

إصدارات مكتب اليسري للمحاماة والاستشارات
الخرطوم - شارع الزبير باشا تقاطع شارع عطبرة

العقود التجارية الدولية

مفاوضاتها - إبرامها - تنفيذها

دراسة تحليلية على ضوء نظرية العقد في التشريع الإسلامي

المحامي الدكتور
يسري عوض عبد الله

العقود التجارية الدولية

مفاوضاتها وإبرامها و تنفيذها

دراسة تحليلية على ضوء نظرية العقد في التشريع الإسلامي

المحامي الدكتور

يسري عوض عبدالله عبدالقادر





أصل هذا الكتاب رسالة علمية نال بها المؤلف درجة
الدكتوراه في القانون من جامعة النيلين بجمهورية
السودان في العام ٢٠٠٩م / ١٤٣٠هـ

يقول الله تعالى في محكم تنزيله:

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ أُحِلَّتْ لَكُمْ بَهِيمَةُ الْأَنْعَامِ إِلَّا مَا يُتْلَى عَلَيْكُمْ غَيْرَ مُجَلِّي الصَّيْدِ وَأَنْتُمْ حُرْمٌ إِنَّ اللَّهَ يَحْكُمُ مَا يُرِيدُ ﴾ سورة المائدة الآية ١

ويقول تعالى: ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالِكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا ﴾ سورة النساء الآية ٢٩

الإهداء

إلى روح والدتي و جدتي براً بهما.

إلى أبي الذي غرس حب العلم والطموح والمسؤولية في نفوسنا منذ الصغر.

إلى زوجتي المتفانية رمز الحب والعطاء التي كانت عوناً لي بعد الله في إعداد هذه الرسالة

إلى زوجة أبي واخواني وأخواتي عرفاناً بفضلهم وتشجيعهم الدائم لي .

إلى ابنائي محمد وعبدالعزيز ومصطفى وابنتي زهرة ورذاذ جعلهم الله قرّة أعين والديهم

إلى جميع المهنيين من أساتذة القانون والقضاة والمستشارين والمحامين

إلى كل هؤلاء أهدي هذا الجهد العلمي المتواضع

مُقَدِّمَةٌ

الحمد لله رب العالمين، بعث رسوله المصطفى معلماً وهادياً، وإلى الخير داعياً، ومن الشر محذراً وناهياً، أحمده سبحانه بما هو له أهل من الحمد وأثني عليه، وأومن به وأتوكل عليه، من يهده الله فلا مضل له ومن يضلل فلا هادي له، وأشهد أن لا إله إلا الله وحده لا شريك له رفع أولي العلم درجات وشرفهم فقرن شهادتهم بشهادته وشهادة ملائكته على حقيقة الوجدانية فقال: (شَهِدَ اللَّهُ أَنَّهُ لَا إِلَهَ إِلَّا هُوَ وَالْمَلَائِكَةُ وَأُولُو الْعِلْمِ قَانِمًا بِالْقِسْطِ)، وأشهد أن سيدنا ونبينا محمداً عَبْدُ اللَّهِ وَرَسُولُهُ . أَمَا بعد :

تعدّ عقود التجارة الدولية من المواضيع البالغة الأهمية، حيث تمثل العمود الفقري للتجارة الدولية، وهي الأداة القانونية الأكثر ذيوغاً لتبادل السلع والخدمات عبر الحدود، وتساهم بشكل فعال في نقل التكنولوجيا والتقنية، من خلال عقود التعاون الصناعي، وعقود التمويل وخلافها من عقود التجارة الدولية التي تساهم في تطور البلاد. ولقد اهتمت المنظمة الأممية بهذه العقود لاسيما أنها الأداة الناجعة في تحقيق سياسة العوامة التي تسعى إليها الدول الصناعية الكبرى، ولأهميتها في بناء اقتصاديات الدول قامت المنظمة الأممية بإنشاء منظمة التجارة الدولية التي تُعنى وتسعى إلى تحرير التجارة العالمية.

وتعتبر عقود التجارة الدولية من أدق الموضوعات وأكثرها غموضاً في القانون الدولي الخاص، ونحن إذ نعمد إلى موضوع من أهم الموضوعات وأدقها في التجارة الدولية، فإننا نحاول تأصيلها وتحليلها وفقاً لنظرية العقد في الفقه الإسلامي ونحاول أن نجد جواباً لسؤال يطرحه الكثيرون من التجار في الدول الإسلامية ألا وهو ما مدى

توافق المبادئ الدولية لعقود التجارة الدولية مع نظرية العقد في الفقه الإسلامي؟ وذلك من خلال دراسة مبادئ العقود التجارية الدولية الصادرة عن معهد روما لسنة ١٩٩٤م المعدلة في العام ٢٠٠٤م والمبادئ الواردة في الاتفاقيات الدولية الأخرى التي اهتمت بالعقود التجارية الدولية مثل اتفاقية البيع الدولي للبضائع المنعقدة في فيينا عام ١٩٨٠م، واتفاقية القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية المنعقدة في روما سنة ١٩٨٠م، وبعض الاتفاقيات الإقليمية المنظمة للتجارة الدولية والعقود الدولية .

وفي ظل تداخل العلاقات التجارية المحلية والعالمية في وقتنا الراهن والتحولت في اقتصاديات الدول التي صاحبت نفاذ اتفاقيات تحرير التجارة العالمية، سوف يتعاظم معه دور عقود التجارة الدولية المبرمة في المجالات الاستثمارية المختلفة لاسيما في مجال تجارة السلع والخدمات.

وتنتهي عقود التجارة الدولية إلى طائفة العقود غير المسماة، وهي في الغالب تكون عقوداً مركبة وطويلة الأجل، ولا توجد في اغلب الدول تشريعات تلائم خصوصيتها لذا تثير إشكالات عدة أثناء التفاوض حول العقود التجارية الدولية وفي مرحلة إبرامها و عند تنفيذها، باعتبار أنها عقود تبرم بين أطراف من دول مختلفة لكل دولة قانونها. وعموماً فإن المشكلات التي تثيرها عقود التجارة الدولية متعددة ومتنوعة ومتجددة، ومن المشكلات منها تحديد مفهوم عقود التجارة الدولية، وهي من أكثر المسائل التي أثار جدلاً وسط فقهاء القانون الدولي الخاص، ولم يتمكن الفقهاء والمختصون من وضع تعريف موحد لها ، ولقد تباينت الآراء الفقهية في ذلك وانقسمت إلى ثلاثة مذاهب لتحديد الصفة الدولية للعقد التجاري والمعياري الذي يحدد به العقد التجاري الدولي من العقد التجاري الوطني؛ أولهما المعيار القانوني وثانيهما المعيار الاقتصادي وثالثهما المعيار المزدوج، ولقد تناولنا هذا الموضوع بشيء من

الإسهاب ومن ثم تحليله من وجهة النظر الشرعية لتحديد مفهوم العقد التجاري الدولي من منظور إسلامي.

كما توجد عدة مشكلات متعلقة بالنواحي القانونية في مرحلة ما قبل التعاقد في عقود التجارة الدولية، وهذه المرحلة لها أهميتها الموضوعية والقانونية، وبحيث يستحيل على القانون إغفال أمرها، ذلك أن مجرد قبول التفاوض يضع أطرافها في نطاق القانون، وتعتبر هذه المرحلة في عقود التجارة الدولية من أهم مراحل العقد وأخطرها حيث إنه في هذه المرحلة يتم تحديد معظم حقوق والتزامات طرفي أو أطراف العقد المراد إبرامه، ولعل أهم مشكلة في هذه المرحلة هي قطع المفاوضات والمسؤولية التي تترتب على هذا التصرف.

ونظرا لأهمية مرحلة المفاوضات في العقود التجارية الدولية فقد اتجه الفكر القانوني إلى تأمين هذه المرحلة عن طريق الاتفاقيات التمهيدية لتنظيم عملية التفاوض بغية الوصول إلى اتفاق نهائي ملزم للأطراف.

ورغم أن القاعدة العامة في مبادئ عقود التجارة الدولية، خضوع التفاوض لمبدأ حرية التعاقد ومبدأ سلطان الإرادة إلا أن أعمال هذه المبادئ ليس على إطلاقه إذ توجد قيود يجب مراعاتها والخروج عنها يرتب المسؤولية ويكون للطرف المضرور الحق في التعويض عن الأضرار التي لحقت به، وبحث هذه الجزئية يقتضي تحديد طبيعة المسؤولية والقانون الواجب التطبيق.

ومراحل إبرام العقد التجاري الدولي ليست بأقل أهمية من مراحل التفاوض على العقد ذلك أن أغلب العقود التجارية الدولية تتم بين متبايعين لا يجمعهما مجلس عقد واحد، مما كان له انعكاساته على مفهوم الإيجاب والقبول في عقود التجارة الدولية، فضلا عن أن كافة التفاهات والمحادثات تتم عبر وسائل الاتصالات الحديثة، مما أثار جدلا وسط الفقهاء عن مدى مشروعية التراضي وتكوين العقد

التجاري الدولي.

ولقد اختلف فقهاء القانون التجاري الدولي حول الأركان المطلوبة لإبرام العقد التجاري الدولي، و انعكس هذا الخلاف على الاتفاقيات الدولية التي أبرمت بشأن تنظيم المعاملات التجارية العابرة للحدود مثل اتفاقية البيع الدولي للبضائع المبرمة في روما عام ١٩٨٠م ومبادئ العقود التجارية الدولية المعدلة في العام ٢٠٠٤م. وهاتان المعاهدتان جعلتهما موضع الدراسة التطبيقية في هذه الرسالة.

وبعد إعداد المشروع النهائي للعقد و صياغته وتحديد التزامات ومضمون العقد التجاري الدولي تبدأ مرحلة تنفيذ ما تم الاتفاق عليه، وهي الغاية المنشودة من كل عقد يتم إبرامه، ولكن في كثير من الأحيان تعترض هذه المرحلة صعوبات، وهي المرحلة التي تنشأ فيها الخلافات بين الأطراف، ولأهمية هذه المرحلة يحرص الأطراف على وضع قواعد لتفسير العقد لتحديد مقاصد كل من الطرفين حال التنازع، ليكون عوناً للجهات القضائية أو التحكيمية فضلاً عن الوسائل الداخلية والخارجية التي يستعان بها للوصول إلى الإرادة المشتركة للطرفين .

إن المصير الطبيعي للعقود الصحيحة هو تنفيذ ووفاء كل من الأطراف بالتزاماته المترتبة عليه وفقاً لما تم الاتفاق عليه، ولكن قد يحدث في أحيان كثيرة الاعتراض ورفض التنفيذ من قبل أي من الأطراف فيترتب على ذلك بعض الآثار القانونية، وهناك بعض الحالات التي يتم فيها الإعفاء من المسؤولية رغم عدم تنفيذ العقد وفق ما تم الاتفاق عليه. وأهمية هذا الموضوع يتطلب منا تناوله وقفا للتبويب التالي:

الباب التمهيدي

المفهوم القانوني لقانون و عقود التجارة الدولية

مَهَيِّدًا: لقد اختلف فقهاء القانون الدولي الخاص حول وجود صفة النظام القانوني لقانون التجارة الدولية وصفة القاعدة القانونية لها، حيث يرى البعض أن مصطلح التجارة الدولية يتسم بالغموض نظراً لأن التسمية توحى بوجود مجموعة من القواعد تشكل نظاماً قانونياً منسجماً ومتميزاً على غرار القوانين التجارية الوطنية ويرى آخرون وهو الاتجاه الراجح في الفقه أن قانون التجارة الدولية تشكل في مجموعه نظاماً قانونياً بالمعنى الدقيق لهذا المصطلح.

كما اختلف الفقهاء بشأن وضع تعريف موحد للعقد التجاري الدولي، وتباينت الآراء الفقهية في ذلك فبرزت عدة معايير لتحديد الصفة الدولية للعقد التجاري، بل تعدى هذا الخلاف إلى الصفة الدولية للعقود التجارية الدولية ومن أين تستمد صفتها الدولية هل من الشكل الذي تتخذه أم من طبيعة العلاقة التي تحكمها؟ وللإجابة على هذه الأسئلة وتفصيلاً لما أجملناه سيتم تناول هذا الباب في الفصلين التاليين:

الفصل الأول: مفهوم النظام القانوني للتجارة الدولية.

الفصل الثاني: المفهوم القانوني للعقد التجاري الدولي وطبيعته

الفصل الأول

مفهوم النظام القانوني للتجارة الدولية

تَهَيَّأ: من أكثر المسائل الخلافية لدى فقهاء القانون الدولي الخاص هو مدى تمتع قواعد قانون التجارة الدولية بصفة القاعدة القانونية والنظام القانوني، وهل هذه القواعد دولية أم وطنية، وفيما إذا كانت من القانون العام أو من القانون الخاص. وللإجابة على ذلك ينبغي التحقق أولاً مما إذا كان يتمتع هذا القانون بصفة النظام القانوني، وقواعده بصفة القاعدة القانونية، وهل يصدق على قانون التجارة الدولية صفة الدولية أم الوطنية، وثانياً التحقق من نوع العلاقة التي يحكمها هذا القانون؟ وللإجابة على ذلك ينبغي أولاً تعريف القانون التجاري الدولي ومن ثم الإجابة على الأسئلة المطروحة.

كما اختلف الفقهاء حول قواعد قانون التجارة الدولية هل هي قواعد موضوعية أم مجرد قواعد إسناد أم مزيج من الاثنين؟ وعلى ضوء ما تقدم سأتناول هذا الفصل وفقاً للمباحث التالية:

المبحث الأول: مفهوم النظام القانوني والقاعدة القانونية لقانون التجارة الدولية

المبحث الثاني: الطبيعة القانونية لقواعد التجارة الدولية وخصائصها ومصادرها

المبحث الأول

مفهوم النظام القانوني والقاعدة القانونية لقانون التجارة الدولية

اختلف الفقهاء حول مدى تمتع قواعد قانون التجارة الدولية بصفة القاعدة القانونية وبصفة النظام القانوني بالمعنى الفني الدقيق، فمنهم من اعترف بالصفة القانونية لقواعد ومبادئ قانون التجارة الدولية، ومنهم من أنكر الطابع القانوني لقواعد القانون التجاري الدولي ومبادئه، وعلى ضوء ما ذكر سوف نتناول هذا المبحث وفقاً للمطالب التالية:

المطلب الأول

تعريف النظام القانوني والقاعدة القانونية

أولاً: التعريف اللغوي للنظام القانوني والقاعدة القانونية: النظام في اللغة يعني القانون في اللغة بمعنى «القاعدة»، والقاعدة تعني بدورها في اللغة معنى النظام والاستقرار على نمط رئيسي ومطرّد^(١).

ثانياً: التعريف الاصطلاحي للنظام القانوني: عرف بعض الفقهاء النظام القانوني اصطلاحاً بأنه مجموعة القواعد العامة التي تنظم سلوك الأفراد في المجتمع وتلزم السلطة العامة الأفراد على احترامها بالقوة عند الاقتضاء وذلك عن طريق توقيع الجزاء على من يخالفها^(٢).

وعرفه البعض بأنه مجموعة القواعد الاجتماعية الملزمة المنظمة لعلاقات الأفراد داخل الجماعة والتي تستتبع مخالفتها توقيع الجزاء^(٣). أي تعني مجموعة القواعد التي

(١) الأستاذ الشيخ عباس الكعبي . بحث منشور له بعنوان النظام القانوني في الإسلام مقارناً بالنظم الوضعية . على موقع مؤسسة دائرة معارف الفقه الإسلامي طبقاً لمذهب آل البيت على الرابط التالي :

<http://www.shahrodi.com/magazines/Feqh29a/maj29003.htm>

(٢) د. عبد الزاق الفحل وآخرين . المدخل لدراسة الأنظمة . الطبعة الأولى ١٩٩٣ م - دار الأفق للنشر والتوزيع - جدة - ص ١٨٠

(٣) أ.د. محمد عمران وآخرين - المقدمة في دراسة الأنظمة - الطبعة الثانية ٢٠٠٠ م - دار حافظ للنشر والتوزيع - جدة - ص ١٤

تنظم سلوك الأفراد في المجتمع، والمقترنة بجزء توقعه السلطة النظامية لهذا المجتمع على من يخالف سلوكيات وعادات أعضائها.

وعرف بأنه مجموعة القواعد القانونية المجتمعة حول ظاهرة اجتماعية واحدة، كنظام الزواج ونظام الملكية^(١) وغيرها من النظم التي تنظم جانبا من الحياة الاجتماعية.

وعرفه آخرون بأنه مجموعة القواعد العامة والمجردة والملزمة والتي تنظم سلوك الإنسان الاجتماعي مصحوبة بجزاء على نحو المكافأة أو العقوبة لمن ينفذها أو يخالفها من قبل السلطة العامة، كفيل باحترامها^(٢).

والحقيقة أن فقهاء القانون لم يتفقوا فيما بينهم على مصطلح واحد لمفهوم النظام القانوني، مع اتفاق جميع الفقهاء على اعتبار القاعدة القانونية، قاعدة الغرض منها تنظيم علاقات الأفراد داخل المجتمع، بغرض المحافظة على بقاء المجتمع وارتقائه، و يتحقق ذلك عن طريق التوفيق بين مصالح المجتمع المتضاربة، ولذلك تحرص السلطة العامة على إيجاد نظام يرضى مصالح الأفراد الخاصة وتحقيق العدالة بينهم، ويحفظ للجماعة كيانها على نحو يكفل الصالح العام .

والشريعة الإسلامية لا تعرف مصطلح القانون ، وإنما تعرف مصطلح الشريعة ، الذي يسع بجانب مفهوم القانون بمعناه المعاصر، مفاهيم أخرى كالعقيدة والعبادة والأخلاق، والشريعة بهذا المفهوم الشامل تتكون من عدة أحكام تنظم الحياة بكافة جوانبها، الاقتصادية والاجتماعية والسياسية وعلاقة السلطة مع مواطنيها ، والعلاقات الدولية، بجانب علاقة الفرد مع ربه.

(١) د. عمر سليمان الأشقر - خصائص الشريعة الإسلامية . - الطبعة الأولى ١٩٨٢ - مكتبة الفلاح بالكويت - ص ١٣

(٢) الأستاذ الشيخ عباس الكعبي . البحث المنشور الكترونيا والمشار إليه سابقا .

والشريعة الإسلامية في الاصطلاح الشرعي تعني الأحكام التي شرعها الله لعباده، سواءً كان تشريع هذه الأحكام بالقرآن أم بسنة النبي محمد ﷺ من قول أو فعل أو تقرير^(١)

ولقد فرق بعض الفقهاء بين مصطلحي الشريعة والتشريع فعرفوا الشريعة بأنها هي "مجموعة الأحكام التي شرعها الله لعباده والمستمدة من الكتاب والسنة، والمنظمة لحياة الناس فيما يتعلق بعقيدتهم الدينية والمعاملات ونظم الحياة"^(٢). وعرفوا التشريع بأنه "مجموعة القواعد الشرعية التي تعرف بها الأحكام المنظمة لحياة الناس في معاملاتهم"^(٣).

والتشريع قد يكون تشريعاً إلهياً محضاً ويتمثل هذا في القواعد التشريعية المستمدة من النصوص الثابتة، كالقرآن والسنة وتتصف هذه القواعد بصفة الثبات والاستمرار، لأنها قواعد وأحكام منزلة من عند الله لا تحتمل التغيير والتبديل، وقد يكون تشريعاً إسلامياً وضعياً ويشمل هذا الآراء الفقهية الواردة عن الفقهاء المجتهدين وهذه الآراء لا تتصف بصفة الثبات والاستمرار^(٤) لأنها من عند المجتهدين من البشر. وتشكل هذه الأحكام مجتمعة الشريعة الإسلامية، التي تعد نظاماً قانونياً متكاملًا يسمو على كل النظم الوضعية كونها من عند الله الواحد الأحد، ونستطيع القول بكل تأكيد أن النظام الإسلامي يشمل كافة فروع وتقسيمات القانون المعروفة حالياً.

والتشريع بهذا المعنى ليس ببعيد عن معنى النظام القانوني لدى القانونيين وهو أخص من الشريعة فهو مقصور على المعاملات التي تنظم العلاقات بين الناس،

(١) د. عبد الكرم زيدان. المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية. الطبعة التاسعة ١٩٨٦م - مؤسسة الرسالة بيروت - ص ٣٩

(٢) د. مناع خليل القطان - التشريع والفقه في الإسلام - الطبعة الثالثة ١٩٨٢م - مؤسسة الرسالة بيروت - ص ١٤

(٣) د. محمود حامد عثمان - تاريخ التشريع والفقه الإسلامي، الطبعة الأولى، بدون سنة طبع، مكتبة ابن الوليد اليمن الجديدة - ص ١٢

(٤) د. محمد فاروق النهان. المدخل للتشريع الإسلامي - الطبعة الثانية ١٩٨١ - دار القلم بيروت - ص ١١

بخلاف الشريعة التي تشمل بجانب ذلك العقيدة والأخلاق فالتشريع جزء من الشريعة .

وعلى ضوء ما ذكره يمكننا تكييف النظام القانوني من الوجهة الشرعية بأنه هو مجموعة الأحكام والقواعد الشرعية الملزمة المتعلقة بتنظيم سلوك الأفراد داخل المجتمع الإسلامي. والنظام القانوني بهذا المعنى يتكون من مجموعة من القواعد المنظمة لعلاقات الأفراد في المجتمع الذي ينتمون إليه ، وهذا المجتمع لا يشترط فيه شكل معين أو تنظيم معين ، ويكفي فيه أن يسوده نوع من الانسجام بحيث يوقع نوع من الجزاء على من يخالف تلك القواعد ، والقاعدة هي الوحدة أو الخلية الأولى التي يتكون من مجموعها النظام القانوني.

ثالثاً: التعريف الاصطلاحي للقاعدة القانونية: تعرّف القاعدة القانونية اصطلاحاً بأنها: خطاب موجه إلى الأفراد يتضمن قاعدة سلوك اجتماعية عامة مجردة ملزمة لتنظيم الروابط بين الأشخاص في المجتمع^(١).

كما عرّفت بأنها "قاعدة عامة مجردة من وضع سلطة نظامية تهدف إلى تنظيم روابط وعلاقات الأفراد في المجتمع ومصحوبة بجزاء يكفل احترامها وتوقعه السلطة المختصة عند الاقتضاء"^(٢).

وعلى ذلك فإن القاعدة القانونية عبارة عن علاقة مطردة بين ظاهرتين ، بحيث إذا تحققت إحدهما وجب أن تتحقق الأخرى^(٣) ويعبر عنهما بركني الفرض والحكم ، وركن الفرض وهو عبارة عن وصف لوضع معين أو مجموعة من الأوضاع ويحتوي الفرض على شرط انطباق القاعدة القانونية . أما الركن الثاني فهو الحكم أو الأثر

(١) فارس حامد عبد الكريم - بحث منشور له الكترونياً بعنوان مقدمة في علم القانون على موقع جريدة جديد الصباح على الرابط التالي :

<http://www.newsabah.com/paper.php?name=News&file=article&sid>

(٢) د. أحمد عبد الكريم سلامة - نظرية العقد الدولي التطبيق بين القانون الدولي الخاص وقانون التجارة الدولية - طبعة ١٩٨٥-دار النهضة العربية-القاهرة . ص ٣٢٣

(٣) د.حماد مصطفى عزب . مبادئ القانون . الطبعة الثانية ١٤٢١هـ. دار النهضة العربية القاهرة - ص ٩

القانوني وهو الحل أو الحكم الذي يقرره القانون بالنسبة إلى الوضع الواقعي أو مجموع الأوضاع الواقعية وينطبق الحكم عند توفر الشروط والظروف المحددة في الفرض^(١).

وعرفت القاعدة الشرعية في الشريعة "القاعدة القانونية": بأنها "القاعدة التي تستفاد من القرآن والسنة النبوية والمصادر الأخرى المعتمدة شرعاً، والتي تنظم سلوك الأفراد وعلاقاتهم في المجتمع بتبيان ما لهم من حقوق وما عليهم من التزامات وحدود. يجب عدم تجاوزها وإلا تعرضوا للجزاء الشرعي الذي يستحقونه"^(٢).

ويعرّفها البعض بأنها "كلمة من الله في صورة خطاب لتنظيم الأفعال الإنسانية والأقوال وحتى الأفكار والنيات. وهذا الخطاب يُعبر عن إقرار الله لبعض الأفعال على أساس أصل الإباحة، وأمره بإتيان بعض الأعمال ونهيه عن اقتتاف البعض الآخر، وتبيان الجزاء في حالة مخالفة هذا الأمر أو النهي"^(٣).

ويقابل تعريف القاعدة في الشريعة الإسلامية تعريف الأصوليين للحكم، الذي عرفه ابن الحاجب بأنه هو خطاب^(*) الله تعالى المتعلق بأفعال المكلفين بالاختضاء^(**) أو التخيير^(***) أو الوضع^(****) و تعني القاعدة التي نص عليها الشرع في مسألة من المسائل^(٤).

(١) د. أحمد عبد الكريم سلامة - علم قاعدة التنازع والاختيار بين الشرائع أصولاً ومنهجاً - الطبعة الأولى ١٩٩٦ - مكتبة الجلاء الجديدة - المنصورة - ص ٤٦

(٢) د. سمير عالية . بحث منشور له إلكترونياً بعنوان خصائص القواعد الشرعية - موقع الموسوعة الإسلامية <http://www.balagh.com>

(٣) د. سمير عالية . البحث المشار إليه سابقاً

(*) المراد من الخطاب ما يشمل الكتاب الكريم وما دل الكتاب على اعتباره من سنة أو قياس أو رعاية مصلحة،

(**) المراد بالاختضاء طلب الفعل أو الترك على سبيل الإلزام أو الترجيح ، فطلب الفعل على سبيل الإلزام إيجاب ، والثابت به الوجوب كقوله تعالى {وَأَقِيمُوا الصَّلَاةَ وَآتُوا الزَّكَاةَ وَارْكَعُوا مَعَ الرَّاٰكِعِيْنَ} البقرة ٤٣

(***) المراد بالتخيير التسوية بين جانبي الفعل والترك من غير ترجيح لأحدهما والثابت به الإباحة كقوله تعالى { وَكُلُوا وَاشْرَبُوا حَتَّىٰ يَبَيِّنَ لَكُمُ الْخَيْطُ الْأَبْيَضُ مِنَ الْخَيْطِ الْأَسْوَدِ مِنَ الْفَجْرِ } البقرة ١٨٧

(****) المراد بالوضع جعل شيء سبباً للأخر أو شرطاً له ، أو مانعاً منه " كقوله تعالى {وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا جِزَاءً بِمَا كَسَبَا تَكْلَافًا مِّنَ اللَّهِ وَاللَّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ} المائدة ٣٨

والإجماع منعقد بين المسلمين على أن الشريعة الإسلامية منزلة من عند الله ، وأن الشارع في الإسلام هو الله تعالى وأنه لا شرع إلا من عند الله^(٣) وفي ظل هذا الإجماع يمكننا القول بأن جميع أحكام الشريعة الإسلامية المنظمة لشتى المناحي الحياتية، قواعد ربانية تنظم أفعال المكلفين. ولا يقدر في ذلك أن القرآن جاء بالقواعد الكلية، فكل الأحكام في الشريعة الإسلامية مردها القرآن، حيث إن المجتهد بالرأي في الأحكام لا يجتهد إلا في حدود ما يرشد إليه النصوص العامة وما يتفق ولا يتعارض معها حيث يكون الاهتداء إلى الأحكام غير المنصوص عليها باتباع الطرق التي أرشد إليها الشرع في الاجتهاد وذلك بتطبيق قواعد الشرع الكلية ومراعاتها ، للوصول إلى المصلحة المرجوة ، ولذلك قال ابن حزم " كل أبواب الفقه فيه ليس منها باب إلا وله أصل في الكتاب ، والسنة تعلقه^(١) ، ولقد قال الله عز وجل ﴿مَا فَرَطْنَا فِي الْكِتَابِ مِنْ شَيْءٍ ثُمَّ إِلَى رَبِّهِمْ يُحْشَرُونَ﴾^(٢) .

ويتضح من خلال تعريفات القانونيين والأصوليين أن القاعدة القانونية والشرعية أداة من أدوات الضبط الاجتماعي الذي يعني وضع بعض من القيود على تصرفات وسلوك الأفراد في المجتمع .

- (٣) د. على حسب الله . أصول التشريع الإسلامي . الطبعة الخامسة ١٩٧٦م - دار المعارف مصر - ص ٣٦٥ ، د محمد حسن هيتو . الوجيز في أصول التشريع الإسلامي - الطبعة الثانية ١٩٨٤ . مؤسسة الرسالة بيروت - ص ٣٩ .
- (٤) د. صبيح محمصاني . فلسفة التشريع في الإسلام . مقدمة في دراسة الشريعة الإسلامية على ضوء مذاهبها المختلفة وضوء القوانين الحديثة - طبعة ١٩٨٠ - دار العلم للملايين بيروت . ص ١٨
- (٥) الإمام أبو زهرة : محمد أبو زهرة . أصول الفقه - الطبعة الأولى ١٩٨٥ - دار المعارف القاهرة - ص ٦٩ .
- (١) الإمام أبو زهرة - أصول الفقه - مرجع سابق . ص ٩١
- (٢) الآية ٣٨ - سورة الأنعام .

المطلب الثاني

الخصائص العامة للقاعدة القانونية

هناك ثلاث خصائص متى ما توفرت في أي قاعدة يمكن اعتبار تلك القاعدة قاعدة قانونية، وهذه الخصائص هي :

الخاصية الأولى: القاعدة القانونية قاعدة سلوكية : تهتم القاعدة القانونية بتنظيم سلوك الأفراد في المجتمع، وتضع لهم القواعد التي يجب أن يكون عليها سلوكهم داخل المجتمع(١). وبشكل يحقق الانسجام والتوافق بين مصالح الأفراد المتعارضة.

والقاعدة القانونية عند تنظيمها لسلوك الأفراد في المجتمع لا تهتم إلا بضبط السلوك الخارجي للإنسان دون السلوك الداخلي ذلك أن السلوك الداخلي تنتفي عنه الصفة الاجتماعية(٢)، فالقانون لا يعبر عما يجب أن يكون عليه سلوك الأفراد في المجتمع، ولكنه يقوم بتقويم السلوك البشري. متى ما دل على ذلك السلوك مظهر خارجي. وهذا يعني أن القواعد القانونية ليست قواعد تقريرية، وإنما هي قواعد تقويمية(٣). لسلوك الأفراد داخل المجتمع الذي ينتمون إليه.

فالقانون لا يهتم بالنوايا والمشاعر والأحاسيس الداخلية، ما دامت كامنة في النفس، ولا يتدخل القانون لتقويم السلوك الداخلي إلا عندما تكون النية أو الأحاسيس والمشاعر الداخلية قد حركت تصرفاً أو سلوكاً خارجياً في مواجهة الغير، سواء كان ذلك السلوك إيجابياً أو سلبياً. وأوضح مثال لذلك في المسائل المدنية الاعتداد بالنوايا في المعاملات المالية والإبرام لمعرفة المدلول بعد وقوع التصرف.

(١) د. حماد مصطفى عزب - مرجع سابق - ص ١٠

(٢) د. مصطفى محمد الجمال - تجديد النظرية العامة للقانون نحو توظيف أصول الفقه الإسلامي في بناء أصول القانون - طبعة ٢٠٠٢م

-الفتح للطباعة والنشر- الجزء الأول - ص ١٣

(٣) د. مصطفى محمد الجمال . مرجع سابق - ص ١٠

وقد تقوم القاعدة القانونية بتنظيم سلوك الأفراد بشكل مباشر كالنص على الوجوب بفعل شيء معين أو النهي عنه أو إباحته ، أو تقوم بتنظيمه بصورة ضمنية كقاعدة "لا ضرر ولا ضرار" أو قاعدة "العقد شريعة المتعاقدين" والتي يستفاد منها إلزام المتعاقدين بالوفاء بالتزاماتهم^(١).

وفي الشريعة الإسلامية تتفق القاعدة الشرعية مع القاعدة القانونية في أنها قاعدة سلوك، فهي تحدد سلوك الفرد وتحكم واجباته في حياته على نحو ما يجب أن يكون عليه. وتباين في أن القاعدة القانونية تحدد فقط سلوك الفرد في علاقته بغيره من الناس، بينما تنظم القاعدة الشرعية واجب الفرد نحو ربه وتجاه نفسه وحيال غيره من الناس. ومقتضى هذا أن القاعدة الشرعية تطالب المكلف بأكثر مما تطالب به القاعدة القانونية، بحيث تجعله بالعقيدة والأخلاق يسمو نحو الكمال الروحي والأخلاق الفاضلة^(٢).

والشريعة الإسلامية بشموليتها وعموميتها وغناها بما فيها من أصول تكفل للناس حل مشاكلهم المتجددة باختلاف الأزمنة ، لشمولها قواعد عامة تقرر المبادئ الكلية دون الخوض في الفروع إلا في بعض المسائل التي تحتاج إلى توضيح حاسم ودقيق، وترك ما دون ذلك للاجتهاد فيه وفق المصالح الجماعية والمتغيرات الزمانية والمكانية^(٣) ومما لا خلاف فيه أن الأحكام الشرعية في المعاملات والأحكام الشرعية في عمومها نزلت لتنظم سلوك البشر عامة، وشرعت تكاليفها تحقيقاً لمصلحة المكلفين جميعاً وهم البشرية بكاملها^(٤) وتعاملهم بحسب طبيعتهم الإنسانية، لذا نجد الأحكام التي

(١) د. حماد مصطفى عزب - مرجع سابق - ص ١١

(٢) د. سمير عالية _ البحث المنشور إلكترونياً والمشار إليه سابقاً

(٣) د. محمد فاروق النبهان - مرجع سابق - ص ٢٦

(٤) يقول الله تعالى في سورة الأنبياء الآية ١٠٧ ﴿ مَا أَرْسَلْنَاكَ إِلَّا رَحْمَةً لِّلْعَالَمِينَ ﴾ وقوله تعالى في سورة الأعراف الآية ١٥٨ ﴿ قُلْ يَا أَيُّهَا النَّاسُ إِنِّي رَسُولُ اللَّهِ إِلَيْكُمْ جَمِيعاً الَّذِي لَهُ مُلْكُ السَّمَاوَاتِ وَالْأَرْضِ لَا إِلَهَ إِلَّا هُوَ يُحْيِي وَيُمِيتُ فَأَمَّا مَنُؤَا بِاللَّهِ وَرَسُولِهِ الْحَنِيفِ الْمُتَّبِعِ الَّذِي يُؤْمِنُ بِاللَّهِ وَكَلِمَاتِهِ وَاتَّبِعُوهُ لَعَلَّكُمْ تَهْتَدُونَ ﴾.

تحكم العلاقات بين آدميين، أحكاماً مرنة تستوعب متغيرات الأزمنة والأمكنة خلافاً للأحكام التي تحكم العبد بربه التي تكون ثابتة في كل زمان ومكان.

الخاصية الثانية : القاعدة القانونية قاعدة عامة مجردة. تتميز القاعدة القانونية بأنها قاعدة عامة ومجردة، ويقصد بالعمومية والتجريد في القواعد القانونية بأنها موجهة إلى كافة الأشخاص في المجتمع ، فهي لا تخاطب أناساً بعينهم ولا واقعة بعينها، بل الخطاب فيها موجه للأشخاص بصفاتهم وللوقائع بصفاتهما، فالقاعدة القانونية تطبق على كل من توافرت فيه شروط تطبيقها ما لم يكن مستثنى بموجب القاعدة ذاتها .

وعمومية القاعدة القانونية تعني أنها لا تخص فرداً معيناً بالذات ولا واقعة محددة بعينها، بل تقصد أشخاصاً معينين بصفاتهم ووقائع مشخصة بصفاتهما، وكل فرد أو واقعة استجمعت المواصفات اللازمة تطبق عليها القاعدة. أما التجريد فيقتضي أن تصدر القاعدة في صيغ مجردة لا تتعلق بشخص بعينه ولا واقعة بذاتها، ولذلك فالقاعدة القانونية لا ينتهي دورها بتنفيذها مرة واحدة بل تجري كلما وجدت الشروط والمواصفات^(١).

والقاعدة الشرعية، شأنها في ذلك شأن القاعدة القانونية، فهي قاعدة عامة ومجردة تنطبق على كل من توافرت فيه صفة خاصة حددها الحكم الشرعي إن كان شخصاً، أو شروط خاصة تحددت فيه إن كان واقعة أو فعلاً، ولا يقدر في ذلك وجود بعض الآيات القرآنية والسنة النبوية التي جاء خطابها في الظاهر مخاطباً أشخاصاً معينين أو واقعة بعينها إذ أن الحكم الشرعي الذي يستفاد منه ينطبق على كل من توافرت فيه ذات الصفات إن كان شخصاً ونفس الشروط إن كان فعلاً. لذا قيل أن "أحكام الشريعة على العموم لا على الخصوص" أي أن القاعدة الشرعية "أو الحكم"

(١) الأستاذ الشيخ عباس الكعبي - البحث المنشور له الإلكتروني والمشار إليه سابقاً

كالقانون، لم توضع لفرد معين أو لواقعة مخصوصة ولو كانت مخصصة في ظاهر اللفظ^(*).

وكون القاعدة القانونية عامة سواء في القانون أو الشريعة، لا يعني أنها تسري بالضرورة على عموم الأفراد في المجتمع، بل يكفي أن ينصرف حكمها إلى فئة معينة من الأفراد ما دام الخطاب فيها موجها لهم بصفاتهم لا بذواتهم. ومثال ذلك: القواعد القانونية الخاصة بالتجار والصناع. وغيرهم من الطوائف، فهذه القواعد يصدق عليها أنها عامة ومجردة ما دام الأفراد محددین بالصفات لا بالذات.

الخاصية الثالثة: القاعدة القانونية قاعدة ملزمة: لكي يكتسب النمط السلوكي الاجتماعي صفة القاعدة القانونية لا بد أن توجه إليه بصفة أمرة وعلى سبيل التكليف لا النصح أو الترغيب، وعلى أن يوقع الجزاء على من يخالفها، ذلك أن الوظيفة التقويمية للقاعدة القانونية لا تتحقق إلا بإلزام من توجه إليهم باتباع النمط السلوكي الذي تتضمنه، لذلك كان الإلزام الاجتماعي عنصراً أساسياً لتكوين القاعدة القانونية^(١).

وأهمية الصفة الإلزامية تتجلى في أنها تميز القاعدة القانونية عن غيرها من القواعد الاجتماعية مثل قواعد الأخلاق وقواعد المجاملات وغيرها من القواعد، كما

(*) أجمع العلماء المتقدمين على أن أحكام الشريعة على العموم لا على الخصوص ويستثنى فقط ما اختص به رسول الله كقوله { وَأَمْرًا مُمُؤَمَّةً } وَهَبْتِ نَفْسَهَا لِلنَّبِيِّ {الأحزاب ٥٠}. وما شابه ذلك مما ثبت فيه الاختصاص به لبديل، أو ما خصه رسول الله لبعض أصحابه كشهادة خزيمة، وفيما دون ذلك فإن الشريعة بحسب المكلفين كلية عامة وكل حكم وقع على قضايا معينة وليس لها صيغ عامة تجرى على العموم ولا يكون الحكم على الخصوص في النازلة الأولى مختصاً به. وقد قال تعالى ﴿ فَلَمَّا قَضَى زَيْدٌ مِنْهَا وَطَرًا زَوَّجْنَاكَهَا لِكَيْ لَا يَكُونَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ حَرَجٌ فِي أَزْوَاجِ أَدْعِيَائِهِمْ إِذَا قَضَوْا مِنْهُنَّ وَطَرًا وَكَانَ أَمْرُ اللَّهِ مَفْعُولًا {الأحزاب ٣٧} فالأحكام في الخصوص تكون للعموم فكل دليل يمكن أخذه كلياً سواء ورد حكمه كلياً أم جزئياً حيث أن الجزئي يكون بحسب النازلة، لا بحسب التشريع في الأصل، والأدلة على ذلك كثيرة منها عموم التشريع في الأصل كقوله تعالى {قُلْ يَا أَيُّهَا النَّاسُ إِنِّي رَسُولُ اللَّهِ إِلَيْكُمْ جَمِيعًا {الأعراف ١٥٨}. ومنها أصل شرعية القياس إذ لا معنى له إلا جعل الخاص الصيغة عام الصيغة في المعنى. ومنها أن النبي ﷺ بين ذلك بقوله وفعله فالحقول كقوله ﷺ " (حكى على الواحد حكى على الجماعة) والفعل كما في قضية الذي نزلت فيه {وَأَقِمِ الصَّلَاةَ طَرَفِي الْبَارِ وَزُفَا مِنَ اللَّيْلِ إِنَّ الْحَسَنَاتِ يُدْهِئُنَ السَّيِّئَاتِ ذَلِكَ ذِكْرَى لِلذَّاكِرِينَ {هود ١١٤} - راجع للاستزادة إبراهيم بن موسى اللخمي الغرناطي المالكي الشهير بأبي إسحاق الشاطبي - الموافقات في أصول الشريعة - الطبعة الأولى ١٩٩١م - دار الكتب العلمية بيروت المجلد الأول - ص ١٨٦ وما بعدها، المجلد الثاني ٣٦ وما بعدها

(١) د. مصطفى محمد الجمال - مرجع سابق - ص ١٤

يتحقق بموجب هذا العنصر الاعتقاد الجماعي بضرورة اتباع حكم القاعدة المعنية خشية من توقيع الجزاء على من يخالفها. أو عن طريق الاعتقاد الجماعي بوجود الإلزام على احترامها بواسطة السلطة العامة في المجتمع الذي ينتمون إليه.

ومع ذلك فقد ذهب جانب من الفقهاء إلى أن الجزاء ليس عنصرا لازما لوجود القاعدة القانونية، وعللوا على ذلك بأن بعض فروع القانون لا تقتزن قواعدا بجزاء يوقع على من يخالفها مثل القانون الدستوري والقانون الدولي العام، ولكن بالرغم من ذلك فإن غالبية الفقهاء يرون أن الجزاء يعد عنصرا جوهريا في القاعدة القانونية، لأنها بغير هذا الجزاء لا يكون للإلزام فيها أي معنى، فالجزاء هو الذي يضمن للقاعدة القانونية فعاليتها ونفاذها^(١) ونحن في ذلك نتفق مع القائلين بضرورة وجود الجزاء، حيث إن هناك جزاءات تطبق في الوقت الراهن فيمن يخالف قواعد القانون الدولي العام، مثل قطع العلاقات الدبلوماسية، أو الاقتصادية أو فرض الحصار الاقتصادي أو العسكري، والتدخل العسكري بسبب مخالفة الدولة لقواعد القانون الدولي العام، وكذلك جزاءات المحاكم الجنائية الدولية على من يخالف قواعد القانون الدولي الإنساني، وكذلك العقوبات التي يصدرها مجلس الأمن على الدولة المخالفة، كما أن قواعد القانون الدستوري يترتب على مخالفتها جزاءات ذات طابع سياسي مثل سحب الثقة، ويعد نوعا من الجزاء الدستوري إلغاء القوانين بواسطة السلطة القضائية لمخالفتها للدستور، كما توجد جزاءات أخرى معنوية توقع على المخالف للقانون التجاري مثل النشر وإغلاق المحل التجاري ووضع المخالفين في القائمة السوداء والامتناع عن التعامل مع المخالفين وفرض جزاءات مالية وخلافه.

والجزاء في المجتمعات يتخذ صوراً متعددة تختلف باختلاف القواعد القانونية ذاتها وباختلاف المجتمعات التي تنشئ القاعدة، فهناك الجزاء الإداري والجزاء المدني والجزاء السياسي والجزاء الجنائي، كما توجد جزاءات اجتماعية أخرى، مثل

(١) د. حماد مصطفى عذب - مرجع سابق - ص ١٦

الجزاءات المعنوية التي تعد من أكثر الجزاءات تطبيقاً مع الجزاء المدني وسط مجتمع التجار.

والخلاصة أنه متى ما توفرت هذه الخصائص الثلاث في أي نمط سلوكي لمجتمع ما، فهذا النمط يمكن أن نطلق عليه قاعدة قانونية لهذا المجتمع، ولا يشترط في هذا المجتمع الانتظام في شكل دولة طالما كانت الجماعة متماسكة بدرجة كافية في معاملاتها وعلاقات أعضائها، وتحرص على عدم مخالفة تلك القواعد خشية توقيع الجزاء على مخالفة تلك القواعد، تكتسب قواعدها صفة القاعدة القانونية ذات الأصل العرفي أو غير التشريعي وهي قاعدة مقبولة.

وكل مجتمع بشري، تحكمه قواعد خاصة به، وله سلطة نظامية، توقع الجزاء على من يخالف هذه القواعد، يعد نظاماً قانونياً، وكلما كان المجتمع محصوراً كان مجتمعاً أكثر تجانساً وتضامناً، تكون فيه المصلحة المشتركة لأعضائه أكثر وضوحاً. وعلى ذلك يمكننا القول بأن كل مجتمع توافرت فيه قواعد ملزمة تنظم سلوك الأشخاص في هذا المجتمع، أو كل طائفة فيها قواعد تنظم سلوك المنتمين إليها، وتقترن بجزاء على من يخالف قواعدها يعد نظاماً قانونياً، سواءً كان مصدر هذه القواعد التشريع أو المعتقد الديني أو العرف المتعارف عليه بين الجماعة أو الطائفة أو تصدرها السلطة النظامية لهذه الجماعة.

وبهذا المفهوم هل تتمتع قواعد القانون التجاري الدولي بصفة القاعدة القانونية وبصفة النظام القانوني؟ وهذا ما سوف نجيب عليه في المبحث التالي.

المبحث الثاني

الطبيعة القانونية لقواعد التجارة الدولية وخصائصها ومصادرها

دراسة الطبيعة القانونية للقانون التجاري الدولي ليس سهلا، لحدائثة هذا القانون إذا ما قيس بنشأة باقي فروع القانون، إضافة إلى أن هذا القانون يستقي أحكامه من مصادر مختلطة دولية وداخلية، كما أن قواعده متناثرة بين قوانين متعددة. كل ذلك أدى إلى اختلاف الفقهاء حول مدى تمتع قواعد قانون التجارة الدولية بصفة القاعدة القانونية والنظام القانوني؟ وهل هذه القواعد دولية أم وطنية؟ وفيما إذا كانت من القانون العام أو من القانون الخاص؟ والإجابة على الأسئلة المطروحة ستكون وفقا للمطالب التالية :

المطلب الأول

الطبيعة القانونية لقانون التجارة الدولية

قبل الشروع في مناقشة الطبيعة القانونية لقانون التجارة الدولية ينبغي أولا تعريف القانون التجاري الدولي:

تعريف القانون التجاري الدولي : لايجاد تعريف للقانون التجاري الدولي لا بد في البدء من استعراض بعض التعريفات للقانون الدولي الخاص باعتبار أن قانون التجارة فرع من فروع هذا القانون، وعرف القانون الدولي الخاص بأنه القانون الذي يحكم العلاقات الخاصة الدولية بأنه "مجموعة القواعد التي تحكم العلاقات الخاصة المشتملة على عنصر أجنبي، كما عرف بأنه القانون الذي يحكم العلاقات الخاصة الدولية^(١) .

(١) د. عزا لدين عبدالله . القانون الدولي الخاص - الطبعة العاشرة ١٩٧٧. دار النهضة العربية القاهرة . الجزء الأول - ص ١٣

وعرفه الدكتور أحمد المسلّم بأنه فرع الدراسة القانونية الذي يبحث في النظام القانوني للعلاقات الخاصة ذات العنصر الأجنبي سواء من ناحية القانون الوضعي أو من ناحية الفقه المقارن^(١).

واستهداءً بما ذكر فإن قانون التجارة الدولية هو مجموعة القواعد التي تحكّم العلاقات التجارية العابرة للحدود. والتي تتألف من القواعد التي يضعها التجار في علاقاتهم التجارية العابرة للحدود والتي تطبق بتلقائية في معاملاتهم التجارية الطبيعية القانونية لقانون التجارة الدولية: لقد اختلف فقهاء القانون الدولي الخاص المعاصر حول مدى تمتع قواعد القانون التجاري الدولي بصفة القاعدة القانونية وبصفة النظام القانوني، وساعدهم في ذلك حداثة هذا القانون بالنظر لعمر فروع القوانين الأخرى، ونحن من جانبنا نتساءل هل تعد القواعد التي تحكم العلاقات التجارية الدولية الخاصة، قواعد قانونية بالمعنى الفني الدقيق ؟ وهل تشكل هذه القواعد نظاما قانونيا ؟ لقد انقسم الفقهاء في ذلك إلى مذهبين هما :

المذهب الأول: مذهب منكري الصفة القانونية لقواعد قانون التجارة الدولية: يرى أصحاب هذا الاتجاه أن مصطلح *Lex mercatoria*^(*) والذي يعني قانون التجارة الدولية يتسم بالغموض لأنه يوحي بوجود مجموعة من القواعد تشكل نظاما قانونيا متكاملًا على غرار القوانين الوطنية^(١)، ويرفض أصحاب هذا الاتجاه الاعتراف بالصفة القانونية لهذه القواعد، من منطلق أن القاعدة القانونية يجب أن تصدر من سلطة تشريعية معينة، ومن أنه لا بد من وجود سلطة تنفيذية أو إدارية تملك فرض احترام

(١) د. أحمد مسلم . موجز القانون الدولي الخاص المقارن في مصر ولبنان - طبعة ١٩٦٦ . دار النهضة العربية القاهرة - ص ٥

(*) لكس مكتوريا لفظ لاتيني تم إطلاقه على قانون التجارة الدولية منذ عدة عقود ومن ثم قام الفقيه إدوارد لامبير في أواخر عشرينيات القرن العشرين في إحياء هذا المصطلح في مؤلفه نظرية القانون الطائفي الدولي ، ومن ثم وفي مرحلة لاحقة نادى الفقيه جولدمان بقانون التجارة الدولية حاملا نفس اسمها القديم، وبضرورة إفلاتها من القوانين الوطنية . وساهم في إحياء هذا المصطلح من جديد بجانب هؤلاء الفقيه كليف شميثوف في مؤلفه نظرية قانون التجار الجديد وفليب كاهن في مؤلفه نظرية المجتمع الدولي للتجار .

(٢) د. أبو العلا على أبو علا النمر - مقدمة في القانون الخاص الدولي - الطبعة الأولى ١٩٩٩ م - دار النهضة العربية القاهرة - ص ١١٦

القانون وتوقيع الجزاء على من يخالفه، أي يرون أنه لا بد أن تكون القواعد القانونية صادرة عن دولة تحمل هذا الوصف تبعاً لأحكام القانون الدولي العام. واحتج بعضهم على أن القانون لا يكون دولياً إلا إذا كان ينظم العلاقات بين الدول، وأن قواعد التجارة الدولية تنظم علاقات أفراد لا علاقات دول، لذا يرون أن قواعد قانون التجارة الدولية لا تشكل نظاماً قانونياً متكاملًا، وهو الوصف الذي يصدق في نظرهم فقط على القوانين الداخلية^(١) وعلى ذلك فإن قواعد التجارة الدولية في نظرهم مجرد قواعد دولية موحدة لا يمكن وصفها بالقاعدة القانونية والنظام القانوني بالمعنى الفني الدقيق.

ويعلل جانب من الشراح رفضهم الصفة القانونية لقواعد التجارة الدولية على اعتبار أن مصادره الأساسية مصادر وطنية في الأساس، والمصادر الدولية فيها مصادر ثانوية لا يصح معها اعتباره قانوناً دولياً، فهو في نظرهم قانون وطني أكثر مما هو قانون دولي. وأن العادات التجارية الدولية التي تعد المصدر الأول لقواعد قانون التجارة الدولية لا تعدو أكثر من عادات اتفاقية ذات أصل تعاقدية. فهي لا تلزم المتعاقدين على هذا النحو إلا بوصفها شروطاً تعاقدية تضمنها العقد وهو ما ينفي عنها صفة العموم والتجريد التي تتمتع بها قواعد القانون. فضلاً عن أن القواعد الموضوعية لقانون التجارة الدولية قواعد تكميلية. فهي لا تطبق بقوة سريانها بل لا بد أن يقرر الأطراف بإرادتهم الصريحة أو الضمنية رغبتهم في سريان أحكامها خلافاً للقواعد المكتملة في القانون العام التي تطبق تلقائياً دون الحاجة إلى إقرارها من قبل الأفراد تطبق تلقائياً^(٢).

(١) د. طرحة البحور على حسن فرج. تدويل العقد دراسة تحليلية على ضوء الاتفاقية الخاصة بالقانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية الموقعة في روما ١٩/يونيو ١٩٨٠ م. الطبعة الأولى ٢٠٠٠ م - منشأة المعارف بالإسكندرية - ص ٨٩ وما بعدها.

(٢) د. أحمد عبد الكريم سلامة - نظرية العقد الدولي التطبيق - مرجع سابق - ص ٤٢٤

وأخرون ينكرون الصفة القانونية لقواعد التجارة الدولية ادعاءً بعدم وجود مجتمع حقيقي لرجال التجارة الدولية يسوده الانسجام والتضامن وأن مجتمعهم إن صح أن يوصف بأنه مجتمع يفتقد إلى التزكية أو الجوهر المشترك^(١). إضافة إلى انعدام التوازن فيه نتيجة لهيمنة المشروعات العملاقة الأكثر قوة في مجالها التجاري، كما يرون أن تعدد واختلاف تجمعات التجار ومؤسساتهم أدى إلى انقسام وتمزق هذا المجتمع المدعى به، لدرجة التشكك في أن يكون هذا المجتمع قادراً على تكوين إطار ما لرابطة لها حد أدنى من التنظيم على غرار الأمثلة الأخرى للنظم القانونية^(٢).

كما يرون أن العادات التجارية الدولية تتسم في الغالب بطابع فني متخصص أكثر من اتسامها بالطابع القانوني، وأن تكرار العمل بالعادات التجارية في مجال التجارة العالمية لا يرقى به من مجرد شروط عقدية إلى قواعد عرفية ملزمة على نحو المفهوم في النظرية العامة للقانون^(٣) وأن مخالفة هذه العادات لا يترتب عليها جزاء محدد لغياب السلطة والعقوبة في البناء المعياري لقانون التجارة الدولية^(٤) ولذلك ينفون عنها صفتها القانونية .

كما ينكر أصحاب هذا الاتجاه وجود مبادئ عامة دولية تصلح أن تكون مبادئ عامة معترف بها في مجال العلاقات الخاصة الدولية^(٥) حيث يرون أنه في مجال العلاقات الاقتصادية الخاصة الدولية لا تتوفر المقومات اللازمة لانتقال المبادئ العامة للقانون من النظم الوطنية كما هو الحال في العلاقات الدولية العامة ،

(١) أبو العلا على أبو العلا النمر - مقدمة في القانون الدولي الخاص . مرجع سابق . ص ٩٧

(٢) د. محمد محسوب . مرجع سابق . ص ٦٧

(٣) د. هشام على صادق . القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية . مرجع سابق - ص ١٩٣ وما بعدها

(٤) د. محمد محسوب . مرجع سابق . ص ٨٤ وما بعدها

(٥) عرفت المبادئ العامة في مجال العلاقات الخاصة الدولية بأنها هي المبادئ العامة للقانون التي تنطبق في مجال العلاقات الاقتصادية الدولية والتي يتم تعريفها بأنها مجموعة من الإرشادات أو البديهيات التي تهيم على عقول المتعاملين في مجال التجارة الدولية عندما يصيغون عقدا ما ويتبعون سلوكا معينا يؤدي في النهاية لخلق قاعدة معيارية جديدة " راجع د. محمد محسوب . مرجع سابق . ص ٣٦٧ محيلا للدكتور فلالي عثمان . المبادئ العامة لقانون التجار - ص ٣٤٧ "

ويعلمون على ذلك بأن المبادئ العامة للقانون لا تنتقل إلى المجال الدولي العام بشكل أعمى وإنما يرتبط ذلك بمدى توفر شروط معينة.

وبعض الشراح ينكرون النظام القانوني المتكامل لهذا القانون بحجة أنه قانون لا ينظم كل المشكلات التي يمكن أن تثور في التجارة الدولية، حيث يرون أن القواعد الموضوعية لهذا النظام اشتملت فقط على قواعد تتصل بتفسير العقد وإبرامه، ولكنها غفلت عن تنظيم قواعد أكثر أهمية مثل أهلية الأطراف، التراضي والتقدم المسقط وخلافه من المسائل التي تعد ذات أهمية في القواعد القانونية التي تنظم المعاملات والعقود^(١)، وعدم قدرة هذه القواعد منفردة على حل مشكلات التجارة الدولية واعتمادها على النظم القانونية الوطنية لتكملة النقص فيها يؤكد لديهم عدم تمتع قواعد ومبادئ وقانون التجارة الدولية بصفة القاعدة القانونية والنظام القانوني المتكامل.

كما ينكر أصحاب هذا الاتجاه الصفة الدولية للقانون التجاري الدولي الذي ينادي به المؤيدون للصفة القانونية لقواعد التجارة الدولية ويرون أن تنظيم هذا القانون للعلاقات الفردية الدولية لا يكفي لإسباغ الصفة الدولية عليه، ويرون أن تقسيم القانون إلى داخلي ودولي يقوم على أساس نطاق تطبيق القانون في المكان، فالقانون الداخلي هو الذي يطبق في الحدود الإقليمية لكل دولة، والقانون الدولي هو الذي تسري قواعده على المجتمع العالمي بصرف النظر عن الحدود الإقليمية للدول المختلفة^(٢).

كما يرون أن قانون التجارة الدولية والقانون الدولي الخاص في عمومهما ليسا من القانون الدولي، ويعلمون على ذلك أنه بالنظر إلى المصدر يكون القانون دولياً إذا كان

(١) د. أحمد عبد الكريم سلامة - نظرية العقد الدولي الطليق بين القانون الدولي الخاص وقانون التجارة الدولية - مرجع سابق - ص

(٢) د. محمد كمال فهدى - أصول القانون الدولي الخاص الطبعة الثانية ١٩٨٢م - مؤسسة الثقافة الجامعية - ص ٦٠.

مصدره دوليا، ويكون وطنيا إذا كان مصدره وطنيا، وأن المصدر الدولي يقتضي وجود نظام دولي يعلو الدول تفيض منه قواعد ملزمة للدول، ويرون أن هذا الأمر لم يتحقق وأن قواعد القانون التجاري الدولي والقانون الدولي الخاص تفيض من مصادر وطنية، وحتى المصدر الذي عليه مسحة دولية ألا وهو المعاهدات فيرون أنه قانون إتفاقي مبناه على التراضي، يندمج في التشريع الداخلي ويصبح جزءا منه، وأن هذا القانون لن يصبح دوليا إلا عندما تنساب قواعده من المصدر ذاته الذي تنساب منه قواعد القانون الدولي^(١). ولذلك يرون أن القانون التجاري الدولي قانون وطني وليس دوليا. ويعيب منكره الصفة الدولية على المؤيدين مجافاتهم للواقع من الأمر، وأنهم يعالجون الموضوع لا باعتبارها هو كائن ولكن على أساس ما ينبغي أن يكون^(٢). وخالصة الرأي عند هؤلاء هو أن القانون الدولي الخاص وقانون التجارة الدولية قانون وطني سواء بالنظر إلى مصدره.

كما ينكر أصحاب هذا الاتجاه الصفة الخاصة للقانون التجاري الدولي مثلما أنكروا صفته الدولية، ويرون القانون التجاري الدولي قانونا وطنيا عاما، مستدلين على ذلك بأن الوسيلة الفنية المتبعة لحكم العلاقات الخاصة الدولية هي إسناد العلاقة إلى قانون دولة معينة إسنادا يتحدد به مجال سلطان القانون الوطني والقوانين الأجنبية وأن هذه العملية من صميم القانون الدولي العام لتعلقها بمدى سيادة القانون الوطني بالنسبة إلى القوانين الأجنبية^(٣).

وعلى ذلك يكون القانون التجاري الدولي في نظر هؤلاء قانونا عاما بالنظر إلى الوسيلة الفنية المتبعة لتحديد القانون الواجب التطبيق لحكم العلاقة التعاقدية.

(١) د. عز الدين عبدالله - مرجع سابق - ص ٩١

(٢) د. محمد كمال فبهي - مرجع سابق - ص ٦١

(٣) د. أحمد مسلم . مرجع سابق . ص ١٣

المذهب الثاني: مذهب المؤيدين للصفة القانونية لقواعد التجارة الدولية: يرى أصحاب هذا المذهب وجود نظام قانوني متكامل لقانون التجارة الدولية، وهو الاتجاه الغالب في الفقه ويرون أن القواعد الموضوعية للتجارة الدولية تشكل نظاما قانونيا بالمعنى الدقيق لهذا المصطلح، و يرون أنه يتكون من مجموعة قواعد قانونية مختلفة ومتباينة تتكون بشكل تلقائي من جراء السلوك العفوي للتجار، أو من تلك التي يتم خلقها بصورة مقصودة وبإدراك واع بقصد تكوين قاعدة وفرضها دوليا كقواعد العقود النمطية، أو من تلك الواردة في الاتفاقيات الدولية كمبادئ اليونيدروا^(*)، وعلى ذلك يرون أنها تستمد قيمتها القانونية من حقيقة انتمائها لنظام قانوني دولي متميز لا من تلك النظم القانونية الوطنية، ولا حتى من القانون الدولي العام^(١).

كما يرون أن أفراد مجتمع التجارة الدولية مرتبطون بعلاقات ومعاملات وثيقة على نحو يجعلهم يشكلون مجتمعا دوليا حقيقيا، ويتولى هذا المجتمع وضع القواعد السلوكية التي تحكم المعاملات التي تجري في هذا الوسط الدولي عن طريق السلطة التي تتمثل في التنظيمات المهنية والمنظمات الخاصة والدولية^(٢).

ويرى المؤيدون لوجود هذا القانون أن العادات والمبادئ العامة والتحكيم هي التي تعبر عن وجود سلطة حقيقية لمجتمع التجار العابر للحدود، وفي ذلك يقول الفقيه

(*) اليونيدروا الترجمة العربية المعتمدة لكلمة "UNIDROIT" وهو المعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص. وهي منظمة حكومية دولية مستقلة مقرها روما وتسمى إلى توحيد القانون الدولي الخاص لاسيما القانون الدولي التجاري، وفقا لنص المادة (١) من نظامها الأساسي التي تنص على "يسهدف المعهد الدولي لتوحيد القانون المقارنة بدراسة وسائل تحقيق التوافق والتنسيق فيما بين القانون الخاص للدول وتجمعات الدول، وإعداد تدريجي لتبني مختلف الدول قواعد موحدة للقانون الخاص" وابتغاء التوصل إلى ما تقدم يتطلع المعهد بما يلي (أ)- إعداد مسودات لقوانين واتفاقيات بغرض إقامة نظام قانوني داخلي موحد، (ب)- إعداد مسودات لاتفاقيات بهدف تيسير العلاقات الدولية في مجال القانون الخاص، (ج)- عمل دراسات في القانون الخاص المقارن، (د) الاهتمام بمشروعات قائمة في أي من هذه المجالات تتولاها مؤسسات أخرى بما يمكن من إقامة علاقة معها كلما كان ذلك ضروريا، تنظيم مؤتمرات ونشر أعمال يراها المعهد جديرة بالانتشار على نطاق واسع].

للاستزادة راجع موقع معهد اليونيدروا على الشبكة العالمية للمعلومات في الرابط التالي

www.unidroit.org/dynasite.cfm?dsid=84219

(١) د. محمد محسوب. نظرية قانون التجار الدولي بين الوهم والحقيقة. الطبعة الأولى ٢٠٠٣- مطبعة حمادة بالقاهرة. ص ١٣

(٢) د. أبو العلا على أبو العلا النمر. مقدمه في القانون الخاص الدولي. مرجع سابق. ص ١١٨

جولدمان أن المبادئ العامة للقانون باعتبارها مصدرا لقانون التجارة الدولي هي الآلية المثلى لإعادة خلق وتطوير القانون التجاري الدولي، والذي لا يمكن إدراكه إلا بالاعتراف بأن قانون التجارة الدولي هو نظام قانوني ذاتي يشتمل على مجتمع مخصوص للمتعاملين في مجال التجارة الدولية^(١).

ويؤكدون الصفة النظامية لهذا القانون لاجتماع كافة العناصر اللازمة لنشأته باعتبارها قواعد سلوكية يحترمها المنتمون لهذا المجتمع لأهمية وضرورة القواعد التي تحكم معاملاتهم في إطاره حتى يمكن لهم إدراك مصالحهم المشتركة. وكذلك لوجود قواعد يطبقها المحكم أو القاضي، كذلك وجود التنظيمات والهيئات المهنية التي تكفل احترام هذه القواعد بحيث يكفل فعالية النظام.

وعلى النقيض مما يراه المنكرون للصفة الدولية، على الوجه المتقدم ، نجد الفقهاء المؤيدين للصفة الدولية للقانون التجاري الدولي وللقانون الدولي الخاص عامة ، يؤكدون أن القانون التجاري الدولي وكافة مسائل القانون الدولي الخاص قانون دولي لتعلق مسأله بالجماعة الدولية ، ويرون أن قواعده دولية الطبيعة وأن حلوله ينبغي أن تكون دولية.

ويرى أصحاب هذا الرأي وعلى رأسهم الفقيه الفرنسي باتيفول "Batiffol" أنه لا ينفي عن القانون الدولي الخاص International Private Law و القانون التجاري الدولي الصفة الدولية كون أنه ينظم علاقات الأفراد دون الدول، " إذ أن التدويل في نظرهم لا يقتصر على العلاقات بين الدول، وعل ذلك بأن هناك علاقات عامة دولية هي التي تكون بين الدول، وعلاقات خاصة دولية هي التي تكون بين أفراد من دول مختلفة^(٢) .

كما يرون أنه لا يعيب القانون الدولي الخاص كون أن مصادره وطنية، إذ أن القانون الدولي العام لا ينكر عليه دوليته رغم أنه يستمد بعض قواعده من مصادر

(١) د. أحمد عبد الكريم سلامة - نظرية العقد الدولي الطليق - مرجع سابق - ص ٣٧١

(٢) د. أحمد مسلم . مرجع سابق . ص ١٣ ، ١٤ "

وطنية، إضافة على أنه قانون مجرد من السلطة المشروعة والجزاء الفعال. كما يرون أن النظام الداخلي للدولة هو المزود بالسلطة المشروعة والجزاء الفعال للقانون الدولي العام والخاص وإن كان الفارق قائما بين المصالح التي يحميها كل منهما ومن حيث الجزاء الذي يكون موضوعه المصلحة العامة في النوع الأول ويكون الجزاء فيه ضعيفا، في حين أن الثاني موضوعه المصلحة الخاصة وفكرة الجزاء فيه واضحة^(١).
 وخلاصة الرأي عند هؤلاء أن القانون التجاري الدولي هو قانون دولي بالنظر إلى طبيعة العلاقة التي تحكمها.

وعلى خلاف ما ذهب إليه أصحاب الرأي الأول فهناك من الفقهاء من يرى أن القانون التجاري الدولي قانون خاص لأنه ينظم العلاقات التجارية الخاصة ذات العنصر الأجنبي، أي العلاقات التجارية فيما بين أفراد منتمين إلى دول مختلفة، وفي نظر هؤلاء يعد القانون التجاري الدولي قانونا خاصا لأنه ينظم العلاقات والنشاطات التجارية التي تنتمي إلى القانون الخاص، ولاضير كون أن أحد أطراف هذه العلاقات من أشخاص القانون العام لأن العبرة في هذا القانون ليست بصفة أطراف العلاقة التجارية وإنما بنوع وطبيعة العلاقة ذاتها وكونها من روابط القانون الخاص^(٢) ويستدلون على ذلك أن القانون العام يتعلق بالدولة بوصفها موضوعا للقانون الدستوري، أو بوصفها شخصا من أشخاص القانون الإداري، ولا تبدو الدولة في مجال القانون الخاص إلا بوصفها مصدرا للقانون، وإذا ما أخذ بهذا الاعتبار كان القانون التجاري الدولي من القانون الخاص^(٣)، كما أن الموضوع الأساسي لهذا القانون في حقيقته دراسة للنظام القانوني للعلاقات المدنية والتجارية ذات العنصر الأجنبي، وهي علاقات خاصة لأنها تقوم بين الأفراد وليست الدول.

(١) د. عز الدين عبدالله - مرجع سابق - هامش الصفحة ٨٩

(٢) د. حمزة حسن حداد. قانون التجارة الدولية. الطبعة الأولى ١٩٨٠ م - الدار المتحدة للنشر - بيروت - ص ٣٢

(٣) د. عز الدين عبدالله. مرجع سابق. ص ٩٩

ويقسم الفقهاء الذين يرون القانون التجاري الدولي فرعاً من فروع القانون الخاص أن القانون الدولي يضم فرعين، هما القانون الدولي العام والقانون الدولي الخاص، ذلك لأنه ينشأ في حياة الجماعة الدولية علاقات تجري بعضها فيما بين الدول المختلفة، ويجري بعضها فيما بين أشخاص ينتمون لدول مختلفة، فيطلقون النوع الذي يجري بين الدول المختلفة بالقانون الدولي العام والذي يجري بين الأشخاص بالقانون الدولي الخاص^(١).

وقد جاء في تقرير للأمم المتحدة أن قانون التجارة الدولية عبارة عن مجموعة من القواعد التي تحكم العلاقات التجارية المنتمية إلى القانون الخاص والتي ترتبط بدول مختلفة^(٢).

وعلى ذلك فإن القانون التجاري الدولي هو قانون خاص لأنه يحكم العلاقات التجارية الخاصة ذات العنصر الأجنبي.

وبعد أن تناولت رأي الفقهاء باتجاهيه المنكر والمؤيد للصفة القانونية لقواعد ومبادئ التجارة الدولية والنظام القانوني له، أجد نفسي متفقاً مع مؤيدي الصفة القانونية لقواعد التجارة الدولية والنظام القانوني له، ذلك أن الواقع العملي والتطور المتسارع للمعاملات الدولية قد فرض قبول هذه القواعد بوصفها نظاماً قانونياً متكاملًا يلجأ إليه المتعاملون في مجال التجارة الدولية لإيجاد حلول سريعة وعادلة للمشاكل التي تواجههم وللمنازعات التي تثار فيها، و تلائم طبيعة العلاقات الدولية المتطورة، حيث تحقق تلك القواعد الحل المثالي العادل للأطراف دون أن تعوق حرية إرادتهم، فضلاً عن أنها تواكب تطور التجارة الدولية خلافاً للقواعد الداخلية التي تعجز عن ملاحقة تلك التطورات .

(١) د. عز الدين عبدالله - المرجع سابق . ص ٨٨

(٢) د. حمزة حسن حداد - مرجع سابق . ص ٢٨

ونرى أنه يجب عدم نفي الصفة الدولية^(*) والقانونية عن هذه القواعد لمجرد أنها تحكم علاقات بين أفراد أو لأنها لم تصدر عن دولة، حيث إن الصفة الدولية لهذه القواعد تكتسبها لأنها تنظم علاقات بين أفراد من دول مختلفة، وأنه لا ينبغي أن يقتصر لفظ "دولي" على العلاقات بين الدول فقط دون الأفراد، كما أن من الجور نفي صفة النظام القانوني عن هذا القانون لمجرد أن قواعده لم تصدر من دولة معينة تحمل هذا الوصف وفقا للقانون الدولي العام .

وأتفق مع الأستاذ الدكتور /أحمد صادق القشيري الفقيه المصري فيما ذهب إليه من أن الاتجاه الذي ينادي بضرورة ارتباط القانون بوجود الدولة، من شأنه أن يحصر مفهوم القانون في مجال ضيق يقتصر على مجتمع الدولة بالمفهوم الحديث، وهذا المفهوم من المتعذر قبوله لأنه بجانب مجتمع الدولة توجد مجتمعات أخرى مثل المجتمع القبلي، الذي رغم صورته البدائية وعدم وجود التنظيم القانوني الهيكلي لديه بالمعنى المعروف لدى الدولة في الوقت الحالي، تحكمها قواعد قانونية بالمعنى الدقيق وتحظى بالاحترام والفاعلية، وتوقع على من يخالف تلك الأحكام جزاءات صارمة قد تصل إلى حد الإعدام، ومثل هذا القول لم يعد صحيحا في إطلاقه إذ يكفي لتكوين القاعدة القانونية، بوصفها قاعدة سلوك، أن تنتمي إلى مجتمع منظم^(١)

كما أن اعتماد ضرورة ارتباط القانون بوجود الدولة سيؤدي إلى إنكار الصفة الدولية والقانونية لقواعد القانون الدولي العام التي لم ينكر أحد على أحكامها صفتها القانونية والدولية رغم غياب السلطة العامة التي تستطيع توقيع جزاء مادي على من يقوم بمخالفة أحكامها. فالسلطة التشريعية للدولة لا تعتبر المصدر الوحيد للقانون.

(*) أول من استخدم تعبير International Private law هو الفقيه story في العام ١٨٣٤ في مؤلفه الموسوم بتنازع القوانين "راجع د. أحمد مسلم . مرجع سابق . ص ١٣ ، ١٤"

(١) أ.د. هشام على صادق . القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية . مرجع سابق . ص ١٩٣ وما بعدها.

ولا يجب الاشتراط على ذلك بحيث يصبح عدم توفره كافياً لنفي الصفة القانونية عن القواعد القانونية التي تصدر من سلطات لا تحمل صفة السلطة العامة للدولة، حيث إن هناك سلطات مهنية تصدر قواعد أمرية واجبة الاتباع من قبل الطائفة التي تتبع لها، وتوقع الجزاء على من يخالف تلك القواعد بشكل أو بآخر. وعلى ذلك فليس من المنطقي نفي الصفة القانونية والنظام القانوني عن القواعد والمبادئ الدولية استناداً إلى أنها لم تصدر من دولة معينة تحمل هذا الوصف وفقاً للقانون الدولي العام.

كما أن القول بعدم وجود مجتمع دولي حقيقي للتجار يسوده الانسجام ويعوزه التنظيم والسلطة قول مردود عليهم إذ أن الواقع يدل بوجود مجتمع دولي لرجال التجارة الدولية يسوده الانسجام بدرجة كافية في معاملاتها وعلاقات أعضائها لا يمكن إنكاره، وهذا المجتمع ينظمه تنظيمات مهنية مثل غرف التجارة الدولية ومراكز التحكيم الدائمة، ولقد أضحت هذه التنظيمات بمثابة أجهزة الدولة، تقوم بالسهر على العمل على احترام تلك القواعد، وتقوم بتوقيع جزاء ذي طابع خاص يتماشى مع طبيعة مجتمع التجار الدولي، على من يخالف تلك القواعد. يختلف عن تلك التي توقع عادة بقواعد القانون الداخلي، إلا أن هذا الاختلاف لا ينفي الصفة القانونية عن هذه القواعد لاسيما أن هذه الجزاءات أصبحت جزاءات محسوسة توقعها المؤسسات التي تتولى شئون هذا المجتمع^(١).

كما يرى جانب من الفقه أن القواعد ذات النشأة التلقائية لم تعد بحاجة إلى اعتناق المتعاقدين لها في اتفاقهم حتى يلتزموا بأحكامها وفقاً لمبدأ "العقد شريعة المتعاقدين" وإنما هي تتمتع بقوة الإلزام الذاتي التي تفرض على القاضي، والمحكم بصفة خاصة، تطبيقها من تلقاء نفسه رغم خلو العقد من أي إشارة إلى أحكامها،

(١) د. محمد عبدالله محمد المؤيد. مرجع سابق - ص ٥٩، د. هشام على صادق - القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية -

مثلها في ذلك مثل القواعد العرفية التي يفترض في القاضي والمتعاملين العلم بمضمونها^(١) أضف إلى ذلك أن جانبا من الفقه يذهب إلى أن انعدام الجزاء في النظام القانوني لقانون التجارة الدولية لا يقلل من القيمة القاعدية للقواعد الذاتية للتجارة الدولية، لأن الجزاء في القاعدة القانونية ولزومه لها، أمره محل نظر وخلاف في الفقه^(٢).

وكون أن مصادر قانون التجارة الدولية، الأساسية وطنية أكثر منها دولية، لا يعيب هذا القانون، حيث إن هذه مسألة متعلقة بالمصادر لا بطبيعة أو نوع العلاقات، وأن العبرة في وصف قانون ما هي بنوع علاقاته لا بنوع مصادره^(٣). وهذا القانون كما اتضح لنا فيما سبق تحكمه علاقات عابرة للحدود، وبين أفراد ينتمون إلى دول مختلفة في نظمها وقوانينها، وعلى ذلك فإنه لا يقدر في دوليتها كون أن مصادرها وطنية ولا ينفي عنها طبيعة العلاقة التي تنظمها.

كما أن التسليم بعدم وجود قانون للتجارة الدولية قد يؤدي إلى غبن فاحش وضرر جسيم لأطراف العلاقة، وذلك يعني التسليم بتطبيق القوانين الوطنية ذات العلاقة، وهو الأمر الذي يتجنبه التجار لما فيه من ضرر جسيم لهم، ناهيك عن الأضرار البالغة التي ستلحق بالتجارة الدولية، إذ أن القوانين الوطنية وضعت في الأساس لخدمة المصالح الوطنية وللتطبيق الداخلي.

ولاعتبارات متعددة متعلقة بمبادئ العدالة ومقتضيات مصلحة المجتمع الدولي ولتوفر كافة العناصر اللازمة للنظام القانوني لا بد من الاعتراف بأن قانون التجارة الدولية يشكل نظاما قانونيا مستقلا، يشتمل على مجتمع مخصوص للمتعاملين في مجال التجارة الدولية وله سلطة مؤثرة داخل ذلك النظام تتمثل في المنظمات المهنية

(١) دهشام على صادق - القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية - مرجع سابق - ص ٢٠٤

(٢) د. أحمد عبد الكريم سلامة. نظرية العقد الدولي الطليق. مرجع سابق. ص ٣٨٢

(٣) د. أحمد المسلم. مرجع سابق. ص ١٤

الخاصة، وأخيراً وجود مجموعة من القواعد المعيارية التي تنظم السلوكيات واجبة الاتباع داخل ذلك النظام^(١).

وبعد هذا الاستعراض لرأي منكري ومؤيدي الصفة القانونية والنظام القانوني لقواعد التجارة الدولية نرجح رأي المؤيدين للصفة القانونية والنظام القانوني لقواعد التجارة الدولية، لتوفر أوصاف القاعدة القانونية لقواعده، ويقودنا ذلك إلى القول بأن القانون التجاري الدولي يشكل نظاماً قانونياً مستقلاً عن القانون التجاري الوطني الذي يحكم الروابط الداخلية في الدولة الواحدة. ويؤكد ما ذهبنا إليه أن القانون التجاري الدولي يقدم حلولاً ذاتية لمعاملات التجارة الدولية، ولا يمكن إدراجه تحت أي نظام قانوني آخر خلاف النظام القانوني للتجارة الدولية.

ونخلص مما ذكر على أن قانون التجارة الدولية يشكل نظاماً قانونياً مستقلاً لاجتماع العناصر اللازمة لذلك له صفة الكمال والانغلاق وله القدرة على خلق قواعده كلما دعت الحاجة لذلك. ولا يعيبه كما قلنا كون أن مصادره الأساسية وطنية أكثر مما هي دولية، حيث إن هذه مسألة متعلقة بالمصادر لا بطبيعة أو نوع العلاقات، وأن العبرة في وصف قانون ما هي بنوع علاقاته لا بنوع مصادره. ونرى أنه لا معنى لإنكار وجود هذا النظام الذي صار حقيقة واضحة تتوفر له كافة عناصر نشأة النظام القانوني، والمتمثلة في وجود مجتمع حقيقي للعاملين في التجارة الدولية، ووجود أجهزة مهنية وهيئات تحكيم تكفل احترام القواعد السلوكية لهذا المجتمع.

* * * * *

(١) د. محمد محسوب. مرجع سابق - ص ٢١

المطلب الثاني

خصائص قانون التجارة الدولية

بعد أن تناولنا الطبيعة القانونية للقانون التجاري الدولي رأينا تناول مجمل خصائص هذا القانون ، ولا شك أن هذا القانون يتميز بعدة خصائص تجعل منه قانونا مواكبا للتطورات المتلاحقة في التجارة العالمية ولعل أبرز هذه الخصائص أنه قانون موضوعي تلقائي النشأة يخاطب فئة معينة، في مجتمع عبر دولي خاص، ويمكن إجمال هذه الخصائص فيما يلي:

أولا: قانون التجارة الدولية قانون نوعي وطائفي:

يختلف المجتمع الدولي للتجارة عن المجتمع الداخلي لها وبالتالي فإن القواعد التي تحكم مشكلات التجارة الداخلية تبدو غير ملائمة لحل مشكلات التجارة الدولية^(١) ، وبالتالي فإن القواعد القانونية التي تحكم مشكلاته تقتضي قواعد وحلولا تتوافق مع ذاتيته، قواعد تخاطب مجتمعهم وتجد لهم حلولا موضوعية تطبق مباشرة على معاملاتهم التي يجرونها فيما بينهم. ومن هنا يقال أن القانون الموضوعي للتجارة الدولية، قانون نوعي أو طائفي نظرا لأنه لا يخاطب إلا طائفة معينة من الأفراد هم الممارسين للتجارة الدولية ورجال الأعمال الدوليين، ولا يطبق إلا على المعاملات العابرة للحدود.

وتتنوع القواعد التي تحكم العلاقات الدولية الخاصة بحسب تنوع الوسط المهني وتختلف باختلاف نوع كل تجارة على حدة، كالصوف والحبر والحبوب ونقل التكنولوجيا وغيرها^(٢)، ومن هنا يتصف بأنه قانون طائفي بالنسبة إلى المخاطبين بقواعده، ونوعي لأنه ينظم نوعا معينا من المعاملات والمسائل، وهي تلك التي تنشأ أو

(١) د. أبو العلا على أبو العلا النمر - مقدمة في القانون الخاص الدولي. مرجع سابق - ص ١٠٦

(٢) د. محمد حسين منصور - العقود الدولية - الطبعة الأولى ٢٠٠٦ م - دار الجامعة الجديدة للنشر بالإسكندرية - ص ٤٧٢

تثور في مجال التجارة الدولية، ولا يعد قانون التجارة الدولية نوعياً فقط بالنظر إلى أشخاصه، بل هو كذلك أيضاً بالنظر إلى موضوعه ومضمونه.
ثانياً: قانون التجارة الدولية قانون موضوعي:

يرى جانب من الفقه أن من أهم السمات التي تميز القانون التجاري الدولي الصفة الموضوعية لقواعده التي تطبق مباشرة لحل المشكلات التي تنشأ بين المتعاملين في التجارة الدولية دون إحالة إلى قانون آخر للتعرف على هذا الحل، وفي هذا المعنى يرى الأستاذ جولدمان في مقالته المنشورة عن " قانون التجارة الدولي والمنشورة عام ١٩٧٩م من أن قواعد قانون التجارة الدولية يتم تطبيقها بصورة مباشرة حتى في غياب الإحالة من الأطراف، وفي غياب أي قرينة موضوعية تشير إلى رغبة الأطراف في تطبيقه^(١). أي يطبق هذا القانون دون حاجة لإرادة الأطراف الضمنية أو الصريحة.

وقانون التجارة الدولية قانون موضوعي لأنه يرتبط بالعلاقات والنشاطات التجارية التي تنتهي إلى القانون الخاص حتى ولو كان أطراف هذه العلاقات من أشخاص القانون العام لأن العبرة في هذا القانون ليست بصفة أطراف العلاقة التجارية وإنما بنوع وطبيعة العلاقة ذاتها وكونها من روابط القانون الخاص^(٢)، فهو قانون يقدم حلولاً موضوعية ويحقق بذاته حماية للحقوق والمراكز القانونية ذات الطابع الدولي وهو بذلك يتميز عن قواعد الإسناد التي تعد مجرد أداة يقتصر دورها على تحديد القانون الواجب التطبيق للتعرف على الحل المطلوب للنزاع المعروض دون أن تتضمن في ذاتها حلاً موضوعياً لهذا النزاع^(٣)

(١) د. محمد محسوب . مرجع سابق . ص ١٣٢ .

(٢) د. حمزة حداد مرجع سابق - ص ٣٢

(*) العلاقات التجارية المنتمية إلى القانون العام مثل المعاهدات التجارية الثنائية أو الجماعية التي تبرمها الدول لتنظيم التبادل التجاري بينها، أو لإنشاء اتحادات اقتصادية فإنها لا تدخل في مفهوم التجارة الدولية - للاستزادة راجع د. حمزة حداد - مرجع سابق - ص ٣٣

(٣) د. محمد حسين منصور . مرجع سابق . ص ٤٧٢ ، د. محمود محمد ياقوت . الروابط العقدية الدولية بين النظرية الشخصية والنظرية الموضوعية دراسة تحليلية مقارنة . الطبعة الأولى بدون سنة طبع . دار الفكر الجامعي الإسكندرية . ص ٥٤

أما نوعية القواعد الموضوعية فتتمثل في حلولها الخاصة التي تميزها عن سائر القواعد الوطنية، وفي التطبيق المباشر لها، لما تتميز به من مرونة بحيث تأخذ في الاعتبار خصوصية العلاقات الدولية، وبهذه الخصوصية صارت الوسيلة الفعالة والوحيدة دون سواها في هذا الخصوص لأنها شرعت خصيصا من أجلها وتحل مباشرة مشكلاتها.

وهذه القواعد الموضوعية تنشأ من المعاهدات الدولية، أو من العرف السائد وسط التجار المشتغلين بالتجارة الدولية، أو من المبادئ العامة وأحكام المحكمين التي أضحيت في مجموعها قواعد قانونية تطبق مباشرة لحل الخلافات التجارية التي تنشأ في المجتمع الدولي للتجار، فهو إذن مجموعة من القواعد الموضوعية دولية المصدر تطبق على العلاقات التجارية المنتمية إلى القانون الخاص.

ثالثاً : قانون التجارة الدولية قانون تلقائي النشأة :

يتسم قانون التجارة الدولية بأنه قانون تلقائي لا يفيض عن إرادة أي مشرع وطنيا كان أم دوليا، بل هي قواعد نابعة من العادات والأعراف السائدة بين أفراد مجتمع التجار الدولي، ومن غير المرور بالقنوات الرسمية لسن القوانين الداخلية، فهو يستمد قواعده من أعراف وعادات و ممارسات المتعاملين في التجارة الدولية، وحتى تلك المبادئ التي تصاغ من قبل المنظمات الدولية المهتمة بتوحيد قانون التجارة الدولية(*) هي في الأساس قواعد عرفية قننت على شكل اتفاقيات.

مفهوم التلقائية: ويقصد بالقانون التلقائي بأنه قانون لا يصدر عن سلطة رسمية ولا يتبع طريقا شكليا أو رسميا، كما هو الحال في سن القوانين الوضعية الحديثة، وأن لا يكون القانون صادرا عن جهاز يتمتع باختصاص قاعدي، أي بسلطة سن القوانين، أي يجب أن تكون قواعده عرفية تعارف عليها الطائفة المعنية تولدت من خلال

(*) هنالك عدة منظمات حكومية دولية تسعى لتوحيد القانون الدولي الخاص منها على سبيل المثال معهد روما لتوحيد القانون التجاري الدولي

ممارساتهم المتواترة بتلك القواعد. وأن لا يحتاج تطبيق ذلك القانون إلى تدخل سلطة عامة أي يجب أن يكون تلقائي التطبيق ويكون كذلك برضاء الأطراف به مقدما وملاءمته لطبيعة التعاملات التجارية^(١)

وبالطبع فإن قانون التجارة الدولية لا يتبع سلطة دولة معينة تهيمن على نشاطه أو توجهه ولا تقوم على تنظيمه جهة رسمية مركزية. وعلى ذلك لا يوجد جهاز خاص، يتمتع باختصاص وضع القواعد السلوكية للمتعاملين في التجارة الدولية، فهو قانون غير وطني، أي قانون عابر للحدود.
مزايا تلقائية القانون التجاري الدولي :

للتلقائية التي يتصف بها قانون التجارة الدولية عدة مزايا، المزية الأولى أنه يجنب أفراد مجتمع التجار الخضوع للقوانين الوطنية التي يشوبها القصور وتعجز عن تقديم حلول تتفق مع أنماط المعاملات العابرة للحدود. والمزية الثانية أن الطبيعة التلقائية لهذا القانون تجعله قانونا مرنا تنبع قواعده من معطيات واقعية لتعكس حاجات المتعاملين في التجارة الدولية، وهي قواعد غير آمرة، بمعنى آخر تعد قواعده قواعد مكملة متروك أمر أعمالها إلى الأطراف في المعاملات الدولية^(٢).
رابعاً: قانون التجارة الدولية قانون له طابع دولي:

يتسم قانون التجارة الدولية بأنه قانون ذو طابع دولي فهو قانون لا يصدر عن سلطة عامة، والطابع الدولي يكتسبه هذا القانون من طبيعة المعاملات التي تحكمها، فهي تتم عبر الحدود وتتصل بأكثر من دولة في ذات الوقت مع اتصالها بمصالح التجارة العالمية. ويضع تنظيمها موضوعياً للمعاملات التجارية بالنظر إلى طابعها الدولي وهدفه هو الاستجابة لاحتياجات التجارة الدولية وعقودها^(٣).

(١) د. أحمد عبد الكريم سلامة - القانون الدولي الخاص النوعي - مرجع سابق - ص ٥٦

(٢) د. أبو العلا على أبو العلا النمر - مقدمة في القانون الخاص الدولي - مرجع سابق - ص ١١٢

(٣) د. أحمد عبد الكريم سلامة - القانون الدولي الخاص النوعي - مرجع سابق - ص ٥٦

خامساً: قانون التجارة الدولية قانون سريع التطور:

ومن الخصائص التي يتميز بها قانون التجارة العالمية أنه قانون سريع التطور وذلك للاستجابة لاحتياجات التجارة العالمية التي تتطور بدورها مع التطور السريع في التكنولوجيا ، كما أن حاجة المجتمعات للسلع والخدمات من خارج بلدانهم أدت إلى التطور في التجارة الدولية التي انعكست بدورها على قانون التجارة الدولية^(١) والخلاصة: أن قانون التجارة الدولية قانون طائفي نوعي تلقائي النشأة والتطبيق فهي قواعد واجبة التطبيق متى ما أراد ذلك طرفاً أو أطراف التعاقد دون تدخل من أي سلطة عامة.

(١) د. أبو العلا على أبو العلا النمر - مقدمة في القانون الخاص الدولي - مرجع سابق - ص ١١٢

المطلب الثالث

مصادر قانون التجارة الدولية

اختلفت الاتجاهات الفقهية حول مصادر^(*) القانون بصفة عامة فهناك اتجاه شكلي بحت، يرى في القانون مجرد تعبير عن إرادة سلطة عليا في الدولة، وهو لذلك يحصر مصادر القانون فيما يسمى بالمصادر الرسمية للقانون، وهو التشريع، فيرون أن التشريع هو المصدر الوحيد للقانون^(**) وهذا الاتجاه ينكر الحقيقة الواقعية من أن السلطة التشريعية في الدولة عندما تضع القانون تعبر في الواقع عن قيم تمثل الحقائق السائدة في المجتمع، ومن أن التشريع ليس هو المصدر الرسمي الوحيد للقانون^(١). وبجانب الاتجاه الشكلي نجد الاتجاه الموضوعي الذي تزعمه الفقيه الألماني سافيني ويرى أصحاب هذا الاتجاه أن للقانون انعكاسات للبيئة التي تنشأ فيه، يعبر عنها ويتطور بتطورها، وهو لذلك يركز اهتمامه على ما يسمى بجوهر القانون أو مادته ويجعل العرف هو المصدر الأساسي للقانون باعتباره يعبر عن ما تعارف عليه المجتمع، وهؤلاء ينكرون وجود مصادر رسمية تكسب المادة القانونية قوة الإلزام أي ينكرون أن التشريع هو المصدر الأساسي للقانون^(٢).

وهناك اتجاه توفيقى للاتجاهين السابقين تزعمه الفقيه الفرنسي جيني، ووفقا لهذا الاتجاه فإن القانون له مصدران مصادر مادية تقدم مضمون القانون ومادته، ومصادر رسمية تعطي لمضمون القانون قوته الإلزامية^(٣)

(*) المصدر هو الأصل الذي يستمد منه الشيء، ولذلك فإن مصدر القواعد القانونية هو الأصل الذي تشتق منه هذه القواعد أحكامها.

(**) من الفقهاء الذين نادوا بهذا الرأي الفقيه الإنجليزي أوستن كما تبني هذا الرأي ما يسمى بمدرسة التزام النص في فرنسا.

(١) د. مصطفى محمد الجمال - تجديد النظرية العامة للقانون - مرجع سابق - ص ٢١١

(٢) د. مصطفى محمد الجمال - الوجيز في القانون المدني - القانون بوجه عام نشوء الالتزام - أحكام الالتزام - مرجع سابق - ص ٥٠

(٣) د. مصطفى محمد الجمال - تجديد النظرية العامة للقانون - مرجع سابق - ص ٢١١

هذا ما كان بشأن مصادر القانون بصفة عامة، فهل ينطبق هذا الخلاف على مصادر قانون التجارة الدولية؟ فهذا ما سنجيب عليه من خلال تناول المصادر المعترف بها في مجتمع التجار والتي تصلح في أن تكون مصادر للقانون الدولي الخاص، وعموماً فإن مصادر قانون التجارة الدولية قد تمثلت في العادات والأعراف التجارية الدولية، الشروط العامة والعقود النموذجية، المبادئ العامة للقانون، وقواعد العدالة وقضاء التحكيم، والتشريعات والاتفاقيات الدولية.

وفي التشريع الإسلامي نجد الفقهاء اهتموا بمصادر التشريع الإسلامي اهتماماً كبيراً، وقد عرف المصدر بأنه ما يستدل بالنظر الصحيح فيه على حكم شرعي عملي على سبيل القطع والظن، ويطلق الفقه الإسلامي على المصادر الأدلة الشرعية أو أصول الأحكام، كما قام الفقهاء بتقسيم هذه المصادر إلى عدة تقسيمات، منها المصادر النقلية التي لا يكون للمجتهد عمل في تكوينها كالقرآن والسنة والإجماع والعرف، والمصادر العقلية التي يكون للمجتهد دور في تكوينها كالقياس والاستحسان والمصلحة المرسلة^(١).

الفرع الأول: العادات والأعراف التجارية الدولية:

من أكثر المسائل الخلافية في فقه التجارة الدولية تحديد مفهوم العرف(*) والعادة والتمييز بينهما، والسبب في ذلك يرجع إلى غموض مفهومهما وتداخلهما، ورغم أن العادة لدى الفقهاء تعد مرحلة أولية للعرف في القانون الوطني، إلا أن الأمر يختلف لدى فقهاء القانون الدولي الخاص حيث يتفق فريق منهم مع ما ذهب إليه الفقهاء في القانون الوطني، وفريق آخر يرى أنهما لفظان مترادفان لمعنى واحد.

(١) د. حماد مصطفى عذب - مرجع سابق - ص ٨١

(*) يقصد بالعرف تواتر العمل على الأخذ بحلول معينة إلى الحد الذي يتكون معه الاعتقاد بضرورة احترامها والانصياع لحكمها. والعرف على هذا النحو يتكون تلقائياً من ضرورات الحياة في الجماعة بمعزل عن تدخل السلطة العامة فيها، وهو من ناحية أخرى لا يعدو أن يكون معنى يستخلص مما يجري عليه العمل في الجماعة كسنة ملزمة دون أن يكون مدونة وثيقة مكتوبة أنظر د. مصطفى محمد الجمال - تجديد النظرية العامة للقانون - مرجع سابق - ص ٣٠٤

تعريف العرف في التجارة الدولية :

لم يضع فقهاء القانون الدولي الخاص تعريفاً محدداً للعرف في مجال التجارة الدولية، والسائد لدى الفقهاء أن العرف والعادة "usages" ^(**) في مجال التجارة الدولية لفظان مترادفان لمعنى واحد ^(***)، ورغم وجود من يعارض هذا المعنى إلا أنهم لم يضعوا تعريفاً جامعاً مانعاً للعرف التجاري الدولي، مكتفين بما جاء من تعاريف في قانون التجارة الوطنية. .

العرف كمصدر لقانون التجارة الدولية:

يعتبر أغلب الفقهاء العرف المصدر الرئيسي لقانون التجارة الدولية، ويرون أن القانون العرفي المتعارف عليه في مجتمع التجار الدولي يقوم الأطراف بتطبيقه في معاملاتهم لأنه نتاج الممارسة العملية للنشاط الاقتصادي في مختلف قطاعات الأعمال الدولية. وهو يحكم الممارسة المستمرة في مجال المهنة أو التجارة المعينة له ما يبرر توقيح تطبيقه دائماً في هذا النوع من النشاط ، فله من الثبات والاستقرار والعمومية ما يجعله مكملاً لبنود العقد ومفسراً لها ما لم يصحح الأطراف بما يخالفها ^(١). وبحكم أن هذه القواعد العرفية أخذت طابع الاستمرارية ، وحرص التجار على مراعاتها في كافة تعاقداتهم الدولية أصبحت في حكم القواعد الآمرة الواجبة التطبيق، وأشارت إلى ذلك المادة ٩ من اتفاقية فيينا لعام ١٩٨٠ الخاصة بالبيع

(**) defined «usages» as «any practice or method of dealing, which reasonable persons in the same situation as the parties, usually consider to be applicable to the formation of their contract.» see : Michael Joachim Bonell - Commentary on the International Sales Law- .Giuffrè: Milan (1987)- p 103

(***) يرى الدكتور العلامة أحمد عبد الكريم سلامة خلاف ما تم ذكره في المتن حيث يرى أن أنصار القانون الموضوعي للتجارة الدولية يخلطون بين العرف والعادة ، ويرى أن من عدم الدقة محاولة التسوية بين العرف والعادة وفي رأيه أن العرف مصدر معترف به كمصدر للقاعدة القانونية في الفقه والقضاء والتشريع وتعتبر قاعدة عامة بينما العادة مجرد واقع عملي يسعف في تفسير العقد وسد ثغراته ويرى أنها مجرد شرط تعاقدية . ونحن نتفق مع الدكتور أبو العلا النمر في أن هذه الفروق التي ذكرها العلامة أحمد عبد الكريم سلامة محلها النظام القانوني الوطني التي تتميز فيها القاعدة العرفية بقوة قانونية ملزمة مثل سائر القواعد التشريعية الأخرى ، أما في التعاملات التجارية العابرة للحدود ولما لها من سمات خاصة تجعل من العادات التي سار عليها التجار والأعراف كلاهما ملزمة لهم حتى لو لم يكن الأطراف على علم بها وعلى هذا لم يفرق مقننين القواعد الموضوعية في التجارة الدولية وهيئات التحكيم بين العرف والعادة .

(١) د. طرحة البحور على حسن فرج . مرجع سابق - ص ١٠٦

الدولي للبضائع حيث نصت على "أن يلتزم الطرفان بالأعراف التي اتفقا عليها وبالعادة التي استقر عليها التعامل بينهما"^(١) وأنه في حال عدم وجود اتفاق بين الطرفين ، " يفترض أن الطرفين قد طبقا ضمنا على عقدهما أو على تكوينه كل عرف كانا يعلمان به أو كان ينبغي أن يعلما به متى كان معروفا على نطاق واسع ومراعى بانتظام في التجارة الدولية بين الأطراف في العقود المماثلة السارية في نفس فرع التجارة"^(٢).

والاتجاه الفقهي السائد يعترف للعادة التجارية الدولية بصفة القواعد القانونية ويعتبر أنها قواعد حقيقية وقابلة للتطبيق ولولم يوجد اتفاق بين الأطراف على ذلك^(٣) ، بالإضافة إلى أن القضاء الدولي المتمثل في لجان التحكيم الدولية تطبق العادات التجارية السائدة في المنازعات التي تثور بين الأطراف ولولم يكن هناك اتفاق بينهما على ذلك ، وتمنحها القيمة القانونية للقواعد العرفية متى ما تيقن من وجودها. وعلى سبيل المثال نجد قانون الأونستيرال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي ينص على أنه في جميع الأحوال تفصل هيئة التحكيم في النزاع وفقاً لشروط العقد وتأخذ في اعتبارها العادات المتبعة في ذلك النوع من النشاط التجاري المنطبقة على المعاملة^(٤).

(١) أنظر المادة ١/٩ من اتفاقية فيينا لعام ١٩٨٠ الخاصة بالبيع الدولي للبضائع

"The parties are bound by any usage to which they have agreed and by any practices which they have established between themselves"

(٢) أنظر المادة ٢/٩ من اتفاقية فيينا لعام ١٩٨٠ الخاصة بالبيع الدولي للبضائع.

" The parties are considered, unless otherwise agreed, to have impliedly made applicable to their contract or its formation a usage of which the parties knew or ought to have known and which in international trade is widely known to, and regularly observed by, parties to contracts of the type involved in the particular trade concerned."

(٣) د. أبو العلا على أبو العلا النمر - مقدمة في القانون الخاص الدولي - مرجع سابق - ص ٧٦

(٤) أنظر المادة ٤/٢٨ من قانون الأونستيرال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي . = In all cases, the arbitral tribunal shall decide in accordance with the terms of the contract and shall take into account the usages of the trade applicable to the transaction. "

راجع نص الاتفاقية المنشور في موقع الأمم المتحدة - لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي على الرابط التالي :

http://www.uncitral.org/uncitral/ar/uncitral_texts/arbitration/1985Model_arbitration.html

ونصت المادة ٩/١ من مبادئ "اليونيديرا" المتعلقة بعقود التجارة الدولية الصادرة في العام ٢٠٠٤ على " يلتزم الأطراف بما يتفقون عليه من عادات، وكذلك أية ممارسات استقرت فيما بينهم. وان يلتزم الأطراف، بأي عادة في مجال التجارة الدولية، ما دامت شائعة ومتبعة في مجال المعاملات المعنية ما لم يكن من غير المعقول تطبيقها^(١) . كما أن قانون الاونسيترال النموذجي للتوفيق التجاري الدولي نص على أن يسترشد الموفق بمبادئ الموضوعية والنزاهة والعدالة ، آخذا بعين الاعتبار حقوق والتزامات الطرفين والعادات المتبعة في العمل التجاري المماثل والظروف المحيطة بالتزاع ، بما في ذلك العادات التجارية السابقة بين الطرفين^(٢) .

وكانت اتفاقية فيينا للبيع الدولي للبضائع المبرمة في العام ١٩٨٠ أكثر دقة حيث نصت في المادة ٣/٨ على أنه عندما يتعلق الأمر بتعيين قصد أحد الطرفين أو ما يفهمه شخص سوي الإدراك يجب أن يؤخذ في الاعتبار جميع الظروف المتصلة بالحالة ، لاسيما المفاوضات التي تكون قد تمت بين الطرفين والعادات التي استقر عليها التعامل بينهما والأعراف وأي تصرف لاحق صادر عنهما . كما نصت المادة ١/٩ على أن يلتزم الطرفان بالأعراف التي اتفقا عليها وبالعادات التي استقر عليها التعامل بينهما. وفي فقرتها الثانية نصت على أنه ما لم يوجد اتفاق على خلاف ذلك ، يفترض

(١) المادة ٩/١ من مبادئ اليونيديرا للعقود التجارية الدولية لسنة ٢٠٠٤م والتي تنص على

ARTICLE 1.9 (Usages and practices):

- 1-The parties are bound by any usage to which they have agreed and by any practices which they have established between themselves.
- 2-The parties are bound by a usage that is widely known to and regularly observed in international trade by parties in the particular trade concerned except where the application of such a usage would be unreasonable.

<http://www.jus.uio.no/lm/unidroit.international.commercial.contracts.principles.2004.commented/>

(٢) المادة ٢/٧ من نظام التوفيق للجنة القانون التجاري الدولي وتنص على

The conciliator will be guided by principles of objectivity, fairness and justice, giving consideration to, among other things, the rights and obligations of the parties, the usages of the trade concerned and the circumstances surrounding the dispute, including any previous business practices between the parties "

منشور في موقع الأمم المتحدة لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي على الرابط التالي :

http://www.uncitral.org/uncitral/ar/uncitral_texts/arbitration/1980Conciliation_rules.html

أن الطرفين قد طبقا ضمنا على عقدهما أو على تكوينه كل عرف كانا يعلمان به أو كان ينبغي أن يعلما به متى كان معروفا على نطاق واسع ومراعى بانتظام في التجارة الدولية بين الأطراف في العقود المماثلة السارية في نفس فرع التجارة^(١). ومن واقع الاتفاقيات الدولية المنظمة للتعاقدات التجارية والتحكيم التجاري وفض المنازعات التجارية يتضح بجلاء أن العادات التجارية تعد مصدرا أساسيا في تنظيم عقود التجارة العابرة للحدود ،

كما تعد مصدراً مكماً ومفسراً لنصوص العقد التجاري الدولي وكاشفاً لنية المتعاقدين^(*). ويلجأ قاضي العقد إلى العادة والعرف التجاري في حال اختيار الأطراف لقانون وطني معين ليحكم العلاقة التعاقدية بينهما ، وذلك لسد النقص أو لمعالجة القصور التي تعترى النصوص الوطنية .

والعرف في بعض الحالات يعتبر عاملاً تحليلياً إضافياً لتقييم الضرر مع المعيارين الموضوعي والشخصي وذلك بإظهار العادة التجارية المتبعة في ذلك^(**) ورغم أن كافة التشريعات الوطنية والدولية المتعلقة بتنظيم التجارة تنص على ضرورة مراعاة العادات التجارية وتجعل منها بمثابة النصوص القانونية الملزمة، ورغم

(١) راجع نص اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع ١٩٨٠ ، منشور على موقع مركز الشرق الأوسط للقانون التجاري الدولي على الرابط التالي : http://www.cisg.law.pace.edu/cisgarabic/middleeast/cisg_arabic.htm

(*) Trade usage, custom, and the course of contract between the parties may be used in two ways:

(A) to explain the meaning of words or phrases in an agreement and;

(B) to imply terms in the agreement when no contrary intent appears from the language of the agreement.

(**) راجع في هذه الجزئية التعليق التالي للدكتور Djakhongir Saidov على إحدى قرارات المحكمة العليا الألمانية في هذا الخصوص

It seems that, in some cases, a trade usage can also serve as an additional factor for evaluation of foreseeability. For example, in one case, the German Supreme Court held that subjective and objective tests in relation to foreseeability "can be conclusively met by a showing of trade custom as to foreseeability." It also follows from this decision that a trade usage can be relevant for determining both subjective and objective standards with respect to foreseeability. This statement, in turn, brings about some theoretical considerations, which, however, do not seem to have any practical significance. Djakhongir Saidov - Methods of Limiting Damages under the Vienna Convention on Contracts for the International Sale of Goods - ١٤ (٢٠٠٢) Pace International Law Review 307 Pace Law School Institute of International Commercial Law <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/saidov.html>

الاهتمام الدولي بعادات التجار وأعرافهم رغبة منهم في توحيد سلوك المتعاملين في التجارة الدولية إلا أن الفقه ما زال منقسماً حول إلزامية تلك العادات والأعراف، ولقد ظهر هذا الخلاف في سياق سن التشريع الموحد لعقود البيع الدولية فيما يمنح لها من آثار، وكان نتاج ذلك أن تم تقسيم العادات إلى عادات الأطراف، وعادات التجارة^(١)

وعموماً فإن للعرف أهمية خاصة في المعاملات التجارية حيث يعد مصدراً أساسياً يلي التشريع في الأهمية في المسائل التجارية، ويلجأ إليه القاضي إن افتقد النص التشريعي^(*). ومن العسير تجاهلها لاسيما في التجارة العالمية، ذلك أن مجتمع التجار هم من أسهموا في تكوينها بما يناسب ظروف مجتمعاتهم وتجارتهن العابرة للحدود خلافاً للتشريعات الوطنية التي تراعي فيها مصالح مواطنيها داخلياً ولهذا لا يمكن إغفال دورها رغم دخول القانون التجاري مرحلة التقنين الوطني والدولي إذ أن هناك بعض القواعد العرفية لم تدون بعد في نصوص تشريعية.

الخلاصة أن الأعراف والعادات تعد من أهم مصادر قانون التجارة الدولية المدونة في الوقت الحاضر^(**)، وتتميز هذه العادات بأن لها طبيعة طائفية إذ أنها

(١) see : Michael Joachim Bonell - p 30

(*) بين المشرع السوداني في قانون أصول الأحكام القضائية لسنة ١٩٨٤ على أن على القاضي في حال عدم وجود نص تشريعي مراعاة العرف القائم في المعاملات في ما لا يخالف أحكام الشريعة الإسلامية أو مبادئ العدالة الفطرية " قانون أصول الأحكام الشرعية لسنة ١٩٨٣ م - المادة ٣ / ٦ " . كما نصت المادة ٤١ / ٣ من قانون المعاملات المدنية السوداني لعام ١٩٨٣ م على أنه يجب على القاضي مراعاة العرف في جميع المسائل التي لم ترد فيها نص أمر بحيث يقضى طبقاً لطبيعة المعاملة ولا أحكام القانون والعرف والعدالة في أي خلاف ينشأ حول المسائل التي لم يتم الاتفاق عليها. ولأهمية العرف نجد أن المشرع السوداني جعله مرادفاً للقانون في أغلب نصوص قانون المعاملات المدنية على إلا يكون ذلك العرف مخالفاً للشريعة الإسلامية . ومن التشريعات التي نصت صراحة على تطبيق عادات وأعراف التجارة في المسائل التجارية التشريع = = = = المغربي حيث نصت في المادة ٢ من المدونة التجارية على أن " يفصل في المسائل التجارية بمقتضى قوانين وأعراف وعادات التجارة أو بمقتضى القانون المدني ما لم تتعارض قواعد مع المبادئ الأساسية للقانون التجاري راجع موقع وزارة العدل المغربية على الرابط :

http://ejustice.justice.gov.ma/justice/ar/legislation/categorie.aspx?ty=2&id_l=16&id_ca=56

(**) تعد العادات والأعراف التجارية الأساس الذي قام عليه قواعد القانون التجاري الدولي المعين . حيث أن كافة قواعدها وأحكامها تعد عادات طبقها التجارة في معاملاتهم التجارية وقتنت هذه العادات والأعراف وأصبحت نصوصاً مكتوبة ومثال تلك الأعراف المقننة مبادئ اليونيدورا للعقود التجارية الدولية الصادرة في العام ١٩٩٤ والمعدلة في العام ٢٠٠٤ م عن معهد روما لتوحيد قانون التجارة الدولية . وكذلك قواعد وأحكام البيع الدولي للبضائع التي قننت بموجب معاهدة فيينا لعام ١٩٨٠ وغيرها من المعاهدات والاتفاقيات الدولية المبرمة بشأن التجارة العالمية .

غالباً ما تكون خاصة بكل مهنة أو فرع من أفرع التجارة الدولية، فهناك العادات السائدة في مجال تجارة الحبوب وتجارة الحرير وتجارة الصمغ والقطن وهكذا^(١). كما نخلص أن القاعدة العرفية مثل أي قاعدة قانونية قد تكون أمرة أو مكملة فإذا كانت أمرة فإنها تطبق بصفة وجوبية ولا يمكن الاتفاق على ما يخالفها، أما إذا كانت قاعدة مكملة فإنها تطبق ما لم يتفق الأطراف على ما يخالفها طالما توفرت شروط معينة تعبر عن مشروعية العادة وإمكانية تطبيقها في مجال فرع التجارة الذي تم فيه التصرف محل البحث^(٢).

مدى الاعتداد بالأعراف والعادات التجارية في نظرية العقد في الفقه الإسلامي:

يعتبر جمهور العلماء العرف والعادة مصدرا من مصادر التشريع الإسلامي، والعرف الذي يراعى في التشريع هو العرف المعترف شرعا، وهو الذي لم يرد نص يخالفه، ولا خلاف بين الفقهاء على أن العرف الفاسد لا اعتبار له، لأن العرف الفاسد اتباع للهوى والأخذ بالهوى يفسد الشريعة^(٣) قال الله تعالى ﴿وَلَوْ اتَّبَعَ الْحَقُّ أَهْوَاءَهُمْ لَفَسَدَتِ السَّمَاوَاتُ وَالْأَرْضُ وَمَنْ فِيهِنَّ بَلْ أَتَيْنَاهُمْ بِذِكْرِهِمْ فَهُمْ عَنْ ذِكْرِهِمْ مُعْرِضُونَ﴾^(٤) وتحكيم عادة الناس وأعرافهم في معاملاتهم يدخل في باب رعاية مصالحهم، وعدم إيقاعهم في الضيق والحرَج، ومن أكثر المسائل التي روعي فيها العرف هي العلاقات التجارية، كوجوب المماثلة كيلا في بيع القمح بالقمح وبيع المعطاة، وعقود الاستصناع، ومن القواعد الثابتة في الفقه أن المعروف بين التجار كالمشروط بينهم^(٥).

(١) د. احمد عبد الكريم سلامة. نظرية العقد الدولي الطليق - مرجع سابق. ص ٢٨٣

(٢) د.أبو العلا على أبو العلا النمر. دراسة تحليلية لمبادئ معهد روما "اليونيدروا" المتعلقة بعقود التجارة الدولية - مرجع سابق - ص ٦٣

(٣) د. عبد الكرم زيدان. مرجع سابق - ص ٢٠٦

(٤) الآية ٧١ سورة المؤمنون

(٥) د. على حسب الله. مرجع سابق. ص ٣١١، على حيدر. مرجع سابق. ص ٥١

كما يراعي الفقهاء في الكثير من الفتاوى العرف السائد ، ولقد أخذت به أكثر المذاهب الفقهية حيث إن بعض النصوص الشرعية أقرت بعض العادات السابقة وثبتها في عباراتها أو دلالاتها ، ولقد رأينا في التاريخ الطويل كيف تبدلت الأحكام ، وتغيرت النظم والشرائع ، وفق ما اقتضته الحاجات والعادات ، واقتضته المعاملات في تلك الأزمنة المتتابعة^(١)

وعلى ذلك فإن العرف الصحيح وهو الذي لا يخالف دليلاً شرعياً ولا يحل حراماً ولا يحرم حلالاً هو حجة لدى جمهور الفقهاء والدليل على ذلك ما قرره الرسول ﷺ من أعراف كانت موجودة عند العرب، أما العرف الفاسد وهو الذي يخالف نصاً شرعياً فلا يعتد به.

والخلاصة أن العرف يعد مصدراً من مصادر قانون التجارة الدولية بل يعد المصدر الأساسي لدى غالبية الفقهاء، باعتبار أن القانون التجاري يتميز بكثرة القواعد العرفية فيه نظراً لطبيعة العلاقات التي تحكمها والتي تتميز بالتطور والتجدد، وهذه الطبيعة المتطورة تقتضي عدم وضع قواعد تشريعية ثابتة تحدها، فيجب أن يتبرك للعرف تغطيتها بقواعد مرنة تستجيب لمتطلبات الحياة التجارية المتطورة بصفة مستمرة، وذلك خلافاً للعرف في التشريع الإسلامي والذي يعد مصدراً فرعياً من مصادر التشريع بل يعده البعض من الفقهاء من المصادر المختلف عليها في التشريع الإسلامي.

الفرع الثاني: المعاهدات والاتفاقيات الدولية:

تلعب المعاهدات والاتفاقيات دوراً فعالاً في تقنين القواعد القانونية في منظمة التجارة الدولية، وإن كانت تقوم في المقام الأول بتقنين الأعراف التجارية، إلا أن دورها لا يخفى على أحد في السعي لتوحيد قانون التجارة الدولية على مستوى الدول.

(١) د. صبحي محمصاني. مقدمة في إحياء علوم الشريعة. الطبعة الأولى ١٩٦٢ - دار العلم للملايين بيروت. ص ٦٠.

والمعاهدات والاتفاقيات الدولية إما ثنائية وإما جماعية، والنوع الأول من الاتفاقيات، وهي تلك التي تضم عددا محددا من دول عديدة ومن الصعب حصر أعدادها لكثرتها، أما الاتفاقيات الجماعية تعد قليلة ويمكن حصرها، وهذه يمكن أن تكون إقليمية أو عالمية، والاتفاقيات الجماعية تكون في الغالب تحت مظلة الأمم المتحدة، ويتميز أسلوب الاتفاقيات الدولية بصفته الحكومية ومن أهم الاتفاقيات الدولية الصادرة عن لجنة الأمم المتحدة للتجارة الدولية، هي اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولي للبضائع لعام ١٩٨٠م والمعروفة بمعاهدة روما^(*)، واتفاقية الأمم المتحدة بشأن السفائح (الكمبيالات) الدولية والسندات الإذنية الدولية لعام ١٩٨٨م^(**)، وقانون الأونسيترال للتحكيم التجاري الدولي لعام ١٩٨٥م والمعدل في العام ٢٠٠٦م^(***)، واتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة بعقود النقل الدولي للبضائع عن طريق البحر كليا أو جزئيا، والمعروفة بقواعد روتردام المعتمدة من الجمعية العامة في ١١ ديسمبر/٢٠٠٨م^(****)، واتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة باستخدام الخطابات

(*) اعتمدها مؤتمر دبلوماسي في ١١ نيسان/أبريل ١٩٨٠م وتضع هذه الاتفاقية مدونة شاملة للقواعد القانونية التي تنظم تكوين عقود البيع الدولي للبضائع، والتزامات المشتري والبائع، وسبل الانتصاف عند الإخلال بالعقد، وجوانب أخرى من العقد. وقد بدأ نفاذ الاتفاقية في ١ كانون الثاني/يناير ١٩٨٨م.

(**) هذه الاتفاقية اعتمدها الجمعية العامة في ٩ كانون الأول/ديسمبر ١٩٩٨م ووضعت للتغلب على الفوارق وأوجه عدم اليقين الرئيسية التي توجد حاليا فيما يتعلق بالصكوك المستخدمة في سداد المدفوعات الدولية. وتنطبق الاتفاقية عندما تستخدم الأطراف شكلا معينا من الصكوك القابلة للتداول ويشير إلى أن الصك يخضع لاتفاقية الأونسيترال.

(***) يهدف هذا القانون النموذجي إلى مساعدة الدول على إصلاح وتحديث قوانينها المتعلقة بإجراءات التحكيم لمراعاة السمات والاحتياجات الخاصة للتحكيم التجاري الدولي. ويتناول القانون جميع مراحل عملية التحكيم، ابتداء من اتفاق التحكيم، وتكوين هيئة التحكيم واختصاصها، ونطاق تدخل المحكمة من خلال الاعتراف بقرار التحكيم وإنفاذه. ويجسد القانون توافقا عالميا في الآراء بشأن الجوانب الرئيسية لممارسات التحكيم الدولي، بعد أن قبلت به دول من جميع المناطق ومن مختلف النظم القانونية أو الاقتصادية في العالم، وقد اعتمدت الأونسيترال في ٧ تموز/يوليه ٢٠٠٦م، تعديلات على المواد ١ (٢) و٧ و٣٥ (٢). كما اعتمدت الفصل الرابع ألف الجديد لكي يحل محل المادة ١٧، والمادة ٢ ألف الجديدة. ويقصد بالصيغة المنقحة للمادة ٧ أن تُحدَث الشرط المتعلق بشكل اتفاق التحكيم لكي يوافق ممارسات العقود الدولية على نحو أفضل. ويرسي الفصل الرابع ألف المستحدث نظاما قانونيا أشمل للتعامل مع التداير المؤقتة التي تتخذ دعما للتحكيم. واعتبارا من عام ٢٠٠٦م، أصبحت الصيغة المعيارية للقانون النموذجي هي صيغته المعدلة. ويستنسخ أيضا النص الأصلي لعام ١٩٨٥ نظرا إلى وجود العديد من التشريعات الوطنية التي سُنّت استنادا إلى هذه الصيغة الأصلية.

(****) ترسي هذه الاتفاقية التي اعتمدها الجمعية العامة في ١١ كانون الأول/ديسمبر ٢٠٠٨م، والمعروفة بقواعد روتردام نظاما قانونيا موحدا وحديثا ينظم حقوق والتزامات الشاحنين والناقلين والمرسل إليهم بموجب عقود نقل من الباب إلى الباب تشمل بين مراحلها مرحلة بحرية دولية. وتستند الاتفاقية إلى الاتفاقيات السابقة المتعلقة بالنقل الدولي للبضائع عن طريق البحر، وبوجه خاص، إلى الاتفاقية

الإلكترونية في العقود الدولية لعام ٢٠٠٥م^(*)، وقانون الأونسيترال النموذجي بشأن الإعسار عبر الحدود^(**)، واتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة بالكفالات المستقلة وخطابات الاعتماد الضامنة لعام ١٩٩٥م^(***) واتفاقية الأمم المتحدة بشأن إحالة المستحقات في التجارة الدولية ٢٠٠١م^(****) وخلافها من الاتفاقيات الصادرة عن لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي^(١). و تلك الصادرة عن المنظمات المستقلة كمبادئ اليونيدورا

الدولية لتوحيد قواعد قانونية معينة متعلقة بسندات الشحن (بروكسل، ٢٥ آب/أغسطس ١٩٢٤) ("قواعد لاهاي")، والبروتوكولات الملحق بها ("قواعد لاهاي-فيبيسي")، واتفاقية الأمم المتحدة للنقل البحري للبضائع (هامبورغ، ٣١ آذار/مارس ١٩٧٨) ("قواعد هامبورغ")، وتقدم بديلا لهذه الاتفاقيات. وتوفر قواعد روتردام إطارا قانونيا يأخذ في الاعتبار العديد من التطورات التكنولوجية والتجارية التي حصلت في مجال النقل البحري منذ اعتماد تلك الاتفاقيات السابقة، بما في ذلك الزيادة التي شهدتها النقل بالحاويات، والرغبة في خدمات النقل من الباب إلى الباب بموجب عقد واحد، ووضع وثائق للنقل الإلكتروني. وتوفر الاتفاقية للشاحنين والناقلين نظاما عالميا ملزما ومتوازنا لدعم تنفيذ عقود النقل البحري التي قد تشمل وسائل نقل أخرى.

(*) اعتمدها الجمعية العامة في ٢٣ تشرين الثاني/نوفمبر ٢٠٠٥، وتهدف الاتفاقية إلى تعزيز اليقين القانوني والتنبؤ التجاري عند استخدام الخطابات الإلكترونية فيما يتعلق بالعقود الدولية. وهي تنطبق على تحديد موقع طرف ما في بيئة إلكترونية؛ ووقت ومكان إرسال واستلام الخطابات الإلكترونية؛ واستخدام أنظمة الرسائل المؤتمتة لإنشاء العقود؛ والمعايير المستخدمة لإنشاء مكافئات وظيفية بين الخطابات الإلكترونية والمستندات الورقية - بما في ذلك المستندات الورقية "الأصلية" - وكذلك بين طرائق التوثيق الإلكترونية والتوقيعات بخط اليد.

(**) أُعدَّ هذا القانون النموذجي الذي اعتمده الأونسيترال في ٣٠ أيار/مايو ١٩٩٧ بقصد مساعدة الدول على تزويد قوانينها بشأن الإعسار بإطار حديث ومنسق ومنصف لمعالجة حالات الإعسار عبر الحدود بمزيد من الفعالية. ومن هذه الحالات تلك التي تكون فيها لدى المدين المعسر أصول في أكثر من دولة واحدة، أو التي يكون فيها بعض دائني المدين غير منتمين إلى الدولة التي تتخذ فيها إجراءات الإعسار. ويراعي القانون النموذجي الفوارق بين القوانين الإجرائية الوطنية، ولا يسعى إلى توحيد موضوعي لقوانين الإعسار. وهو يقدم حولا لتفادي بعدة طرق هامة منها: المساعدة الأجنبية بشأن إجراء إعسار يتخذ في الدولة المشتري؛ وسبل وصول الممثلين الأجانب إلى محاكم الدولة المشتري؛ والاعتراف بالإجراءات الأجنبية؛ والتعاون عبر الحدود؛ وتنسيق الإجراءات المترابطة.

(***) هذه الاتفاقية اعتمدها الجمعية العامة في ١١ كانون الأول/ديسمبر ١٩٩٥ وأعدت لتيسير استخدام الكفالات المستقلة وخطابات الاعتماد الضامنة، وخاصة إذا كانت البلدان تستخدم نوعا واحدا فقط من هذين النوعين من الصكوك. وتعزز الاتفاقية أيضا الاعتراف بالمبادئ والخصائص الأساسية التي تشترك فيها الكفالات المستقلة وخطابات الاعتماد الضامنة، وبالتالي تحدّ من أوجه عدم اليقين في استخدام هذه الصكوك في التجارة الدولية. وقد دخلت هذه الاتفاقية حيز النفاذ في ١ كانون الثاني/يناير ٢٠٠٠.

(****) اعتمدها الجمعية العامة في ١٢ كانون الأول/ديسمبر ٢٠٠١ والهدف الرئيسي من هذه الاتفاقية هو ترويج حركة البضائع والخدمات عبر الحدود الوطنية، وذلك بتيسير زيادة فرص الوصول إلى الائتمان القليل التكلفة. وتحقيقا لهذا الهدف، تقوم الاتفاقية، في جملة أمور، بما يلي: '١' إزاحة العقبات القانونية التي تعترض ممارسات تمويلية دولية معيّنة، مثل الإقراض على أساس الأصول، والعمولة (factoring)، وشراء مستندات التصدير (forfeiting)، وتحويل الديون إلى سندات (securitization)، وإعادة التمويل، وتمويل المشاريع (وذلك، مثلا، بتأكيد صحة المستحقات الآجلة والإحالات الإجمالية، والقيام جزئيا بإبطال صحة القيود التعاقدية لإحالة المستحقات)؛ '٢' توحيد قانون الإحالة فيما يتعلق بعدد من القضايا، مثل فعالية الإحالة التي تتم بين المحل والمحال إليه إزاء المدين؛ '٣' تعزيز اليقين والقبالية للتنبؤ فيما يتعلق بالقانون المنطبق على مسائل أساسية مثل الأولوية بين المطالبات المتنافسة؛ '٤' تيسير المواءمة بين قوانين الإحالة المحلية، بإتاحة نظام قانوني موضوعي ينظّم الأولوية بين المطالبات المتنافسة يمكن للدول أن تعتمد اختياريًا.

لعام ١٩٩٤م المعدلة في العام ٢٠٠٤م الصادرة عن معهد روما لتوحيد القانون الدولي الخاص^(١).

رغم الجهود التي تبذلها لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي والمنظمات الحكومية، وغير الحكومية، المهتمة بتوحيد قانون التجارة الدولية بوضع الاتفاقيات والقواعد القانونية بغرض توحيد القانون التجاري الدولي في كافة الدول، إلا أنه من المتعذر الاعتماد على المصدر بصفة أساسية لتوحيد قانون التجارة العالمية، بسبب التفاوت الاقتصادي والحضاري للدول فضلا عن اختلاف النظم القانونية من دولة إلى أخرى، وهذا الاختلاف في أحيان كثيرة يؤدي إلى وجود تصادم بين ما تقرره المعاهدات من قواعد ومع ما هو مقرر في النظم القانونية الداخلية، هذا التصادم من شأنه أن يؤدي إلى عدم قبول الدول للانضمام إلى المعاهدات والاتفاقيات الدولية خشية اضمحلال المفاهيم القانونية السائدة في المجتمع الداخلي للدولة.

القوة الملزمة للمعاهدات: من الملاحظ أن جميع المعاهدات المنظمة للتجارة الدولية ليست لها الصفة الإلزامية ونصوصها تكون في الغالب الأعم نصوصا مكتملة لإرادة الأطراف ويجوز للأطراف مخالفة نصوص الاتفاقيات والمعاهدات الدولية المنظمة للتجارة الدولية، أو استبعاد كل أو جزء من أحكام الاتفاقيات، وبمعنى آخر فإن الأولوية لإرادة الأطراف لتنظيم العقد^(٢)

وعلى ذلك فإن الاتفاقيات والمعاهدات الدولية تعد مصدرا من مصادر القانون التجاري الدولي ولكن لا يمكن أن يعوّل عليه لوحده في توحيد القواعد الموضوعية للتجارة الدولية، ومن ثم يجب الاعتماد على مصادر أخرى بجانب الاتفاقيات والأعراف الدولية بغية الوصول إلى إجماع عالمي حول القواعد الموضوعية للتجارة الدولية.

<http://www.unidroit.org/>

(١) أنظر للمزيد موقع معهد اليونيدروا على الرابط التالي

(٢) د. أبو العلا على أبو العلا النمر - مقدمة في القانون الخاص الدولي - مرجع سابق - ص ٣٥

الفرع الثالث: المبادئ العامة للقانون:

المبادئ العامة للقانون ويطلق البعض عليها المبادئ القانونية المشتركة، ويرى المناصرون لوجود قانون التجارة الدولية أن المبادئ العامة المشتركة هي أساس قانون التجارة الدولية، ويرونها الأساس في تدويل العقد التجاري الدولي وإخراجه من دائرة اختصاص القوانين الوطنية^(١).

مفهوم المبادئ العامة للقانون: يستخدم الفقهاء تعابير مختلفة للدلالة بها على المبادئ العامة للقانون، مثل المبادئ القانونية المعترف بها، مبادئ القانون المعترف بها بين الأمم المتعددة، ورغم الخلاف السائد حول مضمونها وطبيعتها إلا أنها تشكل عنصراً هاماً في النظام القانوني المعاصر. والمفهوم المتعارف عليه أن المبادئ العامة للقانون هي المبادئ الأساسية المشتركة السائدة في مختلف النظم القانونية للدول، فهي قواعد سلوك عامة لتنظيم العلاقات بين الأشخاص وتصلح كأساس للعديد من القواعد التفصيلية المتفرعة عنها^(٢) أي هي تلك المبادئ المشتركة والمستمدة من القوانين الوطنية، وتصلح للتطبيق في المنازعات الخاصة الدولية، والعلاقات التجارية الدولية وهي قواعد عامة مجردة تنشأ في إطار القانون الداخلي للدول أو تكون مبادئ مشتركة فيما بين النظم القانونية المختلفة.

ومن المستقر عليه لدى فقهاء القانون الدولي، أن المبادئ العامة يتم اقتباسها من القوانين الداخلية للأمم المتعددة ثم يجري نقلها إلى نظام القانون الدولي مع مراعاة الفوارق العميقة فيما بين النظامين الداخلي والدولي^(٣).

ويؤكد فقهاء القانون الدولي الخاص بأن المبادئ القانونية المشتركة كأحد مكونات قانون التجارة العالمية، قد تختلف عن المبادئ العامة السائدة في الأمم المتعددة وأن

(١) د. هشام علي صادق - القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة العالمية - مرجع سابق - ص ٢١٨

(٢) د. محمد منصور - مرجع سابق - ص ٤٥٥

(٣) د. محمد محسوب - مرجع سابق - ص ٣٦١

المضمون الذي يؤدي إلى تطبيقها يختلف عن المضمون الذي يؤدي إلى تطبيقه في القوانين الوطنية وفي القانون الدولي العام التي تستمد شرعيتها في التطبيق بموجب نص المادة (٣٨) من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية^(١).

وتعد المبادئ العامة من مصادر قانون التجارة الدولية، وهي بمثابة الضمان الاحتياطي ضد ما يعتري قانون التجارة الدولية من ثغرات لم تسد بالمصادر الأخرى، ويعتبرها الفقهاء مصدرا احتياطيا باعتبار أن قانون التجارة الدولية يقوم في الأساس على العقود والاتفاقيات والأعراف التجارية الدولية، ويؤيد هذا القول سلوك المحكمين الذين لا يرون أن من الضرورة بحث أو تطبيق المبادئ العامة للقانون في ظل وجود قاعدة اتفاقية أو قاعدة عرفية تحكم المسألة المطروحة^(٢).

شرعية المبادئ العامة في نطاق قانون التجارة الدولية: لا يوجد اهتمام من المحكمين ببحث شرعية المبادئ عند تطبيقها في المنازعات المعروضة عليهم ومرجع ذلك هو ما تتميز به هذه المبادئ من طابع ملاءمة لحسم المنازعات الناشئة من المعاملات الدولية، ومما له من اطمئنان لدى كافة أطراف المعاملة، ويشجع على إعمال هذه المبادئ تمتع المحكم بحرية أكبر من القاضي المختص وفق قواعد تنازع القوانين بسبب النظام القانوني الخاص بالتحكيم^(٣).

أهمية المبادئ العامة في نطاق قانون التجارة الدولية: تبدو أهمية المبادئ الدولية في قانون التجارة الدولية أنها نشأت من البيئة الخاصة بالتجارة الدولية ومن ثم فإنها تبرز بمقتضى قوة ذاتية تلقائية وعلى نحو لا يمكن إغفالها والحط من دورها الحيوي في حسم منازعات التجارة الدولية، وخاصة نشأتها من بيئة التجارة الدولية أتاحت للمحكمين حولا مرضية للنزاع لا تقوم على أساس مفاهيم قانونية مجردة. والمبادئ

(١) د. هشام علي صادق - القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة العالمية - مرجع سابق - ص ٢٣٦

(٢) د. طالب حسن موسى - مرجع سابق - ص ٥٢

(٣) د. أبو العلا على أبو العلا النمر - مقدمة في القانون الخاص الدولي - مرجع سابق - ص ٨٠

العامّة ضرورية لتحقيق غايتين أولاهما تبرير تطبيق قاعدة عرفية أو نص قانوني بطريق القياس، وثانيتهما خلق الحل القانوني عندما تكون القاعدة التشريعية ناقصة أو غامضة^(١).

كما تبرز أهميتها أيضا في أنها تطبق من قبل المحكمين في المنازعات العقدية مباشرة دون الحاجة لإعمال منهج التنازع، ودون الإشارة إلى تطبيقها من قبل الأطراف في العقد وفي حال سكوت المتعاقدين أنفسهم عن النص على القانون الواجب التطبيق لاسيما إذا لم يكن هنالك أعراف وعادات دولية تقدم حلا للتنازع المطروح أمام التحكيم^(٢).

المآخذ على المبادئ العامة: يرى المناهضون لوجود القانون التجاري الدولي أن للمبادئ العامة باعتبارها مصدرا من مصادر قانون التجارة الدولية عدة مآخذ، حيث يرون أن المبادئ العامة رغم ضرورتها فإنها غير كافية بذاتها لإعطاء حل قانوني مباشر، إذ يرون أن عموميتها وتجريدها لا يتناسبان مع إعطاء حل قانوني تفصيلي لأي مشكلة تثار في العلاقات التجارية الدولية، ويحذر بعض من الفقهاء من اللجوء المستمر إلى المبادئ العامة لأنه يؤدي إلى الابتعاد بالقانون عن الواقعية إلى عالم الفكر المجرد والخيال الطليق^(٣).

ومن المآخذ اتساع نطاق التجارة الدولية في هذا العصر أدى إلى زيادة هائلة في عدد الممارسين لهذا النشاط من دول متعددة تتباين أنظمتها القانونية مما يصعب معها استخلاص مبادئ مشتركة يمكن لها أن تحكم العلاقات المتنوعة القائمة بين أعضاء هذا المجتمع الذي فقد تجانسه الذي كان في السابق^(٤).

(١) د. محمد محسوب - مرجع سابق - ص ٣٠١

(٢) د. هشام علي صادق - القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة العالمية - مرجع سابق - ص ٢١٨

(٣) د. محمد محسوب - مرجع سابق - ص ٣٠٦

(٤) د. هشام علي صادق - القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة العالمية - مرجع سابق - ص ٢٢١

القيمة القانونية للمبادئ العامة في إطار قانون التجارة الدولية: لا يختلف الفقهاء في أن المبادئ العامة مصدر مادي لقانون التجارة الدولية، ولكن بدا الخلاف في كونه مصدرا شكليا لقانون التجارة الدولية وإلى ما إذا كان مصدرا للقانون أم لا. ينكر بعض الفقهاء ومنهم الأستاذ أنطوان كاسيس أن تكون للمبادئ العامة قيمة قانونية، ويرونها مجرد دافع للقضاء بتكوين القاعدة القانونية يهتدون به عند خلق القاعدة لقانونية، فالقضاة هم من يخلقون القاعدة القانونية، وذلك من خلال تجسيد المبادئ العامة المشتركة في القوانين الداخلية للدول باستمرار في قوالب تفصيلية تنطبق على حالات واقعية، أي يرون أن القضاء هو المصدر الحقيقي لتلك القواعد القانونية لا المبادئ العامة، وعلى النقيض من ذلك يرى المناصرون لوجود القانون التجاري الدولي أن للمبادئ العامة قيمتها القانونية في التجارة الدولية تكتسبها بعد فترة احتضان في النظام القانوني الدولي بحيث تصبح ملائمة لتطبيقها في النظام الدولي، وفي أنها مصدر من مصادر ذلك القانون ومن هؤلاء الأستاذ جان فراسوا لاليف الذي يرى أن كل نظام قانوني يتضمن بالضرورة عددا من المبادئ العامة وعددا من المحددات والمعايير للتعامل مع تلك المبادئ،^(١)

ونحن نتفق مع أولئك الذين يرون أن للمبادئ العامة قيمتها القانونية وفي أنها مصدر من مصادر القانون التجاري الدولي، ذلك أن المبادئ العامة لها قيمتها القانونية في النظم الداخلية، والذي لا خلاف عليه هو انتقال المبادئ العامة من النظم الوطنية إلى النظام القانوني للتجارة الدولية ولا يحط من قيمتها القانونية هذا الانتقال طالما أن المبادئ التي انتقلت تخلصت وتجردت من خصوصيتها الوطنية واكتسبت صفتها الدولية، و المبادئ العامة ملزمة بذاتها لذا نجد المحكم يقوم بتطبيقها حتى في ظل

(١) د. محمد محسوب - مرجع سابق - ص ٣٠٦

عدم اتفاق الأطراف على تطبيقها في منازعاتهم ودون الحاجة لإعمال منهج التنازع طالما كان تلك المبادئ تتفق مع متطلبات التجارة العالمية.

وعلى ذلك فإن المبادئ العامة تعد مصدراً من مصادر قانون التجارة الدولية وتصلح لتطبيقها في المنازعات الخاصة الدولية مباشرة دون إعمال منهج التنازع، وهي قادرة على إيجاد حلول قانونية مباشرة، وتختلف المبادئ العامة في مجال التجارة الدولية عن المبادئ العامة للقانون الداخلي وعن المبادئ المستمدة من قوانين الدول المتمدنة ذلك أن طبيعة العلاقات التجارية الدولية تقتضي نقل المبادئ التي تصلح مع طبيعة مجتمع التجار الدولي وهذا يتأتى بعد فترة تمحيص المبدأ المراد نقله للتأكد من توفر الخصائص الأساسية للنظام القانون الدولي والتي تتلاءم مع حاجات هذا النظام وهذا هو دور قضاء التحكيم.

الفرع الرابع: التحكيم التجاري الدولي بوصفه مصدراً من مصادر قانون التجارة الدولية:

قبل الولوج في موضوع التحكيم كمصدر من مصادر قانون التجارة الدولية، ولأهمية التحكيم ودوره في العلاقات التجارية الدولية بوصفه القضاء الطبيعي لمجتمع التجار الدولي، يكون حرياً بنا أن نبحت ابتداءً في مفهوم التحكيم في التجارة الدولية: مفهوم التحكيم : التحكيم لغة: يعني التفويض في الحكم، ويقال حكموه بينهم أي أمره أن يحكم بينهم، ويقال حكمته في مالي إذا جعلت إليه الحكم فيه فاحتكم عليّ في ذلك^(١).

التحكيم اصطلاحاً: التحكيم في الاصطلاح الشرعي يفيد إطلاق اليد في الشيء أو تفويض الأمر للغير، وعرفه الماوردي في أدب القاضي بأنه "اتخاذ الخصمين رجلاً من

(١) المعلم بطرس البستاني - محيط المحيط - مرجع سابق - ص ١٨٤، الإمام محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي - مختار الصحاح مرجع

الرعية ليقضي بينهما فيما تنازعا^(١) وفي الاصطلاح القانوني يعني الاتفاق على طرح النزاع على شخص معين أو أشخاص معينين ليفصلوا فيه دون المحكمة المختصة به^(٢). والتحكيم صورة من القضاء الخاص الاتفاقي يهدف إلى عرض النزاع على أشخاص، من غير جهات القضاء العادي ليفصلوا فيه بحكم واجب النفاذ^(٣). وهو الأسلوب الأكثر ذيوعا في تسوية منازعات عقود التجارة الدولية. فبمقتضى عقد التحكيم يتنازل الخصوم عن الالتجاء إلى القضاء مع التزامهم بطرح النزاع على محكم أو أكثر ليفصلوا فيه بحكم ملزم للخصوم. وقد يكون هذا الاتفاق تبعا لعقد معين يذكر في صلبه ويسمى في هذه الحالة بـ"شرط التحكيم". وقد يكون بمناسبة نزاع معين قائم بالفعل بين الخصوم ويسمى في هذه الحالة بـ"مشارطة التحكيم أو اتفاق التحكيم"^(٤).

مفهوم اتفاق التحكيم الدولي:

اتفاق التحكيم هو ذلك الاتفاق الذي بمقتضاه تتعهد الأطراف بأن يتم الفصل في المنازعات الناشئة بينهم أو المحتملة نشوئها من خلال التحكيم، وذلك إذا كانت هذه المنازعات تتعلق بمصالح التجارة الدولية^(٥).

ويعتبر التحكيم الدولي الخاص الوسيلة الهامة والأساسية لتسوية المنازعات الناشئة عن المعاملات الخاصة الدولية حيث بات من المؤكد أن اللجوء إلى الطريق القضائي لحل المنازعات صار مجهدا وشاقا ولا يتفق مع مقتضيات العصر وحاجة المعاملات الدولية، بل أن غياب المحاكم الدولية المختصة بنظر المنازعات الناجمة عن

(١) د. خالد محمد القاضي - موسوعة التحكيم التجاري الدولي في منازعات المشروعات الدولية المشتركة مع إشارة خاصة لأحدث أحكام

القضاء المصري - الطبعة الأولى ١٤٢٣هـ/٢٠٠٢م - دار الشروق القاهرة - ص ٨٢ محيلا إلى أدب القاضي للماوردي - ج ٢ بند ٣٥٩٦

(٢) د. أحمد أبو الوفاء - عقد التحكيم وإجراءاته - الطبعة الثانية ١٩٧٤م - منشأة المعارف بالإسكندرية - ص ١٥

(٣) د. صلاح الدين جمال الدين - التحكيم وتنازع القوانين - الطبعة الأولى ٢٠٠٥م - دار الفكر الجامعي بالإسكندرية - ص ١٥٥

(٤) د. أحمد أبو الوفاء - مرجع سابق - ص ١٥

(٥) د. حفيظة السيد الحداد - الاتجاهات المعاصرة بشأن اتفاق التحكيم - طبعة ٢٠٠١م - دار الفكر الجامعي بالإسكندرية - ص ١٣

علاقات القانون الخاص نجد فيه تفسيراً هاماً ومقبولاً لتعاظم دور التحكيم في مجتمع التجارة الدولية^(١)، كما أن اللجوء إلى التحكيم لفض منازعاتهم الناشئة عن العقد يلبي رغبة الأطراف في الهروب من سلطة المحاكم الوطنية، وسلطان القوانين الوطنية التي لا تتفق ومصالح التجارة الدولية، وكذلك رغبتهم في تدويل عقودهم، وصولاً إلى إخضاعها لقانون التجارة الدولية لما يتضمنه من أعراف وعادات مهنية استقر عليها العمل في مجتمع التجار الدولي.

كما يعتبر التحكيم التجاري الدولي القضاء العام لمجتمع التجار ورجال الأعمال العابر للحدود وهو الأداة الفعالة التي أسهمت في تكوين العادات التجارية الدولية وتطبيقها^(٢).

الصفة القانونية لقضاء التحكيم الدولي ودوره في خلق قواعد قانون التجارة الدولية: انقسم الفقهاء إلى رأيين مختلفين في الدور الذي يقوم به قضاء التحكيم في خلق قواعد قانون التجارة الدولية إلى رأيين مختلفين هما:

أ. الرأي المؤيد للصفة القانونية لقضاء التحكيم الدولي ودوره في خلق القواعد القانونية لقانون التجارة الدولية: لا خلاف بين مؤيدي نظرية قانون التجارة الدولية في أن قضاء^(*) التحكيم يقوم بتفسير العادات والأعراف المهنية والتجارية السائدة في مجتمع التجار الدولي بما يكفل لها ذاتيتها واستقلالها عن القوانين الوطنية، وكذلك مساهمته بتطبيقه لهذه القواعد العرفية بتوليد شعور عام لدى أعضاء هذا المجتمع بإلزامية هذه القواعد وضرورتها لتنظيم مجتمعهم، كما لا خلاف بينهم حول دور التحكيم في استخلاص المبادئ القانونية العامة

(١) د. عادل محمد خير - حجية نفاذ أحكام المحكمين وإشكالاتها محلياً ودولياً - الطبعة الثانية ١٩٨٥ - دار النهضة القاهرة - ص ١٧/١٨

(٢) د. هشام على صادق - القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة العالمية - مرجع سابق - ص ٢٢١

(*) تتعدد دلالات مصطلح القضاء منها نشاطات الفقهاء، والعلم والمعرفة القانونية الفصل في المنازعات والدعاوي، ويقصد بقضاء التحكيم هنا مجموعة القرارات التي يصدرها المحكمون في المنازعات الدولية، وبمعنى أدق هي كومة الحلول التي يتوصل إليها المحكمون أثناء فصلهم في الدعاوي المتعلقة بالعقود التجارية الدولية، والمعنى الفني لمصطلح قضاء فيعني سلسلة القرارات المتطابقة والتي تصدرها المحاكم في ذات المسألة القانونية أثناء نظر عدد متشابه من الحالات الفردية

المشتركة في النظم المختلفة، لاسيما في المسائل التي لم تستقر بشأنها عادات وأعراف معينة في الأسواق الدولية، أي تلك التي لم تنتقل من النظام الداخلي إلى النظام الدولي بتخلصها وتجردها من خصوصيتها الوطنية^(١).

ويؤكد المناصرون لوجود قانون التجارة الدولية بأن دور قضاء التحكيم لا يقتصر على استخلاص المبادئ العامة المشتركة فيما بين الدول بل يرويه يقوم باستكمال أوجه النقص في قواعد قانون التجارة الدولية وذلك بخلفه لقواعد جديدة تسري على معاملات التجارة الدولية^(٢) وذلك تحت ستار فكرة العدالة أو المبادئ القانونية المشتركة^(٣).

وبالطبع فإن تواتر تطبيق هذه القواعد المستحدثة أمام التحكيم سيؤدي إلى تجريدها من خصوصيتها وتحويلها إلى قواعد تتسم بالعموم والتجريد، وإلى شعور أفراد مجتمع التجار بالزاميتها لعلمهم باستقرار قضاء التحكيم على تطبيقها والحكم بموجبها مما يضيفي في النهاية عليها صفة القانون.

ومن جهة أخرى يرى المؤيدون لقانون التجارة الدولية بأن التحكيم يؤدي إلى تطوير القواعد التي تحكم مجتمع التجار الدولي بحكم أنه قضاء متخصص يعيش أحداث هذا المجتمع ويتابع عاداته وأعرافه، فيقوم عند تطبيقه بتطوير هذه العادات والأعراف بما يتماشى مع التطور الذي يلحق بالعلاقات التجارية الدولية، ولهذا يؤكد البعض بحق أن التحكيم لا يعد فقط من العناصر اللازمة لتطوير القانون التجاري الدولي، بل أنه شرط يتعذر حدوث هذا التطور بدونه^(٤).

(١) د. محمود محمد ياقوت - حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي بين النظرية والتطبيق - طبعة ٢٠٠٠ م منشأة المعارف - الإسكندرية - ص ٣٥٣

(٢) Baxter Lan F.G. - International conflict of laws and International business- I.C.I.Q 1985- p 560

(٣) د. محمود محمد ياقوت - حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي بين النظرية والتطبيق - مرجع سابق - ص ٣٥٣

(٤) د. هشام على صادق - القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة العالمية - مرجع سابق - ص ٣٤٣

وباعتبار أن التحكيم أصبح الأداة المتميزة لخلق وتطبيق القواعد الموضوعية للتجارة الدولية فيرى البعض من مؤيدي قانون التجارة الدولية أن قضاء التحكيم سيخلق يوما ما قانونا خاصا دوليا يحل محل القانون الدولي الخاص ما ستنتفي معه الحاجة إلى نظام التنازع^(*) التقليدي^(١).

وعلى ذلك فإن التحكيم التجاري الدولي يعد القضاء الطبيعي في مجال العلاقات التجارية الدولية، وأحد أهم آليات خلق القواعد القانونية المكونة لقانون التجارة الدولية، إلا أن هذا الرأي لم يسلم من النقد من قبل المنكرين لوجود هذا القانون.

ب). الرأي المناهض للصفة القانونية لقضاء التحكيم الدولي ودوره في خلق القواعد القانونية لقانون التجارة الدولية : يرى المناهضون لوجود قانون التجارة الدولية أن هنالك عدة مآخذ على قضاء التحكيم، وينكرون بذلك أي دور لقضاء التحكيم في خلق قواعد قانونية لقانون التجارة الدولية والذي ينكرون في الأساس وجوده، ويرون أن اعتبار قضاء التحكيم مصدرا إلزاميا للقاعدة القانونية فيه نوع من عدم الدقة، وأن القاعدة الفردية التي ينشئها القاضي أو المحكم ليست لها قيمة قانونية إلا في حدود الواقعة محل النظر وهي وإن دلت على الدور الإنشائي للمحكم في نطاق الدعوى التي ينظرها، فهي لا تنبئ عن اعتبار القضاء مصدرا شكليا للقانون^(٢).

(*) عرف الدكتور أحمد عبد الكريم سلامة قاعدة التنازع بأنها "قاعدة قانونية وضعية، ذات طبيعة فنية، تسري على العلاقات الخاصة الدولية، فتصطي أي القوانين مناسبة وملائمة لتنظيم تلك العلاقات، حينما تتعدد القوانين ذات القابلية للتطبيق عليها" أنظر د. أحمد عبد الكريم سلامة - تأملات في ماهية قاعدة التنازع - مرجع سابق - ص ٩٧

(١) أنظر التقرير المنشور بإعمال اللجنة الفرنسية للقانون الدولي الخاص ١٩٦٤-١٩٦٦، ص ٢١٥ أشار إليها د. هشام على صادق - القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة العالمية - مرجع سابق - ص ٣٤٣

(٢) د. محمد محسوب - مرجع سابق - ص ٤٠٢

كما يرى المناهضون لقانون التجارة الدولية أن المحكم لا يقوم بخلق القانون لكنه إنما يلائمه ويجهزه للتطبيق، أو يفسره ثم يجهزه للتطبيق، أو يكشف عنه أولاً ويجهزه أيضاً للتطبيق وهو في كل ذلك لا يخلق القاعدة القانونية من عدم وإنما يطبق قاعدة قانونية موجودة سلفاً سواء كانت تشريعية أو عرفية أو موجودة في مصادر أخرى للقانون كفكرة العدالة والقانون الطبيعي والمبادئ العامة للقانون، وأن القاعدة القضائية للمحكم تستمد سلطتها من التشريع أو العرف أو المبادئ العامة وأن سلطتها ليست إلا سلطة هذا التشريع أو العرف والقاعدة العامة وأن القيمة القانونية مقررة مسبقاً لما استندت إليه^(١).

وعموماً فإن الطبيعة الخاصة للعلاقات التجارية الدولية تحتم علينا عدم مقارنتها بطبيعة العلاقات الخاصة الداخلية في الدولة الواحدة، وينطبق هذا القول أيضاً على القضاء، فبطبيعة العلاقات الدولية الخاصة ينبغي بمقتضاها عدم النظر إلى التحكيم الدولي وقضاء التحكيم بنفس المسلمات القانونية الداخلية ذلك لعدم التماثل فيما بينهما، كما أن مهمة إسناد فصل المنازعات التجارية الدولية إلى محكمين لهم العلم والمعرفة بعادات التجارة الدولية وأعرافها يجعل من قراراتهم وأحكامهم مقبولة للأطراف المتنازعة بحكم أن من أصدرها تلك الأحكام والقرارات مختصون في التجارة الدولية أو المهنة التي ثار بشأنها النزاع، فكلما تم تطبيقها في منازعات مماثلة أو مشابهة تجد قبولا من أفراد مجتمع التجار الدولي، وتنال بذلك صفة القانون.

ومما لا شك فيه أن إخضاع العقود التجارية الدولية للأحكام الصادرة من المختصين والتي درج التجار ورجال الأعمال على اتباعها يشعر من يطبق عليهم من التجار ورجال الأعمال بالأمان القانوني ويصون توقعاتهم المشروعة وهو ما لا يتحقق

(١) د. محمد محسوب - مرجع سابق - ص ٤١٥ وما بعدها

فيما لو عرضت منازعاتهم على القضاء الوطني الذي يتقيد بقواعد التنازع في دولته، والتي يؤدي أعمالها في الغالب إلى إخضاع هذه المنازعات للتشريع الداخلي لدولة من الدول التي يتنازع قوانينها في حكم العلاقة، وهي قوانين توجه في الأصل لتحكم المعاملات الداخلية ولا تتلاءم في الغالب مع طبيعة العلاقات الدولية^(١).

