

المحاضرة رقم 01 : تمهيد + محاور المقياس :

تمهيد :

حياتنا اليومية عبارة عن جملة من القضايا التي تستوجب التبادل الفكري وتحتاج إلى المشاورة ، خاصة متى تعدد فيها أطراف العلاقة ، وذلك للخروج بحلول والإتفاق على نقاط محددة .

تعد كل من المشاورة، المواجهة ، المساومة أو الإقناع بغرض الوصول إلى حلول عملية تفاوضية أي تفاوض¹ ، والتفاوض لا يقتصر على الحياة الفردية أو النطاق المحلي فحسب ، بل قد يمتد إلى النطاق الوطني ، نظرا لتعدد مجالات الحياة الإجتماعية والسياسية والإقتصادية... إلخ ، كما قد يمتد أيضا إلى النطاق الدولي أي التفاوض الدولي وهو المحور الأساسي الذي يقوم عليه المقياس ، حيث سنعمد إلى هذا الموضوع من خلال هذا السداسي تحت مسمى "تقنيات التفاوض في العقود الدولية" الموجه إلى شعبة الماستر تخصص قانون أعمال .

ما تجدر الإشارة إليه أن إبرام العقود بصفة عامة يمر بمرحلة ، وهذا ليخرج العقد في النهاية بصورة قانونية وقوة إلزامية لأطرافه . مرحلة التفاوض ما قبل التعاقد تحظى بأهمية قانونية وموضوعية ، حيث يستحيل على القانون إغفال أمرها ، ذلك أن مجرد قبول التفاوض يضع أطرافها في نطاق القانون ، وبالتالي هي مرحلة ذات أهمية بالغة ، يتم من خلالها تحديد معظم حقوق والتزامات أطراف العقد المزمع إبرامه .

هذه الأهمية جعلت الفكر القانوني يعمل على تأمين هذه المرحلة خاصة بالنظر إلى الإشكالات التي تثيرها وصور المسألة التي قد تقوم بشأنها².

مختلف هذه النقاط سيتم التطرق لها بشيء من التفصيل من خلال جملة من المحاور التي تنطلق بداية بالنظام القانوني لمفاوضات العقد الدولي موضوع الفصل الأول ، ليتناول الفصل الثاني عقد التفاوض، ونختم بجزئية نظرية الكفاية الذاتية للعقد الدولي من خلال الفصل الثالث، وهذا كما يوضحه التقسيم التالي :

الفصل الأول : النظام القانوني لمفاوضات العقد الدولي

المبحث الأول : الإعداد للمفاوضات وخطابات النوايا

المطلب الأول : ماهية خطاب النوايا

المطلب الثاني : القيمة القانونية لخطاب النوايا

المبحث الثاني : تنظيم المفاوضات في العقد الدولي

المطلب الأول : ماهية المفاوضات وضرورتها

المطلب الثاني : إستراتيجية المفاوضات

المطلب الثالث : عوامل نجاح المفاوضات

المطلب الرابع : تنظيم المفاوضات

الفصل الثاني : عقد التفاوض

المبحث الأول : ماهية عقد التفاوض

المطلب الأول : تعريف عقد التفاوض

المطلب الثاني : خصائص عقد التفاوض

المبحث الثاني: تحديد القانون واجب التطبيق على عقد التفاوض

المطلب الاول: مبدأ قانون الإرادة

المطلب الثاني: كيفية إعمال مبدأ قانون الإرادة

المطلب الثالث: نطاق القانون واجب التطبيق على عقد التفاوض

المبحث الثالث: الالتزامات الأساسية الناشئة عن العقد

المطلب الاول: الالتزام ببدا التفاوض

المطلب الثاني: الالتزام بالاستمرار في التفاوض

المطلب الثالث: التزام حسن النية في التفاوض

المطلب الرابع: الالتزام بالتعاون وتقديم المعلومات

المبحث الرابع: الالتزامات الخاصة الفرعية

المطلب الاول: الالتزام بحظر المفاوضات الموازية

المطلب الثاني: الالتزام بالحفاظ على سرية المعلومات

المبحث الخامس: المسؤولية عن الإخلال بالالتزام الأصلي بالتفاوض

الفصل الثاني: نظرية الكفاية الذاتية للعقد الدولي

المبحث الأول: وجود مبدأ الكفاية الذاتية

المطلب الاول: طبيعة العقد والكفاية الذاتية

المطلب الثاني: الكفاية الذاتية للعقد في الفقه والقضاء

المبحث الثاني: تحقيق مبدأ الكفاية الذاتية

المطلب الاول: العقود النمطية وسيلة لتحقيق الكفاية الذاتية

المطلب الثاني: واقع العقود الدولية

المبحث الثالث : تحليل إنتقادي لنظرية الكفاية الذاتية

المطلب الاول : حقيقة العقد بين الإرادة والقانون

المطلب الثاني : العجز عن إدراك الكفاية الذاتية

المطلب الثالث : حقيقة العقود النمطية الدولية

المراجع :

1/ هاني صلاح سري الدين ، المفاوضات في عقود التجارة الدولية _ دراسة مقارنة في القانونين المصري والإنجليزي .

2/ حسن الحسن ، التفاوض والعلاقات العامة ، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع ، بيروت ، لبنان ، 1993 .

3/ صديق محمد عفيفي ، جرمين حزين سعد ، التفاوض الفعال في الحياة والأعمال ، مكتبة عين شمس للنشر ، الإسكندرية ، مصر ، 2003 .

4/ طرح البحور فرج تدويل ، العقد - دراسة تحليلية على ضوء الإتفاقيات الخاصة بالقانون الواجب التطبيق على الإلتزامات التعاقدية الموقعة في روما 19 يونيو 1980 .

5/ فاروق السيد عثمان ، التفاوض وإدارة الأزمات ، دار الأمين للطبع والنشر والتوزيع ، القاهرة ، مصر ، 2004 .

6/ محسن الخيضري ، تنمية المهارات التفاوضية ، الدار المصرية اللبنانية للنشر ، مصر ، 1993 .

7/ محمد أحمد نعيم ، مرحلة المفاوضات في العقود الإدارية - دراسة مقارنة - .

8/ محمد جواد العلي ، العقود الدولية مفاوضاتها وإبرامها وتنفيذها .

9/ نادراًحمد أبو شيخة ، أصول التفاوض ، دار مجدلاوي للنشر والتوزيع ، الأردن ، 2000 .

الهوامش :

- ¹ مريم قرواني ، محاضرات منشورة في مقياس تقنيات التفاوض الدولي ، السنة الثالثة ليسانس ، قسم العلوم التجارية ، تخصص : التجارة الدولية ، كلية العلوم الإقتصادية والتجارية وعلوم التسيير ، جامعة فرحات عباس ، سطيف 1 ، 2020/2019 ، ص 02 .
- ² يسري عوض عبد الله ، العقود التجارية الدولية ، مفاوضاتها - إبرامها - تنفيذها ، دراسة تحليلية على ضوء نظرية العقد في التشريع الإسلامي ، إصدارات مكتب اليسري للمحاماة والإستشارات ، الخرطوم - شارع الزبير باشا تقاطع شارع عطيرة ، د.س.ن. ، ص 08 .

**المحاضرة رقم 02 : الإعداد للمفاوضات
وخطابات النوايا :
ماهية خطاب النوايا (النشأة + التعريف
+ الأهداف + الأنواع) :**

تمهيد :

سننظر من خلال هذه المحاضرة إلى النظام القانوني لمفاوضات العقد الدولي ، وستقتصر الدراسة فيها فقط على الإعداد للمفاوضات وخطابات النوايا ، الذي سنوضح فيه بداية ماهية خطاب النوايا من حيث نشأته ، تعريفه ، أهدافه وأنواعه ، أما محور القيمة القانونية لخطاب النوايا سيكون محل دراسة بحول الله تعالى في المحاضرة الموالية .

فماذا نقصد بـخطاب النوايا ؟

جدير بالذكر أن مبدأ حرية التعاقد أو رفضه يعطي للمتفاوض مجالاً واسعاً للتفاوض دون أن يرتبط بشكل تعاقدي ملزم ، بل وله قطع المفاوضات في أي وقت لكن التطورات التي شهدتها المعاملات الدولية دفعت بأطراف هذه المعاملات إلى إرساء قواعد وتطبيقات تحكم بدء وسير وإنهاء مفاوضات العقود الدولية ، والبحث عن وسيلة تتضمن دعوة الطرف الآخر إلى البدء في المفاوضات حول العقد الذي سيبرم مستقبلاً ، مع الحرص والتأكيد على مواصلة التفاوض والإلتزام بحسن النية في التعامل ، دون إلتزام عقدي . أهم هذه الوسائل رسائل النوايا أو خطابات النوايا .

لهذه الوسيلة تسميات عديدة رسائل النوايا ، الإتفاق المرحلي، الإتفاق المبدئي ، مذكرة التفاهم ، إتفاقيات الشرف وبروتوكول إتفاق¹ ، مذكرات أساسيات الإتفاق ، خطاب النوايا، خطاب التفاهم².

1/ نشأة خطاب النوايا :

نشأ أول الأمر في القوانين الأنجلوساكسونية تحت تأثير مقتضيات التجارة الدولية، وما تستلزمه هذه التجارة من ضرورة توفير الثقة وحسن النية ، والسرعة في المعاملات التجارية الدولية، بعد ذلك إنتشرت الفكرة في البلدان ذات الشرائع اللاتينية بدء من فرنسا، ولذات الأسباب سألقة الذكر .

حيث أصبح من مهمة القضاء والفقهاء في الدول الأوروبية البحث عن حلول تستخلص من المبادئ العامة في النظام القانوني ، تتلاءم مع محتوى ، خطاب النوايا أو رسائل النية والأغراض المتعددة التي تستخدم فيها .

رسائل النية ظهرت بداية في فكرة المستندات قبل التعاقدية التي تبرز في مرحلة المفاوضات السابقة على التعاقد ، حيث لا تشمل خطابات النوايا في هذه المرحلة سوى التأكيد على حسن النية التعاقدية ، وتأكيد نية الجهة المتعاقدة في إنجاح العملية التعاقدية ، ومن هذا المنطلق ظهر خطاب النوايا لتسهيل التعامل في المعاملات الدولية، وهذا يعكس رغبة رجال الأعمال في التعامل بأداة سهلة تحقق الهدف ، مع التأكيد على إنعدام أي مسؤولية تعاقدية بين الطرفين المتفاوضين بإضافة عبارة (وثيقة ليست من طبيعة عقدية) .

بالتالي خطاب النوايا يسعى لبعث الطمأنينة في نفس الطرف المتلقي لها ، بمعنى أن مرسلها جاد في التعامل ويرغب في التعاقد على إنجاز العقد ، وهذا ما يشجع التعاملات الدولية وينمي الإستثمارات الدولية³.

2/ تعريف خطاب النوايا :

واجه الفقه صعوبات كثيرة لوضع تعريف محدد وجامع لخطاب النوايا، فإختلفت التعاريف باختلاف وجهات النظر، وهذا عائد بطبيعة الحال لإختلاف أشكال الخطاب وتعدد أنواعه من جهة، وتغطيته لمواضيع وحالات مختلفة من جهة أخرى ، من هذا المنطلق تم تعريف خطاب النوايا على أنه "وثيقة مكتوبة قبل العقد النهائي تعكس الإتفاقات أو الفهم المبدئي لطرف أو أكثر من أطراف التعاقد التجاري بغية الدخول في عقد مستقبلي " .

أو هو " كل إتفاق مبدئي يتم التوصل إليه قبل إبرام العقد النهائي ، ويتعلق بتنظيم عملية التفاوض، وهؤلاء يحبذون تسمية خطابات النوايا بإتفاقات التفاوض، أو إتفاقات المبادئ" ⁴ .

أو هو " مستند يتم تحريره في المرحلة قبل التعاقدية ، ويحتوي على الإتفاقات الأولية ، والأمور المشتركة بين أطراف عقد سوف يبرم في المستقبل " ⁵ .

ويرى جانب فقهي آخر أن خطاب النوايا هو " مستند مكتوب يوجه من طرف يرغب في التعاقد على أمر معين إلى الطرف الآخر يعرب فيه عن رغبته تلك ، وي طرح فيه الخطوط العريضة للعقد المستقبلي المزمع إبرامه ويدعوه إلى التفاوض والدخول إلى محادثات حولها " ، وحسب هذا الجانب الفقهي أن خطاب النوايا يجب أن يعرف بما يتفق مع مسماه، لأن :

- أي مستند لا ينطوي في أصله في إبداء الرغبة في التعاقد ،
- لا يتضمن بيانا للنقاط الرئيسية والخطوط العريضة للعملية التعاقدية المستقبلية،
- لا يشتمل على دعوة الطرف الآخر للإلتقاء والجلوس سويا للتفاوض حولها،

لا يعتبر خطابا للنوايا ، بل يعد مستندا آخر يجب أن يسمى بإسمه ، وإن كانت الواقع العملي يشير إلى أن الأطراف المتفاوضة تعقد أحيانا الإتفاقيات المرحلية والإتفاق المبدئي بالتفاوض تحت مسمى خطابات النوايا ، بالرغم من أن هذه الإتفاقيات تناسبها أكثر تسمية إتفاق التفاوض حسب الفقه ، لذا يفترض ضبط المصطلحات بما يتوافق مع المعنى لتمييز خطاب النوايا عن غيره ⁶ .

3/ الهدف من خطاب النوايا :

ينطوي هذا الأخير على جملة من الأهداف ، نذكر منها :

أ/ خطاب النوايا وسيلة لإعلان الرغبة المبدئية في الدخول في التفاوض :

أي إعلان الرغبة في الدخول إلى محادثات بشأن العقد المراد إبرامه، ولا يعني كونه مبدئيا خلوه من بعض المسائل الخاصة المتعلقة بنوع العملية التعاقدية، موضوعها ، الثمن ، أو وضع إطار مستقبلي يرتبط بتنظيم المفاوضات ذاتها من حيث التاريخ المرتقب لإبرام العقد، مكان تسليم محل العقد ، أو وقت إنجاز الأعمال المتفق عليها ، اللغة ، فريق التفاوض ... إلخ ، فهذا يعد أمرا جوهريا لربح الوقت وعدم إضاعته .

ب/ خطاب النوايا وسيلة لتحديد الشروط العامة للعقود المزمع إبرامها في

المستقبل :

حيث يعد وسيلة لوضع الشروط العامة ، وذلك في الفروض التي تتكرر فيها المعاملات بين الطرفين ، كما في عقود التوريد والإئتمان مثلا ، بحيث تترسخ القواعد العامة لأي عقد يبرم مستقبلا بينهما ، فلا تنصب المفاوضات الخاصة لكل عقد على حدى إلا على الشروط الخاصة والمسائل التفصيلية النوعية دون الشروط العامة ، وهو ما يحقق للطرفين اقتصاد في الوقت واقتصاد في النفقة.

ج/ خطاب النوايا وسيلة لإظهار النية الحقيقية للطرفين وجديتهما :

بمعنى إظهار النية الجادة في التعامل وحقيقة الرغبة في التعاقد ، لأن هذا عامل هام لإتمام التعاقد وطمأنة الأطراف .

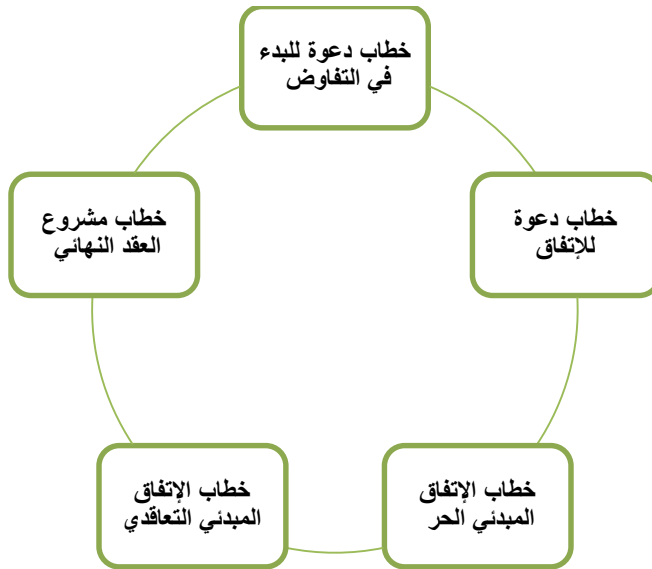
د/ خطاب النوايا وسيلة للإستعلام والإستفسار :

بحيث تقتصر خطابات النوايا أحيانا على مجرد طلب المعلومة أو الرد على إستفسار معين بشأن العملية التعاقدية لإظهار الإهتمام بالمشروع ، دون أن يعبر عن أي نية للإلتزام بالدخول في المفاوضات التعاقدية .

هذا فيما يتعلق بأهداف خطاب النوايا ، وللإشارة فإن هذا الأخير في العادة يكون مكتوبا على دعامة ورقية ، إلا أنه مع تطور وسائل الإتصال الحديثة ليس هناك مانع أن يكون بأسلوب إلكتروني حديث كالبريد الإلكتروني وغير ذلك من هذه التقنيات⁷ ، وهو ما يعرف بخطاب النوايا الإلكتروني⁸ .

4/ أنواع خطاب النوايا :

تتعدد أنواع خطاب النوايا بتعدد أهداف هذا الأخير والغاية المرجوة منه ، وعموما يمكن حصرها فيما يلي :



مخطط يوضح أنواع خطاب النوايا، المرجع : يسري عوض عبد الله ، العقود التجارية الدولية ، مفاوضاتها – إبرامها – تنفيذها ، دراسة تحليلية على ضوء نظرية العقد في التشريع الإسلامي ، ص 149 / 151 .

أ/ خطاب دعوة البدء في التفاوض :

وهو خطاب يوجه لطرف آخر يتضمن نية مصدره عن رغبته في التعامل معه ، محددًا به العناصر الرئيسية المقترحة، ويدعوه لوضع إطار عملية التفاوض وإتفاقات بشأنه، مثل تحديد مدة التفاوض ومكانه⁹ .

ب/ خطاب دعوة الإتفاق :

يقوم هنا الموجب بدعوة الطرف الآخر للقيام بإتفاق تفاوض، ويدعوه إلى وضع إطار لعملية التفاوض وفقا لأسس وعناصر محددة .

يتضمن هذا النوع في الغالب وقت بدء المفاوضات، المدة الزمنية لها ، الدراسات التي يقوم بها كل طرف فيما يتعلق بمختلف الجوانب الفنية والمالية والتنفيذية للعملية التعاقدية ، وقد يستوجب هذا النوع شرط الحفاظ على سرية المعلومات التي يتحصل عليها كل طرف خلال التفاوض.

ج/ خطاب الإتفاق المبدئي الحر :

هو الخطاب الذي يصدره أحد المتفاوضين بعد قطع شوط كبير في المفاوضات ، يوضح فيه الرضا بما توصلت إليه المفاوضات ، وهذا الخطاب يتضمن عادة الشرط المشهور ، ومقتضاه الإلتزام بالأمر والأشياء الأساسية التي إرتضاها محرر الخطاب معلق على النص عليه في العقد النهائي وبعد توقيعه من الأطراف .

د/ خطاب الإتفاق المبدئي التعاقدية :

هنا يتم النص صراحة على أن الأطراف توصلوا إلى الإتفاق على بعض النقاط الأساسية والجزئية ، ولكن يحرص الأطراف على النص على أن الإتفاق غير ملزم للطرفين إلا بعد توقيع العقد النهائي ، وهذا النوع من الخطابات يقابل بكثرة في مجال مفاوضات نقل التكنولوجيا وحقوق المعرف الفنية ، ويلاحظ هنا وجود إتفاق تعاقدية حقيقي على تلك الإلتزامات، حيث أن مخالفتها ترتب مسؤولية تعاقدية .

ه/ خطاب مشروع العقد النهائي :

وهو الخطاب الذي يشير إلى أن مرحلة المفاوضات تمخضت عن تصور لمشروع العقد وأن الإتفاق تم التوصل إليه ، ولكن تنفيذ العقد يعتمد على إستيفاء بعض الشروط أو حدوث أمر معين ، كالمعرفة الفنية أو إستيراط الحصول على تسهيل إنتماني أو قرض

معين والحصول على التراخيص اللازمة، ويطلق على هذا النوع الإتفاقيات المرحلية أو الجزئية¹⁰.

على سبيل المثال هنا أن توجه إحدى الوزارات رسالة إلى إحدى شركات الأشغال العمومية ، تخبرها فيها بتمام رسو المناقصة عليها، وفقا للمواصفات التي تضمنتها وثائق المناقصة ، والشروط التي تضمنها العرض المقدم ، وتنتهي الرسالة بأن تطلب من الشركة بأن تعيد لها الرسالة في حدود (15) يوم موقع عليه بالقبول دون تحفظ ، ويتضح من هذه الرسالة أن الأمر يتعلق بقبول دون تحفظ لعرض سابق على نحو يعتبر معه العقد منعقدا بهذا القبول ، دون حاجة إلى أي إجراء لاحق، وقد يؤكد موقع الرسالة موافقته على الإيجاب، ثم يضيف بأنه طلب من مهندسه الإستشاري الإتصال بالطرف الآخر لإعداد الوثائق النهائية للعقد المزمع إبرامه ، وهنا الأمر يتعلق بقبول للإيجاب ينعقد به العقد دون إنتظار لإعداد الوثائق النهائية المشار إليها في الرسالة ، ذلك أن الإشارة إلى الوثائق في رسائل النوايا أو خطاب النوايا لا أثر لها على إنعقاد العقد النهائي ما لم يكن هناك إتفاق صريح وواضح بين الطرفين يقضي بخلاف ذلك¹¹.

الهوامش :

¹ علي أحمد صالح ، المفاوضات في العقود التجارية الدولية ، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الدولي العام ، جامعة يوسف بن خدة ، كلية الحقوق بن عكنون ، الجزائر ن د.ت.م ، ص 144 إلى 145 .

² يسري عوض عبد الله ، العقود التجارية الدولية ، مفاوضاتها – إبرامها – تنفيذها ، دراسة تحليلية على ضوء نظرية العقد في التشريع الإسلامي ، إصدارات مكتب اليسري للمحاماة والإستشارات ، الخرطوم – شارع الزبير باشا تقاطع شارع عطيرة ، د.س.ن ، ص 145 .

³ علي أحمد صالح ، المرجع السابق ، ص 146 إلى 147 .

⁴ يسري عوض عبد الله ، المرجع السابق ، ص 146 .

⁵ أحمد علي صالح ، المرجع السابق ، ص 147 .

⁶ يسري عوض عبد الله ، المرجع السابق ، ص 146 إلى 147 .

⁷ نفس المرجع ، ص 147 .

⁸ خالد ممدوح إبراهيم ، إبرام العقد الإلكتروني – دراسة مقارنة - ، ط 2 ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، 2011 ، ص 274 إلى 291 .

- ⁹ نفس المرجع ، ص 277 .
¹⁰ يسري عوض عبد الله ، المرجع السابق ، ص 149 إلى 151 .
أحمد علي صالح ، المرجع السابق ، ص 152 .

المحاضرة رقم 03 : القيمة القانونية لخطاب النوايا :

تمهيد :

سبق الإشارة في المحاضرة السابقة إلى أنه وإن اختلفت المذاهب الفقهية في ضبط مفهوم محدد لمصطلح " خطاب النوايا " إلا أن نقطة الالتقاء بينهم كانت في إعتبار هذا الأخير وثيقة أو مستند محرر من طرف أحد الأطراف المعنية بالعملية التعاقدية ، وهو عمل إرادي إنفرادي أساسي، وتبادلي ضمني بعد وصوله إلى الطرف الآخر ¹.

ومع ذلك تختلف المذاهب الفقهية أيضا في تحديد القيمة القانونية لخطاب النوايا ، وهذا راجع بطبيعة الحال لتعدد صور هذا الأخير كما أشرنا سابقا ، إلى جانب تنوع أساليب صياغته ، والألفاظ والعبارات التي يتضمنها .

من هذا المنطلق إعتبر جانب فقهي خطاب النوايا *نوعا طبيعيا عقديا* ، وإعتبره البعض الآخر *نوعا طبيعيا شبه عقديا* ، في حين يرى رأي ثالث أن الإخلال ببنود خطاب النوايا يوجب *المسؤولية التقصيرية* ².

