الجمهورية العربية السورية
وزارة التعليم العالي
جامعة دمشق
كلية الحقوق
قسم القانون التجاري

# مبدأ حُسنِ النّيّةِ في العُقودِ التِّجاريّةِ الدّوْليّةِ

## (دِراسة تحليليّة مُقارنة)

# The principle of good faith in the international commercial contracts

**( Analysis comparative study )**

رسالة علمية لنيل درجة الماجستير في القانون التجاري

**إعداد الطالبة**

## آلاء شاهين

**إشراف الأستاذ الدكتور**

## محمد فاروق أبو الشامات

**2017 م / 1438 هـ**

# الإهداء :

سطري الأمجاد كوني للمجدِ نيشانا

اختالي بعباءةٍ من شمس يا من كان فيكَ القرآنُ أنجيلاً والإنجيلُ قرآنا

يا موطناً للنّور والنّار يا مرتعاً للعزِ والغار

يا بيرقاً في سماء الربِّ قد بانا

أيقونةٌ للشّرق أنت أسطورةٌ للغرب عربٌ وعربٌ وألفُ عربٍ وعرب

قُدّمت لترابكَ الأرواحُ قربانا

إذا ما جفَّ الدمُ يوماً في أضلعي كنت لدمي وريداً وشريانا

لن يموتَ فيكَ الياسمينُ يا وطنّي لطالما كانَ الحبرُ فيكَ بالبارودِ مزجانا

*كل منا مقاتلٌ على جبهته*

*سوريا لكي السلام .... آلاء شاهين*

# الشُّكر :

الحمد و الشكر لله كما ينبغي لعظيم وجهه وجلال سلطانه وعلّو مكانه ...وبعد :

فإنني أتوجّه بأسمى عبارات الشُّكر للأستاذ الدكتور محمد فاروق أبو الشامات الذّي قبل الإشراف على هذه الرّسالة العلمية و أغنّاها بتوجيهاته وملاحظاته القيّمة...

كما و أتوجّه بعظيم الشكر و الامتنان إلى الكادر التدريسي في كلية الحقوق فرداً فرداً و أخصّ بالشكر دكاترة قسم القانون التجاري و لاسيما لجنة الحُكم التّي تكرمت بقبولها مناقشة رسالتي والمؤلفة من الدكتور بسام شيخ العشرة والدكتورة حنان مليكة المحترمين ...

والشكر الأول والأخير إلى منْ إنّ شكرتُهما فإنّي أخسهما حقَّهما عليّ وهما أمي وأبي الغاليين حفظهما الله ..

## مقدمة :

في عصرٍ أبسط ما يمكن وصفه بأنّه عصر سوء النية يتناهى إلى أسماعنا مصطلح يكاد يندثر في يومنا هذا وهو مصطلح "**حسن النية**" الذي بات يشكل ركيزةً أساسية ولبنةً مفصلية في معاملات الدول و الأفراد، وعلى الرغم من صعوبة التحقق من حسن أو سوء نية الإنسان باعتبار أنّ حقيقة النوايا من الأمور الباطنية التي لا يعلمها إلا الله وبصرف النظر عن الجانب الأخلاقي فإنّ حسن النية بكل ما له وما عليه يشكّل من الناحية القانونية مبدأً قائماً بذاته على الصعيدين الدولي و الداخلي له مظاهره وتجلياته الخاصة والتي تعتبر مخالفتها من قبيل سوء النية، ولعلّ أهمية هذا المبدأ تثور بشكل خاص في إطار المعاملات التجارية ذات الصفة الدولية بسبب خصوصيتها القانونية ولاسيما في عصر الثورة التكنولوجية التي اجتاحت العالم بأسره مجسّدة مفهوم العمولمة بأوضح أشكالها، و هذا لا يعني بأنّ الوجود القانوني لمبدأ حسن النية مقتصر على هذا النوع من المعاملات ولكن أهميته في هذا المجال بالتحديد إن لم تكن توازي فهي تفوق أهميته في أي مجال أخر، ومن هنا كان الحديث عن مبدأ حسن النية في العقود التجارية الدولية من أهم المواضيع القانونية المطروحة على نطاق البحث والتقصي نظراً للدّور المفصلي الذي يعبأ به هذا المبدأ في مختلف مراحل العقود التجارية الدولية التي تمتزج فيه المحلية بالعالمية مما يعكس حجم التطور الاقتصادي لأي دولة في العالم .

وحتى نكون أمام عقد تجاري دولي لابدّ بطبيعة الحال من تحقق معايير تجارية العقد ومعايير دوليته، فالعقد التجاري هو العقد الذي يُنشئ في ذمّة أحد طرفيه أو كلاهما التزاماً تجارياً، ولتحديد متى يكون الالتزام تجارياً فالمرجع بذلك هو " نظرية العمل التجاري" إذ يكون العقد تجارياً متى اندرج في عداد الأعمال التجارية الأصلية أو متى قام به التاجر لحاجاته التجارية، ومن المعروف أنّ جميع أعمال التاجر تعتبر وفقاً لنظرية الأعمال التجارية بالتبعية تجارية ما لم يثبت العكس، و من حيث المبدأ فإنّ أي عقد قد يكون تجارياً أو مدنياً وفقاً لطبيعة الالتزام الذي ينشأ عنه، إلا أنّه يبقى من الثابت أنّ هناك عقود لا تكاد تقع إلا من تاجر كونها تستجيب لمقتضيات التجارة وحدها ومن ثم لابدّ أن تكون تجارية حصراً مثل (الوكالة بالعمولة – السمسرة ...) و تسمى بالعقود التجارية الأصلية أو العقود التجارية على وجه الخصوص[1].

[1] د. أكثم الخولي – الوسيط في القانون التجاري – الجزء الرابع ( العقود التجارية) – مكتبة نهضة مصر – القاهرة – 1958– بند رقم 1 - مشار إليه لدى : د. محمود حسن الجبر – العقود التجارية و عمليات البنوك في المملكة العربية السعودية – عمادة شؤون المكتبات – جامعة الملك سعود – الرياض – 1404 ه / 1984 م – ص 4 و 5 .

أما العقد الدولي فقد تعددت المعايير الناظمة دوليته ويقصد بالدولية في هذا الإطار الدولية المطلقة أو الموضوعية أي دولية العقد بذاته بصرف النظر عن القضاء الناظر فيه وليس الدولية النسبية أو الشخصية حيث تتركز جميع عناصر العقد في دولة واحدة إلا أنّ النزاع بشأنه يطرح أمام قضاء دولة أخرى وهو ما يسمى بالعقد الأجنبي[1]، وبالمجمل فقد تجلّت هذه المعايير بالمعيار القانوني والمعيار الاقتصادي إضافةً إلى المعيار المختلط، أما المعيار القانوني فيعتمد على وجود عنصر أجنبي كأحد عناصر العلاقة التعاقدية سواءً لجهة الأطراف أو المحل أو السبب مما يستدعي بالضرورة نشوء حالة تنازع القوانين بسبب اتصال العقد بأكثر من نظام قانوني، في حين أنّ المعيار الاقتصادي يقوم بالدرجة الأولى على فكرة تجاوز آثار العقد نطاق الاقتصاد الداخلي لدولة معينة الأمر الذي يستدعي انتقال البضائع والخدمات ورؤوس الأموال عبر الحدود نظراً لحالة التباعد الجغرافي بين مراكز أعمال أطراف العلاقة العقدية، أضف لهذا وذاك فإنّ المعيار المختلط قد نحا للجمع فيما بين المعيارين السابقين محاولاً سد النواقص والثغرات الموجودة في كلّ منهما إذ اعتبر العقد دولياً في حال تعدّت آثاره النطاق الاقتصادي لدولة معينة من جهة وكان متصلاً بأكثر من نظام قانوني من جهة أخرى.

وبغية الوقوف على التنظيم القانوني لمبدأ حسن النية في العقود ذات الصفتين التجارية والدولية لابدّ لنا من تحديد الماهية القانونية لهذا المبدأ والغوص في تطبيقاته العملية التي أدت بدورها إلى تأسيس نظرية حسن النية **ليس من المنطلق التقليدي المعروف وإنما من منطلق أكثر تطوراً وحداثة يتناسب مع متطلبات البيئتين التجارية والدولية وذلك من خلال الاعتماد على قواعد الLexMercatoria التي ساهم التحكيم التجاري الدولي في إخراجها إلى حيز الوجود كأرضية جديدة لمعالجة هذه الظاهرة القانونية** وخاصةً في مرحلتي ما قبل التعاقد والتي تتجلّى بمرحلة التفاوض على العقد التجاري الدولي وما بعد التعاقد التي تتجلّى بمرحلة تنفيذ العقد التجاري الدولي كونهما من أكثر المراحل إثارةً للإشكاليات القانونية، وهذا لا يعني أنّ مبدأ حسن النية مقتصر على هاتين المرحلتين فحسب بل هو يمتد ليشمل كافة المراحل الأخرى التي يمر بها العقد التجاري الدولي؛ ولعل فهم جوهر هذا المبدأ في هاتيين المرحلتيين سيؤدي بطبيعة الحال إلى فهم جوهره في المراحل الأخرى .

[1] د. أحمد عبد العزيز ود. وفاء فلحوط – العقود الدولية – منشورات جامعة دمشق – قسم الدراسات القانونية – 2014/2013 م ص 29 .

فلكلٍّ قاعدة تطبيقها العملي ولكلّ مبدأ إرهاصاته الواقعية التي تساعد على فهمه والإحاطة به من مختلف جوانبه الأمر الذي كرّسته هذه الرسالة بتناولها لمبدأ حسن النية كدراسة تحليلية مقارنة عندما تعرضت لمقتضيات حسن النية وبمفهوم المخالفة لمقتضيات سوء النية، بأسلوب علمي قانوني يهدف بالدرجة الأولى لإغناء إرث البحث العلمي في القطر العربي السوري في ظل نذرة الكتابات القانونية في هذا الموضوع الذي أولت له الأنظمة القانونية المقارنة الكثير من الاهتمام .

## أهمية البحث :

تتجلى أهمية البحث بتسليطه الضوء على جوهر حسن النية في العقود ذات الصفتين التجارية والدولية كمفهوم قانوني بالدرجة الأولى وذلك من الناحيتين النظرية والعملية من خلال وضع نظرية شبه متكاملة تحكم هذا مبدأ و تطبيقاته في مرحلتي ما قبل و ما بعد التعاقد وذلك على الصعيدين الدولي و الداخلي على حدٍ سواء، خاصة في ظل افتقار التشريع السوري والمقارن للتحديد الدقيق لمثل هذا المفهوم بالرغم من أهميته الكبرى في مجال المعاملات التجارية الدولية باعتباره البوصلة التي يعتمد عليها القاضي أو المحكم في عملية إصدار الأحكام .

## إشكالية البحث :

تتجلّى إشكالية البحث التي كانت الدافع الباعث وراء انتقائه في السؤال التالي:

" متى نكون أمام حسن نية "Bona Fides" و متى نكون أمام سوء نية "Mala Fides" في العقود التجارية الدولية وتحديداً في مرحلتي ما قبل التعاقد (المفاوضات) وما بعد التعاقد (التنفيذ) وما الذي يولدّه ذلك من آثار قانونية من الناحيتين النظرية والعملية ؟؟ "

## منهجية البحث :

سيتم تناول موضوع البحث اعتماداً على مناهج بحثية متعددة تتناسب مع خصوصية الدراسة و طابعها القانوني المميز، حيث سيتم الاعتماد بالدرجة الأولى على المنهج **التحليلي** في سبيل وضع نظرية قانونية شبه متكاملة تخدم إشكالية البحث، إضافة لمقاربة قانونية من نوع خاص للمنهج **الاستنباطي** نظراً لتأرجح البحث بين العام و الخاص و بين الكلي و الجزئي، وذلك بأسلوب علمي منهجي **مقارن** بين ما هو سائد على الصعيد الدولي الأمر الذي يمكن استشفافه من دراستنا لقواعد الLexMercatoria بمصادرها المختلفة وعلى رأسها السوابق التحكيمية، و ما هو موجود على صعيد الأنظمة القانونية الكبرى من خلال التعرف على الموقف القانوني و الفقهي و القضائي في النظامين اللاتيني و الانجلوسكسوني مع التأكيد

على أهمية موقف المشرع السوري و آلية معالجته للظاهرة القانونية **و ذلك وفق الخطة البحثية التالية :**

## المبحث التمهيدي : ال LexMercatoria ومبدأ حسن النية في العقود التجارية الدولية :

المطلب الأول : موقع مبدأ حسن النية من ال LexMercatoria

المطلب الثاني : أثر تحديد الطبيعة القانونية لل LexMercatoria على مبدأ حسن النية

## الفصل الأول : التنظيم القانوني لمبدأ حسن النية في مرحلة ما قبل التعاقد ( مرحلة المفاوضات) :

### المبحث الأول : مبدأ حسن النية في مرحلة المفاوضات

المطلب الأول : ماهية مبدأ حسن النية في مرحلة المفاوضات

المطلب الثاني: الآثار القانونية المترتبة على الإخلال بمبدأ حسن النية في مرحلة المفاوضات

### المبحث الثاني : تطبيقات مبدأ حسن النية في مرحلة المفاوضات

المطلب الأول : مقتضيات حسن النية في مرحلة المفاوضات

المطلب الثاني : مقتضيات سوء النية في مرحلة المفاوضات

## الفصل الثاني : التنظيم القانوني لمبدأ حسن النية في مرحلة ما بعد التعاقد ( مرحلة التنفيذ) :

### المبحث الأول : مبدأ حسن النية في مرحلة التنفيذ

المطلب الأول : ماهية مبدأ حسن النية في مرحلة التنفيذ

المطلب الثاني : الآثار القانونية المترتبة على الإخلال بمبدأ حسن النية في مرحلة التنفيذ

### المبحث الثاني : تطبيقات مبدأ حسن النية في مرحلة التنفيذ

المطلب الأول : مقتضيات حسن النية في مرحلة التنفيذ

المطلب الثاني : مقتضيات سوء النية في مرحلة التنفيذ

## خاتمة

## المبحث التمهيدي: ال LexMercatoria ومبدأ حسن النية في العقود التجارية الدولية

لقد كان عامل الاعتراف بمبدأ حسن النية في العقود التجارية الدولية بالإضافة لجملة أخرى من العوامل مجتمعة مثل عجز القوانين الوطنية عن الإلمام بالمشهد التجاري الدولي و ازدهار مبدأ سلطان الإرادة قبيل القرن التاسع عشر إضافة إلى الاعتراف بالتحكيم كبديل للقضاء الوطني في إيجاد حلول لمنازعات عقود التجارة الدولية السبب الكامن بنظر الفقه[1] وراء نشوء فكرة ال lexmercatoria، فما هو موقع مبدأ حسن النية في العقود التجارية الدولية من ال LexMercatoria ؟ وكيف ينعكس التكييف القانوني لقواعد الLexMercatoriaعلى هذا المبدأ ؟ الأمر الذي سنجيب عليه في المطلبيين التاليين :

المطلب الأول : موقع مبدأ حسن النية من ال LexMercatoria .

المطلب الثاني : أثر تحديد الطبيعة القانونية لل LexMercatoria على مبدأ حسن النية.

### المطلب الأول : موقع مبدأ حسن النية من الLexMercatoria

لن نتطرق في هذا المطلب لمبدأ حسن النية كمفهوم قانوني قائم بذاته و السبب بذلك واضح كوننا خصصنا الفصل الأول والثاني من هذه الدراسة لتحديد ماهية هذا المبدأ وتطبيقاته المتعددة في ميدان العقود التجارية الدولية في مرحلتي المفاوضات والتنفيذ على حدٍ سواء ، إذ ما يهمنا هنا بالدرجة الأولى هو تحديد موقع هذا المبدأ على الخارطة التجارية الدولية الأمر الذي يعتبر **برأينا** نقطة انطلاق مهمة في هذه الدراسة ، فما المقصود بمصطلح ال Lex mercatoria ( فرع أول ) وأين يقع مبدأ حسن النية منها ؟ (فرع ثاني ) سؤالان في غاية الأهمية سنجيب عليهما بإيجاز .

[1] د.صالح بن عبد الله بن عطاف العوفي – المبادئ القانونية في صياغة العقود الدولية – معهد الإدارة العامة – مركز البحوث والدراسات الادارية - المملكة العربية السعودية – 1998 م – ص21 .

## الفرع الأول : مفهوم ال LexMercatoria

شكلّت التجارة الدولية منذ فجر التاريخ لغة تواصل يفهمها الجميع قادرة على تجاوز الحدود الجغرافية في سبيل تحقيق مصالح عليا عجز عن تحقيقها أعظم قادة العالم وما طريق الحرير إلا خير شاهد على ذلك، ونظراً لحاجة المتعاملين في هذا الميدان لوجود قواعد عالمية قادرة على استيعاب متطلباتهم المتغيرة بتغير الأزمنة والأمكنة الأمر الذي لا تستطيع القوانين الوطنية تحقيقه برز إلى حيز الوجود مجموعة قواعد استطاعت تحقيق هذا الهدف وكانت أكثر صلة بواقع التجارة الدولية من أي قانون وطني آخر أطلق عليها باللاتينية لفظ "LexMercatoria "ومازال هذا المصطلح أكثر المصطلحات استعمالاً حتى يومنا هذا فكيف نشأت هذه القواعد وما هي المراحل التي مرّت بها ؟ وما هو أصل هذا المصطلح وهل يوجد مرادف له باللغة العربية؟ الأمر الذي سنوضحه بالأسطر القليلة القادمة.

**أولاً : النشأة والتطور المرحلي :**

كأي مفهوم قانوني آخر ولدت قواعد ال LexMercatoria بدايةً في شكلها الفطري غير المتبلور من رحم البيئة التجارية الدولية ثم تطورت شيئاً فشيئاً نتيجةً لتطور مناخ هذه البيئة حتى وصلت لما هي عليه اليوم ولعل التعرّف على نشأتها وتطورها المرحلي يساعدنا بشكل كبير في فهم ماهيتها القانونية .

**أ- نشأة ال LexMercatori :**

إنّ الحاجة إلى صهر القواعد القانونية الوثيقة الصلة بالعلاقات التجارية الدولية ضمن بوتقة عالمية كبرى أدى لظهور فكرة النظام القانوني الهجين على يد الفقية الاسكوتلندي Alan Watson [1] عام 1991 م القائمة على توحيد القواعد الناظمة للتجارة الدولية[2] بعيداً عن منهج تنازع القوانين الوطنية في سبيل حكم عقود التجارة الدولية التي تشكل جوهر هذا النوع من العلاقات، هذه الفكرة نفسها بشكلها الذي لم يكن قد تبلور كما هو عليه الآن كانت قد شكلّت ومنذ زمن طويل نواة ما يسمى lexmercatoria في عام 1923 م على يد الفقيه Wyndhm Ansties Bewes الذي ألف كتاب "رومانسية قانون التجار"[3] كرّس من خلاله

---

[1] Emily Kadens – The myth of customary law merchant – Texas law review – Vol.90:1153 –US - 2012 - P. 1161 - at : www.texaslrev.com visited on 8\4\2017.

[2] للمزيد انظر د. موسى متري – توحيد القواعد القانونية للتجارة الدولية – مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية و القانونية – مجلد 28 - عدد 2 - لعام 2012 م – ص 144 و ما بعدها .

[3] Ralf Michaels - The ture lex mercatoria law beyond the stats – Indiana journal of global legal studies – Vol. 14:2 –US - 2007 - P. 448 – at : www.scholarsgip.law.duke.edu last visit on 22\8\2016.

الحاجة لوجود قانون تجاري عالمي يحقق أكبر قدر ممكن من الفائدة للعاملين في ميدان التجارة الدولية .

**LEXMERCATORIA** مصطلح لاتيني الأصل استخدمه الفقهاء القانونيون الأجانب[1] للتعبير عن المقصود منه أما الفقهاء القانونيون العرب [2] فقد سعوا للبحث عن مرادف له باللغة العربية و لوحظ وجود اختلاف بالرأي حول تحديد هذا المرادف فاستخدم مصطلح قانون التجارة الدولي تارةً[3] ومصطلح القانون الدولي للتجار تارةً أخرى[4] كما استخدم مصطلح قانون التجارة الدولية[5] **وهي المصطلحات الأكثر شيوعاً على الصعيد العربي،** إضافة إلى مجموعة أخرى من المرادفات نذكر منها : (القانون الموضوعي للتجارة الدولية أو القانون العرفي أو قانون الأعمال عبر الدولي أو القواعد عبر الدولية أو القانون الطائفي أو القانون الاقتصادي عبر الدولي و غيرها )[6]، في حين أنّ البعض الأخر[7] قد فضّل استخدام المصطلح كما هو مكتوباً باللغة العربية "اللكس ميركاتوريا" أو بلغته اللاتينية[8]، وبالرغم من تعدد هذه المسميات فإنها من حيث النتيجة تسعى لتكريس مفهوم واحد لذا كان من الضروري برأينا توحيد المصطلح المستخدم من قبل الفقهاء العرب وحتى ذلك الوقت فإنّنا نفضل استخدام المصطلح الأصلي مكتوباً بلغته اللاتينية الأمّ lexmercatoria نظراً لاعتماده بهذا الشكل في مختلف قرارات التحكيم التجاري الدولي التي اعتمدت عليها هذه الدراسة، وبهدف تجاوز حالة التشرذم الفقهي في ايجاد المرادف القانوني له باللغة العربية إضافة لكون المصطلح اللاتيني هو الأكثر تداولاً على الصعيد العالمي في الأبحاث القانونية والدراسات الفقهية كونه الأكثر تعبيراً

---

[1] Jacqnes Bégnin – La développment de la lexmercatoria mence t-il l'ordre juridique international ?? – McGill law journal – McGill unversity – Vol.30 – Quebec – 1985 - P.478 et aprés sur : www.lawjournal.mcgill.ca visité en 22\3\2017.

[2] نادر محمد ابراهيم – مركز القواعد عبر الدولية أمام التحكيم الاقتصادي الدولي دراسة حول ماهية وتطبيق الأعراف التجارية الدولية وسوابق التحكيم في إطار واقع التحكيم الاقتصادي الدولي وأهم الأنظمة القانونية المتصلة به – دار الفكر الجامعي – الاسكندرية – 2002– ص 166 و 167 - مشار إليه لدى : د.بشار الأسعد – عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة – منشورات الحلبي الحقوقية – بيروت -2006 م – ص 146.

[3] د. محسن شفيق – اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولي للبضائع (دراسة في قانون التجارة الدولي ) – دار النهضة العربية – القاهرة - 1988م – ص 7 .

[4] د.ثروت حبيب – دراسة في قانون التجارة الدولية مع الاهتمام بالبيوع الدولية – منشأة دار المعارف – الاسكندرية – 1975 م – ص 1، و د.عكاشة محمد عبد العال – التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية و الداخلية الجزء الأول – الطبعة الأولى – دون دار نشر – 1988 – ص 255 - مشار إليهما لدى : د. بشار الأسعد – مرجع سابق – ص 146.

[5] د. طالب حسن موسى في مؤلفه : الموجز في قانون التجارة الدولية – دار الثقافة للنشر و التوزيع – عمان – 2012م .

[6] جميلة مشنان – القيمة القانونية لعادات و أعراف التجارة الدولية – رسالة ماجستير – كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية - جامعة الحسن الأولى – المغرب – 2016م – دون رقم صفحة - متاحة على: www.droitenterprise.org آخر زيارة بتاريخ 11\12\2016.

[7] د.بشار الأسعد – مرجع سابق – ص 145 .

[8] د. حفيظة السيد الحداد - العقود المبرمة بين الدول و الأشخاص الأجنبية – منشورات الحلبي الحقوقية – بيروت – 2002 م – ص 754 .

عن ماهيته القانونية[1] ومن هنا كان التعبير اللاتيني هو المعتمد بالدرجة الأولى في هذه الرسالة وخاصةً في العناوين الرئيسة إضافة إلى مرادفاته العربية الأكثر شيوعاً.

**ب – التطور المرحلي لل LexMercatoria :**

كأي مفهوم قانوني مرّ مفهوم اللكس ميركاتوريا عبر العصور بمراحل مفصلية حتى وصل إلى الشكل الذي بات عليه في وقتنا الراهن و قد كانت هذه المراحل انعكاساً طبيعياً لتطور الحياة التجارية على الصعيد العالمي ويمكن تأطير هذه المراحل ضمن ثلاث حقبات أساسية:

1 – الحقبة الأولى : وتسمى حقبة اللكس ميركتوريا القديمة The medieval LexMercatoria وقد كانت العصور الوسطى ميدانها الرحب و هي عبارة عن جملة من القواعد الناظمة لمعاملات التجار وجدت بعيداً عن تدخل الدول .

2 – الحقبة الثانية : و تسمى حقبة اللكس ميركتوريا الجديدة The new LexMercatoria و التي ظهرت بالقرن العشرين باعتبارها قواعد وأحكام قضائية دولية مرنة و غير رسمية قادرة على إيجاد قانون تجاري دولي خاص .

3 – الحقبة الثالثة : و تسمى حقبة اللكس ميركتوريا الأكثر جدّة The new new LexMercatoria و التي انتقلت فيها القواعد الناظمة لمعاملات التجارة الدولية إلى مرحلة التقنين على يد الهيئات الدولية المعنية بهذا المجال الأمر الذي تجلّى بمبادئ اليونيدروا UNDROIT PRINCIPLES المتعلقة بعقود التجارة الدولية UIPCC[2] الصادرة عن المعهد المعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص (روما) بنسخها الثلاث: الأولى عام 1994 والثانية عام 2004 والثالثة والأخيرة لعام 2010 إذ استندت جُلّ هذه المبادئ إلى ما كرّسته القرارات التحكيمية في ميدان التجارة الدولية[3] الأمر الذي دفعنا لتأسيس هذه الدراسة في الجزء الأكبر منها استناداً لهذه المبادئ، وبالرغم من اعتبار مبادئ اليونيدروا برأي جانب من الفقه[4] بمثابة تجسيد كلي لمفهوم اللكس ميركاتوريا بشكلها المقنن الحديث وذلك استناداً إلى السوابق التحكيمية المتعددة في هذا المجال والتي اعتبرت تطبيق مبادئ اليونيدروا ما هو في حقيقته إلا تطبيق لقواعد الكس ميركاتوريا نذكر منها على سبيل المثال القرار رقم 7110 لعام 1995 و القرار رقم 7375 لعام 1996 الصادران عن غرفة تجارة باريس[5]، لكنّ التسليم بهذا

---

[1] Ralf Michaels – op cit – P.461.

[2] UIPCC = Unidroit principle of international commercial contracts .

[3] Ralf Michaels – op cit - P. 449 .

[4] Élise Charpentier – les principes d'Unidroit une codification de la Lexmercatoria – Les cahiers de droit – Vol. 46 – Paris - 2005 – p.194 sur : www.papyrus.bib.umonteral.ca visité en 22\8\2016.

[5] Michael Joachim Bonell – The Unidroit principles and transnational law – Uniform Law Review – – Vol.7 – 2000 – P. 206 + 207. at : www.unidroit.org visited on 12\12\2016.

بهذا الرأي بشكل مطلق بالرغم من وجاهته تعتريه بعض الصعوبات والعقبات و السبب بذلك يعود **برأينا** إلى أنّ هذه المبادئ وعلى الرغم من وقعها القانوني المؤثر في ميدان التجارة الدولية إلا أنّها لم تنظم كافة المسائل التي تثيرها التعاملات التجارية في الميدان الدولي؛ إذ دأبت على معالجة الجانب العقدي منها متجاهلة وجود علاقات تجارية ذات صفة غير عقدية فبالرغم من نذرتها إلا أنّها موجودة ولها أحكام قد تختلف بكثير من الأحيان عن الأحكام الخاصة بالعلاقات التجارية العقدية هذا من جهة ومن جهة أخرى فإنّه حتى ضمن الإطار العقدي للعلاقات التجارية الدولية لم تتصدى هذه المبادئ لمعالجة جميع المسائل والإشكالات القانونية التي قد تثيرها العقود التجارية الدولية مما يعني أنّنا مازلنا بحاجة إلى مصادر قانونية أخرى لسد هذه الثغرات الأمر الذي يؤكد صحة رأينا.

وعليه فإنّ مبادئ اليونيدروا إضافة لبقية مصادر اللكس ميركاتوريا التي سنأتي على شرحها كفيلة بتجسيد المفهوم الحقيقي لقانون التجارة الدولية حتى أنّ الأحكام التحكيمية التي اعتبرت تطبيق اليونيدروا هو بحد ذاته تطبيق لقواعد اللكس ميركاتوريا فهذا **برأينا** توجه صحيح **إذا** نظرنا إليه من زاوية اعتبار هذه المبادئ منضوية ضمن مفهوم اللكس ميركتوريا أو باعتبارها جزءاً من كلّ أو على أبعد تقدير انعكاساً ملموساً لمفهوم اللكس ميركاتوريا ضمن قالب مكتوب.

ومن الجدير بالذكر أنّ التطور الاقتصادي العالمي أوجد فروعاً جديدة من LexMercatoria في المجالات التجارية الجزئية كالقانون التجاري الدولي الالكتروني Lex electronic[1] و القانون التجاري الدولي البحري lex maritime[2] و القانون التجاري الدولي البترولي lex petrolea و القانون الدولي التجاري التعهدي lex constuctious و غير ذلك وفقاً للمجال الخاص الذي تطبق فيه هذا النوع من القواعد[3] و السؤال المطروح متى أكون أمام Lexmercatoria من الناحية القانونية بمعنى آخر ما هو التعريف القانوني لهذا المفهوم ؟؟

[1] Fabrizio Marella and CS Yoo – Is open source software the new lexmercatoria – Virginia journal of international law - university of Pennsylvania – Vol.47:4 –US - 2007 - p. 822 – at : www.scolarship.law.upenn.edu visited on 1\4\2017.

[2] William Tetly – The general maritime law ( the lex maritime ) – J.int'l & commerce – Vol .20 – US – 1994 – P.105 at : www.heinoline.org visited on 22\3\2017.

[3] Charles Molineaux – Moving towad a construction lex mercatoria a lex construction – journal of international arbitration – Vol. 14:1 - Klwer law international publications – 1997 – at : www.kluwerlawoline.com visited on 22\3\2017.

**ثانياً : صعوبة التعريف وسهولة التوصيف :**

لم يأت أي من مشرعي الدول العربية أو الأجنبية على ذكر تعريف محدد لقانون التجارة الدولية أو القانون الدولي للتجار "LexMercatoria" إلا أنّ الفقه كان ومازال يسعى نحو ذلك، الأمر الذي لم يتحقق حتى اليوم و السبب عائد لكون مفهوم قانون التجارة الدولية من المفاهيم الإشكالية المتغيرة والتي يصعب تأطيرها ضمن قالب جامد ومع ذلك فقد وجدت محأولات دؤوبة بهذا الصدد نذكر منها :

**أ- تعريف ال LexMercatoria على الصعيد المؤسساتي :**

عُرّف قانون التجارة الدولية ( LexMercatoria ) في تقرير الأمين العام للأمم المتحدة عام 1965 م بأنّه :" مجموعة القواعد التي تسري على العلاقات التجارية المتصلة بالقانون الخاص و التي تجري بين دولتين أو أكثر " [1]

لقد تميز هذا التعريف بتحديده للنطاق الموضوعي و الشخصي لقواعد قانون التجارة الدولية إذ تجلّى النطاق الموضوعي لتطبيقه على "**العلاقات التجارية**" في حين تجسّد النطاق الشخصي للتطبيق فيما بين "**أشخاص القانون الخاص**"[2]، لكن يؤخذ على هذا التعريف **برأينا عدّة مأخذ** فهو لم يحدد ماهية هذه القواعد فيما إذا كانت تتمتع بالصفة القانونية وبالتالي يترتب على مخالفتها مسؤولية قانونية أم لا ؟ كما لم يحدد ما إذا كانت ذات مضمون موضوعي أم إجرائي[3] ؟ أضف لهذا وذاك أنّه غفل عن تحديد مصادرها وما إذا كانت مستقلة بوجودها عن الأنظمة القانونية الوطنية أم أنّ وجودها مرتبط بإرادة المشرع الوطني ؟

---

[1] د.محسن شفيق - مرجع سابق – ص 7 .

[2] بعض الفقه لم يقصر النطاق الشخصي لقانون التجارة الدولية على أشخاص القانون الدولي الخاص بل وسع نطاقه ليشمل أيضا العلاقات التجارية بين أشخاص القانون الدولي العام (الدول) وأشخاص القانون الدولي الخاص تحت مسمى عقود الدولة ومن الجدير بالذكر أنّ الدول تكون تارةً من أشخاص القانون الدولي العام وتارةً من أشخاص القانون الدولي الخاص تبعاً لما إذا كانت قد احتفظت بتعاملاتها بالصفة السيادية أم لا، للمزيد حول هذا الاتجاه الفقهي انظر :

Mohammad Manirruzzman – The lex Mercatoria and international contracts : A challeng for international commercial arbitration ? – international law review – American university – Vol.14 – Issue.3 – Art 2 – 1999 – P.662 at : www.digitalcommons.wcl.american.edu visited on 1\2\2017.

[3] تقسم القواعد القانونية من حيث موضوع العلاقات التي تنظمها إلى قواعد قانونية موضوعية و قواعد قانونية إجرائية أو شكلية تبعاً لتقسيم القانون إلى قانون موضوعي يتضمن أحكام موضوعية تنظم المراكز القانونية للأشخاص حيث تبين حقوقهم و واجباتهم و آثارها و طرق انتقالها أو انقضائها و قانون إجرائي يتضمن أحكام إجرائية تبين الأوضاع المتبعة لاقتضاء الحقوق أو اداء الواجبات التي قررتها القواعد الموضوعية . انظر : د. سليمان مرقص – الوافي في شرح القانون المدني (المدخل إلى العلوم القانونية) – الجزء الأول – الطبعة السادسة – المنشورات الحقوقية – بيروت – 1998 - ص 66 .

واسقاطاً على موضوع دراستنا وباعتبار أنّ قواعد ال **Lexmercatoria** تهتم بالدرجة الأولى بتنظيم العلاقات القانونية بين المتعاملين في ميدان التجارة الدولية مما يكسبها الصبغة الموضوعية بالمقام الأول إلا أنّها برأينا قد لا تخلو من جانب شكلي يتصل بالإجراءات التي يتعين على هيئة التحكيم اتباعها وهو ما يسمى بال **Lex arbitri** فيما إذا اعتبرناها تمثل الجانب الاجرائي من قواعد اللكس ميركاتوريا والتي غالباً ما توضع من قبل مراكز التحكيم التجارية الدولية وأحدث مثال عليها اجراءات التحكيم والوساطة الصادرة عن غرفة تجارة باريس بنسختها المنقحة لعام 2017 ومن الجدير بالذكر أنّه وفقاً للمادة 22 من قانون التحكيم السوري رقم 4 لعام 2008 فإنّ "للأطراف الحق بالاتفاق على الاجراءات التي يتعين لهيئة التحكيم اتباعها بما في ذلك حقهما في

**ب- تعريف ال LexMercatoria على الصعيد الفقهي :**

تعددت التعاريف الفقهية لقانون التجارة الدولية ( LexMercatoria )على الصعيدين العربي والأجنبي دون أن تتفق حول مفهوم واحد و قد اخترنا منها التعريف التالي : قانون التجارة الدولية هو "مجموعة القواعد عبر الدولية المستقلة عن الأنظمة القانونية الداخلية وعن النظام القانون الدولي العام تجد مصدرها في الأعراف التجارية الدولية و المبادئ العامة التي يستقر عليها قضاء التحكيم التجاري الدولي و تقدم تنظيما قانونياً و حلولاً ذاتية لمعاملات التجارة الدولية"[1].

و بالرغم من ملاءمة هذا التعريف لجهة أنّه ركز على عنصر استقلالية هذه القواعد عن القوانين الوطنية من جهة وعن القانون الدولي العام من جهة أخرى لكنه منقوص لناحيتين: **الأولى** أنّه لم يحدد كما سابقه الطبيعة القانونية لهذا النوع من القواعد ومضمونها، و **الثانية** أنّه قصر مصادر قانون التجارة الدولية على مصدرين هما الأعراف و المبادئ العامة التي استقر عليها قضاء التحكيم وبالرغم من أهمية هذين المصدرين إلا أنّ هناك مصادر أخرى لقواعد قانون التجارة الدولية لا يمكن انكار وجودها في وقتنا الراهن سنتعرف عليها مفصلاً بالأسطر القادمة.

ويلاحظ من خلال التعريفات السابقة أنّها لم تجد صعوبة بتوصيف اللكس ميركاتوريا من الناحية الشكلية أو النظرية باعتبارها قواعد أفرزتها مقتضيات العمل التجاري الدولي وهذا لا خلاف عليه ولكن الصعوبة تكمن بتعريفها من الناحية القانونية العملية إذ كان كلٌّ منها منقوصاً لجهة ما وكلٌّ منها كان يكمل الآخر في نقطة ما، و**برأينا فإنّه** بالرغم من سهولة التوصيف فإنّ لصعوبة التعريف ما يبرره والسبب يكمن في خصوصية قواعد قانون التجارة الدولية التي مازالت محل جدل وخلاف فقهي لناحية مصدرها، طبيعتها القانونية، قوتها الملزمة ، دخولها مرحلة التقنين ، اختلاف زوايا النظر إليها باختلاف الأنظمة الاقتصادية و الأنظمة القانونية واختلاف المصالح بين التجار ، خضوعها للتغير المستمر، دور قضاء التحكيم في خلقها وتشكيلها ، توقف وجودها على إرادة المشرع الوطني من عدمها وغير ذلك من الإشكالات القانونية.

---

اختيار القواعد النافذة في أي منظمة أو مركز ذائم للتحكيم في سوريا أو خارجها وإذا لم يوجد هكذا اتفاق يكون لهيئة التحكيم أن تختار إجراءات التحكيم التي تراها مناسبة" .

[1] د.بشار الأسعد – مرجع سابق - ص 147 .

**وبرأينا فإنّ وضع تعريف جيد لقواعد قانون التجارة الدولية LexMercatoria يقتضي منا دراسة ماهية هذه القواعد الأمر الذي يتمّ برأينا من خلال تحديد المرتكزات القانونية التالية :**

1- طبيعتها القانونية (هل تتمتع بصفة القانون أم لا) ؟

2- مصادرها (مماذا تتكون ) ؟

3 – مضمونها ( هل هي قواعد موضوعية أم إجرائية) ؟

4- ما هو نطاق تطبيقها (الموضوعي و الشخصي) ؟

5 – ما مدى استقلالها عن القوانين الوطنية ؟

6- من هي الجهة المخولة بتطبيقها (القاضي / المحكم / كلاهما) ؟

**و لعلّ الإشكالية تكمن برأينا بأنّ كلّ مرتكز من هذه المرتكزات كان مثاراً للنقاش والجدل الفقهي على المستويين العربي والأجنبي حتى اليوم وسبباً في إثارة العديد من الإشكاليات القانونية الأمر الذي يُظهر صعوبة في مسألة وضع تعريف كامل شامل لقواعد الLexMercatori في الوقت الراهن .**

## الفرع الثاني: مبدأ حسن النية كأحد مصادر ال LexMercatoria

لسنا هنا بصدد الحديث عن مبدأ حسن النية بحد ذاته باعتبار أنّنا خصصنا له بالشرح والتحليل فصلين كاملين من هذه الرسالة وإنما ما نحن بصدده الآن هو وضع إطار قانوني لدراسة هذا المبدأ **وهنا تكمن** "**الخطوة الجديدة**" التي خطتها هذه الرسالة بتناولها لهذا المبدأ من وجهة نظر حديثة بعيدة عن الرتابة والتقليد ومن منطلق انضواء هذا المبدأ ضمن المبادئ القانونية العامة التي تشكل كما سنرى بالأسطر القادمة أحد مصادر قانون التجارة الدولية .

**أولاً – المبادئ العامة للقانون :**

استقر في علم القانون مجموعة من المبادئ القانونية العامة العليا التي تستند عليها جلّ معطياته دونما حاجة لنص تشريعي ينص عليها لأنها تستند إلى مقتضيات العقل والمنطق وضرورات الحياة الاجتماعية والاقتصادية أو ما يسمى من الناحية العلمية القانونية "**بالقانون الطبيعي**"، وقد كان اتصاف هذه المبادئ بالعمومية و التجريد مما يسمح بتطبيقها على مسائل قانونية مختلفة باعتبارها قاعدة القواعد القانونية التي تقبل الانطباق على قواعد قانونية أخرى بحيث تكون هذه الأخيرة هي تطبيق لها كان السبب وراء تسميتها بالمبادئ العامة للقانون أو المبادئ القانونية العامة، وقد انقسمت الآراء الفقهية في مسألة تحديد مفهوم هذه المبادئ في اتجاهين مختلفين[1]:

**أ– الاتجاه الأول :**

نحا نحو وضع تعريف قانوني محدد لهذه المبادئ كالفقيه "بيسكاتوري" الذي عرفها بأنّها : "مجموعة من المبادئ التي تستخدم في توجيه النظام القانوني، من حيث تطبيقه وتنميته، ولو لم يكن لها دقة القواعد القانونية الوضعية وانضباطها" .

**ب – الاتجاه الثاني :**

تحاشى وضع تعريف محدد لها معتبراً أنّه لا يمكن التعرف عليها إلا عند مخالفتها كالفقيه "ريبير" فإنّ كان من الصعب تعريف المبدأ الأساس في احترام الملكية الخاصة إلا أنّ التعرف عليه يظهر عند مصادرة الملكية دون مقابل وبطريقة تحكمية.

[1] فارس حامد عبد الكريم – دور المبادئ العامة للقانون في تطوير النظام القانوني و القضائي – مقال علمي قانوني نُشر بتاريخ 2014 - دون رقم صفحة – متاحة على الموقع الرسمي لوكالة الخبرية الالكترونية : www.non14.net آخر زيارة تمّت بتاريخ 2016\12\2 .