كما أن دور التحكيم لا يقف عند حد التفسير والتطبيق كما يرى المناهضون لنظرية قانون التجارة الدولية بل يتعدى ذلك إلى حد خلق قواعد جديدة لسد النقص الذي يعترى النظام القانوني للتجارة الدولية في مجابهة التطورات المتسارعة في العلاقات التجارية العالمية، وإزاء هذا التطور لا بد من خلق حلول واجبة الاتباع والتي تتناسب مع طبيعة التجارة الدولية ومتطلباتها المتجددة.

وعلى ذلك فإن التحكيم الدولي يلعب دورا مهما في تدويل العقود التجارية الدولية وفي خلق قواعد جديدة للقانون التجاري الدولي مستنداً في ذلك إلى العدالة والمبادئ العامة المشتركة في النظم القانونية المختلفة للدول لاسيما في حالات المنازعات التي لم تستقر بشأنها عادات وأعراف معينة في تعاملات التجارة الدولية. الفرع الرابع: العقود النمطية والشروط العامة بوصفها مصدرا من مصادر قانون التجارة الدولية: العقود النمطية "Standard Contracts" هي تلك العقود المعدة مسبقا كنماذج يتم تبنيها واستخدامها من قبل الأطراف المتعاقدة في التجارة الدولية^(٢).

وعرفها الدكتور أحمد عبد الكريم سلامة بأنها "عبارة عن مجموعة من الشروط العامة التي استقرت في عادات وواقع التجارة الدولية والمكتوبة في صيغ

(١) د. هشام على صادق - القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة العالمية - مرجع سابق - ص ٢٤٠

(٢) د. صالح بن عبد الله بن عطف العوفي - المبادئ القانونية في صياغة العقود الدولية - طبعة ١٤١٩ هـ - مركز الطباعة والنشر بمعهد الإدارة / مركز البحوث والدراسات الإدارية بالرياض - ص ١٣٣

معدة سلفا والمطبوعة بأعداد ضخمة تستعمل ك نماذج لعقود يتم إبرامها في المستقبل"^(١).

وعرفها الدكتور محمود سمير الشرقاوي بأنها "مجموعة متكاملة من شروط التعاقد بشأن سلعة معينة وتتضمن تفاصيل العقد بحيث يمكن للأطراف المتعاقدة أن تتبنى شكل العقد بالكامل ولا تكون في حاجة إلا إلى إضافة أسماء الأطراف وكمية البضاعة وزمان تسليمها ومكانه ووسيلة النقل"^(٢).

وهذه العقود النمطية توجد في أفرع معينة من الأنشطة التجارية، وتقوم على إعدادها الجمعيات والهيئات المهنية، وتكون من الناحية الشكلية عبارة عن صك مكتوب على غرار عقود الوكالة، ومن الناحية الموضوعية تعد بمثابة نصوص تشريعية تتضمن كافة الأحكام الخاصة بعقد البيع من إيجاب وقبول ومحل وسبب والتزامات الطرفين وأسباب الانتهاء والضمانات والجزاءات وأسباب انتفاء المسؤولية وما على الأطراف إلا إدراج أسمائهم فيه والتوقيع عليه وملء البيانات كالكمية والتمن وميعاد التسليم"^(٣).

أنواع العقود النمطية: يمكن تقسم العقود النمطية إلى عدة تقسيمات فبالنظر إلى آثارها وتنظيم أحكامها يمكن تقسيمها إلى نوعين إما عقود كلية وهي العقود التي تكون كاملة الصياغة بحيث تشمل على كافة آثار العقد أو غالبيتها ومثالها العقود النموذجية التي وضعتها اللجنة الأوروبية ويطلق عليها العقود الأفقية، وإما عقود جزئية "العقود الرأسية" وهي العقود النمطية التي تحدد فيها بعض آثار العقد دون التعرض لكافة أحكامها ، ومثالها عقود الانكوتيرمز "Incoterms" التي وضعتها غرفة التجارة العالمية."^(٤).

(١) د. أحمد عبد الكريم سلامة - نظرية العقد الدولي الطليق - مرجع سابق - ص ١٥٤

(٢) د. محمود سمير الشرقاوي - مرجع سابق - ص ١٧

(٣) د. محمد عبدالله محمد المؤيد - مرجع سابق - ص ٨٢.

(٤) د. حمزة حداد - مرجع سابق - ص ١٤

كما يتم تقسيمها إلى عقود ذاتية وهي النماذج التي يتم التوقيع عليها باعتبارها أصل التعاقد أي هي نماذج يتم استخدامها كعقد فعلي ومثالها نماذج اللجنة الاقتصادية الأوروبية لبيع الحبوب، أما الثانية فهي التي يتبع تطبيق أحكامها وجود عقد حقيقي بين الطرفين يحيلون فيه إلى تطبيق أحكام ذلك العقد النموذجي، وهي أشبه في شكلها وفي تنظيم أحكامها بالنصوص القانونية، وهذا النوع يطلق عليه الشروط العامة^(١) ومثالها شروط (الكوميكون)، فالشروط العامة ليست عقدا متكاملا وإنما مجموعة أحكام يستعين بها المتعاقدون ويدرجونها ضمن عقودهم التي يستكملونها بالشروط الخاصة التي يتفقون عليها، وهذه الشروط بجانب النص على آثار العقد، تضع أيضا أحكاما تتعلق بانعقاده^(٢).

كما يمكن تقسيم العقود النمطية إلى عقود دولية وإقليمية، والنوع الأول وضع لكي يتم تطبيقه في كافة أنحاء العالم ومثالها الانكوتيرمز، أما النوع الثاني فقد وضع لتطبيقه في نطاق إقليمي أو جغرافي معين ومثالها مختلف العقود النموذجية للجنة الاقتصادية الأوروبية^(٣)

أثر وأهمية العقود النموذجية في التجارة الدولية: للعقود النموذجية أي النمطية بجانب دورها في توحيد قانون التجارة الدولية، دور هام لدى الأطراف المتعاقدة حيث تيسر إبرام العقد دون مشقة وعناء بجانب توفيرها الكثير من الوقت والنفقات، فضلا عن الاطمئنان الذي يجده المتعاملون بسبب هذه النماذج باعتبارها وضعت من قبل مختصين تراكمت لديهم الخبرات والتجارب السابقة لذا نجد تلك النماذج للعقود تتضمن كافة الأحكام التفصيلية، كما أنها تشمل كافة الحقوق والالتزامات وكيفية

(١) د. محمد عبدالله محمد المؤيد - مرجع سابق - ص ٨٤

(٢) د. حمزة حداد - مرجع سابق - ص ١٥

(٣) د. حمزة حداد - مرجع سابق - ص ١٨

الوفاء بها و ضمانات وظروف التنفيذ والجزاءات والحلول وتأثير القوة القاهرة على العقد وشروطها وآثارها^(١).

كما أن العقود النمطية تؤدي إلى تيسير التفاوض وتسهيل إدارة العقد والسيطرة على المعاملات والتخطيط وهو ما يسمح بإنقاص الاعتماد على الجهد الإنساني ويجعل التجارة أقل كلفة^(٢).

دور العقود النمطية والشروط العامة في خلق قواعد قانون التجارة الدولية: اختلف شراح قانون التجارة الدولية ومن قبلهم الفقهاء في الدور الذي تؤديه العقود النمطية في خلق قواعد قانون التجارة الدولية إلى رأيين متضادين:

أ. الرأي المؤيد للصفة القانونية للعقود النمطية والشروط العامة والاعتراف بدورهما في خلق العقود النمطية لقواعد قانون التجارة الدولية: يرى أصحاب هذا الرأي أن للعقود الدولية النمطية والشروط العامة دورا فعالا في خلق قواعد قانونية جديدة تحكم العلاقات التجارية الدولية، وذلك بتقنينها للعادات والأعراف السائدة في مجتمع التجار الدولي وهي بذلك تعد قواعد قانونية أو أعرافا ملزمة، والتي اكتسبتها من تكرار اتباعها واستقرار العمل بمقتضاها، في أوساط المتعاملين في التجارة الدولية فأصبحت بذلك ذات مضمون عام ومجرد مع شعور المتعاملين في التجارة الدولية بأهميتها وضرورتها لتنظيم مجتمعهم مما يكسبها في نهاية المطاف صفة الإلزامية، بل يرون أن استقرار العمل بمقتضاها أكسبها الإلزامية نتيجة الجزاءات التي تفرضها هذه الأوساط على مخالفيها مما أضفى عليها في النهاية الطابع القانوني الملزم، وكفل لها على هذا الأساس صفتها الوضعية التي يصعب إنكارها^(٣).

(١) د. محمد منصور - مرجع سابق - ص ٤٤٣

(٢) د. محمد محسوب - مرجع سابق - ص ٢٥٥

(٣) د. محمد عبد الله محمد المؤيد - مرجع سابق - ص ٨٥

كما يرى المؤيدون لهذا الرأي في العقود النموذجية أداة مثلى لتوحيد الشكل القانوني لتعامل الشركات الدولية العملاقة مع عملائها، كما يعتبرون الشروط العامة بمثابة المرجع التفسيري للعقود التي ترتبط بها تلك الشركات مع عملائها وبحكم أن هذه الشروط تحتوي على تفصيلات فنية، وقانونية حول وسائل العمل والمشكلات المحتملة والحلول المقابلة لكل مشكلة. فإن المتعاملين في التجارة الدولية يفضلون اللجوء إلى الشروط العامة والعقود النموذجية في تعاملاتهم وتعاقداتهم^(١).

ويرى الدكتور أحمد عبد الكريم سلامة أن العقود النمطية من الوسائل الفعالة في تحقيق مبدأ الكفاية الذاتية للعقود الدولية، ويرى أن تبادل السلع والخدمات أصبح ميسورا بفضل هذه العقود النمطية والشروط العامة، لأنها تشتمل على أحكام تفصيلية لكافة شروط وأحكام التعاقد، لذا فإنها تخلق قواعد مفسرة أو مكملة حقيقية ويعلل على ذلك بأن العقود النمطية والشروط العامة تطبق إذا سكت الأطراف عن مخالفتها أو الخروج عليها، أو هي على الأقل قواعد عرفية تعتبر كأنها مندمجة في العقد حتى ولو لم يشترط الأطراف تطبيقها على نحو صريح، ويذهب أكثر من ذلك فيرى أن العقود النمطية والشروط العامة تقود إلى تحقيق الكفاية الذاتية للعقد الدولي على نحو يجعل الرجوع إلى قاعدة تنازع القوانين أمرا نادرا بل يرى أن العقود النمطية والشروط العامة لما تحتويه من أحكام وشروط تفصيلية مكتملة تكاد تجعل من خطورة مشكلة التنازع والقانون الواجب التطبيق غير قائمة^(٢).

ب). الرأي المناهض في خلق العقود النمطية لقواعد قانون التجارة الدولية: يرى أصحاب هذا الرأي أن العقود النمطية ليست أحكاما تفسيرية أو تكميلية طالما أنها لم توضع من قبل سلطة رسمية، كما أنها ليست ملزمة باعتبارها وضعت من قبل

(١) د. محمد منصور - مرجع سابق - ص ٢٥٤

(٢) د. أحمد عبد الكريم سلامة - قانون العقد الدولي - مرجع سابق - ص ١٣٣ وما بعدها.

جماعات مهنية أو رجال أعمال ليس لهم أي صفة رسمية أو حكومية، كما أنهم ليس مخولين بسنّ التشريع وبالتالي وضع النصوص القانونية. فضلا عن أنها بحاجة إلى الإحالة إليها من قبل الأطراف ليتم تطبيق أحكامها عليهم، وهي بذلك تختلف عن القواعد التفسيرية التي ليست بحاجة إلى إحالة الأطراف إليها، وهذا يدل على أن العقود النمطية مجرد عقود استثنائية يسترشد بها الأطراف لتحديد حقوقهم والتزاماتهم المتبادلة^(١).

كما يرى المناهضون لقانون التجارة الدولية أن العقود النمطية والشروط العامة تحوز قيمتها القانونية من إرادة الأطراف، أي بمعنى أنها ليست لها قيمة قانونية ذاتية، وأن القيمة القانونية للشروط العامة هي ذات القيمة المقررة للعقد، بشرط أن يعتبرها الأطراف صراحة أو ضمنا جزءا من عقدهم ومن ثم فهي لا تحوز أي قيمة قانونية ذاتية فيما لو لم يجر إدماجها في العقد بإرادة طرفيه، كما يرون أن العقود النمطية والشروط العامة لا تمثلان وسيلة لتحويل الأحكام المقترحة إلى قواعد قانونية أو شبه قانونية وأن مجرد إشاعة حكم ما لا يضمن أن يتوفر له باقي عناصر القاعدة العرفية، لاسيما الشعور الجماعي بالإلزام حياله، كما أن العقود النمطية والشروط العامة تتسم بالإفراط في التفاصيل عكس القاعدة العرفية التي لا تتسم بالتفريط^(٢).

وأكثر المسائل التي ينتقدها المناهضون لقانون التجارة الدولية هي قابلية العقود النموذجية للتفاوض والتعديل وحتى استبعاد بعض الأحكام، مما يتنافى كليا مع صفة القاعد القانونية التي تتسم بالكفاية الذاتية^(٣).

(١) د. حمزة حداد - مرجع سابق - ص ١٤

(٢) د. محمد محسوب - مرجع سابق - ص ٢٥٩

(٣) د. محمد محسوب - مرجع سابق - ص ٢٦٣

إن التطورات السريعة والمتلاحقة للتجارة الدولية، وحاجة مجتمع التجار الدولي إلى مجابهة المشاكل الناتجة عن هذا التطور السريع يقتضي ضرورة إيجاد قواعد عرفية متجددة توازي هذا التطور، وقد أظهر العمل أن العقود النموذجية هي خير وسيلة لمجابهة هذا التطور السريع، وعلى العكس من ذلك التشريع والاتفاقيات التي تحتاج إلى وقت طويل للوصول إلى صيغة مقبولة للأطراف وأخذ المصادقات اللازمة لنفاذها، كما أن العقود الدولية النموذجية والشروط العامة تراعي متطلبات التجارة العالمية وتتمتع بالمرونة اللازمة التي تمكنها من الاستجابة لكل المشاكل المستجدة في الحياة العملية، وهذا لا يتأتى إلا بالتفريط في الجزئيات التي ينكرها المناهضون لقانون التجارة الدولية رغم أنها مزية تتمتع بها العقود النموذجية والشروط العامة.

كما أن سعي المنظمات الدولية المهتمة بتوحيد قانون التجارة الدولية كلجنة التجارة الدولية بالمنظمة الأممية ومعهد اليونيدروا وخلافها من المنظمات الحكومية وغير الحكومية، إلى توحيد المصطلحات أدى إلى إيجاد حلول لكافة المآخذ التي يرددها المناهضون لهذا القانون منها حماية مختلف المصالح بوضع شروط تتسم بالمرونة اللازمة لمجابهة كافة المستجدات في نطاق التجارة العالمية، بالإضافة إلى مراعاتها لاختلافات النظم القانونية تفاديا لأي خلاف مستقبلي بشأن تفسير المصطلحات القانونية.

كما أن انتشار العمل بهذه العقود وحرص المتعاملين على تطبيقها على تعاقدهم، أدى إلى توليد شعور عام لدى العاملين في التجارة الدولية بالقوة الإلزامية لأحكام هذه العقود والشروط العامة مما أكسبها صفة القاعدة العرفية.

وعلى العموم فإن العقود النمطية والشروط العامة تخلق قواعد مفسرة أو مكملة طالما أن قضاء التحكيم يقوم بتطبيقها في حال سكوت الأطراف عن مخالفتها أو الخروج عليها، وهي تتمتع بالكفاية الذاتية بتناولها لكافة التفاصيل والأحكام

بشأن العقود التي تنظمها، وتلعب دورا هاما في توحيد القانون التجاري الدولي بتوحيدها للمصطلحات التجارية ومثال ذلك عقود الانكوتيرمز التي وضعتها غرفة التجارة العالمية.

التكليف الشرعي لمصادر قانون التجارة الدولية: اهتم الفقه الإسلامي ببيان مصادر التشريع الإسلامي فقسمها إلى مصادر شرعية متفق عليها وهي القرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة والإجماع والقياس، ومصادر فرعية مختلف عليها وهي الاستحسان والمصالح المرسلة والعرف والاستصحاب وشرع من قبلنا، وهذه القواعد تناولها الفقه بإسهاب شديد في الكتب الفقهية يسهل الرجوع إليها وهي في متناول الجميع لذا لم ينزى ضرورة لسردها بالتفصيل والذي يهمنا في هذا المقام توضيح اختلاف مصادر التشريع الإسلامي عن مصادر قانون التجارة الدولية اختلافاً بيناً، ولا توجد أي مصادر مشتركة بينهما ما عدا العرف وإن كان العرف في قانون التجارة الدولية يعتبر المصدر الأساسي في حين أنه مصدر مختلف عليه في التشريع الإسلامي.

الفصل الثاني

المفهوم القانوني للعقد التجاري الدولي وطبيعته

يَهَيِّدُ من أكثر المسائل التي أثارت جدلاً وسط فقهاء القانون الدولي الخاص مسألة وضع تعريف موحد للعقد التجاري الدولي، وقد تباينت الآراء الفقهية في ذلك، ووضع كل من هؤلاء الفقهاء معايير مختلفة لتحديد الصفة الدولية للعقد وذلك وفقاً للفلسفة الفكرية التي يؤمن بها، أو وفقاً للفكر الاجتماعي والسياسي السائد آنذاك، ونتيجة لتباين تلك الآراء اختلفت المعايير التي أخذت بها الاتفاقيات الدولية المهتمة بشؤون التجارة الدولية .

والذي يهمننا في بحثنا هذا هو العلاقة التعاقدية الخاصة التي تتم بين الأشخاص الاعتبارية الخاصة أو الأشخاص الطبيعيين أو تلك العلاقات التي تحكمها قواعد القانون التجاري الدولي بحيث يخرج عن نطاق بحثنا هذا العلاقات الاقتصادية الدولية التي نعتبرها فرعاً من فروع القانون الدولي العام، والتي تهتم بدراسة العلاقات الاقتصادية والتجارية بين الدول والشخصيات الاعتبارية العامة بصفتها صاحبة سلطة عامة، و استثمار الموارد الطبيعية وامتلاكها وإنتاج السلع وتوزيعها وغير ذلك من العلاقات التجارية التي تمارسها الدولة بصفتها العامة⁽¹⁾ .

ومن أكثر المسائل جدلاً لدى الفقهاء صفة العقود التجارية الدولية ومن أين تستمد صفتها هل من الشكل الذي تتخذه أم من طبيعة العلاقة التي تحكمها؟ والإجابة على ذلك يقتضي التعرض أولاً لمفهوم العقد بصفة عامة، ومن ثم مفهوم العقد التجاري الوطني تمهيداً للوصول إلى مفهوم صحيح للعقد في القانون الدولي الخاص، لأنه ليس من الحكمة معالجة مفهوم العقد التجاري الدولي دون الرجوع إلى

(1) See : Schwarzen Berger: The principles and standards of International economic law- in117 rdc 1966-1.p7

ما اصطلح عليه في القانون الوطني وفي ضوء ما تقدم سوف نتناول هذا الفصل، وفقاً للمباحث التالية:

المبحث الأول : مفهوم العقد التجاري في القوانين الوطنية
المبحث الثاني: مفهوم العقد التجاري الدولي

المبحث الأول

مفهوم العقد التجاري في القوانين الوطنية

لبحث ماهية العقد التجاري يتعين علينا تعريف العقد بصفة عامة ومن ثم تعريف العقد التجاري في القوانين الوطنية وذلك وفقاً للمطالب التالية:

المطلب الأول

مفهوم العقد بصفة عامة

يقتضي منطق البيان أن نبدأ بتعريف العقد بصفة عامة فنحددده، ثم نستجلي بعد ذلك مفهوم العقد التجاري من خلال تناولنا لمفهوم العقد في القانون المدني، ولا يعني هذا الطرح أن هناك تماثلاً تاماً بينهما في الأحكام، إذ ينفرد كل منهما بسماته وخصائصه التي تميزه عن الآخر، كما سنقوم بتحليلهما لاستيضاح مدى توافق أو تباين مفهوميهما مع مفهوم العقد في الفقه الإسلامي.

الفرع الأول: تعريف العقد لغةً: العقد في اللغة هو الشدُّ والربط تقول عقدت الحبل إذا شددته، واليمين على المستقبل يسمى عقداً قال الله تعالى ﴿لَا يُؤَاخِذُكُمُ اللَّهُ بِاللَّغْوِ فِي أَيْمَانِكُمْ وَلَكِنْ يُؤَاخِذُكُمْ بِمَا عَقَدْتُمُ الْأَيْمَانَ﴾^(١)، والحلف يسمى عقداً قال الله تعالى ﴿وَالَّذِينَ عَقَدَتْ أَيْمَانُكُمْ فَآتَوْهُمْ نَصِيحَتَهُمْ إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلَى كُلِّ شَيْءٍ شَهِيداً﴾^(٢)، وفسر أبو عبيدة^(*) معنى العقود الواردة في الآية الكريمة: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ أُحِلَّتْ لَكُمْ بَهِيمَةُ الْأَنْعَامِ إِلَّا مَا يُتْلَى عَلَيْكُمْ غَيْرَ

(١) الآية ٨٩ -سورة المائدة

(٢) الآية ٣٣ -سورة النساء

(*) أبو عبيدة عمار بن الجراح الصحابي الجليل واحد المبشرين بالجنة

مُجَلِّي الصَّيْدِ وَأَنْتُمْ حُرْمٌ إِنَّ اللَّهَ يَحْكُمُ مَا يُرِيدُ^(١). بأنها العهد والأيمان^(٢) كما يعني الحبل والبيع، وقد يذكر ويراد به العهد وكل ذلك لا يتحقق إلا في المستقبل، والعُقْدَةُ موضع العَقْد وهو ما عَقَدَ عليه^(٣)، ويطلق العقد على كل ما يمسك الشيء ويوثقه، ويعقده عقداً يعني أحكمه وشده وأكده، وهو نقيض حلّه^(٤). كما استعملت كلمة عقد بمعنى التوثيق لتعني العهد أو الضمان^(٥).

وبعد استعراض هذه المعاني اللغوية للفظ العقد والتي يجمعها معنى الربط، نصل إلى أن للعقد معنى حسياً كعقد الحبل وعقد البناء ومعنى حكماً كعقد البيع والعهد وغيرهما فيقال عاقده وعقدته وتعاقدا وعقدت يمينه^(٦).. وهكذا يتضح لنا أن المعنى الحسي للعقد استعير اصطلاحاً ليعني الربط المعنوي لكلام شخصين أو أكثر.

الفرع الثاني: تعريف العقد في القانون الوضعي:

عرف القانونيون العقد بعدة صيغ نسرد جزءاً منها بحيث يغنيننا ذلك عن سردها كلها، فقد تم تعريفه على أنه " توافق إرادتين على إحداث أثر قانوني، سواء كان هذا الأثر هو إنشاء التزام أو نقله أو تعديله أو إنهاؤه^(٧)."

(١). الآية ١-سورة المائدة

(٢) الجصاص: أحمد بن علي الرازي الجصاص أبو بكر - أحكام القرآن تحقيق محمد الصادق قمحاوي . دار إحياء التراث العربي بيروت ١٤٠٥هـ - ج ٣ ص ٢٨٦، الطبري : محمد بن جرير بن يزيد الطبري، أبو جعفر - تفسير الطبري - طبعة ١٩٩٠م - دار المعرفة بيروت - ج ٦ ص ٣٣

(٣) الرازي: زين الدين محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي . مختار الصحاح . ترتيب محمود خاطر - تحقيق وضبط حمزة فتح الله . الطبعة السابعة ١٩٩٨. مؤسسة الرسالة بيروت . ص ٤٤٥ .

(٤) البستاني : المعلم بطرس البستاني . مرجع سابق . ص ٦١٨ ، جبران مسعود . الرائد الصغير معجم أبجدي للمبتدئين . الطبعة الأولى ١٩٨٢ . دار العلم للملايين بيروت . ص ٤٣٨ .

(٥) ابن منظور: محمد بن مُكْرَم بن علي، أبو الفضل، جمال الدين ابن منظور الأنصاري . لسان العرب - دار إحياء التراث العربي القاهرة - باب العين

(٦) . . تفسير القرطبي - مرجع سابق - ج ٦ ص ٢٦٦ ، راغب الأصفهاني: أبي القاسم الحسين بن محمد المعروف بالراغب الأصفهاني - المفردات في غريب القرآن - الطبعة الأولى ١٤٠٤هـ - دفتر نشر الكتاب - ص ٣٤١

(٧) السنهوري: د. عبد الزقاق أحمد السنهوري . الوسيط في شرح القانون المدني الجديد . نظرية الالتزام بوجه عام - مصادر الالتزام . بدون سنة طبع - إحياء التراث العربي بيروت المجلد الأول . ص ١٣٨

كما عرف بأنه توافق إرادتين بإيجاب وقبول لإنشاء التزامات تعاقدية تقوم على التراضي بين طرفيه^(١).

ويمكن تعريف العقد أيضاً بأنه تلاقي إرادتين أو أكثر على ترتيب آثار قانونية سواء كانت هذه الآثار هي إنشاء التزام أو نقله أو تعديله أو إنهاؤه^(٢).

وعرف العقد في قانون المعاملات المدني السوداني لسنة ١٩٨٤م على أنه "ارتباط الإيجاب الصادر من أحد المتعاقدين بقبول الآخر على وجه يثبت أثره في المعقود عليه ويترتب عليه التزام كل منهما بما وجب عليه للآخر"^(٣).

وتم تعريفه في القانون الإنجليزي على أنه "اتفاق متبادل بين طرفين أو أكثر كاملي الأهلية مقابل عوض معادل لتنفيذ أو عدم تنفيذ شيء معين.

"A contract is a mutual agreement between two or more competent parties for a valuable consideration to do or not to do a particular thing."^(٤)

وعرفه بول دوبسون "Paul Dobson" بأنه هو الاتفاق الذي يراد التقيد به قانوناً^(٥)

"A Contract is an agreement which will be enforced by the law"

كما عرف العقد قانوناً بأنه اتفاق قانوني ملزم يتضمن تعهداً متبادلاً بين طرفين أو أكثر لتنفيذ أو عدم تنفيذ شيء.

"The law defines a contract as a legally enforceable agreement between two or more parties involving mutual promises to do or not to do something"^(٦).

(١) د. محمد أحمد عبد النعيم. مرحلة المفاوضات في العقود الإدارية "دراسة مقارنة". طبعة ٢٠٠٠. دار النهضة العربية. ص ٧

(٢) د. محمد إبراهيم أبو العينين - مبادئ القانون لرجال الأعمال في المملكة العربية السعودية. الطبعة الثانية ١٩٨٤ - تهامة للنشر جدة - ص ١١٥

(٣) قانون المعاملات المدني السوداني لسنة ١٩٨٤ المادة ٣٣ / ١

(٤) د. محمود محمد على صبره. ترجمة العقود مع أهم سمات اللغة القانونية الإنجليزية. الجزء الأول العقود المدنية - الطبعة الأولى ١٩٩٥. مطبعة مي للكمبيوتر القاهرة --- ص ٧٥ مشيراً إلى Hugo

(٥) Paul Dobson – Charrlesworth's Business Law – London Sweet & Maxwell 1997-P 3

(٦) Johan. J. McGonagle. Jr – Business Agreements 'A complete guide to oral and written contracts' – Chilton book company Radnor – Pennsylvania 1982 – p 7

وعموماً فإن لفظ العقد في القانون يستخدم للدلالة على توافق إرادتين أو أكثر على إنشاء التزام يخلق أثراً في المعقود عليه ويغير وصفه القانوني، سواء كان هذا الالتزام إعطاءً لشيء أو أداءً لعمل أو امتناعاً عن تنفيذ عمل^(١).

الفرع الثالث: تعريف العقد في الفقه الإسلامي: يطلق الفقهاء في الشريعة الإسلامية كلمة العقد بإطلاقين:

الإطلاق الأول "إطلاق عام": كثير من الفقهاء يعممون فيطلقون كلمة العقد على كل تصرف شرعي سواء كان ينعقد بكلام طرف واحد أو لا ينعقد إلا بكلام طرفين^(٢) أي يرون أن كل التزام أو تعهد للشخص سواء كان ذلك التزاماً متقابلاً كالبيع والإيجار ونحوه أو كان التزاماً من جانب واحد كاليمين والطلاق والإبراء والعنق والندب، ومن أمثلة التعريفات التي جاءت معممة قول أبي بكر الرازي بأن "العقد هو كل ما يعقده العاقد على أمر يفعله هو أو يعقده على غيره فعله على وجه إلزامه إياه"^(٣).

وعلى هذا فإن كل تعهد أو تصرف يلزم به الشخص نفسه على أمر يقع في المستقبل يعد عقداً فيسعى البيع والنكاح والإجارة وسائر عقود المعاوضات عقوداً لأن كل واحد منهما قد ألزم نفسه التمام عليه والوفاء به ويسعى اليمين على المستقبل عقداً لأن حالف اليمين قد ألزم نفسه الوفاء بما حلف عليه من فعل أو ترك وكذلك كل شرط شرطه إنسان على نفسه في شيء يفعله في المستقبل فهو عقد^(٤). فالعقد إذن هو كل ما يلزم به حكم في المستقبل، وهذا المعنى هو الشائع عند فقهاء المالكية والشافعية والحنابلة^(٥).

(١) د. أبوذر الغفاري بشير. العقد والإرادة المنفردة في القانون السوداني. الطبعة الرابعة ٢٠٠٤م - الناشر المؤلف نفسه - ص ٧

(٢) د. عدنان خالد التركماني. ضوابط العقد في الفقه الإسلامي. الطبعة الأولى ١٩٨١. دار الشروق للتوزيع والنشر جدة. ص ١٨

(٣) الجصاص: أحمد بن علي الرازي الجصاص أبو بكر. مرجع سابق. ج ٢ ص ٢٧٠

(٤) الإمام أبو زهرة: محمد أبو زهرة. الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية. بدون سنة طبع طبعة ١٩٧٧م - دار الفكر العربي القاهرة. ص ١٨٠

(٥) ابن تيمية: الإمام، شيخ الإسلام أحمد بن عبد الحلیم بن عبد السلام ابن تيمية. بدون رقم وتاريخ طبعة - نظرية العقد. دار المعرفة بيروت. ص ٧٨

الإطلاق الثاني " إطلاق خاص": وهو إطلاق فيه تقييد لمعنى العقد إذ يطلق هؤلاء الفقهاء صفة العقد على كل إيجاب يلاقي قبولاً من طرف آخر ويثبت أثره في المعقود، وهذا يعني أنهم يستوجبون وجود طرفين للعقد في جميع حالاته، يجمعهما إيجاب من أحدهما وقبول من الطرف الآخر، وترتبط فيه إرادتهما على وجه يثبت فيه أثره في المعقود عليه، ويرى هؤلاء أن العقود لا تتم إلا بارتباط طرفين مثل عقد البيع والإجارة. ومن أمثلة التعريفات المقيدة، التعريف القائل بأن العقد هو " ارتباط الإيجاب الصادر عن أحد العاقدين بقبول الآخر على وجه يثبت أثره في المعقود عليه ويترتب على العقد التزام كل واحد من العاقدين بما وجب به للآخر^(١).

كما عرف أيضاً بأنه ربط بين كلامين أو ما يقوم مقامهما، نشأ عنه أثره الشرعي. وتنشأ عنه التزامات متقابلة تقوم بينهما^(٢).

كما تم تعريفه على أنه "تعلق كلام أحد المتعاقدين بالآخر شرعاً على وجه يظهر أثره في المحل" وعرف بمجلة الأحكام العدلية بأنه "ربط إيجاب بقبول على وجه مشروع يثبت أثره في محله"^(٣).

كما عرفه علي حيدر بأنه التزام المتعاقدين وتعهدهما أمراً وهو عبارة عن ارتباط الإيجاب بالقبول^(٤).

ومن زاوية هذا الإطلاق فإن الطلاق والإبراء والإسقاط وغيرها مما يتم بكلام طرف واحد دون وجود طرف آخر لا يُعدُّ عقداً^(٥) وعموماً فإن الاصطلاح الشائع والغالب هو إطلاق العقد في معناه الخاص.

(١) قدرى باشا: الشيخ محمد قدرى باشا. مرشد الحيوان إلى معرفة أحوال الإنسان - طبعة ٢٠٠٣. دار الأفاق العربية القاهرة. المادة ٢٦٢ - ص ٦٢

(٢) د. وهي الزحيلي. المعاملات المالية المعاصرة "بحوث وفتاوي وحلول". الطبعة الأولى ٢٠٠٢ م. دار الفكر دمشق. ص ٢٣

(٣) أنظر المادة رقم (١٠٣ و ١٠٤) من مجلة الأحكام العدلية، مطبعة شعاركو، الطبعة الخامسة، ١٣٨٨هـ/١٩٦٨ م.

(٤) علي حيدر. درر الحكام شرح مجلة الأحكام - تعريب المحامي فهد الحسيني - دار الجيل بيروت الطبعة الأولى ١٩٩١ م - ص ١٠٥

(٥) عدنان خالد التركماني. مرجع سابق. ص ١٧

ويلاحظ أن فقهاء الشريعة الإسلامية يؤكدون في تعريفهم للعقد على ضرورة مشروعية محل التعاقد، أي أن التعريف الفقهي يؤكد على الارتباط الذي يُعْتَدُّ الشارع به وليس مجرد اتفاق الإرادتين، إذ قد يحصل اتفاق بين إرادتين على شيء يحرّمه الشارع، وبهذا نجد أن التعريف الفقهي يخرج العقد الباطل من معنى العقد^(١). نخلص مما سبق إلى أن معنى العقد الذي اصطلح عليه فقهاء الشريعة الإسلامية ليس بعيداً عن المعنى اللغوي للعقد، حيث جاء تعريف من أطلقه بمعناه العام مرادفاً لمعناه اللغوي، ومن أطلقه بمعناه الخاص خصصوا العموم الوارد في معناه اللغوي ليطلقوه على كل التزام شرعي يتم بإرادة طرفين أو أكثر.

كما نخلص أيضاً إلى أن تعريف العقد لدى الفقهاء يطابق في معناه الخاص تعريف القانونيين للعقد في القانون الوضعي فيما يختص بضرورة توفر الالتزامات المتقابلة. مع وجود الفارق بين التعريفين الفقهي والقانوني في أن التعريف الفقهي يؤكد على ضرورة الاتفاق على ما هو جائز شرعاً، أي على الاتفاق فيما يُعْتَدُّ الشارع به وليس مجرد اتفاق الإرادتين، بينما تعريف القانونيين غير مانع من دخول العقد الباطل فيه.

كما نخلص إلى أن من عمموا لفظ العقد خلطوا ما بين العقد الذي يفترض فيه تلاقي إرادتين بإيجاب وقبول مع التصرف الشرعي الذي يشمل العقد بمعناه الخاص وكل التزام أو تعهد يصدر بإرادة منفردة.

كما نخلص من خلال ما تم عرضه من تعاريف إلى أن تعريف فقهاء الشريعة الإسلامية للعقد جاء جامعاً مانعاً وأدق تعبيراً في مضابطه من تعريف القانونيين.

* * * * *

(١) د.علاء الدين محمود زعتري . بحث منشور له الكترونياً في موقعه الخاص على الرابط :

http://www.alzatari.org/bohos_moqarn/2.htm

المطلب الثاني

مفهوم العقد التجاري الداخلي

الفرع الأول : تعريف العقد التجاري في القانون الوضعي : ليس هناك تعريف جامع جازم متفق عليه لمفهوم العقود التجارية، ذلك لأن العقود التجارية لا تستند في إنشائها إلى قواعد قانونية مستقلة خاصة بها، بل تقوم على القواعد العامة التي تحكم العقود المدنية المنصوص عليها في قانون المعاملات المدنية، لذا يصعب وضع تعريف للعقود التجارية خالٍ من النقد، فلا يمكن قصر تعريف هذه العقود مثلاً على أنها تلك التي يجريها التاجر في سبيل حاجات تجارته، إذ يكون مثل هذا التعريف قد ضيق واسعها، أو مثل التعريف الذي ينص على أن العقد التجاري هو "العقد الذي يجريه التاجر إذا كان متصلاً بحرفته التجارية"^(١).

وعلى النقيض من ذلك طالب القانون النموذجي للتحكيم الدولي لسنة ١٩٨٥ م التوسع في مفهوم مصطلح التجارة^(*) ، حيث نص على ضرورة تفسير مصطلح التجارة تفسيراً واسعاً بحيث يشمل المسائل الناشئة عن جميع العلاقات ذات الطبيعة التجارية تعاقدية كانت أو غير تعاقدية^(٢)، وحذا حذوها قانون التحكيم المصري وبعضُ من قوانين التحكيم العربية الأخرى^(٣).

(١) د.علي البارودي - العقود التجارية وعمليات البنوك التجارية . " بدون سنة طبع " - منشأة المعارف بالإسكندرية- ص ٦ . محيلاً لمؤلف د. عبد العي حجازي . العقود التجارية . ص ٦

(*) عرفت التجارة بأنها تعني بيع وشراء السلع والخدمات بمقابل أو بدون مقابل نقدي "trade means the buying and selling of goods and services with or without the use of money"

See : A.N. Rangparia , Mrs. P.R.Agrawal & others – A new course in organization of commerce – Sheth Publishers pvt.ltd. p 3

(٢) المادة ١/١ القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي الصادر في ٢١ يوليو ١٩٨٥ م ونصت تلك المادة على سبيل المثال دون الحصر المعاملات التالية كمعاملات تجارية " أي معاملة تجارية لتوريد السلع والخدمات أو تبادلها ، اتفاقات التوزيع ، التمثيل التجاري أو الوكالة التجارية إدارة الحقوق لدى الغير ، التأجير الشرائي ، تشييد المصانع ، الخدمات الاستشارية ، الأعمال الهندسية ، إصدار التراخيص الاستثمار ، التمويل ، الأعمال المصرفية ، التأمين ، اتفاق أو امتياز الاستغلال ، المشاريع المشتركة وغيرها من أشكال التعاون الصناعي أو التجاري ، نقل البضائع أو الركاب جواً أو بحراً أو بالسكك الحديدية أو بالطرق البرية الأخرى.

(٣) أنظر المادة ٢ من القانون التحكيم المصري والعماني والمادة ٥/١ من قانون التحكيم البحري

وعرف بأنه "العقد الذي ينشئ في ذمة أحد طرفيه أو ذمة طرفيه التزاماً تجارياً"^(١). ويعاب على هذا التعريف أنه تعريف غير محدد لأنه يقتصر على تعريف الالتزام التجاري بوجه عام^(٢). وكذلك لا يمكن قصر تعريف هذه العقود على أنها العقود التي تبرم بشأن الأعمال التجارية أو الأعمال المختلطة. إذ أن ذلك سيؤدي إلى أن يتسع التعريف ليشمل أشخاصاً لا تنطبق عليهم صفة التاجر، وأعمالاً لا تدخل ضمن الأعمال التجارية مما يجعل هذا التعريف غير دقيق ويفتقر إلى التحديد الذي يجب أن تتميز به التعريفات.

وللوقوف على مفهوم صحيح للعقود التجارية في الفقه الوضعي نرى الرجوع إلى محل العقد وشروط تكوينه ذلك لأن المقياس لوصف العقد بأنه عقد تجاري يستند في المقام الأول إلى الضوابط التي تضعها الدولة لتحديد نطاق تطبيق القانون التجاري^(*) والتي يتم بموجبها تمييز الأعمال التجارية عن غيرها من الأعمال، والتاجر عن غيره من أصحاب المهن الأخرى، لذا يصعب وضع تعريف يتماشى مع كافة النظم والقوانين لكافة الدول لاختلاف الضوابط القانونية المطلوبة للترقية بين العمل المدني والعمل التجاري.

هذا الخلاف نتاج طبيعي ناجم عن الخلاف الفقهي حول هذه الضوابط، حيث انقسم الفقهاء إلى مذهبين المذهب الشخصي والموضوعي، فأخذت بعض الدول

(١) على البارودي - مرجع سابق ص ٦٠. محيلاً المؤلف د. على جمال الدين عوض. العقود التجارية. ص ٦.

(٢) د. إدوارد عيد. العقود التجارية وعمليات المصارف. طبعة ١٩٦٨ - مطبعة النجوى بيروت - ص ٦.

(*) أختلف الفقهاء في تحديد نطاق تطبيق القانون التجاري مما أدى إلى ظهور نظريتين هما (النظرية الشخصية، والنظرية الموضوعية (المادية)) وتعتمد النظرية الأولى على شخص التاجر في تحديد نطاق تطبيق القانون التجاري أي أنه قانون التجار ولا ينطبق على سواهم حتى ولو زاولوا أعمالاً تجارية وطبقاً لهذه النظرية فإن الأعمال التجارية هي التي يقوم بها التجار في حدود حرفة التجارة، أما النظرية الثانية والتي يطلق عليها النظرية المادية تعتد بطبيعة العمل دون أن تنظر إلى الشخص الذي يقوم بالعمل حيث يعتبر العمل تجارياً إن كان العمل تجارياً بطبيعته. وترى أن القانون التجاري هو مناط انطباق القانون التجاري سواء كان الذي قام به تاجر أو غير تاجر وبالتالي فإن العمل التجاري هو أساس القانون التجاري والذي قد يسمى قانون الأعمال التجارية. (للاستزادة راجع المؤلف المشترك بين عليان الشريف ومصطفى حسين سليمان ورشاد العصار. القانون التجاري مبادئ ومفاهيم. الطبعة الأولى ٢٠٠٠. دار المسيرة للنشر والتوزيع والطباعة الأردن. ص ١٣ وما بعدها، كذلك التأليف المشترك بين عبد الحليم كراجه و سالم القضاة وباسر السكران وعلى رابعة وموسى مطر. مبادئ القانون التجاري. الطبعة الثانية ٢٠٠١- دار صفاء للنشر والتوزيع عمان. ص ١٤).

في تحديدها للأعمال التجارية والتاجر بالضوابط التي حددها أصحاب المذهب الشخصي لتحديد نطاق تطبيق القانون التجاري، بينما أخذ البعض الآخر بالضوابط الواردة في المذهب الوضعي. وبالطبع فإن عدم الاتفاق حول هذه الضوابط بين الدول أدى إلى التباين في مجالات تطبيق القانون التجاري من دولة إلى دولة، وهذا بدوره أدى إلى التباين وعدم الاتفاق على تعريف محدد للعقد التجاري.

وتبعاً لهذا الاختلاف كان لا بد من أن يختلف الشراح حول تعريف العقد التجاري إلا أن هذا الخلاف لا يعني القول بأن العقود التجارية منفصلة عن العقود المدنية كليةً، إذ أن العقود التجارية تكتسب الصفة التجارية إذا أحاطت بتكوينها ظروف معينة، ونحن نتفق تماماً مع ما ذهب إليه الدكتور علي البارودي في أنه لا يمكن أن نجد عملاً تجارياً بطبيعته، وأن الصفة التجارية تدخل لهذه العقود من خلال البواعث التجارية التي تصحبها⁽¹⁾ ووجود بعض الأعمال التي تعد تجارية بطبيعتها مثل عقود الوكالات التجارية وعقود الامتياز لا يقدح في رأينا السابق إذ أن الرأي بني على العموم دون النظر إلى الاستثناءات.

وما ذهبنا إليه لا ينفي عن العقود التجارية سمتها الخاصة^(*) التي تميزها عن العقود المدنية البحتة، وكل ما هناك أنها تنشأ على ذات القواعد التي تنشأ عليها العقود المدنية، أي أن الصفة التجارية تلازم العقد بعد قيامه في ظل القواعد العامة التي تحكم القواعد المدنية.

و نخلص من هذا إلى أنه لا يوجد تعريف عام متفق عليه للعقود التجارية، لأنها تكتسب صفتها التجارية بعد أن تكتمل نشأتها في ظل الأحكام العامة التي تحكم العقود المدنية، ومن هذا المنطلق يمكننا القول بأنه لا يوجد عقد تجاري بطبيعته.

(1) د.علي البارودي . مرجع سابق . ص ٧ وما بعدها .

(*) تتميز العقود التجارية عن العقود المدنية في أنها أكثر قابلية وسرعة للتطوير من العقود المدنية ، يجد مبدأ حرية الإرادة المجال الرحب في العقود التجارية ، كما أنها تتسم بالسهولة في الإبرام والقسوة في اقتضاء التنفيذ ، والإمكانية في التدويل .

الفرع الثاني : تعريف العقد التجاري في الفقه الإسلامي : توسع الفقه الإسلامي في مفهوم مصطلح التجارة حيث جعل كل معاوضة تجارة على أي وجه كان هذا العوض إلا ما كان عوضاً غير جائز من الناحية الشرعية ناجماً عن ما لا يجوز شرعاً من ربا أو جهالة أو تقدير عوض فاسد كالخمر والخزير وغير ذلك من المحرمات شرعاً وخرج منها أيضاً كل عقد جائز لا عوض فيه كالقرض والصدقة والهبة^(١) بل اعتبر كل من يشتري شيئاً بقصد بيعه والتریح فيه تاجراً سواء عمل فيه عملاً أو لم يعمل وسواء كان ذلك في طعام أو ثياب أو حيوان أو كان من يباشر ذلك يتنقل ببضاعته من بلد إلى بلد أو متربصاً به يحبس به إلى وقت الإنفاق أو كان مديراً يبيع دائماً ويشترى كأهل الحوانيت فهؤلاء كلهم تجار تجب عليهم زكاة التجارة ، كما أن من التجارة التعامل في المواد بعد تحويلها من مادتها الخام لبيعها والتریح فيها^(٢).

ليس هنالك تعريف خاص للعقود التجارية، ذلك أن العقود التجارية في الفقه الإسلامي تخضع للنظرية العامة للعقود، وليس هناك قواعد وضوابط خاصة بعقود التجارة إذ أن الأصل هو أن أحكام العقود في الإسلام تسري على كافة المعاملات دون تمييز لنوع المعاملة .

وعموماً فإن كل ما يعد لبيع وشراء لأجل النقيدين يعتبر تجارة أي الذي يعد بنية التجارة للتریح فيه^(٣) و التجارة في حقيقة الأمر أعم من اسم البيع لأن اسم التجارة يشمل أيضاً عقود الإيجار والهبات الواقعة على العوض والبيع للتجارة^(٤).

(١) . القرطبي: محمد بن أحمد بن أبي بكر بن فرح القرطبي أبو عبدالله . تفسير القرطبي . حققه أحمد عبد العليم اليردوني - الطبعة الثانية ١٣٧٢ هـ - دار الشعب القاهرة . ج ٥ ص ١٥٢ .

(٢) راجع في هذا المعنى ابن تيمية: عبد السلام أحمد عبد الحليم ابن تيمية الحراني أبو العباس . كتب ووسائل وفتاوى ابن تيمية في الفقه -- مكتبة ابن تيمية . ج ٢٨ ص ٩٠ .

(٣) الهوتي: منصور بن يونس بن إدريس الهوتي . كشف القناع على متن الإقناع . تحقيق هلال مصيلحي مصطفى هلال - طبعة ١٤٠٢ - دار الفكر بيروت - ج ٢ ص ٣٩ .

(٤) الجصاص: أحمد بن علي الرازي الجصاص أبو بكر - أحكام القرآن - مرجع سابق - ج ٣ ص ١٣١ .

ولا تصبح العروض للتجارة إلا بتوفر شرطين أحدهما أن يملكها بفعله بخلاف الإرث ونحوه مما يدخل قهرا لأنه ليس من جهات التجارة والشرط الآخر المنبه عليه بقوله بنية التجارة حال التملك بأن يقصد التكبسب بها لأن الأعمال بالنيات، والتجارة عمل فوجب اقتران النية به كسائر الأعمال ولأنها في الأصل للاستعمال فلا تصير للتجارة إلا بالنية^(١).

وعموما فإن الفقه الإسلامي قد توسع في مفهوم الأعمال التي تعدُّ من قبيل الأعمال التجارية حيث أخذ بالنظرية الشخصية التي تنظر إلى الشخص الذي يباشر العمل ونيته في ذلك بالإضافة إلى النظرية التي تعدت بطبيعة العمل وبهذا يكون الفقه الإسلامي هو السباق في وضع النظرية الشخصية والنظرية الموضوعية التي تأخذ بها القوانين الوضعية لتحديد نطاق تطبيق القانون التجاري.

(١) ابن تيمية : أحمد عبد الحليم ابن تيمية الحراني أبو العباس . مرجع سابق . ج ٢٥ ص ٢٤٠

المبحث الثاني

مفهوم العقد التجاري الدولي

العقد التجاري الدولي من الأمور التي اتسع الجدل حولها، ولم يتمكن الفقهاء والمختصون من وضع تعريف موحد لها، ويتركز الخلاف حول الصفة الدولية للعقد والمعيار الذي يحدد به العقد التجاري الدولي من العقد التجاري الوطني، وهذا يدعو إلى مناقشة الاتجاهات الفقهية المختلفة والمعايير التي وضعت لتحديد مفهوم العقد الدولي في القانون الدولي الخاص وفي الشريعة الإسلامية وذلك وفقاً للمطلبين التاليين:

المطلب الأول

مفهوم العقد التجاري الدولي في القانون الدولي الخاص

أولاً: المعيار القانوني: هذا المعيار اعتمده الفقه التقليدي لتحديد دولية العقد ويقوم هذا المعيار على فكرة أساسية مفادها أن العقد يُعدُّ دولياً فيما لو اتصلت عناصره القانونية بأكثر من نظام قانوني واحد^(١) إذ يرى أصحاب هذا المعيار أن العقد الدولي هو العقد الذي يحتوي على عنصر أجنبي^(*) أي كان هذا العنصر، ويكفي أن يكون أحد طرفي العقد متمتعاً بجنسية أجنبية أو متوطناً في الخارج، أو أبرم العقد في دولة أجنبية أو كان من المقرر أن ينفذ العقد في الخارج، لكي يعتبر العقد دولياً^(٢).

- (١) د. هشام على صادق. القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية. الطبعة الثانية ٢٠٠١ م. دار الفكر الجامعي - ص ٧٢.
- (*) العنصر الأجنبي يمكن أن يتطرق إلى المركز أو العلاقة سواء بالنسبة إلى أشخاصها أو موضوعها أو واقعها المنشئة - راجع في هذا المعنى د. هشام على صادق. تنازع القوانين دراسة مقارنة في المبادئ العامة والحلول الوضعية المقررة في التشريع المصري. الطبعة الثالثة ١٩٧٤ - منشأة المعارف بالإسكندرية - ص ٣ وما بعدها.
- (٢) د. أبو العلا على أبو العلا النمر - دراسة تحليلية لمبادئ معهد روما "اليونيدروا" المتعلقة بعقود التجارة الدولية. الطبعة الأولى ٢٠٠٠. دار النهضة العربية القاهرة. ص ٢١ مهيلاً إلى بحث الدكتور أحمد صادق القشيري "الاتجاهات الحديثة في تعيين القانون الذي يحكم العقود الدولية" بحث منشور في المجلة المصرية للقانون الدولي المجلد ١١ لسنة ١٩٦٥ ص ٧٣.

ومتى تضمنت العلاقة أو المركز القانوني عنصراً أجنبياً على الوجه السالف الذكر فإن ذلك يعني اتصال تلك العلاقة بقوانين دول مختلفة، لأن الدول تقوم بسن القوانين التي تنظم العلاقات القانونية داخل إقليمها الجغرافي، أي تنظم العلاقات الوطنية الخالية من العنصر الأجنبي، أما العلاقات التي تحتوي على عنصر أجنبي فأمر تنظيمها متروك لقواعد الإسناد وتنازع القوانين، وهذه هي الفكرة التي يقوم عليها المعيار التقليدي لتحديد دولية العقد، حيث يعتبر العقد دولياً متى استثارت مسألة قواعد الإسناد^(*) أو مسألة تنازع القوانين^(**).

على أنه لا يُعدُّ العقد دولياً متى كان هناك اصطناع من جانب الأطراف لأي من العناصر بحيث يصبح عنصراً أجنبياً في العلاقة العقدية، إذ يعد ذلك من قبيل الغش والتحايل للإفلات من النصوص الأمرة في النظام الداخلي لدولة القاضي الذي سيتم التقاضي أمامه عند المنازعة في العقد، وجاء مؤكداً لذلك نص المادة ٤/١ من اتفاقية لاهاي لسنة ١٩٥٥م في شأن البيوع الدولية للمنقولات المادية، وكذلك المادة ١/ب من اتفاقية لاهاي لسنة ١٩٨٦م في شأن البيوع الدولية، حيث ورد في هذين النصين أن اختيار المتعاقدين لقانون وخضوعهم للاختياري لاختصاص قاضي أو محكم معين لا يكفي لإضفاء الصفة الدولية على عقد البيع الدولي.

ويقول الدكتور هشام صادق "أن اختيار المتعاقدين لقانون أجنبي لا يفيد في حد ذاته دولية العلاقة المطروحة، إذ يستطيع هؤلاء، من الوجهة العملية أن يتفقوا على اختيار قانون أجنبي رغم تركيز كافة عناصر الرابطة العقدية في إطار القانون الداخلي، ولا شك أن مسلك المتعاقدين على هذا النحو يخالف الأعمال الصحيح

(*) قواعد الإسناد هي القواعد التي ترشد القاضي إلى القانون الواجب التطبيق على المراكز القانونية ذات العنصر الأجنبي .

(**) عرف الدكتور أحمد عبد الكريم سلامة قاعدة التنازع بأنها " قاعدة قانونية وضعية ، ذات طبيعة فنية ، تسرى على العلاقات الخاصة الدولية ، فتصطفي أكثر القوانين مناسبة وملئمة لتنظيم تلك العلاقة ، حينما تتعدد القوانين ذات القابلية للتطبيق عليها".
د. أحمد عبد الكريم سلامة. تأملات في ماهية قاعدة التنازع. بحث منشور في المجلة المصرية للقانون الدولي. المجلد ٥١ سنة ١٩٩٥م
تصدرها الجمعية المصرية للقانون الدولي .

لقواعد تنازع القوانين والتي لا شأن لها بروابط القانون الداخلي، خاصة أن مثل هذا المسلك يكشف في الغالب عن رغبة هؤلاء في الإفلات من الأحكام الآمرة في القانون الذي ينتمي إليه العقد، وخلافاً لما أراده مشرعه" (١).

والمسلم به في حال اختيار الأطراف قانوناً أجنبياً يحكم العلاقة التعاقدية بينهما، أن تُعدَّ أحكام ذلك القانون بمثابة الشروط التعاقدية التي لا يجوز أن تكون مخالفة للقواعد الآمرة للقانون الوطني في العقود التي تخلو من أي عنصر أجنبي (٢)، فقانون الإرادة لا يتدخل في هذه الحالة بوصفه قانوناً، وإنما بصفته تعبيراً عن إرادة المتعاقدين (٣).

والملاحظ أن أصحاب هذا المعيار يعتمدون معايير شخصية ومعايير موضوعية لتحديد العقد الدولي. ومن أمثلة المعايير الشخصية اعتمادهم على اختلاف جنسية الأطراف أو مكان إقامة كل منهم حتى ولو كانوا من موطن واحد، وهذا يعني أن اتحاد جنسية الأطراف لا يمنع كونه عقداً دولياً إذ يعتبر هؤلاء العقد دولياً متى كان مكان تنفيذه غير مكان إبرامه، أو إذا تم إبرامه في دولة أخرى خلاف دولة أطرافه.

ويبدو أن اتفاقية لاهاي لسنة ١٩٨٦م، واتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع لسنة ١٩٨٠، والمعروفة باتفاقية فيينا قد أخذتا ببعض هذه المعايير في تحديد دولية العقد حيث نصت المادة الأولى من اتفاقية فيينا على أن تطبق أحكامها على بيع البضائع الذي يتم بين أطراف توجد مراكز أعمالهم في دول مختلفة على أن تكون هذه الدول أطرافاً في المعاهدة أو متى أشارت قواعد القانون الدولي

(١) د. هشام على صادق. القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية. مرجع سابق. ص ٦٢

(٢) وهذا ما قرره معاهدة روما لسنة ١٩٨٠م الخاص بشأن القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية حيث نصت في مادتها الثالثة على أن اختيار المتعاقدين لقانون أجنبي لا يؤدي فيما لو كانت كافة عناصر العقد مركزة في دولة واحدة عند الاختيار المساس بالنصوص الآمرة المقررة في قانون هذه الدولة والتي لا يستطيع الأفراد على الاتفاق على ما يخالفها"

(٣) د. هشام على صادق. تنازع القوانين. مرجع سابق. ص ٦٤٦

الخاص إلى تطبيق قانون دولة متعاقدة^(١)، اختلفت المعايير التي استندت إليها اتفاقية فيينا مع المعايير المعتمدة من قبل أصحاب المعيار التقليدي في عدم اعتدادها بجنسية الأطراف المتعاقدة^(٢).

أما اتفاقية لاهاي ١٩٨٦ فأخذت بمعياري اختلاف مراكز أعمال الأطراف وجنسياتهم في الاعتداد بدولية العقد، فالعبرة في اعتبار دولية العقد في اتفاقية لاهاي أن تكون هناك علاقة عبر الحدود سواء في تكوين العقد أو في تنفيذه.

ومؤيدو هذا المعيار في تحديد دولية العقد انقسموا إلى فريقين حول دور العناصر القانونية في العلاقة التعاقدية في إضفاء الصفة الدولية للعقد. إذ يرى الفريق الأول ضرورة التسوية بين كافة العناصر القانونية للرابطة العقدية بحيث يترتب على تطرق الصفة الأجنبية إلى أي منها اكتساب العقد للطابع الدولي الذي يبرر إخضاعه لأحكام القانون الدولي الخاص^(٣).

بينما يرى الفريق الثاني أن الصفة الدولية للعقد لا تتأتى إلا في حال وجود عنصر أجنبي فعال ومؤثر في العلاقة التعاقدية لإضفاء تلك الصفة عليها، وعلى ذلك إذا تطرقت الصفة الأجنبية لعنصر أجنبي غير فعال أو غير مؤثر إلى العلاقة التعاقدية، فإن ذلك لا يكفي لتوفير الصفة الدولية للعقد عند أصحاب هذا الرأي^(٤).

ونحن نؤيد الفريق الثاني فيما ذهبوا إليه، لأن تطبيق ما ينادي به الفريق الأول على الروابط العقدية الدولية لاسيما على العقود التجارية الدولية سيثير إشكاليات

(١) Article 1/1 This Convention applies to contracts of sale of goods between parties whose places of business are in different States: (a) when the States are Contracting States; or (b) when the rules of private international law lead to the application of the law of a Contracting State. .

(٢) Article 1/3 Neither the nationality of the parties nor the civil or commercial character of the parties or of the contract is to be taken into consideration in determining the application of this Convention A/CONF. ٩٧/١٨ الوثيقة رقم

منشورة الكترونيا على الشبكة الدولية للمعلومات الانترنت على الرابط "

http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/sale_goods/1980CISG.html

(٣) د. هشام على صادق . القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية . مرجع سابق . ص ٧٤ .

(٤) د. هشام على صادق . القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية - مرجع سابق . ص ٧٢ وما بعدها .

عدة، ذلك أن التسوية بين كافة العناصر الأجنبية في العلاقة التعاقدية دون التفرقة بين العنصر الأجنبي الفعال في الروابط العقدية يؤدي إلى تدويل بعض العقود رغم أنها تُعدُّ من العقود الوطنية التي تتركز فيها كافة عناصر العلاقة التعاقدية التي لا تثير مسألة قواعد الإسناد وتنازع القوانين، كأن يقوم أثيوبي مقيم في السودان بالتعاقد مع سوداني لشراء بضائع لمتجره في السودان من إنتاج مصنع سوداني كائن في السودان . فهنا ورغم أن العنصر الأجنبي توفر بتطرقه لأطراف الرابطة العقدية، إلا أنه عنصر غير مؤثر ولا يضيي الطابع الدولي على العقد، ويمكن لهذه العلاقة أن تكتسب الصفة الدولية إذا كان الأثيوبي قد تعاقد في البدء على أن هذه البضائع سيتم تصديرها لبيعها في الأسواق الأثيوبية .

ويرى جانب من الفقه أن الصفة الدولية للعقد يمكن أن تلحق بالرابطة التعاقدية في مرحلة لاحقة لإبرام العقد. مما يجيز للقاضي حينئذ إخضاعها لأحكام تنازع القوانين.⁽¹⁾ كأن يقوم الإثيوبي في المثال السابق بترك السودان قبل تنفيذ العقد ليقيم بدولة أخرى وأرسل له محل التعاقد في مكان إقامته الجديدة.

وعلى ذلك يمكننا القول أن أهم العناصر المؤثرة في عقود المعاملات التجارية وفقاً للمعيار القانوني هو محل إقامة الأطراف إذ أن اختلاف محل إقامتهم يؤدي بالضرورة إلى اتصال العلاقة التعاقدية بأكثر من نظام قانوني، كما أن محل تنفيذ العقد يُعدُّ من العناصر المؤثرة والجوهرية في مسألة تحديد الصفة الدولية للعقد التجاري وفقاً لهذا المعيار.

المعيار الاقتصادي:

هذا المعيار وليد اجتهادات القضاء الفرنسي الذي أقرب بعض القواعد في علاقات التجارة الدولية رغم بطلانها في العلاقات التجارية الداخلية مثل شرط الذهب وشرط

(1) د. هشام على صادق . القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية -مرجع سابق . ص ٨٠ محياناً إلى

Andre Ponsard , la Jurisprudence le la cossation et le droit commercial inter .Melanges Goldman p0245 et s.

التحكيم إذ لا مجال لتطبيق هذه القواعد إلا إذا تعلقت المعاملة بالتجارة الدولية، وعلى هذا فإن العقد التجاري يُعدُّ دولياً في نظر محكمة النقض الفرنسية إذا تعلق بمصالح التجارة الدولية، أي العقد الذي ينطوي على رابطة تتجاوز المعاملات التجارية الداخلية للدولة بحيث يترتب عليها تحرك الأموال بين الدول المختلفة، أو يستتبع حركة مد وجزر للبضائع ورؤوس الأموال عبر حدود دولتين^(١).

وعاب البعض على هذا المعيار كونه معياراً غامضاً يتسم بعدم الوضوح وعدم التحديد، وهو غير قابل للإعمال في الواقع العملي، بل أنكر مناهضو هذا المعيار وصف المعيارية عليه واعتبروه مجرد شرط لتطبيق حلول موضوعية معينة يعرفها القانون الفرنسي كشرط التحكيم وشرط الذهب، ومنهم الدكتور أحمد عبد الكريم سلامة الذي يرى أن هذا المعيار خاص بالقانون الفرنسي ولا يجد سوى صدى ضئيل في الخارج^(٢).

ونحن نرى أن المعيار الاقتصادي له دور فعال في تحديد الصفة الدولية في العلاقات التعاقدية التجارية، إلى جانب المعيار القانوني الموضوعي الذي يرى ضرورة وجود العنصر الأجنبي الفعال لتدويل العلاقة التعاقدية.

والمعيار الاقتصادي لا يتعارض كثيراً في جوهر مضمونه مع المعيار القانوني في شقه المتعلق بدولية العقد بالنظر إلى عنصره الأجنبي الفاعل ذلك أن انتقال الأموال عبر الحدود يؤدي بالضرورة إلى اتصال العلاقة التعاقدية بأكثر من قانون. ومع ذلك فإن تطبيق شروط المعيار القانوني أو المعيار الاقتصادي منفردة^(*) لا يضيء على

(١) د. أبو العلا على أبو العلا النمر. مرجع سابق ص ٢٦ ، د. هشام على صادق . القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية . مرجع سابق . ص ١٠٤ وما بعدها .

(٢) د أحمد عبد الكريم سلامة . علم قاعدة التنازع والاختيار بين الشرائع أصولاً ومنهجاً . مرجع سابق - ص ١٠٩٠ وما بعدها .

(*) مثال العقود التي تكتسب الصفة الدولية وفقاً للمعيار الاقتصادي . ولا تكتسب هذه الصفة وفقاً للمعيار القانوني أن يتعاقد طرفان مقيمان في دولة واحدة ويتفقان على أن يتم تسليم محل العقد في دولة أجنبية . ويثور النزاع قبل تنفيذ العقد ، فرغم أن العلاقة في هذه الفرضية يتصور فيها دولية العلاقة وفقاً للمعيار الاقتصادي الذي يمكن تصوره إلى غاية التعاقد والهدف الذي يسعى إليه المشروع الهائي للمتعاقدين والذي يقتضي تنفيذ العقد بالخارج ، فتكون العلاقة قد مست بذلك بمصالح التجارة الدولية ، ويلاحظ في هذا الفرض أن العلاقة التعاقدية تفقد صفتها الدولية بمنظور المعيار القانوني لخلوها من العنصر الأجنبي .

بعض العقود الصفة الدولية رغم دوليتها وهذا يدعونا إلى القول أن أنسب المعايير الذي يمكن من خلاله تمييز دولية العقد التجاري هو ذلك المعيار الذي اعتمده القضاء الفرنسي الحديث بالجمع بين المعيار القانوني والمعيار الاقتصادي لتحديد الصفة الدولية للعقد التجاري .

المعيار المزدوج: وضع هذا المعيار القضاء الفرنسي الحديث وجاء نتاجاً للتطبيقات القضائية للمعيار الاقتصادي الذي كان وليد الاجتهادات القضائية الفرنسية فيما سبق، ولعل التطبيق كشف عن ثغرات في المعيار الاقتصادي رأت المحاكم تفاديها عن طريق دمج المعيار الاقتصادي والمعيار القانوني عند تصديها للحكم بدولية العقد، ومن أسباب ذلك كما جاء في الحكم الذي أصدرته محكمة استئناف تولوز في ٢٦ أكتوبر ١٩٨٢م أن الجمع بين المعيارين يجسد الصفة الأجنبية للرابطة العقدية على نحو أفضل^(١) ، وعلى هذا النحو لا يكتفي القضاء الفرنسي الحديث عند تقرير دولية عقود المعاملات المالية، بالتحقق من وجود العنصر الأجنبي في الرابطة العقدية الذي يتطلبه المعيار القانوني، وإنما يحرص أيضاً على التأكد من تعلق الأمر بمصالح التجارة الدولية وفقاً لما يقتضيه المعيار الاقتصادي^(٢) .

ونرى أن هذا المعيار المزدوج الذي ابتكره القضاء الفرنسي الحديث هو الأنسب لتحديد الصفة الدولية للعقد التجاري، ذلك أن المعايير المتبعة لتحديد الصفة الدولية للروابط العقدية الأخرى مثل روابط الأحوال الشخصية، وروابط العمل الدولية وغيرها تختلف عن الروابط التجارية التي تمس مصالح التجارة الدولية وتؤدي إلى انتقال رؤوس الأموال من دولة إلى أخرى مما ينبغي معه عدم الاعتداد فقط بوجود العنصر الأجنبي الذي قد يؤدي إلى إثارة مسألة تنازع القوانين دون أن يكون هناك

(١) د. هشام على صادق . القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية . الطبعة المشار إليها سابقاً . ص ١١٦ وما بعدها محيلاً إلى الحكم المنشور في clunet ١٩٨٤م ص ٦٠٣ مع تعليق synvet وإلى استئناف باريس ٩ نوفمبر ١٩٨٤ المنشورة في culent ١٩٨٦ ص ١٠٣٩ مع تعليق . loguin .

(٢) د. هشام على صادق . القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية . مرجع سابق . ص ١١٦ .

مساس بالمصالح التجارية الدولية، ولهذا ينبغي إعمال المعيار الاقتصادي بجانب المعيار القانوني لأن العلاقة في الأساس تمس مصالح التجارة الدولية. وعلى ذلك فإنه ليس هناك تعريف موحد متفق عليه للعقد الدولي وأن الاتفاقيات الدولية التي نظمت بعض مسائل التجارة العالمية لم تعتمد معياراً موحداً لتحديد الصفة الدولية للعقود، وأن المعايير المتبعة لتحديد الصفة الدولية للعقد هو المعيار القانوني والمعيار الاقتصادي والمعيار المزدوج وأن أنسب المعايير لتحديد الصفة الدولية للعقد هو المعيار المزدوج الذي جمع بين المعيارين الاقتصادي والقانوني الذي يعتد بالعنصر الأجنبي الفاعل .

المطلب الثاني

مفهوم العقد التجاري الدولي في فقه المعاملات الإسلامية

عرفت الدولة الإسلامية التجارة الدولية ولم تحظر على رعاياها ولا على نفسها التجارة مع الدول غير الإسلامية ورعاياها، وكان المسلمون يسافرون لغرض التجارة مع الشعوب الأخرى، ولم يحرم على المسلم السفر للتجارة، وأجاز جمهور الفقهاء مبدأ المتاجرة مع الدول غير الإسلامية بصفة عامة، وذلك بإجازتهم للمستأمن بدخول دار الإسلام للتجارة، ومتاجرة المسلمين في دار الحرب.

لم تحظر الدولة الإسلامية التبادل التجاري سواء على مستوى الدولة أو على مستوى الأفراد^(١). بل نجدهم قد رغبوا الناس في التجارة واحترافها. وقيل أن رجلاً سأل رسول الله ﷺ أي كَسْبِ الرجل أَطْيَبُ؟ قال: (عمل الرجل بيده وكلُّ بَيْعٍ مَبْرُورٍ). أي لا غش فيه ولا خيانة^(٢)، كما ورد أن رسول الله ﷺ قال: " ولدرهم حلال من تجارة أفضل من عشرة حلال من غيره"^(٣).

والسفر من أجل التجارة جائز بإذن الله سبحانه وتعالى، لقوله في محكم التنزيل: ﴿لَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَنْ تَبْتَغُوا فَضْلًا مِّن رَّبِّكُمْ﴾^(٤) وقوله ﴿هُوَ الَّذِي جَعَلَ لَكُمُ الْأَرْضَ ذُلُولًا فَامْشُوا فِي مَنَاكِبِهَا وَكُلُوا مِن رِّزْقِهِ وَإِلَيْهِ النُّشُورُ﴾^(٥) بشرط أن يأمن

(١) د. إسماعيل لطفي القطني - اختلاف الدارين وأثره في أحكام المناكحات والمعاملات- الطبعة الثانية ١٩٩٨م -دار السلام للطباعة والنشر القاهرة - ص ٤١٩

(٢) البيهقي: أحمد بن الحسين بن علي بن موسى أبو بكر البيهقي. السنن الكبرى للبيهقي. مكتبة دار البازمكة المكرمة ١٩٩٤. ج ٥ ص ٢٦٣. حققه محمد عبد القادر عطا، الملباري: زين الدين بن عبد العزيز الملباري. بدون رقم وتاريخ طبعة -فتح المعين. دار الفكر بيروت. ج ٣ ص ٣، الانصاري: زكريا بن محمد بن أحمد بن زكريا الأنصاري أبو يحيى - فتح الوهاب بشرح منهج الطلاب الأنصاري- الطبعة الأولى ١٤١٨هـ. دار الكتب العلمية بيروت - ج ١ ص ٢٧١، د. حمد بن حماد بن عبد العزيز الجماد - من فقه السنة دراسة فقهية لبعض الأحاديث في البيوع- الطبعة الأولى ١٤٠٥هـ-مكتبة الدار المدينة المنورة - ص ٩ "و الحديث رواه كل من الحاكم، والبيهقي وأحمد"

(٣) زيد بن علي رضي الله عنه. مسند زيد بن علي- تحقيق أحد علماء الزيدية - بدون سنة طبع -دار الحياة بيروت. كتاب البيع. ص ٢٥٤.

(٤) الآية ١٩٨-سورة البقرة

(٥) الآية ١٥-سورة الملك

التاجر على دينه ويقدر على إظهاره، وله أن يحمل إليهم ما شاء من أمتعة، عدا ما فيه تقوية لهم على المسلمين، وابتغاء الفضل يعني التجارة وهي نعمة من الله بها في سفر الحج فكيف إذا انفردت^(١).

وتنظيماً لمسألة التجارة مع دار الحرب كانت الدولة الإسلامية تضع مراكز مراقبة على الحدود مع الدول الأخرى تسمى المسالح وفي ذلك يقول الإمام أبو يوسف: "وينبغي للإمام أن يكون له مسالح على الموضع الذي ينفذ إلى بلاد أهل الشرك من الطرق فيفتشون من مرَّ بهم من التجار"^(٢) وكان لهذا الاهتمام من قبل خلفاء المسلمين بالتجارة أن احتلت تجارتهم المكانة الأولى في التجارة العالمية، لاسيما في عهد الخلافة العباسية^(٣).

وكما كانت الدولة الإسلامية تسعى لتذليل الصعاب التي قد تواجه قوافل تجارتهم أو أساطيلهم التجارية في البحار وذلك لتسهيل سبل التجارة الدولية، فكانوا يقيمون الآبار والمحطات في طرق القوافل وينشئون المنارات في الثغور ويبنون الأساطيل لحماية السواحل من غارات القراصنة^(٤).

ولعل البعض يتساءل هل يجوز لنا معاملتهم والقوم قد أفسدوا أموالهم بالربا وبدينهم؟ لقد ظنت طائفة من المسلمين أن معاملتهم لا تجوز وذلك لما في أموالهم من هذا الفساد والصحيح جواز معاملتهم مع رباهم، فقد قام الدليل القاطع على ذلك

(١) القرطبي: محمد بن أحمد بن أبي بكر بن فرح القرطبي أبو عبدالله. تفسير القرطبي. حققه أحمد عبد العليم البردوني - الطبعة الثانية ١٣٧٢هـ. دار الشعب القاهرة - ج ٥ ص ٣٥١. رمزي محمد على دراز. فكرة تنازع القوانين في الفقه الإسلامي. طبعة ٢٠٠٤ - دار الجامعة الجديدة للنشر. ص ٢٦٢.

(٢) بي يوسف: يعقوب بن إبراهيم صاحب الإمام أبي حنيفة المتوفى ١٨٢هـ نشره قصي محب الدين الخطيب (معمتمدة على نسخة مخطوطة في الخزانة التيمورية رقم ٦٧٤). الخراج - الطبعة السادسة ١٣٩٧هـ. المطبعة السلفية. مرجع سابق. ص ١٩٠.

(٣) د. حسن إبراهيم حسن - مرجع سابق - ج ٤ ص ٤٠٠ وما بعدها

(٤) ومن أشهر مراكز التجارة أنطاكية على البحر الأبيض المتوسط الغربي وقد حصنها الخليفة العباسي المعتصم، وكذلك الفرما "مفتاح الديار المصرية والإسكندرية والقسطنطينية عاصمة مصر التجارية ومدينة أسوان ومدينة دمياط وعذب على ساحل البحر الأحمر وغيره من المدن والمراكز التجارية" راجع مؤلف الدكتور حسن إبراهيم حسن. تاريخ الإسلام السياسي والديني والثقافي والاجتماعي. الطبعة الأولى ١٩٦٧م. دار إحياء التراث العربي بيروت - ج ٤ ص ٤٠٦ وما بعدها

قرآنا وسنة^(١). قال الله تعالى: ﴿الْيَوْمَ أُحِلَّ لَكُمْ الطَّيِّبَاتُ وَطَعَامُ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ حِلٌّ لَكُمْ وَطَعَامُكُمْ حِلٌّ لَهُمْ﴾^(٢). كما ثبت أن رسول الله ﷺ اشترى من يهودي سلعة لحين ميسرة، وثبت عنه أنه أخذ من يهودي ثلاثين وسقاً من شعير ورهنه درعه^(٣). كما ثبت عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه قال لعاشر تجارتهم " ولوهم بيعها^(*)، وخذوا أنتم من الثمن"^(٤).

قسم فقهاء الشريعة الإسلامية التجار إلى نوعين التاجر المقيم، وهذا إما أن يكون متربصاً "محتكراً" وهو الذي يشتري التجارة وقت رخصها ويدخرها إلى وقت ارتفاع السعر، أو مديراً كالتجار أصحاب الحوانيت، أما النوع الثاني فهو التاجر المسافر وهو الذي يتقلب بالمال بالأسفار وينقله إلى الأمصار^(٥). وهذا يعني أن عقود التجارة في الفقه الإسلامي يمكن تقسيمها إلى عقود تجارية داخلية وهي التي يعقدها التاجر المقيم المتربص أو المدير في إطار معاملاته التجارية داخل دار الإسلام دون تنقل إلى الديار غير الإسلامية، وإلى عقود تجارية يجريها التاجر المسافر بماله إلى دار الحرب أو دار الكفر أو تلك التي يجريها الحربي في دار الإسلام، وهذه يمكن أن نطلق عليها عقود تجارية دولية.

(١) القرطبي: محمد بن أحمد بن أبي بكر بن فرح القرطبي أبو عبدالله. مرجع سابق - ج ٦ ص ١٢.

(٢) الآية ٥ -سورة المائدة

(٣) ابن القيم الجوزية: الشيخ شمس الدين أبي عبدالله محمد بن أبي بكر الشهير بابن القيم الجوزية. أحكام أهل الجزية - حققه د. صبيحي الصالح - الطبعة الرابعة ١٩٩٤م - دار العلم للملايين بيروت. ج ١ ص ٢٩٦.

(*) معنى قول عمر بن الخطاب رضي الله عنه ولوهم بيعها، وخذوا أنتم من الثمن " أن المسلمين كانوا يأخذون من أهل الذمة الخمر والخنازير من جزيتهم وخراج أرضهم بقيمتها، ثم يتولى المسلمون بيعها فأنكره عمر، ثم رخص لهم أن يأخذوا من أثمانها إذا كان أهل الذمة هم المتولون ببيعها لأن الخمر والخنازير مال من أموالهم ولا تكون مالا للمسلمين وقيل هذا عندما قال بلال رضي الله عنه لعمر أن عمالك يأخذون الخمر والخنازير في الخراج -راجع للاستزادة أحكام الجزية لابن القيم مرجع سابق ص ١٦٤ وما بعدها. كما يستشف من هذا جواز تعامل أهل الذمة فيما بينهم فيما هو مباح لهم في دينهم ومحرم في الإسلام مثل الربا وغيره ولذا يكره على المسلم مشاركتهم في التجارة، وأن على من يشاركهم أن يلي هو البيع والشراء خوفاً من أن يراى.

(٤) ابن القيم الجوزية: الشيخ شمس الدين أبي عبدالله محمد بن أبي بكر الشهير بابن القيم الجوزية. أحكام أهل الجزية - مرجع سابق ج ١ ص ١٦٤.

(٥) تفسير القرطبي. ج ٥ ص ١٥١، ابن تيمية الحراني أبو العباس، مرجع سابق - ج ٢٥ ص ٤٥

و يبقى التساؤل هل العقود التي يجريها التاجر المسافر في دار الحرب لها أحكامها الخاصة التي تختلف عن أحكام العقود في الفقه الإسلامي أم تظل نظرية العقد وأحكامها واحدة لا تتغير بمراكز الأفراد والأمكنة ؟ وما هي المعايير التي اتبعها الفقه الإسلامي للتمييز بين العقود الداخلية والعقود الدولية ؟

لم يقر الإسلام للمسلم أن يتعاقد في شيء إلا على ما أحكمه الكتاب والسنة^(١) يقول الله تعالى ﴿يَا أَيُّهَا النَّاسُ كُلُوا مِمَّا فِي الْأَرْضِ حَلَالاً طَيِّباً وَلَا تَتَّبِعُوا خُطُواتِ الشَّيْطَانِ إِنَّهُ لَكُمْ عَدُوٌّ مُبِينٌ﴾^(٢) ، وفي هذه الآية توجيه من الله بأن يتحرى العبد الرزق الطيب وأن ينأى بنفسه عن الخبيث منه وأن لا يتبع خطوات الشيطان في التحليل والتحریم، والبدع والمعاصي. وعلى هذا تبقى نظرية العقد وأحكامها في الفقه الإسلامي، هي الأحكام التي يجب على المسلم مراعاتها في كل تعاقداته ومعاملاته التجارية سواء كان مقيماً أو تاجراً مسافراً، ولا يجب عليه الحياد عن أحكام الفقه الإسلامي الأمرة التي تُعدُّ من قبيل الأوامر التكليفية الدينية.

كما أن أحكام العقود في الفقه الإسلامي هي التي يجب على غير المسلم اتباعها في المعاملات والعقود التجارية التي يجريها في دار الإسلام، لأن أحكام الإسلام تجري عليهم فيما يرجع إلى سائر المعاملات^(٣) حيث يمنع من الربا، ويمنع من كافة ما هو مخالف لأحكام الإسلام سواء كان ذمياً أو مستأمناً، والعلة من ذلك أن هذه الحدود تقام صوناً لدار الإسلام^(٤) هذا فيما يختص بتعامله مع المسلم، أما فيما يختص بتعامله مع من لا يدينون بدين الإسلام فهناك خلاف فيما يطبق عليهم من أحكام سيرد ذكرها في الفصل الثالث من هذا الباب والمخصص للبحث عن القانون الواجب التطبيق على العقود التجارية الدولية.

(١) تفسير القرطبي - ج ٢ ص ٣٤٣ .

(٢) الآية ١٦٨ - سورة البقرة .

(٣) السرخسي: محمد بنابي سهل السرخسي أبي بكر. المبسوط للسرخسي . طبعة ١٤٠٦ - دار المعرفة بيروت . ج ٧ ص ٢٠٠ .

(٤) السرخسي - المرجع السابق . ج ٩ ص ٥٦ وما بعدها .

معيّار تحديد العقد التجاري الدولي في الإسلام

يمكن من خلال الألفاظ التي تم بها ضبط تعريف التاجر المسافر أن نقول إن الفقه الإسلامي أخذ بمعيّار مزدوج لتحديد الصفة الدولية للعقد، أحدهما المعيار الاقتصادي، حيث جاء، كما أسلفنا أن التاجر المسافر هو الذي يتقلب بالمال بالأسفار وينقله إلى الأمصار، وهذا يعني أن المعيار هنا هو انتقال رؤوس الأموال عبر الحدود مع ارتباطها بمصالح التجارة، أي أنها تلك المعاملات التي يقوم بها التاجر المسافر خارج نطاق تجارته الداخلية، أي تجاره خارج حدود موطنه وينطوي عليه تحريك أمواله إلى الأمصار الأخرى، وهو عين ما أخذ به أصحاب المعيار الاقتصادي. وبالضرورة فإن انتقال الأموال إلى خارج الموطن يؤدي إلى اتصال العقد بعنصر أجنبي، ويشترط في ذلك أن يكون مؤثراً في العقد بحيث يثير معه تنازع القوانين بمعناه المعاصر وهذا عين ما أخذ به أصحاب المعيار القانوني، والعنصر الفاعل بالمنظور الإسلامي هو ذلك العنصر الذي يرتبط بالديانة مع الاعتداد بالموطن، حيث إن العلاقة بين متحدي الديانة والملة لا تثير مسألة تنازع القوانين متى ما كان المتعاقدان مسلمين، حيث يجب على المسلمين مراعاة أحكام الإسلام في كل ما يجرونها من معاملات في أي مكان كان، كما أن معاملات الأجنبي الذي يقيم بدار الإسلام لا تثير مسألة التنازع كما سبق وأن بينا. إذ أن وجود الأجنبي بدار الإسلام مرتبط بتعهده بالالتزام بأحكام الإسلام فيما يجريه من معاملات. وهذا يعني أن الفقه الإسلامي اعتمد معياراً مزدوجاً لتحديد الصفة الدولية للعقد، وهو ذات المعيار الذي رجحناه فيما سبق.

ويبقى أن نوضح أن تحديد الصفة الدولية للعقد التجاري في الفقه الإسلامي تنجلي أهميته في تحديد القانون الواجب التطبيق على ما يجريه الذمي أو المستأمن من معاملات في دار الإسلام، أو فيما يتم من معاملات بين المستأمنين^(*) في دار الإسلام،

(*) المستأمن هو كل من يأتي إلى دار الإسلام من الحربين بأمان لأداء غرض أو مهمة سلمية ولأجل مسمى، ومفهوم الحربي في الفقه الإسلامي يقابل مفهوم ومعني الأجنبي في الفقه الدولي الحديث.

أو فيما يجريه المسلم من معاملات في دار الحرب مع الحربيين ، وستتناول ذلك في الفصل الثالث من هذا الباب.

وعلى ذلك فإن الفقه الإسلامي يقبل تقسيم العقود التجارية إلى عقود تجارية دولية وعقود تجارية داخلية كما هو الشأن في الفقه الوضعي وأن المعيار الذي اتبعه في ذلك هو معيار النطاق المكاني لممارسة التجارة، فالتجارة الدولية هي تلك التجارة التي يقوم بها التاجر المسافر الذي يتنقل بماله للتجارة. والتجارة الداخلية هي تلك التجارة التي يقوم بها التاجر في محل إقامته سواء كان محتكراً لها أو غير محتكر. كما يتبين مما سبق أن المعيار الذي يعتمد الفقه الإسلامي في تحديد الصفة الدولية للعقد هو المعيار المزدوج الذي يجمع بين المعيارين الاقتصادي والشرعي "القانوني". ولا خلاف بين الفقهاء المسلمين كما هو الحال عند فقهاء القانون الدولي الخاص في تحديد المعيار الذي يحدد به العقد الدولي.

الباب الأول

المفاوضات في عقود التجارة الدولية

منهنا أدى تطور الحياة الاقتصادية، وظهور الحاجة إلى إيجاد منافذ تسويقية خارج حدود الوطن، وكذلك حاجة الشعوب إلى المنتجات غير المتوفرة لديهم، إلى ظهور المعاملات التجارية عبر الحدود.

ولما كانت العقود التجارية الدولية تتسم بالتعقيد والتشعب، فضلا عن أنها في أغلب الأحيان عقود مركبة ومعقدة فنيا وتقنيا، لقيمتها الاقتصادية الضخمة والتي تحتاج إلى التفاوض للوصول إلى اتفاق مرضٍ لطرفيه خلافا للعقود الوطنية التي تتسم بالبساطة وسرعة الانعقاد، حيث لا يتطلب الأمر في أغلبها سوى تطابق القبول والإيجاب، إلا أن الأمر قد اختلف في هذا العصر نتيجة التحول في أنماط التعامل وآلياته، والذي أدى بدوره إلى تحول منهج دراسة تكوين العقد ومناول التعاقد، بحيث أصبح الاهتمام ينصب في الفترة السابقة للتعاقد باعتبارها البداية الحقيقية لأي تعاقد، وحيث إن هذه المرحلة من حياة العقد لم تشملها أغلب التشريعات بالتنظيم رغم أهميتها وخطورتها، ولعل مرحلة التفاوض هي من أدق مراحل العقد في عقود التجارة الدولية ولها أهميتها باعتبارها اللبنة في التعاقد، وترتسم فيها الملامح العامة لنطاق حقوق والتزامات الأطراف في العقود المراد إبرامها، كما تحدد فيه المسؤولية المترتبة عند الإخلال بها فضلا عن أنها تعد الدرع الواقي لحدوث أي منازعات مستقبلية أو على الأقل تقليلها ذلك أنهم يتفاهمون ويضعون الحلول لكافة المسائل المتوقعة حدوث التنازع حولها، عليه وتفصيلا لما أجملناه سوف نقوم بدراسة هذا الباب وفقا للفصول التالية:

الفصل الأول: المفهوم القانوني للمفاوضات والاتفاقيات الممهدة للتعاقد في عقود التجارة الدولية.

الفصل الثاني: التزامات الأطراف والمسؤولية المترتبة في حال الإخلال بها في مرحلة المفاوضات

الفصل الأول

المفهوم القانوني للمفاوضات والاتفاقيات الممهدة للتعاقد في عقود التجارة الدولية

يبدأ يلعب التفاوض دورا هاما في إبرام العقود لاسيما في العقود التجارية الدولية التي تتصف بالتعقيدات الفنية والقانونية، وتعتبر مرحلة التفاوض أهم مراحل حياة العقد على الإطلاق وأكثرها خطورة إذ هي المرحلة الإعدادية والتحضيرية التي يستعرض فيها أهم ومعظم التزامات وحقوق طرفي العقد. ويعد التفاوض الدرغ الوافي لكافة المشكلات القانونية المحتملة بالنسبة للمخالفات اللاحقة للالتزامات السابق تحديدها في المرحلة، أو ما يتعلق منها بنطاق ونوع المسؤولية على عاتق الطرف الذي بسببه لم ينعقد العقد وتوقفت العلاقات بين الأطراف على هذه المرحلة السابقة على التعاقد.

وفي ضوء ما تقدم سنفصل ما أجملناه في المباحث التالية:

المبحث الأول : مفهوم وخصائص المفاوضات العقدية
المبحث الثاني: أهمية المفاوضات ونطاقها كمرحلة سابقة للتعاقد في عقود
التجارة الدولية

المبحث الأول

مفهوم وخصائص المفاوضات العقدية

نظرا للأهمية القصوى للمفاوضات في مجال التجارة الدولية وضرورة الإدراك والفهم الصحيح لمفهوم التفاوض وطبيعته لدى الممارسين للتجارة العابرة للحدود، كان لزاما علينا الخوض في التعريفات المختلفة للتفاوض للوصول إلى إطار معرفي لمفهومه وطبيعته، وعلى ذلك سوف نتناول هذا المبحث وفقا للمطالب التالية:

المطلب الأول

ماهية التفاوض على العقد التجاري الدولي

يعتبر التعريف حجر الزاوية في البنيان القانوني للمصطلح المراد تعريفه فمن خلال التعريف يمكننا بسهولة أن نحدد الطبيعة القانونية والاهتداء إلى الأحكام الخاصة بالمصطلح المعني بالتعريف. ولكي نستهدي إلى أحكام التفاوض والطبيعة القانونية له، يحسن بنا أن نبدأ بتعريف التفاوض لغة واصطلاحا ومن ثم بعد ذلك نضع تعريفاً نعتمد عليه في دراستنا. **أولاً: المعنى اللغوي للتفاوض:**

تشير قواميس اللغة العربية إلى أن التفاوض أو المفاوضة تستخدم في اللغة لمعنيين أحدهما يدور حول المشاركة والمساواة، يقال تفاوض الشريكان في المال، إذا اشتركا فيه وفوض كل أمره إلى صاحبه، هذا راض بما صنع ذاك وذاك راض بما صنع

هذا، ومنه شركة المفاوضة التي يشترك بها الشريكان في كل شيء يملكانه في أيديهما أو يستفيئان منه بعد^(١).

وأما المعنى الآخر للمفاوضة أو التفاوض فإنه يدور حول المجارة والمحادثة والحوار. وتفاوض القوم في الأمر فاوض فيه بعضهم بعضاً^(٢) وهي على مفاعلة من التفويض وفواضه في أمره أي جراه، وتفاوضوا الحديث أخذوا فيه^(٣)
ثانياً: المعنى الاصطلاحي للتفاوض:

ليس هنالك تعريف محدد للتفاوض متفق عليه بين الفقهاء وإن كانت المحاولات جادة لإرساء تعريف محدد للتفاوض على العقد ومنها التعريفات التالية:
يعرف Kennedy المفاوضات هي عملية تسوية النزاع بين طرفين أو أكثر، حيث يقدم الطرفان أو الأطراف طلباتهم بطريقة تفضي إلى حل وسط مرضٍ للجميع.

Negotiation is a process for solving conflict between two or more parties whereby both or all identify their demands to achieve a mutually acceptable compromise^(٤)

التفاوض هو عملية التوفيق بين وجهات نظر طرفين ومطالبهما المثالية إلى نتائج يمكن تحقيقها

Negotiation is a process of adjusting both parties views their ideal outcomes to an attainable outcome

ويعرف فولر (Fowler) التفاوض بأنه هو عملية تنطوي على التفاعل من خلال طرفين أو أكثر يشعرون بأن لديهم أهدافاً متفاوتة و يسعون إلى استخدام الحوار

(١) أحمد عبد الويس شتا - بحث منشور الكترونياً بعنوان الأصول العامة للعلاقات الدولية في الإسلام وقت السلم على الرابط
http://www.biblioislam.net/Elibrary/arabic/e_text/textCard.asp?page=1&tID=1&ID=8232

(٢) جبران مسعود - مرجع سابق - ص ١٧٣

(٣) معجم لسان العرب لابن منظور باب فوض.

(٤) Kennedy, G, Benson, J & Mcmilan, J,- Managing Negotiation – Hutchinson Business Book, limited – London 1987, p.15

والإقناع لحل الخلافات وتقريب وجهات النظر للوصول إلى حل مقبول ويحقق مصالح الجميع^(١).

وعرفه البعض بأنه يعني العملية التي تتم بين طرفين أو أكثر لإجراء وتداول الآراء لغرض التوصل إلى صيغة اتفاق مقبولة نسبياً لجميع الأطراف حول مسألة معينة. فهو عملية اتصال تبني على المصالح المشتركة للأطراف المشتركة فيه لغرض تحقيق الأهداف بطريقة حضارية سليمة^(٢).

وعرف بأنه موقف تعبيرى حركي قائم، بين طرفين أو أكثر حول قضية من القضايا يتم من خلاله عرض وتبادل وتقريب ومواءمة وتكييف وجهات النظر واستخدام كافة أساليب الإقناع للحفاظ على المصالح القائمة أو الحصول على منفعة جديدة بإجبار الخصم بالقيام بعمل معين أو الامتناع عن عمل معين في إطار علاقة الارتباط بين أطراف العملية التفاوضية تجاه أنفسهم أو تجاه الغير^(٣)، يعاب على هذا التعريف أنه خلط بين التفاوض ومفهوم الإقناع الذي يفرض فيه الطرف القوي إرادته على الطرف الآخر.

وجاء تعريف التفاوض في الموسوعة الدولية للعلوم الاجتماعية أن المفاوضات هي شكل من أشكال التفاعل تحاول فيها الحكومات أو الأفراد أو المنظمات إدارة بعض مصالحهم المتصارعة، أو هو عملية صريحة تتعلق بمشروعات أو مقترحات ومقترحات مضادة^(٤).

(١) Fowler, A., Negotiation: Skills and Strategies – Institute of Personnel Management- London 1990 – p.3.

(٢) أ. سيف عبد العزيز السيف – التفاوض التجاري الإعداد والتنفيذ- الرياض ١٤٢٥هـ - مكتبة الملك فهد – ص ١٥

(٣) محمد طارق – مهارات التفاوض والتعاقد الحديثة في المجالات المختلفة – الإسكندرية ٢٠٠٦ – الدار الجامعية للنشر – ص ٢١

(٤) International Encyclopedia of the social science New York Henry Holt, the Macmillan Company and the free Press, 1977, p.

وعرفه الدكتور أحمد عبد الكريم سلامة بأنه هو التفاوض والمناقشة وتبادل الأفكار والآراء والمساومة بالتفاعل بين الأطراف من أجل الوصول إلى اتفاق معين حول مصلحة أو حل لمشكلة ما: اقتصادية، قانونية، تجارية، سياسية^(١).

ويتضح من خلال التعريفات المذكورة أن المدلول اللغوي للمفاوضة، وما يفترضه من معاني المشاركة ووقوف المتفاوضين على قدم المساواة من حيث الحق في المناورة والمداورة والمجاراة والإقناع، يتطابق مع المدلول الاصطلاحي للتفاوض، من حيث هو نوع من الحوار أو الاتصال الذي يتم بين طرفين أو أكثر، بقصد الوصول إلى اتفاق حول مسائل أو موضوع تخص العلاقات والمصالح المشتركة بين المتفاوضين^(٢) وبعبارة أخرى، فإن التفاوض في معناه الاصطلاحي تعد وسيلة لتبادل وجهات النظر للوصول إلى نتائج مقبولة للطرفين، ولا يشترط أن تكون المسائل المتفق عليها بين الطرفين المتفاوضين هي المطالب المثالية للطرفين بل تكون حلولاً وسطية أو حلولاً توفيقية مقبولة من قبل الطرفين المتفاوضين. بحيث لا يتجاوز الحد الأدنى في التنازلات والتي تتعارض مع المصالح المبتغاة التي لا ينبغي للمفاوض التنازل عنها أو التفريط فيها بأي حال من الأحوال طيلة جولات أو مراحل العملية التفاوضية.

ثالثاً: مفهوم التفاوض في اتفاقية البيع الدولي للبضائع (فيينا ١٩٨٠)^(*) :

لم يرد نص تعريفي للتفاوض في اتفاقية البيع الدولي للبضائع المنعقدة في روما ١٩٨٠م بل لم تنظم مرحلة المفاوضات رغم التفرقة غير المباشرة التي أقامتها بين الدعوة إلى التفاوض وبين الإيجاب في الفقرة الثانية (ب) من المادة ١٦ من الاتفاقية، ورغم أهمية التفاوض في التجارة الدولية إلا أن هذه الاتفاقية لم تتناول التفاوض كمرحلة مستقلة لها أحكامها وقواعدها الخاصة بها أسوة بالمبادئ القانونية الأخرى،

(١) د. أحمد عبد الكريم سلامة - قانون العقد الدولي لمفاوضات العقود الدولية والقانون الواجب التطبيق - مرجع سابق - ص ٦٢

(٢) د. مفيد شهاب، المفاوضات الدولية: علم وفن. في " المفاوضات الدولية " ندوة معهد الدراسات الدبلوماسية - الرياض، ١٤١٣هـ/ ١٩٩٣م، ص ٢١١.

(*) THE UNITED NATIONS CONVENTION ON CONTRACTS FOR THE INTERNATIONAL SALE OF GOODS 1980

واكتفت الاتفاقية بإدماجها عند تعريفها للإيجاب في الفقرة الثانية من المادة (١٤)^(١) والتي تنص على " يعتبر إيجاباً أي عرض لإبرام عقد إذا كان موجهاً إلى شخص أو عدة أشخاص معينين، وكان محددًا بشكل كافٍ وتبين منه اتجاه قصد الموجب إلى الالتزام به في حالة القبول. ويكون العرض محددًا بشكل كافٍ إذا عين البضائع وتضمن صراحة أو ضمناً تحديداً للكمية والتمن أو بيانات يمكن بموجبها تحديدهما"، " ولا يعتبر العرض الذي يوجه إلى شخص أو أشخاص غير معينين إلا دعوة خالي الإيجاب ما لم يكن الشخص الذي صدر عنه العرض قد أبان بوضوح عن اتجاه قصده إلى خلاف ذلك"^(٢).

رابعاً: مفهوم التفاوض في مبادئ معهد روما للعقود التجارية الدولية المعدلة لسنة ٢٠٠٤م^(*).

خلافًا لاتفاقية البيع الدولي للبضائع المعروفة باتفاقية فيينا لسنة ١٩٨٠ فقد تناولت مبادئ العقود التجارية الدولية التي أصدرها معهد روما والمعروفة بمبادئ اليونيدروا لسنة ١٩٩٤ المعدلة في العام ٢٠٠٤م مرحلة التفاوض بشيء من التفصيل في المواد (١٤، ١٣، ١٥)، ولكنها رغم ذلك لم تضع تعريفاً للمفاوضات ليستخلص مفهومها من سياق المعنى العام لتلك المواد.

خامساً: مفهوم التفاوض في الفقه الإسلامي :

على الرغم من أن المدلول اللغوي للتفاوض يطابق المدلول الاصطلاحي لمعنى التفاوض في إحدى معانيه لدى فقهاء القانون، إلا أن الفقهاء في الفقه الإسلامي لم يفرّدوا باباً خاصاً بعنوان التفاوض لصور الاتصالات والمباحثات التي كانت تقوم بها الدولة والجماعات الإسلامية، وإنما درجت المصادر الإسلامية على تتبع وتحليل وقائع

(١) د. وفاء مصطفى محمد عثمان - توازن المصالح في تكوين عقد البيع الدولي للبضائع وفقاً لاتفاقية فيينا للعام - الطبعة الأولى - دار النهضة العربية - القاهرة ٢٠٠٦م - ص ٢٧

(٢) المادة ١٤ من اتفاقية البيع الدولي للبضائع المنعقدة في روما ١٩٨٠ والمعروفة باتفاقية فيينا للبيع الدولي لسلم

(*) UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts 2004

الاتصالات التي كانت تقوم بها الدولة الإسلامية وقت السلم والحرب وفي الجوانب التجارية والعلاقات الدولية تحت أبواب أخرى متفرقة كباب "الصلح مع الأعداء" أو "مباحث الهدنة" أو "دعوة العدو"، إلى غير ذلك من الأبواب والأسماء التي تتفق في طبيعتها ومضمونها مع ما تعارفت عليه الجماعة الدولية فيما بعد من إطلاق لفظ المفاوضات أو التفاوض على كافة صور الاتصال والحوار وتبادل وجهات النظر التي تتم بين الأطراف المختلفة، بقصد التوصل إلى اتفاق بما يخدم مصالحها المشتركة وينظم علاقاتها المتبادلة.

وإذا كان مصطلح المفاوضات لم يرد في القرآن الكريم والسنة النبوية بالمعنى المعروف والمستخدم حالياً، إلا أن الشريعة الإسلامية عرفت مفهوم المفاوضات بالمعنى الدقيق والسليم، فقد عبر عن المفاوضات في القرآن والسنة النبوية بالحوار والمباهلة.^(١)

تعريفنا للتفاوض التجاري الدولي :

ونرى أنه لا بد من إيجاد تعريف خاص للتفاوض في التجارة الدولية لأغراض هذا البحث وعلى ذلك يمكننا القول بأن المفاوضات في التجارة الدولية تعني "تبادل وجهات النظر في مسألة تجارية بين طرفين أو أكثر بقصد الوصول إلى اتفاق مشترك يخدم مصلحة الأطراف وينتج عنه انتقال رؤوس الأموال والبضائع والخدمات من دولة إلى أخرى"

وما دام الأمر كذلك، فيخرج من مفهوم المفاوضات التجارية الدولية وفقاً لتعريفنا الجدل (Argument) الذي يعني تمسك المتفاوضين كل برأيه اعتقاداً منهما بصحته دون الإنصات للطرف الآخر، وعدم مقدرة أي من الطرفين إقناع الآخر بالرأي الذي يتبناه، الأمر الذي يخالف مفهوم التفاوض الذي ينطوي على الإقناع والحث على تقبل وجهات النظر المخالفة للوصول إلى اتفاق وسط أو تقبل الرأي المخالف وتبنيه .

(١) د. سهيل حسين الفتلاوي - فن المفاوضات عند النبي محمد ﷺ - الطبعة الأولى ٢٠٠١م - دار الفكر العربي بيروت - ص ١٣

كما يخرج من مفهوم التفاوض وفقا لتعريفنا المناقشة (Discussion) بمفهومها المتعارف عليه والتي لا تهدف بها التوصل إلى اتفاق مع الآخرين كما أن المناقشة تكون غير فعالة في إقناع وحث الآخر بتقبل الرأي الآخر، أي أنه مجرد أسلوب لمعرفة وجهات النظر المختلفة حول قضية معينة، أما التفاوض فإنه لا بد وأن يكون له هدف ولذلك فإن المناقشة هي أحد مظاهره.

مناقشة: التفاوض بصفة عامة هو نوع من المناقشة والحوار يتم بين الأطراف المتفاوضة وكذلك تبادل الاقتراحات والمساومات والمكاتبات والتقارير والدراسات الفنية بما في ذلك الاستشارات القانونية التي يتبادلها أطراف التفاوض ليكون كل منهما على بينة من أفضل الأشكال القانونية التي تحقق المصلحة وللتعرف على ما يسفر عنه الاتفاق من حقوق والتزامات لطرفيه^(١).

ويتسع مفهوم المفاوضات ليشمل خطابات النوايا والمقترحات الأولية التي يبديها أحد الطرفين كإعلان الرغبة في التعاقد ولو لم يصل إلى حد الإيجاب الكامل والمقترحات المضادة التي يتقدم بها الطرف الآخر والمناقشات التي تدور سواء كانت شفوية أم مكتوبة وسواء تمت مباشرة أو بالاستعانة بأحد بيوت الخبرة المتخصصة وكذلك شتى المعلومات والدراسات الفنية والاقتصادية والقانونية المتبادلة بين الطرفين شريطة أن يتم ذلك بقصد التوصل إلى اتفاق وبمعنى أدق التوصل إلى أفضل إطار عقدي لصياغة علاقاتهما وتحديد حقوق والتزامات كل منهما.

وعدم استخدام كلمة المفاوضات في الشريعة الإسلامية لا يعني عدم إجازة الشريعة للمفاوضات عند التعاقد حيث إن الفقه الإسلامي لا يأبى التجديد حتى في طريقة العرض والمصطلحات المستخدمة طالما لا يخدش معنى المصطلح الحياء العام، ورغم عدم استخدام المصطلح في الفقه الإسلامي إلا أن الإسلام عرف مفهومها الإنساني والأخلاقي طبقا لقواعد ثابتة.

(١) د. أبو العلاء على أبو العلاء النمر - مفاوضات عقود التجارة الدولية - الطبعة الأولى ٢٠٠٢م - دار النهضة العربية بالقاهرة - ص ٢٢

وبعد أن تم تناول مفهوم التفاوض اصطلاحاً فلا بد من استعراض مجموعة الملامح والخصائص العامة التي تميز التفاوض عن غيره من المفاهيم وذلك في المطالب التالية

المطلب الثاني

التمييز بين مفهوم التفاوض والمفاهيم المشابهة له

يتميز التفاوض بخصائصه عن باقي المفاهيم المشابهة له والتي قد تكون جزءاً من التفاوض أو تتكامل معه وقد تختلف معه. ويهدف من وراء هذا التمييز تحديد نطاق التفاوض على العقد والدور الحقيقي الذي يلعبه في مجال العقود التجارية الدولية.

أولاً: التمييز بين التفاوض على العقد والمساومة:

كثيراً ما يحدث لبس بين التفاوض (Negotiation) والمساومة (Bargaining) حيث يعتقد الكثيرون من رجال الأعمال أن المساومة تعني التفاوض والصحيح أن مصطلح التفاوض يختلف كثيراً عن المساومة، الأمر الذي يستوجب ضرورة توضيح معنى المساومة وتوضيح مجالات التشابه والاختلاف بين المفهومين، فثمة فارق بين المصطلحين، إذ أن مصطلح التفاوض أشمل معنى من مصطلح المساومة التي تعني تبادل المقترحات بشأن شروط الاتفاق حول مسائل معينة أو حول شروط الاتفاق في مسألة ما^(١) وهذا يعني أن المساومة ترد على أحد عناصر العقد أو أحد الشروط وغالباً ما ترد المساومة على عنصر الثمن أو المقابل المادي ولا تتناول باقي العناصر الأخرى^(٢).

ويعتبر البعض المساومة نشاطاً من جانب واحد، يقوم به أحد الطرفين أثناء التفاوض على العقد، بهدف الضغط على الطرف الآخر للحصول منه على تخفيض أو زيادة في الثمن أو في المقابل، كما تتعلق المساومة عادة بالتبادل أي إنجاز أو كسب

(١) محمد طارق - مرجع سابق - ص ٢٠

(٢) د. رجب كريم عبداللاه - مرجع سابق - ص ١١٥

شيء في مقابل تقديم أو التنازل عن شيء، ولذلك فإن القاعدة الوحيدة والأساسية للمساومة هي أن كل اقتراح يتم في مقابل تنازل معين فهي عملية مشروطة يتم التنازل فيها بمقابل^(١).

والأصل أن المساومة تحدث أثناء التفاوض على العقد وهي تلعب دورا رئيسيا وفعالا في إطار التفاوض على العقد، حيث إنها تعد من أقدم وأكثر التكتيكات التفاوضية استخداما ولهذا فإن التفاوض عملية أكثر شمولية من المساومة ويمكن اعتبارها جزءاً من التفاوض^(٢).

والمساومة لا تعني المفاوضة، وهي تمثل مجرد جزء في التفاوض يستخدم كأحد الاستراتيجيات أو التكتيكات أثناء مرحلة التفاوض، ويسعى إليه الأطراف في مواقف معينة أو في حال عدم حرص طرفي التفاوض لاعتبارات العلاقات المستقبلية.

وعلى ضوء ما ذكره يمكننا القول أن وجه الشبه بين المصطلحين يتمثل فقط في أن المصطلحين يعتبران مهيئين للتعاقد النهائي مع الاختلاف من عدة وجوه يمكن حصرها بإيجاز في أن التفاوض في الغالب يكون من جانب واحد وهي تنطوي على اهتمامات متعارضة بخلاف التفاوض الذي يكون عملاً ثنائياً على الأقل وينطوي على اهتمامات عامة مشتركة، كما أن المساومة يمكن أن نطلق عليها أنها عملية تنافسية بينما التفاوض عملية تعاونية، ومن ناحية الارتكاز نرى أن المساومة ترتكز على القوة بينما التفاوض يرتكز على الثقة والمعلومات، ومن أهم أوجه الخلاف أن المساومة ترد على عنصر واحد هو عنصر المقابل المادي بينما يكون التفاوض على كافة عناصر العقد.

(١) د. ثابت عبد الرحمن إدريس - مرجع سابق - ص ٧٢

(٢) د. منيرة أحمد عبدالله البشاري - مرجع سابق - ص ١٩٩

ثانياً: التمييز بين التفاوض على العقد والإعلام:

يتميز التفاوض على العقد عن الإعلام الذي يعني إحاطة الطرف الآخر علماً بالمعلومات التي لا يستطيع الوصول إليها من طريق آخر والتي قد تؤثر في قراره بقبول التعاقد بصفات شيء معين بغية تنوير إرادته قبل اتخاذ قراراً بشأنه^(١)، ذلك أن التفاوض لا يقف عند حد الإعلام الذي يعد التزاماً من الالتزامات الملقاة على عاتق الأطراف نتيجة الدخول في التفاوض، وعلى ذلك فثمة فارق كبير بين الفكرتين وأهمية الإعلام تبرز بوجه خاص في المعاملات الخاصة الدولية، ذلك أن التعامل وعقد الصفقات يتم على ضوء ما يتوفر لدى المتعاملين من بيانات ومعلومات دون اشتراط المعرفة السابقة، لذا يشترط الإعلام في غالب الأحيان لتوفير الثقة في التعامل بل في أحيان كثيرة يتم إبرام اتفاق يقضي بالإعلام ويتنوع الإعلام فهو إما أن يكون اختيارياً يقوم به الشخص بمحض إرادته دون أن يلزمه بذلك عقد أو قانون، وإما أن يكون إلزامياً يفرضه القانون أو العقد وهو ما يعبر عنه بالالتزام بالإعلام^(٢) وسوف نتناول ذلك بشيء من التفصيل عند تناول الالتزامات التفاوضية فيما بعد.

ثالثاً: التمييز بين الدعوة للتفاوض والدعوة للتعاقد:

تبدأ المفاوضات دائماً بدعوة من طرف لآخر يعبر فيه عن رغبته في التفاوض بشأن عقد معين تمهيداً لإبرامه في المستقبل، ولمن وجه له الدعوة حق القبول أو الرفض وفقاً لمبدأ سلطان الإرادة، فالقاعدة أن الدعوة إلى التفاوض لا ترتب التزاماً حقيقياً على عاتق أي من الطرفين، فهي لا تلزم صاحبها بالبدء في المفاوضات ولا تلزم الآخر بقبول التفاوض.

(١) د . محمد إبراهيم دسوقي - الجوانب القانونية في إدارة المفاوضات وإبرام العقود- الطبعة الأولى ١٤١٥هـ - مطبعة معهد الإدارة العامة بالرياض -ص ٧٥

(٢) د . رجب كريم عبداللاه - مرجع سابق - ص ١٢١

والدعوة إلى التفاوض كما توجه إلى أفراد معينين يمكن أن توجه إلى الجمهور يعبر بها الموجب عن رغبته في التفاوض على عقد معين تمهيدا لإبرامه في المستقبل دون أن يضمن عقده هذا الشروط الجوهرية للعقد المراد إبرامه ودون أن يعلن عن إرادته الباتة والنهائية في إبرام هذا العقد^(١).

وعلى ذلك فإن الدعوة إلى التفاوض تتضمن فقط اقتراحا بالدخول في المفاوضات بشأن عقد معين دون أن تشمل الدعوة لكافة عناصر العقد مما يكون معه عدم اعتبارها إيجابا بالتعاقد بل مجرد إيجاب بالتفاوض لا تتضمن إرادة نهائية بالتعاقد وعلى ذلك يكون للموجب للتفاوض حق رفض التعاقد مع من يستجيب لدعوته دون أن يتحمل المسؤولية عن هذا الرفض ما لم تتوافر في حقه أركان المسؤولية التقصيرية، ذلك أن الدعوة للتفاوض الغرض منها إتاحة الفرصة للموجه لهم الإيجاب للتفاوض التفكير في الدخول للتفاوض وإجراء المشاورات المبدئية.

ومن هنا يتضح لنا أن الاستجابة لدعوة التفاوض لا يكون قبولا للتعاقد إنما قبولا للإيجاب بالتفاوض يؤدي إلى نشوء اتفاق على التفاوض بين الطرفين وهذا الاتفاق كما بينا لا يلزم الطرفين بإبرام العقد محل التفاوض في الحال وإنما يلزمهما بإبداء حسن النية في التفاوض.

والإيجاب بالتفاوض قد يكون صريحا حين يعبر الموجب للتفاوض عن رغبته بشكل صريح بحيث لا يلتبس الأمر على من وجه إليه الإيجاب أن المقصود بالإيجاب الدعوة إلى التفاوض وليس الإيجاب بالتعاقد. كما قد يكون الإيجاب ضمنيا إذا كان الداعي إلى التفاوض لم يعلن عن نيته في التفاوض بشأن العقد ولكن هذه النية استخلصت ضمنا من الظروف المحيطة بالدعوة^(٢).

(١) د. عبد العزيز المرسي حمود - الجوانب القانونية لمرحلة التفاوض ذو الطابع التعاقدية - الطبعة الأولى ٢٠٠٥ - دون دار النشر - ص ٢٠

(٢) د. عبد العزيز المرسي حمود - مرجع سابق - ص ٢٢

أما الدعوة إلى التعاقد: فهو أن يوجه شخص عرضاً بإبرام عقد معين إلى شخص آخر أو إلى أفراد الجمهور مضمناً عرضه بعضاً من العناصر الجوهرية للعقد المراد إبرامه، وتضمن العرض العناصر الجوهرية هو الذي يميز الدعوة إلى التعاقد عن الدعوة إلى التفاوض.

وعلى ضوء ما ذكره يمكننا القول أن وجه الشبه بين المصطلحين يتمثل في أن كليهما يعد ممهداً للإيجاب كخطوة نحو التعاقد النهائي، وفي أنهما لا يرتبان المسؤولية على الأطراف ولا يلزمان الأطراف بالوفاء فلهما الحق بالتراجع دون أدنى مسؤولية تعاقدية ما لم تتوفر بحقه مسؤولية تقصيرية.

ويتباين المصطلحان في الهدف الحقيقي لكليهما فالموجب بالتفاوض تتجه إرادته إلى الدخول في المفاوضات لمناقشة شروط العقد سعياً للتوصل إلى اتفاق مرضٍ للطرفين، أما الدعوة إلى التعاقد فلا يقصد التفاوض بل يقصد التعاقد الفوري بحيث لا يملك الموجه له الإيجاب سوى القبول أو الرفض للإيجاب الصادر له.

رابعاً: المفاوضات والوعد بالتعاقد:

الوعد بالتعاقد اتفاق يعد بموجبه كلا المتعاقدين أو أحدهما بإبرام عقد معين في المستقبل، وهو بذلك يعد عقداً تمهيدياً لإبرام عقد آخر هو العقد الموعود به، فهو عقد ملزم للواعد وقد يكون ملزماً للجانبين فيكون كل من طرفي عقد الوعد ملتزماً في الوقت ذاته بإبرام العقد النهائي في خلال مدة معينة^(١) ويعتبر الوعد بالتعاقد مرحلة تعلق على مرحلة التفاوض^(٢).

(١) د. جمال فاخر النكاس - العقود والاتفاقيات الممهدة للتعاقد وأهمية التفرقة بين العقد والاتفاق في المرحلة السابقة على التعاقد - بحث منشور بمجلة الحقوق - تصدرها جامعة الكويت - مجلس النشر العلمي - العدد الأول - السنة العشرون - مارس ١٩٩٦م - ص ١٤٥

(٢) د. محمد الشيخ عمر - قانون المعاملات المدنية لسنة ١٩٨٤-٢٠٠٤م مصادر وأحكام الالتزام - بدون دار نشر الخرطوم - ص ٧٧.

والذي يفرق بين الوعد بالتعاقد الملزم لجانب واحد، والوعد بالتعاقد الملزم للجانبين، هو أن العقد النهائي لا يتوقف قيامه في العقد الملزم للجانبين على إبداء الموعود رغبته في ذلك، بل يقوم بحلول الموعد المتفق عليه^(١).

والوعد بالتعاقد باعتباره عقدا تمهيديا على النحو السابق، يتطلب لانعقاده تلاقي تعبيرين عن إرادتين متطابقتين موضوعهما هو التواعد على العقد الأصلي بإبرامه في المستقبل. ولذلك وجب لانعقاد الوعد أن يتضمن العناصر الجوهرية للعقد المراد إبرامه في المستقبل، أما المسائل غير الجوهرية، فلا يلزم الاتفاق عليها لانعقاد الوعد، طالما لم يعلق الطرفان انعقاد العقد الموعود به على الاتفاق على هذه المسائل في وقت لاحق، كما هو الشأن في انعقاد العقود بصفة عامة^(٢).

ويشترط المشرع السوداني للاعتداد بالوعد بالتعاقد تعيين المدة التي يجب إبرام العقد الموعود به فيها، وكذلك مراعاة الشكل إذا اشترط القانون لتمام العقد استيفاء شكل معين^(*) ومقتضى ذلك أن عدم تحديد المدة والشكل في حال اشترط القانون لذلك يجعل العقد غير منعقد على الرغم من تحديد المسائل الجوهرية للعقد الموعود به، وإذا ما انعقد الوعد بالتعاقد على النحو الذي يتطلب القانون أصبح الواعد ملزما بما وعد به إذا ما عبر الموعود عن إرادته في ذلك.

وتبرز أهمية الوعد بالتعاقد في التجارة الدولية بوجه خاص في عقود البيع والتوريد للمصانع وفي التأجير التمويلي وخلافه من العقود المعقدة^(٣).

التكليف الشرعي للوعد بالتعاقد في الفقه الإسلامي: عرف الوعد بالتعاقد في الفقه الإسلامي بأنه هو الإخبار عن إنشاء المخبر التزاما في المستقبل فالفارق بين الوعد

(١) د. محمد إبراهيم دسوقي - مرجع سابق ١١٦

(٢) د. مصطفى محمد جمال - مرجع سابق - ص ١١٥

(*) المادة (٤٦) من قانون المعاملات المدني السوداني لسنة ١٩٨٤

(٣) د. أحمد شرف الدين - أصول الصياغة القانونية للعقود - تصميم العقد - طبعة ١٩٩٣م - مطبعة أبناء وهبة حسان بالقاهرة - ص

والعقد من حيث المعنى أن العقد يتضمن إنشاء التزام في الحال والوعد في المستقبل^(١).

ومن حيث الحكم في الشريعة الإسلامية فإن الوعد بالتعاقد لدى جمهور الفقهاء يستحب الوفاء به، ومن ثم اختلف الفقهاء فيما وراء ذلك إلى ثلاثة مذاهب هي :

أولاً: مذهب الشافعية والحنابلة: يرى أصحاب هذا المذهب أن الوفاء بالوعد غير واجب مادام لم يعزم على عدم الوفاء حين الوعد بأن وعد وهو يريد الوفاء ثم عرض له ما منعه من الوفاء، ولا يجبر الواعد لدى أصحاب هذا الرأي على الوفاء بوعده قضاءً وإنما هو مخير بين أن يفي بوعده وبين ألا يفي به^(٢).

ثانياً: مذهب الحنفية: يرى أصحاب هذا الرأي أن الواعد لا يلزم بالوفاء بوعده إلا في حالة واحدة هو صدور وعده معلقاً على شرط منعا للتغريب بالموعد، أما إذا كان الوعد وعداً مجرداً أي غير مقترن بصورة من صور التعليق فلا يكون ملزماً، ولقد تبنت مجلة الأحكام العدلية هذا الرأي ونصت عليه في المادة ٨٤ بقولها المواعيد بصورة التعاليق تكون لازمة، لأنه يظهر فيها حينئذ معنى الالتزام والتعهد^(٣).

ثالثاً: مذهب ابن شبرمة^(*) وبعض المالكية: وهؤلاء يرون أن الوعد بالتعاقد كله لازم ويقضى به قضاءً ويجبر الواعد على تنفيذ وعده^(٤).

(١) د.عبد الحق حميش و د.الحسين شواط، فقه العقود المالية، الطبعة الأولى ٢٠٠١ م، دار البيارق للطباعة والنشر والتوزيع بالأردن - ص

(٢) د. عدنان خالد التركماني - مرجع سابق - ص ٢٣ وما بعدها

(٣) علي حيدر - مرجع سابق - ص ٨٧

(*) هو عبدالله بن شبرمة الضبي الكوفي

(٤) د.عبد الحق حميش و د.الحسين شواط - مرجع سابق - ص ٢٢

رابعاً: المذهب الراجح لدى المالكية: ويرون أنه يجب على الواعد الوفاء بوعده إذا كان هذا الوعد مبنيًا على سبب وشرع الموعود في الدخول في هذا السبب فعلاً بناءً على هذا الوعد وأن يجبر بالوفاء به قضاءً إلا إذا وجد ما يمنع من الوفاء كموت الواعد أو إفلاسه^(١).

ونرى أن رأي الراجح لدى المالكية هو الرأي الراجح لدي ذلك أن الوعد ما لم يقابله قبول وتراضٍ سواء كان ذلك صراحةً أو ضمناً، وما لم يشرع الموعود بالدخول في التعاقد لا يجب أن يلزم به الواعد، وعلة ذلك أن الوعد بالتعاقد لا بد أن يتم بتطابق إرادتين.

وعلى ذلك فإن الوعد بالتعاقد يتشابه مع المفاوضة في أنهما يمثلان إجراءً مرحلياً يسبق ويمهد لعقد مستقبلي، إذ أن المفاوضات تمثل سلسلة المناقشات والمباحثات التي تتم بقصد التمهيد للعقد المراد إبرامه، والوعد بالتعاقد وإن كان يختلف من حيث الطبيعة والقيمة القانونية إلا أنه في الواقع يعد عقداً تمهيدياً لإبرام عقد مستقبلي هو العقد الموعود به.

ويختلف الوعد بالتعاقد عن المفاوضات من حيث الطبيعة القانونية والأثر القانوني لكل منهما، فكما بينا الوعد بالتعاقد تنشأ عنه رابطة عقدية وهي ملزمة للواعد أو لطرفيه حسب الحالة ويقضى به قضاءً ويجبر الطرفان على تنفيذه متى ما استوفيت متطلباته، في حين أن المفاوضة لا تنشئ رابطة عقدية وهي غير ملزمة لطرفيها ولا ترتب أي آثار ما لم تتوافر في حق أحد الطرفين أركان المسؤولية التقصيرية والتي سنوردها لاحقاً.

(١) د. عدنان خالد التركماني - مرجع سابق - ص ٢٤ وما بعدها

المطلب الثالث

الخصائص القانونية للمفاوضات في عقود التجارة الدولية

نظراً لأهمية التفاوض في عقود التجارة الدولية فإنه يتميز بخصائص هامة تجعل منه فكرة قانونية مستقلة وقائمة بذاتها، وفيما يلي نستعرض هذه الخصائص بإيجاز غير مخل :

الخاصية الأولى: التفاوض مرحلة تمهيدية للتعاقد: التفاوض على العقد مرحلة تحضيرية، حيث بمقتضاه تبدأ مسيرة تبادل وجهات النظر وتنظيم علاقات الأطراف المتفاوضة تمهيداً لإبرام العقد النهائي، وكلما توصل المتفاوضان إلى اتفاق حول مسألة مطروحة على طاولة المفاوضات فإن الغالب أن الأطراف يقومون بإفراغها في اتفاق مرحلي ومن ثم مواصلة التفاوض بغية الوصول إلى اتفاق على باقي المسائل المطروحة للتفاوض، وبذلك يتحرك المتفاوضون في اتجاه إبرام العقد خطوة بخطوة ومرحلة تلو أخرى وتبرم عدة اتفاقيات تمهيدية لاسيما في العقود ذات القيمة القانونية الضخمة أو ذات الطبيعة الفنية المعقدة ولهذه المستندات مسميات مختلفة مثل بروتوكول (Protocol) أو مذكرة التفاهم (Memorandum) أو خطاب نوايا (Letter of intents) لحين انعقاد العقد والتوقيع عليه من قبل المتفاوضين وعندئذ ينعقد العقد نهائياً.

الخاصية الثانية: التفاوض على العقد له نتيجة احتمالية: التفاوض عملية

احتمالية معقدة وتتأثر بهيكل العلاقات الاجتماعية وعادات وتقاليد ولغة الأطراف المتفاوضة وكذلك بشكل التفاعل "Interaction" بين هذه الأطراف^(١)، أي أن النتيجة النهائية للأطراف هي نتيجة احتمالية قد تتحقق وقد لا تتحقق فليس كل تفاوض يؤدي أكله بل قد ينتهي التفاوض إلى لا شيء.

والنتيجة الاحتمالية للتفاوض نتاج طبيعي لمبدأ حرية التعاقد الذي يظل فيه المتفاوض متمتعاً بكامل حريته في التفاوض من حيث الاستمرار فيه من عدمه ومن حيث ضرورة التوصل إلى اتفاق من عدمه، والمتفاوض لا يقدم على إبرام العقد ما لم تتبلور نقاطه الجوهرية بشكل يحقق ما يصبو إليه في حده الأدنى، وهذا يعني أن إرادة المتفاوض لا تكون باتة ونهائية طوال مراحل التفاوض، ورغمما عن هذا المبدأ فإن البعض يرى أن هذه الحرية ترد عليها بعض القيود تقتضيها المصلحة العامة والنظام العام سنوردها في حينها عند تناول المسؤولية في قطع المفاوضات وعلى ذلك فإن التفاوض على العقد تكون ذا نتيجة احتمالية.

وبالرغم من أن نتيجة التفاوض على العقد دائماً نتيجة احتمالية، إلا أن الاتفاق على التفاوض لا يعتبر من عقود الغرر أو العقود الاحتمالية، أي العقود التي يكون أحد الالتزامات فيها متوقفاً في وجوده أو مقداره على أمر غير محقق الوقوع أو غير محدد وقت وقوعه^(١).

وعلى ذلك فإن التفاوض على العقد لا يلزم الطرفين بإبرام العقد النهائي وكل ما هنالك أنه يوجب على المتفاوضين مراعاة حسن النية في التفاوض والالتزام بمراعاة ما يوجبه التفاوض من التزامات مثل الالتزام بالإعلام والالتزام بالمحافظة على الأسرار وغيرها من الالتزامات التي سنتناولها بشيء من التفصيل لاحقاً.

(١) د. ثابت عبد الرحمن إدريس - التفاوض "استراتيجيات وتكتيكات ومهارات تطبيقية - الطبعة الأولى ٢٠٠٥م - الدار الجامعية بالإسكندرية - ص ٤٤

(١) د. رجب كريم عبد اللاه - مرجع سابق - ص ٧٠

الخاصية الثالثة: التفاوض على العقود يتم بين طرفين أو أكثر : التفاوض يجب أن يتم بين طرفين أو أطراف متعددة الأطراف، ولا يتصور حدوث تفاوض من جانب واحد. فالتفاوض على العقد لا يتحقق إلا بحدوث نوع من الاتصال بين شخصين أو أكثر، وذلك إما بالنقاش والحوار المباشر، وإما بطريق المراسلة، ذلك أن التفاوض يقوم في الأساس على التفاعل والتعاون والمشاركة للوصول إلى اتفاق وهذا لا يتصور حدوثه بدهاءة من شخص واحد ولا يقدر في ذلك إمكانية تعاقد الشخص مع نفسه^(١)، إذ أن جوهر التفاوض يكمن في الحوار وتبادل وجهات النظر المختلفة للوصول إلى اتفاق يحفظ للطرفين مصالحهما في حدهما الأدنى على أقل تقدير تتوثق به عرى العقد وهذا ما لا يمكن تصوره من جانب واحد.

الخاصية الرابعة: التفاوض على العقد يتم باتفاق أطرافه: من أهم مميزات التفاوض أنه يتم باتفاق الأطراف سواء كان ذلك الاتفاق كتابيا أو شفويا ولا يتصور حدوث تفاوض دون اتفاق مسبق، والواقع أن التفاوض يتم بمقتضى اتفاق سابق بين أطرافه بغرض إبرام عقد يوافقان عليه من حيث المبدأ^(٢).

ويدلّ الواقع العملي على 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 اتفاق سابق بين أطرافه.

الخاصية الخامسة: التفاوض مؤسس على المساواة في المراكز القانونية بين الأطراف المتفاوضة:

(١) د. رجب كريم عبد اللاه - مرجع سابق - ص ٦٥

(٢) د. رجب كريم عبد اللاه - مرجع سابق - ص ٦٧

الاعتراف بتساوي الطرفين في مراكزهم القانونية عند التفاوض يعطي مجالاً للحوار والنقاش الهادف والذي يؤدي إلى تحقيق النتائج المرجوة من التفاوض^(٣).
ويجب 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^(١) وهو مبدأ معترف به في أوساط العاملين في مجال التجارة الدولية.

الخاصية السادسة : مؤسس على الحرية في التفاوض: تنسم 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 أيضاً حرية الاستمرار فيها أو الانسحاب 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 لاتجاهات الأطراف المتفاوضة أن تتغير ذلك التغير الذي يؤدي إلى اتفاق يتم التوصل إليه بروح تعاونية ويترتب عليه الالتزام بتنفيذ كل بنود الاتفاقية التفاوضية^(٢). هذا ولقد أقرت مبادئ اليونيدروا^(*) مبدأ حرية التعاقد إذ نصت على أنه يتمتع المتعاقدان بالحرية في التعاقد وفي تحديد أحكامه^(٣).

(٣) محمد طارق - مهارات التفاوض والتعاقد الحديثة في المجالات المختلفة - الطبعة الأولى ٢٠٠٦ - الدار الجامعية بالإسكندرية - ص ٣٥
(١) د. منيرة أحمد عبدالله البشاري - فض منازعات التجارة الدولية دراسة لمبدأ التفاوض في إطار منظمة التجارة العالمية - الطبعة الأولى ٢٠٠٣ - شركة ناس للطباعة بالقاهرة - ص ١٩٤

(٢) محمد طارق - مرجع سابق - ص ٣٥

(*) مبادئ اليونيدروا هي المبادئ الصادرة عن المعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص روما ١٩٩٤ والمعدلة في العام ٢٠٠٤ والمعروفة بمبادئ العقود التجارية الدولية

(٣) المادة (١-١) من مبادئ العقود التجارية الدولية لعام ٢٠٠٤ ونصها الانجليزي

(The parties are free to enter into a contract and to determine its content)

الخاصية السابعة: التفاوض على العقد يقوم على المبادلة والأخذ والعطاء: من أهم ما يميز التفاوض أنه يقوم على التبادل والأخذ والعطاء وهي الآلية التي يتم بها تقريب وجهات النظر المختلفة للأطراف المتفاوضة وذلك عن طريق تبادل العروض والمقترحات، وعبر التفاوض يتم تعديل الشروط، وتقديم التنازلات إلى حين تحقيق نوع من التوازن بين مصالح الأطراف المتفاوضة^(١)، وبالطبع فإن عدم قابلية الأطراف المتفاوضة لتبادل وجهات النظر وعدم استعدادهم لتقديم تنازلات يعني عدم وجود تفاوض، والحقيقة أن مجرد قبول الدخول في التفاوض بشأن العقد يعني أن كل طرف على استعداد تام لمناقشة شروط العقد والتعديل فيها والتنازل عن بعض المطالب بحيث لا يتعدى الحد الأدنى لمصالح أطرافه وبذلك يكون أطرافه قد ساهموا سوياً في تكوينه.

الخاصية الثامنة: التفاوض على العقد تصرف إرادي: التفاوض بصفة عامة تكون تصرفاً إرادياً أي يحدث بإرادة الأطراف دون إجبار أو إكراه عليه، وبدل على ذلك رغبة الأطراف في التوصل إلى اتفاق يؤدي إلى إبرام العقد بينهم، كما أن الدخول في التفاوض يكون الغرض منه إبرام اتفاق معين بين أطرافه، والأصل أنه لا يدخل طرف في التفاوض مع آخر أو آخرين إلا بعد أن تتوافر لديه إرادة حقيقية للتفاوض للوصول إلى اتفاق.

وعلى ضوء ما ذكر نرى أن التفاوض على التعاقد يتميز بعدة خصائص تميزها عن المفاهيم والأفكار القانونية الأخرى المشابهة لها وسوف نتناول ذلك في المطلب التالي.

(١) دمنيرة أحمد عبدالله البشاري - مرجع سابق - ص ١٩٧.

المبحث الثاني

أهمية المفاوضات ونطاقها كمرحلة سابقة للتعاقد في عقود التجارة الدولية

تحتاج العقود التجارية الدولية لاسيما العقود ذات القيمة الاقتصادية الضخمة، أو ذات الطبيعة الفنية المعقدة إلى تخطيط ودراسة تأخذ وقتا طويلا إلى حين إبرام العقد النهائي، مما يستوجب أن تسبق مرحلة إبرام العقد مرحلة تمهيدية يتم التفاوض خلالها لتحديد عناصر العقد، ليتمكن الأطراف من خلال هذه المفاوضات من بلورة العناصر الرئيسية للعقد، وتحديد ما يرتبه العقد من حقوق وما يلقيه عليهم من التزامات.

وتعتبر مرحلة المفاوضات من أهم المراحل التي تمر بها العقود التجارية على الإطلاق بل حيث يتم في هذه المرحلة الإعداد والتحضير للعقد من كافة النواحي الفنية والمالية والقانونية، ومن ثم تذليل الصعوبات المتوقعة في مرحلة التنفيذ والعمل على إيجاد الحلول المناسبة لها فضلا عن التعرف على المتعاقد الآخر والتحقق من مدى كفاءته الفنية وقدرته المالية.

كما تحظى المفاوضات في مرحلة ما قبل التعاقد بأهمية بالغة من الناحية القانونية فهي تلعب دورا وقائيا بجانب أنها تؤدي إلى إيجاد إيجاب مشترك يكفي

توقيعه ليصبح عقدا قائما ملزما لطرفيه ولا توصف المفاوضات بأنها قد نجحت إلا إذا أسفرت عن هذا الإيجاب المشترك وهذا ما سوف نتناوله في المطالب التالية:

المطلب الأول

الأهمية الاقتصادية والاجتماعية للمفاوضات في عقود التجارة الدولية

للمفاوضات في عقود التجارة الدولية ضرورات اجتماعية اقتصادية يفترضها واقع التجارة الدولية العابرة للحدود واختلاف الثقافات الاجتماعية ، كما أن اختلاف البيئات نتج عنها اختلاف الموارد من إقليم إلى إقليم، ومن دولة إلى دولة، ومن شعب إلى شعب، مما كان لزاما عليهم إيجاد اتصال فيما بينهم لإشباع حاجياتهم من تلك البيئات والاقاليم المختلفة.

ومع التطور التكنولوجي والتجاري، وانتقال رؤوس الأموال الضخمة ، وحاجة الأطراف إلى استمرارية العلاقة فيما بينهم ، أصبح التفاوض لنقل تلك التكنولوجيا والحصول على الموارد ، وما يتبع ذلك من أمور ومشاكل في المراحل المختلفة للتعاقد، كان لابد من التفاوض للحفاظ على ضرورات التفاوض المتمثلة في الضرورات الاجتماعية والاقتصادية والعملية بجانب الضرورات القانونية والتي سنفرد لها فصلا مستقلاً لأهميتها وارتباطها بموضوع البحث..

أولاً: الضرورات الاجتماعية للمفاوضات:

هناك ضرورات اجتماعية تفرض اللجوء إلى التفاوض حيث إن الإنسان كائن اجتماعي لا يستطيع أن يعيش بمفرده ، لعدم قدرته على إشباع حاجاته اليومية بموارده الذاتية، وليتسنى له إشباع تلك الحاجات والرغبات ، يجب عليه الاتصال بالآخرين للحصول على الموارد التي لا تتوفر لديه، والحصول على هذه الموارد وإشباع تلك الحاجيات لا تتم فجأة، أو يحدث عرضاً، بل يجب توطئة الطريق إليه، بتبادل الكلمات والأحاديث التي ينال بها حاجته، فيلبي الآخر أو يعرض، وهذا هو التفاوض في صورته الأولى، فهو واقع بين الناس بصفة يومية^(١).

ثانياً:الضرورات الاقتصادية للمفاوضات:

تقتضي الضرورات الاقتصادية في العقود التجارية الدولية التي يمتد تنفيذها فترة طويلة ضرورة إجراء مفاوضات أثناء تنفيذ العقد عند تغير الظروف حيث تعد وسيلة مهمة من وسائل إعادة التوازن العقدي بين الطرفين عند ظهور حوادث وظروف مفاجئة غير متوقعة أدت إلى اختلال التوازن الاقتصادي في العقد الدولي مما يستدعي إجراء تعديلات على الالتزامات لإعادة التوازن العقدي على ضوء المستجدات الطارئة، ولقد درج التعامل في مجال العقود الدولية الممتدة الآثار والتنفيذ على تضمين عقودهم شرط إعادة التفاوض Renegotiation، عند تغير الظروف أو حدوث مشقة في التنفيذ hardship^(٢).

وفضلاً عن ذلك فإن للمفاوضات ضرورة اقتصادية أخرى تتمثل في أنها تلعب دوراً مهماً في الإبقاء على التعامل والتواصل بين أطراف المعاملات الدولية، بحيث تكون هنالك فرصة لهم لتسوية خلافاتهم بالطرق الودية، ومن ثم يكون لها أثر إيجابي

(١) د. أحمد عبد الكريم سلامة - النظام القانوني لمفاوضات العقود الدولية - بحث منشور الكترونياً في موقع الدليل الإلكتروني للقانون العربي على الرابط التالي

www.arablawninfo.com

(٢) د. محمد حسين منصور - مرجع سابق - ص ٣٠

في تجنب الإجراءات الطويلة والتكاليف الباهظة التي يتحملونها بسبب ذلك، مما يترتب عليه عودة العلاقات التجارية بين الطرفين في العقد إلى عهدها الأول^(٣). ولقد أقرت مبادئ العقود التجارية الدولية التي أقرها المعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص معاهدة Unidroit عام ١٩٩٤ المعدلة في العام ٢٠٠٤ على هذا الشرط في الفقرة الثالثة من المادة ٦-٢ والتي بموجبها منحت الحق للطرف الذي تعرض لأحداث طارئة طلب إعادة التفاوض مع بيان الأسس التي يقوم عليها على ألا يتأخر في توجيه هذا الطلب دون سبب مبرر، وعلى ألا يمنح هذا الحق للطرف الذي تعرض للحادث المفاجئ الحق في الامتناع عن التنفيذ، مع منحه حق اللجوء إلى القضاء وعلى القاضي عند توفر الحادث الطارئ إنهاء العقد في تاريخ محدد وفقا لأحكام تحدد لاحقا أو تعديل العقد بهدف إعادة التوازن له^(٤). وعلى ذلك يعد التفاوض وسيلة لإعادة التوازن الاقتصادي للعقد والحفاظ على الصلة والتعاون المستمر بين الأطراف وتسوية المنازعات التي قد تنشأ بين أطرافه.

ثالثاً: الضرورات العملية للمفاوضات:

تتمثل الضرورة العملية للمفاوضات في عقود التجارة الدولية أنها تقرب وجهات النظر بين الأطراف، حيث إن الأطراف في العقود الدولية في الغالب ينتمون إلى دول متباينة في ثقافتها الاجتماعية والاقتصادية والفكرية بل والسياسية^(١)، كما أنها تتيح

(٣) د. محمد عرفة - بحث منشور الكترونياً على موقع الأسواق العربية على الرابط التالي:

<http://www.alaswaq.net/views/2005/06/02/1353.html>

(٤) In case of hardship the disadvantaged party is entitled to request renegotiations.

- (A) The request shall be made without undue delay and shall indicate the grounds on which it is based.
- (B) The request for renegotiation does not in itself entitle the disadvantaged party to withhold performance.
- (C) Upon failure to reach agreement within a reasonable time either party may resort to the court.
- (D) If the court finds hardship it may, if reasonable,
 - (a) terminate the contract at a date and on terms to be fixed, or
 - (b) adapt the contract with a view to restoring its equilibrium.

(١) د. محمد حسين منصور - العقود الدولية - الطبعة الأولى ٢٠٠٦ م - دار الجامعة الجديدة بالإسكندرية - ص ٣٠.

الفرصة للأطراف للتعرف على ظروف وشروط العقد المراد إبرامه ، ونطاق حقوقهم والتزاماتهم التعاقدية.

وهكذا يتضح لنا أن للمفاوضات عدة ضرورات يفرضها واقع التجارة الدولية العابرة للحدود واختلاف الثقافات الاجتماعية للأطراف المتعاقدة.

المطلب الثاني

الأهمية القانونية للمفاوضات في عقود التجارة الدولية

الأصل أن يتم التعاقد بتبادل إيجاب وقبول متطابقين ولا يشترط في ذلك أن تسبقه مفاوضات لتكوين العقد أو لصحته فالعقد قد يتم بناء على إيجاب واضح شامل لكافة عناصر التعاقد فيجد قبولاً لدى الطرف الآخر دون تعديل أو مناقشة. ومثل هذه العقود المباشرة أي غير المسبوقة بالمفاوضات تعرف أيضاً مرحلة ما قبل التعاقد، من الناحية النظرية وهي الفترة الزمنية القصيرة التي تبدأ بالاتصال ما بين الطرفين وتنتهي بقيام العقد فعلاً^(١). وتبدو الأهمية القانونية للتفاوض في العقود التجارية الدولية من عدة وجوه يمكن إجمالها فيما يلي:

١. المفاوضات تجعل الإيجاب من صنع الطرفين معاً: الإيجاب يعني إثبات الفعل الخاص الدال على الرضا الواقع أولاً من كلام أحد المتعاقدين، أو ما يقوم مقامه^(٢) وعرف بأنه العرض الذي يعبر الشخص الصادر منه على وجه جازم عن إرادته في إبرام عقد معين بحيث إذا اقترن به قبول مطابق له انعقد العقد ولا يجوز بعد ذلك لأي من الطرفين بإرادته المنفردة التنصل أو التحلل من آثاره^(٣). من خلال التعريفات السابقة يتضح أن الإيجاب يكون من صنع أحد الطرفين وتكون متوقفة على مشيئة الطرف الآخر فينعقد العقد بقبول الطرف الموجه له الإيجاب وحده وهذا هو الوضع المألوف في التعاقد، إلا أن هذا الوضع

(١) خبراء المنظمة العربية للتنمية الإدارية - إدارة المفاوضات لإبرام العقد بحث مقدم في ندوة عقود التجارة الدولية ، المنعقدة في القاهرة في

سبتمبر ٢٠٠٦م - منشورة في كتيب المؤتمرات لمنظمة العربية للتنمية الإدارية- ص ٦

(٢) د. وهبة الزحيلي - الفقه الإسلامي وأدلته - الطبعة الثالثة ١٩٨٩م - دار الفكر العربي بدمشق - ج ٤ ص ٩٣

(*) يشترط غير الحنفية في الإيجاب أن يكون صادر من من يكون منه التملك وإن جاء متأخراً ، والقبول عندهم هو ما صدر من يصير له الملك وإن صدر أولاً ، وعموماً فإن تسمية عبارتي العاقدين إيجاباً والأخرى قبولا تسمية اصطلاحية ليس لها أثر يذكر

(٣) د. وفاء مصطفى عثمان - مرجع سابق - ص ٤٤

لا يمكن تصوره في العقود التجارية التي تسبقها المفاوضات سواء افتتحت المفاوضات بمشروع إيجاب يكون أساساً للمناقشة أو بدعوة إلى التعاقد، حيث لا يتوقف قيام العقد على مشيئة أحد المتعاقدين كما هو الحال في العقود التي لا تسبقها مفاوضات بل تكون متوقفة على مشيئة الطرفين معا^(١).

وتفصيل ذلك أن المتفاوضين يصلون من خلال مفاوضاتهم إلى وضع تصور مشترك لمشروع العقد وهو ما يمكن اعتباره بمثابة إيجاب مشترك أسفرت عنه إرادة الطرفين معا، أي أن المتفاوضين يوجبون على أنفسهم الالتزام بالعقد النهائي، إذا ما تم التراضي على ذلك وتم التوقيع على العقد.

٢. المفاوضات تجعل من الإيجاب غير صالح للقبول: القبول هو اللفظ أو ما يقوم مقامه الصادر ثانياً من كلام المتعاقدين الواقع جواباً لكلام للإيجاب^(٢) وتطابق الإيجاب والقبول يؤدي إلى قيام العقد في العقود التي لا يسبقها تفاوض، ولكن يختلف الوضع في العقود الدولية التي تسبقها المفاوضات، ذلك أن الدخول في المفاوضات يؤدي إلى تجريد الإيجاب من صفته هذه ليصبح مجرد دعوة غير ملزمة ترمي إلى مناقشة عناصر العقد المقترح إبرامه مستقبلاً^(٣).

ومن المبادئ المقررة في قواعد العقود في الفقه الإسلامي أن العقد لا ينعقد بصيغة الاستقبال التي هي بمعنى الوعد المجرد ولا ينعقد به البيع والعقود لأنها وعد مجرد وفي معنى المساومة^(٤) والمفاوضة، أي لا يعد الإيجاب في حال المساومة

(١) د. طالب حسن موسى - الموجز في قانون التجارة الدولية - الطبعة الأولى ٢٠٠١م - الدار العلمية الدولية ومكتبة دار الثقافة - الأردن عمان - ص ٦٤.

(٢) د. محمد مصطفى شلبي - المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي وقواعد الملكية والعقود فيه - الطبعة الثانية ١٩٦٩م - دار النهضة العربية بالقاهرة - ص ٤١٩.

(٣) د. محمد إبراهيم دسوقي - مرجع سابق - ص ١٩.

(٤) على حيدر - مرجع سابق - ص ١٤٠.

والتفاوض إيجاباً صحيحاً وبالتالي لا يصلح لأن يكون صالحاً للقبول حيث إن قبول الطرف في الإيجاب الصادر بصيغة الاستقبال لا يصح^(١).

وعلى ذلك فإن التفاوض يجعل من الإيجاب الصادر في مثل هذه العقود إيجاباً غير صالح للقبول، ذلك أن الإيجاب يصدر في حال التفاوض عن إرادة مشتركة حيث تصدر بعد مناقشات وتحفظات ومساومات وتعديلات في الإيجاب الصادر ابتداءً مما تسفر عنه صياغة مشتركة لإيجاب جديد لهذا يمكننا القول بأن الإيجاب في عقود المفاوضات لا يكون إيجاباً بالمعنى الاصطلاحي المعروف للإيجاب حيث يشترط أن يكون الإيجاب جازماً وبتاً ومحدداً سلفاً وسوف نتناول ذلك بشيء من التفصيل عند تناول موضوع التفاوض في المطلب التالي.

٣. المفاوضات تمنع من الادعاء بالإذعان: عقد الإذعان هو العقد الذي يعرض فيه أحد الأطراف شروطاً تم إعدادها مسبقاً، إما بواسطة وإما من قبل الغير، ولا يقبل التفاوض فيما مع المتعاقد الآخر^(٢) وذلك بسبب تمتعه بمركز اقتصادي أقوى من الطرف الآخر الذي يقبل التعاقد دون مساومة أو مناقشة وفي عقود الإذعان تنعدم إرادة الطرف الأضعف أو على الأقل انحسار دوره في تحديد بنود العقد أو الالتزامات الناتجة عنه^(٣) والذي يميز عقود الإذعان هو عدم إمكان التفاوض حول بنودها، وهو المعيار الجوهرى بل الوحيد لاعتبار العقد من عقود الإذعان^(٤). وتوفر هذا المعيار يعني انعدام إرادة الطرف الآخر في التفاوض، أي تنحصر إرادة الطرف الأضعف في قبول التعاقد بشروط الآخر أو رفضه.

(١) أنظر المادة ١٧١ من مجلة الأحكام العدلية العثمانية.

(٢) درجب كريم عبداللاه - مرجع سابق - ص ١٦٩

(٣) د. محمد عبد القادر حسين - الجوانب القانونية للمرحلة السابقة للتعاقد - الطبعة الأولى - المطبعة الفنية لطباعة والنشر - القاهرة ٢٠٠٢م - ص ٤٩

(٤) درجب كريم عبداللاه - مرجع سابق - ص ١٦٩

ونظراً لاحتمال تحكّم أحد الطرفين في الشروط التي يُملها في عقود الإذعان على الطرف الضعيف وحماية وإنصافاً له تمنح القوانين القاضي سلطة إلغاء الشروط الجائرة في عقود الإذعان أو التعديل فيها مثل شرط عدم مسؤولية الطرف القوي عن أخطائه، ولم يشذ عن ذلك الفقهاء في الشريعة الإسلامية حين قرروا بأن معالجة هذا الخلل في عقود الإذعان وجعلها أقرب للعدل بمراعاة مصالح جميع أطراف العقد هي من مسؤولية الدولة والجهات الرقابية بها وأنه يجب شرعاً خضوع جميع عقود الإذعان لرقابة الدولة ابتداءً (أي قبل طرحها للتعامل بها مع الناس) من أجل إقرار ما هو عادل منها، وتعديل أو إلغاء ما فيه ظلم بالطرف المذعن وفقاً لما تقضي به العدالةُ شرعاً^(١).

وعلى ذلك فإنه لا محل للتمتع بهذه الحماية التي يوفرها القانون للطرف المذعن، إذا كان التعاقد قد تم بناء على مفاوضات سابقة بين الطرفين حتى ولو كان أحدهما محتكراً أو ذا غلبة اقتصادية ذلك أن المفاوضات تحقق للطرف الآخر فرصة مناقشة شروط العقد، ومن ثم لا يجوز من بعد ذلك الادعاء بالإذعان.

٤. المفاوضات وسيلة لتفسير العقد في مرحلة التنفيذ: تفسير العقد يعني تحديد ما اتجهت إليه إرادة طرفي العقد، فالتفسير يستعان به لمعرفة مضمون عبارات العقد وما ترمي إليه^(٢) ويجب الوقوف عند تفسير العقد عند الصيغ والعبارات الواردة في العقد واستخلاص معانيها الظاهرة دون انحراف عن المعنى الظاهر إلى معان أخرى بحجة أنها هي المعاني التي تتمثل فيها الإرادة الباطنة^(*)

(١) قرار رقم ١٣٢ (١٤/٦) بشأن عقود الإذعان الصادر عن مجمع الفقه الإسلامي الدولي المنبثق عن منظمة المؤتمر الإسلامي المنعقد في دورته الرابعة عشرة بالدوحة من ١٣.٨ ذو القعدة ١٤٢٣ هـ الموافق 11/16 كانون الثاني (يناير) ٢٠٠٣ م.

(٢) د. محمد الشيخ عمر - مرجع سابق - ص ١٩٠

(*) يوجب المشرع السوداني بموجب المادة (١٠١) من قانون المعاملات المدنية لسنة ١٩٨٤ م بأن يلتزم القاضي بالعبارة الواضحة دون أن ينحرف عنها من طريق تفسيرها للتعرف على إرادة المتعاقدين . وأنه إذا كان هناك محل لتفسير العقد فيجب البحث عن النية المشتركة =

والنية المشتركة للمتعاقدين تستخلص كأصل عام من الألفاظ التي استخدمها الأطراف للتعبير عن نيتهما، أما إذا كان هنالك مجال لأكثر من تفسير للعقد فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ^(١).

تعتبر المفاوضات بما تتضمنه من مناقشات ودراسات متبادلة بين الطرفين مرجعا هاما لتفسير العقد من حيث الكشف عن النية المشتركة للطرفين^(٢) ومما لا شك فيه أن الرجوع إلى المفاوضات التي جرت بين المتعاقدين في مرحلة ما قبل التعاقد وإلى وثائق التفاوض يوضح دلالة ما انصرف إليه نية المتعاقدين.

والواقع في الحياة العملية أن القيمة التفسيرية لوثائق التفاوض في العقود التجارية الدولية تتوقف أولا على إرادة الطرفين، إذ قد يتفقان على تحديد مصيرها بعد إبرام العقد، حيث يحرص الأطراف في عقود التجارة الدولية على تحديد مصير وثائق التفاوض عند إبرام العقد النهائي، إما بمنح تلك الوثائق قيمة قانونية عند تفسير العقد أو اعتبارها جزءًا ومكملا للعقد، وفي هذه الحالة تكتسب وثائق التفاوض صفة المرجعية في التفسير بموجب اتفاق الطرفين وتكتسب الحتمية في الرجوع إليها لتحديد النية المشتركة للطرفين عند الخلاف بين أطرافه في أي مسألة من مسائل العقد^(٣).

= للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ مع الاهتداء في ذلك بطبيعة التعامل وبما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين وفقا للعرف الجاري في

(١) د. تاج السر محمد حامد - أحكام العقد والإرادة المنفردة دراسة تطبيقية - الطبعة الثانية ١٩٩٨م - مهيرة للطباعة والنشر والتغليف بالخرطوم - ص ٧٠

(٢) د. أبو العلا على أبو العلا النمر - مفاوضات عقود التجارة الدولية - مرجع سابق - ص ١٠

(٣) د. رجب كريم عبد اللاد - مرجع سابق - ص ٥٨٢

وفي أحيان كثيرة يتفق الأطراف على تجريد تلك الوثائق من كل قيمة عند تفسير العقد بحيث لا يكون لتلك الوثائق أي قيمة قانونية واعتبارها كأن لم تكن بحيث يحظر على أطرافه أو على القاضي الرجوع إليها عند تفسير العقد، ويسمى هذا الشرط شرط الاتفاق التام ويترتب على هذا الشرط أن تصبح وثائق التفاوض عديمة القيمة، فلا يستطيع أي من الطرفين أن يستند إليها للتدليل على ما يدعيه خلاف ما هو ثابت بالعقد، ولا يستطيع القاضي أن يرجع إليها لتفسير ما هو غامض من نصوص العقد، وعلى هذا الحكم نصت شروط الكوميكون^(*)، ونماذج اللجنة الأوروبية^(**) لبيع الحمضيات وبيع الأخشاب والحبوب^(١).

أما في حالة عدم اتفاق الطرفين على مصير وثائق التفاوض فإنه يجب على القاضي تقدير قيمتها في التفسير، وحرصت اتفاقية فيينا للبيع الدولي للبضائع لعام ١٩٨٠ في مادتها الثامنة على ضرورة الاعتداد بالبيانات والتصرفات الصادرة عن أحد الطرفين عند تفسير نصوص العقد وفقا لما قصده هذا الطرف

(*) الكوميكون اختصار لمنظمة مجلس التعاون الاقتصادي المتبادل، وهي عبارة عن منظمة إقليمية حكومية أنشأت عام ١٩٤٩، وتم تعديل ميثاقه عام ١٩٥٩ ولم يكن لهذا المجلس في سنواته الأولى سوى مكتب المجلس تعاونه أمانه دائمة ولكت عزز ذلك عام ١٩٥٦ بإنشاء عدد من اللجان الدائمة، يبلغ عشرين لجنة ومنذ عام ١٩٦٢ أصبح للكوميكون لجنة تنفيذية دائمة تضم ممثلين عن كافة الدول الأعضاء على مستوى عال، والدول المؤسسة هي الاتحاد السوفيتي (سابقاً)، المجر، بلغاريا، تشيكوسلوفاكيا، بولندا ورومانيا ومن ثم انضمت بعد شهر من إعلان إنشاء هذه المنظمة ألبانيا وفي العام ١٩٥٠ انضمت إليها ألمانيا الديمقراطية، وتلها منغوليا و١٩٦٢، والتحقّت كوبا بصفة مراقب في العام ١٩٦٥، والهدف من هذه المنظمة هو تطوير اقتصاديات دوله وتنظيم التعاون بينها، بحيث يكفل ذلك استثمار الموارد الطبيعية لتلك الدول، ولتنشيط التبادل التجاري بين هذه الدول وضعت قواعد موحدة عام ١٩٥٨م لتحكم صفقات التجارة الخارجية التي تتم بين دوله عرفت بالشروط العامة للتبادل، وعدلت هذه الشروط في العام ١٩٦٨ والعام وهذه الشروط تتضمن ٧٤ مادة تنص جميعها على قواعد موضوعية باستثناء المادة الأخيرة التي تحدد القانون الواجب التطبيق. للاستزادة راجع د. حمزة حسن حداد. مرجع سابق - ص ٦٧ وما بعدها.

(**) اللجنة الاقتصادية الأوروبية لجنة أنشأت بموجب القرار رقم (36 IV) في العام ١٩٤٧ من قبل المجلس الاقتصادي والاجتماعي، احد الأجزاء الرئيسية التابعة للأمم المتحدة، وكان الهدف من إنشائها إعادة بناء اقتصاد الدول الأوروبية الأعضاء في الأمم المتحدة المضطربة من الحرب العالمية الثانية، وكذلك تنشيط التبادل التجاري بين دول المنطقة وتدعيم العلاقات الاقتصادية بينها. ومن أعمال هذه اللجنة في المجال التجاري إنشائه عقود نموذجية لتسهيل التبادل التجاري في أوروبا الغربية والشرقية لمجموعة من السلع الأساسية ويمكن تقسيم هذه العقود من حيث موضوع السلع التي تنظمها، إلى ثلاث طوائف: عقود المنتجات الصناعية، عقود المنتجات الزراعية، وعقود المنتجات الطبيعية. - للاستزادة راجع د. حمزة حسن حداد - مرجع سابق - ص ٤٧ وما بعدها.

(١) د. رجب كريم عبد اللاه - مرجع سابق - ص ٥٨٣

متى كان الطرف الآخر يعلم بهذا القصد أو لا يمكن أن يجهله. وفي حال غموض تصرفاته وعدم وضوح قصده تفسر البيانات والتصرفات الصادرة عنه وفقاً لما يفهمه شخص سوي الإدراك ومن نفس صفة الطرف الآخر إذا وضع في نفس الظروف. وعند الفشل في تعيين قصد أحد الطرفين أو ما يفهمه شخص سوي الإدراك يجب أن يؤخذ في الاعتبار جميع الظروف المتصلة بالحالة، لاسيما المفاوضات التي تكون قد تمت بين الطرفين والعادات التي استقر عليها التعامل بينهما والأعراف وأي تصرف لاحق صادر عنهما.

ولا يختلف الأمر كثيراً عند النظر إلى ذلك من وجهة النظر الشرعية حيث إن القواعد الأصولية في تفسير العقود توجب في حال غموض النص السعي إلى معرفة النية المشتركة للمتعاقدين، وتنظيماً لذلك وضع فقهاء الشريعة الإسلامية عدة قواعد فقهية يستدل بها على نية المتعاقد عند غموض النص نذكر منها على سبيل المثال قاعدة العبرة في العقود بالمقاصد والمعاني لا بالألفاظ والمباني^(١) وذلك يعني أنه عند غموض النص وعند عدم إمكان حمل النص على معناه الحقيقي لا ينظر للألفاظ التي يستخدمها العاقدان وإنما ينظر إلى مقاصدهم الحقيقية من الكلام الذي يلفظ به حين العقد، لأن المقصود الحقيقي هو المعنى، وليس اللفظ ولا الصيغة المستعملة لأن الألفاظ ما هي إلا قوالب للمعاني^(٢)، وهذا القول لا يتعارض مع قاعدة أن الأصل في الكلام الحقيقة إذ أن هذه القاعدة تعني إن أعمال كلام المتكلم من شارع أو عاقد أو حالف أو غيرهم إنما يكون بحمل ألفاظه على معانيها الحقيقية عند الخلو عن القرائن التي ترجح

(١) علي حيدر - مرجع سابق - المادة (٣) - ص ٢١

(٢) د. محمد صدقي بن أحمد البورنو - الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية - الطبعة الثانية ١٩٨٩ - مكتبة المعارف بالرياض - ص ٨٥

إرادة المجاز، ويصار إلى المجاز مع القرينة المانعة من إرادة المعنى الأصلي أو عند تعذر الحقيقة^(١).

ونرى أنه لا ريب في النص على ضرورة الرجوع إلى المفاوضات التي جرت بين الأطراف وإلى وثائق التفاوض للبحث عن النية المشتركة للأطراف إذ ليس في ذلك ما يخالف الشرع بل يعد الرجوع إلى المفاوضات من أكثر الطرق الدالة على النية المشتركة للأطراف وأكثرها قدرة على تحديد حقيقة ما قصده الأطراف.

٥. المفاوضات وسيلة للوقاية من النزاعات المستقبلية: تعد المفاوضات وسيلة وقائية لمرحلة إبرام العقد، ذلك أن الأطراف يقومون بمناقشة كافة المسائل التي يمكن أن تكون موضع خلاف مستقبلي بينهم ومن ثم وضع الحلول لها، واتخاذ الاحتياطات التي تمنع قيام أسباب النزاع مستقبلا، والمفاوضات تلعب دورا وقائيا سواء أسفرت عن إبرام العقد أم لم تسفر عن إبرامه، فالمفاوضات الجيدة تكون خير ضمان لقيام عقد لا تثور منازعات بصدد تنفيذه، وفشل المفاوضات بعد تبين كل طرف لحقيقة الوضع يقي من إبرام عقد يفتح باب النزاع"^(٢).

٦. المفاوضات تحدد مضمون الالتزام العقدي: تعد مرحلة المفاوضات وسيلة من الوسائل التي يعتد بها لتحديد الالتزامات التعاقدية وذلك من خلال ما تشير إليه المناقشات والمراسلات التي تمت في مرحلة التفاوض، ومثالا لذلك إذا ما تم الاتفاق على التزام المتعاقد بتوريد ماكينات للمصنع فإن مشتملات العقد تشمل أيضا الأدوات الضرورية لإدارة هذه الماكينات، وكيفية تركيبها في مصانع المشتري إذا ما نوقشت هذه المسائل خلال المفاوضات دون اشتراط ثمن خاص لها^(٣).

(١) على حيدر - مرجع سابق - المادة ٦١ - ص ٦٠، د. محمد صدقي البرنو - مرجع سابق - ص ٣١٧

(٢) د. أحمد عبدالكريم سلامة - قانون العقود الدولية - مرجع سابق - ص ٦٥

(٣) مجموعة خبراء المنظمة العربية للتنمية الإدارية - مرجع سابق - ص ١٢

وعلى العكس من ذلك قد يؤدي ما تم مناقشته في مرحلة المفاوضات إلى عدم اعتبار مسائل معينة رغم مناقشتها التزاما من التزامات التعاقد من واقع إهمال ذكره عند بيان التزامات التعاقد ، ومن ذلك التفاوض حول طريقة مبتكرة للتشغيل كبراءة اختراع ثم إغفال ذكر شيء من ذلك في العقد النهائي وعدم إدراج ثمنه بين ما يلزم به المشتري ، فهذا الإغفال يدل على أن التزامات البائع قد تحددت بتوريد الأصل^(١).

ويتفق ما ذكر مع قاعدة "ذكر بعض ما لا يتجزأ كذكر كله" والمفهوم منها أنه يكفي في الأشياء التي لا تتجزأ ذكر بعضها عن الكل وإن البعض منها إذا ذكر كان الكل مذكورا^(٢) كما تتفق في مفهومها مع مفهوم القاعدة الفقهية الفرعية "من ملك شيئا ملك ما هو من ضروراته" والضرورة هنا تعني اللزوم وليس الضرورة بمعنى الاضطرار، فمن ملك يملك ما هو من لوازمه عقلا أو عرفا، ولو لم يشترط في العقد^(٣).

وعلى ذلك يمكننا القول أن نظرية العقد في الفقه الإسلامي تستوعب بما ورد فيها من مبادئ وقواعد فقهية ما ذكر بشأن الأهمية القانونية للتفاوض وضروراته .

(١) د. محمد إبراهيم دسوقي - مرجع سابق - ص ٢١

(٢) على حيدر - مرجع سابق - المادة ٦٣ - ص ٦١

(٣) د. محمد صديقي بن أحمد البورنو - مرجع سابق - ص ٣٣٤

المطلب الثالث

نطاق المفاوضات في عقود التجارة الدولية

تختلف مرحلة المفاوضات عن مرحلة إبرام العقد ومرحلة ما بعد التعاقد بما يقتضي تحديد نطاق هذه المفاوضات وتمييزها عن العقد النهائي، وتبدو أهمية تحديد نطاق المفاوضات في أن مرحلة التفاوض مرحلة يتمتع فيها الأطراف بحرية التعاقد باعتبار أن العقد لا يرتب التزامات بين أطرافه قبل انعقاده خلافا لمرحلة ما بعد التعاقد التي تكون ملزمة لأطرافه.

وكما أوضحنا سابقا فإن التفاوض يجعل من الإيجاب وليد إرادة الطرفين أي يصدر عنهما إيجاب مشترك لا يمكن نسبته إلى أحد الطرفين، ذلك أن هذا الإيجاب يشترك فيه الطرفان ويصدر بعد مناقشات وتقديم اقتراحات مضادة للإيجاب الصادر ابتداءً، وقد يخضع الاقتراح المضاد لتعديلات أيضا لحين التوصل إلى اتفاق يجسد إرادتهما المشتركة.

وعلى ذلك لا ينطبق على هذه العقود وصف أحد طرفيه بالموجب والآخر بالقابل كما هو الحال في العقود فورية الانعقاد التي يمكن تمييز شخص الموجب عن شخص القابل دون عناء، كما يختلف تبعا لذلك الفترة قبل التعاقدية في العقود الفورية عنها في العقود التفاوضية التي تمر قبل انعقادها بمرحلتين مرحلة التفاوض على العقد ثم مرحلة إبرام العقد.

وحتى يتسنى لنا بيان نطاق مرحلة التفاوض على العقد يتعين علينا أن نميز بدقة بين التفاوض على العقد وإبرامه وذلك بتحديد الحد الفاصل بين هاتين المرحلتين.

أولا : الحد الفاصل بين مرحلة المفاوضات ومرحلة إبرام العقد:

لتحديد الحد الفاصل بين مرحلة التفاوض ومرحلة إبرام العقد النهائي، يذهب فريق من الفقهاء إلى القول بأن مرحلة التفاوض على العقد تشمل كل الفترة قبل العقدية، فلا تنتهي المفاوضات إلا في اللحظة التي ينعقد فيها العقد النهائي^(١)، ووفقا لهذا الرأي تشمل مرحلة المفاوضات المرحلة التي يتم فيها إصدار الإيجاب والقبول النهائيين أي مرحلة إبرام العقد.

ويرى فريق آخر أن التفاوض على العقد ينتهي في اللحظة التي يصدر فيها الإيجاب، إذ يرون أنه بصدور الإيجاب تكون المفاوضات قد حققت الهدف منها وهو توصل الطرفين المتفاوضين إلى اتفاق على جميع المسائل الجوهرية للعقد الذي يسعيان لإبرامه، ويرون أن الإيجاب لا بد أن يصدر من أحد الطرفين متضمنا الشروط التي انتهيا إليها في مرحلة التفاوض، إلى الطرف الآخر^(٢) وبالتالي تنتهي مرحلة المفاوضات. عند هؤلاء بمجرد صدور الإيجاب تبدأ بعدها مرحلة إبرام العقد كمرحلة تلي مرحلة المفاوضات.

ويعاب على أصحاب الرأي الأخير أنهم يقررون أن الإيجاب يصدر من أحد الطرفين والقبول من الطرف الآخر للحفاظ على التركيب الفني للعقد وفقا للأصل المتعارف عليه من أن العقد إيجاب من أحد الطرفين وقبول من الطرف الآخر وهذا القول يخالف مفهوم التفاوض التي تجعل من الإيجاب إيجابا مشتركا، والقبول قبولًا مشتركًا. ذلك أن الهدف من التفاوض هو إعداد إيجاب مشترك بين طرفي العقد المراد إبرامه أو إيجاد صياغة مقبولة لدى طرفيه.

والقول بأن الإيجاب في عقود التفاوض يصدر من أحد طرفيه يتنافى مع الواقع العملي في العقود التي تبرم إثر مفاوضات، حيث يصدر الإيجاب ولا يلقي قبولًا ولا رفضًا من الطرف الآخر بل يصادفان اقتراحًا مضادًا يتضمن في حقيقة الأمر تعديلا

(١) د. رجب كريم عبد اللاه - مرجع سابق - ص ٧٧

(٢) د. عبد العزيز المرسي حمود - الجوانب القانونية لمرحلة التفاوض ذو الطابع التعاقدية - مرجع سابق - ص ١٠

لهذا الإيجاب، وهذا الاقتراح المضاد يعتبر إيجابا جديدا قد يلقي بدوره اقتراحا مضادا من صاحب الإيجاب الأول وهكذا دواليك إلى أن يستقر الطرفان على رؤية موحدة يصدر بها إيجاب مشترك.

كما أنه لا يمكن القول بأن القبول يصدر من أحد الطرفين ذلك أن التفاوض يجعل من القبول أيضا قبولًا صادرا من طرفيه، فهو ليس قبولًا من أحدهما فقط وإنما قبولًا من كليهما لما أوجبه صاحبه على نفسه وهو قبول متبادل بينهما لا إيجاب سطرته إرادتهما^(١) ويبدو مما تقدم أنه لا يصح اعتبار أحد الطرفين موجبا والآخر قابلا في عقود التجارة الدولية التي تتم إثر مفاوضات بين طرفيه.

وتكثيف الإيجاب على هذا الوجه يسمح بتحديد النطاق الموضوعي والزميني الذي تسوده المفاوضات العقدية على نحو دقيق، بما يميز عقد المفاوضة عن العقد النهائي.

ثانيا : النطاق الموضوعي والزميني للمفاوضات :

يبدأ نطاق المفاوضات من مرحلة تقديم المقترحات الأولية التي يبديها أحد الطرفين كإعلان الرغبة في التفاوض على عقد معين تمهيدا لإبرامه في المستقبل، ولا يشترط أن تصل هذه الرغبة إلى مرحلة الإيجاب بالتفاوض بل يمكن أن يكون اقتراحا مبدئيا بالتفاوض يتطور نتيجة المفاوضات والاقتراحات المقدمة من قبل الطرف الآخر وهكذا لحين أن يصبح إيجابا يصلح للقبول.

١ . الإيجاب بالتفاوض:

الدعوة إلى التفاوض تعد بداية مرحلة التفاوض وتعتبر بمثابة الخطوة الأولى في السعي إلى إبرام العقود التي تتم إثر المفاوضات، وهي في العادة تبدأ بدعوة يوجهها

(١) د. محمد حسين عبد العال - مرجع سابق - ص ٣٣

أحد الطرفين إلى الطرف الآخر تسمى الدعوة إلى التفاوض وهذه الدعوة تتضمن اقتراحاً للتفاوض على عقد معين تمهيداً لإبرامه في المستقبل، دون أن تتضمن الشروط الجوهرية للعقد المراد إبرامه.

والواقع أن الإيجاب بالتفاوض يتخذ في الممارسة العملية إحدى صورتين فهو إما أن يكون صريحاً، وإما أن يكون إيجاباً ضمنياً وذلك على النحو التالي:
 الإيجاب الصريح بالتفاوض: وتتعدد الصور التي يعبر بها عن الإيجاب بالتفاوض، فقد يدعو أحد الطرفين الآخر إلى الدخول في المفاوضات بناءً على أسس معينة، وقد يكتفى بتحديد موضوع العقد المقترح فحسب دون بيان أسس التفاوض، وقد يكون ذلك بناءً على اتفاق خاص أو من خلال عقد سابق على الدخول في المفاوضات وفي العادة تبدأ المفاوضات بتقديم دعوة مجردة للتفاوض أو بدعوة مقترنة بأسس التفاوض.

أ. الدعوة المجردة للتفاوض: في هذه الصورة يدعو أحد الطرفين الطرف الآخر للدخول في المفاوضات بشأن إبرام عقد في المستقبل حول موضوع معين، دون بيان للعناصر الرئيسية للتعاقد فيوافق الطرف الثاني على التفاوض^(١).

والدعوة المجردة إلى التفاوض لا ترتب أي التزامات على عاتق طرفيه، ما لم يتبين من ظروف التفاوض أن أحدهما قد أدخل في اعتقاد الآخر الاقتران بأن توقيع العقد النهائي قد أصبح وشيكاً، والأصل أن الأطراف لهم كامل الحرية في العدول عن التفاوض طالما كان ذلك بحسن نية ذلك لأن الالتزام بالتفاوض هو التزام ببذل عناية وليس التزاماً بتحقيق نتيجة.

ب. الدعوة المقترنة بأسس التفاوض: في هذه الصورة يحدد الموجب للطرف الآخر الأسس التي يجري التفاوض عليها فيحدد له مثلاً الهيكل العام لحقوق والتزامات

(١) د. محمد إبراهيم دسوقي - مرجع سابق - ص ٢٦

الطرفين في العقد المزمع إبرامه. أي لا يكفي أحد الطرفين بدعوة الآخر إلى التفاوض بصورة مجردة.

وتتسم الدعوة المقترنة بأسس التفاوض بدرجة من الوضوح حيث تنصب على عقد محدد بنوعه و بحيث يقتصر دور المفاوضات على تحديد باقي عناصر العقد الجوهرية.^(١)

وتتخذ الدعوة المقترنة بأسس التفاوض أشكالاً متعددة، منها تحديد الأسس العامة للتفاوض. وقد تكون في صورة إيجاب مع الإعلان على أنه لا يكتمل إلا بالتفاوض على كل أو بعض عناصره سواء كانت جوهرية أو تفصيلية.^(٢)

وتبدو أهمية تحديد أسس التفاوض في أن هذه الأسس تصلح من بعد سندا لتفسير العقد، كما أنها قد تكون دليلاً على عدم سلامة الرضا من عيوب الغلط أو التدليس، كما أن الأسس عند الاتفاق عليها تصلح أن تكون كإطار أو خطة للمفاوضات ومن ثم تبدو أهميتها في أنها تقوم قرينة عند نكول أحد الطرفين عن التزامه بالاستمرار في التفاوض.^(٣)

٢. قبول التفاوض:

يتم قبول الطرف الآخر للدخول في المفاوضات في عقود المفاوضات صراحة وقد تكون في صورة رد على الإيجاب فلا يقبل الإيجاب بحالته الراهنة ولكنه يدعو الموجب إلى التفاوض بشأن ما ورد في إيجابه، أو قد يتقدم بعرض من جانبه يتضمن استبعاد أو إضافة أو تعديل شرط أو أكثر بما يختلف عما ورد في إيجابه، فيكون بذلك قد أبدى اقتراحاً مقابلاً أو مضاداً له.

(١) د.محمد حسين عبد العال - مرجع سابق. ص ٣٧

(٢) د.محمد إبراهيم دسوقي - مرجع سابق. ص ٢٧

(٣) مجموعة خبراء المنظمة العربية للتنمية الإدارية - مرجع سابق - ص ١٨

كما يمكن تصور أن يبدي صاحب الإيجاب الأصلي بدوره تعديلا أو اقتراحا مضادا لما أبداه الطرف الثاني من اقتراحات مقابلة أو مضادة، وهذا أمر متصور في عقود المفاوضات إذ يبدو عسيرا توافق وتطابق إرادتين في عقود المفاوضات دفعة واحدة^(١).

٣. الاقتراح المقابل (الاقتراح المضاد):

يشمل مفهوم الاقتراح المقابل أو المضاد كل رد يبديه المتفاوض تجاه اقتراح مقدم إليه، والاقتراح المقابل في الحقيقة لا يعتبر رفضا قاطعا ولا قبولاً قاطعا ويأتي في مرحلة وسطى بينهما^(٢).

والقاعدة المتعارف عليها في هذا الخصوص أن أي اقتراح يزيد أو يقيد من الإيجاب أو يعدل فيه يعتبر رفضا للإيجاب، غير أنه يشكل في ذات الوقت إجابا جديدا يصبح في حاجة إلى قبول من صاحب الإيجاب الأول وهو يصبح مرفوضا إذا صادف اقتراحا آخر مضادا له^(٣).

وهذا ما عبرت عنه المادة (٤٢) من قانون المعاملات المدنية السوداني لسنة ١٩٨٤م والتي توجب أن يكون القبول مطابقا للإيجاب، وأنه "إذا اقتران القبول بما يزيد في الإيجاب أو يقيد منه أو يعدل فيه اعتبر رفضا يتطلب إجابا جديدا".

التكييف الشرعي: القاعدة العامة في نظرية العقد في الفقه الإسلامي يقضي بأنه يجب أن يكون القبول موافقا للإيجاب بأن يقبل من وجه إليه الإيجاب ما أوجبه الموجب، وبما أوجبه فإن خالفه بأن قبل غير ما أوجبه أو بعض ما أوجبه، أو بغير ما أوجبه أو ببعض ما أوجبه لا ينعقد العقد^(٤) (*).

(١) د. أبو العلا على أبو العلا النمر - مفاوضات عقود التجارة الدولية - مرجع سابق - ص ٢٥

(٢) د. محمد حسين عبد العال - مرجع سابق - ص ٤٩

(٣) د. محمد حسين عبد العال - مرجع سابق - ص ٤٨

(٤) د. عبد العظيم شرف الدين - تاريخ التشريع الإسلامي وأحكام الملكية والشفعة والعقد - الطبعة الرابعة ١٩٩٣ - منشورات جامعة

قاريونس بينغازي - ص ٤٩٣

وعلى ذلك فإن قبول الطرف الآخر للدخول في المفاوضات تسليم من جانبه، بأنه مازال تجاه إيجاب لم تكتمل عناصره، تبعا لذلك تكون مهمة الطرفين هي صياغة إيجاب مشترك جديد من خلال المفاوضات، ولا يقوم العقد النهائي إلا عندما يقبلان معا هذا الإيجاب المشترك بالشكل المتفق عليه.

ويمكننا القول استنادا إلى ما ذكر أن نطاق المفاوضات يمتد من صدور الدعوى للتفاوض لحين صدور الإيجاب المشترك بين المتفاوضين والذي يعد نهاية المرحلة التفاوضية وهي الغاية التي يسعى إليها المتفاوضون.

المبحث الثالث

(*) أجاز فقهاء الشريعة الإسلامية مخالفة القبول للإيجاب في عقود التبرعات لأنها تعد موافقة ضمنية، فلو وهب إنسان آخر مائتي جنيه فقبل مائة تمت الهبة فيما قبله، لأن الواهب لا يضيره القبول في بعض الهبة، وكذلك يصح أحد اثنين هبة وهبت لهما فتمت الهبة فيما قبل. أو إذا كان مخالفة القبول للإيجاب إلى ما هو في مصلحة الموجب فإن العقد يتعقد مع هذه المخالفة، لأنها مخالفة في الظاهر وتوافق في الحقيقة والواقع فإذا قال البائع بعثك هذا الدار بألف دينار فقال المشتري اشتريتها بألف وخمسمائة دينار ففي هذه الحالة تكون مخالفة القبول للإيجاب مخالفة في مصلحة الموجب فالعقد يتعقد ولكن هذه الزيادة لا تثبت إلا إذا صدر عنها ما يدل على الرضي بهذه الزيادة لأن شيئا لا يدخل في ملك الشخص جبرا عنه" للاستزادة راجع الإمام محمد أبو زهرة. الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية - مرجع سابق ص ١٨٢ وما بعدها

الاتفاقيات التمهيدية لعقود التجارة الدولية

يحرص الأطراف المتفاوضة في عقود التجارة الدولية على اللجوء إلى التقييد الإرادي لحرياتهم في التفاوض لخلق التزام حقيقي لمرحلة المفاوضات، وذلك للحفاظ على المصالح المختلفة، من دون أن يعني ذلك قيام أية علاقة تعاقدية في هذه المرحلة، لذلك يلجأ الأطراف في أحيان كثيرة أثناء التفاوض إلى إعداد مستندات وإبرام اتفاقيات من شأنها أن تنظم عملية التفاوض أو تمهد للعقد المراد إبرامه مثل عقد التفاوض وخطابات النوايا، وغيرها من الاتفاقيات المنظمة أو الممهدة للتعاقد.

ولقد أظهر التطبيق العملي حرص الأطراف على تنظيم مرحلة المفاوضات على نحو يخالف المؤلف في مجال النظرية العامة للعقود حرصا منهم على تأمين هذه المرحلة وتوفير قدر كبير من الثقة والاستقرار وتفادي المخاطر السلبية لها في مرحلة تنفيذ العقد.

ومن أكثر المسائل التي يحرص عليها الموجب بالتفاوض للدلالة على جدية دعوته هو إرسال دعوة التفاوض إلى الطرف الآخر عن طريق ما يسمى بخطاب النوايا وذلك لإعطاء الدعوة طابعا رسميا، وتعد خطاب النوايا وثيقة هامة يبدأ بها الأطراف مشوارهم التفاوضي والتوجه نحو التعامل الجاد للوصول إلى الغاية المرجوة من التفاوض.

كما يحرص المتفاوضون على تدوين المسائل التي يتم الاتفاق عليها أثناء التفاوض في وثيقة تسمى بالاتفاقيات المرحلية وهو اتفاق يتم حول بعض الجزئيات وذلك لتفادي مخاطر ضياع الوقت والجهد والنفقات. لاسيما أن هذه الاتفاقيات لا تفقد كامل قيمها القانونية في حال عدم توصل الأطراف إلى الاتفاق حول العقد المراد إبرامه، ويرى كثير من فقهاء القانون الدولي الخاص بأن هذه الاتفاقيات تولد التزامات

من طبيعة خاصة شبه عقدية، فيمكن أن يسأل من يخرق هذه الالتزامات عن الأضرار التي تتولد عن ذلك ولكن لا يلزم أي طرف بإبرام العقد النهائي بأي ثمن^(١). وعلى ضوء ذلك سوف نتناول هذا المبحث وفقاً للمطالب التالية:

المطلب الأول

خطابات النوايا في مرحلة المفاوضات

تقتضي المعاملات في التجارة الدولية ضرورة وجود نوع من الاتصال فيما بين الأطراف الراغبة في التعامل الدولي، ومن أهم وسائل الاتصال فيما بين الأطراف، هو ما يسمى بخطابات النوايا. أولاً: مفهوم خطابات النوايا:

لاقى الفقهاء صعوبات جمة في وضع تعريف جامع مانع لخطابات النوايا، لأن خطابات النوايا لها أشكال وأنواع متعددة، وتغطي مواضيع وحالات مختلفة، ومع ذلك فقد حاول البعض إيجاد تعريف لخطابات النوايا لتقريب المفهوم القانوني لها في ظل عدم وجود تنظيم قانوني لها في الأنظمة القانونية المختلفة في العالم^(٢). ولإيجاد مفهوم تقريبي لخطابات النوايا، لا بد من الإشارة إلى أن خطابات النوايا "letters of intent" تسمى بمسميات مختلفة فيطلق عليها البعض خطاب التفاهم "Letter of understanding"، والبعض الآخر يطلق عليها مذكرة التفاهم "Memorandum of understanding" وآخرون مذكرة أساسيات الاتفاق "

(١) د. جمال فاخر النكاس - مرجع سابق - ص ١٧٥

(٢) د. صالح بن عبدالله بن عطايف العوفي - المبادئ القانونية في صياغة العقود الدولية - مركز الطباعة والنشر بمعهد الإدارة - مركز البحوث والدراسات الإدارية - الرياض ١٤١٩ هـ - ص ٦٨ و٧٥

heads of agreement"^(١) ومن حاول وضع تعريف لها عرفه بأنه " وثيقة مكتوبة قبل العقد النهائي تعكس الاتفاقات أو الفهم المبدئي لطرف أو أكثر من أطراف التعاقد التجاري بغية الدخول في عقد مستقبلي"^(٢).

وعرفه أحمد عبد الكريم سلامة بأنه " 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"^(٣).

وقد توسع البعض في مفهوم خطابات النوايا فعرفها بأنها كل اتفاق مبدئي يتم التوصل إليه قبل إبرام العقد النهائي ويتعلق بتنظيم عملية التفاوض، وهؤلاء يحددون تسمية خطابات النوايا باتفاقات التفاوض، أو اتفاقات المبادئ^(٤).

ويرى الدكتور أحمد عبد الكريم سلامة في ضرورة أن تعرف خطابات النوايا بما يتفق مع مسماهما، ونؤيده فيما ذهب إليه من أن أي مستند لا ينطوي على إبداء الرغبة في التعاقد، ولا يتضمن بياناً للنقاط الرئيسية والخطوط العريضة للعملية التعاقدية المستقبلية، ولا يشمل على دعوة الطرف الآخر للالتقاء والجلوس سوا

(١) د. أحمد عبدالكريم سلامة - قانون العقد الدولي - مرجع سابق - ص ٣٣ مشيراً إلى M.FONTAINE: Droit des contrats & R.B LAKE et U.DRAETTA: Letter of intent and internationaux, analyse et redaction de clauses, Paris, ed FEC., 1989, P.5 other Pre - contractual documents, Butter worths legal Publishers, 1989, p. 3 et ss.

(٢) . أحمد عبدالكريم سلامة - النظام القانوني لمفاوضات العقود الدولية - مرجع سابق - ص ٣٤٤ ، د. صالح بن عبدالله بن عطف العوفي - مرجع سابق - ص ٦٨ مشيرين إلى

J.SCHMIDT: La negociation du contract international, Rev. Droit et pratique du commerce international, 1983, p. 239

LAKE et DRAETTA .

(٣) . أحمد عبدالكريم سلامة - قانون العقد الدولي - مرجع سابق - ص ٣٣

(٤) د. أحمد السعيد الزقرد - نحو نظرية عامة لصياغة العقود دراسة مقارنة في مدى القوة الملزمة لمستندات التعاقد - بحث منشور في مجلة الحقوق - جامعة الكويت - مجلس النشر العلمي - العدد الثالث - السنة الخامسة والعشرون - سبتمبر ٢٠٠١م - ص ٢٣٢

للتفاوض حولها، لا يعتبر ذلك المستند خطاباً للنوايا، بل يعد مستنداً آخر يجب أن يسمى باسمه^(١).

واللافت للنظر في الحياة العملية أن الأطراف المتفاوضة يعقدون الاتفاقيات المرحلية والاتفاق المبدئي بالتفاوض تحت مسمى خطابات النوايا^(٢) ورغم أن جانباً من الفقه يؤيد هذه التسمية لاتفاق التفاوض، إلا أننا نرى أن خطابات النوايا يجب أن تطلق على الوثائق والمستندات التي يتفق مضمونها مع مسمى خطابات النوايا، أما الاتفاقيات المرحلية التي تجسد ما اتفق عليه الأطراف في مرحلة التفاوض وكذلك الاتفاقيات المبدئية بالتفاوض فنرى أنها تختلف في مفهومها عن خطاب النية مما يستوجب تسميتها بالتسمية الصحيحة التي تعكس مفهومها.

ثانياً: أهداف خطابات النوايا:

يعد خطاب النوايا الوثيقة التي يبدأ بها الأطراف المتفاوضة مسيرة مفاوضاتهم للوصول إلى الهدف المنشود وهو إبرام العقد المراد إبرامه في المستقبل وهي الوثيقة التي يعلن بها الموجب بالتفاوض عن رغبته في التفاوض ويمكننا حصر أهداف خطاب النوايا فيما يلي:

١. خطاب النوايا وسيلة لإعلان الرغبة المبدئية في الدخول في التفاوض، من أهم الأهداف التي يرمي إليه الموجب بالتفاوض في خطابات النوايا إعلان رغبته في الدخول في محادثات بشأن العقد المراد إبرامه، ولا يقدر في كونه إعلاناً مبدئياً اشتماله على بعض المسائل الخاصة بنوع العملية التعاقدية، من ناحية موضوع العقد، السعر أو الثمن، أو وضع الإطار المستقبلي المتعلق بتنظيم المفاوضات ذاتها من حيث التاريخ المرتقب لإبرامه، مكان تسليم محل العقد أو وقت إنجاز الأعمال

(١) د. أحمد عبد الكريم سلامة - النظام القانوني لمفاوضات العقود الدولية - مرجع سابق - ص ٣٤٦

(٢) د. أحمد شرف الدين - مرجع سابق - ص ٦٨

- المتفق عليهما واللغة وفريق التفاوض ويعد ذلك أمراً جوهرياً للاقتصاد في الوقت، وعدم إضاعته في مسائل إجرائية لا تتصل بصميم ما ترمي إليه المفاوضات^(١).
٢. خطاب النوايا وسيلة لتحديد الشروط العامة للعقود المزمع إبرامها في المستقبل..تعد خطابات النوايا وسيلة لوضع الشروط العامة وذلك في الفروض التي تكرر فيها المعاملات بين الطرفين، كما في حالات عقود التوريد والائتمان وغيرها، بحيث ترسخ القواعد العامة لأي عقد يبرم مستقبلاً بينهما، فلا تنصب المفاوضات الخاصة لكل عقد على حدة إلا على الشروط الخاصة والمسائل التفصيلية النوعية، دون الشروط العامة، هو ما يحقق للطرفين اقتصاداً في الوقت والنفقات^(٢).
٣. خطاب النوايا وسيلة لإظهار النية الحقيقية للطرفين وجديتهما، من أهم الأهداف التي يسعى إليه أطراف التفاوض من وراء خطابات النوايا في مرحلة ما قبل التعاقد إظهار النية الجادة في التعامل والرغبة الحقيقية في التعاقد، وهذه الجدية في النية تستخدم كعامل مهم للمساعدة في تقديم المفاوضات واطمئنانهم^(٣).
٤. خطاب النوايا وسيلة للاستعلام والاستفسار: وتقتصر خطابات النوايا أحياناً على مجرد طلب معلومات أو الرد على استفسارات محددة بشأن العملية التعاقدية لإظهار الاهتمام بمشروع تلك العملية دون أن يعبر عن أي نية للالتزام بالدخول في المفاوضات التعاقدية^(٤).
- وهذه الأهداف مجتمعة تشكل الملامح العامة لخطاب النوايا، وجوهرها أن خطابات النوايا تعد رسالة موجهة من طرف إلى آخر، تنطوي على مقدمة ورؤوس

(١) د. محمد حسين منصور - مرجع السابق - ص ٤٢.

(٢) د. أحمد عبد الكريم سلامة - قانون العقد الدولي - مرجع سابق - ص ٣٨

(٣) د. أبو العلاء على أبو العلاء النمر - مفاوضات عقود التجارة الدولية - مرجع سابق - ص ٧٢

(٤) د. محمد حسين منصور - مرجع السابق - ص ٤٢

موضوعات ستطرح مستقبلاً للنقاش والتفاوض حولها توطئة لإبرام العقد النهائي، وخطابات النوايا تكون عادة مكتوبة على دعامة ورقية، غير أنه مع تقدم وسائل الاتصال الحديثة فليس هناك ما يمنع من أن تتجسد بالطرق الإلكترونية الحديثة، كالبريد الإلكتروني وغيره مما أتاحتها شبكة المعلومات والاتصالات الدولية.^(١)

ثالثاً: أنواع خطابات النوايا :

من خلال الأهداف المرجوة من خطابات النوايا في المعاملات الدولية وما عليه الواقع العملي فيما بين المشتغلين في التجارة الدولية يتضح أن خطابات النوايا تتخذ عدة صور وأنواع يمكن حصرها فيما يلي :

النوع الأول، خطاب دعوة للبدء في التفاوض: في هذا النوع من خطابات النوايا يدعوفيه محرره الطرف الآخر للبدء في التفاوض والمحادثات حول عقد معين، ويطلق على هذا النوع أحياناً مذكرة تفاهم^(٢) ويحرص الأطراف في مثل هذا النوع من خطابات النوايا على أن يكون خالياً من أي اتفاقات تعاقدية، ولكن على الرغم من ذلك فقد ينشئ هذا النوع من خطابات النوايا التزامات على عاتق طرفيه في حال اتفاقهما على نقاط معينة، فيصبح عليهما التفاوض بحسن نية والتمسك بجدول المفاوضات والأطر الموضوعية للتفاوض وبذل العناية المطلوبة^(٣).

النوع الثاني : خطاب دعوة للاتفاق: في هذا النوع من خطابات النوايا يقوم فيه الموجب بدعوة الطرف الآخر لعمل اتفاق تفاوض ويدعوه إلى وضع إطار لعملية التفاوض وفقاً لأسس وعناصر محددة ومثل هذا النوع غالباً ما يتضمن وقت بدء

(١) د. أحمد عبد الكريم سلامة - قانون العقد الدولي - مرجع سابق - ص ٤٠ مشيراً إلى بحث له بعنوان الإنترنت والقانون الدولي الخاص، فراق أم تلاق، مقدم إلى مؤتمر "القانون والكمبيوتر والإنترنت" الذي نظمتها جامعة الإمارات العربية المتحدة في الفترة من ٣٠-١ مايو ٢٠٠٠

(٢) د. صالح بن عبدالله العوفي - مرجع سابق - ص ٧١

(٣) Ralph B. Lake & UGu Data - Letter of Intent and other Per - contractual documents - Butterworth legal Publishers 1989 - p. 3

المفاوضات، ومدتها، والدراسات التي سيقوم بها كل طرف حول مختلف الجوانب الفنية والمالية والتنفيذية للعملية المزمع الارتباط بها^(١).

وقد يشترط في هذا النوع من الخطابات المحافظة على سرية المعاملات التي يتحصل عليها كل طرف خلال التفاوض، وذلك للمحافظة على حقوق الطرف صاحب الحق في هذه المعلومات، ومن ثم حقه في المطالبة بالتعويض فيما لو أن الطرف الآخر لم يحافظ على سرية المعلومات، ويعتبر هذا الشرط ملزماً قانوناً، وتبقى مستقلة عن العقد المزمع إبرامه في حال قطع المفاوضات^(٢).

النوع الثالث: خطاب الاتفاق المبدئي الحر: وهو الخطاب الذي يصدره أحد المتفاوضين بعد قطع شوط كبير في المفاوضات يوضح فيه ارتضاءه بالأمر التي توصلت إليها المفاوضات^(٣).

وهذا الخطاب يتضمن عادة الشرط المشهور Subject to contract ومقتضاه أن الالتزام بالأمر والأشياء الأساسية التي ارتضاها محرر الخطاب معلق على النص عليه في العقد النهائي وبعد توقيعه من الأطراف^(٤).

النوع الرابع: خطاب الاتفاق المبدئي التعاقدي: في هذا النوع من الخطابات يتم النص صراحة على أن الأطراف قد توصلوا إلى الاتفاق على بعض النقاط الأساسية والجزئية، ولكن يحرص الأطراف على النص على أن الاتفاق غير ملزم للطرفين إلا بعد توقيع العقد النهائي^(٥).

(١) د. أحمد عبد الكريم سلامة - النظام القانوني لمفاوضات العقود الدولية - مرجع سابق - ص ٣٤٨

(٢) د. صالح بن عبدالله العوفي - مرجع سابق - ص ٧١

(٣) د. محمد حسين منصور - مرجع سابق - ص ٤٤

(٤) د. أحمد عبد الكريم سلامة - قانون العقود الدولية - مرجع سابق - ص ٤٢

(٥) د. محمد حسين منصور - مرجع سابق - ص ٤٣

وهذا النوع من الخطابات يقابل بكثرة في مجال مفاوضات نقل التكنولوجيا وحقوق المعرفة الفنية، ويلاحظ هنا وجود اتفاق تعاقدي حقيقي على تلك الالتزامات، بحيث إن مخالفتها ترتب المسؤولية التعاقدية^(١)

النوع الخامس: خطاب مشروع العقد النهائي: وهو الخطاب الذي يفيد أن مرحلة المفاوضات تمخضت عن تصور لمشروع العقد، وأن الاتفاق تم التوصل إليه ولكن تنفيذ العقد يعتمد على استيفاء بعض الشروط أو حدوث أمر معين، مثل المعرفة الفنية أو اشتراط الحصول على تسهيل ائتماني أو قرض معين والحصول على التراخيص اللازمة^(٢)، وهذا هو النوع الذي يطلق عليه الاتفاقيات المرحلية أو الاتفاقيات الجزئية.

رابعاً القيمة القانونية لخطابات النوايا:

اختلف الفقهاء بمختلف مذاهبهم ومشاربهم في القيمة القانونية لخطابات النوايا وفي طبيعة المسؤولية المترتبة على الإخلال بأي التزامات في مرحلة التفاوض ككل، حيث يرى بعض الفقهاء أنها من طبيعة عقدية، ومنهم من يرى أنها من طبيعة شبه عقدية وآخرون يرون أن الإخلال ببنود خطابات النوايا توجب المسؤولية التقصيرية^(٣). وهذا ما سوف نناقشه بشيء من الإسهاب عند تناول الطبيعة القانونية للمسؤولية الناشئة عن المفاوضات التجارية الدولية

والصحيح أن مسألة تكييف القيمة القانونية لخطابات النوايا تعتمد في المقام الأول على أسلوب صياغتها وعباراتها والألفاظ التي تتضمنها، وواقع الأمر أنه من غير المتصور أن تضع تكييفاً واحداً لكافة أنواع خطابات النوايا حيث تتعدد التكييفات القانونية بتعدد هذه الأنواع والصور^(٤).

(١) د. أحمد عبد الكريم سلامة - قانون العقود الدولية - مرجع سابق - ٤٣

(٢) د. أحمد عبد الكريم سلامة - قانون العقود الدولية - مرجع سابق - ٤٤، د. صالح بن عبدالله العوفي - مرجع سابق - ص ٧٢

(٣) د. جمال فاخر النكاس - مرجع سابق - ص ١٧٩

(٤) د. محمد حسام محمود لطفي - مرجع سابق - ص ١١

ووفقا للنظرية العامة لتنازع القوانين في العقود، فإن القانون الواجب التطبيق على خطابات النوايا هو قانون الإرادة وهو الذي يحدد القيمة القانونية لها ومدى قوتها الإلزامية، والآثار المترتبة عليها. ذلك أن من ثوابت النظام القانوني للعقود الدولية، أن إرادة الطرفين تتمتع بسيادة واستقلال، ويستطيع الأطراف تقليص مشكلة تنازع القوانين في حال تحديدهم للقوة والقيمة القانونية لخطابات النوايا الصادرة عنهم^(١).

وفي الحياة العملية يسعى الأطراف على عدم منح خطاباتهم الصبغة الإلزامية، ويؤكدون على حريتهم في التعاقد وبأن عزمهم غير بات، كي لا يتحملوا المسؤولية في هذه المرحلة. وتبقى خطاباتهم مجرد تعهدات أخلاقية لا أثر لها في القانون.

وعلى العكس مما سبق يمكن للأطراف تقرير قيمة قانونية لخطابات النوايا وذلك في حالة أن تضمنت خطابات النوايا الصادرة عنهم اتفاقا على بعض المسائل، وفي مثل هذه الحالات يكون مقبولا القول بأن الأطراف قد توصلوا إلى اتفاق ملزم قانونا^(٢) وهو ما يطلق عليه بالاتفاقات الجزئية والاتفاق المبدئي بالتفاوض وهو ما سوف نناقشه في الفصول اللاحقة لأهميتها كمستندات معاصرة لمرحلة التفاوض.

وتخضع خطابات النوايا لقانون المحل في النواحي الشكلية وفي جوانبها الموضوعية ما لم يحدد الأطراف قيمته القانونية فإنه يخضع للقانون الواجب التطبيق وهو القانون الذي يختاره أطرافه صراحة أو ضمنا، أو قانون محل إعداد وتحرير الخطابات أو قانون الموطن المشترك^(٣).

وعموما فإن القوانين الوطنية تختلف إلى ثلاثة مذاهب مدرسية بشأن القيمة القانونية لخطابات النوايا، هي:

(١) د. أحمد عبد الكريم سلامة - قانون العقد الدولي - مرجع سابق - ص ٤٩

(٢) د. صالح بن عبدالله العوفي - مرجع سابق - ص ٧٢

(٣) د. أحمد عبد الكريم سلامة - قانون العقد الدولي - مرجع سابق - ص ٥٠

المدرسة الأولى: المدرسة الفرنسية: وهذه المدرسة تقرر أن خطابات النوايا الموقعة من أطرافها والمثبتة لاتفاقيات بينهما تعد عقدا يخضع لأحكام وقواعد العقود ولها قوة إلزامية وترتب المسؤولية حالة الإخلال ببندوها^(١).

المدرسة الثانية: المدرسة الانجليزية : تتبنى هذه المدرسة رأيا مخالفا لرأي المدرسة الفرنسية، وترفض الولوج إلى المنطقة العقدية مادام طرفاها مازالا في مرحلة المساومة، فهي لذلك تعطي أهمية كبيرة للشكليات بما فيها تحرير العقد، والرأي السائد في هذه المدرسة أنه ليس لخطاب النوايا، بحسب الأصل قيمة تعاقدية، وبالتالي ليس له قوة ملزمة على أطرافه، ويعد مجرد وعد واتفاق شرف لا يصلح أن يرتب التزاما تعاقديا على عاتق طرفيه في غير وجود إرادة صريحة لهما بذلك، ومن ثم لا يكون ملزما، ويتأكد عدم إلزام خطاب النوايا وتجرده من كل قيمة قانونية إذا انطوى على عبارة أن احترام ما ورد بالخطاب والالتزام به معلق على التوقيع على شروط العقد النهائي subject to contract clauses، حتى ولو تضمن الخطاب، في ذات الوقت، النص على ضرورة تفاوض الأطراف بحسن نية^(٢).

وعلى ذلك فإن القانون الانجليزي لا يعرف فكرة عقد التفاوض الذي يلزم أطرافه بالتفاوض بحسن نية، وفي حالة عدم الاستعداد إلى نية أطرافه في شأن مدى قوته الملزمة أو أثره من أسلوب صياغته فإن محاكم القانون العام في إنجلترا (Common Law) تميل إلى عدم اعتباره قابلا للتنفيذ^(٣).

المدرسة الثالثة- المدرسة الأمريكية: لقد اتخذت المدرسة الأمريكية رغم انتمائها لعائلة القانون العام موقفا مغايرا عن موقف المدرسة الانجليزية فيما يتعلق بالقوة الملزمة لخطابات النوايا، فالمدرسة الأمريكية تعتد بنية الأطراف، فإذا ما ثبت أن

(١) د.أحمد شرف الدين - مرجع سابق - ص ٧٤

(٢) M. RICCOMAGNO: Boundary between binding and non binding nature of letters of intent (and heads of agreements) in sale transactions, Int. Bar Ass. Conference, Canne 1992, p. 5.

(٣) سمير عبد السميع الأودن - خطابات النوايا في مرحلة التفاوض على العقد - طبعة ٢٠٠٥م - منشأة المعارف بالإسكندرية - ص ٢٨

الأطراف قصدوا من تحرير المستند إثبات ما تم التوصل إليه من اتفاقيات فإنه يشكل عقدا دون حاجة إلى انتظار العقد النهائي. بل تعتبر خطابات النوايا ملزمة إذا كانت معلقة على شرط معين تم تحقيقه، والمحاكم الأمريكية تعمل على كشف النية الحقيقية للأطراف من واقع ما تضمنه الاتفاق أو في الظروف المحيطة به لتنتهي إلى مدى إلزامية الوثيقة وترتيب المسؤولية على من يخالف مقتضياته^(١).

وعلى ذلك فإن الملاحظ أن المدارس الثلاث تعتد بشكل ما بصيغة خطابات النوايا لتحديد قيمتها القانونية، لذلك فإن الصياغة الجيدة لخطابات النوايا التي تعكس إرادة الطرفين أو إرادة محررها وتراعي القانون الواجب التطبيق عليها لن تؤدي إلى حدوث نزاع حول تكييفها، كما ستؤدي إلى علاقة جيدة خالية من المنازعات المستقبلية. واهتمام المدارس الثلاث بصيغة الخطابات تؤكد أثر صياغة خطابات النوايا في تكييفها القانوني.

ولعل العيوب الكثيرة التي تصاحب خطابات النوايا راجعة إلى العيب في الصياغة بسبب أن القائمين بها يكونون في العادة من رجال الأعمال أنفسهم أو بواسطة الفنيين والموظفين في القطاع التجاري الذين وإن كان تكوينهم المهني يمكنهم من تقدير بعض جوانب موضوع التعاقد، إلا أنهم يفتقرون إلى القدرة على استخدام اللغة القانونية السليمة التي تعكس الإرادة الحقيقية للأطراف.

التكييف الشرعي : الشريعة الإسلامية لا تصوغ نظريات عامة، بل تستخلص فيها النظريات من واقع تحليل وتأصيل التطبيقات التفصيلية، و من تناولوا نظرية العقد في الفقه الإسلامي من الفقهاء لم يفرّدوا بابا خاصا لمستندات ما قبل التعاقد، إلا أنه قياسا على العقود المعلقة، وهي العقود التي ترتبط وجودها بوجود أمر آخر بأداة من أدوات الشرط، وقياسا على العلة التي شرعت من أجلها الخيارات في العقود، لاسيما

(١) د. أحمد شرف الدين - مرجع سابق - ص ٧٩

خيار الشرط الذي شرع للتروي والمشورة، ولتفادي الوقوع في الغرر والخديعة^(١)، ولهذه الأسباب يتبادل المتفاوضون خطابات النوايا قبل إبرام العقد النهائي، حتى لا يكون هنالك ضرر لأي من الجانبين لاسيما أن المصالح التي قصدها الشارع في تشريع المعاملات هي مراعاة الضرورات والحاجيات والتحسينات ودفع الحرج والمشقة عنهم. وعلى ذلك فإن خطابات النوايا تعد من الناحية الشرعية جائزة طالما أن الأطراف قصدوا بها التيسير على أنفسهم وكان فيها قضاء لحوائجهم، بعيدا عن المكر والخداع والغش، وكلما اختلت هذه المقاصد في خطابات النوايا اختلت مشروعيتها بالقدر الذي توجد فيها المقاصد السيئة والنوايا الفاسدة.

وبما أن النوايا والمقاصد في العقود من الأمور الخفية الكامنة في النفس وهي بحاجة إلى مظهر لها، والكتابة هي الأداة المستخدمة في خطابات النوايا للتعبير عن إرادة الأطراف، وهذه الإرادة تستشف من صيغة خطاب النية التي تدل على الإرادة الظاهرة لمحرره أو لطرفيه إن كان الخطاب إثباتاً لما تم التوصل إليه، والفقهاء الإسلامي يعدد بالإرادة الظاهرة التي تستخلص من العبارات والصيغ المستعملة فإذا تعذر ذلك يبحث عن الإرادة الباطنة، ولا يلجأ إلى المقاصد والنيات مع وضوح الألفاظ والعبارات ما لم يتعذر أعمال الحقيقة أو تعارضت الدلالة مع التصريح^(٢).

وعلى ذلك فإن القيمة القانونية لخطابات النوايا يتم استخلاصها من الصيغة التي ضبطت بها فهي تكون ذات طبيعة عقدية متى ما اتجهت إرادة طرفيه لذلك أو كان الخطاب إثباتاً لما تم التوصل إليه، وما ذهبت إليه المدرسة الأمريكية هي الأقرب إلى ما عليه الفقهاء الإسلامي بشأن التكييف الشرعي لخطابات النوايا، لاسيما تلك التي يقرر فيه بالزامية خطابات النوايا إذا كانت معلقة على شرط معين تم تحقيقه، فهذا

(١) د. محمد مصطفى شلبي - مرجع سابق - ص ٥٩٨

(٢) السهوري: د. عبد الرزاق السهوري - مصادر الحق في الفقه الإسلامي - دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع - القاهرة دون تاريخ - ج ٦

الرأي يطابق تماما مفهوم العقد الموقوف في الفقه الإسلامي الذي يوجد العقد الموقوف عند تحقق المعلق عليه، وترتيب آثاره بتحقيقه^(١).

(١) د. عبد العظيم شرف الدين - مرجع سابق - ص ٦٦٥

المطلب الثاني

الاتفاق المبدئي على التفاوض في مرحلة المفاوضات

الأصل الذي لا خلاف حوله أن الأطراف لهم الحرية الكاملة في التفاوض، وحتى لا تكون هذه الحرية سببا في إضاعة الوقت والجهد والمال، يقوم الأطراف بالتوقيع على اتفاقيات لتنظيم عملية سير المفاوضات ولعل أهم تلك الاتفاقيات هو الاتفاق المبدئي بالتفاوض والذي يعرف أحيانا بعقد التفاوض وإن كانت الأولى هي الأكثر استخداما لدى الفقهاء وشرح القانون الدولي الخاص.

أولا: تعريف الاتفاق المبدئي على التفاوض:

هو اتفاق يلتزم بموجبه المتفاوضون بالبداية في المفاوضات ومتابعته بحسن نية، ويعد هذا الاتفاق الخطوة الأولى في التنظيم الاتفاقي للمفاوضات وأكثرها أهمية. ولم يرد تعريف لهذا الاتفاق في القانون المدني السوداني كما هو الحال في أغلب القوانين المدنية التي جاءت معظمها خالية من تنظيم مرحلة التفاوض، ولخلو أغلب التقنينات المدنية من الإشارة إلى مرحلة المفاوضات، حاول الفقهاء سد هذه الثغرة في القوانين بتناول عقد التفاوض بالشرح والتعليق باعتباره من العقود غير المسماة.

فعرفه البعض بأنه " اتفاق يلتزم بمقتضاه شخص قبل الآخر بالبداية في التفاوض، أو بمتابعته، بشأن عقد معين بهدف إبرامه"^(١).

وعرفه الدكتور أحمد عبد الكريم سلامة بأنه عقد بمقتضاه يتعهد طرفاه ببداية التفاوض أو متابعته، أو تنظيم سير المفاوضات، بغرض التوصل إلى إبرام عقد في المستقبل^(٢).

(١) د. محمد حسن قاسم - مرحلة التفاوض في عقد الميكنة المعلوماتية دراسة مقارنة - دار الجامعة الجديدة للنشر - الإسكندرية بدون سنة طبع - ص ١٨٢

(٢) د. أحمد عبد الكريم سلامة - النظام القانوني لمفاوضات العقود الدولية - بحث منشور بمجلة الحقوق - كلية الحقوق جامعة البحرين - المجلد الأول - العدد الثاني - يوليو ٢٠٠٤ م - ص ٣٨٤

وجاء حكم التحكيم الصادر عن الغرفة التجارية الدولية CCI في ٢٦ أكتوبر سنة ١٩٧٩ قريبا من تعريف الفقهاء حيث عرفته بأنه " عقد بمقتضاه يتعهد طرفاه بالتفاوض أو بمتابعتة من أجل التوصل إلى إبرام عقد معين لم يتحدد موضوعه إلا بشكل جزئي لا يكفي في جميع الأحوال لانعقاده"^(١).

ثانياً: الخصائص المميزة للاتفاق المبدئي على التفاوض:

من خلال هذه التعريفات يتضح أن الاتفاق المبدئي بالتفاوض يتميز بعدة خصائص يمكن تلخيصها في الآتي:

الخاصية الأولى: الاتفاق المبدئي اتفاق تمهيدي:

يعتبر اتفاق التفاوض اتفاقاً تحضيرياً يقصد به تنظيم العلاقة بين الطرفين بغية الوصول إلى إبرام العقد المستقبلي المستهدف، فهو من قبيل الاتفاقيات التمهيدية preliminary agreement التي تسبق العقد النهائي وتؤدي إليه، وتعد خطوة تمهيدية في مسيرة المفاوضات لإبرام العقد المستقبلي المراد إبرامه قد تنجح وقد تخفق في التوصل إليه تبعاً لنجاح أو فشل المفاوضات.

والاتفاق المبدئي على التفاوض يتميز عن العقد المعلق على شرط أو أجل، كما يستقل عن العقد غير اللازم الذي يتضمن تحفظاً يجيز العدول عنه حتى ولو كان هذا العدول دون مقابل، كما يختلف عن البروتوكول الاتفاقي في أن الأخير يتضمن رضاً حقيقياً لا رجعة عنه ولا ينقصه حتى يعتبر عقداً نهائياً سوى الاتفاق على المسائل التفصيلية المتعلقة بتنفيذه^(٢).

الخاصية الثانية: الاتفاق المبدئي اتفاق رضائي يخضع للأحكام العامة للعقود

(١) د. أحمد عبدالكريم سلامة - النظام القانوني لمفاوضات العقود الدولية - مرجع سابق - ص ٣٨٤ ، د. عبد العزيز المرسي حمود - مرجع سابق - ص ٣١ مشيراً إلى Sentence chamber de commerce internationale dans l'affaire N3132 le 26 octobre 1979 R arb 1983 P.p525-531.comm

(٢) د. محمد حسين منصور - مرجع سابق - ص ١٠٦

يتم الاتفاق 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 والمحل والسبب، ويكفي لانعقاده توجيهه إيجاب ممن هو أهل بالتعاقد وقبول ذلك 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 عرفاً أو بطريقة ضمنية أو بالوسائل الإلكترونية الحديثة^(١).

ولا تتعارض هذه الخاصية مع خصائص العقود في نظرية العقد في الفقه الإسلامي طالما كان هناك باعث على التعاقد وهو إتمام العقد النهائي، ولا يقدر في صحة الرضا التعبير عنه بالوسائل الحديثة إذ أن ذلك من وسائل التعبير المتداولة عرفاً في عقود التجارة الدولية.

كما أن محل العقد وهو السعي إلى التوصل إلى إبرام العقد النهائي لا يتعارض مع اشتراط وجود المحل في نظرية العقد في الفقه الإسلامي ذلك أن فقهاء الشريعة الإسلامية أجازوا استثناء بعض العقود من شرط وجود المحل على سبيل الاستحسان لحاجة الناس إليها وهذه العقود كثيرة منها عقود السلم والاستصناع^(٢). وبالقياس على ما أجازته الإمام مالك ببيع ما طاب مع ما لم يطب من الثمار لموضع الضرورة^(٣)، نرى أن الاتفاق المبدئي على التفاوض جائز على سبيل الاستحسان لحاجة الناس إلى ذلك، ويعد عقداً حقيقياً غير مسيى وفقاً لنظرية العقد في الفقه الإسلامي.

(١) د. محمد حسين منصور - مرجع سابق - ص ٤٩

(٢) قرر ابن القيم أن الوجود ليس شرطاً في المحل وقال في هذا الصدد: ليس في كتاب الله ولا سنة رسوله ما يفيد أن العقد على المعلوم غير جائز. وما ورد في السنة من النهي عن بعض الأشياء المدمومة كقوله عليه السلام "لا تبع ما ليس عندك" فليس العلة فيه العدم وإنما هو الغرر بسبب عدم القدرة على التسليم وأن المعيار في عدم الصحة هو الغرر لا العدم - للاستزادة راجع إعلام الموقعين ج ١ ص ٢٥٧

(٣) ابن رشد: الإمام محمد بن أحمد بن رشد القرطبي - بداية المجهد ونهاية المقتصد - الطبعة السابعة - دار المعرفة للطباعة والنشر - بيروت ١٩٨٥ هـ - ج ٢ ص ١٥٧

الخاصية الثالثة: الاتفاق المبدئي اتفاق مؤقت provisional agreement :

فهو اتفاق يتم إبرامه لمدة غير محدودة ، وهي المدة التي تستغرقها المفاوضات بين الطرفين. تنتهي بانتهاء مرحلة المفاوضات سواء توصلت المفاوضات للنتيجة المرجوة أو لم تتوصل إليها، ومرجع ذلك أن عقود المفاوضات لا تعد الغاية الأساسية للأطراف، وتعد هذه الاتفاقية مجرد وسيلة للوصول إلى العقد الأصلي المراد إبرامه وبانتهاء هذه المرحلة يزول كل أثر للاتفاق المبدئي على التفاوض "عقد المفاوضات"، مع عدم الإضرار بحقوق الغير الذين اعتقدوا بحسن نية في تعلق الأمر بعقد نهائي^(١).

الخاصية الرابعة: الاتفاق المبدئي يكون عادة غير محدد المدة

يلجأ أطراف التفاوض عادة إلى عدم تقييد مفاوضاتهم بمدة محددة، ولهذا يجوز لكل متفاوض، طبقاً للقواعد العامة في العقود غير محددة المدة، أن ينهي اتفاق التفاوض في الوقت الذي يريده، شريطة أن يخطر المتفاوض الآخر بذلك في الوقت المناسب وإلا اعتبر مغلاً بالتزامه بالتفاوض بحسن نية^(٢).

ورغم تمتع اتفاق التفاوض بهذه الخاصية بصفة عامة إلا أن ذلك لا يمنع من تحديد مدة محددة للمفاوضات لاسيما في الصفقات التجارية التي لا تحتمل التأجيل بطبيعتها، وبانتهاء المدة المحددة بالتفاوض يتحلل كل متفاوض من التزاماته ولا يكون أي من الطرفين مسئولاً عن ما يترتب على هذا التحلل ما لم يثبت أن أحدهما تسبب بسوء قصد في عدم الوصول إلى اتفاق في الزمن المحدد فحينئذ يكون هذا المتفاوض مسئولاً عن تعويض المتفاوض الآخر.

(١) د. أحمد عبد الكريم سلامة - النظام القانوني لمفاوضات العقود الدولية - مرجع سابق - ص ٣٨٥ مشيراً إلى LONCLE et TROCHON.p5

(٢) درجب عبد الكريم عبد اللاه - مرجع سابق - ص ٣١٠

الخاصية الخامسة: الاتفاق المبدئي ينشئ التزاما بالتفاوض بحسن نية:

الاتفاق المبدئي بالتفاوض يرتب التزاما بضرورة التفاوض بحسن نية على عاتق كل من الطرفين، باعتبار أن هذا الاتفاق تصرف قانوني نتج عن تلاقي إرادتين، ولقد استقر الفقه والقضاء الدولي على أن الاتفاق المبدئي ينشئ على عاتق الأطراف التزاما اتفاقيا بالاستمرار في المفاوضات وإدارتها بحسن نية للوصول إلى اتفاق بشأن المسائل التي لم تتم مناقشتها ويترب هذا الالتزام بمقتضى هذا الاتفاق كأثر فوري ومباشر له^(١).

ينطوي الالتزام بالتفاوض على التزام ذي شقين؛ الشق الأول التزام غايته الدخول في المفاوضات، بحيث يسأل المتعاقد إذا هو امتنع عن الدخول في المفاوضات دون حاجة إلى إثبات إهماله أو سوء نيته، أما الشق الثاني فهو الالتزام بالاستمرار في المفاوضات وهذا التزام ببذل عناية بمعنى أن يسلك المفاوض في أثناء المفاوضات مسلك الرجل العادي، فلا يعرقل سير المفاوضات أو ينسحب منها تعسفا أو لسبب غير مألوف^(٢).

ثالثاً: صور اتفاق التفاوض:

يتخذ اتفاق التفاوض في عقود التجارة الدولية إحدى صورتين إما أن يكون اتفاقاً مستقلاً وإما أن يكون شرطاً مدرجاً في العقد الأصلي.

١. **الاتفاق المستقل على التفاوض:** يعد الاتفاق المستقل على التفاوض هو الأكثر شيوعاً في الحياة العملية، باعتبار أن هذا الاتفاق يتم في المراحل التمهيدية للتعاقد وإبرام الصفقات التجارية، لذا يرفض رجال الأعمال الدخول في المفاوضات بموجب اتفاق مستقل وقائم بذاته وذلك لضمان حسن سير المفاوضات، وهذه هي الصورة الأكثر استخداماً في المرحلة الأولية للتعاقد، على أنه

(١) د. محمد حسين عبد العال - مرجع سابق - ص ١١١

(٢) د. محمد إبراهيم دسوقي - مرجع سابق - ص ١٠٧

قد يحدث أن يكون العقد المزمع التفاوض عليه عقدا قائما بالفعل بين الطرفين ويرغب الطرفان في إعادة إبرامه مرة أخرى في المستقبل، ومع ذلك يتم الاتفاق على إعادة التفاوض في اتفاق لاحق ومستقل عنه^(١) وهذه الحالة نادرة الحدوث في الحياة العملية إذ يفضل الأطراف إدراج التفاوض كبند في العقد القائم في حال الرغبة في تجديد العقد القائم.

٢. اتفاق التفاوض كشرط أو بند في عقد قائم: يتخذ اتفاق التفاوض أحيانا في الحياة العملية صورة شرط أو بند مدرج في عقد أصلي قائم بين الطرفين وهو ما يحدث بصفة خاصة في العقود ذات التنفيذ المستمر لمواجهة الصعوبات التي يتعرض لها العقد في مرحلة التنفيذ، وأكثر شروط التفاوض استخداما في الحياة العملية تتمثل في ثلاث حالات هي:

أ- شرط إعادة التوازن العقدي: مما لا شك فيه أن فكرة التوازن العقدي تلعب دورا محوريا في عقود التجارة الدولية وتلقى اهتماما بالغا في بنائها، والأطراف يتوصلون من خلال المفاوضات إلى خلق هذا التوازن العقدي في حينه^(٢)، كل شرط أو بند تم الاتفاق عليه يمثل عنصرا أساسيا في تحقيق التوازن طالما تم الاتفاق عليه بعد مناقشته، وتحسبا لاختلال هذا التوازن مستقبلا عند تنفيذ العقد يدرج المتعاقدان هذا الشرط في عقدهما ويلتزمان بموجبه بالتفاوض لتعديل أحكام العقد إذا ما طرأت ظروف غير متوقعة من شأنها أن تؤثر في التوازن الاقتصادي للعقد^(٣).

وقد شاع استخدام هذا الشرط في عقود التجارة الدولية تحت مسمى شرط "Hardship" وهو مصطلح انجليزي يعبر عن المشقة العقدية أو الأزمة التي

(١) د.رجب عبد الكريم عبد الله - مرجع سابق - ص ٣١٠

(٢) د.محمد إبراهيم مرسي - التطوع القضائي للقواعد القانونية الواجبة التطبيق في مجال عقود التجارة الدولية - بدون رقم طباعة ٢٠٠٥ - دار الجامعة الجديدة للنشر بالإسكندرية - ص ٤٢

(٣) د.عبد العزيز المرسي حمود - الجوانب القانونية لمرحلة التفاوض ذو الطابع التعاقدية - مرجع سابق - ص ٤٩

يمر بها العقد نتيجة تغير الظروف الاقتصادية التي أبرم في ظلها، وقد ترتب على تكرار هذا الشرط في عقود التجارة الدولية وشيوع استخدامه أن أصبح شرطا مألوفاً في هذا المجال مما أدى إلى القول بأن هذا الشرط بمثابة قاعدة من قواعد التجارة الدولية ولقد ذهب جانب من الفقه إلى اعتبار أن هذا الشرط يضمن تلقائياً في عقود التجارة الدولية^(١) وسوف نناقش هذا الشرط بشيء من التفصيل عند تناول أثر الظروف الاقتصادية على تنفيذ عقود التجارة الدولية.

التكييف الشرعي لشرط إعادة التوازن : حيث إن الأحكام في الفقه الإسلامي مبنية على العدالة والشرف، وشرط إعادة التوازن في العقود الغاية منها تحقيق العدالة فيما بين الأطراف في حال المشقة الناتجة لظروف غير متوقعة، وتحقيق العدالة غاية شرعية، ومن القواعد الشرعية الدالة على ذلك قوله تعالى " لا يكلف الله نفساً إلا وسعها" بمعنى أن الإنسان لا يسأل إلا عن الأمور التي في وسعه وطاقته مجاهبتها ولا يكلف بما لا يطيق، ولقد وردت عدة تطبيقات في الفقه الإسلامي تدل على شرعية خلق التوازن العقدي فيما بين أطرافه وجاءت تطبيقات ذلك في عدد من العقود حيث أجازوا فيها تحلل الأطراف من الالتزامات العقدية أو تخفيفها استناداً إلى فكرة القوة القاهرة والظروف الطارئة، فالقوة القاهرة متى ما تحققت فهي تؤدي إلى إعفاء المدين من المسؤولية عن الإخلال بالتزاماته العقدية، بينما أن الظروف الطارئة إذا تحققت شروطها، يصبح التزام المدين مرهقاً فيطلب من الطرف الآخر تخفيفه وإلا خفف بحكم القاضي، ويرتكز الفقه الإسلامي في تبريره للنظريتين على قواعد شرعية كلية كقاعدة "لا ضرر ولا ضرار" وقاعدة درء المضار أولى من جلب

(١) د. أبو العلا على أبو العلا النمر - مفاوضات عقود التجارة الدولية - مرجع سابق - ص ٧٨ مشيراً إلى F. Osman "les principes generaux de la lex mercatoria contribution a l'etude d'un ordre juridique anational" L.G.D.J 1992. p. 162

المنافع وغيرها^(١) وسوف نتناول ذلك بشيء من التفصيل عند تناول أثر الظروف الطارئة في تنفيذ العقد لاحقاً.

ولا يقدر في شرعية هذا الشرط قوله تعالى "وأوفوا بالعقود" حيث لا يتعارض ذلك مع اتفاق الطرفين على التعديل إذا تبدلت الظروف عند تنفيذ العقد واختلفت عن ظروف نشأته فأضر التنفيذ بأحد المتعاقدين. ومن هنا نشأت نظرية العذر في المذهب الحنفي ونظرية الجائحة في المذهب المالكي والحنبلي وكذلك نظرية الضرورة في الفقه الإسلامي^(٢)، وكل هذه النظريات قائمة على منع الضرر بأحد العاقدين بسبب تبدل ظروف تنفيذ العقد واختلافها عن ظروف نشأته وهي في ذلك تقترب من نظرية الحوادث الطارئة بمفهومها الحديث. وعلى ذلك فإنه لا يقدر استخدام مثل هذا الشرط في العقود وفقاً لنظرية العقد في الفقه الإسلامي،

ب)- شرط تسوية المنازعات ودياً: وهو شرط يدرجه المتعاقدان في العقد القائم بينهما ويلتزمان بموجبه في حل الاختلافات والمنازعات المتعلقة بتنفيذ العقد ودياً قبل اللجوء إلى التحكيم أو الجهات القضائية، ولا ينكر أحد أهمية التسوية الودية للخلافات في عقود التجارة الدولية وذلك نظراً لما تتسم به هذه العقود من طابع فني معقد يصعب فهمه، كما هو الحال في عقود نقل التكنولوجيا وعقود التشييد وعقود الامتياز التجاري، ولذا تكون التسوية الودية هي الأمثل لحل منازعات التجارة الدولية للحفاظ على العلاقات الطيبة بين الطرفين^(٣).

(١) المستشار أحمد منير فهبي - القواعد العربية والدولية للقوة القاهرة والظروف الطارئة وتطبيقاتها في العقود التجارية - طبعة ١٤١٥ هـ -

مطابع البيان - الرياض - ص ١٤

(٢) د. عبد السلام الترماني - نظرية الظروف الطارئة دراسة تاريخية ومقارنة في الشريعة الإسلامية والشرائع الأوروبية وتطبيقات النظرية في

تقنيات البلاد العربية - بدون سنة طبع - دار الفكر بيروت - ص ٤٥

(٣) د.رجب عبد الكريم عبد اللاه - مرجع سابق - ص ٣١٦

ج- شرط المستقبل: يقصد بشرط المستقبل الشرط الذي يدرجه المتعاقدان لتجديد العقود المحددة المدة ويلتزمان بموجب هذا الشرط بالتفاوض عند انتهاء مدة العقد الأصلية لبحث إمكانية تمديده أو تجديده^(١).

يدرج هذا الشرط في عقود التجارة الدولية ذات الأهمية الاقتصادية مثل عقود الامتياز التجاري وعقود التوريد، وذلك لإتاحة الفرصة عند انتهاء مدة العقد أو عندما تشارف على الانتهاء وذلك للنظر في إمكانية تمديده بنفس شروطه أو تجديده بشروط جديدة.

رابعاً: التكييف الشرعي للاشتراط في العقود

وفقاً لأحكام العقود في نظرية العقد ولأحكام الشريعة الإسلامية عموماً فإنه يحق للأطراف وضع الشروط التي يرونها في تصرفاتهم القانونية على أن لا تكون تلك الشروط محرمة شرعاً، وإلى ذلك ذهب الحنابلة بإجازتهم لكل شرط لم يقدّم دليل من الشارع على النهي عنه أو عدم اعتباره، فهو ملزم يجب الوفاء به من غير تقييد بمقتضى العقد، ذلك لأن الناس عند شروطهم وعليهم رعاية عهودهم^(٢)، أما جمهور الفقهاء من الشافعية والحنفية والمالكية يرون أن كل شرط يشترطه المتعاقدان في عقدهما ويخالف الأحكام الشرعية، أو يزيد على مقتضى العقد الذي اشترط فيه دون أن يرد أثره، يعتبر شرطاً لا يقره الشرع ولا يراعاه ومن ثم لا يعتد به وقد خالفهم في ذلك أصحاب المذهب الظاهري^(٣).

وعلى ذلك فإن الشروط التي يشترطها الأطراف في اتفاق التفاوض والمتعلقة بشروط إعادة التوازن وشرط المدة وشرط المستقبل لا يخالف قاعدة شرعية بل لها سند من الشرع بصحتها.

(١) د.عبد العزيز المرسي حمود - الجوانب القانونية لمرحلة التفاوض ذو الطابع التعاقدية - مرجع سابق - ص ٥٣

(٢) ابن قدامة: عبدالله بن أحمد ابن قدامة المقدسي الجماعيلي الدمشقي الصالحي الحنبلي، أبو محمد - المغني - تحقيق عبدالله بن عبدالمحسن التركي وعبد الفتاح محمد الحلو - الطبعة الأولى - دار هجر للطباعة والنشر - القاهرة ١٩٨٨م - الجزء ٤ ص ٣٣٩

(٣) الإمام أبو زهرة. الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية - مرجع سابق - ص ٢٤٥ وما بعدها

خامساً: انعقاد اتفاق التفاوض واستخلاص التراضي فيه:

ينعقد عقد التفاوض كغيره من العقود بتوافر شروط الانعقاد وشروط الصحة اللازمة لكل عقد بوجه عام، فهو ينعقد بتوافق إيجاب وقبول ممن هم أهل بذلك للتفاوض لإبرام العقد المراد إبرامه في المستقبل، وهذه الموافقة لا يشترط أن تكون صريحة بل يكفي لانعقادها الموافقة الضمنية.

لا تثير شروط الانعقاد وشروط الصحة أي إشكال خاص يخرج عن القواعد العامة استثناء شرط التراضي الذي يثير بالفعل إشكالا جوهريا يتعلق بكيفية استخلاص الرضى الضمني بالتفاوض، ويتم ذلك من واقع المستندات المتبادلة بين الطرفين في مرحلة التفاوض، وفي ذلك يفرق الفقه بين فرضين أولهما أن لا يشمل المستند ما يشير إلى وجود مفاوضات ذات طابع عقدي وفي هذه الحالة لا يعد الأمر سوى مجرد اهتمام بمشروع التعاقد، والفرض الثاني أن تدل المستندات المتبادلة على وجود ارتباط تعاقدى بين طرفي المفاوضة، بحيث يتضمن محتوى المستند إرادة الدخول في التفاوض مع الالتزام بالسعي نحو إبرام العقد النهائي. وتقدير الإرادة والتراضي الدالة على انعقاد العقد من عدمه يتم استخلاصه من النية الحقيقية للطرفين وفقا للقواعد العامة للتفسير^(١).

مجمل القول أنه متى ما كشفت المستندات المتبادلة في مرحلة المفاوضات عن ما يفيد التبادل الصريح أو الضمني المكون لاتفاق التفاوض في إطار تعاقدى فهذا يعني وجود اتفاق بالتفاوض.

* * * * *

(١) د. عبد العزيز المرسي حمود - الجوانب القانونية لمرحلة التفاوض ذو الطابع التعاقدى - مرجع سابق - ص ٤٢

المطلب الثالث

الاتفاقيات الجزئية في مرحلة المفاوضات

يلجأ أطراف المفاوضات في العقود الهامة وذات الطبيعة المعقدة إلى التفاوض بعد تجزئتها إلى أجزاء يتم التفاوض حول كل جزء بطريقة منفصلة متى ما كان العقد قابلاً لذلك، بحيث يتم توثيق كل مرحلة تم الاتفاق فيها على مسائل معينة في وثيقة مكتوبة، وذلك لكي لا يعودوا إلى مناقشتها مرة ثانية، ثم يوصلا التفاوض للاتفاق على النقاط المتبقية. ويلجأ الأطراف إلى هذه الطريقة تحقيقاً لمزيد من الأمان والاستقرار لعلاقتهم.

أولاً: تعريف العقد الجزئي^(*):

عرف بعض الفقهاء العقد الجزئي بأنه اتفاق يبرمه الطرفان في إحدى مراحل التفاوض ويحددان فيه بعض شروط العقد النهائي التي اتفقا عليها في تلك المرحلة^(١). كما عرفه آخرون بأنه اتفاق يتم إبرامه أثناء المفاوضات، يحدد الأطراف بمقتضاه مسائل التفاوض التي تمكنوا من الاتفاق بشأنها^(٢).

من خلال هذين التعريفين يتضح أن العقد الجزئي هو اتفاق تمهيدي يبرم أثناء التفاوض تمهيداً لإبرام عقد مستقبلي، وعلى ذلك فإن الاتفاقيات الجزئية تتميز عن بقية خطوات التفاوض في أنها تتضمن الاتفاق الصريح يحسم الأطراف بينهما عنصراً من عناصر العقد في حين أن بقية الخطوات التمهيدية مثل الاتفاق المبدئي بالتفاوض والاتفاقات المؤقتة لا تتضمن الاتفاق صراحة على حسم أي عنصر من

(*) يطلق البعض على الاتفاق الجزئي مسمى الاتفاق المرحلي، إلا أننا نرى أن مصطلح الاتفاق الجزئي يدل على حقيقة المقصود، كما أنه يدل على أن الاتفاق على مجمل العقد لم يتم التوصل إليه بعد وهو بذلك يعكس حقيقة الوضع، كما أنه ينأى عن المصطلح عن اللبس والغموض، أما مسمى الاتفاق المرحلي فهو كما قال الدكتور محمد حسن قاسم اصطلاح وصفي لطريقة التكوين التدريجي للعقد من خلال ما يتم التوصل إليه من اتفاقات جزئية متتابعة. انظر د. محمد حسن قاسم - مرجع سابق - هامش ص ٢٢٢،

د. رجب كريم عبد اللاد - مرجع سابق - ص ٥٠٧ وما بعدها

(١) د. رجب كريم عبد اللاد - مرجع سابق - ص ٥٠٨

(٢) محمد حسين عبد العال - مرجع سابق - ص ١٤١.

عناصر العقد المراد إبرامه، بل يكون التفاوض بحيث يتفقان في الرأي على مسألة تلو أخرى دون قصد الاتفاق إلا في إطار العقد النهائي فلا نكون هنا بصدد اتفاقيات جزئية لها آثارها المنفصلة^(١).

ولا شك أن توصل الأطراف المتفاوضة إلى اتفاق جزئي بشأن بعض عناصر العقد محل التفاوض يعني تقدم الأطراف المتفاوضة خطوة صوب العقد النهائي المراد إبرامه ويعني هذا بداهة أن مرحلة التفاوض مازالت مستمرة بشأن باقي أجزاء العقد محل التفاوض، وهنا يثور التساؤل عن مدى إمكانية القول بانعقاد العقد النهائي بالاتفاقيات الجزئية المبرمة بين الأطراف؟ وللإجابة على هذا السؤال يجري الفقه على التمييز بين صورتين للاتفاقيات الجزئية وحرري بنا تناول هاتين الصورتين للتوصل للإجابة على السؤال المطروح.

ثانياً: صور الاتفاقات الجزئية:

تتخذ الاتفاقيات الجزئية صورتين فهي إما أن تكون جزءاً من عقد واحد، وقد تكون جزءاً من مجموعة عقود. ولكل من هاتين الصورتين آثارها القانونية المختلفة.

الصورة الأولى: الاتفاق الجزئي في إطار عقد واحد:

في هذه الصورة من صور التعاقد الجزئي يتفق الأطراف على تقسيم العقد إلى أجزاء ومن ثم التفاوض على كل جزء من أجزاء العقد بصفة مستقلة عن بقية الأجزاء، ويتم في هذه الصورة من صور الاتفاق الجزئي إثبات ما تم الاتفاق بشأنه في وثيقة منفصلة وعلى أن يكون مصير انعقاد و نفاذ هذا الاتفاق مربوطاً بالتوصل إلى اتفاق كامل في باقي أجزاء العقد وينظر إليها مجتمعة كعقد واحد^(٢)، أي ينصب العقد في هذه الصورة على عنصر من عناصر العقد، فتتعدد العقود الجزئية في إطار عقد

(١) د. محمد إبراهيم دسوقي - مرجع سابق - ص ١١٢

(٢) د. أحمد شرف الدين - مرجع سابق - ص ١٠١

واحد، ومثال لذلك عقود نقل التكنولوجيا، ويتحقق هذا الاتفاق بطرق مختلفة من ذلك القبول الجزئي لإيجاب نهائي، أو القبول الكامل لعرض جزئي^(١).

والتساؤل الذي يطرح نفسه في مثل هذه الحالات وكما ذكرنا فيما تقدم، هو معرفة ما إذا كانت الاتفاقيات التي انصبت على بعض جزئيات العقد النهائي في إطار العقد، تؤدي إلى انعقاد ونفاذ العقد النهائي بين طرفيه أم لا تؤدي لانعقاده ونفاذه نسبة لعدم الاتفاق على ما تبقى من أجزاء العقد، وهذا ما أجاب عليه الفقه على فرضين هما:

الفرض الأول: تحديد الأطراف للقيمة القانونية للاتفاق الجزئي في إطار العقد الواحد: مما لا شك فيه أن الاتفاقيات الجزئية تكتسب قوتها الإلزامية من إرادة الطرفين، فلهم الحرية المطلقة في منح مثل هذه الاتفاقيات فاعليتها الكاملة، كما لهم حق تجريدتها من كل فاعلية لحين الاتفاق على باقي عناصر العقد المراد إبرامه، أي أن القيمة القانونية للاتفاق الجزئي تتوقف قبل كل شيء على إرادة الطرفين، فقد يعلقان انعقاد العقد النهائي على التوصل إلى اتفاق بشأن المسائل المؤجلة، وقد يعتبر الاتفاق الجزئي على بعض عناصر العقد النهائي كافياً بذاته لانعقاد العقد النهائي^(٢).

فإذا ما تم الاتفاق بين الطرفين على ربط مصير العقد الجزئي بالعقد النهائي فإن ذلك يعني تجريد العقد الجزئي من فاعليته المستقلة، فلا يكون له أي قيمة تعاقدية إذا لم يتوصل أطراف العلاقة التعاقدية إلى إبرام العقد النهائي، فإذا ما تم توقيع العقد النهائي اكتسبت هذه الاتفاقيات الطبيعة العقدية باعتبارها جزءاً من العقد النهائي^(٣)، ولا يجوز لأي من الأطراف التحلل منه بإرادته المنفردة سواء كان الاتفاق الجزئي يصلح بذاته لأن يكون عقداً نهائياً أولاً يصلح لذلك^(٤).

(١) د. رجب كريم عبد اللاه - مرجع سابق - ص ٥٠٨

(٢) د. محمد حسن قاسم - مرجع سابق - ٢٢٥

(٣) د. جمال فاخر النكاس - مرجع سابق - ص ١٧٥

(٤) د. محمد إبراهيم دسوقي - المراجع السابق - ١١٢

وقد جرت العادة في الحياة العملية في التفاوض على عقود التجارة الدولية على استخدام صيغ مختلفة للدلالة على قيمة الاتفاق الجزئي الذي تم التوصل إليه، ولعل أشهر الصيغ التي تستخدم لتجريد الاتفاق من قوته الإلزامية المستقلة هي الصيغة التي تقول "شريطة أن يتم إبرام العقد" ^(١) "Subject to contract" وهي تعني تعليق نفاذ الاتفاق لحين التوقيع على العقد النهائي أي يكون نفاذه رهن للتعاقد، وثمة صيغ أخرى كثيرة يجري العمل على استخدامها بقصد التأكيد على أن الاتفاق الجزئي مجرد من قوته الإلزامية التعاقدية، وتعليق نفاذه لحين إبرام العقد النهائي، ومن تلك الصيغ عبارة ليس عقدياً أو دون ارتباط، أو اعتبار الاتفاق وثيقة غير عقدية. وليس من شك في صحة مثل هذا الشرط من الناحية القانونية، فهو في الواقع أحد مظاهر الحرية التعاقدية التي يتمتع بها الطرفان في مرحلة التفاوض، والتي بمقتضاها يمكنهما الاتفاق على عدم اعتبار اتفاقهما الجزئي عقداً نهائياً حتى وإن كان ما تبقى من مسائل لم يتوصلا إلى اتفاق بشأنها يعد من قبيل المسائل الثانوية أو التفصيلية، ولاعتبار العقد النهائي قد انعقد يرى كثير من الفقهاء أن انعقاد العقد النهائي يقتضي أن يكون ما تم التوصل إليه بين الطرفين متضمناً كافة العناصر الجوهرية أو الأساسية للعقد النهائي، إذ أنه بدون اتفاق على كامل هذه العناصر لا يمكن القول بوجود العقد النهائي ^(٢). ويؤيد ذلك القوانين الحديثة التي تشترط الاتفاق على كافة العناصر الجوهرية للعقد ^(*).

وعلى العكس من الحالة السابقة فقد يتوصل الطرفان إلى اتفاق على جميع العناصر الجوهرية للعقد ولا يتبقى سوى الاتفاق على المسائل التفصيلية أو الثانوية

(١) د. رجب كريم عبد اللاه - مرجع سابق - ص ٥١٥

(٢) د. محمد حسن قاسم - مرجع سابق - ٢٢٥

(*) وهذا ما نص عليه قانون المعاملات المدنية لسنة ١٩٨٤ السوداني في مادته ٤١ / ٢ والتي على أنه "إذا اتفق الطرفان على جميع المسائل الجوهرية في العقد واحتفظا بمسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد ولم يشترطا إن العقد لا يتم عند عدم الاتفاق عليها اعتبر العقد قد تم على المسائل التي لم يتم الاتفاق عليها"

ولكن يتفقان على أن العقد لا ينعقد ما لم يتفقا على المسائل التفصيلية، وعلى ذلك فإن اكتمال العقد وانعقاده لا يتم إلا بعد الاتفاق على جميع المسائل الثانوية أي الاتفاق على العناصر الجوهرية فحسب لا يكفي لإلزام الطرفين^(١).

وفي الواقع فإن عدم التوصل إلى اتفاق نهائي بين الأطراف بعد توقيع الاتفاقيات الجزئية لا يجرّد هذه الاتفاقيات من كل قيمة قانونية بل تترتب عليه بعض الآثار القانونية، وفي ذلك الخصوص يتجه الفقه إلى القول بأن هذه الاتفاقيات تولد التزامات من طبيعة خاصة شبه عقدية، فيمكن أن يسأل من يخرق هذه الالتزامات عن الأضرار التي تتولد عن ذلك، ولكن لا يلزم أي من الأطراف بأي حال بإبرام العقد النهائي^(٢).

الفرض الثاني: عدم تحديد القيمة القانونية من قبل الأطراف: يحدث في أحيان كثيرة في الواقع العملي أن يقوم الأطراف المتفاوضة بإبرام اتفاقات جزئية بشأن بعض عناصر العقد المزمع إبرامه دون أن يتضمن اتفاقهما ما يعبر عن إرادتهما بشأن القيمة القانونية لاتفاقهما، وما إذا كان ما توصلا إليه يعني بالنسبة لهما أن العقد النهائي قد أبرم أم لا.

في مثل هذا الفرض يتوقف القول بانعقاد العقد موضوع التفاوض أو عدم انعقاده على ماهية العناصر التي تم الاتفاق عليها، وهل العناصر المتفق عليها هي الجوهرية أم الثانوية وكيفية التمييز بين هذين العنصرين، كما يثور التساؤل عن مدى كفاية الاتفاق على المسائل الجوهرية لانعقاد العقد محل التفاوض.

القاعدة وفقا لما استقر عليه الفقه وقضاء التحكيم في التجارة الدولية أن العقد ينشأ متى ما تم الاتفاق على كافة العناصر الجوهرية للعقد المرتقب، ويمكن اعتبار العقد منعقدا من الناحية القانونية في حال الاتفاق على سائر المسائل

(١) أ.د. محمد الشيخ عمر - مرجع سابق - ص ٥٤

(٢) د. جمال فاخر النكاس - مرجع سابق - ص ١٧٥

الجوهرية، أما إذا كان ما تم الاتفاق عليه هو المسائل الثانوية فلا يمكن القول في مثل هذه الحالة بأن العقد المراد إبرامه قد انعقد من الناحية القانونية^(١) وهذا المبدأ يعني أن العقد يعد منعقدا في حال الاتفاق على المسائل الجوهرية وترك المسائل الثانوية لمفاوضات لاحقة عمدا أو ليحدد الاتفاق عليه من قبل طرف ثالث وهذه القاعدة أقرتها مبادئ اليونيدروا صراحة في المادة ١٤/١/٢^(*)

التفرقة بين المسائل الجوهرية والثانوية: وضع الفقه معيارين للتفرقة بين ما يعد من المسائل الجوهرية وما يعد من المسائل الثانوية وهما المعيار الموضوعي والمعيار الشخصي:

المعيار الموضوعي لتحديد المسائل الجوهرية للعقد: وهذا المعيار يأخذ في الاعتبار طبيعة العقد ذاته ولقد انقسم أصحاب المعيار إلى فريقين حيث يرى فريق منهم أن العناصر الجوهرية للعقد تتمثل في الأركان اللازمة قانوناً لانعقاد العقد وهي السبب والمحل والتراضي، وفي العقود المسماة تتمثل الأركان اللازمة لانعقاد العقد بتوفر الأركان الخاصة لكل عقد من العقود المسماة إضافة إلى الأركان العامة للعقود، كما تشمل العناصر الجوهرية تلك التي تعتبر جوهرية بالنظر إلى طبيعة العقد^(**) وظروف التعاقد^(٢).

(١) د. محمد حسن قاسم - مرجع سابق - ٢٣٠.

(*) If the parties intend to conclude a contract, the fact that they intentionally leave a term to be agreed upon in further negotiations or to be determined by a third person does not prevent a contract from coming into existence.

(**) اعتبرت اتفاقية البيع الدولي للبضائع المنعقدة في فيينا لسنة ١٩٨٠ المادة ٣/١٩ كيفية الوفاء بالثمن، ومكان التسليم وزمانه، ومدى مسئولية أحد الطرفين تجاه الآخر، وتحديد المحكمة المختصة أو جهة التحكيم من المسائل الجوهرية التي يعتبر التعديل فيها رفضا للإيجاب

"Additional or different terms relating, among other things, to the price, payment, quality and quantity of the goods, place and time of delivery, extent of one party's liability to the other or the settlement of disputes are considered to alter the terms of the offer materially".

(٢) حسام الدين كامل الأهواني - النظرية العامة للالتزام - الجزء الأول - مصادر الالتزام - القاهرة ١٩٩٢

ويذهب الفريق الثاني إلى أن العناصر الجوهرية تحدد على أساس الهدف الاقتصادي المرجو من وراء العملية التعاقدية، وتبدو أهمية هذا الاتجاه بصفة خاصة في مجال العقود غير المسماة، التي لم تحدد أركانها وعناصرها المميزة لها عن باقي العقود، إذ أنه من خلال معرفة الهدف الاقتصادي المرجو من التعاقد يمكن تحديد الالتزامات المحققة له لتكون هي ذاتها العناصر الجوهرية لهذا العقد، والتي يتعين الاتفاق عليها للقول بانعقاده^(١).

المعيار الشخصي لتحديد المسائل الجوهرية للعقد: وفقا لهذا المعيار تعتبر العناصر الجوهرية هي العناصر التي يعتبرها الطرفان أو أحدهما عنصرا جوهريا، وهذه العناصر في الغالب تكون عناصر ثانوية بطبيعتها وأصبحت جوهرية بإرادة أحد الطرفين، ومرد ذلك أن كل طرف يستطيع بمحض إرادته أن يعتبر مسألة ما أو أكثر من مسائل العقد الثانوية ذات صفة جوهرية بالنسبة له، بحيث يتوقف عليه رضاؤه بالعقد^(٢).

ويشترط ليصبح العنصر الثانوي عنصرا جوهريا أن يكون داخلا في إطار التعاقد، بمعنى أن يكون الطرف الآخر قد علم به قبل صدور القبول الذي ينعقد به العقد، وعلى ذلك فإن الطرف الآخر في التفاوض لا يكون بمعزل عن هذا التحول^(٣).
التكليف الشرعي لما ورد بشأن الاتفاق الجزئي في إطار العقد الواحد : بمنظور نظرية العقد في الفقه الإسلامي فإن هذا الفرض يعد شرطا من شروط التعاقد، الذي يجد سندا له في مبدأ سلطان الإرادة الذي يعد من أهم الأسس والمبادئ التي تتركز عليها نظرية العقد في الفقه الإسلامي، ومركز هذا المبدأ هو الإقرار للإرادة إلى حد كبير بالحرية والسلطان في إجراء التصرفات^(٤).

(١) د. محمد حسن قاسم - مرجع سابق - ص ٢٣١ . مشيرا إلى J. Schmidt - Negociation et conclusion de contrats- Dalloz1982 - p- 33

(٢) د. رجب كريم عبد اللاد - مرجع سابق - ص ٥٢٢

(٣) د. رجب كريم عبد اللاد - مرجع سابق - ص ٥٢٣، د. محمد حسن قاسم - مرجع سابق - ص ٢٢٣

(٤) د. محمد بحر العلوم - عيوب الإرادة في الشريعة الإسلامية - الطبعة الأولى ١٩٨٤م - دار الزهراء للطباعة والنشر والتوزيع بيروت. ص ٤٤

ولسلطان الإرادة في الفقه الإسلامي دور بارز في نفوذ التصرفات، فهي القوة الملزمة واللازمة لشكلية التصرف، فالإرادة السليمة لدى المتعاقدين هي التي تنشئ الرابطة العقدية بين الطرفين، ويقول الله تعالى: ﴿وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ وَتُدْلُوا بِهَا إِلَى الْحُكَّامِ لِتَأْكُلُوا فَرِيقًا مِّنْ أَمْوَالِ النَّاسِ بِالْإِثْمِ وَأَنْتُمْ تَعْلَمُونَ﴾^(١). وإذا تحقق الرضا في تصرف طرفي العقد واقترن بالمشروعية كانت الإرادة بمجرد صدورهما إلى العالم الخارجي لازمة وملزمة وتكون منتجة لآثارها الشرعية، استنادا إلى الآية الكريمة ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾^(٢) ولا يقف دور الإرادة عند إنشاء القوة الإلزامية فقط بل يتعداه إلى جوانب أخرى كتحديد شروطها والآثار التي تترتب على نشوئها فكل ما ارتضاه الطرفان في ذمتيهما يكون صحيحا منتجا للآثار المترتبة عليه، لأن التزاميهما مبني على إرادتيهما السليمة، شريطة أن لا يكون هذا الالتزام قائما على سبب لا تقره الشريعة أو منطويا على مخالفة للنظام العام.

وعلى ذلك فإن اشتراط الطرفين وقف آثار العقود الجزئية لحين إبرام العقد النهائي أو منح هذه العقود القيمة القانونية أو تجريدتها من أي قيمة قانونية لحين انعقاد العقد النهائي لا يعد مخالفا للقواعد الشرعية طالما أن إرادتيهما قد تلاقت على ذلك. الصورة الثانية: الاتفاق الجزئي في إطار مجموعة اتفاقات مستقلة: يتم في أحيان كثيرة التفاوض حول عملية اقتصادية متعددة الجوانب تتألف من عدة عقود مستقلة يشكل كل منهما عقدا قائما بذاته ولكنها مترابطة أو تتكامل فيما بينها لتحقيق هدف اقتصادي واحد على نحو يصعب معه مواجهة كل عقد استقلالا عن باقي عقود المجموعة^(٣).

(١) الآية (١٨٨) سورة البقرة

(٢) الآية (١) سورة المائدة

(٣) د. محمد حسين منصور - مرجع سابق - ص ٥٢

وفي هذا الفرض نكون أمام عقود مستقلة إذا ما نظر لكل عقد بمعزل عن بقية أجزاء العقد، رغم توجيهها جميعا نحو هدف واحد، وهنا يثور التساؤل عن مدى القوة الملزمة للعقد الجزئي المستقل عن باقي العقود وهل يكون صالحا لإنتاج أثره بمعزل عن العقود الأخرى التي لم يتم إبرامها بعد؟.

والإجابة على ذلك تقتضي التفرقة أيضا بين ما إذا كان هناك اتفاق بين الطرفين بتحديد قيمته القانونية أم لا يوجد اتفاق بذلك.

أولا: التحديد الاتفاقي للقيمة القانونية للاتفاق الجزئي المبرم في إطار مجموعة عقود: يحرص الأطراف دائما على بيان القيمة القانونية للاتفاق الجزئي المبرم في إطار مجموعة من العقود خشية حدوث المنازعات المستقبلية بشأن قيمته القانونية، وذلك بأن يشترطا في هذا الاتفاق أنه غير كاف بذاته لانعقاد العقد النهائي، أو على أنه كاف بذاته لانعقاده وإنتاج أثره.

الفرض الأول: الاتفاق على تحديد القيمة القانونية للعقد الجزئي المبرم في إطار مجموعة عقود: إذا كان الطرفان يتفاوضان حول مجموعة عقود لتحقيق هدف اقتصادي واحد فبإمكانهما تحديد العلاقة بين الاتفاقات الجزئية المبرمة في إطار المجموعة وباقي العقود التي لا يزال التفاوض جاريا حولها في المجموعة، وهذا العقد الذي تم إبرامه يعتبر عقدا جزئيا بالنظر إلى مجموعة العقود ويمكنهم أن يتفقوا على أن العقد الجزئي المبرم يعتبر نافذا في الحال مرتبا كامل آثاره فيما بين طرفيه دون انتظار إبرام باقي العقود، ويتم هذا الاتفاق في الغالب على العقود المترابطة فيما بينها بعلاقة تبعية كاملة وبحيث يكون لها أهمية متساوية لتحقيق العملية التي يهدف إليها المجموع^(١) وما لم يكن الاتفاق الجزئي المبرم اتفاقا ثانويا يرتبط ارتباطا وثيقا بعقد آخر، هو العقد الأصلي، أو الرئيسي بحيث لا يتصور إمكانية تنفيذ العقد الثانوي قبل

(١) د. محمد حسين عبد العال - مرجع سابق - ص ١٥٦

وجود العقد الأصلي، وبالتالي فلا يعقل أن يرتب آثاره قبل التوصل إلى اتفاق بشأن العقد الرئيسي^(١).

أما إذا كان الاتفاق الجزئي المبرم هو العقد الرئيسي في مجموعة العقود فيجوز للأطراف الاتفاق على ترتيب أثر العقد الجزئي في الحال دون توقف على إبرام بقية العقود ومثال ذلك عقد القرض بالنسبة للكفالة^(٢).

الفرض الثاني: الاتفاق على تجريد العقد الجزئي المبرم في إطار مجموعة عقود من قيمته القانونية: وعلى العكس من الفرض الأول فإنه يجوز للأطراف تجريد اتفاقاتهم الجزئية المبرمة في إطار مجموعة عقود من آثارها القانونية لحين إبرام بقية العقود، ويتصور التجريد الاتفاقي للعقود الجزئية المبرمة في حال أن يكون العقد الجزئي المبرم هو العقد الرئيسي في مجموعة العقود المتفاوض حولها، وهذا الاتفاق التجريدي كما يمكن أن يكون صريحا، يمكن أن يكون ضمنيا يستخلص من الإرادة المشتركة للطرفين^(٣).

ثانياً: عدم تحديد القيمة القانونية للاتفاق الجزئي في إطار مجموعة عقود: في الحياة العملية يتم أحيانا إبرام العقود الجزئية دون أن يتم تحديد قيمتها القانونية وفي هذه الحالة نكون أمام فرضين أيضا فإما أن تكون العقود في المجموعة مكونة من عقد رئيسي وعقود أخرى ثانوية، وإما أن تكون عقودا متساوية في الأهمية والتبعية. الفرض الأول: أن تكون مجموعة العقود عقدا رئيسيا وعقودا أخرى ثانوية أو تبعية: في هذا الفرض تتوقف القيمة القانونية للعقد الجزئي المبرم على ما يمثله هذا العقد من أهمية بالنسبة لباقي العقود التي تشكل المجموعة العقدية، فإذا كان العقد الجزئي المبرم ثانويا بالنظر إلى ما تبقى من عقود فإن نفاذه يبقى معلقا لحين إنهاء

(١) د. محمد حسين منصور - مرجع سابق - ص ٥٤

(٢) د. محمد حسين عبد العال - مرجع سابق - ص ١٥٨

(٣) د. محمد حسن قاسم - مرجع سابق - ص ٢٣٩

التفاوض حول العقد الأصلي وإبرامه، فالعقد الثانوي يرتبط وجودا وعلما بوجود العقد الرئيسي ولا يرتب أثره إلا بعد إبرام العقد الأصلي فنفاذه يكون معلقا على إبرام العقد الرئيسي^(١).

أما إذا كان العقد الجزئي المبرم هو العقد الرئيسي في المجموعة فإنه يكون نافذا في الحال، رغم عدم إبرام العقود الثانوية التابعة لها وذلك لأن العقد الثانوي يمكن الاستغناء عنه نهائيا أو مؤقتا، فهو يدعم العقد الرئيسي، دون أن يكون له أي دور جوهري في إنجاز العملية^(٢).

الفرض الثاني : أن تكون مجموعة العقود متساوية في أهميتها؛ إذا كان المجموع العقدي يضم عقودا متساوية في الأهمية فالقاعدة أن كل عقد منها يعتبر من الناحية القانونية عقدا مستقلا عن العقود الأخرى ما لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك^(٣). ويذهب الفقه إلى أن العقود الجزئية المتساوية متى ما أبرمت تصبح نافذة ومنتجة لآثارها بين أطرافها دون انتظار العقود الأخرى^(٤).

التكليف الشرعي لما ورد بشأن الاتفاق الجزئي في إطار مجموعة اتفاقات مستقلة: لقد أجاز فقهاء الشريعة الإسلامية الرخص والتخفيفات الشرعية في الجمع بين العقود، باعتبار أن الأصل الشرعي جواز اجتماع أكثر من عقد في معاملة واحدة إذا كان كل واحد منها جائزا بمفرده، ما لم يكن هنالك دليل شرعي حاضرا للجمع بين هذه العقود، فعندئذ يمتنع بخصوصه استثناء، إذ الأصل بمقتضى دلائل نصوص الشريعة وكلياتها العامة حرية التعاقد، ووجوب الوفاء بكل ما يترضى عليه

(١) د. محمد حسن قاسم - مرجع سابق - ص ٢٣٩

(٢) د. رجب كريم عيد اللاد - مرجع سابق - ص ٥٤٣

(٣) د. محمد حسين عبد العال - مرجع سابق - ص ١٦١

(٤) محمد حسن قاسم - مرجع سابق - ص ٢٣٩

المتعاقدان ويلتزمان به، ما لم يكن هناك نص أو قياس صحيح يمنع من ذلك، فعندئذ يمتنع بخصوصه على خلاف القاعدة المطردة ويعتبر الاتفاق عليه فاسدا^(٥).

ولقد وضع الفقهاء ضوابط شرعية لجواز الجمع بين الاتفاقيات والعقود وهي ألا يكون الجمع محل نهي في نص شرعي^(*)، وألا يكون القصد بالجمع الترابي أي لا يكون القصد منها الحيلة الربوية، وأخيرا ألا يكون ذريعة لربا^(**). وعلى ذلك فقد منع الفقهاء كل اتفق على الجمع بين عقود مشروعة في الأصل، تقوى التهمة ويكثر القصد في التطرق والتوسل بها إلى الأمر المحظور، فذلك يعتبر ممنوعا شرعا ومن أمثلتها ما يحوي ما يخالف ضوابط الجمع المذكورة أعلاه.

ويرى جمهور الفقهاء ويخالفهم في ذلك المالكية جواز الجمع بين العقود المتنافرة في الموجبات والأحكام ما لم يكن في جمعها مخالفة لنص شرعي^(*)، ولقد عرف الفقهاء الجمع بين العقود في الفقه الإسلامي بمصطلح المواطأة على الجمع بين العقود وهي تعني اتفاق إرادة الطرفين في المداولة التمهيديّة التي تسبق الاتفاقية المركبة من مجموعة عقود ووعود متتابعة مترابطة وفقا لشروط تحكمها كمنظومة

(٥) د. نزيه حماد - العقود المركبة في الفقه الإسلامي دراسة تأصيلية لمنظومات العقدية المستحدثة - الطبعة الأولى ٢٠٠٥م - دار القلم دمشق - ص ٨
(*) ورد على سبيل الحصر ثلاث نصوص تنهي عن الجمع بين بعض أنواع العقود في اتفاقية واحدة هي نهيه ﷺ عن بيع وسلف، وعن بيعتين في بيعة، وعن صفتين في صفقة " رواه أبوهريرة عن رسول الله واخرجه أحمد والنسائي والترمذي وصححه للاستزادة راجع تفسير ابن كثير، سنن الترمذي ج ٣ ص ٥٥٣ الحديث رقم (١٢٣١) باب ما جاء في النهي عن بيعتين في بيعة، سنن النسائي - ج ٧ ص ٢٩٥ الحديث رقم (٤٦٢٩) باب سلف وبيع.

(**) الفرق بين الحيلة وسد الذرائع كما قال ابن تيمية " أن الحيلة تكون مع قصد صاحبها ما هو محرم في الشرع، فهذا يجب أن يمنع من قصده الفاسد، وأما سد الذريعة فيكون مع صحة القصد خوفا من أن يفضي ذلك إلى حيلة). وسائل وفتاوي ابن تيمية - مرجع سابق - ج ٢٥ ص ٤٥

(*) نص المالكية على انه لا يجوز الجمع بين عقدين متضادين وضعا ومتناقضين حكما وبناء على ذلك جمع فقهاؤهم أسماء العقود التي لا يجوز اجتماعها مع البيع في جملة واحده (جس مشنق) فالجيم للجمالة، والصاد للصرف، والميم للمساقاة، والشين للشركة، والنون للنكاح، والقاف للقرض والقراض وذكروا أنه كما لا يجتمع البيع مع واحد من هذه العقود السبعة، فكذا لا يجتمع اثنان منهما في عقد واحد، لافتراق أحكامها. للاستزادة راجع العدوي: على الصعيد العدوي المالكى - حاشية العدوي - طبعة ١٤١٢هـ - دار الفكر بيروت - ج ٢ ص ٢١٢، العدوي: محمد بن يوسف بن ابي القاسم العدوي أبو عبدالله - التاج والإكليل - الطبعة الثانية ١٣٩٨هـ - دار الفكر بيروت - ج ٤ ص ٣١٣

واحدة، تهدف إلى أداء وظيفة محددة مقصودة على تنفيذها عقب إبرامها على النحو الذي تقدم الاتفاق عليه^(١).

ويجمع الفقهاء على أن التبعية في العقود موجبة للاغتفار والترخيص فيها، إذ الأصل الشرعي أن يغتفر في التابع والضماني عند الاجتماع ما لا يغتفر عند الاستقلال والانفراد. وبيان ذلك أن الشريعة فرقت في أحكام الصفقة أو المعاملة التي يجتمع فيها عقدان فأكثر بين ما كان مقصوداً أصالة في التعاقد وبين ما كان مقصوداً تبعاً أو ثابتاً ضمناً، وقضت باغتفار صنوف من الخلل والمخالفات في التوابع والضمانيات دون ما كان مقصوداً أصالة أو ثابتاً مستقلاً وعلى ذلك قال ابن تيمية " أن الصفقة إذا كان في تفريقها ضرر، جاز الجمع بين عقدين في المعاوضات وإن لم يجز إفراد كل منهما، لأن حكم الجمع يخالف حكم التفريق".

ولقد أطلق الفقهاء على الاتفاقات التي تتم قبل التعاقد النهائي والمتعلقة به اسم الشرط، كما يطلق على ما يقارنه، ولقد اختلف الفقهاء حول القوة الملزمة للشروط أو الاتفاقيات السابقة للتعاقد إلى مذهبين هما :

المذهب الأول: ويمثله الشافعية والحنفية والظاهرية وهؤلاء يرون أن الشرط والاتفاق المتقدم على العقد لا يعتبر كالمقارن له ولا تأثير له في العقد أصلاً ومن ثم لا يجوز الوفاء به قضاء، ويجوز لكل من الطرفين العدول عنه، حيث يرون أن كل ما يسبق العقد من شرط أو اتفاقات لا يعتد به ولا يلزم العاقدين مراعاته، لعدم توجه إرادة العاقدين أصلاً إلى الالتزام به، وانتفاء قصدهما الوفاء به، طالما أنه لم يصرح به في العقد^(٢).

(١) د. نزيه حماد - مرجع سابق - ص ٤٦

(٢) ابن حزم : على بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي المتوفى ٤٥٦ هـ - المحلى . تحقيق أحمد محمد شاكر دار الفكر بيروت - الجزء الثامن - ص ٤١٢ .

المذهب الثاني : ويمثله الحنابلة والمالكية ويرون أن الشرط المتقدم كالشرط المقارن في الصحة ووجوب الوفاء أو في الفساد والإلغاء فإذا اتفقا على شيء ثم عقدا العقد بعد ذلك، فهو مصروف إلى المتعارف مما اتفقا عليه، إذ لا فرق عندهم بين الشرط المنصوص عليه في صلب العقد والشرط المتفق عليه قبله ولو لم يصرح به حال التعاقد، ما دام العقد قد اعتمد عليه إذ الشرط الملحوظ كالشرط المملفوظ والشرط العرفي كاللفظي والمقصود في العقود المعتبرة^(١).

مناقشة وترجيح : باستقراء رأي الفريقين نرجح رأي المالكية والحنابلة لاسيما أن رأيهما يتماشى مع ما جرت عليه عادة المتعاملين في المجال التجاري، كما أن العدالة تقتضي في حال اشتراط المتفاوضين على شرط في مرحلة التفاوض وفي حال تواطؤهم على شرط الأخذ به في مرحلة التعاقد ما لم يتفق الطرفان على استبعاد ما اتفقا عليه صراحة، كما أن هذا الرأي يجد سنده في قوله تعالى ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ أُحِلَّتْ لَكُمْ بَهِيمَةُ الْأَنْعَامِ إِلَّا مَا يُنْتَلَىٰ عَلَيْكُمْ غَيْرَ مُحْلِي الصَّيْدِ وَأَنْتُمْ حُرْمٌ إِنَّ اللَّهَ يَحْكُمُ مَا يُرِيدُ﴾^(٢) وكذلك قول رسول الله ﷺ (المسلمون على شروطهم، إلا شرطاً أحل حراماً أو حرم حلالاً)^(٣). كما أن العقود مبنية على رضا أطرافه فيما يتفق عليه الأطراف في أي مرحلة من مراحل التعاقد تكون حجة عليهم يجب التزام بها.

وعلى ضوء ما ذكر فإن العقود الجزئية التي يتم الاتفاق حولها في مرحلة التفاوض لا تعارض أحكام العقود على إطلاقها ما لم تكن العقود المتفق عليها محل نهي في نص شرعي، وتنال حجيتها وفقاً لما يتفق عليه الأطراف.

وعلى ذلك فإن الاتفاقيات الجزئية في إطار العقد الواحد لا يخالف أحكام العقود في الفقه الإسلامي ما لم يكن العقد المتفق عليه محل نهي في نص شرعي.

(١) الهوتي: منصور بن يونس الهوتي . كشف القناع عن متن الإقناع . تحقيق أبو عبدالله محمد حسن محمد حسن إسماعيل الشافعي .

الطبعة الأولى ١٤١٨هـ - دار الكتب العلمية بيروت . ج ٥ ص ٨٥

(٢) الآية (١) -سورة المائدة

(٣) سنن أبو داود الجزء الخامس - ص ٢١٤ ، السنن الكبرى للبيهقي - الجزء السادس - ص ٧٩

الفصل الثاني

التزامات الأطراف والمسئولية المترتبة على الإخلال بها في مرحلة المفاوضات

مَهَيِّدًا ينشئ الدخول في المفاوضات عدة التزامات على الأطراف المتفاوضة، منها ما هو أساسي مثل الالتزام بالتفاوض والذي يعد الأثر الجوهري لعقد التفاوض بوجه عام، ومن الالتزامات المهمة التي ترد كقيد من قيود حرية التفاوض الالتزام بالتفاوض بحسن النية، وذلك بجانب عدة التزامات أخرى مكملة للالتزام الأساسي لمرحلة التفاوض منها الالتزام بالمحافظة على سرية المعلومات والالتزام بالتعاون والالتزام بالنصيحة والإعلام وغيرها من الالتزامات الخاصة بعقود معينة كالالتزام بالمطابقة والالتزام بالصيانة. وهذه الالتزامات يعتبرها الفقه والقضاء الدولي التزامات واجبة على عاتق الأطراف، ثم يختلفون من بعد ذلك في بيان الطبيعة القانونية للمسئولية المترتبة على الإخلال بهذه الالتزامات إلى ثلاث فرق، ومن ثم على ماهية الجزاء القانوني المترتب على الإخلال بهذه الالتزامات؟ وعلى ضوء ما ذكر سوف نتناول هذا الفصل وفقا للمباحث التالية:

المبحث الأول: التزامات الأطراف في مرحلة التفاوض

المبحث الثاني: الطبيعة القانونية للمسئولية الناشئة عن الإخلال

بالالتزامات التفاوضية

المبحث الثالث: الجزاءات المترتبة على ثبوت المسئولية المدنية في مرحلة

المفاوضات والقانون الواجب التطبيق

* * * * *

المبحث الأول

التزامات الأطراف في مرحلة التفاوض

يترتب على عاتق الأطراف بموجب عقد التفاوض التزامات أساسية وأخرى فرعية مكملة لها، ويعتبر الالتزام ببدء التفاوض هو الالتزام الرئيسي الذي يولده عقد التفاوض ويعتبر هذا الالتزام التزاما ذا شقين؛ الشق الأول منهما هو الالتزام بالبدء بالتفاوض والشق الثاني هو الالتزام بحسن النية في التفاوض، ومن الالتزامات التي وجدت اهتماما لدى الفقهاء ورجال القضاء الالتزام بسرية المعلومات وهذا الالتزام اعتبره كثير من الشراح التزاما أساسيا يوازي الالتزام ببدء التفاوض من حيث الأهمية^(١)، وإلى جانب هذين الالتزامين توجد التزامات أخرى هي في الحقيقة تابعة ومكملة للالتزامات الأساسية وتدور في فلكها ويقدر أطراف التفاوض أهميتها في مسيرة التفاوض الدائرة بينهما من الصعب إيجاد حصر لها ولذلك فإن معالجتنا لها ستقتصر على أهم هذه الالتزامات وفق الملاحظ في الواقع العملي، وعلى ضوء ذلك سوف نتناول هذه الالتزامات وفقا للمطالب التالية:

المطلب الأول

الالتزام ببدء التفاوض والاستمرار فيه

أولاً: الالتزام بالبدء في التفاوض: يعد الالتزام بالبدء بالتفاوض 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^(٢)

(١) د. محمد حسام محمود لطفي - مرجع سابق - ص ٣١، مشيراً إلى LE Tourneau .La responsabilité civile . op cit No 18. p70

(٢) د. عبد العزيز المرسي حمود - الجوانب القانونية لمرحلة التفاوض ذو الطابع التعاقدية - مرجع سابق - ص ٦٩

ويلحق بهذا الالتزام التعهد باتخاذ الاستعداد لبدء المفاوضات، من ذلك تحديد مكان المفاوضات والزمن الذي يستغرقه والطرف الذي يتحمل نفقات الدراسات الأولية التي يمكن أن تطلب خلال المفاوضات^(١).

والالتزام 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، وإذا لم يكن هنالك موعد محدد التزم كل من المتفاوضين البدء في المفاوضات في المدة المعقولة^(٢).

وإذا دخل الطرفان دائرة التفاوض ترتب على ذلك التزام طرفي المفاوضات بمراعاة أصول التفاوض في مفاوضاتهما وإلا كان مسئولا عن إخلاله بهذا الالتزام، ولقد ظهرت ملامح هذا الالتزام في العديد من أحكام القضاء تحت تأثير الأفكار الفقهية^(٣).

والدخول في المفاوضات عمل إرادي يؤدي إلى نشوء حالة واقعية ذات أثر قانوني، ذو شقين هما:

ثانياً: الالتزام بالاستمرار في التفاوض: هذا الالتزام يعد التزاماً تكميلياً للالتزام ببدء التفاوض ويجعله ذا معنى، حيث لا يعقل البدء في المفاوضات والوقوف عندها فذلك يعني عدم التقدم لتحقيق النتيجة المرجوة من الدخول في المفاوضات.

وهذا الالتزام أكدته وما فتئت تؤكد محاكم التحكيم بغرفة التجارة الدولية التي قررت أن الاتفاق على التفاوض يرتب تعهداً تعاقدياً بمتابعة التفاوض والاستمرار فيه^(٤).

(١) د. أحمد عبد الكريم سلامة - قانون العقد الدولي - مرجع سابق - ص ١٠٣

(٢) د. رجب كريم عبد اللاه - مرجع سابق - ص ٤١٧

(٣) د. محمد إبراهيم دسوقي - مرجع سابق - ص ٨٩

(٤) د. أحمد عبد الكريم سلامة - قانون العقد الدولي - مرجع سابق - ص ١٠٣

والالتزام بالاستمرار في التفاوض التزام ببذل عناية، ولا يعني بأي حال من الأحوال ضرورة التوصل إلى إبرام العقد، وأهمية هذا الالتزام تبدو في حال الاتفاق على المسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه، وترك المسائل الجوهرية لانفاقات لاحقه، فإن ذلك يستلزم الاستمرار في التفاوض للوصول إلى اتفاق بشأن المسائل الثانوية المتعلقة، إلا إذا اعتبر الأطراف قيام العقد دون الوصول إلى اتفاق بشأن المسائل المتعلقة وفي هذه الحالة يصبح التزماً بتحقيق نتيجة على عكس الأصل العام الذي هو التزم ببذل عناية^(١).

أساس الالتزام: 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 جادا 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^(٢).

وبما أن الأصل في التفاوض الحرية في إبرام التعاقد 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 استنادا إلى سلطان الإرادة إلا أنه ومع تطور التجارة والحرص على حماية المتفاوض بحسن النية قد تم تغليب الاعتبار الثاني

(١) د. أحمد عبد الكريم سلامة - قانون العقد الدولي - مرجع سابق - ص ١٠٤

(٢) د. محمد إبراهيم دسوقي - مرجع سابق - ص ٩١

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^(١). وعلى 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.

مضمون الالتزام بالاستمرار التفاوض: الالتزام بالاستمرار في التفاوض لا يعني بأي حال من الأحوال ضرورة التوصل إلى اتفاق وإبرام العقد النهائي، إنما هو التزام بعدم قطع المفاوضات بغير سبب مقبول أو بطريقة تعسفية، والمعيار في ذلك هو معيار الرجل العادي من نفس النوعية ومن نفس الظروف وفقاً لما قرره مبادئ اليونيدروا حيث إن التزام الأطراف معقود على أن يبذل كل طرف غاية عنايته في تنفيذ ما التزم به^(٢). وبرغم أنه لا يلزم الطرف المنسحب من المفاوضات بتقديم مبرر لعدم رغبته في الدخول في العقد النهائي، فإن القضاء يستخلص من غياب المبرر المقبول دليلاً 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

(١) د. محمد إبراهيم دسوقي - مرجع سابق - ص ٩٣

(٢) تنص المادة (٤/١/٥) الفقرة (٢) من مبادئ اليونيدروا الصادرة عن المعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص المعدل لعام ٢٠٠٤ والتي تنص على:

"To the extent that an obligation of a party involves a duty of best efforts in the performance of an activity, that party is bound to make such efforts as would be made by a reasonable person of the same kind in the same circumstances"

بوجه خاص دخول متعاقد في التفاوض أو استمراره حال توفر النية لديه بعدم التوصل في اتفاق مع الطرف الآخر^(١).

ثالثاً: الالتزام بحسن النية في التفاوض (bona fides):

يلتزم الطرفان بموجب عقد التفاوض بأن يتفاوضا على العقد بما يوجبه حسن النية وذلك وفقاً لما تقتضيه الأمانة والنزاهة في التعامل، وعرف حسن النية بأنه "التعامل بصدق واستقامة وشرف مع الغير بصورة تبقي ممارسة الحق ضمن الغاية المفيدة والعادلة والتي أنشئ من أجلها بحيث لا تؤدي هذه الممارسة إلى الإضرار بالغير دون مسوغ مشروع"^(٢). أي يفرض حسن النية على الأطراف السعي بالتفاوض إلى غايته الأصلية دون استعمال وسائل غايتها عرقلة مسيرة التفاوض أو إتيان أفعال لحمل 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^(٣).

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

(١) تنص المادة (١٥/ ١/٢) من مبادئ اليونيدروا على :

(1) A party is free to negotiate and is not liable for failure to reach an agreement

(2) However, a party who negotiates or breaks off negotiations in bad faith is liable for the losses caused to the other party.

(3) It is bad faith, in particular, for a party to enter into or continue negotiations

(٢) فواز سالم كبارة - قانون التجارة الدولية نشأته مضمونه فرقاؤه - الطبعة الأولى - مطبعة صادر - بيروت ٢٠٠٣م - ج ١ - ص ٤٩١

(٣) د. محمد حسين عبد العال - مرجع سابق - ص ١١٩

اتفاق الطرفين، الذي هو التزام يفرض على عاتق الطرفين عقد التفاوض المبرم بينهما، ويعد من أهم المبادئ التي تحكم المعاملات التجارية^(١).

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

أساس الالتزام بالتفاوض بحسن النية: اختلف فقهاء القانون الدولي الخاص في ذلك إلى فريقين فريق يرى أن الالتزام بالتفاوض بحسن النية قاعدة أخلاقية، أي يعتبرونها قاعدة من قواعد الأخلاق وأصحاب هذا الرأي يعرفون بأصحاب المدرسة الفرنسية، أما الفريق الثاني فهم أصحاب المدرسة الألمانية وهؤلاء يرون أن الالتزام بالتفاوض بحسن النية كانت قاعدة أخلاقية دخلت صلب العلاقات والممارسات وأصبحت قاعدة قانونية^(٢).

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^(٣)، 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 يعتد به القانون باعتباره حالة نفسية أو ذهنية تتمثل في الاعتقاد الخاطئ 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

(١) د. منيرة أحمد عبدالله البشاري - المراجع السابق - ص ٢٢٦

(٢) د. فواز سالم كبرية - مرجع سابق - ص ٤٨١

(٣) د. محمد حسين عبد العال - مرجع سابق - ص ١١٩

والأمانة وهذا هو الذي يفرضه القانون كلما تعلق الأمر بتفسير العقود أو تنفيذ الالتزامات الناشئة عنها. والمعتاد في هذه الأحوال أن يتقرر هذا المبدأ بمقتضى نص قانوني صريح^(١) كما هو الحال في قانون المعاملات المدنية السوداني لعام ١٩٨٤م الذي ينص في المادة "١/١١٤) على أنه "يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية". وهذا الحكم يسري على كافة العقود في مرحلة التنفيذ، أما بالنسبة إلى مرحلة التفاوض على التعاقد فلا يوجد في الغالب نص خاص يفرض صراحة حسن النية في هذه المرحلة.

وعموماً فإن شرط حسن النية يجد مصدره باعتباره قاعدة من قواعد القانون العام التي يفرضها متطلبات النزاهة والأمانة، ويسأل المخل بهذا الالتزام على أساس المسؤولية التقصيرية إذا لم يكن هنالك اتفاق تفاوض مبرم بين الطرفين، ويسأل على أساس المسؤولية العقدية في حال وجود عقد تفاوض مبرم بين الطرفين تنظم العلاقة التفاوضية بين طرفيه، وفي ذلك نختلف مع الدكتور رجب عبد الكريم الذي يرى أن المصدر الوحيد لهذا الالتزام هو اتفاق التفاوض باعتباره التزاماً إرادياً يفرضه اتفاق الطرفين بالتفاوض، وليس التزاماً قانونياً يوجبه القانون مباشرة في هذه المرحلة وأن المتفاوض يسأل عن الإخلال بهذا الالتزام على أساس المسؤولية العقدية وليس المسؤولية التقصيرية^(٢).

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 وتعايير مختلفة، كما يمكن استنتاجه من مجموعة

(١) د. محمد حسين عبد العال - مرجع سابق - ص ١٢٣

(٢) د. رجب كريم عبد اللاه - مرجع سابق - ص ٤١٧

اجتهادات التحكيم الذي أراد أن يجعل منها القاعدة الأساسية المتعلقة بنشأة العقود وتنفيذها وتفسير بنودها والقوانين المطبقة عليها^(١)

الطبيعة القانونية للالتزام بالتفاوض بحسن النية: يعتبر الالتزام بحسن النية التزاماً حقيقياً، وليس مجرد واجب عام، فهو التزام له دائن ومدين ومحل وسبب، وطرفا التفاوض يعد كل منهما دائناً ومديناً في نفس الوقت، وينشأ هذا الالتزام على عاتق الطرفين بمجرد انعقاد التفاوض بينهما، ويعد هذا الالتزام التزاماً جوهرياً لأن التفاوض على العقد لا يستقيم إلا بدونه، ومن ثم يلتزم به الطرفان بمجرد اتفاهما على الدخول في التفاوض حتى ولو لم ينصا عليه صراحة بل ويقع باطلاً كل اتفاق يقضي بإعفاء أحد الطرفين أو كليهما من هذا الالتزام^(٢).

مضمون الالتزام بالتفاوض بحسن النية: لقد انقسم الفقهاء في القانون الدولي الخاص في تحديد مضمون الالتزام بالتفاوض ففريق منهم يرى أن الالتزام بالتفاوض بحسن النية التزام ببذل عناية ويرى الفريق الآخر أن الالتزام بالتفاوض بحسن النية التزام بتحقيق نتيجة ويرى آخرون أن مضمون الالتزام بالتفاوض بحسن النية يختلف قبل صدور الإيجاب وبعده، كما يتنوع تبعاً لما إذا كان هناك اتفاق سابق على التفاوض أم لا^(٣)، وهذا الرأي نخال الرجحان فيه 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 خطأً تقصيرياً يستتبع قيام مسؤوليته، أما في حال وجود عقد تفاوض سابق فإن الأمر يختلف عما ذكر حيث إن

(١) فواز سالم كيارة - مرجع سابق - ص ٤٧٢

(٢) د. رجب كريم عبد اللاد - مرجع سابق - ص ٤١٩

(٣) د. محمد حسين عبد الظاهر - مرجع سابق - ص ١٢٧

وجود العقد يجعل من الإخلال بأي التزامات إخلالا بالتزامات تعاقدية مما يستتبع ذلك قيام المسؤولية العقدية وتكون هذه الحالة أكثر وضوحا في حال صدور الإيجاب وتعيين مدة للقبول حيث يكون على الموجب إذا عين ميعادا للقبول البقاء على إيجابه لحين انقضاء المدة وفي هذه الحال يعتبر ذلك التزاما بتحقيق نتيجة بحيث يمتنع على الموجب العدول عن إيجابه مما يستتبع ذلك قيام المسؤولية العقدية.

هذا ولقد نادى الفقيه الفرنسي ريبير باستلزام 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^(١)، كما جعلت المبادئ العامة للعقود التجارية الدولية التي وضعها معهد توحيد القانون الخاص بروما (اليونيدروا) عام ١٩٩٤ والمعدل في العام ٢٠٠٤ م، الالتزام بحسن النية مبدأ عاما يجب الالتزام به في كافة عقود التجارة الدولية حيث جاء في المادة ٧/١ على أن "يلتزم الأطراف باحترام مقتضيات حسن النية والتعامل الشريف في التجارة الدولية، وأنه لا يجوز لهم استبعاد هذا الالتزام أو تقييده^(*)

التكليف الشرعي للالتزام بالتفاوض بحسن النية وفقا لنظرية العقد في الفقه الإسلامي: تحث الشريعة الإسلامية عموما بالتعامل بالصدق وبما يحقق العدالة والتوازن في المعاملات وتبث روح التعاون والثقة بين الناس ولقد وردت عدة أحاديث عن رسول الله تحت بذلك كقوله ﷺ (البيعان بالخيار ما لم يتفرقا فإن صدقا وبينا بورك لهما وإن كذبا وكتما محقت بركة بيعهما) وقال ﷺ (المسلم أخو المسلم لا يحل لمسلم باع من أخيه بيعا إلا بينه له) وفي هذا على أن المعاملات والعقود يجب أن تكون

(١) د.عبد العزيز المرسي حمود - الالتزام قبل التعاقد بالإعلام في عقد البيع - مرجع سابق - ص ٨١

(*) ARTICLE 1.7(Good faith and fair dealing) (1) Each party must act in accordance with good faith and fair dealing in international trade. (2) The parties may not exclude or limit this duty.

علاقة تعاون صادقة وليست علاقة حيلة وخداع مما يؤكد وجوب حسن النية في التعامل والعقود واعتبار هذا الالتزام التزاما جوهريا في فقه المعاملات والعقود في الشريعة الإسلامية ويؤكد ذلك أيضا ما تقتضيه أحكام التدليس والتغيير وخلافه من الأحكام التي تدل على وجوب حسن النية في المعاملات، وبالطبع فإن هذه الأحكام تسري على العقود في جميع مراحلها ابتداء من المرحلة السابقة على التعاقد وانتهاء بمرحلة التنفيذ.

□ المطلب الثاني

الالتزام بالمحافظة على سرية المعلومات

يعد هذا الالتزام لدى كثير من الفقهاء وشرّاح القانون الدولي الخاص الالتزام الرئيسي الثاني الذي يترتب على عاتق الطرفين عن عقد التفاوض، فمتى ما بدأ التفاوض فإن على الأطراف المحافظة على الأسرار التي سيحصلون عليها خلال المفاوضات. وفي الواقع فإن الالتزام بالمحافظة على الأسرار يعد ضرورة من ضروريات التفاوض، ذلك أن العقود الدولية تتعلق في الغالب بمسائل ذات طابع فني أو تكنولوجي، ويستلزم السير في التفاوض الكشف عن العديد من الأسرار المتعلقة بنشاطه وموقفه المالي وحجم تعاملاته، وهذه الأسرار لم يكن ليعلن عنها له في الظروف العادية، وفي اعتقادنا فإن هذا الالتزام يبدأ فور الدخول في المفاوضات ويعد الوسيلة الأنجع في بث الطمأنينة في نفوس المتفاوضين فمتى ضمن المتفاوض حماية لأسراره كان ذلك دافعا له للتفاوض والاستمرار فيه.

أساس الالتزام بالمحافظة على سرية المعلومات : تقتضي المفاوضات إفضاء الطرفين ببعض المعلومات الهامة الفنية أو المهنية أو المالية المتعلقة بنشاطه للطرف الآخر، وقد تكون هذه المعلومات والبيانات من المعلومات العامة المتداولة، وقد تكون من المعلومات الخاصة التي تعد من أسرار الطرف الذي أدلى بها، وقد تكون هذه المعلومات محمية بموجب القوانين الدولية أو الوطنية وقد تكون غير ذلك. ومثال ذلك ما يحدث في المفاوضات التي تتم بشأن عقد تصنيع لمنتجات بموجب ترخيص وهي ما يعرف بعقود الامتياز التجاري (franchise contract) حيث يكشف مانح الامتياز إلى متلقيه بحسب حال التفاوض عن بيانات ومعلومات تقنية، مقابل الحصول على بيانات ومعلومات من الطرف الآخر بشأن مركزه المالي وما يعانيه من صعوبات في هذا

الصدد، وتستدعي مثل هذه المكاشفات أثناء التفاوض إلزام كل طرف بالا يستغل ما حصل عليه قبل الآخر، فإذا ما فشلت المفاوضات فيلتزم كل من الطرفين بعدم استخدام المعلومات التي تحصل عليها من الطرف الآخر أو إذاعته، ويعد هذا الالتزام من أهم الالتزامات المتبادلة في مرحلة التفاوض^(١).

وحمايةً للمعلومات والبيانات التي يفصح عنها الأطراف لاسيما تلك التي لا يكفل لها القانون الحماية بسبب تخلف شرط من شروط الحماية أو بسبب عدم تمتع المعلومات في حد ذاتها بالحماية القانونية، يقوم الأطراف بوضع تنظيم اتفاقي لفرض الحماية على المعلومات والبيانات الخاصة بهم^(٢).

ومثال المعلومات التي لا يكفل لها القانون الحماية لاختلال شرط من شروط فرض الحماية، المعلومات التكنولوجية^(*) في مفاوضات عقود نقل التكنولوجيا التي لا تشملها الحماية بموجب قانون براءة الاختراع حيث يحتفظ بها صاحبها بشكل سري وتكون قابلة للانتقال للغير، حيث تعتبر مالا من الناحية الاقتصادية، بل تعتبر من أهم المكونات الرأسمالية للمشروعات الكبرى ومن ثم يجوز أن تكون محلا للتصرفات^(٣).

كما لا يمكن التعويل على النظم الجنائية لحماية المعرفة الفنية حيث إن النظم الجنائية عموما تبسط الحماية على الأسرار الشخصية للأفراد وبالتالي تخرج عن دائرة حماية النظم الجنائية الأسرار الصناعية والتجارية والمالية للمشروع، فضلا

(١) د. محمد حسام محمود لطفي - مرجع سابق - ص ٣٠

(٢) أبو العلا على أبو العلا النمر - مفاوضات عقود التجارة الدولية - مرجع سابق - ص ١٠١

(*) يطلق على المعلومات التكنولوجية في الاصطلاح القانوني اسم المعرفة الفنية ويقصد بها مجموعة المعلومات والمعارف والتطبيقات القائمة على المبادئ العلمية والتي تستخدم في إنتاج السلع والخدمات وفي خلق سلع جديدة " راجع د. حسام عيسى - نقل التكنولوجيا، دراسة في الآليات القانونية التابعة الدولية - نظرة انتقادية - دار المستقبل العربي ١٩٨٨ رقم ٤٧ ص ٦١

(٣) د. عبد العزيز المرسي المحمود - الجوانب القانونية لمرحلة التفاوض ذو الطابع التعاقدية - مرجع سابق - ص ٨١

على أن الحماية الجنائية تختصر فقط على الشخص الطبيعي ولا تمتد إلى الشخص الاعتباري^(١).

كما تخرج عن دائرة الحماية المفروضة على الأسرار الصناعية لأن مفهوم المعرفة الفنية أكثر اتساعاً من مفهوم السر الصناعي الذي ينحصر في الطرق والأساليب الصناعية في حين أن المعرفة الفنية تشمل فضلاً عن ذلك المهارات والخبرات المكتسبة، كما أن الحماية القانونية للسر الصناعي في النظم الوطنية تفترض إفشاء السر ممن تربطه أو كانت تربطه علاقة تبعية بصاحب المشروع.^(٢)

وحرصاً من الأطراف على حماية الأسرار التي يفصحون بها في ظل عدم وجود حماية قانونية ذاتية يلجؤون إلى الاتفاق صراحة على المحافظة على سرية التفاوض وسرية المعلومات التي يكشفون عنها خلال المفاوضات.

هذا ويثور التساؤل في حال عدم وجود اتفاق صريح بالمحافظة على الأسرار التي يكشفون عنها، فهل يلتزم المتفاوض دائماً بالمحافظة على الأسرار حتى ولو لم يكن هناك اتفاق صريح على ذلك؟

لقد انقسم الفقه إلى فريقين في الإجابة على السؤال المطروح حيث يرى الفريق الأول قيام المسؤولية العقدية في حال إفشائهم للأسرار التي يحصلون عليها أثناء التفاوض سواء كان هناك اتفاق صريح أم لا، ويرون أن هذا الالتزام تفرضه قواعد حسن النية في التفاوض وهذا الرأي تبناه المعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص في المبادئ الصادرة عنها المعروفة بمبادئ العقود التجارية الدولية " بمبادئ اليونيدروا" الصادرة عن المعهد بروما في العام ١٩٩٤م والمعدلة في العام ٢٠٠٤م^(٣)

(١) د. رجب كريم عبد اللاه - مرجع سابق - ص ٤٦٥ ، مشيراً إلى د. غنام محمد غنام - الحماية الجنائية لأسرار الأفراد لدى الموظف - العام ١٩٨٨ - ص ٢٤

(٢) د. عبد العزيز المرسي المحمود - الجوانب القانونية لمرحلة التفاوض ذو الطابع التعاقدية - مرجع سابق - ص ٨١

(٣) تنص المادة (١٦/ ١/٢) من مبادئ اليونيدروا على:

أما الفريق الثاني ورأيهم هو السائد والذي يرجحه القضاء فيرون تطبيق المسؤولية التقصيرية عن الإخلال بهذا الالتزام في حال عدم وجود اتفاق صريح بالمحافظة على الأسرار، ويعاب على هذا الرأي أنه يفرض على المضرور مشقة كبيرة بطلبها إقامة البيئة على توفر أركان المسؤولية التقصيرية المتمثلة في وجود الخطأ والضرر وعلاقة السببية والتي يصعب إثباتها^(١).

ونرى ترجيح الرأي الذي تبناه الفريق الأول ذلك أن الالتزام بالمحافظة على الأسرار يقتضيه حسن النية في التفاوض سواء تم الاتفاق على ذلك صراحة أو لم يتم الاتفاق عليه، إذ أن مجرد قبول التفاوض يعد اتفاقاً ضمناً بالمحافظة على الأسرار التي سيطلع عليها أثناء التفاوض، والدخول في التفاوض حتماً يؤدي إلى كشف الأطراف لبعض أسرارهم لحمل المتعاقد الآخر على قبول التعاقد النهائي إضافة إلى بث الطمأنينة في نفسه على جدية التفاوض وهذا لا يتأتى ما لم يكن الطرفان على ثقة بعدم خيانة الآخر له بإفشاء أسرارها التي لم يكن ليتحصل عليها لولا التفاوض الذي دخلا فيه، كما أن اعتبار المسؤولية مسؤولية تعاقد يجعل من الإثبات سهل المنال وهذا يتماشى مع طبيعة العلاقات التجارية ومستوى الإثبات المطلوب في المسائل التجارية، أما المسؤولية التقصيرية فنرى أن تطبيقه سيعيق ازدهار العلاقات التجارية الدولية في ظل عدم الإمكانية لإثبات علاقة السببية بين الضرر والخطأ، كما لا يمكن تصور قيام المسؤولية التقصيرية إلا في حال المنافسة غير المشروعة، وسوف نتناول طبيعة المسؤولية عن إفشاء المعلومات السرية بشي من التفصيل عند معالجتنا للطبيعة القانونية للمسؤولية الناشئة عن الإخلال بالالتزامات التفاوضية.

"Where information is given as confidential by one party in the course of negotiations, the other party is under a duty not to disclose that information or to use it improperly for its own purposes, whether or not a contract is subsequently concluded. Where appropriate, the remedy for breach of that duty may include compensation based on the benefit received by the other party."

(١) د. رجب كريم عبد الله - مرجع سابق - ص ٤٦٨

طبيعة الالتزام بالمحافظة على السرية : يعتبر الالتزام بالمحافظة على سرية التفاوض، أو سرية المعلومات التي يكشف عنها أثناء المفاوضات، التزاماً بتحقيق نتيجة لا يكفي أن يبذل المتفاوضون بشأنه ما في وسعهم لمنع إفشاء هذه السرية، وإنما يجب تحقيق النتيجة ذاتها بالامتناع عن ذلك وإلا تحققت المسؤولية على من أفشى السر منهم^(١).

مضمون الالتزام بالمحافظة على سرية المعلومات :

يتكون محل الالتزام بسرية المعلومات من شقين هما الامتناع عن إفشاء الأسرار، والامتناع عن استغلالها، وذلك يعني أن شرط الالتزام بالمحافظة على سرية المعلومات لا يوجب المسؤولية فقط عن إفشاء المعلومات للغير فقط بل أيضاً عند استخدام المعلومات المتحصلة لغير غرض التفاوض أو بدون علم صاحب المشروع أو لتحقيق مكاسب شخصية^(٢).

وفي الحياة العملية هنالك ثلاث صيغ يتم بها تحديد شرط الالتزام بالمحافظة على السرية وأولها اشتراط السرية الكاملة للمعلومات المتبادلة بحيث تكون جميع المعلومات المتبادلة أثناء التفاوض سرية وتكون الإشارة هنا عامة تتسم بالشمولية، وثانيها تحديد المعلومات السرية على وجه التحديد والدقة وفي هذه الصيغة لا تنبسط الحماية على كافة البيانات المتبادلة، والصيغة الثالثة تتمثل في تعداد المعلومات المشمولة بالسرية على سبيل الحصر وتستخدم هذه الصيغة في مفاوضات العقود الفنية المعقدة مثل عقود نقل التكنولوجيا.

المعلومات التي لا يكفل لها شرط الالتزام بالسرية والحماية: يستثنى من الحماية المعلومات المعروفة للجميع لكونها لا تعتبر أسراراً، وكذلك المعلومات عديمة القيمة المادية أو المعنوية بالنسبة إلى صاحبها^(٣) كما تستثنى المعلومات التي تحصل عليها

(١) د. محمد حسن قاسم - مرجع سابق - ص ٢٠٧.

(٢) أبو العلا على أبو العلا النمر - مفاوضات العقود التجارية - مرجع سابق - ص ١٠٤.

(٣) د. عبد العزيز المرسي المحمود - الجوانب القانونية لمرحلة التفاوض ذو الطابع التعاقدية - مرجع سابق - ص ٨٦.

الطرف المتفاوض قبل الدخول في المفاوضات، أي تلك التي تحصل عليها بصفة مستقلة عن المفاوضات، وكذلك المعلومات التي يحظر القانون الواجب التطبيق الطابع السري لها، أي المعلومات التي تتعارض مع نص قانوني أمر، حيث إن مثل هذه المعلومات لا يعتد بها وتعد باطلة إذا تعارضت مع نص قانوني أمر^(١).

المدة الزمنية للبقاء على الالتزام بالسرية: اختلف الفقه في المدة الزمنية التي يظل فيها الأطراف ملتزمين بشرط المحافظة على السرية إلى فريقين، يرى فريق منهم أن السرية ليس لها حدود زمنية، فالمعلومات التي تكتسب الصفة السرية تظل بهذا الطابع ولا يزول عنها إلا إذا وصلت إلى علم العامة بدون أن يكون المتفاوض هو السبب في ذلك، أما الفريق الآخر فيرى أن الفريق الأول يغالي في المدة الزمنية التي يكفل فيها الحماية إلى حد غير مقبول وأنه لا بد من تقييد مدة الالتزام بزمن محدد نظرا لأن أغلب القوانين لا تعرف فكرة الالتزامات المؤبدة^(٢).

وعلى ذلك فإن إطلاق المدة دون تحديدها فيه مغالاة وإجحاف في حق الطرف الذي يقع على عاتقه المسؤولية ذلك أن المعلومات يجب أن تزول عنها الحماية بعد مضي مدة محددة لاسيما أن المجال التجاري في تطور متلاحق مما يؤدي إلى أن تفقد المعلومات قيمتها المادية أي تصبح المعلومات نتيجة للتطورات المتلاحقة عديمة القيمة المادية والمعنوية لصاحبها. لذا يجب تحديد مدة زمنية معقولة تزول بعدها الحماية عن المعلومات السرية.

(١) أبو العلا على أبو العلا النمر - مفاوضات العقود التجارية - مرجع سابق - ص ١٠٤

(٢) د. محمد حسام محمد لطفي - مرجع سابق - ص ٣١

المطلب الثالث

الالتزامات المكتملة للالتزام بالتفاوض

الالتزامات المكتملة أو المساعدة هي تلك الالتزامات الإضافية التي تتفرع عن الالتزام بالتفاوض بحسن النية والتي يلتزم بها الأطراف ليتم التفاوض على أكمل وجه وهذه الالتزامات لا يمكن حصرها تحديدا إذ يمكن أن يضاف إليها أي التزام آخر يسفر عنه العمل، أو يشترطه الأطراف على أنفسهم لذا سوف نعالج أهم تلك الالتزامات المتفرعة عن الالتزام بحسن النية بشيء من الإيجاز غير المخل فيما يلي:

أولا: الالتزام بالإعلام :

يعد هذا الالتزام من أهم مظاهر حسن النية في التفاوض نظرا للدور الذي يلعبه في تنوير المتفاوض وتبصيره بكل ما يتصل بالعقد المراد إبرامه من معلومات جوهرية تؤثر في تكوين عقيدته بشأن العقد ولقد عرف البعض هذا الالتزام بأنه " تنبيه أو إعلام طالب التعاقد بمعلومات من شأنها إلقاء الضوء على واقعة ما أو عنصر ما من عناصر التعاقد المزمع إبرامه حتى يكون الطالب على بينة من أمره بحيث يتخذ قراره الذي يراه مناسباً على ضوء حاجته وهدفه من إبرام العقد ^(١) .

ووفقا لهذا الالتزام يجب على المتفاوض الإدلاء بكافة المعلومات المتعلقة بالعقد المراد إبرامه طالما لها أهميتها في التعاقد من وجه نظر المتفاوض الآخر، وذلك دون تورية أو كتمان، حتى تتسم المفاوضات بالشفافية وترتكز على المصارحة والمكاشفة ^(٢) ليتسنى للمتفاوض الآخر أن يقدم على التعاقد بإرادة سليمة ومنتورة خاصة بعد أن أصبح للتطور الصناعي والتقدم التكنولوجي دخل كبير في تزايد الحاجة

(١) د. سهير المنتصر - الالتزام بالتبصير - طبعة الأولى ١٩٩٠ - دار النهضة العربية بالقاهرة - ص ٤١

(٢) د. محمد حسين منصور - مرجع سابق - ص ٥٨

إلى الإعلام قبل التعاقد كالتزام قانوني يقع على عاتق أحد الراغبين في التعاقد أو كليهما للتبصير بالأمر الجوهري للعقد^(١).

ومن خلال ما ذكر يتضح أن الالتزام بالإعلام التزام يقع على عاتق الأطراف في مرحلة المفاوضات وقبل إبرام العقد النهائي، والإعلام المقصود هو الإعلام عن المعلومات الجوهرية التي تفيد الطرف الآخر في تكوين رأيه عن محل العقد ولا يتمكن من الحصول عليها بوسائله الخاصة.

كما أن هذا الالتزام التزام عام ينطبق على جميع أنواع العقود متى توافرت شروط وجوده، فلا يخص عقدا بعينه أو عقودا بذاتها، إنما يفرض على أحد طرفي العقد المزمع إبرامه أو كليهما أيا كان نوع هذا العقد، ما دام هنالك معلومات تتصل بالعقد يحوزها أحدهما ويجهلها الطرف الآخر جهلا مشروعا^(٢).

لذا يجب على الأطراف ومنذ اللحظة الأولى لبدء التفاوض أن يُعلم المتفاوض الآخر بكافة البيانات والمعلومات المتعلقة بالعقد المتفاوض عليه^(٣). فلا يخفي عنه شيئا وإلا اعتبر مُدلسا، وكما هو الشأن في آثار التدليس فإن السكوت في هذه الحالة يوجب إبطال العقد النهائي متى ثبت ذلك، بل يعتبر السكوت عن أي واقعة تؤثر على رضا الطرف الآخر في العقود نوعا من التدليس يصبح بموجبه العقد قابلا للإبطال ومثال ذلك ما نص عليه قانون المعاملات المدنية السوداني لعام ١٩٨٤م والذي ينص على أنه "يعتبر تدليسا السكوت عمدا عن واقعة أو ملابسة، إذا أثبت أن المدلس عليه ما كان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة أو هذه الملابسة"^(٤).

وتطبيقا لذلك فإذا كان المتفاوض يعلم بواقعة معينة ويعلم أن إعلام المتفاوض الآخر بهذه الواقعة، أو علمه له من شأنه أن يؤثر على قبوله التفاوض أو

(١) د. خالد جمال أحمد - الالتزام بالإعلام قبل التعاقد - الطبعة الأولى ٢٠٠٣م - دار النهضة القاهرة - ص ١٠

(٢) د. خالد جمال أحمد - مرجع سابق - ص ٨٧

(٣) عبد العزيز المرسي حمود - الجوانب القانونية لمرحلة التفاوض ذو الطابع التعاقدى - مرجع سابق - ص ٢٦

(٤) أنظر المادة (٦٧) من قانون المعاملات المدنية لعام ١٩٨٤م

التعاقد لما لهذه المعلومة من أهمية في نظره ومن ثم سكت عنها دون أن يعلمه إياه يعتبر هذا المسك تدليسا يوجب به إبطال العقد النهائي، لذا يجب على المتفاوض أن يُعلم نظيره الآخر بكافة التفاصيل وبكافة الوقائع التي يرى أنها قد تمثل أهمية لدى الطرف الآخر والتي لا يمكنه الوصول إليه بوسائله الخاصة أو وسائل المعرفة المتاحة وإلا اعتبر مخلا بالتزامه بالإعلام.

أساس الالتزام بالإعلام:

انقسم الفقه في الأساس الذي ينسب إليه الالتزام بالإعلام في مرحلة المفاوضات أي مرحلة ما قبل التعاقد إلى ثلاثة آراء أحدها يرى أن الأساس لهذا الالتزام هو قواعد الأخلاق بينما يرى أصحاب الرأي الثاني أن المبادئ العامة للقانون هي الأساس لهذا الالتزام، ويرى فريق ثالث أن العقد هو أساس هذا الالتزام وذلك وفقا للآتي:

الرأي الأول: يرى أصحاب هذا الرأي أن التزام المتفاوض بالإعلام أساسه أخلاقي حيث يرون أنه يجب على كل متعاقد أن يسعى للدفاع عن مصالحه وغاياته، الوصول إلى تحقيق أقصى ربح ونفع مقابل أدنى جهد وأبخس عطاء، وهذا ما يؤدي إلى الصراع بين إرادتين تسعى كل منهما إلى الحصول على أكبر قدر ممكن من المزايا مقابل القليل من التضحية، على أن يتسم هذا الصراع بالأخلاق أهمها عدم كتمان الأمور التي تهم المتفاوض الآخر، ومن ثم يفسر أصحاب هذا الرأي الالتزام بالإعلام قبل التعاقد بأنه واحد من مظاهر حماية قواعد الأخلاق في نطاق العقد قبل أن يكون حماية للإرادة ذاتها من التدليس أو الوهم^(١).