لطبيعة خطاب النوايا علاقة وطيدة بصياغة هذا الأخير ، أي أن للصياغة أثر على تحديد القيمة القانونية له ، ولأنه في الغالب لا تتم صياغته من طرف رجال القانون ، حيث يقوم بذلك مسؤولي التنفيذ في المشاريع الإقتصادية من مهندسين وتجارين بمنأى عن أهل الإختصاص في القانون، فإنهم يقعون فريسة للغموض والتناقض نتيجة عدم إدراك المفهوم القانوني لما يستخدمونه من ألفاظ ومصطلحات قانونية ، وبالتالي يلقي عبء ثقل على عاتق رجال القانون في سبيل التعرف على الطبيعة القانونية التي تكمن وراء هذا الخطاب ، بل إن ترك صياغة مستندات خطابات النوايا لغير المتخصصين يمكن أن يكلف كثيرا

أطراف العقد الذين لا يرغبون بالإلتزام بالإلتزامات معينة لمجرد تحرير خطاب النوايا، خاصة وأنه يعتبر وسيلة لإثبات الإتفاقات الأولية التي يمكن أن تنسى أو تغفل في المعاملات المعقدة³.

بالتالي وبحكم أن صياغة العقد هي التجسيد المادي لما إنتهت إليه المفاوضات ، فإنه يفترض فيها أن تكون :

- صياغة صحيحة بمعنى يعبر خطاب النوايا بدقة عما تم الإتفاق عليه خلال المفاوضات .
- يستحسن أن يتضمن الخطاب تحديدا واضحا لا غموض فيه للموضوع المراد الإتفاق عليه من قبل الأطراف ، والهدف المراد تحقيقه من الموضوع .
- أن يكتب خطاب النوايا بلغة سليمة لا غموض فيها ، ويجب الحرص على عدم إستخدام أي عبارة تفيد الإلتزام ، مثل (يوافق ، يقبل ، يرتضي ... إلخ) ، بحيث يستحب اللجوء إلى ألفاظ أخرى مثل (يقدر الطرف ، يبدو ملائما ... إلخ) .
- أن يكون خطاب النوايا في صيغة خطاب مختصر مقتضب وغير رسمي .
- يجب أن تخلو صياغة خطاب النوايا من كل غموض أو عدم دقة ، أو إستخدام ألفاظ مطاطة ليس لها مفهوم قانوني محدد يمكن أن يدع مجالا للشك أو التفسيرات أو التأويلات المتضاربة ، سواء من طرف الجهات المتفاوضة أو من طرف الجهات القضائية التي تنظر النزاع حال قيامه .

لذا يتعين على القائمين على صياغة هذا النوع من المستندات الحرص التام والتأكيد الصريح الذي لا يدع مجالا للشك ، والذي لا يحتمل أي لبس أو غموض على نفي الطبيعة التعاقدية الملزمة لخطاب النوايا ، وهذا يستدعي الإستعانة بعناصر قانونية مدربة لها الخبرة في التفاوض وصياغة المستندات والمحركات والوثائق ذات الصلة بالعقود الدولية

4

عموما يمكن القول أن الإختلاف الفقهي أو المذهبي حول طبيعة خطاب النوايا أو قيمته القانونية تجلى من خلال مذاهب ثلاث :

1/ المذهب الفرنسي (المدرسة الفرنسية) :

لقد إستقر هذا المذهب على أنه ليس لخطاب النوايا أية قوة إلزامية أو طابع تعاقدي ، وهو ذات المذهب الذي تبناه القانون المصري⁵ ، وبالتالي لا يرتب مسؤولية عقدية لمصدره أو متلقيه ، إلا أنه ليس هناك ما يمنع الأطراف المتفاوضة من الإتفاق على بعض النقاط الخاصة بالعقد النهائي في خطاب النوايا ، فإذا وقع هذا النوع من الإتفاق قامت المسؤولية العقدية عند الإخلال بما تم الإتفاق عليه .

لذا يفترض دائما الرجوع إلى مضمون الخطاب نفسه والبحث في الإرادة الحقيقية لمصدره ومتلقيه ، لأن تلك الإرادة تستطيع إنشاء إلتزام تعاقدي والدخول في دائرة المسؤولية العقدية ، كما يمكن أن تبقى حرة ، لا تفرض إلتزاما على صاحبها⁶.

في هذا الشأن قررت محكمة النقض الفرنسية إسباغ القوة الملزمة على محضر إجتماع تم الإتفاق فيه بين الأطراف المتفاوضة على إنشاء شركة وتم تعيين المسير والحصص .

قررت المحكمة بأن هذا المحضر يدل على أن نية الأطراف المتفاوضة قد إتجهت إلى تكوين وعد بإنشاء شركة، وإعتبرت بأن رفض أحد الأطراف إتمام الإجراءات ، من أجل إنشاء الشركة ، يعتبر إخلالا بإلتزام تعاقدي رغم أن الوثيقة (محضر إجتماع) لا تعتبر عقدا .

وفي قضية أخرى تتلخص وقائعها في أن شركتين (أ و ب) توصلتا إلى إتفاق مبدئي لشراء دار نشر معينة من صاحبها (ج) ، لكن هذا الأخير قام بالتفاوض مع شخص (د) ، ومكنه من الصفقة.

عندما عرض الأمر على المحكمة إرتأت بأن الإتفاق المبدئي المذكور يتضمن إرتباطا تعاقديا بمتابعة التفاوض بحسن نية ، وقررت أن (ج) أخل بإلتزاماته التعاقدية ، حين قطع المفاوضات دون مبرر ، لغرض التعاقد مع الغير ، بالرغم من وجود الإتفاق المذكور الذي رتب الإخلال به جزاء تعاقديا⁷.

2/ المذهب الإنجليزي (المدرسة الإنجليزية) :

الرأي السائد في هذه المدرسة أنه ليس لخطاب النوايا بحسب الأصل قيمة تعاقدية ، وبالتالي ليس له قوة ملزمة على أطرافه ، وبهذا يعتبر مجرد وعد وإتفاق شرف لا يصلح أن يرتب إلزاما تعاقديا على عاتق طرفيه في غير وجود إرادة صريحة لهما بذلك ، وبالتالي لا يكون ملزما ، ويتأكد عدم إلزام خطاب النوايا وتجرده من كل قيمة قانونية ، إذا إنطوى على عبارة أن إحترام ما ورد بالخطاب والإلتزام به معلق على توقيعه على شروط العقد النهائي ، حتى لو تضمن الخطاب في ذات الوقت النص على ضرورة تفاوض الأطراف بحسن نية .

من هذا المنطلق فإن القانون الإنجليزي لا يعرف فكرة عقد التفاوض الذي يلزم أطرافه بالتفاوض بحسن نية ، وفي حالة عدم الإستهداء إلى نية أطرافه في شأن مدى قوته الملزمة أو أثره من أسلوب صياغته فإن محاكم القانون العام في إنجلترا تميل إلى عدم إعتبره قابلا للتنفيذ⁸ .

ومن التطبيقات القضائية في هذا السياق القضية التي تتلخص وقائعها في أن إحدى الشركات الهندية أرسلت خطاب نوايا إلى شركة أخرى تخبرها فيها في رغبتها في التعاقد معها ، وأبلغتها ببدء الأعمال دون إنتظار ، وعلى إثر خلاف ثار بين الطرفين تم رفع الأمر إلى القضاء فقررت المحكمة المختصة أنه لم تنشئ خطاب النوايا الصادر من الطرف الأول، أي إلزام تعاقدية رغم بدء تنفيذ الأشغال من قبل الطرف الآخر⁹ .

3/ المذهب الأمريكي (المدرسة الأمريكية) :

المذهب الأمريكي قد يتفق مع المذهب الإنجليزي من ناحية عدم الإعتراف لخطاب النوايا بأية قيمة إلزامية ، إلا أنه لا مانع من الخروج عن هذا المبدأ والأخذ بنية أطراف التعاقد، وأن للقاضي حرية تقدير قوة إلزام خطاب النوايا إعمالا للواجب العام بمراعاة حسن النية والتعامل بإنصاف بين طرفي التفاوض ، وهو مبدأ تفرضه المادة (1/203) من القانون التجاري الأمريكي الموحد ، والمادة (205) من تقنين العقود الأمريكي ، أما القانون الألماني فالأصل فيه أن خطاب النوايا غير ملزم، إلا أنه يرتب المسؤولية القانونية

والتعويض أيضا إستنادا إلى نظرية الخطأ في تكوين العقد التي أساسها حسن النية، ويقترب القانون النمساوي من القانون الألماني¹⁰، كما أن ما ذهب إليه المذهب الأمريكي هو الأقرب إلى ما ذهب إليه الفقه الإسلامي بشأن التكيف الشرعي لخطاب النوايا¹¹.

ومن **التطبيقات القضائية** في هذا السياق ما طبقه القضاء الأمريكي في قضية تتلخص وقائعها في أن شركة (V.Pennzoil) قد إتفقت مع المساهمين الرئيسيين في شركة (Getty) ، بموجب مذكرة إتفاق (رسالة نية) ، بحيث تشتري شركة بنزويل أسهم شركة جيتي بسعر 100 دولار أمريكي للسهم الواحد .

وافقت شركة جيتي على الصفقة ، وجرت مفاوضات بين الطرفين في هذا الشأن ، توصل من خلالها الطرفين إلى رفع سعر السهم إلى 110 دولار، وحررا بذلك خطاب نوايا (مذكرة إتفاق) ، وتم التوقيع عليها من الطرفين ، وقد تضمن هذا الإتفاق شرط يتطلب إعتاد الإتفاق من مجلس إدارة شركة جيتي ، ومن ثم قام الطرفان بنشر إعلان عن إبرام إتفاق مبدئي (خطاب نوايا) ، متضمنا الإشارة إلى أن نفاذه يتوقف على توقيع العقد النهائي .

بينما كان محامي الطرفين عاكفين على صياغة العقد النهائي ، تدخلت شركة تكساسو (Texaco) في الصفقة ، وأجرت مفاوضات سرية وسريعة مع شركة جيتي ، من أجل شراء أسهمها ، بدلا من شركة بنزويل ، وعرضت مبلغ 128 دولار للسهم الواحد .

أسفرت هذه المفاوضات السرية بين شركة تكساسو وشركة جيتي ، عن توقيع مذكرة تفاهم بين الطرفين ، تضمنت الإتفاق على شراء شركة تكساسو لشركة جيتي بقيمة إجمالية للصفقة قدرها (10) مليارات دولار ، على أن تكون شركة تكساسو هي المسؤولة الوحيدة عن هذه الصفقة في مواجهة الغير .

قامت شركة بنزاويل برفع دعوى قضائية أمام محاكم تكساس لمطالبة شركة تكساسو، بتعويض قدره (10) مليار دولار ، إضافة إلى مليار دولار كجزاء لها على تحريضها شركة جيتي ، على الإخلال بالتزاماتها التعاقدية ، وكان الفصل في هذه القضية

يتوقف على تحديد القيمة القانونية لخطاب النوايا الموقعة بين شركة جيتي وشركة بنزاويل ، وقد إعتبرت المحكمة بصحة هذه الرسالة وفاعليتها ، وإعتبرت أن خطاب النوايا في هذه القضية يعد عقدا ملزما للجانبين ، وصدر حكم يلزم شركة تكساسو ، بتعويض شركة بنزاويل بمبلغ إجمالي قدره 11 مليار دولار عن إخلال شركة جيتي بالإتفاق التمهيدي (خطاب النوايا) ، التي تم إبرامها بينها وبين شركة بنزاويل¹².

ما أخذت به المذاهب سالفه الذكر يؤكد أنها تأخذ بفكرة الصياغة لتحديد القيمة القانونية لهذا الأخير ، لذلك فإن الصياغة الجيدة للخطاب التي تعكس إرادة الطرفين أو إرادة محررها وتراعي القانون الواجب التطبيق عليها لن تؤدي إلى حدوث نزاع حول تكييفها ، كما أنها ستسفر عن علاقة جيدة خالية من المنازعات مستقبلا ، وتركيز المذاهب الثلاث على صياغة خطاب النوايا يؤكد أثرها في تحديد طبيعته وقيمته وتكييفه القانوني

13

الهوامش :

1 علي أحمد صالح ، المفاوضات في العقود التجارية الدولية ، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الدولي العام ، جامعة يوسف بن خدة ، كلية الحقوق بن عكنون ، الجزائر ن د.ت.م ، ص 153

2 يسري عوض عبد الله ، العقود التجارية الدولية ، مفاوضاتها - إبرامها - تنفيذها ، دراسة تحليلية على ضوء نظرية العقد في التشريع الإسلامي ، إصدارات مكتب اليسري للمحاماة والإستشارات ، الخرطوم - شارع الزبير باشا تقاطع شارع عطيرة ، د.س.ن ، ص 151 .

3 خالد ممدوح إبراهيم ، إبرام العقد الإلكتروني - دراسة مقارنة - ، ط 2 ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، 2011 ، ص 281 إلى 282 .

4 أحمد علي صالح ، المرجع السابق ، ص 153 إلى 155 .

5 خالد ممدوح إبراهيم ، المرجع السابق ، ص 283 .

6 أحمد علي صالح ، المرجع السابق ، ص 156 إلى 157 .

7 نفس المرجع ، ص 157 .

- 8 يسري عوض عبد الله ، المرجع السابق ، ص 153 .
- 9 علي أحمد صالح ، المرجع السابق ، ص 159 .
- 10 خالد ممدوح إبراهيم ، المرجع السابق ، ص 283 .
- 11 في سياق التكييف الشرعي لخطابات النوايا راجع يسري عوض عبد الله ، المرجع السابق ، ص 154 إلى 156 .
- 12 علي أحمد صالح ، المرجع السابق ، ص 157 إلى 158 .
- 13 يسري عوض عبد الله ، المرجع السابق ، ص 154 .

المحاضرة رقم 04 : تنظيم المفاوضات في العقد
الدولي : مفهوم المفاوضات + خصائصها +
إستراتيجياتها :

تمهيد :

يلعب التفاوض دورا هاما في إبرام العقود بصفة عامة والعقود الدولية بصفة خاصة ، وذلك نظرا لما تتسم به هذه الأخيرة من تعقيدات فنية وقانونية .

مرحلة التفاوض أهم وأخطر مراحل العقد نظرا لكونها مرحلة تحضيرية تستعرض فيها أهم الإلتزامات وحقوق أطراف العقد .

بالتالي التفاوض بمثابة درع أمان أمام كافة المشاكل القانونية المحتمل قيامها من مخالفات لاحقة للإلتزامات ، صوره المسؤولية القائمة بحق الطرف الذي تسبب في عدم قيام العقد ... إلخ .

من هذا المنطلق ونظرا لأهمية المفاوضات في العقود الدولية سنحاول توضيح ماهية هذه الأخيرة (أي المفاوضات) وذلك بدراسة مفهومها ، خصائصها ، إستراتيجياتها ، أهميتها ، عوامل نجاحها وتنظيمها .

نظرا لتعدد محاور هذا الموضوع فإن هذه المحاضرة سيقصر فيها الحديث عن مفهوم المفاوضات من الناحيتين اللغوية والإصطلاحية ، توضيح خصائصها و إستراتيجياتها ، لتكون أهميتها وعوامل نجاحها وتنظيمها موضوع المحاضرة القادمة بحول الله تعالى .

1/ مفهوم المفاوضات :

نتطرق فيه إلى التعريف اللغوي والإصطلاحي :

أ/ التعريف اللغوي :

المفاوضات في اللغة جمع " مفاوضة " وهي مفاعلة من " التفاوض " .

وهو يطلق على المجارة والإختلاط والإشتراك والإتفاق . يقال " فاضه في أمره " أي جراه ، " وقوم فوضى " أي مختلط بعضهم ببعض ، و " تفاوض الشريكان في المال " أي إشتراكا فيه أجمع ، و " مالهم فوضى بينهم " : إذا لم يخالف أحدهم الآخر¹.

والمفاوضة : تبادل الرأي مع ذوي الشأن فيه ، بغية الوصول إلى تسوية وإتفاق² .

ب/ التعريف الإصطلاحي :

أما المعنى الإصطلاحي للمفاوضة فقد تعدد ، لكن هذه التعريفات تقاربت في المعنى ، إذ هناك من يعرفها على أنها " الصور المعبرة عن مسار الأمور ما بين طرفين على الأقل ، لهم قيم ومعتقدات وحاجات ووجهات نظر مختلفة ، إلا أنهم يسعون جاهدين لإتفاق حول مواضيع وأمور ذات مصالح وإهتمامات مشتركة " أو هي عبارة عن " حوار ملتزم بين الأطراف المعنية ، تحاول عن طريقها الوصول إلى إتفاق يبني على مجموعة من القواعد والإلتزامات والحقوق ، ومن الضروري أن تتوفر الرغبة في الوصول إلى هذا الإتفاق " .

وبالتالي يمكن القول أن المفاوضات في العقد الدولي هي " مشاورات بين طرفين دوليين حول عقد من العقود الدولية تنتهي بإبرام العقد أو العدول عنه "³.

2/ خصائص المفاوضات :

طبيعة المفاوضات تميزها بجملة من الخصائص ، نذكر من ذلك⁴ :

أ/ المفاوضات تصرف إرادي : وذلك لأن كل طرف من أطراف التفاوض لا يدخل

العلاقة التفاوضية إلا بمحض إرادته دون إكراه أو ضغط ، ويظل حرا طيلة هذه العلاقة ، بحيث

يمكنه مواصلة التفاوض أو العدول عنه متى شاء ودون قيام أي مسؤولية ، إلا متى إقترن الإنسحاب من المفاوضات بخطأ أحد الطرفين . فالهدف من المفاوضات هو البحث عن فرصة أفضل للتعاقد ، وذلك عن طريق مناقشة شروط العقد بكل حرية ، حتى يتوصل الطرفان إلى إتفاق مشترك يكون كل طرف فيه قد ساهم في بلورته .

ب/ المفاوضات تقوم على الأخذ والعطاء : وذلك لأنها عملية تبادلية لا تقوم على

تحقيق أحد أطرافها لمكاسب على حساب الطرف الآخر ، حيث يقتضي مبدأ حسن النية وشرف التعامل أن يحرص كل طرف على إدراك إهتمامات وأهداف الطرف الآخر ، وهذا بالتوصل إلى نتيجة نهائية ترضي جميع الأطراف .

ج/ المفاوضات نتائجها احتمالية : التفاوض بشكل عام يقوم على وجود حاجة أو

قضية أو مصلحة... إلخ بين طرفين أو أكثر، وقد تصل المفاوضات إلى نتيجة مرضية للأطراف أو تبوء بالفشل وتصل لطريق مسدود ، لأن الدخول في المفاوضات لا يلزم الأطراف بإبرام العقد النهائي، بل يلزمهم فقط بالتفاوض وفق ما يقتضيه مبدأ حسن النية وشرف التعامل ، لكون الإلتزام بالتفاوض هو الإلتزام ببذل عناية ، وليس إلتزام بتحقيق نتيجة .

د/ المفاوضات على العقود تتم بين طرفين أو أكثر وإتفاق بينهم : لأنه لا

يتصور حدوث تفاوض من جانب واحد ، فالتفاوض على العقد لا يتحقق إلا بحدوث إتصال بين شخصين أو أكثر ، وذلك إما بالنقاش والحوار المباشر ، أو عن طريق المراسلة ، لأنه في الأصل أي التفاوض يقوم على التفاعل والتعاون والمشاركة للوصول إلى إتفاق ، لأنه يحمل في طياته تعدد وجهات النظر والرأي .

من أهم مميزات التفاوض أيضا أنه يتم بإتفاق الأطراف سواء كان ذلك الإتفاق كتابيا أو شفاهيا

، ولا يتصور حدوث تفاوض دون إتفاق مسبق ، والواقع أن التفاوض يتم بمقتضى إتفاق سابق بين أطرافه بغرض إبرام عقد يوافقان عليه من حيث المبدأ .

ويشير الواقع العملي إلى أن التفاوض يتم عادة بقيام أحد الأشخاص بعرض فكرة التعاقد على أشخاص آخرين فإذا تمت الموافقة على إبرام هذا العقد من حيث المبدأ وكان هذا العقد بحاجة إلى إعداد وتحضير ، فإنهم يتفقون على الدخول بشأنه في تفاوض لمناقشة شروطه وتحديد تفاصيله ، وهذا ما يميز التفاوض عن غيره من الأعمال التي تتم بالمصادفة دون إتفاق سابق بين أطرافه .

هـ/ المفاوضات مؤسسة على الحرية والمساواة في المراكز القانونية بين

الأطراف المتفاوضة : تتسم المفاوضات بالحرية المطلقة للأطراف المتفاوضة ، ولهم كامل الحرية في مناقشة موضوع التفاوض دون تدخل أو تقييد لهذه الحرية من أي جهة كانت ، ويجب أن تكون هذه الحرية متوفرة طيلة فترة التفاوض . وكما للأطراف حرية الدخول في التفاوض لهم أيضا حرية الإستمرار فيها أو الإنسحاب منها ، ويجب أن تكون المفاوضات بين أفراد لهم حرية الإرادة على قدم المساواة . وتعتبر حرية المناقشة والحوار في المفاوضات من الأمور الجوهرية إذا ما أريد لإتجاهات الأطراف المتفاوضة أن تتغير ذلك التغير الذي يؤدي إلى إتفاق يتم التوصل إليه بروح تعاونية ، ويترتب عليه الإلتزام بتنفيذ كل بنود الإتفاقية التفاوضية .

من جهة أخرى ومن ناحية المساواة فالإعتراف بتساوي الطرفين في مراكزهم القانونية عند التفاوض يعطي مجالاً للحوار والنقاش الهادف الذي يؤدي إلى تحقيق النتائج المرجوة من التفاوض .

للإشارة فإنه يجب عدم الخلط بين المساواة القانونية والمساواة الفعلية أو المادية ، لأن المساواة الفعلية مناقضة لمنطق الوجود ، أما المساواة القانونية لجميع الأطراف المتفاوضة أمام القانون وإعطائهم جميعاً مركزاً قانونياً واحداً في القانون الدولي فقد أقرها نظام منظمة التجارة العالمية ، وهو مبدأ معترف به في أوساط العاملين في مجال التجارة الدولية⁵ .

3/ إستراتيجية المفاوضات :

تتوقف فعالية المفاوضات بشكل أكبر على تحديد الإستراتيجيات لعملية التفاوض ، ومن الصعب أن تبدأ هذه الأخيرة دون تجديد إستراتيجية تفاوض فعالة .

للإشارة فإن هناك العديد من الإستراتيجيات التي يوصى بها فقهاء وممارسوا المفاوضات الدولية بمراعاتها أثناء عملية التفاوض ، إلا أنه لكل عملية تفاوض إستراتيجية خاصة بها ثلاثها حسب الظروف المحيطة بكل حالة وملابساتها ، كما أن هناك عوامل كثيرة تؤثر على إختيار الإستراتيجيات أهمها : مراكز القوة (أي قوة الأطراف المتفاوضة إقتصاديا) ، مهارات المتفاوضين ، شخصياتهم ، خبراتهم ، أهدافهم ، نوعية المصالح المرغوب تحقيقها .

فماذا نقصد بإستراتيجية المفاوضات في العقود الدولية⁶ ؟

الإستراتيجية لفظ يوناني تعددت تعريفاته ومفاهيمه ، ويمكن القول أن الإستراتيجية هي سبيل يحدد خط السير أو الإطار العام الذي يتحرك من خلاله المفاوض ، أو هي خطة العمل الأساسية المعتمدة لإنجاز هدف معين " أو هي " عملية التخطيط للمفاوضات وتوجيهها نحو إنجاز الهدف " .

هناك أنواع كثيرة من الإستراتيجيات والتي يعتمد إختيارها على عدد من العوامل ، أهمها ميزان القوى ، والمصالح التي يهدف الأطراف إلى تحقيقها ، ومن أهم هذه الإستراتيجيات : إستراتيجية التشدد ، إستراتيجية التعاون ، إستراتيجية تفادي النزاع والتسوية .

1/ إستراتيجية التشدد :

يستخدم هذا النوع من الإستراتيجيات حين يكون أحد الأطراف يعمل لمصلحته فقط ، ويريد تحقيق أهدافه على حساب الطرف الآخر . ويلجأ المفاوض إلى إستخدام هذه الإستراتيجية إذا كان تقويمه التفاوضي يشعره بالتفوق الكبير على الطرف الآخر ، وإذا رأى أن البدء بالهجوم والتشدد في المواقف يتيح له فرص أفضل في المفاوضات ، أو إذا إتضح له بأن إظهار مطالب متطرفة في البداية مع تقديم تنازلات بسيطة عن بعضها أثناء المفاوضات ، يتيح له تحقيق أكبر قدر ممكن من المكاسب والمنافع .

يستخدم المفاوض في هذه الإستراتيجية عدم إعطاء المعلومات والسيطرة على جدول الأعمال، والتهديد بالإنسحاب من المفاوضات كلما وصلت هذه الأخيرة إلى نقطة خلاف في الرأي ، وغالبا ما

يضعف الطرف الآخر أمام هذه الإستراتيجية ، فيسارع إلى تقديم تنازلات من جانبه لإرضاء المفاوض الغاضب ومنعه من الإنسحاب .