و**برأينا فإنّه** من الصعوبة بمكان وضع تعريف ثابت للمبادئ العامة للقانون والعلّة بذلك واضحة كون هذه المبادئ عصية على الحصر و التحديد باعتبارها قابلة للخلق والتطور النسبي بمرور الزمن الأمر الذي يؤدي بطبيعة الحال لصعوبة في تعريفها فهي **برأينا** من حيث النتيجة لا تعدو كونها قانون غير مكتوب استقر في ذهن وضمير الجماعة أملته العدالة المثلى استناداً الى المنطق والعقل والحدس وطبيعة الأشياء ولا تحتاج الى نص يقررها ويمكن أن تُستمد منها قواعد قانونية ملزمة يتعين الخضوع لها باعتبارها قانون طبيعي، تعود مهمة استنباطها بالدرجة الأولى للقاضي الذي يكشف عنها ويقررها ويعلنها من خلال أحكامه معطياً إياها القوة الإلزامية، ومن ثم يتعين على الجميع احترامها والالتزام بها، ويعد كلّ تصرف مخالف لها مشوباً بعيب مخالفة القانون

تتعدد التصنيفات القانونية لهذه المبادئ فمنها ما هو متصل بالقانون الدولي العام ومنها ما هو متصل بالقانون الدولي الخاص ومنها ما هو متصل بالقوانين الداخلية و تسمى الأخيرة بالمبادئ المشتركة أو المبادئ التي أقرّتها الأمم المتمدنة[1] أضف لذلك المبادئ القانونية العامة المرتبطة بالقانون الدولي والداخلي بآنٍ معاً[2]، **ولكن ما يهمنا بصدد هذه الدراسة بالدرجة الأولى هو المبادئ العامة لقانون التجارة الدولية Lexmercatoria على وجه التحديد والتي تختلف عن غيرها من المبادئ العامة للقانون بسبب تخصصها في ناحية قانونية معينة وهي ناحية العلاقات التجارية الدولية المتصلة بالقانون الخاص إذ يعود الفضل في استخلاصها وإبرازها إلى حيز الوجود القانوني إلى السوابق التحكيمية في ميدان المعاملات التجارية الدولية**[3]؛ ويأتي في مقدمة المبادئ العامة لقانون التجارة الدولية مبدأ حسن النية بدلالة القرارات التحكيمية المتواترة في ميدان التجارة الدولية ونذكر منها على سبيل المثال القرار التحكيمي رقم 5953 الصادر عن غرفة تجارة باريس لعام 1989م ومفاده :

" **من بين المبادئ الأكثر عمومية هو بلا شك مبدأ حسن النية و الذي يوجد في كافة الأنظمة القانونية سواء الوطنية كانت أو الدولية، بحيث يعد حسن النية بالفعل قانون التجار الدولي، فحسن النية مفترض دائماً و يجب أن يهيمن على مفاوضات العقود و تفسيرها كما يهيمن على تنفيذها**"[4]

---

[1] د. أحمد عبد العزيز و د. وفاء فلحوط – مرجع سابق – ص 144 .

[2] د. حفيظة السيد الحداد – مرجع سابق – ص 768 .

[3]Mohammad Manirruzzman – The lex Mercatoria and international contracts : A challeng for international commercial arbitration ? – opcit – p. 657 .

[4] بلحاح العربي – الإطار القانوني للمرحلة السابقة على إبرام العقد بالقانون المدني الجزائري – دراسة مقارنة – دار وائل للنشر – عمان -2010 - ص 71 - مشار إليه لدى : أ.م.د.ذكرى حسين و استبرق حمزة - التفاوض بحسن نية و التزامات أطراف التفاوض بمرحلة ما قبل العقد – مجلة المحقق حلي – العدد 4 – السنة 6- العراق - 2014 م – ص 290 - متاحة على : www.mauhakik.com تاريخ زيارة الموقع: 25\1\2017.

بالرغم من النقد الذي تعرض له مبدأ حسن النية على يد بعض الفقهاء القانونيين[1] المناهضين لنظرية القانون الطبيعي الذين دعوا القضاء إلى اقصاء هذا المبدأ بسبب طبيعته القانونية العصية على التحديد إلا أنّ أمر كهذا **برأينا** لا يفقده أهميته القانونية في المعاملات المدنية والتجارية على حدٍ سواء وذلك على الصعيدين الدولي والداخلي باعتباره أداة لحث القاضي أو المحكم على التحرر والخلق والابداع وهو ما حاولنا إثباته من خلال هذه الرسالة العلمية؛ ولعل القرار التحكيمي آنف الذكر يشكل صلب هذه الدراسة العلمية لثلاثة أسباب : فهو من جهة يؤكد على الوجود القانوني لمبدأ حسن النية على الصعيد الدولي والوطني، ومن جهة أخرى يكرّس أهمية مبدأ حسن النية في العقود التجارية الدولية بشكل خاص في مرحلة ما قبل التعاقد ( المفاوضات) و في مرحلة ما بعد التعاقد ( التنفيذ )، أضف لهذا وذاك تناوله لهذا المبدأ بوصفه أحد المبادئ العامة بل الأكثر عمومية من بين مبادئ القانون الدولي للتجار أو قانون التجارة الدولية Lexmercatoria، و**برأينا فإنّ** الفهم الجيد لهذا القرار التحكيمي يعني الفهم الجيد للنظرية التي حاولت هذه الرسالة بلورتها...

**ثانياً : مصادر ال LexMercatoria :**

أنشأ الفقه المقارن[2] نظريتان فيما يتعلق بمصادر اللكس ميركاتوريا النظرية الأولى وهي النظرية التقليدية وتسمى "النظرية المضيقة" في حين أنّ النظرية الثانية هي النظرية الحديثة وتسمى "النظرية الموسعة" والمتتبع لهاتين النظريتين وبالرغم من اختلافهما في كثير من النقاط إلا أنهما اتفقا حول نقطة معينة ترتكز عليها هذه الدراسة في جانب منها سوف نستنتجها بعد التعرض لهاتين النظريتين بشرح مختصر ..

**أ – النظرية المضيقة ( النظرية التقليدية ) :**

كرّسها الفقيه الفرنسي Goldman[3] إذ وفقاً لهذه النظرية تقتصر اللكس ميركاتوريا على مصدريين أساسين لا ثالث لهما؛ الأول يتجلّى بالمبادئ القانونية العامة التي استقر قضاء التحكيم التجاري الدولي عليها ولعل أبرزها مبدأ حسن النية في التعامل التجاري، في حين أنّ المصدر الثاني يتكون من الأعراف والعادات المتعلقة بالتعاملات التجارية الدولية وهي على

[1] Béatrice Jaluzot – La bonne foi dans les contrats (étude comparative de droit francais, Allmend et Japonais – Dalloz – Paris – 2001 – p. 40 .

[2] Cesa Baron – Do the UNIDROIT principles of international commercial contracts form a new lexmercatoria ? – Pace institute of international commercial law – New York - 1998 – P.6 at : www.cisgw.law.pace.edu visited on 19\11\2016 .

[3] Michael Frischkorn – Definition of lex mercatoria and the effect of codification on lexmercatoria flexibility – European journal of law reform – Vol.7- No.3/4 – Eleven international publications – 2006 – P.333 at : www.documents.jdsupra.com visited on 5\2\2017.

نوعان[1] العادات والأعراف السائدة في السوق التجارية الدولية عموماً والعادات والأعراف السائدة بين أطراف الصفقة التجارية خصوصاً، **وهنا يثور السؤال عن الفرق بين كلّ من العرف و العادة من حيث القيمة القانونية ولاسيما على الصعيد الدولي ؟**

فإذا كان الفرق بينهما يبدو واضح على الصعيد الداخلي أو المحلي[2] فإنّه ليس بنفس درجة الوضوح على الصعيد الدولي[3] إذ تختلط العادات بالأعراف وتنصهر في بوتقة قانونية كبرى مما دعا جانب من الفقه[4] لعدم التفريق بينهما من حيث القيمة القانونية وعلى رأسهم الفقيه الفرنسي فوشارد الذي اعتبر" أنّ العادة تعني كلّ ما هو معروف في القانون التجاري وهذا هو معنى العرف الذي يوّظّف لوصف ظاهرة تجارية معروفة "، ووفقاً لهذا الرأي فإنّ القاضي يستطيع تطبيق العادة بمجرد الاقتناع بوجودها ووقوع المسألة محل النزاع في مجال تطبيقها طالما لم يُتفق على استبعادها، في حين أنّ معظم الفقه[5] رفض الخلط بين المصطلحين سواء على الصعيد الوطني أم الدولي معتبراً العادة تمثل مرحلة وسط بين القاعدة القانونية و القاعدة العرفية أو أنّها تشكل قواعد مكملة لنصوص العقود الدولية مع التسليم بإمكانية تحول العادة إلى عرف في كثير من الحالات وهذا منحى جدير بالتأييد، و**برأينا فإنّه** و بصرف النظر عن وجود اختلاف من عدمه بين العرف والعادة في ميدان التجارة الدولية لناحية القيمة القانونية مع ما يولدّه ذلك من آثار، لا خلاف يذكر حول اعتبار كلاً من العادات و الأعراف التجارية الدولية أحد أهم مصادر اللكس ميركاتوريا والتي تتسم ببطء التكوين وتلقائية النشأة وهو ما يعنينا هنا بالدرجة الأولى وخير دليل على صحة رأينا ما جاء باتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة بالبيع الدولي للبضائع[6] CISG والمسماة عرفاً باتفاقية فيينا التي نظمت الأحكام الشكلية

---

[1] Prof Pierre Mousseron – les usages dans les contracts internationoux – université de Monpillier - Rev. jur. Com – France - janvier-février 2011 – P.438 – sur : www.slconf.ua.eu.ae visité en 5\2\2017.

[2] من الجدير بالذكر أنّه ووفقاً للمادة 3 من **القانون رقم 131 لسنة 1959 المتعلق بتنظيم الغرف التجارية في القطر العربي السوري** وهي مؤسسات ذات نفع عام غايتها خدمة المصالح التجارية وتمثيلها والدفاع عنها والعمل على ترقيتها فإنّ غرف التجارة تتمتع بصلاحية تحديد العرف التجاري ووفقاً للواقع العملي الميداني في أروقة المحاكم السورية فإنّ القاضي التجاري يستعين بهذه الغرف في سبيل تحديد الأعراف التجارية السائدة على الصعيد المحلي والدولي في بعض الأحيان وهذا ما استنتجناه أيضاً من خلال زيارتنا الميدانية لغرفة تجارة ريف دمشق في كانون الأول 2017 م .

[3] Jean François Riffard – à la recherché de la coutume en droit commercial – La Reve (la coutume) – No.2– 2013 – center Michel de hospital – Université d'Auvergne – France – 2012 – P.69 – sur : www.bibliotheque-des-usages.cde-monpillier.com visité en 1\4\2017 .

[4] Phillipe Foucharde – Les usages , l'arbité et le juge *in* le droit des relation économiques internationales – étude offertes à Berthold Goldman – Paris- 1982 – P.67- désigné par : Ibid – P. 71.

[5] Pierre Mousseron –La renouveau dans la preuve des usages : des parères aux opinions de coutume – Journal des sociétés – No.92 –France - 2011 – P. 25 et après – sur : www.bibliotheque-des-usages.cde.mintpellier.com visité en 3\4\2017

[6] CISG = United nation convention on contracts for international sale of goods and international commercial law .

والموضوعية لعقد البيع الدولي للبضائع حيث تمّ إقرارها عام 1980 م وصادقت عليها الجمهورية العربية السورية عام 1982 وبدأ العمل بها فعلياً في اليوم الأول من عام 1988م، وتحديداً بالمادة التاسعة الفقرة الأولى منها التي فرضت على عاتق الأطراف المتعاقدة الالتزام بالأعراف وبالعادات التجارية على حدٍ سواء .

يعاب على النظرية المضيقة **برأينا أنّها** تجاهلت التطور المرحلي الذي مرّت به قواعد اللكس ميركاتوريا فإذا سلمنا بجدواها عند الحديث عن اللكس ميركاتوريا القديمة فإنّ الأمر مختلف بالنسبة للكس ميركاتوريا الحديثة أو الأكثر حداثة التي أكدّت أهمية توسيع نطاق مصادر اللكس ميركاتوريا لتقوم بخدمة الحاجة التي وجدت أساساً من أجلها والمتجلية باعتبارها بديل للقوانين الوطنية في حكم المسائل الخاصة بأمور التجارة الدولية فهي لن نستطع **برأينا** العبء بهذه المهمة إذا نظرنا إليها نظرة مضيقة وقصرنا مصادرها على الأعراف التجارية و المبادئ القانونية العامة هذا من جهة ومن جهة أخرى لا يمكننا إنكار تأثير المصادر الأخرى التي نادى بها أنصار نظرية الاتجاه الموسع بشكل مباشر و غير مباشر على هذين المصدرين مما يؤكد ضرورة توسيع مضمار اللكس ميركاتوريا من هنا كان لابدّ من التعرض للنظرية الموسعة لمصادر اللكس ميركاتوريا.

**ب – النظرية الموسعة ( النظرية الحديثة ) :**

تبناها الفقيه الدنيماركي lando [1] إذ لم تعد وفقاً لهذه النظرية العادات و الأعراف التجارية إضافة للمبادئ القانونية العامة التي أقرّها التحكيم التجاري الدولي هي وحدها مصادر للكس ميركاتوريا و إنما امتدت هذه المصادر لتشمل كلاً من :

1– الاتفاقيات الدولية والتشريعات الإقليمية في المجالات التجارية : نظراً لتطور ماهية الروابط التجارية الدولية الخاصة ولاسيما ذات الشكل العقدي لجأت الدول فيما بينها لإبرام اتفاقيات ثنائية أو متعددة الأطراف تضمنت قواعد مادية موحدة لحكم مختلف المسائل التجارية الدولية اعتبرها الفقه[2] أحد أهم مصادر قانون التجارة الدولية، وهذا النوع من الاتفاقيات يختلف بدوره عن الاتفاقيات التي لا تصبو لتوحيد القواعد الموضوعية المتعلقة بمعاملات التجارة الدولية[3]؛ فهذه الأولى دون الأخيرة تساهم بشكل مباشر في تطبيق قواعد التجارة الدولية من خلال تبنيها لتلك القواعد في أحكامها بحيث تصبح جزء لا يتجزأ من

[1] Mohammad Manirruzzman – The lexmercatoria and international contracts : A challenge for international commercial arbitration? -op cit – P.665 .

[2] د.هشام علي صادق - القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية (دراسة تحليلية مقارنة) – منشأة المعارف – الاسكندرية – 1995 م – ص 539 .

[3] مثل الاتفاقية العامة بشأن التعرفة الجمركية والتجارة (الجات) التي عقدت عام 1947 والاتفاقية العامة بشأن التجارة في الخدمات(الجاتس) التي أضحت سارية المفعول نتيجة مفاوضات الأرغواي عام 1995 ..

مضمونها، إذ تتمتع هذه الاتفاقيات بصفة القانون بعد تصديقها أصولاً في النطاق الإقليمي للدولة الموقعة عليها وعليه في حال إدراج أحكام هذه الاتفاقية في النظام الوطني لدولة ما فإنّ تطبيق هذا النظام يعني تطبيق أحكامها ويعني بشكل أكثر تحديداً تطبيق قواعد التجارة الدولية، ولعل الميدان الدولي يذخر بجملة من الاتفاقيات الدولية من هذا القبيل نذكر منها على سبيل المثال لا الحصر : اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولي للبضائع (اتفاقية فينا) لعام 1980 والتي سنعتمد عليها كثيراً في هذه الرسالة، أما فيما يتعلق بالتشريعات الإقليمية فقد كان للاتحاد الأوروبي باع طويل في سنها وهي تتمتع بدورها بصفة القانون باعتبارها صادرة عن جهاز تشريعي ذي صفة إقليمية يتمثل بالبرلمان الأوروبي ولعل قانون العقود الأوروبي الموحد PECL[1] الصادر عام 2002 م والذي سنتطرق إليه في عدّة أمكنة من رسالتنا يأتي في مقدمتها بسبب اعتماد دول الاتحاد الأوروبي عليه بشكل ملحوظ لسد الثغرات التشريعية في قوانينها الوطنية مما دعا الفقه[2] ليس فقط لاعتباره جزء من اللكس ميركاتوريا وإنما لاعتباره يجسّد بحد ذاته مفهوم اللكس ميركاتوريا الجديدة، كما ويدخل ضمن بوتقة التشريعات الإقليمية جملة من الأوامر التوجيهية الصادرة عن البرلمان الأوروبي فيما يتعلق بشتى مجالات التجارة بين دول الاتحاد نذكر منها على سبيل المثال التوجيه الأوروبي رقم EC/2000/31 للبرلمان الأوروبي بشأن بعض الجوانب القانونية لخدمات مجتمع المعلومات لاسيما في مجال التجارة الالكترونية .

2- العقود النموذجية و الشروط العامة : العقود النموذجية هي عبارة عن عقود معدّة سلفاً من قبل جهات مهنية يختص كلّ منها في أحد مجالات التجارة الدولية وفق نماذج متعارف عليها تراعي متطلبات الحياة العملية للعاملين بهذا المجال أو ذاك؛ إذ يختار المتعاقدون من بينها النموذج الذي يتناسب مع ظروف تعاقدهم و ما على أطراف العقد سوى ملء بعض الفراغات و توقيعها بحيث تصبح ملزمة للأفراد في حال قبولها أصولاً ولهم مطلق الحرية في تبنيها كما هي أوتعديلها وإحلال بعض شروطها وأحكامها بغيرها، ولعل أشهرها عقود جمعية لندن لتجارة الحبوب GAFTA التي ساهمت بتوحيد القواعد السائدة في هذا المجال على المستوى العالمي، وعادة ما تتبنى العقود الدولية شروط عامة متعلقة بمحل العقد بحيث أصبحت توصف بالعقود النموذجية بالرغم من الاختلاف بين المصطلحين، إذ أنّ الشروط العامة التي يشير إليها العقد الدولي تضم جملة من البنود التي يستعين بها المتعاقدون في إتمام عقدهم

[1] PECL = Principle of European contract law .

[2] Zeeshan Mansoor – Principles of European contract law : an autonomous lex mercatoria or a part of universal lex mercatoria ? - Int . J . of privet law – Vol.6 – No.1 – 2013 – P. 24 and after at : www.inderscience.com visited on 10\10\2016.

فيضمنوها عقودهم و يكملونها فيما بعد بما يتفقون عليه من مسائل تفصيلية ولعل أشهرها الشروط العامة لأعمال الإنشاءات الهندسية المدنية الموضوعة من قبل الاتحاد الدولي للمهندسين الاستشاريين FIDIC بالتعاون مع الاتحاد الدولي للمباني والأشغال العامة FIBTP في حين أنّ العقود النموذجية هي مجموعة متكاملة من الشروط تتضمن كلّ تفاصيل العقد يتبناها الأطراف برمتها تحتاج فقط لإضافة البيانات الشخصية و بيانات محل العقد [1] .

3- قواعد السلوك في مجال التجارة الدولية : توضع هذه القواعد من قبل جهات دولية متخصصة ولفهم المقصود منها نضرب مثال عليها القواعد الموحدة لمصطلحات التجارة الدولية "الإنكوترمز Incoterms Rules " الصادرة عن غرفة التجارة الدولية ICC و هي مجموعة قواعد متعارف عليها دولياً غايتها تفسير أهم المصطلحات في عقود التجارة الدولية لخلق فهم عام ومشترك بين المتعاملين الدوليين، كونها توضح تقسيم المهام، والتكاليف، والمخاطر المتعلقة بتسليم البضائع من البائع إلى المشترى مما يساهم في التقليل من حالات الغموض التي تكتنف تفسير هذه المصطلحات في مختلف البلدان ومن بين أشهر هذه المصطلحات نذكر على سبيل المثال FOB (تسلم على ظهر السفينة) وCIF (النفقات والتأمين وأجور الشحن).

وقد استحدثت غرفة التجارة الدولية إلى جانب المصطلحات التجارية مذكرات إرشادية لقاعدة كلّ مصطلح عام 2010م مع شرح أساسيات كلّ قاعدة مثل وقت الاستخدام، وعند حدوث أي مخاطر، وكيفية تقسيم التكاليف بين البائع والمشترى، وقواعد الأنكوترمز خاضعة بطبيعة الحال للتطور المستمر الذي يتناسب طرداً مع تطور الحياة التجارية وخير دليل على ذلك تتالي إصداراتها المنقحة بدءاً من عام 1936 مروراً بالأعوام 1953 و 1990 و 2000 و 2010 وصولاً إلى تنقيحها الأخير بتاريخ 2 أغسطس لعام 2016 م [2].

4- القوانين التجارية النموذجية ( الموحدة أو النمطية)[3] وكما يدل عليها اسمها فهي مجرّد نماذج أو قوالب قانونية يمكن للأطراف اعتمادها بوصفها القانون الواجب التطبيق على العقد كما هي أو بعد تعديلها كما يمكن اعتبارها منطلقاً لوضع قواعد قانونية مختلفة على المستوى الداخلي، و خير مثال عليها ما دأبت على إصداره لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي

---

[1] د. محمود سمير الشرقاوي - العقود التجارية الدولية (دراسة خاصة لعقد البيع الدولي للبضائع)– دار النهضة العربية – القاهرة – 1992 م – ص 15 .

[2] للإطلاع على هذه الإصدارات باللغتين العربية و الأجنبية راجع الموقع الالكتروني التالي : www.iccwbo.org آخر زيارة للموقع تمّت بتاريخ 16\12\2016.

[3] Richard Howarth – Lexmercatoria : can general principle of law govern international commercial contact – university of Canterbury publications – new Zealand – 2004 – without page number at : www.nzlii.org visited on 5\12\2016.

Unicitral إذ عملت هذه المنظمة على إعداد نصوص قانونية في مجالات التجارة الدولية المختلفة لاسيما الالكترونية منها وقد أثمر عملها عن نتائج عدّة نذكر من بينها :
قانون الأونسيترال النموذجي بشأن التجارة الالكترونية، وقانون الأونسيترال النموذجي بشأن التوقيعات الالكترونية التي تُقدّم إرشادات مفيدة للدول المقبلة على التجارة اللاورقية ويساهم بزيادة الثقة بين المتعاملين بالتجارة الالكترونية[1] ولقد اعتمدت هذه النصوص في عدد غفير من السوابق القضائية والتحكيمية، وتُعتبر أيضاً معايير دولية تُمكن من إجراء العديد من المعاملات التجارية على أساس قانوني.
**نستنتج من خلال التعرض السابق لكلا النظريتين:** أنّه لا خلاف بينهما على اعتبار المبادئ العامة للقانون التي كرّستها القرارات التحكيمية في ميدان العقود التجارية الدولية أحد أهم مصادر قانون التجارة الدولية[2] بالرغم من الاختلاف البيّن بينهما حول حجية المصادر الأخرى، وباعتبار أنّ مبدأ حسن النية في العقود التجارية الدولية ينضوي بحد ذاته ضمن نطاق هذه المبادئ[3] فإنّ الحديث عن تطبيق مبدأ حسن النية و مقتضياته في العقود التجارية الدولية يعني من حيث النتيجة الحديث عن تطبيق قواعد اللكس ميركاتوريا باعتباره أحد مصادرها[4] الثابتة ، و**برأينا فإنّ** الوجود القانوني لمبدأ حسن النية ضمن النطاقين التجاري و الدولي إن لم يكن يضاهي فقد يفوق أهمية وجوده ضمن النطاقين غير الدولي و غير التجاري **بسبب الطبيعة الخاصة للمعاملات التجارية ذات الصبغة الدولية و ما تفرضه من سرعة و ثقة و ائتمان الأمر الذي دفعنا لتناول هذا المبدأ لا من وجهة نظر القوانين الوطنية فحسب بل من وجهة نظر قانون التجارة الدولية بالدرجة الأولى،** ومن الجدير بالذكر أنّ مسألة تكييف القاضي للعلاقة القانونية محل النزاع فيما إذا كانت ذات طابع دولي أم داخلي هي مسألة قانون يخضع فيها لرقابة محكمة النقض[5] .

[1] د. بسام شيخ العشرة و د. حنان مليكة – التجارة الالكترونية – الجامعة الافتراضية السورية – 2012/2011 م – ص 22 .
[2] د. هشام علي صادق – مرجع سابق – ص 223 .
[3] Lorena Carvajal Arenas – Good faith in lex mercatoria – analysis of arbitral practice and major western legal systems –PHD these - university of Portsmouth - london – 2011 - P.157 at : www.eprints.port.ac.uk last visite 18\8\2016.
[4] Michael Frischkorn – op cit – P. 340 .
[5] د. أحمد عبد العزيز و د. وفاء فلحوط – مرجع سابق – ص 29 .

## المطلب الثاني: أثر تحديد الطبيعة القانونية لل LexMercatoria على مبدأ حسن النية

**تطلق الصفة القانونية على كلّ قاعدة قانونية سواء أكانت مكتوبة أم غير مكتوبة ويترتب على مخالفتها مسؤولية قانونية وهو ما يسمى بالمؤيد أو الجزاء، فالقاعدة القانونية هي النواة أو الخلية التي يقوم عليها القانون وتهدف لتنظيم الروابط الاجتماعية عن طريق انشاء الحقوق وفرض الواجبات غايتها نفعية تتمثل في إقرار النظام والاستقرار في المجتمع والمحافظة على كيانه ومن مجموع لتلك القواعد القانونية التي تنظم العلاقات بين الأفراد في مجال معين ينشأ النظام القانوني[1].**

وهنا يثور السؤال عما إذا كانت قواعد اللكس ميركاتوريا تتمتع فعلاً بالصفة القانونية وبالتالي تشكل بمجموعها نظاماً قانونياً يحكم العلاقات التجارية الدولية (فرع أول ) أم لا (فرع ثاني)؟ في الواقع إنّ الإجابة على هذا التساؤل يقودنا بدوره للإجابة على التساؤل الأهم الذي يتعلق بمحور دراستنا و الذي يتجلّى بأثر تحديد الطبيعة القانونية لقواعد اللكس ميركاتوريا لناحية تمتعها بالصفة القانونية من عدمها على مبدأ حسن النية في العقود التجارية الدولية الذي يشكل بحد ذاته أحدأهم مكوناتها .

### الفرع الأول : ال LexMercatoria تفتقر للصفة القانونية

حتى تتمتع قاعدة ما بالصفة القانونية وتشكل بمجموعها نظاماً قانونياً حاكماً لنوع من العلاقات والروابط الاقتصادية والاجتماعية لابدّ أن تتوافر فيها جملة من الخصائص والصفات الأمر الذي تفتقر إليها قواعد اللكس ميركاتوريا مما ينفي عنها بطبيعة الحال الصفة القانونية اللّهم إلا إذا اعترف لها القانون الوطني بهذه الصفة ...

**أولاً : نظرية افتقار الlexmercatoria للصفة القانونية:**

أنكر أنصار هذه النظرية[2] صفة النظام القانوني على قواعد اللكس ميركاتوريا إذ برأيهم من غير الممكن وضعها بنفس منزلة القانون الوطني الذي يترتب على مخالفته آثار قانونية متعددة مستندين بذلك إلى مجموعة من الحجج والمؤيدات نذكر منها :

**أ –** إنّ أي نظام قانوني لا يقوم إلا بوجود ثُلّة من القواعد الآمرة؛ الأمر الذي لا نجده عند الحديث عن قواعد اللكس ميركتوريا التي يتمّ تفعيلها بالدرجة الأولى استناداً إلى إرادة الأطراف هذا من جهة و من جهة أخرى يكون لهم حق في تعديلها أو الإضافة إليها .

[1] د. سليمان مرقص – مرجع سابق – ص 27 .
[2] د.حفيظة السيد الحداد – مرجع سابق – ص 368 و ما بعد .

**ب –** إنّ جوهر أي نظام قانوني يتمثل بوجود الجماعة التي تمتثل للقانون الأمر الذي لا يمكن الادعاء بوجوده في ظل الحديث عن جماعات التجار حول العالم ذات المصالح المتنافرة و المنتمية إلى أنظمة اقتصادية مختلفة .

**ج –** إنّ أهم ما يميز القانون هو المؤيد أو الجزاء المترتب على مخالفته وافتقار هذا النوع من القواعد للمؤيد القانوني في حال مخالفتها مما يكفل احترامها كما هو الحال بالنسبة للتشريعات الوطنية ينفي عنها الصفة القانونية .

**د –** إنّ نص المادة 38 من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية التي نشأت بموجب ميثاق هيئة الأمم المتحدة عام 1945م و التي تعتبر الأداة القضائية الرئيسة للهيئة وتباشر وظائفها وفقاً لأحكام نظامها الأساسي[1] الذي يشير إلى المبادئ العامة للقانون كمصدر احتياطي للقاعدة القانونية الدولية لا يسعف بمفرده في منح المبادئ العامة عبر الدولية الصفة القانونية في القانون الدولي العام ومن باب أولى في القانون الدولي الخاص[2] .

**ثانياً : نقد نظرية افتقار الlexmwecatoria للصفة القانونية:**

انتقدت هذه النظرية من قبل مناهضيها الذين يرون في قواعد اللكس ميركاتوريا نظاماً قانونياً قائماً بذاته وذلك للأسباب التالية :

**أ –** الربط المبالغ به بين فكرة النظام القانوني و الدولة، أي و بمفهوم المخالفة لا يتصور وجود نظام قانوني خارج إطار الدولة مع أنّ القانون كان سابقاً بوجوده لوجود الدولة كما هي عليه اليوم .

**ب –** إنّ القضاء و التحكيم على الصعيدين الوطني والدولي قد كشف عن وجود جملة من القواعد الموضوعية ذات الصفة الآمرة في المعاملات التجارية الدولية شكلّت بمجملها ما يسمى بقانون التجارة الدولية lexmercatoria والتي لا يجوز مخالفتها تحت طائلة ترتب المسؤولية وهذا كفيل بمنح هذه القواعد الصفة الملزمة.

---

[1] **محكمة العدل الدولية** هي الذراع القضائي لمنظمة الأمم المتحدة ويقع مقرها في لاهاي بهولندا وهي الجهاز الوحيد من بين الأجهزة الستة للأمم المتحدة الذي لايقع في نيويورك. تأسست عام 1945، وبدأت أعمالها في العام اللاحق، وهي تنظر في القضايا التي تضعها الدول امامها وتتولى الفصل بها وفقاً لأحكام القانون الدولي ، كما تقدم الاستشارات القانونية للهيئات الدولية .

[2] المادة 38 من النظام الأساس لمحكمة العدل الدولية : 1 – وظيفة المحكمة أن تفصل في المنازعة التي ترفع إليها وفقاً لأحكام القانون الدولي و هي تطبق بهذا الشأن : أ- الاتفاقات الدولية العامة و الخاصة التي تضع قواعد معترف بها صراحةً من جانب الدول المتنازعة ، ب- العادات الدولية المرعية المعتبرة بمثابة قانون دل عليه تواتر الاستعمال ، ج- مبادئ القانون العامة التي أقرتها الأمم المتمدنة ، د- أحكام المحاكم و مذاهب كبار المؤلفين في القانون الدولي العام و يعتبر هذا أو ذاك مصدر احتياطي لقواعد القانون مع مراعاة المادة 59 .. 2– لا يترتب على النص أعلاه أي إخلال بما للمحكمة من سلطة الفصل بالقضية وفقاً لمبادئ العدالة و الإنصاف متى وافق الأطراف على ذلك " هذه المادة وبقية مواد النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية.

**ج –** فيما يخص نص المادة 38 من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية فإنّ المبادئ العامة للقانون كأحد مكونات قانون التجارة الدولية تختلف بمفهومها عن المبادئ العامة للقانون كأحد مكونات القانون الدولي العام فالأولى تتعلق بالقانون الدولي الخاص و الثانية تتعلق بالقانون الدولي العام وإعمالها أمام محكمة العدل الدولية بصدد العلاقات السياسية بين الدول ينتهي بها إلى مضمون مختلف مضمونها أمام التحكيم التجاري الدولي الذي استطاع أن يضفي عليها بالتطبيق العملي ذاتية متفقة و طبيعة التجارة الدولية[1]، وبالحالتين فإنّ اعتبارها مصدر تكميلي احتياطي لا يعني إنكار قدرة هذه المبادئ على تنظيم المجتمع[2] كونها **برأينا** نبعت بالأساس من القانون الطبيعي للمجتمع هذا من جهة و من جهة أخرى فإنّ اللكس ميركاتوريا لا تتضمن فقط مبادئ عامة و أحكام تحكيمية و آراء فقهية فهي تتضمن إضافة لذلك جملة من الاتفاقيات الدولية إضافة للأعراف و العادات التجارية و التي تعتبر من مصادرها الرئيسة لا المكملة وفقاً للنظرية الحديثة .

**د –** إنّ المؤيد القانوني أو (الجزاء) الذي يميز القاعدة القانونية عن القاعدة غير القانونية لا يمكن القول بانعدام وجوده بشكل مطلق فيما يتعلق بقواعد ال lexmercatoria إذ أنّه موجود ولكن بما يتناسب مع خصوصية مجتمع التجار في الميدان الدولي .

هذه الانتقادات وغيرها أسست لنشوء نظرية تمتع قواعد اللكس ميركاتوريا بالصفة القانونية و الاعتراف بقدرتها على تشكيل نظام قانوني .

---

[1] د.طالب حسن موسى – مرجع سابق – ص 53 .

[2] د.ثروت حبيب – دراسة في قانون التجارة الدولية مع الاهتمام بالبيوع الدولية – منشأة دار المعارف – الاسكندرية – 1975 م – ص 89 - مشار إليه لدى : محمد طارق - الطبيعة القانونية للقواعد الموضوعية في قانون التجارة الدولية – جريدة القانونية الالكترونية – الدار البيضاء – العدد 155 – دون تاريخ نشر - دون رقم صفحة – متاحة على الرابط: www.alkanounia.com آخر دخول بتاريخ 9\12\2016.

## الفرع الثاني : الLexMercatoria تتمتع بالصفة القانونية

إنّ المتأمل للسوق الاقتصادية الدولية وخاصة في شقها التجاري في السنوات الأخيرة يلحظ الدور المهم الذي يلعبه التجار وبصرف النظر عن النظام الاقتصادي الذي ينحدرون منه في التأثير سلباً أو إيجاباً على السوق التجارية الدولية من خلال قدرتهم على خلق نظام قانوني قادر بالفعل على تلبية متطلباتهم أكثر من أي نظام قانوني آخر وهو ما تجلّى بقواعد اللكس ميركاتوريا .

**أولاً : نظرية تمتع الlexmercatoria بالصفة القانونية :**

اعتبر أنصار هذه النظرية[1] أنّ قواعد اللكس ميركاتوريا تشكل نظاماً قانونياً متكاملاً له مصادره الذاتية وآلياته المميزة وقضاؤه الخاص بل وجزاءاته مما يجعل الأمر يتعلق بقواعد قانونية نظراً لتوافر الخصائص العامة للقاعدة القانونية التي تشكل بمجموعها نظاماً قانونياً وبصرف النظر عن إرادة المشرع الوطني وقد استندوا بذلك إلى المبررات التالية :

**أ – إنّ** رجال التجارة الدولية مرتبطون بعلاقات وثيقة على نحو يجعلهم يشكلون مجتمعاً دولياً حقيقياً قادراً على تولي مهمة وضع القواعد عن طريق سلطة من نوع خاص تتمثل بالمنظمات المتخصصة الدولية الحكومية منها و غير الحكومية[2].

**ب –** لا يشترط لكي نكون أمام قاعدة قانونية وجود قاضٍ و نظام إكراه الأمر الذي يكفله نظام التحكيم في مجال التجارة الدولية والذي يلعب دوراً يفوق بأهميته الدور الذي يلعبه القضاء الوطني في هذا المضمار .

**ج–** إنّ لزوم الجزاء بالقاعدة القانونية من عدمه وعلى الرغم من أهميته إلا أنّه مازال حتى الآن محل خلاف بين الفقهاء هذا من جهة و من جهة أخرى فإنّ أحداً لا ينكر وجوده على النحو الذي يتلاءم مع مقتضيات التجارة الدولية .

---

[1] Kalus peter Berger – The creeping codification of lexmercatoria (2end revisited edition) – Oxford law journal – Vol.15:1 – 2010 – P. 287 and after at : www.oxfordjournals.org last visited on 12\9\2016 .

[2] د.محسن شفيق – مرجع سابق – ص 14 .

**ثانياً : نقد نظرية تمتع ال lexmercatoria بالصفة القانونية :**

بالرغم من وجاهة هذا الرأي إلا أنّه لم يخلو كما سابقه من النقد باعتباره قد غالى بمنح قواعد اللكس ميركاتوريا الصفة القانونية وذلك استناداً للمعطيات التالية :

**أ** – إنّ الراجح في الفقه القانوني كون الإلزام عنصر جوهري من عناصر القاعدة القانونية آمرة كانت أو مكملة ، فهذه الصفة هي التي تميز القاعدة القانونية عن غيرها من القواعد فأين الإلزام في قواعد للكس ميركاتوريا ؟

**ب** – إنّ نقطة الضعف الرئيسة التي تعاني منها قواعد اللكس ميركاتوريا تتمثل في الاعتراف غير الثابت بمضمونها ذاك المضمون العصي على الحصر و التحديد كونه يتغير بتغير الزمان والمكان .

**ج** – أضف لهذا و ذاك فإنّه عند الحديث عن التحكيم كقضاء لحسم النزاعات التجارية الدولية ودوره في تفعيل القواعد الموضوعية فإنّ بعض الفقه (ومنهم الفقيهان Mustill و Lando )[1] يرى أنّ المحكم يقوم بدور "المهندس الاجتماعي" فعند تطبيقه قانون التجار الدولي فهو يكون أقرب إلى المخترع منه إلى الشخص الذي يطبق القانون الوطني ثم إنّ مثل هذا التطبيق قد يضر بمصالح بعض الأطراف في العملية التجارية الذين يفضلون الاحتكام للقانون الوطني .

**برأينا** و على الرغم من الانتقادات التي وجهت لهذا الرأي فإنّ هذا لا يعني أن نبخس قواعد اللكس ميركاتوريا صفتها القانونية باعتبارها نظاماً قانونياً قائماً بذاته فالأساس القانوني لتطبيقها لا ينبع دوماً من رغبة الأفراد كونها تستمد قوتها القانونية بالدرجة الأولى من تواتر الاعتماد عليها في حل نزاعات المجتمع الدولي للتجار بحيث أصبح إعمالها عرفاً قائماً بحد ذاته يلتزم المحكم الناظر بالنزاع بتطبيق أحكامها كلياً أو جزئياً عند اللزوم باعتبارها قانون اختصاص المحكم أو ما يسمى باللكس فوري[2] LexFori هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإنّ عدم تنظيمها لبعض المسائل مما يستدعي الرجوع إلى قانون وطني أمر لا يخلو منه أي قانون فهناك الكثير من المسائل التي لم تضع القوانين الوطنية تنظيماً لها و مع ذلك فهي لم تفقد صفتها القانونية .

---

[1]Mohammad Manirruzzman – The lexmercatoria and international contracts : A challenge for international commercial arbitration? -op cit – p. 693.

[2] For more information about Lex Fori see : Michael steven Creen – Legal realism , lex fori and the choice of law revolution – The Yale law journal – Yale university– Vol.104 – US- 1995 – P. 967 at: www.yalelawjournal.org visited on 7\9\2016.

أما فيما يتعلق بالطبيعة القانونية لدور المحكم عند تطبيق قواعد اللكس ميركاتوريا فهي **برأينا** لا تختلف عن دور القاضي الوطني الذي يلتزم عند عرض النزاع عليه وغياب النص بأنّ يحكم وفقاً لما تمليه قواعد العدالة و الإنصاف والاستقامة التجارية وهو بهذا لا يقوم بالابتكار أو الاختراع وإنما يمارس دوره القانوني المناط به بهذا المجال[1]، وفيما إذا أردنا الذهاب أبعد من ذلك فإنّ السوابق التحكيمية المتواترة في ميدان التجارة الدولية والتي ساهم تواترها بإكساب أحكامها الصفة القانونية الملزمة كفيلة لقطع الشك باليقين حول تحديد الطبيعة القانونية لقواعد اللكس ميركاتوريا إذ منحتها صراحةً صفة القانون الواجب التطبيق وأكبر دليل على صحة رأينا القرار رقم 7375 لعام 1996م[2] المتعلق بقضية منظورة أمام غرفة التجارة الدولية بخصوص عقد تجاري دولي لم ينظم مسألة القانون واجب التطبيق إذ اعتبرت الهيئة التحكيمية أنّ أمر كهذا يعكس الرغبة الضمنية للأفراد بتطبيق قواعد ال LexMercatoria المقبولة على المستوى العالمي تجنباً لتطبيق القانون الوطني لأحد الأطراف، و في قرارات أخرى مثل القرار رقم 7110 لعام 1998 [3] و القرار رقم 9875 لعام 2000[4] و القرار رقم 10422 لعام 2003[5] كانت غرفة تجارة باريس قد خلصت لنفس النتيجة مما يعزز صحة وجهة نظرنا خاصةً وأنّ هذه الأحكام التحكيمية نفسها تعتبر من مصادر اللكس ميركاتوريا، حتى أنّ المحاكم الوطنية في النظامين اللاتيني و الانجلوسكسوني قد أيدت هذا الاتجاه في العديد من أحكامها [6].

---

[1] راجع المادة 3 من قانون التجارة السوري رقم 33 لعام 2007 م والتي تقضي بأنّه :" إذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه فالقاضي أن يسترشد بما استقر عليه الاجتهاد القضائي وبمبادئ العدالة والانصاف والاستقامة التجارية "

[2] ICC Decision Number 7375 : " The general principle of law applicable to international contractual obligation having earned a wide international consensus including notions said to form part of lex mercatoria as well as the Unidroit as far as they can be considered to generally accepted nations and principals ", referred to: Michael Pryles – Application of lexMercatoria in international commercial arbitration – UNSW law journal – V.31:1 - Australia – 2008 – p. 20 at : www.austlii.edu.au visited on 7\9\2016.

[3] ICC international court of arbitration – Bullentin – 1999 - Vol.10- No.2 – P.39 at: www.unilex.info visité en 15\1\2017.

[4] ICC international court of arbitration - Bullentin – 2001 - Vol.12- No.2– P. 49 at: www.unilex.info visité en 15\1\2017.

[5] Doug Jones – choosing the law or rules to govern the substantive rights of the parties – SACLJ – V. 26 – 2014 – P. 926 – available at the official websit of Singapore academy of law journal www.journalsonline.academypuplishing.org.sg visited on 3\7\2017 .

[6] For examples of those cases look at : Gilles Cuniberti – Three theories of lex mercatoria – Columbia journal of transnational law – Vol.52:369 – 2014 – p. 380 - available at : www.researchgate.net visited on 16\2\2017.

**وبعد استعراض النظريات الفقهية التي تناولت على نطاق البحث والتمحيص الطبيعة القانونية لقواعد اللكس ميركاتوريا فإنّ ما يهمنا من كلّ ذلك هو الأثر القانوني لتحديد هذه الطبيعة على مبدأ حسن النية في العقود التجارية الدولية الذي يشكل جوهر هذه الدراسة ؟**

في الواقع لم يجب الفقه ولا القضاء على هذا التساؤل المهم ولكن بنظرة تحليلية عميقة لما سبق عرضه من آراء ونظريات ومواقف فإنّ الإجابة على هذا السؤال **برأينا** تتمحور في شقيين أساسيين هما :

**الأول :** فيما إذا اعترفنا بالصفة القانونية لقواعد اللكس ميركاتوريا فإنّ إعمالها من قبل **المحكم** سيتم بشكل تلقائي في العقود التجارية الدولية حتى دون حاجة لاختيار أطراف العقد لها ، كما أنّها ستقوم بدور المكمل للقانون الواجب التطبيق أو القواعد القانونية واجبة التطبيق[1]، وبالتالي فإنّ إعمال مبدأ حسن النية سيتم بدوره بذات الآلية وبصرف النظر عن عن المرحلة التي يمر بها العقد التجاري الدولي فالمطلق يجري على إطلاقه لطالما أنّه لا يوجد في قواعد اللكس ميركاتوريا ما يقصر إعمال هذا المبدأ على مرحلة دون أخرى .