ويرى هذا الفريق أن قواعد الأخلاق توجب على المتعاقدين في مرحلة المفاوضات عددا من الواجبات تتخذ صورا وأشكالا مختلفة تمثل في ذاتها درجات ومراتب للواجبات الأخلاقية في مجال الإعلام قبل التعاقد تتمثل في عدم الإضرار بالغير

(١) د.محمد إبراهيم دسوقي - مرجع سابق - ص ٧٦

وعدم إيدائه كما يرون أن الإعلام يقتضيه حسن النية والأمانة والشرف وهي من القواعد الأخلاقية المسلم بها في القانون الوضعي^(١).

الرأي الثاني: يرى أصحاب هذا الرأي وهو الرأي الذي نخال الرجحان فيه أن التزام المتفاوض بالإعلام التزام قانوني عام يوجبه القانون على عاتق المتفاوضين وأن هذا الالتزام كان في الأساس واجبا أخلاقيا تحول إلى واجب قانوني بموجب نصوص قانونية موضوعة في صلب النظم، وأن هذا الالتزام يجد أساسه في نظرية صحة وسلامة الرضا ونظرية التدليس المنصوص عليها في القوانين ومن مبدأ حسن النية التي تقره القوانين في المعاملات والتعاقدات^(٢). ومثال ذلك النص الوارد في قانون المعاملات المدنية السوداني لسنة ١٩٨٤م والذي ينص " ويعتبر تدليسا إدلاء البائع ببيان على خلاف الحقيقة أو كتمانها لأمر ينقص من مقدار الثمن أو من قيمة المبيع ، إذا كان من شأن ذلك أن يؤثر في رضا المشتري بالصفقة"^(٣).

الرأي الثالث: يرى أصحاب هذا الرأي أن التزام المتفاوض بالإعلام التزام عقدي يستمد وجوده من العقد اللاحق عليه ذاته، وهؤلاء يرون أن العقد المرتقب أو المأمول هو الأساس والمصدر لهذا الالتزام على أساس أن هذا الالتزام لا يمكن أن يكون له وجود إلا مع احتمالية إبرام العقد^(٤).

يعاب على هذا الرأي أنه يفتقر إلى الحقيقة والواقع وينبني على الافتراض والخيال، فليس من المنطق افتراض وجود عقد أو شبه عقد وإرادة الأطراف لم تنصرف إليه. كما لا يمكن إن ننسب التزاما على أطراف بموجب عقد غير قائم أو أن

(١) د.خالد جمال أحمد - مرجع سابق - ص ١٥٣ وما بعدها

(٢) د. عبد العزيز المرسي حمود - الالتزام قبل التعاقد بالإعلام في عقد البيع في ضوء الوسائل التكنولوجية الحديثة دراسة مقارنة - طبعة

٢٠٠٥-بدون دار نشر- القاهرة - ص ٥٢

(٣) المادة (٣/١٨٦) من قانون المعاملات السوداني لسنة ١٩٨٤م

(٤) د.خالد جمال أحمد - مرجع سابق - ص ٢٦٨

نلتصق بالعقد التزاما قبل إبرامه ووجوده القانوني فليس من المنطق القانوني التسليم ترتيب آثار بموجب عقد غير موجود فعليا.

الطبيعة القانونية للالتزام بالإعلام في مرحلة المفاوضات : انقسم الفقه حول الطبيعة القانونية للالتزام بالإعلام في مرحلة المفاوضات إلى رأيين كل منهما يستند في رأيه انطلاقا من نظريته إلى مصدر هذا الالتزام وهما:

الفريق الأول : ويرى أصحابه أن الالتزام بالإعلام في مرحلة المفاوضات هو التزام غير عقدي يجد أساسه في نظرية صحة وسلامة الرضا وفي المبادئ العامة للقانون كمبدأ حسن النية الذي يفرض على المتعاقد الذي يحوز معلومات بخصوص العقد أن يعلم بها المتعاقد الآخر طالما يتعذر عليه العلم بها والاستعلام عنها من تلقاء نفسه^(١).

الفريق الثاني: ويرى أصحابه أن الالتزام بالإعلام في مرحلة المفاوضات التزام عقدي يستمد وجوده من العقد المراد إبرامه ووفقا لرأيهم فإن هذا الالتزام موجود قبل إبرام العقد ويستمر أثناء تنفيذه ويستمد قوته الإلزامية من العقد المستقبلي المراد إبرامه أي ينبع من العقد اللاحق عليه، ويرى أصحاب هذا الرأي أن هذا الالتزام هو التزام المتعاقد بضمان العيوب الخفية والالتزام بضمان الاستحقاق والالتزام بالتسليم، كما يحتجون بأن هنالك صعوبات في التمييز بين الالتزام بالإعلام الواجب تنفيذه قبل وبعد إبرام العقد وأن عدم تنفيذ هذا الالتزام لا يكتشف إلا بعد إبرام العقد^(٢).

ورأي الفريق الثاني محل نظر فليس من المنطق القانوني التسليم بأن الالتزام بالإعلام قبل التعاقد يستمد وجوده من العقد المراد إبرامه حيث لا يعقل أن ينشأ الالتزام قبل نشوء مصدره، حيث إن الالتزام بالإعلام ينشأ قبل نشوء وجود العقد من الناحية القانونية، وفي اعتقادي أن أصحاب هذا الرأي قد التبس عليهم الأمر فيما بين الالتزام قبل التعاقد بالإعلام وبين الالتزام التعاقدية بالإعلام،

(١) د. خالد جمال أحمد - مرجع سابق - ص ٣٣٤

(٢) د. عبد العزيز المرسي حمود - الالتزام قبل التعاقدية بالإعلام في عقد البيع - مرجع سابق - ص ٥٤

فالالتزام بالإعلام في مرحلة التفاوض يجد أساسه ومصدره في المبادئ العامة للقانون كمبدأ حسن النية التي تقتضيها المبادئ العامة في مرحلة المفاوضات والتي تستتبع التزاما ايجابيا بالصدق والأمانة في مواجهة المتفاوض الآخر، بخلاف الالتزام التعاقدى بالإعلام الذي يجد أساسه ومصدره في العقد الذي يلتزم بموجبة أحد الأطراف بإعلام الطرف الآخر بالمعلومات مثل العقود التي تبرمها مكاتب الاستعلامات التجارية.

وعلى ذلك فإن الرأي الذي نخال الرجحان فيه هو الرأي الذي تبناه أصحاب الفريق الأول الذي يرى أن الالتزام بالإعلام في مرحلة التفاوض التزام غير عقدي يجد أساسه ومصدره في المبادئ العامة للقانون.

مضمون الالتزام بالإعلام في مرحلة التفاوض: الواقع أن الالتزام بالإعلام قبل التعاقد لا يقتصر على مجرد التزام المتفاوض بالإدلاء بالبيانات المتصلة بالعقد فقط وإنما قد يصل مداه في بعض الأحيان إلى أبعد من مجرد إعلام، حيث إن الفقهاء يرون أن هنالك درجات متفاوتة للمعلومات تتحدد وفقا لمضمونها وتندرج جميعها تحت ما يسمى الإعلام وهذه الدرجات هي التحذير والنصيحة والمشورة وهي عادة تكون وفقا لطبيعة العقود المراد إبرامها فهناك عقود تتطلب طبيعتها التحذير أو تقديم النصح والمشورة وفقا للآتي:

(١). الالتزام المجرد بالإعلام : وهو أصل ما يلتزم به المتفاوض وهو مجرد إعلام المتفاوض الآخر بالمعلومات والبيانات الضرورية المتعلقة بالعقد المراد إبرامه. وهو أقل درجات الالتزام بالإعلام.^(١)

(٢). الالتزام بالتحذير : وهو أن يقوم المتفاوض بتحذير المتفاوض الآخر وأن يلفت انتباهه إلى احتمال وجود خطورة مادية أو قانونية ناتجة عن العقد ليتخذ المتفاوض الآخر حذره واتخاذ الأوضاع الوقائية لتفادي الخطورة المتوقعة، فالالتزام بالتحذير يمثل خطوة أبعد من مجرد الإعلام إذ أنه

(١) د. رجب عبد الكريم عبد اللاه - مرجع سابق - ص ٤٢٨

يفترض مخاطر معينة تكتنف العقد المراد إبرامه تستوجب التحذير منه، ويجب على المتفاوض إحاطة الطرف الآخر بكافة الوسائل التي تمكنه من تجنبها فصفة الخطر لموضوع التعاقد هي التي تشكل المعيار الحاسم للتحذير من الخطورة المتوقعة^(١).

(٣). الالتزام بالنصيحة والمشورة: يقتضي حسن النية والأمانة في التفاوض ألا يكتفي المتفاوض بالإدلاء المجرد للبيانات المتعلقة بالعقد فحسب، بل يجب عليه بالإضافة إلى ذلك أن يقوم بتقديم النصيحة إلى المتفاوض الآخر كلما كان هنالك مقتض لذلك، الالتزام بالنصيحة مثلها مثل الالتزام بالتحذير تعد خطوة متقدمة وأبعد من مجرد الالتزام بالإعلام، وعادة ما يكون الالتزام بالنصيحة في العقود الفنية المعقدة التي تحتاج إلى نصيحة خبير لغير الخبير^(٢).

حدود الالتزام بالإعلام : انقسم الفقه في مدى الحدود التي ينبغي عليه الالتزام بالإعلام في مرحلة المفاوضات إلى ثلاثة اتجاهات هي :

الاتجاه الأول : ويرى أصحاب هذا الاتجاه وهو الاتجاه الذي يؤيده القضاء أن التزام الأطراف بالإعلام في مرحلة المفاوضات التزام ببذل عناية بمعنى أن يلتزم المدين فقط بإعلام الدائن بكافة البيانات والمعلومات التي تؤدي عادة إلى تمكينه من الاستخدام وكيفية تجنب الأخطار دون ضمان النتيجة ويعللون ذلك بأن المتفاوض لا يضمن استيعاب الطرف الآخر للمعلومات التي تلقاها، كما لا يستطيع أن يجبره على اتباع التحذيرات والنصائح المقدمة له^(٣).

(١) د. ميرفت ربيع عبد العال - الالتزام بالتحذير في مجال عقد البيع - دار النهضة العربية. القاهرة ٢٠٠٤م - ص ٩ وما بعدها

(٢) د. محمد عادل عبد الرحمن - الالتزام بالنصيحة في العقود دراسة في حماية المستهلك - دار النهضة العربية - القاهرة ١٩٩٤ - ص ١٨ ما بعدها

(٣) د. رجب كريم عبد اللاه - مرجع سابق - ص ٤٣٨

الاتجاه الثاني: يرى أصحاب هذا الاتجاه أن التزام المتفاوض في مرحلة المفاوضات بالإعلام التزم بتحقيق نتيجة تأسيساً على أن هذا الالتزام يهدف إلى حماية الطرف الآخر وبناء على هذا فإن مسؤولية المدين تتحقق بعدم تحقيق النتيجة ولا يستطيع المدين التخلص من المسؤولية إلا إذا أقام الدليل على أن النتيجة لم تتحقق لوجود سبب أجنبي حال دون ذلك.^(١)

الاتجاه الثالث: ويرى أصحاب هذا الاتجاه أن التزام المتفاوض في مرحلة المفاوضات بالإعلام يتمثل في شقين شق منهما التزام بتحقيق غاية وهي المتمثلة في الالتزام بنقل البيانات والمعلومات إلى الدائن، والشق الثاني هو التزام ببذل العناية ويتمثل في استعمال الوسائل المناسبة لنقل الإعلام إلى الدائن.^(٢)

التكليف الشرعي للالتزام بالإعلام: لقد أوجبت الشريعة الإسلامية ضرورة إعلام المتعاقد بطبيعة الشيء المتعاقد عليه وبتبيان كافة عيوبه الظاهرة والخفية، ومن الأحاديث الشريفة التي أوجبت ضرورة الإعلام عند التعاقد لبث روح التعاون والثقة بين المتعاملين قوله ﷺ (البيعان بالخيار ما لم يتفرقا فإن صدقا وبينا بورك لهما وإن كذبا وكتما محقت بركة بيعهما)^(٣) وقوله ﷺ (من باع عيبا لم يبينه لم يزل في مقت الله ولم تزل الملائكة تلغنه)^(٤) وجاء في الأثر أن رسول الله ﷺ مر على صبرة طعام فأدخل يده فيها فنالت أصابعه بللا فقال ما هذا يا صاحب الطعام؟ قال أصابته السماء يا رسول الله. فقال له رسول الله ﷺ أفلا جعلته فوق الطعام حتى يراه الناس من غش فليس مني^(٥).

(١) د. عبد العزيز المرسي حمود - الالتزام قبل التعاقد بالإعلام في عقد البيع - مرجع سابق - ص ٥٦

(٢) د. عبد العزيز المرسي حمود - الالتزام قبل التعاقد بالإعلام في عقد البيع - مرجع سابق - ص ٥٦

(٣) ابن حجر العسقلاني - فتح الباري لشرح صحيح البخاري - الجزء الرابع - ص ٣٦٤

(٤) رواه ابن ماجدة في سننه - الجزء الثاني - حديث رقم ٢٢٤٦ - ص ٧٥٥

(٥) سبل السلام للصنعاني - الطبعة الأولى - دار الكتاب العربي - بيروت ١٤٠٥ هـ - ج ٣ ص ٥٤ رقم الحديث ٧٦٩

وهذه الأحاديث تحث المتعاقدين على الصدق والبيان عند إبرام العقد ويحذرهما من الكذب والكتمان، وهذا دليل على أن الإعلام أمر شرعي ينبغي على العاقد أن يلتزم به في مواجهة من سيتعاقد معه وتنوير إرادته قبل التعاقد وتبصيره ليكون له الخيرة في التعاقد أو رفضه.

وهكذا يمكننا القول بأن الشريعة الإسلامية قد اعترفت بوجود الالتزام بالإعلام قبل التعاقد في مجال العقود كالالتزام شرعي يلتزم بمقتضاه المتفاوضون بتقديم المعلومات وتبيان الحالة الخاصة بالشيء موضوع العقد المراد إبرامه طالما أن الطرف الآخر لا يمكنه العلم بها بنفسه أو بوسائله الخاصة .

وعلى ضوء ما تقدم فإن الالتزام بالإعلام يعد التزاما جوهريا تفرضه المبادئ العامة وهو التزام جوهري يقتضيه حسن النية في التعامل والتعاقد. كما نخلص إلى أن الإعلام قبل التعاقد في الشريعة الإسلامية، التزام شرعي على عاتق المتفاوضين وأنه يستند في وجوده إلى أدلة شرعية من الكتاب والسنة.

ثانيا: الالتزام بالاستعلام:

وهو التزام يقع على عاتق المتفاوضين بأن يسعى كل منهم بالذات أو بالواسطة إلى الحصول على كل ما هو ضروري ومؤثر في اتخاذ القرار، وعليه بذل الجهد ليستعلم عن ظروف وملابسات كل ما يحيط بالعملية موضوع المفاوضات. والحجة في ذلك أن كل متفاوض يفترض فيه الحرص على مصالحه الخاصة^(١)، وعليه أن يكون أحرص على مصالحه من غيره وأن يستعلم من تلقاء نفسه وأن يتحرى الحقيقة باللجوء إلى كافة مصادر المعرفة المتاحة، لذا تتجه هيئات التحكيم إلى منح الأولوية للالتزام بالاستعلام بالنظر إلى الالتزام بالإعلام لتناهى بالالتزام بالإعلام عن شبهة التزيد والتجاوز^(٢).

(١) د. رجب كريم عبد الله - مرجع سابق - ص ٤٣٨

(٢) د. محمد حسام محمود لطفى - مرجع سابق - ص ٢٣

ويرى الكثير من الشراح أن الالتزام بالاستعلام يجب أن يكون سابقا على الالتزام بالإعلام وعبر البعض عن ذلك بقولهم أن الالتزام بالاستعلام يوقف الالتزام بالإعلام، بحيث لا يلتزم المتفاوض بالإعلام ما لم يكن المتفاوض الآخر جاهلا بالمعلومات والبيانات المطلوب معرفتها بشأن العقد المتفاوض حوله لأسباب مشروعة ومبررة، بل اشترطوا لقبول ادعاء أحد المتفاوضين على الآخر بأنه أخل بالالتزام بالإعلام أن يثبت هو أولا أنه كان يجهل البيانات محل النزاع، وأن ثمة ما يبرر هذا الجهل^(١).

ولكن هذا الاستعلام المطلوب من المتفاوض قد تحول دونه أسباب تجعل من إمكانية العلم مستحيلا مما يكون معه جهل المتفاوض جهلا مشروعا يبرر التزام المتفاوض الآخر بالإفشاء بالمعلومات والبيانات حول العقد المراد إبرامه، وترجع استحالة العلم إلى أسباب موضوعية ترجع إلى طبيعة موضوع العقد المتفاوض حوله، ومثال ذلك تعذر العلم بسبب وجود محل التفاوض في حيازة الطرف الآخر وتحت سيطرته وهيمنته، وقد تكون استحالة شخصية ترجع إلى شخص المتفاوض وتتحقق هذه الاستحالة عندما يحول دون علم المتفاوض ظروف شخصية أو أسباب خاصة تمنع أو تبرر عدم قيامه بالاستعلام، ومثال ذلك عدم دراية وكفاية وخبرة المتفاوض في مجال العقد المتفاوض حوله^(٢) وعلى العكس من ذلك فإن اعترافية المتفاوض الآخر في مجال المفاوضات يستبعد بها استحالة العلم لذا فإن القضاء يجعل من اعترافه قرينة على العلم، ولذا قضي باستبعاد مسئولية البائع الذي لم يعلم المشتري باحتياطات الاستعمال لكون الأخير محترفاً^(٣).

(١) د. رجب كريم عبد اللاه - مرجع سابق - ص ٤٤١

(٢) د. عبد العزيز المرسي حمود - الالتزام قبل التعاقد بالإعلام في عقد البيع - مرجع سابق - ص ٨٨

(٣) د. رجب كريم عبد اللاه - مرجع سابق - ص ٤٤٢

وخلافا لما ذكر يرى البعض وهو الرأي الذي نميل إليه إذ أن من الأحوط التسليم بالالتزام المتفاوض بالإفشاء بكافة البيانات والمعلومات المتعلقة بالعقد المزمع إبرامه والتي هو على علم بها، تستوي في ذلك البيانات التي يجهلها المتفاوض الآخر وتلك التي يعلمها أو يفترض فيها العلم بها طالما كانت هذه البيانات لازمة ولا غنى عنها لتحقيق رضاء سليم ومنتور لدى هذا المتفاوض الآخر^(١)، ونحسب أن هذا الرأي هو ما عليه الفقه الإسلامي الذي يجعل من الإعلام والنصيحة واجبا شرعيا يجب مراعاته قبل التعاقد وهذا ما اتضح لنا جليا عند تناول الالتزام بالإعلام.

ثالثا : الالتزام بالتعاون:

يتمثل هذا الالتزام في التعاون المثمر بين الأطراف المتفاوضة، طيلة مرحلة المفاوضات و بما يكفل وصول المفاوضات إلى نهاية ونتيجة منطقية ومرضية إما بانعقاد العقد محل التفاوض أو بصرف النظر عن التعاقد دون أضرار.

ويعد الكثير من الشراح هذا الالتزام من الالتزامات الأساسية التي تظل قائمة طوال فترة المفاوضات بغية الوصول إلى النتيجة المرجوة، ولا تندرج صورة التعاون تحت حصر فكل ما يحتاجه سير العملية التفاوضية فهو لازم، وهي لا تدخل تحت حصر معين ويمكن أن نذكر منها على سبيل المثال لا الحصر الصور التالية.^(٢)

- عدم التراخي في تحديد مواعيد لجلسات التفاوض وضرورة احترام هذه الجلسات من جانب الطرفين.
- عدم التأخير بغير عذر مقبول عن حضور جلساتها.

(١) د. رجب كريم عبد اللاه - مرجع سابق - ص ٤٤٤

(٢) راجع في ذلك د. أحمد عبد الكريم سلامة - قانون العقد الدولي - مرجع سابق - ص ١٠٩ ، محمد حسام محمود لطفي - مرجع

سابق - ص ٢٩ ، د. رجب كريم عبد اللاه - مرجع سابق - ص ٢٤٥ ، د. محمد حسين منصور مرجع سابق - ص ٥٧ .

- عدم التقدم بعروض مبالغ فيها ولا يمكن قبولها بهدف حمل الآخر على قطع المفاوضات أو إفشالها، وعدم وضع العراقيل التي تعيق سير المفاوضات بالصورة المرضية للجانبين.
 - الجدية في مناقشة العروض والمقترحات المطروحة للمفاوضات وعدم رفضها بدون مبرر معقول يستدعي ذلك.
 - عدم الرفض غير المبرر لتعيين خبير أو أكثر لحسم مسألة فنية مختلف عليها.
 - تجنب تحديد أماكن مختلفة للتفاوض تستدعي سفرا وترحلا وإنفاقا بغير مبرر مقبول.
 - عدم العودة بالمفاوضات إلى الوراء أو عدم إعادة مناقشة المسائل التي تم حسمها بغرض إثارة النزاع والخلافات لعرقلة سير المفاوضات.
 - احترام العادات والأعراف التجارية السائدة في مجال المعاملات الدولية.
 - اختيار الوقت المناسب لإخطار المتفاوض الآخر في حال العزم على قطع المفاوضات.
 - بذل كل ما في الوسع من جهد لكي تنتهي المفاوضات في المواعيد المحددة أو في الوقت المعقول والامتناع عن إطالة أمدتها بدون مبرر.
- وعموما فإن العبرة في هذا الالتزام يعتد فيه بمعيار الرجل المعتدل وهي من الالتزامات التي لا يشترط الاتفاق عليه كتابة أو شفاهة، بل يفترض وجوده ضمنا، وفي هذا قضت محكمة التحكيم بغرفة التجارة الدولية في باريس بأنه "من الملائم التأكيد على أنه يوجد، وبالتوازي مع النصوص القانونية لمختلف القوانين الوطنية، في النطاق الخاص بالتجارة الدولية، عادات ومبادئ التعاون المفروضة على كل الممارسين الاقتصاديين للتجارة الدولية، حيث إن على أطراف العقد الواجب الضمني بتنسيق

جهودهم للتعاون والتنفيذ الدقيق لالتزاماتهم^(١) ويتجسد الالتزام بالتعاون بصورة خاصة في التشاور والمشاركة في إعداد سيناريو أو جدول المفاوضات، وتحديد مكان وزمان إجرائها، والتراضي على تحديد الخبراء الفنيين والاستشاريين.

وفي الحقيقة يعد هذا الالتزام إحدى تطبيقات متطلبات حسن النية في التعاقد وهو مبدأ من المبادئ العامة التي توجهها القانون، وعلى ذلك فإن الإخلال بهذا الالتزام يعد إخلالاً بواجب قانوني يستوجب المسؤولية التقصيرية طبقاً لأحكام القانون الواجب التطبيق على عقد التفاوض.

رابعاً: الالتزام بعدم إجراء مفاوضات متوازية (قصر التفاوض):

الأصل أن إجراء المفاوضات الموازية للمفاوضات القائمة لا يعد في ذاته سبباً يستوجب المسؤولية، فحرية التفاوض تمنح لكل متفاوض الحق في بحث الشروط الأفضل مع الغير لإبرام العقد محل التفاوض، لذلك يشترط أحد المتفاوضين على المتفاوض الآخر عدم إجراء مفاوضات موازية وهو ما يسمى بشرط القصر^(٢) ليصبح بمقتضاه ممتنعاً على الملتزم به إجراء تفاوض مواز مع الغير خلال فترة معينة وبهذا الاشتراط يقتصر التفاوض على المتفاوضين.

وطالما أن حرية التفاوض تمنح الأطراف حق إجراء المفاوضات الموازية للحصول على أكبر قدر من المزايا فإن التساؤل يظل قائماً عن مدى تقييد مبدأ حسن النية لهذا الحق؟ يرى الكثيرون أن حرية التفاوض تبقى مقيدة بالأخلاقيات التي يفرضها الواجب العام الملقى على عاتق كل متفاوض بمراعاة حسن النية وما يقتضيه من عدم الإخلال بالثقة في التعامل، لذا فقد اعتبر إخفاء المفاوضات قيامه بمفاوضات

(١) د. أحمد عبد الكريم سلامة - النظام القانوني لمفاوضات العقود الدولية - مرجع سابق - مشيراً إلى S.JARVIN: l'obligation de cooperer de bonne foi, exemples d' application au plan de l'arbitrage international, in l'arbitrage commercial international, l'arbitrage international, in l'arbitrage commercial, international, l'apport de la jurisprudence arbitrale, Publication de la C.C.I., 1986, P. 158 et ss

(٢) د. محمد حسنين قاسم - مرجع سابق - ص ٢٠٧

موازية مع الغير بشأن العقد موضوع التفاوض سوء نية يعارض مسلك المتفاوض العادي ويخرج عما يقتضيه واجب حسن النية في التفاوض مما يستوجب المسؤولية التقصيرية ما دام أطرافه خارج أي ارتباط تعاقدية ومسئولية عقدية في حال وجود عقد أو اتفاق يقضي بذلك، وعلى ذلك اعتبر أنه من صور الخطأ في مرحلة المفاوضات أن يتم التفاوض مع أكثر من شخص في ذات الوقت مع ترك الانطباع لدى كل منهم بأنه الوحيد الذي يجري معه التفاوض بشأن العقد المرتقب والخطأ هنا ليس في إجراء هذه المفاوضات الموازية وإنما في إخفاء أمر هذا التفاوض^(١).

خلافًا لما ذكره آخرون أنه لا يمكن حظر القاعدة العامة في المفاوضات، التي تجيز المفاوضات الموازية عملاً بمبدأ حرية الاتفاقات الدولية^(٢) ومن ثم لا يمكن حظر إجراء مفاوضات موازية إلا بموجب شرط خاص تتفق عليه الأطراف صراحة (شرط القصر أو الاستبعاد. Lock – out clause) وأنه لا يصح الاستناد إلى المبدأ العام الذي يحكم المفاوضات، وهو حسن النية، لحظر إجراء مفاوضات موازية مع طرف ثالث، وعلى ذلك إنهم يرون أنه لكي يتم الحظر لا بد أن يتم الاتفاق عليه بين الطرفين وأن يتم التحديد الدقيق للمدة المحظور خلالها إجراء المفاوضات الموازية، وكذلك للموضوع الذي يحظر فيه التفاوض الموازي^(٣).

(١) د. محمد حسين قاسم - مرجع سابق - ص ١٩٤

(٢) د. أحمد عبد الكريم سلامة - النظام القانوني لمفاوضات العقود الدولية - مشيراً

Dominique BLANCO: Negocier ET rediger UN contrat international, Paris, Dunod, 2 eme ed., 1995, p. 37.

(٣) د. أحمد عبد الكريم سلامة - قانون العقد الدولي - مرجع سابق ١٠٣ مشيراً إلى

J.SCHMIDT: La negociation du contrat international, Rev. Droit et pratique du commerce international, 1983, p73 . also to

Walford V. Miles case (1992) Ac 128.

وبناء على ذلك فإنهم يرون أن الإخلال بهذا الالتزام يستوجب المسؤولية العقدية ويستندون في ذلك بجانب ما ذكر إلى الحكم الصادر عن محكمة الاستئناف الفرنسية والتي قضت بوجود عقد يحظر التفاوض الموازي^(١).

ورغم أن مبدأ حرية التفاوض يمنح الأطراف الحق في اختيار من يرون من الأطراف للتفاوض معهم إلا أن هذا الحق يقيدته مبدأ حسن النية الذي يعد قيوداً من القيود المعترف بها في مجال التجارة الدولية باعتبارها قيوداً على حرية التعاقد، كما أن الدخول في المفاوضات يستوجب التقيد بالأعراف والأخلاقيات التي يفرضها الواجب العام المتمثل في حسن النية في التفاوض، وأنه من سوء النية إجراء مفاوضات موازية دون علم المتفاوض الآخر الذي تتولد لديه الثقة لاسيما في حال التقدم في المفاوضات، وأن وجود اتفاق من عدمه لا يعفي المخل بهذا الالتزام من المسؤولية وإن كان ذلك يحدد نوع المسؤولية المترتبة على المخل به فهي تعد مسؤولية تقصيرية استناداً إلى المبدأ العام القاضي بالتفاوض بحسن النية لاسيما في حال عدم وجود عقد اتفاق صريح يقضي بالحظر، ويسأل المخل عن هذا الإخلال تعاقدياً في حال وجود اتفاق أو شرط يقضي بالحظر أي يترتب عليه مسؤولية عقدية ولا يعفى المخل من المسؤولية إلا بوجود اتفاق صريح يقضي بحقه في إجراء مفاوضات موازية أي أن المنع هو الأصل

(١) و تلخص وقائعها في أن شركة Gallay الفرنسية تفاوضت مع شركة Alvat البلجيكية لإبرام عقد بموجبه تتنازل الأولى للثانية عن ٧٠% من الحصص التي تملكها بأحد فروعها، وتم الاتفاق على الثمن. غير أن الشركة البلجيكية قد علمت أثناء مفاوضاتها مع الشركة الفرنسية أن تلك الأخيرة قد أجرت مفاوضات موازية على نفس العملية مع شركة إنجليزية، مما دفعها إلى وقف مفاوضات موازية على نفس العملية مع شركة إنجليزية، مما دفعها إلى وقف المفاوضات وإنهائها، ورفعت الأمر إلى المحاكم الفرنسية، وطلبت أصلياً التنفيذ العيني للالتزام بنقل الحصص المتفق عليها إليها مدعية انعقاد العقد، واحتياطياً بإلزام الشركتين الفرنسية والإنجليزية بالتضامن بدفع التعويض عن الأضرار التي لحقتها من جراء قيامها بمفاوضات موازية. وإذا كانت محكمة أو درجة قد أجابت الشركة البلجيكية إلى طلباتها، إلا أن محكمة الاستئناف ألغت حكم أول درجة، وانتهت إلى عدم ثبوت وجود اتفاق صريح على حظر إجراء المفاوضات الموازية، وبالتالي فإن الشركة الفرنسية لم تخالف أي التزام، بل أكدت أن تلك الشركة كانت قد طرحت عرضاً عاماً إلى مختلف الشركات في العديد من الدول تحت مسمى "البحث عن شريك". أشار إليه د. أحمد عبد الكريم سلامة - د. أحمد عبد الكريم سلامة - النظام القانوني لمفاوضات العقود الدولية - مرجع سابق - ص ٤٥

والاستثناء هو إباحة إجراء مفاوضات موازية باتفاق الأطراف شريطة توفر الجدية والاعتدال في المفاوضات القائمة بين الأطراف .
والالتزامات المذكورة اعلاه ليست على سبيل الحصر، وإنما يجوز للأطراف بالإضافة إلى الالتزامات السابقة، الاتفاق على مجموعة أخرى من الالتزامات تتعلق بتنظيم عملية التفاوض وتحمل النفقات والجدول الزمني ومصير المستندات والوثائق التي يتم إعدادها في مرحلة المفاوضات وكذلك الالتزامات والشروط الجزائية التي يتم الاتفاق عليها سواء كانت هذه الالتزامات تترتب على أحد الأطراف أو كليهما.

المبحث الثاني الطبيعة القانونية للمسئولية الناشئة عن الإخلال بالالتزامات التفاوضية

انقسم الفقه الدولي في تحديد الطبيعة القانونية للمسئولية الناشئة عن الإخلال بالالتزامات التفاوضية في مرحلة ما قبل التعاقد إلى ثلاثة مذاهب، حيث يرى المذهب الأول أن الطبيعة القانونية للمسئولية المدنية في مرحلة المفاوضات مسئولية عقدية، ويرى المذهب الثاني أن المسئولية مسئولية تقصيرية، والاتجاه الثالث يرى أن المسئولية مسئولية موضوعية، وسوف نعالج هذه الاتجاهات وفقا للمطالب التالية :

المطلب الأول

نظرية المسئولية العقدية في مرحلة التفاوض

تسمى نظرية المسئولية العقدية في مرحلة التفاوض أيضا بنظرية الخطأ عند إبرام العقد ويرجع الفضل في صياغة هذه النظرية إلى الفقيه الألماني رودلف أهرنج (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^(١).

أولاً: 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 مسئوليته عن هذا الخطأ تكون مسئولية عقدية، قوامها العقد الباطل نفسه^(٢).

(١) د. محمد حسام محمود لطفي - مرجع سابق - ص ٣٤

(٢) د. رجب كريم عبد اللاه - مرجع سابق - ص ٢٠٣

وتترتب المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض على الخطأ الناتج عن إخلال أحد الأطراف بواجب اليقظة المفروضة عليه في هذه المرحلة على أساس عقدي^(٣)، 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 بالأ يأتي 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^(١).

ثانياً: أساس النظرية : الالتزام باليقظة عند التعاقد منعا من اضطراب المعاملات القانونية، كما يرتكز على حسن النية أي أن أساس النظرية يكمن في انعدام الحرص من جانب المخل بالتزاماته التفاوضية، وتنعقد المسؤولية استنادا إلى توفر خطأ يعقد مسؤولية من ينسب إليه عن التعويض لعدم تنفيذ الالتزامات أو لعدم إبرام العقد أو إبطاله^(٢).

ثالثاً: شروط قيام المسؤولية العقدية عند الإخلال بالالتزامات التفاوضية: تتحقق المسؤولية العقدية طبقاً للقواعد العامة عند توافر أركان المسؤولية الثلاثة وهي الخطأ العقدي، والضرر، وعلاقة السببية بين الخطأ والضرر على التفصيل التالي:

(١). الخطأ العقدي : يتمثل الخطأ العقدي في مرحلة المفاوضات في عدم تنفيذ المتفاوض لالتزاماته المترتبة عليه بموجب اتفاق التفاوض ويستوي في ذلك وفقاً

(٣) د. سمير عبد السميع الأودن - مرجع سابق - ص ١٠٣

(١) د. محمد عبد الظاهر حسين - مرجع سابق - ص ٩٠ وما بعدها

(٢) محمد حسام محمود لطفى - مرجع سابق - ص ٣٧

للقواعد العامة أن يكون عدم التنفيذ عن عمد أو عن إهمال أو أن يكون سببه مجهولاً. كما يستوي أن يكون التنفيذ كلياً أو جزئياً بل يكفي أن يكون التنفيذ متأخراً أو معيباً 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 وفقاً لنظرية المسؤولية العقدية فإنه لا يعد بالخطأ الراجع لسبب أجنبي للإعفاء من المسؤولية العقدية.

(٢). وقوع الضرر: يعتبر وقوع الضرر عنصراً أساسياً في قيام المسؤولية العقدية بصفة عامة وبالتالي فإن المسؤولية في عقود التفاوض لا تتحقق ما لم يكن هنالك 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 ضرراً مادياً 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 ضرراً أدبياً ويتمثل في كل ما يمس المتفاوض في سمعته التجارية والشخصية.

ويجب أن تتوفر الشروط الثلاثة المطلوبة لوجوب التعويض وفقاً للقواعد العامة وهو أن يكون الضرر محققاً أو محقق الوقوع في المستقبل، وأن يكون الضرر مباشراً أي أن يكون نتيجة مباشرة للإخلال بالتزامات التفاوضية للطرف الآخر وهو يعتبر كذلك إذا لم يستطع المتفاوض الآخر دفعه ببذل الجهد المعقول، وأخيراً يجب أن يكون الضرر متوقعاً أي يكون مما يمكن توقعه عادة وقت الاتفاق على الدخول في التفاوض.

(٣). علاقة السببية : ويجب لقيام المسؤولية العقدية في مرحلة التفاوض أن تتوفر علاقة السببية بين الخطأ الذي ارتكبه المخل بالتزاماته من الأطراف المتفاوضة والضرر الذي أصاب المتفاوض الآخر، وهذا الشرط يستند أصحاب النظرية إلى أساس تقصيري بجانب الأساس العقدي للنظرية.

رابعاً: تقدير النظرية : انقسم الفقه حول هذه النظرية بين مؤيد ومعارض ونتج عن ذلك أن حدد المؤيدون مزايا هذه النظرية والمخالفون حاولوا إبراز عيوبها وذلك على التفصيل الآتي:

(١). مزايا النظرية: عدد أصحاب هذه النظرية عدة مزايا لهذه النظرية نوجزها فيما يلي :

(أ). لا تقيم هذه النظرية المسؤولية على عقد ظني فتتفادى بذلك انتفاء المسؤولية إذا كان الظن مشتركاً بين الأطراف بما يدل على حسن نيتهم، وهي تفترض توفر قرينة قاطعة غير قابلة لإثبات العكس على توافر الخطأ من مجرد الإقدام على التعاقد مع توفر العيب، ولو كان هذا العيب خفياً عليه شخصياً.

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

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

(د). وسعت هذه النظرية من فكرة العقد حيث لم يكن مقبولاً اعتبار كل إيجاب وقبول عقداً.

- (٥). ابتدعت هذه النظرية فكرة عدم جواز تجريد العقد الباطل من آثاره فقصر بذلك أثر البطلان على الركن أو الشرط الباطل وحده دون سواه وهو ما يمكنه من إقامة المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض.
- (و). ابتكرت هذه النظرية فكرة التعويض عن المصلحة العقدية السلبية بما لا يجاوز المصلحة العقدية الايجابية بشرط إثبات وقوع الضرر وعدم علم من أصابه الضرر أو وجوب علمه، بسبب البطلان أو القابلية للبطلان.
- (٢). الانتقادات التي وجهت لهذه النظرية: انتقد الفقهاء هذه النظرية من أربعة جوانب هي:
- (أ). أن هذه النظرية تقوم على افتراض الخطأ في جانب المتعاقد رغم أنه قد يجهل السبب في البطلان، أو ينتفي التقصير من جانبه لعدم علمه بهذا السبب وهو ما يجعل من فكرة الخطأ التقصيري أو افتراض عقد ضمني بكفالة التعاقد.
- (ب). 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.
- (ج). تجاهل الأثر المطلق للبطلان ومفاد ذلك زوال كل أثر للتصرف الذي يلحق البطلان وهو ما يتعارض جذريا مع اقتضار الأثر على الركن أو الشرط الذي أصابه البطلان وحده.
- (د). الأخذ بتفرقة تحكيمية بين التعويض عن المصلحة العقدية الايجابية والمصلحة العقدية السلبية، وهي مصلحة يصعب تبريرها في بعض الحالات.

خامساً: التكييف الشرعي للمسئولية العقدية في مرحلة التفاوض: " يرى العلامة السنهوري في مؤلفه الموسوم بمصادر الحق في الفقه الإسلامي أنه لا يمكن القول بوجود نظرية للمسئولية العقدية في الفقه الإسلامي على النحو الموجود في الفقه الغربي، وإنما يمكن استخلاص ما يقابل نظرية المسئولية العقدية في الفقه الغربي من الأحكام المقررة في الفقه الإسلامي"^(١) وعلى غرار ذلك يمكننا استخلاص ما يقابل نظرية المسئولية العقدية قبل التعاقدية التي ابتدعها الفقيه أهرنج في القانون الدولي الخاص من الأحكام المقررة في الفقه الإسلامي، والأصل في قواعد الفقه الإسلامي أن ضمان العقد "المسئولية العقدية" ^(*) تقوم متى ما أحل أحد طرفي العقد بتنفيذ التزاماته الناتجة عن العقد ووقع ضرر عن ذلك في حق الطرف الآخر.

وتقوم المسئولية المدنية في الفقه الإسلامي على أساس مادي هو الضرر، فحيثما وجد الضرر تكون المسئولية سواء صدر هذا الضرر عن عمد أو بغير عمد، إذ لا عبرة هنا بالقصد والإدراك والاختيار.^(٢) والجواب في الفقه الإسلامي مشروعة لجلب ما فات من المصالح ولا يشترط في ذلك أن يكون من وجب عليه الجبر آثماً، ولذلك شرع الجبر مع الخطأ والعمد.^(٣)

(١) د. عبد الرزاق السنهوري - مصادر الحق في الفقه الإسلامي - مرجع سابق - ص ١١١

(*) عرف أ.د. وهبة الزحيلي الضمان بأنه الالتزام بتعويض الغير، عما لحقه من تلف المال، أو ضياع المنافع، أو عن الضرر الجزئي أو الكلي، الحادث بالنفس الإنسانية، وعرفه الدكتور الزرقاء بأنه "الالتزام بتعويض مالي عن ضرر بالغير" وعرفه أ.د. محمد فوزي فض الله بأنه " شغل الذمة بحق، أو بتعويض عن ضرر" وعرفه الدكتور محمد احمد سراج بأنه هو شغل الذمة بحق مالي أوجب الشارع أداءه جبراً لضرر لحق بالغير في ماله أو بدنه أو شعوره سواء نشأ هذا الضرر بمخالفة العقد أو شرط من شروطه أو بارتكاب فعل أو ترك حرمة الشارع ذاتاً أو مآلاً" رجع لاستزادة دوهي الزحيلي -نظرية الضمان في الفقه الإسلامي - مرجع سابق -ص ١٥ وما بعدها ، وضمن العقد هو المصطلح الذي يقابل المسئولية العقدية في الفقه الإسلامي راجع في هذا المعنى بوجه عام د. محمد أحمد السراج - ضمان العدوان في الفقه الإسلامي - دراسة فقهية مقارنة لأحكام المسئولية التقصيرية في القانون - الطبعة الأولى ١٩٩٣ م - المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع بيروت.

(٢) د. عادل جبر محمد حبيب - المفهوم القانوني لرابطة السببية وانعكاساته في توزيع عبء المسئولية المدنية، دراسة مقارنة بأحكام الفقه الإسلامي - الطبعة الأولى ٢٠٠٣ - دار الفكر الجامعي الإسكندرية - ص ٢٢٥

(٣) عبد الله بن سالم الغامدي - مسؤولية الطبيب المهنية - الطبعة الأولى ١٩٩٧م - دار الأندلس الخضراء للنشر والتوزيع جدة -ص ٣٤

وعلى ضوء ما ذكر فإن الخطأ العقدي في مرحلة المفاوضات يقوم في حال عدم تنفيذ أي من المتفاوضين لالتزاماته المترتبة على العقد ويستوي في ذلك أن يكون إخلاله بالالتزام ناشئاً عن عمد أو عن إهمال. ولا يرفع الضمان عن المخل بالتزاماته في الفقه الإسلامي إلا أن يكون عدم التزامه كان لسبب أجنبي، ففي هذه الحالة تنتفي عنه المسؤولية العقدية في الفقه الإسلامي رغم قيام الخطأ العقدي، وهذه نقطة تباين بين نظرية أهرنج ونظرية المسؤولية العقدية في الفقه الإسلامي، إذ أن نظرية أهرنج ترتب المسؤولية على الطرف المخل حتى ولو كان عدم قيام المخل بالالتزامات ناشئاً عن سبب أجنبي لا يد له فيه.

ويمكننا القول كذلك أن نظرية العقد في الفقه الإسلامي تتسع للتمييز بين الالتزام بتحقيق غاية كالالتزام بنقل الملك أو بنقل المنفعة أو بتسليم العين، والالتزام ببذل عناية والذي يعني الالتزام ببذل الجهد للوصول إلى الغرض المستهدف، تحقق هذا الغرض أو لم يتحقق وهذه هي عين العناية المطلوبة من المتفاوض في مرحلة المفاوضات، والمهم أن يبذل المتفاوض قدراً معيناً من العناية وهو قدر الرجل المعتاد، فإذا لم يبذل المتفاوض هذا القدر من العناية اعتبر مقصراً، ويسمى هذا التقصير في الفقه الإسلامي بالتعدي، والمدين في العقود يكون مسئولاً عن الخطأ العقدي إذا تعمد أو تعدى، والمعياري في الفقه الإسلامي معيار موضوعي لا ذاتي كما هو شأن سائر المعايير في الفقه الإسلامي، فالعبرة إذن في قياس السلوك المألوف المعتاد بين الناس، فما خرج عن المعتاد كان انحرافاً يحقق المسؤولية، وما كان معتاداً لا يكون تعدياً فلا يكون سبباً للضمان^(١).

و بناء على ما ذكر يمكننا القول أن نظرية العقد في الفقه الإسلامي تتسع أيضاً للالتزامات المترتبة بناء على عقد التفاوض سواء كانت هذه الالتزامات تتطلب

(١) د. عبد الرزاق السنهوري - مصادر الحق في الفقه الإسلامي - مرجع سابق - ص ١٣٨ و ١٤٩ وما بعدها

بذل العناية والجهد أو تتطلب تحقيق غاية كنقل البيانات والمعلومات للمفاوض الآخر.

ويختلف الفقه الإسلامي بشأن نظرية المسؤولية العقدية في مرحلة المفاوضات في تحديد معنى الضرر ففي نظرية أهرنج يعوض عن كل ضرر مادي أو معنوي، وفي الضرر المادي يعوض عن كل ما يصيب الطرف الآخر من خسارة وما فاته من ربح، ولو كان ذلك عن منفعة أو عن أي أمر آخر، أما في الفقه الإسلامي فلا تعويض إلا عن الأضرار الواقعة الماثلة التي يمكن تقويمها بالمال أي لا يعوض عن الأضرار المعنوية إذ أن من شروط الضمان أن يكون المضمون مالاً متقوماً في ذاته، وأن توجد المماثلة بينه وبين المال الذي يعطى بدلاً منه، فلا تعويض عن المنافع ولا عن العمل، وبالتالي فلا تعويض عن أي خسارة معنوية لحقت بالطرف غير المخل أو عن ربح فاتته^(١).

وعدم إقرار فقهاء الشريعة الإسلامية التعويض في مجال الضرر المعنوي يرجع إلى أن الأضرار المعنوية، لا تقوم بالمال كما أنه لا يمكن إنزال شرف الشخص واعتباره، وعواطفه منزلة الأموال المادية مما ينافي المثل العليا الأخلاقية، كما أن التعويض بالمال يقوم على الجبر بالتعويض لرد الحال إلى ما كانت عليه قبل وقوع الضرر، وفي هذا النوع من الضرر لا يتحقق ذلك وبالتالي فإن الغاية من التعويض المتمثلة في جبر الضرر تنتفي^(٢).

وكما هو الحال في الفقه الوضعي فإن رابطة السببية بين النشاط أو السلوك والضرر تعد الركن الثالث من أركان نظرية الضمان في الفقه الإسلامي، ولا يكفي في الفقه الإسلامي لإلزام الشخص بالضمان أن يتوفر ركننا التعدي والضرر، بل

(١) د. مقدم السعيد - التعويض عن الضرر المعنوي في المسؤولية المدنية دراسة مقارنة - الطبعة الأولى ١٩٨٥م - دار الحداثة بيروت - ص

(٢) د. مقدم السعيد - مرجع سابق - ص ٧٨

يجب أن يكون من شأن التعدي الإفشاء إلى هذا الضرر، أي أن يكون الضرر مترتباً على هذا التعدي وهو في ذلك يتفق مع نظرية المسئولية العقدية في ضرورة وجود علاقة سببية بين الفعل والنتيجة.

ومن جانب آخر تختلف نظرية ضمان العقد في الفقه الإسلامي عن نظرية المسئولية العقدية قبل التعاقدية "نظرية أهرنج" في أن نظرية ضمان العقد في الفقه الإسلامي يقسم علاقة السببية إلى شقين؛ هما السببية المباشرة، والتسبب، وأعطى لكل نوع من هذين النوعين حكماً مختلفاً عن الآخر إذ جعل المباشر ضامناً وإن لم يتعمد والمتسبب لا يضمن إلا بالتعمد^(١). خلافاً لنظرية أهرنج التي تفرض التعويض على الطرف المخل سواء كان الضرر نتيجة مباشرة لفعل المخل أو بالتسبب.

وقاعدة ضمان المتسبب، تعد من أدق وأعقد المسائل في الشريعة، ومرجع ذلك أن بعض الفقهاء يقيد الضمان على صفة التعمد، بينما يتجه البعض إلى إطلاق القاعدة ليشمل التسبب كل من التعمد والإهمال وهو الراجح لدى الفقهاء.

وبناءً على ما تقدم فإن نظرية أهرنج في تحمل المسئولية في مرحلة المفاوضات لا يصلح الأخذ بها بالمنظور الإسلامي أي بمنظور نظرية العقد في الفقه الإسلامي لتباينها في عدة مواضع تعد من الثوابت والمبادئ الأساسية في الفقه الإسلامي.

(١) على حيدر - مرجع سابق - المادة ٩٢ و٩٣ من درر الحكام شرح مجلة الأحكام العدية - ص ٩٣ و٩٤

المطلب الثاني

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 .

أولاً: 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 ضرراً بالآخر، ويقتضي إثبات هذا الخطأ إقامة الدليل على التعسف في استعمال الحق^(١).

وعلى ذلك تنعقد المسؤولية نتيجة قيام أي من الأطراف باتباع 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^(٢).

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 عن التقصير في تحمل الالتزام، وهذه

(١) محمد حسام محمود لطفي - مرجع سابق - ٥٨

(٢) د. رجب كريم عبد اللاه - مرجع سابق - ص ٤٣٨

المسئولية تستوجب التعويض كأثر ناتج عن العقد الباطل ولكن بوصفه واقعة مادية وليس باعتباره عقداً ومن ثم يجب إثبات جميع عناصر المسئولية التقصيرية^(٣). 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 مسئولية وهو غير مطالب بتقديم مبرر لانسحابه فالعدول عن التفاوض لا يصلح بذاته سبباً للمسئولية إلا إذا كان متعسفاً في الانسحاب أو صدرت منه أفعال تتنافى مع الأمانة وحسن النية أو كان ارتكب خطأ سبب به ضرراً بالمفاوض الآخر. هنا تثور مسئوليته التقصيرية المبنية على الخطأ الثابت، ويقع على عاتق المضرور عبء إثبات هذا الخطأ^(١).

ثانياً: أساس النظرية :

يرى أصحاب هذه النظرية أن أساس المسئولية التي تنشأ في مرحلة التفاوض هي مسئولية تقصيرية أساسها الخطأ نتيجة الإخلال بواجب عام يفرضه مراعاة حسن النية في المرحلة السابقة على إبرام العقد^(٢).

ثالثاً: شروط قيام المسئولية التقصيرية:

تتحقق المسئولية التقصيرية كما هو الحال في المسئولية العقدية بتوافر ثلاثة أركان^(*) هي الخطأ، والضرر، وعلاقة السببية ما بين الخطأ والضرر وتبادياً للتكرار سنناقش هذه الأركان بشيء من الإيجاز وبالقدر الذي نبرز فيه الخلاف في مفهوم هذه الأركان بين المسئوليتين إن وجدت :

(٣) د. محمد عبد الظاهر حسين - مرجع سابق - ص ٩٢

(١) د. محمد حسين منصور - مرجع سابق - ص ٦٢

(٢) د. محمد عبد الظاهر حسين - مرجع سابق - ص ٩٢

(*) تنص المادة (١٣٨) قانون المعاملات المدنية السوداني لسنة ١٩٨٤ على أن "كل فعل يسبب ضرراً للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض ولو كان غير

مميز"

(١). الخطأ التقصيري: يعد الخطأ الركيزة الأساسية لقيام المسؤولية المدنية، حيث لا مسؤولية بلا خطأ^(٣)، ولقد تضاربت الآراء في تحديد معنى الخطأ في المسؤولية التقصيرية. فرأي يقول أن الخطأ هو العمل الضار غير المشروع، ورأي آخر يرى أن الخطأ يعني الإخلال بالتزام سابق، وثالث يرى أنه هو الإخلال بالثقة المشروعة^(١)، وآخرون يرون 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^(٢)، 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^(٣) وفي مرحلة المفاوضات فإن الخطأ التقصيري يتمثل في انحراف المتفاوض عن السلوك المألوف للمتفاوض وتسببه ضرراً للمتفاوض الآخر، والخطأ التقصيري يقاس بمعيار موضوعي^(*).

ولا شك أن المتفاوض ينحرف عن السلوك المألوف إذا لجأ إلى الغش في التفاوض، أو إذا تعمد الإضرار بالمتفاوض الآخر، والدخول في المفاوضات دون أن تكون

(٣) عبد العزيز المرسي حمود - الالتزام قبل التعاقد بالإعلام في عقد البيع. مرجع سابق - ص ١٥٤

(١) أ.د. محمد الشيخ عمر - مرجع سابق - ص ٢٢٦

(٢) د. ياسين محمد يحيى - النظرية العامة للالتزامات - دراسة مقارنة بقانون المعاملات المدنية السوداني - طبعة ١٩٨٩ - مطبعة جامعة القاهرة فرع الخرطوم (النيلين حالياً) وحدة الطبع والتصوير - الخرطوم - ص ٢٦٠

(٣) د. عبد المنعم حسني - الموجز في النظرية العامة للالتزام - طبعة ١٩٩١ م - دار الطباعة الحديثة القاهرة - ص ٧٦

(*) الضابط في الانحراف يتصور أن يرد إلى إحدى وجهتين وجهة ذاتية أو وجهة موضوعية فيقاس التعدي مقياساً شخصياً إذا اخترنا الوجهة الذاتية، أو مقياساً مجرداً إذا أثرنا الوجهة الموضوعية، وهذا ولقد اختلف الفقهاء في فكرة الخطأ في ذاتها لأن هذه الفكرة تكتنفها الغموض والإبهام وعدم التحديد، ولقد انقسم الفقه في ذلك إلى مدرستين مدرسة اتخذت المعايير المادية معياراً لتقدير الخطأ وهذه المدرسة أيضاً تتشعب إلى شعبتين شعبة ترى أن المعيار معيار مادي أخلاقي والأخرى ترى أن المعيار معيار مادي قانوني، أما المدرسة الثانية فقد اتخذت المعيار الشخصى وهذا المعيار أيضاً ينقسم إلى معيارين معيار شخصي ذاتي ومعيار شخصي موضوعي للاستزادة" راجع عادل جبر محمد حبيب - مرجع سابق - ص ١٧٧ وما بعدها".

هنالك نية التعاقد، أو الدخول في المفاوضات بقصد إعاقة الطرف الآخر من إتمام صفقة أخرى، وكذلك تقديم الرشوة للمفاوض الآخر أو السكوت عمدا 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 أسلفنا على خطأ واجب الإثبات.

(٢). 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 أم عقدية على المخل بالتزاماته متى ما ثبتت علاقة السببية، ولا يكفي لتحقيق المسؤولية أن يقع الخطأ بل يجب كما أسلفنا أن يوقع الخطأ ضررا 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 محققا أو محقق الوقوع في المستقبل.^(١)

(٣). تحقق علاقة السببية : كما هو الحال في المسؤولية العقدية فإن القانون يتطلب 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 فإذا 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

(١) عبد العزيز المرسي حمود - الالتزام قبل التعاقد بالإعلام في عقد البيع . مرجع سابق - ص ١٦١

علاقة السببية بين الخطأ المرتكب والضرر الذي أصاب المتفاوض الآخر، ولذلك فإن البحث في علاقة 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.^(١)

رابعاً: تقدير النظرية:

لقد عدد الفقهاء لهذه النظرية بعض المزايا وأخذوا عليها بعض العيوب نوردها فيما يلي^(٢):

(١). المزايا: تعد هذه النظرية من أفضل النظريات مرونة وسهولة ويسر بجانب السعة في التطبيق، فهي أكثر النظريات التي يمكن أن تطبق في المرحلة قبل التعاقدية فهي تتسع لمرحلة المفاوضات وتضمن للمتفاوض الذي يسقط ضحية المتفاوضين سيئ النية تعويضاً جابراً لما لحقه من ضرر وما فاته من كسب بمجرد إقامة الدليل على توافر الخطأ التقصيري وتعد هذه النظرية الأكثر ملاءمة وتطبيقاً في الفقه والقضاء.

(٢). العيوب: ذكر الفقهاء ثلاثة عيوب لهذه النظرية تتمثل فيما يلي:

(أ). عدم عدالة اشتراط توافر الخطأ حيث تتطلب المسؤولية لتنعقد توفر الخطأ أو الإهمال من جانب المتفاوض بما يعقد مسؤوليته عن عمل غير مشروع فإذا لم يتوفر الخطأ أو الإهمال فلا مجال للتمسك بإعمال قواعد المسؤولية التقصيرية.

(ب). صعوبة إثبات الخطأ على المتفاوض المخل بالتزاماته، لاسيما أن حرية التفاوض تمنح للمتفاوض نوعاً من الحصانة، كما أن إثبات التعسف في استعمال الحق أيضاً يكتنفه الصعوبة في الإثبات أيضاً.

(١) عبد العزيز المرسي حمود - الالتزام قبل التعاقد بالإعلام في عقد البيع . مرجع سابق - ص ١٦٣

(٢) نقلا عن د. محمد حسام محمود مصطفى - ص ٦٥ وما بعدها

(ج). نطاق 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 الايجابية المتمثلة في التعويض عن ضياع فرصة التعاقد.

خامساً: التكييف الشرعي للمسئولية التقصيرية في مرحلة المفاوضات: تبدي لنا فيما سبق عند تناول المسئولية العقدية أن فكرة الضمان (المسئولية) في الفقه الإسلامي تقوم على أساس التعدي (الخطأ) ومرد ذلك أن من بين الخصائص المميزة لفكرة الضمان لدى الفقهاء في الشريعة الغراء أنهم يأخذون أساساً بمبدأ الضمان الفردي والذي يقضي بأن كل شخص يضمن فعله الشخصي الخاطئ، ويعتبر كذلك إذا كان متعدياً أي مجاوزاً لما هو معروف عرفاً أو عادة أو مخالفاً لما أمر به الشرع، أي يستند فقهاء الشريعة الإسلامية إلى فكرة التعدي (الخطأ) في تقرير مسئولية الشخص عما يسببه للغير من أضرار.^(١)

ولقد قسم فقهاء الشريعة الإسلامية التعدي (الخطأ) إلى نوعين هما التعدي بالمباشرة والتعدي بالتسبيب، ومن ثم تم ترتيب حكم مختلف لكل نوع فيما يتعلق بوجود ضمان الضرر، حيث يقررون أنه في حالة حدوث الضرر عن طريق المباشرة فإن مباشر هذا الضرر يضمنه، طالما انعدم الجواز الشرعي له بأن كان متعدياً، والمتعدي المباشر يضمن ما ينتج عن فعله دون شرط، بمعنى أن يتحمل تعويض الأضرار الناتجة عن فعله بغض النظر إن كان فعله بحق أو بغير حق، وبغض النظر عن وصف الفاعل ومدى كونه مميزاً أو غير مميز أو غيره من الأوصاف، أما في حال حدوث الضرر عن طريق التسبيب وهو أن يتحقق الضرر ليس عن فعل الشخص

(١) عادل جبري محمد حبيب - مرجع سابق - ص ٢١٩

مباشرة، وإنما نتيجة تدخل فعل آخر بحيث لا يُوجد الفعل الضرر مباشرة إنما يُوجد ما يقتضي وجوده ففي هذه الحالة لا يكفي مجرد التعدي إنما يشترط بالإضافة إلى ذلك إما التعمد أو عدم التحرز^(١).

وخلافاً لذلك يرى جانب من الفقه أن المتسبب لا يضمن فعله إلا أن يكون متعمداً^(*)، وهذا الرأي ينكره جمهور الفقهاء حيث يرون إطلاق القاعدة ليشمل التعمد والإهمال، ونؤيد رأي منكري التقييد حيث إن التقييد يخالف ما استقر عليه فقهاء الشريعة من جريان الضمان على من لا قصد له كالصبي والمجنون، كما أنه خلاف ما يدل عليه واجب العناية بحقوق الغير في الشريعة^(٢).

وتنحصر حالات التعدي تسبباً لدى فقهاء الشريعة في ثلاث حالات، الحالة الأولى التسبب عمداً وهو أن تتجه إرادة الفاعل عن قصد إلى إحداث الفعل وما ينشأ عنه من ضرر، والحالة الثانية التسبب بالتقصير ويتحقق ذلك عندما يتهاون المتسبب في الضرر بامتناعه عن القيام بما كان يجب عليه والانتباه إليه، والحالة الثالثة التسبب بعدم الاحتراز وتتمثل هذه الحالة في عدم التبصر بما قد ينجم عن الفعل من عواقب ضارة والإهمال في اتخاذ الاحتياطات اللازمة لتجنبها^(٣).

ويتفق الفقه الإسلامي مع الفقه القانوني في أن يكون الفعل هو السبب الأساسي في حدوث ذلك الضرر، وفي ضرورة توافر الأركان الثلاثة لضمان الضرر.

وعلى ذلك يمكننا القول بأن نظرية المسؤولية التقصيرية في مرحلة المفاوضات تتوافق مع نظرية الضمان في الفقه الإسلامي في كثير من الأحكام وإن وجد اختلاف

(١) د. محمد ياسر الزعي - مسؤولية المباشر والمتسبب في القانون المدني الأردني - مجلة مؤتمة للبحوث والدراسات - المجلد الثاني - العدد الأول حزيران ١٩٨٧ - المملكة الأردنية الهاشمية

(*) جاء في مجلة الأحكام العدلية المادة (٩٣) أن (المتسبب لا يضمن إلا بالتعمد)

(٢) د. محمد أحمد سراج - مرجع سابق - ص ١٠٣

(٣) عادل جبري محمد حبيب - مرجع سابق - ص ٢٣٢

فهو في غير الأساسيات وبذلك تكون نظرية المسؤولية التقصيرية هي الأنسب في التطبيق الإسلامي لتحديد المسؤولية في هذه المرحلة.

* * * * *

المبحث الثالث

الجزاءات المترتبة على

ثبوت المسؤولية المدنية في مرحلة المفاوضات والقانون الواجب التطبيق

متى ما ثبت إخلال المتفاوض بالتزاماته في مرحلة المفاوضات فإنه تقع عليه المسؤولية ما سيجعله عرضة للجزاء المترتب على هذا الإخلال، وحيث إن هنالك تباينا حول مفهوم الجزاء ومفهوم إصلاح الضرر عند ثبوت المسؤولية المدنية على المتفاوض في مرحلة قبل التعاقد، فإن ذلك أدى إلى أن يمتد الخلاف ليشمل القانون الواجب التطبيق على الجزاءات المترتبة على الإخلال بالالتزامات في هذه المرحلة. عليه سوف نتناول ما أجملناه بتفصيل في المطالب التالية:

المطلب الأول

الجزاءات المترتبة عن

الإخلال بالالتزامات في مرحلة التفاوض

الأصل العام في العقود أنه متى ما ثبتت المسؤولية على المتعاقد، فليس له إلا أثر واحد وهو وجوب تنفيذه جبرا بإلزامه بتنفيذ ما التزم به متى كان هذا التنفيذ ممكنا، أو بمقابل في حال عدم إمكانية التنفيذ العيني، أو فسخ العقود الملزمة للجانبين ليتخلص الطرف غير المخل من الالتزامات الثابتة في ذمته. ولكن هذا الأمر يختلف في عقود التفاوض التي تتسم بحرية الأطراف فيها بالتعاقد أو عدم التعاقد، حيث اختلف الفقهاء في القانون الدولي الخاص في مدى جواز التنفيذ العيني في مرحلة المفاوضات حيث استبعد البعض إمكانية التنفيذ العيني في حال إخلال أحد أطراف التفاوض بالتزاماته.

أولاً: التنفيذ العيني: الأصل العام أنه في حال الإخلال بالالتزامات التعاقدية أن يتم التنفيذ عينياً، ويقصد بالتنفيذ العيني أن يقوم المدين بأداء عين ما التزم به إلى الدائن، فإذا ما نكل المدين عن التنفيذ طواعية جاز للمدين أن يجبره على ذلك عن طريق القضاء، شريطة أن يكون هذا التنفيذ ممكناً وغير مرهق للمدين^(١).

وإذا كان هذا هو الحال بوجه عام فهل يجوز لجوء المتفاوض إلى القضاء طالبا الحكم بالتنفيذ العيني في حال إخلال المتفاوض بالتزاماته؟ اختلف الفقهاء في ذلك وإن كان الرأي الغالب هو استبعاد التنفيذ العيني في مرحلة المفاوضات إذ أن الأصل في التفاوض هو التراضي ومع هذا المبدأ لا يمكن إجبار المتفاوض المخل بتنفيذ التزاماته عينياً لاسيما أن الالتزام الأساسي الناشئ عن عقد التفاوض هو الالتزام بالتفاوض بحسن النية وليس التزماً بإبرام العقد محل التفاوض فحرية المتفاوضين في إبرام العقد أو عدم إبرامه هو الأصل في مرحلة المفاوضات.

ويستند الفقهاء في استبعاد التنفيذ العيني في مرحلة المفاوضات إلى عدة حجج نوجزها فيما يلي:

الحجة الأولى: تتسم مرحلة المفاوضات بحرية التفاوض، والتنفيذ العيني فيه إجبار للمخل بالتزاماته بالسير في التفاوض وتنفيذ التزاماته عينياً، وهذا التنفيذ يتعارض مع مبدأ حرية التفاوض^(٢).

الحجة الثانية: استحالة تعيين من يمثل المتفاوض في حال أن يكون الإخلال متمثلاً في قطع المفاوضات، حيث لا يتصور أن تعين المحكمة من يمثل المدين في عملية التفاوض ولو كانت المرحلة التي توقفت عندها عملية التفاوض مقبولة ويمكن معها إبرام العقد^(٣).

(١) د. كريم رجب عبداللاه - مرجع سابق - ص ٦١٦

(٢) د. أبو العلا على أبو العلا النمر - مفاوضات عقود التجارة الدولية - مرجع سابق - ص ٢٣١

(٣) د. محمد حسام محمود لطفي - مرجع سابق - ص ٨٥

الحجة الثالثة: عدم إمكانية إجبار المتفاوض المخل على إبرام العقد النهائي أو مواصلة التفاوض وتنفيذ التزامه عينا إذ أن التنفيذ الجبري على هذا النحو ينال من الحرية الشخصية للمدين، لأنه يقتضي لإتمامه تدخلا شخصيا منه لا يقبل إجباره عليه، منعاً من المساس بحريته الشخصية^(١).

الحجة الرابعة: يتعارض إلزام المتفاوض بالتنفيذ العيني مع مبدأ التعاون الذي يفرضه التفاوض نفسه، إذ أن فرض التفاوض على غير راغب ينفي التعاون المفترض بين المتفاوضين.

الحجة الخامسة: أن التنفيذ العيني يفترض اتفاقاً على النقاط الجوهرية مع ترك المجال للقواعد المكملة لتلعب دورها في تكملة العقد لعدم وجود اتفاق على ما يخالفها وهذا الافتراض غير متصور في العقود المركبة الطابع التي تتعدد فيها النقاط الجوهرية تعدداً يستحيل معه على غير الأطراف أنفسهم تكملته طوعاً واختياراً وبديهي أن الحل الواجب الأخذ به يتعين أن يكون عاماً ينطبق على كل العقود دون نظر إلى فروض محتملة لا تقع إلا نادراً.

الحجة السادسة : ليس هناك سند قانوني يجعل من القضاء يحل محل إرادة المتفاوضين في إبرام العقد، كما أن طبيعة المفاوضات لا تكون ملزمة لأي من الطرفين ويستطيع كل منهما الامتناع عن إبرام العقد ولا يجوز للمتفاوض الآخر اللجوء للقضاء لإلزامه بذلك^(٢).

لهذه الحجج يجمع الفقهاء على استبعاد التنفيذ العيني في مرحلة المفاوضات كجزاء عند ثبوت المسؤولية المدنية على المخل بالتزاماته في التفاوض ويرون أن الجزاء الذي يمكن تطبيقه هو التنفيذ بمقابل.

(١) د. محمد حسين عبد العال - مرجع سابق - ص ١٣٦

(٢) د. محمد حسام محمود لطفى - مرجع سابق - ص ٨٦

أما القلة من الفقهاء الذين يرون إمكانية التنفيذ الجبري على المفاوض المخل يستندون فيما ذهبوا إليه إلى الحكم الصادر من محكمة استئناف باريس في ٢٨ سبتمبر ١٩٧٦ م ، ويرى المناهضون لهذا الرأي أن التنفيذ الجبري العيني يتعارض مع مبدأ الحرية الشخصية للمتفاوض وحرية التفاوض.^(١)

وعلى ذلك فإنه لا يجوز للقاضي الحكم بالتنفيذ العيني على المتفاوض في حال ثبوت المسؤولية المدنية في حقه وليس أمامه إلا تعويضه بمقابل نقدي وهو الجزء الأكثر شيوعاً في التجارة الدولية.

ثانياً التنفيذ بطريق التعويض (التنفيذ بمقابل) : التنفيذ بطريق التعويض يراه أغلب الفقهاء الجزء الأكثر ملاءمة لطبيعة مرحلة التفاوض التي تندرج بالحرية والاحتمالية في التوصل إلى اتفاق حول العقد المستقبلي، وهي تختلف عما هو معروف في الأصل العام في حالات التنفيذ الذي يلجأ فيه القاضي إلى التنفيذ العيني ابتداءً ومن ثم التعويض بمقابل في حال انغلاق طريق التنفيذ العيني إما لتخلف شرط أو أكثر من شروطه وإما لاتفاق الدائن والمدين صراحة أو ضمناً على العدول عنه.^(٢)

ويلجأ المتفاوض المتضرر من إخلال المتفاوض الآخر بالتزاماته إلى المطالبة بالتنفيذ بمقابل، فيحصل على مقابل للتنفيذ العيني الذي يفترض على المتفاوض الناكل تنفيذه طوعاً، ويتمثل التعويض بمقابل تعويض نقدي عادل وشامل يتولى القاضي أو المحكم تقديره، في حال لم يكن مقدراً في اتفاق التفاوض أو في اتفاق لاحق وهو ما يسمى بالتعويض الاتفاقي أو الشرط الجزائي إذ في هذه الحالة يتعين على القاضي أو المحكم الحكم بالمبلغ المتفق عليه دون زيادة أو نقصان باعتبار أن الأطراف

(١) د.عبد العزيز المرسي حمود - الجوانب القانونية لمرحلة التفاوض ذو الطابع التعاقدية - مرجع سابق - ص ٩١

(٢) د. محمد حسام محمود لطفي - مرجع سابق - ص ٨٧

قد قصدوا بهذا الاتفاق استبعاد سلطة القاضي أو المحكم التقديرية في هذا الصدد^(١).

والتعويض بمقابل يشمل الضرر المباشر الذي يعد نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزامات التفاوضية متى ما ثبتت المسؤولية على الطرف المخل سواء كانت هذه المسؤولية مسئولية عقدية أو تقصيرية.

وحسب المبدأ العام فإن ثبوت المسؤولية العقدية يترتب عليها التعويض عن الضرر المباشر المتوقع بمعيار موضوعي وليس بالمعيار الذاتي وحده لمن يثبت ارتكاب المخل غشا أو خطأ جسيما حيث يلتزم المدين بتعويض المتفاوض الآخر عن الضرر المباشر المتوقع وغير المتوقع على حد سواء، وذلك إعمالاً لمبدأ المسؤولية العقدية. أما إذا ثبتت المسؤولية التقصيرية فإن التعويض يشمل الضرر المباشر المتوقع وغير المتوقع مهما قل شأن الضرر الذي أصاب الطرف الآخر وذلك طبقاً لقواعد المسؤولية التقصيرية، حيث يكفي أن يكون الضرر نتيجة طبيعية لخطأ المتفاوض كي يسأل عن تعويضه، حتى لو تجاوز هذا الضرر الحدود المتوقعة عادة^(٢).

ويتضمن التنفيذ بمقابل نوعين من التعويضات أحدهما سلبي والآخر إيجابي، وإن كان من المستبعد أن يمتد نطاق التعويض ليشمل فقدان مزايا مأمولة من العقد حيث إن تنفيذ العقد وجني ثماره من وراء إبرامه يعد أمراً محتملاً ليس وارد التعويض عنه بأي حال من الأحوال، وإن كان ينادي بعض الفقهاء بضرورة أن يأخذ القاضي في اعتباره عند تقدير التعويض عن إجهاض مشروع العقد بخطأ من أحد المتفاوضين، أفاق الكسب في الأحوال التي تكون فيها المفاوضات قد بلغت درجة متقدمة^(٣).

(١) د.عبد العزيز المرسي حمود - الجوانب القانونية لمرحلة التفاوض ذو الطابع التعاقدية - مرجع سابق - ص ٩٢

(٢) د. كريم رجب عبداللاه - مرجع سابق - ص ٦٤٦

(٣) د. محمد حسام محمود مصطفى - مرجع سابق - ص ٩٠

وهنا لا بد من الإشارة إلى أن الأضرار التي يمكن المطالبة بالتعويض عنها في مرحلة التفاوض لا تدخل تحت حصر، وإن كان من الممكن القول بتوافرها كلما وقع إخلال بأي من الالتزامات التفاوضية وهذه الالتزامات قد تكون المسؤولية الناجمة عنها عن الإخلال بها عقدية أو تقصيرية كما سبق القول. وإن كانت أهم الأضرار المتصورة في مرحلة التفاوض والتي يمكن المطالبة بالتعويض عنها في الحياة العملية متمثلة في الآتي:

١. نفقات التفاوض : ويقصد بها تلك النفقات التي تكبدها المتفاوض المضرور في سبيل التفاوض والإعداد للعقد الذي يجري التفاوض حوله، مثل نفقات الدراسات التمهيديّة والرسومات، الخرائط والتصميمات وتقارير الخبراء ونفقات السفر والإقامة والاتصالات وغيرها من الأمور التي تقتضيها عملية التفاوض، فهذه النفقات تعد بمثابة خسارة حقيقية وفعلية للمتفاوض المضرور ومن ثم يتعين أن يتحملها المتفاوض المسئول عن عدم إتمام المفاوضات^(١).

يشترط بعض الفقهاء لكي يتحمل المتفاوض المخل بالتزاماته نفقات التفاوض أن يكون المتفاوض المضرور مهنيًا يتفاوض في مجال تخصصه، لكون أن هذه النفقات يتحملها عادة المهني في مجال تخصصه ويضيفها إلى النفقات العامة لمنشأته، كما يشترط أن تكون النفقات تمت بمناسبة التفاوض وبسببه من ناحية وكانت معقولة غير باهظة من ناحية ثانية، باعتبار أن هذا القدر هو الذي يمكن توقعه عادة وقت إبرام التفاوض، وعلى أن يقتصر التعويض على النفقات التي يتكبدها من اللحظة التي يولد فيها لديه الأمل الحقيقي في التعاقد، وألا يكون قد تكبدها لسداجته وعدم تحرزه^(٢).

(١) د. محمد عبد الظاهر حسن - مرجع سابق - ص ١٠٣

(٢) د. عبد العزيز المرسي حمود - الجوانب القانونية لمرحلة التفاوض ذو الطابع التعاقدية - مرجع سابق - ص ٩٦، د. محمد حسام محمود

مصطفى - مرجع سابق - ص ٩١

٢. ضياع الوقت : يعتبر أغلب فقهاء القانون لدولي الخاص الوقت مقيماً بالنسبة للعاملين في مجال التجارة الدولية لذا يعتبرون ضياع الوقت للمتفاوض ضرراً متوقفاً يستحق الجبروفي أي مرحلة تكون عليها المفاوضات كلما قام الدليل عليه، ويكفي للمتفاوض المضرور أن يثبت أنه لولا هذه المفاوضات ما كان فقد ما فقد من وقت^(١).

ونظراً لندرة العناصر المادية التي تساهم في تحديد مقدار الضرر المتمثل في ضياع الوقت، فإن القاضي يقوم بتقدير التعويض عنه جزافاً وفقاً لقواعد العدالة بالقدر اللازم لجبر ما لحق المتفاوض من ضرر من يوم تحققه وحتى لحظة صدور الحكم^(٢).

٣. الفرص الضائعة: يقصد بالفرص الضائعة، الحرمان من فرصة جادة وحقيقية لتحقيق كسب احتمالي، وتفويت أحد المتفاوضين الفرصة للمتفاوض الآخر بعد ضرراً محققاً يجب التعويض عنه في الحال وذلك لأنه يجعل تحقيق الكسب الاحتمالي أمراً مستحيلًا بعد أن كان ممكناً، فإذا كانت الاستفادة من الفرصة أمراً محتملاً، فإن تفويتها أمر محقق يجب التعويض عنه^(٣). ويحوز وفقاً للمبادئ العامة في عقود التجارة الدولية للمتفاوض المضرور أن يطالب بتعويض عن الفرصة التي ضاعت منه لإبرام العقد محل التفاوض أو لإبرام عقود أخرى بديلة مع الغير، شريطة أن يثبت ضياع هذه الفرصة وألا يكون قد تسبب هو في ضياعها أو ساهم فيها كلياً أو جزئياً بخطأ منه، فإذا ما عجز عن إقامة الدليل على

(١) د. محمد حسام محمود لطفي. مرجع سابق - ص ٩٤

(٢) د. عبد العزيز المرسي حمود - الجوانب القانونية لمرحلة التفاوض ذو الطابع التعاقدية - مرجع سابق - ص ٩٦ ، د. محمد حسام محمود مصطفى - مرجع سابق - ص ٩٧

(٣) د. إبراهيم الدسوقي أبو الليل ، بحث بعنوان تعويض تفويت الفرصة - مجلة الحقوق جامعة الكويت ١٩٨٦ العدد الثاني - ص ٨١ .

ذلك لم يكن أمامه إلا الاكتفاء بالتعويض عما فقد من وقت في عملية تفاوض لم تسفر عن النتيجة التي كان يريجوها^(١).

ويرى جانب كبير من شراح القانون الدولي الخاص صعوبة إثبات أن المفاوضات المتضرر كان سيرم بنحو مؤكد عقدا بديلا للعقد الذي كانت المفاوضات تدور من أجل التوصل إليه، لو أنه لم يدخل في المفاوضات مع الطرف الآخر الذي قطع المفاوضات دون سبب معقول، كما يرى كثيرون أن ذلك يتعارض مع المبدأ العام الذي يقضي بحرية الأطراف في التفاوض والتعاقد في عقود التجارة الدولية، ولقد جاء التعليق الرسمي الصادر عن معهد روما مؤكدا على مبدأ حرية التفاوض والتعاقد في عقود التجارة الدولية مع الحفاظ على حق المضرور بالمطالبة بالتعويض عما يلحقه من خسائر نتيجة لسوء نية المتفاوض الآخر، وفي ذلك قرر معهد روما لتوحيد قانون التجارة الدولية في التعليق الرسمي الصادر عنها على نص المادة ١٥/٢ من مبادئ اليونيدروا على أن مسؤولية أي من الأطراف عن التفاوض بسوء نية، تقتصر على ما يلحق الطرف الآخر من خسائر، وهذا يعني أنه يجوز للطرف المضرور أن يسترد المصروفات التي تحملها أثناء المفاوضات، كما يستحق التعويض عن الأضرار الناجمة عن ضياع فرصة تعاقد آخر كان سيرمه مع الغير وهو ما يسمى بالمصلحة السلبية interest negative^(*)

(١) د. محمد حسام محمود لطفي. مرجع سابق - ص ٩٤

(*) 1- Liability for negotiating in bad faith

A party's right freely to enter into negotiations and to decide on the terms to be negotiated is, however, not unlimited, and must not conflict with the principle of good faith and fair dealing laid down in Art.1/7. One particular instance of negotiating in bad faith which is expressly indicated in para. (2) of this article is that where a party enters into negotiations or continues to negotiate without any intention of concluding an agreement with the other party. Other instances are where one party has deliberately or by negligence misled the other party as to the nature or terms of the proposed contract, either by actually misrepresenting facts, or by not disclosing facts which, given the nature of the parties and/or the contract, should have been disclosed. As to the duty of confidentiality, see Art. 2/16

A party's liability for negotiating in bad faith is limited to the losses caused to the other party (para. (2)). In other words, the aggrieved party may recover the expenses incurred in the negotiations and may also be compensated for the lost opportunity to

أما الكسب الفائت بمعنى الفائدة المرجوة أو الربح المنتظر من إبرام العقد النهائي فلا يشملته التعويض لأنه ليس مؤكداً، بل يتسم بطابع افتراضي غالباً يثير الشكوك حول ارتباطه، على صعيد السبب، بخطأ المدين بما يجعله خطأ غير مباشر لا يجوز التعويض عنه^(١).

٤. التعويض عن المساس بالثقة التجارية: ويتمثل ذلك في الضرر، المادي والمعنوي، الذي يلحق بالثقة والمصدقية في هذا الصدد. وما يمس سمعة المتفاوض الأدبية، فقد يظهر المتفاوض في مظهر الساذج الذي يسهل خداعه، فينال ذلك من سمعته بين العاملين في التجارة الدولية وفي التجارة عموماً ولقد حكمت محكمة النقض المصرية تطبيقاً لذلك بجبر ما لحق المتفاوض المضروب من قطع المفاوضات من ضرر أدبي تمثل في إظهاره بمظهر من يسهل انخداعه ومن لا يوثق به، فقد اعتبرت المحكمة بأن في ذلك ما ينال من سمعة المتفاوض المضروب في السوق التجارية^(٢).

التكليف الشرعي للجزاءات في مرحلة المفاوضات: تبتدى لنا فيما سبق أن التعدي (الخطأ) هو الأساس الذي تنبني عليه فكرة الضمان في الفقه الإسلامي، ومرد ذلك أنه من بين الخصائص المميزة لفكرة الضمان لدى فقهاء الشريعة الإسلامية، أنهم

conclude another contract with a third person (so-called reliance or negative interest), but may generally not recover the profit which would have resulted had the original contract been concluded (so-called expectation or positive interest)

2- Liability for breaking off negotiations in bad faith

The right to break off negotiations also is subject to the principle of good faith and fair dealing. Once an offer has been made, it may be revoked only within the limits provided for in Art. 2.4. Yet even before this stage is reached, or in a negotiation process with no ascertainable sequence of offer and acceptance, a party may no longer be free to break off negotiations abruptly and without justification. When such a point of no return is reached depends of course on the circumstances of the case, in particular the extent to which the other party, as a result of the conduct of the first party, had reason to rely on the positive outcome of the negotiations, and on the number of issues relating to the future contract on which the parties have already reached agreement

(١) د. محمد حسين عبد العال - مرجع سابق - ص ١٣٧

(٢) د. محمد حسام محمود لطفي . مرجع سابق - ص ٩٩ مشيراً إلى نقض مدني في ٢٧ يناير ١٩٦٦م - مجموعة المكتب الفني ، ص ١٧ ، رقم

يأخذون أساساً بمبدأ الضمان الفردي والذي يقضي بأن كل شخص يضمن فعله الشخصي، وهو ما يعني أن فقهاء الشريعة الإسلامية يستندون إلى فكرة التعدي في تقرير مسؤولية الشخص عما يسبب للغير من أضرار^(١) ولقد جاء في كتاب فتح القدير أنه " لا بد أن يتوسط بين السبب وبين الحكم علة، فما لم تتحقق تلك العلة لا يتحقق الحكم بمجرد السبب، والمقصود بالسبب هنا التعدي أو الخطأ والحكم هو الضمان والعلة هي الضرر وهكذا يعبر فقهاء الشريعة عن الخطأ كشرط لضمان الشخص لما يسببه للغير من أضرار.

وعلى ذلك فإن كل ضرر يسببه المتفاوض المخل بالتزاماته للمتفاوض الآخر يوجب الضمان، وجبر الضرر الذي لحقه نتيجة خطأ المتفاوض المخل بالتزاماته ولكن يبقى التساؤل عن نوع الضرر الذي يمكن جبره وفقاً لنظرية العقد في الفقه الإسلامي هل يشمل الضرر المادي والمعنوي وكذلك المنافع المحتملة كما هو الحال في فقه القانون الدولي الخاص؟.

لقد ذكرنا فيما سبق أن سبب الضمان يقوم على أوصاف ثلاثة هي: التعدي، والضرر، والعلاقة بينهما. والملاحظ على هذه الأوصاف أن ثلاثتها عامة وغير منضبطة بالقدر المطلوب. ولذا فمن الممكن أن يندرج تحتها ما لا يحصى من الصور الجزئية المتباينة. ونتيجة لذلك فقد نشب الخلاف بين الفقهاء قديماً وحديثاً بشأن نظرية الضمان في الفقه الإسلامي، والذي يهمننا في هذا المقام ما أورده الفقهاء بشأن الضرر الذي يمكن جبره، حيث اختلفوا، على سبيل المثال، في ضمان المنافع^(*)، وفي ضمان الضرر المعنوي أو الأدبي وخلافه من الأضرار التي يستحق المتفاوض المضرور التعويض عنها، وعموماً فإن الضرر المقصود رفعه لا

(١) د. عادل جبر محمد حبيب - مرجع سابق - ص ٢١٩

(*) يرى الكثير من الفقهاء أنه لا ضمان على المنافع لأنها أموال غير متقومة في ذاتها. للاستزادة راجع السهوري مصادر الحق في الفقه الإسلامي الجزء السادس بصفة خاصة.

يختص بنوع معين في الفقه الإسلامي إذ أن عموم الضرر يجبر إلا إذا كان من التفاهة بحيث لا يعد ضرراً في عرف الناس وذلك امثالاً لقوله ﷺ (لا ضرر ولا ضرار) وإنما تعين حمل الضرر على معناه العرفي بناء على القاعدة الأصولية التي توجب حمل اللفظ على معناه المحدد في الشرع إن وجد، وإلا وجب حمله على معناه العرفي، ولم يخص الشارع ضرراً بالرفع دون غيره فوجب اتباع المعنى العرفي الذي كان لهذا اللفظ في عصر الرسالة^(١)، وبهذا يشمل الضرر الواجب التعويض جميع الأضرار المتعلقة بأعيان الأموال ومنافعها والنفس الإنسانية وبالحقوق المالية الأخرى، وفي ذلك نختلف مع الدكتور السنهوري الذي يرى أن فكرة الضرر في الفقه الإسلامي ذات أبعاد ضيقة ومحددة في الأموال المقومة في ذاتها مع توفر شرط المماثلة بينه وبين المال الذي يعطى بدلا عنه^(٢). ونرى أن ضمان الضرر إنما ثبت في الذمة رفعا للضرر الناشئ عن مخالفة أحكام الشارع العامة القاضية بحق المرء في سلامة ماله وسمعته وبدنه وكافة حقوقه المالية، كما أن هذه الجوابر تجب في الذمة رفعا للضرر الناشئ عن التعدي بمخالفة أحكام العقد والامتناع عن تنفيذه دون عذر يبرر ذلك. وبهذا فإن الضمان يجب بالتعدي رفعا للضرر سواء كان هذا التعدي ناتجا عن عدم تنفيذ مقتضيات العقود وهو ما يتعارف عليه اصطلاحاً بضمن العقود (المسئولية العقدية) مما يعد مخالفة للأصل الشرعي القاضي بوجوب الوفاء بالعقود والعهود في قوله تعالى "﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾"^(٣) وقوله تعالى: ﴿وَأَوْفُوا بِعَهْدِ اللَّهِ إِذَا عَاهَدْتُمْ وَلَا تَنْقُضُوا الْأَيْمَانَ بَعْدَ تَوْكِيدِهَا وَقَدْ جَعَلْتُمُ اللَّهَ عَلَيْكُمْ كَفِيلًا إِنَّ اللَّهَ يَعْلَمُ مَا تَفْعَلُونَ﴾"^(٤) أو كان التعدي ناتجا عن مخالفة

(١) د. محمد أحمد السراج - مرجع سابق - ص ٤٧

(٢) السنهوري: د. عبد الرزاق السنهوري - مصادر الحق في الفقه الإسلامي - مرجع سابق - ج ٦ ص ١٦٨ وما بعدها.

(٣) الآية (١) سورة المائدة.

(٤) الآية (٩١) سورة النحل

الأحكام الشرعية العامة، بعدم الامتثال لما أوجبه الشارع وحرمة وهذا يقابل المسئولية التقصيرية في الفكر القانوني ويصطلح الفقهاء على هذا النوع بضمان الفعل^(١).

وعلى ذلك يتضح أن الفقه الإسلامي قد نظم قواعد المسؤولية المدنية في قواعد كلية تجمع بينها وحدة موضوعية، دون أن يتناولوه كما هو معروف في الفكر القانوني الوضعي بقسميه العقدي والتقصيري، بل تعرض الفقهاء لمختلف جوانبها وكان تناولهم لها كما هو معروف عنهم بالصياغة الموجزة لبعض القواعد الكلية، والتي تتضمن الأحكام الرئيسية دون التفصيلية، هذا بالإضافة إلى الحلول التي وضعوها للمسائل والفروض العديدة التي تعرضوا لها، وليس في الفقه الإسلامي اصطلاح للمسئولية التقصيرية أو المسئولية العقدية وإن كان فيه ما يدل حسب ما أراه على وجود هذه التفرقة بين هذين النوعين من المسئولية في أذهان الفقهاء وأنها ملحوظة في جميع أحكامهم.

(١) د. فهد بن حمود الناييف الحقباني - مسئولية الناقل البحري للبضائع بمقتضى سند الشحن في النظام البحري السعودي (دراسة مقارنة) - رسالة دكتوراه مقدمة لكلية القانون والشريعة بجامعة الأزهر ٢٠٠٣/٠٢/٢٠٠٠م - ص ١٤٩

المطلب الثاني

القانون الواجب التطبيق على الإخلال بالمسئولية المدنية في مرحلة المفاوضات

يثور التساؤل بشأن القانون الواجب التطبيق على إثبات المسؤولية المدنية قبل التعاقدية في عقود التجارة الدولية، ويكمن السبب الحقيقي لهذه المشكلة في التباين الكبير بين الحلول المتبعة في القانون المقارن بشأن المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض، وتتفاقم هذه المشكلة عند عدم وجود اتفاق صريح أو عقد ينظم العلاقة بين الأطراف المتفاوضة. ولقد سبق وأوضحنا وجود خلاف في الطبيعة القانونية للمسئولية في هذه المرحلة؛ فمنهم من اعتبر المسؤولية في هذه المرحلة مسؤولية تقصيرية ومنهم من اعتبر المسؤولية مسؤولية تعاقدية وذلك لوجود مبدئين متعارضين يحكمان العلاقات في مرحلة المفاوضات هما مبدأ حرية التفاوض ومبدأ حسن النية في التعاقد ولقد انعكس هذا الخلاف على تحديد القاضي الوطني لقاعدة الإسناد ومن ثم تحديد القانون الواجب التطبيق.

ولما كانت النظم القانونية تفرق بين العقد والفعل الضار وتجعل المسؤولية العقدية جزاء الإخلال بالعقد والمسئولية التقصيرية جزاء الفعل الضار كما سبق وأن أوضحنا، فإنه يجب على القاضي أن يتثبت من وجود أو عدم وجود اتفاق على التفاوض بين الطرفين وذلك حتى يتسنى له تكييف العلاقة القائمة بينهما ووصفها بأنها علاقة تعاقدية أو غير تعاقدية ومن ثم يتمكن من تحديد قاعدة الإسناد^(١) توطئة لتحديد القانون الواجب التطبيق والتي تتمثل أهميتها في التعريف بالقواعد

(١) د. أبو العلا على أبو العلا النمر - مفاوضات عقود التجارة الدولية - مرجع سابق - ص ١٧٤

الموضوعية التي تحكم المسؤولية محل النزاع وما إذا كانت هذه القواعد هي قواعد المسؤولية العقدية أم قواعد المسؤولية التقصيرية.

ويلجأ القاضي إلى قواعد الإسناد في القانون الوطني باعتبار أن وظيفة هذه القواعد هي تحديد واختيار القانون المعين لحكم العلاقة ذات الطابع الدولي عن طريق ضوابط تستمد أساساً من معطيات العلاقة ذاتها^(*)، ويتم ذلك عن طريق الربط بين العلاقة القانونية وبين أكثر النظم القانونية اتصالاً بها، ويُستمد المعيار أو الضابط الذي يتم بمقتضاه تحديد القانون الواجب التطبيق من العنصر الذي يمثل مركز الثقل في العلاقة القانونية، ونظراً لأن أهمية كل عنصر من عناصر العلاقة القانونية والمتمثلة في عنصر الأطراف وعنصر الموضوع وعنصر السبب تختلف وفقاً لطبيعة العلاقة محل البحث فإنه من الضروري التعرف على العنصر الذي يشكل مركز الثقل في العلاقة القانونية ليستمد منه المعيار الذي يتحدد بمقتضاه القانون الواجب التطبيق من بين القوانين المتصلة بعناصر العلاقة المختلفة، والذي يهمننا هنا هو العنصر الذي يشكل مركز الثقل في التصرفات القانونية وهو عنصر السبب لذا يتعين البحث عن ضابط متصل بهذا العنصر كضابط إرادة المتعاقدين بالنسبة للعقد أو ضابط محل وقوع الفعل بالنسبة للمسؤولية التقصيرية^(١).

والواقع أن هذه المشكلة لم تلق اهتماماً كبيراً من الفقهاء، فنادر ما يتناولوها بالشرح اكتفاء منهم بتطبيق القواعد العامة في تنازع القوانين^(٢)، وسوف نعالج هذه المسألة دون الخوض في التفاصيل .

(*) يجب ملاحظة أن قاعدة الإسناد تقوم فقط بالإشارة إلى القانون الذي تكفل قواعده بإعطاء الحل النهائي للنزاع، وهذا ما يميزها عن سائر قواعد القانون الدولي الخاص التي تعطي حلول مباشرة للنزاع، وهي قواعد غير مباشرة في حين أن سائر القواعد المنظمة للعلاقات ذات الطابع الدولي هي عادة من قبيل القواعد المباشرة

(١) د. فؤاد عبد المنعم رياض ود. سامية راشد - الوسيط في القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين - طبعة ١٩٧٤م - دار النهضة العربية القاهرة - الجزء الثاني - ص ٣٣ وما بعدها.

(٢) د. رجب كريم عبد اللاه - مرجع سابق - ص ٢٠٢.

أولاً : القانون الواجب التطبيق على الاخلال بالمسئولية العقدية في مرحلة المفاوضات:

لا تتفق القوانين المختلفة على كلمة سواء، في القانون الواجب التطبيق لتحديد المسئولية العقدية في مرحلة المفاوضات وذلك بسبب اختلاف التكييف القانوني للعلاقات والروابط بين أطراف عملية التفاوض، وهو تكييف يخضع لقانون القاضي كما هو معروف^(١).

وتكون مهمة القاضي الوطني سهلة في تحديد القانون الواجب التطبيق على المسئولية العقدية في حال وجود عقد تفاوض يحكم العلاقة التفاوضية بين الطرفين لاسيما إذا وجد اتفاق صريح بالقانون الواجب التطبيق لحكم العلاقة في هذه المرحلة، فهنا يجب على القاضي الرجوع إلى هذا القانون لتحديد المسئولية على الطرف المخل بالتزاماته، أما في حال عدم وجود اتفاق صريح على القانون الواجب التطبيق، فإنه يجب على القاضي أن يطبق على النزاع قاعدة الإسناد الخاصة بالالتزامات التعاقدية^(٢).

ووفقا لقاعدة الإسناد التي تحكم مسألة تحديد القانون الواجب التطبيق للالتزامات التعاقدية في السودان فيمكننا القول أن عقود المفاوضات في التجارة الدولية تقضي في حال وجود عقد تفاوض وفقا لما يقرره نص المادة ١١/١٣/أ من قانون المعاملات المدنية السوداني لعام ١٩٨٤م الذي ينص على أنه " يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا موطناً فإن اختلفا سرى قانون الدولة التي تم فيها العقد، هذا ما لم يتفق المتعاقدان على غير ذلك" وهذا يعني خضوع العقود ذات العنصر الأجنبي للقانون

(١) د. أحمد عبد الكريمة سلامة - النظام القانوني لمفاوضات العقود الدولية- مرجع سابق - ص ٣٣

(٢) تنص المادة ١١ / ١٣ / أ من قانون المعاملات المدنية السودانية لعام ١٩٨٤م النافذ على أنه " يسرى على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا موطناً فان اختلفا سرى قانون الدولة التي تم فيها العقد، هذا ما لم يتفق المتعاقدان على غير ذلك"

الذي يختاره الأطراف، أو قانون الدولة التي تم فيها العقد إذا لم يتفقا على القانون الواجب التطبيق مع ملاحظة أن القانون السوداني يمنع تطبيق القانون الواجب التطبيق على العلاقات ذات العنصر الأجنبي إذا كان في تطبيق هذا القانون ما يخالف الشريعة الإسلامية^(*).

وعموماً فإن أغلب القوانين تقوم بتحديد القانون الواجب التطبيق على المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض في حال وجود عقد ينظم العلاقة التفاوضية وفقاً للضوابط التالية:

الضابط الأول: إخضاع العقد لقانون الإرادة أي لقانون الدولة التي تم اختيارها من قبل الأطراف لحكم العقد، وتشترب بعض القوانين ضرورة الاتفاق الصريح على القانون الواجب التطبيق لحكم العلاقة التعاقدية ذات العنصر الأجنبي ويستوي في ذلك أن يكون النص عليه صراحة في صلب وثيقة العقد، أو أن يتفقا عليه في وثيقة مستقلة، أو شفويا، ولا يشترط وقت أو مرحلة معينة للاتفاق، كما أنه يمكن تعديل الاتفاق وجعل الاختصاص لقانون آخر خلاف القانون الذي تم الاتفاق عليه أولاً، وهو أمر جائز في غالب التشريعات. ويشدد الفقه على أهمية الاختيار الصريح لقانون عقد التفاوض تلافياً لمشكلات كثيرة^(١).

وتجيز بعض القوانين وكما هو الحال في القانون المصري استخلاص الإرادة الضمنية للأطراف لتحديد قانون الدولة التي اتجهت إليها إرادتهم وهي إرادة

(*) لقد وضع المشرع السوداني عدة قيود على تطبيق القانون الواجب التطبيق في الالتزامات التعاقدية ذات العنصر الأجنبي منها " وجود نص في قانون خاص أو في معاهدة دولية نافذة في السودان يتعارض معها وذلك وفقاً لمقتضيات المادة ١٢ من قانون المعاملات المدنية ، حصر تطبيق الأحكام الداخلية للقانون الواجب التطبيق دون الأحكام التي تتعلق بالقانون الدولي الخاص ، عدم جواز تطبيق أحكام قانون أجنبي إذا كانت هذه الأحكام تخالف الشريعة الإسلامية أو النظام العام أو الآداب في السودان وذلك وفقاً لمقتضيات المادة (١٦) ولقد أحسن المشرع السوداني بوضع هذه القيود على لاسيما شرط عدم مخالفة القانون للشريعة الإسلامية.

د. أحمد عبد الكريمة سلامة - النظام القانوني لمفاوضات العقود الدولية- مرجع سابق - ص ٤٠ (١)

يستخلصها القاضي أو المحكم من الملبسات وظروف الحال، وقد يكون هو قانون الدولة التي تجري فيها المفاوضات، أو غيرها^(*).

وبالنظر إلى هذا الضابط من واقع الاتفاقيات الدولية لاسيما الاتفاقية الخاصة بالقانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية الموقعة في روما ١٩/ يونيو/ ١٩٨٠م نجد أنها تعتد في المقام الأول بما اتفق عليه الأطراف أي بما حدده الأطراف من قانون حاكم للعلاقة التعاقدية إذ تنص المادة الثالثة على الآتي " [١- يحكم العقد بالقانون المختار من جانب الأطراف، يجب أن يكون هذا الاختيار صريحا أو مستمدا بطريقة مؤكدة من نصوص العقد أو من ظروف التعاقد، وللأطراف اختيار القانون الواجب التطبيق على كل العقد أو على جانب منه. ٢- يحق للأطراف في أي وقت الاتفاق على إخضاع العقد لقانون آخر غير الخاضع له من قبل، وسواء تم ذلك بإجراء اختيار لاحق يتم تبعا لنفس المادة أو بمقتضى نصوص أخرى، فإن كل تعديل في تحديد القانون الواجب التطبيق يأتي لاحقا على إبرام العقد لا ينال مطلقا من صحة العقد من حيث الشكل المحدد على مقتضى المادة ٩ ولا يمس حقوق الغير^(١).

الضابط الثاني: إخضاع العقد لقانون الموطن المتحد للمتفاوضين : لا تثور المشاكل في حال كون الطرفين متحدين في الموطن، حيث يلجأ القاضي أو المحكم في حال عدم وجود اتفاق بين الطرفين على اختيار قانون معين إلى تطبيق قانون الموطن المشترك بين الطرفين .

(*) تنص المادة ١/١٩ من القانون المدني المصري على أنه "يسري على الالتزامات التعاقدية ، قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتفاوضين إذا اتحدا موطنًا فإن اختلفا موطنًا سري قانون الدولة التي تم فيها العقد . هذا ما لم يتفق المتعاقدان أو يتبين من الظروف أن قانونا آخر هو الذي يراد تطبيقه"

(١) أشارت إليه د. طرحة البحور على حسن فرج - مرجع سابق - ص ٤٧

الضابط الثالث: ضابط محل إبرام العقد: ويستند القاضي أو المحكم إلى هذا الضابط عند تخلف ضابط الموطن المشترك^(*)، وهذا المبدأ قديم قدم التاريخ منذ عهد نظرية الأحوال الإيطالية والتي نادى بضرورة إخضاع العقود والتصرفات القانونية لقانون محل إبرامها، وكان قانون المحل يسري على العقد أو التصرف من الناحية الشكلية والموضوعية إلا أن هذا المفهوم تبدد مع ظهور مدرسة الأحوال الفرنسية التي استحدثت فكرة الإرادة الضمنية للمتعاقدين كتبرير نظري لخضوع العقد لقانون محل إبرامه، ومن ثم وفي ظل هذه المدرسة تحول مفهوم القاعدة التقليدية "المحل يحكم التصرف" إلى قانون "المحل يحكم شكل التصرف" وبالطبع فإن ضابط محل الإبرام ينسحب على عقود التفاوض باعتبارها من العقود والتصرفات القانونية^(١).

والخلاصة: إن إرادة الأطراف هي التي تحدد القانون الواجب التطبيق لتحديد المسؤولية العقدية في مرحلة التفاوض، باعتبار أن إرادة الطرفين متى ما حددت القانون الواجب التطبيق سواء كانت بطريقة صريحة أو ضمنية وجب تطبيق ما تم اختياره من قانون ليحكم العلاقة التعاقدية، باعتبار أن إرادة الطرفين تعتبر هي المشرعة لمختلف بنود العقد وحسبما يمليه مصالح الطرفين، وباعتبار أن إرادة الطرفين تتمتع بسيادة واستقلال في مرحلة التفاوض فإن ما يضعه الطرفان بإرادتهما يعد ملزماً لهما، أما في حال سكوت الطرفين عن تحديد القانون الواجب التطبيق فإنه يطبق لتحديد المسؤولية العقدية في مرحلة التفاوض قاعدة الإسناد الخاصة بالقانون الواجب التطبيق على العقد بصفة عامة.

(*) نص قانون المعاملات المدني السوداني على هذا الحكم في نص المادة (١/١٣) والتي تقر "يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا موطناً فإن اختلفا سرى قانون الدولة التي تم فيها العقد . هذا ما لم يتفق المتعاقدان على غير ذلك.

(١) د. أحمد عبد الكريم سلامة قانون العقد الدولي - مرجع سابق - ص ٢٤٥ وما بعدها

ثانياً: القانون الواجب التطبيق على الإخلال بالمسئولية التقصيرية في مرحلة التفاوض: تتحقق المسئولية التقصيرية عند عدم وجود عقد تفاوض مكتوب بين الطرفين، أو عدم وجود مستندات متبادلة دالة على الاتفاق على اختيار القانون الواجب التطبيق، باعتبار أن المفاوضات غير المصحوبة باتفاق على التفاوض هي مجرد أعمال مادية لا يترتب عليها بذاتها أي أثر قانوني ولذلك فإن المسئولية تكون مسئولية تقصيرية، ويشترط لتحقيق المسئولية التقصيرية أن يتحقق مفهوم الخطأ الموجب لتحمل المسئولية^(١)، حيث إن إنهاء أو قطع المفاوضات لا يترتب أي أثر قانوني وفقاً لمبدأ حرية التعاقد والتفاوض، ما لم يقترن ذلك بإلحاق ضرر بالمفاوض الآخر، والمكلف بإثبات الخطأ هو المضرور.

والمسئولية التقصيرية في مرحلة التفاوض تكون في الغالب نتيجة الإخلال بحسن النية المفترضة في التفاوض ووقوع ضرر نتيجة لذلك، وفي ذلك تنص مبادئ اليونيدورا على أنه للأطراف حرية التفاوض ولا يسألون عند عدم التوصل إلى اتفاق، وعلى أنه مع ذلك، يسأل الطرف الذي يتفاوض أو يقطع المفاوضات، بسوء نية، عما لحق بالطرف الآخر من أضرار، وأنه يعد من قبيل سوء النية، بوجه خاص، دخول طرف في التفاوض أو استمراره فيه بالرغم من نيته عدم التوصل إلى اتفاق مع الطرف الآخر^(٢).

لتحديد القانون الواجب التطبيق على المسئولية التقصيرية في مرحلة التفاوض فإنه يجب على القاضي أو المحكم أن يقوم أولاً بتكييف العلاقة^(*) بين الأطراف ومن

(١) راجع صفحة (١٦٧) من هذا البحث

(٢) انظر المادة (١٥/١/٢) من مبادئ اليونيدورا لعام ٢٠٠٤م

(*) ووفقاً لقانون المعاملات المدنية السوداني لسنة ١٩٨٤م فإن القانون المختص بتكييف العلاقة المدنية هو القانون السوداني في أي نزاع دولي ينظر أمام المحاكم السودانية وذلك وفقاً لنص المادة (١٠) من قانون المعاملات المدنية لعام ١٩٨٣ والتي تقر "يكون هذا القانون هو المرجع في تكييف العلاقات المدنية عندما يطلب تحديد نوع هذه العلاقات في قضية تتنازع فيها القوانين لمعرفة القانون الواجب تطبيقه من بينها" للاستزادة راجع د. أسامة محمد عثمان خليل - تنازع القوانين "دراسة في القانون السوداني والمقارن" - طبعة ١٤٢٠هـ/٢٠٠٢م - مطبعة جامعة النيلين - السودان الخرطوم - ص ٩٠

ثم تطبيق قاعدة الإسناد الخاصة بالالتزامات غير التعاقدية باعتبار أنه في حال عدم وجود عقد مكتوب يعتبر العلاقة غير تعاقدية بين الأطراف^(١) وهذا يعني أن القانون الواجب التطبيق على التكييف هو قانون القاضي ، أي يجب على القاضي أن يجري التكييفات اللازمة حسب المبادئ والأحكام السائدة في قانونه^(*).

استقر العمل في غالبية الدول على إخضاع الالتزامات غير التعاقدية الدولية لقانون محل وقوع الفعل المنشئ للالتزام^(**) ، ولقد اتخذ هذا الرأي كمبدأً مسلم به منذ نشأة المدرسة الإيطالية القديمة في القرن الثالث عشر حيث أخضع فقهاء نظرية الأحوال الفعل الضار لما أسموه "قانون محل وقوع الجريمة" ومنذ ذلك التاريخ، اعتنق أغلب الفقهاء هذا المبدأ، إلا أقلية من الفقه الحديث تنادي بإخضاع العلاقات غير التعاقدية الدولية لقانون جنسية المدين . كما ينادي فريق آخر بإخضاعها لقانون إرادة الخصوم وينادي فريق ثالث بإخضاعها لقانون القاضي^(٢).

على الرغم من أن المبدأ العام لدى أغلب الدول هو خضوع الالتزامات غير التعاقدية لقانون محل وقوع الفعل المنشئ للالتزام ، إلا أنه في بعض الأحيان يكون

(١) د. أبو العلا على أبو العلا النمر - مفاوضات عقود التجارة الدولية - مرجع سابق - ص ١٩٤
 (*) يرى الفقيه الفرنسي " فرنتس دسبانيه " أن عملية التكييف تخضع للقانون الذي يحكم موضوع النزاع، أي القانون الذي أشارت إليه قاعدة الإسناد ويتساوي في ذلك أن يكون هذا القانون هو القانون الوطني أو الأجنبي، ويرى الفقيه الألماني "أرنست رابل" أن القانون الواجب التطبيق على التكييف هو القانون المقارن حيث يرى أن على القاضي عند أعماله لقاعدة الإسناد وعند تحديد التكييف القانوني للمسألة المثارة أن يتجه عالمياً، وأن يجري هذا الوصف وفقاً لمفاهيم عالمية، دون التقيد في ذلك بمفاهيم قانون معين بذاته كقانون القاضي الذي نادى به الفقيه الألماني "فرانتيس كان" أو القانون المختص بحكم النزاع، ويرى أن سبيل القاضي إلى ذلك أن يقوم بالدراسة والمقارنة بين قوانين الدول المختلفة واستخلاص أفكار ومفاهيم ذاتية خاصة مشتركة بين تلك القوانين يجري التكييف وفقاً لها. للاستزادة راجع مؤلف الدكتور / أحمد عبد الكريم سلامة - التنازع الدولي للقوانين والمرافعات المدنية الدولية - بدون سنة طبع - دار النهضة العربية بالقاهرة - ١٦٩ وما بعدها

(**) اعتنق المشرع السوداني مذهب المدرسة الإيطالية القديمة القاضي بخضوع الالتزامات غير التعاقدية إلى قانون محل وقوع الفعل المنشئ للالتزام وذلك وفق لما نص علي في المادة (١٤) من قانون المعاملات المدنية السوداني لعام ١٩٨٤م والتي تقر (أ) يسري بالنسبة للالتزامات غير التعاقدية قانون البلد الذي وقع فيه الفعل المنشئ للالتزام" (ب) لا تسري أحكام الفقرة (أ) ، بالنسبة للالتزامات الناشئة عن الفعل الضار على الوقائع التي تحدث في الخارج وتكون مشروعة في السودان وإن كانت تعد غير مشروعة في البلد الذي وقعت فيه.

(٢) د. فؤاد عبد المنعم رياض، ود. سامية راشد - مرجع سابق - ص ٤٠١

القانون المحلي غير مناسب إذا كان ضعيف الصلة بالوضع الناشئ عن الواقعة الضارة، وذلك بالنظر إلى المركز القانوني للخصوم أي بالنظر إلى جنسياتهم أو محل إقامتهم فإنه من الممكن تطبيق قانون الدولة التي تكون ذات صلة وثيقة بالوضع الناشئ عن الواقعة^(١)، أي يجب تطبيق قانون الدولة التي تتجمع فيها معظم العناصر والظروف التي أحاطت بوقوع الضرر، كقانون الموطن المشترك، أو محل الإقامة العادية للمتفاوض.

مبررات قاعدة تطبيق قانون محل وقوع الفعل المنشئ للالتزام^(٢): ذكر فقهاء القانون الدولي الخاص عدة مبررات لإعمال قاعدة القانون المحلي أهمها ما يلي:

١. إخضاع الأفعال لقانون محل وقوعها نتيجة منطقية للصلة الوثيقة التي تربط الأفعال التي تقع بإقليم الدولة بحياة مجتمع هذه الدولة ونظامها، وتنعكس آثارها على مجتمع هذه الدولة ومن ثم يكون قانون هذه الدولة هي الأكثر قدرة على تحديد الآثار المترتبة على هذا المجتمع من جراء الفعل المرتكب.

٢. يمتاز قانون الدولة التي وقع فيها الفعل بكونه معروفاً من كافة أطراف النزاع ومن ثم فمن الطبيعي أن يحكم سلوكهم.

٣. يتماشى ذلك مع مبدأ الإقليمية الذي يبني عليه حل تنازع القوانين بشكل عام، كما أنه يتماشى مع الرأي القائل بأن كل فعل يقع على إقليم الدولة يخضع لقانونها تأسيساً على أن هذا القانون هو الذي يجعل من الفعل واقعة قانونية ويرتب عليها آثاراً معينة.

(١) د. أبو العلا على أبو العلا النمر - مفاوضات عقود التجارة الدولية - مرجع سابق - ص ١٩٦
 (٢) د. حسام الدين فتحي ناصف - تأثير وتأثر اختصاص المحكمة بالقانون الواجب التطبيق دراسة مقارنة - طبعة العام ١٩٩٧م - دار النهضة العربية بالقاهرة - ص ٢٢

٤ . يتماشى مع النظرية القائمة على فكرة التركيز المكاني للعلاقات ذات الطابع الدولي وأكثر العناصر تركيزاً للعلاقة الناجمة عن الفعل الضار يكون بالنظر إلى السبب المنشئ للعلاقة وهو العنصر المكاني الذي وقع فيه الفعل الذي قامت عليه العلاقة.

معايير تحديد الدولة الواقع فيها الفعل المنشئ للالتزام^(١): ليس هنالك صعوبة تذكر في تحديد الدولة محل وقوع الفعل المنشئ للالتزام إذا تجمعت كافة عناصر الواقعة القانونية في دولة واحدة، ولكن تكمن الصعوبة في حال تفرقت تلك العناصر في عدة دول وقد يتحقق ذلك في أحد فرضين:

الفرض الأول: أن تتوزع الوقائع المكونة للفعل الضار في أكثر من دولة، ولتحديد القانون الواجب التطبيق في هذه الفرضية اختلف الفقهاء إلى رأيين: الرأي الأول: يرى أصحاب هذا الرأي الاعتداد بالمكان الذي تحققت فيه آخر واقعة ترتب عليها وقوع الضرر باعتبار أن هذه الواقعة تمثل السبب الأكثر صلة بالعلاقة أو بالالتزام من الناحية الزمنية..

الرأي الثاني: يرى أصحاب هذا الرأي ويتبناه الفقه الفرنسي وجوب الاعتداد بالمكان الذي تحققت فيه الواقعة الرئيسية التي ترتب عليها الضرر .

الفرض الثاني: وهو أن يقع الخطأ في دولة والضرر في دولة أخرى، وفي هذه الفرضية انقسم الفقه والقضاء لتحديد القانون الواجب التطبيق إلى أربعة آراء هي:

الرأي الأول: يرى أصحاب هذا الرأي الأخذ بقانون الدولة التي وقع الخطأ في إقليمها، باعتبار أن قواعد القانون الهدف منها حماية مجتمع الدولة من الأفعال غير المشروعة

(١) د. فؤاد عبد المنعم رياض، ود. سامية راشد - مرجع سابق - ص ٤٠٠، د. محمد محمود ياقوت - حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي - مرجع سابق - ص ٢٧١ وما بعدها. د. أحمد عبد الكريم سلامة - قانون العقد الدولي - مرجع سابق - ص ١٩١، د. هشام على صادق - مرجع سابق - ص ٢٧١ وما بعدها

في إقليمها منعا للإخلال بأمنها وسلامتها ، قبل أن تهدف إلى تعويض المتضرر من جراء الفعل المرتكب . .

الرأي الثاني: يرى أصحاب هذا الرأي وجوب الأخذ بقانون محل تحقق الضرر وذلك تأسيسا على أن الهدف الرئيسي ليس معاقبة المخطئ إنما تعويض المضرور الذي يتم تعويضه وفقا لما تحقق من ضرر، كما أن تركيز العلاقة القانونية من الناحية المكانية يوجب الاعتداد بمكان وقوع الضرر باعتبار أن العناصر المادية للعلاقة تظهر إلى حيز الوجود في مكان وقوع الضرر.

الرأي الثالث: يرى أصحاب هذا الرأي ضرورة تخيير الشخص الواقع عليه الخطأ بين قانون محل وقوع الخطأ وقانون المكان الذي تحقق فيه الضرر.

الرأي الرابع: يرى أصحاب هذا الرأي وجوب التفرقة بين المسؤولية القائمة على الخطأ والمسؤولية بدون خطأ، ويتعين بالنسبة للحالة الأولى الاعتداد بالمكان الذي وقع فيه الخطأ، أما بالنسبة للمسؤولية بدون خطأ فيجب الاعتداد بمكان تحقق الضرر.

كما أن هنالك فرضا ثالثا يصعب فيه تحديد القانون المحلي مثل وقوع الفعل في إقليم لا يخضع للسيادة الإقليمية لدولة معينة كما لو وقع الفعل على ظهر سفينة ، أو على متن طائرة ففي هذه الفرضيات اختلف الفقه أيما اختلاف ففريق يرى تطبيق قانون علم السفينة أو الطائرة إذا كان الفعل وقع في أعالي البحار "عرض البحر" وذلك أخذا بالفكرة التقليدية التي تقضي باعتبار السفينة أو الطائرة جزءا من إقليم الدولة التي ترفع علمها، إما إذا وقع الفعل المنشئ للالتزام على ظهر السفينة أو متن الطائرة في أثناء مرورها بالمياه الإقليمية أو المجال الجوي الإقليمي لدولة ما فإن الفقه الغالب يرى تطبيق قانون الدولة صاحبة الإقليم بوصفه القانون المحلي ، وهنالك رأي يرى تطبيق قانون علم السفينة أو الطائرة باعتبار أنه من الصعوبة بمكان التحديد الدقيق ما إذا كان الفعل المنشئ للالتزام وقع بالفعل في إقليم الدولة أم لا. فضلا عن أن قانون العلم هو القانون الذي يعلمه كل من الركاب والطاقم والربان أو قائد

الطائرة، أو على الأقل هو القانون الذي يعلمونه أكثر من علمهم بقوانين الدول المختلفة التي تمر بها كل من السفينة أو الطائرة بصفة عابرة^(١).

معايير تحديد المحكمة المختصة بنظر دعاوى الاخلال بالمسئولية التقصيرية في مرحلة المفاوضات: من المبادئ المستقرة في فقه القانون الدولي الخاص هو مبدأ عدم التلازم بين الاختصاص القضائي والاختصاص التشريعي، فالمحكمة المختصة يصح أن تكون غير محكمة الدولة التي يجب تطبيق قانونها، وبالعكس فإن القانون المطبق بواسطة المحكمة المعينة يصح أن يكون قانونا غير قانون دولة هذه المحكمة، وتحديد هذه المحكمة يسبق تعيين القانون الواجب التطبيق والعكس غير صحيح، ولا خلاف في ذلك بين الفقهاء في القانون الدولي الخاص، ولكن قد يحدث أحيانا واستثناء من المبدأ العام أن يتطابق ضابط الإسناد في القاعدتين وتفصل المحكمة في المنازعة بقانونها الوطني، ويكون ذلك في مجال الدعاوى العقارية وفي مجال المسئولية التقصيرية، حيث نكون إزاء ضابط إسناد واحد هو محل وقوع الفعل المنشئ للالتزام في قاعدتي الاختصاص القضائي والاختصاص التشريعي، أي تخضع مسائل المسئولية التقصيرية لقانون محل وقوع الفعل، كما ينعقد الاختصاص بالمنازعات الناشئة عن تلك المسئولية لمحاكم الدولة التي وقع على إقليمها الفعل المنشئ للالتزام الذي يكون مصدره المسئولية التقصيرية^(٢).

الخلاصة: يستلزم لقيام المسئولية التقصيرية وجود أفعال خاطئة في ذاتها ومستقلة تماما عن العدول إذ أن أساس المسئولية يكون في الخطأ الذي يصاحب العدول، وبأن القانون الواجب التطبيق على تحديد المسئولية التقصيرية في مرحلة المفاوضات هو قانون الدولة التي وقع الفعل المنشئ للالتزام في إقليمها، كما نخلص أيضا إلى أن

(١) د. فؤاد عبد المنعم رياض، ود. سامية راشد - مرجع سابق - ص ٤٠٥ وما بعدها

(٢) د. حسام الدين فتحي ناصف - مرجع سابق - ص ١٠ وما بعدها

المحكمة المختصة بنظر المنازعات الناشئة عن تلك المسؤولية هي محاكم الدولة التي وقع الفعل المنشئ للالتزام في إقليمها.

التكييف الشرعي: باستقراء الآراء الفقهية ومؤلفات رجال الفقه الإسلامي في هذا المجال يمكننا القول بأنه فيما يتعلق بتحديد القواعد القانونية التي يكون على القاضي المسلم أن يقوم بإعمالها حال اتصاله بالمركز القانوني ذي الطابع الدولي في المعاملات ، نجد أن جمهورهم لم يشر بغير تطبيق الشريعة الإسلامية الغراء وذلك سواء فيما يتعلق بشكل التصرف القانوني أو موضوعه أما في غير المعاملات ففي ذلك آراء مختلفة ليس هنا موضوعها ويمكن الرجوع فيها إلى أمهات مراجع الفقه الإسلامي^(١).

(١) للاستزادة والاطلاع على مختلف الآراء الفقهية راجع بحث الدكتور عنایت عبد الحميد ثابت - أسباب فض تنازع القوانين ذو الطابع الدولي في الإسلام - المجلة المصرية للقانون الدولي - تصدرها الجمعية المصرية للقانون الدولي - المجلد الثالث والخمسون العام ١٩٩٧م - ص ٣١ وما بعدها، د. رمزي محمد على دراز - فكرة تنازع القوانين في الفقه الإسلامي - طبعة العام ٢٠٠٤م - دار الجامعة الجديدة للنشر بالإسكندرية - ص ٢٩٦ وما بعدها، د. صلاح الدين جمال الدين - تنازع القوانين دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون - الطبعة الأولى ٢٠٠٦م - التركي للكمبيوتر وطباعة الأوفست بطنطا - ص ١٥

الباب الثاني

إنشاء وتنفيذ العقد التجاري الدولي

مَبْتَدَأُ تبدأ مرحلة إبرام العقد التجاري الدولي عند نجاح المفاوضات وتوصل الطرفين إلى تصور مشترك لعناصر العقد الجوهرية، إضافة إلى ما يثير اهتمامهما من العناصر الثانوية والتفصيلية، و انتهاء مرحلة المفاوضات لا يعني انعقاد العقد إنما يجب لانعقاده توافق إرادتي الطرفين على كل المسائل المتفق عليها في مرحلة المفاوضات بإيجاب وقبول متطابقين. ولقد اختلف فقهاء القانون الدولي التجاري حول الأركان المطلوبة لإبرام العقد التجاري الدولي، ولقد انعكس هذا الخلاف على الاتفاقيات الدولية التي أبرمت بشأن تنظيم المعاملات التجارية العابرة للحدود حيث نجد أن اتفاقية البيع الدولي للبضائع المبرمة في روما عام ١٩٨٠م حصر الأحكام الخاصة بإبرام عقد البيع الدولي بالإيجاب والقبول دون المسائل الأخرى مثل الأهلية ومسائل الرضا التي تبقى خاضعة للقوانين الوطنية حسب قواعد تنازع القوانين مخالفة في ذلك مبادئ العقود التجارية الدولية المعدلة في العام ٢٠٠٤م والتي تناولت تنظيم العقد في جميع مراحلها^(١).

والفقه الإسلامي لم يكن بعيداً عن هذا الخلاف في الأركان الموجبة لقيام العقد حيث نجد الحنفية يرون أن أركان العقد هي ما يتوقف وجودها على وجودها وهي عندهم الإيجاب والقبول أما العاقدان فهما لازمان لوجود العقد وليس من أركانه المكونة لحقيقته وكذا محل العقد ليس ركناً من أركانه وإنما هو لازم من لوازمه قال ابن الهمام : وأما ركنه ويقصد العقد فالفعل المتعلق بالبدلين من المتخاطبين الدال

(١) د. وفاء مصطفى محمد عثمان - مرجع سابق - ص ٤٥

على الرضا بتبادل الملك فيهما، وعند جمهور الفقهاء تطلق على الصيغة والعاقدين والمحل نظرا لضرورتها لوجود العقد لديهم.^(١)

ومرحلة إبرام وتنفيذ العقد تضاهي أهميتها مرحلة المفاوضات التي بينها بالنسبة لعقود التجارة الدولية، ففي هذه المرحلة من حياة العقد التجاري الدولي يتم إعداد المشروع النهائي للعقد و صياغته بعد إدراج كافة الشروط المتفق عليها في مرحلة المفاوضات وتنتهي هذه المرحلة بتوقيع العقد المحرر من قبل الطرفين، لتبدأ مرحلة تنفيذ ما تم الاتفاق عليه، وهي الغاية المنشودة من كل عقد يتم إبرامه، ولكن في كثير من الأحيان تعترض هذه المرحلة صعوبات وهي المرحلة التي تنشأ فيها الخلافات بين الأطراف لذا فإن لهذه المرحلة أهميتها الكبرى لدى الأطراف، وعلى ضوء ما تقدم سنفصل ما أجملناه في الفصول التالية:

الفصل الأول : التراضي في عقود التجارة الدولية

الفصل الثاني: تفسير العقد التجاري الدولي وتحديد مضمونه

الفصل الثالث : تنفيذ العقد التجاري الدولي

(١) بن همام : الشيخ الأمام كمال الدين محمد بن عبد الواحد - شرح فتح القدير - الجزء الخامس - الطبعة الأولى بدون سنة طبع - دار إحياء التراث العربي - بيروت - ص ٤٥٥ وما بعدها، د. عبد العظيم شرف الدين - مرجع سابق - ص ٤٨٨

الفصل الأول

التراضي في عقود التجارة الدولية

التراضي في العقود يعني توافق إرادتي المتعاقدين على إحداث الأثر المقصود من العقد ويتحقق هذا التوافق قانوناً بتبادل التعبير عن إرادتين متطابقتين، ويلزم لتحقيقه ثلاثة أمور الأول صدور الإيجاب من أحد الطرفين، والثاني صدور تعبير من الطرف الآخر يدل على موافقته وهذا هو القبول والثالث اقتران الإيجاب بالقبول على الوجه المشروع.

ويبدو الأمر أكثر صعوبة في تحديد الإيجاب في عقود التجارة الدولية لاسيما تلك التي تسبقها مفاوضات، وهل كل عرض لإبرام عقد يعد بمثابة إيجاب في التجارة الدولية، وأثر هذا الإيجاب من حيث وقت اعتباره نافذاً، وكيفية سقوطه سواء بإلغائه من الموجب أو رفضه من الطرف الآخر.

وما هي الأحكام الخاصة بالقبول في عقود التجارة الدولية وما هي الشروط المطلوبة فيه للاعتداد به، ووقت سريانه، وزمان انعقاد العقد (وهو وقت وصول القبول للموجب)، ومدى إمكانية سحب (إلغاء) القبول. وعموماً فإن أغلب الاتفاقيات المنظمة للعقود التجارية الدولية تناولت أحكام الإيجاب والقبول فقط عند معالجتها مسألة تكوين العقد التجاري الدولي، والسبب في ذلك ما قيل في أن مثل هذه المسائل تتعلق بمعايير أخلاقية يصعب معها الاتفاق على حلول موحدة بشأنها^(١) خلافاً لمبادئ اليونيدروا التي تناولت إلى جانب ذلك عيوب الإرادة، وأهملت كافة الاتفاقيات تنظيم

(١) د. حمزة أحمد حداد - مرجع سابق - ص ٩٥

ركني السبب والمحل، وتمشياً مع ذلك سوف نقتصر مناقشتنا في هذا الفصل على أحكام الإيجاب والقبول واقترانهما، ووسائل التعبير عنهما وفقاً للمباحث التالية:

المبحث الأول: الإيجاب وأحكامه في العقود التجارية الدولية

المبحث الثاني: القبول وأحكامه في العقود التجارية الدولية

المبحث الثالث: وسائل اظهار الرضا واختلاله في عقود التجارة الدولية

المبحث الأول

الإيجاب وأحكامه في العقود التجارية الدولية

لقد سبق أن تناولنا في الباب الأول التفاوض في عقود التجارة الدولية، وأنه وفقا للرأي الراجح لدى فقهاء القانون الدولي فإن توصل الأطراف نتيجة للمفاوضات إلى إيجاب مشترك لا يعتبر إيجابا نهائيا للمتعاقد بل لا بد أن يصدر عن أحد المتعاقدين إيجاب نهائي ليقابله قبول من المتعاقد الآخر، خلافا للرأي القائل أن الإيجاب يصدر من قبل الطرفين. ولتبيان ذلك سوف نتناول مفهوم الإيجاب وأحكامه وفقا للاتفاقيات المنظمة للعقود الدولية في المطالب التالية:

المطلب الأول

مفهوم الإيجاب في عقود التجارة الدولية

أولاً: مفهوم الإيجاب لغة: يعني الإثبات الذي هو نقيض السلب، وسمي الإيجاب إيجاباً اصطلاحاً لكون الموجب بإيجابه يثبت للأخر حق القبول^(١).
ثانياً: مفهوم الإيجاب في القوانين الوضعية^(*): يعني الإيجاب في الفقه القانوني صدور تعبيرات عن إرادة شخص يعرض على آخر أو على أفراد الجمهور إبرام عقد معين

(١) على حيدر - مرجع سابق - ص ١٠٣

(*) هناك تعاريف أخرى للإيجاب أوردناها في موضع آخر من هذا البحث راجع ص ٩٣

وفقا لشروط محددة بحيث إذا ما اقترن بهذا العرض قبول مطابق انعقد العقد^(١) وبمعنى آخر فإن الإيجاب هو تعبير عن الإرادة يصدر من الشخص على وجه بات يعبر فيه عن إرادته في إبرام عقد معين، فإذا ما اقترن به قبول وكان مطابقا له انعقد العقد^(٢).

ثالثاً: مفهوم الإيجاب في الاتفاقيات المنظمة للتجارة الدولية:

يختلف مفهوم الإيجاب في عقود التجارة الدولية عن مفهوم الإيجاب في القوانين الوطنية اختلافاً يسيراً نتج عن تميز العقود التجارية الدولية بالسمة التفاوضية في الغالب الأعم، بحيث تكون هنالك في الغالب مرحلة تمهيدية تسبق مرحلة التعاقد يتم التفاوض فيها حول العقد المراد إبرامه، وتطول هذه المرحلة وفقاً لأهمية موضوع التعاقد الاقتصادية والفنية، يتم خلالها تعديل شروط التعاقد وفقاً للتحفظات المتبادلة بين الطرفين، وهذا التعديل في الإيجاب يفقد الإيجاب معناه الفني المتعارف عليه. لذا فقد قيل أن الإيجاب في عقود التجارة الدولية التي تبرم إثر مفاوضات تعد إيجاباً مشتركاً، والقبول قبولاً مشتركاً.^(٣)

والحقيقة أنه ليس للإيجاب مفهوم أو تعريف عام متفق عليه في قانون التجارة الدولية حيث تناولته الاتفاقيات الدولية المنظمة لعقود التجارة الدولية كل بمفهوم مختلف قد تتفق في بعض شروطه أو تختلف توسيعاً وتضييقاً. وتبيننا لذلك سنتناول مفهوم الإيجاب في أهم الاتفاقيات المنظمة للعقود التجارية الدولية.

(١) د. عبد العزيز المرسي حمود - الجوانب القانونية لمرحلة التفاوض ذو الطابع التعاقدية - مرجع سابق - ص ١٢

(٢) د. مبروك عبد العظيم أحمد مصري - المبادئ العامة في العمليات التعاقدية في الفقه الإسلامي والقانون المدني - الطبعة الأولى ١٤٢٢ هـ

- دار الثقافة العربية بني سويف - ص ٣٣

(٣) راجع ص (٩٣) من هذا المبحث

مفهوم الإيجاب وفقا لاتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع
(اتفاقية فيينا ١٩٨٠)^(*):

أشارت اتفاقية فيينا لعام ١٩٨٠م إلى تعريف الإيجاب في المادة ١/١٤ بأنه
"يعتبر إيجابا أي عرض لإبرام عقد إذا كان موجها إلى شخص أو عدة أشخاص
معينين، وكان محددًا بشكل كاف وتبين منه اتجاه قصد الموجب إلى الالتزام به في
حالة القبول. ويكون العرض محددًا بشكل كاف إذا عين البضائع وتضمن صراحة أو
ضمنًا تحديدًا للكمية والثلث أو بيانات يمكن بموجبها تحديدهما"^(١).

وتستوجب اتفاقية فيينا لعام ١٩٨٠م في المادة ١/١٤ ثلاثة شروط في
العرض ليعتد به كإيجاب يصلح للتعاقد وهذه الشروط هي:

الشرط الأول: أن يكون العرض موجها إلى شخص أو أشخاص معينين :

وهذا يعني أن العرض الموجه إلى الجمهور لا يعد إيجابا يصلح للتعاقد وإنما
يعد دعوة للتفاوض، واستثني من ذلك العرض الموضح فيه بصورة باتة قصد صاحبه
إلى اعتباره إيجابا وهذا ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة الرابعة عشرة من
الاتفاقية والتي نصت على أنه "لا يعتبر العرض الذي يوجه إلى شخص أو أشخاص
غير معينين إلا دعوة إلى الإيجاب ما لم يكن الشخص الذي صدر عنه العرض قد أبان
بوضوح عن اتجاه قصده إلى خلاف ذلك"^(٢)

(*) عالجت اتفاقية فيينا أحكام الإيجاب وِلقبول بنصوص تتشابه في مجموعها مع أحكام اتفاقية لاهي سنة ١٩٦٤ بشأن تكوين
العقد . حيث نصت المواد من ١٤ إلى ١٧ من اتفاقية فيينا على قواعد الإيجاب . و المواد من ١٨ إلى ٢٢ على أحكام القبول .

(١) Article 14/1" A proposal for concluding a contract addressed to one or more specific persons constitutes an offer if it is sufficiently definite and indicates the intention of the offeror to be bound in case of acceptance. A proposal is sufficiently definite if it indicates the goods and expressly or implicitly fixes or makes provision for determining the quantity and the price"

(٢) Article 14 /2 "A proposal other than one addressed to one or more specific persons is to be considered merely as an invitation to make offers, unless the contrary is clearly indicated by the person making the proposal"

والملاحظ أن المادة ١٤ من اتفاقية فيينا لعام ١٩٨٠ م بفقرتها قد منحت الاتفاقية موقفا وسطا للحلول التي تعرفها التشريعات الوطنية المختلفة بشأن الإعلان الموجه للجمهور فمنها ما تعتبر مثل هذا العرض إيجابا ومنها ما لا تعتبره كذلك، ولو تضمن قصد صاحبه الالتزام بالتعاقد مع كل شخص يقبل العرض^(١).

الشرط الثاني : أن يكون العرض محددا بشكل كافٍ :

لكي يعتبر العرض إيجابا يشترط فيه أن يكون محددا بشكل كافٍ، وأوضحت الاتفاقية بأن العرض يكونا كافيا إذا عين صاحب العرض البضاعة وكميتها وثنمها أو بيانات يمكن بموجبها تحديد الكمية والتمن.

ولقد مثل هذا التعريف صعوبة عملية للقضاء- إلى حد ما- لعدم وجود أي ضوابط موضوعية أو معايير واضحة أو محددة تستند إليها المحاكم لتحديد معيار الكفاية، مما أدى بالمحاكم إلى الالتجاء إلى قواعد التفسير المنصوص عليها في المادة الثامنة من الاتفاقية، من أجل تحديد ما إذا كانت وسيلة الاتصال، أو التصرف المستخدم يعد محدداً بصورة كافية أم لا^(٢).

الشرط الثالث: الالتزام في حال قبول العرض :

يجب أن يتضمن العرض إرادة صاحبه بالالتزام بالتعاقد مع كل شخص يقبل بهذا العرض، أي لا بد أن يعبر صاحب العرض أو البائع من خلال عرضه عن نيته في الالتزام بإبرام العقد في حالة القبول، مع تحمله لكافة النتائج القانونية المترتبة في حالة عدم التنفيذ. وتستخلص هذه النية من كافة الظروف المحيطة بالتعاقد مثل: الألفاظ أو التصرفات التي تمت أثناء المفاوضات وكذلك سلوك الأطراف بعد إبرام العقد.^(٣)

(١) د. طالب حسن موسى - مرجع سابق - ص ١١٠

(٢) د. وفاء مصطفى محمد عثمان - مرجع سابق - ص ٥٣

(٣) د. طالب حسن موسى - مرجع سابق - ص ١٠ ، د. وفاء مصطفى محمد عثمان - مرجع سابق - ص ١١٠

كما يجب أن يكون العرض باتاً تنصرف فيه إرادة الموجب إلى الالتزام بما تعهد به وبشكل مطلق، بحيث إذا تمت موافقة المخاطب على الشروط التي يضعها الموجب في إيجابه، فلا بد أن يعلن الموجب عن استعداده للالتزام تاركاً للمخاطب خيار القبول أو الرفض. ويعد هذا الشرط جوهرياً في الإيجاب، ففي الدعوة إلى التفاوض لا يعلن الموجب استعداده للتعاقد^(*)، بل تنصرف نيته فقط إلى التفاوض على شروط العقد. بينما في الإيجاب يكون الموجب قد انتهى من وضع شروطه التي يرغب بالتعاقد على أساسها.^(١)

ووفقاً لهذه الشروط فإن العرض الذي يوجهه شخص لآخر لا تتوفر فيه هذه الشروط لا يعتبر إيجاباً بالمعنى الفني بل يعد مجرد دعوة للدخول في مفاوضات، وإذا لاقى هذا العرض رضا من الطرف الآخر، اعتبر ذلك رضا للدخول في المفاوضات وليس قبولاً يؤدي إلى إبرام العقد، ولكن العرض يصل إلى مرتبة الإيجاب متى توفرت فيه الشروط المذكورة في المادة ١/١٤ من اتفاقية فيينا لعام ١٩٨٠م والواردة أعلاه، وعلى ذلك يعد العرض أدنى مرتبة من الإيجاب ولا خلاف أنه "اقتراح لإبرام عقد ما وفق شروط محددة، بحيث إذا لاقاه قبول انعقد العقد فعلاً"^(٢).

مفهوم الإيجاب وفقاً لمبادئ اليونيدروا للعقود التجارية الدولية المعدلة في العام ٢٠٠٤م:

(*) يصعب التفرقة في بعض الحالات بين الإيجاب والدعوة إلى التفاوض لاسيما عندما يكون الإيجاب موجهاً إلى الجمهور ن حيث يوجه كل منهما إلى الكافة بشكل مماثل وعموماً فقد ذكر الفقه والقضاء إلى أن خير معيار يمكن من خلالهما التفرقة بين الإيجاب والدعوة إلى التعاقد أولهما العزم النهائي من العاقد مقدم العرض على إبرام العقد فلا يكفي الرغبة فيه إذا لم يصل حد البت. ثانيهما أن يحصل العرض المتضمن العزم النهائي على إبرام العقد على صدوره بحيث أن مجرد صدور قبول من الطرف الآخر يكون من شأنه أن يؤدي إلى قيام العقد على أساسه " راجع د. تاج السر محمد حامد - أحكام العقد والمسئولية العقدية - الطبعة الأولى ٢٠٠٧م - مطبوعات شريح القاضي للدراسات القانونية والتدريب بالخرطوم - ص ٣٠

(١) د. وفاء مصطفى محمد عثمان - مرجع سابق - ص ٤٧

(٢) د. حمزة أحمد حداد - مرجع سابق - ص ١١٠

لقد اعتبرت مبادئ اليونيدروا إيجاباً أي عرضاً للتعاقد إذا ما كان محدداً تحديداً كافياً ودالاً على نية الموجب في الالتزام لدى القبول^(١).

ولقد تبنت مبادئ اليونيدروا ما تبنته أغلب النظم في معيار تحديد الإيجاب، فالمقترحات الكافية والحاسمة والمحددة تكفي لإبرام العقد إذا صادفها قبول محض ومطابق، حيث يتضح من نص المادة (٢-٢) أن واضعي المبادئ الدولية لعقود التجارة الدولية حرصوا على أن يكون الإيجاب محدداً بصورة دقيقة متضمنة كافة العناصر الجوهرية، وفي هذه الحالة إذا وافقه قبول مطابق انعقد العقد حتى ولو كان اقتراحاً بإبرام عقد.

مفهوم الإيجاب وفقاً للعقود النموذجية للجنة الاقتصادية الأوروبية والشروط العامة للكوميكون :

لا تضع أي من نماذج اللجنة الأوروبية أو شروط الكوميكون تعريفاً محدداً للإيجاب، أو حتى بيان مفهومه أو عناصره عموماً، وهذا بخلاف القانون الموحد للانعقاد، الذي ينص على أن العرض (communication) الذي يوجهه شخص إلى آخر أو عدة أشخاص معينين من أجل إبرام عقد بيع لا يعتبر إيجاباً، ما لم يكن محدداً بشكل كافٍ، بحيث يسمح بإبرام العقد إذا لاقاه قبول، وكان يشير إلى نية صاحبه في الالتزام به، ويتضح من ذلك أن العرض الموجه إلى الجمهور لا يعتبر إيجاباً ولو كان محدداً بشكل كافٍ وهذا يخالف قانون بعض الدول التي تعتد بالإيجاب الموجه إلى الجمهور مثل القانون الإنجليزي والفرنسي^(٢) والقانون السوداني.

رابعاً: مفهوم الإيجاب وفقاً لنظرية العقد في الفقه الإسلامي: لقد اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية في حقيقة الإيجاب إلى رأيين هما:

(١) ARTICLE 2.1.2(Definition of offer) A proposal for concluding a contract constitutes an offer if it is sufficiently definite and indicates the intention of the offeror to be bound in case of acceptance

(٢) د. حمزة أحمد حداد - مرجع سابق - ص ١١١

الرأي الأول: وهو رأي الحنفية: يرى فقهاء الحنفية أن الإيجاب هو أول كلام يصدر من أحد العاقدين لأجل إنشاء التصرف وبه يوجب ويثبت التصرف^(١). والإيجاب لدى الحنفية هو ما يصدر أولاً من أحد المتعاقدين دالاً على رضاه بالعقد^(٢) وسمي القول الأول إيجاباً لديهم لأن الإيجاب معناه الإثبات، ويرون أن القول الأول هو الأصل في إثبات الالتزام والثاني يأتي مبنيًا عليه وما فيه من التزام إنما كان للرضا به، لذلك كان الأول هو الإيجاب لدى الحنفية إذ هو عمدة الالتزام وعماده^(٣).

الرأي الثاني: وهو رأي المالكية والشافعية والحنابلة والشيعة الإمامية: يرى جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة والشيعة الإمامية أن الإيجاب ما صدر من المملك وإن صدر متأخراً^(٤) ويقول في ذلك الحطاب الرعيني في عقد البيع أن الركن الأول الذي هو الصيغة التي ينعقد بها البيع هو ما يدل على الرضا من البائع ويسمى الإيجاب، وما يدل على الرضا من المشتري ويسمى القبول^(٥) وجاء في الكافي للحلي أن من شروط عقد البيع قول يقتضي إيجاباً من البائع وقبولاً من المبتاع^(٦).

وبالنظر إلى مفهوم الإيجاب لدى الحنفية والجمهور يتضح أنه ليس لهذا الخلاف أثر عملي مادام الفريقان متفقين على أن العقد لا يتحقق إلا بوجود الإيجاب والقبول، فالحنفية يرون أن العبارة التي تصدر أولاً من أحد العاقدين تثبت أمراً لم يكن موجوداً قبلها، وهو التزام صاحبها وإلزام المخاطب إلزاماً موقوفاً على رضاه، فإذا صدر من المخاطب ما يدل على الرضا بهذا الإلزام تم العقد، أما الجمهور فيرون أن

(١) على حيدر - مرجع سابق - ص ١٠٣

(٢) وما ذكره الحنفية أكثر دقة ويميز بين الإيجاب والقبول بصورة لا لبس فيها وهي مانعة جامعة واقرب إلى تعريف القانون الوضعي

(٣) الإمام محمد أبو زهرة - الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية - مرجع سابق - ص ١٨٢

(٤) د. مبروك عبد العظيم أحمد مصري - مرجع سابق - ص ٣١

(٥) أبي عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن المغربي المعروف بالحطاب الرعيني - مواهب الجليل لشرح مختصر الخليل - الطبعة الثانية

٢٠٠٧م - دار الكتب العلمية بيروت - ص ٦٣

(٦) أبو صلاح الحلي - الكافي في الفقه - تحقيق الشيخ رضا استاجي - بدون رقم ١٤٠٣هـ - مكتبة أمير المؤمنين عليه السلام بإيران - ص ٣٥٢

المملك ثابت للمالك والمالك هو الذي بيده زمام الأمر فعبارته إيجاب سواء صدرت أولاً أم تأخرت^(١).

والمتمقضي لمفهوم الإيجاب في الفقه الإسلامي لا يسعه إلا القول بأن اصطلاح الحنفية أدق وأسهل في التمييز بين الإيجاب والقبول، وهو المختار لدينا تحريماً لمبدأ أولوية التيسير والسهولة على التعسير والتشديد، ولتطابقها مع قاعدة العبرة في العقود بالمقاصد والمعاني لا بالألفاظ والمباني" وقاعدة أعمال الكلام أولى من إهماله لاسيما الصيغة وسيلة للإعراب عن المقصد الحقيقي، والقاعدة أنه يغتفر في الوسائل ما لا يغتفر في المقاصد، كما أن مفهوم الإيجاب لدى الحنفية يتماشى مع المفهوم العام في المعاملات التجارية التي تتسم بالتطور والسرعة في إنجاز المعاملات التجارية.

ويتفق فقهاء الفقه الإسلامي على ضرورة التعبير عن الإيجاب بصيغة واضحة الدلالة دالة على المقصود به، بحيث يعرف منها على وجه التحديد العقد الذي يريد الموجب إبرامه. ومثلما هو في الفقه الدولي فقد اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية في العرض ومدى اعتباره إيجاباً، فأكثر الفقهاء يشترطون تعيين من وجه إليه الإيجاب، وهذا يقتضي ألا يكون العرض إيجاباً، أما المالكية فيرون أنه إذا عين العارض كافة المسائل الجوهرية مثل المبيع والثلث في عقد البيع فإن العرض يكون إيجاباً يتم به العقد إذا قبله من سمع العرض أو بلغه^(٢).

وعلى ضوء ما ذكر من مفاهيم للإيجاب في الاتفاقيات الدولية وما عليه الجانب العملي فيمكننا القول أن الإيجاب في الاتفاقيات المنظمة لعقود التجارة الدولية يتفق مع مفهوم الإيجاب في القوانين الوضعية في اشتراطهما وجود الإرادة واتجاههما إلى إحداث أثر قانوني، والتعبير عنها واحتوائها على الشروط الجوهرية للعقد المراد إبرامه وأن تكون هذه الشروط محددة تحديداً دقيقاً لا لبس فيها ولا غموض بحيث تكون

(١) د. عبد العظيم شرف الدين - مرجع سابق - ص ٤٩١

(٢) د. السيد نشأت إبراهيم - مرجع سابق - ص ٢٧٢

صالحة لأن ينعقد بالعقد متى صادفه قبول مطابق. والذي يميز مفهوم الإيجاب في العقود الدولية أنه في الغالب يصدر عن إرادة مشتركة وهذه نتيجة طبيعية كما أسلفنا القول في العقود التفاوضية التي لا ينفرد فيها أحد الطرفين بتحديد شروط العقد وإنما يساهم فيها كل من الطرفين حتى يصير مطابقا لرغبتهما إلى حد كبير، وهذا لا يعني انفراد عقود التجارة بهذه الخاصية إذا يمكن تصور صدور الإيجاب مشتركا في العقود الداخلية التي تتم أيضا إثر مفاوضات، وهذه الخاصية ليس على إطلاقه في عقود التجارة الدولية إذ أن هذه الخاصية تنتفي في العقود الدولية التي تعقد بموجب عقود نمطية موضوعة سلفا من قبل الشركات الاحتكارية العملاقة التي تحتكر بعض السلع.

المطلب الثاني

أحكام الإيجاب وفقا للاتفاقيات المنظمة لعقود التجارة الدولية

للطبيعة القانونية لعقود التجارة الدولية والتي سبق تناولها فقد حصرت الاتفاقيات المنظمة للتجارة الدولية أحكام الإيجاب في عقود التجارة الدولية في الوقت الذي يحدث فيه الإيجاب أثره وفي مدى إمكانية التراجع فيه وحالات سقوطه وانقضائه وفقا لما يلي من أحكام:

أولاً: الوقت الذي يحدث فيه الإيجاب أثره: الإيجاب بحسبانه تعبيراً عن الإرادة لا يحدث في القواعد العامة أثره إلا باتصاله بعلم من وجه إليه، ولكن يظل الخلاف فيما بين النظم في تحديد الوقت الذي يعتبر فيه العقد قد انعقد، أي الوقت الذي يحدث فيه الإيجاب أثره، لاسيما في حال التعاقد بين غائبين، وعقود التجارة الدولية لا تخلو من هذا النوع من التعاقد، وتتعدد النظريات الفقهية في تحديد الوقت الذي ينتج فيه الإيجاب أثره، فبعضها يعتبر العقد قد انعقد من وقت صدور القبول، وبعضها الآخر من يوم تصدير القبول، والبعض يرى أن العقد ينعقد من يوم وصول القبول إلى الموجب، فيما يرى فريق رابع أن العقد ينعقد من يوم علم الموجب بالقبول^(*) ويأخذ واضعو المبادئ الدولية لعقود التجارة الدولية بنظرية وصول القبول إلى الموجب^(١). بحيث لا ينعقد العقد إلا إذا اتصل القبول بعلم الموجب له.

(*) أخذ المشرع السوداني بنظرية العلم بالقبول في حال التعاقد بين الغائبين حيث نصت المادة (٣٦) من نظام المعاملات السودانية لعام ١٩٨٤م على أنه "ينتج التعبير عن الإرادة أثره في الوقت الذي يتصل فيه بعلم من وجه إليه ويعتبر وصول التعبير قرينه على العلم به، ما لم يقم الدليل على غير ذلك".

(١) ARTICLE 2.1.3 (Withdrawal of offer) (1) An offer becomes effective when it reaches the offeree.

ثانياً: العدول عن الإيجاب في عقود التجارة الدولية: الأصل وفقاً للقواعد العامة في عقود التجارة الدولية أن للموجب الخيار في الرجوع عن إيجابه طالما لم يقترن به القبول، أي طالما لم ينعقد العقد بعد، ويستثنى من ذلك وفقاً للقواعد الدولية المنظمة للتجارة الدولية حالتان وردت على سبيل الحصر ذكرتهما المبادئ الدولية لعقود التجارة الدولية الصادرة عن معهد روما أولاًهما تحديد مدة للقبول واشتراط عدم القابلية للرجوع فيه أو إذا كان من المعقول بالنسبة للموجب له أن يتعاقد على أن الإيجاب غير قابل للرجوع فيه وأن الموجب له قد تعامل على هذا الأساس.

لقد أجازت الاتفاقيات الدولية المنظمة للتجارة الدولية حق الموجب في سحب إيجابه قبل وصول الإيجاب للموجب إليه أو بالأكثر وقت وصوله وعلى ذلك صريح الفقرة (٢/١٥) من اتفاقية فيينا لعام ١٩٨٠ بشأن البيع الدولي للسلع^(١)، والفقرة (٢/٣/١/٢) من المبادئ الدولية لعقود التجارة الدولية (اليونيدروا). ولكنها لم تترك ذلك على إطلاقه بل قيدته في بعض الأحيان بحيث لا يجوز للموجب الرجوع عن إيجابه في حالات وردت على سبيل الحصر هي:

أ) إذا ما ورد فيه سواء بتحديد مدة محددة للقبول أو بأي طريق آخر، أنه غير قابل للرجوع فيه .

ب) إذا كان من المعقول بالنسبة للموجب له أن يتعاقد على أن الإيجاب غير قابل للرجوع فيه وأن الموجب له قد تعامل على هذا الأساس.

ومبدأ حق الموجب في الرجوع عن إيجابه السائد في التجارة الدولية الآن لم تأخذ به شروط الكوميكون الصادرة في العام ١٩٥٨ حيث إن شروط الكوميكون خلافاً لهذا المبدأ تلزم الموجب بالبقاء على إيجابه مدة محددة لا يجوز له الرجوع خلالها، وهي المدة التي حددها الموجب في إيجابه وإلا فمدة ثلاثين يوماً من تاريخ

(١) ARTICLE 15: (2) An offer, even if it is irrevocable, may be withdrawn if the withdrawal reaches the offeree before or at the same time as the offer.

إرساله وهو ذات الحكم في شروط ١٩٦٨ م مع وجود الفارق في أن الشروط الأخيرة منحت للموجب حق إلغاء الإيجاب على الرغم من كونه ملزماً في إحدى حالتين أولاهما حالة وصول خطاب الإلغاء قبل أو مع وصول الإيجاب، وثانيتها الحالة التي يحتفظ فيها الموجب بحقه في إلغاء الإيجاب. وفي هذه الحالة يجوز إلغاء الإيجاب حتى مع وصوله إلى الموجب له، ولكن بطبيعة الحال قبل انعقاد العقد^(١).

أما في الفقه الإسلامي فجمهور الفقهاء من الحنفية والشافعية والحنابلة وبعض المالكية يتفقون على أن للموجب حق الرجوع عن إيجابه قبل قبول الطرف الآخر، مستدلين على ذلك بأن الإيجاب لا يترتب عليه التزام بمجرد صدوره وإنما بتحقق الشرط وهو قبول الطرف الآخر، فما دام لم يتحقق الشرط وهو القبول فهو يعد مجرد عرض لا يكون فيه حق ثابت للآخر، ويرون أن رجوعه يكون إبطالا لإيجابه. ويضاف إلى ذلك أن الموجب هو الذي أثبت للمخاطب بالإيجاب ولاية القبول أو الرفض فله أن يرفع هذه الولاية قبل أن يتعلق بها حق ولو ألزمتنا الموجب بإيجابه قبل القبول لكان مجبوراً عليه وهذا ما لا يجوز^(٢).

ولا يشترط لدى المجيزين حق الرجوع في الإيجاب في الفقه الإسلامي أن يعلم بهذا الرجوع المخاطب بالإيجاب بحيث لو قبل هذا الأخير بعد رجوع الموجب عن إيجابه لم ينعقد العقد لأن الإيجاب يسقط بالرجوع عنه لديهم فلا يرتبط به قبول لأن القبول الصادر بعد الرجوع عن الإيجاب لا يصادف إيجاباً يقترن به، إضافة إلى أن إلزام الموجب بالإيجاب المرجوع عنه يعني أن يتم العقد بغير رضی الموجب الراجع عن إيجابه^(٣).