تقوم هذه الإستراتيجية على أساس تحقيق كل طرف لأقصى قدر ممكن من الربح والمنافع ، فكل طرف يدرك حاجاته بدقة ، ولكنه لا يعبر عنها للطرف الآخر ، كما تقوم على السرية وعدم الإنفتاح والسلوك العدواني وعدم الثقة بالطرف الآخر ، ويستخدم فيها أسلوب المفاجأة والمباغطة والتهديد والوعيد والهجوم .

في إستراتيجية التشدد يتم وضع مطالب ومقترحات عالية ومتشددة وغير قابلة للنقاش، وإظهار التصلب والتشدد في المواقف أثناء المفاوضات ، والهدف الأساسي للإستراتيجية هو تحقيق أكبر خسارة ممكنة للطرف الآخر .

هذا النوع من الإستراتيجيات يصلح في المفاوضات السياسية ، ولا يليق إستخدامه في مفاوضات العقود الدولية ، فهذه الأخيرة لا يصلح فيها الضغط والإكراه من أجل الحصول على عقد جيد .

2/ إستراتيجية التعاون :

تتطلب هذه الإستراتيجية مناخا إيجابيا يساعد الأطراف المتفاوضة على العمل معا ، وتستخدم هذه الإستراتيجية ، حيث يكون المتفاوضون مهتمون بالعمل معا ، من أجل التوصل إلى إتفاق يحقق مصالح الأطراف المتفاوضة .

تهدف هذه الإستراتيجية إلى توسيع قاعدة المنافع المشتركة لجميع الأطراف المتفاوضة ، وتتطلب موقف تعاوني مع الطرف الآخر ، يتيح فرص أفضل لإنجاح المفاوضات .

إن المفاوضات الناجحة هي تلك التي لا تثير شهوة الأفراد نحو المزيد فلا تؤدي إلى إضطرابات أو دعاوى قانونية أو حروب ، بل هي تلك التي يشعر فيها الطرفان أن كلا منهما قد كسب شيء ما .

تسمى هذه الإستراتيجية إستراتيجية (فوز ، فوز) ويعتبر صنع الصفقة فيها ، عملية تعاونية وحلا للمشكلات .

تتميز إستراتيجية التعاون بعدة مميزات أهمها بناء الثقة بين المتعاقدين وتحقيق المنفعة المشتركة للطرفين ، وتقوم إستراتيجية التعاون على إحتياجات الطرفين .

3/ إستراتيجية تفادي النزاع :

تستعمل هذه الإستراتيجية من أجل تفادي أسباب النزاع في المفاوضات ، فقد يقدر المفاوض بأن النزاع يضر بمصالحه الحيوية بدرجة كبيرة ، أو أن موقفه ضعيف بالنسبة لموقف الطرف الآخر، أو أن الطرف الآخر يرغب في إفشال المفاوضات ، لذلك يستخدم هذه الإستراتيجية للوصول بالمفاوضات إلى بر الأمان .

في هذه الإستراتيجية يسعى المفاوض لإكتساب فسحة من الوقت لتقييم موقفه وإعادة ترتيب أوراقه ، والبحث عن خيارات جديدة تتفق مع موقفه التفاوضي وتتلاءم مع النتائج المرتقبة من المفاوضات .

يتطلب إستخدام إستراتيجية التسوية التركيز في جولات التفاوض على الجوانب الإجرائية والشكلية التي ليست لها قيمة حقيقية في المفاوضات ، بدلا من التركيز على حل المشكلات أو حسم الأمور ، ويعمل المفاوض على الدخول في القضايا الثانوية التي ليست لها أهمية كبرى في المفاوضات، ويسعى جاهدا على إثارة بعض التساؤلات أو الإستفسارات أو التحفظات التي تتطلب إضمار العديد من الوثائق الإضافية .

يركز المفاوض في هذه الإستراتيجية على الجوانب الفنية والقانونية التي تحتاج إلى مزيد من الوقت والنقاش والتوضيح. ويعمل المفاوض على المبالغة في مناقشة الجوانب التفصيلية المرتبطة بالمفاوضات ، مما يتطلب الحاجة إلى الإستعانة بآراء الإستشاريين المتخصصين في تلك المجالات الفنية والقانونية .

يعمل المفاوض في هذه الإستراتيجية على التظاهر بعدم فهم ما يقدمه الطرف الآخر من عروض، لإجباره على إعادة شرح موقفه مرة ثانية ، وهذا الأسلوب يمنح للمفاوض وقتا أطول لدراسة عرض الطرف الآخر بكل هدوء وترو ورزانة .

قد تكون هذه الإستراتيجية مزعجة ، وغير مرغوب فيها بالنسبة للطرف الآخر لكونه قام بتقديم عرض مفصل ومدرّس بعناية فائقة وكان يتوقع ردا إيجابيا على عرضه ، فإذا به يقابل بإبتسامة لطيفة وبطلب مهذب يدعوه إلى إعادة شرح عرضه من جديد .

تعتبر هذه الإستراتيجية جد فعالة ، عند التعامل مع الخبراء والفنيين الذين عادة ما يزعجون بسرعة ، ويكونون غير قادرين على كبح نزعاتهم في إظهار براعتهم الفنية .

ولاشك أن هذه الإستراتيجية تعتبر جد مفيدة للمفاوض ، من أجل القيام بمراجعة موقفه ، وإعادة الحسابات الخاصة بجوانب الموضوع المتفاوض بشأنه .

الهوامش:

¹ أحمد بن فهد بن حمين الفهد ، مفاوضات عقود التجارة الدولية _ دراسة فقهية - ، دار المنظومة ، 2016 ، ص 345 ، نقلا عن الزاهر في غريب ألفاظ الإمام الشافعي ، ص 404 ، مقييس اللغة (460/4) مختار الصحاح ص239، القاموس المحيط ص 599 / 600 .

² نفس المرجع ، ص 346 .

³ نفس المرجع السابق ، ص 346 وما يليها .

⁴ معمر بوطبالة ، الإطار القانوني لعقد التفاوض ، في مفاوضات عقود التجارة الدولية ، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم ، تخصص قانون عام ، كلية الحقوق ، جامعة الإخوة منتوري ، قسنطينة ، 2016 / 2017 ، ص 13/12 .

⁵ يسري عوض عبد الله ، العقود التجارية الدولية ، مفاوضاتها - إبرامها - تنفيذها ، دراسة تحليلية على ضوء نظرية العقد في التشريع الإسلامي ، إصدارات مكتب اليسري للمحاماة والإستشارات ، الخرطوم - شارع الزبير باشا تقاطع شارع عطيرة ، د.س.ن. ، ص 118 إلى 122 .

⁶ علي أحمد صالح ، المفاوضات في العقود التجارية الدولية ، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الدولي العام ، جامعة يوسف بن خدة ، كلية الحقوق بن عكنون ، الجزائر ن.د.ت.م. ، ص 93 وما يليها .

المحاضرة رقم 05 : تنظيم المفاوضات
في العقد الدولي : أهمية المفاوضات +
تنظيمها + عوامل نجاحها:

تمهيد :

سننظر من خلال هذه المحاضرة وكتكملة للمحاضرة السابقة إلى أهمية المفاوضات وتنظيمها وعوامل نجاحها ، وذلك كما يلي :

1/ أهمية المفاوضات (ضرورتها) :

تجدر الإشارة إلى أن المفاوضات أصبحت تشكل في مجال إبرام عقود الدولة و خاصة العقود التجارية الدولية إحدى أدق و أخطر مراحل العقد على الإطلاق ، وذلك بالنظر إلى ضرورة المفاوضات من الناحية المنطقية والعملية والقانونية .

أ/ الضرورة المنطقية :

إن تطور عملية الإنتاج وما يصاحبها من زيادة في الحاجات وتعددتها وتنوعها بالنسبة للإنسان ترتب عنه تحقيق فائض اقتصادي والذي استلزم الدخول في عملية تبادلية مع الغير، وخلال عملية التبادل هذه يحدث التفاوض عن طريق تبادل الآراء والمناقشة والمساومة، وهذه هي المفاوضات في صورتها البدائية، وتزداد أهمية المفاوضات بالنسبة لإبرام العقود التجارية الدولية ، والتي تشهد رواجاً كبيراً في ظل نظام اقتصادي عالمي مفتوح يقوم على مفاهيم اقتصاد السوق.

وتبرز الأهمية المنطقية أيضاً في كون المفاوضات تعد وسيلة ضرورية بالنسبة للوقاية من أسباب النزاع، فعن طريق إجراء المفاوضات تكون الأطراف المتفاوضة قد تحصنت بالتدابير والاحتياطات، التي تمنع قيام أسباب النزاع مستقبلاً، حيث يبحثون عن المسائل التي قد تكون مثار خلاف بينهم فيقومون بطرحها ومناقشتها قبل أن تولد، فهم في الواقع يقتلون في المهد أسباب النزاع، أو على الأقل يعدون الدواء لما قد يطرأ من داء .

ويذهب جانب من الفقه في هذا الصدد إلى القول بأن المفاوضات ما قبل التعاقدية تلعب دورا وقائيا، سواء أسفرت عن إبرام العقد أم لم تسفر، فالمفاوضات الجيدة تكون خير ضمان لقيام عقد جيد ، لا تثور منازعات بصدد تنفيذه، وفشل المفاوضات بعد إدراك كل طرف لحقيقة الوضع، يقي من إبرام عقد يفتح باب النزاع .

ب/ الضرورة العملية :

بالنسبة للضرورات العملية فإن المفاوضات هي أداة أساسية في التقريب بين وجهات النظر المتباينة بين أطراف العلاقة التعاقدية، لاسيما في مجال عقود التجارة الدولية التي يزيد فيها هذا التباين، وذلك بالنظر لشدة المنافسة التي تفرضها أطراف من جهة، وبالنظر أيضا إلى الاختلاف بين أطراف العلاقة، من جانب الانتماء الثقافي والاجتماعي، الاقتصادي، الفكري والسياسي .

كما تحقق المفاوضات غاية أساسية، بحيث تمكن كل طرف من التعرف على ظروف وشروط العملية التعاقدية، ونطاق حقوقه والتزاماته، قبل الارتباط الفعلي بتصرف قانوني ملزم .

ج/ الضرورة الاقتصادية :

تعد المفاوضات أداة أساسية وفعالة لإعادة التوازن العقدي، عندما تستجد ظروف غير متوقعة تؤدي إلى اختلال الأداءات الاقتصادية، ذلك أن الواقع العملي في مجال عقود التجارة الدولية يظهر بأن تنفيذ مثل هذه العقود ووفاء كل طرف بالتزاماته يستغرق وقتا طويلا كعقود نقل التكنولوجيا، وعقود الإنشاءات كإقامة الجسور، والمطارات وغيرها، وخلال تلك الفترة قد تظهر ظروف سياسية واقتصادية كانهخفاض العملة أو ارتفاع فاحش لأسعار المواد الأولية، أو صدور تعديلات تشريعات، كصدور قانون يمنع الاستيراد أو التصدير أو خروج العملة الصعبة، ففي مثل هذه الحالات يصبح تنفيذ الالتزامات التعاقدية أمرا باهضا ومرهقا، وقد يكون مستحيلا، الأمر الذي يجعل المدين في موقف صعب ويلحق به أضرار فادحة لا يستطيع احتمالها، ومن أجل معالجة هذه المشكلة فقد استقر التعامل التجاري الدولي على إدراج شرط في العقود التجارية الدولية ممتدة الآثار يقضي بشرط المراجعة أو الصعوبة، أو المشقة، وهذا الشرط يعد وسيلة لإنقاذ العقد، وضمان استمرار التعاون بين الأطراف المتعاقدة .

وبالتالي فالمفاوضات تلعب دورا هاما في حياة العقود الدولية وهي ضرورة فرضتها التطورات الحاصلة في مجال المعاملات الدولية .

2/ تنظيم المفاوضات :

تعد المفاوضات عملية ليست بالسهلة فهي مرهقة ومكلفة ويعتمد نجاحها على التحضير والتخطيط الجيد لها، لذا هي تمر بمرحلة حتى تسفر عن نتائج قيمة تعكس قيمتها ، وهو ما سنشير إليه باختصار من خلال ما يلي :

أ/ الدعوة إلى التفاوض :

تعتبر الدعوة إلى التفاوض بمثابة المبادرة الأولى في السعي إلى تحضير المفاوضات من أجل إبرام العقد، وتصدر الدعوة إلى التفاوض من أحد الطرفين يعلن فيها عن رغبته في التفاوض دون أن يحدد الشروط الجوهرية للعقد المراد إبرامه، ودون أن يعلن فيها عن إرادته الباتة والنهائية في إبرام العقد، وتهدف الدعوة إلى التفاوض إلى استطلاع الرأي الآخر، وجس نبض من يستجيب للدعوة للوقوف على مدى استعداده للتعاقد، ولا تتضمن الدعوة إلى التفاوض إرادة نهائية عازمة على التعاقد، ويكون الهدف من الدعوة إلى التفاوض، هو حدوث اتصال بين الطرفين، لمناقشة وتحديد شروط العقد المراد إبرامه في المستقبل، فإذا ما استجاب الطرف الآخر إلى هذه الدعوة فإن مرحلة المفاوضات التمهيديّة تبدأ بين الطرفين .

ب/ تحديد الأهداف وضبط جدول الأعمال وإجراء الدراسات التمهيديّة :

يعتبر تحديد الأهداف والبدائل الخطوة الأساسية الأولى في الإعداد والتحضير للمفاوضات على اختلاف أنواعها، ولا تتم أي عملية تفاوضية دون تحديد هدف أساسي يسعى إلى تحقيقه أو الوصول إليه الأطراف المتفاوضة ، وتحديد الأهداف يقتضي بالضرورة أن يبدأ المفاوض بتحديد الحد الأعلى للهدف، وهو ما يمكن الوصول إليه، والحد الأدنى للهدف، وهو أقل ما يمكن قبوله، والحد العملي للهدف، وهو المستوى الأكثر احتمالا وواقعية .

لأنه إذا لم يعرف المفاوض إلى أن سيتجه فلن يستطيع تحقيق أي شيء، وإن لم يكن يعرف بالضبط غايته فإنه بالطبع لن يصل إليها أبدا، إنها حقيقة بديهية في المفاوضات الدولية، لذا يجب على المفاوض أن يدرك ما الذي يريده قبل الذهاب إلى مائدة المفاوضات . وعملية تحديد الأهداف لا تكتمل حتى يكون هناك هدف محدد لكل جزء من أجزاء

القضية المتفاوض عليها، مع بيان أهمية هذا الهدف ، لأن الإخفاق في تحديد أهداف كل جزء من أجزاء القضية يجعل الطرف المتفاوض عرضة للهجوم والمناورة من طرف الخصم، في أثناء المفاوضات .

ولكي يستطيع المتفاوض تحديد الأهداف والبدائل بدقة عليه أن يقوم بتحديد جدول الأعمال والوثائق والمستندات اللازمة لعملية التفاوض، وعليه يقوم أيضا بإجراء دراسة أولية تمهيدية عن الصفقة التي سيتم التفاوض بشأنها، وذلك بهدف الحصول على المعلومات الضرورية والمشاورة الفنية اللازمة لتتويج إرادته، ذلك أن الدراسات التمهيدية تقدم للمفاوض الأسس العلمية والفنية التي تمكنه من التقدير السليم لنجاح المفاوضات أو فشلها.

وبالإضافة إلى الدراسات التمهيدية على المفاوضات معرفة المتعاقد الآخر، فالمتعاقد الآخر يشكل حجر الزاوية في العملية التعاقدية .

بعد مرحلة الدعوة إلى التفاوض ومرحلة تحديد الأهداف وضبط جدول الأعمال وإجراء الدراسات التمهيدية تأتي إستراتيجية التفاوض كأحدى النقاط المنظمة لعملية التفاوض والتي تم تناولها بشيء من التفصيل في المحاضرة السابقة .

3/ عوامل نجاح المفاوضات :

هناك العديد من العوامل التي تساعد وتساهم بشكل كبير في إنجاح عملية المفاوضات في العقود الدولية ، ولعل أهمها : العامل المادي الموضوعي والعامل الشخصي .

أ/ العامل المادي الموضوعي :

ويتمثل في توفير المناخ المناسب من الناحية المادية والنفسية، وذلك باختيار المكان الملائم والوقت المناسب لإجراء عملية المفاوضات، وفي اختيار لغة الاتصال التي يجب أن تكون سهلة ومفهومة من الطرفين .

ب/ العامل الشخصي :

ويتمثل في صفات الشخص أو الفريق التفاوضي الذي سيخوض غمار عملية التفاوض، والناس تتفاوت قدراتهم العقلية، وتختلف باختلاف العوامل النفسية والاجتماعية

والثقافية والحضارية، مما يؤثر على نمط شخصية المفاوض وعلى السلوك والأسلوب الذي ينتهجه كل مفاوض خلال جلسات المفاوضات .

ومن هذا المنطلق فإن الأسلوب الذي يصلح للمفاوضة مع شخص لا يصلح مع آخر، و ما يمكن أن يقبله هذا الشخص ليس بالضرورة أن يقبله شخص آخر، لذلك الشخص الذي سيقوم بعملية التفاوض يعتبر عنصرا جوهريا وفعالا في عملية التفاوض والذي يمكن القول بإجماع كافة الآراء أنه إنسان لا يصنع بالوراثة، أو بالمنصب الإداري، أو السياسي أو المهني الذي وصل إليه، بل إنه يخلق بصفات ربانية ، ناهيك عما يضيفه التعليم والتدريب والخبرة التفاوضية التي يكتسبها .

يتعين على المفاوض في مجال العقود الدولية أن يكون ملما إماما شاملا بما يخص هذا السياق وقادرا على مواجهة المشاكل والمصاعب بتفكير سليم وتصرف حكيم، وتحليل متزن بعيد عن التأثيرات أو الضغوط الخارجية ، كما يجب أن يكون مستوعبا للنصوص القانونية بصورة عامة وللقوانين المعمول بها في الدولة التي يتعامل معها بصورة خاصة .

قد يقوم بالمفاوضات في العقود الدولية مفاوض واحد وذلك في حالة العقود البسيطة، وقد يقوم بها فريق تفاوضي في حالة الصفقات الضخمة، حيث قد يضم الفريق التفاوضي عناصر متعددة هي الأخرى يفترض فيها التخصص ، ولعل أهم هذه العناصر هو الرئيس الذي يجب اختياره بعناية فائقة ، ويتطلب فضلا عن الشروط المستوجبة في شخص المتفاوض أن يتمتع بمنزلة ومكانة مساوية لمنزلة ومكانة رئيس الفريق الخصم، فالتباين في المكانة و في سلطة اتخاذ القرار قد يجعل أحد الفريقين خاضعا للآخر .

المحاضرة رقم 06 : ماهية عقد التفاوض :

تمهيد :

الأصل أن للأطراف مطلق الحرية في التفاوض ، وحتى لا تكون هذه الحرية سببا في ضياع الوقت والجهد والمال يقوم الأطراف بالتوقيع على بعض الإتفاقيات لتنظيم سير عملية المفاوضات ، ومن بين هذه الإتفاقيات ما يعرف بعقد التفاوض أو " الإتفاق المبدئي للتفاوض " ، فماذا نقصد بهذا الأخير ؟ و ماهي ضوابطه القانونية ؟

أولا : تعريف عقد التفاوض :

يعرفه جانب من الفقه على أنه " إتفاق يلتزم بمقتضاه شخص قبل الآخر بالبدء في التفاوض أو بمتابعته بشأن عقد معين بهدف إبرامه " .

أما بعض الفقه الآخر فيرى أن عقد التفاوض " عقد بمقتضاه يتعهد طرفاه ببدء التفاوض أو متابعته ، أو تنظيم سير المفاوضات بغرض التوصل إلى إبرام عقد في المستقبل " ¹ ، أو هو " عقد يلتزم بمقتضاه كل طرف في مواجهة الطرف الآخر ، بالدخول في المفاوضات لإبرام عقد لاحق لم تتحدد بعد شروطه وعناصره الأساسية والثانوية " .

بالنسبة لمحكمة التحكيم لغرفة التجارة الدولية فقد عرفت عقد التفاوض على أنه " عقد بمقتضاه يتعهد الطرفان بالتفاوض أو متابعة التفاوض ، من أجل التوصل إلى إبرام عقد معين ، لا يتحدد موضوعه إلا بشكل جزئي لا يكفي في جميع الأحوال لإنعقاده " ² .

ونظرا لتأثير الرقمنة والتكنولوجيا على العقود فقد ظهر نوع آخر من هذه العقود يعرف بعقد التفاوض الإلكتروني ³ .

ثانيا : الطبيعة القانونية لعقد التفاوض :

عقد التفاوض لا يتطلب لوجوده وصحته سوى توافر الشروط والأركان المقررة لإبرام العقد بوجه عام وهي : الرضا ، السبب ، المحل ⁴ ، لكن الإشكال يتعلق بتحديد

الطبيعة القانونية لعقد التفاوض ومدى ما يتمتع به من ذاتية وإستقلال في ظل إرتباطه بإنشاء عقد آخر ، ووقوعه في مرحلة التفاوض السابقة على مرحلة إبرام العقد ، وهنا ينبغي حصر النقاش في التفرقة بين ما إذا كان عقد التفاوض قد تم في إطار إتفاق مبدئي مستقل لا يحتوي على عقد آخر ، أم أنه ولد في صورة شرط أو تحفظ يتضمنه عقد آخر قائم .

تتجلى أهمية هذه التفرقة في مجال الإثبات ، إذ يسهل إثبات الإتفاق على التفاوض عندما يكون موضوعا لشرط يتضمنه عقد آخر ثابت بالكتابة ، وقد يتحقق الإثبات الكتابي للإلتزام بالتفاوض من الرسائل المتبادلة بين الأطراف خلال فترة المفاوضات . إذ في حالة وروده في صورة شرط يتضمنه عقد آخر قائم لا تثير المسألة صعوبة ، إذ يعتبر عقد التفاوض جزء لا ينفصل عن العقد الذي ورد به ، ولا يتمتع بأي وجود ذاتي مستقل عنه ، باعتباره شرطا فيه ، ولأنه يشكل في هذه الحالة إتفاقا على التفاوض بشأن تنفيذ هذا العقد وليس إبرامه ، وبالتالي يضاف الإلتزام بالتفاوض إلى سائر الإلتزامات المترتبة على العقد ، وينصب الحديث إذا حول القيمة القانونية لهذا الإلتزام .

في حين تنشأ الصعوبة إذا تم الإتفاق على التفاوض إستقلالا ، أي إبرام عقد مستقل ليس بتنفيذ عقد قائم ، وهو ما أشار إليه الفقه والقضاء الفرنسي بإستخدام مصطلح الإتفاق المبدئي ، حيث أن محكمة النقض الفرنسية وفقا لما جرى عليه قضاؤها منذ حكم 1958/03/24 ترى في هذا الإتفاق رابطة عقدية ، كما يتقيد به الأطراف حيث أنشأوا بمقتضاه وتمهيدا لإبرام العقد النهائي إلتزاما بالإستمرار في التفاوض⁵ .

ثالثا : خصائص عقد التفاوض :

من خلال التعريفات السابق لعقد التفاوض يتضح أن هذا الأخير يتميز بجملة من الخصائص نذكر منها⁶ :

1/ عقد التفاوض عقد تمهيدي :

يعد هذا الأخير إتفاقا تحضيريا الهدف منه تنظيم العلاقة بين الطرفين بغية الوصول إلى إبرام العقد المستقبلي المستهدف ، إذ يعد من قبيل الإتفاقيات التمهيدية السابقة والمؤدية في نهاية المطاف إلى العقد النهائي المراد إبرامه بعد مسيرة من المفاوضات التي لا يشتط أن تنتهي بعقد ، فقد تفشل وقد تنجح .

2/ عقد التفاوض عقد مؤقت :

فهو إتفاق يتم إبرامه لمدة غير محددة ، وهي المدة التي تستغرقها المفاوضات بين الطرفين ،تنتهي بإنهاء مرحلة المفاوضات سواء كانت النتيجة المتوصل إليها إبرام عقد أو لا ،ومرجع ذلك أن عقود المفاوضات لا تعدالغاية الأساسية للأطراف ، ويعد عقد التفاوض مجرد وسيلة للوصول إلى العقد الأصلي المراد إبرامه ، وإنهاء هذه المرحلة يزول كل أثر للإتفاق المبدئي على التفاوض " عقد المفاوضات " ، مع عدم الإضرار بحقوق الغير الذين إعتقدوا بحسن نية في تعلق الأمر بعقد نهائي .

3/ عقد التفاوض في العادة عقد غير محدد المدة :

أطراف التفاوض في العادة لا يقيدون أنفسهم بمدة محددة ، وبالتالي يجوز لكل متفاوض وفقا للقواعد العامة في العقود غير محددة المدة أن ينهي إتفاق التفاوض في الوقت الذي يريده ، بشرط أن يخبر المتفاوض الآخر بذلك في الوقت المناسب وإلا أعتبر مخلا بإلتزام التفاوض بحسن نية الذي سننطرق إليه في المحاضرات المقبلة بحول الله تعالى .

