001.
37. رمضان محمد أبو السعود و همام محمد محمود زهران مبادئ القانون، المدخل للقانون والالتزامات، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، سنة 1998.
38. رمضان محمد أبو السعود، مبادئ الالتزام في القانون المصري واللبناني، الدار الجامعية مصر، سنة 1984.
39. رمضان محمد أبو السعود، دروس في العقود المسماة، عقد البيع في القانون المصري و اللبناني، الدار الجامعية، مصر، بدون سنة الطبع.
40. زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري مقارنا بالقوانين العربية، مطبعة الكاهنة، الجزائر، سنة 2000
41. ساميعيفي حاتم، التجارة الخارجية بين التنظير والتنظيم، الدار المصرية اللبنانية للنشر الطبعة الثالثة، لبنان، سنة 1993.
42. سعيد أحمد شعلة، قضاء النقض المدني في عقد البيع، مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة النقض في عقد البيع خلال ثمانية وخمسين عاما، توزيع منشأة المعارف الإسكندرية، مصر، سنة 1998.
43. سعيد يوسف البستاني، القانون الدولي الخاص، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان سنة 2004.
44. سليمان شيرزاد عزيز، حسن النية في إبرام العقود، دار دجلة، الطبعة الأولى عمان، سنة 2008.
45. سليمان مرقس، العقود المسماة، المجلد الأول، عقد البيع، الطبعة الرابعة، عالم الكتب القاهرة، مصر، 1980.
46. سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، المجلد الأول، نظرية العقد والإرادة المنفردة ط4، دار الكتب القانونية، مصر 1987.
47. شريف محمد غنام، أثر تغير الظروف في عقود التجارة الدولية، مطبعة الفجيرة

- الوطنية دبي، الإمارات، سنة 2010.
48. **شمس الدين الوكيل**، مبادئ القانون، دراسات في القاعدة القانونية والحق وأصول المعاملات المالية لطالب كلية التجارة والمشتغلين بالشؤون التجارية، منشأة المعارف الإسكندرية مصر، سنة 1968.
49. **شندي يوسف**، التحكيم الداخلي و الدولي في ظل قانون التحكيم الفلسطيني دراسة مقارنة جامعة بيرزيت، فلسطين، سنة 2004.
50. **صادق هشام**، حداد حفيظة السيد، مبادئ القانون الدولي الخاص، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، مصر، سنة 2001.
51. **صالح بن عبد الله بن عطاف العوفي**، المبادئ القانونية في صياغة عقود التجارة الدولية مراكز البحوث والدراسات العامة، الرياض، المملكة العربية السعودية، سنة 1998.
52. **الصانوري مهند أحمد**، دور المحكم في خصوصية التحكيم الدولي الخاص، دراسة مقارنة لأحكام التحكيم التجاري الدولي في غالبية التشريعات العربية والأجنبية والاتفاقيات والمراكز الدولية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، سنة 2005.
53. **الصغير حسام الدين عبد الغني**، تفسير اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة 2001.
54. **صلاح الدين عبد اللطيف الناهي**، الوجيز الوافي في القوانين المرئية في الجمهورية العراقية والمملكة الأردنية الهاشمية والكويت، دراسة تحليلية إنتقادية تاريخية موازنة بفقہ الإسلامي وأهم القوانين المدنية والوضعية العربية والغربي مصادر الحقوق الشخصية، دار النشر للجامعات المصرية، مطبعة جرينبرج، القاهرة مصر، 1951.
55. **صلاح الدين**، جمال الدين، تنازع القوانين، دراية مقارنة بين الشريعة والقانون، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، سنة 2007.

56. طالب حسن موسى، قانون التجارة الدولية، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، سنة 2008.
57. عبد الحي حجازي، موجز النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، الجزء الأول المطبعة العالمية، القاهرة، سنة 1955.
58. عبد الخالق صالح عبد الله معزب، الإطار القانوني للمعاملات الالكترونية في التجارة الدولية، دراسة قانونية وفقا للاتفاقيات الدولية المتعلقة بالقانون التجاري الدولي، المركز الديمقراطي العربي، برلين، ألمانيا، سنة 2019.
59. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، مصادر الالتزام منشأة المعارف، الإسكندرية، سنة 2003.
60. عبد الرزاق السنهوري، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، (المصادر، الإثبات الآثار، الأوصاف، الانتقال، الانقضاء)، تنقيح المستشار أحمد مدحت المراغي منشأة المعارف بالإسكندرية، 2004.
61. عبد الفتاح عبد الباقي، موسوعة القانون المدني المصري، نظرية العقد والإرادة المنفردة دراسة معمقة ومقارنة بالفقه الإسلامي، مطبعة نهضة مصر، 1984.
62. عبد الفتاح مراد، شرح العقود التجارية والمدنية، منشورات الصريحة الثقافية مصر سنة 2005
63. عبد الفتاح مراد، شرح قانون حماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية، دار البهاء، الإسكندرية، مصر، سنة 2005.
64. عبد الكريم ممدوح، القانون الدولي الخاص تنازع القوانين، دار الثقافة للنشر والتوزيع الأردن، سنة 2005.
65. عبد الله الشامية و آخرون، مبادئ الاقتصاد الجزئي، دار الأمل، الأردن، سنة 1989.
66. عبد المجيد الحكيم و عبد الباقي البكري و محمد طه البشير، الوجيز في نظرية الالتزام في المدني العراقي، الجزء الأول، مصادر الالتزام، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي بغداد، العراق، سنة 1980.

67. **عبد المجيد الحكيم**، الكافي في شرح القانون المدني الأردني والقانون المدني العراقي والقانون المدني اليمني في الالتزامات والحقوق الشخصية، الجزء الأول في مصادر الالتزام، المجلد الأول: في العقد، القسم الأول: التراضي، الطبعة الأولى الشركة الجديدة للطباعة، عمان الأردن، سنة 1993.
68. **عبد المجيد الحكيم**، الموجز في شرح القانون المدني العراقي، الجزء الثاني في أحكام الإلتزام مع المقاربة بالفقه الإسلامي، الطبعة الثالثة، شركة الطبع والنشر الأهلية، بغداد، العراق سنة 1967.
69. **عبد المنعم البدرابي**، عقد البيع في القانون المدني، الطبعة الأولى، دار الكتاب العربي مصر، 1957.
70. **عبير مخايل الصفدي الطوال**، النظام القانوني لجهات التوثيق، الطبعة الأولى دار وائل للنشر و التوزيع، الأردن، 2010.
71. **عزيز العكيلين** شرح القانون التجاري، الجزء الأول، دار الثقافة لنشر والتوزيععماناالأردن، سنة 2005.
72. **عصمت عبد المجيد بكر**، مصادر الالتزامفي القانون المدني، دراسة مقارنة المكتبة القانونية، بغداد، العراق، سنة 2007.
73. **عدنان إبراهيم السرحان**، **نوري خاطر**، شرح القانون المدني، دار الثقافة، عمان الأردن، سنة 2007.
74. **علاء عزيز حميد الجبور**، عقد الترخيص، دراسة مقارنة، الدار العلمية الدولية للنشر، عمان، الأردن، سنة 2003.
75. **علي علي سليمان**، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، سنة 1993.
76. **العنواني فؤاد والربيعي عبد جمعة موسى**، الأحكام العامة في التفاوض والتعاقد بيت الحكمة، الطبعة الأولى، بغداد، العراق، سنة 2000.
77. **علي نجيدة**، الوجيز في عقد البيع، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، سنة 2003.

78. غني حسون طه، الوجيز في العقود المسماة، عقد البيع، ج1، مطبعة المعارف بغداد العراق، سنة 1970.
79. فايز أحمد عبد الرحمن، عقد البيع في القانون المصري والقانون الليبي، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة 2003.
80. فهد بجاد الملافخ، تسوية منازعات عقد نقل التكنولوجيا، دار النهضة العربية القاهرة مصر، سنة 2009.
81. كمال ثروت الوندائي، شرح أحكام عقد البيع، دراسة مقارنة مع مجموعة التشريعات العربية والأجنبية، الطبعة الأولى، مطبعة دار السلام، بغداد، 1973.
82. ليليا حسين ذكي، قانون حماية المنافسة ومنع الاحتكار، دون مكان الطبع، سنة 2006.
83. مالك دوهان الحسن، شرح القانون المدني، النظرية العامة في الالتزام، الجزء الأول في مصادر الالتزام، دار الطبع والنشر الأهلية، بغداد، العراق، سنة 1971.
84. مبادئ يونيدروا 2004 المتعلقة بالعقود التجارية، المعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص الترجمة العربية روما، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر سنة 2008.
85. محسن شفيق، نقل التكنولوجيا من الناحية القانونية، مركز البحوث والدارسات القانونية والتدريب المهني القانوني، جامعة القاهرة، مصر، سنة 1984.
86. محمد إبراهيم مرسى، التطويق القضائي للقواعد القانونية الواجبة التطبيق في مجال عقود التجارة الدولية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، سنة 2005.
87. محمد حسن قاسم، القانون المدني، العقود المسماة، البيع، التأمين، الإيجار دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، سنة 2005.
88. محمد حسني عباس، العقد والإرادة المنفردة، مكتبة النهضة المصرية، القاهرة سنة 1959.
89. محمد حسين منصور، أحكام البيع التقليدية والإلكترونية والدولية وحماية المستهلك، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، سنة 2006.