[1] فرّق الفقه بين مصطلحي القانون الواجب التطبيق والقواعد القانونية واجبة التطبيق انظر : ( Doug Jones – op cit – P. 913 ) فالقانون الواجب التطبيق على العقد التجاري الدولي يقصد به القانون الوطني لدولة ما بمصادره المختلفة و مثاله : القانون السوري – الفرنسي – البريطاني، أما القواعد القانونية الواجبة التطبيق على العقد التجاري الدولي فلا يشترط بها أن ترتبط بقانون دولة معينة ومثالها : مبادئ اليونيدروا – الاتفاقيات الدولية كاتفاقية فيينا مثلاً – التشريعات الإقليمية كقانون العقود الأوروبي الموحد وغيرها وهذه كلّها من مصادر اللكس ميركاتوريا وفقاً للنظرية الحديثة كما رأينا سابقاً، وبرأينا فإنّ اللكس ميركاتوريا نفسها تعتبر خير مثال على القواعد القانونية واجبة التطبيق كونها ذات صبغة عالمية لا ترتبط بالقانون الوطني لأي دولة، والجهة الوحيدة المخولة بإعمالها على العقد التجاري الدولي وفقاً **للاتجاه التقليدي** (الذي تأثرت به المنظومة القانونية السورية من خلال استقرائنا للمادتين 20 من القانون المدني السوري رقم 84 لعام 1949م و38 من قانون التحكيم السوري رقم 4 لعام 2008م) هو المحكم إما من تلقاء نفسه في حال الاعتراف لها بالصفة القانونية أو بوصفها قانون الإرادة، **أما الاتجاه الحديث** قد أقر مشروعية حق الأطراف باختيار هذه القواعد بوصفها قانون إرادة وبالتالي أجاز إعمالها من قبل القاضي الوطني بهذه الحالة فقط كون صلاحية القاضي تبقى أضيق من صلاحية المحكم بهذا المجال. انظر : ( د. بشار الأسعد – مرجع سابق – ص 154 ) .

**الثاني :** على عكس الفرضية الأولى في حال لم نعترف بالصفة القانونية لقواعد اللكس ميركاتوريا فإنّ إعمالها من قبل **المحكم** وبالتالي إعمال مبدأ حسن النية كأحد مكوناتها في العقود التجارية الدولية سوف يعتمد بالدرجة الأولى إما على إرادة الأطراف تكريساً لنظرية العقد التجاري الدولي الطليق[1] أو استناداً إلى تنظيم هذا المبدأ في القانون واجب التطبيق أو القواعد القانونية واجبة التطبيق على العقد التجاري الدولي وذلك ضمن مراحل العقد التي تناولتها إرادة الأفراد أو التي حددها القانون أو القواعد القانونية دون غيرها .

[1] ترتكز نظرية العقد الطليق على مبدأ سلطان الإرادة حيث يكون لأطراف العقد التجاري الدولي الحرية المطلقة في تحديد القواعد القانونية المطبقة على العقد والتي غالباً ما تتجسد بقواعد ال lexmercatoria وذلك بعيداً عن القوانين الوطنية الأمر الذي يخرج العقد من دائرة تنازع القوانين بشكل كامل بحيث يصبح بلا قانون أي طليقاً من أي قانون وطني يحكمه، وبالرغم من الانتقادات التي تعرضت لها هذه النظرية إلا أنّها أخذت تتوسع شيئاً فشيئاً الأمر الذي أدى لظهور فكرة العقد المتسم بالاكتفاء الذاتي والذي يجسد حالة التقديس المطلق لمبدأ سلطان الإرادة فوفقاً لهذه الفكرة يتضمن العقد التجاري الدولي تنظيماً اتفاقياً مفصلاً للروابط العقدية على نحو يصير معه هذا العقد كافياً بحد ذاته لحكم العلاقة بين أطرافه من الألف إلى الياء مجسداً فكرة " العقد هو القانون" بأوضح أشكالها. أحمد عبد الكريم سلامة – نظرية العقد الدولي الطليق بين القانون الدولي الخاص و قانون التجارة الدولية (دراسة تأصيلية انتقادية) – دار النهضة العربية – القاهرة – 1989م – ص39 وما يليها - مشار إليه لدى : سعد الدين أمحمد – العقد الدولي بين التوطين والتدويل – رسالة ماجستير – جامعة حسيبة بن بو علي الشلف – الجزائر – 2008/2007 – ص25 - متاحة بنسختها الالكترونية على الرابط : www.daspace-univ-chelf.dz آخر زيارة بتاريخ 2017/5/1م .

# الفصل الأول : التنظيم القانوني لمبدأ حسن النية في مرحلة ما قبل التعاقد ( مرحلة المفاوضات )

أضحت مرحلة المفاوضات من أهم المراحل التي يمر بها العقد التجاري الدولي باعتبارها موقف تعبيري حركي قائم بين أطراف العقد المستقبلي يتمّ من خلالها عرض وتبادل وتقريب ومواءمة وتكييف وجهات النظر واستخدام كافة أساليب الإقناع للحفاظ على المصالح القائمة أو للحصول على منفعة جديدة من خلال القيام بعمل معين أو الامتناع عن عمل معين في إطار علاقة الارتباط بين أطراف العملية التفاوضية تجاه أنفسهم أو تجاه الغير، **ولنجاح العملية التفاوضية لابدّ من قيامها على عدّة أسس ومقومات أبرزها قيامها على مبدأ حسن النية كأرضية قانونية صلبة تكفل نجاح هذه العملية فما هو مبدأ حسن النية وكيف تتجلّى تطبيقاته العملية في هذه المرحلة الأمر الذي سنتعرف عليه في المبحثين التاليين :**

المبحث الأول : مبدأ حسن النية في مرحلة المفاوضات .

المبحث الثاني : تطبيقات مبدأ حسن النية في مرحلة المفاوضات .

## المبحث الأول : مبدأ حسن النية في مرحلة المفاوضات

في سبيل تشكيل فكرة شاملة حول مبدأ حسن النية في مرحلة التفاوض على العقد التجاري الدولي كخطوة سابقة على الغوص في تطبيقاته العملية، قسمنا هذا المبحث إلى مطلبين (المطلب الأول) تحدثنا فيه عن الماهية القانونية لهذا المبدأ من خلال التعرف على مفهومه والأساس القانوني للالتزام به، في حين عالجنا في (المطلب الثاني) الآثار القانونية المترتبة على الإخلال به بشقيها الموضوعي والشخصي .

### المطلب الأول : ماهية مبدأ حسن النية في مرحلة المفاوضات

يقصد بماهية الشيء حقيقتة وجوهره وعند الحديث عن ماهية مبدأ حسن النية في مرحلة المفاوضات فهذا يقتضي بطبيعة الحال التعرف على مفهوم حسن النية في مرحلة المفاوضات بعد تقصي طبيعة هذه المرحلة من الناحية القانونية ومن ثم الانتقال للتحدث عن الالتزام بهذا المبدأ لناحيه أساسه وطبيعته القانونية الأمر الذي سنعالجه في الفرعيين التاليين :

الفرع الأول : التفاوض على العقد التجاري الدولي بحسن نية .

الفرع الثاني : الالتزام بمبدأ حسن النية في مرحلة المفاوضات .

## الفرع الأول : التفاوض على العقد التجاري الدولي بحسن نية

لقد أضحت مرحلة المفاوضات في العقود عامة والعقود التجارية الدولية خاصة الشغل الشاغل للفقه والقضاء بالآونة الأخيرة بعد أن أثبتت أهميتها من الناحيتين القانونية والاقتصادية فهي بمثابة حجر الأساس في عملية بناء العقد، وعليه فيما إذا وضع حجر الأساس في موضعة المناسب فإنّ البناء برمته سوف يكلّل بالنجاح وفي حال الفشل في وضعه بمكانه المناسب سيؤدي لاهتزاز أركان البناء وتداعيه وأحياناً سقوطه .

**أولاً : المفاوضات في العقود التجارية الدولية :**

كان جُلَّ اهتمام الفقه التقليدي منصباً على مرحلة تكوين العقد، وكذلك تنفيذه وانحلاله، ولم تكن مرحلة ما قبل التعاقد La période précontractuelle تثير الاهتمام، ولكن نتيجة التقدم العلمي ونمو الاقتصاد ظهرت أنواع جديدة من العقود والمعاملات المالية ولاسيما على الصعيد الدولي كان لمرحلة ما قبل التعاقد فيها تأثيراً جوهرياً على ما يليها من مراحل .

**تكمن المفارقة القانونية بين مرحلة ما قبل التعاقد بشكل عام ومرحلة المفاوضات ما قبل العقدية بشكل خاص في نقطة أساسية تتجلّى بمسألة التحديد الدقيق لهاتين المرحلتين الأمر الذي يستلزم بالدرجة الأولى تحديد وقت نهاية كلّ منهما على حدّه،** فمرحلة المفاوضات تنتهي بصدور الإيجاب في حين أنّ مرحلة ما قبل التعاقد تنتهي بانعقاد العقد أي بتلاقي الإيجاب بالقبول مع مراعاة ما يتطلبه القانون فوق ذلك من أوضاع معينة لانعقاد العقد، بمعنى آخر إذا كان صدور الإيجاب ينهي مرحلة المفاوضات إذ في هذه اللحظة الحاسمة تكون المفاوضات قد حققت الغرض منها، وهو وصول الطرفين المتفاوضين إلى اتفاق على جميع المسائل الجوهرية للعقد تنتهي مرحلة المفاوضات وتبدأ مرحلة إبرام العقد، فإنّه –أي الإيجاب– لا ينهي المرحلة ما قبل العقدية كلل إذ تظل مستمرة لحين انعقاد العقد بصدور قبول مطابق للإيجاب و في حال لم يصدر أو صدر لكنه كان غير مطابق فإنّ المرحلة التفاوضية تبقى مستمرة[1].

لا تقتصر مرحلة ما قبل التعاقد على العملية التفاوضية فحسب، وإنما تمتد لتشمل الاتفاقات المبدئية أو التمهيدية[2] والتي تعتبر بمثابة مرحلة وسط بين مرحلتي المفاوضات والتعاقد النهائي، وبالرغم من الخصوصية المرحلية لهذا النوع من الاتفاقات و خصوصية القواعد التي

---

[1] د.حسام الدين كامل الأهواني – المفاوضات في الفترة العقدية و مراحل إعداد العقد الدولي – الأنظمة التعاقدية للقانون المدني و مقتضيات التجارة الدولية – معهد قانون الأعمال الدولي – كلية الحقوق – جامعة القاهرة – دار جالكسي للكتاب – 1994 – ص52

[2] د.فواز صالح – المفاوضات (مرحلة ما قبل العقد) – الموسوعة القانونية المتخصصة – رئاسة الجمهورية العربية السورية – هيئة الموسوعة العربية – المجلد السابع – دمشق - 2010م – ص 186.

تحكمها إلا أنّه لا يمكن **برأينا** النظر إليها بشكل مستقل عن العملية التفاوضية ككلّ فهي لا تعدو كونها تشكل أحد المراحل المتقدمة التي تمر بها العملية التفاوضية برمتها وصولاً إلى إبرام العقد النهائي[1]، **وعليه فعندما نتحدث في هذه الرسالة عن مبدأ حسن النية في مرحلة ما قبل التعاقد فإنّنا نعني بذلك على وجه الخصوص مرحلة المفاوضات بما يتخللها من اتفاقات مبدئية سابقة على التعاقد.**

و من الجدير بالذكر أنّ مرحلة المفاوضات قبل العقدية تتميز عن مرحلة المفاوضات اللاحقة لإبرام العقد و التي سنتعرف عليها مفصلاً بالفصل الثاني من هذه الدراسة .

**أ – أهمية المفاوضات في عقود التجارة الدولية :**

عُرّفت العملية التفاوضية على الصعيد الفقهي بأنّها : " قيام أطراف العلاقة العقدية المستقبلية بتبادل الاقتراحات و المساومات و الدراسات و التقارير الفنية و الاستشارات القانونية و مناقشة الاقتراحات التي يضعانها سوية أو ينفرد أحدّهما بوضعها، ليكون كلّ منهما على بينة مما يقدمان عليه و للوصول إلى أفضل النتائج التي تحقق مصالحهما و للتعرف على ما يسفر عنه الاتفاق بينهما من حقوق لهما و التزامات عليهما "[2]، إذ تستهل المفاوضات عادةً بدعوة يوجهها أحد الأشخاص لآخر من أجل التفاوض على إبرام عقد معين ويكون لهذا الأخير كامل الحرية في تلبية هذه الدعوة من عدمها و تسمى هذه المرحلة بالدعوة إلى التفاوض[3] والتي تعد أول عنصر أو أول مرحلة في العملية التفاوضية[4] التي تبدأ عادةً بمفاوضات ذات طابع فني حيث يتعرف كلّ طرف على احتياجات الطرف الآخر و قدرته على الاستجابة لها، فإذا أسفرت المفاوضات الفنية عن تقارب في وجهات النظر بدأت المفاوضات القانونية لتحديد شروط العقد و أحكامه.

---

[1] د.أمية علوان – ملاحظات حول القانون الواجب التطبيق على المسؤولية قبل التعاقدية عن قطع المفاوضات في العقود الدولية - الأنظمة التعاقدية للقانون المدني و مقتضيات التجارة الدولية – مرجع سابق – ص 23 و ص 49 .

[2] د. ياسين محمد الجبوري – المبسوط في شرح القانون المدني- الجزء الأول ( مصادر الحقوق الشخصية) – المجلد الأول (نظرية العقد) - دار وائل – عمان – 2002 - ص 194 - مشار إليه لدى : د. شيرزاد عزيز سليمان - حسن النية في إبرام العقود ( دراسة في ضوء القوانين الداخلية و الاتفاقيات الدولية ) – دار دجلة – الاردن - 2008 – ص 336 .

[3] **ملاحظة:** هناك فرق بين مصطلحي الدعوة إلى التفاوض والدعوة إلى التعاقد إذ لكلّ منهما هدفه المستقل ففي الدعوة إلى التفاوض تتجه إرادة صاحبها إلى دعوة الأخرين للدخول معه في مفاوضات على العقد المراد إبرامه ، بينما في الدعوة إلى التعاقد تتجه إرادة صاحبها إلى دعوة الأخرين إلى التعاقد معه في الحال دون الدخول في عملية المفاوضات وهذه الأخيرة لا تعتبر إيجاباً إلا إذا تضمنت العناصر الأساسية للعقد المراد إبرامه ولا يترتب على من يقوم بالدعوة إلى التفاوض من حيث المبدأ أي التزام ويمكن له أن يتراجع عنها في أي وقت يشاء سواء قبل قبول الطرف الآخر الدخول معه في المفاوضات أو بعده **شريطة** عدم اقتران هذا التراجع بخطأ يوجب المسؤولية بمعنى آخر ألا ينم التراجع عن سوء نية المتراجع.

[4] مصطفى خضير النشمي – النظام القانوني للمفاوضات التمهيدية للتعاقد – رسالة ماجستير – جامعة الشرق الأوسط – الأردن - 2014/2013 م – ص 23 – النسخة الالكترونية متاحة على : www.meu.edu.jo تاريخ الدخول في 13\3\2017.

و السؤال الذي يتبادر إلى الذهن : بماذا يتميز الدور القانوني للمفاوضات في إطار العقود التجارية الدولية عن غيرها من العقود ؟

بالرغم من نقاط التشابه بين العقد الدولي والعقد الداخلي إلا أنّ أوجه التباين بينهما لناحية النظام القانوني و النظام القضائي و القانون الواجب التطبيق إضافة إلى اختلاف الطبيعة الفنية و أمور أخرى أكسبت العقود التجارية الدولية خصوصية[1] انعكست بطبيعة الحال على جميع المراحل التي تمر بها وعلى رأسها مرحلة المفاوضات وما يتخللها من اتفاقات مبدئية، الأمر الذي يمكننا تلمسه من خلال الدور القانوني المهم الذي تعبأ به العملية التفاوضية في هذا النوع من العقود على وجه الخصوص والذي يتجلّى بما يلي :

1 – الارتباط الكبير بين مرحلة ما قبل التعاقد و مرحلة ما بعد التعاقد في عقود التجارة الدولية جعل للمفاوضات أهمية أكبر من أهميتها الواردة في العقود المحلية أو الوطنية [2].

2 – الدور المهم الذي تلعبه المفاوضات للحد من المنازعات المستقبلية بشأن العقد التجاري الدولي[3].

3 – دور المفاوضات في عملية تفسير العقد و الوقوف على مقاصد الأطراف عند غموض عباراته، فالقاضي أو المحكم في حال حدوث نزاع يلجأ في تفسيره للعقد إلى مجموعة عوامل داخلية في العقد نفسه و خارجية مثل المفاوضات وما يتخللها من اتفاقات أو مذكرات تفاهم و هذا ما أكدّته صراحةً اتفاقية فيينا 1980م بشأن عقد البيع الدولي للبضائع في المادة 8.3 حيث نصت صراحةً على إمكانية الاستناد إلى المباحثات في سبيل الوصول إلى مقاصد الطرفين، والمعنى نفسه أكدّته المادة 3/4/أ من مبادئ اليونيدروا وأيضاً المادة 5:102 من قانون العقود الأوروبي الموحد .

4 – دور المفاوضات في حسن تنفيذ العقد التجاري الدولي حيث تعتبر هذه المرحلة بمثابة الدعائم الأساسة التي يبنى عليها العقد و من ثم فإنّ أي خلل فيها قد يؤدي إلى انهيار العقد برمته في حين يؤدي خلوها من أي خلل إلى بناء عقد متماسك سهل التنفيذ .

---

[1] د. أحمد عبد العزيز و د. وفاء فلحوط – مرجع سابق – ص 31 و 32 .

[2] أسامة محمد عثمان خليل – تحديد القانون الواجب التطبيق لحل النزاع في منازعات عقود الاستثمار الأجنبي – دراسة مقارنة (القانون السوداني و القانون الإماراتي ) نموذجاً – مقال علمي قانوني – دون تاريخ نشر – دون رقم صفحة - متاح على الموقع الالكتروني التالي : www.svdameselaw.net تمّت الزيارة بتاريخ 13\3\2017 .

[3] طارق الحموي – ندوة صياغة و إبرام عقود التجارة الدولية – شرم الشيخ – مصر - 2007 م - ص 5 - النسخة الالكترونية متاحة على :www.unpan1.un.org آخر زيارة بتاريخ 12\3\2017 .

5 – يلعب التفاوض دور وقائي بالنسبة لمرحلة إبرام العقد حيث يساهم بشكل كبير في حماية الأطراف من عيوب الرضى بحيث يكون كلّ طرف على بينه من أمره مسبقاً .

6 – تتجلّى أهمية المفاوضات على صعيد معاملات التجارة الدولية في العقود التجارية الدولية المركبة إذ بواسطتها يدرك كلّ طرف ما له و ما عليه الأمر الذي قد لا نجده في العقود الداخلية البسيطة .

7 – دور المفاوضات في خلق حالة التوازن العقدي خاصة في مجال عقود التجارة الدولية حيث قد تعتري عملية تنفيذ العقد ظروف غير متوقعة تفرضها أحياناً مقتضيات البيئتين التجارية و الدولية، تؤدي إلى إحداث حالة من اللاتوازن العقدي مما يستدعي لإعادة فتح باب المفاوضات من جديد .

8 – تكتسب المفاوضات و لاسيما ذات الطبيعة الالكترونية أهمية خاصة في عقود التجارة الالكترونية[1] القائمة على فكرة التباعد الزماني و المكاني إذ لا يستطيع المتعاقد في كثير من الأحيان التحقق من شخصية الطرف الآخر أو أهليته للتعاقد أو سلامة و صحة المستندات التي يقدمها كما قد يتعذر عليه التأكدّ من محل العقد (السلعة أو الخدمة) بشكل نافي للجهالة و التحقق من عائديتها للعارض فعلاً و هنا تأتي أهمية المفاوضات بالحدّ من المخاطر التي يتعرض لها الأطراف في العقود الالكترونية .

9– أما عن أهمية الاتفاقات التمهيدية التي تتخلل المفاوضات فهي تتجلى[2] من جهة بتجنب الاختلاف فيما بين الأنظمة القانونية الناظمة لمرحلة التفاوض، ومن جهة أخرى تأطير العملية التفاوضية و حسم كلّ مرحلة من مراحلها المتعددة وبالتالي توفير عنصر الثقة و الأمان في نفس الأطراف المتفاوضة من خلال تكريس ما يثبت تقدم العملية التفاوضية و جديتها الأمر الذي ينذر باقتراب توقيع الاتفاق النهائي.

---

[1] مصطفى خضير النشمي – مرجع سابق – ص 15 .

[2] حمدي محمود بارود –القيمة القانونية للاتفاقات التي تتخلل مرحلة التفاوض في مجال عقود التجارة الدولية – مجلة الجامعة الإسلامية سلسلة الدراسات الانسانية – جامعة الأزهر– مجلد 13 – عدد 2 – غزة – 2005 ص 132 متاحة على : www.iugaza.edu آخر زيارة تمّت في 22\1\2017 .

**ب – الطبيعة القانونية للعملية التفاوضية :**

لا يتحدث الفقه التقليدي[1] عن الطبيعة القانونية للعملية التفاوضية بحد ذاتها و إنما يتحدث عن طبيعة المسؤولية المدنية المترتبة في هذه المرحلة هل هي مسؤولية عقدية أم تقصيرية ؟[2] وهذا **برأينا** منحى منتقد فالمفاوضات هي الأصل والمسؤولية المترتبة على عاتق الأطراف في هذه المرحلة هي الفرع فكيف نكيّف الفرع قبل الأصل ؟

لذا نحا الفقه المعاصر[3] إلى وضع تكييف قانوني للمفاوضات بذاتها كنقطة انطلاق للحديث عن الطبيعة القانونية للمسؤولية في هذه المرحلة وقد برز إلى حيز الوجود القانوني نظريتان أساسيتان في هذا الصدد: [4]

1– الطبيعة المادية للعملية التفاوضية : تقوم هذه النظرية على أساس أنّ التفاوض من الوجهة القانونية لا يعدو كونه مجرّد واقعة مادية مفرغة من أي قيمة قانونية وغير ملزمة للأطراف المتفاوضة اللّهم إلا إذا اتفق صراحةً على خلاف ذلك، و قد تأثرت دول نظام القانون العمومي Common law بهذه النظرية ، إلا أنّها انتقدت تأسيساً على :

- إنّ التفاوض يتمّ بناء على اتفاق الأطراف المتفاوضة على الدخول بالمفاوضات بمعنى آخر هو ليس مجرّد دخول اعتباطي قائم على محض الصدفة ، و هذا الاتفاق بحد ذاته قد يكون صريح و قد يكون ضمني و أمر كهذا بكلا الحالتين يخرجنا من الإطار المادي و يدخلنا في الإطار القانوني .
- الدخول بالمفاوضات تصرف لا يتمّ إلا بتلاقي إرادتين أو أكثر و يترتب عليه مجموعة من الآثار القانونية و هذا ما يتفق و تعريف العقد بشكل عام بأنّه تلاقي إرادتين ينتج أثره في محله فهل يعقل أن يتفاوض الشخص مع نفسه ! ! !
- اعتبار عملية التفاوض مجرّد واقعة مادية يترتب عليها نتائج غير مستحبة على صعيد المسؤولية القانونية للأطراف المتفاوضة وقد تؤدي في كثير من الأحيان إلى هدر الحقوق وضياعها.

---

[1] محمد حسين عبد العال – التنظيم الاتفاقي للمفاوضات العقدية دراسة تحليلية للوسائل القانونية لتأمين المفاوضات في عمليات التجارة الدولية - دار النهضة العربية – القاهرة - 1998 م – ص 160 و ما بعدها، و حسام محمد عيسى – نقل التكنولوجيا (دراسة في الآليات القانونية للتبعية الدولية) – دار المستقبل العربي – مصر- 1987 م – ص 130 و 135- مشار إليهما لدى : حمدي محمود بارود ـــ نحو إرساء تكييف قانوني جديد لمفاوضات العقد الطبيعة العقدية و آثارها – مجلة جامعة الازهر سلسلة العلوم الانسانية – مجلد 12 - عدد 1 – غزة - 2010 م - ص 725 - النسخة الالكترونية للمجلة متاحة على : www.alazhar.edu.ps آخر زيارة في 13\1\2017 .

[2] د.عبد الرزاق السنهوري – الوسيط في شرح القانون المدني – الجزء الأول (نظرية الالتزام بوجه عام) – دار إحياء التراث العربي – لبنان – 1958م – ص 667 .

[3] د.حسام الدين كامل الأهواني و د.أمية علوان - مرجع سابق – ص 22 و ص 66 .

[4] حمدي محمود بارود – نحو إرساء تكييف قانوني جديد لمفاوضات العقد – مرجع سابق - ص 725 .

● قد يتخلل العملية التفاوضية جملة من الاتفاقات التمهيدية ذات الصفة العقدية التي تساهم بطبيعة الحال بنفي الصفة المادية عن العملية التفاوضية.

2 – الطبيعة العقدية للعملية التفاوضية : تقوم هذه النظريه استناداً إلى وجود اتفاق بين أطراف العملية التفاوضية على الدخول بالمفاوضات وقد تأثرت بها دول نظام القانون المدني Civil law ، فوفقاً لهذا التوجه بمجرد توافق إرادة طرفين على الانخراط في المفاوضات يكونا قد عقدا عقداً بينهما حتى دون التصريح بذلك فهذا الاتفاق إما أن يكون صريح أو ضمني :

● الاتفاق الضمني : و يقصد به المفاوضات التي تتمّ دون أن يكون هنالك اتفاق صريح بين الأطراف المتفاوضة بشأنها ، فمجرد دخول الأطراف في خضم المفاوضات يعتبر بمثابة اتفاق ضمني له آثاره القانونية القائمة بذاتها[1].

● الاتفاق الصريح : و يقصد به تلك المفاوضات التي تتمّ بموجب اتفاق بين الطرفين يحمل في ثناياه تنظيماً قانونياً صريحاً للعلاقة بينهما وهو يولّد بين أطرافه جملة من الآثار القانونية ( حقوق / التزامات ).

**● وبرأينا فإنّ إضفاء الطابع العقدي على العملية التفاوضية لا يقتصر على حالة وجود اتفاق صريح أو ضمني على الدخول بالمفاوضات وإنما يمتد ليشمل حالة وجود اتفاقات تمهيدية أخرى بصور وأشكال مختلفة فرضتها المقتضيات التجارية تتخلل العملية التفاوضية ويمكن تكييفها بأنّها عقد[2] تؤدي لإسباغ الصفة العقدية على المفاوضات حيث يترتب على الإخلال بأحد مقتضياتها مسؤولية عقدية وإن لم يبرم العقد النهائي الأمر الذي أيده الفقيه الفرنسي سالي والأكثر من ذلك فإنّ الاتفاق الصريح أو الضمني على الدخول بالمفاوضات هو نفسه يندرج برأينا تحت مسمى الاتفاقات التمهيدية التي تتخلل مرحلة التفاوض.**

وبعد التعرض لهاتين النظريتين الحاكمتين لمسألة الطبيعة القانونية للعملية التفاوضية نرى أنّه من غير الممكن الأخذ بأي من منهما بشكل مطلق دون الأخرى كون الطبيعة القانونية لمرحلة التفاوض يتوقف تحديدها على جملة من الضوابط القانونية فإذا ما ثبت إفراغ العملية التفاوضية ضمن قالب عقدي أضحت ذات طبيعة عقدية في حين أنّها بغير هذه الأحوال تصبح بلا شك ذات طبيعة مادية .

---

[1] المرجع السابق – ص 728 .

[2] **ملاحظة : بعض الفقه لم يفرق بين مصطلحي عقد واتفاق وإنما استعملهما كمترادفين إلا أنّه برأينا لا يمكن تكييف كلّ الاتفاقات التمهيدية ( الاتفاقات المبدئية أو الاتفاقات ما قبل التعاقدية ) التي تتخلل مرحلة المفاوضات بأنّها عقود إذ يختلف تكييفها القانوني باختلاف أنواعها إذ تلعب السلطة التقديرية للجهة الناظرة بالنزاع دور مهم في هذا المجال وفقاً لكلّ حالة على حدة فالعقد وحدّه هو مصدر الالتزام ويمكننا القول بأنّ كلّ عقد هو اتفاق ولكن ليس كلّ اتفاق هو عقد فحتى نكون أمام عقد لابدّ من الاتفاق على إحداث أثر قانوني معين كإنشاء التزام أو نقله أو تعديله أو انهاءه..**

أما عن موقف المشرع السوري فهو لم يأت على وضع تنظيم قانوني يحدد الطبيعة القانونية لمرحلة المفاوضات وهذا **برأينا** مأخذ يؤخذ عليه؛ وحتى ذلك الحين فليس أمامنا سوى الاحتكام إلى القواعد القانونية العامة في كلّ مرّة يكون فيها القانون السوري هو القانون الواجب التطبيق، و**برأينا فإنّ** للقاضي سلطة تقديرية في إسباغ الصفة العقدية على مرحلة المفاوضات من عدمها وفقاً لمعطيات كلّ حالة على حدّه مع الأخذ بعين الاعتبار ما اتجهت إليه إرادة الأفراد و ما جرى عليه العمل و الظروف و الملابسات المحيطة بالعقد .

**ثانياً : الوجود القانوني لمبدأ حسن النية في مرحلة المفاوضات:**

**أ- مبدأ حسن النية في مرحلة المفاوضات على الصعيد الدولي :**

لا يقتصر الوجود القانوني لمبدأ حسن النية التفاوضي على الصعيد الوطني بل إنّ وجوده على الصعيد الدولي يكاد يكون أكثر وضوحاً و تحديداً من وجوده على الصعيد الداخلي **ومع ذلك فإنّ المشرعين الدوليين قد ابتعدوا عن وضع تعريف محدد لمبدأ حسن النية في المرحلة التفاوضية تاركين أمر تحديد مفهومه بالدرجة الأولى إلى السوابق التحكيمية في مجال التجارة الدولية إضافة للفقه والقضاء الوطني وفقاً لكلّ حالة على حدّة،** إلا أنهم أقدموا على تأطيره تارةً بشكل ضمني وطوراً بشكل صريح في عدّة نصوص متفوقين بذلك على العديد من المشرعيين الوطنيين :

1- حسن النية التفاوضي في مبادئ اليونيدروا : يستدل على الوجود القانوني لمبدأ حسن النية في مرحلة التفاوض على العقد التجاري الدولي في مبادئ اليونيدروا في موضعين أساسين :

- الموضع الأول : تجلّى بالمادة 7 -1 من مبادئ اليونيدروا وتحت عنوان حسن النية و أمانة التعامل والتي نصت صراحةً على ضرورة الالتزام بمبدأ حسن النية بشكل عام دون أن تقصره على مرحلة دون أخرى من المراحل التي يمر بها العقد التجاري الدولي بقولها :

" يلتزم كلّ طرف بأنّ يتصرف وفقاً لما يقتضيه حسن النية و أمانة التعامل في التجارة الدولية"

"ولا يجوز للأطراف استبعاد هذا الالتزام أو تقييده "

أضف لذلك أنّه ومن خلال قرائتنا التحليلية لهذه المادة نجد أنّ الالتزام بحسن النية لا يقتصر فقط على العلاقة العقدية بين الأطراف وإنما قد يمتد ليشمل الحالة التي لا يجمع الأطراف فيها علاقة عقدية وخير مثال عليها (المفاوضات اللاعقدية) والسبب بذلك أنّ مصطلح "**التصرف**" الذي استخدمته هذه المادة بفقرتها الأولى يتسع **برأينا** ليشمل التصرف العقدي و غير العقدي.

● الموضع الثاني : في المادة 2.1.15 : وتحت عنوان " التفاوض بسوء نية" إذ جاءت هذه المادة بدلالة أوضح من سابقتها على موجب حسن النية في مرحلة المفاوضات على وجه الخصوص بقولها :

" للأطراف حرية التفاوض و لا يسألون عند عدم التوصل إلى اتفاق و مع ذلك يسأل الطرف الذي يتفاوض أو يقطع المفاوضات بسوء نية عما لحق بالطرف الآخر من أضرار و يعد من قبيل سوء النية بوجه خاص دخول طرف في التفاوض أو استمراره فيه بالرغم من نيته عدم التوصل إلى اتفاق مع الطرف الآخر "

2 – حسن النية التفاوضي في قانون العقود الأوروبي الموحد : استنادا لنص المادة 2.301 منه و تحت عنوان "التفاوض بسوء نية" كرّس قانون العقود الأوروبي الموحد وبمفهوم المخالفة ضرورة الالتزام بمبدأ حسن النية التفاوضي بقوله:

" كلّ طرف حر بالتفاوض و لا يسأل في حال الفشل بالوصول إلى اتفاق و بجميع الأحوال فإنّ الطرف الذي يتفاوض أو يقطع المفاوضات بشكل مخالف لحسن النية و أمانة التعامل يسأل عن الخسارة التي يتسبب بها للطرف الآخر "

3– حسن النية التفاوضي في اتفاقية فيينا 1980 م : لقد أتت اتفاقية فيينا على تكريس مبدأ حسن النية في المادة 7–1 منها والتي نصت على ما يلي : " يراعى في تفسير هذه الاتفاقية صفتها الدولية و ضرورة التوحيد في تطبيقها ، **كما يراعى ضمان احترام حسن النية في التجارة الدولية.** المسائل التي تتعلق بالموضوعات التي تتناولها هذه الاتفاقية و التي لم تحسمها نصوصها ، يتمّ تنظيمها وفقاً للمبادئ العامة التي أخذت بها الاتفاقية ، و في حال عدم وجود هذه المبادئ تسري أحكام القانون واجب التطبيق وفقاً لقواعد القانون الدولي الخاص "

ويلاحظ على هذه المادة أنها لم تحدد بشكل واضح دور حسن النية فيما إذا كان مقتصر على تفسير أحكام الاتفاقية أم أنّه يمتد ليشمل سلوك الأفراد في مراحل العقد المختلفة بدءاً بالمفاوضات وانتهاءً بالتنفيذ الأمر الذي أدى لتعدد الاتجاهات الفقهية والقضائية بشأن هذه المسألة:

● الاتجاه الأول : ذهب للقول بأنّ إعمال نص المادة 7–1 من اتفاقية فيينا يقتصر على تفسير نصوصها أي أنّه مجرّد قاعدة من قواعد التفسير موجهة إلى القضاة و المحكمين وحدّهم بصدد عملية التفسير، و برأيهم فإنّ مبدأ حسن النية لا يؤدي في الاتفاقية سوى دور محدود للغاية، و قد أخذت بعض هيئات التحكيم التي تشكلت وفقاً لقواعد غرفة تجارة باريس بهذا الاتجاه ففي الحكم الصادر في 22 نوفمبر 1997 في القضية رقم 8611 تقرر بأنّ

حسن النية في اتفاقية فيينا يلعب دوراً تفسيرياً فقط[1]، ولشدّة النقد الذي تعرض له هذا الاتجاه ظهر اتجاه فقهي وقضائي مغاير في هذا الخصوص نؤيد ما رمى إليه.

● الاتجاه الثاني : رأى بأنّ مبدأ حسن النية هو أحد المبادئ العامة التي تقوم عليها اتفاقية فيينا و لابدّ من إعمال روح النص و اعتماد التفسير الموسع لنص المادة السابعة من الاتفاقية والأخذ بهذا المبدأ باعتباره من المبادئ العامة للقانون[2] يلزم كلّ ذي شأن بلا استثناء من قضاة و محكمين أثناء تفسيرهم لشروط العقد و يلزم من باب أولى أطراف العقد باحترام الأصول الحميدة في المعاملات التجارية الشريفة[3]، الأمر الذي أيده القرار الصادر عن محكمة الاستئناف الألمانية في 22 فبراير 1995 بالقضية رقم 950222 بقوله : [4] " السماح للمشتري بإلغاء العقد بعد سنتين و نصف من إتمامه يعد انتهاكا لمبدأ حسن النية المقرر بالمادة 7-1 من اتفاقية فيينا لعام 1980م " وهذا الحكم **برأينا** خير مثال على ضرورة مراعاة مبدأ حسن النية الذي كرّسته اتفاقية فيينا من قبل أطراف العقد وليس فقط من قبل الجهة الناظرة بالنزاع.

و من قرائتنا التحليلية لنص المادة 7 من اتفاقية فيينا يلاحظ عدم وجود ما يدل على أنّ التزام الأطراف بهذا المبدأ مقتصر على مرحلة معينة من المراحل التي يمر بها العقد دون سواها و عليه فإنّ أمر كهذا يحتم **برأينا** على الأطراف المتعاقدة مراعاته ابتداءً من مرحلة التفاوض على العقد مروراً بإبرامه و تنفيذه وصولاً إلى إنهائه، أما عن آلية تطبيق هذا المبدأ وفقاً لاتفاقية فيينا فإنّ المادة الثامنة من الاتفاقية تظهرها بوضوح حيث أنّها أجازت للسلطة القضائية الناظرة بالنزاع البحث بالمعايير الشخصية المتجلية بنية الأطراف المتعاقدة و ليس فقط الوقوف على المعايير الموضوعية لتحديد ما إذا كان التقيد بمبدأ حسن النية قد تمّ فعلاً أم لا[5]، ولكن يعاب على اتفاقية فيينا أنّها لم تضع مؤيدات قانونية للإخلال بمقتضيات المادة السابعة منها وهذا **برأينا** بمثابة فجوة تشريعية، و السؤال هنا في حال حدوث هكذا إخلال فما هو موقف القاضي أو المحكم ؟

---

[1] وائل حمدي أحمد علي – مبدأ حسن النية في البيوع الدولية – دار النهضة العربية – القاهرة- 2010م - ص 253 .

[2] Sanne Jansen – Price reduction under the CISG a 21 century perspective – journal of law and commerce– Vol.32- No.2 – US – 2014 – p. 335 – at : www.jlc.law.pitt.edu visited on 18\8\2016 .

[3] د. محسن شفيق - مرجع سابق – ص 30 .

[4] وائل حمدي أحمد علي – مرجع سابق – ص 253 .

[5] Bruno Zeller - good faith : is it a contractual obligation ? Bond law review — Vol.15 - Issue.2 – Victoria university – US - 2003 – P. 228 at : www.epublication.bond.edu.au visited on 9\12\2016 .

في الواقع لقد صدر عن محكمة جرنوبل الفرنسية في سابقة Bonoventure عام 1995م ما يجيبنا على هذا السؤال إذ طبقت المحكمة القانون الوطني الفرنسي[1] للتعويض على المدعي نتيجة إخلال المدعى عليه بمقتضيات حسن النية وفقاً للمادة 7 من اتفاقية فيينا لعام 1980م التي اتفق الأطراف على اعتبارها بمثابة القانون الذي يحكم العقد[2].

**ب- مبدأ حسن النية في مرحلة المفاوضات على الصعيد الداخلي :**

1 – حسن النية التفاوضي في دول نظام القانون العمومي common law :

● المملكة المتحدة : لا يوجد في النظام القانوني الانكليزي كما سنرى لاحقاً ما يفرض الالتزام بمبدأ حسن النية التنفيذي وعليه ومن باب أولى لا يوجد فيه ما يقضي بضرورة مراعاة مبدأ حسن النية التفاوضي إلا أنّ القضاء الانكليزي والذي يعتبر أحد أهم مقومات النظام الانجلوسكسوني أو ما يطلق عليه **بنظام السوابق القضائية أو نظام القانون العمومي** استطاع تغيير المعادلة فكانت أول سابقة في القضاء الانكليزي أقرّت صراحةً واجب التفاوض بحسن نية هي تلك الصادرة عن محكمة Delware Suprem court في قضية : Itek crop V Chicago Aerial Indus.Inc[3] لعام 1968م حيث اعتبرت المحكمة :" أنّ خطاب النوايا يفرض على عاتق كلّ طرف التصرف بحسن نية، و على اعتبار أنّه من الثابت أنّ المدعى عليه كان قد فشل بالتفاوض بحسن نية و لم يبذل الجهد المطلوب لإتمام مساعي إبرام العقد فإنّ المحكمة اعتبرت مزاعمه غير صحيحة و أنّه سيء النية مؤيده طلبات المدعي" .

ويلاحظ من قراءة هذا الحكم أنّ القضاء الانكليزي قد ربط الوجود القانوني لمبدأ حسن النية في مرحلة التفاوض بوجود اتفاق بين الأطراف المتفاوضة ينص عليه، الأمر الذي أيده أيضاً مجلس اللوردات البريطاني في سابقة Wolford V Miles[4] عام 1992م ولكن السؤال في حال غياب هكذا اتفاق هل يمكن فرض موجبات التفاوض بحسن نية ؟؟

---

[1] و هذا يتوافق مع توجه اتفاقية فيينا بحد ذاتها بالفقرة الثانية من المادة السابعة التي نصت : " المسائل التي تتعلق بالموضوعات التي تتناولها هذه الاتفاقية و التي لم تحسمها نصوصها يتمّ تنظيمها وفقاً للمبادئ العامة التي أخذت بها الاتفاقية و في حال عدم وجود هذه المبادئ تسري أحكام القانون الواجب التطبيق وفقاً لقواعد القانون الدولي الخاص " .

[2] Bruno Zeller – op cit – P. 228 .

[3] Perdo Barasnevicius Quagiato – the duty to negotiate in good faith – international journal of law and management – Vol.50 – No.5 – 2008 - p. 218 available at : www.quagliatoadrogodos.com.br visited on 14\9\2016 .

[4] Stathis Banakas – liability for negotiation in English law – InDret – university of East Anglia – Bercelona- 2009 – P. 15 - available at :www.indert.com visited on 6\2\2017 .

في الواقع تنبه القضاء الانكليزي لهذه النقطة في الآونة الأخيرة ولكن في حدود ضيقة جداً الأمر الذي تجلّى في سابقة Charles Shaker V Vistajet group holding[1] عام 2012م ، إذ يلاحظ أنّ المحكمة البريطانية العليا في هذه القضية لم تربط الوجود القانوني لمبدأ حسن النية في مرحلة المفاوضات بوجود اتفاق حوله من عدمه شريطة وجود "**معايير موضوعية**" تسمح بذلك ويقصد بهذه المعايير الموضوعية إمكانية تأسيس الالتزام بمبدأ حسن النية بالاستناد إلى أحد النظريات القانونية التي تأخذ بها المنظومة القانونية البريطانية عامة في سبيل الحفاظ على مصالح الأطراف المتفاوضة والتي لا تختلف من حيث جوهرها عن تلك التي تأخذ بها المنظومة القانونية الأمريكية كما سنرى الآن.

