

الفصل الثاني: الاتفاقات و العقود المؤطرة لمفاوضات العقود التجارية الدولية:

تحتل المرحلة السابقة على التعاقد على المستوى الدولي أهمية استثنائية لانطوائها غالباً على عقود مركبة ومعقدة تبرم بين منتجين و موزعين و مستهلكين.

و هذا دون تجاهل ما يرافقها من تقنيات أسفرت عنها الأساليب الحديثة في التعامل بالنظر إلى القيمة الاقتصادية لهذه العقود و مخاطرها الجسيمة بالنسبة للأطراف من جهة، و كذا التعقيدات الفنية والقانونية المتسمة بها من جهة أخرى.¹

و من أجل ترسيخ الثقة بين المتفاوضين و حماية للمفاوضات من خطر إفشالها دون جزاء يترتب على ذلك، تمخّضت الممارسات في مجال العقود التجارية الدولية عن بعض الوثائق و المستندات ممثلة في الاتفاقات و العقود التي تؤطر مرحلة المفاوضات تدعيماً للجديّة في التعامل و حسن النية في التصرف.

تتصرف هذه الاتفاقات و العقود إلى:

- أهداف العقد المزمع إبرامه أو شروطه.

- أو تثبيت ما تمّ الاتفاق حوله في كلّ مرحلة من مراحل المفاوضات.²

تعكس هذه الاتفاقات و العقود نوايا أطراف التفاوض و توجهاتهم بشأن العقد المستقبلي، حيث تتضمن ما تمّ إيدأؤه من آراء و مواقف أثناء المفاوضات، من بينها رسالة النية التي يمكن أن تضبط التفاوض وفق طريقة أو شروط معينة.

بهذا تعد المفاوضات مرحلة ثرية بالاتفاقات التي تسبق العقد النهائي، نتيجة العولمة الاقتصادية و انفتاح الأسواق العالمية و تحرير هذه الاتفاقات من أرباب المهن كلّ في مجال اختصاصه.³

الاتفاقات و العقود المتقدمة إذن ليست لها القيمة القانونية ذاتها من حيث الإلزام، لذلك يمكن التمييز بصددها بين:-
الاتفاقات و العقود غير المرتبة لالتزامات تعاقدية (مبحث أول)،

- الاتفاقات و العقود المرتبة لالتزامات تعاقدية (مبحث ثان):

المبحث الأول: الاتفاقات و العقود غير المرتبة لالتزامات تعاقدية:

مثل هذه الاتفاقات و إن اصطلح عليها بالعقود هي اتفاقات تمهيدية و ليست عقوداً نهائية، إلا إذا تمّ النصّ على طبيعتها العقدية في الاتفاق ذاته أو اتّضح أنّه يتضمّن التزاماً حقيقياً، أو كان الهدف منه التهرب من تطبيق القانون.

هذه الاتفاقات تمهيدية لأنها تقتضي من الأطراف المتفاوضة بذل مزيد من الجهد للتوصل لاتفاق نهائي، و بذلك تسجّل الخطوات المشجعة على بلوغ هذا الهدف، بوضعها القواعد الإجرائية الناظمة للمفاوضات، أو الشروط الجوهرية للعقد النهائي.⁴

¹ فائزة براهيم: " إلتزامات الأطراف في المرحلة السابقة للتعاقد " مذكرة ماجستير، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد- تلمسان 2009، ص02.

² ROZES (LOUIS) : « Projets et accords de principe » Rev.tri. de droit commercial, N°=03, 1989, p501.

³ مصطفى محمد جمال: " السعي إلى التعاقد في القانون المقارن " مرجع سابق ص229.

⁴ بلال عبد المطلب بدوي: مبدأ حسن النية في مرحلة المفاوضات قبل التعاقدية في عقود التجارة الدولية " رسالة دكتوراه، كلية الحقوق- جامعة القاهرة 2001، ص207.

من أبرز الاتفاقات التمهيدية غير المرتبة للالتزامات تعاقدية كقاعدة، نجد: الاتفاق الشرفي أو الأدبي (مطلب أول)، البروتوكول الاتفاقي (مطلب ثان)، خطابات أو رسائل النية (مطلب ثالث):

المطلب الأول: الاتفاق الشرف (الأدبي):

المصطلح مستعار من القانون الدولي العام، و يعني تلك الاتفاقات المعيرة عن السياسة المتعين انتهابها مستقبلا بين الأطراف المعنية و المعتمدة على كلمة الشرف المبدأة كضامن لتنفيذها، دون أن ترقى إلى التزامات قانونية على عاتق دولهم.¹

في مجال العقود التجارية الدولية يعني الاتفاق الشرفي " الاتفاق الذي يهدف أطرافه إلى إخراجها من دائرة الالتزام والقانون و تعليق تنفيذه على أمانة و نزاهة و شرف كل منهم، لتجنب عرض منازعته على القضاء أو التحكيم."² يبدو من هذا التعريف أن الاتفاق الشرفي ليست له إلا قيمة معنوية معقدة على إرادة الشخص المعني بتنفيذه دون أية مسؤولية يمكن إثارتها في حالة عدم التنفيذ.³

و لهذا سندرس:

مجال الاتفاق الشرفي (فرع أول)، و قيمته القانونية (فرع ثان).

الفرع الأول: مجال الاتفاق الشرفي:

إن لجوء الطرفين المتفاوضين إلى هذا النوع من الاتفاق لا يعني عدم التزامهما نهائيا بمضمونه، و إنما يعني احتكاهما إلى مرجعية أخرى غير قانونية، إنها مرجعية الوسط المهني الذي ينحدر منه كل منهما، و المصالح العملية التي يجنيها كل واحد من خلال اعتماد هذا النوع من الاتفاق.⁴

يكثر اللجوء إلى هذا النوع من الاتفاقات في المجالات التي تخلو من تنظيم تشريعي، ففي بريطانيا مثلا و قبل سنة 1971 في ظل غياب تشريع ينظم اتفاقيات العمل الجماعية كان العمال و أرباب العمل يلجأون إلى الاتفاقات الشرفية بصرف النظر عن توافر أو عدم توافر الحماية القانونية لتلك الاتفاقات.

بالإضافة إلى مجال الاتفاقيات المخالفة للنظام العام في الدول الرأسمالية، حيث تسود حرية المنافسة و تعتبر بذلك الاتفاقيات المقيدة لها باطلة، مثل الاتفاقيات المتعلقة بالتحكم في الأسعار أو تحديد الإنتاج، حيث تحقق نفعاً متبادلاً لأطرافها الذين يعلمون بعدم مشروعيتها و يلجأون حينئذ إلى الاتفاقات الشرفية تهرباً من حكم القانون في شأنها.⁵

الفرع الثاني: القيمة القانونية للاتفاق الشرفي:

المجمع عليه فقها و قضاء عدم إلزامية الاتفاق الشرفي و عدم ترتيبه من ثمة لأي أثر قانوني، حيث يمكن إدخاله في عداد الأعمال المجانية أو المجاملات (النقل المجاني، تقديم المساعدة للغير في غير حالات الضرورة، مآدب الغذاء أو العشاء، الوعود داخل الأسرة...)

لكن للقانون المقارن موقف آخر يمكن استجلاؤه من خلال القانونين: الإنجليزي و الفرنسي:

¹ محمد حسين عبد العال: " التنظيم الاتفاقي للمفاوضات العقدية " دار النهضة العربية- القاهرة 1998، ص 39.

² PH(Malaurie) et L(Agnès) : «Droit civil : Les obligations » 4ème éd, Cujas, Paris 1993, p194.

³ مصطفى محمد الجمال: " السعي إلى التعاقد في القانون المقارن " مرجع سابق، ص 372.

⁴ مصطفى محمد الجمال: " السعي إلى التعاقد في القانون المقارن " مرجع سابق، ص 372.

⁵ OPPETTI (Bruno) : « L'engagement d'honneur » Dalloz, Paris 1997, pp108, 109.

أولاً- القانون الإنجليزي:

يتوافق موقف القانون الإنجليزي عموماً مع موقف الفقه و القضاء أعلاه، حيث ينفي عن الاتفاق الشرفي أيّ طابع تعاقدي، و يجردّه من أية قيمة قانونية، يعود ذلك إلى غياب عامل المخاطرة في هذا الاتفاق على خلاف العقد الأصلي، و مصداقاً لذلك درج القضاء الإنجليزي على عدم الاعتراف بهذه الاتفاقات بل و كلّ الاتفاقات التي تعقد أثناء المفاوضات و قبل العقد النهائي.¹

ثانياً- القانون الفرنسي:

القاعدة في القانون الفرنسي نفسها في القانون الإنجليزي بالنسبة للاتفاقات الشرفية، لكن الاستثناء في القضاء الفرنسي هو إمكانية اتخاذ تلك الاتفاقات طابعاً عقدياً و بالتالي ترتيبها لآثار قانونية لميل القضاء الفرنسي إلى التوسع في تفسير إرادة الأطراف من خلال الظروف و الملابس المحيطة بالاتفاق، دون تقيّد بالوصف الذي أطلقه أطراف الاتفاق عليه، حيث يعتبر ملزماً إذا انطوى على التزام حقيقي و كان الهدف منه هو التهرب من حكم القانون.²

يندرج موقف القانون الفرنسي هذا ضمن اعتبارات العدالة التي تقتضي حماية الطرف الضعيف في الاتفاق من تسلط الطرف الآخر الذي يكون في وضع أشبه بعقود الإذعان، و هكذا يعتمد القضاء الفرنسي معيارين للتمييز بين كون الاتفاق شرفياً أو عقدياً و هما: إرادة الطرفين نفسها، وجود سبب موضوعي لإضفاء صبغة قانونية على الاتفاق الشرفي.³

المطلب الثاني: البروتوكول الاتفاقي:

نشأ هذا النوع من الاتفاقات في الدول الأنجلوسكسونية لينتقل إلى بقية دول العالم و يصبح أمراً متداولاً في مجال المفاوضات بشأن العقود التجارية الدولية، حيث يستعمل بكثرة في التفاوض على عقود دمج الشركات، و عقود التوريد و التسويق و هي من العقود الضخمة و المركبة التي تمرّ في الحقيقة بمرحلتين: الأولى اقتصادية تتوج بإبرام بروتوكول اتفاقي، و الثانية قانونية تنتهي بصياغة العقد المرتقب.⁴

و عليه سنتعرّض إلى تعريف البروتوكول الاتفاقي (فرع أول)، صورته (فرع ثان)، الفرق بينه و بين رسائل النية (فرع ثالث)

الفرع الأول: تعريف البروتوكول الاتفاقي:

تبرم البروتوكولات الاتفاقية غالباً في مرحلة من المفاوضات تكون فيها الخطوط العريضة للعقد المرتقب قد اتضحت، و بالتالي يتمثل الهدف منها في تثبيت تلك الخطوط لتكون خارطة طريق لاستئناف المفاوضات نحو الوصول إلى مزيد من تحديد و تفصيل حقوق و التزامات الأطراف في العقد المرتقب.

انطلاقاً من هذا يعرف البروتوكول الاتفاقي بأنه: " عقد حقيقي ملزم للجانبين، لأنّه يحمل الشروط الأساسية للعقد النهائي، و يمثل هدفاً تمّ التوصل إليه، و إن افتقد لبعض التفاصيل المرتبطة بتنفيذه."⁵

¹ محمد حسين عبد العال: " التنظيم الاتفاقي للمفاوضات العقدية " مرجع سابق، ص39.

² OPPETTI (Bruno), op.cit, p112.

³ مصطفى محمد الجمال: " السعي إلى التعاقد في القانون المقارن " مرجع سابق، ص402

⁴ مصطفى محمد الجمال: " السعي إلى التعاقد في القانون المقارن " المرجع نفسه، ص425.

⁵ جمال فاخر الكتّاس: " العقود و الاتفاقات الممهدة للتعاقد و أهمية التفرقة بين العقد و الاتفاق في المرحلة السابقة على التعاقد " مجلة الحقوق، العدد 20، مارس 1996، ص182.

و يعرف بأنه: " عقد يتضمّن الشروط و الالتزامات المتفق عليها من الجانبين، لكنّه عقد جزئي كعقد الإطار الذي يحدّد الشروط الرئيسية التي يلتزم الطرفان باتباعها فيما يبرمّانه من عقود لاحقة مستقبلا.¹"

بتحليل التعريفين و استرشادا ببعض الفقه يعدّ البروتوكول الاتفاقي عقدا لا تختلف آثاره عن غيره من العقود، كما أنّ المسؤولية المترتبة عنه هي مسؤولية عقدية، خاصّة في حالة العدول عن التفاوض استكمالاً للعناصر المتبقية من العقد دون سبب جدّي أو موضوعي، و حالة العدول عن المسائل الجوهرية المتفق عليها بشكل نهائي.²

بالمقابل يرى البعض الآخر من الفقه أنّ البروتوكول الاتفاقي هو " مجرد اتفاق على التفاوض في شأن عقد من العقود."³

و يبدو أنّه الرّأي الرّاجح، كون الرّأي الأوّل ينطوي على تناقض واضح، لأنّ اعتبار البروتوكول الاتفاقي عقد مع نقص بعض عناصره قول غير صحيح، حيث لا يوجد العقد إلّا باكتمال جميع أو أغلب عناصره سيما الأساسية منها، صف إلى ذلك أنّ نيّة الأطراف في هذا البروتوكول لم تتجه نهائياً نحو العقد النهائي، بالرغم من تضمنه الخطوط العريضة لهذا العقد.⁴

الفرع الثاني: صور البروتوكول الاتفاقي:

تتمثل صور البروتوكول الاتفاقي في الوثائق التي تكتفي فيها الأطراف المتفاوضة بتسجيل اتفاقاتها على الهيكل العام للعقد المرتقب دون الخوض في الشروط التي تترجم هذا الهيكل إلى حقوق و التزامات محدّدة.⁵

من النماذج التي تعكس تلك الصور:

النموذج الأوّل: مفاوضات بين دولة و منشأة أجنبية لإنتاج السيارات حول إقامة مصنع للسيارات في تلك الدولة بالتعاون مع المنشأة المعنية، من خلال وضع إطار عام للعقد المرتقب بدء بتجميع قطع مستوردة من بلد الصنع، ثم الاستغناء عنها تدريجياً بقطع مصنعة محلياً، و تكوين شركة مساهمة محلية لاكتساب القطع اللازمة و تجميع السيارات و بيعها، مع تحديد رأس المال اللازم و مساهمة الطرفين فيه، و تحديد حجم الإنتاج و المبلغ اللازم لإقامة المصنع، و التزامات المنشأة، و ضرورة توقيع عقد نهائي يحدد هذه الالتزامات في غضون أربعة أشهر، و أخيراً صور الحماية التي ستكفلها الدولة للشركة المزمع إنشاؤها (احتكارها إنتاج السيارات، توفير العقار اللازم، الإعفاءات الجمركية)، و وضع جدول زمني يشمل الدراسات و توقيع العقد النهائي و إنشاء الشركة، و توقيع اتفاقات الترخيص الصناعي.⁶

النموذج الثاني: مفاوضات بين مجموعة شركات حول التعاون لإنجاز برنامج للإنتاج المشترك في مجال الملاحة ممثلة في شركة لحسابها و لحساب الشركات الأخرى و دولة لحسابها و لحساب دول أخرى، و لأجل هذا الغرض تم إبرام العديد من البروتوكولات الاتفاقية لبلورة الإطار العام للتعاون المتوقع بينها في حال نجاح المفاوضات الأساسية مع الدولة المعنية.⁷

¹ LE TOURNEAU (Philippe) : « Les contrats informatiques » Dalloz, Paris, 1997, pp25, 26.

² مصطفى محمد الجمال: " السّعي إلى التعاقد في القانون المقارن " مرجع سابق، ص433.

³ مصطفى محمد الجمال، المرجع نفسه، ص431.

⁴ جمال فاخر الكناس: " العقود و الاتفاقات الممهدة للتعاقد و أهمية التفرقة بين العقد و الاتفاق في المرحلة السابقة على التعاقد " مرجع سابق ص182.

⁵ مصطفى محمد الجمال: " السّعي إلى التعاقد في القانون المقارن " مرجع سابق، ص428.

⁶ علي أحمد صالح: " المفاوضات في العقود التجارية الدولية " مرجع سابق، ص ص312، 313.

⁷ علي أحمد صالح، المرجع نفسه، ص ص313، 314.

النموذج الثالث: التفاوض بين شركتين حول التعاون لعرض منتج جديد في السوق مكون من عنصرين: الأول تملكه الشركة الأولى، و الثاني تملكه الشركة الثانية، ما يفرض على الشركتين إبرام اتفاقات بروتوكولية ترخص من خلالها كل شركة للأخرى باستعمال العنصر الذي تملكه، و اتفاقات تتعلق بالتعاون في تصنيع المنتج الجديد و تسويقه. و بنهاية المرحلة الأولى من المفاوضات يتم إبرام بروتوكول اتفاق يتعلق بشروط إطلاع الشركة الثانية على أسرار صناعة العنصر الذي تنتجه الشركة الأولى، و قيام هذه الشركة بتوقيع أربع اتفاقات بروتوكولية:

- إثتان منها يتعلقان بالترخيص لها باستعمال العنصر الخاص بالشركة الأولى.

- و الآخران يتعلقان بالتعاون بين الشركتين.

ينص البروتوكول كذلك على مساهمة كل من الشركتين في المنتج المشترك المراد إنتاجه و عرضه في السوق، و أخيراً ضرورة مراعاة التوازن بين ما تورّده كل من الشركتين للأخرى من إنتاج العنصر الخاص بها.¹

الفرع الثالث: تمييز البروتوكول الاتفاقي عن خطابات أو رسائل النية:

تتقاطع أحيانا البروتوكولات الاتفاقية مع رسائل النية في الوظيفة التي يؤديها كل منهما، يبدو ذلك من خلال عنصر الكتابة، و تضمنها أجزاء من العقد المزمع إبرامه، و تثبيت بعض المسائل محلّ الاتفاق المشترك نحو الوصول للعقد المنشود، فيما يظهر الفرق بينهما من خلال معيارين:

الأول معيار كمي: متمثل في الهدف من إبرام كل منهما، حيث يتضمن البروتوكول الاتفاقي معظم عناصر العقد النهائي إن لم تكن كلها باستثناء بعضها المتصل بشروط تنفيذ العقد و بالشروط الجزئية، بخلاف رسائل النية التي لا تشمل إلا بعض عناصر العقد الأساسية كقاعدة عامّة.