90. **محمد حسين منصور**، العقود الدولية (ماهية العقد الدولي، مفاوضات العقد وإبرامه ومضمونه و آثاره و انقضائه)، دار الجامعة الجديدة، مصر، سنة 1999.
91. **محمد حسين منصور**، المسؤولية الإلكترونية، منشأة المعارف، الإسكندرية مصر سنة 2006.
92. **محمد سلمان الغريب**، الاحتكار والمنافسة الغير المشروعة، دار النهضة العربية القاهرة، مصر، سنة 2004.
93. **محمد كامل مرسي**، شرح القانون المدني الجديد، الالتزامات، المطبعة العالمية مصر، سنة 1954.
94. **محمد يوسف الزعبي**، العقود المسماة، شرح عقد البيع في القانون المدني، دار الثقافة و النشر و التوزيع، سنة 2004.
95. **محمد سامي عبد الصادق و آخرون**، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، الجزء الثاني، القاهرة، مصر، سنة 2011
96. **محمود جمال الدين زكي**، الوجيز في النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني المصري مصادر الالتزام، مطب جامعة القاهر، مصر، سنة 1978.
97. **محمود جمال الدين زكي**، مشكلات المسؤولية المدنية، مطبعة جامعة القاهر مصر، سنة 1990
98. **محمود فياض**، المعاصر في قوانين التجارة الدولية، الطبعة الأولى، دار الوراق للنشر والتوزيع، الأردن، سنة 2012.
99. **المصري محمد وليد**، الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص، دراسة مقارنة للتشريعات العربية والقانون الفرنسي، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، سنة 2009.
100. **مصطفى العوجي**، نظرية العقد، الجزء الأولى، الطبعة الأولى، منشورات حلبي الحقوقية لبنان، سنة 2004.
101. **مصطفى بابكر**، سياسات التنظيم والمنافسة، سلسلة دورية تعني بقضايا التنمية في الأقطار العربية، جسر التنمية، العدد 28، سنة 2004.

102. **مصطفى جمال**، مصادر وأحكام الالتزام، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، سنة 2013.
103. **مصطفى سليمان**، التجارة الخارجية، دار المسيرة للنشر والتوزيع والطباعة عمان للأردن، سنة 2000.
104. **مصطفى محمد الجمال**، السعي إلى التعاقد في القانون المقارن، منشورات الحلبي الحقوقية الطبعة الأولى، بيروت، لبنان، سنة 2002.
105. **معين، فندي الشناق**، الاحتكار والممارسات المقيدة للمنافسة على ضوء القوانين والاتفاقات الدولية، دار الثقافة، الأردن، سنة 2010.
106. **مغاوري شلبي علي**، حماية المنافسة ومنع الاحتكار بين النظرية والتطبيق، دار النهضة العربية، مصر، سنة 2005.
107. **ممدوح عبد الكريم حافظ عمروش**، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين والإختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، سنة 1998.
108. **نبيل إبراهيم سعد**، العقود المسماة، عقد البيع، ط2، الدار الجامعية الجديدة الإسكندرية سنة 2004.
109. **نبيل إبراهيم سعد**، الضمانات غير المسماة في القانون الخاص (دراسة مقارنة) منشأة المعارف الإسكندرية، مصر، سنة 1991.
110. **هشام علي صادق**، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، دار الفكر الجامعي الإسكندرية، مصر، سنة 2001.
111. **هشام علي صادق**، تنازع القوانين، منشأة المعارف، مصر، سنة 1974.
112. **هاني سر الدين**، المفاوضات في عقود التجارة الدولية، دراسة مقارنة بين القانونين الإنجليزي و المصري، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، سنة 1998.
113. **ياسين محمد الجبوري**، المبسوط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، مصادر الحقوق الشخصية، المجلد الأول، نظرية العقد، القسم الأول، إنعقاد العقد، دار وائل للنشر و التوزيع عمان، الأردن، سنة 2002.

ب الكتب المتخصصة

1. أبو العلا النمر، مفاوضات عقود التجارة الدولية، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، سنة 2002.
2. أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي (مفاوضات العقود الدولية، القانون الواجب التطبيق)، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، الطبعة الأولى، سنة 2001.
3. بلحاج العربي، الإطار القانوني لمرحلة السابقة على إبرام العقد في ضوء القانون المدني الجزائري، دار وائل للنشر، الجزائر، سنة 2010.
4. جمال عبد الرحمن محمد علي، المسؤولية المدنية للمتفاوض " نحو تطبيق القواعد العامة على مسؤولية المتفاوض عبر الانترنت"، دراسة مقارنة بين القانون المصري والفرنسي، سنة 2004.
5. حسن الحسن، التفاوض والعلاقات العامة، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع بيروت، لبنان، سنة 1993.
6. خليل فكتور تادرس، خطابات النوايا الصادرة من الشركات الأم لحساب أحد الفروع و قيمتها القانونية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، سنة 2007.
7. رجب كريم عبد اللاه، التفاوض على العقد، دراسة تأصيلية تحليلية مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، سنة 2000 .
8. رضا متولي وهدان، أصول المفاوضات في عقود نقل التكنولوجيا (دراسة مقارنة) كرسي فهد المقييل لدراسات النظام التجاري، الرياض، السعودية، سنة 1421 هجري.
9. سعد حسين عبد ملحم، التفاوض في العقود عبر شبكة الانترنت بين القواعد العامة في نظرية الإلتزام والضرورات العملية، الطبعة الأولى، سنة 2004.
10. سمير عبد السميع الأودن، خطابات النوايا في مرحلة التفاوض على العقد، منشأة المعارف بالإسكندرية، جمال حزي و شركاته، سنة 2005.
11. عبد العزيز المرسي حمود، الجوانب القانونية لمرحلة التفاوض ذو الطابع التعاقدية، بدون دار النشر، سنة 2005.
12. علي أحمد صالح، المفاوضات في العقود التجارة الدولية، دار هومة، الجزائر

- سنة 2012.
13. **محمد إبراهيم الدسوقي**، الجوانب القانونية لإدارة المفاوضات وإبرام العقود الطبعة الأولى مطبعة معهد الإدارة العامة، الرياض، السعودية، سنة 1415 هجري.
14. **محمد حسام محمود لطفي**، المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض، مطبعة النسر الذهبي، القاهرة، مصر، سنة 1995.
15. **محمد حسين القاسم**، مرحلة التفاوض في عقد المكيبة المعلوماتية، دراسة مقارنة دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، دون ذكر سنة النشر.
16. **محمد حسين عبد العال**، التنظيم الإتفاقي للمفاوضات العقدية، دراسة تحليلية للوسائل القانونية لتأمين المفاوضات في عمليات التجارة الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة 1998.
17. **محمد حسين منصور**، التنظيم الإتفاقي للمفاوضات العقدية، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، سنة 1998.
18. **محمد شاكر محمود محمد**، المسؤولية عن قطع المفاوضات (دراسة مقارنة) الطبعة الأولى، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، مصر، سنة 2016.
19. **محمد عبد الظاهر حسين**، الجوانب القانونية للمرحلة السابقة للتعاقد، دار النهضة العربية للنشر و التوزيع، القاهرة، مصر، سنة 2002.
20. **محمد علي الجواد**، العقود الدولية، مفاوضاتها، إبرامها، تنفيذها، دار الثقافة للنشر والتوزيع الأردن، سنة 2010.
21. **مصطفى أحمد عبد الجواد**، خطابات النوايا الصادرة عن الغير في مجال الائتمان (دراسة في الفقه الإسلامي والقضاء الفرنسي في ضوء المبادئ العامة للقانون الفرنسي والمصري والكويتي)، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، الطبعة الأولى، سنة 2000.
22. **نزیه محمد الصادق المهدي**، الالتزام قبل التعاقدى بالإدلاء بالمعلومات والبيانات المتعلقة بالعقد، دار النهضة العربية، سنة 1982.