إلا أنه لا مانع من تحديد مدة محددة للمفاوضات خاصة في الصفقات التجارية التي لا تحتمل التأجيل بطبيعتها ، وإنهاء المدة المحددة للتفاوض يتحلل كل متفاوض من إلتزاماته ، ولا يكون أي الطرفين مسؤولا عما يترتب عن هذا التحلل ، ما لم يثبت أن أحدهما تسبب بسوء قصد في عدم الوصول إلى إتفاق في الزمن المحدد ، حينئذ يكون هذا المتفاوض مسؤولا عن تعويض المتفاوض الآخر .

4/ عقد التفاوض ينشئ إلتزام التفاوض بحسن نية :

وذلك على عاتق كلا الطرفين ، باعتبار أن العقد تصرف قانوني نتج عن تلاقي إرادتين ، وقد إستقر الفقه والقضاء الدولي على أن الإتفاق المبدئي ينشئ على عاتق الأطراف إلتزاما إتفاقيا بالإستمرار في المفاوضات وإدارتها بحسن نية للوصول إل إتفاق بشأن المسائل التي لم تتم مناقشتها ، ويترتب هذا الإلتزام بمقتضى هذا الإتفاق كأثر فوري ومباشر له .

وتجدر الإشارة إلى أن الإلتزام بالتفاوض ينطوي على إلتزام ذو شقين :

- الشق الأول : إلتزام غايته الدخول في المفاوضات : بحيث يسأل المتعاقد إذا هو إمتنع عن الدخول في المفاوضات دون حاجة إلى إثبات إهماله أو سوء نيته .

- الشق الثاني : الإلتزام بالإستمرار في المفاوضات : و هذا الإلتزام ببذل عناية بمعنى أن يسلك المفاوض أثناء المفاوضات مسلك الرجل العادي ، فلا يعرقل سير المفاوضات أو ينسحب منها تعسفيا أو لسبب غير مألوف .

5/ عقد التفاوض إتفاق رضائي يخضع للأحكام العامة للعقود

يتم الإتفاق المبدئي بالتفاوض كما هو الحال في العقود عامة بتوافق إرادتين أو أكثر على إحداث الأثر القانوني منه ، ويتضمن الأركان اللازمة لكل عقد بوجه عام وهي التراضي ، المحل والسبب ، ويكفي لإنعقاده توجيه إيجاب ممن هو أهل بالتعاقد وقبول لك الإيجاب ممن هو أهل بذلك ، وأن تكون إرادتهما خالية من العيوب ، ومحل العقد هو التوصل إلى إبرام عقد مستقبلي ، ولا يشترط في التعبير عن الرضا شكل معين إذ يمكن التعبير عنه باللفظ والكتابة أو بالإشارة المتداولة عرفا أو بطريقة ضمنية أو بالوسائل الإلكترونية الحديثة .

رابعا : صور عقد التفاوض :

في مجال المعاملات الدولية تتعدد صور وتطبيقات عقد التفاوض ، بإعتباره أحد الأدوات الإتفاقية التي تلجأ إليها الأطراف من أجل تنظيم وتحضير إبرام العقد النهائي ، ومن أهم صور وتطبيقات عقد التفاوض في العقود الدولية :

1/ شرط التفاوض من أجل تجديد العقد :

إذا حقق العقد الغاية المرجوة التي أبرم من أجلها بالنسبة للطرفين فإن ذلك يحفز ويدفع الأطراف إلى السعي من أجل إستمرار العلاقة التعاقدية لمدة زمنية أخرى عن طريق تجديد العقد وفقا لشروط جديدة ، ويحدث ذلك خصوصا في العقود محددة المدة ، حيث يبحث طرفا العقد إمكانية تجديد هذا النوع من العقود عن طريق إدراج شرط في العقد يقضي بذلك . ومن أبرز هذه العقود والتي درج التعامل التجاري على تضمين شرط التفاوض من أجل تجديد العقد ، عقود الإمتياز التجاري وعقود التوريد وعقد نقل التكنولوجيا ، حيث يتم صياغة هذا الشرط غالبا على النحو التالي " يلتزم الطرفان بالتفاوض قبل إنقضاء مدة هذا العقد بشهرين على الأقل لبحث إمكانية تمديده أو تجديده " .

ويلعب هذا الشرط دورا أساسيا في الحفاظ على مصير العقد وذلك من خلال ترتيب التزام يقع على عاتق طرفيه بالتفاوض لإختيار طريقة معينة من شأنها إبقاء العقد مستمرا ، ولاسيما إذا كانت هذه العلاقة قد حققت نجاحا بين الطرفين في السابق ⁷.

2/ شرط التفاوض من أجل إعادة التوازن الإقتصادي للعقد :

وهو الشرط الذي يدرجه طرفي العقد ، ويلتزمان بمقتضاه بالتفاوض من أجل تعديل شروط العقد في حالة حدوث ظروف غير متوقعة من شأنها أن تؤثر على التوازن الإقتصادي للعقد ، ويعرف هذا الشرط تحت مسميات عديدة الظرف الطارئ ، شرط المراجعة ، شرط العدالة والإنصاف .

يتم استخدام هذه المسميات للتعبير عن حالة من المشقة ، أو الأزمة التي يمر بها العقد بسبب تغير الظروف التي أبرم على أساسها ، ويقضي شرط التفاوض لتعديل أحكام العقد من الأطراف ، إعادة التفاوض لمواجهة الظروف التي أخلت بالتوازن الإقتصادي للعقد من خلال مناقشة الإلتزامات التي يرتبها العقد وتعديلها إلى الحد المناسب والعاقل لرفع الضرر الجسيم عن الطرف الذي يواجه مشقة في تنفيذ إلتزاماته .

وتعد العقود الزمنية أو المستمرة المجال الخصب الذي يطبق فيه شرط إعادة التفاوض ، بغرض تحقيق التوازن الإقتصادي للعقد ، لأن طبيعة هذه العقود تقتضي أن يمر تنفي العقد بمراحل زمنية متعاقبة كعقود نقل التكنولوجيا مثلا أو عقود التوريد ... إلخ .

شرط التفاوض من أجل تعديل شروط العقد لإعادة التوازن الإقتصادي شرط ذو أهمية بالغة ، بل قد ذهب بعض الفقه إلى إعتبره قاعدة من قواعد التجارة الدولية ، وإنتهى الأمر بهذا الإتجاه إلى القول بأن هذه القواعد تقضي بوجود هذا الشرط ضمنا في عقود التجارة الدولية ، ومن ثم فإن مصدر هذا الإلتزام بالتفاوض لمواجهة الظروف الطارئة لن يكون عندئذ إتفاق أطراف وإنما يكون مصدره قواعد وأعراف التجارة الدولية وعليه يكون الإلتزام بالتفاوض من أجل إعادة التوازن للعقد واجب الإلتباع حتى وإن لم ينص العقد على ذلك ، ولا يجوز لأي طرف من أطراف العقد أن يحتج بعدم تطبيق الشرط ، إستنادا إلى عدم وجود نص صريح في العقد يقضي بذلك . الغاية المتوخاة من وجود شرط إعادة التفاوض لتعديل شروط العقد هو التصدي للظروف المستجدة ، والتي تجعل من عملية تنفيذ العقد تتسم بالصعوبة والمشقة ، فهو أحد الحلول التي تمكن الأطراف المتفاوضة من إنفاذ العقد والتخفيف من الضرر الذي يصيب أحد الطرفين ، وقد نص على هذا الشرط المادة 3/6 من مبادئ اليونيدروا لسنة 1994 على أنه " في حالة تغير الظروف يكون

للطرف المتضرر طلب إعادة فتح باب المفاوضات ويجب أن يقدم الطلب دون تأخير ،
ويجب أن يكون مسببا " 8 .

3/ شرط التفاوض من أجل تسوية المنازعات وديا :

أحيانا تتضمن بعض العقود والإتفاقات ذات التنفيذ المستمر (أي التي يمتد تنفيذها على فترة زمنية طويلة) شرطا يلزم أطرافها بالتفاوض حول مواضيع محددة ، ويهدف هذا الشرط إلى إلزام طرفا العقد بالتفاوض إذا ما نشأ بينهما نزاع أثناء تنفيذ العقد ، وذلك بغرض التوصل إلى تسوية ودية للنزاع ، قبل اللجوء إلى القضاء والتحكيم .

تظهر أهمية شرط التفاوض من أجل التسوية الودية للنزاعات في أن :

- إرادة الأطراف تتجه غالبا إلى رفض فكرة اللجوء إلى القضاء الوطني ، ويعود ذلك إلى التخوف من التعصب الذي قد يسيطر على القضاء الوطني ، فضلا عن التخوف من أمر القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع وإجراءات الواجب إتباعها أمام المحاكم واللغة المستعملة ، كل هذه الأمور وغيرها ، تدفع الأطراف إلى تضمين العقد شرط التسوية الودية، كونه الحل الأنسب بالنسبة للجميع .
- لهذا الشرط أهمية أيضا تظهر في القوانين التي لا تسمح للقاضي بتعديل شروط العقد بهدف إعادة التوازن للعقد المبرم بين الطرفين .

الأصل أن يرد شرط التفاوض من أجل التسوية الودية للنزاع صريحا ، وقد يرد ضمنيا كأن ينص أحد بنود العقد على تعهد الطرفين بحل كل نزاع ينشأ عن العقد عن طريق التحكيم ، إن لم تنجح المفاوضات في حله وحسمه ، أو أن ينص أحد بنود العقد على أن (كل نزاع ينشأ عن هذا العقد ولا يتوصل الطرفان إلى تسويته وديا يتم الفصل فيهِ عن طريق التحكيم) .

قد يحدد شرط التسوية الودية للمنازعات مدة محددة للتفاوض ويلزم الطرفين بعدم اللجوء إلى القضاء أو التحكيم ، إلا بعد إنقضائها، من ذلك النص على أن (تحال إلى المحكمة كل المنازعات المتعلقة بتفسير هذا العقد أو تنفيذه ، إذا لم يتوصل الطرفان إلى حل لها ، خلال مدة لا تقل على شهرين) .

وإذا تم الإتفاق على شرط التفاوض من أجل التسوية الودية للنزاع فإن ذلك لا يمنع أيا من الطرفين من اللجوء إلى القضاء أو التحكيم مباشرة ، ولكن القضاء إذا نظر في

الدعوى كان له أن يعتبر عدول أحد الطرفين عن التفاوض خطأ عقديا يستوجب التعويض ، ويكون للقاضي أو هيئة التحكيم أن تتخذ عدول أو تجاهل أحد الطرفين لشرط التفاوض قرينة قضائية على عدم سلامة موقفه وسوء نيته ، ويعتبر الطرف الذي لم ينفذ التزامه بالتفاوض مخلا بالتزام عقدي وهو التعهد بالتفاوض ، بغرض التوصل إلى حل ودي للنزاع القائم ، الذي يعترض سبيل العقد وتكون المسؤولية في هذه الحالة مسؤولية عقدية .

وما يشار إليه في هذا السياق أن شرط التفاوض من أجل التسوية الودية للنزاع لا يلزم الطرفين بالتوصل إلى حل للنزاع القائم ، لكن يلزمهما فقط بالتفاوض بحسن نية بغرض إيجاد حل للنزاع بالطرق الودية⁹.

الهوامش :

- 1 : يسري عوض عبد الله ، العقود التجارية الدولية ، مفاوضاتها – إبرامها – تنفيذها ، دراسة تحليلية على ضوء نظرية العقد في التشريع الإسلامي ، إصدارات مكتب اليسري للمحاماة والإستشارات ، الخرطوم – شارع الزبير باشا تقاطع شارع عطيرة ، د.س.ن ، ص 157 .
- 2 : معمر بوطباله ، الإطار القانوني لعقد التفاوض في مفاوضات عقود التجارة الدولية ، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم ، تخصص قانون عام ، كلية الحقوق ، جامعة الإخوة منتوري ، قسنطينة ، 2016 / 2017 ، ص 25 .
- 3 : للمزيد من التفاصيل حول موضوع عقد التفاوض الإلكتروني راجع خالد ممدوح إبراهيم ، إبرام العقد الإلكتروني – دراسة مقارنة - ، ط 2 ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، 2011 ، ص 292 وما يليها .
- 4 : لمزيد من التفاصيل حول شروط وأركان عقد التفاوض راجع معمر بوطباله ، الإطار القانوني لعقد التفاوض في مفاوضات عقود التجارة الدولية ، المرجع السابق ، ص 29 وما يليها .
- 5 : محمد عبدو ، الطبيعة القانونية للإتفاقيات المبرمة خلال مرحلة التفاوض وآثارها ، مذكرة ماجستير ، تخصص : قانون أعمال ، كلية الحقوق ، جامعة سعد دحلب البليدة ، فيفري ، 2007 ، ص 64 وما يليها .
- 6 : يسري عوض عبد الله ، المرجع السابق ، ص 158 إلى 161 .
- 7 : معمر بوطباله ، المرجع السابق ، ص 34 و 35 .
- 8 : نفس المرجع ، ص 35 إلى 37 .
- 9 : علي أحمد صالح ، المفاوضات في العقود التجارية الدولية ، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الدولي العام ، جامعة يوسف بن خدة ، كلية الحقوق بن عكنون ، الجزائر ن.د.ت.م ، ص 171 إلى 173 .

المحاضرة رقم 07 : القانون واجب التطبيق على عقد التفاوض :

تمهيد :

حسب ما هو متعارف عليه بخصوص قواعد تنازع القوانين فإن تحديد النظام القانوني الذي سيطبق على العقود الدولية يستلزم اللجوء إلى مبدأ القانون الدولي الخاص المعروف بمبدأ " حرية أو استقلالية الإرادة "، وهو ما يطلق عليه مبدأ خضوع العقد لقانون الإرادة، والذي أضحي من المبادئ المستقرة في إطار القانون الدولي الخاص ، وعلى الرغم من ذلك فقد تعرضت القاعدة المذكورة للعديد من المحاولات التي استهدفت الحد من اختصاصها بتنظيم العقود الدولية، ومنها عقود الدولة على وجه الخصوص، وذلك إذا ما أدى إعمال قاعدة قانون الإرادة إلى تطبيق قانون وطني معين، والذي عادة ما يكون قانون الدولة المتعاقدة ، حيث يسعى الأطراف استناداً إلى مبدأ الحرية وسلطان الإرادة إلى ممارسة بعض السلطات عليه على نحو يخلع عنه صفته كقانون، وذلك من خلال التجديد الزمني لقانون الإرادة على حالته التي كان عليها لحظة إبرام العقد، أو تحويله إلى مجرد شرط تعاقدي لا سلطة له على الأطراف إلا ما يقرر هؤلاء أنفسهم له، أو تهميش هذا القانون والاكتماء بدور احتياطي له .

بالتالي يخضع عقد التفاوض الدولي يخضع كقاعدة عامة لما يعرف بقانون الإرادة .

✓ فمأذا يقصد بمبدأ قانون الإرادة ؟

قانون الإرادة هو القانون الذي اختاره الطرفان لتطبيقه على علاقتهما التعاقدية، وهو يحكم معظم المسائل المتعلقة بعقد ما وليس كلها بالضرورة، فالمسائل الخاصة بأهلية أطراف العقد وما إذا كان العقد صحيحاً شكلاً لا تدخل بالضرورة في نطاق القانون نفسه .

وقاعدة خضوع العقد الدولي لقانون إرادة المتعاقدين، أي خضوعه للقانون الذي يختاره المتعاقدان لم تكن هي السائدة في بادئ الأمر، حيث كان من المستقر عليه إخضاع العقد لقانون محل إبرامه، فقد جرى الفقه الإيطالي القديم في ظل مدرسة الأحوال القديمة

على إخضاع العقود لقانون الدولة التي أبرمت فيها من ناحية شكلها وموضوعها، تأسيساً على أن مكان انعقاد العقد هو المكان الذي يولد فيه التصرف، ومن ثم يتعين إخضاع العقد لقانون هذا المكان باعتباره هو القانون الذي نشأ التصرف في ظله .

وقد تعرضت هذه الأفكار للانتقاد استناداً إلى أن العقد إنما ينشأ نتيجة للفكر الإنساني ومكان إبرامه قد لا يعدو أن يكون مسألة خارجة عن العقد ذاته، وقد تكون نتيجتها تمت بصورة عرضية .

ونتيجة لذلك حاول أحد فقهاء المدرسة الإيطالية اللاحقين (Ruchus Gurtius) عام 1495 تفسير قاعدة إخضاع العقد لقانون محل الإبرام على أساس مختلف عن فقه من سبقه، حيث ذهب هذا الفقيه إلى أن أساس خضوع العقد لقانون محل إبرامه هو الإرادة الضمنية للمتعاقدين الذين قصدا اختيار قانون هذا المكان لحكم العقد .

وقد كان هذا التفسير بمثابة تمهيد لنظرية الفقيه الفرنسي (Domoulin) في القرن 16، والتي قرر فيها خضوع العقد من حيث موضوعه لقانون إرادة المتعاقدين، وذلك بمناسبة فتوى بخصوص النظام المالي للزوجين (Gani) ، فقد أراد هذان الزوجان الخضوع للنظام المالي السائد في باريس بغية تجنب القواعد العرفية التي كانت سائدة في المقاطعات المختلفة التي تقع فيها أموالهما ، ولقد أفتى (Domoulin) بأنه وإن كانت أموال الزوجين تقع في أكثر من بلد إلا أن النظام المالي لهما يخضع لقانون واحد هو قانون موطن الزوجية ، على أساس أن إرادة الزوجين الضمنية قد اتجهت إلى اختيار ذلك القانون، وهو العرف السائد في باريس .

وفي القرن 19 كانت قاعدة إخضاع العقد لقانون إرادة المتعاقدين قد استقرت، وقد أخذ بها كل من الفقيهين (SAVIGNY) و (MANCINI) حيث أخضع الأول العقد لمكان تنفيذه، حيث كان يعتد أساساً بتحليل الروابط القانونية وتركيزها في مكان معين هو الذي تنتج فيه الرابطة آثارها، ثم يخضع الرابطة للقانون السائد في هذا المكان ، وبعد أن انتهى من تركيز الرابطة العقدية في مكان التنفيذ فسر إخضاعها للقانون السائد في هذا المكان، على أساس فكرة الخضوع الاختياري، فمن يدخل في علاقة تعاقدية يقبل الخضوع لقانون مركزها، وأما (MANCINI) فكان يرى إخضاع العقد للقانون الذي يختاره أطراف عملاً بمبدأ الحرية كأحد مبادئ نظريته .

وإن كان هذا هو حال الفقه، فإن محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر في 5 ديسمبر 1910 اعترفت بهذه القاعدة مقررة أن " القانون الواجب التطبيق على العقود، سواء فيما يتعلق بتكوينها أو بالنسبة لآثارها وشروطها، هو ذلك الذي تبناه الأطراف ... " وهكذا فقد استقرت منذ ذلك الوقت قاعدة خضوع العقد لقانون الإرادة، وكان مما ساعد على استقرار هذه القاعدة وازدهارها ظهور مذهب الحرية الفردية الذي أعلنته الثورة الفرنسية، ونظام الاقتصاد الحر أو الليبرالي الذي أكد مبدأ حرية التعاقد وتقديس سلطان الإرادة بوصفهما من عوامل سيادة ذلك النظام عبر الحدود الدولية وترسيخه داخل الحدود الوطنية .

وقد كرست غالبية التشريعات وكذلك الاتفاقيات الدولية المنظمة للعلاقات الدولية الخاصة، وتلك المتعلقة بالتحكيم قاعدة قانون الإرادة، والتي تقرر بصفة عامة حق أطراف العلاقة العقدية الدولية في اختيار القانون الذي يحكمها ، حيث حرصت معظم التشريعات الوطنية على النص صراحة على مبدأ خضوع العقود الدولية لقانون الإرادة .

من ذلك وهو ما فعله المشرع الجزائري في القانون المدني (المادة 18 منه)، كذلك المشرع المصري (المادة 1/19 من القانون المدني)، المشرع السويسري (المادة 1/116 من القانون الدولي الخاص) ... الخ .

كما حرصت على ذلك أيضا معظم الاتفاقيات الدولية النازمة للعلاقات الدولية الخاصة على تكريس قاعدة قانون الإرادة بنصوص واضحة وصريحة ، من ذلك اتفاقية لاهاي المبرمة في 15 جوان 1955 والخاصة بالقانون واجب التطبيق على بيع المنقولات المادية ذات الصفة الدولية في المادة 1/2 على أن " يخضع البيع للقانون الداخلي للبلد الذي عينه طرفا العقد " .

وبالتالي فقد أقرت معظم التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية ذات الصلة بحق الأطراف في العقد الدولي في اختيار القانون الذي يحكم موضوع عقدهم .

✓ ما مدى ملائمة قاعدة قانون الإرادة لعقود الدولة ؟

لقد أضحت قاعدة قانون الإرادة حسب ما سبق ذكره واقعا مكرسا ومعترفا به بمقتضى التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية، إلا أن التساؤل يثور عن مدى ملائمة أعمال هذه القاعدة على عقود الدولة، أو بمعنى آخر هل تخضع عقود الدولة لقاعدة قانون الإرادة ؟

حسب ما سبق ذكره أن عقود الدولة هي عقود دولية مما يترتب عليه خضوعها للآثار المترتبة على هذه العقود، ومن أهمها منح الأطراف مكنة اختيار القانون الحاكم لعقد، لذا يرى الفقه وجوب أعمال قاعدة قانون الإرادة على عقود الدولة، حيث أن لأطراف هذه العقود الحرية في إخضاع عقودهم للقانون الذي تتجه إرادتهم المشتركة إلى تطبيقه على موضوع عقودهم، فوجود الدولة أو أحد مشاريعها العامة لا يؤثر البتة في خضوع العقد المتواجدة فيه لقانون الإرادة ، وذلك لأن طبيعة وصفة هذا الطرف يجب ألا تبعد بالعقد عن هذه القاعدة .

حيث أن لمبدأ سلطان الإرادة أثره الكبير في عقود الدولة، فهذه العقود كغيرها من العقود الدولية تخضع لقاعدة قانون الإرادة .

وهو ما أقرته الاتفاقيات الدولية وكذلك قرارات الهيئات الدولية بشأن هذه الطائفة من العقود الدولية (على سبيل المثال المادة 42 من اتفاقية واشنطن لسنة 1965 والخاصة بتسوية منازعات الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى) ، كما كرس المجتمع الدولي مبدأ حرية أطراف عقود الدولة في اختيار القانون واجب التطبيق على عقودهم، وذلك بموجب القرار الصادر عنه في دورته المنعقدة في أثينا عام 1979 المخصصة لدراسة القانون واجب التطبيق على العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية الخاصة التابعة لدولة أخرى (المادة 2/فقرة 01) ... الخ .

وبالتالي كخلاصة مما سبق ذكره فإن عقود الدولة تخضع مثل بقية العقود الدولية لقاعدة قانون الإرادة، فيحق لأطراف هذه العقود اختيار القانون الذي يرونه مناسباً لحكم عقودهم، حيث تستجيب فكرة حرية الأطراف في اختيار القانون الذي يسري على عقودهم للتعدد الكبير وللاختلاف في التعاملات العقدية الدولية، فضلاً عن ضمانها لاحترام التوقعات المشروعة للمتعاقدين.

✓ كيف يتم أعمال قانون الإرادة (أي تحديده أو تعيينه) وما هو نطاقه ؟

إعمال قانون الإرادة يطرح العديد من التساؤلات، فهل يلزم في إرادة أطراف أن تكون صريحة أو يكفي أن تكون ضمنية يمكن استخلاصها باستخدام المؤشرات عند غياب الإرادة الصريحة ؟ ومتى يمكن للأطراف ممارسة حقهم في اختيار قانون العقد، هل يلزم أن يتم ذلك عند التعاقد أم يمكن أن يتم في مرحلة لاحقة ؟ وما مدى حرية الأطراف في اختيار قانون العقد ؟ هل يقتصر الأمر على الاختيار بين قوانين وطنية أم يمكن اختيار قواعد لا تنتمي لسيادة إقليمية معينة ؟

التسوية بين الإرادة الصريحة والضمنية :

إن تحديد القانون المطبق على العقد لن يثير الصعوبة طالما أعلن المتعاقدان صراحة عن القانون الذي يخضع له العقد، إلا أن الإشكالية تثار فيما لو سكت المتعاقدان عن الاختيار الصريح لهذا القانون ، فهل يتصدى القاضي أو المحكم عندئذ مباشرة للتركيز الموضوعي للرابطة العقدية تمهيدا لإسنادها للقانون الأوثق صلة بهذه الرابطة، أم يتعين عليه استجلاء الإرادة الضمنية للمتعاقدين في اختيار قانون العقد من خلال استنباط المؤشرات الدالة عليها، ومن ثم الاعتداد بها ؟

يذهب البعض من الفقه وتأييده كذلك بعض التشريعات الوطنية إلى أنه ليس للقاضي أو المحكم تطبيق قانون الإرادة على العقود الدولية إلا في حالة الاختيار الصريح لهذا القانون من جانب المتعاقدين، فإذا لم يتم التعبير عن هذا الاختيار صراحة فيجب على القاضي أن يتصدى مباشرة لتركيز الرابطة العقدية وإسنادها للقانون الأوثق صلة بها، وذلك دون البحث عما يسمى بالإرادة الضمنية للأطراف .