المعيار الثاني شكلي: متمثل في رصد شكل كل من رسائل النية و البروتوكول الاتفاقي، حيث تحرّر الأولى من أحد الأطراف المتفاوضة و بالصيغة التي يريد و الشكل الذي يراه لترسل للمتفاوض الآخر، في المقابل للبروتوكول الاتفاقي شكل نموذجي، كما يحرّر بمعرفة جميع الأطراف المتفاوضة و بالصيغة التي يتفقون عليها و يرونها الأنسب مع توقيعه من طرفهم جميعاً.²

المطلب الثالث: خطابات أو رسائل النية:

اقتضت التطورات التي شهدتها المعاملات التجارية الدولية من رجال الأعمال إرساء بعض الممارسات التي تحكم بدء و سير و نهاية مفاوضات العقود التجارية الدولية من خلال أداة أو وسيلة تتمّ بها دعوة طرف ما للتفاوض حول عقد مستقبلي مع التأكيد على الاستمرار فيه و الالتزام بحسن النية في ذلك بعيداً عن أيّ التزام عقدي، هذه الأداة أو الوسيلة هي خطاب أو رسالة النية.³

فما مفهومها؟، و ما أنواعها؟، و ما هي قيمتها القانونية؟

الفرع الأول: مفهوم رسائل النية:

¹ علي أحمد صالح، المرجع نفسه، ص 314، 315.
² مصطفى محمد الجمال: " السعي إلى التعاقد في القانون المقارن " مرجع سابق، ص 429.
³ جمال فاخر الكناس: " العقود و الاتفاقات الممهدة للتعاقد و أهمية التفرقة بين العقد و الاتفاق في المرحلة السابقة على التعاقد " مرجع سابق، ص 177.

نظرا لصياغتها المبهمة اختلف الفقه في تسمية رسائل النية باختلاف الزاوية المنظور منها إلى مضمون الرسالة والغرض منها، حيث تطلق مصطلحات أخرى على العديد من المستندات التي يتبادلها الأطراف خلال مرحلة المفاوضات وقبل إبرام العقد النهائي من قبيل: الاتفاق المرحلي، الاتفاق المبدئي، مذكرة التفاهم، اتفاقات الشرف، و بروتوكول اتفاق...إلخ، غير أن رسالة النية هي التسمية المهيمنة، خاصة بعد أن تم توسيع نطاق استخدامها في المعاملات بين الدول، و بينها و بين المنظمات الدولية (المحررات المثبتة للشروط التي ترتبط بها التسهيلات المالية الممنوحة من صندوق النقد الدولي لدولة ما).¹

وقبل تعريف رسائل النية يجدر بنا الوقوف على نشأتها.

أولاً- نشأة رسائل النية:

نشأت رسائل النية في إطار القوانين الأنجلوأمريكية تحت تأثير مقتضيات التجارة الدولية و ما تستتبعه من ضرورة توفير الثقة و حسن النية و السرعة في المعاملات التجارية الدولية، لتجد طريقها بعد ذلك إلى الدول ذات القوانين اللاتينية و في طليعتها فرنسا، ممّا حدا بالفقه و القضاء في الدول الأوروبية إلى البحث عن حلول مستخلصة من المبادئ العامة للقانون متلائمة مع محتوى رسائل النية و الأغراض المتعددة التي تستخدم فيها.²

في بداياتها كانت رسائل النية في المستندات السابقة للتعاقد مقتصرة على التأكيد على حسن النية في التفاوض وإنجاح العملية التفاوضية، و التأكيد في الوقت نفسه على انتفاء أية مسؤولية عقدية بين الطرفين المتفاوضين بإضافة عبارة (وثيقة ليست ذات طبيعة عقدية).

من هنا ينحصر هدف رسالة النية في مجرد طمأننة الطرف المتلقي لها بأن مرسلها جادّ في تعامله و راغب في التعاقد، و دليله في ذلك رسالة النية ذاتها، و هكذا تشجّع مثل هذه الرسائل التجارة الدولية و تنمّي الاستثمارات، فضلا عن كونها وسيلة إضافية لضمان استمرار المفاوضات و جدّيتها.³

ثانياً- تعريف رسالة النية:

لغويا و باختصار تعني رسالة النية وجود نية مستقبلية لدى من تصدر عنه.

اصطلاحا يصعب وضع تعريف جامع مانع لرسالة النية لتعدد أشكالها و أنواعها و تباين موضوعاتها و مضامينها.

رغم ذلك هناك محاولات فقهية لتعريفها، من بينها:

رسالة النية هي: " كلّ وثيقة مكتوبة قبل العقد النهائي تعكس الاتفاقات، أو الفهم المبدئي لطرف أو أكثر من أطراف التعاقد التجاري بغية الدخول في عقد مستقبلي".⁴

تعرف أيضا بأنها: " مستند يتمّ تحريره في المرحلة قبل التعاقدية، و يحتوي على الاتفاقات الأولية و الأمور المشتركة بين أطراف عقد سوف يبرم في المستقبل".

¹ أحمد عبد الكريم سلامة: " النظام القانوني لمفاوضات العقود الدولية " مرجع سابق، ص07.

² مصطفى أحمد عبد الجواد: " خطابات النوايا الصادرة عن الغير في مجال الائتمان " ط1، دار الفكر الجامعي- الإسكندرية 2000، ص06.

³ أحمد عبد الكريم سلامة: " قانون العقد الدولي " مرجع سابق، ص ص34-36.

⁴ صالح بن عبد الله بن عطاء العوفي: " المبادئ القانونية في صياغة عقود التجارة الدولية " مركز البحوث و الدراسات الإدارية- الرياض 1998، ص68.

تعرف كذلك بأنها: " مستند مكتوب يوجه من طرف من يرغب في التعاقد على أمر معين إلى الطرف الآخر يعرب فيه عن رغبته تلك، و يطرح فيه الخطوط العريضة للعقد المستقبلي المزمع إبرامه، و يدعو إلى التفاوض والدخول في محادثات حولها.¹"

بناء على التعاريف المتقدمة، فإن رسالة النية ينبغي أن تتضمن:

أ/ دعوة الطرف الآخر للتفاوض.

ب/ إبداء الرغبة في التعاقد.

ب/ بيان للنقاط الرئيسية و الخطوط العريضة للعقد المستقبلي.

د/ تحديد وقت و مكان افتتاح جلسات التفاوض و ممثلي الأطراف المتفاوضة و عددهم و تخصصهم، فضلا عن لغة المفاوضات و مدتها، و من يتحمل نفقاتها.

الفرع الثاني: أنواع رسائل النية:

تتعدد رسائل النية بتعدد الموضوعات التي تتناولها، حيث نجد رسائل تتضمن دعوة للبدء في المفاوضات، رسائل تتضمن تحديد النقاط المتفق عليها، رسائل تتضمن انعقاد العقد بشكل نهائي.

أولا- رسائل الدعوة للبدء في المفاوضات:

يسمى هذا النوع من رسائل النية بمذكرة التفاهم، و يتعلّق بالقواعد التي تحكم مرحلة المفاوضات ذاتها، من حيث بدئها و سيرها و مكانها و مدتها و لغتها، و ممثلي الأطراف المتفاوضة فيها، و نفقاتها.²

كما قد يتضمن هذا النوع من الرسائل بعض الإلتزامات مثل الإلتزام بالحفاظ على سرية المعلومات، أو حظر المفاوضات الموازية.³

ثانيا- رسائل تحديد النقاط المتفق عليها:

مثل هذه الرسائل يوجهها مرسلها إلى الطرف الآخر خلال مرحلة المفاوضات لتثبيت العناصر المتفق عليها مثل شروط العقد و جوانبه الفنية.⁴

ثالثا- رسائل مشروع العقد النهائي:

تتضمن هذه الرسائل مشروع العقد النهائي مع تعليق التوقيع عليه و تنفيذه على استكمال بعض الشروط مثل الحصول على قرض من البنك أو الحصول على التراخيص الإدارية للاستغلال و مباشرة النشاط، أو موافقة السلطات المختصة في بلد المتفاوض المعني.⁵

رابعا- رسائل انعقاد العقد بصفة نهائية:

يترجم هذا النوع من الرسائل رغبة محرّره في إبرام عقد معين في إطار الخطوط و الشروط المرفقة بالرسالة، و يعبر بوضوح على اتفاق الأطراف المتفاوضة على العقد المرتقب على نحو يعتبر معه منعقدا فعلا دون تحفظ أو

¹ أحمد عبد الكريم سلامة: " قانون العقد الدولي " مرجع سابق، ص33.

² صالح بن عبد الله بن عطف العوفي: " المبادئ القانونية في صياغة عقود التجارة الدولية " مرجع سابق، ص71.

³ محمد حسين عبد العال: " التنظيم الاتفاقي للمفاوضات العقدية " مرجع سابق، ص151.

⁴ أحمد شرف الدين: " أصول الصياغة القانونية للعقود " مطبعة أبناء و هبة حسان- القاهرة (دون تاريخ نشر)، ص70.

⁵ أحمد عبد الكريم سلامة: " النظام القانوني لمفاوضات العقود الدولية " مرجع سابق، ص15.

حاجة إلى اتخاذ إجراء آخر، كأن توجه حكومة دولة معينة رسالة لإحدى شركات الأشغال العمومية تعلمها فيها برسو المناقصة عليها طبقا للمواصفات و الشروط التي احتواها العرض المقدم، و تطلب منها على أن تعيد لها الرسالة في غضون مدة معينة موقعا عليها بالقبول دون تحفظ.¹

الفرع الثالث: القيمة القانونية لرسائل النية:

ترمي رسالة النية إلى الإفصاح عن النية الحقيقية لطرفي التفاوض، مع ذلك ليست لها كقاعدة عامة أية قيمة قانونية ملزمة، إذ لا ترتب إلا التزامات معنوية مثل الاتفاق الشرفي، لكن الأمر لا يطرح دائما بهذه البساطة والسهولة، إذ كثيرا ما تثير إشكالات حول قيمتها القانونية انطلاقا من صياغتها و اتجاه نية أطرافها إلى الدخول في رابطة تعاقدية من عدمها، لذلك سنحاول بيان القيمة القانونية لرسائل النية من خلال صياغتها، و وضعها في كل من القانون الفرنسي، و القانون الأنجلوأمريكي.

أولا- صياغة رسائل النية:

الأصل أن رسائل النية مجرد مقترح أو عرض قابل للمناقشة، و غير مرتب لأي أثر قانوني، لكن الممارسات الحديثة تعول على صياغة هذه الرسائل لاستخلاص قيمتها القانونية، و تبعا لذلك ينبغي أن تكون الصياغة صحيحة و معبرة بدقة عما تم الاتفاق بشأنه أثناء المفاوضات.²

حيث يجب أن تحدد بوضوح موضوع الاتفاق و الهدف منه، بلغة سليمة لا غموض فيها و انتقاء ألفاظ حاسمة لا تحتمل التأويل، فتفيد الإلزام إذا اتجهت نية الأطراف لذلك مثل: يقبل، يوافق، يرتضي....

أو تفيد الاتفاق المبدئي إذا اتجهت نيتها لذلك أيضا مثل: يقدر الطرف، يبدو ملائما، كما يجب أن تكون الرسالة جملة و مختصرة و غير رسمية قدر الإمكان.³

إذا التزم الطرفان في صياغة رسالة النية بالخطوات السابقة يمكن الوقوف على إلزامية مضمونها من عدمه، لذلك من المحبذ أن يستعينا في الصياغة بقانونيين ذوي خبرة في صياغة المستندات و تقنيات التفاوض.

ثانيا- القيمة القانونية لرسائل النية في القانون الفرنسي:

في غياب نص صريح في القانون الفرنسي بشأن القيمة القانونية لرسائل النية، يذهب الفقه الفرنسي إلى أنها لا ترتب كقاعدة عامة أية مسؤولية عقدية بالنسبة لطرفيها، غير أنه ليس هناك ما يمنعها من الاتفاق على شروط العقد النهائي، و تضمين الرسالة التزامات بشأنها، ما يثير المسؤولية العقدية عند الإخلال بأحد تلك الالتزامات.⁴

و عليه يتوجب دائما العودة إلى مضمون الرسالة للوقوف على الإرادة الحقيقية لطرفيها، هذه الإرادة التي تستطيع إنشاء التزام تعاقدي، كما تستطيع أن تبقى حرة خارج أي التزام.

تطبيقا لذلك أسبغ القضاء الفرنسي قوة ملزمة على محضر اجتماع اتفق فيه بين الأطراف المتفاوضة على إنشاء شركة مع تحديد حصصها و تعيين مسيرها، استنادا إلى اتجاه نيتها نحو تكوين و عد بإنشاء تلك الشركة، معتبرا

¹ أحمد شرف الدين: " أصول الصياغة القانونية للعقود " مرجع سابق، ص70.

² أبو العلا علي أبو العلا النمر: " مفاوضات العقود التجارية " دار النهضة العربية- القاهرة 2002، ص72.

³ أحمد عبد الكريم سلامة: " قانون العقد الدولي " مرجع سابق، ص35.

⁴ أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع نفسه، ص56.

رفض أحد الأطراف إتمام إجراءات الإنشاء إخلالا بالتزام تعاقدي بصرف النظر عن طبيعة الوثيقة التي لا تعتبر عقداً وإنما مجرد محضر اجتماع.¹

ثالثاً- القيمة القانونية لرسائل النية في القانون الأنجلوأمريكي:

تقوم المفاوضات في القانون الأنجلوأمريكي على الاحتمال و المخاطرة، مما يقتضي من كل متفاوض توخي الحيلة و الحذر و التركيز على مصالحه ببذل قصارى جهده للوصول إلى صفقة مربحة، فضلا عن أنّ مفهوم العقد في القانون الإنجليزي يختلف عنه في القوانين اللاتينية لاستناده دوماً لمقابل مادي، و عليه يتقاطع موقف القانون الأنجلوأمريكي مع موقف القضاء الفرنسي من حيث عدم إلزامية رسائل النية كقاعدة عامة، و إمكانية إلزامها لأطرافها في حالة اتّجاه نيتهم للدخول في علاقة تعاقدية من خلال هذه الرسائل.²

في المقابل لا يعترف الفقه في إنجلترا بأية قيمة لهذه الرسائل، و يؤازره القضاء في ذلك، فمن تطبيقات الأخير حكمه بتجريد رسالة نية من أي أثر قانوني، يتعلّق الأمر بإرسال إحدى الشركات الهندية رسالة نية إلى شركة أخرى تعلمها فيها برغبتها في التعاقد معها و البدء في تنفيذ العقد، و بمناسبة خلاف بين الشركتين فيما بعد بخصوص رسالة النية ذاتها تمّ الاحتكام إلى القضاء الذي لم يربّب على الرسالة أي التزام تعاقدي رغم بدء الشركة الأخرى في تنفيذ العقد.³

يستخلص من كلّ ما سبق بشأن القيمة القانونية لرسائل النية أنّها وسيلة فنية أو نظام خاصّ تتضمّن تعهّدات و التزامات تختلف حسب الصيغة و الشّروط المدرجة بها سواء كانت مجرد تعهّد شرفي أو أدبي أو التزاما ببذل عناية أو بتحقيق نتيجة، فهي تعهّدات من نوع خاصّ، أو كما وصفها البعض: أداة شاذة غير قابلة للإدراج تحت تقسيمات القانون المدني.⁴

المبحث الثاني: الاتفاقات و العقود المرتبة للالتزامات تعاقدية:

لتأمين مفاوضاتها و الاطمئنان على نجاحها، و التوفيق بين حرية المفاوضات و أمنها، تعتمد الأطراف المتفاوضة إلى تضمين تلك المفاوضات في عقد تمهيدي أو تحضيري ينظّم سيرها و يحدّد حقوق و التزامات أطرافها، ويمثّل وسيلة إثبات في مواجهة من انحرف منهما عن مسار المفاوضات أثناء إجرائها.

يطلق الفقه على هذا النوع من الاتفاقات مصطلحات متعدّدة و متنوّعة بتعدّد و تنوّع أغراضها و مضامينها رغم اقترابها و تلاقيها أحيانا.⁵

عموماً يمكن أن تنصرف هذه الاتفاقات إلى مجموعتين:

المجموعة الأولى: تشمل الاتفاقات التي تمثّل بذاتها وسيلة للوصول للعقد المرتقب، حيث ترتبط بمرحلة المفاوضات و تخضع لضوابطها، و تكون المفاوضات هي موضوعها المباشر، و من أمثلتها:

- عقد التفاوض.

¹ SCHMIDT-SZALEWSKI (Joanna) : « La période précontractuelle en droit français » Rev.internationale de droit comparé. N°=02, 1990, 557.

² بلال عبد المطلب بدوي: " مبدأ حسن النية في مرحلة المفاوضات قبل التعاقدية في عقود التجارة الدولية " مرجع سابق، ص249.

³ FONTAINE (M) : « Droit des contrats internationaux : analyse et rédaction de clause » éd. FEC, Paris 1989, p05.

⁴ خليل فيكتور تادرس: " خطابات النوايا الصادرة من الشركات الأم لحساب أحد الفروع و قيمتها القانونية " دار النهضة العربية- القاهرة 2007، ص ص39، 40.

⁵ ROZES (Louis) : « Projets et accords de principe » Rev.Tri. de droit commercial, N°=03, 1998, p501.

- الاتفاق المبدئي.

المجموعة الثانية: تشمل الاتفاقات التي تمثل بحد ذاتها غاية في بعض الحالات، حتى وإن اتّسمت بالصفة الجزئية أو المرحلية أو المؤقتة، موضوعها في الغالب اتفاق على بعض عناصر العقد المرتقب، و في حالات أخرى تمثل بذاتها كيانا عقديا مستقلا و إن بقي مرتبطا بالعقد النهائي، من أمثلتها: العقد الجزئي، العقد المؤقت...¹

ترتبا على ما تقدّم سيتمّ التعرّض إلى:

عقد التفاوض (مطلب أول)، عقد الإطار (مطلب ثان)، الوعد بالتعاقد والوعد بالتفضيل (مطلب ثالث)، العقد الجزئي و العقد المؤقت (مطلب رابع)

المطلب الأول: عقد التفاوض:

قد يتجاوز الطرفان المتفاوضان الموقف التلقائي المألوف من خلال طرح عروض و عروض مضادة، إلى موقف إيجابي يتمثل في إبرام اتفاق صريح بينهما يسمّى بعقد التفاوض هدفه تنظيم عملية التفاوض و إجراءاتها وفق نمط معين، كتحديد جدول زمني لها، أو تحديد المكان الذي ينبغي أن تجري فيه، أو تشكيل لجان مشتركة لدراسة المسائل الفنية و المالية و القانونية للعقد المزمع إبرامه، أو كشف بعض الجوانب التقنية لمشروع العقد لمعرفة جدواه الاقتصادية و قدرة المفاوض الآخر على تنفيذه (عقود نقل التكنولوجيا، أو تحديد كيفية تحمّل نفقات المفاوضات).

بهذه المثابة يندرج عقد التفاوض ضمن العقود التمهيدية المنظمة للمفاوضات، لكنّه يختلف عنها من حيث الالتزامات التي ينطوي عليها، و الآثار الناشئة عنه، و قد يتفق مع بعضها تبعا لذلك في عنصر الإلزامية.

ترتبا على ما سبق سنحاول دراسة عقد التفاوض من خلال:

ماهيته (فرع أول)، الالتزامات الأساسية الناشئة عنه (فرع ثان).