● الولايات المتحدة الأمريكية : لم يختلف موقفها كثيراً عن نظيرتها البريطانية إذ لم يأتي المشرع الأمريكي على تقنين مبدأ حسن النية في مرحلة المفاوضات على وجه الخصوص، و قد ربطت المحاكم الأمريكية وجوده بوجود الاتفاق الصريح أو الضمني معتبرة اتفاقات ما قبل العقد ملزمة للأطراف طالما أنهم وصلوا إلى اتفاق على كلّ النقاط التي تمّ التفاوض حولها أو في حالة وجود تعهدات صريحة متبادلة حول النقاط الأساسية للعقد المزمع إبرامه و هو ما تمّ تكريسه من قبل محكمة الاستئناف الأمريكية في قضية : Compare R G Group Inc V The Horn & Hardard co[2] لعام 1984م، كما وقد قضت محكمة نيويورك الأمريكية في سابقة Teachers Ins & Annuity Ass'n V Tribune Co عام 1987م بأنّ واجب حسن النية يجد أساسه القانوني في اتفاق الأطراف عليه ضمن ما يسمى بالاتفاقات التمهيدية للعقد، و القوة القانونية لمثل هذه الاتفاقات التمهيدية لا تتجلّى بالطابع المعطى لها من قبل الوثيقة التي افرغت بها و إنما أمر كهذا يعتمد بالدرجة الأولى على ما اتجهت إليه إرادة الأطراف ؛ أي هل قصدوا فعلاً إلزام أنفسهم بها أم لا ؟[3]

و **برأينا فإنّ** الالتزام بمبدأ حسن النية التفاوضي لايقتصر على حالة وجود اتفاق صريح أو ضمني حوله وإنما يمكن إعماله باعتباره من مقتضيات حسن سير العملية التفاوضية سواء أفرغت بقالب عقدي أم لا، الأمر الذي تنبّه له القضاء الأمريكي مؤخراً في عامي 2013[4] و

[1] Chris Parker, Gregg Rowan and Nick Pantlin – The role of good faith in commercial contracts – Contracts disputes practical guids – Issue.4 – UK - 2016 – p.11 at : www.hsfnotes.com visited on 10\3\2017 .

[2] The details of this case are available on the website : www.openjurist.org last visit 12\2\2017 .

[3] Predo Barasnevicius Quagiato – op cit- P. 219 .

[4] In the precent of : Bank of N.y Melloon crop V Forex transaction litig \2013\ which is available at: www.courts.state.ny.us visited on 7\4\2017 .

2014[1] م حيث اعتبر أنّ حسن النية **واجب قانوني عام** غير مقتصر على مرحلة ما بعد التعاقد مؤسساً الالتزام به في مثل هذه الحالة بالاستناد إلى عدّة نظريات قانونية عامة أهمها[2]: نظرية الإثراء بلا سبب Restitution و التي تعتمد بأساسها القانوني على إعادة الحال إلى ما كانت عليه، ونظرية التحريف أو التشويه Misrepresentation و التي تقوم على فكرة خداع أحد الأطراف المتفاوضة للطرف الأخر، وأيضاً نظرية المانع التعاهدي[3] "Promissory estopple" وهي **أكثر النظريات القانونية شيوعاً** في تأسيس الالتزام بمبدأ حسن النية التفاوضي في دول القانون العمومي إذ يتمحور جوهرها حول وجود وعد من قبل أحد الأطراف في سبيل حث الطرف الآخر على الدخول بالمفاوضات، ففي قضية Hoffman V Red Owl Stores عام 1965م و المتعلقة بمفاوضات مطولة استغرقت عدّة أشهر بين المدعي هوفمان و بين الطرف الآخر بهدف فتح محل تجاري لهوفمان ، على أن يقوم الطرف الآخر بالتمويل، قام هوفمان ببيع محله التجاري الذي كان يملكه و انتقل للسكن في مدينة أخرى معتمداً على تعهدات المدعى عليه و ذلك استعداداً لفتح المحل المتفاوض بشأنه في هذه المدينة، حيث قام المدعى عليه بعد ذلك بقطع المفاوضات بشكل تعسفي و قد قررت المحكمة العليا في مقاطعة ويسكونسن الأمريكية تعويض هوفمان عن الخسائر التي لحقت به من خلال توسيع نظرية المانع التعاهدي لأنّ هذه النظرية بمفهومها المضيق لم تكن لتسعف هوفمان بأخذ التعويض عن الأضرار التي لحقت به[4].

2- حسن النية التفاوضي في دول نظام القانون المدني civil law :

إنّ الأصل التاريخي لمبدأ حسن النية في مرحلة ما قبل التعاقد يجد جذوره الأولى على الصعيد الفقهي في أحد مقالات الفقيه الألماني Rudolph Von Jhering المنشورة في عام 1861 م، أما على الصعيد التشريعي فقد كان المشرع الإيطالي أول من قنن مبدأ حسن النية صراحةً في المرحلة ما قبل التعاقدية و تحديداً في المادة 1337 من القانون المدني الإيطالي

---

[1] The precent of : Metcalf conster.co V United state of America \2014\ which is avalible at : www.law.findlaw.com visited on 1\10\2016 .

[2] Marcia Madsen & Michelle Litteken – The implied duty of good faith & fair dealing in government and commercial contracts(An age old concept in need of an update ? )- fideral practice summit U.S court of appeal for the federal cicuit May 12\2014 at : www.mayerbrown.com visited on 2\10\2016 .

[3] لقد استحدث قانون العدالة في بريطانيا هذه النظرية ( نظرية المانع التعاهدي) و من خلالها يمتنع على المتعاقد الذي وعد الطرف المقابل صراحةً أو ضمنا من خلال بيان غير غامض أن ينسحب من وعده ، مادام الوعد أصبح محل اعتماد الطرف الآخر شريطة أن يكون الانسحاب غير عادل للمزيد انظر :

Emily Weitzenbock – promissory estoppels – university of Oslo publications – 2012 - at : www.uio.no last visit 3\10\2016

[4] د. شيرزاد عزيز سليمان – مرجع سابق - ص 353 .

إذ كان المجال الرحب لتطبيق هذا النص يتمركز حول قطع المفاوضات دون مسوغ مشروع ثم امتد تطبيقه ليشمل كلّ ما يتصل بعملية المفاوضات وهذا الموقف يشبه موقف المشرع في كلّ من ألمانيا ومقاطعة كيبك الكندية كما سنرى لاحقاً، بخلاف ما هو عليه الحال بالنسبة للنظام القانوني في فرنسا حيث لم يتضمن قانونها الوضعي قبل عام 2016م أي إشارة لمتطلبات مبدأ حسن النية في مرحلة ما قبل العقد ، بالرغم من أنّ القضاء الفرنسي قد كرّس صراحةً موجب حسن النية ليشمل مرحلة ما قبل التعاقد في العديد من أحكامه نذكر منها الحكم الصادر عن محكمة جرنوبل الفرنسية عام 1994 و التي قضى بأنه:" يجب أن يتسم سلوك الأفراد بحسن النية من أجل الوصول إلى مفاوضات ناجحة و طرح كافة المسائل الخاصة بالعقد النهائي و عدم تجنبها "[1]، إلا أنّ النقلة النوعية بالنسبة للمشرع الفرنسي كانت مؤخراً بالإعلان رقم 131 لعام 2016 المعدل للقانون المدني الفرنسي والذي سيطبق بدءاً من 1/أكتوبر 2016 وتحديداً في المادة 1104 منه إذ نصت صراحةً على شمولية مبدأ حسن النية لكلّ من مرحلة التفاوض والإبرام والتنفيذ باعتباره من مقتضيات النظام العام بفرنسا[2].

أما عن موقف المشرع السوري و نظيره المصري المتأثران بدورهما بالنظام اللاتيني فلم يأتي على ذكر مبدأ حسن النية في مرحلة المفاوضات و إنما اقتصر على ذكر موجب حسن النية في مرحلة التنفيذ و هو **برأينا** موقف منتقد، وعليه وفي غياب النص القانوني ما هو سبيل لفرض موجبات مبدأ حسن النية في مرحلة ما قبل التعاقد ؟ الأمر الذي سنتعرف عليه عند الحديث عن الأساس القانوني لهذا الالتزام في مرحلة ما قبل التعاقد.

[1] وائل حمدي أحمد علي - مرجع سابق - ص 253 .

[2] Article 1104 de code civil francias : « Les contrats doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi , cette disposition étant d'ordre public » ..

## الفرع الثاني :الالتزام بمبدأ حسن النية في مرحلة المفاوضات

بعد التعرف على أهمية العملية التفاوضية وطبيعتها القانونية وتسليط الضوء على الوجود القانوني لمبدأ حسن النية في هذه المرحلة من المنظورين العالمي والمحلي لابدّ من المضي قدماً في الحديث عن الأساس القانوني للالتزام بهذا المبدأ وهي الناحية الأكثر إثارة للإشكالات القانونية، فهل أقرّت الأنظمة القانونية الكبرى حسن النية باعتباره التزام قانوني قائم بذاته وفي حال كانت الأجابة بنعم فعلى أي أساس بُني مثل هذا الالتزام؟

**أولاً : الأساس القانوني للالتزام بمبدأ حسن النية في مرحلة المفاوضات :**

ثار جدل كبير بهذا الخصوص سببه خلو معظم التشريعات الوطنية المقارنة من أي نص ينظم مرحلة المفاوضات، و جاء بأحد الأحكام التحكيمية الصادرة عن غرفة تجارة باريس سنة 1987: " إنّ الالتزام بحسن النية و شرف التعامل يشكل قيداً على الأطراف المتفاوضة "[1] و السؤال المطروح هنا ما هو الأساس القانوني للالتزام بمبدأ حسن النية في مرحلة المفاوضات والذي اعتبرته الأحكام التحكيمية الدولية بمثابة قيد على سلوكيات الأطراف المتفاوضة ؟

**أ – الأساس القانوني للالتزام بمبدأ حسن النية التفاوضي في دول نظام القانون العمومي (common law) :**

لاحظنا في الفرع السابق كيف أسس الفقه والقضاء في دول نظام القانون العمومي وعلى رأسها المملكة المتحدة والولايات المتحدة الأمريكية الالتزام بمبدأ حسن النية في مرحلة المفاوضات في حال تعذر إعمال مبدأ سلطان الإرادة بالإستناد إلى عدّة نظريات قانونية أبرزها "نظرية المانع التعاقدي"[2]، إلا أنّ الموقف الأكثر تطوراً في هذا الصدد كان موقف القضاء الاسترالي إذ لم تكتف محكمة New south wales بالنظريات العامة السائدة في دول نظام القانون العمومي لتأسيس هذا الالتزام كما فعل القضاءان البريطاني والأمريكي وإنما ذهبت أبعد من ذلك في قضية : Coal Cliff Collieries V Sijehama PTY Ltd[3] عام 1991م حيث كان أطراف العقد قد اتفقوا في مرحلة ما قبل التعاقد من خلال مذكرة تفاهم

---

[1] بلحاح العربي – الإطار القانوني للمرحلة السابقة على إبرام العقد بالقانون المدني الجزائري – دراسة مقارنة – دار وائل للنشر – عمان - 2010 – ص 71 - مشار إليه لدى : أ.م.د.ذكرى حسين و استبرق حمزة – مرجع سابق – ص 332 .

[2] تذمر بعض فقهاء القانون العمومي من نهج فقهاء القانون المدني و منهم الفقيه الامريكي Fransworth الذي يقول : " إنّ فقهاء القانون المدني يظهرون اتجاه غير مستقر في استخدام نظرية حسن النية كعباءة تغطي النظريات الأخرى ... بهذا الزي ، يمكن تصنيف الكثير من نظريات العقد تحت نظرية حسن النية الوحيدة و غير المتبلورة " . انظر :

Allan Fransworth – Duties of good faith and fair dealing under the Unidroit principles , relevant international conventions and national laws - Tul.J.Int.comp.L - vol.3 - USA - 1995 – P.60 + 61 available at : www.trans-lrx.org visited on 15\10\2016 .

[3] Ian Robertson and Sarah Butter – obligation of good faith in negotiation – Holding Redlich update – corporate & commercial – Sydney –2013 - no page number - at : www.holdingredlich.com visited on 2\1\2017 ..

على استشارة بعضهم البعض بمقتضى حسن النية أثناء مرحلة إنشاء العقد فيما يخص الأمور التفصيلية و الإشكالية في عقد الاتفاقية المشتركة أو ما يسمى بعقد Joint venture [1] إذ قررت المحكمة بأنّ التفاوض بحسن نية يعتبر بحد ذاته كافياً كبند ملزم قانوناً في الحالات التالية :

1- الشرط الصريح أو الضمني القاضي بذلك باعتباره جزء من الاتفاق بين الأطراف .

2- وجود مبادئ عامة خارج الاتفاق يمكن التحقق من وجودها بسهولة تشير لضرورة وجود مثل هذا الشرط .

**نستنتج من هذا الحكم القضائي المهم أنّ التفاوض بحسن نية يجد أساسه القانوني وفقاً لهذه السابقة في صورتين رئيستين :**

●**الأولى** : اتفاق الأطراف عليه صراحةً أو ضمناً و بهذه الحالة يكون منشأ الالتزام به عقدي.

●**الثانية** :في حال غياب الاتفاق فإنّ الأساس القانوني للالتزام به يظهر باعتباره أحد المبادئ القانونية العامة التي فرضتها مقتضيات التعامل على الصعيد التجاري الدولي و التي تعتبر بحد ذاتها من مصادر القانون التجاري الدولي lexmercatoria .

**ب – الأساس القانوني للالتزام بمبدأ حسن النية التفاوضي في دول نظام القانون المدني ( civil law ):**

1- ألمانيا : يجد الالتزام بمبدأ حسن النية في مرحلة المفاوضات في المادة 113 بفقرتها الثانية من القانون المدني الألماني[2] المرادفة للمادة 1733 من القانون المدني الإيطالي[3] أساساً قانونياً له، وهذه نقطة تحتسب برأينا للمشرع في ألمانيا وإيطاليا لدورها الفعال في حسم الجدل الفقهي والقضائي في البحث عن أساس قانوني للالتزام بمبدأ حسن النية ومقتضياته في هذه المرحلة، أما في مقاطعة الكيبك فقد نصت المادة 1375 من القانون المدني[4]على ضرورة امتثال أطراف العقد لمبدأ حسن النية منذ لحظة ولادة الالتزام مروراً بتنفيذه وحتى إنهائه، وقد

---

[1] **يعد Joint Venture من أبرز عقود التعاون على الصعيد الدولي و الذي يتطلب نجاحه أقصى درجات التقيد بمبدأ حسن النية في العقود التجارية الدولية و يختلف الشكل القانوني الذي يتخذه هذا العقد ففي دول القانون الانجلوسكسوني فغالبا ما يأخذ الشركة ذات المسؤولية المحدودة كشكل قانوني للمشروع المشترك أما في الدول اللاتينية فهو إما أن يأخذ شكل شركة محدودة المسؤولية أو شركة تضامن أو شركة تعاقدية محكومة بالعقد الذي يوقعه الأطراف مع ضرورة التفرقة بين اتفاق الأطراف على الدخول بالمشروع المشترك و الشكل القانوني الذي يتخذه هذا المشروع.** راجع بهذا الصدد : د.صالح بن عبد الله بن عطاف العوفي – مرجع سابق – ص 56 .

[2] Article 113 of German law : " an obligation with duties under section 241(1) also comes into existence by the commencement of contract negotiations" .

[3] Article 1337 of Italian law : " Parties must behave in good faith during the pre-contractual bargaining and contract drafting " .

[4] Article 1375 du loi Québécoise : " la bonne foi doit gouverner la conduite des parties tant au moment de la naissance de l'obligation qu'à celui de son exécation de son extinction ».

اعتبر الفقه والقضاء[1] في الكيبك وهم بصدد تفسير مصطلح " منذ لحظة ولادة الالتزام" Tant au moment de la naissance de l'obligation أنّ الالتزام بمبدأ حسن النية يمتد ليشمل مرحلة ما قبل التعاقد (المفاوضات).

2- فرنسا : يختلف الأمر في مرحلة ما قبل صدور الإعلان رقم 131 لعام 2016 المعدل للقانون المدني الفرنسي وعنه في مرحلة ما بعد صدوره؛ فبعد صدور هذا الإعلان أصبح الالتزام بمبدأ حسن النية في مرحلة المفاوضات يجد أساسه القانوني في نص المادة 1104 منه التي اعتبرت الالتزام بمبدأ حسن النية في مرحلة المفاوضات من مقتضيات النظام العام في فرنسا وبالتالي لم نعد بحاجة لنظريات أو أحكام قضائية لتأسيس مثل هذا الالتزام، ولعل موقف المشرع الفرنسي **برأينا** هو موقف فريد من نوعه بين دول كلّ من نظامي القانون المدني والقانون العمومي على حدٍ سواء إذ أنّ تأطيره التشريعي لمبدأ حسن النية في مراحل العقد المختلفة بدءاً من مرحلة المفاوضات وصولاً إلى التنفيذ ضمن قالب النظام العام يترتب عليه بلا شك اعتبار هذا المبدأ من القواعد القانونية الآمرة التي لا يجوز الاتفاق على خلافها تحت طائلة البطلان المطلق وليس فقط النسبي كما يتعين على المحكمة إعماله من تلقاء نفسها حتى لو لم يتمسك به الخصوم، ومن الممكن إثارته في أي مرحلة تكون عليها الدعوى، وعليه فكلما كان القانون الفرنسي هو القانون الواجب التطبيق على العقد التجاري الدولي فإنّ ذلك يحتّم على القاضي أو المحكم التسليم بأنّ الالتزام بمبدأ حسن النية في مرحلة المفاوضات تعتبر قاعدة متعلقة بالنظام العام في فرنسا مع ما يترتب على ذلك من آثار قانونية مختلفة، أما في مرحلة ما قبل صدور هذا الإعلان إذ لم يكن مبدأ حسن النية في مرحلة المفاوضات على وجه الخصوص قد أطر في نص قانوني صريح كما هو الحال في القطر العربي السوري فإنّ الفقه والقضاء الفرنسي عمد إلى تأسيسه استناداً للقواعد والأحكام القانونية العامة في القانون الفرنسي، فقد أسست الغرفة التجارية في محكمة النقض الفرنسية في سابقة Manoukian عام 2003 المسؤولية بحال غياب الاتفاق الصريح أو الضمني على التفاوض بحسن نية استناداً لقاعدة كلّ فعل سبب ضرر للغير يلتزم صاحبه بالتعويض[2] .

[1] The decisions of Quebec superior court in : Pegasus Partners Inc. v. Group Laurem Inc. / 2007 / and Friedman v. Ruby / 2012 / referred to : Danielle Ferron – Negotiating and drafting commercial contracts in Québec, the pre-contractual obligation to act and negotiate in good faith –scientific legal study published in July 2013 with no page number – available at : www.langlois.ca visited on 5\6\2017 .

[2] Négociations de bonne foi en droit français et en Common Law - étude legal – sans auteur - etait publié le 13 septembre 2016 – sans page numéro - sur : www.lepetitjuriste.fr visité en 13\2\2017

3- القطر العربي السوري: بغياب النص التشريعي أو حتى الاجتهاد الاقضائي فإنّ التعرف على الأساس القانوني لمبدأ حسن النية التفاوضي في العقد التجاري الدولي وفقاً للقانون السوري يقتضي **برأينا** العطف على القواعد القانونية العامة و التفرقة بين حالتين:

- الأساس القانوني للالتزام بمبدأ حسن النية في حال الاعتراف بالطبيعة العقدية لمرحلة المفاوضات: إذ يجد الالتزام بمبدأ حسن النية أساسه القانوني في اتفاق الأطراف المتفاوضة عليه؛ و**برأينا فإنّه** وحتى في ظل عدم الإشارة لمقتضيات حسن النية في الاتفاقات ما قبل التعاقدية يمكن **برأينا** بهذه الحالة الاستفادة من نص المادة 149 من القانون المدني السوري رقم 84 لعام 1949م[1] و التي تلزم أطراف أي عقد بتنفيذه طبقاً لما اشتمل عليه و بطريقة تتفق مع موجبات حسن النية و تُرتب المسؤولية القانونية في حال الإخلال بهذا المبدأ أو أحد مقتضياته، و سنتعرف على الأساس القانوني للالتزام بمبدأ حسن النية في مرحلة تنفيذ العقد التجاري الدولي وأثر الإخلال به في الفصل الثاني من هذه الدراسة.
- الأساس القانوني للالتزام بمبدأ حسن النية في حال عدم الاعتراف بالطبيعة العقدية لمرحلة المفاوضات : **برأينا** يعتبر الالتزام بمبدأ حسن النية بهذه الحالة واجب عام يتقيد به الشخص و بمواجهة الكافة[2] يجد أساسه القانوني في مبادئ العدالة والانصاف والاستقامة التجارية التي أقرّها المشرع السوري[3]، وبغياب حالة الاعتراف بالطبيعة العقدية لمرحلة المفاوضات يعتبر الإخلال بهذا الواجب في مرحلة ما قبل التعاقد وفقاً للقواعد العامة في القانون السوري موجباً للمسؤولية التقصيرية لا العقدية استناداً لقاعدة كلّ خطأ سبب ضرر للغير يلتزم مرتكبه بالتعويض.

**ثانياً : الطبيعة القانونية للالتزام بمبدأ حسن النية في مرحلة المفاوضات :**

والسؤال المطروح بهذا الصدد : هل يشكل الالتزام بالتفاوض بحسن نية التزاماً بتحقيق نتيجة أم التزاماً ببذل عناية ؟

---

[1] المادة 149 من القانون المدني السوري:" 1 - يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه و بطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية 2 – و لا يقتصر تنفيذ العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه و لكن يتناول أيضا ما هو من مستلزماته وفقاً للقانون و العرف و العدالة بحسب طبيعة الالتزام " .

[2] حمدي محمود بارود – نحو إرساء تكييف جديد لمفاوضات العقد - مرجع سابق - ص 736 .

[3] المادة 3 من قانون التجارة السوري رقم 33 لعام 2007 م نصت على : " إذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه فللقاضي أن يسترشد بما استقر عليه الاجتهاد القضائي وبمبادئ العدالة والإنصاف والاستقامة التجارية".

في الواقع أثارت هذه النقطة القانونية المهمة حالة من الجدل الفقهي إذ ذهب جانب من الفقه[1] إلى القول بأنّ الالتزام بالتفاوض بحسن نية في عقود التجارة الدولية هو التزاماً ببذل عناية و ليس التزاماً بتحقيق غاية ، بمعنى آخر يكون المتفاوض قد أدى التزامه طالما أنّه بذل درجة العناية المطلوبة في سبيل وصول العملية التفاوضية إلى الغاية المبتغاة منها و هي إبرام العقد الذي تدور حوله المفاوضات، و برأي أنصار هذا الاتجاه من الصعوبة بمكان ما وضع التزام على عاتق الأطراف المتفاوضة بتحقيق نتيجة تتجلّى بنجاح المفاوضات من خلال تكليلها بإبرام العقد ومن غير المنطقي القول بأنّ عدم نجاح المفاوضات يُعزى بطبيعة الحال إلى سوء نية الطرف المفاوض .

في حين يرى جانب آخر من الفقه[2] بأنّ الالتزام بمبدأ حسن النية في مرحلة المفاوضات هو التزام بتحقيق نتيجة، فهو التزام مفروض على طرفي العملية التفاوضية إما بوصفه التزام قانوني أو التزام إرادي، و لا يجوز لأي منهما أن يدفع المسؤولية عن نفسه بإثبات أنّه بذل كلّ ما بوسعه من جهد ليكون مفاوضاً حسن النية إذ يتعين عليه أن يكون فعلاً حسن النية و إلا اعتبر مخلاً بالتزاماته خاصةً و أنّ حسن النية ليس مجرّد مسألة نفسية فحسب بل هو سلوك لا بد أنّ يتفق مع السلوك المألوف بمرحلة المفاوضات وما يتفرع عن هذه المرحلة من التزامات. و**برأينا فإنّ** الالتزام بالتفاوض بحسن نية ينطوي في حقيقة الأمر على عنصرين؛ الأول هو الالتزام ببدء المفاوضات والثاني هو الالتزام بالاستمرار بالمفاوضات:

أ – **الالتزام الأول : الالتزام بالبدء بالمفاوضات :** هو أول و أهم التزام يقع على عاتق الأطراف المتفاوضة و يقصد به تلاقي إرادات المتفاوضين على بدء مرحلة التفاوض وهو التزام بتحقيق نتيجة[3]، ومن الجدير بالذكر هنا أنّه قد يقوم أطراف التفاوض بالتفاوض على

---

[1] وائل حمدي أحمد علي – مرجع سابق – ص 250 .

[2] د. رجب كريم عبد اللاه – التفاوض على العقد (دراسة تحليلية تأصيلية مقارنة)– دار النهضة العربية – القاهرة – 2000 - ص 420 ، و عبد الحليم عبد اللطيف – مبدأ حسن النية و أثره في التصرفات القانونية (دراسة مقارنة) – دار النهضة العربية – القاهرة – 1997 م – ص 220 - مشار إليهما لدى : أ.م.د.ذكرى حسين و استبرق حمزة – مرجع سابق – ص 291.

[3] رجب كريم عبد اللاه – التفاوض على العقد (دراسة تحليلية تأصيلية مقارنة) – دار النهضة العربية – القاهرة – 2000 م – ص 413 - مشار إليه لدى : تواني أحمد نور الهدى - النظام القانوني للتفاوض في عقود التجارة الدولية - رسالة ماجستير – جامعة قاصدي مرباح ورقلة - الجزائر 2013/2012 بدون رقم صفحة - النسخة الالكترونية متاحة على : www.bu.univ.ouargla.dz تاريخ الولوج 17\10\2016 .

بدء التفاوض و يسمى اتفاقهم بهذه الحالة بالتفاوض على التفاوض[1] أي تفاوض الأطراف على كيفية بدء المفاوضات و كيفية السير بها و إنهائها.

**ب – الالتزام الثاني : الالتزام بالاستمرار بالمفاوضات** أي الالتزام بمواصلة عملية التفاوض وصولاً إلى إبرام العقد و هذا بالأصل التزام ببذل عناية حيث يلتزم المتفاوض ببذل قدر العناية المطلوبة لنجاح المفاوضات و إذا ما فشل بذلك لسبب خارج عن إرادته فلا مجال عندها للبحث بمسؤوليته و لكن قد يتحول هذا الالتزام من التزام ببذل عناية إلى التزام بتحقيق غاية في حال ما إذا اتجهت نية الأطراف المتفاوضة إلى اعتبار العقد النهائي منعقد حتى و لو لم يتوصل طرفا التفاوض إلى اتفاق بشأنه [2].

وفي القرار التحكيمي الصادر عن غرفة تجارة باريس لعام 1982 بالقضية رقم 3938[3] اعتبرت الهيئة التحكيمية أن التزام الأطراف بالدخول في المفاوضات هو في حقيقته التزام بتحقيق نتيجة كونه يشكل غرض العملية التفاوضية في حين أنّه لا شيء يلزم الأطراف بالوصول إلى اتفاق، وكأنها تقول بأنّ الالتزام بالاستمرار بالمفاوضات وصولاً لإبرام العقد هو التزام ببذل عناية، الأمر الذي يؤكد صحة رأينا .

---

[1] أم كلثوم صبيح محمد – المفاوضات الممهدة للتعاقد ماهيتها و أحكامها ( دراسة مقارنة بين الواقع العملي و الفراغ التشريعي )– الجامعة المستنصرية – مجلة النهرين -مجلد 16 – عدد3 - 2014– ص 298 - متاحة بنسختها الالكترونية على الرابط التالي : www.mlawnahrain.org آخر زيارة تمّت في 29\12\2016م .

[2] د. صبري حمد خاطر- الالتزام قبل التعاقد بتقديم المعلومات – مجلة الحقوق – العراق – 1998 – ص 166 - مشار إليه لدى : المرجع السابق - ص 298 .

[3] د. أكرم محمود حسين البدو و د. محمد صديق محمد عبد الله – أثر موضوعية الإرادة التعاقدية في مرحلة المفاوضات –مجلة الرافدين – جامعة الموصل – مجلد 13 – عدد 49 - لعام 2011 م ص 23 متاح على : www.iasj.net تاريخ آخر زيارة 19\2\2017 .

## المطلب الثاني : الآثار القانونية المترتبة على الإخلال بمبدأ حسن النية في مرحلة المفاوضات

أقرّت الأنظمة القانونية الكبرى الالتزام بمبدأ حسن النية وإن كان ذلك بدرجات متفاوتة وبفترات زمنية مختلفة تماماً كما أقرّته التشريعات الدولية إلا أنّ أياً منهما لم يعالج بشكل واضح الآثار القانونية المترتبة على الإخلال بمثل هذا المبدأ على الرغم من أهمية هذه المسألة لذلك لعبت **القواعد القانونية العامة** بالرغم من عدم كفايتها **برأينا** دوراً مهماً في سد هذه الثغرة، الأمر الذي سنتعرف عليه من خلال الحديث بأسلوب تحليلي عن الأثر الموضوعي والشخصي للإخلال بمبدأ حسن النية التفاوضي.

الفرع الأول : الأثر الموضوعي للإخلال بمبدأ حسن النية في مرحلة المفاوضات .

الفرع الثاني : الأثر الشخصي للإخلال بمبدأ حسن النية في مرحلة المفاوضات .

### الفرع الأول : الأثر الموضوعي للإخلال بمبدأ حسن النية في مرحلة المفاوضات

**يقصد بالأثر الموضوعي للإخلال بمبدأ حسن النية في مرحلة المفاوضات ما يولدّه أمر كهذا على العملية التفاوضية وما يتخللها من اتفاقات تمهيدية من جهة وعلى العقد التجاري الدولي نفسه بحال تمّ إبرامه فعلاً من جهة أخرى** ؟ وهو بذلك يختلف عن الأثر الشخصي الذي يتناول شق المسؤولية القانونية للأطراف المتفاوضة المترتبة على مثل هكذا إخلال.

**أولاً : أثر الإخلال بمبدأ حسن النية على الاتفاقات التمهيدية التي تتخلل المفاوضات :**

**أ – القيمة القانونية للاتفاقات التمهيدية التي تتخلل مرحلة المفاوضات :**

**قد تتخلل العملية التفاوضية جملة من التصرفات القانونية ضمن أشكال وصور مختلفة تتعدد التكييفات القانونية لها بتعدد هذه الصور التي تندرج تحت مسمى الاتفاقات التي تتحلل مرحلة المفاوضات باعتباره برأينا المسمى الشامل لها جميعاً أو الاتفاقات التمهيدية أو الاتفاقات ما قبل التعاقدية والتي يصعب حصرها وتحديدها[1] إذ تعتبر بحد ذاتها مرحلة متقدمة من العملية التفاوضية وجزء لا يتجزأ منها أفرزتها ضرورات التجارة الدولية من الناحيتن القانونية والاقتصادية تلبية لمصالح الأطراف المتفاوضة.**

[1] للاطلاع على أبرز أشكال الاتفاقات التمهيدية التي تتخلل العملية التفاوضية راجع : أحمد عبد الكريم سلامة – النظام القانوني لمفاوضات العقود الدولية – مجلة الحقوق – جامعة البحرين- مجلد 1 -عدد 2 – 2004 م، وأيضاً راجع اسماعيل شبلاق – الطبيعة القانونية لمسؤولية الأطراف بمرحلة ما قبل العقد ( دراسة في العقود الدولية لنقل التكنولوجيا ) مجلة جامعة دمشق للعلوم القانونية و الاقتصادية – مجلد 29 -عدد 2 - لعام 2013 م.

فإلى أي مدى تتمتع هذه الاتفافات التمهيدية بالقيمة القانونية حتى نقول بأنّ الإخلال بمبدأ حسن النية يؤثر عليها سلباً أو إيجاباً باعتبار أنّ التعرف على القيمة القانونية للاتفاقات التمهيدية يعتبر خطوة ضرورية لتحديد الأثر القانوني للإخلال بمبدأ حسن النية التفاوضي على هذه الاتفاقات ؟؟

في حقيقة الأمر لقد انقسم الفقه في معالجته لمسألة تمتع الاتفاقات التمهيدية التي تتخلل مرحلة المفاوضات بالقيمة القانونية من عدمها في اتجاهات متباينة :

1- الاتجاه الأول : مثّله الفقه التقليدي[1] الذي جرّد مرحلة المفاوضات وما يتخللها من اتفاقات تمهيدية من أي قيمة قانونية فهي لا تعدو بنظر أنصار هذا الرأي كونها مجرّد مناقشات أو مساومات تمهد للعقد؛ بحجة أنّ مبدأ حرية التفاوض في العقود عامة والعقود التجارية الدولية خاصة هو مبدأ مقدس لا يجوز المساس به يؤدي لإتاحة الفرصة لمزيد من المنافسة على الصعيد الدولي و مزيد من التنشيط لحركة التجارة الدولية طالما لم يتمّ اختيار الطرف الآخر في التعاقد، و برأي انصار هذا الاتجاه أنّه يتعين على الأنظمة القانونية المختلفة ألا تقيد حرية المتفاوضين بقيود قانونية لا طائل منها تؤدي إلى التردد في الدخول بعملية المفاوضات طالما أنّ القانون لا يحتم على الأفراد الوصول إلى إبرام العقد .

هذا الاتجاه منتقد **برأينا** كونه لم يأخذ بعين الاعتبار الطبيعة القانونية لمثل هذه الاتفاقات التمهيدية التي قد تتخذ الشكل العقدي مما يحتم تمتعها بكامل القيمة القانونية مع ما يترتبه ذلك من آثار موضوعية وشخصية لجهة ترتب المسؤولية العقدية أو على الأقل التقصيرية في حال لم تتخذ هذه الاتفاقات الشكل العقدي.

2- الاتجاه الثاني : اعتبر أنصاره[2] أنّه وفي سبيل الاعتداد بكامل القيمة القانونية لهذه الاتفاقات التمهيدية على اختلاف أنواعها يتعين على الأطراف المتعاقدة تضمين عقودهم بما يفيد ذلك أي باعتبار مرحلة المفاوضات بما ورد فيها من اتفاقيات جزء لا يتجزأ من العقد أو باعتبارها بمثابة ملحق مكمل له، وبالمقابل إذا أراد الأطراف عدم الاعتداد بأي قيمة قانونية لمرحلة المفاوضات لا في مجال تفسير العقد أو تكملته فلا بد أنّ يشيروا في عقودهم إلى ذلك، وهذا المنحى **برأينا** منتقد أيضاً لعدّة أسباب أهمها :

---

[1] مارسيل فونتان – مرحلة ما قبل التعاقد وتحضير العقد الدولي على مراحل - الأنظمة التعاقدية للقانون المدني و مقتضيات التجارة الدولية – مرجع سابق - ص 109 .

[2] حمدي محمود بارود – نحو إرساء تكييف قانوني جديد لمفاوضات العقد - مرجع سابق – ص 751 و ما بعدها .

●الربط المبالغ به بين مرحلة المفاوضات ومرحلة إبرام العقد فماذا لو لم يبرم العقد محل المفاوضات من أساسه ؟ إذ لم نعد نستطيع الحديث عن إمكانية إدراج بند أو ملحق بهذا العقد يفيد بنية الأطراف الاعتداد أو عدم الاعتداد بالمفاوضات وما يتخللها من اتفاقات وعليه كيف يمكننا إضفاء الصفة القانونية عليها بهذه الحالة.

●و من جهة أخرى ماذا لو صمت الأطراف عن معالجة هذه الناحية في عقودهم بمعنى لم يوردوا أي بند بشأنها لا من حيث الاعتداد بها و لا من حيث عدم الاعتداد بها فما الأثر القانوني لذلك ؟

●و الأكثر من هذا وذاك ماذا لو أوردت الأطراف المتعاقدة بند يقضي بالاعتداد بمرحلة المفاوضات و ما تخللها من عقود تمهيدية و كان ما فيها يتعارض مع العقد صراحةً أو ضمناً؟

ونحن إذ لا نؤيد أي من الاتجاهين السابقين ونرى بأنّ تمتع الاتفاقات التمهيدية بالقيمة القانونية من عدمها متوقف بالدرجة الأولى على تحديد طبيعتها القانونية **ففي كلّ مرّة يمكن تكييفها على أساس كونها عقد بكل معنى الكلمة سواء أكان صريح أم ضمني فإنّ الإخلال بالالتزامات التي تفرضها يولّد مسؤولية عقدية، و في حال تعذر ذلك فإنّ هذا لا يعنى تجريدها من كلّ قيمة قانونية إذ أنّها تتمتع بهذه الحالة بالقيمة القانونية الكافية في سبيل تقرير أحكام المسؤولية التقصيرية عن الضرر الذي قد يتسبب به أحد الأطراف المتفاوضة للأخر**، و بجميع الأحوال فإنّه لا خلاف على الصعيدين الدولي و الداخلي من أنّ للقاضي السلطة التقديرية في إعطاء التكييف القانوني الصحيح للاتفاقات التي تتخلل مرحلة المفاوضات و بصرف النظر عما أطلقه عليها الأطراف أو عن موقفهم منها ، شريطة أن يستند بذلك إلى أسس قانونية سليمة ، و لقد استقر الرأي لدى القضاء المصري على ضرورة التزام قاضي الموضوع بدراسة الأوراق و المستندات المطروحة عليه للتعرف على ما إذا كانت تعد عقد أم لا تعدو كونها جزء من مرحلة التمهيد للتعاقد[1].

**ومن الجدير بالذكر أنّ هناك فرق بين الاتفاق والعقد إذ ليس كلّ اتفاق هو عقد بينما كلّ عقد هو اتفاق فالعقد وحدّه هو مصدر للالتزام وبرأينا** من غير المنطقي أن نضع تكييفاً قانونياً واحداً لكلّ صور و أشكال الاتفاقات التمهيدية التي تتخلل مرحلة المفاوضات على العقد التجاري الدولي حيث تتعدد التكييفات القانونية لها بتعدد أنواعها و هو أمر يطول بحثه.

[1] أحكام النقض المصرية لعامي 1950 و 1968 مشار إليها لدى : حمدي محمود بارود – الطبيعة القانونية للمسؤولية في حالة العدول عن المفاوضات – مجلة الجامعة الإسلامية للدراسات الاقتصادية و الإدارية – مجلد 20 – عدد 2 – غزة - 2012 م– ص 566 - متاحة على : www.iugaza.edu.ps تاريخ الدخول 13\3\2017 .

**ب – نتائج الإخلال بمبدأ حسن النية على الاتفاقات التمهيدية التي تتخلل مرحلة المفاوضات :**

في الواقع لم يعالج الفقه و القضاء هذه الجزئية المهمة كما يجب، و لكن و بنظرة تحليلية عميقة واستناداً إلى المعطيات القانونية السابقة وعطفاً على الأحكام العامة في المنظومة القانونية السورية نلاحظ أنّ معالجة هذه المسألة تتوزع **برأينا** في محورين أساسين :

1 –المحور الأول : فيما إذا كيُّف الاتفاق التمهيدي بصرف النظر عن شكله أو نوعه بأنّه عقد اتفق فيه على الالتزام بمبدأ حسن النية التفاوضي فإنّ الإخلال به يترتب عليه ما يترتب على الإخلال بأي التزام عقدي آخر وفقاً للقواعد القانونية العامة، وفيما لو أردنا الذهاب أبعد من ذلك فإنّه حتى بحال لم يتضمن الاتفاق التمهيدي النص على مثل هكذا الالتزام صراحةً أو ضمناً فإنّ حسن تنفيذه باعتباره عقد كبقية العقود يستدعي بطبيعة الحال الالتزام بمبدأ حسن النية وبالتالي يترتب على الإخلال به ما يترتب على الإخلال بمبدأ حسن النية في مرحلة التنفيذ من آثار الأمر الذي سنعالجة لاحقاً.

2 – المحور الثاني: إذا تعذر تكييف الاتفاق التمهيدي بأنّه عقد وهذا فرض وارد فلا مجال عندها للحديث عن أثر موضوعي للإخلال بمبدأ حسن النية لانتفاء محل ترتب هذا الآثر، وهذا لا يمنع **برأينا** من الحديث عن الأثر الشخصي لهكذا إخلال (مسؤولية قانونية) الأمر الذي سنبحثه في الأسطر القليلة القادمة.

**<u>ثانياً : أثر الإخلال بمبدأ حسن النية على العقد التجاري الدولي :</u>**

**و تتجلّى الإشكالية هنا في مدى تأثير سوء النية في مرحلة المفاوضات على العقد نفسه على فرض اكتشافها بعد إبرام العقد فيما إذا كانت المفاوضات قد انتهت بالتعاقد؟**

لأنه في حال اكتشافها قبل إبرام العقد فلا يعدو الأمر أن نكون أمام خيارين إما التوقف عن إبرام العقد والمطالبة بالتعويض، أو الاستمرار بإبرام العقد رغم العلم بسوء نية الطرف المفاوض و يعتبر هذا بمثابة الرضا بالواقعة و الرضوخ لها و التي تمنع الطرف القابل فيما بعد من المطالبة بفرض المؤيدات القانونية لسوء النية التفاوضي.

**أ- بطلان العقد التجاري الدولي :**

هل يمكن الحديث عن بطلان العقد التجاري الدولي بسبب الإخلال بمبدأ حسن النية في مرحلة التفاوض على هذا العقد ؟

وفقاً للقانون السوري والمقارن فإنّ البطلان (ويقصد بالبطلان هنا البطلان المطلق) هو عدم اكتساب العقد الوجود الاعتباري في نظر القانون، ويكتسب العقد وجوده الاعتباري إذا توافرت فيه أركان انعقاده، ويكون العقد باطلاً نتيجة تخلف ركن من أركانه كالرضا أو المحل أوالسبب أو الشكل في العقود الشكلية أو التسليم في العقود العينية، وإما نتيجة اختلال ركن من أركانه، كعدم مشروعية الباعث أو عدم مشروعية المحل أو عدم تعيينه أو استحالته، أو بموجب نص قانوني خاص[1] يقرر بطلان العقد على الرغم من توافر أركان انعقاده[2]، وعلى ذلك فإنّه إذا قام العقد التجاري الدولي مستوفياً لجميع شرائط انعقاده فلا مجال عندها للحديث عن بطلانه لمجرد الإخلال بمبدأ حسن النية في المرحلة التي سبقت إبرامه إذ أنّ أمر كهذا لا يدخل ضمن أسباب البطلان.