حيث ينتهي هذا الاتجاه إلى رفض فكرة الاختيار الضمني لقانون العقد تأسيسا على أن سكوت الأطراف عن الاختيار الصريح قد يعود إما لعجزهم عن التوصل إلى اتفاق في هذا الصدد أو عدم إدراكهم عند التعاقد للطابع الدولي للعقد، وبالتالي فإن تصدي القاضي للبحث عما يسمى بإرادتهم الضمنية سيؤدي بالضرورة إلى تطبيق قانون يخل بتوقعات الأطراف لكونه لا يعبر عن إرادتهم الحقيقية .

والواقع أن مثل هذا الاتجاه يؤخذ عليه مناهضته المنطق القانوني السليم ، لما يؤدي إليه من تجاهل لقاعدة الإسناد التي تقضي بخضوع العقد لقانون الإرادة، ذلك أنه إلى جانب الإرادة الصريحة توجد الإرادة الضمنية للمتعاقدين، وهي إرادة ينبغي عدم تجاهلها متى تأكد القاضي من وجودها من خلال شروط العقد والظروف المحيطة به كافة، وها يعني أن الاختيار الضمني بمجرد استنباطه يتمتع بنفس سلطة الاختيار الصريح، وينبغي الاحتكام بموجبه للقانون الذي وقع عليه هذا الاختيار الضمني .

لذا يذهب أغلب الفقه إلى التسوية بين الإرادة الصريحة والضمنية للمتعاقدين في اختيار قانون العقد، بحيث يتعين على القاضي في حالة تخلف الإرادة الصريحة للمتعاقدين البحث عن إرادتهم الضمنية، شريطة أن يتم ذلك من خلال قرائن مؤكدة تدل على وجود هذه الإرادة .

❖ الاختيار الصريح :

يكون اختيار المتعاقدين للقانون الذي يخضع له عقدهما صريحا عندما يعينان بعبارة صريحة في العقد القانون الذي يحكمه. فحين تكون نية الطرفين بشأن القانون الذي يحكم العقد نية مصرح بعنها بوضوح ومكتوبة، فإن هذه النية المعلنة هي التي تقرر بصورة عامة القانون الحاكم للعقد، وهكذا فإن تحديد القانون المطبق على العقد لن يكون صعبا طالما أعلن الطرفان صراحة عن المنظومة القانونية التي يخضع لها العقد، لذلك يتم التأكيد على أهمية أن يقوم الأطراف بالاختيار الصريح لقانون العقد تحاشيا لما يمكن أن يثيره غياب هذا الاختيار من مشاكل .

وإذا قام الطرفان صراحة باختيار القانون الذي يريدان أن يحكم العقد، فمن الواجب على المحكمة أن تنفذ اختيارهما ، وذلك على أساس أن أطراف العقد أحرار في اختيار القانون الذي يحكم عقدهم بشأن المسائل التي تدخل ضمن صلاحيتهم التعاقدية، باعتبارهم الأقدر على اختيار القانون الملائم لطبيعة العلاقة القانونية القائمة بينهم .

❖ الاختيار الضمني :

إذا لم يعبر المتعاقدان صراحة على إرادتهم في اختيار قانون معين ليحكم موضوع عقدهم فإنه يكون من واجب المحكمة أن تستنبطه من العوامل المحيطة بالعقد، أي أن القاضي أو المحكم يجد نفسه مضطرا في غياب الاختيار الصريح لقانون العقد لاستجلاء إرادة الأطراف الضمنية، إذا كانت هناك قرائن أو مؤشرات تدل على وجود هذه الإرادة ، وذلك بوصفها كما سبق القول إرادة حقيقية تنبأ عن ميل واضح، وإن كان كامنا ، إلى اختيار نظام قانوني معين .

وقد أكدت غالبية التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية ذات العلاقة على ضرورة استجلاء الإرادة الضمنية للمتعاقدين عند غياب الإرادة الصريحة (على سبيل المثال نص المادة 1/16 من القانون الدولي الخاص السويسري لسنة 1987) . (المادة 42 من اتفاقية واشنطن لعام 1965 المادة 1/42) .

ويكون للقاضي أو المحكم الكشف عن الاختيار الضمني لقانون الإرادة من خلال الملابسات والظروف المحيطة بالعقد، إذ توجد عدة مؤشرات يستطيع من خلالها أن يقيم القرينة على اتجاه إرادة الخصوم إلى اختيار هذا القانون أو ذاك ، فعلى القاضي أن يدرس كافة ظروف العقد ولا يقتصر على عنصر دون آخر، ثم يرجح بينها للوصول إلى أكثرها

أهمية في نظر المتعاقدين، خاصة إذا أمكن الجمع بين أكثر من عنصر للتأكد من الوصول إلى قصد المتعاقدين .

وبالتالي الاختيار الضمني بمجرد استنباطه والاستدلال عليه بقرائن مؤكدة فإنه يتمتع بنفس سلطة الاختيار الصريح، ويتعين الاحتكام بموجبه للقانون الذي وقع عليه هذا الاختيار، ولكن ما هو الوقت الذي يتعين فيه على الأطراف ممارسة حقهم في اختيار قانون العقد لكي يعتد به .

➤ وقت اختيار قانون العقد :

الأصل أن يقوم الأطراف عند تحرير عقدهم باختيار القانون الواجب التطبيق عليه، بأن يضمنوا عقدهم بندا يحددون فيه القانون الواجب التطبيق عليه، ولا يخفى أن تحديد قانون الإرادة عند التعاقد من شأنه أن يحقق اليقين القانوني اللازم لاستقرار المعاملات، واستقرار الرابطة القانونية لما يوفره للمتعاقدين من علم منذ البداية بالقانون الذي سيطبق على عقدهم .

وإذا كان لا يحول دون إمكانية إبرام العقد عدم اختيار الأطراف للقانون الواجب التطبيق لتعذر التراضي على تحديد هذا القانون عند إبرام العقد مما يلقي على القاضي في هذه الحالة عبء تحديد ذلك القانون، فإن التساؤل يثور عما إذا ما كان للأطراف بعد إبرام العقد الحق في اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد، وهل يعتد القاضي أو المحكم بهذا الاختيار اللاحق لقانون العقد ؟

يذهب غالبية الفقه إلى تخويل المتعاقدين الحق في الاختيار اللاحق لقانون العقد، حيث يمكنهم تحديد قانون العقد بعد إبرامه في اتفاق مستقل عن العقد، وحتى في مرحلة متأخرة وعند طرح النزاع القائم بينهم أمام المحكمة المختصة بالموضوع وقبل الفصل في النزاع، وهو ما من شأنه التيسير على المتعاقدين، وتحقيق فعالية قاعدة التنازع المقررة لاختصاص قانون الإرادة، فمادام تحديد القانون واجب التطبيق هو مهمة الأطراف بالدرجة الأولى فإنه يتعين الإقرار بحقهم في الاختيار اللاحق لهذا القانون .

وكذلك فإن الممارسة التحكيمية في مجال عقود الدولة تضيف أهمية مماثلة على اتفاقات اختيار القانون واجب التطبيق سواء تلك التي تحدد هذا النوع عند التعاقد أم في مرحلة لاحقة وبعد ظهور النزاع.

وقد اعتدت هيئات التحكيم باتفاقات الأطراف ونفذتها سواء تم اختيار العقد الأطراف باتفاق صريح أو بطريقة ضمنية يستخلصها القاضي أو المحكم في دلائل تالية على إبرام العقد الأصلي، كما لو تم تنفيذ هذا العقد على نحو يفيد رضا المتعاقدين بالخضوع لنظام قاني معين .

✓ ما هو قانون الإرادة الذي يخضع العقد لأحكامه ؟ بمعنى أدق ما مدى قدرة هذه الإرادة في اختيار قانون العقد : هل هي محكومة باختيار قانون وطني لدولة معينة يمكنها أن تشير إلى قانون لا ينتمي لسيادة إقليمية معينة ؟

يؤكد البعض الذي يركز على التنازع بين القوانين بالمفهوم الضيق أن التنازع لا يقوم إلا بين قوانين دول تتمتع كل منها بصفة الدولة وفقا لمبادئ القانون الدولي العام، ومن ثم فإن فكرة قانون الإرادة لا تعني غير اختيار المتعاقدين في العقد الدولي لقانون وطني لدولة معينة، إن بدا أكثر تناسبا.

بمعنى أنه إذا قام المتعاقدان باختيار قانون العقد إعمالا لقاعدة التنازع التي تجيز لهم هذا الاختيار في مجل الروابط العقدية الدولية، فإنه يتعين أن يكون القانون الذي وقع اختيارهم عليه هو القانون الوطني لدولة معينة، وكذلك فإنه وفقا لهذا الفقه التقليدي فإن الشرائع التي لا تنتمي لسيادة إقليمية معينة مثل قواعد التجارة الدولية المستمدة من الأعراف التجارية بين المتعاملين في ميدان التجارة الدولية تخرج من نطاق التنازع .

وهو ما حرصت على تأكيده العديد من التشريعات الوطنية و محكمة العدل الدولية الدائمة ، إلا أنه مع التطورات الحديثة في التجارة الدولية وظهور طوائف جديدة من العقود الدولية ذات التركيب المعقد أضحى من غير الملائم قبول هذه النظرة التقليدية لقاعدة إسناد التي ستقود بالضرورة إلى تطبيق قانون وطني معين على تلك العقود، أي تطبيق قانون يحكم أساسا العقود الداخلية، لذلك فإن ما كان يستند في اختيار القانون إلى غطاء تنازع القوانين من مبدأ قانون الإرادة وحرية الأطراف في اختيار القانون الذي يخضع له الالتزام التعاقدي والذي كرس في صورة قواعد إسناد تم تقنينها في كثير من الدول، قد تجاوز حدود النظرة التقليدية لآلية قواعد الإسناد، بقيام أطراف العلاقات التعاقدية المشتملة على عنصر أجنبي باختيار قواعد لا تنتمي لقانون دولة محددة .

وهكذا فقد ذهب جانب من الفقه الحديث إلى تصور قيام التنازع بين شرائع لا تنتمي لسيادة إقليمية ، وبناء عليه يمكن للمتعاقدين عملا بقاعدة التنازع التي تخول لهم حق اختيار قانون العقد، الاختيار بين قواعد مأخوذة من نظام وطني معين وكذلك قواعد ذات صبغة

عالمية لا تنتمي لسيادة إقليمية معينة ، وبهذه المثابة يمكن للمتعاقدين الاتفاق على تطبيق قواعد قانونية غير وطنية أكثر اتفاقا وملاءمة مثل الأعراف الجارية بين المتعاملين في ميدان التجارة الدولية أو أن يختاروا أحكام معاهدة دولية تنص على تنظيم مثل العقد المبرم بينهما، أو يتفقوا على تطبيق المبادئ العامة للقانون .

وقد أخذت العديد من التشريعات الوطنية بهذا الاتجاه، الذي يمنح الإرادة مكنة اختيار قواعد قانونية غير وطنية، وذلك بتبنيها لقواعد تشريعية تمنح الأطراف حرية تحديد القواعد القانونية واجبة التطبيق وليس مجرد القانون الواجب التطبيق، وهو الاتجاه الذي اعتنقته أيضا اتفاقية واشنطن لعام 1965 .

وبالتالي كخلاصة لما سبق ذكره هو أن للأطراف اختيار أي قانون يروونه ملائما ليحكم علاقاتهم التعاقدية، بغض النظر عما إذا كان هذا القانون المختار قانونا وطنيا لدولة معينة أم كان نظاما قانونيا لا ينتمي لسيادة إقليمية لدولة معينة. حيث يمكنهم اختيار نظام قانوني متكامل لكي يطبق على عقدهم، أو أن يشترطوا تطبيق طائفة معينة من القواعد القانونية، فعلى سبيل المثال يمكن للأطراف اختيار النظام القانوني لأي من الطرفين، أو كليهما، أو حتى قانون دولة ثالثة وعلاوة على ذلك يمكنهم الاتفاق على فض منازعتهم طبقا للمبادئ العامة للقانون أو بعض القواعد السائدة في نظام قانوني معين .

المحاضرة رقم 08 و 09 : الالتزامات الناشئة عن عقد التفاوض :

تمهيد :

الدخول في المفاوضات يترتب عدة التزامات على الأطراف المتفاوضة ، منها ما هو أساسي زمنه ما هو تكميل أي فرعي ، يترتب على مخالفة هذه الالتزامات عموما مسؤولية قانونية ، فما هي هذه الالتزامات ؟ وما هي طبيعة هذه المسؤولية ؟

من خلال هاتين المحاضرتين سنتطرق إلى الالتزامات الأساسية والفرعية الناشئة عن عقد التفاوض¹ ، فيما نتطرق إلى المسؤولية القائمة في حال مخالفة هذه الالتزامات في المحاضرة المقبلة بحول الله تعالى .

أولا : الالتزامات الأساسية الناشئة عن عقد التفاوض :

1/ الالتزام ببدء التفاوض :

يعد هذا الأخير الالتزام الأساسي الذي يقع على عاتق الأطراف ، ويقصد ببدء التفاوض بدء تلاقي المتفاوضين واتخاذ الإجراءات اللازمة لافتتاح المفاوضات بإجراء الحوار والمناقشات وتبادل المقترحات المتصلة بالعقد الذي ينشده طرفا التفاوض .

ويلحق بهذا الالتزام التعهد باتخاذ الاستعدادات لبدء المفاوضات ، من ذلك تحديد مكان المفاوضات والزمن الذي يستغرقه والطرف الذي يتحمل نفقات الدراسات الأولية التي يمكن أن تطلب خلال المفاوضات .

الالتزام ببدء التفاوض هو التزام بتحقيق نتيجة حيث يتعين على الأطراف المتفاوضة الدخول في مفاوضات فعلية وذلك بتحديد موعد للبدء في المفاوضات ومناقشة شروط العقد في الحال ، أو بالذهاب إلى مائدة التفاوض في الموعد المحدد لبدء المفاوضات ، و إذا لم يكن هناك موعد محدد التزم كل المتفاوضين البدء في المفاوضات في المدة المعقولة .

إذا دخل الطرفان دائرة التفاوض ترتب على ذلك التزام طرفي المفاوضات بمراعاة أصول التفاوض في مفاوضاتهما ، وإلا كان مسؤولاً عن إخلاله بهذا الالتزام ، ولقد ظهرت ملامح هذا الالتزام في العديد من أحكام القضاء تحت تأثير الأفكار الفقهية .

الدخول في المفاوضات عمل إرادي يؤدي إلى نشوء حالة واقعية ذات أثر قانوني ذو شقين : الالتزام بالاستمرار في التفاوض والالتزام بحسن النية في التفاوض .

2/ الالتزام بالاستمرار في التفاوض :

هذا الالتزام يعد التزاماً تكميلياً للالتزام ببدء التفاوض ويجعله ذو معنى ، حيث لا يعقل البدء في المفاوضات والوقوف عندها ، فذلك يعني عدم التقدم لتحقيق النتيجة المرجوة من الدخول في المفاوضات ، هذا الالتزام هو التزام ببذل عناية ، ولا يعني بأي حال من الأحوال ضرورة التوصل إلى إبرام العقد ، أما عن أساس الالتزام فإنه متى دخل الأطراف في المفاوضات فذلك يعني نشوء حالة واقعية يجب الاعتداد بها ، وقوام هذه الحالة أن كل طرف بعث في نفس الطرف الآخر الثقة بأنه إذا سارت الأمور على الوجه الطبيعي فسينتهي الأمر بتوقيع العقد النهائي ، وهذه الثقة تزداد قوة ويقينا كلما تقدمت المفاوضات خطوة إلى الأمام ، وعلى أساس هذه الثقة يتكبد الأطراف نفقات وجهد يتمثل في الإعداد للعقد المتوقع إبرامه ، فإذا اتضح بعد الدخول في المفاوضات أن الطرف الآخر لم يكن جاداً في تفاوضه وأن أضرارا قد لحقته جراء ذلك فإن من العدل أن يلجأ إلى القضاء لجبر الضرر الذي لحقه ، وسنده في ذلك سوء نية الطرف الآخر أو المسلك الخاطئ المتمثل في بعث ثقة وهمية وزائفة في نفسه .

وبما أن الأصل في التفاوض الحرية في إبرام العقد أو عدم إبرامه فإن القضاء التجاري الدولي (التحكيم) يسعى إلى خلق نوع من التوازن بين حرية إرادة المتفاوض وبين حماية الطرف الذي وثق بجدية التفاوض ، ورغم أن القضاء في السابق كان يغلب الاعتبار الأول على الثاني استناداً إلى سلطان الإرادة إلا أنه ومع تطور التجارة والحرص على حماية المتفاوض بحسن النية قد تم تغليب الاعتبار الثاني ، وذهبت بعض الأحكام إلى اعتبار الانسحاب من المفاوضات بعد أن قطعت شوطاً مهماً يعد نوعاً من التعسف في استخدام الحق ، لاسيما إذا كان هناك عمد وسوء نية من الطرف المنسحب ، وذهبت أحكام أخرى إلى أن الإيحاء إلى الطرف الآخر بأن إبرام العقد أصبح وشيكاً يكون قد قطع على نفسه التزاماً بالاستمرار في التفاوض .

على ضوء ذلك فإن أساس الالتزام بالاستمرار هو إرادة الأطراف وبث الثقة والطمأنينة في نفس الطرف الآخر الذي يعتقد أن السير المألوف للمفاوضات سيؤدي إلى إبرام العقد موضوع التفاوض .

بالنسبة لمضمون التزام الاستمرار في التفاوض لا يعني بأي حال من الأحوال ضرورة التوصل إلى اتفاق و إبرام العقد النهائي ، إنما هو التزام بعدم قطع المفاوضات بغير سبب مقبول أو بطريقة تعسفية ، والمعيار في ذلك هو معيار الرجل العادي من نفس النوعية و من نفس الظروف وفقا لما قررته مبادئ اليونيدروا حيث إن التزام الأطراف معقود على أن يبذل كل طرف غاية عنايته في تنفيذ ما التزم به ، وبالرغم من أنه لا يلزم الطرف المنسحب من المفاوضات بتقديم مبرر لعدم رغبته في الدخول في العقد النهائي ، فإن القضاء يستخلص من غياب المبرر المقبول دليلا على سوء النية ، ويستخلص من سوء النية وجود مبرر غير مشروع من وراء قطع المفاوضات .

وأرست مبادئ اليونيدروا أن الحرية هي الأصل في التفاوض وأن الأطراف لا يسألون حال عدم التوصل إلى اتفاق ، إلا إذا كان التفاوض بسوء نية ، ففي هذه الحالة توجب المسؤولية عن الأضرار التي لحقت بالطرف الآخر ، ويعد من سوء النية بوجه خاص دخول متعاقد في التفاوض أو استمراره حال توفر النية لديه لعدم التوصل في اتفاق مع الطرف الآخر .

3/ الالتزام بحسن النية في التفاوض :

يلتزم الطرفان بموجب عقد التفاوض بأن يتفاوضا على العقد بما يوجبه حسن النية ، وذلك وفقا لما تقتضيه الأمانة والنزاهة في التعامل ، حسن النية يعرف على أنه " التعامل بصدق واستقامة وشرف مع الغير بصورة تبقى ممارسة الحق ضمن الغاية المفيدة والعادلة ، والتي أنشأ من أجلها ، بحيث لا تؤدي هذه الممارسة إلى الإضرار بالغير دون مسوغ مشروع " ، أي يفرض حسن النية على الأطراف السعي بالتفاوض إلى غايته الأصلية دون استعمال وسائل غايتها عرقلة مسيرة التفاوض أو إتيان أفعال تحمل الطرف الآخر على قطع المفاوضات .

والالتزام بحسن النية يقتضي عدم إتيان أي سلوك من شأنه إشاعة آمال كاذبة تبعث ثقة زائفة لدى الطرف الآخر في جدية المفاوضات وعدم التفاوض لمجرد الدعاية أو استطلاع السوق دون نية حقيقية في التعاقد ، أو قطع المفاوضات بصورة مفاجئة أو في

وقت غير مناسب ودون مبرر مقبول ، كما يتنافى مع حسن النية إجراء مفاوضات موازية مع الغير بشأن الصفقة ذاتها دون علم الطرف الآخر وعلى نحو يضر به .

ويعتبر الالتزام بحسن النية الالتزام الجوهرى لمرحلة المفاوضات ، وقد رأى فيه العديد من الفقهاء أنه أهم المبادئ التي يجب احترامها في الممارسات وفي العقود الدولية ، بجانب أنه يعد مطلباً أساسياً لنجاح المفاوضات ، ويعد مصدره المباشر من اتفاق الطرفين ، الذي هو التزام يفرض على عاتق الطرفين عقد التفاوض المبرم بينهما ، ويعد من أهم المبادئ التي تحكم المعاملات التجارية .

وبوجه عام فإن شرط حسن النية يلقي على عاتق الطرفين واجب التفاوض بالنزاهة والأمانة وإتباع السلوك القويم إلى يتماشى مع الهدف المبتغى من التفاوض أو الذي يؤدي إليه .

أما بالنسبة لأساس التزام التفاوض بحسن نية فقد اختلف فقهاء القانون الدولي الخاص في ذلك إلى فريقين ، فريق يرى أن الالتزام قاعدة أخلاقية ، أي يعتبرونها قاعدة من قواعد الأخلاق ، وأصحاب هذا الرأي يعرفون بأصحاب المدرسة الفرنسية ، أما الفريق الثاني فهم أنصار المدرسة الألمانية ، وهؤلاء يرون أن التزام التفاوض بحسن نية كان قاعدة أخلاقية دخلت صلب العلاقات والممارسات وأصبحت قاعدة قانونية .

وفي الحقيقة فإن فكرة حسن النية في سياق العلاقة بين القانون والأخلاق فهي تشكل نقطة اتصال وامتزاج بينهما ، والاعتداد بها يكفل موافقة القانون لقواعد الأخلاق على نحو أفضل ، كما أنها تعتبر وسيلة لتفريد تطبيق القاعدة القانونية ، لهذا يحرص كل نظام قانوني على تقنين هذه الفكرة وتجسيدها في إطار تطبيقات عديدة ومتنوعة لها .

وشرط حسن النية يدخل حيز القانون بمعنيين مختلفين أحدهما شخصي حيث يعتقد به القانون باعتباره حالة نفسية أو ذهنية تتمثل في الاعتقاد الخاطيء الذي يتولد في ذهن الإنسان كما هو الحال في إطار قواعد الحيابة والالتصاق ، وثانيهما مفهوم موضوعي باعتبار أنه يشكل قاعدة سلوك تتطلب من الأشخاص النزاهة والأمانة وهذا هو الذي يفرضه القانون كلما تعلق الأمر بتفسير العقود أو تنفيذ الالتزامات الناشئة عنها .

عموماً شرط حسن النية يجد مصدره باعتباره قاعدة من قواعد القانون العام التي تفرضها متطلبات النزاهة والأمانة ، ويسأل المخل بالالتزام على أساس المسؤولية التقصيرية إذا لم يكن هناك اتفاق تفاوض مبرم بين الطرفين ، ويسأل على أساس

المسؤولية العقدية في حال وجود عقد تفاوض مبرم بين الطرفين تنظم العلاقة التفاوضية بين طرفيه ، وهذا على خلاف ما يراه الدكتور رجب عبد الكريم الذي يقول أن المصدر الوحيد لهذا الالتزام هو اتفاق التفاوض باعتباره التزاما إراديا يفرضه اتفاق الطرفين بالتفاوض ، وليس التزاما قانونيا يوجبه القانون مباشرة في هذه المرحلة وأن المتفاوض يسأل عن الإخلال بهذا الالتزام على أساس المسؤولية العقدية وليس المسؤولية العقدية .

ويعد حسن النية من المبادئ الأساسية التي ارتبطت بالعقود الدولية وبممارسة التجار الدوليين بحيث يمكن اعتباره من أركان نظام التجار ، ويستخدم شرط التفاوض في الحياة العملية بصيغ مختلفة ، كما يمكن استنتاجه من مجموعة اجتهادات التحكيم الذي أراد أن يجعل منها القاعدة الأساسية المتعلقة بنشأة العقود وتنفيذها و بتفسير بنودها والقوانين المطبقة عليها .