الفرع الأول: ماهية عقد التفاوض:

لم تتعرّض التقنيات المدنية المعاصرة بما فيها التقنين المدني الجزائري لعقد التفاوض، لأنّها لم تنظّم أصلا مرحلة المفاوضات كمرحلة سابقة للتعاقد، لذلك يعتبر عقد التفاوض -بإجماع الفقه- من العقود غير المسماة و غير المنظمة قانونا.²

و عليه يقتضي الأمر تحديد: مفهومه (أولا)، و الالتزامات المترتبة عليه (ثانيا) و الآثار الناشئة عنه (ثالثا).

أولا- مفهوم عقد التفاوض:

لخصوصية عقد التفاوض المشار لها سابقا، و من أجل الإلمام بمفهومه المتشعب، يكون لزاما التعرّض إلى نشأته، تعريفه، أحكامه.

1/ نشأة عقد التفاوض:

تعود نشأة عقد التفاوض و انتشاره إلى المفاوضات اليومية التي كانت تجري بين الرّاعيين في التعاقد في مجال العقود التجارية الدولية، الذين كانوا يحرسون على إبرام عقد صريح على التفاوض للشعور بالأمان أثناء مباشرته، و عليه فعقد التفاوض هو وليد الحياة العملية.

¹مصطفى محمد الجمال: " السعي إلى التعاقد في القانون المقارن " مرجع سابق، ص233.

²أحمد عبد الكريم سلامة: " قانون العقد الدولي " مرجع سابق، ص96.

أما الفضل في إرساء و إبراز فكرة عقد التفاوض فيعود دون منازع للقضاء الفرنسي الذي اعترف في أكثر من مناسبة بوجود هذا العقد دون حاجة لتصريح طرفيه بذلك (أنظر مثلا حكم محكمة النقض الفرنسية في قضية (VALISERE) الصادر بتاريخ 10/10/1931).¹

2/ تعريف عقد التفاوض:

تختلف أنماط عقد التفاوض باختلاف مضامينه، فقد يكتفي المتفاوضان فيه ببيان كيفية إجراء التفاوض، و بذلك لا يرتب هذا العقد التزاما بإبرام العقد النهائي بقدر ما يرتب التزاما بالتفاوض بحسن نية بخصوص العقد المزمع إبرامه و حسب، و قد يضمنه المتفاوضان مجموعة التزامات متبادلة على عاتق كل منهما (مثل الالتزام بالتعاون، بالإعلام، بالحفاظ على الأسرار) و هي في الواقع الالتزامات العادية التي يفترض أن تقع على عاتق أي متفاوض و لو لم ترد في أي عقد، و هذا بمجرد بداية المفاوضات.²

مهما يكن من أمر، فإن عقد التفاوض يعرف على أنه: " اتفاق يلتزم بمقتضاه شخص اتجاه شخص آخر بالبدء أو الاستمرار في التفاوض بشأن عقد معين بهدف إبرامه."³

و يعرف على أنه: " عقد يلتزم بموجبه كل طرف في مواجهة الآخر بالتفاوض حول إبرام عقد لاحق لم تتحدد شروطه الأساسية أو الثانوية بعد."⁴

يعرف أيضا على أنه: " العقد الذي يتعهد طرفاه ببدء التفاوض و متابعته بقصد التوصل إلى إبرام عقد معين، وذلك من خلال منهجية موضوعية و إجرائية يتفق عليها بينهما."⁵

و عرفته غرفة التجارة الدولية في قرارها التحكيمي الصادر بتاريخ 1979/10/26 بأنه: " عقد بمقتضاه يتعهد طرفاه بالتفاوض أو بمتابعة التفاوض بغرض التوصل إلى إبرام عقد لم يتحدد موضوعه إلا بطريقة جزئية لا تكفي في جميع الأحوال لانعقاده."⁶

و التسمية الشائعة لهذا العقد في العمل الدولي هي "اتفاق المبدأ" الذي يعرف بدوره على أنه: " الاتفاق الذي يعهد طرفاه كل في مواجهة الآخر ليس بإبرام عقد معين، و إنما بالتفاوض بشأن هذا العقد الذي لم تتحدد عناصره الأساسية و الثانوية بعد."⁷

و عرفه البعض بأنه: " تعهد عقدي بتقديم إيجاب أو متابعة مفاوضة جارية من أجل الوصول إلى إبرام عقد مضمونه غير محدد بعد إلا جزئيا و في أي حال، غير كاف لكي يتكون العقد."⁸

بناء على مجموع التعريفات المتقدمة يمكن القول أنّ عقد التفاوض " عقد بمقتضاه يتعهد طرفاه ببدء التفاوض أو متابعته أو تنظيم سير المفاوضات، بغرض التوصل إلى إبرام عقد في المستقبل."⁹

يفهم إذن أنّ عقد التفاوض يتسع ليشمل كل تعهد اتفاقي ملزم للجانبين، و ينصب على عملية التفاوض في مراحلها المختلفة، بدايتها، سيرها، نهايتها، بحيث يرتب على إخلال أحد الطرفين بالتزاماته التفاوضية قيام مسؤوليته العقدية.¹

¹ علي أحمد صالح: " المفاوضات في العقود التجارية الدولية " مرجع سابق، ص 356، 357.

² رجب كريم عبد الله: " التفاوض على العقد " مرجع سابق، ص 279.

³ SCHMIDT (Joanna) : « Négociation et conclusion de contrat » Dalloz, Paris 1982, pp201, 202.

⁴ محمد أبو زيد: " المفاوضات في الإطار التعاقدى " دار النهضة العربية- القاهرة 1995، ص 11.

⁵ محمد حسن قاسم: " مراحل التفاوض في عقد الميكنة المعلوماتية " مرجع سابق، ص 187.

⁶ نقلا عن محمد أبو زيد: " المفاوضات في الإطار التعاقدى " مرجع سابق، ص 12.

⁷ MOUSSERON (Jean-Marc) : « La durée dans la formation du contrat » in Mélanges. A. Jauffret, P.U.A.M, Paris 1974, p513.

⁸ جاك جستان: " المطول في القانون المدني: تكوين العقد " مرجع سابق، ص 357.

⁹ أحمد عبد الكريم سلامة: " قانون العقد الدولي " مرجع سابق، ص 97.

3/ صور عقد التفاوض:

بالإضافة إلى عقد التفاوض المنشئ للالتزام بالتفاوض و الممهّد للعقد النهائي و الموجود مستقلاً بذاته، والأكثر تداولاً في الحياة العملية، هناك صورتان أخريان لعقد التفاوض الذي يرد كشرط لإعادة التوازن العقدي، أو كشرط لتسوية المنازعات ودياً.

أ/ شرط التفاوض لإعادة التوازن العقدي:

شرط التفاوض لإعادة التوازن العقدي عند حدوث ظروف غير متوقعة ليس شرطاً جديداً في العقود التجارية الدولية، و إن كانت التسمية الغالبة له هي شرط المحافظة على القيمة، و هو الشرط الذي يسمح بتوزيع المخاطر الضريبية و النقدية بين طرفي أو أطراف العقد وفق قوائم في إطار قواعد حسابية محدّدة.²

يمكن تعريف شرط التفاوض لإعادة التوازن العقدي بأنّه: " التزام الأطراف بإعادة التفاوض حول العقد لمواجهة الظروف الطارئة التي استجدت بهدف تعديل الالتزامات التعاقدية إلى الحدّ المعقول لرفع الضرر الجسيم الذي تحمّله أحد الطرفين من جرّاء تلك الظروف".³

أو هو: " ذلك الشرط الذي يدرجه الطرفان في العقد و يلتزمان بمقتضاه بالتفاوض لتعديل أحكام العقد إذا ما طرأت ظروف غير متوقعة من شأنها أن تؤثر في التوازن الاقتصادي له".⁴

بناء على التعريفين المتقدمين قد يرد عقد التفاوض مستقلاً أو في صورة شرط يتضمّنه عقد آخر سيما في العقود الصناعية و التجارية يلزم طرفيه بالتفاوض لتعديل العقد الأصلي، بإعادة توازنه جرّاء ظروف اقتصادية أو سياسية خارجية طارئة من قبيل الارتفاع المفاجئ لأسعار المواد الأولية (أزمة أكتوبر 1973)، أو ارتفاع تكاليف الإنتاج.⁵

يتمّ تعديل العقد لإعادة توازنه الاقتصادي بين الطرفين، و ليصبح أكثر ملاءمة للظروف الاقتصادية الجديدة في اتفاق مستقل و قائم بذاته غالباً و بذلك يكون مصدره أحد شروط العقد الأصلي، و ذلك عن طريق لجان متخصصة تشكّل لهذا الغرض في إطار مبدأ حسن النية و الثقة المتبادلة و الحرص على استمرار التعاون بينهما.

بل إنّ هذا الشرط أصبح عرفاً من أعراف التجارة الدولية، لذلك يعتبر الفقهاء أنّه واجب التطبيق حتّى في حالة إغفال النصّ عليه في العقد الأصلي أو في عقد مستقلّ، و لذلك لا يمكن لأحد الأطراف استبعاده احتجاجاً بعدم النصّ عليه في أحد العقدين، لأنّ هذا الشرط ينطوي على دور حيوي و فعّال يتمثّل في إنقاذ العقد الأصلي من أيّة أزمة مستقبلية قد يتعرّض لها، و تخفيف الضرر الذي قد يصيب أحد الطرفين.

و قد قنّن هذا العرف في المادة 3/06 من المبادئ المتعلقة بعقود التجارة الدولية التي أقرّها المعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص بروما عام 1994 بنصّها على أنّه: " في حالة تغيير الظروف يكون للطرف المتضرّر طلب إعادة فتح باب المفاوضات، و يجب أن يقدّم الطلب دون تأخير و أن يكون مسبباً".⁶

ب/ شرط التفاوض لتسوية النزاع ودياً:

¹ BEIGNIER (Bernard) : « La conduite des négociation » Rev. Tri. De droit commercial et de droit économique, N°=03, p466.

² CEDRAS (Jean), op.cit, p285.

³ أحمد عبد الكريم سلامة: " قانون العقد الدولي " مرجع سابق، ص67.

⁴ أبو العلا علي أبو العلا النمر: " مفاوضات عقود التجارة الدولية " مرجع سابق، ص 77، 78.

⁵ CEDRAS (Jean), op.cit, p285

⁶ أحمد عبد الكريم سلامة: " قانون العقد الدولي " مرجع سابق، ص67.

مجال هذا الشرط غالبا العقود المستمرة (عقود نقل التكنولوجيا، العقود الإلكترونية الدولية)، حيث يلزم طرفي العقد بالتفاوض في حالة نشوء نزاع بينهما أثناء تنفيذه بهدف تسويته أو حله ودّيا قبل اللجوء إلى القضاء أو التحكيم.

يتمشى هذا الشرط مع إرادة الأطراف التي تتجه في الغالب إلى رفض اللجوء إلى القضاء الوطني خشية تعصّبه أو تعقيد و طول إجراءاته، أو قسوة القانون المطبق من طرفه، فضلا عن جهل اللغة المستعملة في المرافعات، على خلاف شرط التسوية الودية للنزاع الذي يعتبر أنسب التسويات و أيسرها لكل أطراف العقد.

قد يرد هذا الشرط في العقد الأصلي صريحا، أو ضمنا كالالتزام الطرفين بعدم اللجوء إلى التحكيم إلا في حالة فشل مفاوضات التسوية الودية بينهما، و بذلك قد يحدّد المدّة القصوى للتفاوض التي باستنفاذها يمكن الطرفان اللجوء للتحكيم، و إذا تجاوز أحدهما هذا الشرط نحو القضاء أو التحكيم مباشرة كان للقاضي أو المحكم أن يعتبر عدوله هذا خطأ عقديا مستوجبا للتعويض و قرينة على سوء نيّته، رغم أنّ شرط التفاوض لتسوية النزاع ودّيا لا يلزم الطرفين بإيجاد حلّ لنزاعهما، لكنه يلزمهما فقط بالتفاوض بحسن نية لبلوغ هذا الحل المحتمل، فهو التزام ببذل عناية لا تحقيق نتيجة.¹

ثانيا- أركان عقد التفاوض:

كأيّ عقد يقوم عقد التفاوض على أركان العقد المعروفة و هي: الأهلية، التراضي، المحلّ، و السبب.

1/ الأهلية:

الأهلية هناهي الصلاحية القانونية للتفاوض، و عليه ينبغي أن تتوفر في المتفاوضين أهلية الأداء حتّى يكونا مؤهلين للتفاوض و يكون تفاوضهما صحيحا قانونا، لأنّ إرادتهما تتجه إلى إحداث أثر قانوني متمثّل في الالتزام بالتفاوض بحسن نية و ما يفرزه بدوره من التزامات، و مادام التفاوض يرمي أساسا إلى إبرام عقد معيّن، فإنّ هذا العقد سيقع باطلا في حال انعدام أو نقصان أهلية أحد المتفاوضين أو كليهما، لذلك لن يكون للتفاوض نفسه معنى دون توافر الأهلية.²

2/ التراضي:

لانعقاد عقد التفاوض يجب أن يتمّ التراضي بين الطرفين حول التفاوض، أي تبادل التعبير عن إرادتين متطابقتين للمتفاوضين بكلّ حرّية لترتيب أثر قانوني معيّن، و ذلك بأن يقوم أحدهما بتوجيه إيجاب باتّ بالتفاوض، ليقوم الطرف الآخر من جهته بقبوله دون شرط أو قيد.³

هذا الإيجاب الجازم ينبغي أن يكون صادرا عن نيّة حاسمة و يعكس عزمها نهائيا على التفاوض، و بذلك يشكّل حدّا فاصلا بين مرحلة المفاوضات و مرحلة إبرام العقد.⁴

¹ محمد محمد أبو زيد: " المفاوضات في الإطار التعاقدية " مرجع سابق، ص ص61-65.

² رجب كريم عبد الله: " التفاوض على العقد " مرجع سابق، ص410.

³ LE TOURNEAU (Philippe) et CADIET (Loic) : « Droit de la responsabilité » Dalloz, Paris 1996, p78.

⁴ محمد حسين عبد العال: " التنظيم الاتفاقي للمفاوضات العقدية " مرجع سابق، ص58.

فضلا عن ذلك يجب أن تكون الإرادة سليمة من عيوب الرضا المعروفة و هي الغلط، و التدليس، و الغبن، والإكراه...إلخ

3/ المحل:

محلّ عقد التفاوض هو محاولة التوصل إلى إبرام عقد نهائي معيّن، لذلك يجب أن يكون العقد ذاته ممكنا غير مستحيل (كأن يكون هذا العقد بيعا و يكون المبيع غير موجود في الحال أو في المستقبل، أو يكون قد هلك قبل الاتفاق على التفاوض)، و إلا كان عقد التفاوض باطلا لاستحالة محلّه و هو العقد المزمع إبرامه طبقا للمادة 93 من القانون المدني الجزائري التي نصّت على أنه: " إذا كان محلّ الالتزام مستحيلا في ذاته كان العقد باطلا."

كما يجب أن يكون محلّ عقد التفاوض و هو العقد المزمع إبرامه معيّنا محلّه أو قابلا للتعيين بتحديد طبيعته على الأقلّ كونه مثلا عقد بيع أو إيجار، و نوعيته كونه مثلا بيع مواد كهرومنزلية أو غيرها، و عدم تعيينه أو قابليته للتعيين يؤدي إلى بطلان عقد التفاوض طبقا لما قضت به المادة 1/94 من القانون المدني الجزائري التي نصّت على أنه: " إذا كان محلّ الالتزام معيّنا بذاته، و جب أن يكون معيّنا بنوعه و مقداره، و إلا كان العقد باطلا."

من جهة أخرى ينبغي أن يكون العقد النهائي مشروعا محلّه غير مخالف للنظام العام و الآداب العامة و إلا كان عقد التفاوض باطلا لبطلان محلّه (العقد النهائي) طبقا للمادة 96 من القانون المدني الجزائري قبل إلغائها بالقانون 10-05 التي نصّت على أنه: " إذا كان محلّ الالتزام مخالفا للنظام العام أو الآداب العامة كان العقد باطلا."

4/ السبب:

يجب أن يكون سبب عقد التفاوض أي الباعث الذي دفع الطرفين إلى التفاوض مشروعا، مع العلم أنّ السبب في عقد التفاوض هو إتمام العقد النهائي المرتقب إبرامه، تبعا لذلك ينبغي أن يكون العقد الأخير في ذاته مشروعا طبقا للمادة 1/98 من القانون المدني الجزائري التي نصّت على أنّ: " كلّ التزام مقترض أنّ له سببا مشروعا، ما لم يقرّ الدليل على غير ذلك."

ثالثا- الطبيعة القانونية لعقد التفاوض:

إذا صادف الإيجاب في التفاوض قبولا مطابقا مع توافر أهلية الطرفين و خلوّ إرادتهما من كافة العيوب انعقد عقد التفاوض صحيحا و مرتّبا لآثاره القانونية و أبرزها التفاوض بحسن نية.

و أدرج عقد التفاوض بذلك في عداد العقود و الاتفاقات التمهيدية، حيث تبدأ به المفاوضات الممهدة لإبرام العقد النهائي، و هو في ذاته لا يلزم طرفيه بإبرام العقد الأخير، بقدر ما يلزمهما بالتفاوض عليه لأجل إبرامه و حسب، مع عدم تحميل أحدهما أو كلاهما أيّة مسؤولية على عدم إبرام العقد النهائي.

عقد التفاوض لا يلغي حرّية الطرفين المتفاوضين، حيث يبقى كلّ منهما محتفظا بهذه الحرّية كاملة في إبرام العقد النهائي من عدمه، لكنه يرتب على عاتقهما التزاما ببدء التفاوض و الاستمرار فيه بحسن نية مهما كانت النتيجة فيما بعد.

عقد التفاوض عقد مؤقت أو محدّد المدّة، و هي المدّة التي تقتضيها المفاوضات بين طرفيه إلى غاية إبرام العقد النهائي، أو عدم إبرامه، و هما الفرضان اللذان يمثلان نهاية عقد التفاوض و زوال آثاره القانونية.¹

الفرع الثاني: الالتزامات الأساسية الناشئة عن عقد التفاوض:

¹ أحمد عبد الكريم سلامة: " قانون العقد الدولي " مرجع سابق، ص99.

إذا أبرم عقد التفاوض صحيحا ترتبت عنه مجموعة التزامات أساسية على عاتق طرفيه تصبّ في اتجاه تسيير المفاوضات و تنظيمها، أهمّها:

الالتزام بالتفاوض و الاستمرار فيه (أولاً)، الالتزام بالتفاوض بحسن نية (ثانياً).