ثانياً: الرسائل الجامعية

أ- رسائل الدكتوراه:

1. _ السيد بدوي، حول نظرية عامة لمبدأ حسن النية في المعاملات المدنية، رسالة دكتوراه جامعة القاهرة، سنة 1989.
2. _ يوسف الأكيابي، القانوني لعقود نقل التكنولوجيا في مجال القانون الدولي الخاص رسالة دكتوراه، جامعة الزقازيق، سنة 1989.
3. _ معاشو عمار، الضمانات في العقود الاقتصادية الدولية في التجربة الجزائرية في عقود المفتاح و الإنتاج في اليد، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم الإدارية جامعة الجزائر سنة 1998.
4. _ هدى عبد الله، النظام القانوني للفترة السابقة للتعاقد في القانون اللبناني والقانون المقارن أطروحة دكتوراه دولة في الحقوق، بإشراف البروفيسور فائز الحاج شاهين الجامعة اللبنانية كلية الحقوق والعلوم السياسية والإدارية، الفرع الأول، بيروت 1998-1999.
5. _ أوز سليمان دزهي، الإلتزام بالإدلاء بالمعلومات عند التعاقد، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة بغداد، العراق، سنة 2000.
6. _ بلال بدوب، مبدأ حسن النية في المفاوضات قبل التعاقدية في عقود التجارة الدولية أطروحة دكتوراه، جامعة عين شمس، سنة 2001.
7. _ عبد الحميد، خالد احمد، فسخ عقد البيع الدولي للبضائع وفقاً لإتفاقية فينا لعام 1980، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، مصر، سنة 2001.
8. _ بلال عبد المطلب بدوي، مبدأ حسن النية في مرحلة المفاوضات قبل التعاقدية في عقود التجارة الدولية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، سنة 2001
9. _ سعيد الناوي، المساهمة القضائية في تكوين العقد، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه تخصص القانون الخاص، جامعة الحسن الثاني، كلية العلوم القانونية و الاقتصادية والاجتماعية، عين الشق، الدار البيضاء، المغرب، السنة الجامعية 2002_2003.
10. _ كتو محمد الشريف، الممارسات المنافية للمنافسة في القانون الجزائري، رسالة

دكتوراه كلية الحقوق، تخصص القانون العام، جامعة مولود معمري، تيزي وزو الجزائر سنة 2005.

11. _ **آمانج رحيم أحمد**، حماية المستهلك في نطاق العقد، دراسة تحليلية مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية القانون و السياسة، جامعة السليمانية، سنة 2008.

12. _ **مصطفى حفر صيد**، خطابات النوايا بين الالتزام القانوني والأخلاقي، أطروحة دكتوراه في قانون الأعمال، جامعة الحسن الثاني، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية الدار البيضاء، السنة الجامعية 2007_2008.

13. _ **يسري عوض عبد الله عبد القادر**، عقود التجارة الدولية، مفاوضاتها وإبرامها وتنفيذها، دراسة تحليلية على ضوء نظرية العقد في التشريع الإسلامي، أطروحة دكتوراه في القانون جامعة النيلين، السودان، سنة 2009.

14. _ **قادري لظفي محمد الصالح**، آليات حماية المنافسة في التجارة الدولية، رسالة دكتوراه، تخصص قانون الأعمال، جامعة محمد خيضر، بسكرة، الجزائر، سنة 2010.

15. _ **مرزوق يوسف**، وسائل الإثبات الحديثة، رسالة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2012.

16. _ **قريبقر فتيحة**، النظام العام و التحكيم التجاري الدولي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة الجزائر 01 بن يوسف بن خدة، الجزائر، سنة 2017.

ب- رسائل الماجستير:

1. **بدر الجبار ناجي الملا صالح**، حسن النية في تنفيذ العقود، رسالة ماجستير، كلية القانون جامعة بغداد، العراق، سنة 1974.

2. **علي محمد علي مصلح**، الوعد وأثره في الالتزام وتطبيقاته في الفقه الإسلامي والقانون المدني الأردني، رسالة ماجستير مقدمة إلى الجامعة الأردنية، كلية الدراسات العليا، قسم الدراسات العليا لعلوم الشريعة والحقوق والسياسة، 1991.

3. **سليمان باك دايج**، المفاوضات العقدية، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة النهريين، سنة 1998.

4. حداد رومان، حسن النية في تكوين العقد، رسالة ماجستير، جامعة آل البيت الأردن، السنة الجامعية 2000.
5. ناصري نبيل، المركز القانوني لمجلس المنافسة بين الأمر رقم 06/95 و الأمر رقم 03/03، مذكرة ماجستير، تخصص القانون الأعمال، كلية الحقوق، تيزي وزون الجزائر، سنة 2004.
6. تياب نادية، التحكيم كآلية لتسوية نزاعات عقود التجارة الدولية، رسالة ماجستير في القانون فرع قانون الأعمال، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر، سنة 2006.
7. بشار ممدوح دويدن، الإطار القانوني للعقد المبرم عبر شبكة الانترنت، رسالة ماجستير دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، سنة 2006.
8. كركر جوزيف حبيب، تطبيقات النظام العام في ضوء أحكام اتفاقية نيويورك، رسالة ماجستير، الجامعة الأردنية، كلية الدراسات العليا الأردن، سنة 2008.
9. آمنة عبد الكريم علي أحمد، الوعد بالتعاقد و تطبقانه في القانون المدني، دراسة مقارنة رسالة ماجستير، كلية الحقوق، تخصص القانون الخاص، جامعة النهرين العراق، سنة 2008.
10. يحي يوسف، التنظيم القانوني للعقود الإلكترونية، رسالة ماجستير، جامعة النجاح الوطنية نابلس، سنة 2009.
11. براهيم فائزة، التزامات الأطراف في المرحلة السابقة على التعاقد، رسالة ماجستير تخصص قانون العقود والمسؤولية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، سنة 2009_2008.
12. الخراز إلهام، التحكيم التجاري الدولي في إطار منهج التنازع، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، فلسطين، سنة 2009.
13. مجاجي سعاد، خطابات النوايا كوسيلة قانونية لتأمين تنفيذ الالتزامات، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، الجزائر، سنة 2011-2012.
14. بوبطريخ نعيمة، الشخصية القانونية للشركات المتعددة الجنسيات في القانون الدولي

- العام، رسالة ماجستير، جامعة قسنطينة، الجزائر، سنة 2011.
15. خروبة حمزة، موانع تطبيق القانون الأجنبي، رسالة ماجستير، جامعة سطيف، كلية الحقوق و العلوم السياسية، سنة 2013_2014.
16. مصطفى خيضر نشمي، النظام القانوني للمفاوضات التمهيدية للتعاقد، رسالة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، السنة الجامعية 2013_2014.
17. طمين سهيلة، الشكلية في عقود التجارة الإلكترونية، مذكرة ماجستير، فرع القانون الدولي للأعمال، جامعة ملود معمري، تيزيوزو، الجزائر، سنة 2011.
18. بن زروق فتيحة، فسخ العقد وفقا لإتفاقية فينا لسنة 1980 الخاصة بالبيع الدولي للبضائع مذكرة ماجستير، الطيب زروتي، كلية الحقوق، جامعة الجزائر1، سنة 2014_2015.

ثانيا: المقالات

1. ابراهيم الدسوقي أبو الليل، تعويض تفويت الفرصة، القسم الثاني، مجلة الحقوق الكويتية، السنة العاشرة، العدد الثالث، سبتمبر 1986.
2. إبراهيم خالد يحي، نحو تضيق نطاق النظام العام لمصلحة القانون الأجنبي في سياق القانون الدولي الخاص، مجلة جامعة الشارقة، للعلوم القانونية، المجلد 16 العدد 02 فلسطين، سنة 2019
3. أحمد الزقرد، نحو نظرية عامة لصياغة العقود- دراسة مقارنة في مدى القوة الملزمة لمستندات التعاقد، مجلة الحقوق، العدد الثالث، السنة الخامسة والعشرون سبتمبر 2001.
4. احمد عبد الرحمن الملحم، التقيد الأفقي للمنافسة مع التركيز على اتفاق تحديد الأسعار مجلة الحقوق، العدد 04، جامعة الكويت، سنة 1995.
5. أحمد عبد الكريم سلامة، النظام القانوني للمفاوضات العقود الدولية، مجلة الحقوق كلية الحقوق، المجلد الأول، العدد الثاني، كلية الحقوق، جامعة البحرين، سنة 2004.