**ب- إبطال العقد التجاري الدولي :**

أو ما يسمى (بالبطلان النسبي) وهو الجزاء الذي يؤدي إلى انحلال العقد بعد انعقاده إذ يترتب على العقد القابل للإبطال وبخلاف العقد الباطل جميع آثاره القانونية حتى يتقرر إبطاله، وذلك نتيجة إختلال ركن الرضا أما بسبب قصور الأهلية وإما بسبب عدم سلامة الإرادة لوجود أحد عيوبها ( كالغلط – التدليس – الإكراه – الغبن )، كما يمكن أن يكون نتيجة تطبيق نص خاص[3]، وعليه فإذا قام العقد التجاري الدولي مستوفياً لجميع شرائط صحته لا يمكن القول بإمكانية إبطاله نتيجة الإخلال بمبدأ حسن النية أثناء مرحلة التفاوض عليه، ولكن **برأينا** يمكن الاستفادة من هذا المؤيد في الحالة التي يؤثر فيها الإخلال بمقتضيات مبدأ حسن النية على عملية إبرام العقد، ومثال ذلك : كتمان أحد الأطراف المتفاوضة أثناء عملية المفاوضات لواقعة مهمة واستمرار هذا الكتمان لحين إبرام العقد، الأمر الذي ينضوي من جهة تحت مفهوم التدليس كأحد عيوب الإرادة ومن جهة أخرى يتنافى مع موجب الإعلام ما قبل التعاقدي الذي يعتبر أحد أهم مقتضيات مبدأ حسن النية في مرحلة المفاوضات كما سنرى لاحقاً،إذ من حق الطرف المضرور بهذه الحالة أن يطالب بطبيعة

---

[1] راجع د.الياس ناصيف – موسوعة العقود المدنية و التجارية – الجزء السابع( حل العقود ) – دون دار نشر – دون مكان نشر - 1993 م – ص 46 و ما بعدها .

[2] مثل بطلان التعامل بتركة إنسان على قيد الحياة و لو كان ذلك برضاه، انظر المادة 132 من القانون المدني السوري .

[3] مثاله بيع ملك الغير انظر المواد من 434 إلى 436 من القانون المدني السوري .

الحال بإبطال العقد ولكن ليس استناداً للإخلال بمبدأ حسن النية التفاوضي وإنما استناداً لعيب في الإرادة وفقاً للقواعد القانونية العامة.[1]

**ج فسخ العقد التجاري الدولي :**

هل يعتبر سوء النية التفاوضي سبباً للقول بإمكانية فسخ العقد التجاري الدولي الذي تمخض عن هذه المفاوضات ؟

الفسخ هو المؤيد القانوني لإخلال أحد الأطراف بالتزاماته العقدية و على ذلك فيما لو أخل أحد أطراف العقد التجاري الدولي بأحد التزاماته العقدية فيكون الفسخ هو الجزاء الأمثل لذلك ، أما إخلاله بالتزاماته ما قبل العقدية كالالتزام بالتفاوض بحسن نية فلا يتصور معه الحديث عن فسخ العقد التجاري الدولي الذي كان ثمرة لعملية التفاوض، اللّهم إلا إذا اتفق الطرفين صراحةً أو ضمنا على فسخ العقد إذا تبين إخلال أحدّهما بمبدأ حسن النية ما قبل التعاقدي فهذا بلا شك جائز كون الإرادة المشتركة التي أنشئت العقد لها أن تحدد طرق زواله، ويمكن **برأينا** الحديث عن فسخ العقد التجاري الدولي في الحالة التي يؤثر فيها الإخلال بمقتضيات مبدأ حسن النية التفاوضي على عملية تنفيذ العقد كما سنرى لاحقاً، إذ يحق للمضرور بهذه الحالة المطالبة بفسخ العقد ليس ولكن ليس استناداً إلى الإخلال بمبدأ حسن النية التفاوضي وإنما استناداً إلى الإخلال بتنفيذ الالتزامات التي يفرضها العقد.

[1] د. الياس ناصيف - مرجع سابق – ص 67 و ما يليها .

## الفرع الثاني : الأثر الشخصي للإخلال بمبدأ حسن النية في مرحلة المفاوضات

عند الحديث عن الأثر الشخصي لخرق الالتزام فهذا يعني بطبيعة الحال ما يولدّه الخرق من مسؤولية قانونية على الطرف المخل بالالتزام، وكما سنلاحظ بالأسطر القليلة القادمة كيف اختلفت مواقف الأنظمة القانونية المقارنة في معالجتها للمسؤولية القانونية للإخلال بمبدأ حسن النية في المرحلة ما قبل التعاقدية وكيف لعبت القواعد العامة في المسؤولية دوراً مهماً في معالجة الآثار القانونية المترتبة على هذه المسؤولية، إلا أنّ الإشكالية تبقى في مسألة تحديد القانون الواجب التطبيق على هذه المسؤولية وخاصة بالنسبة للعقود التجارية الدولية ذات الصفة الالكترونية ...

### أولاً : الملامح الأساسية للمسؤولية المترتبة على الإخلال بمبدأ حسن النية في مرحلة المفاوضات :

**أ – الملامح الأساسية للمسؤولية في دول نظام القانون العمومي common law :**

لا يوجد نص تشريعي في نظام دول القانون العمومي يفرض على الأطراف التفاوض بحسن نية، فمن "حيث المبدأ" لا مجال للحديث عن مسؤولية قانونية على الإخلال بمبدأ حسن النية التفاوضي في ظل هذا النظام بغياب الأساس العقدي وفقاً لنظرية مقابل الوفاء The doctrine of consideration[1] ففي غير هذه الحالة إذا لم نستطع إثبات الضرر الموجب للتعويض في مرحلة المفاوضات فإنّ مجرّد غياب مقتضيات حسن النية في مرحلة المفاوضات لا يشكل بحد ذاته سبباً للمداعاة القانونية حيث لابدّ وأن يرتبط بسلوك ضار بنظر القانون أو أن يتسبب على الأقل بمنع الطرف المتعاقد الآخر من المضي قدماً في تنفيذ ما وعد بتنفيذه، ويلاحظ أنّ دول القانون العمومي اعتمدت نظرية الضرر كأساس للمسؤولية القانونية في هذا الصدد، وسوف ندرس مواقف أبرز دول نظام القانون العمومي بشكل تفصيلي على النحو التالي :

1– المملكة المتحدة : صحيح أنّ القضاء الانكليزي يتبنى المبدأ القائل بأنّ كلّ طرف يتعين عليه أن يتحمل مخاطر العملية التفاوضية ولكن هذا لا يعني أنّ سوء نية الطرف المفاوض محصن ضد أي مسؤولية قانونية في حال عدم الاعتراف بالطبيعة العقدية لعملية المفاوضات إذ أسس القضاء الانكليزي المسؤولية في مثل هذه الحالة استناداً إلى القواعد والنظريات

[1] For more informations about **Consideration** review : Jhon Wilson Twyford – The doctrine of consideration – PHD these – university of technology – sydney – 2002 – The E-version available at : www.opus.lib.uts.edu.au visited on 6\6\2017

القانونية العامة[1] التي قد سبق الإشارة إليها عند حديثنا عن موقف دول القانون العمومي من الالتزام بمبدأ حسن النية في مرحلة المفاوضات وأهمها نظرية السلوك التدليسي التي كرّسها القانون البريطاني Misrepresentation act لعام 1967م، إذ يخول الطرف المضرور بموجب هذه النظرية المطالبة بالتعويض عن الضرر اللاحق به من جراء سلوكيات الطرف الآخر سواء صدرت منه عن غش أم عن إهمال وسوء تقدير.

2- الولايات المتحدة الأمريكية : يتشابه الموقف القانوني الأمريكي مع نظيره الانكليزي من حيث سيطرة فكرة المخاطر على مرحلة المفاوضات و ما يترتب عليها من ضرورة تحمل كلّ طرف الآثار المترتبة على ذلك حتى لا يحجم الأطراف فيما لو تحدثنا عن مسؤولية قانونية عن الدخول في المفاوضات فيما لو فرضت قيود على حرية كلّ منهما بالتعاقد أو عدم التعاقد، و بالرغم من ذلك فقد رتب القضاء الأمريكي المسؤولية في هذه المرحلة عند انتفاء الرابطة العقدية بين الأطراف المتفاوضة استناداً إلى عدّة نظريات أبرزها **نظرية المانع التعاقدي** promissory esstopel أو قاعدة " لا يقبل من أحد قول يتنافى مع سلوكه " و التي تتفق مع قاعدة " من سعى في نقض ما تمّ على يده فسعيه مردود عليه " و التي تشكل الأساس القانوني للمسؤولية عن التفاوض بسوء نية[2] إضافة لنظريات أخرى كنظرية الإثراء بلا سبب ، الإبلاغ الخاطئ أو المدلس الذي يوقظ لدى الطرف الآخر تصور غير صحيح ، الوعد الخاص الذي يولّد لدى الطرف الآخر ثقة و تعويل مشروعين على هذا الوعد، و جميع هذه النظريات و تطبيقاتها تصب **برأينا** في خانة النظرية الكبرى وهي نظرية حسن النية .

**ب – الملامح الأساسية للمسؤولية في دول نظام القانون المدني Civil law :**

إنّ واجب حسن النية قبل التعاقدي في نظام القانون المدني يأخذ بعين الاعتبار بالدرجة الأولى العلاقة بين الأطراف و التي تحدد تارةً بشكل مكتوب و تارةً أخرى دون كتابة ، حيث أنّ نظام القانون المدني يركز على توقعات أطراف الصفقة التجارية و لهذا السبب فإنّ الاتفاقات التبادلية غير المكتوبة بين الأطراف تتمتع بكامل الحجية القانونية، و في إطار المفاوضات فإنّ تحقيق أحد الأطراف مكاسب من أي نوع على حساب الطرف الآخر عمداً أو خطأ تعتبر مثاراً لترتب المسؤولية القانونية، ووفقاً لهذا النظام فإنّ العقد أو الصفقة تفسر استناداً إلى معيارين اثنين هما :

[1] Like The case of : William Lacey (Hounslow) Ltd V Davis on /1957/ referred to : Perdo Barasnevicius Quagiato – op cit- P. 218.

[2] د.صالح بن عبد الله بن عطاف العوفي – مرجع سابق – ص 73 .

إرادة الأطراف الصريحة أو الضمنية و سلوك الأطراف[1] وقد اعتمدت دول القانون المدني وبخلاف دول القانون العمومي على نظرية الخطأ في تأسيس المسؤولية القانونية بهذه المرحلة ولكنها اختلفت فيما بينها في طبيعة الخطأ فيما إذا كان عقدي أم تقصيري، و لعلّ النموذج الجرماني الذي يتجلّى بالقانون الألماني و النموذج اللاتيني المتجلي بالقانون الفرنسي سيوضحون لنا موقف دول القانون المدني بالتفصيل[2]:

1- ألمانيا : عزف واضعو القانون الألماني عن وضع نص يعالج المسؤولية قبل التعاقدية حيث فضلوا الاكتفاء بالنص على بعض التطبيقات القانونية المنفردة بهذا المجال تاركين للفقه و القضاء مهمة تطوير الحلول المناسبة في الحالات غير المنصوص عليها، و قد اهتدى الفقه والقضاء في هذا المجال إلى "نظرية الخطأ في تكوين العقد" Cubla in contrachendo المرتكزة على مبدأ حسن النية في تقرير المسؤولية معتبرين أنّ الخطأ هو عكس التفاوض بحسن نية[3]، وقد وجدت هذه النظرية أول ما وجدت عند الفقيه إيهرنج عام 1861م الذي رتب المسؤولية فيها على أساس عقدي، في حين انتهى قضاء المحكمة العليا في ألمانيا إلى تأسيس المسؤولية قبل التعاقدية على علاقة قانونية أساسها الثقة و الأمانة و تنزل منزلة متوسطة بين المسؤوليتين العقدية و التقصيرية وإنّ كانت هي أقرب إلى المسؤولية العقدية، و مازال النقاش دائراً في ألمانيا حتى الآن بصدد تحديد الطبيعة القانونية للمسؤولية ما قبل التعاقدية لما لهذا الأمر من أهمية في حكم مسائل جوهرية مثل: القانون واجب التطبيق – الاختصاص القضائي – التقادم – عبء الاثبات و غيرها ، ويقدّر القضاء الالماني التعويض على أساس ما يعرف بالمصلحة السلبية أو الأضرار المؤسسة على الثقة و التي تختلف عن المصلحة الإيجابية أو المصلحة بالوفاء، وتعني أنّ للمضرور الحق في إعادته للوضع الذي سيكون عليه لولا دخوله المفاوضات .

2- فرنسا : أرسى الفقه و القضاء في فرنسا أسس المسؤولية في المرحلة ما قبل العقدية وخلافًا للقانون الألماني على أساس تقصيري رافضين بذلك نظرية الفقيه إيهرنج، و ذلك على أساس وجود خطأ يتمثل بالإخلال **بواجب عام** و هو مراعاة مبدأ حسن النية في مرحلة المفاوضات وهذا الخطأ يتوفر فيما إذا ثبت انحراف أحد الأطراف عن السلوك السوي المألوف لأمثاله، و مع ذلك فإنّ الفقه والقضاء في فرنسا قد اعترف إلى جانب المسؤولية التقصيرية

[1] Perdo Barasnevicius Quagiato – op cit – P. 215.

[2] د. أمية علوان - مرجع سابق – ص 26 و ما بعدها .

[3] د.محمود الكيلاني – الموسوعة التجارية و المصرفية – المجلد الأول – عقود التجارة الدولية في مجال نقل التكنولوجيا – جامعة عمان الأهلية – دار الثقافة للنشر و التوزيع – الأردن – 2008 م – ص 152.

بالمسؤولية العقدية في حال أفرغت العملية التفاوضية في إطار عقدي معتبرين الإخلال بمبدأ حسن النية بهذه الحالة موجباً للمسؤولية العقدية وفقاً للقواعد القانونية العامة[1].

3- مصر : يوضح الحكم الصادر عن محكمة النقض المصرية لعام 1967م بما لا يقبل الجدل المنحى الذي نحته المنظومة القانونية المصرية في صدد المسؤولية القانونية في مرحلة المفاوضات إذ نص هذا الحكم على ما يلي :" المفاوضات ليست إلا **عملاً مادياً** و لا يترتب عليها بذاتها أي أثر قانوني، فكل متفاوض حر في قطع المفاوضات في الوقت الذي يريد دون أنّ يتعرض لأي مسؤولية أو أن يُطالب ببيان المبرر لعدوله و لا يترتب على هذا العدول مسؤولية على من عدل **إلا إذا اقترن به خطأ نتحقق معه المسؤولية التقصيرية** نتج عنه ضرر بالطرف الآخر المتفاوض ، و عبء إثبات ذلك الخطأ و هذا الضرر يقع على عاتق ذاك الطرف و من ثم لا يجوز اعتبار مجرّد العدول عن إتمام المفاوضة هو ذاته المكون لعنصر الخطأ أو الدليل على توفره ، بل يجوز إثبات الخطأ من وقائع أخرى اقترنت بهذا العدول و يتوافر فيها عنصر الخطأ اللازم لقيام المسؤولية التقصيرية"[2]

يعاب على هذا الاجتهاد اسباغه الصفة المادية على العملية التفاوضية بشكل مطلق دون الأخذ بعين الاعتبار إمكانية تمتعها بالصفة العقدية في بعض الأحيان، إلا أنّ الأهمية القانونية لهذا الاجتهاد القضائي تتجلّى بكونه قد فرّق صراحةً بين العدول عن المفاوضات غير المقترن بخطأ وهو العدول المشروع الذي لا يعتبر بذاته مثار لترتب المسؤولية و بين العدول المقترن بخطأ أو العدول غير المشروع أو ما يمكن تسميته **برأينا** العدول عن العملية التفاوضية بسوء نية والذي يولّد المسؤولية القانونية في حال ثبوته المسؤولية.

4- أما في القطر العربي السوري و في ظل حالة الفراغ التشريعي وعطفاً على القواعد القانونية العامة[3] فإنّ الإخلال بمبدأ حسن النية في مرحلة ما قبل العقد يرتب **برأينا وفقاً** للمنظومة القانونية السورية مسؤولية عقدية في حالة وحيدة وهي : حالة الاعتراف بالطبيعة العقدية لمرحلة المفاوضات، وفي غير هذه الحالة فإنّ الإخلال بهذا المبدأ يشكل خطأ

---

[1] د. أمية علوان – مرجع سابق – ص 28 .

[2] د. حمدي محمود بارود – الطبيعة القانونية للمسؤولية في حال العدول عن مفاوضات العقد – مرجع سابق – ص 552 .

[3] من خلال دراستنا الميدانية في أروقة القضاء السوري كان لنا وقفة مع إشكالية المسؤولية القانونية في المرحلة ما قبل التعاقدية لناحية وجودها أولاً وطبيعتها القانونية ثانياً وفي تصريح لقاضي محكمة البداية التجارية الأولى الأستاذ **حبيب نجمة** بتاريخ 2017/1/11 م اعتبر أنّه وفقاً للمنظومة التشريعية السورية لا يوجد من حيث المبدأ مسؤولية في المرحلة ما قبل التعاقدية اللّهم إلا إذا ثبت وجود إخلال باتفاق تمهيدي مما يرتب المسؤولية العقدية أما في غير هذه الحالة فلا مجال لتأسيس المسؤولية وفقاً للقانون السوري إلا إذا توافرت شروط المسؤولية التقصيرية، وقد شدد الأستاذ **حبيب نجمة** على ضرورة إقرار المشرع السوري لمبدأ حسن النية التفاوضي الذي يساهم بشكل كبير في رأب هذه الثغرة التشريعية ..

تقصيري[1] يترتب عليه مسؤولية تقصيرية وذلك استناداً لقاعدة كلّ خطأ سبب ضرر للغير يلتزم فاعله بالتعويض والتي نصت عليها المادة 164 من القانون المدني السوري.

**ثانياً : الآثار القانونية للمسؤولية المترتبة على الإخلال بمبدأ حسن النية في مرحلة المفاوضات:**

**أ- التنفيذ العيني[2] :**

و هو الأصل في التنفيذ وفقاً للقانون السوري والسؤال المطروح هنا هل يتصور التنفيذ العيني في مرحلة المفاوضات ؟ بمعنى آخر هل يمكن أن يلجأ المفاوض إلى القضاء طالباً فرض مقتضيات التفاوض بحسن نية على الطرف الآخر ؟

هناك شبه إجماع فقهي[3] حول استبعاد التنفيذ العيني من مجال المفاوضات ، حيث لا يجوز إجبار المفاوض على تنفيذ التزامه بالتفاوض بحسن نية حتى لو لم يكن ذلك مرهق أو مستحيل و بالتالي لا يمكن اللجوء إلى التنفيذ العيني و الاكتفاء بالتنفيذ البدلي لسببين اثنين:

1 – السبب الأول: أنّ التنفيذ العيني بهذه الحالة يشكل خرق واضح لمبدأ الحرية التفاوضية المنبثق عن مبدأ الحرية التعاقدية ، و الذي يتنافى مع حالة إجبار أحد الأطراف المتفاوضة على الدخول بالمفاوضات أو الاستمرار بها .

2 – السبب الثاني : أنّ إجبار المفاوض على التنفيذ العيني أمر غير مجدٍ في مجال العمليات التفاوضية على عقود التجارة الدولية لأنّها تتطلب قدر كبير من التعاون المتبادل بين الأطراف المتفاوضة في سبيل إزالة المراكز القانونية القلقة الأمر الذي يتوقف بالدرجة الاولى على رغبة المفاوض الجدية بذلك وهو ما لا يمكن التحكم به في كثير من الأحيان .

**ب – التنفيذ بطريق التعويض[4]:**

إنّ التعويض بنظر الفقه والقضاء هو المؤيد القانوني الأمثل للمسؤولية في مرحلة المفاوضات بنوعيها العقدية والتقصيرية، فالتعويض في المسائل التعاقدية يقتصر على الأضرار المباشرة

---

[1] هذا الخطأ قد يتوافر منذ لحظة بدء التفاوض كمن يبدأ التفاوض و لا تتوافر لديه النية إطلاقا للتعاقد كما قد يتوافر الخطأ أثناء التفاوض كما لو اتضح لأحد الأطراف استحالة التوصل لاتفاق و مع ذلك استمر بالتفاوض و أخيراً قد يتوافر هذا الخطأ لحظة العدول عن التفاوض كما لو تمّ العدول في لحظة كانت المفاوضات فيها على وشك الانتهاء إلى اتفاق فالعدول بحد ذاته ليس خطأ إذ يمكن أن يقترن به خطأ مستقل يكفي لانعقاد المسؤولية أما الخطأ اللاحق للعدول فهو يتمثل في أحد أمرين إما التشهير و الإساءة إلى الطرف الآخر أو بإفشاء معلومات اطلع عليها أثناء عملية التفاوض و بجميع الأحوال لا يشترط أن تتوافر بالعادل نية الإضرار بالطرف الآخر و لا يلزم أن يكون الخطأ على درجة معينة من الجسامة ، مشار إليه لدى د.حسام الدين كامل الأهواني - مرجع سابق – ص 67 و 68 و 69.

[2] أ. بن أحمد صلحية – آثار المسؤولية الناشئة عن إخلال المفاوض بالتزامه بالتفاوض بحسن نية – جامعة قصدي مرباح ورقلة – دفاتر السياسة و القانون – العدد 1 – الجزائر - 2014 – ص 117 وما يليها متاحة على : www.dspace.uni.ouargla.dz آخر زيارة تمّت في 5\1\2017 .

[3] عبد المنعم موسى ابراهيم – حسن النية في العقود (دراسة مقارنة) – منشورات زين الحقوقية - بيروت – 2006 - ص 63 .

[4] انظر بهذا المجال المواد من 216 و حتى 234 من القانون المدني السوري .

المتوقعة وقت التعاقد ما لم يرجع الضرر إلى غش المدين أو خطئه الجسيم فيسأل عندها عن الأضرار المتوقعة وغير المتوقعة وبالتالي تأخذ المسؤولية العقدية بهذه الحالة حكم المسؤولية التقصيرية، **وسوف نتوسع في دراسة إمكانية تصور الإخلال بمبدأ حسن النية عموماً سواء في مرحلة المفاوضات أو مرحلة التنفيذ عن عمد أو عن خطأ وأثر ذلك على المسؤولية عند حديثنا عن آثار المسؤولية المترتبة على الإخلال بمبدأ حسن النية في مرحلة التنفيذ،**

وقد تتعدد الأضرار التي يمكن المطالبة بالتعويض عنها بمرحلة المفاوضات و نذكر منها على سبيل المثال لا الحصر :

1- نفقات المفاوضات.

2- ضياع الوقت.

3- التعويض عن السمعة التجارية.

4- التعويض عن فوات الفرصة.

5- التعويض عن عدم تنفيذ عقود أخرى أبرمت مع الغير بهدف الاستعداد لتنفيذ العقد المزمع إبرامه، **و السؤال المهم هنا هل يستطيع المتفاوض المضرور مطالبة المفاوض الآخر المسؤول عن فشل المفاوضات بقيمة ما ترتب عليه من تعويضات لصالح الغير؟**

في الواقع و استناداً إلى القواعد العامة في القانون المدني السوري على فرض أنّه هو القانون واجب التطبيق فإنّه **برأينا** يتعين علينا التفرقة بين حالتين:

● الحالة الأولى : إذا كان المتفاوض المسؤول عن فشل المفاوضات عالماً بتلك العقود التي أبرمت مع الغير و قد تسبب بإفشال عملية المفاوضات في سبيل عدم تنفيذها سواء عن غش أو إهمال و قلة احتراز فهو يسأل عن ذلك تجاه الغير على أساس المسؤولية التقصيرية نظراً لانتفاء الرابطة العقدية ، وفي حال عاد الغير على من تعاقد معه و استوفى منه مقدار التعويض فيكون للمتفاوض الرجوع بذلك على شريكه الذي تسبب بفشل المفاوضات على أساس القواعد القانونية المتعلقة بالإخلال بمبدأ حسن النية التفاوضي كما يمكنه الرجوع بهذه الحالة **برأينا** استناداً لقواعد الإثراء بلا سبب إذا توافرت شروط تطبيقها[1].

● الحالة الثانية : إذا لم يكن المتفاوض المسؤول عن فشل المفاوضات عالماً بتلك العقود أو كان عالماً بها و اعترض إبرامها فلا يسأل في هذه الحالة عن التعويضات المستحقة لصالح

[1] **ملاحظة : يمكن برأينا ووفقاً للمنظومة القانونية السورية في كلّ مرة يؤدي الإخلال بمبدأ حسن النية في مرحلة المفاوضات إلى إثراء الطرف المخل على حساب الطرف الآخر إعمال أحكام نظرية الإثراء بلا سبب فيما إذا توافرت شروط تطبيقها مع مراعاة قاعدة الحق الواحد تحميه دعوى واحدة فلا يمكن مثلاً المطالبة أمام القضاء بالتعويض عن الإخلال بمبدأ حسن النية في مرحلة المفاوضات استناداً للمادة 180 من القانون المدني السوري المتعلقة بالإثراء بلا سبب وأيضاً المادة 164 المتعلقة بالفعل غير المشروع تكريساً لمبدأ الحق الواحد تحميه دعوى واحدة باعتباره أحد المبادئ العامة التي أقرتها محكمة النقض السورية بهيئتها العامة (انظر القرار رقم 123 أساس 115 لعام 2003 م سجلات محكمة النقض السورية – القصر العدلي بدمشق )**

الغير، و بجميع الأحوال فإنّه إذا ما تقررت مسؤولة أحد الأطراف المتفاوضة تجاه الطرف الآخر فإنّ لدائني الأخير بهذه الحالة الرجوع على الأول بالدعوى غير المباشرة[1].

**ثالثاً : القانون واجب التطبيق على العملية التفاوضية :**

إنّ تحديد القانون الذي يحكم عملية التفاوض على العقد التجاري الدولي و ما يتفرع عنها من منازعات توجب المسؤولية القانونية يتوقف على التكييف القانوني للعلاقات و الروابط بين الأطراف في هذه المرحلة ، ومن المعروف أنّ عملية التكييف تخضع لقانون القاضي الناظر بالنزاع وهي مرحلة سابقة لمرحلة الإسناد أي إسناد النزاع إلى القانون الواجب التطبيق، ويعرّف التكييف بأنّه تحديد موضوع النزاع لربطه بمسألة قانونية معينة تمهيداً لتحديد القانون الذي يخضع له النزاع[2]، وعلى ذلك فإنّه من الأهمية بمكان ما معرفة ما إذا كانت مرحلة التفاوض قد أفرغت بقالب عقدي أم غير العقدي حتى يتسنى لنا تكييف العلاقة القانونية وتحديد القانون الواجب التطبيق عليها وخاصة في المفاوضات الالكترونية .

**أ – الشكل العقدي للمفاوضات :**

في هذا الفرض نجد أنفسنا أمام علاقة عقدية تجمع الأطراف المتفاوضة يتفق من خلالها الأطراف على مراعاة مبدأ حسن النية في عملية التفاوض و حتى بحال غياب هكذا اتفاق و باعتبارنا أمام عقد كبقية العقود فإنّ تنفيذه يقتضي بطبيعة الحال مراعاة مبدأ حسن النية وهو ما سوف نبحثه مفصلاً عند حديثنا عن حسن النية التنفيذي، وعلى اعتبار أنّ التفاوض يتمّ بشأن عقد تجاري دولي فإنّ الصفتان التجارية والدولية هما "من حيث المبدأ" الصفتان الطاغيتان على مرحلة المفاوضات ذات الصبغة العقدية، و من الجدير بالذكر أنّ القالب العقدي للمفاوضات بشكله التقليدي لا يثير أي إشكالية تذكر إذ أنّ أغلب المشرعين الوطنيين كانوا قد وضعوا قواعد قانونية ناظمة للعلاقات العقدية ذات الصفة الدولية و منهم المشرع السوري حيث فصّل في أحكامه بين ما هو متعلق بالقانون الواجب التطبيق على شكل العقد الدولي[3] و بين ما هو متعلق بالقانون واجب التطبيق على موضوعه[4] لكنّ المشرع لم يفرد

---

[1] المادة 236 من القانون المدني السوري : " لكلّ دائن و لو لم يكن حقه مستحق الأداء أن يستعمل باسم مدينه جميع حقوق هذا المدين إلا ما كان منها متصلاً بشخصه خاصة أو غير قابل للحجز. ولا يكون استعمال الدائن لحقوق مدينه مقبول إلا إذا ثبت أنّ المدين لم يستعمل هذه الحقوق و أنّ عدم استعماله لها من شأنه أن يسبب إعساره أو يزيد بهذا الإعسار ، و لا يشترط إعذار المدين لاستعمال حقه و لكن يجب إدخاله خصم في الدعوى".

[2] د.أحمد حداد – التكييف القانوني – الموسوعة القانونية المتخصصة – مرجع سابق – المجلد الثاني – ص 245 .

[3] المادة 21 من القانون المدني السوري"العقود ما بين الأحياء تخضع في شكلها لقانون البلد الذي تمّت فيه و يجوز أيضا أن تخضع للقانون الذي يسري على أحكامها الموضوعية ، كما يجوز أن تخضع لقانون موطن المتعاقدين أو قانونهما الوطني المشترك"

[4] المادة 20 من القانون المدني السوري :" 1- يسري على الالتزامات التعاقدية ، قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا موطنا ، فإنّ اختلافا موطنا سرى قانون الدولة التي تمّ فيها العقد ، هذا ما لم يتفق المتعاقدان أو يتبين من الظروف أن قانون آخر هو الذي يراد تطبيقه .2 - على أنّ قانون موقع العقار هو الذي يسري على العقود التي أبرمت بشأن هذا العقار . "

قواعد قانونية خاصة بالنسبة للعقود الدولية ذات الصفة الالكترونية فإلى أي مدى تصلح قواعد الإسناد الجامدة لحكم هذا النوع من العقود وهل يوجد بدائل أكثر ملائمة يمكن أن تحكمها؟؟ هذا ما سنتعرف عليه عند الحديث عن المسؤولية القانونية لخرق مبدأ حسن النية التنفيذي .

**ب – الشكل غير العقدي للمفاوضات :**

عند الحديث عن مرحلة المفاوضات فإنّ أول ما يتبادر إلى الذهن أنّنا بمرحلة ما قبل العقد أي أنّنا "من حيث المبدأ" أبعد ما يكون عن العلاقات العقدية بين الأطراف المتفاوضة، و قد كانت هذه هي النظرة التقليدية لمرحلة المفاوضات، و بناءً عليه فإنّ الأساس القانوني للمسؤولية بحال اعترفنا بوجودها في مرحلة المفاوضات يكون وفقاً لقواعد المسؤولية التقصيرية، وقد كرّس القانون السوري جملة من القواعد القانونية المتعلقة بالقانون واجب التطبيق على المسؤولية التقصيرية في الإطار الدولي إذ نصت المادة 22 من القانون المدني السوري على ما يلي :

" 1 – يسري على الالتزامات غير التعاقدية قانون البلد الذي وقع فيه الفعل المنشئ للالتزام ،

2 – على أنّه فيما يتعلق بالالتزامات الناشئة عن الفعل الضار[1]، لا تسري أحكام الفقرة السابقة على الوقائع التي تحدث بالخارج و تكون مشروعة في سوريا و إن كانت تُعد غير مشروعة في البلد الذي وقعت فيه ."

بناء على هذا الحكم و إسقاطاً على محور بحثنا فإنّ القانون الذي يحكم المنازعات المتعلقة بالإخلال بمبدأ حسن النية التفاوضي في قالبه غير العقدي و الذي يدخل ضمن إطار الفعل غير المشروع على فرض أنّ القانون السوري هو القانون الواجب التطبيق هو قانون البلد الذي وقع فيه الفعل المنشئ للالتزام، **و المقصود بالفعل المنشئ للالتزام في هذا المجال برأينا الفعل الذي انبثق عنه واجب التفاوض بحسن نية و هو فعل التفاوض نفسه** ، بمعنى آخر إنّ قانون البلد الذي تمّت به عملية المفاوضات هو القانون واجب التطبيق في هذه الحالة ، إلا أنّ أمر كهذا قد يثير الكثير من الإشكاليات؟ فماذا لو تمّت عملية المفاوضات بأكثر من بلد ؟ و هذا متصور الحدوث لاسيما عند الحديث عن عقود التجارة الدولية الضخمة و التي يتوزع أطرافها في أصقاع العالم المختلفة ، فما هو القانون واجب التطبيق بهذه الحالة ؟ هذا من جهة و من جهة أخرى فإنّه من المعروف أنّ المفاوضات تمرّ بمراحل مختلفة فماذا لو

[1] يقصد بالالتزامات غير التعاقدية الالتزامات الناشئة عن الوقائع القانونية و التي تتجلّى إما بصورة أفعال ضارة غير مشروعة (الجريمة و شبه الجريمة ) أو أفعال نافعة مشروعة (الإثراء بلا سبب ) .

تمّت كلّ مرحلة في مكان مختلف عن الآخر ، ثم ما هي المرحلة التي يمكن اعتبارها أكثر أهمية لتكون هي الضابط في تحديد القانون واجب التطبيق ؟

و الأهم من هذا و ذاك : ما هو الوضع القانوني للمفاوضات الالكترونية في هذا الإطار؟ بمعنى ما هو القانون الواجب التطبيق على المنازعات المرتبطة بمرحلة المفاوضات الالكترونية و تحديداً تلك التي لا يجمع أطرافها رابطة عقدية ؟؟ و أبرز أشكالها المفاوضات التي تتمّ عبر شبكة الانترنت باعتبارها الوسيلة الأكثر انتشاراً في عصرنا الحالي إذ كيف يمكننا مركزة المفاوضات الالكترونية و ربطها بحيز جغرافي أو إقليمي معين ليتثنى لنا القول بأنّ القانون الذي يحكم المنازعات ذات المنشأ التقصيري المتعلقة بالمفاوضات هو قانون الدولة التي جرت فيها عملية المفاوضات كلّها أو بالجزء المهم منها طالما أنّ العملية تمّت في الفضاء السيبيري الذي لا يعرف حدود الزمان و لا المكان ؟؟

لعل المادة 33 من قانون تنظيم التواصل على الشبكة و مكافحة الجريمة المعلوماتية رقم 17 لعام 2012 قد تفيدنا بالإجابة على هذا التساؤل الأخير حيث اعتبرت صراحةً النطاق العلوي السوري SY في حكم الأراضي السورية في معرض تطبيق هذا القانون ، و بناء عليه إذا استطعنا إثبات ارتكاب الفعل الضار من خلال فضاء الكتروني يندرج تحت مظلة النطاق العلوي السوري فلا إشكالية تذكر إذ يعتبر و كأنه قد ارتكب على الأرض السورية الإقليمية إذ يعتبر الإقليم الالكتروني بحكم كلّ من الإقليمين البري و البحري و الجوي السوري ، و هذا الحكم ينطبق فيما لو ارتكب الفعل مثلاً من خلال النطاق العلوي الفرنسي الذي يرمز له ب fr أو النطاق العلوي الانكليزي الذي يرمز له ب uk أو غيره إذ يعتبر بحكم الإقليم الالكتروني لتلك الدول وفقاً لنص المادة 33 آنفة الذكر .

إلا أنّ الإشكالية تثور إذا تمّ الفعل المنشئ للالتزام ضمن فضاء الكتروني لا يمكن إسناده لسيادة دولة معينة كما لو تمّت المفاوضات من خلال موقع الكتروني يندرج ضمن أحد النطاقات ذات الصفة الدولية أو النوعية التي لا تعبر عن أي ارتباط بالدولة التي يوجد فيها الحاسب المتصل بشبكة الانترنت ؟؟ مثل النطاق : Com وهو أكثر النطاقات النوعية شهرة في مجال الأعمال التجارية، أو كما لو تمّت عملية المفاوضات من خلال أحد مواقع التواصل الاجتماعي كالفيس بوك مثلاً وهو موقع عالمي مفتوح على جميع أصقاع المعمورة فما الحل القانوني بهذه الحالة ؟ و الأهم من ذلك ماذا لو ارتكب الفعل الضار من خلال فضاءات الكترونية متعددة بعضها اقليمي و بعضها دولي أو تخصصي ؟ كما لو تمّت عملية المفاوضات من خلال عدّة مواقع الكترونية يندرج كلّ منها تحت نطاق معين ؟ كما لو تمّت

المفاوضات من خلال تبادل الرسائل الالكترونية من و إلى بريدين الكترونيين كلّ منهما ينطوي تحت نطاق مختلف عن الآخر ؟

في الواقع لم نجد في الفقه و القضاء إجابة على هذه التساؤلات المهمة و**برأينا لابدّ** من استحداث ضوابط قانونية جديدة تتناسب مع الفعل الضار الحاصل في البيئة الالكترونية نظراً لصعوبة الاعتماد على الضوابط التقليدية في هذا المجال و حتى ذلك الوقت فإنّه في حال عُرض نزاع كهذا على **القاضي** يتعلق بهذه المسائل المستحدثة و وجد أنّ الضوابط التقليدية لا تصلح لحكم النزاع فهذا ليس مبرر للامتناع عن الحكم تحت طائلة تعرضه لتهمة إنكار العدالة إذ له **برأينا** بهذه الحالة الاستفادة من نص المادة 26 من القانون المدني السوري على فرض أنّه القانون الواجب التطبيق والتي تنص على : تتبع فيما لم يرد بشأنه نص في المواد السابقة من أحوال تنازع القوانين مبادئ القانون الدولي الخاص"

لقد أحال المشرع صراحةً إلى **مبادئ القانون الدولي الخاص** كخطوة مهمة لسد حالة الفراغ التشريعي في كثير من المسائل التي يصعب حصرها و تحديدها، و لقد كانت المادة 54 من المشروع التمهيدي للقانون المدني المصري والذي يعتبر المصدر التاريخي للقانون المدني السوري أكثر وضوحاً في تبيان المقصود بمبادئ القانون الدولي الخاص، إذ قررت : " تتبع فيما لم يرد بشأنه نص في المواد السابقة من أحوال تنازع القوانين مبادئ القانون الدولي الخاص الأكثر شيوعاً "، فرجوع القاضي لهذه المبادئ التي تعتبر عامل مشترك بالنسبة لمعظم النظم القانونية سوف يؤدي بالضرورة لخلق قواعد قانونية من قبل القاضي نفسه و سوف يدعم الفكرة القائلة بأنّ القاضي يساهم في تكوين القواعد القانونية بالنظر لرجوعه للمبادئ العامة وبالتالي إيجاد قواعد إسناد جديدة قادرة على حل النزاعات المرتبطة بالتعاملات التجارية الدولية ولاسيما ذات الصفة الالكترونية منها في ظل غياب النص[1] .

[1]د. ايناس محمد البهجي و د. يوسف حسن يوسف – القانون الدولي الخاص – المركز القومي للإصدارات القانونية– الطبعة الأولى – القاهرة - 2013 م – ص 82 .

## المبحث الثاني : تطبيقات مبدأ حسن النية في مرحلة المفاوضات

بالرغم من كون النية من الأمور الباطنية التي لا يطلع عليها أحد ولا يعلمها إلا الله، ولكن هناك جملة من المظاهر الخارجية التي تساهم في كثير من الأحيان في كشف حقيقتها؛ ومن هنا كانت تطبيقات مبدأ حسن النية في مرحلة المفاوضات التي تساعد كلّ من القاضي والمحكم على الغوص في خفايا الأمور واستنباط حسن أو سوء نية أحد أطراف العقد التجاري الأمر الذي سنخوض غماره في المطلبيين التاليين إذ سيتناول (المطلب الأول) مقتضيات حسن النية في حين سيتناول (المطلب الثاني) مقتضيات سوء النية في مرحلة المفاوضات .

### المطلب الأول : مقتضيات حسن النية في مرحلة المفاوضات

يستدل على حسن نية الأطراف المتفاوضة من خلال مراعاتها لجملة من المقتضيات التي تعتبر بحد ذاتها تكريساً لمبدأ حسن النية في مرحلة المفاوضات فما هي أبرز هذه المقتضيات؟

الفرع الأول : السرية .

الفرع الثاني : الإعلام .

#### الفرع الأول : السرية

تتسم أغلب أنواع عقود التجارة الدولية في وقتنا المعاصر بطابع فني و تقني دقيق إذ لم تعد عقود التجارة الدولية مقتصرة على نوعها التقليدي وإنما تعدّت ذلك لتمتد إلى أنواع و أشكال مختلفة فرضتها موجبات تحرير التجارة الدولية و انفتاح الأنظمة الاقتصادية على المستوى العالمي إضافة إلى بزوغ فجر الثورة التقنية التي قلبت معايير التجارة العالمية، ولعل عقود نقل التمكين التكنولوجي و عقود الاستشارات الهندسية و عقود تصنيع البرمجيات الالكترونية أو التوريد التقني المعلوماتي و عقود الخدمات اللوجستية الدولية وعقد الفرنشايز وعقود التعاون المشترك[1] J.V وغيرها الكثير تدل بوضوح على صحة ما ذكرناه بهذا الصدد، فهذه الأنواع المبتكرة من العقود والتي يسبق إبرامها مرحلة مفاوضات يستلزم السير بها وصولاً إلى الاتفاق النهائي الكشف عن العديد من الأسرار التجارية و غير التجارية في سبيل إنجاح العملية التفاوضية، فقد تكون هذه الأسرار هي بذاتها محل العقد المزمع إبرامه كما في عقود نقل التكنولوجيا أو على الأقل ضرورية في سبيل إتمام إبرامه كما في عقود الإعلانات التجارية

[1] و لقد عبر عن ذلك الفقيه كورنو بقوله : " أنّه في عقود التعاون الصناعي يلتزم المتعاقدون بالتعاون و مساعدة بعضهم البعض و تقديم الخدمات المتبادلة لما فيه من تحقيق الهدف النهائي من العقد مشار إليه لدى : د. موسى متري – العقود الدولية للتعاون الصناعي بين أطراف غير متساوية التطور (غرب – جنوب ) – أطروحة دكتوراه في القانون الاقتصادي الدولي – جامعة فرانسوا بليه في تور – كلية الحقوق و العلوم الاقتصادية و الاجتماعية – فرنسا – 1993 / 1994 م – ص 50 .

عن السلع و الخدمات، ومن هنا يظهر واجب الحفاظ على سرية المعلومات المتبادلة في مرحلة التفاوض على العقد التجاري الدولي كأحد أهم تطبيقات مبدأ حسن النية التفاوضي، الأمر الذي تمّ تكريسه صراحةً في المادة 2.1.16 من مبادئ اليونيدروا تقابلها المادة 2.30.2 من القانون الأوروبي الموحد للعقود[1] إذ نصتا على ما يلي: " **يلتزم من يحصل على معلومة معينة خلال المفاوضات ألا يفشي هذه المعلومة أو يستخدمها بطريقة غير سليمة في أغراضه الشخصية، يستوي في ذلك أن يكون العقد قد انعقد أو لم ينعقد** " وبرأينا يحتسب لهاتين المادتين نقتطتين ايجابيتين :

**النقطة الأولى:** أنهما لم يقصرا الحماية القانونية للمعلومات المتبادلة أثناء المفاوضات على الأسرار التجارية وإنما جاء النص عام شامل لكلّ معلومة سرية يتمّ تبادلها أثناء العملية التفاوضية .