(١) د. حمزة أحمد حداد - مرجع سابق - ص ١١٤ وما بعدها .

(٢) عبد الناصر توفيق العطار - أحكام العقود في الشريعة الإسلامية والقانون المدني، عقد البيع، مطبعة السعادة، القاهرة ١٩٧٦ م - ص ١٢٥

(٣) بن همام - شرح فتح القدير - مرجع سابق - ج ٥ ص ٤٦٥

ويخالف ذلك جمهور علماء المالكية الذين يرون أنه لا يحق للموجب الرجوع عن إيجابه، فإذا صدر منه كان ملزماً لصاحبه لا يبطل إلا بإعراض الآخر عنه، أو بانتهاء المجلس ما لم يكن محدداً له مدة أكثر منه، وتعليقهم في ذلك أن الموجب أثبت للطرف الآخر حق القبول والتملك، فله أن يستعمل هذا الحق إذا أراد، ويقبل ما عرض عليه، وله أن يتنازل عنه ويرفضه، وحينئذ يكون الموجب مقيداً في تصرفه حتى يتنازل الآخر عن حقه، وعلى هذا لا يكون الرجوع مبطلاً للإيجاب^(١).

وعلى ضوء ما تقدم يتضح أن القواعد الدولية تتفق مع الرأي الراجح في الفقه الإسلامي بشأن حق الموجب في الرجوع عن إيجابه طالما لم يرتبط الإيجاب بالقبول مع الخلاف في ضرورة إعلام المخاطب بالإيجاب بهذا الرجوع لدى فقهاء القانون التجاري الدولي لقد نص على ذلك صراحة في المادة (٤/٢ / ٢) من مبادئ اليونيدروا التي تنص على أنه "يجوز الرجوع عن الإيجاب قبل إبرام العقد إذا ما وصل الإلغاء إلى الموجب له قبل أن يصدر قبوله".

ثالثاً : سقوط الإيجاب: إذا كان الأصل وفقاً للاتفاقيات المنظمة لعقود التجارة الدولية أن الإيجاب لا يلزم من صدر منه، فيكون له أن يعدل عنه طالما لم يقترن بقبول، شريطة أن يتم هذا العدول في الوقت المناسب وأن يلتزم بإيجابه خلال المدة التي التزم فيها بالإبقاء على إيجابه سواء تحددت هذه المهلة صراحة أم على ضوء ظروف التعامل أم طبيعته، فإن هنالك حالات يسقط فيها الإيجاب وهي.

الحالة الأولى : رفض الموجب إليه الإيجاب : فالإيجاب يسقط لدى وصول الرفض إلى الموجب ولو كان الإيجاب غير قابل للعدول عنه، وسواء كان الإيجاب ملزماً أو غير ملزم، وينص على ذلك صراحة اتفاقية فيينا للبيع الدولية حيث نصت المادة (١٧) على أنه "يسقط الإيجاب، ولو كان لا رجوع عنه، عندما يصل رفضه إلى الموجب"^(٢).

(١) د. محمد محمود شلي مرجع سابق - ص ٤٢١

(٢) Article 17: "An offer, even if it is irrevocable, is terminated when a rejection reaches the offeror"

ومؤدى هذا النص أن الإيجاب ولو كان باتاً، فإنه يسقط متى رفضه الموجه إليه ولو لم تنقض المدة التي حددها الموجب للقبول وفي هذه الحالة يسقط الإيجاب منذ اللحظة الأولى التي يصل فيها إلى الموجب رفض الإيجاب من الموجه إليه. ويعتبر الرفض واصلاً إذا روعي فيه مفاد المادة (٢٤) التي تنص على أنه في حكم هذه الاتفاقية، يعتبر الإيجاب أو الإعلان عن قبول أو أي تعبير آخر عن القصد قد " وصل " إلى المخاطب عند إبلاغه شفويا أو تسليمه إليه شخصيا بأي وسيلة أخرى أو تسليمه في مكان عمله أو في عنوانه البريدي، أو تسليمه في مكان سكنه المعتاد إذا لم يكن له مكان عمل أو عنوان بريدي^(١) ومع ذلك يشترط الكثيرون من الشراح بأن يكون الرفض بصورة قاطعة.

ويتفق الفقه الإسلامي مع مبادئ العقود التجارية الدولية في اعتبار رفض المخاطب للإيجاب سببا لزوال الإيجاب، ولا يشترط في الفقه الإسلامي أن يكون الرفض صريحا بل يعتد بالرفض الضمني كأن يعرض الموجه إليه الإيجاب عن موضوع الإيجاب إما بالقيام عن المجلس بعد القعود أو بالاستغفال بعمل آخر^(٢).
الحالة الثانية : التعديل في الإيجاب: والتعديل في الإيجاب يعد لدى الكثيرين من فقهاء القانون التجاري الدولي صورة من صور رفض الإيجاب، ولا يعتبرونه قبولا ينعقد به العقد بل يعد لديهم إيجابا جديداً. وعموما فلقد نصت المادة (١٩) من اتفاقية فيينا للبيوع الدولية على أن أي نوع من أنواع القبول المتضمن للإضافات والقيود وسائر المصطلحات (على الإيجاب) هو بمنزلة رفض الإيجاب ويعد إيجابا معاكساً.

(١) The united nations convention on contracts for the international sale of goods, Article 24 'for the purposes of this Part of the Convention, an offer, declaration of acceptance or any other indication of intention "reaches" the addressee when it is made orally to him or delivered by any other means to him personally, to his place of business or mailing address or, if he does not have a place of business or mailing address, to his habitual residence'

(٢) د.وهبي الزحيلي - الفقه الإسلامي وأدلته ج ٤ - مرجع سابق - ص ١١٤

وفي الفقه الإسلامي يعد توافق الإيجاب والقبول شرطاً من شروط التعاقد بحيث يجب أن يتحد موضوعهما وذلك بأن يكونا متوافقين دالين على توافق الإرادتين وتلاقي الرغبتين وبذلك يتحقق معنى ركنية الإيجاب والقبول في العقد، وفي ذلك يقول فقهاء الحنفية بأنه يجب أن يكون القبول موافقاً للإيجاب بأن يقبل المخاطب بالإيجاب ما أوجبه الموجب، فإن خالفه بأن قبل غير ما أوجبه أو بعض ما أوجبه لا ينعقد العقد من غير إيجاب مبتدأ موافق^(١)، ويجوز المالكية القبول بما هو أكثر نفعاً للموجب لأن القابل بالأكثر قابل بالأقل، غير أنه لا يلزم إلا بما أوجبه الموجب على نفسه^(٢) (*)

الحالة الثالثة: انقضاء المدة المحددة للبقاء على الإيجاب: إذا حدد الموجب مدة محددة في إيجابه فإنه يكون ملزماً بالبقاء على إيجابه إلا أن تنتهي المدة المحددة، فلا يجوز له الرجوع عن إيجابه خلال هذه المدة، وهذا يعني أن زوال الإيجاب في هذه الحالة مرتبطة بانقضاء مدة الإيجاب الممنوحة للمخاطب والتي يفترض أن يصدر فيها قبوله أو رفضه للإيجاب الموجه له، وهذا عين ما نصت عليه المادة (٤/٢) من مبادئ اليونيدورا والمادة (١٦/٢/أ) من اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع لعام ١٩٨٠ واللتان تنصان على أنه لا يجوز الرجوع عن الإيجاب إذا تبين منه أنه لا رجوع عنه، سواء بذكر فترة محددة للقبول أو بطريقة أخرى" وعلى ذلك يمكننا القول أن انقضاء المدة يعد سبباً لزوال الإيجاب الملزم فقط دون الإيجاب غير الملزم الذي يجوز الرجوع فيه في أي وقت قبل أن يقترن به القبول.

(١) علاء الدين الكاساني - بدائع الصنائع - الطبعة الثانية ١٩٨٢ - دار الكتاب العربي بيروت - ج ٥ ص ١٣٦

(٢) د. وهي الزحيلي - الفقه المالكي المبسر - الطبعة الثانية - دار الكلمة لطباعة دمشق ٢٠٠٢ - م ١ ص ٣٦١

(*) يرى بعض الفقهاء أن مخالفة القبول للإيجاب تصح فقط في عقود التبرعات باعتبار الموافقة الضمنية لأن الواهب لا يضبره القبول في بعض الهبة وكذلك يصح أن يقبل احد اثنين هبة وهبت لهما فتمت الهبة فيما قبل وهذه هي الحالة الوحيدة التي جوز فيها العلماء مخالفة القبول للإيجاب أما في عقود المعاوضات عموماً فلا يجوز ذلك.

يتفق الفقهاء في أن الإيجاب يزول بانقضاء المدة المحددة للبقاء على الإيجاب، ولكنهم اختلفوا في المدة التي يمكن أن يمنحها الموجب للمخاطب فحددها الحنفية بمدة انعقاد المجلس ومثل الحنفية في ذلك الحنابلة فهم يعتبرون الإيجاب باقيا ما بقي المجلس، فإذا زال المجلس زال الإيجاب ما دام لم يحدث قبول في أثناء المجلس ويقول ابن قدامة في ذلك " إن تراخي القبول عن الإيجاب يصح ماداما في المجلس ولم يتشاغلا بما يقطعه وإلا فلا، لأن حالة المجلس كحالة العقد بدليل أنه يكتفى بالقبض فيه لما يشترط قبضه، فإن تفرقا عن المجلس أو تشاغلا بما يقطعه لم يصح لأن العقد إنما يتم بالقبول فلم يتم مع تباعده عنه كالاستثناء والشرط وخبر المبتدأ الذي لا يتم الكلام إلا به^(١) ويتفق الشافعية مع الحنفية والحنابلة في وجوب ارتباط الإيجاب والقبول في ذات مجلس العقد مع اشتراط الفورية في القبول، وبالتالي لا يقبلون تحديد مدة بعد المجلس يتم القبول في أثناءها ، أما أصحاب المذهب المالكي فقد خالفوا الجمهور في ذلك^(٢) ويقول ابن أبي ليلى: في مدة خيار القبول جائز على أن تكون المدة معلومة كالأجل^(٣) وعلتهم في ذلك أن الموجب قد أثبت للطرف الآخر حق القبول والتملك، فله استعماله أو رفضه، وهذا الرأي يتماشى مع رأيهم الذي بيناه والقائل: أنه ليس للموجب الرجوع عن إيجابه قبل قبول الآخر، فمن باب أولى أن يكون ملتزما بالبقاء على إيجابه إذا عين ميعادا للقبول وسوف نتناول ذلك بشيء من التفصيل عند تناول المدة في القبول في المطلب المخصص لذلك.

(١) بن قدامة: الإمام شمس الدين ابن فرج عبد الرحمن بن محمد بن احمد ابن قدامة المقدسي - الشرح لكبير على متن المقنع - بدوت تاريخ- دارالكتاب العربي - بيروت- ج ٤ ص ٤

(٢) أخذ القانون السوداني برأي المالكية في مسألة إلزامية المدة الصادرة من الموجب للقبول حيث نص المادة (٣٨) من قانون المعاملات المدنية لسنة ١٩٨٤ على أنه "إذا عين ميعاد للقبول التزم الموجب بالبقاء على إيجابه إلى أن ينقض هذا الميعاد، ويجوز أن يستخلص الميعاد من ظروف الحال أو من طبيعة المعاملة"

(٣) الشنقيطي: الشيخ أحمد بن أحمد المختار الجكني الشنقيطي - مواهب الجليل من أدلة خليل - دارالكتب العلمية - بيروت ٢٠٠٥ م

وعلى ذلك فإن إقتران الإيجاب بميعاد للقبول في القانون الدولي التجاري ولدى الفقهاء المالكيين يلزم الموجب بالبقاء على إيجابه طوال المدة المحددة، بحيث لا يجوز للموجب الرجوع عن ايجابه إلا بعد انقضاء المدة المحددة للقبول، ورجوع الموجب عن إيجابه قبل انقضاء هذه المدة لا يسقط إيجابه ولا يحول دون انعقاد العقد إذا ما صدر قبول من المخاطب بالإيجاب خلال المدة المحددة للقبول.

المبحث الثاني

القبول وأحكامه في العقود التجارية الدولية

اهتمت الاتفاقيات الدولية بالقبول وأحكامه أيما اهتمام فتناولت أحكامه بتفصيل أكثر مما تناولت به أحكام الإيجاب، باعتبار أن القبول هو الذي يحدد قيام العقد من عدمه، وسوف نتناول مفهوم القبول وأحكامه في عقود التجارة الدولية وفقا للمطالب التالية:

المطلب الأول

مفهوم القبول وصوره في عقود التجارة الدولية

أولاً: مفهوم القبول:

معنى القبول لغةً: فهو بفتح القاف وضمها ومصدرها قبول، وقبل الشيء: أخذه راضياً، وقبل الكلام: صدقه، ويقال قبل الهدية ونحوها، وقبلت الخبر صدقته، وقبلت الشيء قبولاً إذا رضيته.^(١)

مفهوم القبول في القوانين الوضعية: يطلق القبول ويراد به كل صيغة تعبر عن إرادة من وجه إليه الإيجاب، وتقوم بربط عملية التعاقد على أساس من الشروط والبيانات التي عرضها الموجب.^(٢) ويعتبر القبول الإرادة الثانية في العقد. لذا عرف بأنه التعبير الدال على إنشاء الأثر الواقع جواباً للتعبير الأول.^(٣)

(١) معجم الرائد الصغير لجران مسعود - مرجع سابق - ص ٤٨٢ . معجم محيط المحيط للمعلم بطرس البستاني - مرجع سابق - ص ٧١٣

(٢) د. عبد الرزاق الفحل وآخرين - مرجع سابق - ص ٣٧١

(٣) د. على معي الدين على القره داغي - مبدأ الرضا في العقود - الطبعة الثانية ٢٠٠٢ م - دار البشائر الإسلامية للطباعة والنشر بيروت - الجزء الثاني ص ١٠٧٤

وعلى ضوء هذا التعريف الاصطلاحي يتضح أن المعنى الاصطلاحي للقبول لا يخرج عن معناه اللغوي ، فالقبول علامة على الرضا في العقود.

مفهوم القبول في التجارة الدولية: ليس للقبول معنى خاص في التجارة الدولية خلافا للمعنى الاصطلاحي العام، فمفهوم القبول في عقود التجارة الدولية يمكن استنتاجه من نص الفقرة الأولى من المادة (١٨) من اتفاقية فيينا التي نصت على " أن يعتبر قبولاً أي بيان أو أي تصرف آخر صادر من المخاطب يفيد الموافقة على الإيجاب. أما السكوت أو الموقف السلبي فلا يعتبر أي منهما في حد ذاته قبولاً"^(١).

ومن هذا يمكننا استنتاج مفهوم القبول في عقود التجارة الدولية بأنه يعني التعبير أو السلوك الصريح أو الضمني الذي يصدر عن المخاطب بالإيجاب ويدل على موافقته التامة على الإيجاب دون تعديل فيه.

مفهوم القبول وفقاً لنظرية العقد في التشريع الإسلامي: اختلف الفقهاء في الفقه الإسلامي في تعريف القبول إلى رأيين:

الرأي الأول: وهو رأي الحنفية: والقبول عندهم هو إثبات الفعل الخاص الدال على الرضا الصادر ثانياً من أحد المتعاقدين، سواء صدر من المالك أو من الممتلك. وجاء في شرح مجلة الأحكام أن القبول هو ثاني كلام يصدر من أحد العاقدين لأجل إنشاء التصرف و به يتم العقد^(٢) ويعاب على هذا التعريف الأخير أنه حصر القبول فيما يصدر من الكلام من ثاني أحد العاقدين والحال كذلك فإن القبول أحياناً يكون بالتعاطي وبالسكوت الدال على ذلك وهذا ما سوف نتناوله لاحقاً.

وجاء في شرح فتح القدير لابن همام الحنفي "أن البيع ينعقد بالإيجاب والقبول والانعقاد هنا تعلق كلام أحد العاقدين بالآخر شرعاً على وجه يظهر أثره في المحل

(١) A statement made by or other conduct of the offeree indicating assent to an offer is an acceptance. Silence or inactivity does not in itself amount to acceptance.

(٢) على حيدر - مرجع سابق - ص ١٠٤

والإيجاب الإثبات ويسمى ما تقدم من كلام العاقدين إيجاباً لأنه يثبت للآخر خيار القبول فإذا قبل يسمى كلامه قبولاً وحينئذ لا خفاء في وجه تسمية الكلام المتقدم إيجاباً والمتأخر قبولاً"^(١).

ويستدل على ذلك أيضاً بما جاء في مؤلف بدائع الصنائع للكاساني بأنه إذا قال البائع للمشتري أبيع منك هذا الشيء بكذا ونوى الإيجاب فقال المشتري: اشتريت أو قال المشتري: أشتري منك هذا الشيء بكذا ونوى الإيجاب وقال البائع أبيعك منك بكذا وقال المشتري أشتريه ونوى الإيجاب يتم الركن وينعقد"^(٢).

الرأي الثاني: وهو رأي المالكية والشافعية والحنابلة: ويرون أن القبول هو ما صدر من المُتملك سواء صدر أولاً أو ثانياً. أي هو ما يصدر ممن يصير إليه الملك، وإن صدر أولاً"^(٣).

ويستدل على رأيهم بما جاء في مؤلف مواهب الجليل في أركان البيع حيث جاء فيه بالركن الأول الذي هو الصيغة التي ينعقد بها البيع هو ما يدل على الرضا من البائع ويسمى الإيجاب، وما يدل على الرضا من المشتري، ويسمى القبول"^(٤).

كما يستدل على ذلك بقول الشرقاوي في حاشيته: " أن القبول هو ما يدل على التملك دلالة ظاهرة كاشتريت، أو تملك، أو قبلت، وإن تقدم على الإيجاب كبعني بكذا"^(٥). وقال ابن قدامة المقدسي في المغني بأن: " البيع على ضربين أحدهما الإيجاب والقبول فالإيجاب أن يقول بعثك أو مملكتك أو لفظ يدل عليهما، والقبول أن يقول اشتريت أو قبلت أو نحوهما"^(٦).

(١) بن همام: الأمام كمال الدين محمد بن همام الحنفي - مرجع سابق - هامش ص ٤٥٦

(٢) الكيساني: الإمام على الدين أبي بكر بن مسعود الكيساني - مرجع سابق - ص ٢٢٤

(٣) د. عبد الحق حميش و د. الحسين شواط - مرجع سابق - ص ٣٩

(٤) الحطاب الربيعي: أبي عبدالله محمد بن محمد بن عبد الرحمن المغربي المعروف بالحطاب الربيعي - مرجع سابق - ص ١٣

(٥) الشيخ عبدالله بن حجازي بن إبراهيم الشافعي الأزهرى- حاشية الشرقاوي على تحفة الطلاب بشرح تحرير تنقيح اللباب للشيخ يحيى

الأنصاري - الطبعة الأولى - دار الكتب العلمية - بيروت ١٩٩٧م - المجلد الثالث - ص ٣٩

(٦) بن قدامة: عبدالله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي- المغني - مرجع سابق - ص ٧

وأدلة الفريقين في الاستدلال على مفهوم القبول لديهم هو عين ما ذكرناه من أدلة لهما في مفهوم الإيجاب في الفقه الإسلامي، ولقد سبق وتناولنا هذه الأدلة، وتم مناقشة ما يحتاج منها للمناقشة، ورجح رأي الحنفية القائل بان الإيجاب هو ما صدر أولاً من كلام أحد المتعاقدين، فالقبول إذاً وفقاً للراجح لدينا من رأي هو ما يصدر ثانياً من كلام أحد المتعاقدين ولو كان المُتملك، ولذلك نكتفي بما سبق دون الحاجة إلى إعادتها هنا^(١).

وعلى ذلك فإن مفهوم القبول لا يختلف في قانون التجارة الدولية عن مفهومه لدى فقهاء الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية وهو يعني التعبير الصريح^(*) أو الضمني الذي يصدر عن المخاطب بالإيجاب، معلنا عن إرادته بالرضا بالعرض الذي وجهه إليه الموجب دون تعديل فيه. وهو بهذا المفهوم يصح أن يرد بمختلف صور التعبير، وهنا يثور التساؤل عن التصرفات التي يمكن أن تعد قبولاً، يؤدي إلى انعقاد العقد؟

ثانياً: صور القبول في التجارة الدولية:

وفقاً لاتفاقية فيينا لعقود البيع الدولي للبضائع لسنة ١٩٨١م يمكننا القول أن القبول يكون صريحاً بصور تعبير محدد يدل عليه، من الموجب له، أو ضمناً باتخاذ الموجب له سلوكاً أو عملاً يعبر عن رضاه عن الإيجاب الموجه إليه ولا يمكن تفسيره إلا

(١) راجع صفحة (١٩٧) من هذا البحث.

(*) عرف الأصوليون الصريح بأنه هو الذي يكون المراد منه ظاهراً ظهوراً بينائياً وتاماً ومعتاداً . وللتعبير الصريح خصائص خمس تتميز بها أولها أن الصريح من التعبير يعتد بظاهرة دون النظر إلى النية ، فالصريح يدل على المقصود وإنشاء العقد دون الحاجة إلى نية. ويقول السرخسي الحنفي في ذلك أن حكم الصريح ثبوت موجه بنفسه من غير حاجة إلى عزيمته ، والخاصية الثانية أن للسامع دور كبير في تحديد صراحة الصيغة ويقول الكاساني الحنفي أن الصريح اسم لما هو ظاهر المعنى مكشوف المراد عند السامع . والخاصية الثالثة أن للفظ الصريح معنى واحد منحصر فيه ، فإذا أطلق اللفظ الصريح انصرف مباشرة إلى هذا المعنى . ويقول السيوطي الشافعي في هذا أن اللفظ الموضوع لمعنى لا يفهم منه غيره عند الإطلاق، والخاصية الرابعة أن الصيغة الصريحة تعمل بنفسها من غير استدعاء ويقول الزركشي الشافعي أن الصريح تعمل بنفسها من غير استدعاء بلا خلاف، وأما الخاصية الخامسة فهي أن الأصل في الكلام أن يكون صريحاً ، لأنه موضوع للإفهام. "راجع للاستزادة د. صالح بن عبد العزيز الغليقة. صيغ العقود في الفقه الإسلامي - الطبعة الأولى ٢٠٠٦ م - دار كنوز اشبيلية للنشر والتوزيع الرياض- ص ١٠٢ إلى ١٠٨

على أنه قبول للإيجاب، وقد يستخلص القبول من التعامل الذي جرى عليه الأطراف أو من العادة المتبعة فيما بينهم بمجرد تحقق أو قيام التصرف الدال عليه^(*).

وتنص المادة (١/٦/١/٢) من المبادئ الدولية لليونيدروا على أنه " يعتبر قبولاً أي تعبير أو مسلك آخر يصدر ممن وجه إليه يفيد قبول الإيجاب. ولا يرقى السكوت أو اتخاذ موقف سلبي، في حد ذاته إلى مرتبة القبول^(**) ، وتنص الفقرة الثالثة من ذات المادة على أنه مع ذلك قد يعتبر الموجب له إعمالاً الصادر منه أو طبقاً لما جرى عليه العمل بين الأطراف أو وفقاً للعادة تصرفه على نحو معين دون توجيه إخطار إلى الموجب بمثابة قبول بمجرد قيامه بهذا التصرف^(***).

وعلى ذلك يمكن القول أن إعلان القبول وفقاً للمبادئ العامة لعقود التجارة الدولية يمكن أن يكون ببيان صريح صادر من المخاطب بالإيجاب يفيد الموافقة على الإيجاب الموجه إليه وهذا البيان الصادر من القابل يمكن أن يعبر عنه بكافة وسائل التعبير عن الإرادة والتي سيرد ذكرها لاحقاً. كما يمكن أن يكون ضمناً يفهم من صدور أي تصرف أو سلوك أو اتخاذ أي عمل لا يمكن تفسيره إلا على أنه قبول للإيجاب وقد يستخلص ذلك من التعامل الذي جرى عليه الطرفان، وهذا الحكم متفق مع العديد من النظم والقوانين الوضعية، فجاءت الاتفاقيات الدولية المنظمة للتجارة الدولية مجسدة لها.

(*) تنص المادة (١/١٨) من اتفاقية فيينا للبيع الدولي للبضائع على أنه " يعتبر قبولاً أي بيان أو أي تصرف آخر صادر من المخاطب يفيد الموافقة على الإيجاب. أما السكوت أو عدم القيام بأي تصرف فلا يعتبر أي منهما في ذاته قبولاً. كما تنص الفقرة الثالثة من ذات المادة "ومع ذلك ، إذا جاز، بمقتضى الإيجاب أو التعامل الجاري بين الطرفين أو الأعراف، أن يعلن المخاطب الذي عرض عليه الإيجاب عن قبوله بالقيام بتصريف ما ، كالذي يتعلق بإرسال البضائع أو تسديد الثمن، دون إخطار الموجب، عندئذ يكون القبول نافذاً في اللحظة التي تم فيها التصرف المذكور بشرط أن يجرى ذلك خلال المدة المذكورة في الفقرة السابقة

(**) ARTICLE 2.1.6 – (1) A statement made by or other conduct of the offeree indicating assent to an offer is an acceptance. Silence or inactivity does not in itself amount to acceptance.

(***) ARTICLE 2.1.6 – (3) However, if, by virtue of the offer or as a result of practices which the parties have established between themselves or of usage, the offeree may indicate assent by performing an act without notice to the offeror, the acceptance is effective when the act is performed

أما الشروط العامة للكوميكون فقد خالفت الأحكام السابقة الخاصة باستخلاص القبول من التصرفات وسلوك المخاطب؛ فجاء النص مشروطا الكتابة في كل عقد تبرمه مؤسسات التجارة الخارجية بين دول الكوميكون، وهذا يعني أن القبول لا يعتبر كذلك بتصرف الطرف الآخر، ويؤكد ذلك أحكام التحكيم الصادرة عن لجان التحكيم في دول الكوميكون^(١).

ولا تتعارض صور القبول التي نصت عليها الاتفاقيات المنظمة للتجارة الدولية الصادرة عن معهد روما لتوحيد قانون التجارة الدولية والصادرة عن منظمة التجارة الدولية، مع ما عليه التشريع الإسلامي، حيث إن اللفظ الصريح هو الأداة الطبيعية الأصلية في التعبير عن الإرادة الخفية وهو الأكثر استعمالا في العقود بين الناس لسهولة وقوة دلالاته ووضوحه، فيلجأ إليه متى كان العاقد قادرا عليه، وبأي لغة يفهمها المتعاقدان، وبأي لفظ يدل على الرضا في عرف المتعاقدين^(٢) ولا يشترط عبارة خاصة لأن الأصل في العقود الرضا لقوله تعالى {إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ}^(٣) وقوله ﷺ (إنما البيع عن تراض)^(٤).

ونستدل على ذلك بما جاء بشأن عقد البيع في التشريع الإسلامي أنه لا يشترط في التعبير عن الرضا بالبيع صيغة معينة أو لفظ معين، إذ يجوز التعبير عن الرضا بالبيع في الفقه الإسلامي بأي لفظ دل على هذا الرضا في عرف المتبايعين، سواء دل على ذلك في اللغة أو لم يدل عليه، فالعبرة بما يدل على الرضا بحسب وضع اللفظ في العرف، لا في اللغة ولا في الفقه، لأن ألفاظ التعاقد ينظر فيها إلى ما يجري في العمل لا ما يدل عليه العلم بها في اللغة أو في الفقه، ولأن المتعاقد عندما يعبر عن رضاه

(١) د. حمزة أحمد حداد. مرجع سابق. ص ١٢١ - ١٢٤

(٢) د. وهبي الزحيلي - الفقه الإسلامي وأدلته - مرجع سابق - ص ٩٥

(٣) الآية ٢٩ سورة النساء

(٤) أخرجه ابن ماجه وابن المنذر عن أبي سعيد "راجع محمد بن علي الشوكاني - فتح القدير - بدون رقم وتاريخ - دار الفكر بيروت ج ١ ص ٤٥٨

باللفظ يقصد بهذا اللفظ معناه في العرف^(١)، والعبرة بالمقاصد والمعاني لا بالألفاظ والمباني.

وكما يكون القبول باللفظ الصريح يكون ضمناً لدى جمهور الفقهاء من المالكية، جاء في مواهب الجليل للحطاب الرعيني أن الصيغة التي ينعقد بها البيع هو ما يدل على الرضا من البائع ويسمى الإيجاب، وما يدل على الرضا من المشتري ويسمى القبول سواء كان الدال قولاً أو كان فعلاً كالمعطاة، ويعللون على ذلك بأن الفعل يدل على الرضا عرفاً والمقصود من البيع إنما هو أخذ ما في يد غيرك بعوض رضاه^(٢) وإلى ما روى من أن رسول الله ﷺ قال لجابر رضي الله عنه بعني جملك، فقال جابر إن لرجل علي أوقية فهو لك بها، فقال رسول الله ﷺ قد أخذته، فهذه ألفاظ كناية انعقد بها البيع في سنة رسول الله ﷺ، ولقد خالف جماعة من الشافعية ذلك ومنعوا انعقاد العقد بالأفعال مطلقاً محتجين بأن الفعل لا دلالة له بالوضع فلا ينعقد به البيع، وقال الحنفية وبعض الشافعية ينعقد به في المحقرات خاصة^(٣). ونرجح في ذلك رأي المالكية لقوة حججهم ولتوافقها مع القواعد الأصولية في فقه المعاملات كما أنه يتوافق مع المقصود من التجارة التي تعني أخذ ما في يد غيرك بعوض رضاه الطرفان فدلالة العرف تكفي للتعبير عن الرضا والقبول.

السكوت^(٤) ومدى اعتباره قبولاً في عقود التجارة الدولية^(٥): لقد حرص واضعو الاتفاقيات الدولية المنظمة للتجارة الدولية على سد أبواب الذرائع بين المتعاملين في

(١) د. عبد الناصر توفيق العطار - مرجع سابق - ص ٧٨

(٢) أبي عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن المغربي "الحطاب الرعيني" - مرجع سابق - ص ١٣

(٣) الشيخ محمد الشربيني الخطيب - مغني المحتاج لمعرفة معاني ألفاظ المنهاج - الطبعة الأولى ١٩٥٨ - شركة مكتبة ومطبعة مصطفى

البياتي الحلبي وأولاده بمصر - ج ٢، أبي عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن المغربي "الحطاب الرعيني" - مرجع سابق، ص ١٣

(٤) يعرف السكوت اصطلاحاً بأنه الحال التي يكون فيها السكوت في وضع يلزم فيه التكلم، ويفهم فيه من سكوته رضاه بإنشاء العقد، وعرفه البعض بأنه الموقف السلبي الذي يتخذه من يوجه إليه الإيجاب، وعرفه البعض بأنه الصمت المطلق الذي تحيط به قرائن فتفهم منه الدلالة على إنشاء العقد وعرف الدكتور رمزي دراز بأنه موقف سلبي لا يدل على الإرادة إلا عند الحاجة بدليل، راجع للاستزادة د. رمزي محمد على دراز - السكوت وأثره على الأحكام في الفقه الإسلامي - طبعة ٢٠٠٤ - دار الجامعة الجديدة للنشر الإسكندرية - ص ٤٧ وما بعدها.

التجارة العابرة للحدود، والسعي إلى التوفيق بقدر الإمكان بين مصالح العاملين في التجارة الدولية، ولتحقيق ذلك استبعدت الاتفاقيات الدولية المنظمة للتجارة الدولية صراحة السكوت المجرد وعدم اعتباره قبولاً أو وسيلة للتعبير عن إرادة القابل، فسكوت الموجه إليه الإيجاب لا يرقى إلى درجة القبول الضمني في الاتفاقيات الدولية. وعموماً فإن هنالك تبايناً في الاعتراف بالسكوت واعتباره قبولاً في الاتفاقيات الدولية مما يستدعي تناولها بالشرح وفقاً لما يلي:

١. السكوت ومدى اعتباره قبولاً في القانون الموحد لاتفاقية لاهاي سنة ١٩٦٤ بشأن تكوين عقد البيع الدولي: نصت المادة (٢) من القانون الموحد لاتفاقية لاهاي سنة ١٩٦٤ بشأن تكوين عقد البيع على أن كل شرط يرد في الإيجاب ليشترط اعتبار السكوت قبولاً يعتبر باطلاً. وهذا النص الذي يعتبره البعض النص الأمر الوحيد في اتفاقيات لاهاي^(١).

والقانون الموحد لم يتعرض لأحكام السكوت وكل الذي جاء به هو فقط إبطال كل شرط قد يرد في الإيجاب لاعتبار السكوت قبولاً، وكان من الأفضل النص صراحة على أحكامه أو عدم اعتبار سكوت الموجب له قبولاً بأي حال من الأحوال، لأنه لا مبرر كما قال الدكتور حمزة حداد لهذا السكوت الذي يؤدي حتماً إلى إشاعة القلق وعدم الاستقرار في التجارة الدولية خاصة وأن صفقاتها عادة تكون ذات طبيعة فنية معقدة وبمبالغ ضخمة وذات قيمة مرتفعة^(٢).

(**) عالج المشرع السوداني الحالات التي يعتبر فيها السكوت قبولاً بموجب المادة (٤٠) من قانون المعاملات المدنية السوداني لسنة ١٩٨٤م حيث نصت الفقرة الأولى على أنه " لا ينسب إلى ساكت قول، ولكن السكوت في معرض الحاجة إلى البيان يعتبر قبولاً. " ومن ثم حصرت بموجب الفقرة الثانية على ثلاث حالات يعتبر السكوت قبولاً بوجه خاص هي (أ) كانت طبيعة المعاملة أو العرف التجاري أو غير ذلك من الظروف تدل على أن الموجب لم يكن لينتظر تصريحاً بالقبول، فإن العقد يعتبر قد تم إذا لم يرفض الإيجاب في وقت مناسب، (ب) كان هناك تعامل سابق بين المتعاقدين واتصل الإيجاب بهذا التعامل وسكت من وجه إليه الإيجاب عن الرد، (ج) تمخض الإيجاب لمنفعة من وجه إليه كما اعتبر بموجب الفقرة الثالثة على أن سكوت المشتري بعد أن يتسلم البضائع التي اشتراها قبولاً لما ورد في قائمة الثمن من شروط.

(١) د. محمود سمير شرقاوي - مرجع سابق - ص ٨٨

(٢) د. حمزة أحمد حداد - مرجع سابق - ص ١٢٣

٢. السكوت ومدى اعتباره قبولاً وفقاً للشروط العامة لتبادل السلع بين هيئات الدول الأعضاء في مجلس التعاون الاقتصادي المتبادل لدول الكومبيكون "الشروط العامة للتبادل ١٩٦٨": لم تتعرض الشروط العامة للتبادل لأحكام السكوت ولكن يمكن استنتاج أحكامها من النصوص العامة فيها، فإذا كانت شروط الكومبيكون لا تجيز إبرام العقد شفاهة ولا تجيز القبول بتصرف من الطرف الآخر فمن باب أولى إذن عدم اعتبار السكوت قبولاً وفق هذه الشروط^(١).

٣. السكوت ومدى اعتباره قبولاً في اتفاقية الأمم المتحدة للبيع الدولي للبضائع "فيينا ١٩٨١": نصت المادة ١٨ من اتفاقية فيينا في فقرتها الأولى على أن "يعتبر قبولاً أي بيان أو أي تصرف آخر صادر من المخاطب يفيد الموافقة على الإيجاب. أما السكوت أو عدم القيام بأي تصرف فلا يعتبر أي منهما في ذاته قبولاً" وهذا يعني بأن الأصل هو عدم إمكان استخلاص القبول من السكوت المجرد، فجعلت الأصل هو عدم استخلاص القبول منه، حين قضت بأنه: "أما السكوت أو عدم القيام بأي تصرف فلا يعتبر أي منهما في ذاته قبولاً" ولكن يمكن الاستفادة مما جاء في ذيل النص بأن السكوت قد يستفاد منه القبول إذا ما صاحبته ظروف أو لابسته أو صاف يمكن افتراضها كالقبول كما إذا جرى تعامل سابق بينهما أو جرى العرف على ذلك فيما بينهما. ويسمى السكوت في هذه الحالة "السكوت الملابس"^(٢) ويجد هذا التفسير صدى له في نص الفقرة الثالثة من المادة الثامنة من اتفاقية فيينا، وهو نص خاص بتفسير العقد، فيعطي للظروف الملابسة أهمية خاصة في تحديد إرادة المتعاقدين.

وعلى ضوء ما تقدم فإن اتفاقية فيينا للبيع الدولي للبضائع لا يعد السكوت في ذاته مجرداً عن أي ظرف ملابس له قبولاً يعتد به لاعتبار العقد

(١) د. حمزة أحمد حداد - مرجع سابق - ص ١٢٣

(٢) د. السهوي - الوسيط في شرح القانون المدني الجديد - مرجع سابق - ص ٢٢٤

منعقدا، لأن الإرادة التي يعتد بها لانعقاد العقد عمل إيجابي والسكوت موقف سلبي واستثناءً يمكن اعتبار السكوت قبولاً إذا ما صاحبه ظروف وملابسات من شأنها أن تجعله يدل على الرضا.

٤. السكوت ومدى اعتباره قبولاً في مبادئ العقود التجارية الدولية "مبادئ اليونيدروا": نصت الفقرة الأولى من المادة (٢ . ١ . ٦) على أنه "يعتبر قبولاً أي بيان أو مسلك آخر يصدر من الموجب له يفيد قبول الإيجاب. ولا يرقى السكوت أو الوقوف موقفاً سلبياً، في حد ذاته إلى مرتبة القبول".

هذه المادة لا تختلف في مضمونها وأحكامها عن أحكام السكوت التي نصت عليها اتفاقية فيينا للبيع الدولي للبضائع السابق شرحها، بحيث لا يحتاج إلى شرح جديد، وعموماً فإن السكوت المجرد وفقاً للمبادئ العامة في كافة النظم القانونية تعد كالعدم وأولى بالعدم أن تكون دلالتة الرفض لا القبول، ما لم تلازمه ملابسات تدل على الرضا فهو "سكوت ملابس" يعتبر قبولاً لما لازمه من ملابسات. وهكذا ومن خلال نصي اتفاقية فيينا للبيع الدولي للبضائع ومبادئ اليونيدروا يمكن استخلاص الحالات التي يمكن اعتبار السكوت فيها قبولاً فيما يلي:

- (أ). السكوت الملابس وهو السكوت الذي يدل على الرضا بناء على الظروف والملابسات التي تحيط بالمعاملة أو نتيجة إتيان المخاطب فعلاً أو تصرفاً يدل دلالة قاطعة على إرادة المخاطب بالإيجاب.
- (ب). القبول بالسكوت بناء على تعامل سابق: فقد يكون هناك تعامل سابق بين المتعاقدين، ومن ثم فإن الموجب لا ينتظر في هذه الحالة تصريحاً بالقبول من الطرف الآخر، استناداً إلى المعاملات السابقة بينهما .
- (ج). القبول بالسكوت استناداً إلى العرف: للتجارة دائماً ظروفها الخاصة من

حيث سرعة التعامل وما تقتضيه من ثقة بين التجار وحسم سريع لما ينشأ من منازعات، فإذا جرى العرف التجاري على أن الموجب لا ينتظر تصريحاً بالقبول ممن وجه إليه الإيجاب، عندئذ يعد سكوت هذا الأخير قبولاً طالما أن العرف التجاري يقضى بذلك

٥. السكوت ومدى اعتباره قبولاً في التشريع الإسلامي: جاءت نصوص الفقهاء في التشريع الإسلامي دالة على أن السكوت من حيث المبدأ العام ليس من وسائل التعبير عن الرضا، والقاعدة الأصولية في ذلك أنه لا ينسب إلى ساكت قول^(١)، ولكنهم استثنوا من هذه القاعدة مسائل كثيرة، أخذت دلالة الرضا فيها من السكوت وقرائن الأحوال والظروف والملابسات المحيطة بالعقد والمتعاقدين^(٢) ولقد عبرت مجلة الأحكام العدلية عن هذه الاستثناءات بإيراد شق ثانٍ للقاعدة الأصولية الواردة في الأشباه والنظائر لابن نجيم المصري لتصبح القاعدة لديهم أنه "لا ينسب إلى ساكت قول، لكن السكوت في معرض الحاجة بيان"^(*) وهذا يعني أن السكوت فيما يلزم التكلم به إقرار وبيان^(٣).

وعلى ضوء ما ذكره يتضح أن السكوت وفقاً لهذه القاعدة ينقسم إلى قسمين هما السكوت المجرد الذي لا يصحبه قول أو فعل أو قرينة خارجية تعبر عن أية إرادة، وهذا النوع من السكوت لا ينتج أي أثر شرعي لأن العدم لا يدل على شيء، ويتفق الشق الأول من القاعدة مع الحقائق الاجتماعية، لأن سكوت الموجه المخاطب لا يفيد حتماً قبوله فقد يركن إلى السكوت رغبة في الترويح أو لأنه لا

(١) زين الدين بن إبراهيم بن نجيم - الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة النعمان - الطبعة الثانية ١٩٩٧م - مكتبة نزار مصطفى

البازيمكة المكرمة - القاعدة الثانية عشرة - ج ١ ص ١٥١

(٢) د. صالح بن عبد العزيز الغليفة - مرجع سابق - ص ٢٠٠

(*) أخذت مجلة الأحكام الفقرة الأولى من هذه القاعدة من الأشباه والنظائر لابن نجيم والشق الثاني مأخوذة من علم أصول الفقه "راجع

للاستزادة درر الحكام شرح مجلة الأحكام لمؤلفه على حيدر - شرح المادة ٦٧ - ص ٦٦

(٣) علي حيدر - مرجع سابق - المادة ٦٧ - ج ١ ص ٦٦

يروقه ولا يريد أو يجشم نفسه مؤنة رفضه، والقسم الثاني هو السكوت الملابس وهو صمت ظاهري مصحوب بقريئة دالة على الرضا ويسمى هذا السكوت في التشريع الإسلامي التعبير عن طريق الدلالة^(١) وهو يشمل السكوت الملابس، والسكوت الموصوف الذي يعني السكوت الموصوف بالنص أو الاتفاق أو العرف^(٢) وهذا القسم من السكوت يعتد به شرعا ذلك أن السكوت لابسته قريئة خارجية نقلته من السكوت المجرد إلى السكوت الملابس وأصبحت معبرة عن طريق الدلالة عن قصد صاحبه وإرادته ويكون السكوت حينئذ في معرض الحاجة ببيان^(٣) وسوف نتناول السكوت وأحكامه لاحقا بوصفه وسيلة من وسائل التعبير بشيء من التفصيل..

وعلى ذلك فإن الأحكام التي قررتها الاتفاقيات المنظمة للتجارة الدولية بشأن السكوت ومدى الاعتداد به في اعتباره قبولاً ينعقد به العقد تتفق تماما مع ما قرره التشريع الإسلامي وهو عدم الاعتداد بالسكوت المجرد، وأن السكوت الذي يعتد به هو السكوت الموصوف الذي يكون بحكم القانون أو الذي يقرر الأطراف أو ما يقتضيه العرف التجاري أو التعامل السابق بين الأطراف، وكذلك بالسكوت الملابس الدال على إرادة صاحبه من قرائن الأحوال والظروف والملابسات المحيطة بالعقد والمتعاقدين.

(١) السرخسي: محمد بنابي سهل السرخسي أبي بكر- مرجع سابق - ج ١١ ص ١٥٠

(٢) د.عبد الناصر توفيق العطار مرجع سابق - ص ١٠٠

(٣) للاستزادة راجع د. محمد بحر العلوم - مرجع سابق - ص ١٥

المطلب الثاني

أحكام القبول في عقود التجارة الدولية

يتعين قبول الإيجاب خلال المهلة التي حددها الموجب أو إذا لم يتم تحديد مدة خلال مدة معقولة تقدر بالنظر إلى الظروف بما في ذلك سرعة وسيلة الاتصال التي استخدمها الموجب. كما يتعين قبول الإيجاب الشفوي فوراً ما لم تدل الظروف على عكس ذلك^(١)، ويترتب على صدور القبول في هذه المدة آثاره القانونية التي لها أحكام خاصة وفقاً للاتفاقيات الدولية المنظمة للتجارة الدولية.

أولاً: بداية سريان المدة المحددة للقبول: تختلف الاتفاقيات المنظمة لعقود التجارة الدولية في الفترة التي يبدأ فيها سريان المدة للقبول، فاتفاقية فيينا للبيع الدولي للبضائع لعام ١٩٨٠م تقضي بأنه " يبدأ سريان المدة التي يحددها الموجب للقبول في برقية أو رسالة من لحظة تسليم البرقية للإرسال أو من التاريخ المبين بالرسالة، أو إذا لم يكن التاريخ مبيناً فيها فمن التاريخ المبين على الغلاف، وعلى أن يبدأ سريان المدة التي يحددها الموجب للقبول بواسطة الهاتف أو التلكس أو غير ذلك من وسائل الاتصال الفوري، من لحظة وصول الإيجاب إلى المخاطب، وتدخل العطلات الرسمية أو أيام عطلة العمل الواقعة أثناء سريان مدة القبول في حساب تلك المدة. ومع ذلك إذا لم يمكن تسليم إخطار القبول في عنوان الموجب بسبب كون اليوم الأخير من المدة المحددة للقبول عطلة رسمية أو يوم عطلة عمل في مكان عمل الموجب، تمدد المدة إلى اليوم التالي من أيام العمل^(٢).

(١) راجع المادة (٢/٧) من مبادئ اليونيدروا الصادرة عن معهد روما لتوحيد القانون التجاري الدولي.

(٢) THE UNITED NATIONS CONVENTION ON CONTRACTS FOR THE INTERNATIONAL SALE OF GOODS Article 20 (1) A period of time of acceptance fixed by the offeror in a telegram or a letter begins to run from the moment the telegram is handed

أما مبادئ اليونيدروا فقد نصت بموجب المادة (٨/١/٢)^(*) على أن فترة القبول المحددة من قبل الموجب تبدأ بالسريان من الوقت المحددة في الإيجاب. وأن أي إشارة للوقت في العرض يعتبر وقتاً للإرسال ما لم تُشر ظروف الحال إلى غير ذلك^(١). وفي التشريع الإسلامي ومن خلال تتبع أقوال الفقهاء يمكننا القول أن مدة قبول الإيجاب تبدأ من تاريخ علم المخاطب بالإيجاب، ويستخلص ذلك مما سبق قوله بخصوص مدة الإيجاب، فالحنفية والشافعية والحنابلة لا يجيزون إهمال المخاطب مهلة للقبول، وحصروا مدة الإيجاب بمدة انعقاد المجلس في حال التعاقد بين حاضرين وبمجلس وصول الإيجاب في حال التعاقد بين غائبين ويقول الإمام محمد الشربيني الشافعي في ذلك " يشترط القبول من المكتوب إليه حال الاطلاع ليقترن بالإيجاب بقدر الإمكان، فإذا قبل فله الخيار ما دام في مجلس قبوله"^(٢) " مما يستدل به أن مدة القبول تبدأ من لحظة علم المخاطب بالإيجاب وتنتهي بانتهاء مجلس العقد، ولقد لخص محمد قدرى باشا بقوله " يشترط القبول في مجلس وصول الكتاب وقراءته وفهمه"^(٣) " ولا يخالفهم المالكية في بداية سريان مدة القبول حيث يدل أقوال

in for dispatch or from the date shown on the letter or, if no such date is shown, from the date shown on the envelope. A period of time for acceptance fixed by the offeror by telephone, telex or other means of instantaneous communication, begins to run from the moment that the offer reaches the offeree.

(2) Official holidays or non-business days occurring during the period for acceptance are included in calculating the period. However, if a notice of acceptance cannot be delivered at the address of the offeror on the last day of the period because that day falls on an official holiday or a non-business day at the place of business of the offeror, the period is extended until the first business day which follows

(*) لم تكن مبادئ اليونيدروا تختلف كثيراً في حساب المدة التي تبدأ فيها سريان المدة للقبول قبل تعديلها في عام ٢٠٠٤ عن الأحكام التي نصت عليها اتفاقية فيينا بهذا الشأن حيث كانت تنص المادة (٨ / ٢) على أن يبدأ سريان المهلة الزمنية المحددة للقبول من الموجب = له في برقية أو خطاب اعتباراً من لحظة تسليم البرقية لتصديدها أو من التاريخ الوارد في الخطاب أو. إذا لم يكن هناك تاريخاً واضحاً اعتباراً من التاريخ الوارد على المظروف ، ويبدأ حساب مهلة القبول المحددة من الموجب في وسيلة اتصالات فورية اعتباراً من لحظة وصول الإيجاب إلى الموجب له، وتدخل في الحساب أيام العطلات الرسمية الإجازات التي تقع خلال مهلة القبول مع ذلك إذا لم يتسن التسليم في عنوان الموجب في اليوم الأخير للمهلة بسبب مصادقة هذا اليوم ليوم عطلة رسمية أو ليوم إجازة في مكان عمل الموجب فتتمدد المهلة حتى أول يوم عمل لاحق

(1) A period of acceptance fixed by the offeror begins to run from the time that the offer is dispatched. A time indicated in the offer is deemed to be the time of dispatch unless the circumstances indicate otherwise

(٢) الخطيب: الشيخ محمد الشربيني الخطيب - مرجع سابق - ج ٢ ص ٥

(٣) قدرى باشا - مرجع سابق - المادة ٣٤٦ - ص ٨٨

فقهاؤها على أن مدة القبول تبدأ من تاريخ علم المخاطب بالإيجاب وتنتهي بانتهاء المدة المحددة لبقاء الإيجاب أو بانتهاء المهلة المعقولة وفقاً لطبيعة التعاقد^(١)

وخلص القول أن الاتفاقيات الدولية المنظمة للتجارة الدولية لا تختلف عن التشريع الإسلامي فيما يختص ببدء سريان مهلة القبول والذي يبدأ من لحظة العلم بالإيجاب والتباين فيما بين التشريعين في الوقت الذي يحدث فيه القبول أثره وسوف نتناول ذلك لاحقاً عند تناول اقتران القبول بالإيجاب.

ثانياً: القبول الموصوف: المبدأ العام في العقود الدولية وفقاً للاتفاقيات الدولية المنظمة لها هو تطابق القبول مع الإيجاب في جميع جزئياته، وكل تعديل أو إضافة لما ورد في الإيجاب يعد بحكم المبدأ العام رفضاً للإيجاب ويشكل إيجاباً جديداً يحتاج إلى قبول جديد، وهذا المبدأ عبرت عنه اتفاقية فيينا بموجب المادة (١/١٩) الذي تقضي "إذا انصرف الرد على الإيجاب إلى القبول ولكنه تضمن إضافات أو تحديرات أو تعديلات يعتبر رفضاً للإيجاب ويشكل إيجاباً مقابلاً"^(*) وتضمنت المادة (٢/٧) من القانون الموحد لاتفاقية لاهاي حكماً يشابه هذا الحكم.

وعلى ذلك فالنص واضح على أن القبول الموصوف لا يعد قبولاً للإيجاب، وليس من شأنه أن يؤدي إلى انعقاد البيع الدولي للبضائع في الأصل، ويعتبر القبول إيجاباً جديداً أو مقابلاً يحتاج إلى قبول من الموجب، ولكن استثنى من ذلك تماشياً مع طبيعة العقود التجارية الدولية القبول الذي لا يتضمن تعديلات جوهرية أو تلك التي تتضمن إضافات تعد من قبيل العناصر المتممة أو المختلفة التي لا تؤدي إلى تغيير أساسي في الإيجاب.

(١) راجع بصفة عامة باب البيوع في مراجع الفقه الإسلامي وعلى سبيل المثال (الفقه المالكي: التاج والاكيل - ج ٤ ص ٢٢١، فقه الحنابلة: المغني لابن قدامة - ج ٢ ص ٧١، الشافعية: روضة الطالبين للامام النووي - ج ٣ ص ٣٤٠، الحنفية: بدائع الصنائع للكاساني - ص ٢٢٩ وما بعدها)

(*) نص قانون المعاملات المدنية السوداني لعام ١٩٨٤م على هذا المبدأ وعبرت عنه بموجب المادة (٢/٣٢) التي تنص على "إذا اقترن القبول بما يزيد في الإيجاب أو يقيد منه أو يعدل فيه أعتبر رفضاً يتطلب إيجاباً جديداً"

ولقد اعتبرت اتفاقية فيينا للبيع الدولي للبضائع القبول الذي لا يحتوي على عناصر متممة أو التي لا تغير في الإيجاب تغييرا جوهريا قبولاً يؤدي إلى انعقاد العقد شريطة عدم اعتراض الموجب على ذلك على ذلك شفويا أو كتابة دون تأخير غير مبرر^(١)، وفي هذه الحالة يعتبر الرد الصادر من المخاطب قبولاً ينعقد به العقد ويكون متضمنا للإيجاب مع التعديلات التي جاءت في صيغة القبول.

ولصعوبة إيجاد معيار محدد للفرقة بين ما يعتبر تغييرا جوهريا وبما لا يعد كذلك فقد أوردت اتفاقية فيينا للبيع الدولية على سبيل المثال بعض الحالات التي يعد فيها التعديل تعديلا جوهريا للإيجاب، وذلك بموجب الفقرة الثالثة من المادة (١٩) التي تنص على أن " الشروط الإضافية أو المختلفة المتعلقة بالثمن أو التسديد أو النوعية أو الكمية أو مكان وموعد التسليم للبضائع أو ما يتعلق بمدى مسؤولية أحد الطرفين تجاه الطرف الآخر أو تسوية المنازعات" فاعتبرت الاتفاقية كل ما يتعلق بهذه الأمور من التعديلات الجوهرية التي تؤدي إلى تغيير أساسي بما جاءت به صيغة الإيجاب".

واعتبر بعض الشراح أن القبول الذي يتطلب التغيير أو الإضافة في محتوى الإيجاب مع عدم إصرار وتأكيده القابل بالتمسك على تلك الإضافات والتغييرات التي جاء بها في صيغة القبول قبولاً للإيجاب كما تقدم، وفي هذه الحالة يكون الخيار للموجب بقبول التعديلات أو رفضها^(٢) ونرى عدم وجهة هذا الرأي لأن الأخذ بمثل هذا الرأي يفضي إلى المنازعة في المستقبل بين أطراف العقد، كما أن هذا الرأي لا يختلف آثاره المترتبة عليه عن الاقتراح الذي رفضته لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولية والذي تقدم به الوفد الهولندي عند مناقشة حكم ١٩ من اتفاقية فيينا المتعلقة بحكم القبول الموصوف، والذي يقضي بالسماح للموجب له، أي

(١) المادة (١٩) من اتفاقية الأمم المتحدة للبيع الدولي للبضائع الصادر في روما ١٩٨٠ م

(٢) John J. McGonagle, Jr – Business Agreements – A complete guide to oral and written contracts – Chilton book company – Pennsylvania 1981 – p 89

المخاطب بأن يسحب أية تعديلات للإيجاب يرفضها الموجب، معللة على أن هذا الاقتراح ينقذ العقد ويتفادى أي عقبة في تكوينه، وقصد الوفد الهولندي بذلك أن يسمح للقابل بسحب تغييراته وتعديلاته التي اقترحها في حالة رفض الموجب للقبول الموصوف الذي يتضمن تعديلا غير أساسي للإيجاب الصادر عنه وذلك بقصد تسهيل تكوين العقد^(١).

في حدود تتبعنا لا أجد ما ينم عن وجود اختلاف كبير في الحكم من الناحية العملية ما بين التشريع الإسلامي وما نصت عليه الاتفاقيات الدولية المنظمة للعقود التجارية الدولية في موضوع القبول الموصوف بالإجماع منعقد بين جمهور فقهاء الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة على ضرورة التطابق التام بين القبول والإيجاب عند التعاقد.

وهناك رأي آخر يقول به بعض فقهاء الحنفية وهو أن القبول إذا خالف الإيجاب وأجازه الموجب وجب العقد ما لم يكن في ذلك ضرر بالموجب، ويقول الكاساني في اشتراط انعقاد العقد " أن يكون القبول موافقا للإيجاب بأن يقبل المشتري ما أوجبه البائع وبما أوجبه، فإن خالفه بأن قبل غير ما أوجبه، أو بعض ما أوجبه أو بغير ما أوجبه أو ببعض ما أوجبه، لا ينعقد من غير إيجاب مبتدأ" وهذا يعني أن القبول الموصوف في حال موافقة الموجب له ينعقد به العقد باعتبار أن الموافقة قبول للقبول الموصوف الذي يعد إجابا جديدا، وفي هذا يضرب لنا الكاساني مثلا فيقول: " إذا قال : ويقصد الموجب بعت منك هذين الكرين بعشرين درهما فقبل المشتري في أحدهما، وأوجب البائع جاز، لأن الثمن لا ينقسم على المبيع باعتبار الأجزاء فيما له مثل فكان بيع الكرين بعشرين بيع كل كربعشرة لتماثل قفزان الكرين، ويقول إن ابتداء البائع الإيجاب بخلاف مسألة الكرين، وسائر الأشياء المتماثلة لما

(١) د. محمود سمير شرقاوي - مرجع سابق - ص ٩٥

ذكرنا أن الثمن على المبيع باعتبار الأجزاء فكان حصة كل واحد معلومة، وفيما لا مثل له لا ينقسم الثمن على المبيع باعتبار الأجزاء لانعدام تماثل الأجزاء وإذا لم يقسم بقيت حصة كل واحد منهما من الثمن مجهولة وجهالة الثمن تمنع صحة البيع، ثم فيما يورده من أمثلة يقول الكاساني: وكذا إذا أوجب البيع في شيء بألف فقبل فيه بخمسمائة لا ينعقد، وكذا لو أوجب بجنس ثمن فقبل بجنس آخر إلا إذا رضي البائع به في المجلس^(١).

أما في مخالفة القبول للإيجاب فيما فيه مصلحة الموجب ففيه خلاف إذ ذهب جماعة من الفقهاء على أن ذلك لا يضر، بل يدل على الرضا بأبلغ وجه إذ أن القبول يتضمن عرض الموجب وزيادة، فلا يكون هنالك في الواقع مخالفة بل موافقة ضمنية، غير أن الفقهاء قالوا: في مسألة الزيادة على ما يتضمنه الإيجاب بضرورة قبول الموجب لأنه تمليك ولا يدخل الشيء في ملك أحد إلا برضاه، أما في مسألة الحط فلا يتوقف على القبول، لأنه إسقاط فيه ضرر للموجب لا يتم إلا بالإيجاب وحده^(٢).

يمكننا الاستخلاص من رأي الحنفية أن القبول الموصوف يمكن الاعتداد به متى ما أجازته الموجب، ما لم يكن القبول عدل أو غير أو أضاف فيما يعد من الأمور الجوهرية في العقد مثل الثمن في عقد البيع..

وعلى ذلك يمكننا القول بأن الفقهاء في التشريع الإسلامي يميزون بين ما إذا كان التعديل في الإيجاب جوهرياً وبين التعديل الذي لا يمس العناصر الجوهرية، ففي حال التعديل الجوهرية يعتبر القبول مسقطاً للإيجاب، ويعد إيجاباً بحاجة إلى قبول جديد لكي ينعقد العقد، أما إذا كان التعديل يقع على أمور غير جوهرية فإن القبول مع ذلك يبقى قائماً كقبول يؤدي أثره متضمناً التعديلات الواردة فيه.

(١) الكاساني - مرجع سابق - ص ٢٢٩ وما بعدها

(٢) د. علي محي الدين على القرّة داغي - مرجع سابق ج ٢ ص ١٠٧٦

وعلى ضوء ما تقدم فإن أحكام القبول الموصوف في عقود التجارة الدولية وفقا للاتفاقيات الدولية المنظمة لها تتشابه إلى حد كبير مع أحكام العقود، حيث تتفق في المبدأ العام مع ما عليه التشريع الإسلامي وهو ضرورة تطابق القبول مع الإيجاب في جميع جزئياته، وكل تعديل أو إضافة لما ورد في الإيجاب يعد بحكم المبدأ العام رفضا للإيجاب ويشكل إيجابا جديدا يحتاج إلى قبول جديد، وفي المستثنيات تتفق مبادئ العقود الدولية مع ما عليه الفقه الحنفي الذي يجيز الاعتداد بالقبول الموصوف متى ما أجازه الموجب أو متى ما كانت التعديلات في مصلحة الموجب، وهذا هو الرأي الذي نخال فيه الرجحان.

ثالثاً: الوقت الذي يحدث فيه القبول أثره^(*): يحدث القبول أثره طبقاً للمادة ٢/١٨ من اتفاقية فيينا للبيع الدولي من اللحظة التي يصل فيها إلى الموجب ما يفيد الموافقة، شريطة أن يكون وصوله خلال المدة التي اشترطها، أو خلال مدة معقولة في حال عدم وجود مثل هذا الشرط على أن يؤخذ في الاعتبار ظروف الصفقة وسرعة وسائل الاتصال التي استخدمها الموجب، ويلزم قبول الإيجاب الشفوي في الحال ما لم يتبين من الظروف خلاف ذلك، ويجوز استخلاص القبول بمقتضى الإيجاب أو التعامل الجاري بين الطرفين أو الأعراف، أن يعلن المخاطب الذي عرض عليه الإيجاب عن قبوله بالقيام بتصرف ما، كالذي يتعلق بإرسال البضائع أو تسديد الثمن، دون إخطار الموجب، عندئذ يكون القبول نافذاً في اللحظة التي تم فيها التصرف المذكور شريطة أن يجري ذلك خلال المدة المذكورة في الإيجاب.

(*) عبر المشرع السوداني عن الوقت الذي يحدث فيه القبول أثره بموجب المادة (٣٩) من قانون المعاملات المدنية السوداني ١٩٨٤م والتي نصت في فقرتها الأولى على أنه " إذا صدر الإيجاب في مجلس العقد، دون أن يعين ميعاد القبول، فإن الموجب يتحلل من إيجابه إذا لم يصدر القبول في مجلس العقد ما لم يعدل الموجب إيجابه" أما في الفقرة الثانية فقد عالج المشرع الوقت الذي يحدث فيه القبول أثره في الإيجاب الصادر عن طريق الهاتف أو الوسائل المشابهة حيث نُص على أنه " يسقط الإيجاب الصادر عن طريق الهاتف أو أي طريق مماثل إذا لم يقبل فوراً"

أما في مبادئ العقود الدولية الصادرة عن معهد روما لتوحيد قانون التجارة الدولية فإن الوقت الذي يحدث فيه القبول أثره وفقاً للمادة (٧/١/٢) هو القبول الواصل للموجب خلال المهلة التي حددها أو إذا لم يتم تحديد مدة خلال مدة معقولة تقدر بالنظر إلى الظروف بما في ذلك سرعة وسيلة الاتصال التي استخدمها الموجب. وبالنسبة للإيجاب الشفوي فيشترط فيها القبول الفوري ما لم تدل الظروف على عكس ذلك.

أما في الشروط العامة للتبادل لدول الكوميكون فإن العقد يعتبر مبرماً متى ما وصل القبول في المدة المحددة في الإيجاب، وفي حال عدم تحديد هذه المدة، ففي خلال ثلاثين يوماً من تاريخ إرسال الإيجاب^(١)، ويلاحظ أن شروط الكوميكون خالفت اتفاقية فيينا ومبادئ اليونيدروا في تحديدها للمدة المعقولة للقبول بثلاثين يوماً ولم تتركها دون تحديد كما هو الحال في اتفاقية فيينا ١٩٨٠ م ومبادئ اليونيدروا.

وخالصة ما عليه العمل في التجارة الدولية هو جواز تراخي مدة القبول إلى المدة المحددة من قبل الموجب أو إلى المدة المعقولة، والمدة المعقولة يمكن تحديدها بما يقتضيه عرف نوع التجارة التي ينتمي إليها المتعاقدان.

أما في التشريع الإسلامي فإن القبول ينتج أثره من لحظة اتصاله بالإيجاب، ولكن اختلف الفقهاء في الوقت الذي يجب أن يتم فيه القبول للإيجاب إلى ثلاثة أقوال^(٢) نلخصها فيما يلي:

الرأي الأول: اعتبار مدة انعقاد المجلس المدة المحددة للقبول: يرى جمهور فقهاء الحنفية والحنابلة تحديد مدة القبول بمجلس العقد إذا انقضت المجلس وحدث بعده

(١) د. حمزة أحمد حداد - مرجع سابق - ص ١٢٥

(٢) يرى الإباضية وهو رأي نراه شاذاً بأنه يجوز القبول بعد المجلس ودون تحديد مدة له وهذا قول لا سند له في الشريعة ولا في العرف إذا كان تراخي حق القبول لأجل غير مسمى إذ أن في ذلك تقييد للموجب في البقاء على إيجابه، كما أن الأخذ بهذا الرأي يتعارض مع نظرية مجلس العقد في الفقه الإسلامي الذي وضع في الأساس لتحديد المدة التي يصح أن تفصل القبول عن الإيجاب والذي يمنع التراخي في القبول الذي يضر بالموجب "راجع للاستزادة د عبد الرازق السهوري - مصادر الحق في الفقه الإسلامي - مرجع سابق - ج ٢ ص ٦، د. السيد نشأت إبراهيم الدريني - مرجع سابق - ص ٢٩٦

القبول فلا يتم العقد، ويعتبرون الإيجاب باقيا ما بقي المجلس، فإذا زال المجلس زال الإيجاب ما دام لم يحدث قبول في أثناء المجلس^(١) ويقول الكاساني الحنفي في ذلك: أن العقد لا يقوم إلا باجتماع الشرطين في مجلس واحد ويقصد بذلك الإيجاب والقبول ويضرب مثلا لذلك بأنه إذا تباع الموجب والمخاطب وهما يمشيان أو يسيران في محل واحد فإن خرج الإيجاب والقبول منهما متصلين انعقد وإن كان بينهما فصل وسكوت وإن قل لا ينعقد لأن المجلس تبدل بالمشي والسير وبطل خياره لتبدل المجلس^(٢) وهذا يعني أن أصحاب هذا الرأي لا يشترطون الفورية في إصدار القبول بعد الإيجاب، ويجوز لديهم التراخي في إصدار القبول ما دام العاقدان في مجلس العقد ولم ينشغلا بما يقطعه عرفا^(٣).

الرأي الثاني: الفورية في القبول: ويتبنى هذا الرأي أصحاب المذهب الشافعي فهم يتفقون مع الحنفية والحنابلة في وجوب ارتباط الإيجاب والقبول في ذات مجلس العقد مع اشتراط الفورية في القبول، وبالتالي لا يقبلون تحديد مدة بعد صدور الإيجاب ويشترطون الفورية في القبول دون أي تراخٍ ولو كان المجلس منعقدا^(٤).

الرأي الثالث: الاعتداد بمعقولية المهلة للقبول: يمثل هذا الرأي أصحاب المذهب المالكي فقد خالفوا الجمهور في ذلك^(٥) ويقول ابن أبي ليلى: في مدة خيار القبول جائزة على أن تكون المدة معلومة كالأجل^(٦)، ويقول الإمام مالك أن المدة تكون بقدر الحاجة

(١) ابن قدامة: الإمام شمس الدين أبي الفرج عبد الرحمن بن محمد بن أحمد ابن قدامة المقدسي - الشرح الكبير - مرجع سابق - ج ٤ ص ٤

(٢) علاء الدين الكاساني - بدائع الصنائع - مرجع سابق - ص ١٣٧

(٣) دصالح بن عبد العزيز الغليفة - مرجع سابق - ص ٤١٠

(٤) نهاية المحتاج ٣/٣٩٦

(٥) أخذ القانون السوداني برأي المالكية في مسألة إلزامية المدة الصادرة من الموجب للقبول حيث نص المادة (٣٨) من قانون المعاملات المدنية لسنة ١٩٨٤ على أنه "إذا عين ميعاد للقبول التزم الموجب بالبقاء على إيجابه إلى أن ينقض هذا الميعاد، ويجوز أن يستخلص الميعاد من ظروف الحال أو من طبيعة المعاملة"

(٦) الشنقيطي: الشيخ أحمد بن أحمد المختار الجكني الشنقيطي - مواهب الجليل من أدلة خليل - طبعة ٢٠٠٥ - دار الكتب العلمية - بيروت م ٣ ص ٩٤

إليها في معرفة المبيع^(١) وعلى ذلك فإن المخاطب له حق القبول خلال المدة الممنوحة له للقبول وإن انتهى المجلس في أثناءها ما لم يصدر منه ما يدل على الإعراض عن القبول.

ونرى تأيد رأي المذهب المالكي لاتفاقه مع المبدأ العام في نظرية العقد في التشريع الإسلامي الذي يقرر أن "المسلمون على شروطهم" كما أن ذلك يؤدي إلى التيسير في المعاملات فيما بين المتعاقدين، كما يتماشى مع فترة التأمل والموازنة التي يحتاج إليها المخاطب بالإيجاب للموازنة بين المغرم والمغتم المرجوة في حال إتمام التعاقد.

رابعاً: القبول المتأخر: تناولت اتفاقية فيينا القبول المتأخر بمفهوم يتلاءم مع طبيعة التجارة الدولية من ناحية، ومع طبيعة العقد الذي ينظمه والذي يغلب عليه طابع حسن النية من ناحية أخرى، لذا نصت في المادة (١/٢١) على أن القبول المتأخر يحدث أثره إذا ما قام الموجب دون تأخير بإبلاغ المخاطب شفويًا بذلك أو أرسل إليه إخطاراً بهذا المعنى" والهدف من هذا النص تفادي تفويت الصفقة على الموجب إذا أراد التمسك بها في حال تنصل المخاطب من قبوله متحججاً بتأخير القبول، كما نصت الاتفاقية أيضاً على حالة أخرى ترك فيها التقدير للموجب مع عدم تحميل القابل تبعاً لتأخير وصول القبول لسبب لا يرجع إليه، فنصت في الفقرة الثانية من المادة (٢١) على أن "إذا تبين من الرسالة أو الوثيقة المتضمنة قبولاً متأخراً أنها قد أرسلت في ظروف ظهر معها أنه لو كان إيصالها قد جرى بشكل اعتيادي لوصلت إلى الموجب في الوقت المناسب، فإن هذا القبول المتأخر يحدث آثاره إلا إذا قام الموجب دون تأخير بإخبار المخاطب شفويًا بأن الإيجاب قد اعتبر ملغياً أو أرسل إليه إخطاراً بهذا المعنى". وفي كلتا الحالتين يشترط لينتج القبول المتأخر آثاره القانونية أن يبادر

(١) الزرقاني: محمد بن عبد الباقي بن يوسف الزرقاني المصري الأزهرى المالكي - شرح الزرقاني على موطأ الإمام مالك - الطبعة الأولى

الموجب بإخطار المخاطب "الموجب له" شفويًا أو بإخطارة برسالة بأنه أمضى القبول المتأخر وتمسك بإيجابه أو بأنه يعتبر الإيجاب غير قائم حسب كل حالة.

أما مبادئ اليونيدروا فقد نظمت مسألة التأخير في تصدير القبول بموجب نص المادة (٩/١/٢) والتي تنص على " أن القبول المتأخر ينتج أثره باعتباره قبولاً إذا قام الموجب - بدون تأخير غير مبرر - بإعلام الموجب إليه أو إخطاره بذلك، كما أن الاتفاقية اعتبرت الرسالة المتضمنة للقبول المتأخر ينتج أثره إذا تبين أنها لو أرسلت في ظروف عادية لكان قد وصل إلى الموجب في توقيت مناسب إلا إذا قام الموجب دون تأخير بإخبار المخاطب بأن الإيجاب قد اعتبر ملغياً^(١).

أما في التشريع الإسلامي فإن الفقهاء لم يجيزوا تأخير القبول عن مدته، ولم يعتدوا بأي أثر يترتب على مثل هذا القبول في التعاقد، وكما سبق القول فإن جمهور الفقهاء من الحنفية والحنابلة لا يجيزون تراخي القبول أكثر من فترة انعقاد المجلس ولم يظهر إعراض من أي واحد منهما، كما أن الشافعية لم يجيزوا تأخير القبول بل اشترطوا الفورية في القبول، أما المالكية ورغم إجازتهم لتراخي القبول إلى ما بعد مجلس العقد في حال التزام الموجب بمدة للبقاء على إيجابه إلا أنهم أجازوا ذلك لمدته، فقبول المخاطب بعد انقضاء مدة الإيجاب لا يعتد به ولا يترتب أي أثر شرعي أو التزام على الأطراف^(٢).

ARTICLE 2.1.9 : (Late acceptance. Delay in transmission) (1) "A late acceptance is nevertheless effective as an acceptance if (1) without undue delay the offeror so informs the offeree or gives notice to that effect". (2) "If a communication containing a late acceptance shows that it has been sent in such circumstances that if its transmission had been normal it would have reached the offeror in due time, the late acceptance is effective as an acceptance unless, without undue delay, the offeror informs the offeree that it considers the offer as having lapsed".

(٢) راجع بصفة عامة باب البيوع في مراجع الفقه الإسلامي بصفة خاصة وعلى سبيل المثال (الفقه المالكي: التاج والإكليل - ج ٤ ص ٢٢١، فقه الحنابلة: المغني لابن قدامة - ج ٢ ص ٧١، الشافعية: روضة الطالبين للإمام النووي - ج ٣ ص ٣٤٠، الحنفية: بدائع الصنائع للكاساني - ص ٢٢٩ وما بعدها

وهكذا يتضح لنا مدى التباين في الأحكام التي تنظم القبول المتأخر في الاتفاقيات الدولية المنظمة للتجارة الدولية وبين ما عليه العمل في التشريع الإسلامي وفقاً لنظرية العقد، وإن كان هذا الخلاف من الناحية العملية التطبيقية يمكن تفاديه في حال اعتبار القبول المتأخر إيجاباً جديداً يحتاج إلى قبول جديد من الموجب الأول الذي منحه الاتفاقيات الدولية حق إجازة القبول المتأخر أو رفضه، وهذه الإجازة أو الرفض باعتباره عملياً في حكم صدور قبول جديد للقبول المتأخر الصادر من المخاطب والذي يمكن اعتباره إيجاباً جديداً..

خامساً: العدول عن القبول (سحب القبول) : يجوز للقبائل وفقاً للاتفاقيات المنظمة للتجارة الدولية سحب القبول الصادر منه شريطة وصول السحب إلى الموجب قبل أو في الوقت الذي يحدث فيه القبول أثره، وعلى هذا الحكم صريح المادة (٢٢) من اتفاقية روما للبيع الدولي للبضائع التي تقضي بأنه "يجوز سحب القبول إذا وصل طلب السحب إلى الموجب قبل الوقت الذي يحدث فيه القبول أثره أو في نفس الوقت".

وهذا الحكم لا يختلف كثيراً عن المبادئ الدولية لعقود التجارة الدولية الصادرة عن معهد روما لتوحيد قانون التجارة الدولية (اليونيدروا) التي تنص "يجوز العدول عن القبول إذا ما وصل العدول إلى الموجب قبل أو لدى وصول القبول وإنتاجه لأثره"^(١).

الملاحظ أن النصوص القانونية الواردة في الاتفاقيات الدولية المنظمة للتجارة الدولية تناولت حق العدول في القبول في حال التعاقد بين الغائبين، ولم تتناول هذا الحق في التعاقد بين الحاضرين مما يستفاد منه أنه لا يجوز للقبائل الرجوع عن قبوله في حال التعاقد بين الحاضرين ذلك أن القبول ينتج أثره بمجرد علم الموجب به.

(١) المادة (١٠/١/٢) من مبادئ العقود التجارية الدولية الصادرة عن معهد روما لتوحيد قانون التجارة الدولية "اليونيدروا" المعدلة في العام ٢٠٠٤م

أما في التشريع الإسلامي فقد تناول الفقهاء مسألة العدول عن القبول عند تناولهم لنظرية مجلس العقد وتبعاً لذلك فقد اختلف الفقهاء في مدى جواز العدول عن القبول بعد صدوره وفقاً لموقفهم تجاه هذه النظرية، فمن أخذ بهذه النظرية فقد أجاز للقبول حق الرجوع في القبول ولو تم التعاقد طالما أن مجلس العقد لم ينفذ، ومن لم يقر بوجود هذا المجلس أي مجلس العقد لم يجز العدول عن القبول بعد صدوره، وبناء على ما ذكره يمكننا حصر موقف الفقهاء في رأيين هما:

الرأي الأول : وهو رأي الشافعية والحنابلة والظاهرية والإمامية والزيدية : وأصحاب هذا الرأي يرون ثبوت خيار المجلس لكل من المتعاقدين بحيث يجوز لكل منهما الرجوع عن العقد أو إمضاؤه قبل انفضاض المجلس^(*) ، واستناداً إلى هذا الحق يجيز أصحاب هذا الرأي للقبول الرجوع عن قبوله ما دام مجلس العقد قائماً^(١).

ومجلس العقد عند أصحاب هذا الرأي هو مكان تواجد العاقدين إن كانا مجتمعين، ومكان القابل إن كانا متباعدين، ويتصور ذلك في المراسلة والمهاتفة ونحوهما، ولا يكون العقد لازماً حتى ولو اتصل القبول بالإيجاب طالما أن مجلس العقد ما زال قائماً، فلزوم العقد يكون بعد التفرق بالأبدان لديهم، وعلى ذلك فإن رجوع القابل عن قبوله في مجلس العقد لا يعد فسخاً للعقد بل يعد رجوعاً يمنع من قيام العقد ابتداءً.

الرأي الثاني: وهو رأي المالكية والحنفية: يرى أصحاب هذا الرأي عدم ثبوت خيار المجلس لأي من المتعاقدين وأن العقد يلزم بمجرد ارتباط الإيجاب بالقبول والذي

(*) خيار المجلس هو أن يكون لكل من المتعاقدين بعد تمام العقد أن يرد العقد دون رضا الآخر ما لم يتفرقا بالأبدان استدلووا على ذلك بقول رسول الله ﷺ البيعان بالخيار ما لم يتفرقا

(١) الإمام كمال الدين: محمد بن عبد الواحد - مرجع سابق - ص ٤٦٤

بارتباطهما ينفذ المجلس ولو لم يتفرقا بالأبدان^(١) وعلى هذا الرأي فإنه لا يجوز للقابل الرجوع عن قبوله .

وعلى ذلك فإن أحكام القبول في التشريع الإسلامي لا تختلف كثيرا عما نصت عليه من أحكام في مبادئ العقود التجارية الدولية وتكاد ان تكون متطابقتين في كثيرا من أحكامها.

(١) د. جابر عبد الهادي سالم الشافعي - مجلس العقد في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي - طبعة ٢٠٠١م - دار الجامعة الجديدة للنشر بالإسكندرية - ص ٤٨٢

المطلب الثالث

اقتران القبول والايجاب في العقود التجارية الدولية

اقتران القبول بالايجاب من المسائل التي نالت حظها من النقاش لدى فقهاء القانون الوضعي والتشريع الاسلامي، واختلف فيه العلماء كثيرا، لاسيما في تحديد مجلس العقد الذي يقترن فيه القبول بالايجاب الحقيقي منه والحكمي، وفي الوقت الذي يعتبر فيه العقد منعقدا . ويقصد باقتران القبول والايجاب تلاقي إرادتي طرفي العقد وتعلقهما ببعضهما على وجه يظهر أثره في المحل^(١)، أي اقتران القبول والايجاب في مجلس عقد حقيقي أو حكمي، وهذا الاقتران لا يتحقق إلا بأمرين هما أن يكون في مجلس العقد والثاني علم كل من الطرفين برضا الآخر، ومجلس العقد يختلف في التعاقد بين حاضرين عنه في التعاقد بين الغائبين.

أولاً: التعاقد بين حاضرين : يقصد به الحالة التي ينعقد فيها العقد بين طرفين يكونان على اتصال مباشر، بحيث لا تكون هنالك فترة زمنية تفصل بين صدور القبول وعلم الموجب به عرفا، ويتحقق ذلك باجتماع المتعاقدين في مكان واحد، وهو ما يطلق عليه اصطلاحا بمجلس العقد الحقيقي، كما قد يتحد مجلس العقد رغم عدم اجتماع المتعاقدين في مكان واحد، كما في التعاقد بالتلفون أو بأي طريق مماثل يمكن معه للموجب أن يعلم بالقبول فور صدوره، فيكون مجلس العقد في هذه الحالة مجلس عقد حكميا لا حقيقيا. ويكون المجلس متحدا عند اجتماع الطرفين من أجل التعاقد وانشغالهما به بأن لا يوجد ما يدل على الإعراض من أي منهما^(٢)،

(١) الشيخ الإمام كمال الدين : محمد عبد الواحد - مرجع سابق - ج ٥ ص ٤٥٦

(٢) د. السيد نشأت إبراهيم الدريني - مرجع سابق - ص ٢٨٨

والاقتراح فعلياً في نطاق مجلس العقد المكاني، هو ما يعبر عنه اصطلاحاً بالتعاقد بين حاضرين.

والتراخي في القبول جائز طالما كان مجلس العقد منعقداً ولم ينشغل العقادان بما يقطع انعقاد المجلس عرفاً، ومتى ما صدر القبول أثناء انعقاد مجلس العقد وعلم به الموجب ينعقد العقد ويكون منتجاً لأثره في اللحظة التي علم به الموجب، إذا لم يوجد ما يدل على أن الموجب قد عدل عن إيجابه في الفترة ما بين الإيجاب والقبول، وكل قبول يصدر بعد انقطاع المجلس أو رجوع الموجب لا ينعقد به العقد، لأن القبول لم يجد إيجاباً قائماً لكي يرتبط به، ويكون القبول هنا عديم الأثر.

وعلى ذلك إذا اقترن القبول بالإيجاب القائم في مجلس العقد، انعقد العقد منذ هذا الوقت، ويعتبر العقد الذي يتم عن طريق المخاطبة التليفونية بمثابة العقد الذي يتم بين أشخاص حاضرين، من حيث زمان الانعقاد وهو الوقت الذي يقترن فيه القبول بالإيجاب، أما بالنسبة للمكان الذي يعتبر فيه في حال التعاقد بالتلفون فإنه يعتبر بمثابة العقد الذي يتم بين غائبين، وذلك لأن المتعاقدين يوجدان في جهتين مختلفتين^(١).

وفي هذا الخصوص نصت اتفاقية فيينا للبيع الدولي في المادة ٢٣ من أن "العقد ينعقد في اللحظة التي يحدث فيها قبول الإيجاب أثره وفقاً لأحكام هذه الاتفاقية"^(٢). ويحدث القبول أثره وفقاً للمادة (١٨/ ٢) من اللحظة التي يصل فيها إلى الموجب، شريطة أن يصل إلى الموجب خلال المدة التي اشترطها، أو خلال مدة معقولة في حالة عدم وجود مثل هذا الشرط، وفي حكم هذه الاتفاقية يعد القبول قد وصل إلى

(١) د. توفيق فرج - النظرية العامة للالتزام نظرية العقد - الطبعة الأولى ١٩٩٣ - الدار الجامعية بيروت - ص ٨٢

(٢) ARTICLE 23 "A contract is concluded at the moment when an acceptance of an offer becomes effective in accordance with the provisions of this Convention"

الموجب في حال التعاقد بين الحاضرين عند إبلاغه شفويا أو عندما يصدر منه أي تعبير أو فعل يعبر عن موافقته للإيجاب.

و لا يختلف الأمر في مبادئ اليونيدروا عن الأحكام التي نصت عليها اتفاقية فيينا، فقد نصت على ذات الأحكام فيما يختص بالوقت الذي يعد فيه العقد منعقدا فيما بين حاضرين في مجلس العقد، وتنص الفقرة (٢) من المادة (٦/١/٢) على أن القبول ينتج أثره لدى وصول ما يفيد القبول إلى الموجب^(١)، ويعتبر وفقا لنص المادة (٧/١/٢) الوقت الذي صدر فيه القبول هو وقت انعقاد العقد في التعاقد بين حاضرين ذلك أن هذه المادة تفرض القبول الفوري في الإيجاب الشفهي ما لم تدل ظروف التعاقد على خلاف ذلك^(٢).

تعد شروط الكوميكون لعام ١٩٦٨م أكثر الاتفاقيات في التجارة الدولية وضوحا في مسألة انعقاد العقد وفي تحديد الوقت الذي يعتبر فيه العقد منعقدا حيث تنص المادة (١/١) على أن العقد يعتبر منعقدا فيما" (أ) بين الحاضرين في لحظة توقيعه من الأطراف المتعاقدين، (ب) بين الغائبين في لحظة استلام الموجب إخطارا بالقبول دون تحفظات، خلال المدة المحددة في الإيجاب، وإلا ففي خلال ثلاثين يوما من إرسال الإيجاب"^(٣).

الملاحظ أن شروط الكوميكون تشترط الكتابة لانعقاد العقد فيما بين الحاضرين، إذ اعتبرت لحظة انعقاد العقد هي اللحظة التي يوقع الأطراف فيها على الوثيقة التي أفرغوا بها اتفاقهم، بحيث تعتبر لحظة التوقيع عندئذ هي اللحظة

(١) ARTICLE 2.1.6 (Mode of acceptance) (2) An acceptance of an offer becomes effective when the indication of assent reaches the offeror

(٢) ARTICLE 2.1.7 (Time of acceptance) An offer must be accepted within the time the offeror has fixed or, if no time is fixed, within a reasonable time having regard to the circumstances, including the rapidity of the means of communication employed by the offeror. An oral offer must be accepted immediately unless the circumstances indicate otherwise

(٣) د. حمزة أحمد حداد - مرجع سابق - ص ١٤٤

الحاسمة في تحديد زمان انعقاد العقد وكل اتفاق شفوي قبل كتابة العقد والتوقيع عليه، لا يكون له أي أثر قانوني، إذ لا يعدو أن يكون مثل هذا الاتفاق، من قبيل المفاوضات التمهيدية التي يتوقف مفعولها بصريح النص منذ كتابته والتوقيع عليه باعتبار أن قاعدة الكتابة تعتبر من القواعد الآمرة في شروط الكوميكون التي لا يجوز الاتفاق على خلافها^(١)

أما في التشريع الإسلامي فإن الأصل أن العقد يتم باقتران القبول والإيجاب اقترانا فعلياً في مجلس العقد^(*) الذي يجمع بين الطرفين، وتبدأ مدة انعقاد المجلس من وقت صدور الإيجاب ويبقى ما دام المتعاقدان منصرفين إلى التعاقد ولم يبد أي إعراض منهما، وتعتبر فترة مجلس العقد الفترة الفاصلة ما بين الفترة السابقة للتعاقد والفترة اللاحقة للتعاقد لأنها الفترة التي ينعقد فيها العقد في التشريع الإسلامي^(٢).

والملاحظ أن فقهاء الشريعة الإسلامية الأقدمين لم يضعوا تعريفاً لمجلس العقد^(**)، ولكن صاغوا أحكامه من خلال شرحهم للعقود لاسيما عقد البيع، واستخلص

(١) د. حمزة أحمد حداد - مرجع سابق - ص ١٤٥

(*) تعد هذه النظرية من أهم النظريات التي سبق لها الفقه الإسلامي والتي تمتاز بالدقة والإتقان، ولا يعيب دقتها وأهميتها مغالاة بعض الفقهاء في تحديدهم لها تحديداً مادياً وشكلياً بعيداً عن روحه ومضمونه والمقصود الذي من أجله بنيت هذه النظرية كالأحناف الذين تشددوا في وصف الوحدة المكانية للمجلس . للاستزادة راجع الإمام على الدين الكيسانى - بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع - مرجع سابق - ص ٢٣٠ وما بعدها

(٢) د. جابر عبد الهادي سالم الشافعي - مرجع سابق - ص ٨٤ وما بعدها

(**) هنالك أربعة معايير مختلفة لتحديد مفهوم مجلس العقد في التشريع الإسلامي يمكننا تلخيصها في الآتي: المعيار الأول: المعيار لمكاني: اعتمد هذا المعيار واخذ به بعض فقهاء الحنفية وبعضاً من المالكية وبعضاً من الشافعية والاباضية والشيعة الزيدية وهؤلاء يعتبرون أن مجلس العقد وحدة مكانية لذا يرون انه لا بد من صدور الإيجاب والقبول في مكان واحد ومن ثم يشترطون وحدة المكان لانعقاد العقد أما إذا اختلف المكان فلا ينعقد العقد لديهم، وجاء في بدائع الصنائع الكاساني "وأما الذي يرجع إلى مكان العقد فواحد وهو اتحاد المجلس بان كان الإيجاب والقبول في مجلس واحد ، فإن اختلف المجلس لا ينعقد العقد حتى ولو أوجب أحدهما البيع فقام الآخر عن المجلس قبل القبول أو اشتغل يعمل آخر يوجب = = = = اختلاف المجلس ثم قبل لا ينعقد ويقول الإمام كمال الدين عبد الواحد في مؤلفه فتح القدير في اشتراط اتحاد المجلس: إذا تباع شخصان وهما يمشيان أو يسيران ولو على دابة واحدة "محمل واحد" فأجاب الآخر لا يصح لاختلاف المجلس ، وجاء في الفتاوى الهندية أن أوجب أحدهما وهما واقفان فسارا أو سار أحدهما بعد خطاب صاحبه قبل القبول بطل الإيجاب ، والمعيار الثاني: المعيار الزمني: يرى الفقهاء الذين يعتبرون أن مجلس العقد عبارة عن وحدة زمنية وأن المعتبر فيها هو وحدة الزمان وهي المدة التي يظل فيها العاقدان منشغلان بالعقد حتى ولو تبدل المكان أو تبدلت هيئة المتعاقدان، وهؤلاء لا يعتبرون بوحدة المكان للإيجاب والقبول فيصيح لديهم التعاقد بين الراكبين أو المشيين طالما كان مجلس العقد منعقداً بين المتعاقدان وصدر القبول متصلاً مع الإيجاب وفي ذلك يقول الشيخ نظام الدين في مؤلفهم المشترك مع جماعة من علماء الهند

الفقهاء المعاصرون من تلك الأحكام نظرية مجلس العقد التي تعد من أدق النظريات وأكثرها إتقاناً رغم أنها وصفت بالإغراق في المادية.^(١)

وعلى ضوء نظرية مجلس العقد ومفهومه فإن الأصل في التعاقد هو أن يكون في مجلس عقد حقيقي وهو التعاقد الذي يكون بين شخصين حاضرين حضوراً يقينياً معاً، ويتحقق ذلك بوجودهما على بعد من الآخر بحيث يراه ولا يلتبس عليه صورته أو يسمعه بحيث لا يلتبس عليه صوته^(٢)، وأن يكون صدور الإيجاب والعلم به أثناء انعقاد المجلس، ومع ذلك لا يشترط وجود القابل أثناء صدور الإيجاب في المجلس إذ أن العبرة بتحقق العلم بالإيجاب أثناء انعقاد المجلس وأن يكون ذلك في مكان واحد، ذلك أن مجلس العقد بين الحاضرين يقتضي وجودهما معاً في مكان وزمان واحد من أجل التعاقد، وكذلك يجب أن يكون صدور القبول والعلم به في وقت واحد ولا يقدر في ذلك وجود فاصل زمني فيما بين صدور القبول والعلم به ولا يتعارض ذلك مع الفورية التي يتطلبها البعض ذلك أن المدة التي يظل فيها مجلس العقد منعقداً تعد

والمعروف بالفتاوى الهندية "إن تعاقدًا ويقصد الموجب والقابل وهما يشيران على دابة واحدة أو دابتين فإن أخرج المخاطب جوابه متصلًا بخطاب صاحبه تم العقد بينهما" والمعيار الثالث: المعيار المادي: يرى بعض من فقهاء الحنفية والحنابلة أن مجلس العقد عبارة عن هيئة معينة يكون المتعاقدان عليها وقت التعاقد فإذا ظل المتعاقدان على الهيئة التي كانا عليها عند صدور الإيجاب، وصدور القبول وهما على هذه الهيئة انعقد العقد، أما إذا تغيرت أو اختلفت هذه الهيئة عند صدور القبول عما كانت عليه وقت صدور الإيجاب فإن العقد لا ينعقد، وفي ذلك يقول الكاساني ولو أوجب أحدهما وهما واقفان فسار الآخر قبل القبول أو سارا جميعاً ثم قبل لا ينعقد العقد" وهؤلاء عرفوا مجلس العقد بأنه الهيئة التي يكون عليها المتعاقدان عند التعاقد والمعيار الرابع: المعيار المعنوي: يرى القائلين بهذا المعيار وهم بعض من فقهاء المالكية والحنابلة والاباضية أن مجلس العقد وحدة معنوية يظل مجلس العقد فيها قائماً ما دام الطرفان لم ينشغلا بما يقطعه عرفاً حتى ولو تفرق طرفي العقد طالما أنهما تفرقا دون إعراض من أي منهما أو لم ينشغلا قبل التفرق بما يقطعه عرفاً، وعلى ذلك فإن اجتماع الطرفين من أجل التعاقد وانشغالهما به دون أن يكون ما يدل على الإعراض عرفاً من أي منهما. للاستزادة راجع الأمام على الدين أبي بكر الكاساني الحنفي - مرجع سابق - ج ٥ - ص ٢٣٠، الإمام كمال الدين محمد بن عبد الواحد - مرجع سابق - ج ٥ ص ٤٦١، الشيخ نظام الدين وجماعة من علماء الهند - مرجع سابق - المجلد (٣) ص ٨، ٩، د. جابر عبد الهادي سالم الشافعي - مرجع سابق - ص ٩٤.

(١) د. عبد الرزاق السنهوري - مصادر الحق في الفقه الإسلامي - ج ٢ ص ٦

(٢) د. جابر عبد الهادي سالم الشافعي - مرجع سابق - ص ٩٣

ساعة واحدة لكونه جامعا للمتفرقات فاعتبرت ساعاته ساعة واحدة دفعا للعسر وتحقيقا لليسر. (١)

وخلافا للقوانين الوضعية فقد اختلف فقها التشريع الإسلامي في اللحظة التي يعد فيها العقد منعقدا بين حاضرين في مجلس العقد إلى فريقين ويمكننا تلخيص رأي الفريقين وفقا لما يلي:

رأي الفريق الأول: يرى أصحاب هذا الفريق أن العقد ينعقد في المجلس لحظة صدور القبول من المخاطب بالإيجاب ولا عبرة بعلم الموجب بالقبول في انعقاد العقد ويكون علم الموجب بالقبول بمثابة العلم بواقعة العقد لا علم منثى للعقد، وخلاصة هذا الرأي أنه يكتفى بسماع القابل نفسه لانعقاد العقد ولا يشترط سماع الموجب لقبول القابل (٢)

وبناء على ما تقدم يمكننا القول أن الفريق الأول يرى أن العقد ينعقد فور صدور القبول من المخاطب في المجلس دون اشتراط العلم بالقبول من قبل الموجب. رأي الفريق الثاني: وهو الرأي الذي يتبناه جمهور الفقهاء ويرون أن العقد ينعقد بين الحاضرين لحظة سماع الموجب أو علمه بالقبول في مجلس العقد، ووفقا لهذا الرأي لا يكفي لانعقاد العقد صدور القبول بل لا بد من علم الموجب بالقبول الصادر من المخاطب بالإيجاب، ويكون هنا علم الموجب بالقبول بمثابة العلم المنثى للعقد، وجاء في الفتاوي الهندية "سماع كل من المتعاقدين كلام صاحبه شرط انعقاد البيع حتى إذا أوجب أحدهما أو قبل ولم يسمع الآخر لا يتم البيع بالاجماع" (٣)

وبناء على ما تقدم نرى نرجح رأي الفريق الثاني لاتفاقه مع مفهوم مجلس العقد في التشريع الإسلامي إذ أن عدم اشتراط علم الموجب لقبول المخاطب يتنافى مع

(١) بن نجيم: زين الدين بن إبراهيم بن نجيم المصري - البحر الرائق شرح كثر الرقائق - تحقيق الشيخ زكريا عميرات - الطبعة الأولى ١٤١٨هـ - دار الكتب العلمية، منشورات ابن بيضون، بيروت - ج ٥ ص ٤٤١

(٢) زين الدين بن إبراهيم بن نجيم المصري - البحر الرائق - ج ١ ص ٣٢٦

(٣) الشيخ نظام الدين وجماعة من علماء الهند - الفتاوي الهندية - ج ٤ ص ٣٦٣

مفهوم مجلس العقد، الذي يوجب ضرورة انشغال المتعاقدين بالعقد في مدة انعقاد المجلس وعدم الاشتراط يعني أن وجود الموجب في المجلس لحظة صدور القبول لا جدوى منه، كما يجب ألا يؤخذ في الاعتبار انشغاله بما يقطع انعقاد المجلس في حال وجوده في المجلس طالما أنه لا يعتد بسماعه أو عدم سماعه للقبول، وهذا ما لم يقل به أي من الفقهاء بل جاءت تأكيدات أغلب الفقهاء على أن المجلس ينقطع بانشغال أي من طرفي التعاقد بأمر خارجة عن موضوع التعاقد، كما أن عدم سماع الموجب للقبول يجعل من القبول في حكم ما يحيك في النفس، والتي لا يعتد به في العقود، كما أن القول بانعقاد العقد بالقبول الذي لم يعلم به الموجب أو الاكتفاء بسماع القابل لنفسه يتنافى مع شرط سماع كل من العاقدين كلام الآخر والذي يشترطه أغلب الفقهاء.

معيار العلم بالقبول في التعاقد بين حاضرين : وفقا لما تم ترجيحه من الآراء في تحديد اللحظة التي ينعقد فيها العقد بين الحاضرين، ولما كان العلم بالإيجاب من الأمور غير الظاهرة فكان لا بد من وجود معيار يدل على علم الموجب بالقبول وفي هذا فقد اختلف الفقهاء إلى رأيين لتحديد علم الموجب بالقبول نذكرهما فيما يلي:

المعيار الأول: السماع: يرى بعض الفقهاء أن معيار العلم بالقبول هو السماع فالعلم بالقبول لدى هؤلاء هو سماع الموجب للقبول فبالسماع يتحقق العلم، ولقد اشترط كثير من الفقهاء سماع الموجب للقبول^(١).

المعيار الثاني: السماع والرؤية: وأصحاب هذا الرأي يجمعون ما بين الرؤية والسماع كمعيار للعلم بالقبول، فالعلم بالقبول يتحقق لديهم إذا سمع الموجب القبول ورأى الموجب القابل، وتحقق أحدهما دون الآخر لا يتحقق به العلم لديهم^(٢).

(١) د. صالح بن عبد العزيز القلقة - مرجع سابق - ص ٤٤١

(٢) جابر عبد الهادي الشافعي - مرجع سابق - ص ٤٥٧

الرأي في المعيار الذي يتحقق به العلم: لا يخلو أي من المعيارين من عيوب وانتقادات ترد عليهما فالقول بأن معيار العلم هو السماع يجعل من وسيلة التعبير عن الإرادة منحصرة في التعبير اللفظي دون غيره من وسائل التعبير المختلفة مثل الكتابة والإشارة والمعطاة وغيرها من وسائل التعبير المعترف بها شرعا، أما القول بأن المعيار هو السماع والرؤية معا فإن ذلك يسقط بعض وسائل التعبير المعترف بها شرعا مما يؤدي إلى عدم تحقق العلم في حال التعاقد بهذه الوسائل ومن أمثلتها القبول عن طريق الكتابة والمعطاة، كما أن ذلك يجافي حقيقة جواز تعاقدات الأعمى والأصم والتي لا ينكرها أي من الفقهاء.

وعلى ذلك فإن نرى أن تحقق العلم بالقبول يكون بتحقيق أي من المعيارين السابقين، فمعيار القبول يكون بحسب الوسيلة التي يستخدمها الموجب في القبول فإذا كان القبول لفظا كان المعيار هو السماع فإن كان بالمعطاة ومما يتطلب الرؤية يكون المعيار هو الرؤية وهكذا.

ثانياً: التعاقد بين غائبين :

التعاقد بين غائبين هو التعاقد بين متبايعين لا يجمعهما مجلس واحد^(١) وحيث تكون هنالك فترة زمنية بين صدور القبول وعلم الموجب به^(*)، وما دام هنالك فترة زمنية تفصل ما بين صدور القبول والعلم به وجب التساؤل عن زمن انعقاد العقد؟ هل هو وقت صدور القبول أم وقت العلم به؟ كما أن هذا التساؤل يسري أيضاً على تحديد مكان انعقاد العقد هل هو مكان تواجد الموجب أم مكان تواجد المخاطب أي المكان الذي صدر فيه القبول؟ والذي لا خلاف فيه هو أن عقود التجارة

(١) د. السيد نشأت إبراهيم الدبرني - مرجع سابق - ص ٣٠٠

(*) يري بعضا من شراح القانون إلا أن التعاقد بين الغائبين هو التعاقد الذي يتم بين طرفين بعيدين عن مظلة المجلس الواحد بحيث يتم هذا التعاقد بوسائل الاتصالات النقلية أو الألية أو عبر رسول لا يحمل صفة النيابة، غير أن فريقا آخر من شراح القانون يرى أن العبرة في ذلك هو انعدام التزام بين صدور القبول وعلم الموجب به بعد توفر شروطه وعناصره الأخرى باعتبار أن التعاقد بين الحاضرين يميزه التزام بين صدور القبول والعلم به. للاستزادة راجع د. عبد الرازق الفحل وآخرين - مرجع سابق - ص ٣٧٦

الدولية تتم بين أطراف متواجدين في دول مختلفة وفي الغالب يتم الإيجاب والقبول عن طريق وسائل الاتصال الحديثة، أو يتم إثر مفاوضات طويلة وفقا للطبيعة المعقدة لعقود التجارة الدولية، وكل ذلك بالطبع يؤدي إلى وجود فترة زمنية بين الإيجاب والقبول، وبين صدور القبول وعلم الموجب به، وهنا يثور التساؤل عن اللحظة التي يعتبر فيها العقد منعقدا، ولا تخفى أهمية تحديد الوقت الذي يعتبر فيه العقد منعقدا في التجارة الدولية حيث يترتب على هذه المسألة العديد من الفوائد العملية منها حل تنازع القوانين وتحديد القانون الواجب التطبيق، وتحديد وقت سريان آثار العقد وخلافه، وعموما فإن الإجابة على هذه التساؤلات يستوجب مناقشة النظريات الفقهية التي وضعها العلماء في تحديد وقت انعقاد العقد ومن ثم تحديد أي من النظريات التالية تبنتها الاتفاقيات المنظمة للتجارة الدولية.

المذهب الأول: مذهب صدور القبول^(*): ويطلق عليه أيضا مذهب إعلان القبول ويرى أصحاب هذا المذهب أن العقد يتم بين الغائبين بمجرد صدور القبول من المخاطب، في الزمان والمكان الذي يعلن فيهما القابل قبوله دون اعتبار لعلم الموجب بالقبول، وهذا المذهب يجسد القاعدة العامة التي تعرف العقد بأنه توافق إرادتين، باعتبار أن الإيجاب كان قائما وصدور القبول متلاقيا معه. ويرى أصحاب هذا المذهب أن ما ذهبوا إليه يتفق مع مقتضيات الحياة التجارية من وجوب السرعة في التعامل^(١).

ويؤخذ على هذا المذهب أنه تجاهل الموجب ولم يضع في اعتباره سوى مصلحة القابل ومن ثم فإن الأخذ بهذا المذهب يضع الموجب في حالة عدم استقرار إذ أنه سوف يظل إلى فترة غير عالم ما إذا كان العقد قد انعقد أم لا، أضف إلى ذلك أن أمر إثبات القبول من عدمه يكون بيد القابل الذي يمكنه إنكار أو تعديل القبول دون أن

(*) أخذ برأي أصحاب هذا المذهب المشرع اللبناني في قانون الموجبات والعقود م (١٨٤) ، والمشرع السوري في القانون المدني م (٩٨)

(١) أ.د. عبد الرزاق السنهوري - الوسيط في القانون المدني الجديد - مرجع سابق - ص ٢٤١

يستطيع الموجب إثباته^(١) ومن المآخذ على هذا المذهب خروجه على القواعد العامة التي تقرر أن الإرادة لا تنتج أثرها إلا من وقت العلم بها والقبول تعبر عن إرادة القابل، كما أنه ليس من الضروري أن تكون الإرادتان متوافقتين بإعلان القبول، إذ يجوز أن يتراجع الموجب عن قبوله أو يعدل عنه ولا يصل عدوله أو تراجعته إلا بعد صدور القبول^(٢).

المذهب الثاني: مذهب تصدير القبول^(٣): يرى أصحاب هذا المذهب أن التعاقد بين غائبين يتم في الزمان والمكان اللذين يخرج فيهما القبول من القابل في طريقه إلى الموجب أي في اللحظة التي يتم فيه تصدير القبول فالعبرة لديهم بتصدير القبول لا بإعلانه، ويعتبر هذا المذهب صياغة معدلة لمذهب صدور القبول، فأنصاره يتفقون مع المذهب الأول في عدم الاعتراف بعلم الموجب والاعتداد بإعلان القبول كأساس يقوم عليه المذهب ولكنهم لا يكتفون بإعلان القبول بل يشترطون تصدير القبول إلى الموجب وذلك للتأكيد على أن إعلانه للقبول نهائي لا رجعة فيه بأن سلمه لعامل البريد أو أبلغه لرسول انطلق به إلى الموجب أو خرج من حوزته بحيث لا يملك أن يسترده^(٤). ويرى أصحاب هذا المذهب أن الأخذ بهذا المذهب يحقق سرعة التداول التي يتطلبها المعاملات التجارية، بالإضافة إلى إمكانية إثبات القبول وذلك بالتعويل على الوقت الذي يثبت فيه تصدير القبول بصفة نهائية^(٤).

(١) أ.د. محمد الشيخ عمر - مرجع سابق - ص ٦٥

(٢) أ.د. عبد الرزاق السنهوري - الوسيط في القانون المدني الجديد - مرجع سابق - ص ٢٤١

(٣) اخذ برأي هذا المذهب المشرع الأردني في المادة (١١٠) من القانون المدني الأردني، كما أخذ به واضع القانون المدني العربي الموحد في مادته ١٥٤ وهو قانون استرشادي صادر عن الإدارة العامة للشئون القانونية بجامعة الدول العربية كقانون نمودي برقم ٢٨٨ - ١٢د تاريخ ١٩/١١/١٩٩٦م، ومنشورة على موقع جامعة الدول العربية والتي تنص على ١/ إذا كان المتعاقدان في مكان واحد فزمان العقد هو وقت تمام القبول ومكان العقد مكان العقادين، ٢- وإذا كان في مكانين مختلفين وتعاقدوا بالكتابة أو بواسطة رسول أو بالهاتف وما يماثله فزمان العقد هو وقت حصول القبول، أما مكانه فمكان القابل، ما لم ينص على خلاف ذلك.

(٣) د.عبد الرزاق الفحل وآخرون - مرجع سابق - ص ٣٧٩

(٤) أ.د. محمد الشيخ عمر - مرجع سابق - ص ٦٥

ويعاب على هذا المذهب أن تصدير القبول لا يمنع استرداده قبل وصوله إلى الموجب بالإضافة إلى أن تصدير القبول لا يزيد في القيمة القانونية لإعلان القبول^(١)، كما أن القابل يمكنه تعديل القبول أو التراجع عنه وإخطار الموجب بهذا التعديل أو التراجع قبل وصول القبول الأول إليه مما ينتفي معه عدم الاسترداد الذي اعتمد عليه أصحاب المذهب^(٢).

المذهب الثالث: مذهب تسليم القبول^(*): يرى أنصار هذا المذهب أن العقد ينعقد في الوقت والمكان الذي يتسلم فيه الموجب القبول، وأصحاب هذا المذهب يرون أن القبول لا يكون نهائياً بتصديره إذ يمكن استرداده وهو في الطريق وهو لا يكون نهائياً لا يسترد إلا إذا وصل إلى الموجب، معتبرين أن وصول القبول إلى الموجب قرينة دالة على علم الموجب بصدور القبول به وإن لم يكن قد علم به فعلاً^(٣)، وعلى ذلك فإن هذا المذهب يكتفي بتسليم القبول، ولا يشترط علم الموجب به.

ولقد انتقدت هذه النظرية على أنها تعد تعديلاً لمذهب تصدير القبول، حيث إن القول بأن العقد ينعقد باستلام القبول حتى ولو لم يعلم به الموجب لا يزيد تصدير القبول شيئاً من الناحية القانونية، وإذا قيل على أنه بالتسليم يصبح القبول ملكاً للموجب فإن المقصود بذلك الملكية المادية أما الملكية المعنوية فتبقى للقابل، وإذا قيل إن استلام القبول قرينة على العلم به فإن كانت هذه القرينة بسيطة فإنه يمكن الاستغناء عن هذا المذهب لعدم استقلالته واختلاطه بمذهب العلم بالقبول^(٤)، وهو الذي سوف نتولى بحثه كمذهب رابع.

(١) أ. د. عبد الرزاق السنهوري - الوسيط في القانون المدني الجديد - مرجع سابق - ص ٢٤١

(٢) د. محمد عمران وآخرين - مرجع سابق - ص ٤٣٨

(*) اخذ برأي هذا المذهب قانون المدني الروسي م (١٦٢ ، ١٦٣) والقانون المدني الألماني م (١٣٠) للاستزادة راجع د. حمزة أحمد حداد - مرجع سابق - ص ١٣٦ وما بعدها .

(٣) د. ياسين محمد يحيى - مرجع سابق - ص ٦٣

(٤) أ. د. عبد الرزاق السنهوري - الوسيط في القانون المدني الجديد - مرجع سابق - ص ٢٤٢ ، د. ياسين محمد يحيى - مرجع سابق -

المذهب الرابع: مذهب العلم بالقبول^(*) : طبقاً لأصحاب هذا المذهب ينعقد العقد في المكان والزمان اللذين علم فيهما الموجب بالقبول، على اعتبار أن الإرادة لا تنتج أثرها إلا إذا علم بها من وجهت إليه، فلا يكفي في هذه الحالة وصول القبول بل يلزم أن يعلم الموجب بمضمون القبول^(١) باعتبار أن استلام القبول قرينة على علم الموجب به إلا أنها قرينة بسيطة تقبل إثبات العكس، كما يرى أنصاره أن الأخذ بهذا المذهب فيه استقرار للمعاملات المالية.^(٢)

ولقد حاول أصحاب هذا المذهب تلافي الانتقادات التي وجهت إلى النظريات السابقة معتبرين أن المبررات التي أخذت بها المذاهب السابقة غير مجدية ولا كافية لإحداث القبول أثره في تكوين العقد تأسيساً على أن الإرادة لا يمكن أن تنشئ آثاره ولا للعقد أن يعبر عن طبيعته وبنيته القانونية إلا من الوقت الذي يصل فيه إلى علم من وجهت إليه، وهذا المذهب اعتمده أغلب المشرعين في القوانين المدنية، كما أخذ به المشرع السوداني في المادة (٤٣) من قانون المعاملات المدنية.^(٣)

هذا ما كان بشأن الموقف الفقهي من تحديد زمان ومكان انعقاد العقد بين غائبين "متباعدين" فماذا عن فقهاء القانون التجاري الدولي وبأي من هذه المذاهب أخذت الاتفاقيات الدولية المنظمة للتجارة الدولية؟ على أي حال ليس هناك قواعد ثابتة يمكن الركون إليها في عقود التجارة الدولية فيما يختص بمسألة وقت انعقاد العقد بين الغائبين، والاتفاقيات المنظمة لعقود التجارة الدولية تباينت في ذلك، لذا

(*) اعتمد هذا المذهب اغلب التشريعات العربية فاعتمده المشرع المصري في القانون المدني انظر م (٩٧) والقانون الكويتي م (٤٩) ومن القوانين الأجنبية التي اعتمدت هذا المذهب القانون المدني الإسباني م(٢٦٢/٢) والتقنين التجاري الإيطالي م (٣٦)

(١) د.حماد مصطفى عزب - مرجع سابق - ص ٣٤٨

(٢) أ.د. محمد الشيخ عمر - مرجع سابق - ص ٦٦

(٣) تنص المادة (٤٣) من قانون المعاملات المدنية السودانية لعام ١٩٨٣ على الآتي " (١) يعتبر التعاقد بين الغائبين قد تم في المكان وفي الزمان اللذان يعلم فيهما الموجب بالقبول، ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك" (٢) يفترض أن الموجب قد علم بالقبول في المكان وفي الزمان اللذان وصل إليه فيهما هذا القبول".

حري بنا أن نوضح موقف كل من اتفاقيتي عقد البيع الدولي للبضائع والمبادئ الدولية لعقود التجارة الدولية الصادرة عن معهد روما باعتبار أنهما اتفاقيتا موضوع الدراسة التطبيقية في هذا البحث مع التطرق لبعض الاتفاقيات الإقليمية المنظمة للتجارة الدولية.

أولاً: اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع لعام ١٩٨٠ "اتفاقية فيينا للبيع الدولي": قررت اتفاقية البيع الدولي للبضائع في مادتها (١/١٥) أن "الإيجاب يحدث أثره عند وصوله إلى المخاطب" وكذلك نصت في المادة (١/١٨) على أن قبول الإيجاب يحدث أثره من اللحظة التي يصل فيها الموجب إعلان يفيد الموافقة على إيجابه، كما نصت المادة (٢٣) على أن "العقد يتم في اللحظة التي يعد فيها القبول منتجا لأثره طبقاً لنصوص هذه الاتفاقية، كما نصت المادة (٢٤) في حكم هذا الجزء من الاتفاقية" ويقصد به الجزء الثاني المتعلق بتكوين العقد، "يعتبر الإيجاب أو الإعلان عن قبول أو أي تعبير آخر عن القصد قد "وصل" إلى المخاطب عند إبلاغه شفويًا أو تسليمه شخصياً بأي وسيلة أخرى أو تسليمه في مكان عمله أو في عنوانه البريدي، أو تسليمه في مكان سكنه المعتاد إذا لم يكن له مكان عمل أو عنوان بريدي. من خلال هذه النصوص يتضح أن الاتفاقية اعتدت بمذهب تسليم القبول، فالعقد وفقاً لهذه النظرية ينعقد ويتم لحظة وصول القبول أو تسليمه بإحدى الوسائل الواردة في المادة (٢٤) سالف الذكر حتى ولو لم يعلم الموجب بالرد فعلاً، إذ أن الاتفاقية تأخذ بالعلم الافتراضي بتسليم القبول، وهو ذات المذهب الذي اعتنقه القانون الموحد، إلا أن القانون الموحد لم يتعرض لهذا الموضوع بصورة مباشرة إلا أنه يفهم من خلال نصوصه أنه يأخذ بهذا المذهب، فقد نصت المادة (٨) منه على أن القبول لا يحدث أثره إلا إذا وصل إلى الموجب في الميعاد المحدد في الإيجاب وإلا ففي مدة معقولة يؤخذ في تقديرها ظروف الصفقة بما فيها سرعة وسائل الاتصالات التي استخدمها الموجب في إيجابه، وكذلك العادات المرعية" كما تنص الفقرة الأولى من

المادة (١٢) على أن "الوصول في مفهوم هذا القانون يعني تسليم الخطاب إلى عنوان المرسل إليه" ووفقاً لهذه النصوص ينتج القبول أثره بانعقاد العقد عند تسليم الخطاب المتضمن للقبول إلى الموجب أو في عنوانه وبهذا يكون القانون الموحد قد أعطى الطمأنينة في إنجاز المعاملات، الأولوية على عنصر السرعة مع أن كلا منهما ضروري للتجارة الدولية^(١).

ثانياً: مبادئ اليونيدروا للعقود التجارية الدولية لعام ٢٠٠٤: من خلال النصوص الواردة في مبادئ اليونيدروا يمكننا الاستنتاج أن المبادئ اعتنقت مذهب تسليم القبول حيث نصت الفقرة الثانية من المادة (٦/١/٢) على أن "القبول ينتج أثره لدى وصول ما يفيد القبول إلى الموجب" كما نصت المادة (١٠/١/٢) على أنه "يجوز العدول عن القبول إذا وصل العدول إلى الموجب قبل أو لدى وصول القبول أو إنتاجه لأثره" كما يمكن الاستئناس بالنصوص الواردة بشأن سحب الإيجاب والرجوع فيه ورفضه لتأكيد اعتناق الاتفاقية لمذهب تسليم القبول حيث نصت المادة (٣/١/٢) في فقرتها الأولى على أنه "ينتج الإيجاب أثره لدى وصوله إلى الموجب له"، وفي فقرتها الثانية على أنه "يمكن العدول عن الإيجاب ولو كان غير قابل للرجوع فيه، إذا ما وصل العدول عن الإيجاب إلى الموجب له قبل وصول الإيجاب، أو في نفس توقيت وصوله إليه". كما نصت الفقرة الأولى من المادة (٤/١/٢) على أنه "يجوز الرجوع عن الإيجاب قبل إبرام العقد إذا ما وصل الإلغاء إلى الموجب له قبل أن يصدر قبوله". كما نصت المادة (٥/١/٢) "يسقط الإيجاب لدى وصول الرفض إلى الموجب" كما نصت الفقرة الثانية من المادة (١٠/١) على أنه "ينتج الإعلان أثره لدرجة وصوله إلى الشخص الذي وجه إليه" ويعتبر الإعلان قد وصل إلى الشخص الذي وجه إليه وفقاً لحكم الفقرة الثالثة من المادة (١٠/١) لدى توجيهه إلى هذا الشخص شفاهة أو

(١) د. حمزة أحمد حداد - مرجع سابق - ص ١٤٦

تسليمه في موطن أعماله أو في عنوانه البريدي، وفي حكم هذه المادة أي المادة (١٠/١) فإن الإعلان يشمل أي إعلان أو طلب أو التماس أو أي تعبير عن إرادة".

ووفقاً لهذه النصوص يتبين أن المذهب الذي أخذت به مبادئ اليونيدورا هو مذهب تسليم القبول، ولكنه يخلو من كل قرينة على العلم به فينعقد العقد بمجرد تسليم إعلان القبول إلى الموجب سواء علم مضمون القبول أو لم يعلم به، وتسليم القبول يكون إما بتسليمه إلى الموجب أو في موطن أعماله أو في عنوانه البريدي، وإذا كان للموجب أكثر من مكان للأعمال فوفقاً لحكم المادة (١١/١) فيعتبر مكان الأعمال المقصود هو المكان الأقرب اتصالاً بالعقد وتنفيذه، مع مراعاة الظروف المعروفة والمعلومة أو المتوقعة من المتعاقدين في أي وقت سابق أو معاصر لإبرام العقد.

ثالثاً: شروط الكوميكون: ينعقد العقد بين غائبين وفقاً لشروط الكوميكون في اللحظة التي يستلم فيها الموجب قبول الطرف الآخر، خلال المدة المحددة في الإيجاب، وإلا ففي مدة ثلاثين يوماً من إرسال الإيجاب، أي أن شروط الكوميكون تتطابق في التعاقد بين غائبين مع مضمون نظرية استلام القبول أو وصوله^(١) وهي في ذلك متطابقة مع اتفاقية فيينا للبيع الدولي لعام ١٩٨٠ ومبادئ اليونيدورا الصادرة عن معهد روما لتوحيد القانون التجاري الدولي الصادر في ٢٠٠٤م

رابعاً: انعقاد العقد بين غائبين وفقاً لبعض نماذج اللجنة الاقتصادية الأوروبية: لم يتأثر واضعو نماذج العقود في اللجنة الأوروبية بأحكام نظرية معينة في كل النماذج التي وضعوها بل راعوا في تحديدهم لزمان انعقاد العقد الاعتبارات العملية البحتة دون النظر إلى الاعتبارات القانونية التي نادى بها أصحاب المذاهب السالفة الذكر ويتضح ذلك جلياً من نماذج العقود التالية التي سنوردها على سبيل المثال لا الحصر وهي:

(١) د. حمزة أحمد حداد - مرجع سابق - ص ١٤٦

(أ) نموذج بيع المنتجات الصناعية : تقضي المادة (٢) من نموذج بيع المصانع والآلات ذات رقم ١٨٨، ٥٧٤ على أنه ينعقد العقد عندما يرسل البائع قبوله الكتابي للمشتري خلال المدة المحددة في الإيجاب إن وجدت، وإذا كان الموجب هو البائع وحدد مدة للقبول فإن العقد يعتبر منعقدا عندما يرسل المشتري قبوله الكتابي قبل انقضاء المدة المحددة لذلك ولا يكون هنالك عقد ملزم ما لم يصل القبول إلى البائع خلال أسبوع من انقضاء مدته.

يتضح من خلال هذا النص أن نموذج بيع المنتجات الصناعية اعتمد مذهب تصدير القبول، أي ينعقد العقد فور إرسال القبول بغض النظر عن وصوله أو عدم وصوله للموجب إذ العبرة بإرسال القبول وليس بوصوله للموجب مع ملاحظة أن النموذج قد فرق بين كون الموجب بائعا أو مشتريا ففي حال كونه بائعا فإن العقد رغم انعقاده لا يكون ملزما ما لم يصل القبول إلى الموجب خلال أسبوع من انقضاء مدته، أي يتراخى سريان آثار العقد وتنفيذه رغم انعقاده إلى ما بعد وصول القبول إلى الموجب وكأن واضعيه أرادوا التوفيق بين أحكام مذهب تصدير القبول واستلام القبول في حال كون الموجب البائع وذلك دون مبرر مقبول^(١).

(ب) نموذج بيع المواد الزراعية والطبيعية: لقد اعتنق واضعو نماذج اللجنة الأوروبية لبيع المواد الزراعية والطبيعية مذهب استلام القبول لتحديد زمان ومكان انعقاد العقد الدولي القائم على هذا النموذج وذلك في حال الإيجاب البات أو النهائي بحيث يعتبر العقد منعقدا منذ اللحظة التي يستلم فيها الموجب إخطارا بالقبول من الطرف الآخر، وعلى هذا الحكم نصت صراحة النماذج المتعلقة ببيع الحمضيات والمواالح وبيع الوقود الصلب وبيع الأخشاب، وجاء في

(١) للاستزادة راجع د. حمزة أحمد حداد - مرجع سابق - ص ١٣٧ وما بعدها

النموذج الأول أنه "إذا كان الإيجاب بالبيع أو الشراء باتا، ينعقد العقد لدى استلام الموجب إخطارا بالقبول من الطرف الآخر، على أن يصل هذا القبول خلال المدة المحددة في الإيجاب، وإلا ففي مدة معقولة يحددها الطرفان باتفاق خاص بينهما".

أما في حال الإيجاب غير البات فقد سلك واضعو هذه النماذج مسلكا وسطا بين مذهب تصدير القبول ومذهب استلام القبول، حيث اشترطوا في حال الإيجاب غير البات أن يقوم الموجب إثر استلامه قبول المخاطب بالإيجاب بتأكيد إيجابه للقابل ويحدد زمان انعقاد العقد عندئذ بالتاريخ الذي يستلم فيه القابل توكيد الموجب لإيجابه ومثال النموذج الذي نص على الحكم السابق صراحة نموذج بيع الحمضيات حيث جاء فيه "ينعقد العقد إذا كان الإيجاب غير ملزم منذ الوقت الذي يستلم فيه القابل التوكيد الموجه إليه من الموجب" كما نص نموذج بيع الوقود الصلب على أنه "إذا كان الإيجاب ملزما وقبله الطرف الآخر، يعتبر العقد منعقدا لدى تلقي القابل إخطارا باستلام القبول^(١) .

خامسا: التكييف الشرعي الإسلامي للتعاقد بين غائبين: المتقضي لكتب الفقهاء القدامى والمتتبع لأراء بعض الفقهاء المسلمين المعاصرين يجد أن هنالك خلافا في تحديد الزمن الذي ينعقد فيه العقد بين غائبين كما هو الحال لدى فقهاء القانون الوضعي، ورغم أن هنالك شبه إجماع بين الفقهاء القدامى على أن العقد ينعقد بين الغائبين في لحظة صدور القبول من المخاطب، إلا أن هنالك بعضا من الفقهاء المعاصرين أخذوا منحى آخر في ذلك استنادا إلى مبادئ التعاقد بين الحاضرين الذي يقضي بضرورة علم الموجب للقبول وحتى يكون الأمر أكثر وضوحا ينبغي تناول هذه الاتجاهات بالبحث وفق ما يلي:

(١) د. حمزة أحمد حداد - مرجع سابق - ص ٤٩

الاتجاه الأول: مذهب صدور القبول : وهو مذهب جمهور فقهاء الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة وبعض الفقهاء المعاصرين ويرون أن العقد ينعقد بمجرد قبول المخاطب بالإيجاب في المجلس الذي بلغ فيه بالإيجاب أو في مجلس قراءة الكتاب، ولا يشترط لانعقاد العقد علم الموجب بالقبول، ولا خلاف بين من يقولون بذلك في بداية سريان مدة انعقاد المجلس والذي يبدأ من لحظة إبلاغ المخاطب بالإيجاب "وصول الكتاب أو إبلاغه من قبل الرسول" ولكنهم اختلفوا فيما بينهم في الوقت الذي يعتبر فيه المجلس منفضاً إلى ثلاثة آراء هي:

(أ) أن مجلس العقد ينتهي بصدور القبول من المخاطب بالإيجاب: وهو رأي الحنفية وبعض من فقهاء الشافعية وفي ذلك يقول عبد الكريم الرافعي الفقيه الشافعي "أنه لو كتب إلى غائب بالبيع ونحوه فشرط الانعقاد أن يقبل المكتوب إليه إذ اطلع على الكتاب على الأصح ليقترن القبول بالإيجاب بحسب الإمكان، ويقول نقلاً عن بعض أئمة طبرستان تفرجاً على انعقاد البيع بالكتابة أنه لو قال بعث من فلان وهو غائب فلما بلغه الخبر قال قبلت ينعقد البيع لأن النطق أقوى من الكتابة^(١) كما يستنتج ذلك من قول محي الدين النووي الذي يقول: "أنه يصح البيع بالكتابة فإذا قال الموجب: بعث داري لفلان وهو غائب، فلما بلغه الخبر قال: قبلت، انعقد البيع، لأن النطق أقوى من الكتاب^(٢)."

(ب) أن مجلس العقد يمتد لحين انفضاض المجلس الذي بلغ القابل فيه بالإيجاب: وهو رأي المذهب الشافعي والحنابلة ويقول: زكريا الأنصاري الشافعي ولو كتب أي الموجب إلى غائب ببيع أو غيره صح، ويشترط قبول

(١) الإمام عبد الكريم بن محمد الرافعي الشافعي الشهير بأبي القاسم - فتح العزيز في شرح الوجيز (الشرح الكبير) - دار الفكر - بيروت "دون سنة طبع" - ج ٨ ص ١٠٣

(٢) محي الدين بن شرف النووي - روضة الطالبين - تحقيق الشيخ عادل أحمد عبد الجواد - الشيخ على محمد معوض - دار الكتب العلمية بيروت - ج ٣ ص ٧

المكتوب إليه عند وقوفه على الكتاب ويمتد خيار مجلسه ما دام في مجلس القبول ويمتد خيار الكاتب إلى انقطاع خيار المكتوب إليه^(١) وجاء في روضة الطالبين أن الغزالي اختار في الفتاوى أن العقد بالمكاتبة ينعقد إذا قبل المكتوب إليه، ويثبت له خيار المجلس، ما دام في مجلس القبول، وللموجب الخيار أيضا إلى أن ينقطع خيار المكتوب إليه، حتى لو علم أنه رجع عن الإيجاب قبل مفارقة المكتوب إليه مجلسه، صح رجوعه، ولم ينعقد البيع^(٢).

(ج) أن مجلس العقد يتجدد كلما قرأ المخاطب الإيجاب وكرر الرسول الإيجاب: يرى أصحاب هذا الرأي أن الإيجاب المتمثل في الكتاب والرسول يظل باقيا طالما وجد الكتاب أو ظل الرسول محمولا بالإيجاب، فإذا ما تلي الكتاب أو بلغ الرسول الرسالة في حضرة من وجه إليه ولم يقبلها في المجلس أو صدر منه ما يدل على الإعراض وانفض المجلس ومن ثم قام المخاطب بالإيجاب بقبوله في مجلس آخر بعد تلاوته أو بعد تكرار الإيجاب من الرسول انعقد العقد، ويعلل أصحاب هذا الرأي ما ذهبوا إليه بأن الغائب يعبر عن إرادته بالكتاب، والكتاب باق في المجلس الثاني فصار بقاؤه بمنزلة ما لو تكرر الخطاب من الحاضر في المجلس الآخر فإذا تلي الخطاب في المجلس الآخر وقبل المخاطب بالإيجاب انعقد العقد حتى ولو رفضه أو أعرض عنه في المجلس الأول، شريطة أن يكون الموجب باق على إيجابه ولم

(١) زكريا بن محمد بن أحمد بن زكريا الأنصاري - فتح الوهاب بشرح منبه الطلاب - الطبعة الأولى - دار الكتب العلمية - بيروت ١٤١٨ هـ -

ج ١ ص ٢٧١

(٢) معي الدين النووي - روضة الطالبين - مرجع سابق - ج ٣ ص ٦

يتراجع عنه^(١) وعلى هذا الرأي لا ينتهي المجلس بالانفضاض حتى ولو انفض المجلس دون قبول أو بإعراض المخاطب.

وبناء على ما تقدم يمكن القول أن لحظة انعقاد العقد وفقا لرأي أصحاب هذا المذهب تكون من لحظة صدور القبول مع امتداد خيار المجلس عند بعضهم لحين انفضاض المجلس.

الاتجاه الثاني: مذهب تصدير القبول: وهذا مذهب بعض فقهاء الحنفية وهؤلاء الفقهاء يرون أن العقد ينعقد فيما بين غائبين بتصدير القبول، ويستدل على ذلك بما جاء في حاشية رد المحتار من أنه "ويكون بالكتابة من الجانبين" ويقصد العقد "فإذا كتب الموجب اشترت دارك بكذا فكتب البائع قد بعث فهذا بيع" كما ضرب مثلا لذلك الشيخ نظام الدين صاحب مؤلف الفتاوى الهندية أنه إذا كتب رجل إلى رجل اشترت عبدك هذا فكتب إليه رب العبد بعته منك كان بيعا^(٢).

وبناء على رأي أصحاب هذا المذهب ينعقد العقد من لحظة تصدير القبول إلى الموجب ولا يشترط في ذلك علم الموجب حيث يعتد بالعلم الافتراضي.

الاتجاه الثالث: مذهب العلم بالقبول: وهذا المذهب رغم أن الفقهاء القدامى لم ينصوا عليه صراحة في مؤلفاتهم إلا أن بعض الفقهاء المحدثين استنبطوا هذا المذهب تأويلا على ما اشترطه جمهور الفقهاء بوجوب سماع الموجب قبول المخاطب لانعقاد العقد بين حاضرين، واستدل القائلون بذلك على أن مجلس العقد بين غائبين بالكتابة ينتهي عند علم الموجب بالقبول بقياس التعاقد بين غائبين على التعاقد بين حاضرين ووجه القياس لديهم أنه في حال التعاقد بين حاضرين ينعقد العقد بسماع كل من المتعاقدين عبارة الآخر، ولوجوب السماع في التعاقد بين حاضرين فإنه يجب

(١) الشيخ محمد الأمين الشهير بابن عابدين - رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الإبصار - دار الفكر للطباعة والنشر - بيروت ١٤١٥ هـ

- ج ٥ ص ١٧

(٢) الشيخ نظام الدين وجماعة من علماء الهند - مرجع سابق - ص ١٠

كذلك السماع عند التعاقد بين غائبين وإن لم يكن السماع حقيقة أمكن حكما وقد سمع القابل عبارة الموجب فلزم أن يسمع الموجب عبارة القابل^(١).

يلاحظ أن فقهاء التشريع الإسلامي كانوا أكثر تفصيلا من فقهاء القانون الوضعي وفقهاء القانون التجاري الدولي بشأن تحديد لحظة انعقاد العقد في التعاقد بين حاضرين في مجلس العقد حيث تفرعت الآراء الفقهية في التشريع الإسلامي إلى مذهبين مختلفين هما مذهب صدور القبول ومذهب العلم بالقبول ولقد رجحنا مذهب العلم بالقبول للأسباب التي ذكرها عند مناقشة المذهبين.

كما يلاحظ أن الاتفاقيات المنظمة للتجارة الدولية وكذلك نماذج اللجنة الاقتصادية الأوروبية راعت الجانب العملي أكثر من الجوانب القانونية وذلك تماشيا مع ما تتطلبه التجارة الدولية من السرعة في إنجاز المعاملات على حساب الطمأنينة التي يحتاج إليها المتعاملون في التجارة الدولية لذا تبنت أكثر الاتفاقيات الدولية مذهب تسليم القبول كأسس لانعقاد العقد الدولي، وهي بذلك تخالف مذهب جمهور الفقهاء في التشريع الإسلامي الذي يرى انعقاد العقد بين الغائبين من لحظة صدور القبول من المخاطب وهو الرأي الذي يطلق عليه مذهب إعلان القبول "صدور القبول"، والمتتبع لآراء الفقهاء في التشريع الإسلامي يجد أن هنالك ثلاثة مذاهب مختلفة بشأن تحديد زمان ومكان انعقاد العقد بين الغائبين وهذه المذاهب لها ما يقابلها في فقه التجارة الدولية فيما عدا مذهب تسليم القبول الذي لم أجد له أصلا في التشريع الإسلامي، وبذلك يكون هنالك تباين واضح فيما تبنته أغلب الاتفاقيات الدولية وما تبناه جمهور الفقهاء في التشريع الإسلامي.

(١) د. صالح بن عبد العزيز الفليقة - مرجع سابق - ص ٢٣٢

ومن نافلة القول أن نذكر اختلاف الفقهاء الذين تبنا نظرية صدور القبول في التشريع الإسلامي فيما بينهم في الزمن الذي يعتبر فيه المجلس منفضاً إلى ثلاثة آراء وهي المذكورة آنفاً ولعل هذا الخلاف منبعه نظرية خيار المجلس الذي يوجب البعض وينفيه البعض والمتأمل في تفصيلات هذا الخلاف يجد أن أهميته تتمثل في اللحظة التي يعتبر فيها العقد لازماً حيث يعتبر لازماً ومنتجاً لآثاره من لحظة صدور القبول والذي به يعتبر المجلس منفضاً لدى أصحاب الرأي الأول، أما الرأي الثاني فإن العقد لا يعد ملزماً ومنتجاً لآثاره إلا بعد انفضاض المجلس حقيقة بالتفرق بالأبدان، أما الرأي الثالث والذي يجيز تكرار الإيجاب والذي بموجبه لا ينتهي المجلس بالانفضاض حتى ولو انفض المجلس دون قبول أو بإعراض المخاطب، فهو رأي لا نخال فيه الرجحان حيث فيه تيسير للناس، كما يوفر الاطمئنان للمتعاملين في التجارة لاسيما أن العقود الدولية تتسم بأنها عقود ذات قيمة عالية، كما يتماشى مع متطلبات المعاملات التجارية العصرية التي يجتمع فيها المتعاملون كثيراً للاتفاق حول جميع المسائل التي يرونها ضرورية للتعاقد .

وعلى ضوء ما تقد يتضح أن هنالك مواضع اتفاق ومواضع خلاف بين التشريع الإسلامي وقانون التجارة الدولية بشأن أحكام القبول والإيجاب ، لاسيما في تحديد لحظة انعقاد العقد حيث أن الراجح في التشريع الإسلامي أن العقد ينعقد لحظة صدور القبول بينما تبنت أغلب الاتفاقيات الدولية مذهب تسليم القبول كأسس لانعقاد العقد الدولي .

المبحث الثالث

وسائل اظهار الرضا واختلاله في عقود التجارة الدولية

القاعدة العامة في القانون والتشريع الإسلامي أن العقد لا ينعقد بالنية الكامنة في النفس ما لم يعبر عنها بأية وسيلة من وسائل التعبير عن الإرادة المعتبرة شرعا وقانونا، فالنية المجردة لا تنشئ العقود ولا ترتب عليها أي آثار قانونية طالما لم يعبر عنها بما يظهرها للغير، ولكي تنعقد العقود وترتب عليها الآثار القانونية يجب أن لا يكون الرضا مختلاً بعيب من عيوب الإرادة^(*) ذلك أن وجود التراضي شرط لانعقاده، ويشترط لاستقرار العقود نهائياً بأن تكون صادرة من ذي أهلية وأن لا يكون مشوباً بعيب من عيوب الإرادة، وتفصيلاً لما أجملناه سيتم تناول هذا المبحث وفقاً للمطالب التالية:

المطلب الأول

وسائل التعبير عن الرضا في العقود التجارية الدولية

التعبير عن الرضا والذي يطلق عليه في الفقه المعاصر بالإرادة^(**) قد يكون صريحاً وقد يكون ضمنياً، فالتعبير يكون صريحاً إذا كان المظهر الذي اتخذته مظهراً

(*) استخدمنا لفظ الاختلال في هذا المبحث بسبب أن الاختلال يكون وفقاً لما عليه الفقه الإسلامي في حال الغلط والتدليس والغبن وهذه هي عيوب الإرادة الواردة في الاتفاقيات المنظمة للتجارة الدولية لاسيما أن الاتفاقيات المنظمة للتجارة الدولية لم تنطرق للعيوب الأخرى مثل الرضا الصادرة عن المجنون والصبي الغير مميز واردة تم تعد إرادة غير موجودة خلافاً للغلط والتدليس والإكراه التي تعد إرادة معيبة قابلة للإبطال.

(**) الإرادة لغة تعني الطلب والاختيار، والحب، والرغبة، وفي الاصطلاح نزوع النفس وميلها إلى الفعل بحيث يحملها عليه. ويقصد بالإرادة في التعاقدات تلك الإرادة التي تتجه إلى أحداث أثر قانوني بإنشاء التزام ما، والتي تصدر من شخص لديه القدرة على معرفة ما يترتب عليها من آثار.

موضوعاً في ذاته للكشف عن هذه الإرادة حسب المؤلف بين الناس^(١)، ومن جهة أخرى فإن التعبير الصريح قد يكون شفوياً، وقد يكون كتابياً وفي كلتا الحالتين لا يشترط وروده في عبارات معينة ولكن قد يفرض صدور التعبير عن الإرادة في صورة ما إلى نزاع بين الطرفين حول انعقاد العقد، لذا فإن القانون لا يعتد بالإرادة إلا إذا تم التعبير عنها بوسيلة من وسائل التعبير المشروعة عن الإرادة، ولقد تناول فقهاء قانون التجارة الدولية الوسائل المعتمدة في التجارة الدولية للتعبير عن الإرادة في بعض الاتفاقيات المنظمة للتجارة الدولية، والمستقرئ لتلك الاتفاقيات يرى أن واضعي هذه الاتفاقيات قاموا بالنص صراحة على الوسائل التي تتماشى مع طبيعة التجارة الدولية مثل الكتابة والشفاهة عند التعبير عن الإرادة، وأهملوا الوسائل الأخرى مثل التعبير عن الإرادة بالإشارة والمعطاة والرسول واكتفوا بالنص على أنه عند وجوب الإخطار يجوز توجيهه بكل الطرق المناسبة حسب الظروف، والإخطار وفقاً لنصوص يعني أي إعلان أو طلب أو التماس أو أي تعبير عن الإرادة، وذلك خلافاً للقوانين الوطنية والتشريع الإسلامي اللتين تناولتا وسائل التعبير عن الإرادة بشيء من التفصيل، بل نجد أن الفقهاء في التشريع الإسلامي تعمقوا في بحث وسائل التعبير عن الإرادة تعمقاً أدى بهم إلى الاختلاف في بعض وسائله، وهذه الوسائل يمكن تقسيمها في الاتفاقيات الدولية المنظمة للتجارة الدولية إلى وسائل لفظية، ووسائل غير لفظية، وفقاً لما يلي:

الفرع الأول: التعبير عن الإيجاب والقبول باللفظ:

التعبير عن الإرادة^(*) بالصيغ اللفظية قد يكون صريحاً وقد يكون ضمنياً والأصل في التعبير عن الإرادة أن يكون باللفظ لذلك ينعقد به كل أنواع العقود متى

(١) أ.د. عبد الرزاق السنهوري - الوسيط في القانون المدني - ص ١٧٦

(*) تنص المادة ٣٥ من قانون المعاملات المدنية السوداني على أنه: [" (١) يكون التعبير عن الإرادة باللفظ وبالكتابة وبالإشارة المتداولة عرفاً ولو من غير الأخرس وبالمبادلة الفعلية الدالة على التراضي كما يكون باتخاذ أي موقف لا تدع ظروف الحال شكاً في دلالته على حقيقة المقصود" - (٢) يجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمنياً، إذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على أن يكون صريحاً" (٣) إذا اشترط القانون الكتابة فلا يعتد بأي وسيلة أخرى من وسائل التعبير عن الإرادة!]

كان العاقد ممن يصح تعاقد، وبأي لغة متى كان العاقدان يفهمانها، وبأي لفظ متى كان واضح الدلالة على المراد.

أولاً: التعبير عن الإرادة باللفظ في عقود التجارة الدولية:

تكفلت المادة ٢٤ من اتفاقية البيع الدولي للبضائع المنعقد في فيينا في العام ١٩٨٠م، ببيان الوسائل التي يمكن بها التعبير عن الإيجاب والقبول أو أي تعبير آخر عن الإرادة، حيث نصت على أنه يعتبر التعبير عن القصد قد وصل لمن وجه إليه، في حال توجيه الإرادة شفاهة، وأكدت ذلك في أكثر من موضع فنصت في المادة (١/٢١) على أنه يحدث القبول أثره إذا ما قام الموجب دون تأخير بإبلاغ المخاطب شفويا بذلك، كما نصت في المادة (٢/١٩) على أنه إذا انصرف الرد على الإيجاب إلى القبول وتضمن عناصر متممة أو مختلفة لا تؤدي إلى تغيير أساسي للإيجاب، فهو يشكل قبولاً إلا إذا قام الموجب، دون تأخير غير مبرر، بالاعتراض على ذلك شفويا، كما نصت المادة ١٨ على أنه يلزم قبول الإيجاب الشفوي في حال ما لم يتبين من الظروف خلاف ذلك. ويعد التعبير عن الإيجاب والقبول باللفظ من المبادئ التي نصت عليها مبادئ اليونيدروا للعقود التجارية الدولية حيث نصت في (١٠/١) على أنه ينتج الإشعار أثره لدى وصوله إلى الشخص الذي وجه إليه، والمقصود بالإشعار وفقاً لتوضيح الفقرة الرابعة من ذات المادة أي إعلان أو طلب أو التماس أو أي تعبير عن الإرادة، ويعتبر الإعلان قد وصل إلى الشخص الذي وجه إليه في حكم الفقرة الثالثة من المادة لدى توجيهه شفاهة أو تسليمه في موطن أعماله أو في عنوانه البريدي، كما نصت المادة (٧/٢/١) على أنه يتعين قبول الإيجاب الشفوي فوراً ما لم تدل الظروف على عكس ذلك.

وقد جاء القانون الموحد للانعقاد متفقاً تماماً مع مبادئ اليونيدروا واتفاقية البيع الدولي للبضائع التي تجيز إبرام العقد شفاهة، منسجمة في ذلك مع أغلب

القوانين الوطنية التي تعتبر العقود عموماً وعلى رأسها عقد البيع رضائية يجوز إبرامها بمختلف صور التعبير عن الإرادة

ويختلف الأمر في نماذج اللجنة الاقتصادية الأوروبية باختلاف النموذج المراد تطبيقه، إذ أن الحكم يختلف من نموذج إلى نموذج، فنجد نموذج بيع الوقود الصلب يجيز التعبير عن الإيجاب والقبول شفاهة ولا يشترط الكتابة إلا إذا طلبه أحد الطرفين، كما أن نموذج بيع الحمضيات ونموذج بيع الأخشاب يجيزان التعبير عن الإيجاب والقبول شفاهة، مع اشتراط تأكيده بالكتابة^(١).

ثانياً: التعبير عن الإرادة باللفظ في التشريع الإسلامي: فإن من المقرر شرعاً أن الإرادة هو قوام التصرف، وأساس الرضا مسألة نفسية، ليس له أثر طالما كان كامناً في النفس، وعلّة إظهار الرضا كما قال الأصوليون والفقهاء أن الإظهار هو المعرف للحكم، وأن الرضا الخفي لا يصلح أن يكون معرفاً، لعدم إمكان التعرف عليه، فأقيم مقامه ما يدل عليه مما يصلح أن يكون معرفاً كالتعبير بالقول رفعا للجرح^(٢) والمظهر الخارجي الذي يدل على الرضا هو المراد عند فقهاء التشريع الإسلامي بالصيغة والتي تقابل التعبير عن الإرادة لدى فقهاء القانون الوضعي، ويراد بالصيغة كل ما يتحقق به العقد ويدل على إرادة المتعاقد ورغبته في التعاقد سواء كان ذلك باللفظ وهو الأصل في التعبير عن الإرادة أو بغير اللفظ بما يدل ويكشف عن الإرادة، ويعد اللفظ هو الأصل في التشريع الإسلامي في التعبير عن الإرادة باعتباره الوسيلة التي منحنا الله إياها والواضحة في التعبير عما يجيش في صدر الإنسان من المعاني^(٣).

(١) د. حمزة أحمد حداد - مرجع سابق - ص ١٠٧.

(٢) د. السيد نشأت إبراهيم الدريني - مرجع سابق - ص ١٠٤.

(٣) د. عدنان خالد التركماني - مرجع سابق - ص ٣١.

ولقد قسم الفقهاء الوسائل اللفظية باعتبار دلالتها على المعنى المراد قوة وضعفا ووضوحا وخفاء إلى صريح^(*) ينعقد به العقد من غير حاجة إلى نية أو قرينة كالصيغ الواردة في الشرع والعرف للدلالة على عقد معين، كصيغة البيع التي لا تحتمل غير المراد منها، وكناية^(**) تحتاج إلى نية وقرينة دالة عليه^(١).

الفرع الثاني: التعبير عن الإيجاب والقبول بالكتابة^(***) :

أولاً: الكتابة كوسيلة من وسائل التعبير عن الإرادة في العقود التجارية الدولية:

تعد الكتابة صورة من صور التعبير عن الإيجاب والقبول في التجارة الدولية، وتعد من قبيل التعبير الصريح للإرادة، ولا يشترط في الكتابة ورودها في عبارات معينة، وتعتبرها بعض الاتفاقيات الدولية شرطاً لصحة الإرادة، ولا يعتد بالإيجاب والقبول ما لم يكونا في صورة مكتوبة ومثال ذلك شروط الكوميكون التي اشترطت لصحة التعاقد أن يكون الإيجاب والقبول مكتوبين، فالتعبير شفاهة عنهما لا ينعقد به العقد، فإذا جمع الطرفين مجلس عقد واحد، يجب عندئذ تدوين الاتفاق في ورقة مكتوبة يوقعان عليها^(٢). ولقد حذت بعض نماذج اللجنة الأوروبية حذو شروط

(*) الصريح لغةً: يطلق ضد التعريض ويعني كل خالص، وصرح بما في نفسه (تصريحاً) أي أظهره، وبينه، وفي الاصطلاح يقصد به كل لفظ مكشوف المعنى والمراد حقيقة كان أو مجازاً، كما عرف بأنه كل لفظ مفهوم المعنى بنفسه، لا يفهم منه غيره عند الإطلاق وعرفه القرافي المالكي بأنه " كل لفظ يدل على معنى لا يحتمل غيره إلا على وجه البعد" المعلم بطرس البستاني - مرجع سابق - ص ٥٠٤، محمد بن أبي بكر عبد القادر الرازي - مرجع سابق - ص ٣٦٠.

(**) الكناية في اللغة واصطلاح النحاة يعني أن يعبر عن شيء معين بلفظ غير صريح في الدلالة عليه لغرض من الأغراض كالإبهام على السامعين، وفي باب المبنيات لفظ مهم يعبر به عما وقع مفسراً في كلام متكلم إما لإبهامه على المخاطب أو لتسليانه، والكناية عند نحاة الكوفيين الضمير وعند الأصوليين والفقهاء مقابل للصريح، عند البيانين لفظ أريد به لازم معناه مع جواز إرادته معه كقولهم فلان طويل النجاد، أي طويل القامة، وعرف بأنه كلام استتر المراد منه بالاستعمال وإن كان معناه ظاهراً في اللغة سواء كان المراد به الحقيقة أو المجاز فيكون التردد في ما أريد به من النية أو ما يقوم مقامها من دلالة الحال، كما عرف اصطلاحاً بأنه التعبير عن شيء لفظاً ومعنى بلفظ غير صريح في الدلالة عليه لفرض من الأغراض " راجع المعلم بطرس المعلم - قاموس محيط المحيط - ص ٧٩٥

(١) د. صالح بن عبد العزيز الغليفة - مرجع سابق - ص ١٠٩

(***) يقصد بالكتابة ما يدون على أية مادة يمكن القراءة منها كالقرطاس، وبحيث يستفاد منها أنها محررة لغرض إجراء تصرف قانوني وعموماً فإن المعاملات التجارية تكثر فيها التعاقد بواسطة المراسلات الكتابية.

(٢) د. حمزة أحمد حداد - مرجع سابق - ص ١٠٠

الكوميكون، فنموذج بيع المصانع والمواد الاستهلاكية لا يعتد فيها بالإرادة الشفهية، حيث إن الكتابة شرط فيها لانعقاد العقد.

وفي مبادئ اليونيدرو هنالك عدة نصوص توضح جواز انعقاد المعاملات التجارية الدولية كتابة، بل نجد أن الكتابة تحظى بمكانة خاصة واعتبرت أفضل الوسائل للتعبير عن الإرادة في التجارة الدولية، ولقد وردت عدة نصوص في مبادئ اليونيدرو يستفاد منها أن الكتابة تعد وسيلة مشروعة وفقا للمبادئ للتعبير بها عن الإيجاب والقبول ومثال ذلك ما ورد في نص المادة ولقد عرفت الاتفاقية بموجب المادة (١١/١) الكتابة بأنها تعني أي وسيلة اتصال من شأنها المحافظة على ما تحويه من معلومات ومن الممكن نسخها في شكل ملموس^(*)،

ثانياً: الكتابة كوسيلة من وسائل التعبير عن الإرادة في التشريع الإسلامي: اختلف الفقهاء في الكتابة كوسيلة من وسائل التعبير عن الإرادة العقدية بين مطلق ومقيد ومانع، وذلك على التفصيل التالي:

أ. الاتجاه المطلق في الاعتداد بالكتابة: يرى أصحاب هذا الاتجاه صلاحية الكتابة مطلقاً، سواء كان بين حاضرين في مجلس واحد، أو غائبين، ناطقين أو عاجزين عن النطق، وبأي لغة يفهمها المتعاقدان، بشرط أن تكون الكتابة مستبينة ومرسومة، وإلى ذلك ذهب المالكية وفريق من الشافعية والمتأخرون من الإمامية، وهؤلاء يرون انعقاد العقد بالكتابة إيجاباً وقبولاً^(١)، ولا يفرقون بين اللفظ والكتابة عند التعبير عن الإيجاب والقبول، فيجري بهما التصرفات القانونية على حد سواء. ويستدلون في ذلك على أن الرسول ﷺ كان مأموراً بتبليغ رسالته، فحصل ذلك بالقول تارة، وبالكتابة تارة وبالرسول ثالثاً، وقامت الحجة على

(*) Article 1-11 (Definitions) "writing" means any mode of communication that preserves a record of the information contained therein and is capable of being reproduced in tangible form"

(١) د. محمد بحر العلوم- مرجع سابق - ص ١٢٧ ، د. وهي الزحيلي - الفقه الإسلامي وأدلته- مرجع سابق - ج ٤ - ص ١٠٣

الجميع، حيث كان التبليغ بالكتابة والرسول كالتبليغ بالخطاب، فدل على أن الكتابة المرسومة بمنزلة الخطاب^(١)، كما يستدلون في ذلك بأن الكتابة وسيلة لإثبات الحقوق ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدِينٍ إِلَىٰ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ وَلْيَكْتُب بِيَدِكُمْ كَاتِبٌ بِالْعَدْلِ وَلَا يَأْبَ كَاتِبٌ أَنْ يَكْتُبَ كَمَا عَلَّمَهُ اللَّهُ فَلْيَكْتُبْ وَلْيُمْلِلِ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ وَلْيَتَّقِ اللَّهَ رَبَّهُ وَلَا يَبْخَسَ مِنْهُ شَيْئاً﴾^(٢) فما كان وسيلة لإثبات الحقوق جاز أن يكون صالحاً لانعقاده^(٣).

ب. الاتجاه المقيد في الاعتداد بالكتابة: وهؤلاء يرون عدم الاعتداد بالكتابة كوسيلة من وسائل التعبير عن الإرادة إلا في حالة الضرورة، وذهب إلى هذا الرأي فقهاء المذهب الحنفي والحنبلي الذين يرون أن الكتابة لا يعتد بها إلا فيما بين الغائبين لوجود الضرورة والمتمثلة في غياب الطرف الآخر، كما يؤيد هذا الاتجاه جمهور فقهاء مذهب الإمامية الذين يرون عدم انعقاد المعاملات بالكتابة، مع وجود القدرة على النطق^(٤)، ومثلهم فقهاء الشيعة الزيدية والإباضية وقول عند الشافعية وهؤلاء لا يعتدون بالكتابة إلا ممن هو عاجز عن النطق (الأخرس)^(٥).