6. أحمد سيد البهري الشوبري، التفاوض التعاقد، مجلة كلية الدراسات العربية والإسلامية، العدد 04، الجزء 01، المملكة العربية السعودية، سنة 2019.
7. أم كلثوم صبيح محمد، المفاوضات الممهدة للتعاقد، " ماهيتها و أحكامها" دراسة مقارنة بين الواقع العملي والفرغ التشريعي، المجلد 14، العدد 04، جامعة النهريين سنة 2012.
8. أشواق عبد الرسول عبد الأمير، الإطار القانوني لخطابات النوايا في القانون المدني العراقي، دراسة مقارنة، مجلة كلية الشيخ الطوسي الجامعة العدد 14، العراق، سنة 2018.
9. الأمين خير الدين كاضم، سلطة القاضي التقديرية في القانون الدولي الخاص، مجلة جامعة بابلن العلوم الإنسانية، العراق، الجزء 15، العدد 02، سنة 2008.
10. أمين دواس، المسؤولية عن قطع مفاوضات العقد دون سبب جدي، مجلة جامعة الشارقة للعلوم الشرعية والقانونية، المجلد الخامس، العدد الأول، سنة 2008.
11. جمال فاخر النكاس، العقود والاتفاقات الممهدة للتعاقد وأهمية التفرقة بين العقد والاتفاق في المرحلة السابقة على التعاقد، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، العدد 20 سنة 1996.
12. جميلة بلعيد، التحكيم التجاري الدولي بين النظام العام الداخلي و النظام العام الدولي، مجلة مصر المعاصرة، المجلد 104، العدد 505، مصر، سنة 2012.
13. حسام الدين الأهواني، المفاوضات في الفترة قبل التعاقدية ومراحل إعداد العقد الدولي، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق جامعة عين الشمس، العدد الثاني، سنة 1992.
14. حسين مظفر ناصر، القانون الواجب التطبيق في قرارات هيئات التحكيم الدولية مجلة تكريت للعلوم القانونية و السياسية، العدد 07، العراق.
15. حليس لخضر، مرحلة المفاوضات العقدية، مجلة المنار للبحوث والدراسات القانونية و السياسية، العدد 01، سنة 2017.
16. حمدي محمود بارود، القيمة القانونية للاتفاقات التي تخلل مرحلة التفاوض قبل

- العقدية في مجال عقود التجارة الدولية، مجلة الجامعة الإسلامية، سلسلة الدراسات الإسلامية، المجلد 13، العدد الثاني، كلية الحقوق، جامعة الأزهر، غزة، فلسطين سنة 2005.
17. **حمدي محمود بارود**، مبدأ حسن النية و مقتضياته في مرحلة التفاوض قبل العقدية في مجال العقود التجارية الدولية، مجلة الجامعة الإسلامية، سلسلة الدراسات الإنسانية، غزة، فلسطين، المجلد 16، العدد الأول، سنة 2008.
18. **حمدي محمود بارود**، الطبيعة القانوني للمسؤولية في حالة العدول عن مفاوضات العقد، مجلة الجامعة الإسلامية للدراسات الاقتصادية والإدارية، المجلد رقم 20 العدد الثاني، كلية الحقوق، جامعة الأزهر، غزة، سنة 2012.
19. **ديب فؤاد**، المحكم الدولي ونظم تنازع القوانين الوطنية، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، مجلد 24، العدد 02، سنة 2008.
20. **دغيش أحمد**، الغش نحو القانون في مجال القانون الدولي الخاص، مجلة المنار للبحوث والدراسات القانونية والسياسية، العدد 02، سنة 2017.
21. **سعد حسين عبد ملحم**، التفاوض بالعقود عبر شبكة الانترنت، مجلة كلية الحقوق بجامعة النهريين، المجلد 08، العدد 13، سنة 2005.
22. **سلامة أحمد**، النظام القانوني لمفاوضات العقود الدولية، مجلة الحقوق، جامعة البحرين العدد الثاني، سنة 2004.
23. **شيعان فراس كريم**، حسن طه كاظم، القواعد المادية للتجارة الإلكترونية، مجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية والسياسية، المجلد 08، العدد 02، سنة 2016.
24. **صبري حامد خاطر**، مقال بعنوان: قطع المفاوضات العقدية، مجلة جامعة النهريين، مجلد 01، بغداد، العراق، سنة 1997.
25. **صبري حمد خاطر**، الالتزام قبل التعاقد بتقديم المعلومات، مجلة الحقوق، عدد خاص، سنة 1998.
26. **عبد الله وسام توفيق**، مبادئ القانون الدولي الخاص، مجلة الرافدين للحقوق المجلد 16 العدد 54، العراق، سنة 2013.

27. عباس الصراف، بيع العقار قبل التسجيل في القانون العراقي، دراسة مقارنة، مجلة العدالة، العدد الرابع، السنة الثانية، سنة 1976.
28. عبد المطلب ممدوح عبد الحميد، الدسوقي إنعام السيد، تأثير فكرة النظام العام على حكم التحكيم وتنفيذه، دراسة مقارنة، مجلة الأمن والقانون، أكاديمية شرطة دبي المجلد 11 العدد 01، الإمارات، سنة 2003.
29. العبودي عباس، المناهج الجديدة في العلاقات الخاصة الدولية وأثرها في قاعدة تنازع القوانين، كلية البرموك الجامعة، المجلد 08، العدد 01، العراق، سنة 2016.
30. العجلوني ياسر محمد، التحكيم والنظام العام في القانون الأردني، مجلة المنارة للدراسات القانونية والإدارية، المغرب، العدد 07، سنة 2014.
31. غازي عبد الرحمن ناجي، الوعد بالبيع، مجلة العلوم القانونية والسياسية، العدد الأول، المجلد الثاني، سنة 1987.
32. مجاجي سعاد، تعهدات الشرف في ميزان القضاء الفرنسي، مجلة الفقه والقانون العدد 20، المغرب، سنة 2014.
33. محمد أبو زيد، المفاوضات في الإطار التعاقدية (صورها و أحكامها)، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، عين شمس، العدد الأول، السنة السابعة والأربعون، يناير سنة 2005.
34. محمود سلطان عبد الله، الدفع بالنظام العام و أثره، مجلة الرافدين للحقوق، المجلد 12 العدد 43، العراق، سنة 2010.
35. محيسن صادق زغير، الأسانيد القانونية لتطبيق القواعد الموضوعية في الحياة الخاصة الدولية، مجلة جامعة ذي قار العلمية، المجلد 10، العدد 03، العراق، سنة 2015.
36. مروان عضيذ عزت حمد، الوعد بالتعاقد و تطبيقاته في القانون المدني العراقي دراسة مقارنة، المجلد 05، العدد 04، مجلة آفاق للعلوم، تونس، سنة 2020.
37. مصطفى بابكر، سياسات التنظيم والمنافسة، سلسلة دورية تعني بقضايا التنمية في الأقطار العربية، جسر التنمية، العدد 28، سنة 2004.

38. موكه عبد الكريم، أثر تغير الظروف الاقتصادية على استقرار عقود التجارة الدولية، مجلة الحقوق و العلوم السياسية، العدد 10، جيجل، الجزائر، سنة 2018.
39. نبيل إسماعيل الشبلاق، الطبيعة القانونية لمسؤولية الأطراف في مرحلة ما قبل التعاقد مجلة دمشق للعلوم الاقتصادية و القانونية، المجلد 29، العدد 3، العراق، سنة 1997.
40. هاني صلاح سري الدين، المفاوضات على عقود التجارة الدولية، دراسة مقارنة في القانونين المصري و الإنجليزي، مجلة إتحاد الجامعات العربية للدراسات و البحوث القانونية، العدد الرابع، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، سنة 1996.

رابعاً: المؤتمرات و المحاضرات

أ- المؤتمرات

1. حمزة حداد، بطلان حكم التحكيم لمخالفة النظام العام في القوانين العربية، ورقة عمل مقدمة في ملتقى مكة الثاني للتحكيم، المعهد العربي للتحكيم و التسويات البديلة، سنة 2008 الفقرة 21.
2. إبراهيم احمد ابراهيم، إدارة العقود والاتفاقيات، مؤتمر إدارة العقود والاتفاقيات، جامعة عين شمس، 15 مارس 2005.
3. حسام الدين الأهواني، المفاوضات قبل العقدية و مراحل إعداد العقد الدولي، مؤتمر حول المنظمة التعاقدية للقانون المدني و مقتضيات التجارة الدولية، معهد قانون الأعمال الدولي القاهرة، سنة 1993.
4. طارق الحموري، قراءة مبسطة في عقود التجارة الدولية، مؤتمر حول صياغة وإبرام عقود التجارة الدولية، شرم الشيخ، مصر، ديسمبر 2007.
5. مؤتمر الأمم المتحدة للتجارة و التنمية، القانون النموذجي بشأن المنافسة، منشورات الأمم المتحدة، جنيف، سنة 2003.