**والنقطة الثانية:** أنهما فرضتا الالتزام بالسرية أثناء العملية التفاوضية وبصرف النظر ما إذا كان العقد الذي تمحورت حوله المفاوضات قد أبرم أم لا

**<u>أولاً : نطاق الالتزام بالسرية :</u>**

تبرز أهمية تحديد نطاق الالتزام بالسرية في مرحلة المفاوضات من حيث المحل والأطراف والمدّة الزمنية في مساعدة الجهة الناظرة في النزاع على إصدار إحكامها استناداً إلى أرضية قانونية صلبة تجعل من هذه الأحكام أكثر ملامسة لمتطلبات العدالة والمنطق القانونيان .

**أ – نطاق الالتزام بالسرية من حيث الموضوع :**

و السؤال المطروح هنا هل يتناول الالتزام بالسرية جميع المعلومات التي يتبادلها الأطراف بمناسبة التفاوض على العقد التجاري الدولي المزمع إبرامه أم أنّه يتناول طائفة معينة منها؟؟ تشكل **<u>المعلومة السرية</u>** محلاً للالتزام بالمحافظة على السرية أثناء المفاوضات وعليه إذا انتفت الصفة السرية عن المعلومات المتبادلة أثناء العملية التفاوضية فلا يعتبر إفشاءها بهذه الحالة أو استعمالها في غير ما خصصت له إخلالاً بمقتضيات حسن النية التفاوضي، "**والمعلومة السرية برأينا هي كلّ بيان سواء أفرغ بقالب مادي أم لم يفرغ غير مملوك للطرف الآخر وغير معلن للجمهور ويترتب على إعلانه ضرر بصاحبه**"

[1] The original text of European law : " If confidently information is given by one party in the course of negotiation , the othwe party is under a duty not to disclose that information or use it for its own purposes whether or not a contract is subsequently concluded , the remedy for breach of this duty may include compensation for loss suffered and restitution of the benefit received by the other party " ...

وتكتسب هذه المعلومة طابعها السري إما بإرادة صاحبها أو نظراً لطبيعتها الذاتية لذا فقد أجمع الباحثين[1] في هذا المجال أنّ الالتزام بالحفاظ على السرية في مفاوضات العقد يشمل طائفتين أساسيتين من المعلومات و المعارف ذات القيمة بالنسبة لأصحابها وذلك على الشكل التالي :

1- المعلومات و المعارف التي أسبغ عليها صاحبها صفة السرية إذ تلعب إرادة المفاوض دوراً مهماً في تحديد ما يدخل ضمن إطار المعلومات السرية وما يخرج منها في هذه الحالة، ومن أمثلة هذه المعلومات: الحالة المالية والفنية للمشروع وكذلك الرسوم والبحوث والتصميمات والدراسات التي أُعدّت بمناسبة العقد المتفاوض بشأنه .

2- المعلومات و المعارف التي تتصف بالسرية حسب طبيعتها الذاتية بمعنى أنّها غير معدّة بطبيعة الحال للنشر و الإعلان وبصرف النظر عن إرادة صاحبها وخير مثال عليها : هي تلك المعلومات المتعلقة بالحياة الخاصة للمتفاوض حيث يلتزم المتلقي بعدم إفشائها لاعتبارات شخصية أخلاقية أكثر منها اعتبارات تجارية و اقتصادية كما بالنسبة للطائفة الأولى.

**ب- نطاق الالتزام بالسرية من حيث الزمان :**

والسؤال الذي يطرح في هذا المجال : ما هي الفترة الزمنية التي يتعين خلالها على المفاوض الالتزام بالحفاظ على سرية المعلومات والمعارف التي تلقاها ؟؟

لقد اختلفت الاتجاهات الفقهية والقضائية بصدد هذه النقطة المهمة نظراً لغياب المعالجة التشريعية لها ويمكن تصنيف هذه الاتجاهات ضمن فئتين أساسيتين :

1- الفئة الأولى[2]: اعتبرت أنّ الالتزام بالسرية ليس له مدّة زمنية محددة؛ و عليه يتعين بقاء هذه المعلومات محل الالتزام بالسرية طي الكتمان إلى ما لا نهاية بحيث لا تزول عنها صفة السرية إلا إذا وصلت إلى علم العامة دون أن يكون المفاوض هو السبب في افشائها، و هذا الاتجاه تبنته غرفة التجارة الدولية بباريس بالقضية رقم أساس 279 لعام 1976 المتعلقة بنزاع بين شركتين ألمانية و إيطالية ، حيث قررت الهيئة التحكيمية مسؤولية الشركة الإيطالية المتلقية عن إفشاء أسرار المعرفة الفنية و بالتالي الحكم عليها بالتعويض لصالح الشركة

[1] م.محمد جعفر الخفاجي و م.ميثاق طالب عبد حمادي – الالتزام بالسرية في مفاوضات عقود نقل التكنولوجيا (دراسة مقارنة) – مجلة المحقق حلي– العدد2 – سنة 6 – العراق- 2014م – ص 379 و 380 و 381 متاحة على : www.unobablon.edu.iq تاريخ الزيارة 7\3\2017 .

[2] أبو العلاء علي النمر – مفاوضات عقود التجارة الدولية - دار النهضة العربية – القاهرة - 2002 م – ص 113 و يوسف عبد الهادي الأكيابي – النظام القانوني لعقود نقل التكنولوجيا في محال القانون الدولي الخاص – دار النهضة العربية – القاهرة – 1989م – ص 225 - مشار إليهما لدى : أ.م.د.ذكرى حسين و استبرق حمزة – مرجع سابق – ص 322.

الألمانية باعتبار أنّها ملتزمة بالحفاظ على سرية المعرفة الفنية طالما أنّها مازالت تحتفظ بصفتها السرية وبصرف النظر عن أي اعتبار أخر.[1]

2- الفئة الثانية : وتمثل الاتجاه الفقهي الغالب[2] حيث أكدّت ضرورة تحديد الالتزام بالسرية بفترة زمنية من قبل المانح إذ لا يمكن أن تكون هذه الفترة الزمنية مطلقة دون قيد أو شرط ، و هنا لابدّ **برأينا** من التفرقة بين حالتين :

**الأولى** : حالة وجود اتفاق بين الأطراف المتفاوضة بخصوص المدة الزمنية التي يتعين خلالها الاحتفاظ بسرية المعلومات و هنا يتعين عليهم احترام الاتفاق و مراعاة المدة التي وردت فيه ، و لكن ماذا لو فقدت هذه المعلومات و المعارف طابعها السري قبل انقضاء المدة المحددة للالتزام بالحفاظ على سريتها ؟؟

**برأينا** لا يمكن القول بمسؤولية الطرف المتلقي للمعلومات السرية بهذه الحالة فيما إذا فقدت هذه المعلومات طابعها السري لسبب خارج عن إرادته، كما لو توصل الغير لمعرفتها بالبحث و التجربة و تمّت إذاعتها، فالالتزام بالسرية بهذه الحالة يزول نظراً لزوال محله .

**الثانية** : حالة عدم وجود اتفاق بين الأطراف المتفاوضة حول المدّة الزمنية التي يتعين خلالها الاحتفاظ بسرية المعلومات، **برأينا** تلعب السلطة التقديرية للقاضي دوراً مهماً في هذا المجال من حيث تحديد ما إذا كانت المدّة التي التزم فيها الأطراف بالحفاظ على المعلومات السرية هي مدّة معقولة أم لا و هو يستعين بهذا الصدد بالعادات و الأعراف التجارية السائدة.

**ج – نطاق الالتزام بالسرية من حيث الأشخاص :**

إن الالتزام بالحفاظ على السرية لا يقتصر على المفاوض متلقي المعلومة وإنما يمتد ليشمل مساعديه والأشخاص التابعين له كالعمال والفنيين والخبراء والمستشارين ، فضلاً عن الأشخاص الذين يرتبط معهم بعقد عمل كالأشخاص الذين قام باختيارهم لمساعدته وإبداء المشورة له في عملية التفاوض؛ إذ يتجلّى محل التزام هؤلاء الأشخاص في محورين أساسين :

**الأول** : الامتناع عن إفشاء الأسرار و إذاعتها .

**الثاني** : الامتناع عن استغلال الأسرار سواء لحسابهم الخاص أو لحساب الغير.

و في سبيل تحديد نطاق الالتزام من حيث الأشخاص غالباً ما تلجأ الأطراف المتفاوضة لتحديد الأشخاص الذين يحق لهم الاطلاع على المعلومات السرية و المعارف التقنية و بالتالي يكون من السهل عندها تحديد و حصر المسؤولية.

---

[1] المرجع السابق – نفس الصفحة .

[2] المرجع السابق – ص 323 و أيضاً م.محمد جعفر الخفاجي و م.ميثاق طالب حمادي – مرجع سابق – ص 383 و 384 .

**د – الطبيعة القانونية للالتزام بالسرية :**

لعل تحديد الطبيعة القانونية لالتزام متلقي المعلومة السرية والذي يختلف مركزه القانوني عن مركز صاحب الحق بهذه المعلومة[1] كانت مثار جدل فقهي كبير فهل هو التزام ببذل عناية أم أنّه التزام بتحقيق نتيجة؟

في غياب النص ابتدع الفقه قاعدة عامة لتحديد ما إذا كان التزام ما هو التزام بتحقيق نتيجة أم التزام ببذل عناية تتمحور حول الهدف المرجو من وراء هذا الالتزام، بمعنى آخر إذا كان الدائن بهذا الالتزام ( و هو هنا صاحب السر ) يسعى بالدرجة الأولى إلى تحقيق نتيجة كان التزام المدين (وهو هنا متلقي السر) هو التزام بتحقيق نتيجة أما إذا كان الدائن لا يهدف لتحقيق ذلك كان التزام المدين التزام ببذل عناية ، فتحديد مسألة كهذه تعتمد على مدى اتصال الأداء الذي التزم به المتلقي مع الغاية المرجوة من الالتزام [2]

و إسقاطاً لهذه القاعدة على مثار بحثنا نلاحظ أنّ صاحب الحق بالسر لن يبوح به إلا بسبب مقتضيات نجاح العملية التفاوضية وهو إذ يقوم بذلك يهدف بالدرجة الأولى للحفاظ على سره طي الكتمان وعدم إفشائه لغير المعنيين به و بالتالي فإنّه يسعى بذلك لتحقيق نتيجة بل هو شديد الحرص على تحقيقها ، و بالتالي فإنّ التزام المتلقي هنا سيكون بدوره التزام بتحقيق نتيجة تتجلّى بالحفاظ على السر و عدم استخدامه لغير مصلحة صاحبه ، أضف لهذا أنّه لو أعملنا المنطق القانوني لوجدنا أنّه من غير المتصور اعتبار التزام متلقي السر بالحفاظ عليه هو التزام ببذل عناية إذ أنّ أمر كهذا يفقد الالتزام بالسرية جوهره القانوني و حكمته التشريعية، و الأهم من هذا و ذاك أنّ هذا الالتزام هو التزام سلبي بطبيعته يتجلّى بالامتناع عن القيام بالعمل و الالتزام السلبي لا يقبل بطبيعته التجزئة فإما أن يحقق المتلقي المطلوب منه و إلا عُدّ مخلاً بتحقيقه إذا ما قام بأي عمل إيجابي مهما قل شأنه.

[1] اعتبر المشرع السوري في المادة 68 فقرة 2 من قانون براءة الاختراع السوري 2012/18م أنّ مسؤولية الحائز القانوني للمعلومات السرية في حال تعدي الغير عليها لا تنتفي إلا إذا أثبت أنّه بذل في الحفاظ عليها جهداً كافياً و معقولاً ، مما يعني أنّه اعتبر التزام صاحب الحق بالمعلومة السرية هو التزام ببذل عناية في حين أغفل الطبيعة القانونية لالتزام متلقي المعلومة السرية والذي يختلف مركزه القانوني عن مركز صاحب الحق بها فهل هو التزام ببذل عناية كما هو شأن الحائز القانوني للسر أم أنّه التزام بتحقيق نتيجة ؟ وهذا مأخذ عليه ...

[2] د.عبد الرزاق السنهوري – مرجع سابق - ص 745 و ما بعدها .

**ثانياً : الأساس القانوني للالتزام بالسرية :**

**أ –الأساس القانوني للالتزام بالسرية لدى الفقهاء القانونيين :**

في الواقع لم يتفق الفقهاء القانونيين على رأي موحد وثابت بشأن الأساس القانوني للالتزام بالسرية في مرحلة المفاوضات وإنما انقسمت آراؤهم بهذا الصدد في ثلاثة اتجاهات :

1- الاتجاه الفقهي الأول[1] : اعتبر أنّ الأساس القانوني للالتزام بالسرية في مرحلة المفاوضات هو العقد الضمني المفترض وجوده فيما بين الأطراف المتفاوضة والذي يفرض من جملة ما يفرضه عليهم من التزامات الالتزام بالسرية.

لكن هذا الاتجاه منتقد **برأينا** لجهة أنّه لا يمكننا التسليم به إلا بالحال التي نستطيع فيها إثبات وجود عقد ضمني اتجهت إليه نية الأطراف المتفاوضة بشكل فعلي يحتم عليهم واجب الحفاظ على السرية و هو ما يسمى باتفاق السرية confidently agreement ، أما في غير هذه الحالة فلا يمكننا إعمال هذا الفرض .

2- الاتجاه الفقهي الثاني[2]: اعتبر أنّ التزام المتلقي بالحفاظ على السرية يجد أساسه القانوني في العقد المزمع إبرامه بحد ذاته دوناً عن العقد الصريح أو الضمني الذي قد يوجد في المرحلة السابقة على التعاقد وذلك استناداً لنظرية تكملة العقد والتي تقضي بأنّ العقد لا يقتصر على إلزام المتعاقد بما ورد فيه و لكن يتناول أيضاً ما هو من مستلزماته وفقاً للعرف و العدالة مما يسمح للقاضي بأنّ يفرض الالتزامات التي يقتضيها العقد المزمع إبرامه على مرحلة ما قبل الإبرام، و **برأينا فإنّ** هذا الاتجاه لا يخلو بدوره من النقد فحتى نعتبر الالتزام بالسرية هو من مستلزمات وجود العقد لابدّ أن نثبت وجود هذا العقد أولاً بحيث لا نكون عندها أمام مشكلة تحديد الأساس القانوني للالتزام بالسرية فطالما أنّنا في مرحلة المفاوضات فالعقد لم ينعقد بعد واحتمال ألا ينعقد في حال عدم نجاح المفاوضات.

3- الاتجاه الفقهي الثالث[3] : اعتبر أنّ الأساس القانوني للالتزام بالسرية أثناء المفاوضات مبني على المسؤولية التقصيرية إعمالاً لقاعدة كلّ فعل سبب ضرر للغير يلتزم صاحبه بالتعويض، و قد لقي هذا الاتجاه تأييداً فقهياً واسعاً فهو يوفر ضمانات للطرف صاحب الحق بالمعلومة السرية.

---

[1] د. رجب كريم عبد اللاه – التفاوض على العقد (دراسة مقارنة) – أطروحة دكتوراة – جامعة القاهرة – 2000 م - ص 468 و بلال عبد المطلب بدوي – مبدأ حسن النية في المفاوضات قبل التعاقدية في عقود التجارة الدولية – أطروحة دكتوراة – جامعة عين شمس – 2001 م – ص 486 - مشار إليهما لدى : م.محمد جعفر الخفاجي و م.ميثاق طالب عبد حمادي – مرجع سابق – ص 389

[2] د. عبد العزيز المرسى حمود - الجوانب القانونية لمرحلة التفاوض ذو الطابع التعاقدي - دار النهضة العربية – القاهرة – 2005 - ص 80 – مشار إليه لدى : المرجع السابق – ص 392 .

[3] من أنصاره : د.سميحة القليوبي – الوسيط في شرح قانون التجارة المصري – الالتزامات و العقود التجارية و عمليات البنوك – الطبعة الخامسة – دار النهضة العربية – القاهرة – 2007 م – ص 86 .

يعاب على هذا الاتجاه **برأينا أنّه** خلط بين الأساس القانوني للمسؤولية والأساس القانوني للالتزام فالقاعدة آنفة الذكر تصلح **برأينا** كأساس قانوني لترتيب المسؤولية القانونية على الإخلال بموجب السرية أكثر من كونها تصلح كأساس قانوني للالتزام بهذا الموجب، ونحن إذ نؤيد الاتجاه الفقهي الرابع[1] الذي اعتبر بأنّ مبدأ حسن النية التفاوضي يصلح كأساس قانوني للالتزام بواجب السرية في مرحلة التفاوض على العقود التجارية الدولية والسبب بذلك أنّ أمر كهذا يتلافى جوانب النقص التي تعتري الاتجاهات السابقة فهو لا يربط الوجود القانوني للالتزام بالسرية بوجود العقد، كما أنّه يوتي ثماره حتى في ظل غياب الاتفاق حول السرية في مرحلة المفاوضات أضف لهذا وذاك أنّ مختلف الأنظمة القانونية المقارنة قد اعترفت بحسن النية كمبدأ حاكم لمرحلة المفاوضات، والأكثر من ذلك أنّه بالتعليق الرسمي على المادة 2.1.15 من مبادئ اليونيدروا المتعلقة بالتفاوض بسوء نية اعتبر الإخلال بموجب السرية من قبيل سوء النية في مرحلة المفاوضات .

**ب- الأساس القانوني للالتزام بالسرية في الأنظمة القانونية الكبرى:**

1- الأساس القانوني للالتزام بالسرية في دول نظام القانون العمومي common law :

لم تأت تشريعات دول القانون العمومي على تنظيم واجب الالتزام بالمحافظة على السرية في مرحلة المفاوضات إلا أنّ القضاء في هذه الدول ساهم بشكل فعال في توضيح شروط دعوى الإخلال بواجب السرية في مرحلة المفاوضات و ما يعتريه من صعوبات.

- المملكة المتحدة : أسست المحاكم البريطانية واجب المحافظة على السرية في مرحلة المفاوضات استناداً لقواعد العدالة و الإنصاف التي تتطلب احترام الثقة التي أولاها الطرف المتعاقد للآخر[2] ، الأمر الذي تجلّى في عدّة سوابق قضائية أحدثها عام 2014 في قضية : CF partners(uk)LLp V Barclays bank plc and others[3] حيث أقرّت المحكمة البريطانية العليا الالتزام بالسرية أثناء المفاوضات حتى بظل غياب الاتفاق استناداً لقواعد العدالة في التعامل .

---

[1] من أنصار هذا الرأي: د.محمود الكيلاني – مرجع سابق - ص 100، ووائل حمدي أحمد علي – مرجع سابق – ص366 .

[2] د. محمود فياض – مدى التزام الأنظمة القانونية المقارنة بمبدأ حسن النية في مرحلة التفاوض على العقد – مجلة الشريعة و القانون – جامعة الإمارات العربية المتحدة – العدد 54- سنة 27 - لعام 2013 ص 257 - متاحة على : www.sljournal.uaeu.ac.ae تاريخ الدخول في 11\3\2017 .

[3] "…whenever a person receives information he knows or ought to know is fairly and reasonably to be regarded as confidential." This case is available on : www.uk.particallaw.thomsonreuters.com visited on 6\6\2017

● الولايات المتحدة الأمريكية: أسست المحكمة الفيدرالية الأمريكية العليا في سابقة : Calanis V Procter & Gamble Covp [1] لعام 1992م الالتزام بالسرية في مرحلة المفاوضات استناداً لنظرية الإثراء بلا سبب و التي تطبق عندما يحصل أحد الأطراف المتعاقدة على منفعة على حساب الطرف الآخر نتيجة لتصرف غير نزيه يتجلّى هنا بإفشاء المعلومات السرية أو إساءة استخدامها .

و بكلا الحالتين سواء أسس الالتزام استناداً لقواعد العدالة والإنصاف كما هو الوضع في بريطانيا أم استناداً لنظرية الإثراء بلا سبب كما هو الحال في أمريكا فلا تعدو المسؤولية عن كونها مسؤولية تقصيرية باستثناء حالة وجود اتفاق حول السرية confidently agreement يحتوي على شروط تتعلق بمسألة استخدام أو الإفصاح عن المعلومات المتداولة بين الأطراف المتفاوضة إذ تؤسس المسؤولية بهذه الحالة على أساس عقدي لا مجرّد أساس تقصيري[2] أما إذا كان خرق الالتزام بالسرية يطال أسراراً تجارية فإنّ الأمر يكون مختلف بعض الشيء في دول القانون العمومي فيما يتعلق بالأسرار التجارية و التي أُفردت لها قواعد قانونية خاصة سنتعرف عليها عند الحديث عن أثر الإخلال بموجب السرية .

2– الأساس القانوني للالتزام بالسرية في دول نظام القانون المدني civil law :

● فرنسا : رتب القانون الفرنسي وبخطوة تشريعية مهمة المسؤولية المدنية على ثبوت الإخلال بموجب السرية في مرحلة المفاضات وتحديداً في المادة 2–1112 [3]من القانون المدني الفرنسي المعدل الصادر بالإعلان رقم 131 لعام 2016 إلا أنّه لم يتضمن أي نص يبين الأساس القانوني لمثل هذا الالتزام الأمر الذي دعا الفقه و القضاء الفرنسيين إلى الاجتهاد في سبيل معالجة هذه النقطة؛ وفي غياب النص أو الاتفاق كان التوجه بالدرجة الأولى نحو القواعد القانونية العامة؛ ففي قرار قضائي نادر لمحكمة النقض الفرنسية عام 1963م كانت قد أسست المحكمة هذا الالتزام بناءً على نظرية الإثراء بلا سبب[4]ويشترط الفقه الفرنسي بطبيعة الحال لإقامة دعوى الإثراء بلا سبب الصفة الاحتياطية[5] بمعنى أن تنعدم أمام صاحب الحق كلّ السبل القانونية الأخرى ليتمكن من اللجوء إليها، ولكن بسبب النقد الذي تعرضت له

---

[1] أ.م.د غنى ريسان جادر الساعدي و م.م إخلاص لطيف محمد – حماية المعلومات غير المفصح عنها (دراسة مقارنة) – مجلة المحقق حلي – مجلد 7 – عدد 3 – العراق - 2015م – ص 420 متاحة على : www.mohakiq.com آخر زيارة تمّت في 2016\12\30 .

[2] د.شيرزاد عزيز سليمان – مرجع سابق – ص 367 .

[3] L'act : 1112-2 de code civil francias: "celui qui utilise ou divulgue sans autorisation une information confidentielle obtenue à l'occasion des négociations engage sa responsabilité dans les condition du droit commun "

[4] أ.م.د.غنى ريسان و م.م.إخلاص محمد – مرجع سابق – ص 421 .

[5] فتحي عبد الرحيم عبد الله - شرح النظرية العامة للالتزام ( مصادر الالتزام )– الطبعة الثالثة– منشأة المعارف – مصر – 2001 – ص 593 – مشار إليه لدى : المرجع السابق – ص 420 .

هذه النظرية اتجهت المدرسة الفرنسية فيما بعد لتأسيس هذا الالتزام استنادا لمبدأ حسن النية التفاوضي[1] وهو **برأينا** الاتجاه الأسلم باعتبار أنّ مبدأ حسن النية أضحى ومنذ صدور الإعلان 131 لعام 2016 حاكماً لكلّ مراحل العقد بما فيها مرحلة المفاوضات باعتباره من مقتضيات النظام العام.

● مصر: يعتبر الالتزام بالسرية التزام قانوني يجد مصدره الأساس في نص المادة 1/83 من القانون التجاري المصري الصادر عام 1999م الذي أشار صراحةً إلى ضرورة الالتزام بواجب المحافظة على سرية المعلومة في صدد تنظيمه لعقود نقل التكنولوجيا سواء في مرحلة التعاقد أم في مرحلة ما قبل التعاقد (المفاوضات)[2]، إذ اعتبر المشرع المصري الإخلال به مدعاة لترتب المسؤولية القانونية، ولعل الطبيعة القانونية للمسؤولية المترتبة بهذه الحالة تتوقف **برأينا** على طبيعة العلاقة القانونية بين الأطراف المتفاوضة، و**برأينا فإنّ** الالتزام بالسرية لا يقتصر فقط على عقد نقل التكنولوجيا وإن كان يلعب في هذا النوع من العقود دوراً مفصلياً نظراً لخصوصية محلها وحبذّا لو قام المشرع المصري بالنص عليه كقاعدة قانونية في العقود بشكل عام .

● في القطر العربي السوري لا يوجد نص قانوني يفرض بشكل صريح على الأطراف المتفاوضة الالتزام بالسرية وهذا مأخذ على المشرع السوري حتى أنّنا لم نجد أي اجتهاد قضائي بهذا الصدد مما يدعونا إلى العطف على **القواعد القانونية العامة** في تأسيس هذا الالتزام و**برأينا فإنّه** وبظل حالة الفراغ التشريعي وفي ظل غياب التنظيم القانوني لنظرية حسن النية التفاوضي فإنّ تحديد الأساس القانوني للالتزام بالسرية في مرحلة المفاوضات يقتضي منا التفرقة بين حالتين : **الحالة الأولى** حالة المفاوضات العقدية التي اتفق أطرافها على الالتزام بالسرية بشكل صريح أو ضمني إذ يكون مبدأ سلطان الإرادة هو الأساس القانوني للالتزام إذ يترتب على الإخلال به مسؤولية عقدية وحتى في حال غياب هكذا اتفاق فإنّ مبدأ حسن نية في تنفيذ الاتفاقات ما قبل التعاقدية يقتضي **برأينا** الامتثال لموجب السرية، **في حين أنّه بالحالة الثانية** وهي حالة المفاوضات غير العقدية يمكن تأسيس الالتزام بالسرية استناداً لمقتضيات العدالة والإنصاف والاستقامة التجارية التي أقرّها المشرع السوري وترتيب المسؤولية التقصيرية على الإخلال به استناداً لنص المادة 164 من القانون المدني السوري و التي تقضي بأنّ كلّ خطأ سبب ضرر للغير يلتزم من ارتكبه بالتعويض.

---

[1] د. محمود فياض – مرجع سابق – ص 257 .

[2] المادة 83 /1 من القانون التجاري المصري 1999 : " يلتزم المستورد بالمحافظة على سرية التكنولوجيا و على سرية التحسينات التي تدخل عليها و يسأل عن تعويض الضرر الذي ينشأ عن إفشاء السرية سواء وقع ذلك في مرحلة التفاوض على إبرام العقد أم بعد ذلك " .

**ثالثاً : الأثر القانوني المترتب على الإخلال بموجب السرية :**

يحدث خرق موجب السرية في مرحلة المفاوضات آثاراً قانونية مهمة على الصعيدين الشخصي و الموضوعي تتنوع وفقاً لكلّ حالة على حدّه و ما يعتريها من ظروف تؤثر في آلية معالجتها الأمر الذي يدفعنا لمعالجة هذه الآثار سواء على الصعيد الداخلي أم على الصعيد الدولي؛ **فبالنسبة للأثر القانوني للإخلال بموجب السرية في مرحلة المفاوضات على الصعيد الدولي :** فوفقاً لمنطوق المادة 16/1/2 من مبادئ اليونيدروا نجد أنّ التعويض هو جزاء الإخلال بهذا الالتزام إذ يحدد مقدار التعويض في هذه الحالة وفقاً لما عاد على الطرف المخل بالالتزام من نفع[1]، و يعاب على هذه المادة **برأينا أنّها** لم تدخل في تحديد مقدار التعويض ما عانى منه المضرور نتيجة الإخلال بموجب السرية، أما في قانون العقود الأوروبي الموحد وتحديداً المادة 2:302 ذهبت أبعد مما ذهبت إليه مبادئ اليونيدروا عندما شملت التعويض كلّ من مقدار الخسارة و مقدار النفع[2].

**أما فيما يتعلق بالأثر القانوني للإخلال بموجب السرية في مرحلة المفاوضات على الصعيد الداخلي فالأمر يحتاج لشيء من التفصيل على النحو التالي :**

**أ- أثر الإخلال بموجب السرية لدى الفقهاء القانونيين :**

هناك شبه إجماع فقهي[3] على اعتبار عملية إفشاء المعلومات السرية أو استخدمها في غير ما أعدّت له في مرحلة المفاوضات التي لا تنتهي بالتعاقد يشكل خطأ تقصيري يوجب المسؤولية التقصيرية؛ **باستثناء** حالة الاعتراف بالطبيعة العقدية للعملية التفاوضية وما تفرضه من التزامات صريحة أو ضمنية على عاتق أطرافها منها الالتزام بالسرية عندها يشكل الإخلال بهذا الأخير خطأ عقدي يوجب المسؤولية العقدية، و**برأينا فإنّه** حتى في حال غياب الاتفاق الصريح أو الضمني على الالتزام بالسرية في مرحلة المفاوضات فإنّ أمر كهذا قد يدرج ضمن مقتضيات تنفيذ الاتفاقات ما قبل التعاقدية بحسن نية و بالتالي يترتب عليه ما يترتب على الإخلال بمبدأ حسن النية في مرحلة التنفيذ من آثار الأمر الذي سندرسه مفصلاً في الفصل الثاني من هذه الرسالة، وعليه فإنّ الإخلال بواجب السرية في مرحلة المفاوضات يولّد بطبيعة الحال أثر شخصي يتجلّى بالمسؤولية القانونية كما يولّد أثر موضوعي في الحالة

---

[1] Article 16-1-2 of unidroit:" The remedy for breach of that duty may include compensation based on the **benefit** recived by the other party ".

[2] Article "2:302 of Europen law : "The remedy for breach of this duty may include compensation for **loss** suffered and restitution of the **benefit** received by the other party".

[3] عبد العزير مرسي حمود – الجوانب القانونية لمرحلة التفاوض ذو الطابع العقدي – دار النهضة العربية – القاهرة – 2005 – ص 83 و د. محمد أبو زيد - المفاوضات في الاطار التعاقدي ( صورها – واحكامها) مجلة العلوم القانونية والاقتصادية – جامعة عين شمس - العدد الأول - سنة 47 - 2005 - ص 160 – مشار إليهما لدى: م.محمد جعفر الخفاجي و م.ميثاق طالب عبد حمادي – مرجع سابق – ص 388.

التي نسلم فيها بالطابع العقدي للعملية التفاوضية كما ذكرنا آنفاً مما يخول صاحب المصلحة حق المطالبة بالفسخ مع التعويض أو بدونه كأثر موضوعي للإخلال بموجب السرية، و يعتبر التعويض النقدي هو الجزاء الرئيس للإخلال بالالتزام بالمحافظة على الأسرار كونه من غير المتصور أن يقوم الطرف المخل بتنفيذ التزامه تنفيذاً عينياً كون الالتزام بالسرية هو التزام بالامتناع عن عمل ( التزام سلبي)[1]، و يعدّ المؤتمن موفياً لالتزامه مادام ممتنعاً عن إفشاء السر أو إساءة استغلاله فإنّ فعل اعتبر مخلاً بالتزامه و تعذر عليه إعادة الحال إلى ما كانت عليه، ولا يعد أمام المضرور من سبيل لجبر الضرر سوى التعويض النقدي إضافة لمجموعة من التدابير القانونية الأخرى التي تهدف للحد من استخدام السر استخدام غير مشروع[2].

**ب- أثر الإخلال بموجب السرية في الأنظمة القانونية الكبرى :**

حددت قوانين بعض الدول المقارنة الأثر القانوني المترتب على الإخلال بموجب السرية في مرحلة المفاوضات؛ ففي دول القانون المدني كفرنسا مثلاً وبخطوة تشريعية ذات أهمية بالغة صدر الإعلان رقم 131 لعام 2016 المعدل للقانون المدني الفرنسي و القاضي بإضافة المادة 2-1112 التي تحمّل من يخرق التزام السرية بمرحلة المفاوضات كامل المسؤولية المدنية كما سبق ورأينا وفقاً للقواعد القانونية العامة عند عدم وجود نص خاص و بصرف النظر عما إذا وجد اتفاق على الالتزام بالسرية من عدمه، وفي مصر نظم المشرع المصري كما سبق وأشرنا في المادة 83 من قانون التجارة رقم 17 لعام 1999 الالتزام بالسرية و رتب على خرقه جزاءً مدنياً يتجلّى بالتعويض سواء أكان الخرق عن طريق العمد أو الإهمال كونه التزام بتحقيق نتيجة، في حين أنّ دول مقارنة أخرى لم تشر قوانينها المحلية للأثر القانوني المترتب على الإخلال بموجب السرية في مرحلة المفاوضات مكتفية بالقواعد القانونية العامة المقررة لديها لحكم هذه المسألة، لذا فقد اتخذ قضاؤها زمام المبادرة مكرّساً أثر الإخلال بموجب السرية في مرحلة المفاوضات ببعض أحكامه القضائية تماماً كما فعلت دول نظام القانون العمومي ففي المملكة المتحدة قضت محكمة الاستئناف البريطانية عام 2013م في سابقة Force India formula one team limited V Aerolab SRL & Anor[3] بالتعويض على المفاوض المخل بالالتزام بالسرية استناداً لمقدار المنافع التي كسبها من وراء ذلك، و من قبلها سارت محكمة الاستئناف الأمريكية على نفس النهج عام 2002 في سابقة Hallmark cards inc V Janet L.Murly[4] .

---

[1] محمود جلال حمزة – تنفيذ الالتزام – الموسوعة القانونية المتخصصة - مرجع سابق – المجلد الثاني – ص 431 و ما بعدها .

[2] د. شيرزاد عزيز سليمان – مرجع سابق – ص 373 .

[3] The details of this case is available on the website : www.kwm.com visited on 1\4\2017 .

[4] Review the details of this precent on : www.findlaw.com the last visit 2\4\2017.

أما في النظام القانوني السوري فلا يوجد نص عام يوضح الأثر القانوني للإخلال بالسرية بمرحلة المفاوضات و**برأينا** يمكن للجهة الناظرة بالنزاع الاستفادة بهذا الصدد من النصوص والقواعد القانونية العامة في المسؤولية حسب نوعها وما تولّده من آثار شخصية كانت أو موضوعية؛ ففي كلّ مرّة نكون أمام مفاوضات عقدية فإنّ الإخلال بموجب السرية هو إخلال بالتزام عقدي مع ما يترتب على ذلك من آثار قانونية و في حال انتفت الصفة العقدية عن المفاوضات فإنّ الإخلال بموجب السرية يعتبر عمل غير مشروع يرتب مسؤولية المخل بناء على قاعدة كلّ فعل سبب ضرر للغير يلتزم فاعله بالتعويض.

**رابعاً : الحماية القانونية للأسرار التجارية :**

**و السؤال الجوهري المطروح بهذا الصدد ماذا لو كان موضوع الإخلال بموجب السرية في مرحلة المفاوضات يتناول سراً تجارياً فما هو الأثر القانوني للإخلال بموجب السرية بهذه الحالة على وجه الخصوص؟؟**

لمعالجة هذه الفرضية وجد على الصعيدين الدولي و الداخلي مجموعة من النصوص و القواعد القانونية الخاصة بمعالجة إشكالية الاعتداء على السر التجاري سواءً لناحية إفشائه أو إساءة استخدامه وهذه القواعد تكون هي الآولى بالتطبيق على القواعد القانونية العامة التي سبق لنا معالجتها في الأسطر السابقة عندما يكون موضوع الاعتداء سراً تجارياً استناداً **لقاعدة الخاص يقيد العام**، إذ كرّست الأحكام القانونية لحماية الأسرار التجارية نظرية حماية السر ذي الصفة التجارية بصرف النظر عن أي اعتبار آخر أي **سواء أتم الاعتداء على السر في المرحلة التعاقدية أم في المرحلة ما قبل التعاقدية ( مرحلة المفاوضات) إلا أنّ الفرق بين هذه المرحلة وتلك ينعكس بطبيعة الحال على أحكام المسؤولية المدنية وما ترتبه من آثار قانونية وفقاً لأحكام القانون الواجب التطبيق**، فكيف تجلّت مسألة الحماية القانونية للأسرار التجارية على أرض الواقع ؟؟؟

**أ- الحماية القانونية للأسرار التجارية على الصعيد الدولي :**

1- اتفاقية الجوانب التجارية المتعلقة بحقوق الملكية الفكرية TRIPS: نظراً لأهمية حماية الأسرار التجارية في ميدان التجارة الدولية فقد أدرجت هذه المسألة في مفاوضات جولة الأوروجواي 1995 واستمرت النقاشات حول القواعد المقبولة لحماية الأسرار التجارية عدّة سنوات، وأخيراً عرضت على المؤتمر الوزاري لوزراء الدول الأطراف في اتفاقية (الجات) في بروكسل الذي اعتمد وثيقة حماية الأسرار التجارية، وهي ما عرفت وقتها بمشروع (بروكسل) أو (وثيقة دانكل)، حيث أخذت النصوص شكلها النهائي الذي ظهر في اتفاقية الجوانب

المتصلة بالتجارة من حقوق الملكية الفكرية (التربس)[1]وهي أحد الاتفاقيات الرئيسة لمنظمة التجارة العالمية فالنواة الأولى في تنظيم مسألة الحماية القانونية للأسرار التجارية في الأنظمة القانونية المقارنة جاء بتأثير من اتفاقية التربس[2] التي تفرض في المادة 39 / 1 منها على جميع الأعضاء المنضمين إلى منظمة التجارة العالمية ( WTO ) تنظيم هذه المسألة في قوانينها الداخلية، و قد حددت هذه الاتفاقية في الفقرة 2 من نفس المادة مفهوم السر التجاري بقولها: " للأشخاص الطبيعيين و الاعتباريين حق منع الإفصاح عن المعلومات التي تحت رقابتهم بصورة قانونية للآخرين أو حصولهم عليها أو استخدامهم لها دون الحصول على موافقة منهم بأسلوب يخالف الممارسات التجارية النزيهة طالما كانت تلك المعلومات : أ – سرية من حيث أنّها ليست بمجموعها أو في الشكل و التجميع الدقيقين لمكوناتها معروفة عادة أوسهلة الحصول عليها من قبل أشخاص في أوساط المتعاملين عادة في النوع المعني من المعلومات ب – لها قيمة تجارية نظرا لأنها سرية ج – أخضعت لإجراءات معقولة في إطار الأوضاع الراهنة من قبل الشخص الذي يقوم بالرقابة عليها من الناحية القانونية بغية الحفاظ على سريتها "

وليس هذا فحسب فقد أتت اتفاقية التربس على ذكر مجموعة من المواد كرّست من خلالها الحماية القانونية للأسرار التجارية نذكر أهمها على الترتيب التالي:

- المادة 42 وتحت عنوان الجزاءات المنصفة و العادلة إذ نصت على ما يلي:" تتيح البلدان الأعضاء للأصحاب الحقوق اجراءات قضائية مدنية فيما يتصل بإنقاذ أي من حقوق الملكية الفكرية التي تغطيها هذه الاتفاقية ، و للمدعى عليهم الحق في تلقي إخطار مكتوب في الوقت المناسب يحتوي على قدر كاف من التفاصيل ، بما في ذلك الأساس الذي تستند إلى اليه المطالبات ، و يسمح للأطراف المتخاصمة بأنّ يمثلها محامون مستقلون ، و لا يجوز أن تفرض الاجراءات متطلبات مرهقة أكثر مما ينبغي فيما يتعلق بالالتزام بالحضور شخصياً ، و تعطى كافة الأطراف المتخاصمة الحق في إثبات مطالبها و تقديم كافة الأدلة المتصلة بالقضية، و تتيح الإجراءات وسائل تحديد المعلومات السرية و حمايتها ، مالم يكن ذلك مخالفا لنصوص الدساتير القائمة"

[1] د. محمد عبد الرحمن الشمري- حماية الأسرار التجارية – مقال منشور في مجلة الرياض – العدد 1408 – المملكة العربية السعودية – 1427ه/2007م .

[2] اتفاقية الجوانب المتصلة بالتجارة من حقوق الملكية الفكرية ( التربس )دخلت حيز التنفيذ في كانون الأول 1995 م و قد شملت العديد من المواضيع ذات العلاقة بالملكية الفكرية منها : العلامات التجارية – المؤشرات الجغرافية – التصاميم الصناعية – براءات الاختراع – التصميمات التخطيطية للدوائر المتكاملة – المعلومات السرية – ضبط المنافسة في عقود التراخيص و غيرها .

● المادة 44 التي تحدثت عن أوامر الإنذار القضائية بقولها:" للسلطات القضائية الصلاحية بأنّ تأمر أي طرف معين بالامتناع عن التعدي على أي حق من حقوق الملكية الفكرية ، ..... إلخ "

● المادة 45 عالجت موضوع التعويضات وتضمنت : " 1 – للسلطات القضائية أن تأمر المعتدي بأنّ يدفع لصاحب الحق تعويضات مناسبة عن الضرر الذي لحق به بسبب التعدي على حقه في الملكية الفكرية من جانب معتد يعلم أو كانت هناك أسباب معقولة تجعله يعلم أنّه قام بذلك التعدي، 2 – للسلطات القضائية أيضا أن تأمر المعتدي بأنّ يدفع لصاحب الحق المصروفات التي تكبدها و التي يجوز أن تشمل أتعاب المحامي المناسبة ، و في الحالات الملائمة يجوز للبلدان الأعضاء تخويل السلطات القضائية صلاحية أن تأمر باسترداد الأرباح أو دفع التعويضات مقررة سلفاً حتى حين لا يكون المعتدي يعلم أو كانت لديه أسباب معقولة تجعله يعلم أنّه قام بذلك التعدي "

● المادة 46 كرّست بدورها مجموعة من الجزاءات الأخرى المترتبة على الاعتداء على الأسرار التجارية ونصت على: " بغية إقامة رادع فعال للتعدي، يكون للسلطات القضائية أن تأمر بالتصرف في السلع التي تجد أنّها تشكل تعدياً دون أي نوع من التعويضات خارج القنوات التجارية ، بما يضمن تجنب أضرارها لصاحب الحق ، أو إتلافها ما لم يكن ذلك مناقضا لنصوص دستور قائمة ، كما أنّه للسلطات القضائية صلاحية الأمر بالتخلص من المواد و المعدات التي تستخدم بصورة رئيسة في صنع السلع المتعدية دون أي نوع من التعويضات خارج القنوات التجارية بأسلوب يقلل من مخاطر حدوث مزيد من التعدي "

كما و قد تحدثت المادة 49 عن الجزاءات الإدارية أما المادة 50 فتتحدث عن التدابير المؤقتة للحيلولة دون حدوث تعد على أي حق من حقوق الملكية الفكرية بشكل عام و الأسرار التجارية بشكل خاص.