أولاً- الالتزام بالتفاوض و الاستمرار فيه:

لا يحتاج الالتزام بالتفاوض إلى نصّ يقرّه، و لذلك فإنّه يسري بين الطرفين بمجرد اتفاقهما عليه، و يقع باطلا كلّ اتفاق يعفي أحدهما أو كلاهما من هذا الالتزام المركّب في حقيقة الأمر، لأنّه ينطوي على شقين متلازمين هما: الالتزام ببدا المفاوضات أو الدخول فيها، و الالتزام بمواصلة المفاوضات أو الاستمرار فيها.¹

1/ الالتزام ببدا المفاوضات أو الدخول فيها:

المقصود ببدا المفاوضات أو الدخول فيها المبادرة باتخاذ الإجراءات اللازمة للشروع في عملية المفاوضات مثل توجيه الدعوة للطرف الآخر بشأنها، و الانتقال لحضورها في الموعد و المكان المحددين لانطلاقها، و افتتاحها بالإفاضة في الحوار و تبادل المقترحات و مناقشة العقد المزمع إبرامه، و تقديم الدراسات... إلخ، و هكذا فالالتزام بالتفاوض التزام ثنائي يقع على الطرفين المتفاوضين معاً، رغم أنّ عقد التفاوض يحدد في الغالب من يقع عليه عبئ تحريك المفاوضات، و في حال غياب نصّ كهذا يلتزم كلا الطرفين بالبدا في المفاوضات في مدة معقولة، يمكن تحديدها من المحكم أو القاضي حسب ظروف و ملاسبات و نوع و أهميّة كلّ عقد.²

من هنا يعدّ الالتزام ببدا المفاوضات التزاما بتحقيق نتيجة و هي الدخول فعلا في المفاوضات و الشروع فيها، و امتناع أحد الطرفين المتفاوضين عن تنفيذ هذا الالتزام يمثل إخلالا بعقد التفاوض مرتبا للمسؤولية العقدية في مواجهة الطرف الممتنع دون حاجة إلى إثبات إهماله أو سوء نيته.³

2/ الالتزام بمواصلة المفاوضات أو الاستمرار فيها:

هذا الالتزام بدوره تبادلي يقع على عاتق الطرفين معاً، و يتطلّب منهما متابعة المفاوضات في إطار مبدأ حسن النية و بخلاف الالتزام الأوّل فإنّ هذا الالتزام هو التزام ببذل عناية لا تحقيق نتيجة، لأنّه و إن كان يملّي على عاتق الطرفين المتفاوضين بذل ما في وسعهما من إمكانيات إيجابية و فعّالة سعياً لإبرام العقد إلا أنّه لا يجبرهما على إبرامه.⁴

يترتّب عن الالتزام بمواصلة المفاوضات امتناع المتفاوض عن الانسحاب من المفاوضات في أيّ وقت دون مبرر موضوعي، أو اتّخاذ أيّ موقف سلبي لإعاقة سيرها، و إلا شكّل ذلك خطأ مستوجبا للمسؤولية العقدية، بل يجب عليه الاستمرار فيها بجديّة و موضوعية و التعاون مع المتفاوض الآخر لتذليل الصعوبات و العقبات التي يمكن أن تعترضها، و تحويل المفاوضات بذلك إلى مشروع تعاوني يجسّد المصالح المشتركة للطرفين المتفاوضين و الاختيارات الممكنة و الحلول المرتقبة.⁵

¹ محمد حسن قاسم: " مراحل التفاوض في عقد الميكنة المعلوماتية " مرجع سابق، ص201..

² LASSALLE (Berengère) : « Les pourparlers » Rev. de la recherche juridique, N°=03, 1994, p833.

³ CEDRAS (Jean), op.cit, p279.

⁴ SCHMIDT-SZALEWSKI (Joana) : « La période précontractuelle en droit français » Rev. international de droit comparé, N°=02, 1990, p560.

⁵ حسن محمد وجيه: " مقدمة في علم التفاوض الاجتماعي و السياسي " مرجع سابق، ص289.

و عليه إذا توصل الطرفان إلى اتفاق مشترك حول بعض المسائل، التزم كلّ منهما بمتابعة التفاوض للوصول إلى اتفاق مماثل بشأن المسائل المتبقية في إطار من المرونة و تقديم التنازلات، و إذا توصلّا إلى اتفاق نهائي و لم يبق غير التوقيع على العقد النهائي فلا يجوز لأيّ منهما مفاجأة الطرف الآخر بطلب تعجيزي أو تعسفي يرمي من خلاله إلى القضاء على عملية التفاوض بأكملها في اللحظة الأخيرة.

أمّا إذا وجدت أسباب موضوعية كافية و مقنعة تبرّر لأحدهما العدول و الانسحاب من المفاوضات، أو إذا كلّت المفاوضات بالفشل لأسباب خارجة عن إرادة الطرفين، فلا مسؤولية عن ذلك.¹

ثانيا- الالتزام بالتفاوض بحسن نية:

لا يقيد مبدأ سلطان الإرادة في العقود و المفاوضات إلاّ مبدأ حسن النية، ذلك حتّى لا يساء استخدام الحرية التعاقدية أو التفاوضية لأغراض غير مشروعة و حتّى تكون المفاوضات مجالا للتعاون و ليس لتصيّد الأخطاء. لهذا سنبين مفهوم حسن النية، و صورها، و أخيرا دورها في المرحلة السابقة على التعاقد.

1/ مفهوم حسن النية:

يصعب تحديد مبدأ حسن النية لأنّه فكرة مختلطة بين الأخلاق و القانون، و بالتالي يكتنفها الغموض، بل إنّ المبدأ نفسه تتعدّد أدواره لتختلف معانيه باختلاف التصرفات القانونية، ففي سياق تنفيذ العقود يعني مبدأ حسن النية الأمانة و الاستقامة، و في سياق كسب الحقوق بالمخالفة للقواعد العامّة يعني الجهل بالعيب الذي يشوب التصرف.

من جهة أخرى قد ينحصر مدلول حسن النية ضمن المفهومين الشّخصي أو الموضوعي، فالمبدأ ضمن المفهوم الأوّل يعني الشّخص ذاته المطلوب الحكم على تصرفاته، و منه يعدّ حسن النية حالة نفسية أو ذهنية مفادها الجهل بواقعة ما، أو الاعتقاد الخاطئ أو المغلوط الذي هيمن على ذهن شخص ما، و ضمن المفهوم الثاني يتّخذ المبدأ طابعا أخلاقيا محضا أو قاعدة سلوك اجتماعي، تفرض على الشّخص مراعاة قيم النزاهة و الأمانة و الاستقامة و عدم الغشّ في المعاملات، و عليه فحسن النية كضابط للسلوك الإنساني يتمّ تقديره هنا وفق معيار موضوعي و مجرد و هو سلوك الرجل العادي أو حسن السلوك في المجتمع.

و منه يعتبر الشّخص حسن النية إذا سلك مسلكا سويا هو مسلك الرّجل العادي، و يعتبر سيء النية إذا حاد عن هذا المسلك نحو مسلك غير سويّ في تعاملاته مع الغير.²

من بين المحاولات لتعريف مبدأ حسن النية تلك المحاولة التي تذهب إلى أنّ معناه روح الإخلاص، و احترام القانون، و الوفاء بالالتزامات التي رتبها الشّخص على نفسه، و الامتناع عن إخفاء الحقائق، و عدم الغشّ و الخداع في العلاقات مع الغير.

يمكن اختصار مبدأ حسن النية إذن في أنّه امتناع الشّخص عن القيام بأيّ سلوك من شأنه أن يعرقل أو يحرّم الطّرف الآخر من المزايا المشروعة التي رتبها الالتزام لصالحه.³

2/ مظاهر حسن النية في مفاوضات العقود التجارية الدولية:

من مظاهر حسن النية في مفاوضات العقود التجارية الدولية اتّخاذ المفاوضات موقفا إيجابيا و بناء طيلة المفاوضات، كمنافشة شروط العقد بجدية تامّة تحرّكها رغبة صادقة في التعاقد، و الصدق في القول و الإخلاص

¹ رجب كريم عبد الله: " التفاوض على العقد " مرجع سابق، ص 448، 449.

² محمد حسين عبد العال: " التنظيم الاتفاقي للمفاوضات العقدية " مرجع سابق، ص 122.

³ علي أحمد صالح: " المفاوضات في العقود التجارية الدولية " مرجع سابق، ص 339.

في العمل، وقيام سلوكه على الشرف و النزاهة و الثقة و الأمانة في التعامل، و الامتناع عن كل ما من شأنه إعاقة المفاوضات و إفشالها مثل إضاعة الوقت و المماطلة، و الحيلة و المراوغة.¹

عكس ذلك تماما فإن من صور سوء النية دخول المفاوضات المفاوضات دون نية صادقة و لا رغبة جادة في التعاقد، بل بهدف جمع المعلومات عن المتفاوض الآخر، أو شغله لتفويت فرصة ربح عليه، أو التكتّم على معلومات تؤثر في الوصول إلى اتفاق، أو بثّ الأمل الزائف في نفس المتفاوض الآخر في التوصل لاتفاق نهائي.

فضلا عن إعادة مناقشة المسائل محلّ الاتفاق دون سبب مقبول، وضع العقبات و العراقيل مثل رفع الثمن بشكل مبالغ فيه، و استنزاف المتفاوض الآخر لدفعه إلى الانسحاب متحملاً نفقات باهضة بمفرده.²

3/ دور مبدأ حسن النية في المرحلة السابقة على التعاقد:

تبدو أهمية مبدأ حسن النية في القانون عند تفسير العقود أو تنفيذ الالتزامات الناشئة عنها، و المثال على ذلك المادة 107 من القانون المدني الجزائري التي نصّت على أنه: " يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه و بحسن نية." و عليه فإن أهمية المبدأ نفسه في المرحلة السابقة للتعاقد (المفاوضات) لم تكن محلّ اهتمام القانون ممّا يطرح تساؤلا مفاده: هل المبدأ واجب المراعاة أثناء تنفيذ العقد فقط أم في جميع مراحلها، بما في ذلك مرحلة الإعداد له أي المفاوضات، حيث ينجم عن مخالفته في هذه المرحلة تحديدا خطأ يستوجب المسؤولية سواء كانت عقدية أم تقصيرية؟

يختلف الجواب عن هذا السؤال باختلاف الأنظمة القانونية، فمنها التي توسّع من نطاق سريان مبدأ حسن النية ليشمل المرحلة السابقة على التعاقد (المفاوضات)، و منها تلك التي تضيقّ من نطاقه لينحصر في مرحلة تنفيذ العقد فقط.

أ/ القوانين الموسّعة لمبدأ حسن النية:

من القوانين التي تأخذ بمبدأ حسن النية طيلة مراحل العقد (تكوينه، تفسيره، تنفيذه) بما في ذلك مرحلة المفاوضات القانون المدني الإيطالي، حيث نصّت المادة 1337 منه على أن: " يلتزم الأطراف أثناء المفاوضات و إبرام العقد بالتعامل بما يتفق و حسن النية."، و المادة 06 من القانون المدني الهولندي، بالإضافة إلى القانون المدني اليوناني الذي نصّت المادة 197 منه على حكم مماثل.³

ب/ القوانين المضيقّة لمبدأ حسن النية:

من القوانين التي تحصر مبدأ حسن النية في نطاق مرحلة تنفيذ العقد و حسب القانون المدني الفرنسي في مادّته 1/1134، القانون التجاري الموحد للولايات المتحدة الأمريكية في مادّته 203، القانون المدني المصري في مادّته 148، و كذا القانون المدني الجزائري في مادّته 107 السابق الإشارة إليها.

¹ محمد مصطفى بونس: " حسن النية في القانون الدولي العام " المجلّة المصرية للقانون الدولي- العدد 51- سنة 1995، ص154.

² TERRE (François) : «Les obligations » 2ème éd, Dalloz, Paris 1996, p168.

³ أبو العلا علي النمر: " مفاوضات عقود التجارة الدولية " مرجع سابق، ص143.

أما معظم الفقه في فرنسا و مصر فيذهب خلاف ما ذهب إليه المشرع ليعتبر مبدأ حسن النية مغطياً لكلّ مراحل العقد بما فيها مرحلة تكوينه أي المفاوضات بشأنه.¹

أما المبادئ العامة للعقود التجارية الدولية المنبثقة عن معهد توحيد القانون بروما عام 1994 فأكدت من جهتها على ضرورة ملازمة مبدأ حسن النية لكافة مراحل عقود التجارة الدولية بنصّها في المادة 7/01 منها على أنه: " يجب على كلّ طرف أن يتصرّف وفقاً لما يقتضيه حسن النية و الأمانة في التعامل في التجارة الدولية و لا يجوز للأطراف استبعاد هذا الواجب أو تقييده."

الفرع الثالث: الالتزامات الإضافية الناشئة عن عقد التفاوض:

تتمثّل في تلك الالتزامات اللاحقة التي تتّوج قيام عقد التفاوض و تنبثق عنه و هي: الالتزام بالإعلام (أولاً)، الالتزام بالحفاظ على الأسرار (ثانياً)، الالتزام بحظر المفاوضات الموازية (ثالثاً):

أولاً- الالتزام بالإعلام:

يعدّ هذا الالتزام امتداداً لمبدأ حسن النية، و يتمثّل في ضرورة قيام كلّ طرف من أطراف المفاوضات بالإدلاء بكافة ما لديه من معلومات تخصّ العقد محلّ التفاوض للطرف الآخر ليتسنى له الإقدام على التعاقد بإرادة حرّة و سليمة.

هكذا يلعب هذا الالتزام الإيجابي و المستقلّ دوره كاملاً أثناء المفاوضات في تكملة نظرية عيوب الرضا بعد ثبوت عدم كفايتها في توفير حماية قانونية شاملة و فعّالة للمتعاقد في المرحلة السابقة للتعاقد.²

مع أنّه ليس التزاماً حديثاً لأنّه وجد في كلّ من القانونين اليوناني و الروماني، لكنّه تطوّر بشكل كبير مع الزمن، ما يجعلنا نتعرّض لنشأته، و شروطه، و طبيعته، و أساسه القانوني:

1/ نشأة الالتزام بالإعلام:

في اليونان ورد في نصوص لإفلاطون إحصاء للعيوب التي يترتب على إخفائها عن المشتري و عدم إعلامه بها من قبل البائع جواز فسخ العقد (من هذه العيوب التي تعترى العبيد: الصرع و الهزال)، و تبعاً لذلك ألزم منشور خاصّ البائع بتقديم معلومات وافية عن العيب لمشتريه من حيث خصائصه و خصاله و عيوبه، فإذا كان البائع عالماً بهذه العيوب ردّ للمشتري ضعف الثمن، و في حالة جهله بها يكتفي بردّ الثمن نفسه.³

كما كان القانون الروماني يلزم البائع بإعلام المشتري بحالة العقار مثلاً، و إلّا قامت مسؤوليته في مواجهته عن عيوبه في حالة تعمّد إخفائها عن المشتري، أو حالة وصف العقار له على خلاف حقيقته، حيث يمكن أن تتّوج الدّعى التي يرفعها الأخير ضدّ البائع في هذا الصّدّد بالتعويض عن الضرر الذي لحقه.

لم يقتصر الالتزام بالإعلام على العقار، بل امتدّ إلى بيع العبيد و الحيوانات، حيث رتب قانون الألواح الإثني عشر التزاماً على البائع بالتصريح بالعيوب التي تشوب العبيد و الحيوانات، حيث يحقّ للمشتري خلال سنّة أشهر من ظهور عيب منها فسخ عقد البيع و استرداد الثمن الذي دفعه لبائعها، و إذا لم يكن العيب جسيماً يمكنه رفع دعوى إنقاص أو خفض الثمن.⁴

¹نزيه محمد الصادق المهدي: " الالتزام قبل التعاقد بالإدلاء بالبيانات المتعلقة بالعقد و تطبيقاته على بعض أنواع العقود"، دار النهضة العربية- القاهرة 1982، ص60.

²نزيه محمد الصادق المهدي: " الالتزام قبل التعاقد بالإدلاء بالبيانات المتعلقة بالعقد " مرجع سابق، ص43.

³خالد جمال أحمد: " الالتزام بالإعلام قبل التعاقد " دار النهضة العربية- القاهرة 2003، ص ص06، 07.

⁴عبد العزيز المرسي حمود: " الالتزام قبل التعاقد بالإعلام في عقد البيع- دراسة مقارنة " (دون دار و مكان نشر)، 2005، ص17.

في العصر الحديث و بفعل هيمنة التكنولوجيا و انتشار المخاطر و التفاوت الكبير في المعرفة بين البائع و المشتري الناجم عن التعقيد الفني للعقود الحديثة المبرمة غالبا بين محترف و غير محترف، و عدم توازن المراكز العقدية تبعا لذلك بخصوص المعلومات المفصلة عن العقد.¹

فقد اعتبر القانون المدني الجزائري في هذا الخصوص السكوت العمدي عن واقعة مؤثرة في العقد تدليسا مبررا لإبطاله، حيث نصّت المادة 86 منه على: " يعتبر تدليسا السكوت عمدا عن واقعة أو ملاحظة، إذا ثبت أنّ المدّلس عليه ما كان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة أو الملاحظة."

هذا الالتزام أرساه أيضا الفقه و القضاء في فرنسا، حيث يقع على عاتق الطرفين المتفاوضين منذ اللحظة الأولى لبدء المفاوضات الإفصاح عن كلّ ما بحوزتهما من بيانات و معلومات حول العقد المتفاوض عليه، و عملياً يلتزم المتفاوض بأن يقدّم للطرف الآخر معلومات حقيقية بشأن صلاحية العقد فنياً و مالياً، و لا يستغلّ عدم تخصصه المالي و الفني لدفعه نحو إبرام عقد لا يناسبه.

مع الأخذ في الحسبان أنّ هذا الالتزام تتضاعف أهميته دائما كلّما تعلق الأمر بتفاوض غير متخصص مع متخصص.²

2/ شروط الالتزام بالإعلام:

يشترط لقيام البائع أو الموردّ بالإعلام قبل التعاقد شرطان أساسيان هما:

أ/ جهل المشتري أو المستورد:

ينبغي أن يكون المشتري أو المستورد جاهلا بالمعلومات المتعلقة بحقيقة الشيء المبيع أو الموردّ، و يكون جهله هذا مشروعا، و ذلك إذا استحال عليه العلم بهذه المعلومات استحالة موضوعية أو شخصية.³

✓ الاستحالة الموضوعية:

نكون بصدد هذا النوع من الاستحالة إذا كان محلّ العقد (المبيع مثلا) بحوزة البائع و تحت سيطرته، حيث يستحيل على المشتري العلم بأوصافه و طبيعته قبل استلامه و لو تسنى له معاينته قبل ذلك، لأنّ تلك المعاينة سطحية و غير كافية على خلاف المعرفة الكاملة التي تشمل الخواصّ المادّية و الأوصاف الأساسية للمبيع و ما به من عيوب، وبالتالي الوقوف على جودته و مدى كفاءته و صلاحيته في أداء الغرض المقصود من اقتنائه.⁴

يختلف مضمون و نطاق الالتزام بالإعلام باختلاف نوعية و طبيعة العقود التجارية الدولية محلّ المفاوضات، ففي العقود الواردة على منقول كعقد بيع مواد صناعية أو تجارية يلتزم البائع بتقديم وصف شامل و دقيق لهذه المواد حتّى يتسنى للمشتري العلم بها علما نافيا للجهالة، مثل إعلامه على وجه مخصوص بمكونات الجهاز أو الآلة أو البضاعة و نسبة هذه المكونات و نوعها، و كذا خطورتها مثلا هل هي موادّ سامّة أو قابلة للاشتعال... إلخ، و كذا طريقة التشغيل و الاستعمال، و موانع الاستعمال و كيفية الصيانة.