ب- المحاضرات

1. مصطفى الزرقاء، محاضرات منشورة في القانون المدني السوري، قسم الدراسات القانونية معهد الدراسات الإسلامية العالمية، سنة 1954.

خامسا: التقارير

2. تقرير الأونكتاد لسياسة المنافسة 2003، جنيف، منشورات الأمم المتحدة، منشور

على الموقع الآتي: [/https://ar.wikipedia.org/wiki/](https://ar.wikipedia.org/wiki/)

3. تقرير الأونكتاد حول سياسة المنافسة 2003، الفقرة 89، منشور على الموقع

الإلكتروني الآتي: [/https://ar.wikipedia.org/wiki/](https://ar.wikipedia.org/wiki/)

سادسا: المواقع الإلكترونية:

_ طارق عبد الله عيسى المجاهد، تنازع القوانين في عقود التجارة الإلكترونية دراسة مقارنة

متوفرة على الموقع الآتي: www.ouarsenis.com

_ محمود سمير الشرقاوي، العقود التجارية الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر

سنة 1992، ص 114، دراسة منشورة على الموقع الآتي:

[./ https://www.mohamah.net/law](https://www.mohamah.net/law)

_ أبو بكر المسيب، شروط إعادة التفاوض كوسيلة للحد من منازعات الاستثمار، متوفر على

الموقع الإلكتروني الآتي:

https://www.aleqt.com/2016/11/30/article_1106368.html

_ الموقع الإلكتروني: <https://www.mohamah.net/law/>

سابعا: النصوص القانونية

أ_ الاتفاقات الدولية

1. الإتفاقية الدولية العامة للتعرفية والتجارة المعروفة اختصارا الجات 1947.

2. اتفاقية فينا لسنة 1980 بشأن البيع الدولي للبضائع.

3. اتفاقية المم المتحدة بشأن البيع الدولي للبضائع، فينا 1980.

4. اتفاقية روما لسنة 1957 و ميثاق الإتحاد الأوروبي.

5. اتفاقية لاهاي لسنة 1964 .

ب_ النصوص القانونية الوطنية:

1. الأمر 75_58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني، المعدل

والمتمم الجريدة الرسمية العدد 44 الصادرة بتاريخ 26_06_2005.

2. قانون رقم 09_08 المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية المؤرخ في 18 صفر عام 1429 الموافق ل 25 فبراير سنة 2008، الجريدة الرسمية العدد 21 المؤرخة في 23 أفريل 2008.
3. قانون رقم 04_15، المتضمن القواعد العامة المتعلقة بالتوقيع و التصديق الإلكترونيين المؤرخ في 11 ربيع الثاني لعام 1436 الموافق ل 01 فبراير 2015، الجريد الرسمية العدد رقم 06 المؤرخة في 10 فبراير 2015.
4. قانون رقم 05_18 المتعلق بالتجارة الإلكترونية المؤرخ في 24 شعبان عام 1439 الموافق 10 ماي سنة 2018، الجريدة الرسمية العدد 28 المؤرخة في 16 ماي 2018.

جـ_ النصوص القانونية الأجنبية

1. القانون المدني الإنجليزي الصادر سنة 1730.
2. القانون المدني الفرنسي الصادر في 31 ديسمبر 1975.
3. القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951.
4. القانون المدني المصري رقم 131 لسنة 1948.
5. القانون المدني الكويتي رقم 67 لسنة 1980.
6. القانون المدني الأردني رقم 43 لسنة 1976.

❖ المراجع باللغة الفرنسية:

_Ouvrages :

1. _ A. Ghozi, la modification de l'obligation par la volonté des parties, L.G.D.J, paris, 1980.
2. _ Aubert J.L : le contrat, D, coll Connaissance du droit, 1996.
3. _ B. oppetit : l'engagement d'honneur .D . 1979. Chr et droit modernité, puf 1998.
4. _ J_P,Chauchard ; Les Accorde De Fin De Conflit La Négociation Dans L'entreprise, Droit Social Numéro spécial, Novembre 1982.
5. _ M, Chadfaux, Les Fusion De Sociétés, 1991.
6. _ Maingy F : les contrat spéciaux, D, 1969.
7. _ Mousseron et seubé : A propos des contrat d'assistance et fourniture, D, 1973.
8. - Mousseron J.M .Guibal . M.L. Mainguy Daniel : l'avant _ contrat .Ed. Français LEFEBVRE 2001.

9. _ Mousseron.J.M : La Durée Dans La Formation Des Contrats Mélanges Offert A Jaffret Aix Marseille, 1974
- 10._ Schmidt , J : La négociation et conclusion de contrat D , paris 1982
- 11._ Stark B Roland H et Boyer L' Obligation_ Contrat Litec, 4^{ème} éd , 1993.
12. A Laud : la reconnaissance par le juge de l'existence d'une contrat, PUAM ,1992 , n 689
13. cornu, vocabulaire juridique ASS.H. Capitant 1987
- 14.Gérard. Cornu, vocabulaire juridique ASS.H. Capitant, 1987.
- 15.J.Ghestin, La formation du contrat, L.G.D.J. 3^{ème}éd , 1993.
- 16.Najjar I : l'accord de principe, D , Sirey, 1990.

Thèse :

1. _ Vincent Heuze « le droit international privé français des contrat étude critique des méthode » Thèse Paris, 1998.

- Articles :

2. _I_ Nejjar.L'autonomie De La Letter De Comfort .R.C.S. 1989. D .1989

- Jurisprudences :

1. Arrête de la Cour d'Appelle d'Orleans, 23 avril 1842.
2. CassCiv 21 Juin 1950 In Grand Arrets La Jurisprudence Français De Droit Iut International Prive Par Renard Ancelle Et Yes Le Puetite , D Sirey 1987.
3. Cass Com 15 oct.1968 d 1969.
4. ROUEN 07 AVRIL 1970.D 1970.
5. cass. Com, 20 mars 1972,JCP, 1973, II, 17543, note, schmidt.
6. paris 30avrile 1985,besnque 1985, 754 obs,j_i,revs lange .
7. T Tib.Com, Bruxelles, 13 Ch, 24 Juin 1985 Précité .
8. _ CA. Riom ? 10 JUIN 1992 ? RTD ? CIV ? 1993 ? P 343 , OBS MESTRE .

❖ المراجع باللغة الإنجليزية

_ Uarispetrescu,theconnereial negoc3iation forme word, valhiauniversity of targovist , romania.

_yong_h_payton_negoc3iation analusis,universite nic3hingon peres,uniteal states of amlric3a 1991.

الفهرس

1	مقدمة
09	الباب الأول: الإتفاقات التمهيديّة ذات الطبعية شبهالعقدية
11	الفصل الأول: خطابات النوايا المقترنة بالتجارة الدولية
11	المبحث الأول: ماهية خطابات النوايا
12	المطلب الأول: مفهوم خطابات النية
13	الفرع الأول: تحديد معنى خطابات النية
13	أولاً: تعريف خطابات النوايا
15	ثانياً: مجال خطابات النوايا المقترنة بعقود التجارة الدولية
16	الفرع الثاني: تمييز خطابات النوايا عما يشابهها من أوضاع
	أولاً: تميز خطابات النية المرتبطة بالمفاوضات عن خطابات النية في مجال الائتمان
16	
17	01_ من حيث الهدف
17	02_ من حيث النطاق:
17	03_ من حيث الأطراف:
18	04_ من حيث الزمن:
18	ثانياً : تمييز خطابات النوايا عن الوثائق الإعلانية
18	01_ مدى اعتبار المستندات الإعلانية عقداً:
21	02_ رأي الفقه والقضاء إزاء الوثائق الإعلانية:
21	03_ الفرق بين الوثائق الإعلانية وخطابات النوايا:
22	المطلب الثاني: صور خطابات النوايا
23	الفرع الأول: خطابات النوايا ذات العلاقة بأطراف التفاوض
23	أولاً: خطابات البدء في المفاوضات