2 – التوجيه الأوروبي لحماية الأسرار التجارية : في خطوة تشريعية مهمة أقرّ الاتحاد الأوروبي مؤخراً في 14 أبريل عام 2016 التوجيه الأوروبي لحماية الأسرار التجارية والذي تقرر تطبيقه بدءاً من 26 ماي 2018 ليعطي بذلك الفرصة للدول الأعضاء بالاتحاد لتضمينه في قوانينهم الوطنية[1]، و يعالج هذا التوجيه حالتي الإفشاء و الحصول غير الشرعي على الأسرار التجارية التي عُرّفت بالمادة الثانية منه بأنّها: "المعلومات التي تتحقق فيها

[1] Jonathan Exten Wright – Trade secrets directive : new protection for businesses – DLA law firm publications - global law firm – 2016 – with no page number – available at : www.dlapiper.com visited on 6\2\2017 .

السرية من حيث: 1- تشكيلها لوحدة متكاملة غير معروفة من قبل أشخاص آخرين يتعاطون موضوعها 2- لها قيمة تجارية 3- خضعت لإجراءات معقولة من قبل حائزها القانوني لإبقائها سرية".

ووفقاً لهذا التوجيه يعتبر من قبيل الحصول غير المشروع على المعلومات أي سلوك متعارض مع الممارسات التجارية النزيهة و بصرف النظر عما إذا كان الشخص يعلم أو كان ينبغي عليه أن يعلم بأنّ هذه المعلومات تشكل بذاتها أسراراً تجارية، وقد تناولت المواد من 11 و حتى 15 من هذا التوجيه المؤيدات القانونية المترتبة على إفشاء السر التجاري أو استخدامه بطريقة غير مشروعة[1]، ففي المادة 11 عالجت الأوامر القضائية الزجرية و التصحيحية التي تتجلّى وفقاً لمنطوق هذه المادة من خلال: إمكانية الوقف الفوري لاستخدام أو إفشاء السر التجاري- منع إنتاج أو استخدام أو استيراد أو تصدير أو تخزين السلع و البضائع المستندة إليه- اتخاذ إجراءات تصحيحية تتضمن إعلان عملية الانتهاك – سحب البضائع من الأسواق – إتلافه كلّ أو بعض المستندات أو أي صكوك مادية كانت أو الكترونية تتضمن معلومات حول الأسرار التجارية في حين أنّ المادة 12 اشترطت لتطبيق مقتضيات الماد 11 مراعاة عدّة عناصر تجلّت (بقيمة السر التجارية- الإجراءات الحمائية التي أحيط بها السر- سلوك الطرف المخل عند استحصاله أو استعماله أو إفشائه للسر- المصلحة الشخصية – المصلحة العامة – ضمان الحقوق الأساسية و الدستورية كالحق في التعبير وواجب الإعلام أو الإفصاح)، أما المادة 13 فهي تعالج مسألة التعويض إذ ألزمت السلطات القضائية المختصة في تقديرها للتعويض الأخذ بعين الاعتبار الآثار الاقتصادية كافة للفعل غي المشروع مما يعني بمفهوم المخالفة ما عاد على المدعي من خسارة و ما جناه المدعى عليه من ربح أو ما كان سيجنيه فيما لو حصل على السر بشكل مشروع ، وقد خولت المادة 14 المدعي طلب نشر الحكم القضائي الصادر لمصلحته بناءً على طلبه ونفقته كنوع من رد الاعتبار لصاحب الحق ، إلا أنّ الخطوة الأكثر جدّة التي كرّسها هذا التوجيه فقد تجلّت بالمادة 15 منه التي خولت الدول الأعضاء حق فرض ما تراه مناسباً من عقوبات على كلّ شخص يفشل أو يرفض الاستجابة لمتطلبات التوجية القانونية شريطة أن تكون هذه العقوبات فعالة و رادعة[2].

[1] للإطلاع على هذه المواد و غيرها قم بزيارة الموقع الالكتروني للاتحاد الأوروبي قسم القوانين و التشريعات على الرابط التالي : www.eur-lex.europa.eu آخر زيارة للموقع في 9\4\2017 .

[2] Article 15 of Europen directive :" Sanctions for non-compliance with the obligations set out in this Directive:Member States shall ensure that the competent judicial authorities may impose sanctions

**ب- الحماية القانونية للأسرار التجارية على الصعيد الداخلي :**

1 - الحماية القانونية للاسرار التجارية في دول نظام القانون العمومي Common law :

● المملكة المتحدة : وفقاً للمنظومة القانونية الانكليزية لا تعتبر الأسرار التجارية أحد عناصر الملكية الفكرية و بالتالي لا يوجد مؤيد جزائي في حال التعدي عليها[1]، وبالرغم من قساوة هذا الموقف فهذا لا يعني خروجها عن الحماية المدنية شريطة أن يستطيع المضرور تحديد قيمة السر التجاري محل الفعل الضار بنفسه، إذ تفرض المحاكم البريطانية بهذه الحالة التعويض على محدث الضرر استناداً لمعطيات الطرف المضرور أي صاحب الحق بالسر، الأمر الذي أكدّته المحكمة البريطانية العليا في سابقة Smith and Nephew V Convatec لعام 2014م[2] و في غياب النص القانوني أو الاتفاق أسست المحاكم البريطانية أحكامها في ضرورة حماية الأسرار التجارية استناداً للقواعد القانونية العامة في العدالة و الإنصاف التجاريين الأمر الذي تجلّى بقاعدتين **الأولى** : الضرر الناجم عن التعسف باستخدام الأسرار **و الثانية** : التعويض العادل لخرق واجب المحافظة على الأسرار التجارية عموماً و الالكترونية خصوصاً، وقد تنوعت المؤيدات القانونية المدنية بين الأوامر القضائية الزجرية Injuctive Relief[3] من جهة و بين التعويض العادل من جهة أخرى، و أسست المحكمة البريطانية العليا في سابقة Vestergraard Frandsen V Bestent Europe [4] Limited and others عام 2013م التعويض استناداً إلى مقدار الضرر العائد على المدعي في حين أنّه بسابقة Force India formula one team Ltd V Aerolab SRL & others[5] من نفس العام استندت في تقديرها للتعويض على مقدار المنفعة العائدة للجهة المدعى عليها في تعاقدها مع الطرف الثالث استناداً للمعلومات السرية، ومن الجدير

---

on the parties, their legal representatives and any other person who fails or refuses to comply with any measure adopted pursuant to Articles 8, 9, and 11.The sanctions provided for shall include the possibility to impose recurring penalty payments in case of non-compliance with a measure adopted pursuant to Articles 9 and 11.The sanctions provided for shall be effective, proportionate and dissuasive."

[1] Protection trade secrets under English law –Legal essay – no author name – published on 21 May – UK - 2016 - with no page number– available at : www.osbornclarke.com visited on 16\1\2017 .

[2] The details of this case available at the website of : www.oxfordjournal.org visited on 29\3\2017.

[3] Injuctions is a remedy by which the court orders a party to do or refrain from doing a particular act or thing - referred to : Caby Hardwicke -Injuctions –legal study published on Septemper 2014 – with no page number - avialable at : www.gabyhardwicke.co.uk visited on 14\3\2017 .

[4] This case is available on the official website of UK supremcourt : www.supremcourt.uk visited on 15\3\2017 .

[5]Royal Courts of Justice , London, WC2A 2LL ,3rd July 2013,Case No: A3/2012/1282 aviable on : www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/2013/780.html visited on 16\3\2017.

بالذكر أنّ التوجيه الأوروبي المتعلق بالأسرار التجارية 2016 لقي ترحيباً كبيراً في الأوساط القضائية و الفقهية البريطانية لدوره المهم في سد الثغرات القانونية التي تعاني منها المملكة المتحدة في هذا المجال وهناك تخوف من تأثير خروج بريطانيا من الاتحاد الأوروبي على مدى إمكانية تطبيق هذا التوجيه من قبل المحاكم البريطانية.

- الولايات المتحدة الأمريكية : لعلّ المشرع الأمريكي كان السّباق في وضع تنظيم قانوني يحكم مسألة الحماية القانونية للأسرار التجارية ويوضح الآثار القانونية المترتبة على خرق مثل هذا الالتزام فقد كان القانون الأمريكي الموحد للأسرار التجارية UTSA الصادر عام 1979 م و تعديلاته لعام 1985م[1] و الذي تبنته معظم الولايات الأمريكية حتى عام 2013م الإطار القانوني الناظم للأسرار التجارية على المستويين الفيدرالي و المحلي هذا بالإضافة للأحكام القضائية التي شكلّت مصدراً قانونياً مهماً في سد أي نقص يمكن أن يعتري النص القانوني، وقد عرّفت المادة الأولى الفقرة الرابعة من القانون الأمريكي الموحد للأسرار التجارية السر التجاري بأنّه : " معلومات تتضمن صيغ، أساليب ، أدوات، مجموعة برامج أو عمليات تكون :1- لها قيمة اقتصادية و غير معدّة لإطلاع الغير 2- خاضعة لاجراءات معقولة وفقاً للظروق للمحافظة على سريتها"[2]

كما وضع المشرع الأمريكي المؤيدات القانونية للتعدي على الأسرار التجارية بعد أن أوضح المقصود من مصطلح التعدي بأنه: " الحصول على سر تجاري عائد للغير أو إفشاء أو استخدام السر التجاري العائد للغير بدون موافقته الصريحة أو حتى الضمنية"، وتجلت هذه المؤيدات بالأوامر القضائية الزجرية الهادفة لإنهاء حالة الاعتداء والتعويض الذي يشمل كلّ من مقدار الخسارة و مقدار الكسب ، إضافة لأتعاب الهيئة الناظرة بالدعوى فيما إذا كانت دعوى كيدية ، كما أقرّ القانون حق المحكمة باتخاذ أي إجراء تحفظي للحيلولة دون المزيد من إشاعة و انتشار السر التجاري، ومن الجدير بالذكر أنّ القانون حدد مدّة 3 سنوات من وقت اكتشاف الفعل الضار لرفع دعوى المسؤولية تحت طائلة سقوط الحق برفعها.

وفي خطوة تشريعية أكثر حداثة أقرّ المشرع الأمريكي القانون الجديد لحماية الأسرار التجارية على المستوى الفيدرالي DTSA في 11 ماي 2016 وتم تطبيقه بشكل فوري إذ جاء معدلاً

---

[1] للإطلاع على نصوص هذا القانون و تعديلاته راجع الموقع الالكتروني التالي : www.uniforlaws.org تاريخ الدخول 2017\3\17 .

[2] Article 1\4 of Americam secret law : "Trade secret means: information including a formula,pattern.compilation program device,method,technique or process that :1- derives independent economic value,actual or potential from not being generally known to, and not being readily ascertainable by proper means by other persons who can obtain economic value from its disclosure or use 2- it is subject of efforts that are reasonable under the circumstances to maintain secrecy"

لقانون التجسس الاقتصادي الأمريكي EEA المستحدث عام 1996 و الذي فرض مؤيدات جزائية لعمليات الاختلاس الاقتصادي و الاعتداء على الأسرار التجارية فقد أضيفت إليه جملة من المؤيدات المدنية لم تختلف من حيث الجوهر عما وجد في قانون UTSA إلا أنّ أوجه الاختلاف بين هذين القانونين قد تجلّت بما يلي[1] :

- ✓ لا يتطلب القانون الجديد الكشف المسبق عن ماهية السر التجاري محل الدعوى بخلاف القانون القديم .
- ✓ استحدث القانون الجديد ما يسمى بمسؤولية الغير أو الطرف الثالث الأمر الذي لا وجود له في القانون القديم .
- ✓ استحدث القانون الجديد حصانات إضافية للمخبرين أو المبلغين عن أي عملية اعتداء على الأسرار التجارية تقع تحت علمهم .
- ✓ تؤسس الدعوى وفقاً للقانون الجديد بناء على الدليل القاطع بحتمية الإفشاء أو الاعتداء ولا تبنى على مجرّد معلومات يعرفها الشخص .

2- الحماية القانونية للأسرار التجارية في دول نظام القانون المدني Civil law :

● فرنسا : لا يوجد نص خاص ينظم مسألة حماية الأسرار التجارية بشكل عام بخلاف الحال فيما يتعلق بأسرار التصنيع و المعرفة الفنية بشكل خاص، لكن أمر كهذا لا يعني بقاء الأسرار التجارية دون أي حماية قانونية إذ اعتبر القضاء الفرنسي[2] أنّ الأسرار التجارية هي جزء من المفهوم الواسع لكلّ من أسرار التصنيع و المعرفة الفنية و عليه يجري عليها ما يجري عليهم من أحكام[3]، فعلى الصعيد الجزائي جرمت المادة L621-1 من قانون حماية الملكية الفكرية الفرنسي عملية إفشاء الأسرار التجارية بسنتين حبس و غرامة 300 ألف يورو، و على الصعيد المدني وفي غياب الاتفاق الصريح أو الضمني بما يخص الحفاظ على الأسرار التجارية والذي يولّد الإخلال به مسؤولية عقدية اعتبرت ممارسات كهذه تنطوي تحت بند الممارسات التجارية غير النزيهة والتي تشكل بذاتها أحد صور المنافسة غير المشروعة المؤسسة وفقاً للفقه و الاجتهاد الفرنسي على أحكام المسؤولية التقصيرية استناداً للمادة 1382 من القانوني الفرنسي قبل التعديل المقابلة للمادة 1240 بعد التعديل وما يترتب عليها من آثار

[1] Danielle Ochs & John Glancy & Tobias Schlueter – Five questions you should ask about the defend trade secrets act –legal study published on June 2016 – with no page number – available at : www.ogetreedeakins.com visited on 5\4\2017.

[2] Coure de cassation defination en La protection des secrets d'affaires par les droits de propriété intellectuelle et le droit de la concurrence déloyale – **Q215 report** – Group Rhôue – Alpes de l'Aippi – 2010 – sans page numéro – sur : www.aippi.org visité en 1\1\2017.

[3] Trade secrets under franch law –legal essay - no author name - published on may 2015- with no page number –E-Version at : www.osborn.clarke.com visited on 6\2\2017 .

قانونية تتجلّى من جهة بالأوامر القضائية الزجرية Injuctions الهادفة لوقف استمرارية خرق الالتزام كمنع استخدام أو إفشاء الأسرار التجارية للغير أو الحجز على البضائع و المستندات التي تمخضت عنها، إضافة للتعويض من جهة أخرى سواء أكان الفعل عمداً أو خطأً، وقد درجت المحاكم الفرنسية على الأخذ بعين الاعتبار عند حسابه عدّة عوامل تتجلّى بالضرر المادي و الضرر المعنوي و مقدار الفوائد العائدة على المخطئ، ومن الجدير بالذكر أنّ القضاء الفرنسي قد استحدث مؤخراً مفهوم "**التطفل parasitism**" لحماية الأسرار التجارية في مرحلة المفاوضات على العقد التجاري حتى في غياب حالة التنافسية بين الأطراف المتفاوضة[1]، وبجميع الأحوال فإنّ فرنسا وباعتبارها عضو في الاتحاد الأوروبي فبإمكانها **برأينا** الاستفادة من نصوص التوجيه الأوروبي 2016 في سد الثغرات القانونية في هذا المجال، كما يمكنها بلا شك إعمال أحكام الإعلان رقم 131 لعام 2016 المعدل للقانون المدني الفرنسي الذي رتب المسؤولية القانونية على الإخلال بموجب السرية أثناء مرحلة المفاوضات.

● القطر العربي السوري : أسبغ المشرع السوري الحماية القانونية على الأسرار التجارية والصناعية عندما اعتبر إفشاءها من قبيل صور المنافسة غير المشروعة وفقاً لمنطوق المادة 116 فقرة (هـ) من قانون حماية العلامات الفارقة و المؤشرات الجغرافية و الرسوم و النماذج الصناعية السوري رقم 7 لعام 2007 م والتي نصت على ما يلي : " يحظر على الأشخاص الطبيعيين أو الاعتباريين القيام بأي عمل من أعمال المنافسة غير المشروعة و تعتبر الأعمال التالية من أعمال المنافسة غير المشروعة : أ –..... ب – .....ج – .....د–.....هـ – **إفشاء الأسرار التجارية أو الصناعية بطريقة تتعارض مع الممارسة الشريفة للتجارة و تتحقق السرية إذا :**

1 – كانت المعلومات في مجموعها أو في التكوين الذي يضم مفرداتها ليست معروفة أو غير متداولة بشكل عام لدى المشتغلين بالنشاط الصناعي أو التجاري الذي تقع المعلومات في نطاقه

2 – كانت قيمتها التجارية مستمدة من سريتها

3 – كانت قد اتخذت بشأنها من قبل حائزها القانوني تدابير معقولة للحفاظ على سريتها"

[1] A **report** on the protection against unlawful appropriation of trade secrets and confidential commercial information – presented to the European commissiom submitted by foundation pour le droit continental- written by Florence G'sell & Pascal Duraud Barthez– 2013– P.6 available at : www.fondation-droitcontinental.org last visited on 8\2\2017 .

**برأينا** و بناء على النص السابق فإنّه حتى نكون أمام سر تجاري خاضع للحماية القانونية لابدّ من توافر ثلاثة شروط وهذه الشروط نفسها أكدّها المشرع السوري صراحةً في قانون براءة الاختراع 18 لعام 2012 م في المادة 66 من الفصل الرابع منه، والتي تتجلّى :

- السرية: و تحديداً بالنسبة للمتعاملين بالمجال الذي تقع المعلومة في نطاقه، بمعنى آخر و بمفهوم المخالفة إذا كانت المعلومة سرية فيما بين غير المتعاملين بالميدان التجاري أو الصناعي الذي تقع المعلومة في نطاقه فإنّ أحد أركان السر التجاري سوف تختلّ.
- القيمة التجارية: حتى نقول عن سر ما أنّه سر تجاري و بالتالي فإنّ البوح به يخضع لمؤيدات المنافسة غير المشروعة لابدّ من تمتعه بالقيمة في الوسط التجاري على وجه التحديد بمعنى آخر فإنّ عدم تمتعه بأي قيمة تجارية يفقده وصف السر التجاري.
- أن يكون صاحب السر قد أحاطه بهالة من التدابير الحمائية[1] ضمانا لسريته أما إذا فقدت هذه الخاصة كأن تكون المعلومة مباحة و مكشوفة تفقد وصف السر التجاري[2] ولكن هل يتعين على صاحب السر التجاري اتخاذ مثل هذه التدابير الحمائية بمواجهة العامة أم فقط بمواجهة العاملين بالوسط الذي ينتمي إليه السر محل الحماية ؟ ثم هل هناك مدّة زمنية معينة يتعين اتخاذ مثل هذه التدابير خلالها أم لا؟ بمعنى آخر ما هو النطاق الشخصي و الزماني لاتخاذ مثل هذه التدابير الحمائية للسر التجاري وفقاً للقانون السوري ؟

في الواقع إنّ الإجابة على هذا السؤال المهم نجدها بالمادة 68 من قانون براءة الاختراع و التي ألزمت الحائز القانوني للمعلومات غير المفصح عنها باتخاذ الإجراءات الكفيلة بالمحافظة على هذه المعلومات لمنع تعرضها للتداول بمعرفة غير المختصيين كما ألزمته بتنظيم هذا التداول داخل المنشأة نفسها فيما إذا كان صاحب منشأة و قصره على الملتزميين قانوناً بالحفاظ عليها مع منع تسريبها للغير هذا فيما يتعلق بالنطاق الشخصي، أما بالنسبة للنطاق الزمني فقد اعتبر المشرع السوري أنّ المعلومات تبقى مصانة ومحمية قانوناً طالما أنّها **مازالت تتمتع بوصف السرية في حين تزول هذه الحماية بزوال هذه الصفة،** كما ألزم

---

[1] د. قيس محافظة – الأسرار التجارية في مجال الملكية الفكرية – ندوة الويبو الوطنية عن الملكية الفكرية لأعضاء الهيئة التدريسية و طلاب الحقوق في الجامعة الأردنية – من 7 و لغاية 8 نيسان 2004 م – ص 3 متاحة بنسختها الالكترونية على : www.wipo.net تمّت الزيارة في 8\8\2016 .

[2] **من أمثلة هذه التدابير : أ- حفظ الوثائق و المعلومات في أماكن آمنة بحيث يصعب على غير المعنيين الوصول إليها .ب – تحديد الأشخاص اللذين يسمح لهم بالحصول أو الإطلاع على الوثائق و المعلومات و ضمن الحدود الضرورية لذلك .ج – الإشارة للطابع السري لهذه المعلومات د – قيام صاحب العلاقة ( كشركة مثلا ) بالاشتراط على موظفيها صراحةً بعقود عملهم عدم الإفشاء بالمعلومات التي يطلعون عليها بحكم عملهم تحت طائلة المساءلة القانونية ، أو عدم العمل لدى غيرها من المنافسين بعد انتهاء عقد عملهم لديها بمدة محددة.**

القانون نفسه الجهات المختصة التي تتلقى هذه المعلومات بالحفاظ عليها طالما أنّها مازالت سرية أو لمدة لا تزيد عن خمس سنوات أي المدتين أقل.

و عليه فإنّ القول بوجود السر التجاري مرتبط وجوداً و عدماً بتوافر هذه الشروط السابقة مجتمعة و اختلال أي منها يمنعنا من القول بأنّنا أمام سر تجاري ولكن هل توافر هذه الشروط الثلاثة السابقة في السر التجاري تكفي لفرض المؤيدات القانونية على البوح به أو إفشائه ؟ أي إدراجه تحت بند المنافسة غير المشروعة و إخضاعه لمؤيداتها القانونية التي نص عليها المشرع السوري بالمادة 117 من قانون حماية العلامات الفارقة و المؤشرات الجغرافية و الرسوم و النماذج الصناعية[1] ؟

في الواقع إنّ نظرة تحليلية لنص الفقرة هـ من المادة 116 من قانون العلامات الفارقة السوري لعام 2007 آنفة الذكر تدفعنا للقول بأنّ مجرّد البوح بالسر التجاري التي توافرت عناصره السابقة لا يعتبر مثاراً للادعاء بوجود المنافسة غير المشروعة **إلا إذا كان إفشاؤه أو البوح به يتعارض مع الممارسة الشريفة للحياة التجارية** سواء على الصعيد الدولي في حال كنا نتحدث عن عقد تجاري دولي أو داخلي في حال كنا نتحدث عن عقد تجاري وطني وفقاً لكلّ حالة على حدّه ، و يمكننا القول بأنّ هذا الشرط مفترض يضاف إلى الشروط الثلاثة السابقة .

و لعلّ مصطلح " الممارسة التجارية الشريفة " الذي تمّ ذكره من قبل واضعي اتفاقية التربس و من قبل المشرع السوري أيضاً قد يشكل **برأينا** في كثير من الأحيان الرديف القانوني لمصطلح حسن النية، فالبوح أو الإفشاء لابدّ أن يكون متعارضاً مع مقتضيات حسن النية الذي تفرضه طبيعة المعاملات التجارية في كافة مراحلها بدءاً من المفاوضات و انتهاءً بالتنفيذ لأنّ حسن النية هو أحد أهم تجليات الممارسة التجارية الشريفة سواء بالنسبة للمعاملات التجارية الدولية أو حتى الداخلية .

و في هذا الصدد نص قانون براءات الاختراع السوري رقم 18 لعام 2012 و تحديدا بالمواد 69 و 70 منه على المعنى المقصود من مصطلح الممارسات غير الشريفة من خلال اتباعه آلية الضم و الإقصاء حيث أتى على ذكر ما يعتبر من قبيل الممارسة غير الشريفة بالمادة 69 ثم أتى على تعداد ما لا يعتبر من قبيل الممارسة غير الشريفة بالمادة 70 على النحو التالي :

[1] نصت المادة 117 من قانون حماية العلامات الفارقة السوري لعام 2007 على :" لكلّ ذي مصلحة إقامة الدعوى المدنية للمطالبة بالتعويض عما لحقه من ضرر نتيجه أعمال تنافسية غير مشروعة ووقف ممارسة تلك الأعمال كما له الحق في طلب اتخاذ أي من الإجراءات التحفظية " .

● **المادة 69** : " **أولاً:** تعد الأفعال الآتية (على الأخص) متعارضة مع الممارسات التجارية المشروعة وينطوي ارتكابها على منافسة غير مشروعة: 1- رشوة العاملين في الجهة التي تحوز المعلومات بغرض الحصول عليها.2- التحريض على افشاء المعلومات من جانب العاملين إذا كانت تلك المعلومات قد وصلت الى علمهم بحكم وظيفتهم. 3- قيام احد المتعاقدين في عقود سرية المعلومات بإفشاء ما وصل إلى علمه منها. 4- الحصول على المعلومات من أماكن حفظها باي طريقة من الطرق غير المشروعة كالسرقة أو التجسس أو غيرها. 5- الحصول على المعلومات باستعمال الطرق الاحتيالية. 6- استخدام الغير للمعلومات التي وردت إليه نتيجة الحصول عليها بأي من الأفعال السابقة مع علمه بسريتها وبأن الحصول عليها قد تمّ وفقاً لأي من هذه الافعال. **ثانياً:** يعتبر تعدياً على المعلومات غير المفصح عنها ما يترتب على الافعال المشار اليها من كشف للمعلومات او حيازتها أو استخدامها بمعرفة الغير الذي لم يرخص له الحائز القانوني بذلك".

● **المادة 70** :" لا تعد من قبيل الأفعال المتعارضة مع الممارسات التجارية المشروعة الأفعال الاتية: 1- الحصول على المعلومات من المصادر العامة المتاحة كالمكتبات ومنها مكتبات براءات الاختراع والسجلات الحكومية المفتوحة والبحوث والدراسات والتقارير المنشورة. 2- الحصول على المعلومات نتيجة بذل الجهود الذاتية والمستقلة التي تستهدف استخراج المعلومات من خلال الفحص والاختبار والتحليل للسلعة المتداولة في السوق والتي تتجسّد فيها المعلومات غير المفصح عنها.3-الحصول على المعلومات نتيجة جهود البحث العلمي والابتكار والاختراع والتطوير والتعديل والتحسين التي يبذلها المجتهدون مستقلين عن صاحب المعلومات غير المفصح عنها. 4- حيازة واستعمال المعلومات المعروفة والمتاحة والتي يجري تداولها فيما بين المشتغلين بالفن الصناعي الذي تقع المعلومات في نطاقه. "

و التساؤل المثار هنا: هل قيام المشرع السوري بمثل هذا التعداد لما يدخل ضمن مفهوم الممارسة الشريفة و ما يخرج منها هو على سبيل المثال أم على سبيل الحصر ؟؟

**برأينا** و من خلال الصياغة القانونية لنصوص المواد السابقة نحا المشرع السوري للحصر و التحديد و هذا مأخذ يؤخذ عليه فالمفهوم القانوني لما يعتبر من قبيل الممارسات التجارية الشريفة و ما لا يعتبر كذلك هو مفهوم نسبي متغير من حيث الزمان و المكان يصعب حصره و تحديده و يخضع لمؤثرات العرف و العادة السائدة في البيئة التجارية الحاضنة و خاصة على الصعيد الدولي و لسلطة القاضي التقديرية ، لذا **برأينا** كان يتعين على المشرع السوري ذكر مثل هذه الأفعال على سبيل المثال لا الحصر، و بجميع الأحوال فإنّ مسألة

تحديد ما إذا كان إفشاء السر التجاري أو الصناعي يدخل ضمن بوتقه الأعمال المنافسة غير المشروعة من عدمها تعود بنهاية المطاف إلى السلطة التقديرية للقاضي و هو يستعين بذلك بالدرجة الأولى بالعادات و الأعراف التجارية السائدة في هذا المجال و التي تتمتع بأهمية قانونية لا تقل عن أهمية القوانين المكتوبة ، إضافة لأخذه بعين الاعتبار ظروف كلّ حادثة على انفراد [1]

وبالنسبة للمؤيدات القانونية لإفشاءالأسرار التجارية باعتبارها أحد صور أعمال المنافسة غير المشروعة[2] فقد أعطى المشرع السوري على الصعيد المدني في المادة 117 من قانون العلامات الفارقة لكلّ ذي مصلحة إقامة الدعوى المدنية للمطالبة بالتعويض عما لحقه من ضرر نتيجة هذه الأعمال، إضافة لحقه في طلب اتخاذ أي اجراءات تحفظية في سبيل وقفها، هذا و قد عددت المادة 122 من نفس القانون و تحت الفصل الثالث منه الإجراءات و التدابير التحفظية التي يحق لقاضي الأمور المستعجلة اتخاذها لحين البت بأساس النزاع مع أو بدون كفالة.

أما على الصعيد الجزائي فإنّ قانون المنافسة ومنع الاحتكار السوري ذي الرقم 7 لعام 2008 م و الذي يطبق وفقاً لمنطوق المادة 3 منه على جميع أنشطة الإنتاج و التجارة و الخدمات في الجمهورية العربية السورية مع مراعاة قوانيين الملكية الفكرية كما يطبق على أي نشاط خارج سوريا يترتب عليه آثار ضارة داخلها، كان قد قرر في المادة 24 منه عقوبة الحبس من 3 أشهر إلى 3 سنوات و غرامة لا تقل عن 100 ألف ولا تزيد عن مليون أو أحدّهما بالنسبة لكلّ من أقدم على إفشاء معلومات حصل عليها بمناسبة تطبيق هذا قانون المنافسة ومنع الاحتكار من مصدر كان، أما في المادة 72 من قانون براءة الاختراع فقد عاقب المشرع السوري كلّ من يقوم بأعمال متعارضة مع الممارسات التجارية المشروعة و ينطوي على ارتكابها منافسة غير مشروعة بالغرامة من 100 إلى 300 ألف و بالحبس بحال التكرار.

---

[1] د.شيرزاد عزيز سليمان – مرجع سابق – ص 362 .

[2] **ملاحظة : يؤخذ على المشرع السوري برأينا أنّه قصر تحقق فعل المنافسة غير المشروعة على حالة إفشاء السر التجاري أو الصناعي وبرأينا كان يتعين عليه أن يضيف إليها حالة اساءة استخدام السر التجاري أي استعماله في غير ما خصص له إذ أنّ أمر كهذا لا يقل خطورة عن إفشاءه .**

## الفرع الثاني : الإعلام

يفرض مبدأ حسن النية على أطراف العملية التفاوضية من جملة ما يفرضه من التزامات الالتزام بالإعلام و ما يتفرع عنه من التزام بالاستعلام والاستعلام للإعلام ، فكيف يتجلّى التنظيم القانوني لهذا الالتزام وما يتمخض عنه باعتباره أحد تطبيقات مبدأ حسن النية التفاوضي وما هو الأثر القانوني للإخلال به ؟

**أولاً : مفهوم الالتزام بالإعلام ما قبل التعاقدي :**

تبدو هذه المسألة قديمة حديثة ففي الأنظمة القانونية القديمة نجد الفقيه الروماني شيشرون[1] قد أشاد بالدور المهم للالتزام بالإدلاء بالمعلومات في التعاملات التجارية، أما في ظل القوانين الحديثة على النطاقين الدولي والداخلي ونتيجةً للتطورات التقنية الملحوظة التي أدت إلى تزايد التفاوت في درجة المعرفة بين الأطراف في مرحلة التعاقد و ما قبل التعاقد و ما بعد التعاقد لاسيما في عقود التجارة الدولية فقد برزت الحاجة إلى موجبي الإعلام و الاستعلام لإقرار حالة من التوازن في التعاملات التجارية الدولية، مما دفع بالفقه و القضاء للتدخل و فرض الالتزام بالإدلاء بالمعلومات ضماناً لإبرام العقد بناء على معطيات واضحة تساعد المتعاقد على اتخاذ القرار المناسب .

**أ- الالتزام بالإعلام التعاقدي وما قبل التعاقدي و ما بعد التعاقدي :**

لم يفرق أياً من الفقهاء بين أنواع الالتزام بالإعلام المختلفة (الالتزام بالإعلام في مرحلة ما قبل إبرام العقد الذي يشكل محور هذا الفرع و الالتزام بالإعلام في مرحلة ما بعد إبرام العقد والالتزام بالإعلام في مرحلة الإبرام بحد ذاتها) بالرغم من ضرورة ذلك برأينا فإنّ كانت هذه الالتزامات تتفق فيما بينها بكونها كبقية الالتزمات لها محل و أطراف و سبب؛ إلا أنّ كلاً منها يختلف عن الآخر في عدّة نقاط قانونية تتجلّى من وجهة نظرنا بما يلي :

1- من حيث وقت نشأة الالتزام : ينشأ الالتزام بالإعلام ما قبل التعاقدي في مرحلة ما قبل إبرام العقد في حين ينشأ الالتزام بالإعلام التعاقدي في مرحلة الإبرام نفسها أما الالتزام بالإعلام ما بعد التعاقدي فينشأ بعد إتمام عملية الإبرام.

2- من حيث الهدف المبتغى من وراء الالتزام : يهدف الالتزام بالإعلام التعاقدي إلى حماية الرضا بوصفه أحد شروط صحة التعاقد وبالرغم من التشابه بين الالتزام بالإعلام التعاقدي وما قبل التعاقدي من حيث الهدف إلا أنّ الالتزام بالإعلام ما قبل التعاقدي يهدف بالدرجة الأولى إلى تكريس حالة من التوازن المعرفي بين الأطراف المتفاوضة الأمر الذي يساهم بإنجاح

[1] د. سعيد سعد عبد السلام – الالتزام بالإفصاح في العقود– دار النهضة العربية – القاهرة - 2000 - ص 6 و ما بعدها - مشار إليه لدى : د. شيرزاد عزيز سليمان – مرجع سابق - ص 373 .

المفاوضات، أما الالتزام بالإعلام بعد التعاقدي فهو يهدف لتنفيذ نص في العقد أو نص قانوني أو لتأكيداً لمعلومات مقدّمه قبل إبرام العقد.

3- من حيث الأساس القانوني للالتزام : يبنى الالتزام بالإعلام التعاقدي بالدرجة الأولى استناداً لنصوص القانون التي تهدف لحماية رضا المتعاقدين في مختلف الأنظمة القانونية في حين يلعب الوجود القانوني للعقد دوراً مهماً في تأسيس الالتزام بالإعلام ما بعد التعاقدي، أما الأساس القانوني للالتزام بالإعلام ما قبل التعاقدي فقد كان ومازال مثاراً للجدل الفقهي والقضائي كما سنرى.

4- من حيث الأثر القانوني المترتب على الإخلال بالالتزام : و هذه النقطة وثيقة الصلة بوجه الخلاف الذي سبقها إذ تختلف الآثار القانونية الموضوعية الشخصية المترتبة على الإخلال بالالتزام بالإعلام التعاقدي عن تلك المترتبة على الإخلال بالالتزام ما بعد التعاقدي وكلاهما يختلفان عن الآثار القانونية للإخلال بالالتزام بالإعلام ما قبل التعاقدي كما سنرى لاحقاً نظراً لاختلاف الأساس القانوني للالتزام في كلّ مرحلة على حدّة .

**ب – تعريف الالتزام بالإعلام ما قبل التعاقدي:**

تعددت التعاريف الفقهية للالتزام بالإعلام ما قبل التعاقدي والذي يطلق عليه أيضاً الالتزام بالإفصاح أو الالتزام بالتبصير كما يسمى أحياناً الالتزام بالإخبار أو الالتزام بالإدلاء بالمعلومات، ونذكر منها على سبيل المثال من عرّفه بأنّه : "واجب مفروض على المحترفيين بتقديم بيانات عن المعقود عليه أو عن المعاملة المزمع إبرامها عن طريق آليات مناسبة "[1].

و**برأينا فإنّ** هذا التعريف منقوص لثلاث جهات؛ **الأولى** أنّه لم يوضح الغاية المبتغاة من وراء الالتزام بالإعلام ما قبل التعاقدي **والثانية** تتجلّى بكونه قصر الالتزام بالإعلام ما قبل التعاقدي على الأشخاص المحترفين دون غيرهم **والثالثة** أنّه خلط بين مفهوم الالتزام بالإعلام التعاقدي والالتزام بالإعلام ما قبل التعاقدي كونه لم يوضح الفترة الزمنية لنشوء هذا الالتزام وهي مرحلة التفاوض على العقد، وعليه فإنّ أي تعريف للالتزام بالإعلام ما قبل التعاقدي **برأينا لابدّ** أن يجمع بين طياته عدّة نقاط أساسية هي :

1- الأولى: تُوضّح النطاق الزمني لهذا الالتزام والذي يتجلّى بمرحلة التفاوض على العقد والتي تختلف عن مرحلة إبرامه فالمفاوضات قد تفضي إلى إبرام العقد وقد لا تفضي إلى ذلك وهذا ما دفعنا إلى التفرقة بين الالتزام بالإعلام ما قبل التعاقدي والالتزام بالإعلام التعاقدي .

---

[1] فدوى قهوجي – ضمان عيوب المبيع فقهاً و قضاءاً – دار الكتب القانونية – القاهرة – 2008م – ص 184 – مشار إليه لدى : أ.م.د.هادي حسين الكعبي و أ.م.د.محمد جعفر الخفاجي – الالتزام قبل التعاقدي بالإعلام – مجلة المحقق حلي – العدد 2 – السنة5- العراق - 2013 م – ص 18 - متاحة على : www.mohakiq.com آخر دخول في 24\1\2017 .

2- الثانية: تُظهر الهدف المبتغى من وراء هذا الالتزام والذي يتجلّى بالمساهمة بإنجاح العملية التفاوضية من خلال خلق حالة من التوازن بين طرفي الالتزام .

3 – الثالثة : تحدد أطراف الالتزام وهم الأطراف المتفاوضة بصرف النظر عما إذا كانوا أشخاص مهنيين محترفين أم لا .

4 – الرابعة : تُحدد محل الالتزام إذ يشترط في المعلومات محل الالتزام بالإعلام ما قبل التعاقدي عدّة شروط تتجلّى بما يلي[1] :

- أن تكون المعلومات التي يدلي بها المفاوض ضرورية لنجاح المفاوضات والانتقال إلى مرحلة إبرام العقد .
- أن يكون المدين بالالتزام عالماً بالمعلومات محل الالتزام و لا يقبل منه العذر بجهله بهذه المعلومات إذا كان يجب عليه أو على من في مكانه العلم بها .
- أن يكون الدائن بهذا الالتزام جاهلاً للمعلومات فلا يلتزم المدين بتقديم معلومات كان الدائن عالماً بها .

5- الخامسة : تُبين الأساس القانوني لمثل هذا الالتزام الأمر الذي سنشرحه مفصلاً في الأسطر القادمة .

وانطلاقاً مما سبق يمكن **برأينا** تبسيط مفهوم الالتزام بالإعلام ما قبل التعاقدي باعتباره : "واجب كلّ طرف من أطراف العملية التفاوضية بالإفصاح عن كلّ معلومة ضرورية لجعل الطرف الآخر على بينة من أمرة في سبيل الوصول بالمفاوضات للغاية المرجوة منها " .

**ثانياً : الأساس القانوني للالتزام بالإعلام ما قبل التعاقدي :**

**أ – الأساس القانوني للالتزام بالإعلام ما قبل التعاقدي لدى الفقهاء القانونيين:**

اختلفت المواقف الفقهية في مسألة تحديد الأساس القانوني للالتزام بالإعلام في مرحلة المفاوضات وذلك على التفصيل الآتي :

1- اعتبر جانب من الفقه[2] أنّ الأساس القانوني للالتزام بتقديم المعلومات في مرحلة ما قبل العقد يكون ذو وجهين :

- الوجه الأول: مشتق من فكرة الخداع أو التدليس(كأحد عيوب الإرادة)، إذ وفقاً لهؤلاء فإنّه يتوجب على كلّ مفاوض في العقد التجاري الدولي أن يدلي للمفاوض الآخر الذي يرغب

[1] د. صبري حمد خاطر – الالتزام قبل التعاقد بتقديم المعلومات – بحث منشور في مجلة العلوم القانونية - جامعة بغداد – مجلد 11 – عدد 1 – 1996 - ص 170 – مشار إليه لدى : أ.م.د.ذكرى حسين و استبرق حمزة – مرجع سابق – ص 299 .

[2] محمد أبو زيد – المفاوضات و الإطار التعاقدي ( صورها و أحكامها ) – دار النهضة العربية – القاهرة – 1995 – ص 160 و أحمد عبد الكريم سلامة – قانون العقد الدولي – الطبعة الأولى- دار النهضة العربية – القاهرة - 2001م – ص 131 – مشار إليهما لدى : المرجع السابق – ص 301 .

بالتعاقد معه بكافة المعلومات لاسيما الجوهرية منها والمتصلة بالعقد المزمع إبرامه بينهما مستقبلاً و يبرز ذلك خاصة في غياب حالة المساواة أو التوازن بين الأطراف الساعية للتعاقد كالعلاقة بين المستهلك و التاجر المحترف في صدد المعاملات الالكترونية ، بحيث أنّه إذا لم يدلي الطرف المفاوض الراغب بالتعاقد بالمعلومات يكون بذلك قد ارتكب مناورات تدليسية في حال امتناعه .

● الوجه الثاني: متعلق بالتعويض عن الضرر الذي ينشئ بسبب إخلال المفاوض الراغب بالتعاقد بالتزامه بالإعلام حيث يعتبر مؤيد تكميلي يضاف للمؤيد الأساسي و هو الإبطال .

وهذا الاتجاه منتقد **برأينا** لسببين: **الأول** عائد لكون الالتزام بالإعلام ما قبل التعاقدي يلعب دور وقائي أكثر منه علاجي و **الثاني** يعود لقيام هذا الاتجاه بالخلط بين مرحلة التفاوض على العقد ومرحلة إبرامه فالوسائل التقليدية في حماية الرضا قد تعجز عن توفير الحماية الكافية للأطراف المتفاوضة في حال لم يبرم العقد الذي دارت حوله المفاوضات .

2- ذهب جانبٌ ثانٍ من الفقه[1] رداً على الاتجاه الأول للقول بأنّ هذا الالتزام هو التزام مستقل له ذاتيته وتفرده في نطاق الالتزامات القانونية التي تساهم في تكملة النصوص التشريعية و ليس مجرّد التزام تابع للعقد يدور معه وجوداً و عدماً، و لا يخلو هذا الاتجاه **برأينا** من النقد على اعتبار أنّه وحتى الآن لا يوجد نظرية عامة ناظمة للالتزام بالإعلام ما قبل التعاقدي بشكل مستقل مما يستدعي في كثير من الأحيان تطبيق القواعد القانونية العامة والتي قد لا تتمتع بالمرونة اللازمة لتغطية نظرية الالتزام بالإعلام في مرحلة المفاوضات التي لا يتمخض عنها إبرام العقد.