بالنسبة للطبيعة القانونية للالتزام التفاوض بحسن نية فهو التزام حقيقي وليس مجرد واجب عام ينشأ بمجرد انعقاد التفاوض بين الطرفين ، ويعد هذا الأخير التزاما جوهريا لأن التفاوض على العقد لا يستقيم دونه ، وبالتالي يلتزم به الطرفان بمجرد اتفاقهما على الدخول في التفاوض حتى ولو لم ينص القانون صراحة على ذلك ، بل ويقع باطلا كل اتفاق يقضي بإعفاء أحد الطرفين أو كليهما من هذا الالتزام .

أما فيما يتعلق بمضمون هذا الالتزام فقد انقسم فقهاء القانون الدولي الخاص في تحديد مضمونه ، إذ هناك من يراه التزام ببذل عناية ، وهناك من يراه التزام بتحقيق نتيجة ، فيما يرى آخرون أن مضمونه يختلف قبل صدور الإيجاب وبعده ، كما يتنوع تبعاً لما إذا كان هناك اتفاق سابق على التفاوض أم لا ، وهو الرأي الراجح حسب الدكتور يسري عوض عبد الله ذلك أنه قبل صدور الإيجاب يقتضي حسن النية من الطرفين إدارة المفاوضات بنزاهة وأمانة ، وعدم إتيان أي فعل يهدر الثقة بعد أن تكونت لدى الطرف الثاني الثقة في جدية التفاوض ، لذا فإن الإخلال بهذه الثقة وإهدارها تستتبع قيام المسؤولية التقصيرية ، إذ أن الإخلال بهذه الثقة يعد سوء نية مما يجعله عملاً غير مشروع أو خطأ تقصيرياً يستتبع قيام مسؤوليته ، أما في حال وجود عقد تفاوض سابق فإن الأمر يختلف عما ذكر حيث أن وجود العقد يجعل من الإخلال بأي التزامات إخلالاً بالتزامات تعاقدية مما يستتبع ذلك قيام المسؤولية العقدية ، وتكون هذه الحالة أكثر وضوحاً في حال صدور الإيجاب وتعيين مدة للقبول ، حيث يكون على الموجب إذا عين ميعاداً للقبول البقاء على إيجابه لحين انقضاء المدة ، وفي هذه الحالة يعتبر ذلك التزاماً بتحقيق نتيجة بحيث يمنع على الموجب العدول عن إيجابه ، مما يستتبع ذلك قيام المسؤولية العقدية ، هذا و نادى

الفقيه الفرنسي ربيير بلزوم إدماج القاعدة الخلقية في الالتزامات القانونية ، وأن يمتد مبدأ حسن النية ليشمل مرحلة إبرام العقد ، وهو ما يطلق عليه مبدأ حسن النية قبل التعاقد ، ومن ثم فممنذ لحظة بدء المفاوضات العقدية التمهيدية يلتزم المتفاوض بالصدق والأمانة ، كما جعلت المبادئ العامة للعقود التجارية الدولية التي وضعها معهد توحيد القانون الخاص بروما (اليونيدروا) عام 1994 والمعدل في العام 2004 ، الالتزام بحسن النية مبدأ عام يجب الالتزام به في كافة عقود التجارة الدولية .

4/ الالتزام بالتعاون وتقديم المعلومات :

أ/ الالتزام بالتعاون : ويقصد به أن يلتزم الطرفان المتفاوضان بالتعاون البناء فيما بينهما طيلة مرحلة المفاوضات بما يكفل الوصول إلى نتيجة مرضية للطرفين ، وبالتالي التزام التعاون بهذا المعنى هو التزام تبادلي يتجسد في التشاور والمشاركة في إعداد جدول الأعمال ، وتحديد مكان وزمان إجراء المفاوضات وذلك من خلال الحوار البناء والفعال المتبادل بين الطرفين المتفاوضين .

عادة لا يتم النص صراحة على هذا الالتزام بين المتفاوضين ، وإنما يفترض وجوده ضمناً ، وقد أكد الفقه والقضاء في فرنسا على وجود الالتزام بالتعاون في مجال عقود المعلوماتية ، وعقود نقل التكنولوجيا بصفة عامة ، ويعتبر من أبرز خصوصيات هذه العقود .

إن الالتزام بالتعاون يؤدي إلى تغيير النظرة التقليدية إلى العقد والتي مفادها أن هذا الأخير هو صراع بين إرادتين تمثلان مصالح متعارضة ، حيث يسعى كل متعاقد عن طريقها إلى تحقيق مصالحه الخاصة ولو على حساب المتعاقد الآخر ، الأمر الذي يحتم وجود صراع مستتر يخفيه التعاون الظاهر ، ليصبح العقد أكثر فأكثر كأساس للتعاون والثقة المتبادلة بين المتعاقدين ، وبعبارة أخرى فإن الالتزام بالتعاون لم يعد يقوم على التناحر ، وإنما يقوم على التعاون والثقة المتبادلة ، والبحث على موقف إيجابي للمتعاقد وليس مجرد الامتناع أو الإحجام ، فقد تحول العقد من مجرد حقوق والتزامات متبادلة بين طرفين إلى نوع من الشركة موحدة المصالح .

يرى بعض الفقهاء أن الالتزام بالتعاون هو التزام عقدي تترتب المسؤولية العقدية جراء مخالفته، ويستوجب لقيامها طبقاً للقواعد العامة توافر أركانها الثلاث : الخطأ العقدي ، الضرر والعلاقة السببية ، وهناك رأي فقهي آخر وهو الراجح والمؤيد أن الالتزام

بالتعاون هو التزام تبقي بالإدلاء بمعلومات معينة تسمح بحسن تنفيذ الالتزامات القانونية الأصلية ، وهذا الالتزام يقتضيه واجب المشاركة والتعاون بين الأفراد المتعاقدين في تنفيذ العقد .

في مجال المفاوضات في العقود الدولية فإن صور الالتزام بالتعاون كثيرة ، ولا يمكن حصرها ، فكل ما يحتاجه السير الحسن لعملية المفاوضات يتعين أن يتخذ الطرفان المتفاوضان ، فعدم التراخي في تحديد مواعيد الجلسات واحترام هذه المواعيد يعتبر من باب الالتزام بالتعاون ، والمرونة في مناقشة جدول الأعمال والامتناع عن التشدد بالرأي وعدم التقدم بعروض مبالغ فيها لا يمكن قبولها بهدف إفشال المفاوضات يعتبر كذلك من الالتزام بالتعاون .

إن الجدية في مناقشة عروض الطرف لآخر وعدم رفضها دون سبب جدي أو موضوعي ودون مبرر معقول وعدم السعي إلى وضع عراقيل لإفشال العملية التفاوضية ، وبذل كل طرف ما في وسعه من جهد لكي تنتهي المفاوضات وتكفل بالنجاح في المواعيد المحددة يدخل أيضا ضمن الالتزام بالتعاون .

كما أن عدم الإصرار على تحديد أماكن للتفاوض تستدعي السفر الطويل والإنفاق دون مبرر وعدم العودة إلى مناقشة مسألة تم حسمها من قبل والرفض بلال مبرر جدي لتعيين خبير لحسم مسألة فنية محل خلاف بين الطرفين وعد إخبار وإبلاغ الطرف الآخر بالعزم على قطع المفاوضات في الوقت المناسب ، كل هذا وغيره من الأمور يدخل ضمن الالتزام بالتعاون .

ب/ الالتزام بتقديم المعلومات (الالتزام بالإعلام) :

يعد من مظاهر مبدأ حسن النية في المفاوضات في العقود الدولية ، ويقصد به أن يقوم كل طرف بإخبار الطرف الآخر وإعلامه بكل ما لديه من معلومات وبيانات تتعلق بالعقد المتفاوض عليه ، وذلك حتى يتسنى للطرف الآخر الإقدام على التعاقد بإرادة حرة وسليمة ، هذا الالتزام ليس حديث النشأة فقد كان معروفا في القانون الروماني والقانون اليوناني ، وقد تطور في العصر الحديث بشكل كبير جدا في العصر الحالي نظرا للتقدم التكنولوجي الهائل وشيوع المخاطر ، وما صاحبه من تفاوت صارخ في المعرفة بين البائع والمشتري ، واختلال التوازن وعدم التكافؤ في المعلومات التي يحوزها الطرفان والذي

نتج عن التعقيد الفني المتزايد في العقود الحديثة التي يتم إبرامها ، غالبا بين شخص محترف وشخص آخر غير محترف ، لذا يتعين على المتفاوض حسن النية أن يقوم بإعلام الطرف الآخر بشفافية تامة منذ اللحظة الأولى من بدء المفاوضات فيطلع على كافة المعلومات والبيانات المتعلقة بالعقد المراد إبرامه .

الأصل في السابق أن الالتزام بالإعلام والنصيحة والمشورة من الطرف الآخر كلها واجبات أخلاقية لا ترقى لأن تكون التزاما قانونيا ، غير أن القضاء والفقهاء في العصر الحالي يريان خلاف ذلك ويؤكدان أنه التزام قانوني صحيح وحقيقي على عاتق المتفاوض منذ اللحظة الأولى لبدء المفاوضات ، بحيث يقوم كل طرف بالإفصاح إلى الطرف الآخر بكل ما يحوزه من بيانات ومعلومات تتعلق بالعقد المتفاوض عليه ، فلا يخفي عنه شيء و لا يخدعه في أمر يعلم حقيقته ، وذلك حتى يتسنى للطرف الآخر بأن يقدم على التعاقد بإرادة سليمة ومنتورة .

يشترط لقيام التزام المورد بالإعلام قبل التعاقد أن يكون المستورد جاهلا بالبيانات والمعلومات المتعلقة بحقيقة الشيء المبيع وأن يكون جهله هذا مشروعا ، ويكون جهل الدائن مشروعا إذا استحال عليه العلم ببيانات العقد استحال موضوعية أو استحالة شخصية .

بالنسبة لطبيعة الالتزام بالإعلام فهناك من يراه التزاما ببذل عناية وهو الرأي الأرجح ، وهناك من يراه التزاما بتحقيق نتيجة ، وهناك من يرى أنه من الطبيعتين معا .

أما الأساس القانوني للالتزام بالإعلام فقد تعددت الآراء الفقهية فيما يتعلق بهذه الجزئية ، حيث يرى الاتجاه الأول أن التزام البائع بتسليم المبيع يعتبر أساسا لالتزامه بالإعلام ، فيما يرى إتجاه ثاني أن التزام البائع بالإعلام يؤسس على نظرية عيوب الرضاء خاصة عيب الغلط والتدليس ، ورأي ثالث يؤسس التزام البائع بالإعلام على مبدأ حسن النية والثقة التي تسود المعاملات التجارية الدولية وهو الرأي الراجح .

ثانيا : الالتزامات الخاصة الفرعية :

1/ الالتزام بحظر المفاوضات الموازية :

وهو عقد يلتزم بمقتضاه أحد الطرفين أو كل منهما بالامتناع عن إجراء مفاوضات متوازية مع الغير لمدة معينة ، ومن صور حسن النية والاستقامة عدم إجراء مفاوضات

موازية مع شخص آخر بشأن العملية محل التفاوض ، والقاعدة العامة أن المفاوضات الموازية جائزة ومشروعة ، عملاً بمبدأ حرية المنافسة التجارية الدولية ، ومن ثم لا يمكن حظر إجراءات مفاوضات موازية إلا بموجب شرط خاص تتفق عليه الأطراف صراحة ، ويسمى شرط القصر أو الاستبعاد .

من هذا المنطلق إذا أراد الطرفان أن يقتصر أحدهما أو كل منهما على التفاوض مع الطرف الآخر فقط فعليهما أن يتفقا على ذلك صراحة شريطة أن يكون الحظر لمدة معينة ، وعندئذ يلتزم كل منهما على عدم إجراء مفاوضات موازية مع الغير طيلة مدة التفاوض ، ويرتب الإخلال بهذا الالتزام المسؤولية العقدية ، ويكفي للطرف المتضرر أن يثبت قيام الطرف الآخر بالتفاوض لمحذور .

لكن ماذا لو غاب شرط صريح بحظر المفاوضات الموازية ، هل يمكن استخلاصه ضمناً ، استناداً إلى مبدأ حسن النية في المفاوضات ؟

الحقيقة هنا أنه يصعب لتسليم بوجود هذا في ظل غياب شرط صريح بالحظر ، ذلك أن المفاوضات الموازية أمر مألوف في مجال المنافسة التجارية والصناعية ، خاصة بين الشركات لكبرى ، بحيث يصعب الاستغناء عن المفاوضات الموازية فهي تعد إحدى طرق المنافسة المشروعة ، وأهم التطبيقات القضائية في هذا السياق قضية الشركة الفرنسية (Gallay) والبلجكية (Alvat) التي أكد الحكم فيها على أنه في ظل غياب اتفاق على صريح على عدم إجراء مفاوضات موازية يصعب الاعتماد على مبدأ الالتزام بحسن النية لاستنتاج التزام بعدم التفاوض مع الغير .

شرط حظر إجراء مفاوضات موازية قد يكون موضوعاً لمصلحة أحد الطرفين حيث يجرمه من الوصول إلى طرف ثالث قد يقدم له عرضاً أكثر ربحاً ، وفي هذه الحالة قد يشترط الطرف الملتزم بذلك الشرط الحصول على مقابل مالي يتم الاتفاق عليه ويتم تحديده².

2/ الالتزام بالحفاظ على سرية المعلومات :

ويقصد به الالتزام الذي يفرض على المتفاوض التزام الصمت بخصوص كل ما يصل إلى علمه أو يكتشفه أثناء سير المفاوضات أو من خلال ما يتبادلته مع المتفاوض الآخر من مستندات ، أو من خلال الأبحاث والدراسات التي يستلزمها إبرام العقد المزمع إبرامه .

يعد هذا الأخير من أهم ما يقتضيه مبدأ حسن النية في المفاوضات التجارية ، ذلك أن المفاوضات في العقود الدولية تنصب ففي أغلب الأحيان على صفقات ذات طابع تقني و تكنولوجي معقد، كما هو الحال في عقود نقل التكنولوجيا .

يستلزم السير في المفاوضات الكشف عن العديد من الأسرار والمعلومات المتعلقة بموضوع العقد المراد إبرامه، ونظرا لأهمية هذه المعلومات بالنسبة لصاحبها يتعين على المفاوض المتلقي المحافظة عليها ، بحيث لا يفشيها ولا يستغلها ولا يستعملها لحساب الخاص دون موافقة صاحبها .

الالتزام بالمحافظة على سرية المعلومات له وجهان وجه خاص بسرية المفاوضات والمناقشات في حد ذاتها التي تجري بين الطرفين من حيث شروط إبرام العقد وغيرها من التفاصيل الأخرى ، أما الوجه الثاني فيتعلق بسرية التكنولوجيا موضوع العقد ، وهذا الأخير على درجة كبيرة من الخطورة خاصة إذا كانت الصفقة موضوعها نقل التكنولوجيا³

بالنسبة لمضمون التزام المحافظة على سرية المعلومات فالواقع العملي يعكس صعوبة كبيرة في تعريف وتحديد المعلومات التي تعتبر سرية من غيرها ، وهنا اختلف الفقه وظهر اتجاهين :

الاتجاه الأول : يعتبر بأن المعلومات السرية يجب أن تشمل كل المعلومات المتبادلة بغض النظر عن طبيعتها .

الاتجاه الثاني : وهو الرأي الأرجح والمؤيد ، حيث يرى أن المعلومات السرية يجب أن تحدد بدقة وعلى سبيل الحصر ، خاصة متى كانت المفاوضات تدور حول عقود نقل التكنولوجيا الحديثة .

الحقيقة أن نوع المعلومات السرية يتحدد بالرجوع إلى اتفاق الطرفين ، فإذا لم يتفق الطرفان على ذلك يعود للقاضي السلطة التقديرية مستعينا في ذلك بالمرشد العلمي لإبرام عقود نقل التكنولوجيا الذي يحتوي على عدة صيغ نموذجية للاتفاق على سرية المعلومات المتبادلة بين الأطراف في مرحلة المفاوضات .

أما بالنسبة لمحل الالتزام بالمحافظة على الأسرار يتكون من شقين أساسيين هما :

الامتناع عن إفشاء الأسرار : يلتزم المفاوض الذي اطلع على أسرار الطرف الآخر أثناء المفاوضات ، بأن يمتنع كلية عن إفشائها للغير وأن يعتبر ما سمعه أو رآه أو إطلع عليه ، كأن لم يكن أصلا ، ولا يخص الالتزام شخص المفاوض فقط ، وإنما يمتد ليشمل كذلك كل أعضاء الوفد التفاوضي فيلتزمون هم أيضا بعدم إفشاء هذه الأسرار باعتبارهم تابعين له .

الامتناع عن استغلال أو استعمال هذه الأسرار : وذلك لحسابه الخاص دون موافقة مسبقة وإذن من صاحبها .

فيما يتعلق بشروط التزام المحافظة على سرية المعلومات فإنه حفاظا على السرية يسعى المورد للحصول على تعهد كتابي من المستورد يتعهد له فيه بعدم إفشاء الأسرار التي إطلع عليها أثناء سير المفاوضات سواء باستخدامها لنفسه أو بتسهيل استخدامها من قبل الغير ، ويترتب على ذلك التعهد التزام المستورد وخبرائه بعدم الإفشاء ، ويكون المستورد مسؤولا عن التعويض في حال المخالفة.

يلعب التعهد الكتابي دورا فعالا في مرحلة المفاوضات ، حيث يثبت الثقة والاطمئنان في نفوس المتفاوضين ، ويؤكد مبدأ حسن النية الواجب إتباعه ، كما يساعد الأطراف المتفاوضة إلى الوصول إلى غاياتهم المنشودة ، بحيث يستطيع طالب التكنولوجيا الوقوف على الفائدة الحقيقية دون مبالغت للمعرفة الفنية محل التعاقد كما يمكنه بالاستعانة بمن يشاء من الخبراء دون أية حساسية .

الأثر القانوني لهذا التعهد يكون دائما في صالح الطرف مانح التكنولوجيا ، حيث يلتزم الطرف المتعهد باحترام تعهده وإلا تعرض للمساءلة .

أحيانا تصر بعض الشركات على إجراء المفاوضات في مكاتبها وتحت إشرافها وحراستها وذلك بحضور عدد محدود جدا من خبراء المستورد ، حتى لا يحدث تسرب المعلومات الفنية ، وتصر بعض الشركات أيضا على عدم الإفصاح عن جميع المعلومات والأسرار إلا ما تعلق منها بالقدر الضروري جدا، بحيث تكون المعلومات المصرح بها خلال المفاوضات غير كافية بذاتها لإدراك كافة الأسرار التكنولوجية .

أحيانا أخرى يشترط المورد على المستورد تقديم مبلغ من المال مقابل إطلاعه على الأسرار ، ويعتبر هذا المبلغ بمثابة ضمان لعدم إفشاء سرية المعلومات أو استخدامها ، وفي حالة التوصل إلى إبرام العقد بين الطرفين فإن هذا المبلغ يعتبر جزء ن الثمن المتفق

عليه ، وهذه الوسيلة من وسائل الضمان تتبع عادة عند التعامل لأول مرة بين طرفي المفاوضات لعدم رسوخ الثقة بينهما ، حيث يحرص الطرف مانح التكنولوجيا على مصالحه في عدم تسرب سرية معلوماته الفنية دون مقابل ، ومن مساوئ هذه الطريقة تنفيذ المستورد من هذا السلوك .

يحرص الطرفان المتفاوضان على تحرير شرط صريح في عقد التفاوض يلزمهما بالمحافظة على سرية المعلومات ، وفي حالة عدم النص عليه صراحة يفترض وجوده ضمناً ، فإذا ما أخل أحد المتفاوضين بهذا الالتزام ، فإنه يكون مسؤولاً طبقاً لعقد التفاوض مسؤولية عقدية والالتزام بالمحافظة على الأسرار ، هو التزام بتحقيق نتيجة وليس التزاماً ببذل عناية .

وعن حدود الالتزام بالمحافظة على سرية المعلومات فقد يتساءل الكثير حول تحديد مدة سرية هذا الالتزام فهناك جانب من الفقه يرى بأنه التزام أبدي لا حدود زمنية له ، ورأي آخر وهو الأرجح والمؤيد يرى أنه يتعين أن يُعَالَى في حماية السرية بطريقة غير مقبولة ، وأنه من الضروري أن نقيّد هذا الالتزام بزمن معين ومدة معقولة ، خاصة وأن الابتكارات التكنولوجية سريعة التطور ، فما هو سر اليوم قد لا يكون سرا غداً . ولا توجد صعوبة في حماية الأسرار التي تنصب على أفكار يحميها القانون ، لأن الحماية في هذه الحالة يضمنها القانون بنصوص خاصة ، لكن الصعوبة تكمن في الحالات التي ينصب فيها التفاوض على أفكار لا يحميها القانون ، لكن الإشكال الحقيقي يكمن في الحالات التي لا يوجد فيها اتفاق صريح بين الطرفين ينص صراحة على الالتزام بالمحافظة على الأسرار . فهل يلتزم الطرف المتفاوض بالمحافظة على الأسرار ولو لم يكن هناك اتفاق صريح بين الطرفين يستوجب ذلك ؟

في حالة عدم وجود اتفاق صريح ينص على المحافظة على الأسرار فإن مبدأ حسن النية ، والواجب العام بعدم الانحراف عن سلوك الرجل العادي عند التعامل مع الغير ، يستوجبان على المتفاوض أن يحافظ على سرية المعلومات المتبادلة أثناء التفاوض ، وأن لا يخون الثقة التي أولاه إياها المتفاوض الآخر⁴ .

الهوامش :

¹ لمزيد من المعلومات حول ما ورد في هذه المحاضرة أنظر يسري عوض عبد الله ، العقود التجارية الدولية ، مفاوضاتها - إبرامها - تنفيذها ، دراسة تحليلية على ضوء نظرية العقد في

التشريع الإسلامي ، إصدارات مكتب اليسري للمحاماة والاستشارات ، الخرطوم – شارع الزبير باشا
تقاطع شارع عطيرة ، د.س.ن ، ص 181 ، علي أحمد صالح ، المفاوضات في العقود التجارية
الدولية ، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الدولي العام ، جامعة يوسف بن خدة ، كلية
الحقوق بن عكنون ، الجزائر ن د.ت.م ، ص 173 .

المحاضرة رقم 10 : طبيعة المسؤولية الناشئة عن الإخلال بالالتزامات التفاوضية

تمهيد :

سبق الإشارة في المحاضرتين السابقتين إلى أن الدخول في المفاوضات يترتب عدة التزامات على الأطراف المتفاوضة ، منها ما هو أساسي ومنها ما هو تكميل أي فرعي ، يترتب على مخالفة هذه الالتزامات عموما مسؤولية قانونية . فما هي طبيعة هذه المسؤولية ؟

انقسم الفقه الدولي في تحديد الطبيعة القانونية للمسؤولية الناشئة عن الإخلال بالالتزامات التفاوضية في مرحلة ما قبل التعاقد إلى ثلاثة مذاهب، حيث يرى المذهب الأول أن الطبيعة القانونية للمسؤولية المدنية في مرحلة المفاوضات مسؤولية عقدية، ويرى المذهب الثاني أن المسؤولية مسؤولية تقصيرية، و الاتجاه الثالث يرى أنها مسؤولية موضوعية .

أولا : نظرية المسؤولية العقدية في مرحلة التفاوض :

تسمى نظرية المسؤولية العقدية في مرحلة التفاوض أيضا بنظرية الخطأ عند إبرام العقد ، ويرجع الفضل في صياغة هذه النظرية إلى الفقيه الألماني (Rudolf jhring) والذي قام بوضع نظريته هذه تأسيسا على نظرية الخطأ عند تكوين العقد" وعرفت هذه النظرية بمسميات أخرى هي نظرية الخطأ عند التعاقد ونظرية التقصير .

1/ مضمون النظرية : تتلخص هذه النظرية في أن كل شخص يقدم على التعاقد ويكون هو السبب في بطلانه ، بحيث يقيم مظهرا كاذبا يطمئن إليه المتعاقد الأخير، يلتزم بتعويض هذا الأخير بمقتضى العقد الباطل، أي أن مسؤوليته عن هذا الخطأ تكون مسؤولية عقدية، قوامها العقد الباطل نفسه .

وتترتب المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض على الخطأ الناتج عن إخلال أحد الأطراف بواجب اليقظة المفروضة عليه في هذه المرحلة على أساس عقدي، والخطأ لدى

أصحاب هذه النظرية يؤدي إلى تطبيق أحكام المسؤولية العقدية وقواعدها على المخل بالتزاماته، سواء ترتب عليه عدم انعقاد العقد أم أدى إلى بطلانه .