24	ثانيا: خطابات إبرام الاتفاقات
25	ثالثا: خطابات تنص صراحة على أن الاتفاق قد تم
26	الفرع الثاني: خطابات النوايا ذات العلاقة بالغير
26	أولا: خطابات النوايا في شكل كفالات مستترة
26	01_ معنى خطاب التعهد بالوفاء عن المدين
27	02_ العلة من اللجوء إلى خطابات النوايا بدلا من الكفالة
27	03_ مدى اعتبار خطاب النية كفالة مستترة
30	ثانيا: خطابات النوايا في شكل توصية
30	01_ فكرة التوصية:
30	02_ فكرة التوصية في القضاء الفرنسي
31	المبحث الثاني: القيمة القانونية لخطابات النوايا
32	المطلب الأول: القوة الملزمة لخطابات النوايا
32	الفرع الأول: مدى إلزامية خطابات النوايا
33	أولا: خطابات النوايا ليس لها قيمة قانونية:
34	ثانيا: خطابات النوايا لها قيمة قانونية ملزمة
35	الفرع الثاني: أثر صياغة خطابات النوايا على تكيفها القانوني
35	أولا: شروط نفاذ خطاب النية في مواجهة الأطراف المتفاوضة
36	01_ شروط صياغة خطابات النية
36	أ_ أن تكون الصياغة الواضحة:
37	ب_ أن تكون الصياغة المحددة:
38	ج_ أن تكون الصياغة الكاملة:

- 02_ أثر الأهلية على صحة خطاب النية: 39
- ثانيا: موقف بعض التشريعات المقارنة من خطابات النية 41
- 01_ موقف القانون الإنجليزي 42
- 02_ موقف القانون الأميركي: 42
- 03_ موقف القانون الفرنسي 43
- 04_ موقف القانون الجزائري: 45
- ثالثا: قواعد تفسير خطابات النوايا 45
- 01_ ضرورة تفادي الرجوع إلى القوانين الوطنية لتفسر خطابات النوايا: 46
- 02_ القاعدة الواجبة التطبيق على المسائل التي أغفلت اتفاقية فينا تنظيمها : .. 47
- 03_ نية المتعاقد كأساس للتفسير: 48
- 04_ دور العادات التجارية والتعامل السابق في تفسير إرادة الطرفين : 49
- المطلب الثاني: الآثار القانونية المترتبة على خطابات النوايا 51
- الفرع الأول: خطابات النوايا بين الطبيعة القانونية والمسؤولية المترتبة 51
- أولا: الأساس القانوني لخطابات النوايا 52
- 01_ خطابات النوايا وقائع مادية 52
- 02_ الطبيعة العقدية لخطابات النوايا 53
- أ_ حالة الاتفاق الصريح للقوة الملزمة لخطاب النية 55
- ب_ حالة خلو الخطاب من الاتفاق الإلزامي 55
- ثانيا: المسؤولية المترتبة على الإخلال بالتزامات خطابات النوايا 56
- 01_ المسؤولية العقدية لخطاب النية 56
- أ_ الخطأ العقدي لخطاب النية 57

ب_ الضرر	57
ج_ العلاقة السببية	57
02_ المسؤولية التقصيرية لخطاب النية	58
أ_ نطاق الخطأ التقصيري لخطابات النوايا	58
ب_ الجزاء المترتب على قيام المسؤولية التقصيرية لخطابات النوايا:	59
الفرع الثاني: تنفيذ بعض أحكام خطابات النوايا مع وضع الحلول المناسبة	60
أولاً: مبررات تنفيذ بعض قواعد خطابات النوايا	60
01_ مدى جواز إعمال خطاب النية كصورة من صور الاتفاقات التمهيدية	60
02_ عدم جواز إضفاء الطابع التعاقدى لخطابات النوايا:	61
ثانياً: الحلول المقترحة لترتيب الأثر المناسب لخطابات النوايا	62
01_ من حيث الأساس القانوني	62
02_ من حيث المسؤولية المترتبة	62
الفصل الثاني: التعهدات الشرفية المقترنة بالتجارة الدولية	64
المبحث الأول: ماهية التعهدات الشرفية	65
المطلب الأول: مفهوم التعهدات الشرفية في مجال التجارة الدولية	65
الفرع الأول: تحديد معنى التعهدات الشرفية	66
أولاً: تعريف التعهدات الشرفية	66
ثانياً: الطبيعة القانونية للتعهدات الشرفية	67
ثالثاً: نطاق التعهدات الشرفية	68
رابعاً: دوافع اللجوء إلى التعهدات بالشرف:	69
الفرع الثاني: تمييز التعهد بالشرف عن الأوضاع المشابهة له	69

70	أولاً: التعهد بالشرف والالتزام الطبيعي
70	01_ أوجه التشابه بين التعهد بالشرف والالتزام الطبيعي:
70	02_ أوجه الاختلاف بين التعهد بالشرف والالتزام الطبيعي
71	03_ مدى صحة أعمال المفارقة بين الإنفاق الأدبي والالتزام الطبيعي:
72	ثانياً: التعهد بالشرف والعقد بدون قانون
73	المطلب الثاني: مدى تقييد التعهدات الشرفية المقترنة بالتجارة الدولية
73	الفرع الأول: حرية المنافسة كقيد على التعهدات الشرفية
74	أولاً: مفهوم المنافسة في مجال التجارة الدولية
74	01_ ضبط معنى المنافسة في مجال التجارة الدولية
75	02_ خصوصية المنافسة في مجال التجارة الدولية
76	03_ أنواع المنافسة
76	أ_ المنافسة الكاملة:
80	ب_ المنافسة غير الكاملة:
82	ثانياً: حظر بعض الاتفاقات المنافية بالمنافسة
83	01_ مدى حظر اتفاقات الاحتكار
86	02_ مدى حظر اتفاقات التقييد الرأسي للمنافسة في مجال التجارة الدولية
86	أ_ تحديد معنى التقييد الرأسي للمنافسة
88	ب_ تطبيقات التقييد الرأسي للمنافسة في مجال التجارة الدولية
91	الفرع الثاني: النظام العام الدولي كقيد على التعهدات الشرفية
92	أولاً: تحديد معنى النظام العام الدولي في مجال التجارة الدولية
92	01_ تعريف النظام العام

- 02_ تمييز النظام العام الدولي عن النظام العام الداخلي 93
- 03_ خصوصية النظام العام الدولي في مجال التجارة الدولية: 94
- ثانيا: مدى جواز الدفع بالنظام العام في نطاق التعهدات الشرفية..... 95
- 01_ إشكالية الدفع بالنظام العام 96
- 02_ مدى صلاحية المحكم في أعمال الدفع بالنظام العام الدولي..... 97
- 03_ الآثار المترتبة على استبعاد القانون الأجنبي..... 99
- المبحث الثاني: مشكلات التعهدات الشرفية المعتبرة بأنها ملزمة 101
- المطلب الأول: القوة الملزمة للتعهدات الشرفية 101
- الفرع الأول: مدى إلزامية التعهدات الشرفية 102
- أولاً: موقفي القانون و لقضاء الإنجليزي إزاء التعهدات الشرفية..... 102
- 01_ موقف القانون الإنجليزي من التعهدات الشرفية 102
- 02_ موقف القضاء الإنجليزي إزاء التعهدات الشرفية 103
- ثانيا: موقفي القانون والقضاء الفرنسي إزاء التعهدات الشرفية..... 105
- 01_ موقف القانون الفرنسي من التعهدات الشرفية..... 105
- 02_ موقف القضاء الفرنسي من التعهدات الشرفية..... 106
- ثالثا: أثر مبدأ حرية شكل العقد على التعهدات الشرفية الرامية لبيع البضائع.... 108
- 01_ تحديد معنى مبدأ حرية شكل العقد وفقا لأحكام اتفاقية فينا: 108
- 02_ شرط التحفظ على مبدأ حرية شكل العقد :..... 109
- الفرع الثاني: منازعات التعهدات الشرفية المعتبرة بأنها ملزمة..... 111
- أولاً: القانون الواجب التطبيق على التعهدات الشرفية الملزمة 111
- 01_ التحديد الإرادي للقانون الواجب التطبيق..... 111