أمّا العقود الواردة على عقّار، فيجب على البائع أن يبيّن للمشتري طبيعة العقّار و مدى صلاحيته مثلا للزراعة أو الرعي أو البناء، و استغلاله كسكن أو كمركز للأعمال الإدارية أو التجارية أو غيرها، كما يبيّن له مساحته

¹ جاك غستان: " المطول في القانون المدني: تكوين العقد " مرجع سابق، ص 693.

² LASSALLE (Berengère) : « Les pourparlers » op.cit, p840.

³ جاك غستان: " المطول في القانون المدني: تكوين العقد " مرجع سابق، ص 703.

⁴ نزيه محمد الصادق المهدي: " الالتزام قبل التعاقد بالإدلاء بالبيانات المتعلقة بالعقد " مرجع سابق، ص 84.

وحدوده و ملحقته و وضعيته القانونية من حيث الحقوق الناشئة عنه كحق الارتفاق، و التصرفات الواردة عليه كالرهن، و ما إذا كان هناك ديون للدولة عليه، أو شموله بقرارات نزع الملكية للمنفعة العامة.

ذلك أنّ الرّاعب في التعاقد يهّمه معرفة الحالة القانونية للمبيع ليقف على ما عليه من أعباء و تكاليف، و ما قد يتعرّض له بسببها من صور التعرّض و أنواعه من طرف الغير مستقبلا (حقوق عينية و شخصية و طبيعتها و نوعها في حالة وجودها).¹

و يبدو أنّ القانون المدني الجزائري أخذ بالاستحالة الموضوعية حين نصّ في المادة 352 من القانون المدني على أنّه: " يجب أن يكون المشتري عالما بالمبيع علما كافيا، و يعتبر العلم كافيا إذا اشتمل العقد على بيان المبيع وأوصافه الأساسية بحيث يمكن التعرّف عليه، و إذا ذكر في عقد البيع أنّ المشتري عالم بالمبيع سقط حقّ هذا الأخير في طلب إبطال البيع بدعوى عدم العلم به إلا إذا أثبت غشّ البائع."

✓ الاستحالة الشخصية:

هي الاستحالة التي تتحقق بالنظر إلى حالة المشتري الخاصة المتمثلة في عدم خبرته في مجال العقد المزمع إبرامه خاصة إذا كان من العقود التقنية الحديثة، أمّا المعيار المعوّل عليه للوقوف على الحالة الشخصية فقد اختلف فيه فقها بين ثلاثة معايير:

المعيار الذاتي: يركّز هذا المعيار على وضع المشتري الخاصّ و عدم خبرته أو عدم كفاءته أو درايبته بالشيء المبيع، فالمشتري البسيط غير المهني لا يمكن مطالبته بمعرفة كلّ ما يتعلّق بالشيء المبيع خاصة في ظلّ التطوّر التكنولوجي المذهل.²

المعيار الموضوعي: لا يعتبر هذا المعيار جهل المشتري مشروعا إلا إذا أثبت أنّه بذل العناية اللازمة التي يبذلها الرّجل العادي في بحثه عن هذه المعلومات، لكن رغم ذلك استحال عليه العلم بها.³

المعيار المختلط: يجمع هذا المعيار بين المعيارين المتقدمين مع تغليب المعيار الذاتي، لكن ليس للمشتري أن يحتجّ بجهله لتحميل البائع بالالتزام بالإعلام، لأنّ القاعدة العامة تقضي بضرورة بذل كلّ متفاوض قصارى جهده للاستعلام عن ظروف و ملاسبات العقد محلّ التفاوض.⁴

ب/ علم البائع أو المورد: لا يكفي أن يكون المشتري جاهلا للمعلومات المتعلقة بالعقد المزمع إبرامه، بل يجب كذلك أن يكون البائع أو المورد على خلاف المشتري أو المستورد على علم بهذه المعلومات و على علم بمدى تأثيرها على رضا الأخير في الإقدام على التعاقد أو الإحجام عنه، لأنّه من غير المعقول إلزام البائع مثلا بإعلام المشتري بمعلومات يجهلها هو أصلا، مع أنّ صفة المهني في شخص البائع الملتزم بالإعلام كثيرا ما تكون سببا في تشديد المسؤولية عليه، حيث يفترض فيه العلم بجميع ما يتعلّق بالعقد، بل إنّ صفته تلك تمثّل قرينة قاطعة على علمه و انعدام أيّ إمكانية لادّعائه بالجهل.⁵

3/ طبيعة الالتزام بالإعلام:

يطرح تساؤل حول طبيعة التزام البائع أو المورد بإعلام المشتري أو المستورد بحقيقة الشيء المبيع أو المستورد هل هو التزام ببذل عناية أم بتحقيق نتيجة؟

¹ خالد جمال أحمد: " الالتزام بالإعلام قبل التعاقد " مرجع سابق، ص 304.

² عبد العزيز المرسي حمود: " الالتزام قبل التعاقد بالإعلام في عقد البيع- دراسة مقارنة " مرجع سابق، ص 91-94.

³ خالد جمال أحمد: " الالتزام بالإعلام قبل التعاقد " مرجع سابق، ص 321.

⁴ تزويه محمد الصادق المهدي: " الالتزام قبل التعاقد بالإدلاء بالبيانات المتعلقة بالعقد " مرجع سابق، ص 169، 170.

⁵ خالد جمال أحمد: " الالتزام بالإعلام قبل التعاقد " مرجع سابق، ص 27.

إجابة عن هذا التساؤل وجدت ثلاثة اتجاهات:

أ/ **الاتجاه الأول:** يرى فيه التزاما ببذل عناية استنادا إلى أنّ البائع مثلا لا يستطيع أن يضمن استيعاب المشتري للمعلومات التي تلقاها عنه، كما لا يستطيع إجباره على اتباع التحذيرات و النصائح المقدّمة إليه من طرفه، ولهذا يعتبر البائع قد وقى بالتزاماته بمجرد بذله من العناية ما يبذله الرّجل العادي، و يقع تبعا لذلك على عاتق المشتري إثبات خطأ البائع الذي يتجلى على سبيل المثال في: عدم احتواء المبيع على الوثائق التي تبين مخاطره، أو عدم كفاية المعلومات و النصائح المقدّمة له من قبل البائع.¹

ب/ **الاتجاه الثاني:** يرى فيه التزاما بتحقيق نتيجة، لأنّ الهدف منه هو ضمان سلامة المشتري و حمايته في مواجهة البائع كونه مهنيّا متخصصا، و بالتالي فمسؤولية الأخير تقوم بمجرد ثبوت عدم تحقيق ذلك الهدف (السلامة و الحماية)، و لا يمكنه دفعها إلّا بإقامة الدليل من جهته على وجود سبب أجنبي حال دون تحقيق ذلك الهدف أي النتيجة.²

ج/ **الاتجاه الثالث:** يرى فيه التزاما مركّبا أو شاملا للالتزامين معا (بذل عناية و تحقيق نتيجة).

فهو التزام بتحقيق نتيجة متمثل في التزام البائع بأن ينقل إلى المشتري كافة المعلومات المتعلقة بالعقد المزمع إبرامه، و لا يمكنه التحلّل من مسؤوليته في هذا الخصوص إلّا إذا أثبت وجود سبب خارجي حال دون تحقيق ذلك.

و هو التزام ببذل عناية ممثّل في براءة ذمّة البائع بمجرد بذل قصارى جهده لنقل كلّ معلومات العقد المستقبلي إلى المشتري و اعتماده أفضل الوسائل و أكثرها ملاءمة لتمكين المشتري من استيعاب تلك المعلومات.

الاتجاه الرّاجح هو الأوّل (بذل عناية)، و عليه فالنتيجة المنتظرة من الالتزام بالإعلام هي نتيجة احتمالية بسبب ما يلعبه المشتري من دور إيجابي و فعّال في تحقيقها أو عدم تحقيقها.³

تجدر الإشارة إلى أنّ الالتزام بالإعلام لا يشمل البائع فقط، بل يمكن أن يمتدّ إلى المشتري متى كان هو الطرف المهني أو المحترف كونه الأكثر خبرة و دراية في هذه الحالة.

4/ الأساس القانوني للالتزام بالإعلام:

تعددت الآراء الفقهية بخصوص تفسير الأساس القانوني للالتزام بالإعلام، و التي يمكن ردها إلى ثلاثة اتجاهات:

أ/ **الاتجاه الأول:** يردّ أساس الالتزام بالإعلام إلى التزام آخر هو الالتزام بتسليم المبيع، حيث يعتبر الالتزام الأوّل تابعا للثاني و ملحقا به، إذ لا يستطيع المشتري الانتفاع بالمبيع على أكمل وجه إلّا إذا زوّده البائع بجميع المعلومات المتعلقة به، لا سيما مخاطره و كيفية تجنّبها.⁴

لكنّ هذا الرّأي منتقد لاختلاف مصدر الإلتزامين بين مرحلة المفاوضات و مرحلة التعاقد، و بالتالي التناقض الواقع بينهما زمنيا.⁵

ب/ **الاتجاه الثاني:** يردّ أساس الالتزام بالإعلام إلى نظرية عيوب الرّضا خاصّة عيب التدليس وفقا للمادة 86 من القانون المدني الجزائري.¹

¹ عبد العزيز المرسي حمود: " الالتزام قبل التعاقد بالإعلام في عقد البيع " مرجع سابق، ص55.

² عبد العزيز المرسي حمود: " الالتزام قبل التعاقد بالإعلام في عقد البيع " المرجع نفسه، ص56.

³ نزيه محمد الصادق المهدي: " الالتزام قبل التعاقد بالإدلاء بالبيانات المتعلقة بالعقد " مرجع سابق، ص239.

⁴ عبد العزيز المرسي حمود: " الالتزام قبل التعاقد بالإعلام في عقد البيع " مرجع سابق، ص77.

⁵ محمد حسن قاسم: " مراحل التفاوض في عقد الميكنة المعلوماتية " مرجع سابق، ص92.

غير أنه منتقد بدوره، فإذا كان الالتزام بالإعلام يتفق مع الالتزام بتفادي عيوب الرضا خاصة التدليس من حيث غرضهما المتمثل في ضمان سلامة رضا المتعاقدين، إلا أن نطاق الالتزام بالإعلام أوسع من نطاق نظرية عيوب الرضا، كما أن الالتزام بالإعلام مكمل لنظرية عيوب الرضا بتوفير الحماية الكافية للمشتري.²

ج/ الاتجاه الثالث: يردّ أساس الالتزام بالإعلام إلى مبدأ حسن النية و الثقة التي يجب أن تسود المعاملات التجارية الدولية، لكون مبدأ حسن النية -كما تقدّم- لا يقتصر على مرحلة تنفيذ العقد، و إنما يغطّي كافة مراحلها، و يعتبر هذا الرأي الأكثر قبولاً، و عليه يعتبر كتمان المعلومات ضرباً من التدليس أو العشّ المحظور قانوناً والمنافي لمبدأ حسن النية.³

ثانياً- الالتزام بالحفاظ على الأسرار:

لا يقتصر هذا الالتزام على مجرد إجراء المفاوضات في كنف السرية و الكتمان، بل إنّه يعرف على أنه: " ذلك الالتزام الذي يفرض على المتفاوض التزام الصمت بخصوص كلّ ما يصل إلى علمه أو يكتشفه أثناء سير المفاوضات أو من خلال ما يتبادله مع المتفاوض الآخر من مستندات، أو من خلال ما يدور بينهما من مناقشات أو من خلال الصدفة أو من خلال الأبحاث و الدراسات التي يستلزمها إبرام العقد المرتقب."⁴

و عليه يقتضي الأمر التعرّض إلى أهمية الالتزام بالحفاظ على الأسرار، مضمونه، أحكامه، نطاقه.

1/ أهمية الالتزام بالحفاظ على الأسرار:

أغلب مفاوضات العقود التجارية الدولية تتناول صفقات ذات طابع تقني و تكنولوجي معقد كما هو عليه الحال في عقود نقل التكنولوجيا، لذلك يعتبر الحفاظ على سرية المفاوضات في هذه العقود من أهم مقتضيات مبدأ حسن النية خاصة أن السير في هذه المفاوضات يؤدي إلى الكشف عن جانب مهم من الأسرار و المعلومات المتصلة بالعقد المزمع إبرامه، و لأنها معلومات من الأهمية بمكان بالنسبة لأصحابها يجب على المتفاوض الذي يتلقاها أن يكتفمها و لا يفشيها للغير، و ألا يستغلّها أو يستعملها لحسابه الخاصّ دون موافقة صاحبها.⁵

و لأهمية هذا الالتزام نصّت عليه المادة 16/02 من مجموعة مبادئ عقود التجارة الدولية الصادرة عن المعهد الدولي لتوحيد القانون الخاصّ بروما عام 1994 بقولها: " يلتزم الطرف الذي يتلقّى أثناء المفاوضات معلومة معينة ذات طابع سرّي من الطرف الآخر، و سواء أبرم العقد أم لم يبرم، بعدم إفشائها أو استخدامها بغير حق لأغراض شخصية، و يرتّب الإخلال بهذا الواجب تعويضاً يشمل في هذه الحالة المنافع التي كان سيحصل عليها الطرف الآخر."⁶

يتضمّن الالتزام بالحفاظ على الأسرار عنصرين:

الأول خاصّ بسرية المفاوضات و المناقشات ذاتها التي تتمّ بين طرفي التفاوض حول شروط إبرام العقد و بقبية الجوانب المتعلقة به.

¹ محمد إبراهيم دسوقي: " الجوانب القانونية في إدارة المفاوضات و إبرام العقود " الإدارة العامة للبحوث- الرياض 1995، ص84.

² عبد العزيز المرسي حمود: " الالتزام قبل التعاقد بالإعلام في عقد البيع " مرجع سابق، ص 81، 82.

³ رجب كريم عبد الله: " التفاوض على العقد " مرجع سابق، ص425.

⁴ جمال عبد الرحمن محمد علي: " المسؤولية المدنية للمتفاوض " دار النهضة العربية- القاهرة (د.ت)، ص67.

⁵ LE TOURNEAU (Philippe) : « La rupture des négociation » Rev. Tri de droit commercial, N°=03, 1998, p486.

⁶ عبد الكريم سلامة: " قانون العقد الدولي " مرجع سابق، ص115.

الثاني خاصّ بسريّة التكنولوجيا موضوع العقد المتفاوض عليه، و ينطوي هذا العنصر على درجة كبيرة من الخطورة خاصّة إذا كان موضوع العقد ذاته نقل التكنولوجيا.¹

مع غياب تعريف شامل للتكنولوجيا فإنّ هناك من يعرفها بأنّها: " مجموعة المعلومات و المعارف و التطبيقات القائمة على المبادئ العلمية المستخدمة في إنتاج السلع و الخدمات."²

هناك من يعرفها أيضا بأنّها: " مجموع المعارف اللازمة لتحقيق العمليات الضّرورية لتحويل عناصر الإنتاج إلى منتجات و استخدامها."³

باختصار هناك من يقول بأنّها: " التطبيق العملي للأبحاث و النظريات العلمية."⁴

بناء على ما تقدّم قد تكون التكنولوجيا المتفاوض حولها معرفة فنيّة (Savoir-Faire)، أي مجموعة المعلومات التقنية النظرية و العملية المستخدمة في المجالات الصناعية و التجارية و الإدارية غير المشمولة بحماية براءة الاختراع، حيث يحتفظ بها صاحبها بشكل سرّي مع قابليتها للانتقال إلى الغير.⁵

و قد تتمثّل في المنتج ذاته أو الآلة أو الجهاز، أو طريقة التركيب و التصنيع، بهذا تعتبر التكنولوجيا من الناحية الاقتصادية مالا لأنّها من أهمّ المكوّنات الرأسمالية للمشروعات التجارية الكبرى، و تصلح تبعا لذلك لتكون محلاّ للتصرّفات القانونية من خلال نقلها إلى الغير بواسطة عقود نقل التكنولوجيا.⁶

2/ مضمون الالتزام بالحفاظ على الأسرار:

يوجد جدل فقهي حول المعلومات التي تعتبر سرّية و التي لا تعتبر كذلك بين اتجاهين:

الاتجاه الأوّل: يذهب إلى أنّ المعلومات السريّة ينبغي أن تشمل كلّ المعلومات المتبادلة دون تحديد، و أيّا كانت طبيعتها.⁷

الاتجاه الثاني: و هو الراجح، حيث يرى أنّ المعلومات السريّة يجب تحديدها بدقة و على سبيل الحصر، خاصّة إذا كانت متعلقة بمفاوضات عقود نقل التكنولوجيا، و ذلك باتفاق الطرفين المتفاوضين أو عن طريق القاضي بإعمال سلطته التقديرية مستعينا بالمرشد العلمي لإبرام عقود التكنولوجيا المتضمن عدّة صيغ نموذجية للاتفاق على سرية المعلومات المتبادلة بين الأطراف في مرحلة التفاوض.⁸

عمليا ينصرف مضمون الالتزام بالحفاظ على الأسرار إلى جانبين:

الجانب الأوّل: يلتزم فيه المتفاوض و الوفد المرافق له الذي أطلع على أسرار الطرف الآخر أثناء المفاوضات بالامتناع مطلقا عن إفشائها للغير (معلومات متعلقة مثلا بشركة للبيع).

الجانب الثاني: يلتزم فيه المتفاوض الذي أطلع على الأسرار أثناء المفاوضات بالامتناع عن استغلالها أو استعمالها لحسابه الخاص دون موافقة مسبقة لأصحابها (المتفاوض الآخر)، (الامتناع عن تصنيع اختراع أو تقليده، الامتناع عن التصرف في خرائط أو رسوم أو نماذج، دون موافقة الطرف الآخر).

¹ جلال وفاء محمددين: " الإطار القانوني لنقل التكنولوجيا " دار الجامعة الجديدة للنشر- الإسكندرية 2001، ص18.

² حسام عيسى: " نقل التكنولوجيا: دراسة في الآليات القانونية للتبعية الدولية " دار المستقبل العربي- بيروت 1998، ص61.

³ نصيرة بوجمعة سعدى: " عقود نقل التكنولوجيا في مجال التبادل الدولي " ديوان المطبوعات الجامعية- الجزائر (دون تاريخ نشر)، ص 20-23.

⁴ سميحة القليوبي: " التفاوض في عقود نقل التكنولوجيا " مجلّة الأحكام، المجلّد الثامن- سنة 1997، ص16.