ويستند أصحاب هذا الاتجاه على أن الأصل في الفقه الإسلامي أن الإيجاب والقبول لا بد من اقتران أحدهما بالآخر في مجلس واحد، ولكن استثناء إذا أوجب أحد العاقدین لغائب عن طريق الرسول أو الكتابة جاز ذلك استثناءً ويقولون أن الكتاب ممن نأى كالخطاب ممن دنا وهو بمنزلة الخطاب من الحاضر، وأنه حال

(١) د. صالح بن عبد العزيز الغلظة - مرجع سابق - ص ٢١٦، بدائع الصنائع ١٠٩/٣.

(٢) سورة البقرة - الآية ٢٨٢.

(٣) أبي عمر ديبان بن محمد الديبان - الإيجاب والقبول بين الفقه والقانون - الطبعة الأولى ١٤٢٦هـ/٢٠٠٥م - مكتبة الرشد - الرياض - ص ١٠٠.

(٤) د. سيد أحمد موسوي - الإيجاب والقبول في العقد - ترجمة رءوف سبهاني - طبعة ٢٠٠٧م - دار المحجة البيضاء بيروت - ص ٤٢.

(٥) د. محمد بحر العلوم - مرجع سابق - ص ١٢٨.

الحضور فلا حاجة إلى الكتابة طالما كانا قادرين على النطق فلا ينعقد العقد بغيره لعدم وجود ضرورة تبيح للقادر على النطق العدول عن اللفظ إلى غيره^(١).

ويعترض المعارضون لهذا الاتجاه على هذا الدليل بقولهم: بأنه لا يلزم من العدول عن النطق إلى الكتابة قيام ضرورة لذلك، لأن الشرع لم يلزم المتعاقدين بالنطق عند التعاقد، وأن الألفاظ لم تقصد لذاتها، وإنما هي أدلة يستدل بها على مراد المتكلم، فإذا ظهر مراده ووضح بأي طريق كان عمل بمقتضاه، سواء كان بإشارة أو كتابة أو بإيماء أو دلالة عقلية^(٢).

ج. الاتجاه المانع في الاعتداد بالكتابة: يرى أصحاب هذا الاتجاه أنه لا يجوز العدول عن اللفظ للتعبير عن الإرادة إلا ممن هو عاجز عن اللفظ سواء كان حاضراً أو غائباً عن المجلس، ولقد تبنى هذا الاتجاه بعض فقهاء الشافعية منهم الشيرازي^(*) الذي يرى عدم الاعتداد مطلقاً بالكتابة ممن هو قادر على النطق^(٣)، وكذلك يتبناه جمهور فقهاء الشيعة الجعفرية^(**) ويرون أنه لا تجوز الكتابة مع القدرة على النطق واختلفوا في العاجز عن النطق فرجح جمهور فقهاءهم أن العاجز عن النطق تكفيه الإشارة ولو كان متمكناً من توكيل القادر على النطق ومن الكتابة، بحجة أن الإشارة أصرح من الكتابة في التعبير عن الإرادة^(٤).

(١) إبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي أبو إسحاق - المهذب - بدون سنة طبع - دار الفكر بيروت - ج ١ ص ٣٤٢

(٢) محمد بن بكر بن أيوب الدمشقي إعلام الموقعين - حققه طه عبد الرؤوف سعد - طبعة ١٩٧٣ - دار الجيل ببيروت - ج ١ ص ٢١٨، د.

صالح بن عبد العزيز الغليفة - مرجع سابق - ص ٢٢١

(*) الشيرازي، هو شيخ الإسلام أبو إسحاق، إبراهيم بن علي بن يوسف الفيروزيابادي، الشيرازي، الشافعي، مولده في سنة ثلاث وتسعين وثلاث مائة

(٣) إبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي أبو إسحاق - المهذب - مرجع سابق - ج ٩ ص ١٩٠

(**) يرى بعض فقهاء الشيعة الجعفرية أنه يجوز التعبير عن الإرادة بالكتابة من الأخرس والعاجز عن النطق ويقدمون الكتابة مع التمكن من الإشارة ويسوى بعضهم بينهما.

(٤) د. السيد نشأت إبراهيم الدريبي - مرجع سابق - ١٤٧

ويعلل أصحاب هذا الاتجاه رأيهم بأن الأصل أن يكون التعبير باللفظ وحده، وإنما قبلت الإشارة في حق الأخرس للضرورة، لعجزه عن النطق، فأما القادر على النطق فلا يقبل منه التعبير بالكتابة كما لا يقبل منه التعبير بالإشارة سواء كان حاضراً في المجلس أو غائبا عنه، كما يستندون لتبرير موقفهم إلى أن انعقاد البيوع في زمن الرسول ﷺ كان عن طريق الألفاظ، وأنه لم يشتهر في عصر النبي ﷺ انعقاد البيوع عن طريق الكتابة مع إمكانية ذلك، فيجب الوقوف عند حد اللفظ تبعا لذلك، ويرون أن الكتابة يتطرق إليها احتمال التزوير واحتمال تجربة الخط وخلافه من الاحتمالات، وما تطرق إليه الاحتمال وجب تركه^(١).

يناهض المعارضون لأصحاب هذا الاتجاه الأدلة التي صاغها أصحاب هذا الاتجاه بقولهم: أن القول بأن القادر على النطق لا يقبل منه التعبير إلا باللفظ بدعوى أن اللفظ هو الأصل في التعبير عن الإرادة محل نظر لعدم وجود نص شرعي يقرر ذلك، كما أن التعبير عن الإرادة في المعاملات ليس من قبيل العبادات التي يحتاج فيها الأمر إلى نص شرعي يقرره، وإنما يعد من قبيل العادات والمباحات التي لا تمنع إلا بموجب نص شرعي يحرمه، أما قولهم بأن الكتابة يرد عليه احتمال التزوير واحتمال التجربة قول يفتقد إلى الوجهة لاسيما في العصر الحالي الذي تعتمد جل معاملاته على الكتابة كما أن حماية الكتابة من التزوير أصبحت ممكنة في ظل التطور التكنولوجي بالإضافة إلى توفر سبل كشفه^(٢).

رأي جمهور الفقهاء: يرى جمهور الفقهاء صحة الصيغة إيجاباً وقبولاً في سائر العقود بالكتابة سواء كان التعاقد بين شخصين حاضرين في مجلس العقد أو كانا غائبين

(١) أبي عمر ديبان بن محمد الديبان - مرجع سابق - ص ١٠١

(٢) أبي عمر ديبان بن محمد الديبان - مرجع سابق - ص ١٠٢

عنه، وسواء كان المتعاقد قادرا على النطق أو عاجزا عنه، ما دامت الكتابة مرسومة بالطريقة التي اعتاد الناس الكتابة بها ومستبينة^(١).

ونرى أن رأي القائلين بصلاحيه الكتابة مطلقا، وهو رأي الجمهور الأصوب، ذلك أن المطلوب لانعقاد العقد الرضا وكل ما يدل عليه يعتبر وسيلة معتدا بها لانعقاد العقد طالما أنها دلت على معنى الإيجاب والقبول، كما أنه لم يحدد شرعا أو لغة وسيلة بعينها للتعبير عن الإرادة، فكانت كل وسيلة مفهومة عنها عرفا تصلح وسيلة للتعبير عنها، والكتابة لا شك أنها تعبر عن إرادة صاحبها، كما أنها أعم في الدلالة والإفهام للحاضر والغائب، وعدم اعتداد بعض فقهاء التشريع الإسلامي بالكتابة كوسيلة من وسائل التعبير عن الإيجاب والقبول لا سند له من القرآن والسنة اللذين اقتصرنا على اعتبار الرضا من غير تحديد لوسائله، كما أن طبيعة التعاملات التجارية الدولية التي تتم في الأغلب بين غائبين تفصلهم المسافات يحتم قبول الكتابة كوسيلة من وسائل التعبير عن الإرادة، بل الكتابة هي الوسيلة الأكثر شيوعا في التعاملات التجارية المعاصرة.

وعلى ذلك فإن الكتابة تعد وسيلة صالحة للتعبير عن الإرادة في عقود التجارة الدولية لتعذر اشتراط اللفظ الذي يستوجب وحدة المكان والزمان لمجلس العقد، ويتعارض ذلك مع المصالح التجارية فلا تقوم مصالح التجار إلا بالاعتداد بالكتابة كوسيلة للتعبير عن الإرادة، كما أن ذلك لا يتعارض مع ما عليه التشريع الإسلامي وفقا لما تم ترجيحه من رأي يمثل رأي الجمهور.

الفرع الثالث: التعبير عن الإرادة عبر وسائل الاتصالات الحديثة: أدى تطور وسائل الاتصالات وحاجة التجارة إلى السرعة، إلى استخدام وسائل الاتصالات للتعبير عن الإرادة في التعاقد، ومما لا شك فيه أن تطور الحياة في جوانبها المختلفة وتشعب

(١) د. مبروك عبدالعظيم أحمد مصري - مرجع سابق - ص ٤٤

المصالح وتبادل وانتشار وسائل الاتصالات الحديثة، جعل من السهولة استخدام هذه الوسائل في إبرام العقود في المعاملات التجارية الداخلية والدولية، ومن هذه الوسائل التليفون والتلغراف والفاكسميل واللاسلكي والراديو والتلكس والفاكس والبريد الإلكتروني وعن طريق الشبكة العالمية "الانترنت"، وهذه الوسائل تحوي وسائل يمكن التعبير عبرها باللفظ أو الكتابة، كما أن مجلس العقد فيها اعتبره البعض مجلس عقد حكما والبعض الآخر مجلس عقد حقيقيا، ولانتشار التعاقد عن طريق هذه الوسائل، كان لابد من التساؤل عن مدى جواز التعبير عن الإرادة عبر وسائل الاتصالات الحديثة في عقود التجارة الدولية؟

أولاً: التعبير عن الإيجاب والقبول عبر وسائل الاتصالات الحديثة في الاتفاقيات المنظمة للتجارة الدولية: اهتمت المنظمات الدولية العاملة في مجال التجارة الدولية لإيجاد الحلول التشريعية لمسألة التعبير عن الإرادة باعتبارها الأساس الذي تقوم عليه التعاقدات، فوجد القانون النموذجي للأونسيترال للتجارة الإلكترونية قد نصت بشأن تكوين العقود وصحتها على أنه " في سياق تكوين العقود وما لم يتفق الطرفان على غير ذلك يجوز استخدام رسائل البيانات للتعبير عن العرض وقبول العرض، وعند استخدام رسالة بيانات في تكوين العقد، لا يفقد العقد صحته أو قابليته للتنفيذ لمجرد استخدام رسالة بيانات لذلك العرض^(١) .

يستخلص من المادة (١١) من القانون النموذجي للأونسيترال جواز أن يكون التعبير عن الإرادة برسالة بيانات الكترونية، وقد عرفت رسالة البيانات الإلكترونية في المادة الأولى من القانون النموذجي بأنها " المعلومات التي يتم إنشاؤها أو إرسالها أو استلامها أو تخزينها بوسائل الكترونية أو ضوئية أو رسائل مشابهة بما في ذلك على

(١) المادة (١١) من القانون النموذجي للأونسيترال للتجارة الإلكترونية.

سبيل المثال لا الحصر تبادل البيانات الالكترونية، أو البريد الالكتروني أو البرق أو التلكس أو النسخ البرقي^(١).

وتأكيدا على جواز التعبير عن الإرادة عبر الوسائل الالكترونية فقد نصت المادة ١٢ من القانون النموذجي للأونسيترال على أنه في العلاقة بين منشئ الرسالة الالكترونية والمرسل إليه لا يفقد التعبير عن الإرادة أو غيره من أوجه التعبير مفعوله القانوني أو صحته أو قابليته للتنفيذ لمجرد أنه على شكل رسالة بيانات.

ومن هذه النصوص نستخلص أنه يجوز وفقا لقانون الاونسيترال التعبير عن الإيجاب والقبول عن طريق إرسال رسالة الكترونية من جهاز إلى آخر أو عن طريق رسالة فاكس أو تلكس أو تلفون أو رسالة هاتف متنقل (SMS) أو في البريد الالكتروني^(*) أو أي وسيلة اتصالات الكترونية تخترع فيما بعد.

أما اتفاقية الأمم المتحدة للبيع الدولي للبضائع "فيينا ١٩٨٠" فوفقا للقواعد الواردة فيها بشأن تكوين العقود فيمكننا القول أنه يجوز التعبير عن الإرادة وعن الإيجاب والقبول عبر وسائل الاتصالات الحديثة، حيث قضت المادة (٢٤) بأنه "يعتبر الإيجاب أو الإعلان عن القبول، قد "وصل" إلى المخاطب عند إبلاغه شفويا أو تسليمه إليه شخصيا بأي وسيلة أخرى أو تسليمه إلى مكان عمله أو في عنوانه البريدي"، كما

(١) المادة (١) من القانون النموذجي للأونسيترال للتجارة الالكترونية.

(*) عرف جانب من الفقه البريد الإلكتروني بأنه " طريقة تسمح بتبادل الرسائل المكتوبة بين الأجهزة المتصلة بشبكة المعلومات، بينما عرفه البعض بأنه " مكنة التبادل الإلكتروني غير المتزامن للرسائل بين أجهزة الحاسب الآلي ، كما عرفه البعض بأنه " تلك المستندات التي تيم إرسالها أو استلامها بواسطة نظام اتصالات بريدي إلكتروني وتتضمن ملحوظات مختصرة ذات طابع شكلي حقيقي، ويمكنه استصحاب مرفقات به مثل معالجة الكلمات وأية مستندات أخرى يتم إرسالها رفقة الرسالة ذاتها_ للاستزادة راجع د. عبد الهادي فوزي العوضي، الجوانب القانونية للبريد الإلكتروني، ص ١٣ - أشار إليه الدكتور خالد ممدوح إبراهيم في بحثه المقدم في مؤتمر وورش عمل (التجارة الإلكترونية وأمن المعلومات ..الفرص والتحديات) التي أقيمت بالقاهرة في الفترة من 20:16 نوفمبر ٢٠٠٨م بعنوان عقود التجارة الإلكترونية.

قضت المادة ١٦ (١) على أنه "يجوز الرجوع عن الإيجاب إذا وصل الرجوع عنه إلى المخاطب قبل أن يكون هذا الأخير قد أرسل قبوله"، وطبقاً للمادة ٢٠ (١) "يبدأ سريان المدة التي يحددها الموجب للقبول في برقية أو رسالة من لحظة تسليم البرقية للإرسال أو من التاريخ المبين بالرسالة، أو إذا لم يكن مبيناً بها فمن التاريخ المبين على الغلاف. ويبدأ سريان المدة التي يحددها الموجب للقبول بواسطة الهاتف أو التلكس أو غير ذلك من وسائل الاتصال الفوري، من لحظة الإيجاب إلى المخاطب، وطبقاً لحكم المادة (١٣) المفسر لمصطلح الكتابة، فإن الكتابة يشمل مصطلح "كتابة"، في حكم هذه الاتفاقية "الرسائل البرقية والتلكس".

وعلى ضوء ما تم سرده من نصوص فإن اتفاقية الأمم المتحدة للبيع الدولي للبضائع تعتمد بالوسائل الالكترونية ووسائل الاتصالات الحديثة كوسيلة مشروعة للتعبير عن الإيجاب والقبول.

وفقاً لمبادئ اليونيدروا فإن وسائل الاتصالات الحديثة تعتبر وسيلة من وسائل التعبير عن الإرادة في عقود التجارة الدولية، ويستفاد ذلك من حكم المادة (٢-٧) التي تنص على "يتعين قبول الإيجاب خلال المهلة التي حددها الموجب أو إذا لم يتم تحديد مدة خلال مدة معقولة تقدر بالنظر إلى الظروف بما في ذلك سرعة وسيلة الاتصال التي استخدمها الموجب. ويتعين قبول الإيجاب الشفوي فوراً ما لم تدل الظروف على عكس ذلك. كما أن المادة (٢-٨) تنص على أنه "يبدأ جريان المهلة الزمنية المحددة للقبول من الموجب له في برقية أو خطاب اعتباراً من لحظة تسليم البرقية لتصديرها أو من التاريخ الوارد في الخطاب أو إذا لم يكن هناك تاريخ واضح اعتباراً من التاريخ الوارد على المظروف ويبدأ حساب مهلة القبول المحددة من الموجب في وسيلة اتصالات فورية اعتباراً من لحظة وصول الإيجاب إلى الموجب له. ويستفاد ذلك أيضاً

من نص المادة (٩-١) التي تعتبر جواز الإخطار عند وجوبه بكل الطرق المناسبة حسب الظروف وأن الإخطار ينتج أثره عند وصوله إلى الشخص الذي وجه إليه يعتبر الإعذار قد وصل" إلى الشخص الذي وجه إليه لدى توجيهه إلى هذا الشخص شفاهة أو تسليمه في موطن أعماله أو في عنوانه البريدي.

هكذا يتضح لنا أنه يجوز وفقا لمبادئ اليونيدروا التعبير عن الإرادة بوسائل الاتصالات الحديثة شأنها في ذلك شأن كافة الاتفاقيات الدولية أو الإقليمية المنظمة للتجارة العابرة للحدود، كما أخذ بهذا الحكم واضعو نموذج القانون المدني العربي الموحد الصادر عن الأمانة الفنية لمجلس وزراء العدل العرب بجامعة الدول العربية، الذي أجاز وسائل الاتصالات الحديثة كوسيلة للتعبير عن الإرادة، حيث قضت المادة (١٤٨) على أن التعبير عن الإرادة يكون باللفظ أو بالكتابة أو بالإشارة المعهودة عرفاً ولو من غير الأخرس أو التعاطي أو اتخاذ أي مسلك آخر لا تدع ظروف الحال شكاً في دلالته على التراضي ما لم يستلزم القانون أن يكون التعبير صريحاً^(١).

ثانياً: التعبير عن الإيجاب والقبول عبر وسائل الاتصالات الحديثة في التشريع الإسلامي:

لم يتناول الفقهاء القدامى في التشريع الإسلامي حكم التعبير عن الإرادة بوسائل الاتصالات الحديثة بمسميات الحالية كون أن هذه الوسائل لم تكن معروفة لديهم آنذاك ولكن يوجد من عموم كلامهم ما يمكن أن يستنبط به حكم التعبير عن الإرادة بالوسائل الحديثة.

(١) اعتمد مجلس وزراء العدل العربي الموحد كقانون نموذجي بالقرار رقم ٢٢٨ - ١٢ د في ١٩/١١/١٩٩٦ م.

فقد صرح الحنفية والشافعية من أن المتعاقدين لا يشترط فيهما قرب المكان ولا رؤية بعضهما في صحة العقد، وأن البعد الذي يمنع التعاقد هو البعد الذي يوجب التباس ما يقول كل منهما لصاحبه، وإلا فلا^(١)، وأن الستر الذي لا يمنع الفهم والسماع لا يمنع صحة التعاقد، ولقد ذكر ابن نجيم المصري في البحر الرائق أنه يصح البيع ولو كان بين البائع والمشتري نهر عظيم تجري فيه السفن^(٢)، كما جاء في المجموع لو تناديا، وهما متباعدان، وتبايعا صح البيع.

ويعد الملكية أن كل وسيلة مفهومة ويمكن أن يستدل بها على الرضا تصلح أن تكون وسيلة للتعبير عن الإرادة^(٣).

يقول الشيخ أحمد إبراهيم وهو من الفقهاء المعاصرين " وأما العقد بالتلفون فالذي يظهر أنه كالعقد مشافهة، مهما طاللت الشقة بينهما، ويعتبر العاقدان كأنهما في مجلس واحد، إذ أن المفهوم من اتحاد المجلس أن يسمع أحدهما كلام الآخر، ويتبينه، وهذا حاصل في الكلام بالتلفون، كما هو مشاهد لنا، غاية الأمر أنه يحتمل الكذب، وتصنع صوت الغير، لكن هذا قد يحصل في الرسالة والكتابة أيضا^(٤).

ولقد أدت كثرة استخدام هذه الوسائل في العصر الحديث إلى ضرورة البحث عن فتوى في جوازه من عدم جوازه، وفي كيفية إيجاد المخرج الشرعي المناسب لإجراء العقود بواسطة آلات الاتصال الحديثة، مثل: إجراء العقود عبر الهاتف، وإجراء العقود عبر المراسلات الآلية؛ كالبرقيات أو بواسطة التلكس أو الفاكس (البريد المصور)

(١) الشيخ نظام الدين وجماعة من علماء الهند - الفتاوى الهندية-مرجع سابق-ج ٣ ص ٦

(٢) زين الدين بن إبراهيم بن نجيم المصري- البحر الرائق - مرجع سابق - ج ٥ ص ٢٩٤

(٣) أبي عبدالله محمد بن محمد بن عبد الرحمن المغربي الخطاب الرعيني - مواهب الجليل - مرجع سابق - ج ٦ ص ١٥

(٤) أبي عمر ديبان بن محمد الديبان - مرجع سابق - ص ١٢٦ مشيراً إلى مجلة القانون والاقتصاد - السنة الرابعة، العدد الخامس، ص

أو عبر الشبكة العالمية (الإنترنت) مثلاً. ولقد توصل أعضاء مجمع الفقه الإسلامي بجدة، لفتوى مفادها جواز إجراء العقود بآلات الاتصال الحديثة، كون تلك الآلات تشبه المرسل سابقاً، ولاسيما أن اتحاد المجلس لا يشترط أن يضم المتعاقدين مكان واحد، بل يمكن تفسير اتحاد المجلس باتحاد الزمن أو الوقت الذي يكون فيه المتعاقدان مشغولين بالعقد^(١).

وعلى ضوء ما ذكر فإنه يجوز في التشريع الإسلامي التعبير عن الإرادة عبر وسائل الاتصالات الحديثة وفقاً لما تم استنباطه من عموم كلام الفقهاء، كما أن العبرة بغض النظر عن الوسيلة هو المناط في صحة إنشاء العقود وهو استخدام أي وسيلة معبرة عن المقصود لفظية كانت أم كتابية إشارة أو فعلا، في ظل عدم وجود نص شرعي يحدد وسائل التعبير عن الإرادة، ولقد ترك الأمر بسعة مراعاة لمصالح الناس والتيسير عليهم، ويتمشى مع مقاصد الشريعة التي شرعت لجلب المصالح ودرء المفاسد، ويؤيد هذا القول أن أساس التعاقد هو التراضي يقول الله تعالى "إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم".

وعلى ذلك فإن العقد ينعقد بتراضي طرفيه ويتوقف وجود التراضي على تلاقي التعبير عن إرادتين متطابقتين بصدور إيجاب للتعاقد وقبول لهذا الإيجاب بإحدى طرق التعبير، ومن هذه الطرق وفقاً للقواعد العامة التعبير بواسطة اللفظ والكتابة والإشارة المتداولة عرفاً أو باتخاذ موقف لا تدع ظروف الحال شكاً في دلالاته، وهناك صور خاصة للتعبير عن الإرادة في عقود التجارة الدولية التي تتم عبر الإنترنت "العقد الإلكتروني" ويتم فيها التعبير عبر البريد الإلكتروني وعبر شبكة المواقع (Web) وكذلك

(١) د. وهبة الزحيلي - المستدرك على الفقه الإسلامي وأدلته - دار الفكر - الطبعة الأولى - دمشق ١٩٩٦م مجلد ٩ ص ٢٤٤

عبر المحادثة المباشرة مع المشاهدة "غرف المحادثة"، وبالإمكان استخدام رسائل البيانات الإلكترونية للتعبير عن الإرادة.

إن الدليل المعتبر في التعبير عن الإرادة مختلف عليه في التشريع الإسلامي ، فقد ذهب فريق منهم إلى اعتبار كل دليل على الرضا معتدا به لصحة العقد، سواء كانت صيغة لفظية أو غير لفظية ويتبنى هذا الرأي المالكية والحنابلة والحنفية على تفصيل وهو الراجح لدينا باعتبار أن العبرة في التعاقد هو تلاقي الإرادتين واتفقهما فإذا دُل على ذلك بأي وسيلة تم العقد لأن العقود شرعت لمصالح الناس وتيسير الحياة حتى لا يقعوا في المشقة والحرَج، والعبرة في ذلك عادة الناس وأعرافهم ما دام ذلك لم يتعارض مع نصوص الشارع أو يصادم قاعدة عامة من قواعد التشريع. أما الفريق الثاني فقد ذهب إلى أن الصيغة اللفظية هي الدليل المعتبر لصحة العقد، ولا يعدد غيرها إلا في حالات خاصة، كالإشارة من الأخرس والمعطاة في الأشياء الخسيسة على اختلاف بينهم في ذلك^(١).

(١) د. محمد توفيق رمضان البوطي - مرجع سابق - ص ٤٣

المطلب الثاني

فوات الرضا واختلاله في عقود التجارة الدولية

لا يكفي لانعقاد العقد أن يوجد التراضي، بل يجب أن يكون هذا التراضي، أي لا ينعقد العقد صحيحا بمجرد أن يعبر المتعاقد عن إرادته، بل لا بد أن تكون هذه الإرادة سليمة، وإرادة التعاقد لا تكون سليمة إلا إذا كانت خالية من عيوب الرضا "الإرادة" المتمثلة في الإكراه، التغيرير، الغلط، وبصدوره من شخص يتمتع بأهلية أداء كاملة.

ويقصد بعيوب الرضا "شوائب الإرادة" الأمور التي تلحق إرادة أحد المتعاقدين أو كليهما فتفسد منه الرضا دون أن تقضي عليه، وهي تختلف في هذا المعنى عن الإرادة غير الموجودة التي لا يترتب عليها أي أثر، فالتصرف الذي يقوم على إرادة غير موجودة يكون باطلا ولا وجود له كما لو باشر التصرف عديم الأهلية، كالصبي غير المميز والمجنون، بينما يقوم التصرف ويترتب أثره إذا كانت الإرادة معيبة^(١).

والملاحظ أن أغلب الاتفاقيات والمعاهدات الدولية المنظمة لعقود التجارة الدولية لم تتناول مسألة عيوب الرضا بتفاصيلها التي تناولها المشرع الوطني، وتركت ذلك للقوانين الوطنية لأطراف التعاقد ليتم تنظيمه وفقا لقاعدة تنازع القوانين والقانون الواجب التطبيق، فنجد اتفاقية الأمم المتحدة للبيع الدولي للبضائع الصادر في فيينا في العام ١٩٨٠م قد نصت صراحة على عدم تطبيق الاتفاقية على مسائل

(١) د. تاج السر محمد حامد - أحكام العقود والمسئولية - الطبعة الأولى - مطبوعات شرح القاضي للدراسات القانونية والتدريب - الخرطوم

صحة الرضا وشروطه وعلى أن تطبيق الاتفاقية يقتصر على تكوين عقد البيع والحقوق والالتزامات التي ينشئها العقد لكل من البائع والمشتري^(١).

خلافًا لاتفاقية البيع الدولي للبضائع فقد نصت مبادئ العقود التجارية الدولية "مبادئ اليونيدروا على عيوب الإرادة بشيء من التفصيل وهي في ذلك تتفق مع كثير من الأنظمة القانونية الوطنية، ولقد أثر حصر مسألة عيوب الإرادة في عقود التجارة الدولية وفق ما جاء في مبادئ اليونيدروا التي حصرتها في الغلط، الغش "التدليس"، والإكراه، والاستغلال، وذلك للحفاظ على منهج معهد اليونيدروا وأسلوبه في المعالجة باعتباره الجهة المعنية بتوحيد قواعد التجارة العالمية.

الفرع الأول: الغلط كعيب من عيوب الإرادة في العقود:

الغلط لغة: يعنى اعتقاد غير الواقع كما يعنى عدم معرفة وجه الصواب. **الغلط في الاصطلاح القانوني^(٢):** لا يختلف الفقهاء في ماهية الغلط كعيب من عيوب الإرادة إلا في المضابط التي تصاغ بها تعريفاتهم، مع اتفاقها في المعنى والمفهوم العام، فعرفه العلامة السهوري بأنه "حالة تقوم بالنفس تحمل على توهم غير الواقع"^(٣). كما عرف بأنه وهم يقوم في الذهن يجعل الإنسان يرى الأمر على غير الحقيقة^(٤)، أي هو

(١) THE UNITED NATIONS CONVENTION ON CONTRACTS FOR THE INTERNATIONAL SALE OF GOODS , Article (4): This Convention governs only the formation of the contract of sale and the rights and obligations of the seller and the buyer arising from such a contract. In particular, except as otherwise expressly provided in this Convention, it is not concerned with:
(a) the validity of the contract or of any of its provisions or of any usage; (b) the effect which the contract may have on the property in the goods sold

(*) حدد الفقهاء للغلط أركان كسائر التصرفات القانونية ويمكن جمالها في ركنين، الركن الأول منهما هو طرفا التصرف بحيث لا يتحقق نطاق الغلط في التصرف إذا لم يكن له طرفان هما الموجب والقابل. والركن الثاني هو محل الغلط الذي يجب أن يكون لحظة التعاقد ، فالذي يقع فيه الغلط لا بد أن يكون موجودا عند التعاقد، فلا يتحقق الغلط إذا تم التعاقد على شيء غير موجود. ولقد قسم الفقهاء الغلط إلى أنواع ثلاثة هو الغلط المانع ، وهذا النوع من الغلط يقع في ماهية العقد أو في محل العقد أو في سببه وهذا النوع يعدم الإرادة ولا يقتصر على أن يعيبها، أنظر في معنى الغلط مختار الصحاح ص ٤٥٣ ، المعلم بطرس البستاني - مرجع سابق - ص ٦٦٤.

(٢) د. عبد الرزاق السهوري - الوسيط في شرح القانون المدني الجديد مصادر الالتزام - مرجع سابق - ص ٢٨٩

(٣) أ.د. محمد الشيخ عمر - مرجع سابق - ص ١٠٧

وهم يقوم في ذهن المتعاقد، فيحمله على تصور غير الواقع واقعا، فيقوم بإبرام العقد اعتقادا منه بصحة ما توهمه.

الغلط كعيب من عيوب الإرادة في عقود التجارة الدولية:

أولا: ماهية الغلط في مبادئ العقود التجارية الدولية: جاء تعريف الغلط في المادة (٤/٣) من مبادئ اليونيدروا بأنه "هو اعتقاد خاطئ في الواقع أو القانون لدى إبرام العقد"^(١).

يلاحظ أن التعريف الوارد في مبادئ اليونيدروا يجعل من الغلط في الواقع والغلط في القانون سيان عند وقوعها لدى إبرام العقد، وهذا يعني أنه يمكن الاحتجاج بالغلط في القانون لإبطال العقد، ذلك أن المبادئ القانونية التي أجازتها اليونيدروا لا تتعلق بالنظام العام الذي لا يقبل فيها الجهل بالقانون، كما أنه لم يجعل من كل اعتقاد خاطئ يؤدي إلى إبطال العقد، ما لم تتحقق شروط معينة في الغلط لكي يكون الغلط معيبا للرضا ويؤدي بالتالي إلى جعل العقد قابلا للإبطال، وهذه الشروط نجملها فيما يلي:

ثانيا: شروط الغلط :

الشرط الأول: أن يكون جوهريا دافعا إلى التعاقد : يشترط لكي يكون الغلط معيبا للإرادة وفقا لمبادئ اليونيدروا أن يكون جوهريا، ويكون كذلك إذا كان لحظة إبرام العقد من الأهمية بمكان بحيث أن الشخص العادي إذا وجد في نفس الظروف التي وجد فيها المتعاقد الواقع في الغلط لكان أن يبرم العقد بشروط مختلفة اختلافاً جوهرياً أو ما كان للواقع في الغلط ليبرم العقد كلية إذا كان علم بداية بحقيقية الأمور^(٢) ، أي أن يكون الغلط هو الدافع للتعاقد.

(١) UNIDROIT PRINCIPLES ,Article 3-4: (Definition of mistake) Mistake is an erroneous assumption relating to facts or to law existing when the contract was concluded

(٢) UNIDROIT PRINCIPLES ,Article 3-5 '(1) A party may only avoid the contract for mistake if, when the contract was concluded, the mistake was of such importance that a reasonable person in the same situation as the party in error would only have

ويتضح لنا مما ذكر أن مبادئ اليونيدروا تبنت فكرة الغلط وفقا لما تقرره النظرية الحديثة^(*) التي ترى أن الغلط المعيب للإرادة يجب أن ينظر إليه من معيار ذاتي هو الأوصاف الرئيسية التي اعتبرها المتعاقدان في الشيء، أي الصفة الجوهرية في الشيء في نظر المتعاقدين. وهذا يعني أن العبرة في تحديد ما إذا كان الغلط جوهريا من عدمه يكون بالمعيار الذاتي لشخص المتعاقد الذي وقع في الغلط، بغض النظر عن مدى تأثير الغلط في الشخص العادي، ويكون الغلط جوهريا إذا كان في صفة جوهرية في الشيء أو في قيمته طالما كانت القيمة هي ذات أهمية في التعاقد، أو في شخص المتعاقد طالما كانت شخصية المتعاقد ذات أهمية في نظر المتعاقد الآخر ووقع في ذات المتعاقد أو في صفة من صفاته وكانت هذه الذات أو الصفة السبب الرئيسي في التعاقد.

الشرط الثاني : اتصال المتعاقد الآخر بالغلط: لا يكفي أن يكون الغلط جوهريا على النحو السابق حتى يكون لمن وقع في الغلط التمسك به لإبطال العقد بل يجب أن يكون المتعاقد الآخر متصلا بهذا الغلط، وذلك حفاظا على استقرار المعاملات التجارية العابرة للحدود ووفقا لمبادئ اليونيدروا يكون المتعاقد الآخر متصلا بالغلط إذا ما كان المتعاقد الآخر وقع مثله في الغلط أو إذا كان هو محدثه أو عالما به أو من شأنه أن

concluded the contract on materially different terms or would not have concluded it at all if the true state of affairs had been known, and

(a) the other party made the same mistake, or caused the mistake, or knew or ought to have known of the mistake and it was contrary to reasonable commercial standards of fair dealing to leave the mistaken party in error; or

avoidance reasonably acted in reliance on the contract. (b) the other party had not at the time of

(*) بجانب النظرية الحديثة هنالك النظرية التقليدية التي أخذ بها الفقه الفرنسي وقد قسم الغلط وفقا لهذه النظرية إلى ثلاث أنواع غلط يبطل العقد بطلانا مطلقا ومن ثم يؤدي إلى انعدام الرضا وآخر يبطله بطلانا نسبيا ومن ثم يؤدي إلى فساد، وثالث لا يكون له أثر في صحة العقد بأي نحو من الإنحاء وهذا النوع لا يؤثر في العقد. راجع أ.د. عبد الرزاق السهوري - مصادر الحق في الفقه الإسلامي - مرجع سابق. ص ٧٠، أ.د. محمد عمران وآخرون - مرجع سابق - ص ٤٥٨

يعلم به وأنه خالف ما هو مألوف وفقاً للقواعد التجارية المعقولة في شأن التعامل الشريف بتركه المتعاقد الآخر يقع في الغلط^(١).

الشرط الثالث: أن يستند الطرف الآخر في مطالبته لإبطال العقد إلى نصوص العقد: وفقاً لمبادئ اليونيدروا فإنه لا يحق للطرف الواقع عليه الغلط الاحتجاج بالغلط للمطالبة بإبطال العقد إلا إذا دل على الغلط صيغة العقد، وجاء في المذكرة التوضيحية للقانون المدني الموحد الاسترشادي الصادر من جامعة الدول العربية تفسير النص المقابل لهذا الشرط أن القاعدة العامة المستنبطة من فروع الفقه أن الاعتداد في العقود بالعبارة لا بالنية، وأن النية إذا لم يقم عليها الدليل في الصيغة لا اعتداد بها، لذلك فالغلط إذا كان باطنياً فقط لا يترتب عليه حكم أما إذا كان ظاهرياً فإنه يؤثر في العقد^(٢).

من هذه الشروط يمكننا القول أن اشتراط الأهمية والجوهرية في مبادئ العقود الدولية لا يعني بالطبع أن يقع الغلط على ركن من أركان العقد، إذ أن وقوعه على ركن من أركان العقد يعد الرضا، فجوهرية الغلط تكون على الأوصاف المعتبرة في نظر المتعاقدين وعلى الصفة التي اعتبرها المتعاقد في الشيء، مع عدم استقلال المتعاقد الذي وقع في الغلط بالغلط الذي وقع فيه، بل يجب أن يتصل الغلط بالمتعاقد الآخر على وجه من الوجوه أو على الأقل أن يكون عالماً به حتى يمكن الاعتداد به للمطالبة بإبطال العقد، والغلط الجوهرية يمكن أن يقع في صفة الشيء وفي شخص المتعاقد، وفي القيمة وفي الباعث على التعاقد طالما كانت تلك هي الدافع الرئيسي على التعاقد.

(١) ARTICLE 3.5 - 2- However, a party may not avoid the contract if (a) it was grossly negligent in committing the mistake; or (b) the mistake relates to a matter in regard to which the risk of mistake was assumed or, having regard to the circumstances, should be borne by the mistaken party

(٢) انظر المادة (١٨٢) من القانون المدني العربي الموحد ومذكرته الإيضاحية الصادر عن جامعة الدول العربية قانون نموذجي برقم ٢٨٨ - ١٢د تاريخ ١٩٩٦/١١/١٩ م والتي تنص على أنه "لا يعتبر الغلط إلا إذا دلت عليه صيغة العقد أو دلت عليه القران وظروف الحال أو طبيعة الأشياء أو العرف".

ثالثاً: الحالات التي لا يجوز فيها التمسك بالغلط لإبطال العقد وفقاً لمبادئ العقود الدولية: وفقاً لمبادئ العقود الدولية الصادرة عن معهد روما لتوحيد القانون الخاص فإنه لا يحق للواقع في الغلط التمسك بالغلط لإبطال العقد إذا كان وقوعه في الغلط ناتجاً عن إهماله الجسيم، أو إذا كان الغلط متعلقاً بمسألة يكون فيها مخاطرة الوقوع في الغلط واردة، أو بالنظر إلى الظروف التي يجب تحميل المتعاقد الواقع في الغلط بها، كما لا يجوز لأي طرف أن يتمسك ببطلان العقد استناداً إلى الغلط إذا كانت الظروف التي تمسك فيها بالبطلان تؤدي أو من شأنها أن تبرر عدم التنفيذ^(١).

ويجب عدم التمسك بالغلط على نحو يتعارض مع ما يقتضيه حسن النية في المعاملات حتى ولو توفرت شروطه، والذي يصر على التمسك بالغلط رغم تعارضه مع ما يقضي به حسن النية يعد متعسفاً في استعمال حقه، لهذا يقول كثير من الفقهاء على أن من وقع في الغلط يبقى ملزماً بالعقد الذي قصد إبرامه، إذا أظهر الطرف الآخر استعداداً لتنفيذ العقد^(٢).

رابعاً: الغلط في التعبير أو نقله: وفقاً لمبادئ العقود الدولية الصادرة عن اليونيدورا يتحمل تبعه الغلط الواقع عند التعبير عن الإرادة أو نقله، الشخص الذي صدر منه التعبير عن الإرادة^(٣).

يوهم نص المادة (٦/٣) من المبادئ أن الغلط في التعبير ونقله غلط يعيب الإرادة والصحيح أنه غلط يعدم الإرادة إذ أن الغلط هنا يعد غلطاً فردياً أحادياً، ومصدر هذا الغلط إما أن يكون الناقل كالرسول الذي لا يحسن التعبير عن إرادة من أرسله، وكعامل البرق الذي يخطئ في نقل البرقية، وقد يكون مصدر الغلط عدم فهم من

(١) انظر المادة (٥-٣) والمادة (٧-٣) من مبادئ عقود التجارة الدولية الصادرة عن المعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص في العام ١٩٩٤ والمعدل في العام ٢٠٠٤م

(٢) د. توفيق فرج - مرجع سابق - ص ١١

(٣) ARTICLE 3.6 (Error in expression or transmission) An error occurring in the expression or transmission of a declaration is considered to be a mistake of the person from whom the declaration emanated.

وجهت إليه الإرادة على حقيقتها، ولا يتعلق الأمر في هذه الأحوال بالغلط كعيب يشوب الإرادة، بل بعدم توافق الإرادتين، ووفقاً للقواعد العامة فإن غلط أحد العاقدين لا يؤثر في إلزامية التصرف وتحقيق آثاره. تبين هذه المادة أن الغلط إذا وقع في ماهية العقد، أو في ذات المعقود عليه، أو في نقل الإرادة العقدية بطل به العقد، وذلك لعدم موافقة القبول للإيجاب، ولأن ركن التراضي غير موجود.

ويمكن القول من خلال ما ذكر أن المبادئ الدولية لعقود التجارة الدولية الصادر عن معهد روما "اليونيدروا" اعتمدت المعيار الذاتي لتحديد الغلط الجوهرى المعيب للرضا، إذ أن المعيار الذي اعتمدته هو المعيار الذي يعتمد على الأوصاف المعتبرة في نظر المتعاقدين لا بالخصائص التي تكون مادة الشيء المتعاقد عليه، أي على الصفة التي اعتبرها المتعاقد في الشيء، وما ذلك إلا انعكاساً لمبدأ سلطان الإرادة في التعاقد والتي تعتبر من أهم مبادئ اليونيدروا الصادرة عن معهد روما.

الغلط كعيب من عيوب الإرادة في التشريع الإسلامي: لم يتناول فقهاء التشريع الإسلامي السابقون الغلط في نظرية متكاملة مثلما تناولوا الإكراه، والتدليس، وكل ما تناولوه عن الغلط كانت عبارة عن مسائل وموضوعات متناثرة في باب الخيارات والبيع والشفعة ونحوها، ولقد عزا الدكتور العلامة السهموري ذلك إلى النزعة الموضوعية للفقهاء الإسلامي^(١) ومن خلال الأمثلة التي صاغها الفقهاء في هذا الجانب وكتابات الفقهاء المعاصرين يمكن أن نستخلص الآتي:

أولاً: تعريف الغلط: لم يضع الفقهاء السابقون تعريفاً اصطلاحياً للغلط بمفهوم الحالي، ذلك أنهم تناولوا أحكامه في باب الخيارات، وتناولوه البعض بمسمى الخطأ^(*) في التعبير أو سبق اللسان، ومن أحكامه وضع الفقهاء المعاصرون بعض التعريفات

(١) د. عبد الرزاق السهموري - مصادر الحق في الفقه الإسلامي - مرجع سابق - ج ٢ ص ٧٥

(*) عرف أد. وهبة الزحيلي الخطأ بأنه هو "الفعل بدون قصد، كأن يقصد المتكلم النطق بكلمة فيسبق لسانه إلى كلمة أخرى فيتلفظ بها"

أنظر د. وهبة الزحيلي- الفقه الإسلامي وأدلته - مرجع سابق - ج ٤ ص ١٩٢

يمكننا إيراد بعضها إكمالاً للبحث فعرّفها الإمام محمد أبو زهرة بأنه هو "أن يذكر محل العقد المعين موصوفاً بوصف، ثم يتبين أن هذا الوصف غير متحقق فيه"^(١).

ثانياً: أنواع الغلط: قسم علماء التشريع الإسلامي الغلط في العقود إلى نوعين هما:

١. الغلط الخفي: وهو توهم يكون في الإرادة الباطنة للواقع في الغلط لا يظهره في عباراته عند التعاقد، فإذا كان الغلط أمراً باطنياً بأن قامت في نفس العاقد فكرة خاطئة أنشأ العقد بناءً عليها، ولكنه لم يظهره في عباراته، فإن الغلط في هذه الحالة يكون مستكناً في ضمير العاقد الذي وقع في الغلط، ومثال ذلك أن يشتري شخص خاتماً معتقداً أن فصوصه من ياقوت دون أن يظهر إرادته في عبارته ويشتري الخاتم على هذا الأساس الخاطئ، فيتبين فيما بعد أن الفصوص من زجاج، أو ما شاكل ذلك من صور الغلط التي لا يوجد في الصيغة ما يدل على الغلط^(٢).

لم يعتد الفقهاء في التشريع الإسلامي بالغلط الكامن في النفس، ضماناً لاستقرار المعاملات وسداً للذرائع، كما أن العبرة بوجه عام في العقود بما يدل على النوايا من ألفاظ وما في معناها، كما أن هذا النوع من الغلط يتعارض مع النزعة الموضوعية التي يجب مراعاتها في الفقه الإسلامي^(٣) ولكن هذه الحجج قابلها البعض بالنقد على اعتبار أن من المبادئ المقررة في الفقه الإسلامي مبدأ احترام إرادة العاقد، وهؤلاء هم القائلون بالاعتداد بالإرادة الباطنة في العقود^(٤)، كما يرون أن قاعدة الضرر يزال وضرورة رفع الضرر يعضد نقدهم.

(١) الإمام محمد أبو زهرة - الملكية ونظرية العقد - مرجع سابق - ص ٤١٦

(٢) د. محمد مصطفى شلبي - مرجع سابق - ص ٥٨٤

(٣) د. عدنان خالد التركماني - مرجع سابق - ص ١٦٥، د. عبد العظيم شرف الدين، مرجع سابق - ص ٦٤٢.

(٤) اختلف الفقهاء في التشريع الإسلامي في الاعتداد بالإرادة الباطنة أم بالإرادة الظاهرة في حال وجود خلاف بين الإرادتين وذلك وفق التفصيل التالي:

ويستثني جمهور الفقهاء من ذلك الغلط الذي يكون في حال عدم الرؤية، وهو ما يعرفه الفقهاء بخيار الرؤية^(*) فهنا يعتد بالغلط ولو لم يكشف العاقد عن إرادته، ويرى الدكتور السنهوري أن خيار الرؤية إنما تقوم على فكرة الغلط، ذلك أن المتعاقد الذي يرد الشيء بعد رؤيته يفترض فيه أنه لم يجده على الحال التي ظنها، وبالرؤية أدرك أنه كان على غلط بشأنه، فحق له إن يرده بخيار الرؤية لأن جهالة الوصف تؤثر في الرضا فتوجب خلافاً فيه فيكون بذلك على الخيار من أمره إن شاء أمضى العقد وإن شاء رده^(١).

٢. **الغلط الجلي:** وهو الغلط الذي يدل عليه الصيغة^(٢)، بمعنى أنه يوجد في عباراته ما يدل عليه، كما إذا قال شخص لصائع ذهب بعني هذا الخاتم الذي فصوصه من ياقوت وأشار إليه، فتبين فيما بعد أن فصوصه من زجاج، ففي هذا المثال نجد أن المشتري وقع في خطأ حيث اعتقد أن فصوص الخاتم الذي اشتراه من ذهب، والواقع خلاف ذلك، وقد جاء في عبارته ما يدل على هذا الخطأ.

يعتد الفقهاء في التشريع الإسلامي بالغلط الظاهر الدال عليه الصيغة، ذلك أن الإرادة الحقيقية للعاقد الذي وقع في الغلط انكشفت للعاقد الآخر، وبذلك لا يكون هنالك تعارض بين استقرار التعامل واحترام الإرادة الحقيقية، وفي الاعتداد بالغلط الظاهر احترام للإرادة الحقيقية دون أن يخل ذلك باستقرار التعامل^(٣) ولقد حدد الفقهاء ثلاثة طرق لانكشاف الإرادة هي:

(أ) **الكشف الصريح للإرادة:** وهو أن يعين العاقد للعاقد الآخر الشيء المعقود عليه تعييناً نافياً للجهالة ويكون ذلك عادة بتسمية الشيء أو بالإشارة إليه، والتسمية

(*) هو حق يثبت بمقتضاه لأحد العاقدين أن يفسخ العقد أو يمضيه عند رؤية محل العقد إذا لم يكن رآه وقت التعاقد أو قبله بوقت لا يتغير فيه" للاستزادة راجع محمود محمد حميدة ومحمد مطلق عساف - مرجع سابق - ص ٤٥

(١) د. عبد الرزاق السنهوري - مصادر الحق في الفقه الإسلامي - مرجع سابق - ص ١٢٥

(٢) د. محمد مصطفى شلي - مرجع سابق - ص ٥٨٤

(٣) د. عبد الرزاق السنهوري - مصادر الحق في الفقه الإسلامي - مرجع سابق - ج ٢ ص ٨٣

كشفت عن الإرادة الحقيقية، أما الإشارة فكشفت عن الإرادة الظاهرة، فإذا اجتمعت الإرادتان تسميةً وإشارةً فلا محل للغلط، أما إذا اختلفت التسمية مع الإشارة أي اختلفت الإرادة الظاهرة مع الباطنة فالعبرة هنا بالتسمية ولا ضير في ذلك على استقرار التعامل، إذ العاقد الآخر قد علم بالإرادة الحقيقية فلا وجه للقول بأنه يفاجأ بها.

(ب) استخلاص الإرادة ضمناً من الملابس وظروف الحال: وهنا أيضاً لا يضار العاقد الآخر لأنه علم بالغلط من استخلاص ظروف الحال والملابس المصاحبة للصيغة ومثال أن من يشتري سفينة فيجدها غير صالحة للإبحار، فإن الملابس تدل على أن الوصف المرغوب فيه هي إمكانية الإبحار، وقد فات هذا الوصف، فيكون للمشتري الخيار، ولو لم يصرح في العقد بالوصف المرغوب فيه، إذ هو مفهوم ضمناً من الملابس وظروف الحال.

(ج) استخلاص الإرادة من طبيعة الشيء: يقوم على فكرة خيار العيب التي تعني ما يخلو منه أصل الفطرة السليمة مما يعد به ناقصاً وينقص به الثمن عند التجار، فإذا لم ينقص به الثمن لم يعد به عيباً شرعاً^(١)، أو هو ما وردت العادة على السلامة منه مما ينقص الثمن أو المبيع، أو التصرف، أو تخاف عاقبته، وعرفه ابن نجيم بأنه كل ما في المعقود عليه من منقص للقيمة، أو نقصان يفوت به غرض صحيح، بشرط أن يكون الغالب في أمثال المبيع عدمه^(٢).

وعلى ذلك يمكننا القول أن الغلط في العقد يمكن تقسيمه إلى قسمين أولهما غلط يترتب عليه بطلان العقد لانعدام الإرادة فيه، وثانيتها غلط يكون العقد فيه قابلاً للبطلان لوجود شائبة الرضا وهو ما يعرف لدى القانونيين بالغلط الذي يعيب الإرادة. ويمكن تصور الغلط الذي يعيب الإرادة في خمس حالات هي:

(١) أ.د. أحمد الحجي الكردي - المعاملات المالية في الفقه الإسلامي - القسم الأول "البيع" - الطبعة الأولى - شركة أعيان للإيجار والاستثمار - الكويت - ص ١٤٤ مهيلاً إلى الدر المختار على تنوير الأبصار ج ٥ ص ٥

(٢) البحر الرائق ٣٨/٦

الحالة الأولى: الغلط في ذات المعقود عليه: هو غلط في المعقود عليه يظهر بعد تمام العقد أنه مخالف لما وقع عليه العقد^(١) ويعد الغلط في ذات المعقود عليه أبرز حالات الغلط وأكثرها بروزا وقد تناوله الفقهاء في التشريع الإسلامي بالتفصيل مع ذكر الأمثلة التوضيحية، والغلط في ذات المعقود عليه يتحقق في فرضين:

الفرض الأول: أن يختلف جنس المعقود عليه عن المسمى في العقد: ويتحقق ذلك عند ما يعتقد الشخص الواقع في الغلط جنسا معيناً ويتم التعاقد على غير ما أراد، مثال ذلك أن يتم التعاقد على ياقوت فيظهر فيما بعد أنه زجاج، أو يبتاع حنطة فإذا هي شعير^(٢)

الفرض الثاني: أن يتحد جنس المعقود عليه مع المسمى في العقد مع تفاوت في المنفعة: يتحقق في هذا الفرض اتحاد الجنس مع وجود تفاوت فاحش في المنفعة فيما بين ما أراده العاقد وبين حقيقة المعقود عليه، مثال ذلك أن يشتري الشخص داراً على أنها مبنية من الطوب الأحمر فإذا هي مبنية من الطوب اللين^(٣).

والغلط في هذه الفرضية لم يكن في جنس المعقود عليه لأن الجنس دار في كلتا الحالتين في المثال أعلاه ولكن الغلط حصل في صفة الدار التي تفاوتت تفاوتاً فاحشاً في المنفعة فيما اعتقده المشتري عما هو في الواقع، وقد اعتبر الحنفية هذا النوع من الغلط كالغلط في الجنس وأوجبوا إبطال العقد في الفرضين لأن التفاوت الفاحش في المنفعة كالاختلاف في الجنس^(٤).

أما إذا كان من جنسه لكن يتفاوت في الصفة تفاوتاً يسيراً فإن العقد ينعقد لاتحاد الجنس^(٥)، ومثال ذلك من يشتري خاتماً من ذهب عليه فص ياقوت أحمر

(١) د. محمد بحر العلوم - مرجع سابق - ص ٦٥٨ مهيلاً إلى عيسوي أحمد - المدخل للفقه الإسلامي - دار تاليف القاهرة - ص ٥٢٥

(٢) . . أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي - بدائع الصنائع - مرجع سابق - ج ٥ ص ٢٣٤

(٣) د. السيد نشأت إبراهيم الدريني - مرجع سابق - ص ٤٤٢

(٤) . . الإمام علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي - بدائع الصنائع - مرجع سابق - ج ٥ ص ٢٣٧

(٥) د. عدنان خالد التركماني - مرجع سابق - ص ١٦٥

معتقدا أنه أصفر، فهنا يكون للمشتري الخيار في إمضاء العقد أو فسخه لفوات الوصف المرغوب فيه وهذا القول تؤيده القاعدة الفقهية المقررة أن الوصف في الحاضر لغو وفي الغائب معتبر^(١).

ونخلص من ذلك أن الضابط في اختلاف الجنس وعدمه في نظر الفقهاء هو التفاوت في الأغراض والمقاصد بين الشئيين تفاوتاً فاحشاً، كالزجاج والياقوت، أو اختلاف المنفعة اختلافاً ليس بيسير ولو اتحد الغرض كالدار المبنية بالطوب الأحمر والمبنية باللبن.

حكم الغلط في الجنس : اختلف فقهاء التشريع الإسلامي في حكم الغلط في الجنس إلى ثلاثة آراء أولهما بطلان العقد وهو الرأي السائد لدى الحنفية والأصح لدى الشافعية وبه قال الحنابلة وابن حزم وهؤلاء يرون أن الغلط في جنس المعقود عليه يوجب بطلان العقد لأن المعقود عليه يكون معدوماً وبيع المعدوم باطل في غير السلم، وثانيتها فساد العقد وهو قول الكرخي^(*) من الحنفية ويرى أنه باع المسعى وأشار إلى غيره فصار كأنه باع شيئاً بشرط أن يسلم غيره وذلك فاسد لديهم، والثالث صحة العقد مع ثبوت الخيار وهو قول المالكية والإمامية ويرون صحة البيع وعدم الرد إذا كان المبيع معيناً وسمي باسم عام يشمل غيره أما إذا سماه بغير اسمه بأن سماه باسم خاص غير اسمه الخاص الأصلي ثبت له الرد كقوله بعتك هذه الزجاجة فإذا هي ياقوت، وهذا الرأي يرجحه بعض فقهاء الشافعية^(٢).

(١) على حيدر - درر الحكام شرح مجلة الأحكام - المادة ٦٥ ص ٦٤

(*) هو شيخ الحنفية أبو الحسن ، عبيد الله بن الحسين بن دلالة ، البغدادي الكرخي الفقيه الحنفي ، كان مفتياً للعراق . للاستزادة راجع ، شمس الدين محمد بن أحمد بن عثمان الذهبي - سير أعلام النبلاء - طبعة ١٤٢٢هـ / ٢٠٠١م مؤسسة الرسالة ، بيروت - ج ١٥ ص ٤٢٦

(٢) د. علي محي الدين علي القرعة داغي - مرجع سابق - ص ٨٠٧

أما الغلط في وصف مرغوب فيه، وهو الوصف الذي لا يؤدي إلى تفاوت فاحش فقد اتفقت المذاهب الأربعة على أن فوات الوصف الذي كان يرغب فيه العاقد يثبت له حق الخيار فله أن يفسخ العقد أو ينفذ بكافة شروطه^(١).

نخلص مما سبق أن الغلط الذي يعيب الإرادة في حالة الغلط في المعقود عليه هو الغلط الذي يؤدي إلى فوات وصف مرغوب فيه، أما الغلط الواقع في الجنس فهو غلط يعدم الإرادة ولا يعيها.

الحالة الثانية: الغلط في الشخص: إن الغلط في الشخص لا يكون ذات تأثير ما لم تكن شخصية العاقد التي وقع فيها الغلط هي محل اعتبار ويقع عادة في عقود التبرع وقد يقع في عقود المعاوضات ويقع العقد في ذات المتعاقد أو في صفة من صفاته، كالغلط في شخص المدير المسئول في الشخصيات الاعتبارية.

ففي العقود والتصرفات التي تكون فيها شخصية أطراف العقد أو التصرف معتبرة كان للغلط تأثير على العقد فإذا وقع الغلط في ذاتية الشخص أو في صفة جوهرية فيه كان للطرف الآخر الذي وقع في الغلط حق فسخ العقد، وقد يكون للغلط في ذاتية الشخص تأثير في عدم انعقاد العقد^(٢).

والخلاصة أن الغلط في الشخص أو في صفة جوهرية فيه متى ما كان ذلك محل اعتبار يثبت خيار الفسخ للواقع في الغلط إنشاء فسخ العقد أو إمضاء العقد.

الحالة الثالثة: الغلط في القيمة والغبن: يقصد به وقوع الغبن نتيجة الجهل بقيمة الشيء كأن يتصور أن المعقود عليه يساوي كذا في حين أنه لا يساوي ذلك وهذه المسألة تعالج في الفقه الإسلامي تحت نظرية الغبن^(٣).

(١). د. السيد نشأت إبراهيم الدبري - مرجع سابق - ص ٤٤٦.

(٢). د. عبد الرزاق السنهوري - مصادر الحق في الفقه الإسلامي - مرجع سابق - ص ٩٠.

(٣). د. علي محي الدين على القرة داغي - مرجع سابق - ص ٨١٢.

حكم الغلط في القيمة والغبن : هنالك اتجاهان في التشريع الإسلامي بالنسبة إلى الغلط في القيمة والغبن:

الاتجاه الأول : هو عدم الاعتداد بالغبن إلا إذا صحبه تغيرير أو تدليس أو كان الغبن واقعا في المال المحجور أو الوقف أو بيت المال لحاجة هذه الأصناف إلى الحماية^(١)، ويتبنى هذا الرأي أصحاب المذهب الحنفي والشافعي والحنابلة والظاهرية، ويقول في ذلك ابن نجيم المصري من اشترى شيئا وغبن فيه غبنا فاحشا، فله أن يرده إلى البائع بحكم الغبن^(٢).

الاتجاه الثاني: الاعتداد بالغبن الفاحش مطلقا: ويتبنى هذا الاتجاه المذهب المالكي، ويعتد فقهاء المالكية بالغلط في القيمة متى ما كان الغبن فيه فاحشا ويعود إلى جهل المغبون أو عدم خبرته^(٣).

والخلاصة أن الغلط في القيمة عيب في الإرادة يصلح لإبطال العقد إن كان فاحشا أو صحبه تدليس أو تغيرير.

الحالة الخامسة: الغلط في التعبير: استخدم الفقهاء في التشريع الإسلامي الخطأ في التعبير بدلا عن الخطأ في التعبير، واستخدم آخرون سبق اللسان وفي الاصطلاح الشرعي عرف الخطأ في التعبير بأنه " هو وقوع الشيء من الإنسان من غير ما يقصده، وذلك بأنه يقصد بفعله شيئا فيصادف غير ما قصده، بمعنى أن فعل أو قول المخطئ غير مقصود له بالذات وأن المقصود حقيقة شيء آخر غير الذي نطق به أو فعله^(٤).

حكم الخطأ: لا خلاف بين العلماء في أن الخطأ يرفع المسؤولية في العبادات ودرء الحدود في الجنایات، وإنما اختلف الفقهاء في أثر الخطأ في التعبير في المعاملات لاسيما

(١) د. عبد الرزاق السنهوري - مصادر الحق في الفقه الإسلامي - مرجع سابق - ج ١ ص ٩٤

(٢) ابن نجيم : زين الدين ابن نجيم الحنفي، البحر الرائق شرح كثر الدقائق، دار الكتاب الإسلامي، القاهرة بدون سنة طبع، ج ٦ ص ١١٥

(٣) د. عدنان خالد التركماني - مرجع سابق - ص ١٧١

(٤) د. علي معي الدين على القرعة داغي - مرجع سابق - ص ٨١٣

في العقود فيرى الحنفية أن العقود المبنية على الرضا يؤثر فيها الخطأ إذا صدقه المتعاقد الآخر، فيجعل العقد فاسداً، وخالفهم الجمهور في ذلك حيث يرون أن الخطأ في العقود لغو لا يرتب أي أثر شرعي ويقع باطلاً، ونرى رجحان رأي الجمهور ذلك أن المعاملات المالية والعقود تقوم على أساس التراضي بين المتعاقدين التي تقوم على وجود الإرادة الجازمة عند كل طرف بالالتزام بأثر العقد الذي تراضيا عليه، فلو كانت إرادة أي منهما ناقصة لأي سبب من الأسباب فلا وجود للتراضي، كما أن توافق الإرادتين يعد من أهم أركان قيام العقود فلو اختلف هذا التوافق فقد العقد جوهره، وكذلك يجب أن تكون الإرادتان صحيحتين، وبالطبع فإن إرادة المخطئ الذي أراد شيئاً فغلط وقال شيئاً آخر، فإن إرادته بالنسبة لما قاله غير مكتملة، وبالتالي لم يقع التراضي.

الحالة الخامسة: الغلط في الحكم الشرعي: ويعنى جهل^(*) الحكم الشرعي عند التعاقد، والأصل أن الجهل بأحكام الشريعة الإسلامية لا يعتبر عذراً، إلا استثناءً في حالات معينة في غير العقود والتصرفات^(١)، وذلك سداً للذرائع حتى لا يتهرب الناس من تنفيذ أحكام الشريعة على تصرفاتهم وعقودهم بحجة أنهم لم يكونوا على علم بأحكامها، ولا يقبل ادعاء المسلم بالجهل لاشتهار أحكام الإسلام بين المسلمين لاسيما في دار الإسلام فجعله بها يعتبر تقصيراً لأنه ملزم شرعاً بمعرفة أحكام الإسلام والتفقه في الدين.

يقول القرافي: "أعلم أن صاحب الشرع قد تسامح في جهالات في الشريعة فعفا عن مرتكبها وأخذ بجهالات فلم يعف عنها عن مرتكبها وضابط ما يعفي عنه من

(*) الجهل لغة يعني عدم العلم والمعرفة، ويطلق عند المتكلمين على معنيين إحداهما الجهل البسيط وهو عدم العلم في من شأنه أن يكون عالماً. فلا يكون ضدًا للعلم بل مقابلًا له مقابلة العدم والملكية. والثاني الجهل المركب. وهو عبارة عن اعتقاد جازم غير مطابق للواقع - راجع المعلم بطرس السستاني - محيط المحيط - مرجع سابق - ص ١٣٣، أما الجهل في الاصطلاح هو انتفاء العلم بجنس المقصود راجع الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٢٠٧ وما بعدها

(١) د. عدنان خالد التركماني - مرجع سابق - ص ١٧٥

الجهالات: الجهل الذي يتعذر الاحتراز عنه عادة، وما لا يتعذر الاحتراز عنه ولا يشق لم يعف عنه^(١)

الخلاصة: أن الفقه الإسلامي لا يعتد بالجهل بالنصوص الشرعية المتعلقة بأحكام المعاملات باعتبار أن ذلك جزء من العقيدة فلا يجوز الجهل به.

مناقشة تحليلية: يلاحظ أن مسلك الفقه الإسلامي في معالجة الغلط كعيب من عيوب الإرادة يختلف عن المسلك الذي اتبعته مبادئ عقود التجارة الدولية التي وضعتها المنظمات الدولية المهتمة بتوحيد قانون التجارة الدولية، فالغلط في التشريع الإسلامي تمت معالجته من خلال باب الخيارات في العقود وتباينت أحكامه في كثير من الجزئيات عن المبادئ الدولية الصادرة عن اليونيدروا، فمفهوم الغلط في الفقه الإسلامي لا يعني توهم في ذهن الطرف الواقع عليه الغلط كما هو الحال لدى فقهاء التجارة الدولية والقانون الوضعي، فالفقه الإسلامي يعتد بالغلط إذا ظهر وأصبح جلياً سواء كان ذلك صراحة أو بالإشارة أو بالوصف أو بالدلالة .

كما أن الغلط في الفقه الإسلامي ليس دائماً معيباً للرضا ففي كثير من الحالات يكون الغلط مبطلاً للعقد خلافاً لمبادئ العقود التجارية الدولية التي يكون الغلط فيها معيباً للإرادة، بينما لا يعتد بالجهل بالأحكام الشرعية في التشريع الإسلامي.

كما أن النزعة في التشريع الإسلامي نزعة موضوعية لذا فإنها تعتد بالغلط في الجنس وفي فوات الوصف فتجعل من العقد باطلاً عند الغلط في جنس المعقود عليه وقابلاً للإبطال عند فوات الوصف بينما النزعة في مبادئ العقود الدولية نزعة ذاتية نتجت عن تبنيها للنظرية الحديثة للغلط حيث الاعتداد فيها بالمعيار الذاتي للشخص المتعاقد الذي وقع في الغلط، بغض النظر عن مدى تأثير الغلط في الشخص العادي ودون الالتفات إلى جنس المعقود عليه أو وصفه.

(١) د. محمد بحر العلوم - مرجع سابق - ص ٦٨٣ محيلاً إلى الفروق ١٥٠/٢

الفرع الثاني: التدليس كعيب من عيوب الإرادة: يعد التدليس شائبة من شوائب الإرادة المعتد بها في القانون وفي التشريع الإسلامي، وكذلك الحال في القوانين المنظمة للتجارة الدولية وسوف نناقش هذه الشائبة بشيء من الإيجاز وفق ما جاء في مبادئ العقود التجارية الدولية وفي التشريع الإسلامي:

مفهوم التدليس: التدليس في لغة من الدّلس وتعني الظلمة، وفلان لا يُدلس، ولا يُوالس أي: لا يخادع ولا يغدر، والمدالسة هي: المخادعة، وتقول اندلس الشيء: إذا خفي، وقد دالس مدالسة ودلاسا، ودلس في البيع وفي كل شيء إذا لم يبين عيبه، أو أخفاه^(١).

مفهوم التدليس لدى القانونيين: عرف التدليس بأنه هو كل حيلة أو خدعة لإيقاع الشخص في غلط يحمله على التعاقد، فهو غلط يقع فيه المتعاقد تحت تأثير حيل يقوم بها شخص آخر، أي أنه غلط مستثار لم يقع فيه الشخص من تلقاء نفسه، وهو لهذا يعتبر عيبا في الرضا، إذ أن المتعاقد تحت تأثير الحيل، تصور الأمور على غير حقيقتها، بحيث لو تكشفت الحقيقة للمتعاقد المدلس عليه ما أقدم على التعاقد^(٢).

كما عرف بأنه "هو استعمال الحيلة في إيقاع المتعاقد في غلط يدفعه إلى إبرام العقد. فالمدلس شخص يغير وجه الحق ويولد في نفس المتعاقد فهما يغير ما عليه واقع الحال، ويدفعه إلى الدخول في عقد ما كان ليدخل فيه لو علم بحقيقة الوقائع"^(٣).

أولا: التدليس كعيب من عيوب الإرادة في عقود التجارة الدولية: اعتبرت الاتفاقيات المنظمة لعقود التجارة الدولية التدليس عيب من عيوب الإرادة يجعل من العقد قابل للإبطال لمصلحة المدلس عليه "المخدوع" فنصت المادة (٨/٣) من مبادئ عقود

(١) د. عبد الله بن ناصر السلي، الغش وأثره في العقود، الطبعة الأولى ١٤٢٥هـ / ٢٠٠٤م، كنوز اشبيليا للنشر والتوزيع بالرياض، ج ١ ص ٣٩

(٢) د. توفيق فرح - مرجع سابق - ص ١١٢

(٣) د. أبو ذر الغفاري بشير - مرجع سابق - ص ٥٨

التجارة الدولية الصادرة عن اليونيدروا على أنه "يجوز لأي طرف أن يتمسك ببطلان العقد إذا كان الطرف الآخر قد دفعه إلى التعاقد بطرق احتيالية بما في ذلك اللجوء إلى استخدام لغة أو أفعال، أو إذا أخفى هذا الأخير ظروفًا معينة بطريق الغش عن الطرف الآخر مخالفاً بذلك مقتضيات حسن النية وأمانة التعامل في المسائل التجارية".

من خلال هذه المادة نستخلص أن مبادئ اليونيدروا، قد وضعت شروطًا وأحكامًا معينة يجب توفرها في الفعل أو السلوك الصادر من أحد المتعاقدين لاعتباره تدليسًا معيبًا للإرادة تتطلب شروطًا معينة لقيام التدليس ومن ثم الاعتداد بها كشائبة من شوائب الإرادة الموجبة لبطلان العقد.

الشروط اللازمة لقيام التدليس: لكي ينتج التدليس أثره القانوني لابد من أن تتوفر فيه ثلاثة شروط هي:

الشرط الأول: استعمال طرق احتيالية: لابد من استعمال العاقد المدلس طرقًا احتيالية للتأثير في إرادة المتعاقد الآخر ولا يشترط أن تكون الوسيلة المستعملة في الحيلة وسيلة مادية، فتكفي اللغة والقول متى ما كانت كافية لإيهام المتعاقد الآخر بغير الحقيقة، وتعتمد السكوت يعد وسيلة احتيالية متى ما كان مخالفاً لمقتضيات حسن النية والتعامل الشريف في المسائل التجارية.

الشرط الثاني: أن يكون التدليس هو الدافع للتعاقد: لا يتوفر التدليس بمجرد قيام العاقد المدلس بالتحايل غير المشروع على العاقد الآخر، بل لا بد من أن يؤدي تحايله إلى حمل المتعاقد الآخر على التعاقد، ولو لا هذه الحيل لما أبرم العقد على نحو ما أبرمه. ويسترشد في ذلك بما تواطأ عليه الناس في تعاملهم وبحالة المتعاقد الشخصية من سن وذكاء وعلم وتجارب^(١).

(١) أ.د. عبد الرزاق السهري - الوسيط في شرح القانون المدني نظرية الالتزام - مرجع سابق - ص ٣٢٦

الشرط الثالث: اتصال التدليس بالمتعاقد الآخر: وحتى تكتمل جميع عناصر التدليس فلا بد من أن يكون المتعاقد المدلس له صلة بالتدليس، وتحقق هذه الصلة إما بصدوره من المتعاقد الآخر نفسه أو صدوره من شخص أجنبي عن العقد، شريطة أن يكون المتعاقد المدلس على علم بالتدليس الذي وقع فيه المتعاقد الآخر، أو كان من الواجب عليه العلم به، وذلك وفقاً لما نصت عليه المادة (١١/٣) من مبادئ اليونيدروا^(١)

أنواع التدليس: من خلال نص المادة (٨/٣) والمادة (١١/٣) من مبادئ عقود التجارة الدولية الصادر عن اليونيدروا يمكننا الاستنتاج أن المبادئ قد أقرت ثلاثة أنواع من التدليس هي:

١. التدليس الفعلي: هو الفعل المادي الذي يقوم به المدلس ليوهم المتعاقد الآخر لحمله على التعاقد، ويكون التدليس الفعلي إما في محل التعاقد كما هو الحال في إظهار المتعاقد عليه على غير حقيقته، كتلميع محل التعاقد لإظهاره على غير حالته الحقيقية، وإما أن يكون التدليس خارجاً عن المعقود عليه ويكون غالباً مع المدلس عليه مباشرة ويمكن تصور ذلك في تواطؤ المتعاقد المدلس مع أجنبي في تحسين محل التعاقد لحمل المتعاقد الآخر على التعاقد بمقابل مغاير تماماً عن المقابل الحقيقي لمحل العقد.

٢. التدليس القولي: ويعتمد هذا النوع من التدليس على اللفظ واللغة في إيهام المتعاقد الآخر بالغش لحمله على التعاقد، ومتى ما كان الغش من شأنه أن يوقع المتعاقد الآخر في خداع ويدفعه إلى التعاقد أعد ذلك تدليسا قولياً يعيب الرضا،

(١) تنص المادة ١١/٣ على أنه: "(١) إذا كان ما وقع فيه الطرف الآخر من تدليس أو إكراه أو غبن أو غلط منسوباً إلى الغير، أو معلوماً منه، أو كان واجباً عليه العلم به، وكان المسئول عن تصرفاته هذا الغير هو الطرف الآخر، فيجوز إبطال العقد كما لو كان هذا السلوك قد صدر من هذا الطرف الآخر نفسه" - "(٢) إذا كان التدليس أو الإكراه أو الغبن منسوباً لغير لا يسأل الطرف الآخر عن تصرفاته، فيجوز إبطال العقد إذا كان هذا الطرف الآخر يعلم، أو كان عليه أن يعلم، بالتدليس أو الإكراه أو الغبن، مادام قد تصرف عند التمسك بالبطان بشكل معقول استناداً إلى العقد".

والقاعدة في التدليس القولي أنه يقوم على الكذب وهو قول غير الحقيقة ويخرج من ذلك الكذب العادي المجرد من الظروف التي تقتضي بصفة خاصة تجنبه فالعبرة أن يكون المدلس قد أوهم المتعاقد بغير الحقيقة فحمله على التعاقد^(١).

٣. التدليس بالكتمان: وهو كتمان المدلس أمراً يعلمه في محل التعاقد كما إذ كتم البائع عن المشتري عيباً في محل التعاقد أو في أمر يتعلق به كما إذا كتم البائع أمر تعميم سيصدر بشأن محل التعاقد، وذلك خشية عدم إتمام العقد من المتعاقد الآخر، ويبدو أن واضعي المبادئ لجؤوا إلى تضيق التدليس السلبي القائم على الكتمان باعتبار أن الأصل في السكوت عدم اعتباره تدليساً لذا فقد اشترط أن يكون السكوت مخالفاً لمقتضيات حسن النية والتعامل الشريف في المسائل التجارية.

الأثر القانوني للتدليس: نصت المادة (٨/٣) من مبادئ عقود التجارة الدولية في صدرها على أنه "يجوز لأي طرف أن يتمسك ببطلان العقد إذا كان الطرف الآخر قد دفعه إلى التعاقد بطرق احتيالية" ومن هذا يمكننا الاستنتاج أن التدليس لا يمنع من تمام التعاقد ولكنه يفسد الإرادة ويخول للمدلس عليه الحق في طلب فسخ العقد أو إمضائه ولا فرق فيما إذا كان التدليس صادراً من أحد المتعاقدين أو من شخص أجنبي طالما كان المتعاقد الآخر يعلم أو كان من واجبه أن يعلم وكان هو المسئول عن تصرف هذا الغير، وفي التدليس المنسوب إلى شخص أجنبي لا يسأل المتعاقد الواقع التدليس لصالحه عن تصرفاته فيجوز إبطال العقد إذا كان هذا الطرف الآخر يعلم، أو كان عليه أن يعلم بالتدليس، مادام قد تصرف المدلس عليه عند التمسك بالبطلان بشكل معقول استناداً إلى العقد.

والخلاصة أن التدليس يعد عيباً من عيوب الإرادة في عقود التجارة الدولية سواء كان التدليس من أحد المتعاقدين أو من الغير طالما كان المتعاقد عالماً به أو كان من

(١) د. محمد بحر العلوم - مرجع سابق - ص ٥٨٧

المفترض أن يعلم به، ومتى ما كان هنالك تدليس من قبل أحد المتعاقدين على الآخر فللمدلس عليه حق إبطال العقد إن شاء فسخ العقد وإن شاء أمضاه.

ثانياً: التدليس كعيب من عيوب الإرادة في التشريع الإسلامي: استخدم الفقهاء في التشريع الإسلامي عدة ألفاظ للدلالة بها على التحايل في المعاملات ومن هذه الألفاظ الغش والخلافة والتدليس والتغيير ونحوها، وعند التعمق في معانيها نجدها جميعاً تجتمع حول معنى التحايل وكتمان الحقيقة لإظهار محل التعاقد على غير حقيقته^(١) مع وجود بعض الاختلافات في الأثر الشرعي في بعض منها نوضحها فيما يلي:

١. الغش: في اللغة هو "تزيين غير المصلحة وإظهار غير ما يضمن، وفي الاصطلاح لدى الحنابلة والحنفية يعني" اشتغال المبيع ونحوه على وصف نقص لو علم به المشتري لامتنع عن شرائه"^(٢) ولدى المالكية يعني "إبداء البائع ما يوهم كمالاً في مبيعه كذبا، أو كتم عيبه"^(٣)، وعرفه ابن عرفة المالكي بأنه هو "أن يوهم وجود مفقود في المبيع أو يكتم فقد موجود مقصود فقده منه لا تنقص قيمته لهما"^(٤) ولدى الشافعية هو تدليس يرجع إلى ذات المبيع مما يقتضي خروجه عما يظنه المشتري^(٥).

ويرى بعض الفقهاء أن مصطلح الغش عام يشمل كل ما هو تغيير للحقيقة، وكتمان للعيب، وتزيين للمعيب ليظهر بمظهر خالٍ من العيوب، وإظهار الشيء على غير جنسه وحقيقته، والكذب في الثمن وخلافه^(٦)، ويستندون في عموميته إلى ما

(١) د. علي محي الدين علي القره داغي - مرجع سابق - ص ٦٠١

(٢) الشيخ عبد الرحمن بن حسن - الدرر السنوية في الأجوبة النجدية - الطبعة الخامسة - الرياض ١٤١٤ هـ - ج ٦ ص ٦٠، العلامة بن عابدين الحنفي - منحة الخالق على البحر الرائق - دار الكتب العلمية - ج ٦ ص ٥٨، أشار إليهما د. عبد الله بن ناصر السليبي - مرجع سابق - ج ١ ص ٢٨.

(٣) سيدي أحمد الدرديري أبو بركات - الشرح الكبير - تحقيق محمد عليش - بدون سنة طبع - دار الفكر بيروت - ج ٣ ص ١٦٩

(٤) سيدي أحمد الدرديري أبو بركات - مرجع سابق - ج ٣ ص ١٦٩

(٥) د. عبد الله بن ناصر السليبي - مرجع سابق - ج ١ ص ٢٨

(٦) أحمد عبد الحلیم بن تیمیة الحرانی أبو العباس - كتب وسائل وفتاوي بن تیمیة في الفقه - حققه عبد الرحمن قاسم العاصبي النجدي الحنبلي - بدون سنة طبع - مكتبة بن تیمیة الرياض - ج ٢٨ ص ٧٢، د. علي محي الدين علي القره داغي - مرجع سابق - ج ١ ص ٦٠٢

رواه البخاري في أن رسول الله ﷺ مر على صبرة طعام فأدخل يده فيها فنالت أصابعه بللاً، فقال " ما هذا يا صاحب الطعام؟" قال: أصابته السماء يا رسول الله ! قال: " أفلا جعلته فوق الطعام كي يراه الناس؟ من غش فليس مني " (١).

٢. الخلابة: في اللغة معناها الخديعة بالمنطق وإمالة القلب بالقول اللين اللطيف (٢) وفي الاصطلاح أن يخدع أحد العاقدين الآخر بوسيلة موهمة، قوله أو فعلية تحمله على الرضا بالعقد (٣).

والخلافة تعد من شوائب الإرادة في العقود بصفة عامة وهي تشمل كل وسيلة تستخدم لتضليل المتعاقد الآخر لحمله على التعاقد، وهنالك عدة صور من صور التحايل في المعاملات تعد من أنواع الخلابة في الفقه الإسلامي وهي:

الصورة الأولى: الخيانة: وهذا النوع من الخلابة خصصها الفقهاء كشائبة من شوائب الإرادة في عقود الأمانة*، وتكون عند الكذب في العقود التي لا تنعقد عن طريق المساومة كعقود المراجعة والوضيعة والتولية، ومعناها أن البائع يطلع المشتري أثناء عقد البيع بينهما على مقدار رأس مال السلعة، ويزيد عليه ربحه فتكون مراجعة، أو يحط من رأس المال قدرًا معيناً فتكون مواضعة، أو يبيعه عليه بنفس رأس مالها فتكون تولية (٤).

(١) مسلم بن الحجاج أبو الحسين القشيري النيسابوري-صحيح مسلم - حققه محمد فؤاد العربي - بدون سنة طبع طبعه - دار إحياء التراث العربي - كتاب الإيمان الحديث رقم ١٠٢ - ج ١ ص ٩٩ ، محمد بن عيسى أبو عيسى الترمذي - سنن الترمذي - حققه احمد محمد شاكر وآخرون - دار إحياء التراث العربي بيروت - ج ٣ ص ٦٠٦

(٢) المعلم بطرس البستاني - محيط المحيط - مرجع سابق - مادة خلب - ص ٢٤٦

(٣) الشيخ مصطفى أحمد الزرقا - المدخل الفقهي العام - الطبعة التاسعة ١٩٦٨م - مطبعة إلف باء الأديب بدمشق، أشار إليه د. محمد سلامة - نظرية العقد في الفقه الإسلامي من خلال عقد البيع - طبعة ١٤١٤هـ/١٩٩٤م - مطبعة فضالة بالمملكة المغربية - ص ٢٢٩

(*) هنالك نوع آخر من بيوع الأمانة معروف في الفقه المالكي والحنبلي ببيع المسترسل أو المستأمن ، حيث يفوض فيه أحد المتعاقدين أمره إلى الآخر أن يبيع له أو يشتري منه وفق ثمن السوق وهو يكشف له حاله أنه يستأمنه ويستنيبه في ذلك لعدم درايته بحقيقة الثمن، فإذا لم يصدقه وكذب عليه فيما استأمنه من الثمن وخذعه، كان له حق الخيار في فسخ البيع واجازته " للاستزادة راجع د. عدنان خالد التركماني - مرجع سابق - ص ١٧٦

د. محمد سلامة - مرجع سابق - ص ٢٣٠

الأثر الشرعي للخيانة: اختلف الفقهاء في أثر الخيانة الشرعي إلى رأيين الأول أنه ليس للمشتري إلا الحط من الزيادة أي أنه ليس له خيار ويتبنى هذا الرأي أصحاب المذهب الشافعي والرأي الراجح من مذهب الحنابلة وبه قال أبو يوسف من الحنفية وحصره أبو حنيفة في التولية، أما الرأي الثاني فهو التخيير والقائلون به اختلفوا فيما بينهم فمنهم من يرى إمضاء العقد بعد حط الزيادة أو فسخ العقد وهو رواية عند أحمد بن حنبل، ومنهم من يرى حق المتعاقد المضرور في فسخ العقد أو إمضاء العقد وفق ما تم الاتفاق عليه أي دون إسقاط الزيادة، وهو رأي المذهب المالكي، ورأي الإمام محمد من الحنفية وهو قول أبي حنيفة في المراجعة^(١).

الصورة الثانية: النجش: وهو كل فعل و قول يقصد به دفع المتعاقد على التعاقد ولولاه لما أقدم على التعاقد^(٢). وهذه الصورة يتصور إتيانها من قبل المتعاقد كمن يقول لقد منحت في هذه السلعة كذا وكذا كذبا، أو يقول إنه اشتراها بسعر أزيد مما يقوله المتعاقد الآخر، كما يمكن تصورها من الغير وهو أن يتواطأ البائع مع شخص أن يظهر رغبة في الشراء أو التعاقد بثمن أكثر من قيمته ليوهم غيره مزاحمة تغريه بالشراء^(٣).

الأثر الشرعي للنجش: لا خلاف بين الفقهاء في أن النجش حرام لقوله ﷺ: (ولا تناجشوا)^(٤) (*) ولكن اختلفوا فيما بينهم في الأثر الشرعي للنجش إلى رأيين أولهما وهو

(١) د. السيد نشأت إبراهيم الدبري - مرجع سابق - ص ٤١٥

(٢) د. عدنان خالد التركماني - مرجع سابق - ص ١٧٧

(٣) د. محمد سلامة - مرجع سابق - ص ٢٣١

(٤) محمد بن إسماعيل بن عبدالله البخاري الجعفي - صحيح البخاري - حققه د. مصطفى ديب البغا - الطبعة الثالثة ١٤٠٧ هـ - دار ابن كثير اليمامة بيروت - ج ٢ ص ٧٥٢. علي بن عمر أبو الحسن دارقطني البغدادي - سنن الدارقطني - حققه السيد علي هاشم يماني المدني - طبعة ١٣٨٦ هـ / ١٩٦٦ م - دار المعرفة بيروت - ج ٣ - ص ٧٥

(*) ورد الحديث رقم ٢٨٣ في سنن الدارقطني بالصيغة التالية "تنا يعقوب بن إبراهيم الزبانا بشر بن مطرنا سفيان عن أبي الزناد عن الأعرج عن أبي هريرة رضي الله عنه قال يعني النبي صلى الله عليه وسلم ثم لا يبيع حاضر لباد ولا تناجشوا ولا تلقوا الركبان للبيع ولا تصروا الإبل والغنم للبيع فمن ابتاع من ذلك شيئا فهو بخير النظرين إن شاء أمسكها وإن شاء أن يردّها وصاعا من تمر لا سمراء"

مذهب جمهور الفقهاء من المالكية والحنابلة والشافعية، وهؤلاء يرون أن للمتعاقد الواقع عليه الضرر الخيار بين إمضاء العقد أو فسخه لأن رضاه بالعقد قد شابتة شائبة من شوائب الرضا التي تعد الأساس في التعاقد، وثانيتها هو رأي المذهب الحنفي وقول عند الشافعية ويرون أن النجش لا يعيب الإرادة فلا يسوغ إبطال العقد ترجيحاً لجانب استقرار التعاملات التجارية^(١).

الصورة الثالثة: تلقي الركبان: ويعبر عنه بتلقي السلع وتلقي الجلب، والمقصود بهذه الألفاظ تلقي السلع والبضائع القادمة إلى أسواق المدينة خارجها والتعاقد معهم قبل دخولهم السوق، أما المعنى الاصطلاحي فهو "تلقى الركبان والشراء منهم بأرخص من سعر البلد لعدم معرفة الركبان القادمين بسعر سلعتهم في البلدة"^(٢).

وذهب جمهور الفقهاء إلى أن تلقي الركبان محرم وأن المتلقي عاص وأثم، لما روي عن رسول الله ﷺ أنه نهى عن تلقي البيوع^(*) وروي عن البيهقي بسنده عن ابن عمر قال: أنهم كانوا يتبايعون الطعام في عهد رسول الله ﷺ من الركبان فنهاهم أن يبيعوه في مكانه الذي ابتاعوه فيه حتى ينقلوه إلى سوق الطعام^(٣).

الأثر الشرعي لتلقي الركبان: أجمع الفقهاء على حرمة تلقي الركبان، ولكنهم اختلفوا حول الأثر الشرعي له إلى رأيين أولهما صحة العقد مع الكراهية إذا كان تلقي الركبان يضر بأهل البلد أو يلبس السعر على القادمين بسبب عدم علمهم وتنتفي لديهم

(١) د. عدنان خالد التركماني - مرجع سابق - ص ١٧٨

(٢) د. علي محي الدين على القرة داغي - مرجع سابق - ج ١ ص ٦٤٠

(*) ورد الحديث برقم (١٠٦٨٣) بهذه الصيغة في السنن الكبرى للبيهقي "أخبرنا محمد بن عبد الله بن محمد بن يعقوب ثنا جعفر بن محمد بن الحسين ثنا يحيى بن يحيى قال قرأت على مالك عن أبي الزناد عن الأعرج عن أبي هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال ثم لا يتلقى الركبان للبيع ولا يبيع بعضكم على بيع بعض ولا تناجشوا ولا يبيع حاضر لباد ولا تصروا الإبل والغنم فمن ابتاعها بعد ذلك فهو بخير النظرين بعد أن يحلها فإن رضىها أمسكها وان سخطها ردها وصاعاً من تمر رواه البخاري في الصحيح عن عبد الله بن يوسف عن مالك ورواه مسلم عن يحيى بن يحيى وأخرجه من حديث أبي حازم عن أبي هريرة نهي أن يبيع مهاجر لأعرابي وقد مضى" راجع أحمد بن الحسين بن علي بن موسى أبو بكر البيهقي - سنن البيهقي الكبرى - حققه محمد عبد القادر عطا - طبعة ١٤١٤هـ/١٩٩٩م - مكتبة دار الباز مكة المكرمة - ج ٥ ص ٣٤٦

(٣) أحمد بن الحسين البيهقي - سنن البيهقي الكبرى - مرجع سابق - ج ٥ ص ٣٤٨

الكراهية في حال عدم تحقق أي من الشرطين وهذا الرأي تبناه المالكية والحنفية، وثانئهما: أن للركبان الخيار في إمضاء العقد أو إبطاله إذا هبطوا السوق وعلموا أنهم قد غبنوا غبنا يخرج عن العادة ويستندون في ذلك إلى قول رسول الله ﷺ "لا تلقوا الجلب فمن تلقاها فاشتري منها شيئاً فصاحبه بالخيار إذا أتى السوق"^(١) وتعليهم في ذلك أن الخديعة يمكن استدراكه بالخيار^(٢).

٣. **التغيرير (التدليس):** يعتبر الفقهاء في التشريع الإسلامي أن مصطلحي التدليس والتغيرير مصطلحان مترادفان، فاستخدم بعض الفقهاء لفظ التدليس وآخرون لفظ التغيرير ويقصدون به استخدام وسائل خادعة تحمل على التعاقد بحيث لو اطلع عليها المتعاقد لما قبل أخذها بالعوض الذي دفعه^(٣) وفي ذلك يقول الدكتور علي محي الدين علي القرّة أنهما أي التغيرير والتدليس بمعنى واحد، وإن كان التدليس أكثر استعمالاً في الفعل والكتمان، والتغيرير أكثر استعمالاً في القول، ويدل على مساواتهما أن الفقهاء يستعملون أحدهما مكان الآخر أو يجمعونهما مترادفين فيقول الشيرازي عند حديثه عن تلقي الركبان "لأن هذا أي تلقي الركبان - تدليس وغرر فلم يحل..."^(٤) ونرى تعريف التغيرير لاختلافه في المدلول اللغوي عن التدليس وباعتبار أننا قد عرفنا التدليس في موضع آخر ومن ثم استخدام لفظ التدليس باعتبار أنه هو المصطلح الأنسب في بحثنا هذا كون أن مبادئ العقود التجارية الدولية قد استخدمته وبحثنا قائم على الموازنة والتحليل لمبادئ العقود التجارية الدولية.

(١) أبي عوانة يعقوب بن إسحاق الأسفرائيني - مسند أبي عوانة - حققه إيمان بن عارف الدمشقي - الطبعة الأولى ١٩٩٨م - دار المعرفة بيروت - ج ٣ ص ٢٦٤

(٢) د. عدنان خالد التركماني - مرجع سابق - ص ١٧٩، د. علي محي الدين علي القرّة داغي - مرجع سابق - ج ١ ص ٦٤٥

(٣) د. السيد نشأت إبراهيم الدبريني - مرجع سابق - ص ٤٠٦

(٤) د. علي محي الدين علي القرّة داغي - مرجع سابق - ج ١ ص ٦٠٣

التغيير لغة: يعني خدعه وأطمعه بالباطل، وهو تزوين الخطأ بما يوهم أنه صواب، وفي لسان العرب يطلق ويراد به إيقاع الشخص في الغرر أي في الخطر. وفي الاصطلاح يعني إظهار الشيء بمظهر غير حقيقي، مع إعطائه صفة ليست له، لكي يستثير رغبة الطرف الآخر، فيقدم على إبرام العقد، وعرفه الإمام محمد أبو زهرة بأنه هو أن يجعل العاقد في حال يعتقد معها أنه أخذ الشيء بقيمته والحقيقية غير ذلك^(١) ولا خلاف بين المفهوم الاصطلاحي للتغيير وبين مفهوم التدليس الذي تم ذكره سابقا.

أنواع التدليس (التغيير): قسم الفقهاء التدليس إلى أنواع هي:

(أ). التدليس القولي: وهو الكذب من أحد العاقدين ليدفع المتعاقد الآخر إلى التعاقد، ويدخل فيه كل وسيلة قولية يتخذها أحد العاقدين أو الغير بمعرفته للتحايل على الآخر سواء كان كذبا محضا أو شابته طرق خفية للتأثير، فيكون الكذب المحض تدليسا في عقود الأمانة كما أسلفنا في الخلافة بل ويكون في غير عقود الأمانة أي في التعامل بالمماكسة أي إنقاص الثمن والمساومة، فمتى ما كان الكذب من شأنه التغيير بالمتعاقد الآخر وإلحاق الغبن به غبنا فاحشا أعد ذلك تدليسا يوجب الخيار^(٢)، وهذا الذي يميز التدليس القولي عن التدليس الفعلي الذي لا يشترط فيه أن يكون غبنا فاحشا كما سيأتي.

الأثر الشرعي للتدليس القولي: يرى جمهور الفقهاء أن التدليس القولي إذا صحبه في السعر غبن فاحش كان للمغبون حق إبطال العقد دفعا للضرر^(٣).

(١) الإمام محمد أبو زهرة - الملكية ونظرية العقد في الفقه الإسلامي - مرجع سابق - ص ٤١٨

(٢) أ.د. عبد الرزاق السنهوري - مصادر الحق في الفقه الإسلامي - مرجع سابق - ج ٢ ص ١١٦

(٣) د. عدنان خالد التركماني - مرجع سابق - ص ١٨٠

(ب). **التدليس الفعلي**: يقصد به التدليس الذي يتم في المعقود عليه بفعل إيجابي أو سلبي من قبل المدلس، وذلك بأن يفعل في محل العقد فعلا يظن به المتعاقد الآخر كمالا مثال ذلك بيع المصرة، ولا يشترط جمهور الفقهاء في التدليس الفعلي إلحاق غبن فاحش بالمتعاقد الآخر، فيكفي لديهم فوات الوصف المرغوب فيه ليعد الفعل تدليسا^(١).

الأثر الشرعي للتدليس الفعلي: يرى جمهور الفقهاء من المالكية والحنفية وبعض من فقهاء الشافعية والحنابلة أن التدليس الفعلي يوجب الخيار بمجرد تحققه متى توفر القصد واختلف به الثمن، وخالفهم في ذلك النووي الذي يرى أن الخيار يثبت للمدلس عليه إذا كان التدليس الفعلي فيه نوع من الدقة والإحكام بحيث لا يكشفه العاقد الآخر من أول وهلة، كما أن التدليس الحاصل بسبب تقصير العاقد لا يعد تدليسا لدى الشافعية والحنابلة^(٢).

(ج). **التدليس بالكتمان**: يتحقق التدليس في هذا النوع بكتمان المتعاقد عيبا موجودا في محل العقد عند التعاقد ينقص به الثمن لدى التجار، ولم يذكره للمتعاقد الآخر، ويقول الشيرازي في ذلك " ومن ملك عينا وعلم بها عيبا لم يجز أن يبيعها حتى يبين عيبها فإن باع ولم يبين العيب صح البيع مع ثبوت الخيار له، فإن لم يعلم بالعيب واشتراه، ثم علم بالعيب فهو بالخيار بين أن يمسه وبين أن يرد، لأنه بذل الثمن ليسلم له مبيع سليم ولم يسلم له ذلك فثبت له الرجوع بالثمن^(٣) وقد عالج الفقه الإسلامي هذا الموضوع بشكل مستفيض من خلال خيار العيب.

(١) د. علي محي الدين على القرة داغي - مرجع سابق - ج ١ ص ٦٠٨

(٢) د. عدنان خالد التركماني - مرجع سابق - ص ١٨٠

(٣) د. علي محي الدين على القرة داغي - مرجع سابق - ج ١ ص ٦٦٢

الأثر الشرعي لتدليس الكتمان: يتفق الفقهاء على أن تدليس الكتمان يوجب إبطال العقد فللمدلس عليه الحق في إمضاء العقد أو فسخه ذلك أن الأصل في العقود السلامة من العيوب ويقول ابن قدامة المقدسي " متى علم بالمبيع عيبا لم يكن عالما به فله الخيار سواء كان البائع علم العيب وكتمه، أو لم يعلم " وقال العلامة البابرتي "إذا اطلع المشتري على عيب في المبيع فهو بالخيار لأن مطلق العقد يقتضي وصف السلامة ووصف السلامة يفوت بوجود العيب فعند فواته يتخير لأن الرضا داخل في حقيقة البيع وعند فواته ينتفي الرضا فيتضرر بلزوم ما لا يرضى به^(١) .

والخلاصة: أن أحكام التدليس في العقود التجارية الدولية تكاد تكون مطابقة لأحكام التدليس في التشريع الإسلامي مع وجود بعض الاختلافات في التفاصيل، ويعد التدليس عيبا من عيوب الإرادة في كليهما سواء كان التدليس من أحد المتعاقدين أو من الغير طالما كان المتعاقد عالما به أو كان من المفترض أن يعلم به، ومتى ما كان هنالك تدليس من قبل أحد المتعاقدين على الآخر فللمدلس عليه حق إبطال العقد إن شاء فسخ العقد وإن شاء أمضاه.

الفرع الثالث: الإكراه كعيب من عيوب الإرادة: يعد الإكراه عيبا من عيوب الإرادة في كافة النظم القانونية ولقد نصت عليها مبادئ اليونيدروا كعيب من عيوب الإرادة ورتبت عليه بعض الأحكام في حال ثبوته، وقبل الخوض في تلك الأحكام لا بد من توضيح مفهومه في اللغة والاصطلاح وفي المبادئ وذلك وفقا للتالي:

معنى الإكراه لغة: مصدره كره، وتدور مواد اللفظ على معاني الكره المنافي للمحبة والرضا، كما تدور على معاني المشقة والإجبار والقبح والشدة والقهر. يقال أكرهه أي حملته على أمره وله كاره، أو حملة عليه قهرا، ويقال فعله على تكرُّه إذا فعله وهو لا يريد ولا يرضاه، ويقال فعله عن كراهية أي عن غير رضى، ويقال استكره الشيء عده

(١) شرح العناية على الهداية (١٥١/٥)

ووجده كريهاً، وكره الأمر والمنظر بمعنى أقبحه^(١)، وكَرِهْتُ الشيء من باب سَلِمَ، والكُرْهُ بالضم المشقة وبالفتح الإكراه، يقال قام على كره أي على مشقة^(٢).

مفهوم الإكراه لدى القانونيين: عُرِفَ الإكراه بأنه "أذى أو ضغط مادي أو معنوي يقع على المتعاقد بغير وجه حق فيولد في نفسه خشية تدفعه إلى التعاقد ومن ثم تكون إرادته غير سليمة"^(٣) وقيل بأنه الضغط الذي تتأثر به إرادة الشخص فيندفع في التعاقد^(٤)، وعرفه المشرع العراقي بأنه هو "إجبار الشخص بغير حق على أن يعمل عملاً دون رضاه^(٥) (*)

الإكراه الذي يمس الإرادة هو الإكراه الذي يفقد الحرية، والذي يولد الرهبة في النفس فالعبرة في الإكراه ليست الوسائل المستخدمة بل هي النتيجة المتولدة عن وسيلة الإكراه وهي الرهبة والخوف المتولدة عن تلك الوسائل، فالعبرة بالغاية وليست الوسيلة.

أولاً: الإكراه كعيب من عيوب الإرادة في عقود التجارة الدولية: لقد نصت مبادئ العقود الدولية الصادرة عن معهد روما "اليونيدروا" على الإكراه كشائبة من شوائب الإرادة، بموجب المادة ٩/٣ التي تقرأ "يجوز لأحد الأطراف التمسك ببطلان العقد إذا كان ما دفعه إلى إتمام العقد هو تهديدات غير مبررة من الطرف الآخر، وكانت هذه التهديدات - بالنظر إلى الظروف المحيطة - حالة وخطيرة بحيث لا تجعل للطرف الأول بديلاً معقولاً ويعتبر التهديد غير مبرر - بوجه خاص - إذا كان طلب الفعل أو الامتناع

(١) المعلم بطرس البستاني - معجم، محيط المحيط - مرجع سابق - مادة كره - ص ٧٧٨

(٢) الإمام محمد أبو بكر الرازي - مختار الصحاح - مرجع سابق - باب الكاف - ص ٥٦٨

(٣) د. أبو ذر الغفاري بشير - مرجع سابق - ص ٦٣

(٤) أ.د. محمد الشيخ عمر - مرجع سابق - ص ١٢١

(٥) المادة ١١٢ من القانون المدني العراقي.

(*) لم يرد في قانون المعاملات السوداني تعريفاً للإكراه ولقد نظم أحكامه تحت المواد (٦٩، ٧٠، ٧١) ويبدو أن المشرع قد ترك أمر تعريفه للفقهاء.

عن الفعل محل التهديد غير مشروع في حد ذاته، أو كانت الوسيلة المستخدمة غير مشروعة لحمل الطرف الآخر على التعاقد^(١).

الشروط اللازمة لتحقيق الإكراه في عقود التجارة الدولية: لكي ينتج الإكراه أثره القانوني وفقا لمبادئ اليونيدروا واعتباره عيبا يشوب الإزادة لا بد من توفر الشروط التالية :

الشرط الأول: وجود تهديد غير مبرر "غير مشروع" دافع إلى التعاقد: يلزم لكي يتحقق الإكراه وفقا لمبادئ اليونيدروا أن يكون هنالك تهديد غير مبرر أي غير مشروع وأن يكون هذا التهديد هو الدافع إلى التعاقد، أي يجب أن يكون تعاقدته تم بسبب التهديد غير المشروع الواقع عليه. ويكون التهديد غير مشروع إذا ما كان الفعل المطلوب تنفيذه أو الفعل المطلوب عدم تنفيذه غير مشروع في حد ذاته، أو في حال كانت الوسيلة المستخدمة في التهديد غير مشروعة.

الشرط الثاني: أن يكون هذا التهديد حالاً وخطيراً " لا يعتبر مجرد قيام التهديد سببا لقيام حالة الإكراه بل يجب أن يكون التهديد حالاً وخطيراً ولا يكفي مجرد الرهبة المتولدة في النفس وفقا للمبادئ لقيام حالة الإكراه، كما لا يكفي الاعتقاد بأن ضرا جسيما سوف يلحق به، وخطورة وجدية التهديد التي تشترطه المبادئ مسألة موضوعية يراعى في تقديرها الظروف المحيطة بواقعة التعاقد، فالتعاقد لدفع ضرر محقق به وضرر غير خطير لا يؤدي إلى قيام حالة الإكراه.

الشرط الثالث: أن يصدر التهديد من المتعاقد الآخر أو يكون على علم به: يجب وفقا لمبادئ اليونيدروا أن يصدر التهديد من الطرف الآخر، أو أن يكون على علم به

Article 3-9 UNIDROIT PRINCIPLES "A party may avoid the contract when it has been led to conclude the contract by the other (١) party's unjustified threat which, having regard to the circumstances, is so imminent and serious as to leave the first party no reasonable alternative. In particular, a threat is unjustified if the act or omission with which a party has been threatened is wrongful in itself, or it is wrongful to use it as a means to obtain the conclusion of the contract".

ويكفي العلم الافتراضي حيث إنه يعتد بالإكراه إذا كان من كان لصالحه الإكراه يعلم، أو كان عليه أن يعلم بالإكراه^(١).

الشرط الرابع: أن لا يكون هنالك بديل معقول غير إتمام العقد: يشترط لقيام حالة الإكراه أن يكون المتعاقد قد أكره على شيء واحد هو التعاقد لا بديل له، ومتى ما كان هنالك تخيير بين التعاقد وبديل معقول فإن اختيار المكره للتعاقد لا يؤدي إلى قيام حالة الإكراه المعيب للإرادة طالما أنه اختار ذلك مع وجود البديل المعقول^(٢).

أنواع الإكراه: من وخلال نص المادة (٩/٣) من مبادئ اليونيدروا يتضح لنا أن هنالك نوعين من الإكراه نوع يعتد به كعيب من عيوب الإرادة ويبطل به العقد بناء على طلب المضرور وهو الإكراه الذي يكون نتيجة تهديد غير مبرر، أي نتيجة التهديد غير المشروع، والنوع الآخر هو التهديد المشروع وهذا النوع من التهديدات لا تعيب الإرادة ولا يحق للمكره لسبب مشروع التمسك ببطلان العقد نتيجة ذلك التهديد.

الإكراه الصادر من الغير: وفقا لمبادئ اليونيدروا يكون الإكراه من أحد المتعاقدين ويمكن أن يكون من الغير ولكن لا يعتد به في هذه الحالة الأخيرة إلا إذا كان المتعاقد الذي وقع الإكراه لصالحه يعلم أو كان من المفترض حتماً أن يعلم بهذا الإكراه.

قسم واضعو مبادئ اليونيدروا الغير إلى فئتين أولاهما الغير الذي يكون الطرف الواقع الإكراه لصالحه مسئولاً عن تصرفاته وهذه الفئة من الغير تكون تصرفاتهم وسلوكهم كأنها صادرة منه شخصياً أي من المتعاقد الذي صدر الإكراه لصالحه متى ما علم به حتى ولو علما افتراضياً، وإكراه هؤلاء يجوز إبطال العقد به كما لو كان هذا السلوك قد صدر من هذا الطرف الآخر نفسه، وثانيتها هم الغير الذين لا يكون الطرف الذي صدر الإكراه لصالحه مسئولاً عن تصرفاتهم، فهؤلاء تصرفاتهم وسلوكهم لا يعتد بها ما لم يكن الطرف الذي وقع لصالحه الإكراه كان على علم

(١) أنظر المادة (٩/٣) والمادة (١١/٣) من مبادئ اليونيدروا

(٢) أنظر المادة (٩/٣) من مبادئ اليونيدروا

بالإكراه أو كان من المفترض عليه العلم به شريطة أن يتصرف المتعاقد الآخر عند التمسك بالبطلان بشكل معقول استناداً إلى العقد^(١).

الأثر القانوني للإكراه وفقاً لقواعد التجارة الدولية : الإكراه متى ما توفرت شروطه كان مفسداً للإرادة، فهو لا يعدمها ولكن يعيها ولذلك فهو لا يحول دون انعقاد العقد، ولكنه يخول الذي تعاقد تحت تأثيره الحق في طلب إبطال العقد.

ومن الواضح من نصوص المبادئ أن الحق في إبطال العقد يقوم بمجرد تحقق الإكراه بشروطه، دون أي شرط آخر في حال كان التهديد صادراً من المتعاقد الآخر، أما في حال كان الإكراه صادراً من الغير فإنه يشترط للمطالبة بإبطال العقد أن يكون المتعاقد الآخر على علم بأن المتعاقد معه يتعاقد نتيجة إكراه واقع عليه من الغير أو أن يكون من المفترض فيه حتماً أن يعلم بذلك^(٢).

وباعتبار أن الإكراه صادر عن عمل غير مشروع فإنه يخول من وقع عليه الحق في مطالبة الطرف الآخر الذي يعلم، أو كان عليه أن يعلم، بأسباب البطلان بالتعويض سواء كان العقد قد أبطل أم لا، ليعيده إلى الحالة التي كان يجب أن يكون عليها لو لم يبرم العقد^(٣).

يجوز وفقاً للمبادئ للطرف الواقع عليه الإكراه عند اختياره إبطال العقد التمسك باسترداد ما قد يكون قد تم تنفيذاً للعقد أو للبنود التي أبطلت، على أن يرد - بصورة متزامنة - ما تلقاه طبقاً للعقد أو الجزء الذي أبطل، فإذا لم يكن في الإمكان الرد العيني، فيلتزم الطرف الذي قام بالإكراه بتقديم مقابل نقدي لما تسلمه^(٤).

وعلى ذلك يعد الإكراه عيباً من عيوب الرضا في عقود التجارة الدولية، وهو بالتالي متى ما تحقق يؤدي إلى بطلان العقد القائم على أساسه، ومتى ما كانت الغاية

(١) أنظر المادة (١١/٣) من مبادئ اليونيدروا

(٢) أنظر المادة (٩/٣) والمادة (١١/٣) من مبادئ اليونيدروا

(٣) أنظر المادة (١٨/٣) من مبادئ اليونيدروا

(٤) أنظر المادة (١٧/٣) من مبادئ اليونيدروا

غير مشروعة ودون وجه حق فالإكراه يكون متحققاً ومنتجاً لأثاره، سواء صدر الإكراه من المتعاقد الآخر أو من الغير متى ما كان على علم به أو كان من المفترض حتماً أن يكون على علم به، فالإكراه من حيث هو عيب في الإرادة يكون مفسداً للرضا سواء صدر من أحد المتعاقدين أو من الغير عند تحقق شروطه. ومتى ما تحقق قيام الإكراه جاز للمكروه المطالبة بالتعويض والمطالبة باسترداد ما قدمه تنفيذاً للعقد أو باسترداد قيمته نقداً عند عدم إمكانية ردها عينا في حال تمسكه بالبطان.

ثانياً: الإكراه كعيب من عيوب الإرادة في التشريع الإسلامي: يعد الإكراه شائبة من شوائب الإرادة المعتمد بها في التشريع الإسلامي، ولقد اعتنى فقهاء المسلمين بمسائل الإكراه عناية كبيرة لم يشهدها غيره من شروط الرضا وعيوبه ولا سيما الحنفية الذين أفردوا له باباً خاصاً في مؤلفاتهم^(١).

تعريف الإكراه اصطلاحاً: للفقهاء تعريفات كثيرة للإكراه لا تختلف فيما بينها اختلافاً كبيراً رغم كثرتها منها تعريف علاء الدين البخاري الذي يعرفه بأنه "حمل الغير، بغير حق، على أمر يمتنع عنه بتخويف يقدر الحامل أي المكروه على إيقاعه ويصير الغير خائفاً به"^(٢). وعرفه السرخسي بأنه "اسم لفعل يفعله المرء بغيره فينتفي به رضاه أو يفسد به اختياره من غير أن تنعدم به الأهلية في حق المكروه أو يسقط عنه الخطاب"^(٣) وعرفه الحطاب الرعيبي من المالكية بأنه "ما يفعل بالمرء مما يضره ويؤلمه"^(٤).

شروط الإكراه في التشريع الإسلامي: اشترط الفقهاء عدة شروط لتحقيق الإكراه منها ما هو محل اتفاق بينهم ومنها ما هو محل خلاف وسنبينها بشيء من اختصار خشية التكرار والتطويل وهذه الشروط هي:

- (١) د. علي محي الدين على القره داغي - مرجع سابق - ج ١ ص ٤١٠
- (٢) د. عبد الكريم زيدان - المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية - مرجع سابق - ص ٣٠٠ محيلاً إلى كشف الأسرار - ج ٤ ص ١٥٠٢
- (٣) الشيخ أبو بكر بن محمد بن أبي سهل السرخسي - المبسوط للسرخسي - مرجع سابق - ج ٢٤ ص ٣٨
- (٤) أبي عبدالله محمد بن محمد بن عبد الرحمن المغربي الحطاب الرعيبي - مرجع سابق - ج ٦ ص ٣٧

الشرط الأول: قدرة المكره على إيقاع ما هدد به، لا بد أن يكون التهديد من شخص قادر على تنفيذ ما هدد به، وأن يكون المهدد جادا في تهديده وأنه منفذ لما هدد به إذا لم يمثل^(١) فإن كان المكره غير قادر على إيقاع ما هدد به، وكان المكره عالما بعدم قدرته كان تهديده لغوا لا قيمة له، ولا يتحقق به الإكراه^(٢).

الشرط الثاني: خوف المكره من أن يوقع المكره ما هدد به إن لم يجبه، ولا يشترط اليقين لتحقق الإكراه، بل يكفي غلبة الظن، فإن غلب على ظن المكره أن المكره سيوقع ما هدد به إن لم يجبه إلى طلبه صار هذا إكراه^(٣)، وشريطة أن يكون المكره عاجزا عن دفع الإكراه والنجاة منه فتحقق هذا ينتفي معه الإكراه^(٤).

الشرط الثالث: أن يكون ما هدد به فيه ضرر كثير: يحصل الإكراه بكل ما يجعل العاقل يقدم عليه حذرا وخوفا من وقوع ما هدد به، وهذا المعيار يختلف من شخص لآخر ومن حال لحال، ولقد اتفق الفقهاء على أن الوعيد المقترن بعذاب يفوت الرضا أما الوعيد المجرد ففيه خلاف والجمهور يجيزه ويعتبره إكراه^(٥).

الشرط الرابع: أن يكون الشيء المهدد به عاجلاً فلو كان أجلاً في المستقبل لم يتحقق الإكراه لأن بالتأجيل يتمكن المكره من الاحتماء بالسلطات العامة وهذا شرط لدى الشافعية والحنابلة والحنفية أما المالكية فلا يشترطون ذلك والشرط لديهم أن يكون الخوف حالاً^(٦).

(١) د. محمد مصطفى شليبي - مرجع سابق - ص ٥٨١

(٢) د. عبد الكريم زيدان - مرجع سابق - ص ٣٠٠

(٣) د. صالح بن عبد العزيز الغليفة - مرجع سابق - ص ٣٤٢

(٤) د. عيسى زكي عيسى محمد شقرة - الإكراه وأثره في التصرفات - الطبعة الأولى ١٤٠٦هـ/٢٩٨٦م - مكتبة المنار الإسلامية - ص ٤٦

(٥) د. عيسى زكي عيسى محمد شقرة - مرجع سابق - ص ٤٦

(٦) أ.د. وهبة الزحيلي - الفقه الإسلامي وأدلته - مرجع سابق - ج ٤ ص ٢١٤

الشرط الخامس: أن يكون المكره عليه معيناً فإن كان فيه تخيير فلا يتحقق الإكراه وهذا شرط يشترطه الشافعية، أما الحنابلة فلا يشترطونه ويقع الإكراه وإن كان هنالك تخيير^(١).

الشرط الثالث: أن يكون الإكراه بغير حق أي لا يكون مشروعاً: وهو ما يقصد منه الوصول إلى غرض غير مشروع، فإن كان الإكراه بحق وهو الذي يقصد منه تحقق غرض مشروع فلا تأثير له على التصرفات أصلاً كبيع مال المدين جبراً عنه للوفاء بديونه^(٢).

أنواع الإكراه: قسم الفقهاء في التشريع الإسلامي الإكراه إلى عدة تقسيمات باعتبارها مختلفة فقسمه الحنفية والزيدية والشافعية والحنابلة إلى نوعين هما:

النوع الأول: الإكراه الملجئ وهذا النوع يكون بالتهديد بإتلاف النفس أو عضو، والتهديد بإتلاف جميع المال أو بقتل من يهيم الإنسان أمره على رأي من جعل هذا التهديد إكراهاً، وسمي هذا النوع بالملجئ لأن المكره يضطر معه إلى مباشرة ما طلب منه خشية فوات النفس أو العضو أو المال، وهذا النوع يعدم الرضا والاختيار لدى الشافعية والمالكية والحنابلة، ويفسد الاختيار ويعدم الرضا لدى الحنفية^(٣).

النوع الثاني: الإكراه غير الملجئ: وهو الإكراه الذي يكون بالحبس أو القيد أو الضرب الذي لا يخاف منه التلف، أي يكون بالتهديد بما دون إتلاف النفس أو العضو أو كل المال وهو يختلف باختلاف الأشخاص^(٤) وهو يعدم الرضا ولكنه لا يفسد الاختيار لعدم

(١) د. صالح بن عبد العزيز الغليفة - مرجع سابق - ص ٣٤٥

(٢) أ.د. وهبة الزحيلي - الفقه الإسلامي وأدلته - مرجع سابق - ج ٤ ص ٢١٥

(٣) د. عبد الكريم زيدان - مرجع سابق - ٣٠١

(٤) جاء في المادة (٧٠) من قانون المعاملات المدنية السوداني لعام ١٩٨٣ م أنه "يراعى في تقدير الإكراه اختلاف الأشخاص بحسب الجنس والسن ودرجة التأثير ومستوى الثقافة والحالة الاجتماعية والصحية وغير ذلك من الظروف التي يكون من شأنها أن تؤثر في جسامته الإكراه".

الاضطرار إلى مباشرة ما أكره عليه لتمكنه من الصبر على ما هدد به بخلاف الإكراه الملجئ^(١).

أما الملكية فقد قسموا الإكراه إلى إكراه شرعي أي مشروع وإكراه غير شرعي أو إكراه غير مشروع فالأول هو الإكراه على الفعل الذي تعلق به حق لمخلوق كإجبار القاضي المدين على بيع ماله لقضاء دينه، وأما الثاني أي الإكراه غير الشرعي فهو ما كان إكراها على فعل لا يتعلق به حق لمخلوق وهذا النوع يؤثر في الرضا ويجعل العقود باطلة أو موقوفة^(٢).

الأثر الشرعي للإكراه في العقود : اختلف الفقهاء في أثر الإكراه على العقود إلى أربعة مذاهب هي:

المذهب الأول: مذهب جمهور الفقهاء: يرى جمهور الفقهاء من الشافعية والحنابلة والجعفرية أن كل عقد تم تحت تأثير الإكراه، باطل سواء كان الإكراه ملجئاً أو غير ملجئ وسواء كان العقد قابلاً للفسخ أو غير قابل للفسخ، وحجتهم في ذلك أن الرضا هو أساس صحة التصرفات والإكراه يعدم الرضا، وإن كان الإكراه معدماً للرضا فتكون عبارة المكره وتصرفاته غير صحيحة، فلا يترتب عليها أي أثر في جميع العقود^(٣).

المذهب الثاني : مذهب الحنفية: يفرق الحنفية بين الأقوال التي تقبل الفسخ والأقوال التي لا تقبله والذي يهمننا في هذا الموضوع هو الإكراه الواقع على الأقوال الإنشائية التي تقبل الفسخ ولا تصح مع الهزل كالعقود ونحوه، ويرون أن المكره مختار في التلفظ أو التصرف لأنه اختار أهون الشرين فيكون العقد منعقداً بعبارته إلا أنه غير صحيح لعدم الرضا، فيكون فاسداً، أي يرون أن العقد يقع فاسداً لا باطلاً،

(١) د. علي محي الدين على القره داغي - مرجع سابق - ج ١ ص ٤٣٣ ، د. عبد الكريم زيدان - مرجع سابق - ص ٣٠١ .

(٢) د. علي محي الدين على القره داغي - مرجع سابق - ج ١ ص ٤٣٣

(٣) د. عدنان خالد التركماني - مرجع سابق - ص ١٦٢ ، د. محمد مصطفى شلبي - مرجع سابق - ص ٥٨١

وحجتهم في ذلك أن الإكراه يعدم الرضا لا الاختيار، والرضا شرط للصحة لا للانعقاد في رأيهم، فتقع هذه التصرفات منعقدة إلا أنها فاسدة، ويقررون أن الفساد يرتفع إذا أجازته المكروه ورضي به في المدة المقررة وهي ثلاثة أيام وذلك بعد زوال إكراهه ويترتب على إجازته صحة العقد وترتيب آثاره^(١).

المذهب الثالث: مذهب زفر من الحنفية: يرى زفر من الحنفية وبعض فقهاء المالكية ورواية عن الإمام أحمد أن العقد مع الإكراه عقد موقوف في جميع التصرفات ما يقبل منها الفسخ وما لا يقبل، فإذا وقع عقد تحت الإكراه ، وبعد زواله أجازته المكروه صح العقد^(٢).

المذهب الرابع: مذهب جمهور المالكية: يرى جمهور فقهاء المالكية أن الإكراه يجعل العقود غير لازمة، ورد عنهم أن من شروط لزوم البيع التكليف بمعنى الرشد والطوع فلا يلزم بيع المكروه إكراهاً بغير حق شرعي وإن صح وفي ذلك يقول النفاوي من المالكية فلا يلزم بيع المكروه إكراهاً حراماً وإن لزم من جهة المشتري حيث كان رشيداً^(٣) أي إن عقود المكروه صحيحة ولكنها غير لازمة بمعنى أن للمكروه الخيار إن شاء أمضاه وإن شاء رده .

وعلى ذلك يعتبر الإكراه عند تحقق شروطه عيباً من عيوب الإرادة لدى الحنفية الذي يرون أن العقد ينعقد فاسداً ويرتفع فساداً بإجازته من المكروه بعد زوال الإكراه مما يعني جواز العقد وصحته بالإجازة من قبل المكروه، وكذلك يعد عيباً من عيوب الإرادة لدى بعض المالكية وفي قول لدى الإمام أحمد باعتبار أن عقد المكروه لديهم عقد موقوف يجوز للمكروه إجازته وبه يصح العقد لديهم مما يعني أن الإكراه يعيب الرضا ولا يعدمها، أما لدى جمهور الفقهاء فإن الإكراه يعدم الرضا تماماً ولا يعيها.

(١) د. محمد مصطفى شلي - مرجع سابق - ص ٤٦٣ ، د. علي محي الدين علي القره داغي - مرجع سابق - ج ١ ص ٤٤١ .

(٢) د. عدنان خالد التركماني - مرجع سابق - ص ١٦٢

(٣) أحمد بن غنيم بن سالم النفاوي المالكي - الفواكه الدواني - طبعة ١٤١٥ هـ - دار الفكر بيروت - ج ٢ ص ١١٠

وعلى ما تقدم فإننا نرجح الرأي الذي تبناه جمهور الفقهاء الذي يقرر عدم صحة أي عقد يقع تحت الإكراه، لأن الشرع لم يرتب على الإكراه أية آثار سواء في المعاملات أو في العقائد والأدلة الشرعية على ذلك كثيرة نورد منها قوله تعالى ﴿إِلَّا مَنْ أَكْرَهَ وَقَلْبُهُ مُطْمَئِنٌّ بِالْإِيمَانِ﴾^(١) وقوله تعالى ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَن تَرَاضٍ مِّنْكُمْ﴾^(٢) وقوله ﷺ ﴿إِنَّمَا الْأَعْمَالُ بِالنِّيَّاتِ﴾^(٣) وقوله ﷺ (إن الله قد تجاوز عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه)^(٤)، وهذه الآيات والأحاديث تدل دلالة قاطعة على رفع كل الآثار الشرعية التي تترتب على المكره نتيجة أفعاله وتصرفاته التي تمت تحت الإكراه.

تتفق مبادئ عقود التجارة الدولية مع التشريع الإسلامي على أغلب الشروط المطلوبة لتحقيق الإكراه، كما أن مبادئ العقود الدولية تتفق مع ما ذهب إليه الفقيه زفر من الحنفية وبعض من فقهاء المالكية على الأثر القانوني للإكراه على العقود وإن كانت المحصلة النهائية فيما عليه المذهب المالكي والحنفي أنهما لا يختلفان في النتيجة النهائية مع ما تقرره المبادئ وهو أن العقد يصح بإجازة المكره له فالنتيجة واحدة مع اختلاف التعليل والتسبيب، ولكن هنالك خلاف بين وشاسع بين ما عليه جمهور الفقهاء وما تقرره المبادئ الدولية لعقود التجارة الدولية، حيث إن رأي جمهور الفقهاء يرى أن الإكراه يعدم الإرادة ويجعل العقد باطلا، بينما تقرر المبادئ بأن الإكراه يعيب الإرادة ولا يعدمها.

الفرع الرابع : الغبن الاستغلالي كعيب من عيوب الإرادة : بما أن عقود التجارة الدولية من عقود المعاوضات، التي يفترض التساوي فيها في المراكز القانونية بصفة

(١) الآية (١٠٦) -سورة النحل

(٢) الآية (٢٩) - سورة النساء

(٣) أحمد بن عبد الحليم بن تيمية الحراني أبو العباس -مرجع سابق - ج ٢٩ ص ٣٣٦

(٤) أحمد بن الحسين بن علي البيهقي - سنن البيهقي الكبرى - مرجع سابق - ج ٦ ص ٨٤

عامة، ولا شك أن ذلك يقتضي التعادل التام بين ما يحصل عليه كل متعاقد من الآخر أو ما يلزم به تجاه الآخر، غير أن فكرة العقد ذاتها باعتباره أداة فردية للتعامل تترك لكل فرد الحرية في استخدامها وفقا لتقديره الشخصي لمصلحته وظروفه ومن المبادئ العامة في التعاقد الاعتداد بما يتم الاتفاق عليه بين المتعاقدين بصرف النظر عن تحقق التعادل بين الحقوق والالتزامات الناشئة عن العقد^(١). وهذا الذي قيل لا يمنع من قيام أحد المتعاقدين من استغلال حاجة الطرف الآخر للتعاقد لكسب مزية أكبر مما يفترض، فيقع بذلك غبن على الطرف الآخر. ففي هذه الحالة يتدخل القانون لحماية الطرف المغبون.

معنى الغبن لغة: الغَبْنُ، بالتسكين في البيع، والغَبْنُ بالتحريك في الرأي، وغبنت رأيك أي نسيتَه وضيعته، وفي البيع تعني الخدعة والوكس، والنقص^(٢).

مفهوم الغبن اصطلاحاً: هو عدم التوازن بين ما يأخذه أحد العاقدين وبين ما يعطيه الآخر، بحيث يكون بينهما فرق كبير حسب سعر السوق، ويؤدي إلى خسارة فادحة^(٣)، أي أن يكون أحد البديلين في عقود خاصة غير متكافئ مع الآخر في العقد عند التعاقد^(٤) وعرفه الحطاب العربي بأنه "بيع السلعة، أو شراؤها بأكثر مما جرت العادة أن الناس يتغابنون بمثلته"^(٥).

الغبن كعيب من عيوب الإرادة في عقود التجارة الدولية: يعد الغبن عيباً من عيوب الإرادة في عقود التجارة الدولية ولقد نصت الاتفاقيات الدولية المنظمة للعقود الدولية على الغبن باعتباره عيباً من عيوب الإرادة، ولقد نصت عليه مبادئ اليونيدروا

(١) د. مصطفى محمد الجمال - الوجيز في القانون المدني - ص ١٢٨

(٢) الشيخ الإمام محمد بن أبكر الرازي - مختار الصحاح - مرجع سابق - باب الغبن - ص ٤٦٨، محمد بن مكرم بن علي، أبو الفضل جمال الدين بن منظور. لسان العرب - الطبعة الأولى ١٤٠٥ هـ - دار إحياء التراث العربي - ج ١٢ ص ٣١

(٣) د. علي محي الدين علي القره داغي - مرجع سابق - ج ٢ ص ٧٠٦

(٤) د. عبد الكريم زيدان - مرجع سابق ٢٩٦-

(٥) حطاب الرعيي - مواهب الجليل - مرجع سابق - ج ٤ ص ٤٦٨

صراحة باعتباره من عيوب الرضا، كما يفهم ذلك من مضمون اتفاقية فيينا الخاصة بالمعاهدات والتي نصت على الميزة المبالغ فيها باعتبارها عيبا من عيوب الرضا. مفهوم الغبن وفقا للاتفاقيات المنظمة للتجارة الدولية: وفقا لمبادئ اليونيدروا الصادرة عن معهد روما لتوحيد قانون التجارة الدولية فإن الغبن هو حصول أحد المتعاقدين بطريقة غير مشروعة على ميزة مفرطة عند التعاقد مستغلا حاجة الطرف الآخر أو عوزه لحمله على التعاقد^(١).

شروط الغبن المعتد بها في عقود التجارة الدولية: وفقا لمبادئ العقود التجارية الدولية الصادرة عن معهد روما يشترط للاعتداد بالغبن واعتباره عيبا من عيوب الإرادة تحقق الشروط التالية:

الشرط الأول: تحقق ميزة مفرطة: ليعتد بالغبن في عقود التجارة الدولية يجب أن يحصل الطرف الغابن على ميزة أكثر بكثير مما حصل عليه الطرف المغبون، ويجب أن يكون هنالك عدم تعادل واضح بين التزامات وحقوق الأطراف، ويتعين وجود الميزة المفرطة عند إبرام العقد، وأن يكون التفاوت بين ما حصل عليه الغابن وبين ما حصل عليه المغبون كبيرا بحيث يستنكره الرجل العادي، أي أن يكون الفرق كبيرا بمعيار الشخص العادي، وأن يتوصل إلى هذه الميزة بطريقة غير مشروعة^(٢).

الشرط الثاني: استخدام أساليب غير مشروعة: لا يكفي لتحقيق الغبن حصول المتعاقد على ميزة أكثر مما حصل عليه المتعاقد الآخر بل يجب أن يستخدم أساليب غير مشروعة للحصول على هذه الميزة مثل استغلال حاجة المتعاقد الآخر الملحة، أو عوزه، أو مصاعبه الاقتصادية أو عدم تبصره، أو جهله، أو عدم خبرته أو افتقاره إلى مهارات التفاوض، أو استفادته بطريقة غير مشروعة من التبعية الاقتصادية للمتعاقد الآخر أو استغلاله لطبيعة العقد والغرض منه.

(١) أنظر المادة (١٠/٣) من مبادئ اليونيدروا

(٢) أنظر المادة (١٠-٣) الفقرة أ-ب) من مبادئ اليونيدروا والمادة ٥١ من اتفاقية روما للمعاهدات.

ولا يكفي في الغبن الاستغلالي ثبوت حاجة الطرف الآخر أو عوزه أو تبعيته الاقتصادية أو عدم تبصره أو جهله بل يجب أن يكون الغابن قد استغل وضع المتعاقد الآخر وحاجته وعوزه، وهذا يقتضي أن يكون الغابن على علم بحالة المغبون، على أنه يكفي ثبوت العلم للاستدلال على وقع الغبن الاستغلالي، ما دام العقد ينطوي على غبن فاحش أو انعدم فيه المقابل^(١).

الشرط الثالث: أن تكون طبيعة العقد مما يتصور فيها الغبن: ليعتد بالغبن لا بد أن تكون طبيعة العقد متصوراً فيها الغبن، وطبيعة العقد الذي يمكن تصور الغبن فيها هي عقود المعاوضات التي تتولد عنها التزامات متقابلة على ذمة أطرافها.

أنواع الغبن الاستغلالي في عقود التجارة الدولية: من خلال نص المادة (١٠/٣) من مبادئ اليونيدروا يمكننا الاستنتاج بأن هنالك عدة أنواع من الغبن وذلك وفقاً لتقسيمات مختلفة، فبالنظر إلى الشرعية فهناك غبن مشروع، وهو الغبن الذي يحدث دون استغلال أي من الجانبين للآخر، وغبن غير مشروع وهو الغبن الذي يحدث نتيجة استغلال المتعاقد ضعف وحاجة وعوز وتبعية الآخر أو جهله، أو عدم خبرته أو افتقاره إلى مهارات التفاوض أو استغلال طبيعة العقد، وأما بالنظر إلى أثره فهناك غبن بمزية مفرطة أي غبن فاحش، وهو الغبن الذي يترتب عليه مزية مفرطة لأحد الأطراف، وغبن بغير مزية مفرطة، أي غبن يسير وهو الغبن الذي لا تخلو منه المعاملات في الغالب.

سلطة المحكمة في تعديل العقد للغبن: تتسم العقود الدولية كما سبق القول بمبدأ الرضائية وهي من أهم المبادئ في عقود التجارة الدولية احتراماً لمبدأ سلطان الإرادة التي تعتنقه الأنظمة القانونية المختلفة، وذلك حرصاً منها على توفير الثقة المطلوبة في التعاقدات، ولكن رغماً عن ذلك هنالك حالات يلجأ فيها الأطراف إلى المحكمة

(١) د. عبدالمنعم حسني - مرجع سابق - ص ٣٥

المختصة لتعديل العقد، ومن هذه الحالات التي يجوز فيها للمحكمة التدخل لتعديل العقد بناء على طلب أحد الأطراف هو حالات الغبن الفاحش الذي يوجب إبطال العقد وفي هذا الشأن نصت المادة (٣/١٠/٢) على أنه^(*) "يجوز للمحكمة - بناءً على طلب الطرف الذي تقرر البطلان لمصلحته - أن تعدل العقد أو البند لتجعله متفقاً مع مقتضيات حسن النية وأمانة التعامل في المجال التجاري. كما نصت الفقرة (٣) من ذات المادة على أنه يجوز للمحكمة كذلك أن تعدل العقد أو الشرط بناءً على طلب الطرف الذي تسلم الإخطار بالإبطال، شريطة أن يعلم به الطرف الذي وجه بدون تأخير وعلى ألا يكون قد تصرف بما يخالف ذلك بصورة معقولة معتمداً عليه أي على حقه في الإبطال، وحينئذ أي في حال قيام الغابن بالتعديل بما يزيل الغبن يفقد من له الحق في طلب إبطال العقد حقه، ويعد أي إخطار سابق بالإبطال كأن لم يكن وذلك وفقاً لمتطلبات نص المادة (٣/١٣/٢)^(**)

الغبن المترتب بسبب الغير: اعتدت المبادئ بالغبن الصادر من الغير ورتبت عليه ذات الأحكام المترتبة على الإكراه الصادر من الغير وخشية للتكرار نحيل في هذا الأمر إلى ما ورد ذكره في الإكراه الصادر من الغير^(١).

الأثر القانوني للغبن في عقود التجارة الدولية: يترتب على الغبن الاستغلالي متى ما توفرت شروطه وموجباته حق الطرف المغبون في المطالبة بإبطال العقد، وهذا يعني أن الغبن الاستغلالي مفسد للإرادة يعيها ولا يعدمها ويكون متى ما توفرت شروطه مفسداً للإرادة، فهو لا يعدمها ولكن يعيها ولذلك فهو لا يحول دون انعقاد العقد،

(*) Article 3/10/2 UNIDROIT PRINCIPLES OF INTERNATIONAL COMMERCIAL CONTRACTS 2004" Upon the request of the party entitled to avoidance, a court may adapt the contract or term in order to make it accord with reasonable commercial standards of fair dealing."

(**) Article 3/10/2 UNIDROIT PRINCIPLES OF INTERNATIONAL COMMERCIAL CONTRACTS 2004" After such a declaration or performance the right to avoidance is lost and any earlier notice of avoidance is ineffective.

(١) راجع صفحة (٢٨٠) من هذا البحث

ولكنه يخول الذي تعاقد تحت تأثيره الحق في طلب إبطال العقد والمطالبة بالتعويض ويترتب عليه ذات الآثار القانونية التي سبق ذكرها في الآثار القانونية للإكراه.

وعلى ذلك فإن الغبن الاستغلالي يعد عيباً من عيوب الإرادة متى ما تحققت شروطه وموجباته، أما الغبن المجرد فلا يعتد به في عقود التجارة الدولية ذلك أن حدوثه واردة في المعاملات التجارية، أما الغبن الفاحش وهو الغبن الذي فيه مزية مفرطة للغائب فإنه يعد عيباً من عيوب الإرادة المبطللة للعقد يجوز فيه للمغبون استخدام حقه بإبطال العقد أو إمضائه.

الغبن كعيب من عيوب الإرادة في التشريع الإسلامي: الغبن لدى فقهاء المسلمين هو عدم التكافؤ بين قيمة البديلين في عقود المعاوضة .

أنواع الغبن في التشريع الإسلامي: الغبن في التشريع الإسلامي نوعان: غبن كثير، وغبن يسير. والغبن الكثير ويسمى (غبناً فاحشاً) هو ما لم تجربه عادة الناس، أو ما يتجاوز أكبر تقويم للسلعة من ذوي الخبرة، أي هو بيع السلعة، أو شراؤها بأكثر مما جرت العادة أن الناس يتغابنون بمثله^(١)، والغبن اليسير عكس ذلك وهو الذي يدخل تحت تقويم المقومين أي تقدير الخبراء للمعقود عليه وهو يوجد في أغلب صور المعاوضات بخلاف الفاحش الذي يندر حدوثه، فإذا باع شيئاً بعشرة ملايين، وقد قومه أحد المقومين بتسعة ملايين وآخر قومه بأحد عشر مليوناً وثالث بتسعة ملايين ونصف، كان الغبن يسيراً لأنه دخل في نطاق تقييم المقومين^(٢).

وهنا لا بد من التوضيح بأن الفقه الإسلامي فرق بين نظرية الغبن ونظرية الاستغلال فجعلهما عيبين مختلفين من عيوب الرضا.

(١) د. عبد الرحمن بن عثمان الجعلود - أحكام لزوم العقد الطبعة الأولى ١٤٢٨هـ/٢٠٠٧م - دار كنوز اشبيليا للنشر والتوزيع بالرياض - ص ٣٥٤

(٢) د. محمد مصطفى شليبي - مرجع سابق - ص ٥٨٧

شروط الغبن المعتد بها في التشريع الإسلامي: من خلال استقراء النصوص الفقهية يلاحظ أن هنالك شروطا متفقا عليها وشروطا مختلفا فيها ويمكن تلخيصها و توضيحها فيما يلي (*):

الشروط المتفق عليها بين الفقهاء: هنالك شروط لا خلاف فيها بين الفقهاء في المذهب الفقهية المختلفة يمكن حصرها في الآتي:

١. طبيعة العقد: يجب للاعتداد بالغبن أن يكون العقد من عقود المعاوضات، أي لا بد أن يكون في العقد حقوق والتزامات متبادلة فيما بين المتعاقدين؛ وهي في العادة تكون في عقود المبيعات بمختلف أنواعها وعقود الإيجارات.

(*) استخلصنا هذه الشروط من كتب فقهاء المذاهب الإسلامية المختلفة ، وكتب الفقهاء المحدثين ولاستزادة راجع بصفة خاصة "أولا كتب المذهب الحنفي " الشيخ الإمام كمال الدين محمد بن عبد الواحد - شرح فتح القدير - مرجع سابق - ج ٥ ص ٤٩٨ وما بعدها ، الإمام علي الدين أبي بكر الكاساني الحنفي - بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع - مرجع سابق - ج ٥ ص ٢٦٢ وما بعدها " ثانياً كتب المذهب المالكي" محمد بن عبد الباقي بن يوسف الزرقاني المصري الأزهرى المالكي - شرح الزرقاني على موطأ الإمام مالك - الطبعة الأولى ١٤١١هـ / ١٩٩٠م - دار =الكتب العلمية ببيروت - الجزء الثالث - ص ٤٣٢ وما بعدها ، أبي عبد الله المعروف بحطاب الرعيبي - مواهب الجليل شرح مختصر خليل - مرجع سابق - ج ٦ ص ٣٩٧ / ٣٩٨ ، الشيخ محمد بن عرفة الدسوقي المالكي ، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للدرديري - مرجع سابق - مجلد ٤ ص ١٤٩ وما بعدها. د. وهبة الزحيلي - الفقه المالكي المبسر - الطبعة الثانية ١٤٢٣هـ / ٢٠٠٢م - دار الكلم الطيب بدمشق -المجلد الأول - ص ٤٣٧ ، " ثالثاً كتب المذهب الشافعي " الشيخ عبد الله بن حجازي الشرقاوي الشافعي - حاشية الدسوقي على تحفة الطلاب بشرح تنقيح اللباب للشيخ زكريا الأنصاري - مرجع سابق - مجلد ٣ ص ٨٦ وما بعدها " رابعاً كتب الفقه الحنبلي " موفق الدين أبي محمد عبدالله بن قدامة المقدسي الحنبلي - المغني - مرجع سابق - ج ٦ ص ٣٦ ، الشيخ منصور بن يونس بن إدريس البهوتي - كشاف القناع عن متن الإقناع - مرجع سابق - ج ٣ ص ٢١١ ، الشيخ الإمام مجد الدين أبي الركات - المحرر في الفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل - الطبعة الثانية ١٣٠٤هـ/١٩٨٤م - مكتبة المعارف بالرياض - الجزء الأول - ٣٢٩ وما بعدها " خامساً: كتب المذهب الظاهري " أبي محمد علي بن احمد بن سعيد بن حزم - المحلى - مرجع سابق - ج ٩ ص ٧٠ " سادساً كتب مذهب الشيعة الأمامية "الأئمة عشرة" الإمام أبي جعفر محمد بن حسن الطوسي - الخلاف - تحقيق سيد علي الخراساني - سيد جواد شهرتاني - شيخ محمد مهدي نجف - الطبعة الأولى ١٤١٧هـ - مؤسسة النشر الإسلامي قم المقدسة - ج ٢ ص ٤١، الإمام أبي جعفر محمد بن حسن الطوسي - المبسوط في فقه الأمامية - تحقيق محمد تقي الكاشفي- قم إيران ١٣٨٧- المكتبة المرتضوية - ج ٢ ص ٨٧ ، القاضي ابن البراج - المذهب - التحقيق بإشراف الشيخ السبهاني - الناشر جامعة المدرسين بقم ١٤٠٦ - ج ١ ص ٣٦١ ، سابعا: كتب الشيعة الزيدية " أحمد المرتضى -شرح الإزهار - الناشر غمضان صنعاء ١٤٠٠ - ج٣ ص ٩٠" فأمناً: كتب المحدثين د.السيد نشأت إبراهيم الدريبي - مرجع سابق - ص ٤٣١ ، د. عبد الكريم زيدان - مرجع سابق - ص ٢٩٦ ، د. محمد بحر العلوم - مرجع سابق - ص ٥٣٠.د.أحمد الحجي الكردي -المعاملات المالية في الفقه الإسلامي - الطبعة الأولى ١٤٢٥هـ/ ٢٠٠٤م ، الناشر شركة أعبان للإجارة والاستثمار الكويت - ص ٢٠٩ ، د. عبد الرحمن بن عثمان الجعلود - مرجع سابق - ص ٣٥٤ ،

٢. اختلال التعادل بين الالتزامات المتقابلة في العقد: يتفق الفقهاء على أن الغبن المعتبر هو الغبن الفاحش الذي لم يعتد الناس عليه، ولكن رغم اتفاقهم على أن الغبن الفاحش له تأثير على العقد إلا أنهم اختلفوا في ضابط الغبن المعتبر إلى ثلاثة آراء سنوضحها في شروط الغبن المختلف فيما أدناه.

٣. عدم معرفة المغبون: يشترط الفقهاء لقيام خيار الغبن أن يكون المغبون جاهلاً بوقوعه في الغبن عند التعاقد. ويستدلون على هذا الشرط بحديث حبان الذي احتج به بعض القائلين بالخيار (وفيه أنه هناك اشتراط عدم الخلاية أو الغبن) أما إذا كان المغبون عالماً بالغبن وأقدم على التعاقد فلا خيار له، لأنه أتى من قبل نفسه فكأنه أسقط حقه راضياً، أي لا يترتب على الغبن في حال التعاقد مع العلم به أي حق للمغبون وإن كان فاحشاً، فإذا علم وسكت فالعقد نافذ، لحصول الرضا منه.

شروط الغبن المختلف فيما بين الفقهاء: بجانب هذه الشروط المتفق عليها هنالك شروط موضع خلاف بين الفقهاء وهي:

١. اقتران الغبن بتدليس أو تغيير أو استغلال: يرى جمهور الفقهاء من الحنفية والشافعية والحنابلة وقول عند المالكية البغداديين، أنه لا يعتد بغبن لم يقترن بتغيير أو تدليس أو استغلال وأن أي غبن خالٍ من ذلك فإنه لا يترتب عليه الخيار للمغبون، أي يرون أنه لا بد من أن يتعاقد المغبون تحت تأثير ضعف معين في إرادته، أما جمهور فقهاء المالكية والشيعة الإمامية والزيدية فيرون أن الغبن يعتد به إذا كان مما لم تجر العادة بمثله، إلا أن يكون عالماً بذلك، سواء اقترن بتغيير أو تدليس أو استغلال أم لم يقترن، لاسيما إذا مسترسلاً لدى المالكية أي مستسلماً للمتعاقد الآخر لجهله بالثمن.

٢. درجة التغابن الذي يعتد به " ضابط الغبن المعتبر": اختلف الفقهاء في مقدار الغبن الذي يعتد به، يرى جمهور الفقهاء من الحنفية والشافعية والحنابلة وجمهور المالكية والشيعة الإمامية أن المعتد به هو الغبن الفاحش بتقويم المقومين أي الذي يكون كذلك على عادة التجار، أما قول الإمام مالك وقول عند الحنابلة والشيعة الزيدية فإن الغبن الذي يعتد به هو ما مقداره الثلث وبه قال أبو يوسف وزفر من الحنفية، وقول ثالث لدى المالكية أن المعتد به هو الغبن الذي يزيد مقداره عن الثلث.

أثر الغبن في عقود التجارة الدولية في التشريع الإسلامي: يتفق جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة والشيعة الإمامية و الزيدية أن الغبن إذا تحققت شروطه وموجباته وفقا لما ذكر يكون للمغبون الحق في فسخ العقد أو إمضائه، أما أصحاب المذهب الظاهري فإنهم يرون أن المغبون له الرجوع على الغابن بقيمة الغبن إن أراد ولا سبيل إلى رد الصفقة في رأيهم^(١).

والغبن عند الفقهاء هو عدم التكافؤ بين قيمة البديلين في عقد المعاوضة وهو محرم في الإسلام لدفع الضرر عن الناس. وهو نوعان غبن فاحش وهو الغبن الذي لم تجر العادة بمثله فإن كان المغبون من غير أهل الخبرة له الحق في فسخ العقد إن أراد أو الرجوع بقيمته عند الشيعة الزيدية، إلا أن يكون المغبون عالما بذلك، فيكون العقد ماضيا، لا رجوع له فيه، أما الغبن اليسير وهو الذي جرت العادة بمثله فلا خيار للمغبون به.

مما سبق يمكننا القول بأن مبادئ العقود الدولية والشريعة الإسلامية تتفقان في أن الغبن يعد عيبا من عيوب الإرادة ولكنهما يختلفان في بعض الجزئيات والآثار التي يترتبها الغبن على العقود في كل منهما، فالغبن الاستغلالي في مبادئ اليونيدرو له طبيعة معينة بحيث يعطي للمغبون الحق في إبطال العقد أو إنقاص التزاماته إلى الحد

(١) أبي محمد علي بن احمد بن سعيد بن حزم - المحلى - مرجع سابق - ص ٧٠

المعقول وفق ما جاء في المبادئ كما أن للغابن أن يتوقى الحكم بإبطال العقد إذا عرض زيادة التزاماته وبحيث يرفع الغبن عن المغبون.

أما في فقه الشريعة الإسلامية فإننا نرى أن الفقه قد خول المغبون سلطة فسخ العقد إذا أراد ذلك ولم أجد فيما اطلعت عليه من مراجع أن الشريعة قد منحت للقاضي سلطة على المغبون كأن يرغمه على إمضاء العقد إذا أعاد الغابن إلى العقد توازنه ، فالشريعة الإسلامية احترمت الحرية إذا كانت غير مبنية على التعسف في استعمال الحق لذلك تركت للمغبون الحق في فسخ العقد أو إمضائه بحسب ما يرى وليس للقاضي سلطة عليه إلا إذا تعسف في استعمال حقه.

كما يلاحظ أن مبادئ العقود الدولية أعطت للمغبون حق طلب إعادة التوازن العقدي للعقد ، أو إبطال العقد ومع ذلك فإن حق الإبطال يكون رهن قبول الطرف الآخر فله الاعتراض على حق الإبطال متى ما رأى رفع الغبن . أما الفقه الإسلامي ووفق رأي الجمهور فقد راعى الفطرة وحقق العدالة بين البشر فلم يجعل من سلطة القاضي سيفاً مسلطاً على رقاب المتداعيين، فالمغبون عندما يطلب فسخ العقد لا يستطيع القاضي أن يحكم إلا بما طلب المغبون عند تحقق شروط الغبن، وإذا طلب إنقاص الالتزامات، فلا يستطيع أن يفسخ العقد إلا إذا كان العقد مخالفاً للقواعد الآمرة في الشريعة الإسلامية. والمذهب الوحيد الذي يرى إعادة التوازن العقدي دون فسخ العقد هو مذهب الظاهرية وفق ما جاء في كتب المحلى للإمام الظاهري.

وعلى ذلك فإن الغبن الفاحش هو الذي يعتد به والذي يعتبر عيباً من عيوب الإرادة في التشريع الإسلامي وقانون عقود التجارة الدولية وذلك متى ما توافرت شروطه وفقاً لما يتطلبه كل نظام.

الفصل الثاني

تفسير العقد التجاري الدولي وتحديد مضمونه

مَهَيَّئًا إذا انعقد العقد صحيحا ترتبت عليه التزامات متقابلة لأطرافه وجب عليهم تنفيذها، ولا يستطيع أي من طرفيه التحلل من تلك الالتزامات بإرادته المنفردة إلا بموجبياته، إذا أن القاعدة العامة في عقود التجارة الدولية هو أن العقد شريعة المتعاقدين، وتحديد التزامات الطرفين في عقود التجارة الدولية، لا يتأتى ما لم يتم تبيان حدود التزامات الطرفين، وبالطبع فإن التزامات الطرفين لا يقتصر على ما تم النص عليه فقط في العقد بل يتعدى ذلك إلى كل ما يعد من مستلزمات العقد وفقا للعرف التجاري والقانون والعدالة، وتبيان حدود ونطاق التزامات الطرفين يحتاج إلى تفسير العقد إن كان يشوبه الغموض لبيان ما انصرفت إليه نية الطرفين والحدود التي أرادا الالتزام في نطاقها. وعلى ضوء ما ذكر سوف نتناول هذا الفصل وفقا للمباحث التالية:

المبحث الأول : تفسير العقد التجاري الدولي

المبحث الثاني : مضمون العقد التجاري الدولي وحقوق الغير

المبحث الاول

تفسير العقد التجاري الدولي

اهتمت المنظمات الدولية القائمة على أمر توحيد قانون التجارة الدولية أيما اهتمام بمسألة تفسير العقد التجاري الدولي، وذلك من أجل تحقيق الهدف الأساسي الذي يسعون إليه، وهو توحيد قواعد وأحكام قانون التجارة الدولية، وبالطبع فإن ظهور تفسيرات متعددة للقواعد الدولية في مجال التجارة الدولية سيقضي على جهودهم المبذولة من أجل الوصول إلى القواعد الدولية الموحدة، لذلك حرص مُشرعو الاتفاقيات الدولية والمعاهدات على وضع قواعد إرشادية لتفسير نصوص الاتفاقيات والمعاهدات التي يضعونها خشية تشعب التفسيرات الوطنية لها^(١)، كما أن وضع القواعد التفسيرية يسهل الوصول إلى نية الأطراف والذي بدوره يؤدي إلى التقليل من الخلافات التي تثيرها العقود.

وللوصول إلى مقاصد الطرفين ونيتهما المشتركة فقد اعتمدت الاتفاقيات الدولية والفقه عدة معايير ووسائل لتحديد ما تم الاتفاق عليه وإلى ما انصرفت إليه نية الأطراف، فهناك وسائل ومعايير معينة لتفسير العقد التجاري الدولي بجانب التكييف القضائي الذي لا يخفى دوره في تفسير العقود التجارية الدولية، وسوف نتناول ما أجملناه هنا بشيء من التفصيل في المطالب التالية:

(١) د. وفاء محمد عثمان مرجع سابق - ص ١٨٦

المطلب الأول

الوسائل والمعايير المتبعة في تفسير العقد التجاري الدولي

قبل الخوض في الوسائل المعتمدة لتفسير العقد التجاري الدولي لا بد من تحديد المراد بتفسير العقد من الناحية اللغوية والاصطلاحية.

معنى التفسير لغة: يعني البيان والإنابة وكشف المراد والإيضاح والتبيين^(١).

مفهوم التفسير اصطلاحاً: عرف التفسير اصطلاحاً بأنه توضيح ما أبهم من ألفاظ وتكميل ما اقتضب من نصوصه وتخريج ما نقص من أحكامه، والتوفيق بين الأجزاء المتناقضة^(٢). وفي العقود يقصد به تحديد ما انصرفت إليه إرادة كل من المتعاقدين^(٣)، ويهدف به تحديد معنى النصوص الغامضة الواردة في عقد معين لاستجلاء نية المتعاقدين ليتم تحديد مضمون العقد والوقوف على الالتزامات التي يولدها العقد لكي يتسنى تطبيقه.

وإرادة طرفي العقد قد تكون إرادة واضحة يمكن التوصل إليها من خلال نصوص العقد، وقد تكون غامضة تحتاج إلى تفسير العقد للوصول إلى الإرادة المشتركة للمتعاقدين، أي أن تفسير العقد لا يكون للكشف عن مقصد كل متعاقد على حدة، بل يكون بتحديد المقاصد المشتركة لكل من طرفي العقد، في ضوء ما وقعا عليه من اتفاق، وبمعنى آخر، يجب أن يتم تحديد ما انصرفت إليه النية المشتركة للمتعاقدين، وعدم حصر النظر، عند التفسير، في إرادة كل منهما على حدة.

التفسير عند وضوح عبارات العقد: بصفة عامة إذا كانت عبارات وألفاظ العقد واضحة فإنها تعد تعبيراً صادقاً عن إرادة المتعاقدين، ولا يجوز الانحراف عنها عن طريق تفسيرها للتعرف على الإرادة المشتركة للمتعاقدين،.

(١) الشيخ الامام محمد بن ابي بكر الرازي - مختار الصحاح - مرجع سابق - باب الفاء - ص ٥٠٣

(٢) د. عبدالرزاق أحمد السهوري - الوسيط في شرح القانون المدني - مرجع سابق - ص ٤٢٠

(٣) د. عبدالرازق الفحل وآخرين - مرجع سابق - ص ٤٩٤

فوضوح ألفاظ وعبارات العقد في دلالتها ومطابقتها لما اتجهت إليه إرادة الأطراف ، يجعل من العقد عقدا ملزما بما تفصح عنه هذه الألفاظ و العبارات ، ومتى ما كانت هنالك دلائل تشير إلى عدم مطابقة العبارات الواردة في العقد رغم وضوحها، للنية المشتركة للمتعاقدين فإن ذلك يقتضي تفسير العقد للوصول إلى النية المشتركة للمتعاقدين لتحديد الالتزامات الناشئة عن العقد^(١).