- أ_ إسناد التعهد الشرفي إلى النظام القانوني الوطني: 111
- ب_ إسناد التعهد الشرفي إلى القانون التجاري الدولي 112
- 02_ السكوت عن تحديد القانون الواجب التطبيق على التعهدات الشرفية: 113
- ثانيا: آليات تسوية نزعات التعهدات الشرفية في مجال التجارة الدولية 114
- 01_ القضاء كآلية لتسوية منازعات التعهدات الشرفية في مجال التجارة الدولية 115
- 02_ التحكيم كآلية لتسوية منازعات التعهدات الشرفية في مجال التجارة الدولية 116
- المطلب الثاني: أثر قاعدة الغش نحو القانون على التعهدات الشرفية 116
- الفرع الأول: تحديد معنى الغش نحو القانون 117
- أولا: تعريف الغش نحو القانون 117
- 01_ خصوصية قواعد الإسناد في مجال القانون الدولي الخاص: 117
- أ_ عناصر قواعد الإسناد: 117
- ب_ مميزات قواعد الإسناد: 119
- 02_ الغش نحو القانون في الاتفاقات التمهيدية في عقود التجارة الدولية 121
- ثانيا: شروط إعمال قاعدة الغش نحو القانون: 122
- ثالثا: طبيعة قاعدة الغش نحو القانون 122
- رابعا: نطاق إعمال قاعدة الغش نحو القانون 123
- خامسا: مدى تشابه قاعدتي النظام العام والغش نحو القانون 123
- الفرع الثاني: أثر الغش نحو القانون في ترتيب الجزاء على التعهدات الشرفية .. 123
- أولا: تقرير البطلان باعتبار التعهدات الشرفية إتفاقا 124
- ثانيا: حرمان مرتكب الغش من النتيجة غير المشروعة 124

البابالثاني: الإتفاقات التمهيدية ذات الطبيعة العقدية	126
الفصل الأول: عقود التفاوض في مجال التجارة الدولية	128
المبحث الأول: الأحكام العامة لعقد التفاوض	129
المطلب الأول: مفهوم عقد التفاوض	129
الفرع الأول: تحديد معنى عقد التفاوض	129
أولاً: تعريف عقد التفاوض	130
ثانياً: خصائص عقد التفاوض	130
01_ عقد رضائي:	131
02_ عقد ملزم لجانبين:	131
03_ عقد تمهيدي:	131
04_ عقد محدد المدة:	132
الفرع الثاني: تمييز عقد التفاوض عما يشابهه	133
أولاً: عقد التفاوض والعقد النهائي	133
ثانياً: عقد التفاوض وعقد الوعد	134
ثالثاً: عقد التفاوض وعقد الإطار	134
المطلب الثاني: الآثار المترتبة على عقد التفاوض	135
الفرع الأول: التزامات أطراف عقد التفاوض	136
أولاً: الإلتزام بحسن النية في التفاوض	136
01_ مفهوم الإلتزام بالتفاوض بحسن النية	136
أ _ تحديد معنى الإلتزام بالتفاوض بحسن النية	136
ب _ طبيعة مبدأ حسن النية في التفاوض	138

02_	جزاء الإخلال بالالتزام بحسن النية:	138
	ثانيا: الالتزام بضرورة البدء في المفاوضات والاستمرار فيها	140
01_	تحديد معنى الالتزام بالبدء في المفاوضات و الاستمرار فيها	140
02_	طبيعة الالتزام بالبدء في المفاوضات والاستمرار فيها:	140
03_	المسؤولية عن الإخلال بالالتزام البدء في المفاوضات والاستمرار فيها: ..	141
	ثالثا: الالتزام بالتعاون و تقديم المعلومات	143
01_	معنى الالتزام بالتعاون وتقديم المعلومات	143
02_	طبيعة الالتزام بالتعاون وتقديم المعلومات	144
03_	جزاء الإخلال بالالتزام بالإعلام	145
	رابعا: سرية المفاوضات	145
01_	معنى الالتزام بالسرية في المفاوضات	146
02_	طبيعة الالتزام بالسرية في المفاوضات:	146
03_	جزاء الإخلال بالالتزام بالسرية في المفاوضات	147
	الفرع الثاني: الأضرار التي يعرض عنها في حالة الإخلال بالتزامات عقد التفاوض	
		148
	أولا: نفقات التفاوض	148
	ثانيا: الوقت الضائع	148
	ثالثا: تفويت الفرصة:	149
	المبحث الثاني: تطبيقات عقد التفاوض	152
	المطلب الأول: الاتفاق على التفاوض	152
	الفرع الأول: ضبط معنى الاتفاق على التفاوض	153
	أولا: تعريف الإتفاق على التفاوض	153

154 ثانيا: خصائص الاتفاق المبدئي على التفاوض
155 01_ الاتفاق المبدئي لاتفاق تمهيدي:
155 02_ الاتفاق المبدئي اتفاق رضائي:
155 03_ الاتفاق المبدئي اتفاق مؤقت:
156 04_ الاتفاق على التفاوض يكون عادة غير محدد المدة
156 05_ الاتفاق المبدئي ينشئ التزاما بالتفاوض بحسن نية:
156 ثالثا: صور الاتفاق على التفاوض:
156 01_ الاتفاق المستقل على التفاوض:
157 02_ الاتفاق على التفاوض كشرط في العقد:
157 أ_ شرط إعادة التوازن العقدي:
158 ب_ شرط تسوية المنازعات وديا:
159 ج_ الشرط المستقل:
159 رابعا: التراضي في الاتفاق على التفاوض
160 01_ الإيجاب بالتفاوض:
161 02_ قبول التفاوض:
161 03_ الاقتراح المضاد (الاقتراح المقابل)
162 الفرع الثاني: مقومات الاتفاق على التفاوض
162 أولا: أساسيات الإتفاق على التفاوض المتعلقة بموضوع التفاوض
163 01_ اختيار محل العقد:
164 02_ جس النبض:
164 03_ الاستعداد للدخول في المفاوضات:

165	04_ تشكيل فريق التفاوض:
165	أ_ خبير فني:
166	ب_ خبير مالي:
166	ج_ خبير تسويق:
166	د_ خبير قانوني:
166	و_ خبير لغوي:
167	ثانيا: مقومات الاتفاق على التفاوض المتعلقة بأشخاص التفاوض
167	01_ مهارات المفاوض الناجح
168	أ_ القدرة على الاستماع الجيد:
168	ب_ القدرة على ضبط النفس أثناء التفاوض:
168	ج_ القدرة على تحليل الأهداف وتقدير حاجة الطرف الآخر:
168	د_ القدرة على استخدام تكتيك وإستراتيجيات التفاوض:
169	02_ العيوب الشخصية في أعضاء فريق التفاوض:
169	أ_ دكتاتورية التفاوض:
169	ب_ الانفعال أثناء المفاوضات:
170	ج_ الاستسلام و التسامح:
170	03_ الصفات الحسنة في المفاوض:
170	أ_ المفاوض المرن:
170	ب_ المفاوض المراوغ و المثابر:
171	المطلب الثاني: تطبيقات أخرى لعقد التفاوض
171	الفرع الأول: عقد الإطار

172	أولاً: تعريف عقد الإطار
173	ثانياً: تمييز عقد الإطار عما يشابهه:
173	01_ تمييز عقد الإطار عن العقود التطبيقية اللاحقة:
174	02_ عقد الإطار وعقد الوعد بالتعاقد
174	03_ عقد الإطار وعقد التفاوض
174	ثالثاً: شروط تكوين عقد الإطار
174	رابعاً: مضمون عقد الإطار
175	خامساً: الالتزامات المترتبة على اتفاق الإطار
175	01_ الالتزامات الإيجابية التي ينشئها عقد الإطار:
176	02_ الالتزامات السلبية التي ينشئها عقد الإطار:
176	سادساً: جزاء الإخلال بالالتزامات الناشئة عن عقد الإطار
176	الفرع الثاني: عقود التفاوض الجزئية والمؤقتة
177	أولاً: العقد الجزئي
177	01_ تعريف العقد الجزئي:
178	02_ تمييز العقد الجزئي عما يشابهه من أوضاع:
179	03_ القيمة القانونية للعقد الجزئي:
180	ثانياً: الإتفاق المؤقت
181	ثالثاً: مدى اعتبار البروتوكولات الاتفاقية صورة من صور عقد التفاوض
182	01_ تحديد معنى البرتوكول الإتفاقي
182	أ_ تعريف البرتوكول الإتفاقي:
183	ب_ تمييز البرتوكول الإتفاقي عن خطابات النوايا:

184	02_ طبيعة البروتوكول الإتفاقي
185	03_ مضمون البرتوكول الإتفاقي
186	04_ القوة الملزمة للبرتوكول الإتفاقي
188	الفصل الثاني: عقود الوعود في مجال التجارة الدولية.....
189	المبحث الأول: ماهية الوعد بالتعاقد.....
189	المطلب الأول: مفهوم الوعد بالتعاقد
190	الفرع الأول: تحديد معنى الوعد بالتعاقد
190	أولاً: تعريف الوعد بالتعاقد
192	ثانياً: تمييز الوعد عما يشابهه من أوضاع
192	01_ الوعد والتصرف:
192	02_ الوعد والعقد:
193	03_ الوعد والالتزام:
193	04_ الوعد والإيجاب الملزم:
195	05_ الوعد بالتعاقد والعربون:
196	06_ الوعد بالتعاقد والمفاوضات:
197	07_ الوعد بالتعاقد والتعهد عن الغير:
198	ثالثاً: الطبيعة القانونية للوعد بالتعاقد
198	01_ الوعد بالتعاقد إيجاباً لإبرام العقد الأصلي:
199	02_ الوعد بالتعاقد عقد ابتدائي:
199	03_ الوعد بالتعاقد عقداً معلقاً على شرط:
200	الفرع الثاني: شروط تكوين عقد الوعد.....