⁵ عبد العزيز المرسي حمود: " الجوانب القانونية لمرحلة التفاوض ذو الطابع التعاقدية " مرجع سابق، ص81.

⁶ جلال وفاء محمددين: " الإطار القانوني لنقل التكنولوجيا " مرجع سابق، ص18.

⁷ BEIGNIER (Bernard) : « La conduite des négociations » op.cit, p468.

⁸ أبو العلا علي أبو العلا النمر: " مفاوضات عقود التجارة الدولية " مرجع سابق، ص106.

3/ أحكام الالتزام بالحفاظ على الأسرار:

يميل المورد إلى الحفاظ على أسرار منتوجه، في الوقت الذي يميل فيه المستورد إلى معرفتها للتأكد من جدواه والاطمئنان إلى عدالة الثمن، لذلك يتفق الأول مع الثاني كتابيا على عدم إفشاء تلك الأسرار (إدراجه كشرط في عقد التفاوض)، و في حالة الإخلال بهذا الالتزام يكون المستورد مسؤولا عن التعويض.¹

بذلك يؤدي هذا الاتفاق إلى بث الثقة و الطمأنينة بين المتفاوضين و يجسد مبدأ حسن النية، حتى في حالة عدم كتابته يعتبر هذا الالتزام أو الشرط موجودا و مثيرا لمسؤولية عقدية متوقفة على التزام بتحقيق نتيجة لا بذل عناية وحسب.²

عمليا و للحفاظ على السرية تصر بعض الشركات على إجراء المفاوضات في مكاتبها و تحت إشرافها و حراستها و بحضور عدد جد محدود من خبراء المستورد حماية للمعلومات الفنية من التسريب، كما تصر شركات أخرى على التحفظ على بعض المعلومات باعتبارها أسراراً.³

لذلك غالبا ما يكون ضمان عدم الإفشاء أو عدم الاستغلال مقابلا ماليا يدخل عند الاتفاق على العقد النهائي في ثمنه، خاصة إذا كان التعامل لأول مرة بين المتفاوضين.⁴

4/ نطاق الالتزام بالحفاظ على الأسرار:

مادام الالتزام بالحفاظ على الأسرار هو التزام بتحقيق نتيجة، فلا يكفي التفاوض بذل ما في وسعه لحفظ المعلومات باعتبارها أسراراً و عدم استغلالها، بل يجب عليه الامتناع فعلا عن عدم إفشائها أو استغلالها و إلا قامت مسؤوليته عن ذلك، لكن المدى الذي ينبغي أن يبلغه هذا الالتزام كان محلّ جدل فقهي بين من جعله ممتداً أو مؤبداً، و من جعل له حداً زمنيا مرهونا بانتشار هذه الأسرار نفسها و خروجها للعامة، و هذا هو حال الابتكارات التكنولوجية التي لا تبقىها سرعة التطور سرية لمدة طويلة، و هو الرأي الراجح.⁵

تجدر الإشارة إلى أنّ نطاق الالتزام بالأسرار لا يتعلق بالأفكار المحمية قانونا بنصوص خاصة، و إنما بتلك التي لا حماية لها بعد لعدم التصريح بها لدى الجهات المختصة.⁶

ثالثا- الالتزام بالامتناع عن المفاوضات الموازية:

يعرّف الالتزام بحظر أو منع المفاوضات الموازية بأنه في حدّ ذاته: " عقد يلتزم بمقتضاه أحد الطرفين أو كلّ منهما بالامتناع عن إجراء مفاوضات موازية مع الغير لمدة معينة."⁷

القاعدة العامة جواز و مشروعية المفاوضات الموازية انطلاقا من مبدأ حرية المنافسة التجارية الدولية، و عليه لا يمكن منع هذه المفاوضات إلا بمقتضى شرط خاص يتفق عليه طرفا التفاوض لمدة معينة.⁸

و يترتب على مخالفته قيام المسؤولية العقدية في ذمة الطرف المخلّ، و يكفي الطرف المتضرر إثبات قيام الطرف الآخر بالتفاوض المحظور.¹

¹ محمود الكيلاني: " عقود التجارة الدولية في مجال نقل التكنولوجيا " ط2، دار الفكر العربي- القاهرة 1995، ص190.

² سميحة القليوبي: " التفاوض في عقود نقل التكنولوجيا " مرجع سابق، ص24.

³ جلال وفاء محمددين: " الإطار القانوني لنقل التكنولوجيا " مرجع سابق، ص20.

⁴ محمود الكيلاني: " عقود التجارة الدولية في مجال نقل التكنولوجيا " مرجع سابق، ص191.

⁵ أبو العلا علي أبو العلا النمر: " مفاوضات عقود التجارة الدولية " مرجع سابق، ص112.

⁶ رجب كريم عبد الله: " التفاوض على العقد " مرجع سابق، ص450.

⁷ LASSALLE (Berengère) : « Les pourparlers » op.cit, p835.

⁸ أحمد عبد الكريم سلامة: " قانون العقد الدولي " مرجع سابق، ص111.

تثور الإشكالية عند غياب الاتفاق الصريح على هذا الشرط، فهل يمكن استنباطه ضمنا تأسيسا على مبدأ حسن النية الذي ينبغي أن يسود المفاوضات؟

الجاري به العمل صعوبة افتراض وجود هذا الالتزام في غياب شرط صريح يتضمّنه استنادا إلى حرية المنافسة الصناعية و التجارية خاصة بين الشركات الكبرى، ما يؤدي إلى جواز اللجوء إلى المفاوضات الموازية.

تجدر الإشارة إلى أنّ شرط حظر إجراء مفاوضات موازية قد يكون مقرّرا لمصلحة أحد الطرفين، حيث يحرم الآخر من الوصول لطرف ثالث قد يقدم له عرضا أفضل، لذلك قد يشترط هذا الأخير من جهته الحصول على مقابل مادي يحدّد بالاتفاق بينه و بين الطرف الأوّل نظير هذا الحرمان.²

المطلب الثاني: عقد الإطار:

يلجأ الطرفان المتفاوضان إلى اعتماد عقد الإطار إذا كان بنويان إبرام مجموعة عقود من طبيعة واحدة، مثل عقود التوريد، فيحدّدان فيه الشروط الأساسية التي تيرم بناء عليها العقود اللاحقة مستقبلا، و التي تسمى بعقود التنفيذ.³

تبدو الحكمة من عقد الإطار واضحة، و هي تجنّب مناقشة تفاصيل العقد المزمع إبرامه في كلّ مرّة و تسهيل عملية التفاوض بالتمهيد للعقود اللاحقة له و التي تتخلّل العملية.⁴

مع التأكيد على استقلالية عقد الإطار و تضمينه التزاما بعدم إبرام عقد تنفيذ يشمل شرطا مخالفا للشروط الواردة في عقد الإطار ذاته.⁵

بناء على ما سبق سنتناول:

مفهوم عقد الإطار (فرع أول)، تمييز عقد الإطار عن غيره من العقود (فرع ثان)، النظام القانوني لعقد الإطار (فرع ثالث)، آثار عقد الإطار (فرع رابع):

الفرع الأوّل: مفهوم عقد الإطار:

الهدف من عقد الإطار إنشاء تنظيم نموذجي لعلاقة مستمرة تتعدّد و تتلاحق تطبيقاتها، بحيث يخضع كلّ تطبيق منها للقواعد المتفق عليها في عقد الإطار ذاته، ليكون بذلك مستويان من الروابط العقدية الناطمة لعلاقة المتفاوضين: مستوى أعلى حاكم يمثّله عقد الإطار، و مستوى أدنى تمثّله مجموعة العقود التنفيذية المبرمة في إطار عقد الإطار، يتّضح الفرق بين المستويين في أنّ عقد الإطار لا يتناول المنتج أو الخدمة محلّ التعامل، وإنما يتناول القواعد المنظمة للتعامل فيها، على خلاف العقود التنفيذية التي ترد مباشرة على المنتج أو الخدمة محلّ التعامل.⁶

تأسيسا على هذا سنحاول:

تعريف عقد الإطار (أولا)، و بيان مجالاته (ثانيا):

¹ محمد محمد أبو زيد: " المفاوضات في الإطار التعاقدى " مرجع سابق، ص84.

² SCHMIDT-SZALEWSKI (Joanna) : « Négociation et conclusion de contrat » op.cit, p73.

³ محمد محمد أبو زيد: " المفاوضات في الإطار التعاقدى " مرجع سابق، ص23.

⁴ عبد العزيز المرسي حمود: " الجوانب القانونية لمرحلة التفاوض ذات الطابع العقدي " مرجع سابق، ص38.

⁵ رجب كريم عبد الله: " التفاوض على العقد " مرجع سابق، ص480.

⁶ مصطفى محمد الجمال: " السعي إلى التعاقد في القانون المقارن " مرجع سابق، ص282.

أولاً- تعريف عقد الإطار:

يعرّف عقد الإطار بأنه: " ذلك العقد الذي يحدّد الشّروط الرّئيسية التي يلتزم الطّرفان باتّباعها فيما يبرمّانه من عقود لاحقة و هي العقود التي تعرف بعقود التطبيق أو التنفيذ.¹"

كما يعرّف بأنه: " ذلك العقد الذي يهدف إلى تحديد القواعد الأساسية التي تخضع لها العقود التي ستبرم في المستقبل.²"

يستخلص من التعريفين المتقدمين أنّ عقد الإطار عقد مستقلّ عن عقود التنفيذ التي يتناولها و إن كان يمهد ويحضّر لقيامها، و يختلف موضوعه باختلاف إرادة أطرافه، حيث يحدّد تارة كيفية إبرام عقود التنفيذ مثل إرسال طلب بضاعة أو أمر توريد، و طورا يحدّد بعض الضوابط المرتبطة بتنفيذ تلك العقود مثل حجم المشتريات، كيفية النقل، مواعيد التسليم...³

مع استقلاليتها فإنّ لعقد الإطار وحدة عقدية مع عقود التنفيذ ذات هدف اقتصادي واحد، حيث ترد تلك العقود جميعها على موضوع واحد كتوريد بضاعة مثلا، من جهة أخرى عقود التنفيذ لا تبرم إلا طبقا للشروط المتضمنة في عقد الإطار.⁴

ثانيا- مجال عقد الإطار:

أبرز تطبيقات عقد الإطار تتمثل في توفير مستلزمات الإنتاج الصناعي، إذ يسعى المنتج الصناعي إلى ضمان تزويده بالمواد الأولية اللازمة لاستمرار إنتاجه من مصادرها مثل المنتجات الزراعية و الحيوانية، و ذلك عن طريق عقود الإطار التي يبرمها مع منتج أو مستخرج هذه المواد الذي يسعى بدوره من خلال تلك العقود إلى توزيعها.⁵

تتمثل تطبيقات عقد الإطار كذلك و بشكل واسع في مجالي التنقيب عن البترول و المعادن، و نقل التكنولوجيا، بالإضافة إلى مجال عقود المقولة من الباطن، و مجال عقود توزيع المنتجات المثلّجة مثل اللحوم، ناهيك عن العقود الجماعية المبرمة عن طريق التنظيمات ذات الصّلة، و المتضمنة لعدد من الشّروط التي ينبغي أن تخضع لها العقود الفردية التي تبرم مستقبلا.⁶

هكذا يستخدم عقد الإطار بكثافة في مختلف أنواع النشاط الاقتصادي، إذ تؤدّي الحاجة في بعث هذا النشاط إلى تكوين شبكات لتوزيع السّلع و الخدمات، و شبكات التزوّد بها من خلال عقود الإطار.

الفرع الثاني: تمييز عقد الإطار عن غيره من العقود:

إذا قارنا عقد الإطار بعقد التفاوض نجدهما يشتركان في أنّ كلّ منهما عقد تمهيدي يؤسّس لعقود لاحقة تستلزم تراضيا جديدا غير التراضي الذي تمّ به كلّ من العقدين، و يختلفان من حيث أنّ عقد الإطار يتضمّن شروطا رئيسية على أساسها تبرم عقود التنفيذ اللاحقة مستقبلا، بينما لا يتضمّن عقد التفاوض مثل تلك الشّروط.⁷

¹ رجب كريم عبد الله: " التفاوض على العقد " مرجع سابق، ص 479.
² هدى عبد الله: " النظام القانوني للفترة السابقة على التعاقد في القانون اللبناني و القانون المقارن " رسالة دكتوراه، الجامعة اللبنانية- بيروت 1999، ص 270.

³ محمد محمد أبو زيد: " المفاوضات في الإطار التعاقد " مرجع سابق، ص 23.

⁴ رجب كريم عبد الله: " التفاوض على العقد " مرجع سابق، ص 480.

⁵ مصطفى محمد الجمال: " السّعي إلى التعاقد في القانون المقارن " مرجع سابق، ص 286.

⁶ رجب كريم عبد الله: " التفاوض على العقد " مرجع سابق، ص 482.

⁷ عبد العزيز المرسي حمّود: " الجوانب القانونية لمرحلة التفاوض ذو الطابع العقدي " مرجع سابق، ص 39.

يختلف عقد التفاوض عن عقد الإطار أيضا في كون الأخير يلتزم فيه طرفاه بالأداء يضمننا عقود التنفيذ اللاحقة ما يخالف عقد الإطار ذاته من الشروط، أما عقد التفاوض فلا يفرض على طرفيه أي شرط من شروط العقد النهائي، غير التزام طرفيه بالتفاوض حول كافة شروطه (العقد النهائي).¹

يختلف عقد الإطار عن عقد الوعد بالتعاقد في كون عقد التنفيذ الذي يمهد له عقد الإطار لا يبرم إلا بعد اتفاق الطرفين عليه اتفاقا مستقلا، في المقابل يبرم العقد الموعود به بمجرد إعلان الموعود له بمفرده عن رغبته في التعاقد خلال الأجل المتفق عليه، زيادة على أن عقد الإطار لا يتضمن اتفاقا على كل المسائل الجوهرية لعقد التنفيذ المزمع إبرامها عدا قواعد و شروط عامة يجري التفاوض على عقود التنفيذ في إطارها، في المقابل يتضمن الوعد بالتعاقد كل المسائل الجوهرية للعقد المزمع إبرامه.²

الفرع الثالث: النظام القانوني لعقد الإطار:

يعدّ عقد الإطار مبدئيا عقدا حقيقيا لا مجرد إيجاب بإبرام عقود تنفيذ، و من ثمة يقتضي توافر شروط و أركان العقد المعروفة من تراضي و محلّ و سبب.³

يثير عقد الإطار إشكالتين متعلّقتين بأطرافه، و ثمنه، فبالنسبة لأطرافه هم في الغالب أنفسهم في عقود التنفيذ المبرمة لاحقا باستثناء عقود الإطار الجماعية.⁴

أما بالنسبة للثمن في عقد الإطار، فالمشكل يطرح عادة بشأن عقود التوزيع الحصري التي تلزم المنتج بتزويد الطرف الآخر بسلعة معيّنة مع تحديد ثمنها سلفا، رغم أنّها لن تورّد إلا بعد سنوات، حيث يحكم تحديد هذا الثمن عوامل مستقبلية متعدّدة منها: كلفة الإنتاج، تقلبات أسعار السوق...

هذا ما سنفصله تباعا، حيث نتناول أطراف عقد الإطار (أولا)، الثمن في عقد الإطار (ثانيا).

أولا- أطراف عقد الإطار:

القاعدة العامة في عقد الإطار هي أنّ أطرافه هم في الوقت نفسه أطراف عقود التنفيذ، و قد يختلف الأمر في حالات أخرى حيث يكون الأطراف في عقد الإطار مختلفين عن أطراف عقود التنفيذ، يحدث ذلك على مستوى عقود الإطار الجماعية التي لا يكون أطرافها هم بالضرورة أطراف عقود التنفيذ الفردية التي تبرم مستقبلا، المثال على ذلك اتفاقات العمل الجماعية التي تبرم بين ربّ العمل و نقابة العمّال، حيث نجد ربّ العمل طرفا في عقد الإطار الجماعي و في عقود التنفيذ، بينما تكون النقابة طرفا في اتفاق الإطار و طرفا في عقود التنفيذ أو عقود العمل الفردية مع العمّال، و هنا يختلف طرفا عقد الإطار عن طرفي عقود التنفيذ.

يكفي بعد ذلك أن تكون عقود التنفيذ ممكنة مستقبلا، حيث تستتبع استحالتها بطلان عقد الإطار، فضلا عن ضرورة أن تكون عقود التنفيذ معيّنة أو قابلة للتعيين بنوعها و مقدارها تحت طائلة بطلان عقد الإطار، و كذا تحديد طبيعتها و أن تكون مشروعة غير مخالفة للنظام العام و الآداب تحت طائلة البطلان كذلك.⁵

¹ رجب كريم عبد الله: " التفاوض على العقد " مرجع سابق، ص480.

² MOUSSERON (Jean-Marc) : « A propos des contrats d'assistance et de fourniture » Dalloz, Paris 1973, p68.

³ هدى عبد الله: " النظام القانوني للفترة السابقة على التعاقد في القانون اللبناني و القانون المقارن " مرجع سابق، ص272.

⁴ MOUSSERON (Jean-Marc) : « La durée dans la formation du contrat » op.cit, p66.

⁵ مصطفى محمد الجمال: " السعي إلى التعاقد في القانون المقارن " مرجع سابق، ص293.

و لصحة عقد الإطار لا يجب تعيين كافة العناصر الأساسية و الجوهرية لعقود التنفيذ، و إنما يجب ذلك عند إبرام هذه العقود مستقبلاً.¹

ثانياً- الثمن في عقد الإطار:

منذ 1995 قرّر القضاء الفرنسي عدم اشتراط تحديد الثمن في عقد إطار التوريد، حيث يجوز تحديده لاحقاً عند إبرام عقود التنفيذ، أكثر من هذا يمكن أن يتمّ هذا التحديد بالإرادة المنفردة لطرفي العقد، كأن يحيل عقد الإطار إلى التعريفه التي يحددها المورد مستقبلاً، فإذا تعسّف في تحديد الثمن جاز للمستورد المطالبة بفسخ عقد الإطار لعدم تنفيذه بحسن نيّة، مع طلب التعويض.²

قبل ذلك التاريخ كان تحديد الثمن في عقد الإطار يتمّ بالإحالة إلى قوائم الأسعار التي تتعامل بها شركات البترول وقت التوريد، و تحديد الثمن بهذه الكيفية يعني أنّ الأسعار تنفرد بتحديدها تلك الشركات مسبقاً، لتكون مفروضة من أحد الطرفين على الآخر.³

الفرع الرابع: آثار عقد الإطار:

يرتّب عقد الإطار على عاتق طرفيه جملة من الالتزامات يمكن تقسيمها إلى:

- التزامات إيجابية (أولاً).