ويرى أهرنج أن الخطأ العقدي على الرغم من بطلان العقد أو عدم انعقاده يرتب حقا في المطالبة بالتعويض كعقد وليس كواقعة مادية، ويفترض أهرنج وجود عقد ضمان يقترن بكل محاولة لإبرام عقد بمقتضاه يتعهد كل طرف في هذه المحاولة بالأداء من جانبه ما يؤدي إلى إعاقة التعاقد أو بطلان العقد، ويستند عقد الضمان هنا إلى رضا ضمني متبادل بين الطرفين المتفاوضين، وبذلك فإن عدم إبرام العقد وبطلانه يعد إخلالا من جانب المتسبب في ذلك لهذا العقد الضمني بالضمان .

2/ أساس النظرية : الالتزام باليقظة عند التعاقد منعا من اضطراب المعاملات القانونية، كما يركز على حسن النية، أي أن أساس النظرية يكمن في انعدام الحرص من جانب المخل بالتزاماته التفاوضية ، وتتعهد المسؤولية استنادا إلى توفر خطأ بعقد مسؤولية من ينسب إليه عن التعويض لعدم تنفيذ الالتزامات أو لعدم إبرام العقد أو إبطاله .

3/ شروط قيام المسؤولية العقدية عند الإخلال بالالتزامات التفاوضية : تتحقق المسؤولية العقدية طبقا للقواعد العامة عند توافر أركان المسؤولية الثلاثة وهي : الخطأ العقدي، الضرر، والعلاقة السببية .

أ/ الخطأ العقدي : يتمثل الخطأ العقدي في مرحلة المفاوضات في عدم تنفيذ المتفاوض لالتزاماته المترتبة عليه بموجب اتفاق التفاوض، ويستوي في ذلك وفقا للقواعد العامة أن يكون عدم التنفيذ عن عمد أو عن إهمال أو أن يكون سببه مجهولا، كما يستوي أن يكون التنفيذ كليا أو جزئيا بل ويكفي أن يكون متأخرا أو معيبا، ولا يستطيع المتفاوض أن يدفع المسؤولية عنه إلا إذا أثبت أن الخطأ يرجع إلى سبب أجنبي لا يد له فيه. هذا ما كان بشأن القواعد العامة، أما في المسؤولية في مرحلة التفاوض وفقا لنظرية المسؤولية العقدية فإنه لا يعتد بالخطأ الراجع لسبب أجنبي للإعفاء من المسؤولية العقدية .

ب/ وقوع الضرر : يعتبر وقوع الضرر عنصرا أساسيا في قيام المسؤولية العقدية بصفة عامة، وبالتالي فإن المسؤولية في عقود التفاوض لا تتحقق ما لم يكن هناك ضرر قد لحق بالطرف الآخر بسبب إخلال المتفاوض بالتزاماته التفاوضية، فووقوع الخطأ العقدي لا يكفي وحده لقيام المسؤولية العقدية ، وإنما يجب أن يترتب على هذا الخطأ ضرر يصيب المتفاوض الآخر وإلا فلا مجال للمسؤولية، والضرر في مرحلة التفاوض قد يكون ضررا ماديا يتمثل في النفقات التي تكبدها في سبيل التفاوض على العقد الذي لم يتوصل الأطراف

إلى إبرامه، وكذلك في الوقت والفرص التي ضاعت عليه وخلافها من المسائل التي تقدر بالمال، كما يمكن أن يكون الضرر أدبيا ويتمثل في كل ما يمس المتفاوض في سمعته التجارية والشخصية .

ويجب أن تتوافر الشروط الثلاثة المطلوبة لوجوب التعويض وفقا للقواعد العامة وهو أن يكون الضرر محققا أو محقق الوقوع في المستقبل، وأن يكون الضرر مباشرا أي أن يكون نتيجة مباشرة للإخلال بالالتزامات التفاوضية للطرف الآخر، وهو يعتبر كذلك إذا لم يستطع المتفاوض الآخر دفعه ببذل الجهد المعقول، وأخيرا يجب أن يكون الضرر متوقعا أي أن يكون مما يمكن توقعه عادة وقت الاتفاق على الدخول في التفاوض .

ج/ علاقة السببية : ويجب لقيام المسؤولية العقدية في مرحلة التفاوض أن تتوافر علاقة السببية بين الخطأ الذي ارتكبه المخل بالتزاماته من الأطراف المتفاوضة والضرر الذي أصاب المتفاوض الآخر، وبهذا الشرط يستند أصحاب النظرية إلى أساس تقصيري إلى جانب الأساس العقدي للنظرية .

4/ تقدير النظرية : انقسم الفقه حول هذه النظرية بين مؤيد ومعارض، ونتج عن ذلك أن حدد المؤيدون مزايا هذه النظرية والمخالفون حاولوا إبراز عيوبها وذلك كما يلي :

أ/ مزاياها: يرى أصحاب هذه النظرية أنها :

● لا تقيم المسؤولية على عقد ظني فنتفادي بذلك انتفاء المسؤولية إذا كان الظن مشتركا بين الأطراف ، مما يدل على حسن نيتهم، وهي تفترض توافر قرينة قاطعة غير قابلة لإثبات العكس على توافر الخطأ من مجرد الإقدام على التعاقد مع توافر العيب، ولو كان

هذا العيب خفيا عليه شخصيا .

● صلاحية تطبيق هذه النظرية في كل الأنظمة القانونية المختلفة، ولقد ابتدع إهرنج فكرة الخطأ عند التعاقد دون إسنادها إلى أساس معين عقدي أو تقصيري، وهو بذلك يجعل ما يرتبه عليها من نتائج ممكنا الأخذ به في كل الأنظمة .

● تخفيف الشروط الصارمة لقيام المسؤولية عن الخطأ العقدي والتي فرضتها القوانين الرومانية القديمة، لذا اتسمت هذه النظرية باستجابتها لحاجات التعامل .

● وسعت هذه النظرية من فكرة العقد حيث لم يكن مقبولا اعتبار كل إيجاب وقبول عقدا .

- ابتكرت هذه النظرية فكرة عدم جواز تجريد العقد الباطل من آثاره فقصر بذلك أثر البطلان على الركن أو الشرط الباطل وحده دون سواه ، وهو ما مكنه من إقامة المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض .
- ابتكرت هذه النظرية فكرة التعويض عن المصلحة العقدية السلبية بما لا يجاوز المصلحة العقدية الإيجابية بشرط إثبات وقوع الضرر وعدم علم من أصابه الضرر أو وجوب علمه، بسبب البطلان أو القابلية للبطلان .

ب/ عيوبها : انتقد الفقهاء هذه النظرية على أساس :

- أن هذه النظرية تقوم على افتراض الخطأ في جانب المتعاقد رغم أنه قد يجهل السبب في البطلان، أو ينتقي التقصير من جانبه لعدم علمه بهذا السبب ، وهو ما يجعل من فكرة الخطأ التقصيري أو افتراض عقد ضمني بكفالة التعاقد .
- عدم كفاية فكرة الخطأ إذ أن هذه النظرية تقلب عبء الإثبات حيث لا مجال للتمسك بوجود خطأ إذا ما أقام الطرف المنسوب إليه الخطأ الدليل على عدم صحة ذلك، وعلى ذلك تقييم المسؤولية دون خطأ .
- تجاهل الأثر المطلق للبطلان ومفاد ذلك زوال كل أثر للتصرف الذي يلحق البطلان و هو ما يتعارض جذريا مع اقتصار الأثر على الركن أو الشرط الذي أصابه البطلان وحده.
- الأخذ بتفرقة تحكيمية بين التعويض عن المصلحة العقدية الإيجابية والمصلحة العقدية السلبية، وهي مصلحة يصعب تبريرها في بعض الحالات .

ثانيا: نظرية المسؤولية التقصيرية في مرحلة التفاوض :

يستند أصحاب هذه النظرية فيما يذهبون إليه إلى المبدأ العام للمفاوضات الذي يقضي بأن المفاوضات لا تقيد حرية الأطراف، وأن كل طرف يظل متمتعاً بحريته في التعاقد أو عدمه .

1/ مضمون النظرية :

تنعقد المسؤولية التقصيرية في مرحلة المفاوضات لدى أصحاب هذه النظرية في كل مرة يثبت فيها اقتران العدول بالتعاقد أو مصاحبة بطلان العقد لخطأ ارتكبه أحد الأطراف المتفاوضة وألحق ضررا بالآخر، ويقتضي إثبات هذا الخطأ إقامة الدليل على التعسف في استعمال الحق .

وعلى ذلك تنعقد المسؤولية نتيجة قيام أي من الأطراف بإتباع سلوك غير مألوف بمعيار المتفاوض المعتاد الذي يوجد في نفس الظروف الخارجية التي وجد فيها المتفاوض المخل، وأدى ذلك إلى وقوع ضرر على المتفاوض الآخر، ويقتضي إثبات هذا الخطأ إقامة الدليل على التعسف في استعمال الحق .

ويقول أصحاب هذه النظرية أن المسؤولية التقصيرية تقوم بحكم القانون وليس على أساس التصرف الباطل، بمعنى أن القانون يجعل المسؤولية عن الخطأ في مرحلة المفاوضات تقوم على تحمل التبعية على التقصير في تحمل الالتزام، وهذه المسؤولية تستوجب التعويض كأثر ناتج عن العقد الباطل، ولكن بوصفه واقعة مادية وليس باعتباره عقداً، ومن ثم يجب إثبات جميع عناصر المسؤولية التقصيرية .

كما يرى أصحاب هذه النظرية أن المفاوضات مجرد أعمال مادية غير ملزمة، ولا يترتب عليها في ذاتها أثر قانوني، وأن كل متفاوض حر في الاستمرار في التفاوض أو قطعه دون أن يترتب عليه أي مسؤولية، وهو غير مطالب بتقديم مبرر لانسحابه، فالعدول عن التفاوض لا يصلح بذاته سبباً للمسؤولية إلا إذا كان متعسفاً في الانسحاب أو صدرت عنه أفعال تتنافى مع الأمانة وحسن النية أو كان ارتكب خطأ سبب به ضرراً للمتفاوض الآخر. وهنا تقوم مسؤوليته التقصيرية المبنية على الخطأ الثابت، ويقع على عاتق المضرور عبء إثبات هذا الخطأ .

2/ أساس النظرية :

يرى أصحاب هذه النظرية أن أساس المسؤولية التي تنشأ في مرحلة التفاوض هي مسؤولية تقصيرية أساسها الخطأ نتيجة الإخلال بواجب عام يفرضه مراعاة حسن النية في المرحلة السابقة على إبرام العقد .

3/ شروط قيام المسؤولية التقصيرية :

تتحقق المسؤولية التقصيرية بتوافر ثلاثة أركان هي : الخطأ، الضرر والعلاقة السببية ، بمعنى نفس أركان المسؤولية العقدية مع بعض نقاط التباين أي الاختلاف .

أ/ الخطأ التقصيري : يعد الخطأ الركيزة الأساسية لقيام المسؤولية المدنية، حيث لا مسؤولية بلا خطأ، وقد تضاربت الآراء في تحديد معنى الخطأ في المسؤولية التقصيرية، فرأي يقول أن الخطأ هو العمل الضار غير المشروع ، ورأي آخر يقول أن الخطأ يعني الإخلال بالتزام سابق ، وآخر يرى أنه الإخلال بالثقة المشروعة.

وأراء أخرى ترى أن الخطأ التقصيري هو الإخلال بالتزام قانوني صادر عن شخص مميز، هذا الالتزام القانوني هو الواجب القانوني العام المفروض على الكافة بعدم الإضرار بالغير وهو التزام ببذل عناية، وهو أن يصطنع الشخص في سلوكه اليقظة والتبصر حتى لا يحدث ضرراً بالغير، فإذا انحرف عن هذا المسلك وكان مميزاً فإنه يكون قد ارتكب خطأ يستوجب مسؤوليته التقصيرية والتزامه بتعويض المضرور، فالخطأ الموجب للمسؤولية التقصيرية هو الخطأ الناتج بسبب انحراف الشخص عن السلوك العادي المألوف وما يقتضيه من يقظة وتبصر، وهذا الرأي الأخير تبنته المحاكم وأيده الفقه واستقر عليه، وفي مرحلة المفاوضات فإن الخطأ التقصيري يتمثل في انحراف المتفاوض عن السلوك المألوف للمتفاوض و تسببه ضرراً للمتفاوض الآخر، والخطأ التقصيري يقاس بمعيار موضوعي .

ولاشك أن المتفاوض ينحرف عن السلوك المألوف إذا لجأ للغش في التفاوض أو إذا تعدد الإضرار بالمتفاوض الآخر، والدخول في المفاوضات دون أن يكون هناك نية التعاقد، أو الدخول في المفاوضات بقصد إعاقة الطرف الآخر من إتمام صفقة أخرى، وكذلك تقديم الرشوة للمتفاوض الآخر أو السكوت عمداً عن واقعة مؤثرة في التعاقد وخلافه من صور الخطأ التقصيري الذي يصعب حصرها، ولا يشترط أن تتوفر نية الإضرار لدى الطرف المخطئ، وإنما يكفي الانحراف عن السلوك المألوف في التفاوض، ويقع على عاتق المضرور عبء إثبات الخطأ التقصيري إذ أن المسؤولية التقصيرية تقوم كما سبق الإشارة على خطأ واجب الإثبات .

ب/ وقوع الضرر: الضرر هو الركن الثاني للمسؤولية التقصيرية، وهو الضرر الذي يصيب المتفاوض الآخر نتيجة خطأ المتفاوض المخل بالتزاماته، حيث يعد الضرر العنصر المكمل للخطأ لثبوت المسؤولية المدنية تقصيرية كانت أو عقدية على المخل بالتزاماته متى ما ثبتت علاقة السببية، ولا يكفي لتحقق المسؤولية أن يقع الخطأ بل يجب أن يوقع الخطأ ضرراً يصيب المتفاوض الآخر، ولا تختلف شروط الضرر في المسؤولية التقصيرية عما هي عليه في المسؤولية العقدية .

وإثبات وقوع الضرر يقع على عاتق المضرور، ويشترط في الضرر أن يكون محققاً أو محقق الوقوع في المستقبل .

ج/ تحقق العلاقة السببية : كما هو الحال في المسؤولية العقدية يتطلب القانون لقيام المسؤولية التقصيرية أن يكون الضرر ناتجا عن الخطأ الذي ارتكبه المتفاوض، بل يجب أن يكون الخطأ المرتكب هو السبب الأساسي في حدوث هذا الضرر.

وتطبيقا لذلك إذا كان المتفاوض قد ارتكب خطأ في مرحلة التفاوض دون أن يكون هذا الخطأ هو السبب في حدوث الضرر الذي يدعيه المتفاوض الآخر فليس لهذا الأخير الحق في الرجوع على الأول بمقتضى قواعد المسؤولية التقصيرية لعدم ثبوت علاقة السببية بين الخطأ المرتكب والضرر الذي أصاب المتفاوض الآخر، ولذلك فإن البحث في العلاقة السببية بين خطأ المتفاوض والضرر الذي أصاب المتفاوض الآخر يفرض على قاضي الموضوع الوقوف على مدى تأثير الخطأ المرتكب على الضرر الواقع على المتفاوض الآخر .

4/ تقدير النظرية : وهي كغيرها من النظريات لها مزايا وعيوب :

أ/ المزايا : تعد هذه النظرية من أفضل النظريات مرونة وسهولة ويسر إلى جانب السعة في التطبيق، فهي أكثر النظريات التي يمكن أن تطبق في المرحلة قبل التعاقدية، فهي تتسع لمرحلة المفاوضات، وتضمن للمتفاوض الذي يسقط ضحية المتفاوضين سيء النية تعويضا جابرا لما لحقه من ضرر وما فاته من كسب بمجرد إقامة الدليل على توافر الخطأ التقصيري، وتعد النظرية الأكثر ملاءمة وتطبيقا في الفقه والقضاء .

ب/ العيوب : ذكر الفقهاء ثلاث عيوب لهذه النظرية :

- عدم عدالة اشتراط توافر الخطأ : حيث تتطلب المسؤولية لتتعد توافر الخطأ أو الإهمال من جانب المتفاوض بما يعقد مسؤوليته عن عمل غير مشروع ، فإذا لم يتوفر الخطأ أو الإهمال قلا مجال للتمسك بإعمال قواعد المسؤولية التقصيرية .
- صعوبة إثبات الخطأ: على المتفاوض المخل بالتزاماته لاسيما أن حرية التفاوض تمنح المتفاوض نوعا من الحصانة، كما أن إثبات التعسف في استعمال الحق أيضا يكتنفه الصعوبة في الإثبات أيضا .
- نظام التعويض: يؤخذ على هذه النظرية أيضا صعوبة التحديد الدقيق للكيفية التي يتم بها جبر الضرر عن الخطأ التقصيري فلا يشمل المزايا التي كانت ستترتب على إبرام العقد باعتبارها من قبيل الضرر غير المباشر، وأن التعويض يتم فقط للمصلحة السلبية التي تتمثل في تكبد الخسائر وضياع الوقت، وكذلك المصلحة الإيجابية المتمثلة في التعويض عن ضياع فرصة التعاقد .

ثالثا : النظرية الموضوعية :

صاحب هذه النظرية هو المستشار الإيطالي غابريال فاجيلا، حيث ذهب هذا الأخير من أجل توضيح فكرته إلى تقسيم العملية التعاقدية إلى ثلاث مراحل :

المرحلة الأولى هي مرحلة المفاوضات التمهيدية التي تسبق إبرام الصفقات الهامة والمركبة، حيث تدخل أطراف المتفاوضة في المفاوضات بهدف التوصل إلى اتفاق حول شروط الصفقة المزمع إبرامها، ويتم ذلك بواسطة تبادل الآراء والمناقشة، وتقديم العروض والعروض المضادة، ومتى توصلت الأطراف إلى اتفاق معين بشأن مسألة معينة أو عدة مسائل، يفرغ ذلك في اتفاقيات ظرفية متلاحقة لا تصل إلى مرتبة العقد النهائي ولا تلزم الأطراف المتفاوضة .

أما المرحلة الثانية حسب ما ذهب إليه فاجيلا فهي المرحلة الوسطى ويسميتها بمرحلة صياغة الإيجاب، حيث يتم خلالها جميع الجزئيات التي تم الاتفاق عليها من أجل صياغة مشروع نهائي للعقد المراد إبرامه، ووضع الإيجاب في صيغة ملموسة يتقدم به أحد الطرفين، وفقا لما توصل إليه الطرفان، من خلال اتفاق المفاوضات .

أما المرحلة الثالثة وهي مرحلة تصدير الإيجاب حيث يعتقد فاجيلا أنه خلال هذه المرحلة يتم اتخاذ القرار الحاسم والنهائي من قبل أحد الطرفين بصياغة الإيجاب ، ومن ثم يقوم بتصديره للطرف الآخر، عن إرادة باتة ونهائية في التعاقد.

يخلص فاجيلا من خلال هذا التقسيم إلى أن لكل مرحلة من هذه المراحل قيمة قانونية ويترتب عن كل مرحلة آثار قانونية معينة، ومن ثم يعترف فاجيلا بإمكانية قيام المسؤولية في الفترة قبل التعاقدية، أي في مرحلة المفاوضات، وأن درجة المسؤولية تختلف حسب كل مرحلة .

أما الأساس الذي يستند إليه فاجيلا لقيام المسؤولية قبل التعاقدية فهو فكرة الضمان القانوني والمتمثل في واقعة القبول الإرادي بالدخول في المفاوضات، إذ بمجرد حصول هذا القبول ، ينشأ ضمان قانوني يلتزم بمقتضاه كل طرف بعدم الانسحاب من المفاوضات، دون الاستناد إلى أي مبرر جدي أو موضوعي ، أما بالنسبة للتعويض عن الضرر الذي لحق المضرور في مرحلة التفاوض على العقد، فيقتصر نطاقه وحسب فاجيلا على النفقات التي أنفقها المضرور منذ بدء المفاوضات من أجل الإعداد والتحضير للعقد المزمع

إبرامه، كنفقات إعداد الدراسات الأولية، ونفقات الإقامة والنقل، وغيرها من النفقات التي تتطلبها عملية التفاوض .

نظرية فاجيلا كغيرها من النظريات تنطوي على مزايا وعيوب :

1/ مزايا النظرية :

لقد أضفت نظرية فاجيلا على المفاوضات قيمة قانونية حقيقية، فالمفاوضات ليست مجرد أعمال مادية لا أثر لها، وإنما هي واقعة قانونية يحميها القانون، ويرتب عليها آثارا إيجابية، وهي قيام المسؤولية في حالة الانسحاب التعسفي من المفاوضات، وأن أساس وجود هذه المسؤولية هو الرضا المتبادل بين الطرفين، بالدخول في المفاوضات سواء وقع ذلك صراحة أو ضمنا، والذي يقتضي عدم قطع المفاوضات أو الانسحاب منها دون الاستناد في ذلك إلى أسباب جدية أو موضوعية .

2/ عيوب النظرية :

لم تسلم نظرية فاجيلا هي الأخرى من النقد، حيث يعاب عليها أنها جاءت بتقسيم ثلاثي لمراحل العقد، وهذا التقسيم يفتقر إلى الدقة، بل ويتعارض مع الواقع ويثير مشكلات عملية عدة .

يعاب أيضا على النظرية أنها تستند في إقامة المسؤولية في مرحلة التفاوض على العقد إلى فكرة الضمان القانوني والذي يلزم الأطراف المتفاوضة بعدم الانسحاب من المفاوضات دون مبرر جدي أو موضوعي، وفكرة الضمان حسب ما يذهب إليه جانب من الفقه هي فكرة وهمية تفتقر إلى الأساس القانوني السليم، ذلك أن الالتزام القانوني لا ينشأ إلا بنص خاص يقره القانون، وليس هناك نص قانوني خاص، ينشئ التزاما بالضمان في مرحلة التفاوض على العقد .

كامل يعاب عليها أيضا أنها أخذت بمعيار غير محدد عند محاولتها التفرقة بين الانسحاب التعسفي والانسحاب غير التعسفي ، وهو معيار المصلحة الاقتصادية، ذلك أن الأخذ بمثل هذا المعيار من شأنه أن يؤدي إلى انتفاء المسؤولية كلية في مرحلة المفاوضات على العقد، فالراغب في الانسحاب من المفاوضات يستطيع إيجاد المبررات استنادا إلى معيار المصلحة الاقتصادية، كأن يحتج مثلا مبررا انسحابه بأن الشروط المعروضة عليه

لا تتفق أو لا تحقق مصلحته الاقتصادية ، كما أن هذا المعيار يمنح القاضي سلطة واسعة للتقدير .

غير أنه وبالرغم من الانتقادات الشديدة التي وجهت إلى هذه النظرية إلا أنها يرجع الفضل إليها في إعطاء مضمون جديد للمفاوضات، بحيث أضفت عليها قيمة قانونية منشأها الرضا المتبادل بين الطرفين بالدخول في المفاوضات، ومن ثم لم تعد المفاوضات مجرد أعمال مادية لا أثر لها .

(ملاحظة : تم التطرق في هذه المحاضرة إلى الاختلاف الفقهي حول طبيعة المسؤولية المترتبة عن الإخلال بالالتزامات الناشئة عن عملية التفاوض دون التطرق إلى القانون واجب التطبيق والجزاء المترتب) .

المحاضرة رقم 11 و 12 : نظرية الكفاية الذاتية للعقد الدولي :

تمهيد :

سننظر من خلال هذه المحاضرة إلى الفصل الثاني المعنون بنظرية الكفاية الذاتية للعقد الدولي من حيث وجودها، مضمونها، وسائل تحقيقها انتقادها ... الخ .

1/ ماذا نقصد بنظرية الكفاية الذاتية للعقد الدولي؟

استقر الفكر القانوني على أن العقد بشكل عام هو توافق إرادتين أو أكثر على إحداث أثر قانوني معين ، وهذا الأثر هو جوهر التراضي أو الاتفاق بين أطراف العقد ، وهو لا يكون كذلك إلا بمقتضى ما وضعه هؤلاء من محددات .

وما يتصوره أطراف العقد وما يضعوه حول المسائل المتعلقة بهذا العقد تعتبر في الواقع قواعد اتفاقية من شأنها أن تضبط علاقاتهم ، هذه القواعد هي قواعد قانونية خاصة تشبه تلك القواعد الصادرة عن السلطة التشريعية ، وتحقق الهدفين اللذين يطمح إليهما أي تشريع وضعي، والمتمثلان في العدالة والأمان، لذلك يعتبر الاتجاه الذي يؤيد نظرية الكفاية الذاتية لعقود الدولة أن هذا الأخير هو القانون التعاقدية أو القانون الدولي للأطراف المتعاقدة .