أولاً: شروط تكوين عقد الوعد بصورته التقليدية	200
01_ الأركان العامة لعقد الوعد:	200
أ_ التراضي:	201
ب_ المحل:	203
ج _ السبب:	204
02_ الأركان الخاصة لعقد الوعد	204
أ_ المدة:	204
ب _ الشكلية:	205
ثانياً: شروط تكوين عقد الوعد الإلكتروني	206
01_ الشروط الموضوعية للوعد بالتعاقد الإلكتروني في مجال التجارة الدولية ..	206
أ_ التراضي في عقد الوعد الإلكتروني:	207
ب_ محل الوعد بالتعاقد الإلكتروني	208
ج_ السبب في عقد الوعد الإلكتروني	208
02_ الشروط الشكلية في عقد الوعد الإلكتروني	209
أ _ المحررات الإلكترونية	209
ب_ التوقيع الإلكتروني	209
المطلب الثاني: الآثار المترتبة عن الوعد بالتعاقد	211
الفرع الأول: حقوق والتزامات أطراف الوعد	211
أولاً: قبل ظهور الرغبة أو حلول الميعاد:	212
01_ التزامات الواعد:	212
أ _ إلزامية إبرام العقد الأصلي خلال المدة المحددة :	212

- ب _ بقاء الشيء الموعود به ملكا للواعد: 213
- 02_ حقوق الموعود له: 213
- 02_ مرحلة بعد حلول الميعاد او ظهور الرغبة: 214
- أ_ حالة الوعد الملزم لجانبين: 214
- ب_ حالة الوعد الملزم لجانب واحد: 215
- الفرع الثاني: جزاء الإخلال بعقد الوعد 216
- أولاً: التنفيذ العيني حالة الإخلال بعقد الوعد 216
- 01_ ضبط معنى التنفيذ العيني في مجال التجارة الدولية: 217
- 02 _ وسائل التنفيذ العيني في مجال التجارة الدولية: 217
- ثانياً: الفسخ في مجال التجارة الدولية 218
- 01_ ضبط معنى الفسخ في مجال التجارة الدولية: 218
- 02_ إجراءات الفسخ في مجال التجارة الدولية: 219
- أ_ الإخطار بالفسخ: 219
- ب_ ميعاد الفسخ: 219
- 03_ آثار الفسخ: 220
- أ_ زوال عقد الوعد: 220
- ب_ إعادة الحال إلى ما كان عليه قبل التعاقد: 221
- ثالثاً: التعويض جزاء الإخلال بعقد الوعد 221
- المبحث الثاني: تطبيقات الوعد بالتعاقد 222
- المطلب الأول: الوعد بالبيع التجاري الدولي 222
- الفرع الأول: مضمون عقد الوعد بالبيع التجاري الدولي 223

223	أولاً: تعريف عقد الوعد بالبيع
224	ثانياً: شروط عقد الوعد بالبيع التجاري الدولي
226	ثالثاً: صياغة عقد الوعد بالبيع التجاري
227	01_ المبادئ العامة لصياغة عقود التجارة الدولية:
228	02_ عناصر صياغة العقد التجاري الدولي:
228	أ_ الديباجة:
228	ب_ أحكام العقد:
228	ج _ الملاحق:
229	د _ التعاريف:
229	03_ تصور عملي لما يمكن أن يكون عليه العقد الدولي:
230	رابعاً: البيوع المستبعدة من نطاق عقد الوعد بالبيع التجاري الدولي
230	01_ السلع الاستهلاكية :
232	02_ البيع الاختياري بالمزاد:
232	03_ البيع الجبري :
232	04_ بيع القيم المنقولة والأوراق التجارية والنقود :
233	05_ بيع السفن والمراكب والطائرات :
234	06_ بيع الكهرباء :
234	07_ بيع العقار :
235	08_ بيع المنقول المعنوي :
235	09_ استبعاد عقدي الاستصناع والمقاولة :
238	الفرع الثاني: أثر تغير الظروف على إبرام عقد الوعد بالبيع

أولاً: ضبط معنى تغير الظروف:	238
ثانياً: صور الأسباب المؤدية لتغير الظروف:	240
ثالثاً: طرق معالجة تغير الظروف في عقد الوعد بالبيع التجاري الدولي:	241
01_ تعديل شروط العقد تلقائياً:	241
02_ شرط إعادة التفاوض:	242
المطلب الثاني: الوعد بالترفضيل	243
الفرع الأول: تحديد معنى الوعد بالترفضيل	244
أولاً: تعريف الوعد بالترفضيل	244
ثانياً: تميز الوعد بالترفضيل عن الوعد بالتعاقد	245
ثالثاً: تكيف الوعد بالترفضيل	246
الفرع الثاني: أثر شرط العرض التنافسي على إعطاء الأفضلية	247
أولاً: تحديد معنى اشتراط العرض التنافسي	247
ثانياً: شروط أعمال اشتراط العرض التنافسي لمراجعة العقد التجاري الدولي	248
01_ الشروط الموضوعية:	248
أ_ وجود عرض تنافسي:	248
ب_ ان يكون العرض التنافسي حقيقياً وجدياً:	249
02_ الشروط الشكلية :	249
أ_ الالتزام بالإخطار :	249
ب_ احترام المواعيد:	250
ثالثاً: الآثار المترتبة على تفعيل شرط العرض التنافسي على العقد التجاري الدولي	
	251
01_ المراجعة شبه التلقائية للعقد:	251

251	إعادة التفاوض على عنصر الثمن:
252	التحرر من العقد بناء على العرض التنافسي:
253	خاتمة
258	قائمة المصادر والمراجع:
282	الفهرس:
301	الملخص:

الاتفاقات التمهيديّة في عقود التجارة الدوليّة

الملخص :

الإتفاقات التمهيديّة في عقود التجارة الدوليّة هي إتفاقات ناجمة عن مرحلة المفاوضات، بحيث تتعدد هذه الإتفاقات وتتنوع حسب نوعيّة كل إتفاق، فهذه الإتفاقات قد تكون ذات طبيعة عقديّة محضة وترتب المسؤولية العقديّة حالة الإخلال بها كعقود التفاوض وعقود الوعود وقد تكون ذات طبيعة شبه عقديّة كتعهدات الشرفيّة وخطابات النوايا والتي قد يترتب على الإخلال بها قيام المسؤولية العقديّة أو التقصيريّة حسب الأحوال فكلما تبين للقاضي أن هناك إتفاق ملزم وجب عليه أن يقضي المسؤولية العقديّة وإذا لم يثبت له ذلك فيجوز له أن يقضي بانعقاد المسؤولية التقصيريّة متى توافر شروط هذه المسؤولية.

كلمات مفتاحية : عقد التفاوض، الإتفاقات التمهيديّة، عقود التجارة الدوليّة، الوعد بالتعاقد، التعهدات الشرفيّة، خطابات النوايا .

« Preliminary Agreements in International Trade Contracts »

Abstract:

Preliminary expenditures in international trade contracts are agreements resulting from the negotiation stage, so that these agreements are numerous and vary according to the quality of each agreement. and letters of intent, the breach of which may result in contractual or tort liability, as the case may be.

Key words: Negotiating contract, preliminary agreements, international trade contracts, promise to contract, honorary pledges, letters of intent.

Accords préliminaires dans les contrats commerciaux internationaux

Sommaire :

Les dépenses préliminaires dans les contrats de commerce international sont des accords issus de l'étape de la négociation, de sorte que ces accords sont nombreux et varient selon la qualité de chaque accord et des lettres d'intention, dont la violation peut entraîner une responsabilité contractuelle ou délictuelle, selon le cas. Peut-être.

Mots-clés : contrat de négociation, accords préliminaires, contrats de commerce international, promesse de contrat, promesses d'honoraires, lettres d'intention.