- التزامات سلبية (ثانياً):

أولاً- الالتزامات الإيجابية:

تتمثّل الالتزامات الإيجابية التي ينشئها عقد الإطار غالباً في كيفية إبرام و تنفيذ عقود التطبيق (التنفيذ)، و تختلف باختلاف الأحوال و الظروف، فقد يبيّن عقد الإطار مثلاً أنّ إبرام عقود التنفيذ مستقبلاً يتمّ عن طريق التلاقي المباشر للطرفين، أو لحظة إرسال بضاعة عن طريق وسائل الاتصال الحديثة.

كما قد يبيّن مواعيد إبرام هذه العقود بتحديد تواريخ محدّدة لذلك مثل اليوم الأول من كلّ شهر، و كذلك يمكن أن يتطرّق لكيفية التسليم و آجاله، و كيفية الوفاء بالثمن، و طريقتي النقل و التأمين.⁴

ثانياً- الالتزامات السلبية:

يمكن أن يتضمّن عقد الإطار التزامات سلبية على شكل شروط مثل شرط القصر الذي يقضي بالتزام أحد الطرفين بعدم إبرام عقد تنفيذ مماثل مع الغير، و الشرط الذي يحظر على المورد تجاوز ثمن معيّن في العقود المبرمة مع عملائه.⁵

يترتّب عن عدم تنفيذ الالتزامات الناشئة عن عقد الإطار المطالبة عن طريق القضاء بالتنفيذ العيني إذا كان ممكناً، أو فسخ العقد مع التعويض، و لأنّ هذه الجزاءات تقتضي قدراً كبيراً من الجهد و الوقت و النفقات لا يتلاءم مع

¹مصطفى محمد الجمال: " السعي إلى التعاقد في القانون المقارن "مرجع سابق، ص294.

²رجب كريم عبد الله: " التفاوض على العقد " مرجع سابق، ص488.

³مصطفى محمد الجمال: " السعي إلى التعاقد في القانون المقارن " مرجع سابق، ص295.

⁴هدى عبد الله: " النظام القانوني للفترة السابقة على التعاقد في القانون اللبناني و القانون المقارن " مرجع سابق، ص276.

⁵مصطفى محمد الجمال: " السعي إلى التعاقد في القانون المقارن " مرجع سابق، ص303.

عقد الإطار، فإنّ هذا الأخير كثيرا ما يتضمّن شرطا يقضي بالفسخ التلقائي بمجرد إعلان أحد الطرفين رغبته فيه أو في حال إخلال الطرف الآخر بأحد التزاماته دون حاجة إلى تنبيه أو إعدار أو تدخّل القضاء.¹

القاعدة قابلة عقد الإطار إلى الانتقال ما لم يوجد اتفاق بين طرفيه على خلاف ذلك، و السبب قيامه على الاعتبار الشخصي، لهذا يمكن أن يتنازل عنه أحد طرفيه للغير، كما يمكن أن ينتقل إلى الورثة أو الموصى له عند وفاة أحد طرفيه، فعقد الإطار المتعلّق باستغلال محلّ تجاري ينتقل مع انتقال المحلّ بالبيع أو بالدخول به كحصّة في شركة باعتبار ذلك من مستلزمات المحلّ.²

المطلب الثالث: الوعد بالتعاقد و الوعد بالترفضيل:

مع أنّ بعض الفقه ذهب إلى أنّ الوعد بالتعاقد هو وعد بالترفضيل معلّق على شرط واقف، لكنّ الأمر على خلاف ذلك لوجود تباين واسع بين الوعدين، إذ يتفق الطرفان في الوعد بالتعاقد على تحديد كافّة المسائل الجوهرية للعقد المزمع إبرامه، و لا يبقى لنفاذه سوى إظهار الموعد له رغبته في التعاقد، بينما لا يتفقان في الوعد بالترفضيل على تلك المسائل بخصوص العقد ذاته، لكنّ الوعد بالترفضيل يلزم الواعد إذا أراد التفاوض مستقبلا لإبرام عقد معيّن أن يختار الموعد له لذلك دون غيره.³

للتوضيح أكثر سيتمّ التعرّض:

لمفهوم كلّ من الوعد بالتعاقد و الوعد بالترفضيل رغم تداخلهما (فرع أول)، و أحكام الوعد بالترفضيل (فرع ثان)، و التمييز بين الوعد بالتعاقد و الوعد بالترفضيل (فرع ثالث):

الفرع الأوّل: مفهوم الوعد بالتعاقد و الوعد بالترفضيل:

القاعدة حرّية الشّخص في اختيار من يتعاقد معه، غير أنّه يستطيع تقييد حرّيته حينما يفضّل شخصا دون غيره للتعاقد معه و اعدا إياه بالأفضلية على الغير إذا عزم على إبرام عقد معيّن مستقبلا، يسمّى فقها هذا النوع من العقود عقد الوعد بالترفضيل أو الوعد بالتعاقد، رغم التداخل بينهما سنحاول بيان مفهوم كلّ منهما على حدة:

أولا مفهوم الوعد بالتعاقد:

يعرّف الوعد بالتعاقد بأنّه: " عقد يلتزم بموجبه أحد الطرفين أو كلاهما بإبرام عقد معيّن في المستقبل إذا أبدى الموعد له رغبته في التعاقد خلال مدّة معيّنة."⁴

يستخلص من هذا التعريف أنّ الوعد بالتعاقد قد يكون من جانب واحد حين يلتزم الواعد بمفرده بإبرام العقد، و قد يكون من جانبيين أي تبادليا و ملزما للطرفين حين يتعهدان معا بإبرامه، و عليه فإنّ تبادل الالتزامات هو مناط التمييز بين الوعد بالتعاقد الملزم لجانب واحد، و بين ذلك الملزم للجانبين.⁵

عمليًا الوعد بالتعاقد هو المتداول في التعامل و يتوسّط لحظتي الإيجاب و التعاقد النهائي المنشود.

ننتهي إلى أنّ الوعد بالتعاقد عقد كامل يتمّ بإيجاب من الواعد و قبول من الموعد له، لكنهما لا ينصبّان على موضوع العقد (بيع مثلا) بقدر ما يتناولان الوعد بإتمام هذا الموضوع (الوعد بالبيع)، و هنا لا يلتزم الواعد بنقل

¹مصطفى محمد الجمال: " السعي إلى التعاقد في القانون المقارن "المرجع نفسه، ص306.

²مصطفى محمد الجمال، المرجع نفسه، ص304.

³ PAULIN (Christophe) : « Promesse et préférence » Rev.Tri.de droit commercial, N°=03, 1998, p515.

⁴محمد محمد أبو زيد: " المفاوضات في الإطار التعاقدى " مرجع سابق، ص15.

⁵جاك غيسان: " المطول في القانون المدني: تكوين العقد " مرجع سابق، ص30.

ملكية المبيع و ضمانه، بل يقتصر التزامه على إبرام عقد البيع في اللحظة التي يظهر فيها الموعد له رغبته في ذلك.

ثانيا- مفهوم الوعد بالترتيب:

يعرّف الوعد بالترتيب بأنه: " عقد يلتزم بمقتضاه الواعد في حالة التصرف في الشيء بأن يفضل الموعد له على غيره في التعاقد معه."¹

الأصل في الوعد بالترتيب أن يكون ملزما لجانب واحد و هو الواعد، غير أنه قد يكون ملزما للجانبين في حال عقد الطرفين اتفاقا يعد فيه كلّ منهما الآخر بتفضيله على غيره إذا اعتزم مستقبلا التفاوض على عقد معين.²

و عليه لا يتم التعاقد النهائي بناء على الوعد بالترتيب إلا بتوافر شرطين:الأول: إظهار الواعد رغبته في التعاقد عارضا إياها على الطرف الآخر مفضلا إياه على الغير، الثاني: قبول الطرف الآخر التعاقد النهائي عند عرضه عليه من الطرف الأول (الواعد).³

يترتب على ذلك أنّ الواعد يجب عليه دعوة الموعد له للتفاوض معه مفضلا إياه على أي شخص آخر، و إذا رفض الدعوة أو فشلت المفاوضات بينهما، أمكن للواعد حينئذ أن يختار غيره للتفاوض معه بشأن العقد المزمع إبرامه، و عليه فالإقتراح الذي التزم به الواعد لا يعكس نيته الجازمة في إبرام العقد النهائي بقدر ما يخول الموعد له حقا في التفاوض بالأفضلية على غيره، و بالتالي فعقد الوعد بالترتيب ينحصر دوره في مجرد التمهيد للتفاوض حول العقد النهائي.⁴

و من ثمة فهو عقد غير مسمى أفرزته حرية التعاقد في مجال العقود التجارية الدولية، حيث يستعمل في ميادين عديدة و متنوّعة، فقد يأخذ صورة اتفاق مستقل (عقد تفضيل)، و قد يرد في صورة شرط في اتفاق آخر (شرط تفضيل).⁵

الفرع الثاني: الطبيعة القانونية للوعد بالترتيب:

الوعد بالترتيب عقد كغيره من العقود، و لذلك يسري عليه ما يسري عليها خاصة ما تعلق بأركان العقد من رضا و محلّ و سبب، و يحصل الرضا في الوعد بالترتيب بصدور إيجاب من أحد الطرفين يقترن به قبول مطابق من الطرف الآخر مع توافر الأهلية بالنسبة لهما و خلوّ إرادتهما من العيوب المعروفة، و إن كان لا يشترط في الواعد أن يكون أهلا للتصرف و إنّما يكفي أن يكون أهلا لإدارة أمواله، لأنّ الوعد بالترتيب لا يلزمه بإبرام العقد النهائي، بل يلزمه بمجرد تفضيل الموعد له على الغير إذا أراد إبرام هذا العقد مستقبلا.

بخصوص محلّ الوعد بالترتيب ينبغي أن يكون معيّنا أو قابلا للتعيين، بتحديد طبيعته على الأقلّ (بيع، إيجار...)، كما ينبغي أن يكون ممكنا و موجودا(عدم استحالة العقد المستقبلي)، بالإضافة إلى مشروعيته.⁶

أمّا فيما يتعلق بالسبب فينبغي أن يكون بدوره مشروعا، و ذلك بالألا يكون الباعث أو الدافع إلى إبرام العقد المستقبلي احتكار السوق أو المنافسة غير المشروعة.

¹ عبد الرزاق أحمد السنهوري: " نظرية العقد " ج 1، ط 2، منشورات الحلبي الحقوقية- بيروت 1998، ص 263.

² المثال هنا عقد القسمة، حين يتفق الطرفان على اقتسام مال كان مملوكا لهما على الشيوع و على أن يكون لكلّ منهما حقّ الأفضلية بالنسبة لنصيب الآخر إذا قرّر بيع نصيبه أو حصته مستقبلا. أنظر علي أحمد صالح: " المفاوضات في العقود التجارية الدولية " مرجع سابق، ص 528.

³ عبد الرزاق أحمد السنهوري: " نظرية العقد " ج 1، مرجع سابق، ص 263.

⁴ هدى عبد الله: " النظام القانوني للفترة السابقة على التعاقد في القانون اللبناني و القانون المقارن " مرجع سابق، ص 247.

⁵ هدى عبد الله، المرجع نفسه، ص 253.

⁶ هدى عبد الله، المرجع نفسه، ص 254.

باكتمال هذه الأركان ينعقد الوعد بالتفضيل صحيحا و ينشئ التزاما بالتفضيل على عاتق الواعد، يقابله حق شخصي بالأفضلية للمستفيد (الموعد له)، و يكون التزام الواعد ذا شقين: سلبي و إيجابي.¹

فأما الشق السلبي فيتمثل في امتناع الواعد عن إبرام العقد المستقبلي قبل أن يعرضه على المستفيد (الموعد له).

و أما الشق الإيجابي فيتمثل في عرض العقد المستقبلي على المستفيد (الموعد له) بمجرد أن يقرّر إبرامه بدعوة الأخير للدخول معه في مفاوضات لأجل ذلك، مع التزامه بالجدية و حسن النية في العرض المقدم للمستفيد، هذا الأخير يتوجب عليه الردّ على العرض المقدم له من الواعد خلال مدة معقولة و إلا عدّ تنازلا عن حقه في التفضيل، فإذا لم تتوّج المفاوضات بعد ذلك بنتيجة أمكن للواعد التحلّل منها دون أية مسؤولية.²

أما إذا لم يف الواعد بوعده إزاء المستفيد (الموعد له) بتفضيله على الغير عند إقدامه على إبرام العقد فإنه يتحمل في مواجهته مسؤولية عقدية.³

حيث يلتزم بتعويض الموعد له عن الضرر الذي أصابه جرّاء حرمانه من حقه في التفضيل، دون أن يستطيع الموعد له إبطال العقد الذي أبرمه الواعد مع الغير مخالفا وعده الأول له بالتفضيل، إلا إذا تواطأ هذا الغير مع الواعد بنية الإضرار بالموعد له.⁴

الفرع الثالث: مجالات تطبيق الوعد بالتفضيل:

من المجالات الأكثر استعمالا للوعد بالتفضيل كشرط، نجد ثلاث صور:

- شرط العرض المنافس (أولا)،

- شرط العميل الأولى بالرعاية (ثانيا)،

- شرط الرّفص الأول (ثالثا).

أولا- شرط العرض المنافس:

يدرج هذا الشرط غالبا في العقود التجارية الدولية طويلة الأجل، حيث يلتزم المشتري أو المستورد بمقتضاه إذا ما تلقى عرضا منافسا من الغير أثناء العقد بأن يعرضه أولا على البائع أو المورد، فإذا قبل الأخير رغم ذلك الاستمرار في التعامل مع المشتري وفقا لشروط العقد الجاري إبرامه بينهما، فإن هذا العقد يستمر بعد تعديله على ضوء ذلك الشرط.

أما في حالة رفض البائع أو المورد ذلك أمكن للمشتري التعاقد مع الغير مع اعتبار العقد المبرم بينه و بين البائع أو المورد منفسخا تلقائيا.⁵

ثانيا- شرط العميل الأولى بالرعاية:

هو الشرط الذي يلتزم بمقتضاه أحد الطرفين (المورد غالبا) بأن يمنح للطرف الآخر نفس الشروط المتميزة (الامتيازات) التي ينوي منحها مستقبلا للغير في عقد مماثل.

¹ هدى عبد الله: " النظام القانوني للفترة السابقة على التعاقد في القانون اللبناني و القانون المقارن " مرجع سابق، ص259.

² هدى عبد الله: " النظام القانوني للفترة السابقة على التعاقد في القانون اللبناني و القانون المقارن " المرجع نفسه، ص260-262.

³ هدى عبد الله، المرجع نفسه، ص264.

⁴ هدى عبد الله، المرجع نفسه، ص265.

⁵ MOUSSERON (Jean-Marc) : « A propos des contrats et de fourniture » op.cit, pp60.

يستخدم هذا الشرط بكثرة في عقود نقل التكنولوجيا، هدفه تعديل تلك العقود لتتوافق مع الواقع الجديد للسوق، وللحيلولة دون إضعاف مركز العميل (المستورد) في إطار المنافسة.¹

ثالثا- شرط الرّفص الأوّل:

هو الشّرط الذّي يلتزم بمقتضاه أحد الطّرفين بالآ يبرم مستقبلا عقدا ما مع الغير إلّا بعد عرضه على الطّرف الآخر و رفضه من قبله.

و عليه فإمكانية إبرام عقد ما مع الغير مستقبلا -ضمن هذا الشّرط- متوقّفة حصرا على رفض المستفيد لهذا العقد، و لذلك يكثر استخدام هذا الشّرط في عقود الامتياز.²

الفرع الرّابع: تمييز عقدي الوعد بالتعاقد و الوعد بالتفضيل عن غيرهما من العقود:

بناء على التعريفات المقدّمة سلفا لكلّ من عقدي الوعد بالتفضيل و الوعد بالتعاقد، يمكن تمييزهما عن العقود التي تمّت دراستها تباعا.

أولا- تمييز عقد الوعد بالتفضيل عن غيره من العقود:

يمكن إدراج الوعد بالتفضيل ضمن العقود التمهيديّة التي تؤسّس لإبرام عقد نهائي مستقبلا، و لذلك يتشابه مع كلّ من عقدي التفاوض و الوعد بالتعاقد في هذا الصّدّد، لكنّ الوعد بالتفضيل يختلف عن عقد التفاوض، من حيث أنّ الأخير يلزم طرفيه بالتفاوض المتبادل بشأن العقد المرتقب إبرامه مستقبلا بشكل نهائي و باتّ، على خلاف الوعد بالتفضيل الذّي لا يلزم الواعد بالتفاوض مع الموعود له إلّا إذا قرّر هو التفاوض مع الأخير بخصوص العقد النهائي.

ينشئ الوعد بالتفضيل التزاما بعرض الشّيء المبيع على الموعود له، لكنّ هذا الالتزام يكون معلقا على شرط متمثّل في اتّخاذ الواعد قرارا بالتعاقد، بذلك فهو عقد غير تبادلي لا يربّث التزامات إلّا على عاتق الواعد، في الوقت الذّي لا يلتزم فيه الموعود له بأيّ أداء بموجب العقد الذّي رضي به، على خلاف عقد التفاوض تماما الذّي يعدّ عقدا ملزما للجانبين.³

يتميّز الوعد بالتفضيل عن سائر العقود أخيرا بكونه عقدا ملزما لجانب واحد غالبا، و عقدا ملزما للجانبين في حالات بعينها (عقد القسمة).⁴

ثانيا- تمييز الوعد بالتعاقد عن غيره من العقود:

لأنّ من العقود التمهيديّة فإنّ الوعد بالتعاقد كعقد حقيقي مبني على اتفاق بين إرادتين حرّتين يشترك في هذه الخاصيّة مع كلّ من عقد التفاوض و الوعد بالتفضيل.⁵

يشترك الوعد بالتعاقد مع عقد التفاوض كذلك في التدرّج الذّي يطبع إبرام العقد النهائي، حيث يمرّ بمرحلتين: مرحلة إبرام العقد التمهيدي الذّي يمهد للعقد النهائي، و مرحلة إبرام العقد النهائي ذاته.⁶

¹ رجب كريم عبد الله: " التفاوض على العقد " مرجع سابق، ص370.

² MOUSSERON (Jean-Marc) : « A propos des contrats et de fourniture » op.cit, p61.

³ محمد محمد أبو زيد: " المفاوضات في الإطار التعاقدى " مرجع سابق، ص22.

⁴ رجب كريم عبد الله: " التفاوض على العقد " مرجع سابق، ص361.

⁵ محمد محمد أبو زيد: " المفاوضات في الإطار التعاقدى " مرجع سابق، ص16.

⁶ عبد الحيّ حجازي: " النظرية العامّة للالتزام في القانون الكويتي " ج1، مطبعة جامعة الكويت- الكويت 1982، ص475.

لكنّ الوعد بالتعاقد يختلف عن عقد التفاوض في كون الأول يتضمّن قبولا للعقد النهائي سواء كان من جانب واحد (الواعد) أو من جانبيين (إذا كان الوعد ملزما لهما)، كما أنّه يتضمّن كافة المسائل الجوهرية اللازمة للعقد النهائي بحيث لا يحتاج الأمر إلى اتفاق لاحق لتحديد المزيد منها. (المادة 71 من القانون المدني الجزائري)¹

في المقابل لا يستوجب عقد التفاوض كلّ هذا التحديد للمسائل الجوهرية للعقد المزمع إبرامه، بقدر ما يتطلب تفاوضا وفق مبدأ حسن النية توصلًا لإبرام هذا العقد.