المبدأ القانوني والفقهني هو وجوب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين إذا كان هناك ما يشير إلى أن العبارات والألفاظ الواردة في العقد تخالف مقاصد المتعاقدين، ويستهدى بطبيعة التعامل وما يقتضيه حسن النية والعرف التجاري للوصول إلى المقاصد المشتركة للمتعاقدين، وهذا يعني أن العبرة ليست بوضوح المعاني والألفاظ وإنما بالمقاصد والنية المشتركة للأطراف، إلا أن من الواجب التزام الحذر في اتباع هذه الطريقة في كشف مقاصد المتعاقدين، وتجنب الخروج عن دلالة التعبير الواضح على أساس تحري المقاصد الحقيقية للمتعاقدين، إلا حيث تدل ظروف الحال دلالة واضحة على أن معنى التعبير لا يمكن أن يكون هو مقصد العاقدين^(٢).

التفسير عند غموض عبارات العقد: البحث عن الإرادة المشتركة للمتعاقدين عند غموض النص يجب أن يكون وفقا لمعايير معينة وعبر وسائل محددة، فتفسير العقد وفقا لمبادئ اليونيدروا يكون كما نصت المادة (١/٤) من المبادئ طبقاً للنية المشتركة للطرفين، فإذا لم يمكن الوصول إلى هذه النية المشتركة، تعين تفسير العقد وفقاً للمعنى الذي يعطيه له أشخاص عاديون من نفس مستوى الأطراف وفي نفس ظروفهم،

(١) د. مصطفى محمد الجمال - مرجع سابق - ص ١٦٠

(٢) المحامي مصطفى عطية - بحث منشور له الكترونياً على موقع مجموعة المحامون العرب على الرابط التالي:

<http://arabadvocates.4t.com/1a.htm>

أما الإقرارات وسلوك الأطراف فإن ذلك يفسر طبقاً لنية الطرف الذي صدر منه إذا كان الطرف الآخر يعلم بنية المتعاقد الآخر أو لم يكن من الممكن أن يجهلها، وفي حال عدم علمه أو لم يكن من الممكن أن يعلمه فإنه يفسر وفقاً للمعنى الذي يعطيه له الشخص العادي من نفس نوعية الطرف الآخر حال وجوده في نفس الظروف^(١).

الفرع الأول: تفسير العقود وفقاً للقواعد الصادرة عن المنظمات الدولية المهتمة بتنظيم وتوحيد قانون التجارة: يستهدى للوصول إلى النية المشتركة للمتعاقدين في حال غموض العبارات وعدم التمكن من استخلاص مقاصد الطرفين وفقاً لمبادئ اليونيدروا واتفاقية فيينا بشأن البيع الدولي للبضائع لعام ١٩٨٠ م^(*) بما يلي^(٢):

١. مبدأ النية الحقيقية المشتركة للأطراف: يجب عند تفسير النص تقصي النية المشتركة للمتعاقدين من مجموع وقائع التعاقد وظروف إبرامه وذلك بمراعاة جميع ظروف التعاقد.

- (١) أنظر المادة (١/٤) و (٢/٤) من مبادئ العقود التجارية الدولية الصادرة عن معهد روما (اليونيدروا) ٢٠٠٤ م (*) لقد أصبحت المبادئ التي قررها اتفاقية فيينا لعام ١٩٨٠ م في المادة (٧) فقرة (١) بشأن تفسير العقود التجارية الدولية مبادئ دولية أخذت بها جميع الاتفاقيات الدولية المنظمة للتجارة الدولية والمهتمة بتوحيد قانون التجارة الدولية. إذ نقلت كثير من الاتفاقيات الدولية والقوانين النموذجية المختلفة نص المادة ١/٧ من اتفاقية فيينا ١٩٨٠ حرفياً. وقد رددت المواد التالية حكماً:
- المادة ٤ من اتفاقية الأمم المتحدة للصفائح (الكمبيالات) الدولية والسندات الإذنية الدولية (١٩٨٨)
- UN Convention on International Bills of Exchange and International Promissory Notes (1988)
- المادة ٦ من اتفاقية المعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص (معهد روما) بشأن التأجير التمويلي الدولي
- Unidroit Convention on International Financial leasing (Ottawa 1988)
- المادة ٤ من اتفاقية المعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص (معهد روما) بشأن عقد الشراء الدولي للحقوق
- Unidroit Convention on International Factoring (1988)
- المادة ٥ من اتفاقية الأمم المتحدة بشأن الكفالات المستقلة وخطابات الاعتماد الضامنة (١٩٩٥).
- UN Convention on Independent and Stand-by Letter of Credit (1995).
- المادة ٣ من القانون النموذجي لليونسفال في شأن التجارة الإلكترونية (١٩٩٦)
- Uncitral Model Law on Electronic Commerce (1996).
- المادة ٨ من القانون النموذجي للأمم المتحدة بشأن الإفلاس عبر الحدود (١٩٩٧)
- United Nations Model Law on Cross Border Insolvency (1997)
- وبالإضافة إلى ذلك فقد قننت مبادئ العقود التجارية الدولية Unidroit Principles التي وضعها معهد روما لتوحيد القانون الخاص سنة ١٩٩٤ والمعدلة في العام ٢٠٠٤ م مبادئ التفسير التي قررتها المادة ١/٧ من اتفاقية فيينا ١٩٨٠ فيما عدا مبدأ حسن النية
- (٢) أنظر المادة (٣/٤) من مبادئ العقود التجارية الدولية الصادرة عن معهد روما (اليونيدروا) ٢٠٠٤ م

٢. مبدأ حسن النية : يعتبر مبدأ حسن النية من أهم المبادئ التي يجب مراعاتها عند تفسير نصوص عقود التجارة الدولية. يرى جميع الفقهاء عند تفسير عقود التجارة الدولية ضرورة مراعاة "ضمان احترام حسن النية في التجارة الدولية"^(١) ويقضي هذا المبدأ بأن يراعى عند تفسير العقود الدولية الأخذ بما يحقق مصلحة التجارة الدولية وما تتطلبه من أن يسود بين أطراف العلاقة التجارية الدولية مبدأ حسن النية. وتهدف الاتفاقية أيضا بإيراد هذا الأساس إلى تفادي لجوء المحاكم إلى الرجوع إلى قوانينها الوطنية عند تفسير أحكام الاتفاقية.
٣. مبدأ تفسير البيانات والتصرفات وفقاً لما قصده المتعاقد الذي أصدرها، متى كان المتعاقد الآخر يعلم بهذا القصد بأن كان قد أبلغ به صراحة، أو كان من الواضح بحيث يمكن افتراض أنه لا يجهله. فإن تعذر الوصول إلى هذا القصد فإن البيانات والتصرفات تفسر وفقاً لما يفهمه شخص سوي الإدراك من صفة الطرف الآخر إذا وجد في نفس ظروفه، وفي جميع الأحوال يجب أن يؤخذ في الاعتبار جميع ظروف العقد بما في ذلك المفاوضات السابقة على انعقاده والعادات التي استقر عليها التعامل بين الطرفين والأعراف وأي تصرف لاحق صادر عنهما^(٢).
٤. مبدأ مراعاة الصفة الدولية عند تفسير العقود التجارية الدولية: وضرورة تحقيق التوحيد في تطبيقها^(٣) وذلك لتفادي الرجوع إلى القوانين الوطنية عند تفسير أحكام العقود الدولية بغية تحقيق هدف توحيد قواعد التجارة العالمية، لأن الرجوع إلى القوانين الوطنية عند عرض النزاع على المحاكم للدول المختلفة من شأنه أن يعطي تفسيراً مختلفاً لأحكام العقود الدولية. ويختلف بالتالي

(١) انظر المادة (٧) من اتفاقية فينا للبيع الدولي للبضائع لعام ١٩٨٠م

(٢) انظر المادة (٨) من اتفاقية فينا للبيع الدولي للبضائع لعام ١٩٨٠م

(٣) انظر المادة (١/٧) من اتفاقية فينا للبيع الدولي للبضائع لعام ١٩٨٠م

- أسلوب تطبيقها من دولة إلى دولة، الأمر الذي لا يحقق الهدف المنشود وهو تحقيق توحيد أحكام عقود التجارة الدولية^(١).
٥. مبدأ عدم جواز الرجوع في تفسير مصطلحات قانون التجارة الدولية إلى التشريعات الوطنية: يرى الفقهاء ضرورة الرجوع فيما لم تحسمه نصوص العقد أو الاتفاقيات الدولية إلى المبادئ العامة التي أخذت بها العقود والاتفاقيات أولاً ومن ثم أحكام القانون الواجب التطبيق، وعدم الرجوع في تفسير مصطلحات قانون التجارة الدولية إلى التشريعات الوطنية التي استخدمت هذه المصطلحات^(٢).
٦. مبدأ الرجوع إلى المفاوضات التمهيدية بين الأطراف: ويقصد به ما تم تحديده من مسائل في فترة المفاوضات السابقة على التعاقد.
٧. مبدأ مراعاة الممارسات التي جرى عليها الطرفان فيما بينهما، أو وفقاً للعادات التجارية المرعية في التجارة الدولية وهذه العادات تعتبر ملزمة للأطراف طبقاً لاتفاق ضمني غير ظاهر بين المتعاقدين، أو التفسير وفقاً لما استقر عليه العمل عن طريق الممارسة العملية وتكرار تطبيقه في الأحكام القضائية وأحكام التحكيم، وهذه القاعدة عند تطبيقها في تفسير العقد يؤدي ذلك إلى استقرار الرأي حول تفسيرات موحدة في موضوعه.
٨. مبدأ الرجوع على سلوك الأطراف اللاحق على إبرام العقد. أي مراعاة الطريقة التي اتبعت في تنفيذ العقد بعد إبرامه.
٩. مبدأ مراعاة طبيعة العقد والغرض منه. يجب تفسير العقد في ضوء ما تقتضيه طبيعة المعاملة نفسها. أي كل جزء من العقد يجب أن يفسر بالطريقة التي

(١) د. محمود سمير الشرقاوي - مرجع سابق - ص ١١٥

(٢) د. وفاء محمد عثمان - مرجع سابق - ص ١٨٧

تحقق الغرض العام من التعاقد، بحيث لا يتعارض مع السياق العام للعقد وفي الاتجاه الذي يحقق الغرض النهائي منه.

١٠. مبدأ تفسير بنود العقد بأسلوب يمكن معه أن يكون لكل بنوده أثر ما وليس بأسلوب يجرد بعضها من أي أثر^(١): يجب وفقا لهذا المبدأ أن تفسر الشروط والمصطلحات والتعبيرات بالنظر إلى العقد ككل أو إلى الإقرارات التي ترد فيه، ويجب أن يعطى بوجه عام للمصطلحات والتعبيرات الدارجة في المجال التجاري.

١١. مبدأ تفسير الشك ضد مصلحة من قام بإعداد العقد: خلافا للقوانين الوطنية التي تفسر الشك لصالح المدين دائما، فإن مبادئ التجارة الدولية تقضي بضرورة تفسير الشك ضد مصلحة من قام بإعداد العقد إذا كانت بنود العقد انفرد أحد الأطراف بإعدادها^(٢)، ووفقا للحد الأدنى لمصلحة الطرف الذي صاغ العقد، إلا أن هذه المبادئ لم توضح لمصلحة أي طرف يفسر العقد في حال اشتراك الطرفين في إعداد العقد، إلا أنه من خلال النظرة العامة للمبادئ والتي تسعى لحماية الطرف الضعيف في الاتفاقيات الدولية يمكننا الاستنتاج بأن الشك في حال الإعداد المشترك للعقد يكون في مصلحة الطرف الضعيف باعتبار أنه الطرف الذي بحاجة إلى الحماية.

بجانب هذه المبادئ التي نصت عليها مبادئ اليونيدروا واتفاقية فيينا هنالك قواعد عامة استقر قضاة التحكيم على تطبيقها بصفة عامة وهي تفسير المصطلحات العلمية والفنية وفقا لمعناها العلمي أو الفني بصرف النظر عن معناها الطبيعي، وأن يتم عند التفسير اختيار الكلمات التي تأخذ المعنى الذي يعكس إرادة المتعاقدين، وكذلك افتراض أن جميع الظروف والملابسات التي

(١) أنظر المادة (٤/٤) و(٥/٤) من مبادئ العقود التجارية الدولية الصادرة عن معهد روما (اليونيدروا) ٢٠٠٤م

(٢) أنظر المادة (٦/٤) من مبادئ العقود التجارية الدولية الصادرة عن معهد روما (اليونيدروا) ٢٠٠٤م

أحاطت بصياغة العقد، كانت معلومة للطرفين وقت التعاقد، واحترام ترتيب نصوص العقد فيفسر اللاحق على ضوء السابق عليه.

سلطة المحكمة في إكمال ما أغفل عنه المتعاقدان من شروط تعاقدية: للمحكمة وفقا لمبادئ العقود التجارية الدولية الحق في إكمال نصوص العقد في حال إغفال المتعاقدين عنها بالنظر إلى ظروف وملابسات العقد وذلك بإضافة شروط معينة على أن يراعى في ذلك نية الأطراف وطبيعة العقد والغرض منه والمعقولة وما يقتضيه حسن النية والأمانة في التعامل^(١).

التفسير في حال التباين اللغوي: إذا صيغ العقد التجاري الدولي بلغتين مختلفتين أو أكثر متساوية في الحجية فإنه يفضل عند الاختلاف بين الصياغات، الاعتماد على الصيغة التي حررها العقد بحسب الأصل^(٢). ويلاحظ أن هذا المعيار غير واضح لاسيما أن نسخ العقود في هذه الحالة تعد جميعها نسخاً أصلية متساوية في الحجية.

يلاحظ أن مشرعي الاتفاقيات الدولية ومبادئ العقود التجارية في المنظمات المهمة بتوحيد قانون التجارة الدولية قد تبناوا موقفاً يخلط بين المذاهب المختلفة في التفسير ونعني بذلك المذهب الشخصي "الإرادة الباطنة" والمذهب الموضوعي أو المادي "الإرادة الظاهرة" فجاءت أحكام وقواعد تفسير العقود الدولية الصادرة عن هذه المنظمات خليطاً بين القواعد والأحكام التي تعتمد على كل من المذهبين في تفسير العقد، وإن كانت القاعدة الأساسية تتمثل في تفسير العقد طبقاً للنية المشتركة لأطرافه، أي على الإرادة الباطنة، إلا أنه في حال عدم إمكانية التوصل إلى هذه الإرادة وجب تفسير العقد من خلال الاعتماد على جميع القواعد والمبادئ العامة الشخصية والموضوعية في التفسير مصطحبين في ذلك مبدأ حسن النية المفترضة فيما بين الأطراف. وهنا لا بد من التوضيح في أن قواعد وأحكام تفسير العقود الدولية تختلف عن أحكام

(١) أنظر المادة (٨/٤) من مبادئ العقود التجارية الدولية الصادرة عن معهد روما (اليونيدروا) ٢٠٠٤م

(٢) أنظر المادة (٧/٤) من مبادئ العقود التجارية الدولية الصادرة عن معهد روما (اليونيدروا) ٢٠٠٤م

وقواعد تفسير العقود الوطنية ذلك أن العقود الوطنية تفسر وفقا للقواعد الوطنية الواردة في قوانينها ولا يستطيع القاضي أن يحيد عن تلك القواعد الوطنية في التفسير. الفرع الثاني: تفسير العقود وفقا لنظرية العقد في التشريع الاسلامي: ليس هنالك مؤلفات فقهية مستقلة تناولت مسأله تفسير العقود لدى الفقهاء في التشريع الاسلامي بل جاءت أحكامها متناثرة في أبواب الفقه المختلفة، ولكي نجمع شتاتها يتعين علينا تناولها وفقا لما تناولناه في قانون التجارة الدولية مبتدئين بالمبادئ الفقهية في تفسير العقد.

المستقرئ لكتب قواعد الفقه الكلية^(*) يجد أن العبرة في تفسير العقود يكون بالإرادة الظاهرة في حال وضوحها وإلا فبالإرادة الباطنة استثناء متى توفرت موجبات اللجوء إليها عند تفسير العقد، إذ يجب في البدء الوقوف عند الصيغ والعبارات الواردة في العقد واستخلاص معانيها الظاهرة دون الانحراف عن المعنى الظاهر إلى معان أخرى بحجة أنها هي المعنى التي تمثل فيها الإرادة الباطنة ما لم يكن هنالك قرائن واضحة تدل على أن ما قصده المتعاقدان يختلف عن ما تم التعبير عنه ولو كان التعبير صريحا^(**).

هنالك مبادئ عامة يطلق عليها اصطلاحا قواعد الفقه الكلية يمكن للقاضي أو المحكم الاستعانة بها لتفسير عقود التجارة. ويمكن تلخيص أهمها فيما يلي:

(*) أشهر كتب قواعد الفقهية الكلية هي الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة النعمان لابن نجيم في الفقه الحنفي وهو زين الدين بن إبراهيم الشهير بن نجيم المصري في العم ولد ٩٢٦ هـ وتوفي في ٩٧٠ هـ بالقاهرة، " كتاب الأشباه والنظائر للسيوطي في فقه الشافعي" والفروق للقرافي في الفقه المالكي "والقواعد" لابن رجب في الفقه الحنبلي، مجلة الأحكام الشرعية الصادرة في عهد الدولة العثمانية حيث شملت في مقدمتها قواعد فقه كلية مع شروحها..

(**) يتفق الفقهاء في التشريع الإسلامي على أنه إذا كان التعبير عن الإرادة كناية يكون الاعتداد بالإرادة الباطنة لاستخلاص نية الأطراف إذا أمكن استخلاصها بقرينة دالة عليه، أما في حالات التعبير الصريح وظهور أن القصد يخالفه فقد اختلف فقهاء التشريع الإسلامي في ذلك إلى مذهبين فالبعض يرى أنه لا بد من الاعتداد بظاهر التعبير على الاعتداد بالقصد وإن قامت عليه قرائن واضحة، وهؤلاء هم الشافعية والبعض الآخر يرى الاعتداد بالقصد إذا قامت عليه قرائن واضحة ولو كان التعبير صريحا ومن هؤلاء ابن القيم الجوزية. للاستزادة راجع د.السيد نشأت إبراهيم الدبري - مرجع سابق - ص ٢٢٨ وما بعدها.

١. الأمور بمقاصدها : ومقتضى ذلك أن الألفاظ الصريحة لا تحتاج إلى نية ويكفي حصول الفعل لترتب الحكم عليها.
٢. الأصل في الكلام الحقيقية، والحقيقة المقصودة هي المعنى المقصود من الكلام وطرق أداء المقصود بالكلام عند أهل الأصول قسمان هما الحقيقة والمجاز، والحقيقة هو استعمال اللفظ في المعنى الذي وضعه الواضع، وفي العقود يقصد به طرفا العقد، والمجاز هو استعمال اللفظ في غير ما وضع له بشرط أن يكون بين المعنى الحقيقي والمعنى المجازي علاقة ومناسبة، وأن تكون هنالك قرينة مانعة من إرادة المعنى الحقيقي، ذلك أن الأصل في الكلام الحقيقية فما لم يتعذر حمل الكلام على معناه الحقيقي لا يحمل على المجازي لأن هذا خلف لذلك والخلف لا يزاحم الأصل^(١).
٣. لا عبرة للدلالة في مقابلة التصريح لأن دلالة الحال في مقابل التصريح ضعيفة فلا تعتبر مقابلة للتصريح القوي، ورجحان الصراحة على الدلالة إنما يكون عند حصول معارضة بين الصراحة والدلالة^(٢).
٤. لا مساع للاجتهاد في مورد النص، ويعني أن كل مسألة ورد فيها نص من الشارع وفي العقود إذا كان اللفظ صريحا في دلالته لا يجوز للقضاة والمحكمين تفسير العقود بخلاف صريح النص^(٣).
٥. العادة محكمة واستعمال الناس حجة يجب العمل بها.
٦. الحقيقة تترك بدلالة العادة، ومثال ذلك أن يكون المعنى الحقيقي للفظ مهجورا وشاع استعماله في معنى آخر يستعمل في المعنى الذي استعمل فيه ويكون العرف والعادة القرينة المانعة من إرادة المعنى الحقيقي^(٤).

(١) أنظر المادة (٣) من مجلة الأحكام العدلية ، علي حيدر مرجع سابق - ج ١ ص ٢١

(٢) أنظر المادة (١٣) من مجلة الأحكام العدلية ، علي حيدر مرجع سابق - ج ١ ص ٣١

(٣) أنظر المادة (١٤) من مجلة الأحكام العدلية، علي حيدر - مرجع سابق - ص ٤٢

(٤) أنظر المادة (٤٠) من مجلة الأحكام العدلية.

٧. المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً والمعروف بين التجار كالمشروط بينهم، والتعيين بالعرف كالتعيين بالنص، وتعد هذه القواعد قواعد متفرعة عن قاعدة العادة محكمة وهي كلها تدل على أن ما توافق عليه الناس وتحققت فيه الشروط فإنه محكم، لأنه يكون حينئذ كالثابت بدليل شرعي، فيكون معمولاً به وحكماً في تحديد الحكم، أو ما يتصل به من شروط وغيرها لأن الدليل الشرعي هو الحكم الفصل في إثبات الأحكام^(١).
٨. العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني، جاء في درر الحكام شرح مجلة الأحكام في شرح هذه القاعدة على أنه عند حصول العقد لا ينظر للألفاظ التي يستعملها العاقدان حين العقد بل إنما ينظر إلى مقاصدهما الحقيقية من الكلام الذي يلفظ به حين العقد لأن المقصود الحقيقي هو المعنى وليس اللفظ ولا الصيغة المستعملة وما الألفاظ إلا قوالب للمعاني ومع ذلك فإنه ما لم يتعذر التأليف بين الألفاظ والمعاني المقصودة لا يجوز إلغاء الألفاظ^(٢).
٩. إذا تعارض المانع والمقتضى يقدم المانع. أي إذا وجد في مسألة سبب يستلزم العمل بها وسبب آخر يمنع العمل يرجح المانع^(٣).
١٠. أعمال الكلام أولى من إهماله متى أمكن فإن لم يُمكن أهمل، ويعني ذلك أنه لا يجوز إهمال الكلام واعتباره بدون معنى ما أمكن حمله على معنى حقيقي له أو معنى مجازي، إذ في حمله على المعنى الحقيقي أو المجازي أعمال للكلام وحمل كلام العاقل على الصحة واجب^(٤).

(١) انظر المواد (٤٣، ٤٤، ٤٥) من مجلة الأحكام العدلية. د. يعقوب بن عبد الوهاب الباعين - قاعدة العادة محكمة دراسة نظرية تأصيلية تطبيقية - الطبعة الأولى ١٤٢٤هـ / ٢٠٠٤م - مكتبة الرشد ناشرون بالرياض - ص ١٨٩ وما بعدها

(٢) أنظر المادة (٦١) من مجلة الأحكام العدلية.

(٣) انظر المادة (٤٦) من مجلة الأحكام العدلية.

(٤) انظر القاعدة التاسعة من الأشباه والنظائر لابن نجيم - مرجع سابق - ١٣٥

١١. إذا تعذرت الحقيقة يصار إلى المجاز، أي إذا تعذرت إرادة المعنى الحقيقي للكلام لا يهمل بل يستعمل في معناه المجازي، والتعذر إما أن يكون تعذرا حقيقيا وله وجهان إما أن تكون إرادة المعنى الحقيقي ممتنعة، أو أن تكون إرادة المعنى اللفظي ممكنة مع المشقة الزائدة، كما يكون التعذر تعذرا عرفيا وهو أن يكون المعنى الحقيقي للفظ مهجورا واستخدمه الناس في معنى آخر، وإما أن يكون التعذر تعذرا شرعيا وهو أن يكون المعنى الحقيقي للفظ مهجورا شرعا ككلمة الخصومة مثال أن يقول قائل أنني أوكلت فلانا بالخصومة عني في دعوى إرث انصرف ذهنك إلى أن المقصود هو المرافعة والمدافعة وهو المعنى الشرعي في حين أن حقيقة اللفظ تعني المنازعة والمضاربة^(١).

١٢. دليل الشيء في الأمور الباطنة يقوم مقامه، ويعني أنه يحكم بالظاهر فيما يتعسر الاطلاع على حقيقته، والدليل هو الشيء الذي يستلزم العلم به بشيء آخر ومثال ذلك إذا أوجب أحد طرفي عقد البيع وقبل أن يقبل الآخر ظهر منه قول أو فعل يدل على الإعراض يبطل الإيجاب بمقتضى هذه القاعدة فالإعراض هنا من الأمور الباطنة ولا يمكن الاطلاع على الإعراض إلا بما يظهره من أفعال ومتى ما أظهر الموجب شيئا يدل على إعراض ولم يقصد ذلك حقيقة فإن الأفعال الظاهرة تقوم مقام تلك الأمور ويتخذ دليلا على الإعراض^(٢).

١٣. المطلق يجري على إطلاقه إذا لم يقم دليل التقييد نصا أو دلالة^(٣).

١٤. لا عبرة بالظن البين خطؤه، يفهم من هذه القاعدة أنه إذا وقع فعل بناء على ظن كهذا لا يعتبر ذلك فإذا حدث فعل استنادا إلى ظن ثم تبين أنه مخالف للحكم الشرعي وجب عدم اعتباره^(٤).

(١) أنظر المادة (٦١) من مجلة الأحكام العدلية، علي حيدر - مرجع سابق - ص ٦٠

(٢) أنظر المادة (٦٨) من مجلة الأحكام العدلية، علي حيدر - مرجع سابق - ص ٦٨

(٣) أنظر المادة (٦٢) من مجلة الأحكام العدلية، علي حيدر - مرجع سابق - ص ٦٢

(٤) أنظر القاعدة السابعة عشرة من الأشباه والنظائر لابن نجيم - مرجع سابق - ص ١٥٨

هذه هي بعض قواعد الفقه الكلية التي نحسبها أهم قواعد الفقه الكلية لتفسير العقود التجارية وسردها هنا لا يعني أنها القواعد الفقهية الوحيدة التي يمكن الاستعانة بها بل هنالك قواعد أخرى يمكن للقاضي أو المحكم الاستعانة بها لتفسير العقود، لم نقم بسردها لكثرتها^(*).

تفسير الشك في مصلحة المدين في الفقه الإسلامي: يرى الدكتور السنهوري أن هنالك ثلاث قواعد كلية أوردها ابن نجيم في الأشباه والنظائر تتضافر كلها على إقرار هذا المبدأ وحصر هذه القواعد وهي قاعدة أن اليقين لا يزول بالشك، والقاعدة الثانية أن الأصل بقاء ما كان على ما كان وبراءة الذمة تسبق المديونية، والقاعدة الثالثة أن الأصل براءة الذمة^(١)، ونحن في ذلك نتفق مع ما ذهب إليه الدكتور السنهوري ونرى أن الشك يفسر لمصلحة المدين.

ونخلص مما سبق أن قواعد تفسير العقود في التشريع الإسلامي قريبة من قواعد تفسير العقود في قانون التجارة الدولية في أغلب مبادئه وأن الفرق الجوهرية يتمثل في أن الفقه الإسلامي يعتد أولاً بالإرادة الظاهرة ومن ثم تلجأ إلى الإرادة الباطنة إذا كان هنالك مقتضى أي أن التشريع الإسلامي يعتنق المذهب الموضوعي أو المادي ولا يلجأ إلى الأخذ بالمذهب الشخصي إلا استثناء خلافاً لقانون التجارة الدولية التي تعتنق مذهباً مختلطاً بين المذهبين الشخصي والمادي دون تغليب مذهب على آخر ولعل الحكمة في ذلك هي ترضية جميع الأطراف في عقود التجارة الدولية الذين ينتمون إلى نظم قانونية مختلفة.

(*) راجع للاستزادة الأشباه والنظائر لابن نجيم المصري الحنفي ، والأشباه والنظائر للسيوطي لشافعي ، ودرر الحكام شرح مجلة الأحكام لعلي حيدر ، ولقد سرد أيضاً الدكتور السنهوري عدد من هذه القواعد في مؤلفه القيم الموسم بمصادر الحق في الفقه الإسلامي الجزء السادس "مرجع سابق" ص ٢٢ وما بعدها

(١) د. عبدالرزاق السنهوري - مصادر الحق في الفقه الإسلامي مرجع سابق - ج ٦ ص ٣١

المطلب الثاني

أسباب تفسير عقود التجارة الدولية وتكييفها

يعد الاختلاف في فهم المراد من النص في عقود التجارة الدولية سببا قويا وأكدوا لتنوع الاجتهاد وتفاوت التفسيرات التي تؤدي بدورها إلى نشوء الخلافات المستقبلية، كذلك فإن الاختلاف في تكييف عقود التجارة الدولية يعتبر السبب الأقوى لما تشهده قرارات المحاكم من اختلاف في وجهات النظر. والأسباب التي تدعو إلى تفسير العقد وتكييفه للوصول إلى الإرادة الحقيقية للأطراف نتناولها فيما يلي:

الفرع الأول: أسباب تفسير عقود التجارة الدولية:

اختلف الفقهاء في الأسباب الداعية إلى التفسير إلى مذهبين رئيسيين، أولهما مذهب مدرسة التزام النصوص، وهؤلاء يضيقون من مفهوم التفسير وأسبابه، ويرون أن التفسير ينبغي أن يكون حده ودوره فقط في إزالة غموض النص وتوضيح ما أهم من أحكامه، ووفقاً لهذا التصور فإن التفسير لا يقع إلا في حالة غموض النص ولا شأن للتفسير بنقص النصوص أو قصورها أو تعارض أجزائها، لأن هذه الأمور، حسب وجهة النظر هذه، ليس من اختصاص المفسر. وثانيهما يوسع من معناه وأسبابه وتبنته أغلب المدارس القانونية الحديثة. وهؤلاء يرون أن مهمة المفسر هو توضيح ما غمض من ألفاظ النصوص، وتقويم عيوبها، واستكمال ما نقص من أحكامها والتوفيق بين أجزائه المتعارضة وتكييفها على نحو يتفق مع نية الأطراف وإرادتهم الحقيقية^(١). وعموماً فإن هنالك عدة أسباب

(١) المحامي فارس حامد عبد الكريم - بحث بعنوان تفسير النصوص منشور له الكترونياً في موقع مسارات - على الرابط التالي

: http://www.masarat.net/home/index.php?option=com_content&task=view&id=2499&Itemid=43

تدعو الأطراف إلى اللجوء إلى طلب تفسير العقد المبرم فيما بينهما، وهذه الأسباب يمكن تلخيصها وحصرها فيما يلي من أسباب وهي:

السبب الأول: الغموض في نصوص العقد: يمكننا رد أسباب غموض نصوص عقود التجارة الدولية لأسباب ثلاثة هي:

١. الغموض في الصياغة^(*): يكون لطريقة صياغة العقد التجاري الدولي دور بارز في الخلافات التي تنشأ مستقبلاً عند تنفيذ العقد التجاري الدولي، بل يعد من الأسباب الرئيسة للتنازع ولجوء الأطراف إلى تفسير العقد، ذلك أن الصياغة الجيدة للعقد تقوم بصياغة الأفكار القانونية بطريقة تيسر على الأطراف تطبيق أحكام العقد، وعموماً فإن الصياغة تعني نقل التفكير القانوني من الحيز الداخلي إلى الحيز الخارجي، أي هي الأداة للتعبير عن الفكرة الكامنة في الإرادة الباطنة لتصبح حقيقة يجري التعامل على أساسها، وتطبيقاً لذلك فإن الصياغة تعني في التحليل الأخير، التعبير عما يريد أطرافه بطريقة تنقل المعنى المراد بشكل مكتمل ودقيق مما يقيم تواصلاً بحيث لا تظهر النزاعات بينهم، وتنعهد الحاجة إلى اللجوء إلى وسائل لتسويتها أو تفسيرها.

ولا تعد الصياغة ترجمة لرغبات المتعاقدين ما لم تكن عبارات العقد وألفاظه دقيقة، أو محددة وواضحة، وكاملة. ويترتب على تخلف أي مما ذكر فتح باب التنازع والاختلافات المستقبلية، لاسيما أن مشكلات تنفيذ العقد تنشأ في الغالب بسبب عيوب في صياغة العقد ووثائق التعاقد ومستندات، والذي يسعى في الغالب المدين إلى تفسيرها لمصلحته في حين يرى المتعاقد

(*) يجب عند صياغة العقد الدولي مراعاة المبادئ التالية^١ أولاً: التعرف على رغبة العميل، تمهيداً للتفكير في أنسب الحلول المحققة لهذه الرغبة، ثانياً: الحرص على استخدام الفواصل بين الجمل. ثالثاً: تجنب استعمال صيغة المبني للمجهول. رابعاً: استعمال الكلمات المناسبة. خامساً: تجنب استعمال الكلمات ذات المعاني المتعددة أو غير المألوفة في لغة رجال الأعمال. سادساً: عدم استعمال العبارات التي تلزم العميل بشيء لا يريد الطرف الآخر. سابعاً: تجنب استعمال العبارات المطاطية.

الأخر خلاف ذلك^(١) وهنا يبرز اختلاف وجهات النظر والسعي إلى إيجاد تفسير للنص الغامض أي البند المختلف عليه.

٢. الغموض الذي تقتضيه طبيعة الموضوع: قد تقتضي طبيعة الموضوع الذي يعالجه العقد تحاشي أدق التفاصيل فيه لما يتميز به من الاتساع والدقة، حيث إن تفاصيل العقود التجارية ولاسيما في مسائل الصرف ومعاملات البورصة والبنوك تبلغ حداً من الاتساع والتعقيد يؤثر معه في صياغة العقد^(٢).

٣. الغموض الناتج عن القصور في اللغة المستخدمة في التعبير: الغموض الناتج عن قصور اللغة أو التعبير هو الغموض الناشئ من أن أحد ألفاظ النص أو عباراته يكون مما يحتمل أكثر من معنى واحد^(٣) وهذا يعد أكثر الأسباب الداعية إلى غموض الصياغة، وفي حال غموض العقد بسبب القصور اللغوي أو التعبيري يلجأ القاضي أو المحكم إلى النية الباطنة للأطراف لمعرفة المقصود الحقيقي.

وقد ينتج الغموض عن تعدد الاحتمالات ووجهات النظر في تحديد المقصود من فكرة معينة أو في تحديد مفهوم مصطلح معين لاسيما عند انتماء الأطراف لنظم قانونية مختلفة، تضع مفاهيم مغايرة للمصطلح المستخدم، ومثال ذلك فكرة الخطأ والقوة القاهرة وخلافه من المصطلحات التي تختلف في مفهومها وشروط تحققها من نظام قانوني إلى آخر، ولقد

(١) د. احمد سعيد الزقرد - مرجع سابق - ص ١٧٨

(٢) د.محمد شريف أحمد - نظرية تفسير النصوص المدنية دراسة مقارنة بين الفقهاء المدني والإسلامي - بغداد ١٩٧٩م - مطبعة وزارة الأوقاف والشئون الدينية بالعراق - ص ١١٣

(٣) John Salmond - Jurisprudence - seven edition - London 1924 P 184.

ساعد في عدم توحيد مفاهيم المصطلحات عدم استقرار الفقهاء على تحديد معانيها حيث صورها كل حسب ما يعتقد ويتبناه من الآراء الخاصة^(١). وقد يأتي الغموض من أسلوب صياغة النص نفسه، فكلما كانت الصياغة بأسلوب معقد في اللفظ والتركييب أدى إلى صعوبة تصور المقصود منه، وترتب على ذلك نشوء الخلاف في تفسير النص والذي يؤدي بدوره إلى التنازع، وعلى العكس من ذلك، فكلما كانت الصياغة بأسلوب سلس وبعبارة قانونية سهلة أمكن تصور المقصود منه دون تفسير أو اجتهاد. وعموما فإن التزام الأطراف عند صياغة العقد بالأصول التي تكفل نقل المعنى الذي أراده أطرافه بأسلوب واضح، يعني تضاعف احتمال نشوء المنازعات المستقبلية بين طرفي العقد وبالتالي انعدام الحاجة إلى تفسير العقد واللجوء إلى وسائل تسويته^(٢).

ومن قبيل القصور في التعبير أن يأتي النص مقتضيا لا يتضمن كل ما يجب ذكره، مما يضيف على النص غموضا يؤدي إلى الخلاف المستقبلي، ويجب تفادي الاقتضاب بالاستخدام السليم للمقيدات النحوية وضمائر الإشارة والوصل وخلافه من علامات الترقيم ذلك أن الصياغة النحوية شيء ضروري لتوضيح المعنى المقصود^(٣).

السبب الثاني: تعارض النصوص في عقود التجارة الدولية: ينشأ التعارض في عقود التجارة الدولية من انطباق نصين على واقعة ما، ويقتضي كل منهما لها حكما يخالف ما يقتضيه الآخر، ويكون التعارض في الغالب فيما بين نصوص

(١) د. محمد شريف أحمد - مرجع سابق - ١١٦

(٢) William Fox - International Commercial Agreement - Kluwer law Publi - 1988 - P 113

(٣) د. أبو العلا النمر - الصياغة النموذجية لعقود التجارة الدولية - بحث مقدم إلى الدورة التدريبية لمستشاري وزارة العدل السودانية في صياغة العقود التجارية في إطار قانون التجارة الجديد - المنعقدة في الفترة ٦/١١ إلى ٢٠٠٥/٦/١٦ م في مركز الدراسات القانونية والاقتصادية بجامعة عين شمس.

العقد ونصوص مستندات ما قبل التعاقد ذات الطبيعة الملزمة كالاتفاقيات الجزئية، ويبدو التعارض في صورتين هما:
 الصورة الاولى: التعارض التام: وهو التعارض الكلي بين مستنديين يقرر كل منهما حكمن متعارضين يستحيل التوفيق بينهما وتطبيقهما معا، وتكون مهمة المفسر في هذه الصورة، إلغاء أحد المستنديين ويكون في الغالب هو حكم المستند السابق باعتبار أن ما قرره المستند اللاحق هو الذي استقر عليه الطرفان^(١)، وإن كان في الجانب العملي يسعى الأطراف في تحديد المستند الذي تسود أحكامه على أحكام المستندات الأخرى في حال التعارض، وفي الغالب يكون العقد الأساسي هو الذي تسود أحكامه على أحكام المستندات الأخرى.

الصورة الثانية: التعارض الجزئي: يمكن تصور هذه الصورة من التعارض عندما يكون هنالك حكمان متعارضان لا يمكن التوفيق بينهما في أي من مستندات التعاقد^(*) الملزمة كالعقد الأساسي أو الاتفاقيات الجزئية، وفي هذه الحالة يكون لحكم البند اللاحق السيادة على أحكام البنود السابقة، وعلّة هذا الإلغاء سواء كان تاماً أو جزئياً واضحة وهي أنه ما دام أظهر رغبتين في نصوص متناقضة فيعمل بالرغبة الجديدة. وفي اعتقدنا أن هذا ليس على إطلاقه إذ يمكن إلغاء حكم النص اللاحق في كل الأحوال متى ما كان حكمه يتعارض مع نية وإرادة الأطراف وهدفهم من التعاقد.

(١) د. محمد شريف أحمد - مرجع سابق - ص ١٣٦

(*) مستندات التعاقد وفقاً لتعريف المنظمة الدولية للمفاوضات (I.S.O) تعني كل وسيلة أو أداة لتحديد البيانات أو المعطيات المسجلة بصورة دائمة، ومقروءة سواء كانت بواسطة الإنسان أم الحاسوب. وفي قاموس (Robert) أن الوثائق التعاقدية كل كتابة يقصد منها الإعلام، أو الإثبات شريطة التوقيع عليها. ويرى بعض من الفقهاء على أن مستندات التعاقد هي كل ما يستخدم لأغراض الإثبات بما في ذلك الرسوم، والتسجيلات والصور، فيما يرى آخرون بأن مستندات التعاقد هي كل ما يتعلق بالبيانات أثناء عملية النقل بما في ذلك فاتورة الشحن وشهادات التأمين، وعموماً لا يكتف أي مستند على أنه تعاقدى ما لم يكن متصلاً بعنصر من عناصر العقد. للاستزادة راجع الدكتور أحمد السعيد الزرقد - مرجع سابق - ص ١٨٥

السبب الثالث: نقص النصوص: نقص النصوص لا يعكس الإرادة الحقيقية والكاملة للأطراف مما يؤدي إلى ضرورة تفسير العقد للوصول للإرادة الحقيقية المشتركة للأطراف، ويكون للقاضي أو المحكم إذا لم يجد في العقد نصوصا يمكن من خلالها وضع حد للنزاع القائم بين أطراف العقد، أو رأى أنه كان من المفترض الاتفاق على أحكام معينة وتغاضي الأطراف عن إكمال النقص الوارد في النصوص على أن يعتمد في ذلك طرق سد نقص النصوص العقدية المعتمدة دوليا.

طرق سد النقص في النصوص: استقر الفقه الدولي على سد النقص في نصوص الاتفاقيات المنظمة للتجارة الدولية عبر ثلاثة طرق^(١). أولها سد النقص في النصوص عن طريق المبادئ العامة التي تقرها الاتفاقية. وهذا يعني أن القاضي أو المحكم عندما يجد نقصا في النصوص يسد هذا النقص عن طريق تطبيق المبادئ التي يستخلصها من نصوص العقد والاتفاقية الدولية وفي المبادئ العامة المستقرة في مجتمع التجار الدولي. ويمكن للقاضي أو المحكم أن يسترشد بالغرض الذي يسعى الأطراف إلى تحقيقه.

أما الطريقة الثانية لسد النقص في النصوص فهي لا تعتمد على تطبيق المبادئ العامة المستقرة في التجارة الدولية بل تعتمد على مصادر وطنية وهذه الطريقة تتيح للقاضي أو المحكم تطبيق القانون الوطني الذي تحدده قواعد القانون الدولي الخاص على المسائل التي أغفل العقد المبرم بين الأطراف تنظيمها. أما الطريقة الثالثة لسد النقص في النصوص فهي مزيج من الطريقتين المتقدمتين وتعتمد على تطبيق المبادئ العامة الدولية أولا، فإذا لم يجد القاضي

(١) ولا تختلف طرق سد النقص في القوانين الداخلية عن هذه الطرق اختلافا كبيرا. للاستزادة أنظر في بيان هذه الطرق الثلاثة :

Franco Ferrari, "Uniform Interpretation of the 1980 Uniform Sales Law " 24 Georgia Journal of International and Comparative Law (1994), at 218 . fn . 189

أو المحكم ما يسعفه في المبادئ العامة الدولية وجب عليه تطبيق القانون الوطني الذي تحدده قواعد القانون الدولي الخاص لسد النقص في النصوص الاتفاقية، وهذه الطريقة أخذت بها اتفاقية فيينا بشأن البيع الدولي للبضائع لعام ١٩٨٠ هـ ويستخلص ذلك من نص المادة (٧) فقرة (٢) من الاتفاقية والتي تقرأ " المسائل التي تتعلق بالموضوعات التي تناولها هذه الاتفاقية والتي لم تحسمها نصوصها، يتم تنظيمها وفقاً للمبادئ العامة التي أخذت بها الاتفاقية، وفي حالة عدم وجود هذه المبادئ، تسري أحكام القانون الواجب التطبيق وفقاً لقواعد القانون الدولي الخاص" وفي مبادئ اليونيدروا نص على أن تنظم المسائل التي تدخل في نطاق هذه المبادئ دون أن تحسم بواسطتها صراحة، وفقاً للأسس العامة التي قامت عليها كلما كان ذلك ممكناً^(١). كما نصت في المادة (٨/٤) على أنه " إذا لم يتفق الأطراف على شرط مهم لتحديد حقوقهم والتزاماتهم، فيتدارك الأمر بإضافة بند مناسب على أن يراعى عند تحديد مدى مناسبة الشرط، عدة عناصر من بينها نية الأطراف وطبيعة العقد والغرض منه و حسن النية وأمانة التعامل و المعقولة".

وعلى ذلك فإن صياغة العقد بصورة سليمة وتامة لها أهميتها في التجارة الدولية وذلك لتفادي أي خلافات مستقبلية عند تنفيذ أو تفسير العقد وتأكيداً لهذه الأهمية عملت لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولية، بالعمل على توحيد صياغة العقود الدولية، وذلك لخطورة ما يترتب على سوء الصياغة من نتائج، خصوصاً بالنسبة للأطراف التي تنتهي إلى دول العالم الثالث، فوضعت مثلاً، الدليل القانوني لصياغة العقود الدولية لتشديد المنشآت الصناعية ١٩٨٩ م وهو يحدد المسائل القانونية التي تثيرها هذه العقود، ويعاون البلدان النامية على التفاوض، ويعالج مشكلات تكوين العقد وتنفيذه.

(١) أنظر المادة (٦/١) من مبادئ العقود التجارية الدولية الصادرة عن معهد روما المعدل في العام ٢٠٠٤ م

الخلاصة أن غموض نصوص العقود التجارية الدولية وعدم وضوحه يؤدي إلى تفسيرات متعددة ، والتي تكون بدورها مدعاة للخلافات المستقبلية، ولذلك يجب بقدر المستطاع مراعاة وضوح الصياغة، وتجنب كل ما هو من شأنه أن يؤدي إلى غموض النص، والأخذ بعين الاعتبار اختيار الكلمات والمصطلحات الصحيحة المعبرة عن المفهوم السليم والمظهرة للإرادة الحقيقية للأطراف.

التكييف الشرعي للأسباب الداعية للتفسير:

سبق أن ذكرنا أن الفقه الإسلامي يعتد بالإرادة الظاهرة، وهي التي تثبت بها أحكام العقود وتعتبر هي الأصل في إنشاء العقود وفي تحديد حدودها وقيودها الالتزامية ما لم يكن هنالك ما ينفي أو يشكك في الإرادة الظاهرة عندها يبدأ البحث في الإرادة الباطنة، ويكون ذلك باللجوء إلى تفسير العقد ونصوصه، ورغم أن الفقهاء في التشريع لم يتناولوا أسباب تفسير العقود بصفة خاصة ولم يخصصوا له بابا معيناً، ولكن يمكننا استنتاج ذلك من خلال استقراء أسباب تفسير النصوص التشريعية نفسها، وعموماً فإن الأصوليين حصروا أهم الأسباب والعوامل التي تؤدي إلى سلب الوضوح من النصوص فيما يلي:

١. ما كان سبب الغموض في النص ناشئاً عن الاشتباه في تطبيقه على بعض الوقائع والأفراد وسمي ذلك بالخفي^(*).
٢. ما كان سبب الغموض في النص ناشئاً عن تعقد الوصول إلى المعنى إلا بقرينة، وسمي ذلك بالمشكل^(**). ولقد قسم الفقهاء المشكل باعتبار منشأ إشكاله إلى ثلاثة أقسام، أولهما: الإشكال الناشئ عن الغموض في المعنى

(*) الخفاء لغة، هو عدم الظهور والتستر والكتمان، وفي المصطلح يراد بالخفي ما اشتبه معناه وخفي المراد منه بعارض في الصيغة يمنع نيل المراد بها إلا بالطلب للاستزادة راجع محمد بن أبي سهل السرخسي الشهير بأبي بكر السرخسي - أصول السرخسي - تحقيق أبو الوفا الأفغاني - بيروت ١٣٧٢ هـ - دار المعرفة - ج ١ ص ١٦٧

(**) المشكل، لغة مأخوذ من أشكل الأمر إذا دخل في أشكاله وأمثاله بحيث لا يعرف بديل يتميز به، واصطلاحاً فهو الذي أشكل على السامع طريق الوصول إلى المعاني لدقة المعنى في نفسه لا بعارض

عندما يحتمل اللفظ في أصل وضعه عدة معان يكون المراد منها واحداً، أي في الألفاظ المشتركة، وعندما يستعمل المعنى المجازي للفظ من الألفاظ بين المعنى المجازي والمعنى الحقيقي، ثانيهما: الإشكال الناشئ عن تعارض ظواهر النصوص على معنى . أي أن كل نص يكون واضح الدلالة على المراد منه ولكن المعنى الذي يدل عليه أحد النصين يصدّم ما يدل عليه نص آخر، وثالثهما: الإشكال الناشئ عن غموض المعنى المراد من اللفظ^(١).

٣. ما كان سبب الغموض ناشئاً عن إجمال النص، وسمي اصطلاحاً بالمجمل وهو مالا يعقل معناه من لفظه^(٢) أي هو ما خفي المراد منه خفاء لا يدرك إلا ببيان المجمل، وبتعبير آخر هو الذي لا يفهم من ظاهره معناه، ولتفسير المقصود منه فلا بد من طلب المراد منه من أحد موضعين إما من نص آخر يفسره وإما من إجماع متفق عليه^(٣).

٤. ما كان سبب الغموض فيه تعارض ظواهر النصوص^(٤).
وهكذا يتضح أن أسباب سلب الوضوح من النص الذي حصرها الأصوليون هي نفسها ذات الأسباب المؤدية إلى غموض النص لدى فقهاء قانون التجارة الدولية لاسيما السبب المسمى بالمشكل بتقسيماته التي ذكرها الفقهاء.
الفرع الثاني: تكييف العقد التجاري الدولي: لكي يستطيع القاضي أو المحكم الفصل في النزاع المعروض أمامه في عقود التجارة الدولية فعليه في البدء تكييف العقد وإعطاؤه الوصف الصحيح الذي يتفق مع الهدف الحقيقي لإرادة الطرفين، ومن ثم الفصل فيه.

(١) د. محمد شريف أحمد - مرجع سابق - ص ١٢٢ وما بعدها

(٢) إبراهيم بن علي بن يوسف الفيروز آبادي الشيرازي - التبصرة - تحقيق محمد حسن هيتو - الطبعة الأولى ١٤٠٣هـ - دار الفكر دمشق - ج ١ ص ١٩٨

(٣) علي بن أحمد بن حزم الأندلسي أبو محمد - الأحكام لابن حزم - الطبعة الأولى ١٤٠٤هـ - دار الحديث القاهرة - ج ٣ ص ٤٠٣

(٤) د. محمد شريف أحمد - مرجع سابق - ص ١٢٢

مفهوم التكييف القانوني للعقد: هو إضفاء وصف قانوني معين على العقد يتفق مع حقيقة ما قصده المتعاقدان منه^(١) أي هو العملية الفنية التي يستهدف بها تحديد الطبيعة أو الوصف القانوني لمجموعة الظروف والمسائل الواقعية التي تحيط بالعقد، وذلك بغية تقريبه إلى القواعد القانونية ذات القابلية لحل المشكلات التي تعترى العقد^(٢) وتعبير آخر هو إعطاؤه الوصف القانوني الذي يتحدد به الآثار الأساسية التي اتجه طرفا العقد إلى تحقيقها، فهذا الوصف يترتب على تحديد مقاصد طرفي العقد، ومن هنا ارتباطه بتفسير العقد^(٣).

وتكييف العقد هو عمل قانوني صرف، لا سلطة فيه لإرادة العاقدين، فالعاقدان لهما حق تحديد الآثار العملية التي يرغبان في تحقيقها بالعقد، فإن تحددت هذه الآثار، يكون وصف هذا العقد عملاً قانونياً محضاً، لأنه يعني إدخال صورة الآثار كما حددها العاقدان في إطار قانوني معين، ولذا فالتكييف حق للقاضي أو المحكم، يقوم به على ضوء تفسير مقاصد العاقدين، ولكنه لا يلتزم فيه رغبة هذين العاقدين إن كانت تتعارض مع صورة الآثار المقصودة^(٤).

أهمية التكييف: تحديد الوصف القانوني للعقد مسألة ذات أهمية قانونية، ذلك أنه بناء على التكييف الذي يأخذ به القاضي للعقد، تتحدد الآثار القانونية للعقد لاسيما تلك التي لم يحددها الأطراف بالنص عليها في اتفاقهما والتي تكفل بها القانون في قواعده المكملة للعقود، بل إن جواز بعض آثار العقد أو عدم جوازها يرتبط بالتكييف الذي يعطى له فالتكييف لازم لتقرير الصحة والبطالان معاً^(٥). وهذا يعني أن التكييف يعتبر وسيلة لتحديد مضمون العقد، لأنه يضعه في الإطار

(١) د. محمد حسين منصور - مرجع سابق - ص ١٥٧

(٢) د. أحمد عبد الكريم سلامة - القانون الدولي الخاص - مرجع سابق - ص ١٤٧

(٣) المحامي مصطفى عطية - البحث المنشور له الكترونياً والمشار إليه سابقاً.

(٤) المحامي مصطفى عطية - البحث المنشور له الكترونياً والمشار إليه سابقاً

(٥) المحامي مصطفى عطية - البحث المنشور له الكترونياً والمشار إليه سابقاً

القانوني الذي يسمح ببيان آثاره في جملتها، سواء التي نص عليها الأطراف في تعاقدهم أو التي لم ينص عليها اتفاقهما، كما أن تكييف العقد يؤدي إلى استقامة العقد، كما يساعد المحكّم والقاضي في إصدار القرار الصائب عند المنازعة أو الاختلاف بين العاقدين^(١).

كما يترتب على تكييف العقد إنزال الحكم القانوني الصحيح عليه، والقانون الواجب التطبيق حيث لا تستطيع المحكمة أو لجنة التحكيم البت في أمر صحة ونفاذ العقد إلا بعد أن تحدد نوعه، إذ يتوقف على هذا التحديد معرفة الأحكام القانونية التي تطبق عليه من حيث الصحة والنفاذ، ولا يجوز للمحكمة أن تقضي بنفاذه قبل أن تثبت في أمر تكييفه^(٢).

الأسس والمبادئ المتبعة لتكييف العقد: تعتبر عملية التكييف من صميم عمل القاضي والمحكم ويقومان بذلك من تلقاء نفسيهما دون طلب من الأطراف ويتعين عليهم عند قيامهم بتكييف العقد مراعاة التالي:

١. أن يتم التكييف استناداً إلى حقيقة ما قصده المتعاقدان بعد استخلاصه من واقع شروط العقد المعروض عليه وما اتجهت إليه الإرادة المشتركة للطرفين^(٣).

٢. يجب أن يتم التكييف في ضوء عبارات العقد وحقيقة الواقع، وللقاضي أو المحكم الحرية في التكييف على أن يستند عند تكييفه للعقد إلى عبارات العقد وألفاظه، وطبيعة التعامل بين الأطراف^(٤).

(١) د. علاء الدين محمود زعتري - العقود ومعنى تكييفها الشرعي - بحث منشور له الكترونياً في موقعه الخاص - على الرابط : http://www.alzatari.org/bohoss_moqarn/2.htm

(٢) د. محمد حسين منصور - مرجع سابق - ص ١٥٨

(٣) د. محمد حسين منصور - مرجع سابق - ص ١٥٨

(٤) د. جمال فاخر النكاس - الاتجاه الموسع للتفسير القضائي للعقود والتصرفات - مجلة الحقوق - السنة الثالثة والعشرون - العدد الثاني يونيو 1999 دولة الكويت - ص ٨٥

٣. عدم التقيد بالوصف الذي يخلعه الأطراف على العقد، فقد يضيء المتعاقدان على العقد وصفا غير صحيح تعمداً أو خطأً فعلى القاضي أو المحكم في هذه الحالة طرح الوصف الذي خلعه الأطراف على العقد ويقوم بتصحيح الوصف من تلقاء نفسه إذا تبين له أنه لا يتفق مع حقيقة العقد أو ماهيته بحسب ما تبين له من تفسيره والتعرف على قصد الأطراف^(١).

تكييف العقود في التشريع الإسلامي: تكييف العقد في الاصطلاح الشرعي يعني إعطاء الوصف الشرعي للعقد "القانوني"؛ من أجل معرفة موقف التشريع من العقد الذي يُدرَس. والتكييف الشرعي للعقود في الفقه الإسلامي، يشمل دراسة العقد من ناحيتين أولاهما من حيث مشروعية العقد، واتفاقه مع مقاصد الشريعة، وقبوله ضمن قواعد العقود العامة وأحكام التعامل الشرعية. ثانيتهما: من حيث إعطاء الوصف الحقيقي للعقد^(٢)، وهي في ذلك لا تختلف اختلافاً جوهرياً عن عملية التكييف في القانون بصفة عامة.

وعلى ضوء ما تقدم فإن تكييف العقد في التشريع الإسلامي لا يختلف عن تكييف العقد في فقه قانون التجارة الدولية؛ ففي الفقهين يعني التكييف إعطاء العقد الوصف القانوني للعقد، وذلك بالبحث في أركانه وشروطه، والأوصاف المقترنة به، كما يعني التدقيق في الآثار والالتزامات التي يتفق عليها العاقدان، والنظر في الغاية التي يقصدها المتعاقدان، وتتجلى أهمية التكييف في أنه بموجبه تتحدد صحة وبطلان العقد.

(١) د. محمد حسين منصور - مرجع سابق - ص ١٥٩

(٢) د. علاء الدين محمود زعتري - البحث المنشور له الكترونياً والمشار إليه سابقاً

المبحث الثاني

مضمون العقد التجاري الدولي وحقوق الغير

بيننا من قبل بأنه يكفي لتمام التعاقد، الاتفاق على العناصر الجوهرية للعقد ولو لم يتعرض الطرفان إلى المسائل التفصيلية، ولذلك يفتقد العقد أحيانا البيان الوافي لتفاصيل ما ينشأ عنه من التزامات على نحو يستوجب تفسير العقد لتحديد التزامات الأطراف وهو ما يطلق عليه اصطلاحا بتحديد مضمون العقد، أي لا يقصر العقد على ما يرد فيه من شروط أو يسري عليه من أحكام القانون ، وإنما يتضمن كذلك ما يعتبر من مستلزماته ، وفقا لما تجري عليه العادة وما تمليه العدالة، ومع مراعاة طبيعة التعامل وما يقتضيه حسن النية وشرف التعامل. والقاعدة في هذا الشأن أن العقد يمتد أثره ليلزم بكل ما هو من مستلزماته فوق ما ورد فيه، ويجب على كل متعاقد أن ينفذ العقد طبقا لحسن النية الواجبة توافره في المعاملات، وإذا كان العقد ملزما لأطرافه بما هو وارد فيه فإنه لا يلزم بحسب الأصل غير أطرافه ومع ذلك فقد تنصرف آثار العقد للغير وتترتب عليها حقوق للغير، وهذا ما سوف نتناوله في هذا المبحث وفقا للمطلبين التاليين.

المطلب الأول : تحديد مضمون العلاقات التعاقدية في عقود التجارة الدولية

المطلب الثاني : الاشتراط لمصلحة الغير في عقود التجارة الدولية

المطلب الأول

تحديد مضمون العلاقات التعاقدية في عقود التجارة الدولية

قدمنا أن العقد يلزم طرفيه، ليس في حدود ما اتفق عليه طرفاه فحسب، بل أيضا في حدود أخرى قد لا يتم الاتفاق عليها بصورة مباشرة وصریحة، ولكنهما يلتزمان في حدود مضمون العقد الذي يحدده صراحة أو الذي يتحدد ضمنا من طبيعة العقد والغرض منه باعتباره من مستلزماته، وفقا لما يقضي به العرف والممارسات المستقرة فيما بين الأطراف والعادات المرعية ووفقا ما يستوجبه حسن النية وأمانة التعامل والمعقولة^(١).

وهنا لا بد من الإشارة إلى أن القاعدة العامة في التجارة الدولية هي تمتع أطراف العقد الدولي بحرية تحديد مضمونه إعمالا لمبدأ سلطان الإرادة، التي تمنح أطرافه حرية تحديد آثار العقد بالطريقة التي يرونها، ولا يقيدهم في ذلك سوى اعتبارات النظام العام^(*)، هذا المبدأ وجد قبولا واسعا لدى الفقهاء والعاملين في التجارة الدولية وأصبح هو الأساس في اختيار التعاقد وتحديد مضمونه وآثاره، بالإضافة إلى تعيين

(١) انظر المادة (١/٥) الفقرة (١) والفقرة (٢) من مبادئ العقود التجارية الدولية الصادرة عن معهد روما (اليونيدروا) ٢٠٠٤ م
 (*) رغم أن حرية الإرادة من المبادئ الأساسية في عقود التجارة العالمية إلا أن هذه الحرية ليست على إطلاقها بل تحدها بعض القيود ولعل أبرز هذه القيود هي عدم مخالفة أحكام القانون الواجب التطبيق للنظام العام في الدولة وقواعد البوليس "القواعد ذات التطبيق الضروري"، وقيد النظام العام في التجارة الدولية هو الوسيلة الفنية التي يتم بمقتضاها استبعاد القانون الأجنبي المختص إذا ما تعارضت أحكامه والمبادئ الجوهرية في دولة القاضي، أما قواعد البوليس فهي القواعد الداخلية التي تتسم بطابع أمر يفرض تطبيقها على المراكز التي تدخل عقلا في نطاق سريانها المكاني الذي يتطلبه مضمونها وأهدافها التي تسعى إلى تحقيقها، سواء كانت هذه المراكز ذات طابع داخلي بحت أو اتسمت بالصفة الدولية، فهي على هذا النحو تجلب الاختصاص الدولي للنظام القانوني الذي ينتهي إليه دون حاجة إلى قواعد تنازع القوانين. للاستزادة راجع د. محمود محمد ياقوت - قانون الإرادة وقواعد البوليس ضرورة التطبيق دراسة تحليلية وتطبيقية - مرجع سابق - ص ٢٣ وما بعدها.

القانون الواجب التطبيق والقضاء المختص، بل وخلق القانون الذي يحكم العقد ، وهذا ما يطلق عليه بالإرادة الشارعة، وإنشاء القضاء الذي يتولى حسم المنازعات الناشئة عن العقد بعيدا عن القضاء الوطني، حيث ساد نظام التحكيم وأصبح هو الأساس في فصل منازعات العقود التجارية الدولية^(١).

إن الحديث عن مضمون العقد التجاري الدولي أمر يتصف بالعمومية والتجرد في ظل تطور التجارة الدولية المتسارع وظهور أنماط وصور جديدة للاتفاقية بصفة مستمرة ، وهذا لم يثبط هممة المنظمات الدولية المنظمة للتجارة الدولية في وضع أسس ومبادئ ليستهدى بها عند تحديد مضمون العقد التجاري الدولي، وذلك بغية توحيد تلك المبادئ عند تحديد مضمون العقود في مجال التجارة الدولية.

كيفية تحديد مضمون العقد التجاري الدولي: عند تحديد مضمون العقد التجاري الدولي ينبغي عدم الوقوف على ما ورد فيه صراحة، لمعرفة مدى ما يلتزم به كل من طرفيه، وإنما يجب النظر كذلك إلى الالتزامات الضمنية التي تعد من مستلزمات العقد، وتستخلص الالتزامات الضمنية على ضوء ما أورده مبادئ اليونيدروا من:

١. طبيعة العقد والغرض منه.
٢. الممارسات المستقرة فيما بين الأطراف والعادات المرعية.
٣. حسن النية وأمانة التعامل.
٤. المعقولية.

وعلى ذلك يكون للقاضي أو المحكم الكشف عن الالتزامات الضمنية من خلال الملاحظات والظروف المحيطة بالعقد، وتوجد عدة مؤشرات يستطيع من خلالها القاضي أو المحكم أن يقيم القرينة على اتجاه إرادة الخصوم في تحديد الحقوق والالتزامات تجاه بعضهم البعض، كما يرى بعض الفقه بحق أن يقوم القاضي أو المحكم بدراسة كافة ظروف العقد، وعدم

(١) د. محمد حسين منصور - مرجع سابق - ص ١٢٦

الاقتصار على عنصر دون آخر، ثم الترجيح بين هذه العناصر للوصول إلى أكثرها أهمية في نظر المتعاقدين، لاسيما لو أمكن الجمع بين أكثر من عنصر للتأكد من الوصول إلى قصد المتعاقدين^(١).

أما الاتفاقية الخاصة بالقانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية الموقعة في روما في عام ١٩٨٠م فقد أكدت أن إرادة الأطراف التي يعتد بها في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد، هي تلك الإرادة التي يعلنها الأطراف صراحة، أو التي تكشف عنها الظروف المحيطة ضمناً فالمادة (١/٣) تؤكد على "أن الاختيار يجب أن يكون صريحاً أو مستمداً بطريقة مؤكدة من نصوص أو من ظروف التعاقد" وتستبعد الاتفاقية الإرادة المفترضة وتلزم القاضي أو المحكم في تحريه للإرادة الضمنية للأطراف باستخلاصها من خلال ظروف التعاقد أو من نصوص العقد فقط، ومتى تعذر استخلاص وجود إرادة ضمنية على هذا النحو نكون بصدد استحالة إعمال ضابط الإسناد الأصلي فيلجأ للبحث عن القانون الأوثق صلة لتطبيقه^(٢).

وهكذا يتضح لنا أن للأطراف الحرية المطلقة في تحديد مضمون العقد التجاري الدولي وتحديد التزاماتهم التعاقدية، ويكون على كل منهما أن ينفذ الالتزامات العقدية في حدود ما يقضي به العقد وما يعد من مستلزماته وفقاً لما تقتضيه طبيعة العقد والغرض منه وما يستوجبه حسن النية والتعامل الشريف والعرف التجاري.

الالتزامات التي تستوجبها طبيعة التعاملات التجارية الدولية:

على الرغم من أن للأطراف الحرية المطلقة في تحديد مضمون عقودهم والالتزامات التعاقدية، إلا أن بعض المنظمات والمعاهد الدولية المهتمة بتوحيد التجارة

(١) د. بشار محمد الأسعد - عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة "ماهيتها - القانون الواجب التطبيق عليها - وسائل تسوية منازعاتها" - الطبعة الأولى ٢٠٠٦ م - منشورات الحلبي الحقوقية بيروت - ص ١١

(٢) د. طرحة البحور على حسن فرج - مرجع سابق - ص ٥١

الدولية، حددت بعض الالتزامات واعتبرتها من الالتزامات الضرورية التي تستوجبها طبيعة المعاملات التجارية الدولية، ويمكن حصر تلك الالتزامات فيما يلي:

١. الالتزام بالتعاون: وفقاً لنص المادة (١/٥) الفقرة (٣) من مبادئ اليونيدرو فإنه يجب على كل طرف في عقود التجارة الدولية الالتزام بالتعاون مع الطرف الآخر كلما كان هذا التعاون متوقعاً بشكل معقول عند تنفيذ أحد الأطراف لالتزاماته^(١). والالتزام بالتعاون كما بينا سابقاً^(٢) التزم ينشأ منذ مرحلة التفاوض ويصاحب العقد في جميع المراحل، مرحلة إنشاء العقد ومرحلة تنفيذه.

٢. الالتزام بتحقيق نتيجة والالتزام ببذل عناية: تقضي مبادئ اليونيدرو بوجود التزام كل طرف بما التزم به تجاه الآخر، فإذا التزم أي من الأطراف بأن يحقق نتيجة بعينها، فعلى هذا الطرف تحقيق النتيجة التي التزم بها. ومن يلتزم ببذل أقصى عناية في تنفيذ أمر ما، فعليه الالتزام ببذل عناية وحيطة الرجل العادي من نفس مستواه وفي نفس ظروفه^(٣).

مفهوم الالتزام بتحقيق نتيجة والالتزام ببذل العناية والفرق بينهما: هو الالتزام بتحقيق نتيجة معينة تكون هي ذاتها الغاية التي يهدف المتعاقد الآخر إلى بلوغها كالالتزام بنقل الملكية أو تسليم البضاعة أو دفع الثمن وخلافه، أما الالتزام ببذل العناية فهو التزم المدين ببذل الجهد والعناية في أمر ما سعياً

(١) See Unidroit principles of International commercial contracts, ARTICLE 5.1.3 (Co-operation between the parties) " Each party shall cooperate with the other party when such co-operation may reasonably be expected for the performance of that party's obligations.

(٢) راجع صفحة (١٥٤) من هذا البحث.

(٣) See Unidroit principles of International commercial contracts, ARTICLE 5.1.4 (Duty to achieve a specific result. Duty of best efforts) (1) To the extent that an obligation of a party involves a duty to achieve a specific result, that party is bound to achieve that result. (2) To the extent that an obligation of a party involves a duty of best efforts in the performance of an activity, that party is bound to make such efforts as would be made by a reasonable person of the same kind in the same circumstances.

لتحقيق الغاية التي يهدف إليها الدائن، ويبدو الفرق واضحاً بين الالتزامين ففي النوع الأول لا يُكتفى من المدين ببذل الجهد والعناية بل لا بد له من تحقيق نتيجة محددة، على العكس من النوع الثاني الذي يُكتفى فيه ببذل عناية الرجل العادي ما لم يتفق على بذل عناية أكثر .

ويتربط على هذا أن المدين في الالتزام بتحقيق نتيجة يكون مسئولاً عن عدم تنفيذ التزامه بمجرد عدم تحقق النتيجة المطلوبة من دون الحاجة إلى إثبات خطئه أو تقصيره ولا يستطيع المدين في هذه الحالة أن يدفع المسؤولية عن نفسه إلا إذا أثبت أن عدم تحقق النتيجة كان لسبب أجنبي لا يده له فيه، أما في الالتزام بتحقيق نتيجة فإن عدم تحقق النتيجة المرجوة لا يؤدي بذاته إلى مسؤولية المدين ما لم يثبت عدم بذله العناية اللازمة.

ويراعى عند تحديد نوع الالتزام، إن كان التزاماً بتحقيق نتيجة أم التزاماً ببذل عناية عدة عناصر من بينها^(١):

أ. أسلوب صياغة الالتزام في العقد.

ب. مقابل العقد وأحكامه الأخرى.

ج. درجة المخاطرة التي ينطوي عليها - عادة - تحقيق النتيجة المطلوبة.

د. استعداد الطرف الآخر للتأثير في أداء الالتزام.

٣. الالتزام بالتنفيذ من نوعية معقولة: وفقاً لنص المادة (١/٥) الفقرة (٦) من

مبادئ اليونيدروا لعام ٢٠٠٤ م فإنه إذا لم تكن نوعية التنفيذ محددة، أو

قابلة للتحديد بالرجوع إلى العقد، فيلتزم كل متعاقد بأن يكون التنفيذ من

نوعية معقولة، لا تقل عن المستوى المتوسط بالنظر إلى ظروف الحال.

٤. الالتزام بتحديد المقابل والوفاء به "الثمن": إذا لم يحدد المقابل في العقد أو

لم يرد به ما يسمح بتحديدده، يعتبر ذلك، ما لم يوجد ما يشير إلى غيره، بمثابة

(١) أنظر المادة (١/٥) الفقرة (٥) من مبادئ عقود التجارة الدولية الصادر عن مهد روما ٢٠٠٤ م

إحالة من الأطراف إلى المقابل الجاري التعامل به في تاريخ إبرام العقد بالنسبة لمثل هذا الالتزام في الظروف المماثلة في مجال التجارة المعني. فإذا لم يكن هذا المقابل متاحاً فيتحدد المقابل بالمقابل المعقول.

أما إذا كان المقابل واجباً تحديده بمعرفة أحد الأطراف وكان هذا التحديد غير معقول بشكل واضح، فيحل محله المقابل المعقول ما لم يتفق على خلاف ذلك. أي دون إخلال بأي حكم مخالف ورد في العقد وإذا كان المقابل واجب التحديد بمعرفة الغير، ولم يتسن لهذا الغير القيام بهذه المهمة أو رغب عنها، فيتحدد المقابل بالمقابل المعقول أيضاً. أما إذا كان المقابل واجباً تحديده بالإحالة إلى عناصر غير موجودة أو لم تعد موجودة أو متاحة، فيستبدل بها أقرب عنصر لها^(٢).

ويعد المقابل ركناً أساسياً في عقود التجارة الدولية فإذا انعدم لم نكن بصدد عقد تجاري، ولقد نصت اتفاقية فيينا للبيع الدولي للبضائع على أنه يجب على المشتري بموجب شروط العقد وهذه الاتفاقية، أن يدفع ثمن البضائع وأن يستلمها^(٣)، وتأكيد لهذا الالتزام فقد أوجبت المادة (٥٤) من اتفاقية فيينا للبيع الدولي للبضائع على المدين اتخاذ ما يلزم واستيفاء الإجراءات المطلوبة بموجب العقد أو بموجب القوانين والأنظمة الواجبة التطبيق من أجل تنفيذ هذا الالتزام^(*) وفي حال خلو العقد والقانون الواجب التطبيق من تنظيم الإجراءات المطلوبة لاستيفاء المقابل وجب الرجوع للعرف وإذا لم يكن هناك عرف يرجع إليه

(٢) أنظر المادة (١/٥) الفقرة (٧) من مبادئ عقود التجارة الدولية الصادر عن ميثاق روما ٢٠٠٤م

(٣) أنظر المادة (٥٣) من اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع "فيينا" لعام ١٩٨٠م

(*) أورد الأستاذ/ وليد علي محمد عمر في مؤلفه الموسوم بـ "التمن في عقد البيع الدولي للبضائع كأحد الالتزامات الجوهرية للمشتري" أن اتفاقية فيينا لبيع البضائع لعام ١٩٨٠ لم تنظم أحكاماً خاصة بنقود الوفاء بالتمن مع ما لهذه المسألة من أهمية خاصة في البيع الدولي، وعزا ذلك إلى صعوبة وضع قواعد موحدة بشأن هذا الموضوع نظراً لقيود النقد التي تفرضها بعض الدول وتتفق معه فيما ذهب إليه. راجع للاستزادة المحامي وليد علي محمد عمر - التمن في عقد البيع الدولي للبضائع كأحد الالتزامات الجوهرية للمشتري - طبعة عام

٢٠٠١ - المجموعة المتحدة للطباعة مذكور بمصر - ص ٣٧

أو يحدد ذلك فلا مناص من القول بوجود الوفاء بنقد الدولة التي تقع فيها منشأة البائع لأن الوفاء وجد في الأصل في هذا المكان^(١).

الحقيقة أن التزام المشتري بالثمن مقرر في جميع عقود البيع الدولية التي أصدرت نماذجها مجموعة "الانكوتيرمز"، وكذلك في نماذج اللجنة الأوروبية ونماذج الكوميكون، ويلاحظ أن نماذج اللجنة الأوروبية لم تتضمن أي أحكام تتعلق بتحديد الثمن عند عدم النص على ذلك في العقد، وعموما فإن عدم تحديد الثمن وفقا لنماذج اللجنة الأوروبية لا يبطل عقود التجارة الدولية، حتى ولو لم يتضمن أي إشارة إلى ثمن المبيع وفي هذه الحالة يجب على المدين أن يدفع الثمن الذي اعتاده الدائن وقت إبرام العقد، وذلك خلافا لشروط الكوميكون التي تتطلب تحديد ثمن السلعة المباعة في عقدهم وإلا اعتبر العقد باطلا، وعموما فإن تحديد المقابل يقوم على ما يسمى بمبدأ السعر ووفقا لهذا المبدأ فإن تبادل السلع بين دول الكوميكون يجب أن يقوم على أساس متوسط الأسعار العالمية الدارجة في السوق الرئيسي للسلعة المتبادلة في المدة المحددة وتضمنه في العقد^(٢).

مكان الوفاء بالثمن : وفقا لنص المادة (٥٧) من اتفاقية فيينا لبيع السلع والبضائع لعام ١٩٨٠م فإنه إذا لم يكن المشتري ملزما بدفع الثمن في مكان معين وجب عليه أن يدفعه إلى البائع في مكان عمل البائع، ويتحمل البائع أي زيادة في مصاريف الدفع ناتجة عن تغيير مكان عمله بعد انعقاد العقد، أو في مكان التسليم ، إذا كان الدفع مطلوبا مقابل تسليم البضائع أو المستندات.

ميعاد الوفاء بالثمن: يجب على المدين وفقا لنص المادة (٥٨) الفقرة (١) من اتفاقية فيينا للبيع الدولي للبضائع لعام ١٩٨٠م، دفع الثمن عندما يضع الدائن البضائع أو المستندات التي تمثلها تحت تصرفه وذلك وفقا لما يحدده العقد المبرم

(١) المحامي وليد علي محمد عمر - مرجع سابق - ص ٣٧

(٢) د. حمزة حداد - مرجع سابق - ص ٢٧٤ وما بعدها

بينهم أو وفقا لما جاء في نصوص اتفاقية الأمم المتحدة، ما لم يكن هنالك اتفاق يلزم المشتري بدفع الثمن في وقت محدد، ويحق للدائن اشتراط الدفع لتسليم البضائع أو المستندات، كما يحق له عدم تسليم السلع المباعة أو المستندات التي تمثلها إلى المشتري في حال الاتفاق على نقل البضائع إلا مقابل دفع الثمن. وبالمقابل فإنه يحق للمدين عدم الدفع إلا بعد أن تتاح له الفرصة لفحص البضائع ما لم يكن ذلك متعارضاً مع كيفية التسليم أو الدفع المتفق عليه بين الطرفين^(١).

أما نماذج اللجنة الأوروبية وشروط الكوميكون فقد أوجبت على المدين الوفاء بالثمن في الميعاد المحدد للوفاء في العقد، وإلا اعتبر المدين مخلاً بتنفيذ أهم التزاماته على الإطلاق ما لم يكن ذلك بسبب خطأ الدائن وفقاً لما يقضي به المبادئ العامة التي تقوم عليها هذه النماذج، وهذا الحكم جاء مطابقا في جميع النماذج والاختلاف فيما مجرد اختلاف في الصياغة الفنية في النصوص، فيما عدا نموذج بيع المصانع التي تنص صراحة على أن الوفاء بالثمن من جانب المدين لا يكون مستحقاً، إذا اتفق الطرفان على أن الدفع يتوقف تنفيذه على وفاء الدائن بأي من التزاماته^(٢) وبالطبع فإن إخلال الدائن بأي من التزاماته لا يترتب عليه أي مسؤوليات على المدين في حال عدم وفائه بالثمن في اليوم المحدد.

وعلى ضوء ما ذكر نخلص إلى أن الوفاء بالمقابل واجب على المدين بمجرد حلول ميعاد الوفاء دون حاجة إلى القيام بأي إجراء من جانب الدائن وهذا ما نصت عليه المادة (٥٩) من اتفاقية فيينا للبيع الدولي للبضائع والتي تقرأ " يجب على المشتري أن يدفع الثمن في التاريخ المحدد في العقد أو الذي يمكن تحديده بالرجوع إلى العقد أو أحكام هذه الاتفاقية دون حاجة إلى قيام البائع بتوجيه أي

(١) أنظر المادة (٥٨) الفقرة (٢) والفقرة (٣) من اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع "فيينا" لعام ١٩٨٠م

(٢) د. حمزة حداد - مرجع سابق - ص ٢٨٦

طلب أو استيفاء أي إجراء". وإن كان في الجانب العملي يتبادل الطرفان المراسلات من أجل التذكير بموعد الوفاء ومواعيد الاستلام والتسليم.

٥. الالتزام بالتسليم والتسلم : يعد الالتزام بالتسليم والتسلم من الالتزامات الجوهرية في عقود التجارة الدولية وهو من الالتزامات المتقابلة والذي يلتزم الطرفان فيه بتحقيق نتيجة حيث يلتزم الدائن بتسليم المبيع المتفق عليه إلى المدين الذي يلتزم بالمقابل بتسلمه منه، بجانب التزامه بالقيام بجميع الأعمال التي يمكن توقعها منه بصورة معقولة لتمكين الدائن من القيام بالتسليم^(١)، فالدائن إما أن يقوم بتسليم المبيع وفي هذا تنفيذ لالتزاماته أو لا يقوم بذلك وفي هذا إخلال به والمدين إما أن يقوم بالاستلام أو لا يقوم به ويترتب على الإخلال بهذا الالتزام تحمل المسؤولية ما لم يكن هناك سبب يؤدي إلى الإعفاء من المسؤولية كالقوة القاهرة.

مفهوم التسليم والتسلم: يقصد بالتسليم في التجارة الدولية تخلي الدائن "البائع" عن المبيع لصالح المدين بما يتفق مع العقد والقانون، ولا يشترط في التسليم أن يوضع المبيع تحت تصرف المدين "المشتري" ، بحيث يتمكن المدين من حيازته والانتفاع به والانتفاع المقصود منه ذلك أن التخلي يمكن أن يقع في مواجهة المدين أو وكيله القانوني، كما يمكن أن يقع في مواجهة الغير مثال تسليم المبيع إلى الناقل لنقله إلى المشتري^(٢).

لم تضع اتفاقية الأمم المتحدة لبائع البضائع والسلع تعريفا عاما للتسليم ولكنها حرصت في عدة مواضع على بيان المقصود منه فهي تقصد أحيانا مجرد وضع السلع تحت تصرف المشتري وأحيانا أخرى المناولة أي الحيازة المادية الفعلية للسلع، وهذا يعني أن هناك نوعين من التسليم أجازته الاتفاقية وهي

(١) أنظر المادة (٦٠) من اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع "فيينا" لعام ١٩٨٠

(٢) د. حمزة حداد - مرجع سابق - ص ١٥٨

التسليم الفعلي أو المادي والتسليم الحكمي الذي يتم بمجرد التراضي بين الطرفين على أن المبيع قد تم تسليمه ومثاله التسليم المستندي الذي يتم بتسليم مستندات الشحن وخلافه في البيوع البحرية^(١).

ميعاد التسليم: من المسلم به أن البائع يلتزم بتسليم الشيء المبيع إلى المشتري في الميعاد المحدد لذلك في العقد أو في التاريخ الذي يمكن تحديده بالرجوع إلى العقد أو في أي وقت خلال المدة المحددة في العقد أو التي يمكن تحديدها بالرجوع إلى العقد، إلا إذا تبين من الظروف أن المشتري هو الذي يختار موعدا للتسليم، أو خلال مدة معقولة من انعقاد العقد، في جميع الأحوال الأخرى^(٢)، وإذا لم يمكن تحديد الوقت الذي يجب التسليم فيه بالرجوع إلى العقد، يتم التسليم في المدة التي تحددها الأعراف والعادات التجارية المطبقة على ذات الصنف من السلع وذلك دون أي إلزام بالإخطار المسبق قبل التسليم وهذا ما نصت عليه نماذج اللجنة الأوروبية وخالفتهم في ذلك شروط الكوميكون التي تلزم المشتري بإخطار البائع بتعليمات شحن المبيع قبل ثلاثين يوما من حلول ميعاد التسليم المحدد في العقد^(٣).

٦. الالتزام بمراعاة حسن النية: مراعاة حسن النية من المبادئ الأساسية التي تقوم عليها التجارة الدولية وهو يقع على عاتق جميع الأطراف، ويجب على الأطراف ضرورة أن يتلاءم سلوكهم مع مقتضيات حسن النية في التجارة الدولية، ولا يجوز استبعاد هذا الالتزام أو تقييده، ولقد ورد النص على هذا الالتزام في جميع الاتفاقيات الدولية الصادرة بشأن التجارة الدولية^(٤)، ولقد

(١) د. طالب حسن موسى - مرجع سابق - ص ١٢١

(٢) أنظر المادة (٣٣) من اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع "فيينا" لعام ١٩٨٠م

(٣) د. حمزة حداد - مرجع سابق - ص ١٥٨

(٤) د.أبو العلا على أبو العلا النمر - دراسة تحليلية لمبادئ معهد روما "اليونيدروا" المتعلقة بعقود التجارة الدولية - مرجع سابق - ص ٥٨

سبق وأن تناولنا الالتزام بحسن النية في مرحلة التفاوض وتحاشيا للتكرار سوف نكتفي بهذا القدر.

٧. الإخطار عند إنهاء العقد غير المحددة المدة: وفقا لنص المادة (١/٥) الفقرة (٨) من مبادئ اليونيدروا فإنه يجب على أي طرف في حال رغبته في إنهاء العقود التجارية الدولية غير المحددة المدة توجيه إخطار للطرف الآخر برغبته تلك شريطة منحه مهلة معقولة.

٨. الالتزام بالمطابقة: يعد الالتزام بالمطابقة من الالتزامات الجوهرية في عقود المبيعات الدولية، ولقد نصت المادة (٣٥) من اتفاقية الأمم المتحدة لبيع البضائع على هذا الالتزام واعتبرته التزاما جوهريا يوجب المسؤولية المدنية عند الإخلال به ما لم يكن المشتري على علم به أو كان لا يمكن أن يجهله وقت انعقاد العقد. ويجب على البائع وفقا لهذه المادة أن يسلم بضائع تكون كميتها ونوعيتها وأوصافها وكذلك تغليفها أو تعبئتها مطابقة لأحكام العقد وما لم يتفق الطرفان على خلاف ذلك، لاتكون البضائع مطابقة لشروط العقد إلا إذا توافرت الشروط التالية^(١):

(أ) صالحة للاستعمال في الأغراض التي تستعمل من أجلها عادة بضائع من نفس النوع.

(ب) صالحة للاستعمال في الأغراض الخاصة التي أحيط بها البائع علما، صراحة أو ضمنا، وقت انعقاد العقد، إلا إذا تبين من الظروف أن المشتري لم يعتمد على خبرة البائع أو تقديره، أو كان من غير المعقول للمشتري أن يعتمد على ذلك.

(١) أنظر المادة (٣٥) من اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع "فيينا" لعام ١٩٨٠م

(ج) متضمنة صفات البضاعة التي سبق للبائع عرضها على المشتري كعينة أو نموذج.

(د) معبأة أو مغلفة بالطريقة التي تستعمل عادة في تعبئة أو تغليف البضائع من نوعها. وفي حالة عدم وجود الطريقة المعتادة، تكون التعبئة والتغليف بالكيفية المناسبة لحفظها وحمايتها.

التكليف الشرعي لمضمون العقد في عقود التجارة الدولية: يتحدد مضمون العقد في الفقه الإسلامي ونطاقه بما اتجهت إليه إرادة المتعاقدين؛ فالعقد شريعة المتعاقدين ما لم يكن مخالفا لنص شرعي، والمسلمون على شروطهم إلا شرطا حرم حلالا أو أحل حراما^(١)، ومتى تم العقد صحيحا وأصبح نافذا بين طرفيه فإنه يصبح ملزما^(*) لطرفيه لا يجوز نقضه أو تعديله إلا باتفاق الطرفين وللأسباب التي يقررها الشرع، ولا يجوز نقض العقد ولا تعديله من جهة أي من المتعاقدين، فإن العقد وليد إرادتين وما تعقده إرادتان لا تحله إرادة واحدة هذا هو الأصل^(٢).

ونفاذ عقد البيع في التشريع الإسلامي معناه أنه بمجرد انعقاده صحيحا تنتقل ملكية المبيع إلى المشتري وملكية الثمن إلى البائع وأوجب بين طرفيه سائر الآثار والالتزامات الأخرى التي أنشأها العقد كوجوب تسليم المبيع وتسلم الثمن وضمان العيوب والدرك في المبيع إن ظهر به عيب أو ظهر له مستحق^(٣).

والخلاصة أن تحديد مضمون العلاقة العقدية في التشريع الإسلامي ونطاقها بما اتجهت إليه إرادة المتعاقدين شريطة ألا تكون فيها مخالفة لحكم شرعي قطعي، وهي

(١) محمد بن عيسى أبو عيسى الترمذي - سنن الترمذي - مرجع سابق - ج ٣ ص ٦٣٤

(*) لزوم العقد يعني في التشريع الإسلامي عدم إمكان رجوع العاقد عن عقده برغبته وعدم إمكان فسخه إلا برضى الطرف الآخر، وهذا التراضي على الفسخ يسمى في الفقه الإسلامي إقالة أو تقابلا

(٢) د. أحمد محمد الرفاعي - مرجع سابق - ص ٧

(٣) د. عدنان خالد التركماني - مرجع سابق - ص ١٩٧

في ذلك لا تختلف كثيرا عما عليه عقود التجارة الدولية إلا فيما يخالف نصا شرعيا
مثل الالتزام بالفائدة في عقود التجارة الدولية.

المطلب الثاني

الاشتراط لمصلحة الغير في عقود التجارة الدولية

الأصل في العقود أن تقتصر آثارها على عاقيدها، فلا يترتب ما تنشئ من إلتزامات إلا في ذمة المتعاقدين أو من يمثلهما قانوناً، كالخلفاء والدائنين، أي أن آثار العقد لا تنصرف إلى غير العاقد، أو من يمثله، كذلك الشأن فيما ترتب العقود من حقوق فلا ينصرف نفعها إلا إلى المتعاقدين ومن ينوب عنهم، على أنه يجوز الاشتراط لمصلحة الغير. ومعنى ذلك أن العقد لا ينشئ الإلتزامات في ذمة غير العاقد إلا استثناءً^(*)، ولكنه يترتب لغير العاقد حقاً، والاستثناءات التي ترد على قاعدة عدم انصراف أثر العقد إلى الغير "اقتصار أثر العقد على عاقيه" في شقيه إذا صحت تسميتهما بقاعدة عدم إنشاء العقد الإلتزامات لغير أطرافه وقاعدة ترتيب العقد الحقوق على أطرافه، فنجد الاستثناءات محدودة في الشق الأول بالنظر إلى الاستثناءات التي ترد على الشق الثاني أي قاعدة ترتيب العقد الحقوق لأطرافه حيث إنه من المقبول أن يترتب العقد حقاً للغير نظراً لأن هذا الغير يستفيد من ذلك، لهذا كان الاستثناء في هذه القاعدة أكثر اتساعاً منها في القاعدة السابقة^(١)، وفي هذا الصدد نصت^(**) مبادئ اليونيدروا لعقود التجارة الدولية الصادرة من معهد روما على جواز تخويل الغير حقاً في عقود التجارة

(*) إذا كانت القاعدة العامة والأصل في العقود تقضي بأن العقد لا يترتب الإلتزام في ذمة الغير، إلا أنه استثناء قد يترتب في ذمة الغير الإلتزام بموجب عقد لم يكن طرفاً فيه ومثال ذلك العقود التي تبرمها الأغلبية، فإنها تلزم الأقلية كما هو الحال في تصالح جماعة الدائنين مع التاجر المفلس إذ تلزم الأقلية بما يستقر عليه رأي الأغلبية، وبذلك يترتب الاتفاق هنا بين الأغلبية وبين المفلس أثره بالنسبة للأقلية الذين يلتزمون به.

(١) د. توفيق فرج - مرجع سابق - ص ٢٣٤

(**) ورد في نموذج القانون المدني العربي الموحد الذي اعتمد من قبل مجلس وزراء العدل العرب كقانون نموذجي بالقرار رقم ٢٢٨ د ١٢ الصادر في ١٩/١١/١٩٩٦م على هذا الحق بموجب المادة ٢٤٥ والتي تقرأ " (١) يجوز للشخص أن يتعاقد باسمه على حقوق يشترطها لمصلحة غيره . (٢) ويترتب على هذا الإلتزام أن يكتسب الغير حقاً مباشراً تجاه المتعهد يستطيع أن يطالبه بوفائه ما لم يتفق على خلاف ذلك وللمتعهد أن يتمسك تجاه المستفيد بالدفع التي تنشأ عن العقد. (٣) ويجوز أيضاً للمتشرط أن يطالب بتنفيذ ما اشترط لمصلحة المستفيد.

الدولية وذلك بموجب المادة (٢/٥) الفقرة (١) التي تنص على أنه "يجوز للأطراف ("المتعهد" و"المشترط") أن يمنحا باتفاق صريح أو ضمني، حقاً للغير "المستفيد" وأن يتحدد وجود حق المستفيد ومضمونه، تجاه المتعهد باتفاق الطرفين وأن يخضع للشروط والقيود الأخرى بموجب اتفاق يبرم بينهما.^(١)

مفهوم الاشتراط لمصلحة الغير: الاشتراط لمصلحة الغير هو الاستثناء الحقيقي الذي يرد على قاعدة عدم انصراف أثر العقد إلى الغير وقاعدة نسبية التصرفات القانونية، وبه يكتسب الغير حقاً من عقد "عقد المشاركة" لم يكن طرفاً فيه، وهو عقد يشترط فيه أحد الطرفين ويسمى المشترط على الطرف الآخر ويسمى المتعهد التزاماً لمصلحة شخص ثالث ليس طرفاً في العقد يسمى المستفيد بحيث ينشأ عن هذا العقد حق مباشر للمستفيد قبل المتعهد.^(٢)

أهمية الاشتراط لمصلحة الغير: الاشتراط لمصلحة الغير له أهميته العملية في مجال عقود التجارة الدولية لاسيما في مجال التأمين وفي الضمانات البنكية التي يكثر استخدامها في التجارة الدولية، ومن تطبيقات الاشتراط لمصلحة الغير ما يرد في عقود الاحتكار، ذلك أن مانح الاحتكار يشترط عادة على المحتكر شروطاً معينة لمصلحة المستفيدين من الجمهور كعدم زيادة السعر. ولكي تترتب على الاشتراط لمصلحة الغير آثاره، يجب أن تتوفر شروط معينة، فنعرض لهذه الشروط وفق ما جاء في مبادئ اليونيدروا ثم نعرض بعد ذلك آثاره.

الشروط الواجب توفرها في الاشتراط لمصلحة الغير: يتضح مما ورد في المادة (٢/٥) الفقرة (١) من مبادئ اليونيدروا بأنه لكي يعتد بعقد المشاركة يجب أن تتوفر الشروط التالية:

(١) انظر المادة (٢/٥) الفقرة (١) من مبادئ العقود التجارية الدولية "اليونيدروا" المعدلة في عام ٢٠٠٤م

(٢) د. عبد الرزاق الفحل وآخرون - مرجع سابق - ص ٥٣١

١. يجب أن يتم التعاقد باسم المشتري : يجب ان يتعاقد المشتري باسمه هو لا باسم المستفيد على التزامات يشترطها لصالح الغير "المستفيد"، وذلك دون أن يكون المستفيد طرفا في العقد، وهذا يعني أنه إذا تعاقد الشخص باسم الغير مباشرة، لا تكون له صفة المشتري، وبالتالي لا تكون بصدد اشتراط لمصلحة الغير، إنما تكون بصدد وكالة أو فضالة يعمل بها العاقد باسم المستفيد^(١).
٢. أن يكون للمستفيد حق مباشر: يجب أن تتجه إرادة كل من المشتري والمتعهد إلى إنشاء حق مباشر للمستفيد، أي يجب أن تنصرف إرادتهما إلى إكساب طرف آخر أجنبي عن العقد حقا مباشرا، وهذا هو الذي يتميز به الاشتراط لمصلحة الغير، وهذا يعني أنه إذا لم تنصرف إرادة طرفي العقد إلى إنشاء حق مباشر للمستفيد لا تكون بصدد عقد مشاركة.
٣. يجب أن تكون للمشتري مصلحة شخصية في تنفيذ الالتزامات المشترطة: يجب أن تكون للمشتري مصلحة شخصية ومشروعة في الاشتراط، مادية كانت هذه المصلحة أو أدبية، فإذا لم تتوفر هذه المصلحة المشروعة كان العقد باطلا^(٢).
٤. يجب أن يكون المستفيد قابلا للتعين وقت التعاقد : وفقا لنص المادة (٢/٥) الفقرة (٢) من مبادئ اليونيدرو فإنه يجب أن يكون المستفيد قابلاً للتعين، بدقة كافية، في العقد، ولكن لا يلزم وجوده وقت إبرام العقد آثار الاشتراط لمصلحة الغير: يترتب على الاشتراط لمصلحة الغير قيام علاقات ثلاث، هي علاقة المشتري والمتعهد، وعلاقة المشتري والمستفيد، وعلاقة المتعهد والمستفيد، وهذا يعني أن عقد المشاركة ينشأ ثنائيا بين المشتري والمتعهد إلا أنه

(١) د. توفيق فرج - مرجع سابق - ص ٢٣٨

(٢) د. مصطفى محمد الجمال - مرجع سابق - ص ١٧٨

يرتب بعد ذلك آثارا بالنسبة إلى شخص أجنبي عن العقد هو المستفيد فهو ثنائي في تكوينه ثلاثي في آثاره^(١).

١. العلاقة بين المشتري والمتعهد: وتعد هذه العلاقة هي العلاقة الأساسية في عقد المشاركة وتخضع للاتفاق الذي تم بين الطرفين والذي بموجبه تم إنشاء حق للمستفيد، وبمقتضى ذلك يكون للمشتري أن يطالب المتعهد بتنفيذ التزاماته نحو المستفيد ما لم يتبين من الاتفاق أن المستفيد وحده هو الذي يكون له ذلك، ورغم أن المشتري ليس دائما للمتعهد بالأداء المشروط لمصلحة المستفيد، بل الدائن هو المستفيد إلا أنه يحق له مطالبة المتعهد بتنفيذ ما هو لمصلحة المستفيد، ولقد قرر هذا الحق استنادا إلى ما للمشتري من مصلحة في تنفيذ الاشتراط ، وله الحق في المطالبة بالتعويض طبقا للقواعد العامة، ويكون التعويض في هذه الحالة عما لحق به من أضرار جراء عدم تنفيذ المتعهد لالتزاماته. كما له أي المشتري طبقا للقواعد العامة أن يطلب فسخ العقد لعدم قيام المتعهد بما تعهد به^(٢).

ووفقا لنص المادة (٢/٥) الفقرة الخامسة من مبادئ اليونيدروا فإنه يحق للمشتري والمتعهد تعديل الحقوق التي منحت بموجب العقد إلى المستفيد أو الرجوع فيها، مادام الأخير لم يقبلها أو لم يتصرف معتمداً عليها بصورة معقولة. وهذا يعني أن هذا الحق لا ينسحب إلى ورثة الطرفين أو خلفهما الخاص، كما يفهم أنه لا يجوز للطرفين التذرع بهذا الحق عند إعلان المستفيد برغبته في الاستفادة من الاشتراط .

٢. العلاقة بين المتعهد والمستفيد: ينشأ للمستفيد بمقتضى عقد المشاركة حق مباشر تجاه المتعهد يستطيع أن يطالبه بوفائه ما لم يتفق على خلاف

(١) د. عبد الرزاق الفحل وآخرون - مرجع سابق - ص ٥٣٥

(٢) د. توفيق فرج - مرجع سابق - ص ٢٤١

ذلك، كما للمستفيد وفقا لنص المادة (٢/٥) الفقرة (٣) الحق في التمسك بأي بند في العقد، يستبعد أو يحدد مسئوليته وفي مقابل ذلك يحق للمتعهد بمقتضى المادة (٢/٥) الفقرة (٤) من مبادئ اليونيدروا أن يدفع تجاه المستفيد بكل الدفع التي يمكنه أن يدفع بها تجاه المشتري.

٣. العلاقة بين المشتري والمستفيد: جاء في هذا الشأن في المذكرة التوضيحية للقانون المدني العربي الموحد على أن للمشتري أن ينقض المشاركة قبل إقرار المستفيد له، إلا أن يكون ذلك منافياً لروح التعاقد، وله عند نقض المشاركة أن يعين منتفعاً آخر، أو أن يستأثر لنفسه بمنفعتها ما لم تكن نية المتعاقدين قد انصرفت صراحة أو ضمناً إلى أن الإلغاء ترتب عليه أن تبرأ ذمة المتعهد قبل المشتري، و لما كان نقض المشاركة أمراً يرجع إلى تقدير المشتري ذاته فقد قصر استعمال هذه الرخصة عليه دون دائنيه أو ورثته، كما يجوز للمستفيد بموجب المادة (٢/٥) الفقرة (٦) التنازل عن أي حق منح له.

التكليف الشرعي للاشتراط لمصلحة الغير: القاعدة العامة في الفقه الإسلامي أن العقد لا ينصرف أثره إلى الغير الأجنبي تماما، فإذا أبرم أحد الشركاء عقدا لم ينصرف إلى بقية الشركاء وكذلك العقد الذي يبرمه أحد الورثة لا ينصرف لباقي الورثة وكذلك بيع الفضولي لا يسري في حق المالك إلا إذا أجازته، وعلى ذلك فإن أي تصرف يقوم به أي من المتعاقدين يرتب التزاما أو يمنح حقا لأجنبي عن العقد لا يعتد به وليس هنالك أي استثناءات من هذه القاعدة في الفقه الإسلامي. وفي ذلك يقول الدكتور صبحي محمصاني أن الشريعة الإسلامية لم تقر الاشتراط لمصلحة الغير، وأن الحالة الوحيدة التي تنسحب فيها آثار العقد للغير هو الوقف الذي يجوز فيه اشتراط استحقاق الوقف لأشخاص معينين أو غير معينين وذلك بموجب الأحكام الخاصة

بالوقف الذي ليس له علاقة بالعقود، ويؤيده في ذلك الدكتور شفيق شحاته الذي يؤكد عدم جواز الاشتراط لمصلحة الغير^(١).

وعلى ذلك فإن الاشتراط لمصلحة الغير يعد خروجاً حقيقياً على قاعدة عدم انصراف أثر العقد إلى الغير، وقاعدة اقتصار منافع العقود على المتعاقدين دون غيرهم، إلا أن الاتفاقيات الدولية المنظمة للتجارة الدولية أجازتها لأهميتها في مجال التجارة، مخالفة بذلك ما عليه التشريع الإسلامي الذي لا يجيز مثل هذه العقود لعدم شرعيتها بإجماع الفقهاء.

(١) د. صبحي محمضاني - مرجع سابق - ص ٢٢٩، د. عبد الرزاق السنهوري - مصادر الحق في الفقه الإسلامي - مرجع سابق - ج ٥ ص ١٦٠ مهيلاً إلى د. شفيق شحاته - النظرية العامة للالتزامات في الفقه الإسلامي - الفقرة ١٨٩

الفصل الثالث

تنفيذ العقد التجاري الدولي

مَهَيِّدًا:

تعتبر مرحلة تنفيذ العقد الدولي من أهم مراحل حياة العقد، فتنفيذ الالتزامات العقدية هو الغاية المنشودة من التعاقد وهو بحق سبب وجوده وهدفه ، فلا يبرم العقد إلا رغبة في تنفيذه والحقيقة أن الأثر الأساسي الذي يسعى إليه أطراف العقد من وراء إبرامه هو دون شك تنفيذه، فالعقد يكون له الفعالية عندما يرى أطرافه غايتهم تتحقق بتمام تنفيذه في كامل ما تم الاتفاق فيه.

ولكن هذه الرغبة قد تعثرها بعض المشكلات القانونية عند عدم قيام أي من طرفيه بتنفيذ التزاماته طوعا أو عند قيامه بالتنفيذ الجزئي للعقد، أو في حال عدم تنفيذ العقد لأسباب خارجة عن إرادة طرفيه كاستحالة التنفيذ أو في حال أن أصبح تنفيذ العقد مرهقا للمدين بسبب القوة القاهرة أو الظروف الشاقة التي تستجد في فترة سريان العقد.

تنفيذ الالتزامات التعاقدية واجب على المدين وحق للدائن ويتم تنفيذ العقد في التجارة الدولية عن طريق الوفاء أو عن طريق ما يقوم مقام الوفاء، كالوفاء بمقابل أو وقوع المقاصة أو خلافه من وسائل تنفيذ العقود بصفة عامة، وهنالك أسباب تؤدي إلى انقضاء الالتزام على الرغم من عدم تنفيذه بأي من الوسائل السابقة، بسبب الاستحالة والقوة القاهرة، وعموما فإن للدائن في حال عدم تنفيذ المدين لالتزاماته رغم عدم وجود الأسباب الداعية إلى إعفائه من المسؤولية الحق في اتخاذ الإجراءات النظامية الكفيلة بحمله على الوفاء بالتزاماته، وعموما فإن عدم تنفيذ المدين لالتزاماته في التجارة الدولية تترتب عليه آثار قانونية مثل المطالبة بالتعويض والمطالبة

بالاسترداد والمطالبة بفسخ العقد. وتفصيلا لما أجملناه أعلاه سنتناول هذا الفصل وفقا للمباحث التالية:

المبحث الأول: مفهوم ووسائل تنفيذ العقود التجارية الدولية
المبحث الثاني: عدم تنفيذ الالتزامات في عقود التجارة الدولية
(الإخلال)

* * * * *

المبحث الأول

مفهوم ووسائل تنفيذ العقود التجارية الدولية

تنفيذ العقد التجاري الدولي كما سبق القول هو الغاية التي يسعى إليها الأطراف عند التعاقد، ومتى ما انعقدت العقود صحيحة توافرت لها ما يسمى بالقوة الملزمة، ومقتضى هذه القوة أن يصبح مضمون هذه العقود واجب التنفيذ، فيلتزم كل متعاقد بتنفيذ الالتزامات المترتبة عليه بموجب العقد.

والأصل أنه إذا لم يقم المدين بتنفيذ التزاماته اختياراً أمكن حمله على التنفيذ جبراً عبر السلطات العامة، غير أن ذلك قد لا يجزي كثيراً في مجال التجارة الدولية لذا فقد حرصت المنظمات والمعاهد المهتمة بتوحيد قانون التجارة الدولية على وضع وسائل بديلة لحمل المدين على التنفيذ الاختياري على نحو تمتنع معه الحاجة إلى سلوك سبيل التنفيذ الجبري، كما نظمت الاتفاقية الدولية هذه المرحلة ووضعت لها الأحكام التفصيلية لضمان توفير البيئة التجارية الدولية الصالحة وحسن انسياب السلع والبضائع عبر الحدود ولبت الاطمئنان في نفوس العاملين في مجال التجارة العابرة للحدود.

ولأهمية هذه المرحلة يهتم رجال الأعمال أنفسهم اهتماماً كبيراً بهذه المرحلة من مراحل العقد ويضعون لها الضمانات الكافية عند التعاقد من أجل حسن تنفيذ العقد وخشية التنازع المستقبلي. وتفصيلاً لما أجملناه سنقوم بتناول هذا المبحث وفقاً للمطلبين التاليين:

المطلب الأول : تنفيذ الالتزامات في عقود التجارة الدولية

المطلب الثاني : وسائل تنفيذ العقد التجاري الدولي

المطلب الأول

تنفيذ الالتزامات في عقود التجارة الدولية

مفهوم التنفيذ:

تنفيذ العقد بصفة عامة يعني قيام كل طرف بتنفيذ العقد في جميع ما اشتمل عليه، واحترام بنوده، وكما سبق القول فإن القاضي أو المحكم يقوم بتفسير العقد وتحديد نطاقه بغرض تنفيذه في جميع ما اشتمل عليه ما دام قد نشأ صحيحاً ملزماً، ويجب على الأطراف تنفيذها إعمالاً للشق الثاني من مبدأ سلطان الإرادة، فما دامت الإرادة المشتركة للمتعاقدين هي التي حددت ما اتفقا عليه، أي رسمت قانون العملية التعاقدية بالنسبة لهما، وما دام القانون قد اعترف لها بهذه المكنة، فإن من مقتضى ذلك، ونتيجة له، أن تلتزم هذه الإرادة بالقانون الذي شاركت في وضعه ووجب عليها احترام بنوده وتنفيذها^(١) ويقوم مبدأ القوة الملزمة للعقد على أساس ما للإرادة من سلطان في مجال العقود، فهي تقيد أصحابها وتلزمهم بما ارتضوه. كما يقوم هذا المبدأ على أساس أخلاقي وهو الوفاء بالعهد. هذا فضلاً عن إسهام العوامل الاقتصادية والاجتماعية في تدعيمه، إذ أن ضرورة الائتمان واستقرار المعاملات في المجتمع يستلزمان أن يوفي العاقد بما وعد، فإذا زالت الثقة، زال الائتمان، وزال الاستقرار في نطاق المعاملات فاستلزام احترام القوة الملزمة للعقد أمر تقتضيه المصلحة الاجتماعية^(٢) ومن ثم لا يجوز تعديلها إلا في بعض الحالات الاستثنائية أهمها الظروف الاستثنائية وهذا ما سنعرضه لاحقاً.

(١) د. رشوان حسن رشوان - أثر الظروف الاقتصادية على القوة الملزمة للعقد - الطبعة الأولى ١٤١٤هـ/١٩٩٤م - دارهاني للطباعة بيروت - ص ٦٣

(٢) د. توفيق فرج - مرجع سابق - ص ٢١٨

التنفيذ الاختياري للالتزامات : الأصل هو قيام أطراف العقد بالتنفيذ الاختياري للالتزاماتهم التعاقدية ويتم هذا التنفيذ عن طريق الوفاء أو عن طريق ما يقوم مقام الوفاء، ويقصد بالوفاء قيام المدين بذات العمل الذي التزم به سواء كان هذا العمل عملاً إيجابياً أو كان عملاً سلبياً، وسواء كان العمل الإيجابي يتمثل في دفع مبلغ من النقود أو تسليم شيء أو نقل حق عيني أو غير ذلك من الأعمال^(١).

زمان التنفيذ: الوفاء بالتنفيذ يجب أن يكون في الوقت المحدد لذلك من قبل طرفي العقد، فإذا لم يكن هنالك وقت محدد للتنفيذ، وجب الوفاء بالالتزامات فور ترتبه في ذمة المدين، ووفقاً لمبادئ اليونيدرو فإنه يجب على المدين الوفاء بجميع التزاماته في الوقت المحدد له، أو خلال الفترة المحددة، أو خلال مدة معقولة تبدأ من إبرام العقد في حال عدم تحديد وقت التنفيذ أو لم يكن الوقت قابلاً للتحديد وفي ذلك تنص المادة (١/٦) الفقرة (١) على أنه:

أ. إذا كان التاريخ قد عين في العقد أو كان قابلاً للتحديد طبقاً للعقد، فإن التنفيذ يقع في هذا التاريخ.

ب. إذا حددت فترة زمنية في العقد أو كانت قابلة للتحديد بموجب العقد، فيتم التنفيذ في أي وقت خلال هذه الفترة ما لم تدل الظروف على أن للدائن اختيار توقيت التنفيذ.

ج. فإذا لم تنطبق أي من هاتين الحالتين، يتعين التنفيذ، خلال مدة معقولة تبدأ من إبرام العقد.

التنفيذ التام للالتزامات التعاقدية: القاعدة العامة أن يتم الوفاء بالالتزام كاملاً دفعة واحدة، فلا يجبر المدين على قبول الوفاء الجزئي، يلاحظ أن مبادئ اليونيدرو أوجبت تنفيذ الالتزام دفعة واحدة إذا كان الأداء يمكن تنفيذه دفعة واحدة ولم يتبين

(١) د. مصطفى محمد جمال - مرجع سابق - ص ٣١٦

من الظروف غير ذلك.^(١) وعلى ذلك فإنه يجوز للمدين بموافقة الدائن، التنفيذ الجزئي لالتزاماته استثناء من الأصل العام.

التنفيذ الجزئي للالتزامات التعاقدية: وفقا لنص المادة (١/٦) الفقرة (٣) فإن للدائن الخيار في قبول أو رفض التنفيذ الجزئي للعقد عند حلول ميعاد التنفيذ شريطة تحمل المدين لكامل النفقات الإضافية التي تترتب من جراء التنفيذ الجزئي مع عدم الإخلال بحق الدائن في الحصول على التعويض المناسب، وفي ذلك تنص المادة المذكورة على أنه:

١. يجوز للدائن أن يرفض عرضاً بالوفاء الجزئي لدى حلول ميعاد التنفيذ، سواء أكان هذا العرض مصحوباً بضمانة لتنفيذ باقي الالتزامات العقدية أم لا ما لم يكن الدائن له مصلحة مشروعة في هذا الرفض.
٢. يتحمل المدين أي نفقات إضافية تسببت للدائن من جراء التنفيذ الجزئي، مع عدم الإخلال بحقه في الحصول على تعويض آخر.

يمكن تصور التنفيذي الجزئي للعقود بصفة عامة في ثلاث حالات هي:

الحالة الأولى: تنفيذ أحد طرفي العقد لالتزاماته في العقود غير القابلة للانقسام "العقد الكلي": يعتبر العقد كلياً متى كانت الالتزامات غير مستقلة ومنتظمة ويكون فيها الأطراف دائنين ومدينين في الوقت نفسه، وبمعنى آخر هي العقود التي يتفق فيها صراحة أو ضمناً على أنه لا يجوز لأحد المتعاقدين المطالبة بالتنفيذ كلياً أو جزئياً ما لم يقرر هو نفسه بالتنفيذ كلياً أو جزئياً أو كان مستعداً وراغباً في تنفيذ التزامه^(٢)، ففي هذه الحالة يتصور التنفيذ الجزئي في حال قيام أحد الأطراف بتنفيذ الالتزامات المتقابلة على عاتقه كاملة مع تقاعس الطرف الآخر في تنفيذ التزاماته المتقابلة فهنا يكون

(١) انظر المادة (١/٦) الفقرة (٢) من مبادئ العقود التجارية الدولية الصادرة عن معهد روما المعدل في العام ٢٠٠٤م

(٢) ج.س. شيشيرو وآخرون - أسباب انقضاء العقد "الوفاء، الإقالة، الاستحالة، الإخلال" - ترجمة هنري رياض ساكلا - الطبعة التاسعة

التنفيذ قد تم جزئياً للعقد. ويترتب على هذا التنفيذ الجزئي ثبوت حق الدائن أي الطرف الذي قام بتنفيذ التزاماته مطالبة الطرف الآخر بتنفيذ التزاماته عينا أو استرداد ما قام بتنفيذه مع حقه في المطالبة بالتعويض متى ما أصابه ضرر من جراء عدم تنفيذ الطرف الآخر لالتزاماته.

الحالة الثانية: التنفيذ الجزئي للعقد من قبل المدين: وهذا النوع من التنفيذ الجزئي هو الذي نصت عليه مبادئ اليونيدروا، ويتصور ذلك عند قيام المدين بتنفيذ جزء من التزاماته في العقود غير القابلة للتجزئة ومثال ذلك قيام المدين بتنفيذ جزء من الالتزامات الملقاة على عاتقه رغم أن التعاقد يلزمه بالتنفيذ الكلي لالتزاماته، ففي هذه الحالة يحق للدائن رفض التنفيذ الجزئي للعقد إذا كان ذلك يتعارض مع مصالحه، ويترتب على الوفاء الجزئي للعقد في هذه الحالة عدم أحقية المدين في استرداد المقابل أو الأجر في مقابل العمل الذي أداه، أي في مقابل ما قام بتنفيذه من التزامات، ذلك أن التزامه يعد التزاما كلياً غير قابل للتجزئة أو الانقسام، ومن ثم فإن عدم الوفاء الكلي يسقط الحق في المطالبة كلياً، هذا من ناحية ومن ناحية أخرى، فلا يجوز له إقامة الدعوى على أساس شبه العقد لاسترداد مقابل معقول نظير ما أداه من عمل^(١).

الحالة الثالثة: التنفيذ الجزئي للالتزامات في العقود القابلة للانقسام: العقد القابل للانقسام هو العقود التي تصاغ على نحو يسمح لأحد المتعاقدين المطالبة بالتنفيذ قبل أن يقوم بالتنفيذ من جانبه، ففي هذه الحالة تعتبر التزامات كل من المتعاقدين مستقلة عن التزامات الآخر^(٢). كما يمكن تصور هذا النوع في حال تنفيذ الالتزامات المستقلة والمتابعة كبيع التقسيم والتنفيذ المرحل التي تتطلب من المدين تنفيذ العقد على مراحل أو دفعات ويكثر استخدام هذا النوع في عقود التشييد وإقامة

(١) ج.س. شيشير وآخرون - مرجع سابق - ص ١٧

(٢) ج.س. شيشير وآخرون - مرجع سابق - ص ٢٤

المصانع، ويترتب على هذا النوع من التنفيذ الجزئي أحقية المدين في استرداد تعويض مقابل الوفاء الجزئي للعقد متى ما كان عدم موالة التنفيذ لسبب لا يد للمدين فيه^(١). قبول التنفيذ الجزئي للعقد: في حال قبول الدائن للتنفيذ الجزئي للعقد صراحة أو ضمناً جاز للمدين مطالبة الدائن بالمقابل النسبي للوفاء الجزئي لالتزاماته، ومثال توضيحي لذلك إذا قام (أ) وهو صاحب مصنع لتلفزيونات بدولة الإمارات العربية المتحدة بشحن إرسالية لـ (ب) وهو تاجر الكترونيات بجمهورية السودان، تضم عدداً أقل من عدد التلفزيونات المتفق عليه بموجب العقد المبرم بينهما، واختار (ب) التاجر السوداني قبول الكمية المرسله له بدلاً من الاعتراض والتمسك بحقه في الرفض ففي هذه الحالة يجب عليه الوفاء النسبي للثمن.

عدم موالة التنفيذ الكلي للعقد لأسباب متعلقة بالدائن: في الحالة التي يقوم فيها المدين بالتنفيذ الجزئي ثم يمنع من موالة التنفيذ نتيجة خطأ المتعاقد الآخر (الدائن)، أو لأسباب متعلقة بالدائن رغم استعداده للتنفيذ الكلي فإن المدين يستحق نتاج وفائه الجزئي، ويكون مستحقاً للتعويض بسبب إخلال الدائن بالعقد كما يكون له على سبيل البديل المطالبة بمقابل معقول على أساس شبه العقد بالنسبة لما أوفى به^(٢). ضرورة التنفيذ المتزامن للالتزامات: الأصل أن يقوم أطراف العقد بالتنفيذ المتزامن لأدائهم، ولكن استثناء يجوز الاتفاق على غير ذلك، ويستثنى من ذلك أيضاً حال الالتزامات التي يستغرق فيها تنفيذ أحدهما للالتزاماته وقتاً أطول مما يستغرقه وقت وفاء الطرف الآخر للالتزاماته وعلى هذا الحكم نصت المادة (١/٦) الفقرة (٤) من مبادئ اليونيدروا والتي تقرأ:

١. يلتزم أطراف العقد بالتنفيذ إذا كان في الإمكان التنفيذ المتزامن لأدائهم، ما لم تدل الظروف على غير ذلك.

(١) ج.س. شيشيروآخرون - مرجع سابق - ص ١١٧

(٢) ج.س. شيشيروآخرون - مرجع سابق - ص ١١٧

٢. إذا كان أداء أحد الأطراف يستغرق فترة من الزمن في التنفيذ، فعلى هذا الطرف أن ينفذ أولاً، ما لم تدل الظروف على غير ذلك.

تنفيذ المدين لالتزاماته قبل الاستحقاق: الأصل وفقاً لما تقدم أن يقوم المدين بتنفيذ التزامه في التاريخ المحدد له اتفاقاً أو قانوناً وإلا اعتبر مماتلاً في حال تجاوزه لتاريخ الوفاء، هذا ما كان بشأن التجاوز فماذا في حال التنفيذ قبل الاستحقاق أي قبل التاريخ المحدد لتنفيذ الالتزامات؟ لقد وردت الإجابة على ذلك في صلب المادة (١/٦) الفقرة (٥) من مبادئ اليونيدرو لقواعد التجارة الدولية حيث جوزت للدائن قبول أو رفض التنفيذ قبل تاريخ الاستحقاق إذا كان ذلك يتعارض مع مصالحه، ولا يؤثر قبول أحد الأطراف بالتنفيذ قبل الاستحقاق على تاريخ وجوب تنفيذه لالتزاماته ما دام هذا التاريخ قد حدد دون اعتداد بتنفيذ الطرف الآخر لالتزاماته، على أنه قبول أي من الأطراف للتنفيذ المبكر لا يعفي المدين من النفقات الإضافية التي تكبدها الدائن من جراء التنفيذ قبل حلول الاستحقاق، دون إخلال بحق الدائن في أية تعويضات أخرى يستوجبها التنفيذ المبكر^(١).

ويتربط على هذا عدم أحقية المدين في إجبار الدائن بقبول الوفاء عن طريق العرض والإيداع، إذ أن رفض الدائن للتنفيذ المبكر لا يعد تعنتاً منه في قبول الوفاء لاسيما إذا كان ذلك يتعارض مع مصالحه المشروعة، ويظل المدين مديناً بالالتزام ويتعين عليه الوفاء به في تاريخ استحقاقه، وفي حال قبول الدائن للتنفيذ المبكر وبوفاء المدين لالتزامه، يكون بذلك قد برئت ذمته.

(١) أنظر المادة (١/٦) الفقرة (٥) من مبادئ العقود التجارية الدولية الصادرة عن معهد روما المعدل في العام ٢٠٠٤م والتي تقرأ

- (1) The obligee may reject an earlier performance unless it has no legitimate interest in so doing.
- (2) Acceptance by a party of an earlier performance does not affect the time for the performance of its own obligations if that time has been fixed irrespective of the performance of the other party's obligations. (3) Additional expenses caused to the obligee by earlier performance are to be borne by the obligor, without prejudice to any other remedy.

مكان التنفيذ: يجب أن يتم الوفاء حسب الأصل في المكان الذي يتفق عليه المتعاقدان للوفاء بالتزاماتهم، فإذا لم يعين المتعاقدان مكانا للوفاء، وكان من المقدور تعيينه من واقع العقد وجب التنفيذ في المكان المعين، وفي حال عدم تحديد مكان التنفيذ أو كان ليس من المقدور تحديده من واقع التعاقد فيتم التنفيذ وفقا لمبادئ اليونيدروا وجبت التفرقة بين الالتزام النقدي والالتزامات الأخرى، ففي حال الالتزام النقدي يعد مكان التنفيذ مقر منشأة الدائن، أما بالنسبة للالتزامات الأخرى فإن مكان التنفيذ هو مكان مقر منشأة المدين، وفي حال تغيير أي من طرفي التعاقد مكان منشأته المعروفة وقت التعاقد فإنه يتحمل أي زيادة في النفقات المرتبطة بالتنفيذ قد تنتج عن هذا التغيير^(١).

التكليف الشرعي لتنفيذ الالتزامات في عقود التجارة الدولية: القاعدة العامة في التشريع الإسلامي، كما في الفقه الوضعي هي أن العقد شريعة المتعاقدين، وأن ما التزم به المتعاقدان يعد ملزما لهما، فالواجب تنفيذه في جميع ما اشتمل عليه نطاق تعاقدهم دون تعديل فيه، إلا ما اتفق عليه المتعاقدان، ويترتب على ذلك أن يتم تنفيذ العقد في جميع ما اشتمل عليه دون تقاعس أو تماطل إلا لعذر مقبول شرعا وهذا هو الاستثناء، أي عند حدوث العذر الطارئ وخلاف ذلك فالعقد لازم في جميع ما اشتمل عليه تفصيلا سواء كان ذلك في التنفيذ الكلي أو الجزئي ومكان الوفاء وزمانه والواجب تنفيذ العقد وفقا لما تم الاتفاق عليه ويقول الله تعالى ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾^(٢). وما عليه العقود الدولية في هذا الخصوص لا يختلف كثيرا عما عليه التشريع الإسلامي.

(١) أنظر المادة (١/٦) الفقرة (٥) من مبادئ العقود التجارية الدولية الصادرة عن معهد روما المعدل في العام ٢٠٠٤م والتي تقرأ

- (1) If the place of performance is neither fixed by, nor determinable from, the contract, a party is to perform:
 (a) a monetary obligation, at the obligee's place of business;(b) any other obligation, at its own place of business.
 (2) A party must bear any increase in the expenses incidental to performance which is caused by a change in its place of business subsequent to the conclusion of the contract

(٢) الآية (١) سورة المائدة

وعلى ما تقدم فإن الوفاء بالالتزام يجب أن يكون في جميع ما اشتمل عليه نطاق العقد أي يجب تنفيذ العقد كاملاً ودفعه واحدة ولا يجوز إجبار المدين على قبول التنفيذ الجزئي، وللدائن الخيار في قبول الوفاء الجزئي مع الحق في التعويض عن أي مصروفات أو أضرار تترتب على قبول التنفيذ الجزئي للالتزامات، كما يجب أن يتم الوفاء للالتزامات بالتزامن ما لم تقض طبيعة العقد بخلاف ذلك وأن يتم التنفيذ في المكان والزمان المحددين في العقد أو الذي يمكن تحديده من واقع التعاقد.

* * * * *

المطلب الثاني

وسائل تنفيذ العقد التجاري الدولي

الأصل أن يتم التنفيذ الاختياري عن طريق الوفاء بعين ما التزم به، ولكن قد يلجأ الأطراف استثناءً إلى البدائل التي تقوم مقام الوفاء، كالوفاء بمقابل والمقاصة وحوالة الحق وحوالة الدين والتنفيذ من الغير، وغيرها من الوسائل الجائزة شرعا وقانونا، والتي نظمها قوانين التجارة الدولية، ولعل أهم وسائل تنفيذ عقود التجارة الدولية هي تلك التي وردت في مبادئ اليونيدروا ويمكن حصر أهم الوسائل التي نصت عليها مبادئ اليونيدروا فيما يلي:

أولاً: الوفاء بعين ما التزم به: ويقصد به قيام المدين بذات العمل الذي التزم به إيجابا كان أم سلبا، وسواء كان العمل الإيجابي يتمثل في أداء المقابل سواء كان بدفع مبلغ من النقود أو تسليم شيء أو نقل حق عيني أو غير ذلك من الأعمال^(١).

ثانياً: أداء المقابل في العقود التجارية الدولية: توجد عدة أساليب لأداء المقابل في عقود التجارة الدولية ولعل أهم تلك الأساليب وأكثرها شيوعا في التجارة الدولية هي أسلوب الاعتماد المستندي وخطابات الضمان، وأسلوب الاعتماد غير المستندي بفتح حساب خاص أو بالوفاء النقدي أو بأسلوب قيام المستورد بإصدار خطاب ضمان لصالح الدائن وسنركز في هذا البحث، تماشيا مع نصوص مبادئ اليونيدروا، على الأسلوب النقدي والوفاء بالأوراق التجارية .

الوفاء عن طريق الأوراق التجارية : وفقا لنص المادة (١/٦) الفقرة (٧) فإنه يعد الشيك والأوراق التجارية الأخرى كالسند لأمر والكمبيالة أسلوبا من أساليب أداء

(١) د. مصطفى محمد الجمال - مرجع سابق - ص ٣١٦

المقابل في التجارة الدولية و يجوز للمدين بموافقة الدائن الوفاء بالتزاماته النقدية بموجب شيك أو بأي ورقة تجارية أخرى أو أي وسيلة أمر بالدفع أو تعهد بالدفع، وذلك في الظروف العادية للأعمال في مكان السداد على أن يفترض عدم تمام قبول هذه الوسائل إلا بشرط التحصيل^(١).

الوفاء بأسلوب السداد بالتحويل النقدي في الحساب: من الوسائل التي أجازتها مبادئ اليونيدروا الوفاء عن طريق التحويل النقدي في الحساب ويكون ذلك مبرئاً لذمة المدين عند تمام التحويل، وفي ذلك نصت المادة (١/٦) الفقرة (٨) على أنه:

١. يجوز أن يتم الوفاء ما لم يكن الدائن قد أخطر مدينه بحساب بعينه، عن طريق تحويل نقدي إلى أي من المؤسسات المالية التي أفصح الدائن بأن له حساباً لديها.

٢. في حالة الوفاء بطريق التحويل النقدي، تبرأ ذمة المدين من التزاماته عند تمام التحويل إلى المؤسسة المالية للدائن.

الوفاء بأسلوب الدفع الإلكتروني: ويستخدم هذا الأسلوب في التجارة الإلكترونية بصفة خاصة وفي التجارة الدولية التي تتم عن بعد بصفة عامة، وابتكر هذا الأسلوب لتكون بديلاً للوسائل التقليدية التي لا تجدي في التجارة الإلكترونية والتعامل عن بعد في بيئة غير مادية، والدفع الإلكتروني هي عملية مصرفية دولية مقبولة من جميع الدول، حيث يتم استخدامه لتسوية الحساب في المعاملات التي تتم عبر فضاء الكتروني بين مستخدمين في كل أنحاء العالم. وهي تتم عبر فضاء معلوماتي مفتوح بين أطراف متعددة لذا تكون عرضة للتزوير والانتهاكات والاعتداءات، والدفع الإلكتروني مبرئ للذمة^(٢).

(١) انظر المادة (١/٦) الفقرة (٧) من مبادئ العقود التجارية الدولية الصادرة عن معهد روما المعدل في العام ٢٠٠٤م

(٢) د. محمد حسين منصور - مرجع سابق - ص ٢٥٦

تتعدد أنواع الدفع الإلكتروني في التجارة الدولية، رغم اتفاقها جميعها على أنها وسائل إلكترونية تتم عبر فضاء إلكتروني إلا أنها ونتيجة للتطور اتخذت أشكالاً ومسميات عدة نعرض أهم أنواعها وهي:

١. التحويل الإلكتروني، ويتمثل في القيام بتحويل مبلغ معين من حساب المدين إلى حساب الدائن إلكترونيًا ويتولى ذلك الجهة التي تقوم على إدارة العملية.

٢. البطاقات البنكية (النقود البلاستيكية)، وهي بطاقات بلاستيكية ممغنطة تصدرها البنوك لعملائها، مثل البطاقات الائتمانية مثل الفيزا (Visa) و الماستر كارد (Master Card) و بطاقات السحب الآلي (Cash Card) وخلافه من البطاقات البلاستيكية.

٣. الوسائط الإلكترونية المصرفية، وهي عمليات مصرفية بوسائل إلكترونية تتخذ عدة أشكال، منها العمليات المصرفية التي تتم عبر الهاتف المصرفي يستطيع عميل البنك من خلال رقم سري إجراء العمليات المصرفية على حسابه مثل السحب والتحويل و سداد الكمبيالات والمديونيات وطلب القروض وفتح اعتمادات مستندية، وكل ذلك عبر جهاز الهاتف، ومنها خدمات المقاصة الإلكترونية المصرفية، وهو نظام إلكتروني للمقاصة حيث تتم فيه المدفوعات في نفس اليوم بدون إلغاء أو تأخير، ومنها الإنترنت المصرفي وفيه يتم القيام بجميع العمليات المصرفية عبر الإنترنت من الحاسب الآلي.

تحديد عملة الوفاء: لأصل أن يتم الوفاء بالعملة المتفق عليها وفي حال عدم الاتفاق فإن الوفاء يتم بعملة دولة المدين استناداً إلى قاعدة الشك يفسر لصالح المدين، ويتحمل الدائن تبعاً عدم التحديد^(١)، إلا أن هذا الحكم العام قد خالفته مبادئ اليونيدروا وجعلت الأساس في ذلك عملة مكان الوفاء ولا يجوز مخالفة ذلك إلا استثناء وردت على سبيل الحصر في الفقرة (٢) من المادة (٩/١/٦) والتي سيرد ذكرها

(١) د. محمد حسين منصور - مرجع سابق - ص ٢٥٣

لاحقاً، أما في حال عدم تعيين العملة التي يدفع بها الالتزام النقدي، يتم الدفع بعملة المكان الواجب الوفاء فيه^(١). ولقد نصت المادة (٩/١/٦) على أنه إذا كانت عملة الوفاء المتفق عليها لالتزام نقدي تختلف عن عملة مكان الوفاء، فإنه يجوز للمدين الوفاء بعملة مكان الوفاء إلا في الأحوال الآتية:

- (أ). إذا كانت هذه العملة ليست حرة التحويل، أو
 (ب). إذا كان الأطراف قد اتفقوا صراحة على أن لا يتم الوفاء إلا بالعملة المعنية في الالتزام.

كما أن مبادئ اليونيدروا أجازت للدائن أن يطلب الوفاء بعملة مكان الوفاء حتى في الحالة الواردة أعلاه كلما كان من المستحيل على المدين الوفاء بالعملة المعنية في الالتزام، ويتم الوفاء بعملة المكان الذي يجب الوفاء فيه طبقاً لسعر الصرف المحدد في تاريخ الاستحقاق. على أنه إذا لم يوف المدين دينه في تاريخ الاستحقاق، فيجوز للدائن في هذه الحالة أن يطلب أن يتم الوفاء طبقاً لسعر الصرف المحدد في لحظة الاستحقاق أو لحظة الوفاء، وذلك وفقاً لما تقضي به مصلحته.

ويلجأ للوفاء النقدي في التجارة الدولية نادراً وفي حالات معينة منها أن تكون قيمة المعاملة أصغر من أن تتحمل نفقات فتح الاعتمادات المصرفية، أو في حال إصرار المتعاقد الآخر المصدر على استرداد قيمة صادراته نقداً بسبب جهله بحالة المستورد أو عدم توافر ثقته فيه، أو عندما تكون الظروف الاقتصادية أو السياسية في بلد المدين "المستورد" في حالة غير مستقرة يخشى معها من مغبة السداد الآجل أو ضد المستندات أو عن طريق الاعتمادات، أو عندما تكون السلعة

(١) أنظر المادة (١/٦) الفقرة (١٠) من مبادئ العقود التجارية الدولية الصادرة عن معهد روما المعدل في العام ٢٠٠٤م

منتجة خصيصا للمدين ، ولا يستطيع الدائن بيعها لغيره إذا رفضها أو امتنع عن استلامها بعد تمام تصديرها أو إعدادها للتصدير^(١).
 الوفاء بالاعتماد المستندي^(*): إن كلمة اعتماد تعني الائتمان، أي توفير الضمان للدائن (المصدر) ليحصل على قيمة البضاعة التي أصدرها ، وكذلك توفير الضمان للمدين (المستورد) ليحصل على البضائع التي تعاقد على شرائها، ويقصد به ذلك الاعتماد الذي يفتح البنك بناء على طلب شخص يسمى الأمر ، أيا كانت طريقة تنفيذه، أي سواء كان بقبول كمبيالات أو بخصمها أو بدفع مبلغ، لصالح عميل لهذا الأمر، ومضمون بحيازة المستندات الممثلة لبضاعة في الطريق أو معدة للإرسال^(٢).

الاعتماد المستندي في صورته البسيطة هو تكليف من المستورد لأحد المصارف التجارية في بلده، بأنه قد اعتمد تحت تصرفه مبلغا معيناً يستحق الدفع للمصدر مقابل تقديم هذا الأخير مستندات شحن البضاعة المتفق عليها بين الطرفين وفقا للشروط والأسعار والمواصفات الواردة في التعاقد، وعلى هذا الأساس فإن هذه الوسيلة تحقق الضمانات الكافية لكل من الطرفين على حد سواء^(٣). وتلعب البنوك دورا هاما عبر الاعتماد المستندي في الوفاء بالثمن للبائع "الدائن" مقابل استلام مستندات البضاعة منه وتسليمها للمشتري ، والبنك في ذلك يقوم إما بدفع الثمن أو بقبول الكمبيالة التي يسحبها البائع بالثمن متى

(١) أحمد محمد سعيد بابقي وآخرون - تمويل التجارة الدولية ودور الاعتمادات المستندية - الطبعة الثانية ١٤٠٤هـ - شركة المدينة المنورة للطباعة والنشر - ص ١٠

(*) عرف الدكتور على البارودي اعتمادات المستندية بأنه " تعهد صادر من البنك بناء على طلب العميل يسمى الأمر أو معطي الأمر لصالح الغير المصدر ويسمى المستفيد يلتزم البنك بمقتضاه بدفع أو قبول كمبيالات مسحوبة عليه من هذا المستفيد ، وذلك بشروط معينة واردة في هذا التعهد ومضمون برهن حيازي على المستندات الممثلة للبضائع المصدرة

(٢) سائد عبد الحافظ المكتسب - الطبيعة القانونية للاعتماد المستندي - الطبعة الأولى ١٩٥٥م - مكتبة الرائد العلمية بالأردن - ص ١٣

(٣) أحمد محمد سعيد بابقي وآخرون - مرجع سابق - ص ١٥

سلمه المستندات الخاصة بتنفيذ عقد البيع ، وهذا هو السبب في تسمية هذا النوع من الائتمان بالاعتماد المستندي، إذ يرتبط تسليم البضاعة ودفع الثمن بالمستندات^(١).

والوظيفة الأساسية التي تقوم بها الاعتمادات المستندية هي تسوية العلاقات الناشئة عن عقود التجارة الدولية وتيسير إتمامها، كما أنها وسيلة من وسائل التسهيل الائتماني بالإضافة إلى أنها تعد وسيلة من وسائل خلق الضمان والاطمئنان لدى أطراف العلاقة التعاقدية الدولية^(٢).

وللاتمادات المستندية صورتان رئيسيتان ، فرقت بينهما القواعد الموحدة للاتمادات المستندية في مجال التجارة الدولية، وهما:

١. الاعتماد المستندي القابل للإلغاء أو التعديل: وهذا النوع هو الذي ينص فيه على أنه من حق المصرف فاتح الاعتماد أن يلغيه أو يعدله بناء على أمر فاتح الاعتماد "المستورد" دون الحصول على موافقة المستفيد "المصدر" وهذا النوع نادر الاستعمال بسبب ما ينشأ عنه من مشكلات بين طرفي العقد، والمسئولية في هذا النوع قائمة من ناحية التنفيذ، باعتبار أنه يمكن أن يلغى من جانب البنك فاتح الاعتماد ومن جانب الأمر كذلك، فأما البنك فاتح الاعتماد فقد يلجأ إلى الإلغاء من تلقاء نفسه تخلصاً من مسئولية مالية قد يتعرض لها في حال رأت أن الأمر قد يصبح في مركز لا يمكنه من الوفاء بالتزاماته. أو في حال تبين لها انخفاض أسعار البضاعة المستوردة^(٣).

٢. الاعتماد المستندي غير القابل للإلغاء: هو الذي يتضمن التزاماً ثابتاً مقطوعاً به من جانب المصرف فاتح الاعتماد قبل المستفيد بأن يدفع له المبلغ المتفق

(١) د. جورجيت صبيح عبده قليبي - مبدأ الاستقلال في الاعتماد المستندي - طبعة ١٩٩٩ م - دار النهضة العربية القاهرة - ص ٢٣

(٢) د. جورجيت صبيح عبده قليبي - مرجع سابق - ص ٢٧

(٣) د. صليب بطرس و ياقوت العشماوي - الاعتماد المستندي من منظور عملي وقانوني - طبعة ١٩٨٣ م - المركز العربي للصحافة والنشر - ص ٢٠

عليه أو يقبل الكمبيالات المسحوبة من المستورد لصالح المصدر متى قام هذا الأخير بتقديم مستندات الشحن المنصوص عليها في ذلك الاعتماد، وهذا النوع من الاعتمادات المستندية يوفر الضمان الكامل للمصدر وهو النوع الشائع في التعاملات التجارية الدولية، وقد يكون الاعتماد المستندي معززا أو غير معزز، واعتماد المعزز هو الذي يتفق فيه بين المصدر والمستورد على أن يقوم المصرف المراسل "مصرف المصدر" بإضافة تأييده للاعتماد بمعنى أن ينتقل الالتزام من المصرف فاتح الاعتماد إلى البنك المراسل الذي يحدده المصدر، أما الاعتماد غير المعزز هو الاعتماد الذي يقوم فيه مصرف المستورد بالوفاء ويكون دور مصرف المصدر مجرد وسيط في تنفيذ العملية^(١).

وعلى ذلك فإن قيام المدين بالوفاء عن طريق الاعتماد المستندي يعد مبرراً لذمته وهي الوسيلة الأكثر ذيوفاً واستخداماً في التجارة الدولية لما فيه ضمان واطمئنان للأطراف على حد سواء.

التكليف الشرعي لأداء المقابل في عقود التجارة الدولية: مما لا خلاف فيه في التشريع الإسلامي، تحريم الربا في العقود، ولا خلاف على جواز الدفع النقدي من قبل المدين لدائنه، ولكن الخلاف يكون في حال الدفع عن طريق الاعتماد المستندي فهناك حالات في الدفع بالاعتماد المستندي تدخل في دائرة الربا وشبه الربا، وهنالك حالات لا تدخل في دائرة الربا وشبه الربا وتتصور هذه الأخيرة في حال إصدار البنك للاعتماد المستندي بتغطية كاملة نقدًا للقادرين على الدفع من العملاء أو بتجنيب المبلغ من حسابهم الجاري، أو إصدار الاعتمادات المستندية لمن لديهم ودائع استثمارية لدى المصرف أو في غيره على أن يعطي الأمر توكيلاً للمصرف بسحب المبلغ من وديعته، ودفعه للمستفيد، إذا طلب منه في حالة فشله في الوفاء بالتزامه، وينبغي أن تكون الوديعة قابلة للسحب في أي وقت أو في الوقت الذي يحتمل أن يطالب فيها البنك

(١) أحمد محمد سعيد باقي وآخرون - مرجع سابق - ص ١٦

بالمبلغ، أو بأي وسيلة أخرى مثل المشاركة وخلافه على ألا تكون هنالك عمولة، على إصدارها للاعتماد المستندي إذ أن وجود العمولة ربا، أو فيه شبهة الربا على الأقل، فالواجب إذن على البنوك الإسلامية ترك ذلك لمخالفتها أحكام الشريعة الإسلامية^(١).

(١) للاستزادة راجع أ.د. الصديق محمد الأمين الضربير - خطابات الضمان في الشريعة الإسلامية - بحث منشور الكترونيا على موقع المشكاة
www.meshkat.net

المبحث الثاني

عدم تنفيذ الالتزامات في عقود التجارة الدولية (الإخلال)

كما تقدم فإن قيام العقد صحيحاً يلزم أطرافه بتنفيذ جميع ما جاء فيه اختيارياً، والقاعدة العامة أن يلزم المدين بتنفيذ التزامه اختيارياً كان أم جبراً عند عدم وجود مانع مادي أو قانوني، ولا يخلو، رغم رضائية العقود، من أن يقوم أحد طرفيه بعدم تنفيذ التزاماته التعاقدية بمقتضى أو دون مقتضى، مما تترتب عليه آثار قانونية هامة.

وعدم تنفيذ العقد يعد المشكلة الأساسية التي يحتاط لها المتعاقدون والمشرع وذلك بوضع الوسائل القانونية الكفيلة بحمل الطرف المخل على تنفيذ التزاماته التعاقدية، سواء كان ذلك عن طريق التنفيذ العيني أو التنفيذ بمقابل، وتعد مرحلة تنفيذ العقد، كما سبق القول، أهم مراحل حياة العقد، ولقد اهتمت المنظمات الدولية المهمة بشئون التجارة العالمية أيما اهتمام بهذه المرحلة ووضعت الأحكام الكفيلة ببث الطمأنينة في نفوس المتعاملين في التجارة الدولية، لاسيما مبادئ العقود التجارية الدولية الصادرة عن معهد روما لتوحيد القانون الدولي التي اهتمت بصفة خاصة بالأحكام الخاصة بعدم تنفيذ المدين لالتزاماته فحددت الآثار الناجمة عن ذلك كما أوضحت حالات الإعفاء من المسؤولية عند الإخلال بتنفيذ الالتزامات في عقود التجارة الدولية. وهذه الأحكام سنتناولها في هذا المبحث وفقاً للمطالب التالية:

المطلب الأول: عدم تنفيذ الالتزامات والآثار الناجمة عنه في عقود التجارة الدولية
المطلب الثاني: القوة القاهرة كسبب للإعفاء من تنفيذ العقد التجاري الدولي

* * * * *

المطلب الأول

عدم تنفيذ الالتزامات والآثار الناجمة عنه في عقود التجارة الدولية

أولاً: ماهية عدم تنفيذ الالتزامات وأحكامه في عقود التجارة الدولية: نظمت مبادئ اليونيدروا عدم تنفيذ العقد والآثار التي تترتب على عدم التنفيذ في أحكام نستطيع أن نطلق عليها أحكام متكاملة وذلك بالنظر إلى الأحكام التي وردت في الاتفاقيات والمعاهدات الأخرى المتعلقة بالتجارة الدولية وذلك وفق التفصيل التالي:

ماهية عدم التنفيذ: يقصد بعدم التنفيذ في مبادئ اليونيدروا كل إخلال من أحد الأطراف في تنفيذ أي من التزاماته الناتجة عن العقد، ويشمل الإخلال التنفيذ المعيب أو التنفيذ المتأخر^(١). ولقد وردت عدة أحكام في المبادئ تتبع في حال عدم تنفيذ أي من الأطراف التزاماته المترتبة على العقد.

والإخلال بالعقد كيفما كانت صورته يخول الدائن الذي لم يخل بالتزاماته الحق في رفع دعوى للمطالبة بالتعويض أو الاسترداد أو فسخ العقد، ولكن القاعدة التي جرى واستقر عليها العمل أن الفسخ لا يكون إلا في حالة الإخلال الجوهرى بالعقد، أو في حال قيام الطرف المخل بإرادته المنفردة بإلغاء^(*) العقد قبل حلول أجل تنفيذه أو قبل تنفيذه تنفيذاً كاملاً^(٢).

الدفع بعدم التنفيذ:

القاعدة العامة في العقود الملزمة للجانبين، إذا كانت الالتزامات المتقابلة مستحقة الوفاء، جاز لكل من المتعاقدين أن يمتنع عن تنفيذ التزامه إذا لم يتم

(١) أنظر المادة (١/٧) الفقرة (١) من مبادئ العقود التجارية الدولية الصادرة عن معهد روما المعدل في العام ٢٠٠٤م

(*) يحدث الإلغاء بهذا المعنى عندما يخطر أحد المتعاقدين شفاهة أو بسلوك منه، المتعاقد الآخر، بأنه لا يرغب في الوفاء بالتزاماته عندما يستحق أداؤها في المستقبل، والإلغاء قد يكون إلغاء صريحاً أو ضمناً يستنبط من سلوك المدين المخل بأنه لم يعد راغباً في تنفيذ التزاماته التعاقدية

(٢) ج.س. شيشيرو وآخرون - مرجع سابق - ص ١٣٥

المتعاقد الآخر بتنفيذ ما التزم به، وعلى ذلك فإن لكل متعاقد عدم تنفيذ التزامه في حال إخلال الآخر بالتزامه بدلا من أن يلجأ إلى طلب الفسخ، فهو يوقف تنفيذ التزامه حتى ينفذ المتعاقد الآخر التزامه، وهذه القاعدة العامة لا يمكن إعمالها في عقود التجارة الدولية إلا في حال أن تكون الالتزامات واجبة الأداء بشكل متزامن أو إذا كان تنفيذ الالتزامات على سبيل التتابع، ففي الفرض الأول يحق لأي طرف متعاقد أن يمتنع عن التنفيذ حتى ينفذ المتعاقد الآخر ما التزم به، أما في الفرض الثاني فيجوز للمتعاقد الواجب قيامه بالتنفيذ في وقت لاحق أن يمتنع عن التنفيذ حتى يقوم المتعاقد الأول بالتنفيذ^(١) ولا يمكن إعمال هذه القاعدة متى ما كان عدم تنفيذ الطرف الآخر لالتزاماته لسبب يتعلق به سواء كان لقيامه بعمل أو امتناع عن عمل كان من المفترض قيامه به^(٢).

وعلى ضوء ما ذكر فإنه يترتب على التمسك بهذا الدفع وقف تنفيذ العقد، دون انقضاء الالتزام، ويستمر الوقف لحين قيام الطرف الآخر بتنفيذ التزاماته، فإذا ما أوفى به ظل العقد منتجا لأثاره، وفي حال إصرار المدين المخل بعدم التنفيذ فإن هذا يؤدي إلى طلب الدائن فسخ العقد.

تدارك عدم التنفيذ من المتعاقد المخل: وفقا لنص المادة (١/٧) الفقرة (٤) من مبادئ اليونيدروا فإنه يجوز للمتعاقد المخل بالتزاماته القيام وعلى نفقته بكل تدبير ضروري يهدف تصحيح عدم تنفيذه لالتزاماته بالشروط التالية:

١. أن يوجه - دون تأخير غير مبرر - إخطاراً يشير فيه إلى الأسلوب المقترح للتصحيح وتوقيته.
٢. أن يكون التصحيح مناسباً للظروف.
٣. أن لا تكون للدائن مصلحة مشروعة في رفض التصحيح.

(١) أنظر المادة (١/٧) الفقرة (٣) من مبادئ العقود التجارية الدولية الصادرة عن معهد روما المعدل في العام ٢٠٠٤م

(٢) أنظر المادة (١/٧) الفقرة (٢) من مبادئ العقود التجارية الدولية الصادرة عن معهد روما المعدل في العام ٢٠٠٤م

٤. أن يتم التصحيح دون تأخير.

وقيام الدائن بإخطار المدين بالفسخ لا يؤدي إلى المساس بالحق في التصحيح متى ما تم الإهمال للتصحيح وفي هذه الحالة يتم تعليق حقوق الدائن نفسها، ما دامت غير متوافقة مع تنفيذ أداءات المدين، إلى حين انتهاء المدة المحددة للتصحيح في الإخطار، و يجوز للدائن أن يمتنع عن تنفيذ التزامه إلى حين إتمام التصحيح. مع الاحتفاظ بحقه في المطالبة بتعويضات عن التأخير المترتب إلى جوار الضرر الواقع الذي لم يكن في الوسع تفادي وقوعه^(١).

الإهمال لمدة إضافية للتنفيذ: في حالة عدم التنفيذ الاختياري من قبل المدين في التاريخ المحدد فإنه وفقاً لمبادئ العقود التجارية الدولية يجوز للدائن إخطار المدين بمنحه مدة إضافية لتنفيذ التزاماته. ويجوز له خلال هذه المدة الإضافية الامتناع عن تنفيذ التزاماته المقابلة، كما يجوز له المطالبة بتعويضات دون اللجوء إلى أي وسائل أخرى لمعالجة الأمر، إذا تلقى إخطاراً من المدين بعدم رغبته في التنفيذ خلال هذه المدة أو إذا انتهت المدة ولم يتم التنفيذ^(٢).

الإخلال غير الجوهرى في التنفيذ: فرقت المبادئ الدولية لعقود التجارة الدولية فيما بين الإخلال الجوهرى للتنفيذ والإخلال غير الجوهرى للتنفيذ، فجعلت من الأول سبباً لإنهاء العقد في حالة أن وجه الدائن المتضرر إخطاراً يسمح فيه بمدة إضافية معقولة وانتهت المدة المحددة من غير تنفيذ، فإذا كانت هذه المدة الإضافية غير معقولة فيما يتعلق بطولها فتمتد مدة معقولة ويجوز للمتعاقد المتضرر أن يضمن إخطاره ما يفيد أن تخلف المتعاقد الآخر عن التنفيذ خلال المهلة المتاحة طبقاً للإخطار يؤدي تلقائياً إلى إنهاء العقد، أما في الحالة الثانية فلا يجوز إنهاء العلاقة التعاقدية متى ما

(١) أنظر المادة (٤/١٧) الفقرة (٣ و٢) من مبادئ العقود التجارية الدولية الصادرة عن معهد روما المعدل في العام ٢٠٠٤م

(٢) أنظر المادة (٥/١٧) الفقرة (٢ و١) من مبادئ العقود التجارية الدولية الصادرة عن معهد روما المعدل في العام ٢٠٠٤م

كانت الالتزامات غير المنفذة ثانوية بالنظر إلى مجموع الالتزام التعاقدى للمتعاقد الذي لم ينفذ التزاماته^(١).

ثانياً: الآثار المترتبة على عدم تنفيذ الالتزامات في عقود التجارة الدولية: يترتب على عدم التزام المدين بتنفيذ التزاماته في عقود التجارة الدولية اللجوء إلى السلطات القضائية أو التحكيم وفقاً لما تم الاتفاق عليه وذلك من أجل التنفيذ جبراً على المدين المخل بالتزاماته، والتنفيذ الجبري يكون أولاً بإلزام المدين بعين ما التزم به "التنفيذ العيني للالتزام" فإذا استحال مثل هذا التنفيذ كان لا مناص من التنفيذ الجبري عن طريق التعويض أو الاسترداد أو اللجوء إلى طلب الفسخ وذلك وفق للتفصيل الآتي:

١. التنفيذ العيني: هو أن يعطى الدائن ذات الأداء المستحق أصلاً، ويجب أن يتجه التنفيذ الجبري قبل كل شيء للحصول على هذا التنفيذ العيني، وإذا لم يكن هذا التنفيذ العيني ممكناً وحتى إذا كان ممكناً ولكن لن يتم إلا متأخراً ويتضرر منه الدائن، ففي هذه الحالة يلجأ إلى التنفيذ الجبري البديل كالتعويض^(٢).

والأصل أن التنفيذ الجبري أن يكون عيناً، وكما سبق القول أن التنفيذ العيني هو حق الدائن وهو واجب المدين، غير أن طبيعة التنفيذ العيني لا يمكن اللجوء إليه إلا إذا توافرت شروط اللجوء إليه، ووفقاً للمبادئ الدولية في عقود التجارة الدولية فإنه يجب التفرقة بين نوعين من أنواع التنفيذ أولهما التنفيذ النقدي وهذا النوع لا يشترط فيه شروط اللجوء إلى التنفيذ العيني وعلى ذلك فقد نصت المادة (١/٢/٧) على أنه "في الأحوال التي لا يسدد فيها المدين ديناً متمثلاً في مبلغ نقدي، فيجوز للدائن مطالبته بالسداد"، حيث إن الالتزام بدفع مبلغ نقدي لا يتصور استحالة تنفيذه في أي وقت من الأوقات، ويمكن التوصل إليه بالحجوز المختلفة، التي

(١) أنظر المادة (١/٧) الفقرة (٥) من مبادئ العقود التجارية الدولية الصادرة عن معهد روما المعدل في العام ٢٠٠٤م

(٢) د. فتحي عبد الرحيم عبدالله - التنفيذ العيني للعقد دراسة مقارنة بالقانون الإنجليزي وفقاً للشريعة الإسلامية - طبعة العام ٢٠٠٧ م

يمكن أن تحول إلى نقود سائلة ممتلكات المدين، ولا يعتبر التنفيذ العيني للالتزام النقدي مستحيلاً لمجرد كون المدين معسراً، لذلك لا يتصور في هذا الالتزام التنفيذ بطريق التعويض عن عدم التنفيذ، وإنما قد يكون التعويض عن التأخير في التنفيذ^(١). وثانيتها التنفيذ غير النقدي ففي الأحوال التي يلتزم فيها المدين بتنفيذ التزام غير نقدي ولا ينفذه، فإنه ووفقاً لنص المادة (٢/٢/٧) فإنه يجوز للدائن أن يطالب بالتنفيذ العيني شريطة توفر الشروط التالية:

الشرط الأول: إمكانية التنفيذ العيني، من البديهي اشتراط إمكانية الحكم بالتنفيذ العيني وأن لا يكون التنفيذ مستحيلاً من الناحية القانونية أو الواقعية، وسواء كانت هذه الاستحالة بخطأ المدين أو دون خطأ منه، فإذا كان تنفيذ الالتزام قد أصبح مستحيلاً امتنع القضاء به.