إن العقد بصفة عامة لا يحتاج لوجوده على خلاف العديد من الأنظمة الأخرى إلى تدخل أية سلطة، ذلك أنه تصرف إرادي يتمتع بتنظيم ذاتي يعود بالأساس إلى إرادة الأطراف دون سواها، بمعنى قادر على خلق قواعد قانونية فردية دون الرجوع إلى أية قاعدة قانونية وهذا باعتراف المشرع نفسه . إلا أن تمتع عقود الدولة بهذا التنظيم الذاتي لا

يعني بالضرورة افتقادها للقوة الملزمة لأن المشرع نفسه هو الذي منح قوة القانون للعقد عن طريق ما يعرف بمبدأ " العقد شريعة المتعاقدين " .

بالتالي تشكل الشروط التعاقدية الواردة في العقد الذي تبرمه الدولة مع الأشخاص الأجنبية الخاصة في مجموعها قانونا خاصا يحكم جميع جوانبه ، وذلك دون الاستعانة بقواعد القانون التي لا تلائمه، وهذا بذاته يمثل نظاما قانونيا مستقلا عن كل القوانين الوطنية وحتى عن القانون الدولي، فالعقد يكفي ذاته بذاته ، ومن غير المنافي للحقيقة القول بأن العقد الدولي يعتبر بالنسبة للمتعاقدين كالقانون الذي يصدره البرلمان بالنسبة لأفراد المجتمع المخاطبين به .

لهذا الأساس أصبح جانب فقهي يناهز ويبادر بضرورة مبدأ الكفاية الذاتية للعقد الدولي في مجال عقود الدولة، كما ذهب العديد من الأحكام القضائية للأخذ بنظرية الكفاية الذاتية للعقد الدولي .

2/ فماذا عن مبدأ الكفاية الذاتية للعقد الدولي بين الفقه والقضاء ؟

أ: مبدأ الكفاية الذاتية في الفقه :

يأخذ فقهاء قانون التجارة الدولية يبادرون بضرورة الأخذ بمبدأ الكفاية الذاتية للعقد الدولي في مجال عقود الدولة، وفي هذا السياق يقول الفقيه " فوشار " : " إن أحسن السبل للإفلات من قوانين الدول في مجال التجارة الدولية هو اشتراط الحد الأقصى من الأحكام الفنية والتجارية وتسوية الصعوبات الأكثر توقعا، فيستطيع الأطراف الاهتمام بها شخصيا، وذلك بوضع شروط خاصة وبعد مفاوضات مباشرة " .

وتلعب الصياغة الجيدة للعقد دورا لا يستهان به في تحقيق مبدأ الكفاية الذاتية، نتيجة تحقيقها لعامل الاستقرار والذي من شأنه أن يغني القاضي أو المحكم عن الاستعانة بقواعد القانون وطنية كانت أو عبر دولية .

إن الدعوة إلى تحقيق المبدأ السابق تظهر جليا وبأهمية أكبر في بعض العقود الدولية التي تتميز بطابع خاص كعقود التمويل المستندية ، والتي تبرمها الشركات الاستثمارية

والشركات متعددة الجنسيات، حيث تقوم بتحرير هذه العقود وصياغتها صياغة محبوبة ومفصلة تفصيلا كاملا على نحو يعالج القصور أو النقص في القوانين الوطنية التي تعرقل مثل هذا النوع من العمليات ثم تعرضها على الدول أو من يمثلها تمهيدا للاتفاق النهائي بشأنها .

ب : مبدأ الكفاية الذاتية في القضاء :

ذهبت العديد من الأحكام القضائية إلى الأخذ بنظرية الكفاية الذاتية للعقد الدولي كأساس لتقرير حق أحد الطرفين على الآخر، وذلك اعتمادا على شروط هذا العقد وحدها دون الرجوع إلى قواعد القانون واجب التطبيق ، ولعل أبرز مثال على ذلك هو ما قرره محكمة النقض الفرنسية في قرارها الصادر بتاريخ 1969/03/05 بشأن النزاع الذي قام بين إحدى الشركات الفرنسية (B.S.N) وأحد الإيطاليين الذي كان مكلفا بتمثيلها وتوزيع منتجاتها في إيطاليا، فعلى إثر إنهاء الشركة الفرنسية للعقد المبرم بينهما ، قام ممثل الشركة برفع دعوى أمام المحاكم الفرنسية يطالب فيها بالتعويض عن الضرر الذي أصابه جراء ها الإنهاء ، وما ترتب عنه من فقدان للعملاء مستندا في ذلك إلى نص المادة 29 من قانون العمل الفرنسي المنظم لأحكام الوكلاء التجاريين، غير أن محكمة الموضوع كانت قد رفضت طلبه ، مما جعله يرفع الطعن أمام محكمة النقض، فقررت هذه الأخيرة في موضع حكمها إلى أن " محكمة الاستئناف قد استطاعت وهي تفسر بإطلاق نية الأطراف عندما تعاقدوا على أن العقد سينفذ خارج فرنسا، أن تقدر أن هؤلاء الأطراف قد اتجهت نيتهن مرتين ومن غير غموض إلى عدم الخضوع إلى القانون الفرنسي ونتيجة لذلك فإنه من الملائم أن يتمسك ببساطة بتطبيق الاتفاق كما حرر، وهو ما يحول دون طلب (ZANARELLI) في الحصول على تعويض عن فقد العملاء " .

وعليه يتضح وبشكل جلي أن المحكمة قد اعتبرت أن بنود العقد تكفي بذاتها لحل النزاع دون الرجوع إلى قانون معين رغم أن هناك أكثر من دليل على انطباق القانون الإيطالي على هذا النزاع، والذي كان سيؤدي إلى الحكم لصالح الشركة الفرنسية .

وإلى جانب هذا يؤكد حكم صادر هن هيئة التحكيم التابعة لغرفة التجارة الدولية على أن الأطراف قد رغبوا في أن تتم تسوية النزاع دون الرجوع إلى قانون وطني، واستنادا فقط على الأحكام التعاقدية ، ووفقا للواقع والأعراف الدولية .

كما قضت محكمة استئناف باريس بشأن قضية شركات الخدمات التعاقدية للبريد البحري بأن " شركات الخدمات التعاقدية للبريد البحري قد نصت على غير أساس بأن العقد يجب أن يستند بالضرورة إلى تشريع بلد محدد ... والواقع أن الاتفاقات التي تنتج منها شرط الوفاء بالذهب تعتبر شريعة المتعاقدين " .

ومن هذا يتضح أن المحكمة قد أعطت قوة لإرادة الأطراف، وفضلتها على القانون واجب التطبيق .

إن هذا يؤكد على أن قدرة العقد الدولي على خلق قواعد قانونية استنادا إلى البنود والشروط التي يحتويها دون الرجوع إلى أي قانون وطني، وهذا ما يتلاءم بدوره مع مقتضيات التجارة الدولية .

3/ كيف يتم تحقيق مبدأ الكفاية الذاتية للعقود الدولية؟ أو بمعنى آخر : ما هي أهم وسيلة لتحقيق مبدأ الكفاية الذاتية للعقد الدولي؟

إن أهم وسيلة لتحقيق مبدأ الكفاية الذاتية للعقد الدولي في العصر الحديث هي ما أصبح يطلق عليها بالعقود النمطية أو العقود النموذجية (Contrats-types) .

أ/ ما المقصود بالعقود النمطية؟

يؤكد الفقه أن العقود النمطية هي مجموعة من الشروط التعاقدية بشأن سلعة معينة، تتضمن تفاصيل العقد بحي يمكن للأطراف المتعاقدة أن تتبنى شكل العقد بالكامل أو ترفضه بالكامل ، ولا تكون في حاجة إلا لإضافة بعض المسائل كتلك المتصلة بأسماء الأطراف ومكان التنفيذ وزمانه وغيرها من المسائل الأخرى .

ومن أشهر المنظمات التي لعبت دورا مهما في إعداد العديد من هذه العقود جمعية لندن لتجارة القمح واللجنة الاقتصادية الأوروبية للأمم المتحدة بشأن توريد الأدوات

والآلات اللازمة لتجهيز المصانع، وكذا مجلس المساعدة الاقتصادية المتبادلة لأوروبا الشرقية سابقا .

والمصدر الهام الذي تستلهم منع العقود النموذجية والشروط العامة أصل وجودها هو الأعراف والعادات التجارية، علما أن هذه العقود وتلك الشروط ليست مجرد توحيد لعادات وأعراف وجدت في وسط مجتمع التجار ورجال الأعمال، وإنما يمكنها أن تقرر قواعد جديدة مختلفة عن تلك الموجودة في القوانين الوطنية. وهذه القواعد هي وسيلة من وسائل التجديد القانوني في نطاق العلاقات الاقتصادية العابرة الدولية .

وبواسطة هذا النوع من العقود أصبح تبادل السلع والخدمات عبر الحدود يتم بسهولة كبيرة، وذلك لأنها تشتمل على أحكام تفصيلية لحقوق والتزامات كل طرف في العقد وكيفية تنفيذ تلك الالتزامات ، من ذلك تحديد مكان وزمان تسليم المبيع أو تقديم الخدمة ومدتها، ضمان العيوب الخفية ، ضمان العيوب الخفية ، ضمان المخاطر ، وكذا تحديد موعد استحقاق الثمن وكيفية الوفاء به، وغيرها من المسائل الأخرى، وبذلك تساهم هذه العقود في اقتصاد للوقت والنفقات، وهو ما يشكل أحد أهم متطلبات التجارة الدولية في الوقت الراهن .

ب/ ما هي الطبيعة القانونية للعقود النمطية والقيمة القاعدية لقواعدها ؟ بمفهوم آخر هل تشكل الحلول الواردة فيها قواعد قانونية معيارية أم لا ؟

يرى بعض الفقه أن تواتر الحلول القانونية التي تقننها العقود النمطية والشروط العامة في الأوساط المهنية الدولية من شأنه أن يخلق قواعد قانونية ملائمة تحكم روابط التجارة الدولية.

إن العقود النموذجية والعقود العامة تتمتع بقوة ملزمة في الميدان التي تستحوذ عليه، وأن هذه القوة الملزمة تستخلص من تشكيل عادات التجارة الدولية المستقرة لعرف ملزم، فالمتعاملون أمام هذه العقود يشعرون أنهم أمام مركز قانوني لا مركز واقعي، ولأن العقود النموذجية تمثل مرحلة أولى في عقود الإذعان حسب بعض الفقه فإن التكيف الذي أتى به الأستاذ الفرنسي (GOLDMAN) ومن شايعه يبدو مقبولا لدى جانب كبير من الفقه،

حيث اعتبر هذه العقود بمثابة " عقود خلاقة لقواعد عامة "، مما يعني أن التفسير الذي له يجب أن يكون تفسيراً موحداً مثل القانون تماماً .

عليه يمكن القول أن العقود النمطية والشروط العامة تقود إلى تحقيق مبدأ الكفاية الذاتية للعقد التجاري الدولي ، مما يعني أن الرجوع إلى أحكام القوانين الوطنية أصبح أمراً نادراً، فالأحكام والشروط الواردة في هذا النوع من العقود تتساوى مع القانون، أو بعبارة أخرى هي قواعد قانونية حقيقية ، وهذا ما يبرهن عليه واقع العقود الدولية، فعلى سبيل المثال تنص الفقرة 59 من دليل تحرير العقود الدولية للتعاون الصناعي والذي أعدته اللجنة الاقتصادية لأوروبا السابقة للأمم المتحدة على ما يلي " لقد وجد، مع ذلك أن مختلف أشكال القانون الخاص الوطني لا تتضمن عادة قواعد تتعلق خصوصاً بالأشكال الحديثة من العلاقات التعاقدية التي تنشأ من خلال التعاون الصناعي، ونتيجة لذلك ينبغي الاقتراح بأنه يجب على الأطراف أن يضمنوا عقودهم أحكاماً تفصيلية تحدد قانون علاقاتهم الخاص "

وهو نفس المحتوى تقريباً الذي جاءت به الفقرة 89 من دليل تحرير عقود النقل الدولي للتكنولوجيا في الهندسة، الذي أعدته نفس اللجنة ، حيث نصت على أنه " من المرغوب فيه ألا يعطي العقد مجالاً للمنازعات، وألا يجعل القاضي أو المحكم غير قادر على أن يؤسس التسوية على أحكام أو بنود العقد " .

هذا ورغم سعي أنصار نظرية الكفاية الذاتية للعقود الدولية إلى إبراز وتبرير ما يذهبون إليه في طروحاتهم ، فإن دعوتهم هذه قد تعرضت لانتقادات عديدة في الفقه الحديث ، حيث اعتبرت هذه الأخيرة أن الحلول المزعومة ما هي إلا ترجمة وتأكيد على اختلال موازين القوى من الناحية الواقعية، كونها تعكس فقط مصالح الأطراف الذين يهيمنون على وضعها أو ابتداعها .

4/ واقع العقود الدولية في ظل نظرية الكفاية الذاتية (الانتقادات الموجهة) :

أنتقدت نظرية الكفاية الذاتية ، وقد وزعت هذه الانتقادات على مستويين الأول نظري اهتم باستخدام أساليب المنطق القانوني في تفصيلاته الفنية الدقيقة ، وذلك بتبيان

حقيقة العقد بين الإرادة والقانون، ونفي صفة القاعدة القانونية عن العقود النمطية ، أما المستوى الآخر، فهو ذو طرح عملي يهتم ببيان العجز عن إدراك الكفاية الذاتية نتيجة القصور في تحرير العقد وثغراته .

فما حقيقة العقد بين الإرادة والقانون ؟ وما هي حقيقة العقود النمطية الدولية ؟ (أي ما هي القيمة القاعدية للحلول الواردة في العقود النمطية ؟)

/ ما حقيقة العقد بين الإرادة والقانون ؟

إذا كان أنصار مبدأ الكفاية الذاتية للعقد قد استندوا في تبرير مزاعمهم على نص المادة 1134 من القانون المدني الفرنسي ، المقابلة لنص المادة 106 من القانون المدني الجزائري، والتي تقرر قاعدة أن العقد شريعة المتعاقدين، فيظهر أنهم تناسوا أن تلك المادة تخص الاتفاقات التي تبرم وفقا للقانون .

وتظهر أهمية الحاجة إلى القانون وبشكل جلي عند سكوت أطراف العقد عن وضع حل لمسألة معينة هي محل نزاع بينهم، حيث يتولى القانون في هذه الحالة حل تلك المسألة، كما أن القاضي وهو بصدد النظر في النزاع المطروح أمامه، لا يستمد سلطته إلا من القانون، وليس له تبعاً لذلك أن يقضي بإدانة أحد أطراف العقد دون الرجوع إلى القانون .

كما أن الاعتماد على الإرادة لتحقيق كمال العقد يصطدم مع مبدأ آخر هو هيمنة القانون الوضعي، حيث يكون لهذا الأخير القدرة على تقديم الحلول لقطع المشاكل التي تنشأ عن علاقات أطراف العقد .

وإلى جانب كل هذا يؤدي القول بكفاية العقد في ذاته إلى سمو الإرادة الفردية على القانون، كما يعني الاعتراف بالقوة الملزمة لاتفاقات الأفراد، استقلالاً عن القانون ، وهذا يبدو غير مقبول في المنطق القانوني، ذلك أنه لا قيمة للإرادة إلا بمقتضى القانون الذي يعطيها سلطة من أجل ترتيب الأثر المراد

وإذا كان القانون لا يمنح العقد القوة الملزمة بل يكشف عنها على حد قول أنصار مبدأ الكفاية الذاتية فإنه " لا يمكن نكران أن القانون يؤكد تلك القوة الملزمة ويضمن

فعاليتها بأدواته القانونية "، ذلك أن " مسألة القوة الملزمة للعقد لا تثور أو تحل إلا بالرجوع إلى النظام القانوني الذي يجب أن يندرج فيه العقد، أو ينتج فيه العقد بعض آثاره " ، وهذا ما أكده أحد قرارات التحكيم الشهيرة والذي قضى بأنه من غير المعقول أن يعيش العقد في فراغ قانوني، ولكن يجب أن يستند في ذلك إلى قانون، فالإرادة لا تستطيع خلق روابط اتفاقية إلا إذا أعطتها القانون ذلك مسبقاً، وإذا كان العقد يخضع لقاعدة سلطان الإرادة فإن الإرادة يجب أن يعبر عنها في إطار نظام قانوني معين يفرض عليها .

ب/ ما هي حقيقة العقود النمطية الدولية ؟ (أي ما هي القيمة القاعدية للحلول الواردة في العقود النمطية ؟)

سبق القول أن أنصار مبدأ الكفاية الذاتية يسعون من خلال دعوتهم لتحقيق هذا المبدأ إلى الوصول لنتيجة مفادها أن الحلول القانونية التي تقنها العقود النمطية والشروط العامة في الأوساط المهنية الدولية هي قواعد قانونية ملزمة تحكم روابط التجارة الدولية، وأن هذه القواعد لا تنتمي إلى قانون وطني، مما يجعلها تكفي ذاتها بذاتها .

غير أن ما يلاحظ أولاً هو أن العقود النموذجية والشروط العامة، بل والعادات التجارية بصفة عامة لا يمكن لها أن تكون بأي حال من الأحوال قواعد قانونية معيارية، ذلك أنها خلق إرادي، يتم ابتداعها من قبل منظمات مهنية تمثل في الغالب مصالح أحد أطراف العقد .

ومن المسلم به أيضاً أن قدرة الإرادة تتوقف عند إمكانية خلق قواعد فردية لا يمكن أن تتعداها إلى خلق قواعد معيارية، وإذا كان بإمكان المتعاقدين طبقاً لمبدأ سلطان الإرادة أن يقوموا بإنشاء وخلق قواعد تلزمهما، فإن هذه القواعد هي قواعد لا يمكن أن يمتد أثرها الملزم إلى أشخاص آخرين ليسوا بأطراف في العقد، في حين أن القواعد التي يكون لها أثر ذاتي تحتاج إلى إرادة جماعية ، وهو ما لا يصدق على الوضع الحالي للعقود النمطية .

وهكذا يلاحظ أن العقود النمطية هي مجرد شروط تعاقدية يكتنفها القصور، وبالرغم من عامل التكرار الذي قد يمكنها من أن تصبح عادات اتفاقية، فإن ذلك لا يعني أنها ترقى إلى مرتبة القواعد القانونية ، فهي عقود مقترحة لا تطبق إلا إذا اتفق الأطراف على ذلك

صراحة، ولا يكفي إحالة الأطراف الضمنية إليها، بل وقد يشترط أن تكون الإحالة إليها مكتوبة، وهذا ما ورد فعلا في مقدمات العقود النمطية لتصدير وبيع المصانع والآلات مع تركيبها ، التي أعدت من قبل اللجنة الاقتصادية لأوروبا كالنمطين رقم 188 و 188 أ .

إلى جانب هذا، ونظرا لقصور تلك الشروط العامة فهي لا تتمتع بالخصائص المميزة للقاعدة القانونية وقدسيتها، حيث لا تطبق بقوة إلزامها الذاتية، بل وأكثر من ذلك يحق للأطراف إدخال ما يرونه مناسباً لهم من تعديلات عليها، أو حتى استبدالها بشروط وأحكام يعتبرونها أكثر ملاءمة بالنسبة لهم، وهذا ما يعني بدوره أن العقود النمطية تبقى في حاجة دائمة إلى القانون، بل ويفرض هذا الأخير عليها في مجالات لا يمكن الإدعاء فيها بمبدأ الكفاية الذاتية، ومن ذلك القوانين المتعلقة بالمنافسة والرقابة على النقد وكذا عملة الوفاء وسعر الصرف، فهذه مسائل متعلقة بأسس سياسية واقتصادية لمختلف الدول، ولا يكون بالتالي محلاً لأعمال ما اتفق عليه أطراف العقد الدولي.

أما القول بأن القواعد التي تخلفها العقود النموذجية هي قواعد واقعية أو قواعد شبه أمر، فهذا لا يكشف عن أية حقيقة قانونية، لأن القاعدة القانونية، إما أن تكون كذلك أو لا تكون، فلا توجد قاعدة واقعية، ذلك أن القواعد القانونية هي قواعد اجتماعية ملزمة، وهي إما أمر أو مكملة.

كما أن اعتبار شروط وأحكام العقود النمطية كمقدمة لعقود الإذعان تجعل من رقابة المحاكم رقابة مشروعية، حيث يتولى القاضي الرقابة على مشروعية القواعد الموجودة بالعقد، وعدم مخالفتها للقواعد النظامية أي قواعد قانون الدولة ، هو اعتبار يتنافى مع المنطق القانوني .

فرقابة المحاكم لشروط العقد هي رقابة عدالة تفرض حماية الطرف الضعيف اقتصادياً، وأكثر من ذلك سيؤدي وجود شرط مخالف لقاعدة أمر في القانون إلى رفض تطبيقه من طرف القاضي أو يبطله إن أُلزم الأمر، وهذا ما يؤكد على أن السلطة الممنوحة للقاضي في رفض الشرط التعاقدية أو الحكم بإبطاله باسم العدالة تتعارض تماماً مع فكرة " العقد – قانون ، (Contrat-Loi) " .

كخلاصة لما سبق ذكره فقد أثبت الواقع العملي على أن كفاية العقد لذاته بذاته، ما هي إلا نوع من الوهم الذي يستوطن في خيال من يحاولون إثبات وجود هذه النظرية، فالقصور في بنود العقد وأحكامه أمر يبقى قائماً مهما كانت خبرة الأطراف وتوقعاتهم لما يمكن أن يحدث مستقبلاً، وليس هذا بالأمر الغريب إذا كان النقص قد يعترى القانون نفسه .

ولذلك رأى البعض أن هناك " استحالة في خلق مجموعة من الاشتراطات التعاقدية التي يمكن أن تكون كافية بذاتها كلية، وتستبعد الحاجة إلى اللجوء لأحكام القانون " .

ولعل هذا ما لاحظته وأدركه العديد من الفقهاء في معرض دراستهم لعقود نقل التكنولوجيا، حيث ثبت أنه ورغم العناية الكبيرة التي تبذل في تحرير تلك العقود، فإن القصور يبقى دائماً يعترىها، مما يلزم أطرافها دائماً بتعيين القانون الواجب التطبيق عليها لتدارك ذلك القصور .

من جهة أخرى لاحظ الفقه أن منازعات العقود الدولية تكون في غالب الأحيان خاصة بمسائل لم يتناولها الأطراف بالتنظيم، أو لم ينتبهوا إليها، ومثال ذلك عقد من عقود الدولة لم يتول أطرافه تنظيم مسألة التعويض مع فسخ العقد أو التعويض عن إنهائه قبل انتهاء مدته، كذلك عقد لم يوضح فيه الأطراف كيفية حل المشاكل الناجمة عن ظهور أحد عيوب الرضا عند إبرامه .

لذلك سيؤدي التمسك بمبدأ الكفاية الذاتية للعقد الدولي، حتى إلى حرمان القاضي أو المحكم الذي يقع على عاتقه مهمة إكمال الثغرات الحتمية أو التي لا يمكن تلافيتها في العقد من الرجوع إلى قواعد القانون، وهذا من شأنه المساس بالاستقرار والأمن القانوني، طالما أن معظم الفقه قد اعترف بثغرات مبدأ الكفاية الذاتية، وعدم كماله في تغطية جميع المسائل المطروحة حتى لو تعلق الأمر بعقود دولية مفصلة إلى درجة كبيرة قد يصل حجمها إلى حجم الكتب الحقيقية، حيث تبقى دائماً ناقصة وتتطوي على فجوات خطيرة .

ومن هذا المنطلق فإن اصطلاح - العقد دون قانون - أو مبدأ الكفاية الذاتية للعقد الدولي هو اصطلاح غامض لا تقابله حقيقة في الواقع، ومن ثمة فيجب ألا يحمل على معناه اللغوي ربما يؤدي إلى القول بأن العقد يخرج تماماً ليس فحسب من سلطان القانون

بالمعنى الضيق ، أي قانون الدولة ، بل وأيضا من سلطان القانون بمعناه الواسع ، أي ذلك القانون الذي قد يوجد خارج مجتمع الدولة ضمن نظم قانونية أخرى، بحيث يكون العقد مكتفيا بذاته .

وإذا كانت خصوصية العلاقات التجارية الدولية تحتم تحرير عقودها من هيمنة النظم القانونية الوطنية – وفقا لما يذهب إليه فقهاء قانون التجارة الدولية – فإن هذا لا يعني أن هذه العقود بإفلاتها من سلطان تلك القوانين، قد أصبحت تعيش في فراغ قانوني، بل هي تدخل في نطاق سريان نظام قانوني آخر، ليس من صنع الدولة، وإنما صادر عن المجتمع الذي نشأت في رحابه تلك العلاقات، فقد حان الوقت (وفقا لنفس الاتجاه) للاعتراف بتنظيم قانوني مستقل للعقود الدولية يتلاءم ومقتضيات التجارة الدولية .

بالتوفيق للجميع .