من جهة أخرى يختلف الوعد بالتعاقد عن عقد التفاوض في أنّ العقد النهائي في إطار الوعد بالتعاقد ينبرم بمجرد إظهار الموعد له رغبته في ذلك دون حاجة لأيّ إجراء آخر، أمّا في عقد التفاوض فالعقد النهائي يحتاج لانبرامه تراضيا جديدا بين الطرفين المتفاوضين زيادة على عقد التفاوض ذاته.

في الوعد بالتعاقد إذا نكل الواعد عن وعده يمكن للموعد له مطالبته قضائيا بالتنفيذ، حيث يحكم القاضي بانعقاد العقد عن طريق حلول الحكم محلّ العقد النهائي. (المادة 72 من القانون المدني الجزائري)، أمّا إخلال أحد طرفي عقد التفاوض بالتزام من الالتزامات الواردة في العقد فإنّه يرتب مسؤوليته العقدية المتمثلة في التعويض، لكنّه لا يتيح للقاضي إلزامه بإبرام العقد النهائي.²

يستخلص في النهاية أنّ عقد التفاوض أبسط من عقد الوعد بالتعاقد من حيث التمهيدي للعقد النهائي، كما أنّه أقلّ حظا منه في توفير فرصة إبرام العقد النهائي.³

المطلب الرابع: العقدان المؤقت و الجزئي:

لطول المفاوضات في العقود التجارية الدولية و الصعوبات التي تحيط بها بما ينعكس على تهديد أمنها و عرقلة سيرها يلجأ طرفاها إلى إنشاء علاقات مؤقتة بينهما ريثما تنفض المفاوضات و يبرم العقد النهائي، يسمّى هذا النوع من الاتفاقات بالعقود المؤقتة التي تعالج كلّ ما يرتبط بالمفاوضات دون أن تركز على موضوع محدّد، و تبقى نافذة طيلة فترة المفاوضات.

تكون هذه العقود متتالية وفقا لتدرّج عمليّة المفاوضات التي تتطلب مناقشة شروط العقد على مراحل أو جولات متتابعة، و لضمان تنظيم و تسهيل المفاوضات فإنّ طرفيها يضطرّان عند كلّ مرحلة منها للتوقّف و تحرير وثيقة تبلور النقاط المتفق عليها بينهما لتفادي مناقشتها مجدّدا، و استئناف المفاوضات قصد الاتفاق على النقاط المتبقية و هكذا حتّى تعالج كلّ مسائل العقد المزمع إبرامه، هذه الاتفاقات تحديدا تسمّى بالعقود الجزئية أو المرحلية.

ما يجعلنا نتناول مفهوم العقد المؤقت و الجزئي (فرع أول)، صور العقد المؤقت و الجزئي (فرع ثان)، و أخيرا الطبيعة القانونية للعقد الجزئي (فرع ثالث):

الفرع الأول: مفهوم العقد المؤقت و الجزئي:

يعتبر العقدان من الاتفاقات التمهيدية السابقة على التعاقد التي تمهّد للعقد النهائي و تسهّل عملية التفاوض بشأنه.

و حتّى يتّضح مفهوم كلّ من العقد المؤقت و العقد الجزئي، يتعيّن أن نفرّد كلّا منهما بمفهوم خاصّ.

¹مصطفى محمد الجمال: " السعي إلى التعاقد في القانون المقارن " مرجع سابق، ص253.

²محمد حسن قاسم: " مراحل التفاوض في عقد الميكنة المعلوماتية " مرجع سابق، ص189.

³محمد محمد أبو زيد: " المفاوضات في الإطار التعاقدية " مرجع سابق، ص17، 18.

أولاً- مفهوم العقد المؤقت:

العقد المؤقت هو ذلك الاتفاق الذي " يحقق الغاية من التعاقد بصفة وقتية احتياطية انتظاراً لإتمام الاتفاق على العقد المزمع إبرامه."

هو أيضاً ذلك " الاتفاق الذي ينشئ على عاتق أحد الطرفين أو كليهما التزامات مؤقتة لتنظيم علاقتهما أثناء فترة التفاوض على العقد أو عند فشله."¹

يستخلص من التعريفين أنّ العقد المؤقت مجرد اتفاق تمهيدي هدفه تنظيم عملية التفاوض بشأن العقد النهائي بإنشاء التزامات مؤقتة تنتهي بانتهاء المفاوضات، بهذا يختلف العقد المؤقت عن بقية العقود التمهيدية، فيختلف عن عقد التفاوض مثلاً في كونه لا يلزم المتفاوضين بالتفاوض بشأن العقد النهائي، بقدر ما يلزمهما بتنظيم هذا العقد وحسب، و يختلف عن عقد الإطار في كونه (العقد المؤقت) لا يحدّد شروط العقد النهائي التي يجري التفاوض على أساسها، و يختلف عن الوعد بالتعاقد في كونه لا يتضمّن أيّ قبول من الطرفين بخصوص العقد النهائي.²

ثانياً- مفهوم العقد الجزئي:

العقد الجزئي أو المرحلي هو ذلك: " الاتفاق الذي ينصبّ على جزء من الغاية التي يسعى الطرفان إلى الوصول إليها من خلال إبرام العقد المنشود."³

هو أيضاً " اتفاق يتمّ إبرامه أثناء المفاوضات يحدّد الأطراف بمقتضاه مسائل التفاوض التي تمكّنوا من الاتفاق بشأنها."⁴

أو هو ذلك الاتفاق الذي " يتوصّل إليه الطرفان أثناء المفاوضات، و بموجبه تحسم المسائل التي تمّ الاتفاق عليها أوّلاً بأول."⁵

يستخلص من التعريفات المتقدمة أنّ العقد الجزئي عقد تمهيدي يمثّل مرحلة من مراحل التفاوض بشأن العقد المزمع إبرامه، وذلك بتوضيح المسائل أو الشروط المتفق عليها بين المتفاوضين في هذه المرحلة لئلا يعودا لمناقشتها مجدداً، وبهذا يعتبر خطوة في طريق العقد النهائي لتضمّنه جزء من شروط هذا العقد المتفق عليها فعلياً.

يختلف العقد الجزئي عن عقد التفاوض في كون الأول يمهد لإبرام عقد واحد أو عدّة عقود و يكون هو نفسه جزء منها، من جهة أخرى يتضمّن العقد الجزئي تحديداً لبعض عناصر العقد النهائي، على خلاف عقد التفاوض الذي يخلو من هذا التحديد.

يختلف العقد الجزئي عن الوعد بالفضيل و العقد المؤقت في كون الأخيرين لا يتضمّنان أيّ شرط من شروط العقد المتفاوض بشأنه، على خلاف العقد الجزئي المتضمّن حتماً بعضاً من تلك الشروط.

يختلف العقد الجزئي عن الوعد بالتعاقد في كون الأخير يتضمّن عادة كافة شروط العقد المزمع إبرامه، على خلاف العقد الجزئي الذي يتضمّن البعض منها فقط.

¹ رجب كريم عبد الله: " التفاوض على العقد " مرجع سابق، ص496.

² LEBOULANGER (Philippe) : « Les contrats entre Etats et entreprises étrangères » ECONOMICA, Paris 1985, p29.

³ مصطفى محمد الجمال: " السعي إلى التعاقد في القانون المقارن " مرجع سابق، ص314.

⁴ SCHMIDT-SZALEWSKI (Joanna) : « Négociation et conclusion de contrat » op.cit, p561.

⁵ محمد إبراهيم دسوقي: " الجوانب القانونية في إدارة المفاوضات و إبرام العقود " مرجع سابق، ص111.

و عليه فالعقد الجزئي يستجيب للواقع الراهن لمفاوضات العقود التجارية الدولية الذي يقتضي تجزئتها و تناول موضوعاتها بالتدرج سيما العقود الضخمة و المعقدة، إذ تتم مناقشة شروط العقد المستقبلي على مراحل و من خلال جولات منفصلة تستتبع تقسيم فريق التفاوض إلى مجموعات صغيرة يسند لكل منها مسألة محددة.

و باتفاق طرفي التفاوض على مسألة أو موضوع ما يسارعان إلى تحريره في وثيقة خاصة قد تسمى مذكرة تفاهم، و من هنا تتجلى الحكمة من العقد المؤقت و هي إرساء الثقة و الطمأنينة بين المتفاوضين و الحفاظ على جدية المفاوضات واستمراريتها لتحقيق النتيجة المرجوة و هي إبرام العقد النهائي.¹

الفرع الثاني: صور العقد المؤقت و الجزئي:

ينطوي العقد المؤقت على التزامات عديدة و متنوعة بتنوع موضوعاتها و الهدف المنتظر منها، بدوره يعرف العقد الجزئي عدة صور حسب المجال التعاقد الذي يندرج ضمنه، إذ قد يكون العقد الجزئي ذاته جزء من عقد واحد أو من مجموعة عقود.

لهذا يتعين علينا أن نتناول صور كل من العقدين على انفراد.

أولاً- صور العقد المؤقت:

قد يعالج العقد المؤقت نفس موضوع العقد النهائي، مثال ذلك عقد التجربة الذي يخول طرفيه اختبار مدى ملاءمة العقد النهائي على ضوء تنفيذه خلال مدة معينة.²

تتجلى الحكمة من اللجوء إلى هذا العقد في تمكين طرفيه من تقدير إيجابيات و سلبيات العقد النهائي قبل إبرامه، واختبار مدى قدرتهما على تنفيذ الالتزام المترتبة عنه.³

من العقود المجسدة لفكرة العقد المؤقت:

1/ عقود التجربة: أهمها عقد العمل الذي كثيرا ما يبرم تحت التجربة لتمكين رب العمل من معاينة مدى صلاحية العامل و كفاءته، و تمكين العامل من جهة أخرى من الإحاطة بظروف العمل و مدى ملاءمته له، كل هذا تمهيدا لإبرام عقد العمل النهائي الذي يحل محل عقد العمل المؤقت في حال نجاح التجربة أو ينتهي في الحالة المعاكسة.⁴

2/ عقود نقل التكنولوجيا: اعتبارا لوزنها الاقتصادي و قيمة المعلومات التقنية المرتبطة بها غير المحمية كبراءة اختراع، مع أنها محل للتفاوض، و تجنبنا لاستئثار مفاوض سيء النية بها كأسرار، يقتضي الأمر إبرام عقد مؤقت موضوعه امتناع المتفاوض عن إفشاء تلك المعلومات أو الأسرار أو توظيفها لمصلحته الخاصة دون إذن من صاحبها.

3/ العقود المنظمة للمفاوضات: هذه صورة أخرى للعقد المؤقت، حيث ينظم الأخير مدة المفاوضات، من حيث تحديدها بناء على حجم الصفة محل التفاوض بالنظر إلى تعقيدها أو بساطتها، و أهميتها، و كذا الهدف المنتظر من العقد (المؤقت) و الذي تكون مدته أقصر أو أطول من مدة المفاوضات أو مساوية لها.⁵

تكون أقصر مثلا في حالة الالتزام بقصر التفاوض مع الطرف الآخر و حسب أي الالتزام بعدم الدخول في مفاوضات موازية مع الغير لفترة محددة، و تكون أطول في حالة الالتزام بالامتناع عن إفشاء الأسرار التقنية موضوع العقد النهائي.¹

¹ محمد حسين عبد العال: " التنظيم الاتفاقي للمفاوضات العقدية " مرجع سابق، ص147.

² محمد حسين عبد العال: " التنظيم الاتفاقي للمفاوضات العقدية " مرجع سابق، ص162.

³ SCHMIDIT (Jean) : « La sanction de la faute précontractuelle. » rev.Tri. de droit Civ, 1972, p257.

⁴ محمد حسين عبد العال: " التنظيم الاتفاقي للمفاوضات العقدية " مرجع سابق، ص162.

⁵ SCHMIDIT (Jean) : « Négociation et conclusion de contrats » op.cit, p260.

و أخيرا تكون مدة العقد المؤقت مساوية لمدة المفاوضات، فيرتهن مصير العقد بمصير المفاوضات ككل، و هذا بناء على اتفاق طرفي التفاوض الذين قد يتفقان على حظر المفاوضات الموازية مع الغير بالنسبة لكل منهما طيلة سريان المفاوضات.²

بالإضافة إلى مدة المفاوضات ينظم العقد المؤقت توزيع نفقات التفاوض في حال فشله تجنباً لأي نزاع محتمل بصدده، و في حالات بعينها ينظم الاتفاق المؤقت نوعاً محدداً من النفقات كتلك المتعلقة بالدراسات الأولية أو التمهيدية التي تجرى للكشف عن الجدوى الاقتصادية للمشروع.³

أخيراً يمتد العقد المؤقت إلى تنظيم مسألة الإغفاء من المسؤولية الناجمة عن عقد التفاوض أو التخفيف منها، إلا في حالة غش المدين أو خطئه الجسيم، و عليه يقتصر الإغفاء أو التخفيف على حالة الخطأ غير العمدي أو البسيط، كما يتناول العقد المؤقت تبعاً لذلك تعديل قواعد تلك المسؤولية بالتشديد مثلاً و لو كانت مسؤولية المدين راجعة إلى سبب أجنبي.⁴

ثانياً- صور العقد الجزئي:

للعقد الجزئي صورتان:

- الأولى تتمثل في كونه جزء من عقد واحد،

- و الثانية تتمثل في كونه جزء من مجموعة عقود.

1/ العقد الجزئي جزء من عقد واحد: العقد الواحد هو ذلك الذي ينفرد بإنجاز عملية قانونية واحدة دون حاجة إلى استكماله بعقود أخرى، و في هذه الحالة يتناول العقد الجزئي عنصراً من عناصر العقد الواحد، و بذلك قد تتعدد العقود الجزئية بتعدد عناصر العقد الرئيسي، من أمثلة العقود الجزئية ذلك المتضمن – أثناء المفاوضات- لمواصفات فنية لمحل عقد نهائي، و ذلك المتضمن في مرحلة أخرى للأسعار و تفاصيلها لنفس محل العقد النهائي.⁵

2/ العقد الجزئي عقد من مجموعة عقود:

في هذه الحالة يكون العقد الجزئي واحداً من مجموعة عقود تنظم عملية قانونية واحدة متكاملة لتحقيق هدف واحد، و مع أن كل عقد منها مستقل و قائم بذاته، إلا أنه مرتبط بغيره من العقود و مكمل لها ارتباطاً و تكاملاً الهدف الاقتصادي للعقد الرئيسي أو النهائي، و عليه فالعقود الجزئية هي نتاج عقد رئيسي متبوع بعدة عقود ثانوية مكمل له، مثال ذلك عقد القرض المرفق بضمان الذي يتكون في حقيقة الأمر من عقدين: عقد القرض كعقد رئيسي و عقد الضمان كعقد ثانوي تابع له، و مثال ذلك أيضاً بيع شركة إنتاج ما جزء من أرض مصانعها لشركة أخرى لإقامة مصنع لإنتاج مغاير، مع الالتزام بتوريده إلى الشركة البائعة، حيث نلاحظ هنا عملية متعددة الجوانب يتم تنظيمها بجملة عقود جزئية يتميز كل منها عن الآخر، و هي: عقد بيع الأرض، عقد توريد المنتج الأنبي أو

¹ محمد إبراهيم دسوقي: " الجوانب القانونية في إدارة المفاوضات و إبرام العقود " مرجع سابق، ص165.

² SCHMIDIT (Jean) : « Négociation et conclusion de contrats » op.cit, p260.

³ FONTAINE (M), op.cit, pp 96, 97.

⁴ أنظر في ذلك المادة 178 من القانون المدني الجزائري التي تنص على أنه: " يجوز الاتفاق على أن يتحمل المدين تبعاً الحادث المفاجئ أو القوة القاهرة. و كذلك يجوز الاتفاق على إعفاء المدين من أية مسؤولية تترتب على تنفيذ التزامه التعاقدى إلا ما ينشأ عن غشه أو خطئه الجسيم، غير أنه يجوز للمدين أن يشترط إعفاءه من المسؤولية الناجمة عن الغش أو الخطأ الجسيم الذي يقع من أشخاص يستخدمهم في تنفيذ التزامه. و يبطل كل شرط يقضي بالإعفاء من المسؤولية الناجمة عن العمل الإجرامي."

⁵ علي أحمد صالح: " المفاوضات في العقود التجارية الدولية " مرجع سابق، ص555، 556.

المستقبلي... إلخ، و المثال أخيرا عقود النقل المتعلقة بنفس البضاعة، حيث تتعدد بتعدد وسائل النقل لنجد عقد نقل بري، عقد نقل بحري، عقد نقل جوي.¹

على هدى ما سبق فالعقد الجزئي ليس هو العقد النهائي، و استخلاص كنهه يعود لإرادة المتفاوضين المعبر عنها كقاعدة عامة، أو إلى قناعة القاضي المستخلصة من تلك الإرادة إذا لم يكن التعبير عنها من الكفاية بمكان.²

الفرع الثالث: الطبيعة القانونية للعقد الجزئي:

قد يتضمن العقد الجزئي مجرد مسائل بسيطة أو ثانوية لا ترتقي إلى درجة العقد القائم بذاته و المستقل عن غيره من العقود المكتملة له، و قد يتضمن في حد ذاته العناصر الجوهرية للعقد المزمع إبرامه، مما يطرح بشأنه إشكالا هاما حول مدى كفايته لانعقاد العقد النهائي من جهة، و مدى اعتباره في حد ذاته عقدا نهائيا من جهة أخرى، أم أن الفرضيتين معلقتين على ضرورة الاتفاق أولا على بقية المسائل المؤجلة؟

الإجابة باختصار مرهونة بإرادة طرفيه، الذين يمكنهما تعليق انعقاد العقد النهائي على اتفاق بخصوص المسائل المؤجلة، كما لهما اعتبار العقد الجزئي كافيا بمفرده لانعقاد العقد النهائي مع ضرورة أن يتضمن عقدهما الجزئي في هذه الحالة كافة العناصر الجوهرية للعقد النهائي.³

¹ راجع في كل هذه الأمثلة من العقود على التوالي: علي أحمد صالح: " المفاوضات في العقود التجارية الدولية " مرجع سابق، ص556، محمد إبراهيم دسوقي: " الجوانب القانونية في إدارة المفاوضات و إبرام العقود " مرجع سابق، ص111، مصطفى محمد الجمال: " السعي إلى التعاقد في القانون المقارن " مرجع سابق، ص316.

² جاك غستان: " المطول في القانون المدني: تكوين العقد " مرجع سابق، ص345-359.

³ أنظر في تفصيل ذلك علي أحمد صالح: " المفاوضات في العقود التجارية الدولية " مرجع سابق، ص567-579.