الشرط الثاني: أن لا يكون التنفيذ أو حسب الأحوال، وسائل التنفيذ الجبري، غير معقولة فيما يخص الجهد المبذول أو النفقات المستحقة. وهذا يعني أنه يجوز للقاضي أو المحكم أن يعدل عن الحكم بالتنفيذ العيني إلى الحكم بالتعويض أو الاسترداد إن كان ممكناً، وذلك متى ما كان في التنفيذ العيني إرهاق للمدين ولم يكن الدائن يلحقه ضرر جسيم من جراء اللجوء إلى وسائل التنفيذ الجبري الأخرى، ذلك أن المصلحة الأولى بالرعاية في مثل هذه الحالة هي مصلحة المدين.

(١) د. فتحي عبد الرحيم عبدالله - مرجع سابق - ص ٤٩

الشرط الثالث: أن لا يكون في استطاعة الدائن أن يحصل على التنفيذ بصورة معقولة بوسيلة أخرى على ألا يكون في اللجوء إلى الوسيلة الأخرى ضرر بالدائن.

الشرط الرابع: أن لا يكون التنفيذ ذا طابع شخصي محض، بمعنى أنه لا يجوز إكراه المدين على التنفيذ العيني في التنفيذ الذي يكون فيه شخص المدين محل اعتبار في التنفيذ، باعتبار أن في ذلك مساساً بحرية المدين المحمية بموجب القانون والدستور، لذلك فإذا امتنع المدين عن تنفيذ التزاماته لا يمكن إجباره على التنفيذ العيني ولا يكون أمام الدائن سوى طلب التعويض بديلاً للتنفيذ العيني^(١)، ولمجاهاة مثل هذه الحالات التي يتطلب التدخل الشخصي للمدين فقد نصت المبادئ على أنه يجوز بجانب التعويض الحكم على المدين بغرامة مالية تمنح للدائن ويطلق على هذه الغرامة بالغرامة التهديدية والغرض منها حمل المدين لتنفيذ التزاماته^(٢).

الشرط الخامس: طلب التنفيذ خلال مدة معقولة، يشترط للحكم بالتنفيذ العيني أيضاً أن يتقدم الدائن بطلب التنفيذ خلال مدة معقولة من تاريخ علمه بعدم رغبة المدين بتنفيذ التزاماته أو من التاريخ الذي كان بوسعه أن يعلم فيه بعدم التنفيذ.

٢. المطالبة بالتعويض: تقدم أنه لا يمكن اللجوء إلى التنفيذ العيني في حال عدم تحقق شروط اللجوء إليه، ففي حال اختلال أي شرط من شروط المطالبة بالتنفيذ العيني

(١) د.مصطفى محمد جمال - مرجع سابق - ص ٣٩٣

(٢) أنظر المادة (٢/٧) الفقرة (٤) من مبادئ العقود التجارية الدولية الصادرة عن معهد روما المعدل في العام ٢٠٠٤ م، والتي تقرأ " (١) إذا أمرت المحكمة أحد الأطراف بالتنفيذ، فيجوز لها أيضاً أن تأمر بأن يسدد غرامة مالية عند عدم الامتثال لهذا الأمر. (٢) تسدد الغرامة إلى الدائن ما لم تنص القواعد الأخرى في قانون القاضي على غير ذلك، ولا يترتب على سداد الغرامة إلى الدائن استبعاد أي مطالبة بالتعويض.

يستعاض عن التنفيذ العيني بالتعويض أو التنفيذ بمقابل، وعموما يترتب على عدم التنفيذ منح الدائن الحق في التعويض إما كحق وحيد وإما بالإضافة إلى وسائل أخرى إلا في أحوال الإعفاء من المسؤولية^(١) طبقاً للمبادئ والتي سيرد ذكرها لاحقاً. الحق في التعويض الكامل: وفقاً لنص المادة (٤/٧) الفقرة (٢) فإنه يحق للدائن المطالبة بتعويض كامل عن الضرر الذي لحقه كنتيجة لعدم التنفيذ. ويتمثل هذا الضرر فيما لحقه من خسارة وما فاتته من كسب، مع الأخذ في الاعتبار أي كسب حققه الدائن نتيجة نفقات تحملها أو أضرار تجنبها. ويستوي في ذلك أن يكون الضرر ضرراً نفسياً أو أدبياً، حالاً أو مستقبلياً على أن يثبت تحققه بدرجة معقولة من اليقين، كما يمكن المطالبة بالتعويض عن فوات الفرصة بما يتناسب مع احتمال تحققها، على أنه في حال عدم تيسر إثبات حجم الضرر بدرجة كافية من اليقين فإن المحكمة تقوم بتقديره^(٢).

والضرر الذي يحكم به المحكمة أو المحكم هو الضرر الذي توقعه المدين أو كان في وسعه بصورة معقولة أن يتوقعه عند إبرام العقد، مادام هذا الضرر يبدو نتيجة محتملة لعدم التنفيذ، ولا يسأل المدين إلا عن الضرر الذي توقع أو كان بوسعه توقعه حسبما ذكر^(٣).

تقدير التعويض: الأصل أن يقوم القاضي أو المحكم بتقدير التعويض المستحق للدائن في حال عدم تنفيذ الالتزام أو في حال التأخر في تنفيذه، وقد يقوم الأطراف بالاتفاق على التعويض الواجب سداده في حال الإخلال من قبل أي منهما، ويعرف هذا الاتفاق بالشرط الجزائي^(٤). وفي ذلك تنص المادة (٤/٧) الفقرة (١٣) على أنه "إذا اتفق في العقد على أن يسدد من يتخلف عن التنفيذ مبلغاً

(١) أنظر المادة (٤/٧) الفقرة (١) من مبادئ العقود التجارية الدولية الصادرة عن معهد روما المعدل في العام ٢٠٠٤ م

(٢) أنظر المادة (٤/٧) الفقرة (٣) من مبادئ العقود التجارية الدولية الصادرة عن معهد روما المعدل في العام ٢٠٠٤ م

(٣) أنظر المادة (٤/٧) الفقرة (٤) من مبادئ العقود التجارية الدولية الصادرة عن معهد روما المعدل في العام ٢٠٠٤ م

(٤) د.مصطفى محمد جمال - مرجع سابق - ص ٣٦٣

محددًا نظير عدم التنفيذ، فيحصل الدائن على هذا المبلغ، بصرف النظر عن الضرر الواقع فعلاً. ومع ذلك، ودون إخلال بأي اتفاق مخالف، فيمكن أن يخفف التعويض إلى مبلغ معقول يتناسب مع الضرر المترتب على عدم التنفيذ والظروف الأخرى.

التعويض وفقاً للسعر الجاري في تاريخ إنهاء العقد: في حال قيام أطراف التعاقد بفسخ العقد الأساسي المبرم فيما بينهم بسبب عدم التزام المدين بالتزاماته واستبداله بعقد آخر بديل، فيجوز للدائن خلال مدة معقولة وبطريقة معقولة، أن يسترد الفارق بين قيمة العقد الأول وقيمة العقد البديل فضلاً عن التعويض عن أي ضرر إضافي آخر.^(١)

أما في الحالة التي ينهي الدائن العقد فيها ولم يقيم بإبرام عقد بديل وكان هناك سعر جارٍ للتنفيذ المتعاقد عليه، فيجوز للدائن استرداد الفارق بين القيمة الواردة بالعقد والسعر الجاري في تاريخ إنهاء العقد فضلاً عن التعويض عن أي ضرر آخر. و يعتبر سعراً جارياً السعر الذي يتفق عليه - بصفة عامة - نظير الأداء المقدم في ظروف مشابهة وفي المكان الذي كان يتعين فيه تنفيذ العقد، أو إذا لم يكن هناك سعر جارٍ، في هذا المكان، فالسعر الجاري في أي مكان آخر يبدو معقولاً لإحالة إليه.^(٢)

تقدير التعويض في حال مساهمة الدائن في الضرر الناتج عن العقد: في حال الضرر الجزئي الراجع إلى الدائن بسبب قيامه بعمل أو امتناعه عن تنفيذ عمل كان من المفترض القيام به، أو بسبب حادث آخر يتحمل مخاطره الدائن، فيتم

(١) أنظر المادة (٤/٧) الفقرة (٥) من مبادئ العقود التجارية الدولية الصادرة عن معهد روما المعدل في العام ٢٠٠٤م

(٢) أنظر المادة (٤/٧) الفقرة (٦) من مبادئ العقود التجارية الدولية الصادرة عن معهد روما المعدل في العام ٢٠٠٤م

تخفيض التعويض بقدر مساهمة هذه العوامل في حصول الضرر، مع الأخذ في الاعتبار مسلك كل طرف^(١).

كما يجب أن يتحمل الدائن نسبة من الضرر في الخسائر التي تكبدها بنسبة تقدر بما كان يمكنه تخفيفه باتخاذ خطوات معقولة، أي يجب ألا يسأل المدين عن أي نسبة من الخسائر كان يمكن تفاديها باتخاذ الدائن خطوات معقولة، وفي مقابل ذلك فإنه يحق للدائن استرداد أي مصروفات معقولة يكون قد تكبدها لدى محاولته تخفيف الضرر^(٢).

التعويض عن التأخير في تنفيذ الالتزام النقدي "الفوائد": يتميز الالتزام النقدي كما سبق القول بكونه التزاماً قابلاً للتنفيذ العيني دائماً، وعلى نحو لا يتصور معه أن يصبح مستحيلاً، ولذلك فلا يتصور التعويض عن عدم التنفيذ، غير أن قابلية الالتزام بدفع مبلغ من النقد للتنفيذ العيني باستمرار لا يمنع من إمكان التأخير في تنفيذه، لذلك فالتعويض الذي ينشأ بصدد هذا الالتزام هو دائماً تعويض عن التأخير في التنفيذ، ويأخذ التعويض في هذه الحالة بدفع مبلغ من النقود في شكل الفوائد التي تتمثل في مبلغ إضافي من النقود يحدد على أساس نسبة معينة من مقدار الالتزام الذي يحصل التأخير في تنفيذه^(٣)، وعلى ذلك فقد نصت المادة (٤/٧) الفقرة (٩) على أنه:

أ. إذا لم يسدد أحد الأطراف مبلغاً من النقود عند استحقاقه، يحق للدائن تقاضي فوائد على هذا المبلغ اعتباراً من تاريخ الاستحقاق وحتى تاريخ السداد، وسواء أكان عدم السداد مبرراً أم غير مبرر.

(١) أنظر المادة (٤/٧) الفقرة (٧) من مبادئ العقود التجارية الدولية الصادرة عن معهد روما المعدل في العام ٢٠٠٤م

(٢) أنظر المادة (٤/٧) الفقرة (٨) من مبادئ العقود التجارية الدولية الصادرة عن معهد روما المعدل في العام ٢٠٠٤م

(٣) د.مصطفى محمد جمال - مرجع سابق - ص ٣٦٩

ب. يقصد بسعر الفائدة متوسط سعر الفائدة المصرفية الأساسي على الإقراض قصير الأجل، بالنسبة للعملة الواجب السداد بها، فإذا لم يتوافر هذا السعر في ذلك المكان، انطبق نفس السعر في بلد عملة السداد. وفي حالة عدم توافر مثل هذا السعر في أي من هذين المكانين ينطبق سعر الفائدة المناسب الذي يحدد قانون دولة عملة الوفاء.

ج. يحق للدائن تقاضي تعويضات إضافية إذا سبب له عدم السداد ضرراً أكبر. كما أن مبادئ العقود الدولية قررت أيضاً استحقاق الفوائد على التعويضات المترتبة على عدم تنفيذ الالتزامات غير النقدية وذلك بموجب المادة (٤/٧) الفقرة (١٠) التي تقرأ " يبدأ حساب الفوائد على التعويضات المترتبة على عدم تنفيذ الالتزامات غير النقدية، اعتباراً من تاريخ عدم التنفيذ، ما لم يتفق على غير ذلك".

تحديد عملة التعويض وكيفية سداده: وفقاً لنص المادة (٤/٧) الفقرة (١٢) فإن العملة التي بها تقدر التعويضات إما العملة التي قُدر الالتزام النقدي بها أو العملة التي قُدر الضرر على أساسها، أيهما يبدو أكثر ملائمة للطبيعة العلاقة التعاقدية. و تسدد التعويضات دفعة واحدة. ومع ذلك، فقد تسدد على دفعات كلما كان ذلك ملائماً لطبيعة الضرر و يجوز سداد التعويضات على دفعات يتغير مبلغها طبقاً لمؤشرات سعرية.

المطالبة بفسخ العقد: يمكن تعريف الفسخ بأنه حل الرابطة العقدية، بناء على طلب أحد طرفي العقد، إذا أخل الطرف الآخر بالتزاماته. فهو جزاء لإخلال أحد المتعاقدين بالتزاماته، وبمقتضاه يستطيع الطرف الآخر حل الرابطة العقدية حتى يتحرر نهائياً من الالتزامات التي يفرضها العقد عليه^(١) ولقد قسم الفقهاء الفسخ

(١) د. خالد أحمد عبد الحميد - فسخ عقد البيع الدولي للبضائع وفقاً لاتفاقية فيينا لعام ١٩٨٠ - الطبعة الثانية ٢٠٠١م - دار النهضة

إلى ثلاثة أنواع أولهما الفسخ الذي يتم باتفاق الطرفين ويطلق عليه الفسخ بالتراضي أو الفسخ الإتفاقي أو التلقائي، وهذا النوع يجوز للطرفين باتفاقهما سواء كان العقد ينفذ كلياً أو جزئياً في المستقبل ، واللجوء إلى هذه النوع في الحياة العملية كثير، حيث جرت العادة على أن يضمن الأطراف مسبقاً في عقودهم شرطاً يطلق عليه الشرط الصريح الفاسخ، وبه يتم الاتفاق مسبقاً على أن يكون العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه دون حاجة إلى حكم أو دون أن يكون للقاضي أو المحكم سلطة تقديرية في ذلك، أي أن الشرط الصريح الفاسخ يسلب القضاء كل سلطة تقديرية في صدد الفسخ لأن الفسخ يقع حتماً بمجرد إخلال المدين بالالتزام وتقف مهمة القضاء، في هذه الحالة عند حدود التحقق من عدم الوفاء بالالتزام ليقرر اعتبار الفسخ حاصلًا فعلاً، ومع ذلك يلعب القاضي دوراً هاماً في أعمال الشرط المذكور حيث يتحقق من وجوده وشروط تطبيقه بعد التعرف على مضمونه وطبيعته، هذا بالإضافة إلى مراقبة الظروف الخارجية التي تحول دون إعماله كخطأ الدائن وتنازله عن طلب الفسخ أو مشروعية امتناع المدين عن التنفيذ، عند عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عن العقد ولا يقع الفسخ في هذه الحالة إلا بعد إعدار المدين ما لم يتفق الأطراف صراحة على الإعفاء من الإعدار^(١) وثانيتها الفسخ بقوة القانون ويطلق عليه انفساخ العقد وهو الفسخ الذي يتم بانقضاء الالتزام بسبب استحالة تنفيذه ، وهنا تنقضي الالتزامات المتقابلة وينفسخ العقد من تلقاء نفسه، وثالثتها وهو الفسخ الذي يكون بحكم القضاء ويطلق عليه الفسخ القضائي ، والفسخ الذي يهمننا في بحثنا هذا هو الفسخ الذي يكون بسبب الإخلال بالالتزامات من قبل أحد الأطراف ، أي الفسخ الذي يكون أثراً من آثار عدم تنفيذ العقد من جانب المدين المخل بالالتزام جوهري.

حق طلب الفسخ في عقود التجارة الدولية: وفقاً لما أرسته الأعراف والعادات التجارية والتي قتها معهد روما لتوحيد قانون التجارة الدولية والمعروفة بمبادئ

(١) د. محمد حسين منصور - دور القاضي إزاء الشرط الصريح الفاسخ - طبعة ١٩٩٥ - منشأة المعارف بالإسكندرية - ص ١٦

اليونيدروا فإنه يجوز لأي طرف فسخ العقد في حالة الإخلال الجوهرى من جانب الطرف الآخر، ويكون عدم التنفيذ جوهرياً إذا ما كان عدم التنفيذ يحرم بصورة جوهرية الدائن مما كان يحق له انتظاره من العقد، إلا إذا كان الطرف الآخر لم يتوقع، أو كان من غير المعقول أن يتوقع، هذه النتيجة، وأن يكون الالتزام الذي لم ينفذ هو جوهر العقد، وأن يكون الإخلال عمدياً أو نتيجة لعدم الاكتراث، وأن يولد تصرف المدين اعتقاداً لدى الطرف الآخر بأنه لا يمكن أن يعتمد على تنفيذ المدين في المستقبل، وفضلاً عما ذكر فإنه يشترط في حال الإخلال تحمل المدين خسارة جسيمة نتيجة الإعداد أو التنفيذ، عند فسخ العقد^(١).

كما يجوز للدائن فسخ العقد في حال تأخر المدين عن تنفيذ التزاماته شريطة إعداره بالوفاء بالتزامه خلال مهلة إضافية مناسبة تحدد له، فإذا تلقى الدائن إخطاراً من المدين بأنه لن ينفذ خلال هذه المهلة، أو إذا انتهت المهلة دون تنفيذ فيجوز له أن يلجأ إلى أي وسيلة من الوسائل المقررة له لمواجهة الإخلال ومنها فسخ العقد، وهذا يعني أن الإعدار ضروري في هذه الحالة، رغم أن الإعدار ليس شرطاً من شروط الفسخ ولكنه إجراء لازم لتنبية المدين، حتى يتسنى للدائن مباشرة حقه في طلب الفسخ في حال التأخير عن التنفيذ، ويتصور التأخير بصفة خاصة في الالتزام النقدي كما سبق وتقدم^(٢).

والملاحظ أن مبادئ اليونيدروا لم تضع تحديداً دقيقاً للمدة الإضافية للتنفيذ، وكل ما جاء بهذا الشأن أن تكون مدة مناسبة، مما يعني أن هذه المدة متروكة لتقدير الدائن، أما فإن لم تحدد كيفية قياس معقولية مدة المهلة الإضافية، لذلك فإن تقديرها لا يكون إلا بالرجوع إلى كل حالة على حدة. لكن

(١) أنظر المادة (٣/٧) الفقرة (١) من مبادئ العقود التجارية الدولية الصادرة عن معهد روما المعدل في العام ٢٠٠٤م
(٢) أنظر المادة (١/٣/٧) الفقرة (٣) والمادة (١/٥/٧) من مبادئ العقود التجارية الدولية الصادرة عن معهد روما المعدل في العام ٢٠٠٤م

الاعتبار الأساسي الذي يمكن على أساسه تقدير معقولية هذه المدة هو مدى حاجة المتعاقد إلى التنفيذ دون أي تأخير إضافي بعد انتهاء المهلة^(١).

ويترتب على منح المدين مهلة إضافية للتنفيذ أن لا يقوم الدائن باستعمال أي حق من الحقوق المقررة له قانوناً طوال سريان مدة المهلة الإضافية فيما عدا حق الدفع بعدم التنفيذ وحق المطالبة بالتعويض عن التأخير في التنفيذ، ذلك أن هذه التعويضات تكون عن الإخلال الذي صدر عن المتعاقد وأدى إلى منحه المهلة الإضافية، فلا تأثير له على تنفيذ الالتزامات خلال هذه المهلة، لأنه أمر سابق عليها^(٢).

حالات استبعاد الفسخ: ويجب أن نضع في اعتبارنا المبدأ العام الذي وضعتة الاتفاقيات الدولية، وهو تقييد الحق في الفسخ وعدم اللجوء إليه إلا في أضيق الحالات، وعموماً فإن هنالك حالات متى ما تحققت يجب استبعاد الفسخ، وهذه الحالات هي:

١. إمكانية إصلاح ما لحق العقد من عيب أو قصور، وتقديم المدين عرضاً بذلك.

٢. إذا كان التنفيذ غير مطابق.

على أنه متى ما قام الدائن بإخطار المدين خلال مدة معقولة من تاريخ علمه بالعرض أو التنفيذ غير المطابق فإنه يحفظ لنفسه حقه في إنهاء العقد^(٣).

الإنهاء المبتسر أو المتوقع: يقصد به وقف المتعاقد لالتزاماته وفسخ العقد متى ما تبين له أن الطرف الآخر سينسب إليه عدم تنفيذ جوهري، وفي هذه الحالة

(١) خالد أحمد عبد الحميد مرجع سابق - مرجع سابق - ص ١٥٠

(٢) أنظر المادة (١/٧) الفقرة (٥) من مبادئ العقود التجارية الدولية الصادرة عن معهد روما المعدل في العام ٢٠٠٤م

(٣) أنظر المادة (٣/٧) الفقرة (٢) من مبادئ العقود التجارية الدولية الصادرة عن معهد روما المعدل في العام ٢٠٠٤م

يستطيع المتعاقد الآخر أن يتعامل مع العقد باعتباره قد انقضى ، فيوقف تنفيذ التزاماته^(١).

حق الدائن في طلب التأمينات الكافية لحسن التنفيذ: منحت الاتفاقيات الدولية المنظمة للتجارة الدولية الدائن الحق في الامتناع عن تنفيذ ما يخصه من التزامات وتوجيه طلب مكتوب للمتعاقد الآخر لتقديم ضمانات كافية لحسن التنفيذ متى ما نشأت أسباب معقولة أدت إلى عدم اطمئنانه إلى قيام المتعاقد الآخر بتنفيذ التزاماته الجوهرية ما لم يقدم الطرف الآخر الضمانات المطلوبة خلال ميعاد معقول^(٢).

المطالبة بالاسترداد: يجوز لأي من الأطراف عند فسخ العقد المطالبة بالاسترداد العيني لما قام بتوريده على أن يقوم هذا الطرف بصورة متزامنة برد كل ما حصل عليه. وإذا لم يكن الرد العيني ممكناً أو مناسباً فيتم الرد بمقابل نقدي، كلما كان ذلك معقولاً. ومع ذلك لا يكون هنالك محل للاسترداد إلا عن الفترة التالية للفسخ إذا كانت مدة تنفيذ العقد قد امتدت وكان العقد قابلاً للانقسام.

يلاحظ أن الاتفاقيات الدولية المنظمة لعقود التجارة الدولية حرصت كل الحرص على تقييد استعمال حق الفسخ لأثاره السالبة على التجارة العالمية واستقرارها إضافة إلى أنها ترتب نفقات إضافية يتحملها أحد الأطراف لذلك قصرت الفسخ على حالات محدودة، تتمثل أساساً في ارتكاب مخالفة جوهرية وتوقع الضرر من قبل الطرف المخالف وكذلك أن يتوقعه كل شخص سوي الإدراك من صفته وفي نفس ظروفه.

(١) أنظر المادة (٣/٧) الفقرة (٣) من مبادئ العقود التجارية الدولية الصادرة عن معهد روما المعدل في العام ٢٠٠٤م

(٢) أنظر المادة (٣/٧) الفقرة (٤) من مبادئ العقود التجارية الدولية الصادرة عن معهد روما المعدل في العام ٢٠٠٤م

التكليف الشرعي لعدم التنفيذ وآثاره: الأصل في التشريع الإسلامي أن العقد متى كان صحيحا وناظرا ولازما، وجب تنفيذه تنفيذا عينيا، أي في عين ما ورد فيه، إلا عند حدوث ضرورة تعفي من هذا الالتزام، وهذا ما سوف نتناوله في المطلب الثاني، والشواهد الدالة على ضرورة الالتزام بتنفيذ العقد كثيرة في التشريع الإسلامي، منها قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾^(١) وجاء في تفسير هذه الآية أنها تعني الوفاء بالعهود المؤكدة التي بين الله وعباده والناس فيما بينهم^(٢)، وقوله تعالى: ﴿وَيَا قَوْمِ أَوْفُوا بِالْعُقُودِ وَالْمِيزَانَ بِالْقِسْطِ وَلَا تَبْخَسُوا النَّاسَ أَشْيَاءَهُمْ﴾^(٣) وجاء في تفسير هذه الآية أن فيه توجها للقوم بإتمام المكيل والميزان بالعدل، وعدم تنقيص الناس حقوقهم في عموم أشياءهم. وقوله تعالى: ﴿وَأَوْفُوا بِعَهْدِ اللَّهِ إِذَا عَاهَدْتُمْ وَلَا تَنْقُضُوا الْأَيْمَانَ بَعْدَ تَوْكِيدِهَا وَقَدْ جَعَلْتُمُ اللَّهَ عَلَيْكُمْ كَفِيلًا إِنَّ اللَّهَ يَعْلَمُ مَا تَفْعَلُونَ﴾^(٤)، وجاء في تفسير هذه الآية ضرورة التزام الوفاء بكل عهد أوجبه العبد على نفسه، سواء كان بينه وبين الله تعالى، أو بينه وبين الناس فيما لا يخالف كتاب الله وسنة نبيه، وهذه الآيات وآيات أخرى كثيرة تدل على ضرورة الالتزام بتنفيذ العقود وفقا لما تم الاتفاق عليه، وتساند هذه الآيات ضرورة التنفيذ العيني.

وفي السنة النبوية المطهرة، دلت أحاديث الرسول ﷺ وكذلك أفعاله على اعتناق مبدأ التنفيذ العيني حماية للدائن، من ذلك قوله ﷺ (من أخذ أموال الناس يريد أداءها، أدى الله عنه، ومن أخذها يريد إتلافها، أتلفه الله تعالى)^(٥) وجاء في شرح الحديث أن التعبير بأخذ الأموال يشمل أخذها بالاستدانة،

(١) الآية ١ سورة المائدة

(٢) عبد الرحمن بن أبي بكر بن محمد ابن همام الخضير السيوطي - تفسير الجلالين - دار إحياء التراث العربي -

(٣) الآية ٨٥ سورة هود

(٤) الآية ٩١ سورة النحل

(٥) رواه البخاري والنسائي

والحفظ ، والمراد من إرادته التأدية ، قضاؤها في الدنيا^(١)، ونرى أن الأخذ يشمل كل تصرف ينقل الحيازة ولا ينقل الملكية التامة بما في التملك دون الوفاء بالمقابل. كما روى البخاري عن أبي هريرة رضي الله عنه عن النبي ﷺ قال: قال الله تعالى: (ثلاثة أنا خصمهم يوم القيامة رجل أعطى بي ثم غدر ورجل باع حرا ثم أكل ثمنه ورجل استأجر أجيرا فاستوفى منه ولم يعطه أجره) وفي ذلك يقول ابن تيمية في شرح الحديث أن الغادر وكل من شرط شرطا ثم نقضه فقد غدر، لأن الكتاب والسنة جاءا بالأمر بالوفاء بالعهود والشروط والمواثيق^(٢).

وعلى ضوء ما ذكر يتضح لنا أن التشريع الإسلامي يوجب التنفيذ العيني وفقا لما تم الالتزام به، ولكن قد يحدث في الحياة العملية عدم التزام المدين بالتزاماته كليا أو جزئيا أو الوفاء بالالتزام وفاءً معيبا، فهل يحق للدائن فسخ العقد بناء على إخلال المدين بالتزاماته وما موقف التشريع الإسلامي من ذلك؟ وللإجابة على ذلك نورد آراء الفقهاء في مدى حق الدائن في فسخ العقد لعدم تنفيذ المدين لالتزاماته التعاقدية، والحقيقة أن للفقهاء اتجاهين رئيسيين في هذه المسألة هما:

الاتجاه الأول: عدم جواز فسخ العقد لعدم تنفيذ الآخر لالتزاماته: تبنى هذا الرأي فقهاء الحنفية ويرون أن المدين يلزم بالوفاء بالتزاماته طبقا للقواعد المقررة في أداء الديون عند الحنفية، وهي بيع متاع المدين واستيفاء المقابل منه، ولو توفي أو أعسر المدين يكون الدائن أسوة بالغرماء^(٣)، كما لا يستطيع استرداد عين ما التزم به الدائن حتى لو وجد باقيا، أي ليس للدائن خيار لدى الحنفية بين

(١) د. فتحي عبد الرحيم عبدالله - مرجع سابق - ص ٢٨

(٢) أحمد عبد الحليم بن تيمية الحراني أبو العباس - كتب وسائل وفتاوي بن تيمية في الفقه - مرجع سابق - ج ٢٩ ص ١٤٥

(٣) محمد بن احمد أبو بكر القرطبي - تفسير القرطبي - مرجع سابق - ج ٦ ص ٣٥٦

المطالبة بفسخ العقد أو المطالبة بأداء المقابل، بل ليس له إلا المطالبة بأداء المقابل^(١).

الاتجاه الثاني: جواز فسخ العقد لعدم التنفيذ أو التأخير: يتبنى هذا الرأي الجمهور من الشافعية والحنابلة والشيعة الإمامية، ويرون أن عدم التزام المدين بتنفيذ التزاماته يعد سببا لفسخ العقد واحتجوا بحديث التفليس الذي رواه أبي هريرة باسناده بأن النبي ﷺ قال: (أيما رجل أفلس فوجد رجل متاعه عنده بعينه فهو أحق به من الغرماء إلا أن عمار قال به من غيره)^(٢) ويقولون بأنه كما أن عجز تسليم المبيع يوجب حق الفسخ للمشتري بالإجماع، فالعجز عن تسليم المثلثن يوجب الفسخ للبائع أيضا لأن البيع عقد معاوضة ومبنى المعاوضات على المساواة بين الثمن والمثلثن^(٣)، ولدى هؤلاء تفاصيل في ذلك فقالوا: إذا كان المدين موسرا والمقابل حاضرا أجب على تسليمه، وإن كان المقابل غائبا مسافة القصر أو كان المدين معسرا فللدائن الفسخ لأن عليه ضررا في تأخير المقابل، يقول المقدسي فكان له أي للدائن الفسخ والرجوع في عين ماله كالمفلس^(٤)، وإن كان الثمن أي المقابل في بيته أو بلده، حجر على المدين في البيع وسائر ماله حتى يسلم المقابل لثلا يتصرف في ماله تصرفا يضر بالدائن، وإن كان المقابل غائبا عن البلدة دون مسافة القصر، فللدائن الفسخ في أحد وجهين لأن عليه ضررا في تأخير الثمن أشبه المفلس، والثاني لا يثبت له خيار الفسخ لأنه كالحاضر فعلى هذا يحجر على المشتري كما لو كان في البلد^(٥).

(١) علاء الدين الكاساني - بدائع الصنائع - مرجع سابق - ج ٤ ص ٥١١، د. أسماوي محمد نعيم - نظرية فسخ العقد في الفقه

الإسلامي - بدون سنة طبع - دار النفائس للنشر والتوزيع - ص ٩٠

(٢) أبو عوانة يعقوب بن إسحاق الأسفرائيني - مسند أبي عوانة - مرجع سابق - الحديث رقم ٥٢٢١ - ج ٣ ص ٣٤٠

(٣) علاء الدين الكاساني - بدائع الصنائع - مرجع سابق - ج ٤ ص ٥١١

(٤) سيدي أحمد الدرديري أبو بركات - الشرح الكبير - مرجع سابق - ج ٤ ص ١١٤

(٥) د. أسماوي محمد نعيم - مرجع سابق - ص ٩٢

مدى جواز الاسترداد في التشريع الإسلامي: يمكن أن نستنتج من حديث المفلس والشرح الوارد بشأنه في تفسير القرطبي أن هنالك اتجاهين في هذا الشأن أولهما رأي أبو حنيفة الذي يرى أن الدائن لا يحق له استرداد متاعه أو ما أوفى به حتى إذا أفلس المدين ووجد متاعه عنده يكون أسوة الغرماء، وثانيهما رأي الإمام مالك الذي يرى أن الدائن أحق بما أوفى به في الفلاس دون الموت، ويؤيد الشافعي ما ذهب إليه الإمام مالك مضيفاً إليها أحقيته الموت كما هو في الفلاس، ويبرر الإمام أبو حنيفة ما ذهب إليه بقوله بأن الأصل الكلي أن الدين في ذمة المفلس والميت وما بأيديهما محل الوفاء فيشترك جميع الغرماء فيه بقدر رءوس أموالهم ولا فرق في ذلك بين أن تكون أعيان السلع قوماً أولاً إذ قد خرجت عن ملك بائعها ووجبت أثمانها لهم في الذمة بالإجماع فلا يكون لهم إلا أثمانها أو ما وجد منها^(١).

ونستخلص مما ذكر أن الأصل في العقود تنفيذ الالتزامات المتقابلة عينا واختياراً، ومع ذلك إذ أخل أي من الأطراف بالتزاماته فإنه يحق للدائن فسخ العقد لعدم التنفيذ وفقاً لرأي جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة والشيعة الإمامية، والمطالبة بالتنفيذ العيني جبراً دون غيره وفقاً لرأي الحنفية.

كما نستخلص جواز استرداد المدين عين ما أوفى به لدى الشافعية والمالكية على تفصيل، فيما لا يجوز ذلك لدى الحنفية، كما يجوز الإكراه البدني لحمل المدين على الوفاء بما التزم به في التشريع الإسلامي وهي في ذلك تفتقر عما عليه الأمر في مبادئ العقود الدولية التي لا تجيز حبس المدين أو إكراهه حتى ولو كان الالتزام ذات طابع شخصي أي لشخصية المدين اعتباراً فيه.

ونرى ترجيح ما ذهب إليه الجمهور إذ أن فيه تيسيراً للمتعاقدين، ودفعاً للضرر عن الدائن ودفع الضرر أولى من جلب المصالح، كما أن رأيهم يتماشى مع

(١) محمد بن أحمد أبو بكر القرطبي - تفسير القرطبي - مرجع سابق - ج ٦ ص ٣٥٧

طبيعة المعاملات العصرية لاسيما التجارية منها، كما أنه موافق لمقاصد الشرع والقواعد الكلية للتشريع الإسلامي .

* * * * *

المطلب الثاني

القوة القاهرة كسبب للإعفاء من تنفيذ العقد التجاري الدولي

الأصل كما تقدم التزام الأطراف بالعقد في جميع مشتملاته، والتنفيذ التام لجميع الالتزامات المتقابلة السلبية منها والإيجابية، بحيث إذا لم يوف بذلك أو تأخر فيه يكون مسئولاً عن الأضرار التي تحدث للطرف الآخر وفق ما تقدم، إلا إذا وجد سبب يعفي من مسئولية عدم التنفيذ، وتعتبر القوة القاهرة من أهم المبررات القانونية المتفق عليها في الغالبية العظمى من الوثائق والاتفاقيات الدولية الصادرة من أجل تنظيم وتوحيد قواعد عقود التجارة الدولية ومنها اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولي للسلع والبضائع لعام ١٩٨٠ "روما" ومبادئ العقود التجارية الدولية الصادرة عن معهد روما ١٩٩٤ المعدلة في العام ٢٠٠٤ م، ونماذج اللجنة الأوروبية وشروط الكوميكون، وتتفق هذه الوثائق جميعاً على أن القوة القاهرة ترتب آثارها بمجرد توفر شروطها بل هي الحالة الوحيدة التي نصت عليها هذه الاتفاقيات كسبب يعفي من مسئولية عدم التنفيذ^(١).

مفهوم القوة القاهرة: لا يتخذ مفهوم القوة القاهرة في عقود التجارة الدولية مفهوماً واحداً، بل تتنوع هذه المفاهيم بين مفهوم مضيق وتقليدي وبين مفهوم موسع أو حديث، وفقاً للمفهوم التقليدي فإن القوة القاهرة "Force majeure" يعرف بأنها حدث يقع بعد إبرام العقد وأثناء تنفيذه يتصف بأنه حدث غير متوقع وغير ممكن دفعه ومستقل عن إرادة المتعاقدين، ويؤدي إلى استحالة مطلقة في

(١) د. حمزة حداد - مرجع سابق - ص ٣٣٣

تنفيذ الالتزامات والنتيجة المنطقية التي يترتبها وقوع مثل هذا الحدث هي انفساخ العقد وانقضاء التزام المدين تبعاً لذلك^(١).

مفهوم القوة القاهرة في اتفاقية الأمم المتحدة لبيع البضائع والسلع "فيينا" ١٩٨٠م: تعرف الاتفاقية القوة القاهرة كسبب أجنبي بأنها الحادث الذي لا يمكن توقعه ويستحيل دفعه وقد نصت على إمكانية دفع مسؤولية المتبايع به، وذلك وفق ما جاء في المادة (٧٩) الفقرة (١) والتي قضت بأنه "لايسأل أحد الطرفين عن عدم تنفيذ أي من التزاماته إذا أثبت أن عدم التنفيذ كان بسبب عائق يعود إلى ظروف خارجة عن إرادته وأنه لم يكن من المتوقع بصورة معقولة أن يأخذ العائق في الاعتبار وقت انعقاد العقد أو أن يكون بإمكانه تجنبه أو تجنب عواقبه أو التغلب عليه أو على عواقبه".

مفهوم القوة القاهرة في العقود التجارية الدولية الصادرة عن معهد روما "اليونيدروا": وفقاً لما قضت به المادة (١/٧) الفقرة (٧) القول بأن القوة القاهرة وفقاً لمنظور مبادئ اليونيدروا تعني "الحادث الذي لا سيطرة للمدين عليه وكان من غير المعقول أن يدخله في حساباته عند إبرام العقد أو كان لا يستطيع تجنب وقوعه أو تفاديه أو تجاوزه نتائجه".

مفهوم القوة القاهرة وفقاً لنماذج اللجنة الأوروبية: تتفق نماذج اللجنة الأوروبية مع بعضها على أن القوة القاهرة تعتبر سبباً قانونياً يبرر عدم تنفيذ أي من الطرفين لالتزاماته التعاقدية، ويعفيه من المسؤولية المترتبة على ذلك في الأحوال العادية^(٢).

يلاحظ أن جميع الوثائق والاتفاقيات الدولية المنظمة للتجارة الدولية استبعدت لفظ القوة القاهرة عند النص على حالات الإعفاء من تنفيذ العقد

(١) د. شريف محمد غانم - أثر تغير الظروف في عقود التجارة الدولية - طبعة ٢٠٠٧م - دار الجامعة الجديدة بالازارطية "مصر" - ص ١٦

(٢) د. حمزة حداد - مرجع سابق - ص ٣٣٣

فيما عدا مبادئ اليونيدروا، وأحلت محله تعبيرات أخرى تؤدي إلى ذات النتيجة وذلك تحاشيا لاختلافات الأنظمة القانونية الدولية فيما بين دول الشريعة العامة "Common Law" ودول القانون المدني "Civil Law" التي لكل منها مفهومها المختلف للمصطلحات القانونية، وعموما فمن خلال مفهوم القوة القاهرة الواردة في الاتفاقيات والوثائق المذكورة يمكننا استخلاص الشروط المطلوبة للاعتداد بالقوة القاهرة في عقود التجارة الدولية وهي:

الشرط الأول: أن يكون الحادث غير متوقع: ويشترط في الحادث الذي يؤدي إلى الإعفاء من المسؤولية أن يكون غير متوقع وقت إبرام العقد، أي لا يتصور المتعاقدان حدوثه وأنه سوف يؤثر على علاقتهم العقدية، والثابت أن عدم التوقع مسألة نسبية تختلف من حالة لأخرى، ولمعرفة ذلك يجب الرجوع إلى ظروف التعاقد وقصد المتعاقدين، فإذا تعذر استخلاص ذلك يرجع إلى ما قد يقصده أشخاص عقلاء من صفة المتعاقدين إذا وجدوا في نفس الظروف، والأشخاص العقلاء هم التجار متوسطو الحرص الذين يمارسون نفس التجارة بأمانة وشرف.

الشرط الثاني: أن يكون الحادث مستحيل دفعه أو تفاديه: وعليه إذا كان الحادث غير متوقع وممكننا مع ذلك دفعه فإنه لا يعتبر قوة القاهرة ذلك أن عدم تفادي الضرر ينطوي بذاته على خطأ من جانب المدين. وبمعنى آخر إذا أمكن لأههما منع وقوع الحادث أو تفادي آثاره على العلاقة التعاقدية فلا يكون مؤدياً إلى الإعفاء من المسؤولية.

الشرط الثالث: أن يتعذر التغلب على الحادث أو تخطيه: وهذا الشرط يوجب على المدين بذل جهده لمواجهة الحادث بغية تخطيه والتغلب عليه فإذا قام بذلك وفشل في الوفاء بالتزاماته، يعفى من المسؤولية لما بذله من جهد لمواجهة الحادث وتنفيذ التزاماته.

فمتى ما توافرت هذه الشروط يعفى المتعاقد من المسؤولية عن عدم تنفيذ التزامه، والأصل أن الظروف التي يترتب عليها الإعفاء من المسؤولية إذا كانت مؤقتة، فإن المتعاقد لا يعفى من المسؤولية نهائياً وإنما يوقف التنفيذ حتى تنتهي هذه الظروف فيعود واجباً كما كان. لكن هذه الظروف المؤقتة مع ذلك قد تؤدي إلى إعفاء المتعاقد كلياً من التنفيذ إذا كان تأجيل تنفيذ الالتزام يحدث تغييراً جوهرياً فيه بحيث يصير مختلفاً تماماً عن التنفيذ المنصوص عليه في العقد^(١).

الأثر القانوني المترتب في حال ثبوت القوة القاهرة: متى ما توافرت شروط القوة القاهرة فإنه يعفى الطرف الذي تعرض له من المسؤولية المستقبلية عن التزاماته التعاقدية، بمعنى أن الإعفاء يكون من تاريخ ثبوت الحادث غير المتوقع، أي لا يكون له أثر رجعي على الالتزامات التي استحدثت قبل وقوع الحادث غير المتوقع.

كما لا يترتب على توافر هذه الظروف سوى إعفاء المتعاقد الذي تخلف عن التنفيذ من التعويض، لكنها لا تمنع فسخ العقد أو استعمال أي من الحقوق الأخرى التي تقرها مبادئ عقود التجارة الدولية وأعرافها وما قرره الاتفاقية الدولية المنظمة لعقود التجارة الدولية في حالة التخلف عن التنفيذ، وفي ذلك تنص الفقرة (٤) من المادة (٧/١/٧) على أنه "ليس في هذه المادة ما يمنع أي طرف من ممارسة الحق في إنهاء العقد أو التوقف عن التنفيذ أو المطالبة بفوائد عن المبالغ المستحقة".

كما أن ثبوت القوة القاهرة أو الحادث غير المتوقع لا يعفي من المسؤولية ما لم يكن بصفة مستمرة أو لفترة طويلة ترتب معها أضراراً جسيمة، بمعنى أنه إذا كان الحادث مؤقتاً لفترة قصيرة لا يعفي من المسؤولية ولكنه يوقف تنفيذ الالتزامات لمدة معقولة يراعى فيها أثر الحادث على تنفيذ العقد وفي ذلك تنص

(١) أنظر الفقرتين (٢) و(٣) من المادة (٧/١/٧) من مبادئ العقود التجارية الدولية الصادرة عن معهد روما "اليونيدروا".

الفقرة (٤) من المادة (٧/١/٧) من مبادئ اليونيدروا على أنه "إذا كان الحادث مؤقتاً فحسب، فيظل الإعفاء منتجاً لأثره خلال مدة معقولة يراعى فيها أثر الحادث على تنفيذ العقد".

ومن الآثار القانونية التي تترتب على ثبوت القوة القاهرة ضرورة إخطار الدائن بها، وهذا الإخطار أمر وجوبي وإلا فإن الطرف المخل بالإخطار يتحمل تعويض الطرف الآخر وفي ذلك تنص الفقرة (٣) من (٧/١/٧) من مبادئ اليونيدروا على أنه " يلتزم المدين بأن يخطر الدائن بوجود الحادث ونتائجه على قدرته على التنفيذ. فإذا لم يتسلم الطرف الآخر بالإخطار خلال مدة معقولة بعد أن يكون المدين قد علم بالحادث أو كان في وسعه العلم به، فيسأل عن التعويضات المترتبة على عدم تسلم الإخطار".

ومتى ما ثبتت القوة القاهرة فإن ثبوتها لا يعني الإعفاء التلقائي من المسؤوليات وإنما يجب النظر إلى الغرض الذي من أجله تم التعاقد حيث لا يجوز وفقاً لمقتضى المادة (٦/١/٧) التمسك بالبند الذي يحد من مسؤولية أحد الأطراف عن عدم التنفيذ أو أن يستبعد هذه المسؤولية أو يسمح لأحد الأطراف بأن يقدم تنفيذاً يختلف اختلافاً جوهرياً عما كان من المعقول أن يتوقعه الطرف الآخر إذا ما كان التمسك بذلك البند شديد الإجحاف بالنظر إلى الغرض. والحكمة من وضع هذا النص هو التقليل من عدم إمكانية تفادي آثار القوة القاهرة فبذلك يكون مسئولا عن الأضرار التي كان من الممكن تفاديها في حال الإخطار.

الخلاصة: أنه متى ما ثبتت القوة القاهرة بشروطها فإن المدين يعفى من مسؤولياته تجاه المتعاقد الآخر من تاريخ ثبوت تعرضه للقوة القاهرة، والقوة القاهرة قد تكون سبباً لانقضاء الالتزامات المستقبلية وقد تكون سبباً لوقف التنفيذ لمدة مقدره "معقولة" وهي في ذلك على خلاف ما عليه القوانين الوطنية

العربية التي اعتبرت القوة القاهرة سبباً لانقضاء التزامات الطرفين وانفساخ العقد من تلقاء نفسه .

كما يلاحظ أن الاتفاقيات الدولية توجب على المدين ضرورة إخطار الدائن عند حدوث القوة القاهرة المانعة لتنفيذ الالتزامات التعاقدية ومدى تأثيرها عليه في وفائه بالتزاماته التعاقدية وهذا ما لم تنص عليه القوانين الوطنية مما يؤكد أن للعقود التجارية الدولية طبيعتها الخاصة التي تختلف فيها عن العقود التجارية في القوانين الوطنية.

التكييف الشرعي الإسلامي للقوة القاهرة: لم يستخدم الفقهاء المسلمون مصطلح القوة القاهرة، ولكن نجد مضمون هذا المصطلح وأحكامه في نظرية الضرورة في الفقه الإسلامي ، وكما قال الفقيه الفرنسي الكبير (لامبير) في المؤتمر الدولي للقانون المقارن الذي انعقد بمدينة لاهاي سنة ١٩٣٣ "إن نظرية الضرورة في الفقه الإسلامي تعبر، بصورة أكيدة وشاملة عن فكرة يوجد أساسها في القانون الدولي العام في نظرية الظروف المتغيرة، ونظرية الظروف الطارئة في القضاء الإداري الفرنسي ، ونظرية الاستحالة في القضاء الفرنسي ونظرية الحوادث المفاجئة في القضاء الأمريكي^(١) .

وبجانب نظرية الضرورة هنالك نظرية العذر الطارئ الذي تبناه المذهب الحنفي حيث يرون فسخ عقد الإيجار والمزارعة ونحوه بالعذر سواء كان العذر قائماً بالعاقدين أم بالمعقود عليه، لأن الحاجة تدعو إلى الفسخ عند العذر، لأنه لولزم العقد عند تحقق العذر للزم صاحب العذر ضرر لم يلتزمه بالعقد^(٢) .

(١) د. عبد السلام الترماني - نظرية الظروف الطارئة دراسة تاريخية ومقارنة في الشريعة الإسلامية والشرائع الأوروبية - بدون رقم وتاريخ - دار الفكر بيروت - ص ٣٥

(٢) د.أسمادي محمد نعيم - مرجع سابق - ص ١٧٦

وكذلك نجد نظرية الجائحة^(*) لدى المالكية والحنابلة والظاهرية في الثمار، حيث يعتد مالك وأكثر أهل المدينة بوضع الجوائح وذلك استناداً إلى حديث جابر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أمر بوضع الجوائح أخرجه مسلم وبه كان يقضي عمر بن عبد العزيز وهو قول أحمد بن حنبل وسائر أصحاب الحديث وأهل الظاهر وضعوها عن المبتاع في القليل والكثير على عموم الحديث إلا أن مالكا وأصحابه اعتبروا أن تبلغ الجائحة ثلث الثمرة فصاعداً وما كان دون الثلث ألغوه وجعلوه تبعاً إذ لا تخلو ثمرة من أن يتعذر القليل من طيبها وأن يلحقها في اليسير منها^(١).

ويستند المذهب المالكي والحنبلي، إلى قول النبي ﷺ (إن بعث من أخيك ثمراً فأصابته جائحة فلا يحل أن تأخذ منه شيئاً ، بم تأخذ مال أخيك بغير حق)، ومن الآيات التي يستند إليها أصحاب هذه النظريات لتدعيم وجهة نظرهم قوله تعالى ﴿إِنَّ اللَّهَ يُأْمُرُ بِالْعَدْلِ وَالْإِحْسَانِ﴾^(٢) والعدل مقصد تشريعي ينهض في أصل حقيقته على الإنصاف، والمضي على موجب العقد في ظل الظرف الطارئ هو خروج من العدل إلى الظلم، ذلك أن القوة القاهرة تؤدي إلى اختلال التوازن العقدي مما يفسد معنى العدل^(٣) وقوله تعالى: ﴿وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ﴾^(٤)، متى ما ألم بالمدين عذر طارئ أو جائحة ولم يتحقق مقصوده من العقد أي لم يحقق ما سعى إليه من التعاقد فإن استيفاءه سيكون دون مقابل مستحق شرعاً، متى ما كان الطرف الآخر لم يصبه ضرر محقق بالتعاقد، وهذا في

(*) الجائحة في اللغة هي المصيبة، ومفهومها في الفقه هو ما يصبب الثمر واليقول ويتلف منها ما يقلل من كميتها أو قيمتها ، أو يقضي عليها

بالكلية ويكون رده معجزاً عنه عادة للاستزادة راجع محمد بن عبد الباقي بن يوسف الزرقاني - مرجع سابق - ج ٢ ص ١٠٢

(١) محمد بن أحمد القرطبي - تفسير القرطبي - مرجع سابق - ج ٧ ص ٥١

(٢) الآية ٩٠ سورة النحل

(٣) قذافي عزات الغنائيم - العذر في عقود المعاوضات المالية في الفقه الإسلامي - الطبعة الأولى ١٤٢٨هـ/٢٠٠٨م - دار النفائس للنشر

والتوزيع الأردن

(٤) الآية ١٨٨ سورة البقرة

حكم الآية أكل للمال بالباطل، وفي ذلك يقول ابن تيمية "ومن أكل أموال الناس بالباطل أخذ أحد العوضين بدون تسليم العوض الآخر لأن المقصود بالعهد والعقود المالية هو التقابض فكل من العاقدين يطلب من الآخر تسليم ما عقد عليه ولهذا قال تعالى: ﴿وَاتَّقُوا اللَّهَ الَّذِي تَسَاءَلُونَ بِهِ وَالْأَرْحَامَ إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلَيْكُمْ رَقِيبًا﴾^(١) أي تتعاهدون وتتعاقدون وهذا هو موجب العقود ومقتضاها لأن كلا من المتعاقدين أوجب على نفسه بالعقد ما طلبه الآخر وسأله منه فالعقود موجبة للقبوض والقبوض هي المسئولة المقصودة المطلوبة ولهذا تتم العقود بالتقابض من الطرفين^(٢) وقوله تعالى: ﴿لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا﴾^(٣) وهذه الآية تدل على وجوب رفع الحرج والمشقة كما تدل على أنه لا تكلف نفس ما تعجز عنه^(٤)، ويقول النبي ﷺ (لا ضرر ولا ضرار) ويعتبر هذا الحديث قاعدة من قواعد الشرع، وينبني على مقصد أساسي ثابت على سبيل القطع في التشريع الإسلامي وهو تحريم الضرر^(٥)، كما أن درء المفسد أولى من جلب المنافع^(٦)، وإلحاق الضرر بالتأكيد يعد من المفسد أي أن دفع الضرر مقدم على جلب المنافع.

والجائحة وفقا للرأي الراجح لدى المالكية يكون من الآفات السماوية ومن صنع الآدمي ومن غير الآدمي، وخالفهم الحنابلة بحصرها في الآفات السماوية، ووقت الإصابة بالجائحة المعتبرة، فالمتفق عليه في مذهب الإمام مالك أنه الوقت الذي يتطلبه بقاء الثمر على الشجر دون قطف حتى يستوفي طبيبه، فإذا مضى هذا الوقت ولم يقطع المشتري الثمر وأبقاه لبيعه على النضارة شيئا فشيئا، فبين فقهاء المذاهب اختلاف على اعتبار ما يصيبه بعدئذ من الآفات جائحة، وسبب

(١) الآية ١ سورة النساء

(٢) أحمد بن عبد الحلیم بن تيمية الحراني أبو العباس - مرجع سابق - ج ٣٠ ص ٢٦٤

(٣) الآية ٢٨٦ سورة البقرة

(٤) أحمد بن عبد الحلیم بن تيمية الحراني أبو العباس - مرجع سابق - ج ١٩ ص ٢١٦

(٥) د. قذافي عزات الغنانيم - مرجع سابق - ص ١٥٧

(٦) أنظر المادة (٣٠) من مجلة الأحكام العدلية - مرجع سابق - ج ١ ص ١٩.

اختلافهم ناشئ من تباين رأيهم فيما إذا كانت النضارة مطلوبة بالشراء كالطيب فمن رأى أنها مطلوبة مثله بالشراء قال بوجود الجائحة، ومن لم يرد ذلك قال بعدم وجوبها^(١).

يبدو من نصوص الفقهاء في هذه النظريات أنها تستوعب نظرية القوة القاهرة، ومتى تحققت الضرورة أو الجائحة أو العذر الطارئ فهي تعد سببا مشروعاً لفسخ العقد وباستقراءنا لهذه الآراء يمكننا استنتاج الشروط المطلوبة للاعتداد بالجائحة والعذر الطارئ وهي:

١. أن يكون العقد من عقود المعاوضات الملزمة للجانبين.
٢. أن يترتب ضرر فاحش على المدين بسبب الجائحة أو العذر الطارئ، ويستشف ذلك من تحديد المالكية ما يزيد عن الثلث للاعتداد بها كجائحة.
٣. أن تكون الجائحة من فعل الغير أو آفة سماوية.
٤. أن لا يكون بسبب المدين أو إهماله ويستشف ذلك من حديث المالكية عن وقت حدوث الآفة.
٥. وجوب حدوث الجائحة أو العذر الطارئ بعد سريان العقد وأثناء تنفيذه.

الخلاصة أن الأمر سواء أخذ بنظرية العذر الطارئ أو نظرية الجائحة فإن الأمر من حيث النتيجة يؤدي إلى عدم تحميل العاقد ضرراً ناشئاً من حادث لا يد له فيه ولم يتوقعه وقت التعاقد، وقياساً يمكن تطبيق نظريتي الجائحة والعذر الطارئ على العقود التجارية الدولية بديلاً عن نظرية القوة القاهرة.

(١) د. عبد السلام الترماني - مرجع سابق - ص ٦٩

الخاتمة

وبعد أن انتهينا من بحثنا هذا فإنه يحسن أن نوجز أهم النتائج التي انتهى إليها البحث والتوصيات فيما يلي

أولاً: أهم النتائج التي توصل إليها المؤلف:

١. النظام القانوني من الوجهة الشرعية هو مجموعة الأحكام والقواعد الشرعية الملزمة المتعلقة بتنظيم سلوك الأفراد داخل المجتمع الإسلامي. والنظام القانوني بهذا المعنى يتكون من مجموعة من القواعد المنظمة لعلاقات الأفراد في المجتمع الذي ينتمون إليه، وهذا المجتمع لا يشترط فيه شكل معين أو تنظيم معين، ويكفي فيه أن يسوده نوع من الانسجام بحيث يوقع نوع من الجزاء على من يخالف تلك القواعد، والقاعدة هي الوحدة أو الخلية الأولى التي يتكون من مجموعها النظام القانوني.
٢. أن هنالك فرقاً بين مصطلحي الشريعة والتشريع فالشريعة تعني "مجموعة الأحكام التي شرعها الله لعباده و المستمدة من الكتاب والسنة، والمنظمة لحياة الناس فيما يتعلق بعقيدتهم الدينية والمعاملات ونظم الحياة " أن التشريع هو "مجموعة القواعد الشرعية التي تعرف بها الأحكام المنظمة لحياة الناس في معاملاتهم، والتشريع بهذا المعنى ليس ببعيد عن معنى النظام القانوني لدى القانونيين وهو أخص من الشريعة فهو مقصور على المعاملات التي تنظم العلاقات بين الناس، بخلاف الشريعة التي تشمل بجانب ذلك العقيدة والأخلاق فالتشريع جزء من الشريعة.
٣. أن كل مجتمع توافرت فيه قواعد ملزمة تنظم سلوك الأشخاص في هذا المجتمع، أو كل طائفة فيها قواعد تنظم سلوك المنتمين إليها، وتقترن بجزاء على من يخالف قواعدها يعد نظاماً قانونياً، سواء كان مصدر هذه القواعد

- التشريع أو المعتقد الديني أو العرف المتعارف عليه بين الجماعة أو الطائفة أو تصدرها السلطة النظامية لهذه الجماعة.
٤. أن قانون التجارة الدولية يشكل نظاما قانونيا مستقلا لاجتماع العناصر اللازمة لذلك له صفة الكمال والانغلاق وله القدرة على خلق قواعده كلما دعت الحاجة لذلك. وهو قانون طائفي نوعي تلقائي النشأة والتطبيق وهي قواعد واجبة التطبيق متى ما أراد ذلك طرفا أو أطراف التعاقد دون تدخل من أي سلطة عامة.
٥. أن القاعدة العرفية في قانون التجارة الدولية مثل أي قاعدة قانونية قد تكون أمرة أو مكملة فإذا كانت أمرة فإنها تطبق بصفة وجوبية ولا يمكن الاتفاق على ما يخالفها، أما إذا كانت قاعدة مكملة فإنها تطبق ما لم يتفق الأطراف على ما يخالفها.
٦. عدم وجود تعريف عام متفق عليه للعقود التجارية وأن العقود التجارية تكتسب صفتها التجارية بعد أن تكتمل نشأتها في ظل الأحكام العامة التي تحكم العقود المدنية ، ما أدى ذلك إلى عدم وجود عقد تجاري بطبيعته .
٧. أن العرف يعد مصدرا من مصادر قانون التجارة الدولية بل يعد المصدر الأساسي لدى غالبية الفقهاء، باعتبار أن القانون التجاري يتميز بكثرة القواعد العرفية فيه نظرا لطبيعة العلاقات التي تحكمها والتي تتميز بالتطور والتجدد، وهذه الطبيعة المتطورة تقتضي عدم وضع قواعد تشريعية ثابتة تحدها، فيجب أن يترك للعرف تغطيتها بقواعد مرنة تستجيب لمتطلبات الحياة التجارية المتطورة بصفة مستمرة.
٨. أن الاتفاقيات والمعاهدات الدولية تعد مصدرا من مصادر القانون التجاري الدولي ولكن لا يمكن أن يعوّل عليه لوحده في توحيد القواعد الموضوعية

للتجارة الدولية، ومن ثم يجب الاعتماد على مصادر أخرى بجانب الاتفاقيات والأعراف الدولية بغية الوصول إلى إجماع عالمي حول القواعد الموضوعية للتجارة الدولية.

٩. أن المبادئ العامة تعد مصدرا من مصادر قانون التجارة الدولية ويصلح تطبيقها في المنازعات الخاصة الدولية مباشرة دون أعمال منهج التنازع، وهي قادرة على إيجاد حلول قانونية مباشرة، وتختلف المبادئ العامة في مجال التجارة الدولية عن المبادئ العامة للقانون الداخلي وعن المبادئ المستمدة من قوانين الدول المتقدمة ذلك أن طبيعة العلاقات التجارية الدولية تقتضي نقل المبادئ التي تصلح لطبيعة مجتمع التجار الدولي وهذا يتأتى بعد فترة تمحيص المبدأ المراد نقله للتأكد من توفر الخصائص الأساسية للنظام القانون الدولي والتي تتلاءم مع حاجات هذا النظام وهذا هو دور قضاء التحكيم.

١٠. أن التحكيم يلعب دورا مهما في تدويل العقود التجارية الدولية وفي خلق قواعد جديدة للقانون التجاري الدولي مستندة في ذلك إلى العدالة والمبادئ العامة المشتركة في النظم القانونية المختلفة للدول لاسيما في حالات المنازعات التي لم تستقر بشأنها عادات وأعراف معينة في تعاملات التجارة الدولية. ولذا يتعين الاهتمام بالتحكيم الإسلامي لتدويل المبادئ الإسلامية للعقود.

١١. وجود اختلاف شاسع بين مصادر التشريع الإسلامي و مصادر قانون التجارة الدولية، ولا توجد أي مصادر مشتركة بينهما فيما عدا العرف وإن كان العرف في قانون التجارة الدولية يعتبر المصدر الأساسي في حين أنه مصدر مختلف عليه في التشريع الإسلامي.

١٢. أن معنى العقد الذي اصطلح عليه فقهاء الشريعة الإسلامية ليس بعيداً عن المعنى اللغوي للعقد، حيث جاء تعريف من أطلقه بمعناه العام مرادفاً لمعناه اللغوي، ومن أطلقه بمعناه الخاص خصصوا العموم الوارد في معناه اللغوي ليطلقوه على كل التزام شرعي يتم بإرادة طرفين أو أكثر.

١٣. أن تعريف العقد لدى الفقهاء يطابق في معناه الخاص تعريف القانونيين للعقد في القانون الوضعي فيما يختص بضرورة توفر الالتزامات المتقابلة. مع وجود الفارق بين التعريفين الفقهي والقانوني في أن التعريف الفقهي يؤكد على ضرورة الاتفاق على ما هو جائز شرعاً، أي على الاتفاق فيما يعتدُّ الشارع به وليس مجرد اتفاق الإرادتين، بينما تعريف القانونيين غير مانع من دخول العقد الباطل فيه..

١٤. أن تعريف فقهاء الشريعة الإسلامية للعقد جاء جامعاً مانعاً وأدق تعبيراً في مضابطه من تعريف القانونيين.

١٥. لا يوجد تعريف عام متفق عليه للعقود التجارية، لأنها تكتسب صفتها التجارية بعد أن تكتمل نشأتها في ظل الأحكام العامة التي تحكم العقود المدنية، ومن هذا المنطلق يمكننا القول بأنه لا يوجد عقد تجاري بطبيعته.

١٦. أن الفقه الإسلامي قد توسع في مفهوم الأعمال التي تعدُّ من قبيل الأعمال التجارية حيث أخذ بالنظرية الشخصية التي تنظر إلى الشخص الذي يباشر العمل ونيته في ذلك بالإضافة إلى النظرية التي تعدد بطبيعة العمل وبهذا يكون الفقه الإسلامي هو السباق في وضع النظرية الشخصية والنظرية الموضوعية التي تأخذ بها القوانين الوضعية لتحديد نطاق تطبيق القانون التجاري

١٧. أن الشريعة الإسلامية كانت السبابة في النص على الأحكام الكلية والمبادئ

الأصولية الخاصة بتنظيم عقود المعاوضات المالية.

١٨. ليس هناك تعريف موحد متفق عليه للعقد التجاري الدولي ومن أجل ذلك لم تعتمد الاتفاقيات الدولية التي نظمت بعض مسائل التجارة العالمية معياراً موحداً لتحديد الصفة الدولية للعقود التجارية، والمعايير التي اتبعتها هي كافة المعايير وهي المعيار القانوني والمعيار الاقتصادي والمعيار المزدوج.

١٩. أن المعيار الذي يعتمده الفقه الإسلامي لتحديد الصفة الدولية للعقود التجارية هو المعيار المزدوج وهو أنسب المعايير لتحديد الصفة الدولية للعقد التجاري ومعياري يجمع بين المعيارين الاقتصادي والقانوني الذي يعتد بالعنصر الأجنبي الفاعل ولا خلاف بين فقهاء التشريع الإسلامي كما هو الحال عند فقهاء القانون الدولي الخاص في تحديد المعيار الذي يحدد به العقد الدولي.

٢٠. أن الفقه الإسلامي يقبل تقسيم العقود التجارية إلى عقود تجارية دولية وعقود تجارية داخلية كما هو الشأن في الفقه الوضعي وأن المعيار الذي اتبعه في ذلك هو معيار النطاق المكاني لممارسة التجارة، فالتجارة الدولية هي تلك التجارة التي يقوم بها التاجر المسافر الذي يتنقل بماله للتجارة. والتجارة الداخلية هي تلك التجارة التي يقوم بها التاجر في محل إقامته سواء كان محتكراً لها أو غير محتكر.

٢١. وعدم استخدام كلمة المفاوضات بالمعنى الاصطلاحي الحالي في الشريعة الإسلامية لا يعني عدم إجازة الشريعة للمفاوضات عند التعاقد حيث إن الفقه الإسلامي لا يأبى التجديد حتى في طريقة العرض والمصطلحات المستخدمة طالما لا يخدم معنى المصطلح الحياء العام، ورغم عدم استخدام المصطلح في الفقه الإسلامي إلا أن الإسلام عرف مفهومها الإنساني والأخلاقي طبقاً لقواعد ثابتة.

٢٢. للمفاوضات عدة ضرورات يفرضها واقع التجارة الدولية العابرة للحدود واختلاف الثقافات الاجتماعية للأطراف المتعاقدة.
٢٣. أن نظرية العقد في الفقه الإسلامي تستوعب بما ورد فيها من مبادئ وقواعد فقهية كانت هي السبابة في وضعها مرحلة التفاوض وأثارها القانونية وأهميتها القانونية وضرورتها.
٢٤. إن خطابات النوايا تعد من الناحية الشرعية جائزة طالما أن الأطراف قصدوا بها التيسير على أنفسهم وكان فيها قضاء لحوائجهم، بعيدا عن المكر والخداع والغش، وكلما اختلفت هذه المقاصد في خطابات النوايا اختلفت مشروعيتها بالقدر الذي توجد فيها المقاصد السيئة والنوايا الفاسدة.
٢٥. إن القيمة القانونية لخطابات النوايا يتم استخلاصها من الصيغة التي ضبطت بها فهي تكون ذات طبيعة عقدية متى ما اتجهت إرادة طرفيها لذلك أو كان الخطاب إثباتا لما تم التوصل إليه، وما ذهبت إليه المدرسة الأمريكية هي الأقرب إلى ما عليه الفقه الإسلامي بشأن التكييف الشرعي لخطابات النوايا، لاسيما تلك التي يقرر فيه بالزامية خطابات النوايا إذا كانت معلقة على شرط معين تم تحققه، فهذا الرأي يطابق تماما مفهوم العقد الموقوف في الفقه الإسلامي الذي يوجد العقد الموقوف عند تحقق المعلق عليه، وترتيب آثاره بتحقيقه.
٢٦. إن الشروط التي يشترطها الأطراف في اتفاق التفاوض والمتعلقة بشرط إعادة التوازن وشرط المدة وشرط المستقبل لا يخالف قاعدة شرعية بل لها سند من الشرع بصحتها.
٢٧. أن التشريع الإسلامي وضع ضوابط شرعية لجواز الجمع بين الاتفاقيات والعقود وهي ألا يكون الجمع محل نهي في نص شرعي وألا يكون القصد

بالجمع الترابي أي لا يكون القصد منها الحيلة الربوية، وأخيرا ألا يكون ذريعة لربا .

٢٨. أن الاتفاقيات الجزئية في إطار العقد الواحد لا يخالف أحكام العقود في

الفقه الإسلامي ما لم يكن العقد المتفق عليه محل نهي في نص شرعي.

٢٩. أن الالتزام بالإعلام يعد التزاما جوهريا تفرضه المبادئ العامة و يقتضيه

حسن النية في التعامل والتعاقد. كما نخلص إلى أن الإعلام قبل التعاقد في

الشريعة الإسلامية، التزام شرعي على عاتق المتفاوضين وأنه يستند في وجوده

إلى أدلة شرعية من الكتاب والسنة.

٣٠. أن الفقه الإسلامي قد نظم قواعد المسؤولية المدنية في قواعد كلية تجمع

بينها وحدة موضوعية، دون أن يتناوله كما هو معروف في الفكر القانوني

الوضعي بقسميه العقدي والتقصيري، بل تعرض الفقهاء لمختلف جوانبها

وكان تناولهم لها كما هو معروف عنهم بالصياغة الموجزة لبعض القواعد

الكلية، والتي تتضمن الأحكام الرئيسية دون التفصيلية، هذا بالإضافة إلى

الحلول التي وضعوها للمسائل والفروض العديدة التي تعرضوا لها، وليس في

الفقه الإسلامي اصطلاح للمسئولية التقصيرية أو المسئولية العقدية وإن كان

فيه ما يدل حسب ما أراه على وجود هذه التفرقة بين هذين النوعين من

المسئولية في أذهان الفقهاء وأنها ملحوظة في جميع أحكامهم.

٣١. أن اقتران الإيجاب بميعاد للقبول في القانون الدولي التجاري ولدى الفقهاء

المالكيين يلزم الموجب بالبقاء على إيجابه طوال المدة المحددة، بحيث لا يجوز

له الرجوع فيه إلا بعد انقضاء المدة المحددة للقبول، ورجوع الموجب عن

إيجابه قبل انقضاء هذه المدة لا يسقط إيجابه ولا يحول دون انعقاد العقد

إذا ما صدر قبول من المخاطب بالإيجاب خلال المدة المحددة للقبول.

٣٢. أن مفهوم القبول لا يختلف في قانون التجارة الدولية عن مفهومه لدى فقهاء الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية وهو يعني التعبير الصريح أو الضمني الذي يصدر عن المخاطب بالإيجاب، معلنا عن إرادته بالرضا بالعرض الذي وجهه إليه الموجب دون تعديل فيه. وهو بهذا المفهوم يصح أن يرد بمختلف صور التعبير، وهنا يثور التساؤل عن التصرفات التي يمكن أن تعد قبولاً، يؤدي إلى انعقاد العقد.

٣٣. أن الأحكام التي قررتها الاتفاقيات المنظمة للتجارة الدولية بشأن السكوت ومدى الاعتداد به في اعتباره قبولاً ينعقد به العقد تتفق تماماً مع ما قرره التشريع الإسلامي وهو عدم الاعتداد بالسكوت المجرد، وأن السكوت الذي يعتد به هو السكوت الموصوف الذي يكون بحكم القانون أو الذي يقرر الأطراف أو ما يقتضيه العرف التجاري أو التعامل السابق بين الأطراف، وكذلك بالسكوت الملابس الدال على إرادة صاحبه من قرائن الأحوال والظروف والملابسات المحيطة بالعقد والمتعاقدين.

٣٤. أن أحكام القبول الموصوف في عقود التجارة الدولية وفقاً للاتفاقيات الدولية المنظمة لها تتشابه إلى حد كبير مع أحكام العقود في التشريع الإسلامي، حيث تتفق في المبدأ العام مع ما عليه التشريع الإسلامي وهو ضرورة تطابق القبول مع الإيجاب في جميع جزئياته، وكل تعديل أو إضافة لما ورد في الإيجاب يعد بحكم المبدأ العام رفضاً للإيجاب ويشكل إيجاباً جديداً يحتاج إلى قبول جديد، وفي المستثنيات تتفق مبادئ العقود الدولية مع ما عليه الفقه الحنفي الذي يجيز الاعتداد بالقبول الموصوف متى ما أجازته الموجب أو متى ما كانت التعديلات في مصلحة الموجب، وهذا هو الرأي الذي نخال فيه الرجحان.

٣٥. أن فقهاء التشريع الإسلامي كانوا أكثر تفصيلاً من فقهاء القانون الوضعي

وفقهاء القانون التجاري الدولي بشأن تحديد لحظة انعقاد العقد في التعاقد بين حاضرين في مجلس العقد حيث تفرعت الآراء الفقهية في التشريع الإسلامي إلى مذهبين مختلفين هما مذهب صدور القبول ومذهب العلم بالقبول.

٣٦. أن الكتابة تعد وسيلة صالحة للتعبير عن الإرادة في عقود التجارة الدولية لتعذر اشتراط اللفظ الذي يستوجب وحدة المكان والزمان لمجلس العقد، ويتعارض ذلك مع المصالح التجارية فلا تقوم مصالح التجار إلا بالاعتداد بالكتابة كوسيلة للتعبير عن الإرادة، كما أن ذلك لا يتعارض مع ما عليه التشريع الإسلامي وفقا لما تم ترجيحه من رأي يمثل رأي الجمهور.

٣٧. يجوز في التشريع الإسلامي التعبير عن الإرادة عبر وسائل الاتصالات الحديثة وفقا لما تم استنباطه من عموم كلام الفقهاء، كما أن العبرة بغض النظر عن الوسيلة هو المناط في صحة إنشاء العقود وهو استخدام أي وسيلة معبرة عن المقصود لفظية كانت أم كتابية إشارة أو فعلا، في ظل عدم وجود نص شرعي يحدد وسائل التعبير عن الإرادة، ولقد ترك الأمر بسعة مراعاة لمصالح الناس والتيسير عليهم، ويتمشى مع مقاصد الشريعة التي شرعت لجلب المصالح ودرء المفاسد، ويؤيد هذا القول أن أساس التعاقد هو التراضي يقول الله تعالى "إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم".

٣٨. أن أحكام التدليس في العقود التجارية الدولية تكاد تكون مطابقة لأحكام التدليس في التشريع الإسلامي مع وجود بعض الاختلافات في التفاصيل، ويعد التدليس عيبا من عيوب الإرادة في كليهما سواء كان التدليس من أحد المتعاقدين أو من الغير طالما كان المتعاقد عالما به أو كان من المفترض أن يعلم به، ومتى ما كان هنالك تدليس من قبل أحد المتعاقدين على الآخر فللمدلس عليه حق إبطال العقد إن شاء فسخ العقد وإن شاء أمضاه.

٣٩. أن مسلك الفقه الإسلامي في معالجة الغلط كعيب من عيوب الإرادة يختلف عن المسلك الذي اتبعته مبادئ عقود التجارة الدولية التي وضعتها المنظمات الدولية المهتمة بتوحيد قانون التجارة الدولية، فالغلط في التشريع الإسلامي تمت معالجته من خلال باب الخيارات في العقود وتباينت أحكامه في كثير من الجزئيات عن المبادئ الدولية الصادرة عن اليونيدروا، فمفهوم الغلط في الفقه الإسلامي لا يعني التوهم في ذهن الطرف الواقع عليه الغلط كما هو الحال لدى فقهاء التجارة الدولية والقانون الوضعي، فالفقه الإسلامي يعدد بالغلط إذا ظهر وأصبح جليا سواء كان ذلك صراحة أو بالإشارة أو بالوصف أو بالدلالة .

٤٠. أن الغلط في الفقه الإسلامي ليس دائما معيبا للرضا ففي كثير من الحالات يكون الغلط مبطلا للعقد خلافا لمبادئ العقود التجارية الدولية التي يكون الغلط فيها معيبا للإرادة، بينما لا يعتد بالجهل بالأحكام الشرعية في التشريع الإسلامي.

٤١. أن النزعة في التشريع الإسلامي نزعة موضوعية لذا فإنها تعتد بالغلط في الجنس وفي فوات الوصف فتجعل من العقد باطلا عند الغلط في جنس المعقود عليه وقابلا للإبطال عند فوات الوصف بينما النزعة في مبادئ العقود الدولية نزعة ذاتية نتجت عن تبنيها للنظرية الحديثة للغلط حيث الاعتداد فيها بالمعيار الذاتي لشخص المتعاقد الذي وقع في الغلط، بغض النظر عن مدى تأثير الغلط في الشخص العادي ودون الالتفات إلى جنس المعقود عليه أو وصفه.

٤٢. أن الغبن الفاحش هو الذي يعتد به والذي يعتبر عيبا من عيوب الإرادة في التشريع الإسلامي وقانون عقود التجارة الدولية وذلك متى ما توافرت شروطه

وفقا لما يتطلبه كل نظام.

٤٣. قواعد تفسير العقود في التشريع الإسلامي قريبة من قواعد تفسير العقود في قانون التجارة الدولية في أغلب مبادئه وأن الفرق الجوهرى يتمثل في أن الفقه الإسلامى يعتد أولا بالإرادة الظاهرة ومن ثم تلجأ إلى الإرادة الباطنة إذا كان هنالك مقتضى أى أن التشريع الإسلامى يعتنق المذهب الموضوعى أو المادى ولا يلجأ إلى الأخذ بالمذهب الشخصى إلا استثناءا خلافا لقانون التجارة الدولية التى تعتنق مذهبها مختلطا بين المذهبىن الشخصى والمادى دون تغليب مذهب على آخر ولعل الحكمة فى ذلك هى ترضية جميع الأطراف فى عقود التجارة الدولية الذين ينتمون إلى نظم قانونية مختلفة.

٤٤. إن تكييف العقد فى التشريع الإسلامى لا يختلف عن تكييف العقد فى فقه قانون التجارة الدولية؛ ففى الفقهين يعنى التكييف إعطاء العقد الوصف القانونى للعقد، وذلك بالبحث فى أركانه وشروطه، والأوصاف المقترنة به، كما يعنى التدقيق فى الآثار والالتزامات التى يتفق عليها العاقدان، والنظر فى الغاية التى يقصدها المتعاقدان، وتتجلى أهمية التكييف فى أنه بموجبه تتحدد صحة وبطلان العقد.

٤٥. والخلاصة أن تحديد مضمون العلاقة العقدية فى التشريع الإسلامى ونطاقها بما اتجهت إليه إرادة المتعاقدين شريطة ألا تكون فيها مخالفة لحكم شرعى قطعى، وهى فى ذلك لا تختلف كثيرا عما عليه عقود التجارة الدولية إلا فيما يخالف نصابا شرعيا مثل الالتزام بالفائدة فى عقود التجارة الدولية.

٤٦. أن الاشتراط لمصلحة الغير يعد خروجا حقيقيا على قاعدة عدم انصراف أثر العقد إلى الغير، وقاعدة اقتصار منافع العقود على المتعاقدين دون غيرهم، إلا أن الاتفاقيات الدولية المنظمة للتجارة الدولية أجازتها لأهميتها

في مجال التجارة، مخالفة بذلك ما عليه التشريع الإسلامي الذي لا يجيز مثل هذه العقود لعدم شرعيتها بإجماع الفقهاء.

٤٧. أن الوفاء بالالتزام يجب أن يكون في جميع ما اشتمل عليه نطاق العقد أي يجب تنفيذ العقد كاملاً ودفعة واحدة ولا يجوز إجبار المدين على قبول التنفيذ الجزئي، وللدائن الخيار في قبول الوفاء الجزئي مع الحق في التعويض عن أي مصروفات أو أضرار تترتب على قبول التنفيذ الجزئي للالتزامات، كما يجب أن يتم الوفاء للالتزامات بالتزامن ما لم تقض طبيعة العقد بخلاف ذلك وأن يتم التنفيذ في المكان والزمان المحددين في العقد أو الذي يمكن تحديده من واقع التعاقد.

٤٨. أن الاتفاقيات الدولية المنظمة لعقود التجارة الدولية حرصت كل الحرص على تقييد استعمال حق الفسخ لآثاره السالبة على التجارة العالمية واستقرارها إضافة إلى أنها ترتب نفقات إضافية يتحملها أحد الأطراف لذلك قصرت الفسخ على حالات محدودة، تتمثل أساساً في ارتكاب مخالفة جوهرية وتوقع الضرر من قبل الطرف المخالف وكذلك أن يتوقعه كل شخص سوي الإدراك من صفته وفي نفس ظروفه.

٤٩. أن الأصل في العقود تنفيذ الالتزامات المتقابلة عينا واختياراً، ومع ذلك إذا أخل أي من الأطراف بالتزاماته فإنه يحق للدائن فسخ العقد لعدم التنفيذ وفقاً لرأي جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة والشيعية الإمامية، والمطالبة بالتنفيذ العيني جبراً دون غيره وفقاً لرأي الحنفية.

٥٠. هنالك حالات في الدفع والوفاء بالاعتماد المستندي تدخل في دائرة الربا وشبهه

الربا، وهنالك حالات لا تدخل في دائرة الربا وشبه الربا ، لذا لابد من إيجاد بدائل إسلامية لتمويل عقود التجارة الدولية.

٥١. جواز استرداد المدين عين ما أوفى به لدى الشافعية والمالكية على تفصيل، فيما لا يجوز ذلك لدى الحنفية ، كما يجوز الإكراه البدني لحمل المدين على الوفاء بما التزم به في التشريع الإسلامي وهو في ذلك يفترق عما عليه الأمر في مبادئ العقود الدولية التي لا تجيز حبس المدين أو إكراهه حتى ولو كان الالتزام ذات طابع شخصي أي لشخصية المدين اعتبار فيه.

٥٢. القوة القاهرة متى ما ثبتت بشروطها في العلاقات التعاقدية وفقا لقانون التجارة الدولية فإن المدين يعفى من مسؤولياته تجاه المتعاقد الآخر من تاريخ ثبوت تعرضه للقوة القاهرة ، والقوة القاهرة قد تكون سببا لانقضاء الالتزامات المستقبلية وقد تكون سببا لوقف التنفيذ لمدة مقدرة "معقولة" وهي في ذلك على خلاف ما عليه القوانين الوطنية العربية التي اعتبرت القوة القاهرة سبباً لانقضاء التزامات الطرفين وانفساخ العقد من تلقاء نفسه.

٥٣. أن الاتفاقيات الدولية توجب على المدين ضرورة إخطار الدائن عند حدوث القوة القاهرة المانعة لتنفيذ الالتزامات التعاقدية ومدى تأثيرها عليه في وفائه بالتزاماته التعاقدية وهذا ما لم تنص عليه القوانين الوطنية مما يؤكد أن للعقود التجارية الدولية طبيعتها الخاصة التي تختلف فيها عن العقود التجارية في القوانين الوطنية.

ثانياً: التوصيات

١. إنشاء هيئة إسلامية تهتم بتوحيد قانون التجارة الدولية من الدول الإسلامية، يتم اختيار أعضائها من فقهاء الشريعة الإسلامية والمختصين في القانون الدولي الخاص على أن يراعى في ذلك التنوع المذهبي . وعلى أن تكون مهمتها وضع مبادئ للعقود التجارية الدولية مستقاة من قواعد وأحكام العقود في الفقه الإسلامي.
 ٢. وضع عقود نمطية للبيوع الدولية وفقاً لقواعد الفقه الإسلامي، ووضع شروط وقواعد موحدة ومنسقة تحكم العلاقات التعاقدية التجارية (المبادلات التجارية فيما بين الدول المنضوية تحت مظلة مؤتمر الدول الإسلامية).
 ٣. إيجاد بدائل إسلامية لتمويل عقود التجارة الدولية تكون خالية من الربا وشبه الربا.
 ٤. إنشاء مركز تحكيم إسلامي دولي يقوم على ضوابط التحكيم في الفقه الإسلامي، و يقوم بتطبيق القواعد والأحكام الإسلامية في منازعات العقود التجارية الدولية.
 ٥. من أكثر المسائل التي تؤثر على حقوق الأطراف، القانون الواجب التطبيق على العلاقة التعاقدية، لذا فإنه من الأهمية بمكان تحديد هذا القانون لذا يوصي الباحث بضرورة أن يضمن المتعاقدون عقودهم شرطاً أو بنداً يحدد القانون الواجب التطبيق على العلاقة التعاقدية "الاختصاص التشريعي" وذلك تحوطاً لأي نزاع مستقبلي.
- وفي نهاية هذا البحث نسأل الله أن نكون قد أوفينا للموضوع حقه ونسأل الله سبحانه أن يكون خالصاً لوجه الكريم وأن يكون علماً ينتفع به .

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

فهرس

المصادر والمراجع

أولاً : القرآن الكريم وتفسيره

القرآن الكريم .

١. الجصاص، أحمد بن على الرازي الجصاص أبو بكر
أحكام القرآن . تحقيق محمد الصادق قمحاوي - بدون رقم طبعة ١٤٠٥ هـ - دار إحياء التراث العربي بيروت . الجزء الثالث.

٢. القرطبي، محمد بن أحمد بن ابي بكر بن فرح القرطبي أبو عبدالله
تفسير القرطبي . دار الشعب القاهرة الطبعة الثانية ١٣٧٢ هـ. الجزء الخامس . تحقيق أحمد عبدالعليم البردون

٣. راغب الأصفهاني ، ابي القاسم الحسين بن محمد
المفردات في غريب القرآن . الطبعة الأولى ١٤٠٤ . دفتر نشر الكتاب بيروت

ثانياً : كتب ومراجع الحديث وشروحه :

٤. الأسفرائيني: ابي عوانة يعقوب بن إسحاق
مسند ابي عوانة - حققه أيمن بن عارف الدمشقي - الطبعة الأولى ١٩٩٨ م - دار المعرفة بيروت

٥. الإمام البخاري: محمد بن اسماعيل بن عبدالله البخاري الجعفي
صحيح البخاري - حققه د. مصطفى ديب البغا - الطبعة الثالثة ١٤٠٧ هـ - دار ابن كثير اليمامة بيروت

٦. الإمام مسلم: مسلم بن
الحجاج أبو الحسين
القشيري النيسابوري
٧. البيهقي: أحمد بن
الحسين بن علي بن
موسى أبو بكر
٨. الدار قطني: علي بن عمر
أبو الحسن الدار قطني
البغدادي
٩. الترمذي: محمد بن عيسى
أبو عيسى الترمذي
- صحيح مسلم، حققه محمد فؤاد العربي
- دار إحياء التراث العربي
- سنن البيهقي الكبرى- حققه محمد
عبدالقادر عطا - طبعة ١٤١٤هـ/١٩٩٩م
- مكتبة دار الباز مكة المكرمة
- سنن الدار قطني - حققه السيد علي
هاشم يماني المدني - طبعة ١٣٨٦هـ /
١٩٦٦م - دار المعرفة بيروت
- سنن الترمذي - حققه احمد محمد
شاكر وآخرون - دار إحياء التراث
العربي بيروت

ثالثاً : المعاجم والقواميس

١٠. ابن منظور: محمد بن
مكرم بن علي، أبو الفضل
جمال الدين بن منظور
١١. البستاني: المعلم بطرس
البستاني
١٢. الرازي: زين الدين محمد
بن أبي بكر بن عبد
القادر الرازي
- لسان العرب - الطبعة الأولى ١٤٠٥هـ
- دار إحياء التراث العربي
- محيط المحيط قاموس مطول للغة
العربية . طبعة جديدة ١٩٨٣. مكتبة
لبنان بيروت
- مختار الصحاح . ترتيب محمود خاطر
- تحقيق وضبط حمزة فتح الله . .
الطبعة السابعة ١٩٩٨ = مؤسسة
الرسالة بيروت

١٣. جبران مسعود
الرائد الصغير معجم أبجدي للمبتدئين
. الطبعة الأولى دار العلم للملايين بيروت
- رابعاً: كتب ومراجع أصول الفقه :
١٤. ابن حزم: على بن أحمد
بن حزم الأندلسي أبو
محمد
- الأحكام لابن حزم - الطبعة الأولى
١٤٠٤هـ - دار الحديث القاهرة
١٥. ابن نجيم: زين العابدين
بن إبراهيم بن نجيم
الحنفي
- الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة
النعمان . مطابع سجل العرب مصر
١٩٦٨ .
١٦. الامام أبوزهرة: محمد أبو
زهرة
- أصول الفقه-الطبعة الأولى ١٩٥٨-دار
المعارف القاهرة
١٧. الزرقاء: أحمد بن محمد
الزرقاء
- شرح القواعد الفقهية . نسقه وراجعه
وصححه د. عبدالستار أبو غدة . دار
الغرب الإسلامي ١٩٨٣
١٨. السرخسي: محمد بن أبي
سهل السرخسي
- أصول السرخسي - تحقيق أبو الوفا
الأفغاني - بيروت ١٣٧٢ هـ - دار المعرفة
١٩. الشيرازي: إبراهيم بن علي
بن يوسف الفيروز آبادي
الشيرازي
- التبصرة - تحقيق محمد حسن هيتو -
الطبعة الأولى ١٤٠٣ هـ - دار الفكر
دمشق
٢٠. خلاف: عبد الوهاب
خلاف
- علم أصول الفقه - دار القلم للنشر
والطباعة بالكويت . الطبعة الخامسة
عشر ١٩٨٣

٢١. على حسب الله
أصول التشريع الإسلامي . الطبعة
الخامسة ١٩٧٦م . دار المعارف بمصر .
٢٢. محمد حسن هيتو
الوجيز في أصول التشريع الإسلامي .
مؤسسة الرسالة بيروت - الطبعة
الثانية ١٩٨٤ .
٢٣. محمد صدقي بن أحمد
البورنو
الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية
- الطبعة الثانية - مكتبة المعارف -
الرياض ١٩٨٩
٢٤. يعقوب بن عبد الوهاب
الباحسين
قاعدة العادة محكمة دراسة نظرية
تأصيلية تطبيقية . مكتبة بن رشد
الرياض . الطبعة الأولى ٢٠٠٤م . ص ٢٥
- خامساً : مراجع الفقه الإسلامي :
(أ) الفقه الحنفي :
٢٥. ابن نجيم: زين الدين بن
إبراهيم بن نجيم المصري
البحر الرائق شرح كنز الرقائق -
تحقيق الشيخ زكريا عميرات - الطبعة
الأولى - دار الكتب العلمية ، منشورات
ابن بيضون ، بيروت ١٤١٨هـ
٢٦. ابن همام: كمال الدين
محمد بن عبد الواحد
"ابن همام الحنفي"
شرح فتح القدير - الطبعة الأولى -
بدون تاريخ - دار إحياء التراث العربي
بيروت.
٢٧. السرخسي: محمد بنابي
سهل السرخسي أبو بكر
المبسوط للسرخسي . طبعة ١٤٠٦ هـ -
دار المعرفة بيروت
٢٨. الكاساني: علاء الدين أبي
بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع.

- الطبعة الأولى ٢٠٠٠م - دار المعرفة
بيروت
- الفتاوي الهندية - بدون تاريخ - دار
احياء التراث العربي بيروت
- الشرح الكبير - تحقيق محمد عlish-
بدون سنة طبع - دار الفكر بيروت
- حاشية الدسوقي على الشرح الكبير
لأبي البركات العدوي "الدردير" الطبعة
الثانية ٢٠٠٣م - دار الكتب العلمية
بيروت
- شرح الزرقاني على موطأ الإمام مالك
- الطبعة الأولى ١٤١١هـ / ١٩٩٠هـ - دار
الكتب العلمية ببيروت .
- مواهب الجليل من أدلة خليل - طبعة
٢٠٠٥م - دار الكتب العلمية - بيروت
- الفواكه الدواني - طبعة ١٤١٥ هـ - دار
الفكر بيروت
- بكر بن مسعود الكاساني
الحنفي
٢٩. نظام الدين وجماعة من
علماء الهند
(ب) الفقه المالكي:
٣٠. الدرديري: أحمد الدرديري
ابوبركات
٣١. الدسوقي: محمد بن
أحمد بن عرفة الدسوقي
المالكي
٣٢. الزرقاني: محمد بن
عبدالباقي بن يوسف
الزرقاني المصري الأزهري
المالكي
٣٣. الشنقيطي: أحمد بن
أحمد المختار الجكني
الشنقيطي
٣٤. النفراوي: أحمد بن غنيم
بن سالم النفراوي المالكي

٣٥. خطاب الرعيثي: محمد بن محمد بن عبدالرحمن المغربي أبي عبدالله (ج) المذهب الشافعي:
٣٦. الأنصاري: زكريا بن محمد بن أحمد بن زكريا الأنصاري أبو يحيى
٣٧. الشرقاوي: الشيخ عبدالله بن حجازي بن إبراهيم الشافعي الأزهري
٣٨. الشيرازي: إبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي أبو إسحاق
٣٩. الملباري: زين الدين بن عبدالعزيز الملباري (د) الفقه الحنبلي:
٤٠. ابن تيمية: أحمد بن عبدالحليم بن تيمية الحراني الدمشقي
- مواهب الجليل لشرح مختصر الخليل - الطبعة الثانية ٢٠٠٧م - دار الكتب العلمية بيروت
- فتح الوهاب بشرح منهج الطلاب الأنصاري . دار الكتب العلمية بيروت - الطبعة الأولى ١٤١٨هـ.
- حاشية الشرقاوي على تحفة الطلاب بشرح تحرير تنقيح اللباب للشيخ يحيى الأنصاري - الطبعة الأولى - دار الكتب العلمية - بيروت - المجلد الثالث
- المهذب - بدون تاريخ - دار الفكر بيروت
- فتح المعين . دار الفكر بيروت . الجزء الثالث
- نظرية العقد في الفقه الإسلامي . بدون تاريخ- دار المعرفة بيروت.
- كتب ووسائل وفتاوي ابن تيمية في الفقه -- مكتبة ابن تيمية . الجزء الثامن والعشرون .

٤١. الميهوتي: منصور بن يونس
بن ادريس الميهوتي
كشاف القناع على متن الإقناع . دار
الفكر بيروت ١٤٠٢ . تحقيق هلال
مصيلحي مصطفى هلال . الجزء الثاني .
المحرر في الفقه على مذهب الإمام
أحمد بن حنبل - الطبعة الثانية ١٣٠٤
هـ/١٩٨٤م - مكتبة المعارف بالرياض
٤٢. أبو البركات: مجد الدين
أبي البركات
إبن القيم الجوزية:
شمس الدين أبي عبدالله
محمد بن أبي بكر الشهير
بإبن القيم الجوزية
٤٣. عادل عبدالقادر بن
محمد ولي قوته
العرف حجيته واثره في فقه المعاملات
المالية عند الحنابلة . المكتبة المكية
بمكة المكرمة - الطبعة الاولى ١٩٩٧ م
- الجزء الأول.
٤٤. (ه) الفقه الظاهري:
٤٥. إبن حزم: على بن أحمد
بن سعيد بن حزم
الأندلسي
(و) فقه الشيعة الزيدي:
٤٦. أحمد المرتضى
شرح الإزهار - طبعة ١٤٠٠هـ - الناشر
غمضان صنعاء

٤٧. زيد بن علي رضي الله عنه
مسند زيد بن علي - تحقيق أحد علماء
الزيدية - - بدون تاريخ - دار الحياة
بيروت

(ز) فقه الشيعة الإمامية:

٤٨. ابن البراج: القاضي ابن
البراج
المهذب - التحقيق بإشراف الشيخ
السيهاني - طبعة ١٤٠٦ هـ - الناشر
جامعة المدرسين بقم

٤٩. الطوسي: أبي جعفر
محمد بن حسن الطوسي

الخلاف - تحقيق سيد علي الخراساني
- سيد جواد شهرتاني - شيخ محمد
مهدي نجف - الطبعة الأولى ١٤١٧ هـ -

مؤسسة النشر الإسلامي قم المقدسة
- المبسوط في فقه الإمامية - تحقيق
محمد تقي الكاشفي - قم إيران ١٣٨٧ -
المكتبة المرتضوية

سادساً: مصادر فقهية مستقلة

٥٠. اسماوي محمد نعيم
نظرية فسخ العقد في الفقه الإسلامي
- بدون سنة طبع - دار النفائس للنشر
والتوزيع

٥١. أحمد الحجي الكردي
المعاملات المالية في الفقه الإسلامي -
الطبعة الأولى ١٤٢٥ هـ / ٢٠٠٤ م ،
الناشر شركة أعيان للإجارة والاستثمار
الكويت

٥٢. حمد بن حماد بن
من فقه السنة دراسة فقهية لبعض

- عبدالعزیز الحماد
الأحاديث في البيوع - الطبعة الأولى
١٤٠٥ هـ - مكتبة الدار المدينة المنورة
٥٣. صالح بن عبدالعزيز
الغليقة
صبيح محمصاني
٥٤. صبيح محمصاني
فلسفة التشريع في الإسلام مقدمة في
دراسة الشريعة الإسلامية على ضوء
مذاهبها المختلفة وضوء القوانين
الحديثة . الطبعة الخامسة ١٩٨٠.. دار
العلم للملايين لبنان
٥٥. عبد الرزاق السنهوري
مصادر الحق في الفقه الإسلامي - دار
الفكر للطباعة والنشر والتوزيع -
القاهرة دون تاريخ
٥٦. عبد العظيم شرف
الدين
تاريخ التشريع الإسلامي وأحكام الملكية
والشفعة والعقد- الطبعة الرابعة
١٩٩٣م - منشورات جامعة قاريونس
بنغازي
٥٧. عبد الكريم زيدان
المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية -
مؤسسة الرسالة ومكتبة القدس -
الطبعة التاسعة ١٩٨٦م

٥٨. عدنان خالد التركماني
ضوابط العقد في الفقه الإسلامي .
الطبعة الأولى ١٩٨١. دار الشروق
للتوزيع والنشر جدة
٥٩. محمد الصباغ
التشريع الإسلامي وحاجتنا إليه-الطبعة
الثانية ١٩٧٧ م. المكتب الإسلامي بيروت
٦٠. محمد أبوزهرة
الملكية ونظرية العقد في الشريعة
الإسلامية . طبعة ١٩٧٧ م -دار الفكر
العربي القاهرة
٦١. محمد بن أحمد بن رشد
القرطبي
بداية المجتهد ونهاية المقتصد - الطبعة
السابعة ١٩٨٥ هـ - دار المعرفة للطباعة
والنشر بيروت
٦٢. محمد سلامة
نظرية العقد في الفقه الإسلامي من
خلال عقد البيع - طبعة
١٤١٤هـ/١٩٩٤م -مطبعة فضالة
بالمملكة المغربية
٦٣. محمد عوض الهزيمة
المدخل إلى التشريع الإسلامي - دار
عماد للنشر والتوزيع
٦٤. محمد فاروق النيمان
المدخل للتشريع الإسلامي . دار القلم
بيروت ، دار المطبوعات الكويت . الطبعة
الثانية ١٩٨١
٦٥. محمد قدرى باشا
مرشد الحيران إلى معرفة أحوال
الإنسان- الطبعة الثالثة بدون تاريخ .
المطبعة الأميرية

٦٦. محمد مصطفى شلبي
 المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي
 وقواعد الملكية والعقود فيه - الطبعة
 الثانية ١٩٦٩م - دار النهضة العربية
 القاهرة
٦٧. محمود حامد عثمان
 تاريخ التشريع و الفقه الإسلامي -
 الطبعة الأولى بدون تاريخ - مكتبة ابن
 الوليد اليمن الحديدة
٦٨. مناع خليل القطان
 التشريع والفقه الإسلامي تاريخاً
 ومنهجاً . الطبعة الثالثة ١٩٨٢ هـ .
 مؤسسة الرسالة بيروت
٦٩. وهبة مصطفى الزحيلي
 الفقه الإسلامي وأدلته - الطبعة
 الثالثة - دار الفكر العربي - دمشق
 ١٩٨٩م
- سابعاً : السيرة النبوية والتاريخ الإسلامي :
 ٧٠. حسن إبراهيم حسن
 تاريخ الإسلام السياسي والديني
 والثقافي والاجتماعي . الطبعة الأولى
 ١٩٦٧ - دار إحياء التراث العربي بيروت
- ثامناً : الدراسات المقارنة :
 ٧١. أبي عمر ديبان بن محمد
 الإيجاب والقبول بين الفقه والقانون
 - الطبعة الأولى ١٤٢٦هـ/٢٠٠٥م -
 مكتبة الرشد الرياض

٧٢. جابر عبد الهادي سالم الشافعي
مجلس العقد في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي - بدون رقم طبعة ٢٠٠١م - دار الجامعة الجديدة للنشر بالإسكندرية
٧٣. رمزي محمد علي دراز
فكرة تنازع القوانين في الفقه الإسلامي . دار الجامعة الجديدة للنشر ٢٠٠٤ .
٧٤. عبد السلام الترماني
نظرية الظروف الطارئة دراسة تاريخية ومقارنة في الشريعة الإسلامية والشرائع الأوروبية وتطبيقات النظرية في تقنيات البلاد العربية - بدون تاريخ - دار الفكر بيروت
٧٥. كاسب بن عبدالكريم البدران
عقد الإستصناع أو " عقد المقاولة" في الفقه الإسلامي - دراسة مقارنة - الطبعة الثانية ١٩٨٤ . - دار صالح للنشر والتوزيع بالدمام
٧٦. مصطفى محمد الجمال
تجديد النظرية العامة للقانون نحو توظيف أصول الفقه الإسلامي في بناء أصول القانون - الفتح للطباعة والنشر ٢٠٠٢م - الجزء الأول
٧٧. وهبة مصطفى الزحيلي
المعاملات المالية المعاصرة "بحوث وفتاوي وحلول " . دار الفكر دمشق . الطبعة الأولى ٢٠٠٢

ثامناً : المراجع القانونية :

٧٨. أبو العلا على أبو العلا
النمر
دراسة تحليلية لمبادئ معهد روما
"اليونيدروا" المتعلقة بعقود التجارة
الدولية . الطبعة الأولى ٢٠٠٠ . دار
النهضة العربية القاهرة
مقدمة في القانون الخاص الدولي -
الطبعة الأولى ١٩٩٩م - دار النهضة
العربية القاهرة
مفاوضات عقود التجارة الدولية-
الطبعة الأولى ٢٠٠٢م - دار النهضة
العربية - القاهرة
٧٩. أبو ذر الغفاري بشير
العقد والإرادة المنفردة في القانون
السوداني - الطبعة الرابعة ٢٠٠٤م .
الناشر المؤلف نفسه.
٨٠. أحمد شرف الدين
أصول الصياغة القانونية للعقود -
تصميم العقد - طبعة ١٩٩٣م - مطبعة
أبناء وهبة حسان القاهرة

٨١. أحمد عبدالكريم سلامة
علم قاعدة التنازع والاختيار بين
الشرائع أصولاً ومنهجاً . الطبعة الأولى
بدون تاريخ . مكتبة الجلاء الجديدة
نظرية العقد الدولي الطليق بين
القانون الدولي الخاص وقانون التجارة
الدولية - طبعة ١٩٨٥ - دار النهضة
العربية
قانون العقد الدولي " مفاوضات
العقود الدولية - القانون الواجب
التطبيق وأزمته " - طبعة ٢٠٠١ م - دار
النهضة العربية القاهرة
٨٢. أحمد محمد سعيد
بأبقي وآخرون
تمويل التجارة الدولية ودور
الاعتمادات المستندية - الطبعة الثانية
١٤٠٤ هـ - شركة المدينة المنورة للطباعة
والنشر
٨٣. أحمد مسلم
موجز القانون الدولي الخاص المقارن
في مصر ولبنان - طبعة ١٩٦٦ م . دار
النهضة العربية
٨٤. أحمد منير فهمي
القواعد العربية والدولية للقوة
القاهرة والظروف الطارئة وتطبيقاتها
في العقود التجارية - طبعة ١٤١٥ هـ -
مطابع البيان الرياض
٨٥. إدوارد عيد
العقود التجارية وعمليات المصارف.

- طبعة ١٩٦٨-مطبعة النجوى بيروت
٨٦. بشار محمد الأسعد
عقود الاستثمار في العلاقات الدولية
الخاصة "ماهيتها - القانون الواجب
التطبيق عليها - وسائل تسوية
منازعاتها" - الطبعة الأولى ٢٠٠٦ م -
منشورات الحلبي الحقوقية بيروت
٨٧. توفيق فرج
النظرية العامة للالتزام نظرية العقد
- الطبعة الأولى ١٩٩٣- الدار الجامعية
بيروت
٨٨. ثابت عبد الرحمن
إدريس
التفاوض "استراتيجيات وتكتيكات
ومهارات تطبيقية - الطبعة الأولى
٢٠٠٥م - الدار الجامعية الإسكندرية
٨٩. جميل الشرقاوي
دروس في أصول القانون "المدخل
لدراسة القانون" - طبعة ١٩٧٢م - دار
النهضة العربية القاهرة.
٩٠. جورجيت صبحي عبده
قليبي
مبدأ الاستقلال في الاعتماد المستندي
- طبعة ١٩٩٩م - دار النهضة العربية
القاهرة
٩١. حماد مصطفى عزب
مبادئ القانون . الطبعة الثانية بدون
سنة طبع- دار النهضة العربية .

٩٢. خالد أحمد عبد الحميد
فسخ عقد البيع الدولي للبضائع وفقاً
لاتفاقية فيينا لعام ١٩٨٠ - الطبعة
الثانية ٢٠٠١م - دار النهضة القاهرة
٩٣. خالد جمال أحمد
الالتزام بالإعلام قبل التعاقد - الطبعة
الأولى دار النهضة - القاهرة ٢٠٠٣م
٩٤. سائد عبد الحافظ
المكتسب
الطبيعة القانونية للاعتماد المستندي
- الطبعة الأولى ١٩٥٥م - مكتبة الرائد
العلمية بالأردن
٩٥. سمير عبد السميع
الأودن
خطابات النوايا في مرحلة التفاوض
على العقد - منشأة المعارف -
الإسكندرية ٢٠٠٥م .
٩٦. سهير المنتصر
الالتزام بالتبصير - طبعة الأولى - دار
النهضة العربية - القاهرة ١٩٩٠
٩٧. سيف
السيف
التفاوض التجاري الإعداد والتنفيذ -
الرياض ١٤٢٥هـ - مكتبة الملك فهد.
٩٨. سيد أحمد موسوي
الإيجاب والقبول في العقد - ترجمة
رءوف سبهاني - طبعة ٢٠٠٧م - دار
المحجة البيضاء بيروت
٩٩. شريف محمد غانم
أثر تغير الظروف في عقود التجارة
الدولية - طبعة ٢٠٠٧م - دار الجامعة
الجديدة بالازاريطية"مصر
١٠٠. صالح بن عبدالله بن
عطاف العوفي
المبادئ القانونية في صياغة العقود
الدولية - طبعة الأولى ١٤١٩هـ مركز

- الطباعة والنشر بمعهد الإدارة - مركز
البحوث والدراسات الإدارية - الرياض
١٠١. صليب بطرس و
ياقوت العشماوي
و
قانوني - طبعة ١٩٨٣ م - المركز
العربي للصحافة والنشر
١٠٢. طالب حسن موسى
الموجز في قانون التجارة الدولية -
الطبعة الأولى ٢٠٠١ م - الدار العلمية
الدولية ومكتبة دار الثقافة الأردن
عمان
١٠٣. طرح البحور على
حسن فرج
تدويل العقد دراسة تحليلية على ضوء
الاتفاقيات الخاصة بالقانون الواجب
التطبيق على الالتزامات التعاقدية
الموقعة في روما ١٩ يونيو ١٩٨٠ - طبعة
٢٠٠٠ - منشأة المعارف بالإسكندرية
١٠٤. عبد الرزاق الفحل
وأخريين
المدخل لدراسة الأنظمة . طبعة ١٩٩٣ م
- دار الأفاق للنشر والتوزيع جدة
١٠٥. عبد العزيز المرسي
حمود
الجوانب القانونية لمرحلة التفاوض ذو
الطابع التعاقدية - الطبعة الأولى
٢٠٠٥ - دون دار النشر

١٠٦. عبدالرزاق أحمد السنهوري
الوسيط في شرح القانون المدني الجديد . نظرية الالتزام بوجه عام - مصادر الالتزام . بدون سنة طبع - أحياء التراث العربي بيروت .
١٠٧. عزالدين عبدالله
القانون الدولي الخاص . دار النهضة العربية القاهرة . الطبعة العاشرة ١٩٧٧ م
١٠٨. علي البارودي
العقود التجارية وعمليات البنوك التجارية" بدون سنة طبع .. منشأة المعارف بالإسكندرية
١٠٩. علي محي الدين علي القره داغي
مبدأ الرضا في العقود - الطبعة الثانية ٢٠٠٢م - دار البشائر الإسلامية للطباعة والنشر - بيروت
١١٠. عليان الشريف وآخرين
القانون التجاري مبادئ ومفاهيم . الطبعة الأولى ٢٠٠٠ . دار المسيرة للنشر والتوزيع والطباعة الأردن
١١١. عيسى زكي عيسى محمد شقرة
الإكراه وأثره في التصرفات - الطبعة الأولى ١٤٠٦هـ/٢٩٨٦م - مكتبة المنار الإسلامية
١١٢. فؤاد عبدالمنعم رياض، سامية راشد
الوسيط في القانون الدولي الخاص - تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي النظرية العامة وأحكام القانون الوضعي المصري . دار النهضة

- العربية القاهرة ١٩٧٩ م .
- ١١٣ . فتحي عبدالرحيم
عبدالله
التنفيذ العيني للعقد دراسة مقارنة
بالقانون الانجليزي وفقا للشريعة
الإسلامية - طبعة العام ٢٠٠٧ م -
منشأة المعارف بالإسكندرية
- ١١٤ . محمد الشيخ عمر
قانون المعاملات المدنية لسنة ١٩٨٤ -
طبعة ٢٠٠٤ م مصادر وأحكام الالتزام
الخرطوم
- ١١٥ . محمد أحمد
عبدالنعيم
مرحلة المفاوضات في العقود الإدارية
"دراسة مقارنة طبعة ٢٠٠٠". دار
النهضة العربية القاهرة
- ١١٦ . محمد إبراهيم أبو
العنين
مبادئ القانون لرجال الأعمال في
المملكة العربية السعودية - الطبعة
الثانية ١٩٨٤. تهامة للنشر والتوزيع جدة
- ١١٧ . محمد إبراهيم دسوقي
الجوانب القانونية في إدارة المفاوضات
وإبرام العقود- الطبعة الأولى ١٤١٥ هـ -
مطبوعة معهد الإدارة العامة الرياض
- ١١٨ . محمد إبراهيم مرسي
التطوع القضائي للقواعد القانونية
الواجبة التطبيق في مجال عقود
التجارة الدولية- طبعة ٢٠٠٥ م - دار
الجامعة الجديدة للنشر - الإسكندرية

١١٩. محمد حسن قاسم
مرحلة التفاوض في عقد الميكنة
المعلوماتية دراسة مقارنة - بدون سنة
طبع - دار الجامعة الجديدة للنشر
الإسكندرية
١٢٠. محمد حسين منصور
التنظيم الإتفاقي للمفاوضات العقدية
- الطبعة الأولى ١٩٩٨م - دار النهضة
العربية القاهرة
- العقود الدولية - الطبعة الأولى
٢٠٠٦م - دار الجامعة الجديدة -
الإسكندرية
- دور القاضي إزاء الشرط الصريح
الفاسخ - طبعة ١٩٩٥ - منشأة
المعارف بالإسكندرية
١٢١. محمد شريف أحمد
نظرية تفسير النصوص المدنية دراسة
مقارنة بين الفقهاء المدني والإسلامي -
بغداد ١٩٧٩م - مطبعة وزارة الأوقاف
والشئون الدينية بالعراق
١٢٢. محمد طارق
مهارات التفاوض والتعاقد الحديثة في
المجالات المختلفة- الطبعة الأولى
٢٠٠٦م - الدار الجامعية الإسكندرية
١٢٣. محمد عبد القادر
الجوانب القانونية للمرحلة السابقة

- حسين
للتعاقد - الطبعة الأولى - المطبعة
الفنية لطباعة والنشر - القاهرة
١٢٤. محمد عبدالله محمد
المؤيد
منهج القواعد الموضوعية في تنظيم
العلاقات الخاصة ذات الطابع الدولي
- طبعة ١٩٩٨ - دار النهضة
١٢٥. محمد عمران وآخرين
المقدمة في دراسة الأنظمة - الطبعة
الثانية ٢٠٠٠ م - دار حافظ للنشر
والتوزيع
١٢٦. محمد كمال فهمي
أصول القانون الدولي الخاص . الطبعة
الثانية ١٩٨٢ م . مؤسسة الثقافة
الجامعية
١٢٧. محمد محسوب
نظرية قانون التجار الدولي بين الوهم
والحقيقة - طبعة ٢٠٠٣ م - القاهرة
مطبعة حمادة
١٢٨. محمود محمد على
صبره
ترجمة العقود مع أهم سمات اللغة
القانونية الإنجليزية . الطبعة الأولى
١٩٩٥ . مطبع مي للكمبيوتر القاهرة
١٢٩. محمود محمد ياقوت
الروابط العقدية الدولية بين النظرية
الشخصية والنظرية الموضوعية دراسة
تحليلية مقارنة . الطبعة الأولى ٢٠٠٤ م .
دار الفكر الجامعي . الإسكندرية

١٣٠. منيرة أحمد عبدالله
البشاري
فض منازعات التجارة الدولية دراسة
لمبدأ التفاوض في إطار منظمة التجارة
العالمية - الطبعة الأولى ٢٠٠٣ م -
شركة ناس للطباعة القاهرة
١٣١. هشام على صادق
تنازع القوانين دراسة مقارنة في المبادئ
العامة والحلول الوضعية المقررة في
التشريع المصري. الطبعة الثالثة ١٩٧٤..
منشأة المعارف بالإسكندرية
القانون الواجب التطبيق على عقود
التجارة الدولية. الطبعة الثانية ٢٠٠١.
دار الفكر الجامعي الإسكندرية.
- الوسيط في القانون الدولي الخاص
"تنازع القوانين" - طبعة ١٩٧٤ م - دار
النهضة العربية القاهرة.
١٣٢. وفاء مصطفى محمد
عثمان
توازن المصالح في تكوين عقد البيع
الدولي للبضائع وفقاً لاتفاقية فينا
لعام ١٩٨٠ - الطبعة الأولى ٢٠٠٦ م -
دار النهضة العربية - القاهرة.
١٣٣. وليد علي محمد عمر
التمن في عقد البيع الدولي للبضائع
كأحد الالتزامات الجوهرية للمشتري -
طبعة عام ٢٠٠١ - المجموعة المتحدة
للطباعة مذكور بمصر

تاسعاً: المراجع والكتب الأجنبية المترجمة :

١٤٥. ج.س. شيشيرو وآخرون
أسباب انقضاء العقد "الوفاء، الإقالة، الاستحالة، الإخلال" - ترجمة هنري رياض ساكيلا - الطبعة التاسعة ١٩٧٦م - دار الجيل بيروت/ مكتبة خليفة عطية الخرطوم
١٤٦. جيروم هوييه
المطول في القانون المدني العقود الرئيسية الخاصة - ترجمة منصور القاضي - الطبعة الأولى ٢٠٠٣م - المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع.
١٤٧. على حيدر
درر الحكام شرح مجلة الأحكام - تعريب المحامي فهمي الحسيني - الطبعة الأولى ١٩٩١م - دار الجيل بيروت
- عاشراً : المجلات والدوريات والبحوث والمقالات
١٤٨. أبو العلا النمر
الصياغة النموذجية لعقود التجارية الدولية - بحث مقدم إلى الدورة التدريبية لمستشاري وزارة العدل السودانية في صياغة العقود التجارية في إطار قانون التجارة الجديد - المنعقدة في الفترة ٦/١١ إلى ١٦/٦/٢٠٠٥م في مركز الدراسات القانونية والاقتصادية بجامعة عين شمس

نحو نظرية عامة لصياغة العقود
دراسة مقارنة في مدى القوة الملزمة
لمستندات التعاقد - بحث منشور في
مجلة الحقوق - جامعة الكويت -
مجلس النشر العلمي - العدد الثالث -
السنة الخامسة والعشرون - سبتمبر
٢٠٠١م

تأملات في ماهية قاعدة التنازع . بحث
منشور في المجلة المصرية للقانون الدولي
. المجلد ٥١ سنة ١٩٩٥ . تصدرها
الجمعية المصرية للقانون الدولي.

النظام القانوني لمفاوضات العقود
الدولية - بحث منشور بمجلة الحقوق
- كلية الحقوق جامعة البحرين -
المجلد الأول - العدد الثاني - يوليو
٢٠٠٤م

العرف ودوره في أحكام الزواج - مجلة
العدل . السنة الثالثة - العدد الخامس
- يونيو ٢٠٠٢م - يصدرها المكتب
الفني بوزارة العدل بجمهورية السودان..

العقود والاتفاقيات الممهدة للتعاقد
وأهمية التفرقة بين العقد والاتفاق في

١٤٩. أحمد السعيد الزقرد

١٥٠. أحمد عبد الكريم سلامة

١٥١. إبراهيم عبد الرحمن
إبراهيم

١٥٢. جمال فاخر النكاس

المرحلة السابقة على التعاقد - بحث
 منشور بمجلة الحقوق - تصدرها
 جامعة الكويت - مجلس النشر العلمي
 - العدد الأول - السنة العشرون -
 مارس ١٩٩٦م

الاتجاه الموسع للتفسير القضائي
 للعقود والتصرفات - مجلة الحقوق -
 السنة الثالثة والعشرون - العدد الثاني
 يونيو 1999 دولة الكويت

النظام القانوني في الإسلام مقارنا
 بالنظم الوضعية بحث منشور الكترونيا
 - مقدمة في علم القانون - بحث
 منشور إلكترونيا موقع جريدة جديد
 الصباح الإلكترونية
 أهمية التفاوض - بحث منشور
 الكترونيا على موقع الأسواق العربية

١٥٣. عباس الكعبي

١٥٤. فارس حامد عبد
 الكريم

١٥٥. محمد عرفة

الحادي عشر: مواقع الإنترنت:

156. <http://www.alwatan.com/graphics/2004/05may/3.5/dailyhtml/opinion.html>.
157. http://www.alzatari.org/bohos_moqarn/2.htm.
158. <http://www.arabtranslators.net/edu/law/law2.asp>
159. <http://www.rezgar.com/debat/show.art.asp?aid=39782>

160. <http://www.balagh.com/mosoa/feqh/d11e190a.htm>
161. http://ejustice.justice.gov.ma/justice/ar/legislation/categorie.aspx?ty=2&id_l=16&id_ca=56
162. http://www.cisg.law.pace.edu/cisgarabic/middleeast/cisg_arabic.htm
163. http://www.uncitral.org/uncitral/ar/uncitral_texts/arbitration/1985Model_arbitration.html*
164. http://www.uncitral.org/uncitral/ar/uncitral_texts/arbitration/1980Conciliation_rules.html
165. <http://www.jus.uio.no/lm/unidroit.international.commercial.contracts.principles.1994.commented/>
166. <http://www.unidroit.org/english/principles/contracts/main.htm>
167. <http://www.newsabah.com/paper.php?name=News&file=article&sid>
168. <http://www.balagh.com/mosoa/feqh/540q47fd.htm>
169. <http://www.shahrodi.com/magazines/Feqh29a/maj29003.htm>
170. <http://www.alaswaq.net/views/2005/06/02/1353.html>
171. http://www.masarat.net/home/index.php?option=com_content&task=view&id=2499&Itemid=43
172. http://www.alzatari.org/bohos_moqarn/2.htm
173. www.meshkat.net

174. [`http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/sale_goods/1980CISG.html](http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/sale_goods/1980CISG.html).

الثاني عشر: المراجع الأجنبية :

175. - Paul Dobson

Charles worth's Business Law – London Sweet & Maxwell 1997

176. - Michael Joachim Bonell –

Commentary on the International Sales Law- Giuffrè: Milan (1987).

177. -A.N . Rangparia , Mrs . P .R .Agrawal & others

A new course in organization of commerce – Sheth Publishers pvt.led .Indian Bombay 1989

178. Fowler,A,-

Negotiation Skills and Strategies – Institute of Personnel Management- London 1990

179. -Franco Ferrari

Uniform Interpretation of the 1980 Uniform Sales Law " 24 Georgia Journal of International and Comparative Law (1994),

180. - **Johan. J . McGonagle .Jr**
Business Agreements ‘A complete guide to oral and written contracts “ – Chilton book company Radnor – Pennsylvania
1982
181. -**John Salmond**
Jurisprudence – seven edition – London 1924 P 184
182. -**Kennedy , G,Benson ,J & Mcmilan, J,-**
Managing Negotiation – Hutchinson Business Book ,
limited – London 1987
183. -**Schwarzen Berger**
The principles and standards of International economic
law- London 1966.
184. -**William Fox**
International Commercial Agreement – Khuwer law Publi
– 1988 - P 113

فهرس المحتويات	
٤	الآية
٥	الإهداء
٩ - ٦	المقدمة
٩٩ - ١٠	الباب التمهيدي المفهوم القانوني لقانون و عقود التجارة الدولية
٧٢ - ١١	الفصل الأول مفهوم النظام القانوني للتجارة الدولية
٢٣ - ١٢	المبحث الأول، مفهوم النظام القانوني والقاعدة القانونية
١٧ - ١٢	المطلب الأول : تعريف النظام القانوني والقاعدة القانونية
١٢	أولاً : التعريف اللغوي للنظام القانوني والقاعدة القانونية
١٢	ثانياً: التعريف الاصطلاحي للنظام القانوني
١٥	ثالثاً: التعريف الاصطلاحي للقاعدة القانونية
٢٣ - ١٨	المطلب الثاني : الخصائص العامة للقاعدة القانونية
١٨	الخاصية الأولى: القاعدة القانونية قاعدة سلوكية
٢٠	الخاصية الثانية : القاعدة القانونية قاعدة عامة مجردة
٢١	الخاصية الثالثة : القاعدة القانونية قاعدة ملزمة
٤٢ - ٢٤	المبحث الثاني : الطبيعة القانونية لقواعد التجارة الدولية وخصائصها ومصادرها
٣٧ - ٢٤	المطلب الأول : الطبيعة القانونية لقانون التجارة الدولية
٢٤	تعريف القانون التجاري الدولي
٢٥	الطبيعة القانونية لقانون التجارة الدولية
٢٥	المذهب الأول: مذهب منكري الصفة القانونية لقواعد قانون التجارة الدولية

٣٠	المذهب الثاني: مذهب المؤيدين للصفة القانونية لقواعد التجارة الدولية
٤٢ - ٣٨	المطلب الثاني : خصائص قانون التجارة الدولي
٣٨	أولاً: قانون التجارة الدولية قانون نوعي وطائفي
٣٩	ثانياً: قانون التجارة الدولية قانون موضوعي
٤٠	ثالثاً : قانون التجارة الدولية قانون تلقائي النشأة
٤١	رابعاً : قانون التجارة الدولية قانون له طابع دول
٤٢	خامساً: قانون التجارة الدولية قانون سريع التطور
٧٢ - ٤٣	المطلب الثالث: مصادر قانون التجارة الدولية
٤٤	الفرع الأول: العادات والأعراف التجارية الدولية:
٥١	الفرع الثاني: المعاهدات والاتفاقيات الدولية
٥٥	الفرع الثالث: المبادئ العامة للقانون
٥٩	الفرع الرابع: التحكيم التجاري الدولي بوصفه مصدراً من مصادر قانون التجارة الدولية
٦٥	الفرع الخامس: العقود النمطية والشروط العامة بوصفها مصدراً من مصادر قانون التجارة الدولية
٩٩ - ٧٣	الفصل الثاني المفهوم القانوني للعقد التجاري الدولي وطبيعته
٨٥ - ٧٥	المبحث الأول، مفهوم العقد التجاري في القوانين الوطنية
٨٠ - ٧٥	المطلب الأول : مفهوم العقد بصفة عامة
٧٥	الفرع الأول : تعريف العقد لغةً
٧٦	الفرع الثاني: تعريف العقد في القانون الوضعي:
٧٨	الفرع الثالث : تعريف العقد في الفقه الإسلامي
٨٥ - ٨١	المطلب الثاني : مفهوم العقد التجاري الداخلي
٨١	الفرع الأول : تعريف العقد التجاري في القانون الوضعي
٨٤	الفرع الثاني : تعريف العقد التجاري في الفقه الإسلامي

٨٦ - ٩٩	المبحث الثاني : مفهوم العقد التجاري الدولي
٨٦ - ٩٣	المطلب الأول : مفهوم العقد التجاري الدولي في القانون الدولي الخاص
٨٦	أولاً : المعيار القانوني.
٩٠	ثانياً : المعيار الاقتصادي
٩٢	ثالثاً : المعيار المزدوج
٩٤ - ٩٩	المطلب الثاني : مفهوم العقد التجاري الدولي في فقه المعاملات الإسلامي
٩٨	معياري تحديد العقد التجاري الدولي في التشريع الإسلامي
١٠٠ - ٢٥٥	الباب الأول المفاوضات في عقود التجارة الدولية
١٠١ - ١٨٠	الفصل الأول المفهوم القانوني للمفاوضات والاتفاقيات الممهدة للتعاقد في عقود التجارة الدولية
١٠٢ - ١٢٢	المبحث الأول ، مفهوم وخصائص المفاوضات العقدية
١٠٢ - ١٠٩	المطلب الأول : ماهية التفاوض على العقد التجاري الدولي
١٠٢	أولاً: المعنى اللغوي للتفاوض
١٠٣	ثانياً: المعنى الاصطلاحي للتفاوض
١٠٥	ثالثاً: مفهوم التفاوض في اتفاقية البيع الدولي للبضائع (فيينا ١٩٨٠)
١٠٦	رابعاً: مفهوم التفاوض في مبادئ معهد روما للعقود التجارية الدولية المعدلة لسنة ٢٠٠٤م
١٠٦	خامساً: مفهوم التفاوض في الفقه الإسلامي
١٠٧	تعريفنا للتفاوض التجاري الدولي
١١٠ - ١١٧	المطلب الثاني : التمييز بين مفهوم التفاوض والمفاهيم المشابهة له
١١٠	أولاً: التمييز بين التفاوض على العقد والمساومة
١١٢	ثانياً: التمييز بين التفاوض على العقد والإعلام

١١٢	ثالثاً: التمييز بين الدعوة للتفاوض والدعوة للتعاقد
١١٤	رابعاً: التمييز بين المفاوضات والوعد بالتعاقد
١١٥	التكليف الشرعي للوعد بالتعاقد في الفقه الإسلامي
١١٨ - ١٢٢	المطلب الثالث: الخصائص القانونية للمفاوضات في عقود التجارة الدولية
١١٨	الخاصية الأولى: التفاوض مرحلة تمهيدية للتعاقد
١١٨	الخاصية الثانية: التفاوض على العقد تصرف إرادي
١١٩	الخاصية الثالثة: التفاوض على العقود يتم بين طرفين أو أكثر
١٢٠	الخاصية الرابعة: التفاوض على العقد يتم باتفاق أطرافه
١٢٠	الخاصية الخامسة: التفاوض مؤسس على المساواة في المراكز القانونية بين الأطراف المتفاوضة
١٢١	الخاصية السادسة: التفاوض مؤسس على الحرية
١٢١	الخاصية السابعة: التفاوض على العقد يقوم على المبادلة والأخذ والعطاء
١٢٢	الخاصية الثامنة: التفاوض على العقد له نتيجة احتمالية
١٢٣ - ١٤٢	المبحث الثاني، أهمية المفاوضات ونطاقها كمرحلة سابقة للتعاقد في عقود التجارة الدولية
١٢٤ - ١٢٦	المطلب الأول: الأهمية الاقتصادية والاجتماعية للمفاوضات في عقود التجارة الدولية
١٢٤	أولاً: الضرورات الاجتماعية للمفاوضات
١٢٥	ثانياً: الضرورات الاقتصادية للمفاوضات
١٢٦	ثالثاً: الضرورات العملية للمفاوضات
١٢٧ - ١٣٥	المطلب الثاني: الأهمية القانونية للمفاوضات في عقود التجارة الدولية
١٢٧	١. المفاوضات تجعل الإيجاب من صنع الطرفين معاً
١٢٨	٢. المفاوضات تجعل من الإيجاب غير صالح للقبول
١٢٩	٣. المفاوضات تمنع من الادعاء بالإذعان

١٣٠	٤. المفاوضات وسيلة لتفسير العقد في مرحلة التنفيذ
١٣٤	٥. المفاوضات وسيلة للوقاية من النزاعات المستقبلية
١٣٤	٦. المفاوضات تحدد مضمون الالتزام العقدي
١٤٢ - ١٣٦	المطلب الثالث: نطاق المفاوضات في عقود التجارة الدولي
١٣٧	أولاً : الحد الفاصل بين مرحلة المفاوضات ومرحلة إبرام العقد:
١٣٨	ثانياً : النطاق الموضوعي والزميني للمفاوضات
١٨٠ - ١٤٣	المبحث الثالث، الاتفاقيات التمهيديّة لعقود التجارة الدولية
١٥٥ - ١٤٤	المطلب الأول: خطابات النوايا في مرحلة المفاوضات
١٤٤	أولاً: مفهوم خطابات النوايا:
١٤٦	ثانياً: أهداف خطابات النوايا
١٤٨	ثالثاً: أنواع خطابات النوايا
١٤٨	النوع الأول: خطاب دعوة للبدء في التفاوض
١٤٨	النوع الثاني : خطاب دعوة للاتفاق
١٤٩	النوع الثالث: خطاب الاتفاق المبدئي الحر
١٤٩	النوع الرابع : خطاب الاتفاق المبدئي التعاقدية
١٥٠	النوع الخامس: خطاب مشروع العقد النهائي
١٥٠	رابعاً القيمة القانونية لخطابات النوايا
١٦٥ - ١٥٦	المطلب الثاني: الاتفاق المبدئي على التفاوض في مرحلة المفاوضات
١٥٦	أولاً: تعريف الاتفاق المبدئي على التفاوض
١٥٧	ثانياً: الخصائص المميزة للاتفاق المبدئي على التفاوض
١٥٧	الخاصية الأولى: الاتفاق المبدئي اتفاق تمهيدي
١٥٧	الخاصية الثانية : الاتفاق المبدئي اتفاق رضائي يخضع للأحكام العامة للعقود
١٥٩	الخاصية الثالثة: الاتفاق المبدئي اتفاق مؤقت

١٥٩	الخاصية الرابعة: الاتفاق المبدئي يكون عادة غير محدد المدة
١٦٠	الخاصية الخامسة: الاتفاق المبدئي اتفاق ينشئ التزاماً بالتفاوض بحسن نية
١٦٠	ثالثاً: صور اتفاق التفاوض
١٦٠	١. الاتفاق المستقل على التفاوض
١٦١	٢. اتفاق التفاوض كشرط أو بند في عقد قائم
١٦١	أ). شرط إعادة التوازن العقدي
١٦٢	التكليف الشرعي لشرط إعادة التوازن
١٦٣	ب). شرط تسوية المنازعات ودياً
١٦٤	ج). شرط المستقبل:
١٦٤	رابعاً: التكليف الشرعي للاشتراط في العقود
١٦٦	خامساً: انعقاد اتفاق التفاوض واستخلاص التراضي فيه
١٦٧ - ١٨٠	المطلب الثالث: الاتفاقيات الجزئية في مرحلة المفاوضات
١٦٧	أولاً: تعريف الاتفاق الجزئي
١٦٨	ثانياً: صور الاتفاقيات الجزئية:
١٦٨	الصورة الأولى: الاتفاق الجزئي في إطار عقد واحد
١٦٩	الفرض الأول: القيمة القانونية للاتفاق الجزئي في إطار العقد الواحد
١٧١	الفرض الثاني: عدم تحديد القيمة القانونية من قبل الأطراف
١٧٢	المعيار الموضوعي لتحديد المسائل الجوهرية للعقد
١٧٣	المعيار الشخصي لتحديد المسائل الجوهرية للعقد
١٧٣	التكليف الشرعي لما ورد بشأن الاتفاق الجزئي في إطار العقد الواحد
١٧٤	الصورة الثانية: الاتفاق الجزئي في إطار مجموعة اتفاقات مستقلة
١٧٥	أولاً: التحديد الاتفاقي للقيمة القانونية للاتفاق الجزئي

	المبرم في إطار مجموعة عقود
١٧٥	الفرض الأول: الاتفاق على تحديد القيمة القانونية للعقد الجزئي المبرم في إطار مجموعة عقود
١٧٥	الفرض الثاني: الاتفاق على تجريد العقد الجزئي المبرم في إطار مجموعة عقود من قيمته القانونية
١٧٥	ثانياً: عدم تحديد القيمة القانونية للاتفاق الجزئي في إطار مجموعة عقود
١٧٥	الفرض الأول : أن تكون مجموعة العقود عقدا رئيسيا وعقودا أخرى ثانوية أو تبعية
١٧٦	الفرض الثاني: أن تكون مجموعة العقود متساوية في أهميتها
١٧٦	التكييف الشرعي للاتفاق الجزئي في إطار مجموعة اتفاقات مستقلة
٢٥٥ - ١٨١	الفصل الثاني التزامات الأطراف والمسؤولية المترتبة على الإخلال بها في مرحلة المفاوضات
٢١٣ - ١٨٢	المبحث الأول، التزامات الأطراف في مرحلة التفاوض
١٩١ - ١٨٢	المطلب الأول: الالتزام ببدء التفاوض والاستمرار فيه
١٨٢	أولاً: الالتزام بالبدء في التفاوض
١٨٣	ثانياً: الالتزام بالاستمرار في التفاوض
١٨٦	ثالثاً: الالتزام بحسن النية في التفاوض
١٩٠	التكييف الشرعي للالتزام بالتفاوض بحسن النية وفقاً لنظرية العقد في الفقه الإسلامي
١٩٧ - ١٩٢	المطلب الثاني : الالتزام بالمحافظة على سرية المعلومات
١٩٢	أساس الالتزام بالمحافظة على سرية المعلومات

١٩٦	طبيعة الالتزام بالمحافظة على السرية
١٩٦	مضمون الالتزام بالمحافظة على سرية المعلومات
١٩٨ - ٢١٣	المطلب الثالث : الالتزامات المكلمة للالتزام بالتفاوض
١٩٨	أولاً: الالتزام بالإعلام
٢٠٦	ثانياً: الالتزام بالاستعلام:
٢٠٨	ثالثاً : الالتزام بالتعاون:
٢١٠	رابعاً: الالتزام بعدم إجراء مفاوضات متوازنة (قصر التفاوض)
٢١٤ - ٢٥٥	المبحث الثاني: الطبيعة القانونية للمسئولية الناشئة عن الإخلال بالالتزامات التفاوضية
٢١٤ - ٢٢٢	المطلب الأول: نظرية المسئولية العقدية في مرحلة التفاوض
٢١٤	أولاً: مضمون النظرية
٢١٥	ثانياً: أساس النظرية
٢١٥	ثالثاً: شروط قيام المسئولية العقدية عند الإخلال بالالتزامات التفاوضية
٢١٧	رابعاً: تقدير النظرية
٢١٩	خامساً: التكيف الشرعي للمسئولية العقدية في مرحلة التفاوض
٢٢٣ - ٢٣٠	المطلب الثاني : نظرية المسئولية التقصيرية في مرحلة التفاوض
٢٢٣	أولاً: مضمون النظرية
٢٢٤	ثانياً: أساس النظرية
٢٢٤	ثالثاً: شروط قيام المسئولية التقصيرية
٢٢٧	رابعاً: تقدير النظرية
٢٢٨	خامساً: التكيف الشرعي للمسئولية التقصيرية في مرحلة المفاوضات
٢٣١ - ٢٤٢	المبحث الثالث: الجزاءات المترتبة على الإخلال بالمسئولية المدنية في مرحلة المفاوضات والقانون الواجب التطبيق
٢٣١	المطلب الأول: الجزاءات المترتبة عن الإخلال بالالتزامات في مرحلة التفاوض
٢٣٢	أولاً: التنفيذ العيني
٢٣٤	ثانياً التنفيذ بطريق التعويض (التنفيذ بمقابل)
٢٣٩	التكيف الشرعي للجزاءات في مرحلة المفاوضات

٢٥٥ - ٢٤٣	المطلب الثاني: القانون الواجب التطبيق على الإخلال بالمسئولية المدنية في مرحلة المفاوضات
٢٤٥	أولاً: القانون الواجب التطبيق على الإخلال بالمسئولية العقدية في مرحلة المفاوضات
٢٤٩	ثانياً: القانون الواجب التطبيق على الإخلال بالمسئولية التقصيرية في مرحلة التفاوض
٢٥١	مبررات قاعدة تطبيق قانون محل وقوع الفعل المنشئ للالتزام
٢٥١	معايير تحديد الدولة الواقع فيها الفعل المنشئ للالتزام
٢٥٤	معايير تحديد المحكمة المختصة بنظر دعاوى الإخلال بالمسئولية التقصيرية في مرحلة المفاوضات
٤٨٢ - ٢٥٦	الباب الثاني إنشاء وتنفيذ العقد التجاري الدولي
٣٨٨ - ٢٥٨	الفصل الأول التراضي في عقود التجارة الدولية
٢٧٦ - ٢٦٠	المبحث الأول: مفهوم الإيجاب وأحكامه في العقود التجارية الدولية
٢٦٨ - ٢٦٠	المطلب الأول: مفهوم الإيجاب في عقود التجارة الدولية
٢٦٠	أولاً: مفهوم الإيجاب لغة
٢٦٠	ثانياً: مفهوم الإيجاب في القوانين الوضعية
٢٦١	ثالثاً: مفهوم الإيجاب في الاتفاقيات المنظمة للتجارة الدولية
٢٦٥	رابعاً: مفهوم الإيجاب في التشريع الإسلامي
٢٧٦ - ٢٦٩	المطلب الثاني: أحكام الإيجاب وفقاً للاتفاقيات المنظمة لعقود التجارة الدولية
٢٦٩	أولاً: الوقت الذي يحدث فيه الإيجاب أثر
٢٧٠	ثانياً: العدول عن الإيجاب في عقود التجارة الدولية
٢٧٢	ثالثاً: سقوط الإيجاب في عقود التجارة الدولية
٣٢٤ - ٢٧٧	المبحث الثاني: مفهوم القبول وأحكامه في العقود التجارية الدولية
٢٨٨ - ٢٧٧	المطلب الأول: مفهوم القبول وصوره في عقود التجارة الدولية

٢٧٧	أولاً: مفهوم القبول
٢٧٧	مفهوم القبول في القوانين الوضعية
٢٧٨	مفهوم القبول في التجارة الدولية
٢٧٨	مفهوم القبول وفقاً لنظرية العقد في التشريع الإسلامي
٢٨٠	ثانياً: صور القبول في التجارة الدولية
٢٨٣	السكوت ومدى اعتباره قبولاً في عقود التجارة الدولية
٢٨٩ - ٣٠٢	المطلب الثاني: أحكام القبول في عقود التجارة الدولية
٢٨٩	أولاً: بداية سريان المدة المحددة للقبول
٢٩١	ثانياً: القبول الموصوف
٢٩٥	ثالثاً: الوقت الذي يحدث فيه القبول أثره
٢٩٨	رابعاً: القبول المتأخر
٣٠٠	خامساً: العدول عن القبول (سحب القبول)
٣٠٣ - ٣٢٤	المطلب الثالث: اقتران القبول والإيجاب في العقود التجارية الدولية
٣٠٣	أولاً: التعاقد بين حاضرين
٣٠٩	معياري العلم بالقبول في التعاقد بين حاضرين
٣١٠	ثانياً: التعاقد بين غائبين
٣١١	المذهب الأول: مذهب صدور القبول
٣١٢	المذهب الثاني: مذهب تصدير القبول
٣١٣	المذهب الثالث: مذهب تسليم القبول
٣١٤	المذهب الرابع: مذهب العلم بالقبول
٣١٥	أولاً: اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع لعام ١٩٨٠
٣١٦	ثانياً: مبادئ اليونيدروا للعقود التجارية الدولية لعام ٢٠٠٤م
٣١٧	ثالثاً: شروط الكوميكون
٣١٧	رابعاً: انعقاد العقد بين غائبين وفقاً لبعض نماذج اللجنة الاقتصادية الأوروبية
٣١٩	خامساً: التكيف الشرعي الإسلامي للتعاقد بين غائبين

٣٢٠	الاتجاه الأول: مذهب صدور القبول
٣٢٢	الاتجاه الثاني: مذهب تصدير القبول
٣٢٢	الاتجاه الثالث: مذهب العلم بالقبول
٣٨٨ - ٣٢٥	المبحث الثالث: وسائل إظهار الرضا واختلاله في عقود التجارة الدولية
٣٢٥ - ٣٤١	المطلب الأول: وسائل التعبير عن الرضا في العقود التجارية الدولية
٣٢٦	الفرع الأول: التعبير عن الإيجاب والقبول باللفظ
٣٢٧	أولاً: التعبير عن الإرادة باللفظ في عقود التجارة الدولية
٣٢٨	ثانياً: التعبير عن الإرادة باللفظ في التشريع الإسلامي
٣٢٩	الفرع الثاني: التعبير عن الإيجاب والقبول بالكتابة
٣٢٩	أولاً: الكتابة كوسيلة من وسائل التعبير عن الإرادة في العقود التجارية الدولية
٣٣٠	ثانياً: الكتابة كوسيلة من وسائل التعبير عن الإرادة في التشريع الإسلامي
٣٣٤	الفرع الثالث: التعبير عن الإرادة عبر وسائل الاتصالات الحديثة
٣٣٥	أولاً: التعبير عن الإيجاب والقبول عبر وسائل الاتصالات الحديثة في الاتفاقيات المنظمة للتجارة الدولية
٣٣٨	ثانياً: التعبير عن الإيجاب والقبول عبر وسائل الاتصالات الحديثة في التشريع الإسلامي
٣٤٢ - ٣٨٨	المطلب الثاني: فوات الرضا واختلاله في عقود التجارة الدولية
٣٤٣	الفرع الأول: الغلط كعيب من عيوب الإرادة في العقود
٣٤٤	الغلط كعيب من عيوب الإرادة في عقود التجارة الدولية
٣٤٤	أولاً: ماهية الغلط في مبادئ العقود التجارية الدولية
٣٤٤	ثانياً: شروط الغلط
٣٤٧	ثالثاً: الحالات التي لا يجوز فيها التمسك بالغلط لإبطال العقد وفقاً لمبادئ العقود الدولية
٣٤٧	رابعاً: الغلط في التعبير أو نقله
٣٤٨	الغلط كعيب من عيوب الإرادة في التشريع الإسلامي

٣٤٨	أولاً: تعريف الغلط
٣٤٩	ثانياً: أنواع الغلط
٣٥٨	الفرع الثاني: التدليس كعيب من عيوب الإرادة
٣٥٨	مفهوم التدليس
٣٥٨	أولاً: التدليس كعيب من عيوب الإرادة في عقود التجارة الدولية
٣٥٩	الشروط اللازمة لقيام التدليس
٣٦٠	أنواع التدليس
٣٦١	الأثر القانوني للتدليس
٣٦٢	ثانياً: التدليس كعيب من عيوب الإرادة في التشريع الإسلامي
٣٦٩	الفرع الثالث: الإكراه كعيب من عيوب الإرادة
٣٦٩	معنى الإكراه لغة
٣٧٠	أولاً: الإكراه كعيب من عيوب الإرادة في عقود التجارة الدولية
٣٧١	الشروط اللازمة لتحقيق الإكراه في عقود التجارة الدولية
٣٧٢	أنواع الإكراه
٣٧٣	الأثر القانوني للإكراه وفقاً لقواعد التجارة الدولية
٣٧٤	ثانياً: الإكراه كعيب من عيوب الإرادة في التشريع الإسلامي
٣٧٤	تعريف الإكراه اصطلاحاً
٣٧٤	شروط الإكراه في التشريع الإسلامي
٣٧٧	الأثر الشرعي للإكراه في العقود
٣٧٩	الفرع الرابع: الغبن الاستغلالي كعيب من عيوب الإرادة
٣٨٠	معنى الغبن لغة
٣٨٠	الغبن كعيب من عيوب الإرادة في عقود التجارة الدولية
٣٨١	مفهوم الغبن وفقاً للاتفاقيات المنظمة للتجارة الدولية
٣٨١	شروط الغبن المعتبر بها في عقود التجارة الدولية
٣٨٢	أنواع الغبن الاستغلالي في عقود التجارة الدولية
٣٨٢	سلطة المحكمة في تعديل العقد للغبن
٣٨٣	الغبن المترتب بسبب الغير

٣٨٣	الأثر القانوني للغبن في عقود التجارة الدولية
٣٨٤	الغبن كعيب من عيوب الإرادة في التشريع الإسلامي
٣٨٤	أنواع الغبن في التشريع الإسلامي
٣٨٥	شروط الغبن المعتد بها في التشريع الإسلامي
٣٨٧	أثر الغبن في عقود التجارة الدولية في التشريع الإسلامي
٤٣٤ - ٣٨٩	الفصل الثاني تفسير العقد التجاري الدولي وتحديد مضمونه
٤٠٢-٣٩٠	المبحث الأول، تفسير العقد التجاري الدولي
٣٩١	المطلب الأول: الوسائل والمعايير المتبعة في تفسير العقد التجاري الدولي
٣٩١	معنى التفسير لغة
٣٩١	مفهوم التفسير اصطلاحاً
٣٩١	التفسير عند وضوح عبارات العقد
٣٩٢	التفسير عند غموض عبارات العقد
٣٩٣	الفرع الأول: تفسير العقود وفقاً للقواعد الصادرة عن المنظمات الدولية المهتمة بتنظيم وتوحيد قانون التجارة
٣٩٨	الفرع الثاني: تفسير العقود وفقاً لنظرية العقد في التشريع الإسلامي
٤١٤ - ٤٠٣	المطلب الثاني: أسباب تفسير عقود التجارة الدولية وتكييفها
٤٠٣	الفرع الأول: أسباب تفسير عقود التجارة الدولية
٤٠٤	السبب الأول: الغموض في نصوص العقد
٤٠٦	السبب الثاني: تعارض النصوص في عقود التجارة الدولية:
٤٠٨	السبب الثالث: نقص النصوص
٤٠٨	طرق سد النقص في النصوص
٤١٠	التكييف الشرعي للأسباب الداعية للتفسير:
٤١١	الفرع الثاني: تكييف العقد التجاري الدولي

٤١٢	مفهوم التكييف القانوني للعقد
٤١٢	أهمية تكييف العقد
٤١٣	الأسس والمبادئ المتبعة لتكييف العقد
٤١٤	تكييف العقود في التشريع الإسلامي
٤١٥ - ٤٣٤	المبحث الثاني: مضمون العقد التجاري الدولي وحقوق الغير
٤١٦ - ٤٢٨	المطلب الأول: تحديد مضمون العلاقات التعاقدية في عقود التجارة الدولية
٤١٧	كيفية تحديد مضمون العقد التجاري الدولي
٤١٨	الالتزامات التي تستوجبها طبيعة التعاملات التجارية الدولية
٤١٩	الالتزام بالتعاون
٤١٩	الالتزام بتحقيق نتيجة والالتزام ببذل عناية
٤٢٠	الالتزام بالتنفيذ من نوعية معقولة
٤٢٠	الالتزام بتحديد المقابل والوفاء به "الضمن"
٤٢٤	الالتزام بالتسليم والتسلم
٤٢٥	الالتزام بمراعاة حسن النية
٤٢٦	الإخطار عند إنهاء العقد غير المحددة المدة
٤٢٦	الالتزام بالمطابقة
٤٢٧	التكييف الشرعي لمضمون العقد في عقود التجارة الدولية
٤٢٩ - ٤٣٤	المطلب الثاني: الاشتراط لمصلحة الغير في عقود التجارة الدولية
٤٣٠	مفهوم الاشتراط لمصلحة الغير
٤٣٠	الشروط الواجب توفرها في الاشتراط لمصلحة الغير
٤٣١	آثار الاشتراط لمصلحة الغير
٤٣٣	التكييف الشرعي للاشتراط لمصلحة الغير
٤٣٥ - ٤٨٢	الفصل الثالث
	تنفيذ العقد التجاري الدولي
٤٣٦ - ٤٥٣	المبحث الأول: مفهوم ووسائل تنفيذ العقود التجارية الدولية
٤٣٨ - ٤٤٥	المطلب الأول: تنفيذ الالتزامات في عقود التجارة الدولية
٤٣٨	مفهوم التنفيذ

٤٣٩	التنفيذ الاختياري للالتزامات
٤٣٩	التنفيذ التام للالتزامات التعاقدية
٤٤٠	التنفيذ الجزئي للالتزامات التعاقدية
٤٤٢	ضرورة التنفيذ المزامن للالتزامات
٤٤٣	تنفيذ المدين لالتزاماته قبل الاستحقاق
٤٤٤	التكييف الشرعي لتنفيذ الالتزامات في عقود التجارة الدولية
٤٥٣-٤٤٦	المطلب الثاني: وسائل تنفيذ العقد التجاري الدولي
٤٤٦	أولاً: الوفاء بعين ما التزم به
٤٤٦	ثانياً: أداء المقابل في العقود التجارية الدولية
٤٤٦	الوفاء عن طريق الأوراق التجارية
٤٤٧	الوفاء بأسلوب السداد بالتحويل النقدي في الحساب
٤٤٧	الوفاء بأسلوب الدفع الإلكتروني
٤٥٠	الوفاء بالاعتماد المستندي
٤٥٢	التكييف الشرعي لأداء المقابل في عقود التجارة الدولية
٤٨٢-٤٥٤	المبحث الثاني، عدم تنفيذ الالتزامات في عقود التجارة الدولية (الإخلال)
٤٧٣-٤٥٥	المطلب الأول : عدم تنفيذ الالتزامات و الآثار الناجمة عنه في عقود التجارة الدولية
٤٥٥	أولاً: ماهية عدم تنفيذ الالتزامات وأحكامه في عقود التجارة الدولية
٤٥٥	الدفع بعدم التنفيذ
٤٥٧	الإخلال غير الجوهرى في التنفيذ
٤٥٨	ثانياً: الآثار المترتبة على عدم تنفيذ الالتزامات في عقود التجارة الدولية
٤٦٩	التكييف الشرعي لعدم التنفيذ وآثاره
٤٧٢	مدى جواز الاسترداد في التشريع الاسلامي

٤٧٤ - ٤٨٢	المطلب الثاني: القوة القاهرة كسبب للإعفاء من تنفيذ العقد التجاري الدولي
٤٧٤	مفهوم القوة القاهرة:
٤٧٥	مفهوم القوة القاهرة في اتفاقية الأمم المتحدة لبيع البضائع والسلع "فيينا"
٤٧٥	مفهوم القوة القاهرة في العقود التجارية الدولية وفقاً للمعاهدة الصادرة عن معهد روما "اليونيدروا"
٤٧٥	مفهوم القوة القاهرة وفقاً لنماذج اللجنة الأوروبية
٤٧٧	الأثر القانوني المترتب في حال ثبوت القوة القاهرة
٤٧٩	التكييف الشرعي للقوة القاهرة
٤٨٣ - ٤٩٦	الخاتمة
٤٨٣	أولاً: أهم النتائج التي توصل إليها المؤلف
٤٩٦	ثانياً: التوصيات
٤٩٨ - ٥٢٥	فهرس المصادر والمراجع
٥٢٦ - ٥٤١	فهرس المحتويات



المحامي الدكتور:

يُسرَى بن عبد الله

السيرة
التأهيلية
للمحامي

□ من مواليد السودان - الولاية الشمالية محلية عبري شيخة أبوراقة في عام ١٩٦٦ م

المؤهلات العلمية

□ حائز على الدكتوراة في القانون من جامعة النيلين في العام ٢٠٠٩ م

عنوان الأطروحة: العقود التجارية الدولية مفاوضاتها وإبرامها وتنفيذها
"دراسة تحليلية على ضوء نظرية العقد في التشريع الإسلامي"

□ حائز على درجة الماجستير في القانون من جامعة النيلين في العام ٢٠٠٢ م

عنوان الأطروحة: الأثر القانوني للنزاع المسلح على حقوق المدنيين
"دراسة مقارنة بين القانون الدولي العام والفقهاء الإسلامي"

□ دبلوم عالي في القانون العام جامعة النيلين كلية الدراسات العليا فبراير ١٩٩٧ م

□ دبلوم عالي في الشريعة والقانون - أم درمان الإسلامية كلية الدراسات العليا سبتمبر ١٩٩٨ م

□ حائز على درجة البكالوريوس في القانون من جامعة القاهرة فرع الخرطوم مارس ١٩٩٢ م

□ حائز على شهادة امتحان مهنة القانون من وزارة العدل السودانية ديسمبر ١٩٩٢ م

الخبرات العملية

□ عمل قاضياً بالسلطة القضائية السودانية منذ العام ١٩٩٤ وحتى العام ١٩٩٩ م

□ محامي ومستشار قانوني بالملكة العربية السعودية منذ العام ١٩٩٩ م

المؤلفات والبحوث

□ طرق الأثبات الجائزة شرعاً وقانوناً عند التناضى - دراسة تحليلية لنظام المرافعات السعودي وقانون الأثبات السوداني
مطبوعة مرافي التجارية - الخرطوم - الطبعة الأولى 2010م

□ لديه مؤلف تحت الطبع بعنوان: عقد إيجار المباني "دراسة تطبيقية لقانون إيجار المباني

السوداني لعام ١٩٩١ م ونظام تحديد العلاقة بين المالك والمستأجر السعودي"

□ لديه عدة بحوث منشورة على موقع منتدى المحامين العرب كما أن لديه عدة بحوث

منشورة في مجلة المحامين العرب وهي مجلة محكمة تصدر بالملكة العربية السعودية

□ لديه مؤلف تحت الإعداد بعنوان: النظام القانوني للاتفاقيات والعقود الممهدة للتعاقد

□ البريد الإلكتروني: yussrilawfirm@hotmail.com - alyussrilawfirm@sudaneseelaw.net