3- أما الرأي الفقهي الثالث[2] فقد اتجه لاعتبار مبدأ حسن النية التفاوضي أساساً قانونياً للالتزام بالإعلام ما قبل التعاقدي كونه يتطلب بالدرجة الأولى تحرّي الصدق والأمانة في التعامل المفاوض الآخر بحيث يعتبر من قبيل الإخلال بمبدأ حسن النية كتمان بيانات أو معلومات لو علم بها المفاوض الآخر كان سيغير موقفه من المفاوضات و قراره النهائي بالتعاقد و رضاه بالشروط التي تمّ الاتفاق عليها، وهو ما أيدته محكمة استئناف باريس في قرارها عام 1975 م والذي نص على ما يلي : " إلى جانب النصوص القانونية يفرض مبدأ

---

[1] د. موفق حماد عبد – الحماية المدنية للمستهلك في التجارة الالكترونية – منشورات زين – بيروت - 2011 – ص 93 و94 ، و د. نزيه محمد صادق المهدي – الالتزام قبل التعاقدي بالإدلاء بالبيانات المتعلقة بالعقد و تطبيقاته على بعض أنواع العقود – دار النهضة العربية – القاهرة – 1982 - ص 70 – مشار إليهما لدى : المرجع السابق – نفس الصفحة .

[2] حسن عبد الباسط جميعي – حماية المستهلك – دار النهضة العربية – القاهرة – 1996 – ص 191 – مشار إليه لدى : أ.م.د.هادي حسين الكعبي و أ.م.د.محمد جعفر الخفاجي – مرجع سابق – ص 80 و 81 .

حسن النية في التعامل واجباً تكميلياً بالصدق يتمثل بتزويد كلّ طرف متفاوض الطرف الآخر بكل المسائل التي هي محل اهتمامه"[1].

**وبرأينا فإنّ تأسيس مثل هذا الالتزام استناداً لمبدأ حسن النية يجدي نفعاً حتى فيما إذا لم يبرم العقد الذي تمحورت حوله العملية التفاوضية وهنا تكمن المفارقة القانونية .**

**ب – الأساس القانوني للالتزام بالإعلام ما قبل التعاقدي في الأنظمة القانونية الكبرى :**

1- الأساس القانوني للالتزام بالإعلام ما قبل التعاقدي في دول نظام القانون العمومي common law

● في المملكة المتحدة : صحيح أنّ القانون الانكليزي لم يفرض التزام عام بالإفضاء بالمعلومات قبل التعاقد لكنّ الفقه و القضاء البريطانيين بدورهما قد عالجا هذا القصور من خلال العطف على النظريات القانونية العامة بهدف استحداث عدد من المفاهيم و الآليات القانونية التي تهدف بمجموعها لجبر الضرر الناجم عن مخالفة موجب الإعلام استناداً لمقتضيات العدالة، و قد قضت المحكمة العليا البريطانية عام 1985 بأن: " القانون لا يفرض دائماً على الأطراف الالتزام بالإفصاح عن المعلومات إلا أنّ تعمد إخفاء المعلومات المهمة عن الطرف الآخر يعد في ظل غياب الاتفاق خطأ موجباً للمسؤولية التقصيرية استناداً إلى نظرية التحريف أو تشويه الحقيقة misrepresentation".[2]

و من الجدير بالذكر أنّ الأحكام القضائية في المملكة المتحدة تميل إلى فرض هذا الالتزام ليس فقط في العقود التي تفرض على المفاوض الكشف عن بعض الوقائع للطرف الآخر و تسمى "عقود الأمانة أو عقود حسن النية" إنما أيضا في الأحوال التي يتمتع بها أحد الأطراف بالمعرفة الفنية أو القدرة المالية التي قد لا تتوافر في الطرف الآخر الأمر الذي تمّ تكريسه من قبل المحكمة البريطانية العليا في سابقة Mid Essex hospital services NHS trust V Compass group UK and Irland Ltd[3] عام 2013م، كما وذهبت نفس المحكمة لأبعد من ذلك في سابقة Yam Seng V ITC في عام 2013[4] معتبرةً أنّ الالتزام بالإفصاح **هو أحد تطبيقات مبدأ حسن النية ما قبل التعاقدي** لا يقتصر على نوع معين من العقود وهذا موقف مهم **برأينا** يحتسب للقضاء البريطاني تفوق فيه على نظيره الأمريكي كما سنرى لاحقاً،

---

[1] د. صبري حمد خاطر – قطع المفاوضات العقدية – بحث منشور في مجلة كلية الحقوق – جامعة النهرين – مجلد 1 – عدد 3 – 1977 – ص 173 – مشار إليه لدى : أ.م.د.ذكرى حسين و استبرق حمزة – مرجع سابق - ص 302 .

[2] د. موفق حماد عبد – الحماية المدنية للمستهلك في التجارة الالكترونية – منشورات زين الحقوقية – بيروت – ص 100 – مشار إليه لدى : المرجع السابق – ص 305 .

[3] Review the details of this case at : www.uk.practicallaw.com visited on 30\9\2016 .

[4] Alistair Maughan & Sarah Weles – Good faith in English law – Article published in May\June 2013 -edition of commercial litigation journal – Morrison and Foerester LLP- UK- 2013 at : www.lexology.com last visit 22\10\2016 .

أضف لهذا و ذاك وجود الكثير من القوانين الخاصة احتوت على تنظيم قانوني صريح لمسألة الإعلام منها قانون حماية المستهلك البريطاني لعام 1987 و من قبله قانون الشراكة البريطاني partnership legislation لعام 1980م[1]

● في الولايات المتحدة الأمريكية: موقفها من حيث المبدأ لا يختلف كثيراً عن نظيرتها البريطانية فالقانون الأمريكي لا يفرض الالتزام بالإدلاء بالمعلومات في مرحلة ما قبل التعاقد كقاعدة عامة باستثناء عقود الأمانة Fiduciary contracts و التي تتطلب من الأطراف أن تبدي منتهى حسن النية في إبرامها و يدخل ضمن هذه الفئة من العقود : (عقود التأمين – عقود الشراكة – عقود التسويات العائلية – عقود العمل عقود نقل التكنولوجيا و غيرها) ، و لعلّ سابقة Laidlaw V Organ[2] عام 1817م هي أول قضية تطرقت فيها المحكمة العليا للولايات المتحدة الأمريكية إلى مسألة الالتزام بالإفصاح حيث أسست حكمها على نظرية **(التفاوض مغامرة)** و التي تقتضي بأنّ يكون المشتري محترساً Cavet Emptor إذ قررت أنّ الكتمان لا يعد بياناً كاذباً إذ ليس هناك مبدئياً التزام بالكلام، ولكن في سابقة Swinton V Whitinsville saving bank لعام 1942م فإنّ المحكمة نفسها عددت الاستثناءات الواردة على مبدأ (المشتري المحترس) والتي تولّد التزام حقيقي بالإعلام أو بالكلام وهذه الاستثناءات هي : الادعاء بأية بيانات أو تمثيل كاذب – الكشف عن نصف الحقيقة التي تساوي الكذب – المنع من الحصول على المعلومات – عدم وجود علاقة أمانة أو صدق و ثقة بين الأطراف، حيث أنّه بحال وجود أي من هذه الاستثناءات فإنّ الإخلال بموجب الإعلام يوجب المسؤولية في غياب الاتفاق عليه على أساس نظرية الغش أو التشويه misrepresentation[3] وهي أحد أبرز النظريات التي أسس عليها الالتزام بمبدأ حسن النية نفسه في مرحلة المفاوضات كما رأينا، حتى أنّ القضاء الأمريكي قد ذهب أبعد من ذلك عام 1981م عندما فرضت محكمة استئناف كاليفورنيا على أطراف العقد أن يصححوا البيانات

---

[1] المادة 28 من قانون الشراكة البريطاني نصت على ما يلي : " تقدم الحسابات الحقيقية و الإعلام الكامل لكلّ الأشياء التي تؤثر في الشراكة لأي مشارك أو ممثله القانوني " .

[2] **تتلخص وقائع هذه القضية بأنّ** : أوركان المدعي كان يتاجر بالتبغ و قد حصل على معلومات من صديق له بأنّ اتفاقية سلام قد تمّ إبرامها بين القوات البريطانية و الأمريكية و قبل أن يعم الخبر الأوساط العامة بادر إلى شراء كمية كبيرة من التبغ من المدعى عليه ليدلو و قبل إبرام العقد سأل المدعى عليه المدعي فيما إذا وصلته أي معلومة تؤثر على أسعار التبغ و عندما تمّ إعلان السلام ارتفعت أسعار التبغ بين 50 و 30 % و قام المدعى عليه باستعادة كمية التبغ بالقوة و رفع المدعي دعواه طالبا بالتعويض عما لحقه من أضرار بسبب خسارة التبغ و قد توصل المحلفون في المحكمة إلى أحقية المدعي بأخذ التبغ و قرر رئيس المحكمة السيد مارشال بأنّ المتعاقد ليس ملتزما بالإدلاء بالمعلومات للمزيد من التفاصيل قم بزيارة الموقع التالي : www.h2o.law.harvard.edu آخر دخول تمّ بتاريخ : 18 \1\ 2017 م .

[3] Florence Caterini – Pre-contractual obligation in France and United States – LLM these and essays – University of Georgia law school – Paper 7- US- 2005 -P.6 and after at : www.digitalcommons.law.uga.edu last visit 19\8\2016 .

التي تمّ إعطاؤها إذا تبين بأنّها لم تكن صحيحة عندما صدرت حتى و لو كان المتعاقد بذاك الوقت يعتقد بصحتها.[1]

2- الأساس القانوني للالتزام بالإعلام ما قبل التعاقدي في دول نظام القانون المدني civil law :

● في فرنسا : كان الفقيه الفرنسي Juglart من أوائل المهتمين بالبحث عن الأساس القانوني لهذا الالتزام و توصل بعد دراسة الآراء الفقهية و القضائية المختلفة إلى نتيجة مفادها أنّ القاعدة العامة في القانون الفرنسي تقضي بعدم وجود التزام بالإدلاء بالمعلومات إلا إذا كان هناك تشريع أو اتفاق يقضي بخلاف ذلك؛ أو في حال أدى عدم الإدلاء بالمعلومات إلى حصول تدليس أو غلط جوهري[2]، الأمر الذي أكدّته النقض الفرنسية في عام 1988 م بقولها:" عدم القيام بإعلان المشتري لدى التنازل عن المحل التجاري بأنّ التصريح اللازم لإشغال هذا المحل لم يكن قد تمّ الحصول عليه بعد، يمثل إخفاء متعمد من جانب البائعة لمثل هذه الواقع و التي لو كانت معلومة للمشترين لكانت قد منعتهم من التعاقد حيث يشكل هذا الأمر تدليس معيب لرضاء هؤلاء المشتريين " [3].

و قد استفاد الفقه و القضاء الفرنسيين في صدد وضع أساس قانوني للالتزام بالإعلام في مرحلة المفاوضات من النصوص التشريعية العامة مثل المادة 1110 المتعلقة بالغلط والمقابلة للمادة 1130 من القانون المدني الفرنسي المعدل والمادة 1645 المتعلقة بضمان العيوب الخفية التي تقابل المادة 1626 من القانون المدني الفرنسي المعدل وغيرها فيما يخص القانون المدني، وأيضاً النصوص التشريعية الخاصة كالمادة 111-1 من تقنين الاستهلاك الفرنسي الصادر عام 1993 و التي نصت : " على كلّ مهني بائع أو مجهز للخدمات أن يضع المستهلك في موضع يسمح له بمعرفة الخصائص الأساسية للسلع و الخدمات "، و**برأينا فإنّ** هذه النصوص السابقة تخدم مسألة الالتزام بالإعلام في مرحلة التعاقد أكثر مما تخدم فكرة الالتزام بالإعلام في مرحلة ما قبل التعاقد(المفاوضات) الذي قد لا تنتهي بإبرام العقد، ولكن النقلة النوعية في فرنسا تجلّت مع ظهور المرسوم التشريعي رقم 10 لعام 2016 المعدل للقانون المدني الفرنسي وتحديداً في المادة 1112-1 منه التي كرّست الالتزام بالإعلام في

---

[1] The case of : Mc grath V Zenith radio crop 1981 Review the details of this precedent at : www.openjurist.org visited on 26\8\2016 .

[2] Jessica Dombre – L'obligation de information dans les contrats de crédit à la consommation – LLM théze – Année universitaire – France - 2010\2011 – P. 31 sur : www.cdmmontpellier.files.wordpress.com visité en 26\8\2016 .

[3] سعيد سعد عبد السلام – الالتزام بالإفصاح في العقود – دار النهضة العربية – القاهرة – 2000 – ص 10– مشار إليه لدى : د.شيرزاد عزيز سليمان - مرجع سابق – ص373 .

مرحلة التفاوض على العقد بشكل صريح باعتباره قاعدة قانونية آمرة لا كونها منعت الأطراف من تقييده أو استبعاده ورتبت المسؤولية القانونية على الإخلال به[1] أضف لهذه المادة أنّه وبعد إقرار المشرع الفرنسي لمبدأ حسن النية في مرحلة المفاوضات أضحى من الممكن **برأينا** تأسيس الالتزام بالإعلام في مرحلة المفاوضات بناءً عليه حتى في حالة عدم إبرام العقد الذي تمحورت حوله المفاوضات.

● في مصر: أشار المشرع المصري صراحةً إلى الالتزام بالإعلام ما قبل التعاقدي عند تنظيمه لعقد نقل التكنولوجيا في المادة 76 من قانون التجارة المصري 1990م بقوله : " يلتزم مورد التكنولوجيا بأنّ يكشف للمستورد في العقد أو **خلال المفاوضات** التي تسبق إبرامه عما يلي :

أ- الأخطار التي قد تنشأ عن استخدام التكنولوجيا و على وجه الخصوص ما يتعلق منها بالبيئة أو الصحة العامة أو سلامة الأرواح أو الأموال ، و عليه أن يُطلعه على ما يعلمه من وسائل لاتقاء هذه الأخطار .

ب – الدعاوى القضائية و غيرها من العقوبات التي قد تعوق استخدام الحقوق المتصلة بالتكنولوجيا لاسيما ما يتعلق منها ببراءة الاختراع

ج – أحكام القانون المحلي بشأن التصريح بتصدير التكنولوجيا "

و**برأينا فإنّ** الالتزام بالإعلام لا يقتصر على عقد نقل التكنولوجيا وحده كما لا يقتصر موضوع هذا الالتزام على البيانات التي نصت عليها الفقرات أ و ب و ج من المادة آنفة الذكر، وحبذا لو قام المشرع المصري بتشميل الالتزام بالإعلام بقية أنواع العقود و دون أن يحدد محله على سبيل الحصر كما فعل بالنسبة لعقد نقل التكنولوجيا .

● في القطر العربي السوري: لم يأت المشرع على ذكر نص قانوني صريح فيما يتعلق بواجب الإعلام في مرحلة التفاوض على العقد و هذا **برأينا** مأخذ يؤخذ عليه، ولعل أمر كهذا قد لا يثير إشكالية في الحالة التي نكون فيها أمام مفاوضات عقدية إلا إنّ الإشكالية تثور في حالة المفاوضات غير العقدية فلا يبقى أمامنا سوى العطف على القواعد القانونية العامة التي عالجت مسألة الالتزام بالإدلاء بالمعلومات المتعلقة بالعقد تحت طائلة الخضوع للمؤيدات القانونية وفقاً لظروف كلّ حالة على حدّه ونذكر منها على سبيل المثال : النصوص القانونية المتعلقة بعيوب الإرادة ، ضمان التعرض و الاستحقاق ، ضمان العيوب الخفية، وهذه

[1] L'act 1-1112 de code civil francias : « celle des parties qui connaît une information dont l'importance est déterminante pour le consentement de l'autre doit l'en informer dès lors que, légitimement, cette dernière ignore cette information ou fait confiance à son cocontractant »……
"Les parties ni limiter ni exclure ce devoir "

النصوص القانونية تخدم فكرة الالتزام بالإعلام في مرحلة إبرام العقد أكثر مما تخدمه في مرحلة التفاوض على العقد فماذا لو لم يبرم العقد فعلى أي أساس يمكن عندها تأسيس المسؤولية المترتبة على الإخلال بموجب الإعلام ما قبل التعاقدي؟

**برأينا فإنّه** وإلى حين إقرار نظرية حسن النية في مرحلة المفاوضات فإنّ إعمال قواعد العدالة والإنصاف والاستقامة التجارية التي كرّسها المشرع السوري وتأسيس المسؤولية وفق قاعدة كلّ فعل سبب ضرر للغير يلتزم مرتكبه بالتعويض قد تجدي نفعاً بمثل هذه الحالة.

**ثالثاً : الطبيعة القانونية للالتزام بالإعلام ما قبل التعاقدي :**

هل الالتزام بالإعلام في مرحلة التفاوض على العقد التجاري الدولي هو التزام بتحقيق نتيجة أم التزام ببذل عناية ؟؟

في الواقع اختلفت الآراء الفقهية في هذا المجال ولاسيما في ظل حالة غياب النص بين من اعتبره التزام بتحقيق نتيجة ومن اعتبره التزام ببذل عناية أضف لهذا وذاك من اعتبره التزام ذي طبيعة مزدوجة يجمع بين بذل العناية وتحقيق الغاية:

أ- الرأي الأول[1] :الالتزام بالإعلام قبل التعاقدي هو التزام بتحقيق نتيجة تتجلّى بإحاطة الطرف الآخر علماً بالحقائق و المعلومات المتعلقة بالصفقة وإلا اعتبر مخلاً بالتزاماته متى فشل بذلك أو امتنع عنه دون مبرر مشروع .

ب- الرأي الثاني[2] : الالتزام بالإعلام ما قبل التعاقدي هو التزام ببذل عناية[3] فالمدين يلتزم بإعلام الدائن بكافة البيانات التي تمكنه من معرفة ماهية الشيء محل العقد الذي تدور حوله المفاوضات من حيث استخدامه والخطورة الكامنة فيه إلا أنّه لا يضمن تحقيق النتيجة المرجوة منه[4] كون ذلك مرهون بمدى التزام الدائن بتلك المعلومات و التحذيرات و النصائح[5]

ج- الرأي الثالث[6] : وهو جدير بالتأييد كونه اعتبر الالتزام بالإعلام التزاماً ذي طبيعة مزدوجة يتدرج من حيث القوة من التزام ببذل عناية إلى التزام بتحقيق غاية تبعاً لعدّة عوامل أبرزها

---

[1] حمدي أحمد سعد – الالتزام بالإدلاء بالصفة الخطرة للشيء المبيع – دار الكتب القانونية – مصر- 2010 م – ص 172 و علي سيد حسن – الالتزام بالسلامة في عقد البيع – دار النهضة العربية – القاهرة – 1990 – ص 17 – مشار إليهما لدى : أ.م.د.هادي حسين الكعبي و أ.م.د.محمد جعفر الخفاجي – مرجع سابق – ص 84 .

[2] نزيه المهدي – الالتزام بالإدلاء بالبيانات المتعلقة بالعقد – دار النهضة العربية – القاهرة – 1982 م – ص 145 – مشار إليه لدى : المرجع السابق – ص 71 .

[3] محمد مرسي زهرة – الحماية المدنية للتجارة الالكترونية – دار النهضة العربية – القاهرة – 2006 م – ص 179 – مشار إليه لدى : خليفي مريم – الالتزام بالإعلام الالكتروني وشفافية التعامل في مجال التجارة الالكترونية – دفاتر السياسة والقانون – العدد 4– الجزائر – 2011م – ص 207 متاحة على : www.dapace-univ.ouargla.dz تمّت الزيارة في 15\12\2016.

[4] أم كلثوم صبيح محمد – مرجع سابق – ص 303 .

[5] أ.م.د.ذكرى حسين و استبرق حمزة – مرجع سابق – ص 312 .

[6] سعيد عبد السلام – الالتزام بالإفصاح في العقود – دار النهضة العربية – القاهرة – 2000 م – ص 39 – مشار إليه لدى : أ.م.د.هادي حسين الكعبي و أ.م.د.محمد جعفر الخفاجي – مرجع سابق – ص 86 .

اختلال المراكز العقدية خاصة عندما يكون المدين شخص مهني محترف فلا يكفي عندها للتحلل من المسؤولية إثبات قيام هذا الأخير ببذل عناية الشخص المعتاد إذ يتحول التزامه من التزام ببذل عناية إلى التزام بتحقيق غاية.

**رابعاً : الأثر القانوني المترتب على الإخلال بموجب الإعلام ما قبل التعاقدي :**

يولد الإخلال بموجب الإعلام في مرحلة المفاوضات آثاراً قانونية شخصية و موضوعية إلا أنّ الأنظمة القانونية المقارنة التي كرّست هذا الالتزام لم تقنن تلك الآثار القانونية ضمن نصوص خاصة لذا كان تطويع القواعد القانونية العامة هي الملاذ الوحيد في ظل غياب النص وعليه فإنّ تحليل هذه المسألة من الناحية القانونية تتطلب **برأينا** التفرقة بين مرحلتين :

**أ- في مرحلة ما قبل إبرام العقد التجاري الدولي الذي تتمحورت حوله المفاوضات :**

و هنا تكون العلاقة فيما بين الأطراف المتفاوضة إما علاقة عقدية أو غير عقدية تبعاً لما إذ تمّ إفراغ العملية التفاوضية في قالب عقدي أم لا على التفصيل الذي درسناه سابقاً:

1- في حال عدم الاعتراف بالطبيعة العقدية لمرحلة التفاوض فمن غير الممكن **برأينا** الحديث عن أثر موضوعي للإخلال بموجب الإعلام لعدم وجود محل يترتب عليه هذا الأثر إلا أنّه بالمقابل يمكننا الحديث عن أثر شخصي يتجلّى بالمسؤولية القانونية والتي يمكن تأسيسها في هذه الحالة استناداً للإخلال بمقتضيات مبدأ حسن النية التفاوضي في كلّ مرّة يعترف فيها القانون الواجب التطبيق بنظرية حسن النية في مرحلة المفاوضات، وحتى في حال عدم تكريس القانون الواجب التطبيق لهذه النظرية كما هو حال المشرع السوري فهذا لا يعني **برأينا** إفلات الطرف المخل بموجب الإعلام التفاوضي من أي مسؤولية إذ من الممكن حتى ذلك الحين تأسيس المسؤولية وفقاً للقواعد القانونية العامة وعلى رأسها قاعدة كلّ فعل سبب ضرر للغير يلتزم صاحبه بالتعويض.

2- بالعكس فيما إذا اعترف بالطبيعة العقدية لمرحلة المفاوضات ككلّ فإنّ الإخلال بهكذا التزام يرتب أثر شخصي من جهة يتجلّى بالمسؤولية القانونية(مسؤولية عقدية) وأثر موضوعي من جهة أخرى يخّول المضرور الحق بالمطالبة بالفسخ[1] مع التعويض أو دونه، و **برأينا** حتى في حال غياب أي إشارة صريحة أو ضمنية لمثل هذا الواجب في المفاوضات العقدية فإنّه من الممكن تأسيس الدعوى بحالة كهذه على أساس عدم مراعاة مبدأ حسن النية في تنفيذ الاتفاق ما قبل التعاقدي والذي سنتحدث عنه بشكل مفصل لاحقاً.

[1] **ملاحظة**: لا يمكن بهذا الصدد الحديث عن إبطال كون الخطأ بهذه الحالة يتجلّى بإخلال بالتزام فرضه الاتفاق الصريح أو الضمني بين الأطراف المتفاوضة و بالتالي نحن نتحدث عن إخلال بالتزام ناشئ عن عقد بحال افترضنا وجوده وليس إخلال بأحد شرائط صحة العقد التي ترافق مرحلة إبرامه و تقودنا لتطبيق نظرية الإبطال بسبب اختلال ركن الرضا أو قصور الأهلية أو عيب الإرادة و أحياناً بموجب نص خاص.

**ب- في مرحلة ما بعد إبرام العقد التجاري الدولي الذي تمحورت حوله المفاوضات :**

من المعروف بأنّ حدوث أي خلل في مرحلة المفاوضات سواء أفرغت بقالب عقدي أو غير عقدي سيؤثر على العقد التجاري الدولي بحال تمّ إبرامه فعلاً باعتباره الثمرة القانونية لهذه المرحلة الحساسة وعليه إذا تمخضت المفاوضات عن إبرام العقد التجاري الدولي فإنّ الإخلال بواجب الإعلام قبل التعاقدي بهذه الحالة يدعونا لتطبيق القواعد العامة المتعلقة بشروط صحة التعاقد[1] فيما إذا استطعنا إدراج الإخلال بواجب الإعلام ما قبل التعاقدي بهذه الحالة ضمن أحد صور عيوب الإرادة وخاصة الغلط أو التدليس إذ ننتقل بهذه الحالة من الحديث عن إخلال بالالتزام بالإعلام ما قبل التعاقدي إلى الحديث عن الإخلال بالالتزام بالإعلام التعاقدي، فبالنسبة للغلط يمكننا الاستفادة من نص المادة 120 مدني سوري التي أجازت لمن وقع في غلط جوهري لولاه لما أبرم العقد طلب إبطاله شريطة أن يكون المتعاقد الآخر قد وقع بمثل هذا الغلط أو على الأقل كان على علم به أو من السهل عليه تبينه، في حين أنّه بالنسبة للتدليس يمكننا إعمال نص المادة 126مدني سوري و التي اعتبرت السكوت عمداً عن واقعة أو ملابسة بمثابة تدليس إذا ثبت أنّ المدلس عليه ما كان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة أو هذه الملابسة، إذ و بموجب هذه المادة هناك التزام صريح بالإعلام و التبصير و مخالفة أمر كهذا ينطوي تحت بند التدليس وهو أحد عيوب الإرادة شريطة أن يكون الإخلال بواجب الإعلام بهذه الحالة عمداً من جهة[2] وأن يثبت أنّ المدلس عليه ما كان ليبرم العقد لو علم بالواقعة أو الملابسة المكتومة أو المسكوت عنها من جهة أخرى و جزاء التدليس هو القابلية للإبطال وفقاً لمنطوق المادة القانونية ذاتها[3]، كما أنّه من المتصور أن يكون الإخلال بموجب الإعلام مدعاة لتطبيق القواعد المتعلقة بضمان العيوب الخفية والاستحقاق[4]، أضف لهذا و ذاك إمكانية اعتبار الإخلال بموجب الإعلام بمثابة إخلال بنص قانوني خاص كما هو الحال بالنسبة لعقود التأمين التي تنطوي تحت بند عقود الثقة أو الأمانات[5] وبالتالي يطبق بصدده الجزاء المنصوص عليه.

---

[1] د. شيرزاد عزيز سليمان – مرجع سابق – ص 391 و ما بعدها .

[2] بمفهوم المخالفة في حال كان الإخلال بموجب الإعلام عن إهمال أو قلة احتراز فلا مجال للمطالبة بإبطال العقد وفقاً للقانون السوري ولكن هذا لا يمنع **برأينا** من المطالبة بالتعويض وفقاً للقواعد القانونية العامة .

[3] المادة 126 من القانون المدني السوري: " يجوز إبطال العقد للتدليس إذا كانت الحيل التي لجأ إليها أحد المتعاقدين أو نائب عنه من الجسامة بحيث لولاها لما أبرم الطرف الثاني العقد ".

[4] راجع المواد من 407 و حتى 323 من القانون المدني السوري المتعلقة بضمان التعرض و الاستحقاق و ضمان العيوب الخفية.

[5] مثال ذلك المادة 363 من القانون البحري السوري رقم 46 لعام 2006م : " يقع باطلا عقد التأمين الذي يبرم بعد تحقق الخطر المؤمن منه أو بعد زواله إذا ثبت أنّ نبأ تحققه أو زواله بلغ إلى المكان الذي يوجد فيه المؤمن له قبل إصدار أمره بإجراء التأمين أو إلى مكان توقيع العقد قبل أن يوقعه المؤمن " .

أما عن مدى قابلية العقد التجاري الدولي للفسخ بسبب الإخلال بموجب الإعلام في مرحلة المفاوضات فأمر كهذا يتصور **برأينا** بحالة وحيدة هي حالة خرق الالتزام بالتبصير الذي ينعكس على تنفيذ العقد؛ كأن يترتب على الجهل بالمعلومات عدم تنفيذ الالتزامات الناشئة عن العقد، الأمر الذي أكدّته النقض الفرنسية صراحةً في حكمها عام 1994م[1]، و من الجدير بالذكر أنّه ووفقاً للقانون السوري لا مانع من المطالبة بالتعويض إضافة للفسخ[2] أما التعويض إضافة للإبطال فلم ينص المشرع السوري على جوازه من عدمه إلا أنّ الفقه[3] و القضاء[4] المقارن استقر على جوازه باستثناء الإبطال بسبب عيب الغلط إذ للغالط طلب الإبطال دون التعويض و لكن ما لبث هذا الموقف الفقهي أن تبدّل بعد صدور قرار محكمة النقض الفرنسية عام 1968 و الذي مكّن ضحية الغلط من المطالبة بالتعويض إلى جانب الإبطال[5]، الإبطال[5]، كما يمكن بطبيعة الحال المطالبة بالتعويض كجزاء منفرد خاصة في الحالة التي لا لا تتحقق فيها شروط إعمال مُكنّة الإبطال أو الفسخ،إلا أنّه في حالة الفسخ أو الإبطال يبنى التعويض على أساس المسؤولية التقصيرية لا العقدية.

**خامساً : الاستعلام و الاستعلام للإعلام :**

اتجه الفقه و القضاء إلى نفي الصفة الأحادية عن الالتزام بالإعلام على اعتباره التزام ثنائي تبادلي بين أطراف العملية التفاوضية يتجلّى بالإضافة لموجب الإعلام بموجب الاستعلام و الاستعلام للإعلام [6] فما المقصود بكل منهما ؟

---

[1] Iass,com25,1994,RJDA,N131,Fev1995, P.123 مشار إليه لدى : الالتزام بالإعلام أو الالتزام بالتبصير لحماية المستهلك – مقال منشور في مجلة الأعمال والقانون المغربية الالكترونية – 2013م - دون رقم صفحة- متاحة على : www.droitentreprise.org تمّت الزيارة في تاريخ 9\12\2016 .

[2] راجع المادة 158 من القانون المدني السوري .

[3] عبد المنعم موسى ابراهيم – مرجع سابق – ص 31 .

[4] ذهبت محكمة النقض المصرية في قرار لها 1970 : " يجوز بطلان العقد إذا اثبت أحد المتعاقدين أنّه كان واقعا في غلط ثم أثبت أنّه لولا الغلط لما أقدم على التعاقد و يجوز مع القضاء ببطلان العقد أن يحكم بالتعويض إذا ترتبت أضرار بأحد المتعاقدين ، و يكون ذلك لا على اعتبار أنّه عقد بل باعتباره واقعة مادية متى توافرت شروط الخطأ الموجب للمسؤولية في جانب المتعاقد الآخر الذي تسبب بخطئه بهذا الإبطال ". عمر محمد عبد الباقي – الحماية العقدية للمستهلك – الطبعة الثانية - منشأة المعارف – مصر – 2008م – ص 282 - مشار إليه لدى : بتقة حفيظة – الالتزام بالإعلام في عقد الاستهلاك – رسالة ماجستير – جامعة أكلي محند أولحاج – البويرة – 2013/2012م – ص 106 متاحة على : www.univ.bouira.dz آخر زيارة تمّت في 1\3\2017 .

[5] Iussliy 29 Nov 1968 Gaz de Pal 1969,1,P.63 مشار إليه لدى : الالتزام بالإعلام أو الالتزام بالتبصير لحماية المستهلك - مجلة الأعمال والقانون المغربية الالكترونية – مرجع سابق- دون رقم صفحة .

[6] محمد بوادلي – حماية المستهلك في القانون المقارن – دار الكتب الحديث – الجزائر – 2006 – ص 72 – مشار إليه لدى : عدنان ابراهيم سرحان – حق المستهلك في الحصول على الحقائق(المعلومات و البيانات الصحيحة عن السلع والخدمات) دراسة مقارنة بين القانونين الإماراتي والبحريني – مجلة الفكر – العدد 8 – الجزائر - 2013م – ص 18 متاحة بنسختها الالكترونية على: www.fdsp.univ-biskra.dz تاريخ الولوج 3\3\2017 .

**أ – موجب الاستعلام :**

1– ماهية موجب الاستعلام : تقف حدود موجب الإعلام عندما تبدأ حدود موجب الاستعلام، فإذا كانت المعرفة مفترضة لدى المدين بموجب الإعلام فمن المفترض عدم توافرها لدى الدائن شريطة أن يؤسس افتراض كهذا على أسباب مشروعة، فإذا كان عدم المعرفة نتيجة لخفة أو رعونة و إهمال لدى الدائن فإنّه يتحمل مسؤولية ذلك[1]، و**برأينا فإنّه** إذا كان أحد أطراف العملية التفاوضية يتحمل المسؤولية الناتجة عن عدم مراعاته لموجب الاستعلام بسبب خطأ أو إهمال فإنّه من باب أولى يتحمل مسؤولية ذلك إذا كان عدم مراعاته لموجب الاستعلام تمّ عن غش و بكلا الحالتين قد نكون أمام إخلال بمبدأ حسن النية التفاوضي مع اختلاف لناحية الآثار القانونية للمسؤولية في كلّ حالة.

وإذا كان موجب الإعلام ملقى على عاتق أحد أطراف المتفاوضة فإنّ موجب الاستعلام لا شك ملقى على عاتق الطرف الآخر، و لا يحد من موجب الاستعلام سوى حالة عدم المعرفة و افتقار الخبرة أي عندما لا يكون بإمكان أحد أطراف العقد المزمع إبرامه و لسبب مشروع الوقوف على المعلومات المطلوبة المفترض توافرها لدى الفريق الآخر فحجبها عنه؛ هنا تتحقق حالة استحالة الاستعلام إذ يعفى المفاوض الراغب بالتعاقد من واجبه بالاستعلام و يكلف المفاوض الآخر بإعلامه بالمعلومات الجوهرية المتصلة بالعقد التجاري الدولي محل التفاوض من خلال ممارسته لموجب الاستعلام للإعلام والذي سنأتي على شرحه بالأسطر القادمة.

أما المعيار الذي يقاس فيه مشروعية جهل المفاوض بالمعلومات الجوهرية فهو معيار الرجل المعتاد[2] كما يؤخذ بعين الاعتبار ظروف كلّ عملية تعاقدية على حدّه و خاصة لناحية الصفات الشخصية للمتعاقد من كونه شخص مهني أم لا .

2– الأثر القانوني للإخلال بموجب الاستعلام: في الواقع لا تختلف الآثار القانونية الشخصية والموضوعية المترتبة على الإخلال بموجب الاستعلام عن تلك المتعلقة بالإخلال بموجب الإعلام والتي سبق لنا معالجتها بالتفصيل لذا فإنّنا نحيل إليها منعاً للإطالة والتكرار **ولكن يجدر بنا القول أنّ الأنظمة القانونية المقارنة كانت قد ركزت بهذا الصدد على مسألة تأثير الإخلال بموجب الاستعلام في مرحلة المفاوضات على العقد التجاري الدولي الذي تمخض عنها في حال تمّ إبرامه فعلاً:**

[1] عبد المنعم موسى ابراهيم – مرجع سابق – ص 19 .

[2] أ.م.د.ذكرى حسين و استبرق حمزة – مرجع سابق – ص 309 .

● أثر الإخلال بموجب الاستعلام على العقد في دول نظام القانون العمومي commo law: فيما لو أخذنا الولايات المتحدة الأمريكية كمثال على دول القانون العمومي نلاحظ أنّ محكمة استئناف واشنطن في سابقة Calton V Stanford لعام 1960م[1] اعتبرت مُكنّة إبطال العقد مُكنّة غير اعتيادية لذا لابدّ من اللجوء إليها بكثير من الحيطة والحذر حتى لا تؤدي لزعزعة الثقة بالتعاملات التجارية ولذلك عدّت هذه المحكمة طلب إبطال العقد بسبب الإخلال بموجب الإعلام غير مقبول في الحالة التي يكون الطالب قد أخل بدوره بموجب الاستعلام الأمر الذي يستدعي رد دعواه.

● أثر الإخلال بموجب الاستعلام على العقد في دول نظام القانون المدني civil law : ومثالها فرنسا حيث قضت محكمة النفض الفرنسية عام 1986م برد الدعوى المرفوعة بشأن بطلان العقد بسبب الإخلال بموجب الإعلام بعد أن ثبت لها أنّ طالب البطلان قد ارتكب خطأ بعدم مراعاته لمقتضيات موجب الاستعلام مع أنّه كان بإمكانه ذلك[2]، وكذلك ردت ذات المحكمة عام 1980م دعوى إبطال لعلة الخداع معتبرةً أنّ المدعي كان بإمكانه التحقق بنفسه من المستندات و الوقوف على مدى انطباقها مع الواقع ، و بالتالي يكون جزاء عدم الاستعلام الخاطئ رد دعوى البطلان و دعوى المسؤولية باعتبار الخطأ الحاصل من جانب طالب البطلان بعدم الاستعلام غير متسامح به[3].

ويلاحظ تماثل مواقف دول نظام القانون العمومي والقانون المدني في هذه الجزئية إذ أنّه من المبادئ الأساسية المقررة في كلا النظامين أنّه لكي يعتد بالغلط المؤثر كسبب لإبطال العقد يجب أن يكون الطرف الذي وقع به معذوراً فيه، بمعنى ألا يكون قد صدر عنه خطأ جره للغلط و إلا ردت دعواه.

**ب – موجب الاستعلام للإعلام :**

هو أيضا أحد صور مبدأ حسن النية ما قبل التعاقدي بنظر الفقه والقضاء المقارن إذ أنّه يرتبط بطريقة مباشرة بموجب الإعلام نفسه، و يمكن شرحه من خلال المثال العملي التالي : إذا أراد صاحب مؤسسة تجارية سورية أن يشتري مجموعة حواسيب من تاجر صيني فتوجه إلى الصين ليتم الصفقة فإنّه يتعين عليه بداية إعلام التاجر الصيني عن سعة العمليات التي

---

[1] Florence Caterini – op cit– P. 13 .

[2] Cass. Com.25 fevr. 1986 J.C.P. 1986 . JCP.1988.2095.note virasmy RTDC.1987.85 note mertrs
مشار إليه لدى :عبد المنعم موسى ابراهيم – مرجع سابق – ص 20 .

[3] Cass. Civ. 25 juin 1980 G.P 1980.2. som.750
مشار إليه لدى : المرجع السابق – ص 21 .

يتطلبها في الحواسيب و الغرض الأساسي الذي ستستخدم فيه ، و لكن ماذا لو سكت صاحب المؤسسة عن ذلك ؟

هنا يتجلّى موجب الاستعلام للإعلام الملقى على عاتق التاجر الصيني ( البائع ) إذ أنّه لا يستطيع ممارسة واجبة بالإعلام بالشكل المطلوب إذا لم يسبقه عملية استعلام تمهد الطريق لممارسته ، إذ يتعين عليه الاستفسار والاستعلام عن الغرض أو الغاية من استعمال السلعة محل العقد حتى يمارس بدوره واجبه بالتبصير و الإعلام المطلوبيين أما إذا كان التاجر الصيني هنا في مثالنا يستطيع ممارسة موجب الإعلام بالشكل المطلوب دون حاجة إلى اللجوء لموجب الاستعلام ( كأن يكون هناك تعامل سابق بين التاجر و صاحب المؤسسة ) فهو غير مسؤول عن عدم قيامه به طالما كانت النتيجة المرجوة متحققة معه أو دونه، وفي هذا الصدد قضت محكمة النقض الفرنسية عام 1995م بفسخ عقد بيع جهار تلفوني بسبب عدم ملاءمته لاحتياجات المشتري الذي رفض تكملة الثمن بعدما لاحظت أنّ الالتزام بالنصيحة الملقى على عاتق البائع يفرض عليه الاستعلام عن حاجيات المشتري ومن ثم إعلامه بمدى ملاءمة الجهاز المقترح له[1] إذ بهذه الحالة تحقق الفسخ كون الجهل بالمعلومات قد أثر بشكل مباشر على عملية تنفيذ العقد.

[1] Iass.civ 1 ére chamber dec 1995 Bull.civ.1995 N453,P.315 مشار إليه لدى : الالتزام بالتبصير أو الالتزام بالإعلام لحماية المستهلك - مجلة الأعمال والقانون المغربية الالكترونية – مرجع سابق – دون رقم صفحة .

## المطلب الثاني : مقتضيات سوء النية في مرحلة المفاوضات

تركزت الجهود الدولية و المحلية على الصعيدين الفقهي و القضائي حول وضع تعريف لمفهوم حسن النية في حين أنّ الجهود تكاد تكون نادرة جداً في مجال وضع تعريف للمفهوم المخالف تماماً لحسن النية و هو مفهوم سوء النية *Mala fides* و لعلّ العلّة بذلك تتجلّى بكون مفهوم سوء النية هو المعاكس الطبيعي لمفهوم حسن النية و بالتالي فكل ما يخالف حسن نية سينضوي بطبيعة الحال تحت مظلة سوء النية، فعلى الصعيد الفقهي[1] نحا بعض الفقهاء نحو الخلط بين مفهوم سوء النية و مفهوم الغش إذ اعتبروا أنهما مصطلحين مترادفين و عرّفوا الغش بأنّه سوء نية و العكس بالعكس في حين أنّ البعض الآخر فرق بين المفهومين معتبراً أنّه ليس كلّ سوء نية يتضمن غش لكن بالمقابل فإنّ كلّ غش يتضمن سوء نية، ومع ذلك فإنّ أغلب هؤلاء ابتعدوا عن وضع تعريف محدد لسوء النية باعتباره مفهوم مستقل عن الغش معتبرين إياه مفهوم عصي على الحصر و التحديد تماماً كما هو حال مفهوم حسن النية، ومع ذلك هناك من حاول تعريفه منهم بأنّه : " كلّ سلوك من الواعد يهدم أو يعرض للخطر إمكانية استفادة الموعود له من المنافع المتوقع جنيها من الصفقة "[2] أما على الصعيد القضائي فعلى الرغم من وجود عدد من السوابق القضائية التي خلطت كما خلط بعض الفقه بين مفهومي الغش و سوء النية[3] إلا أنّه بالمقابل هناك من وضع مفهوم سوء النية بموضع مستقل عن غيره من المفاهيم كما فعلت محكمة مونتانا الأمريكية التي انفردت بوضع تعريف لسوء النية كمفهوم قائم بذاته يختلف عن أي مفهوم آخر بأنه: " سلوك أو تصرف يتجاوز التوقعات المعقولة لأحد الأطراف بأنّ الطرف الآخر سوف يتصرف كما يتصرف أي رجل معتاد في محله"[4]، لم تحدد هذه المحكمة ما إذا كان هذا التعريف مقتصر على مرحلة دون غيرها من المراحل التي يمر بها العقد مما يعني **برأينا** إمكانية الاستفادة من هذا التعريف في مختلف المراحل سواء في مرحلة التعاقد أم مرحلة ما قبل التعاقد ، ونحن نرى بأنّ وضع تعريف لسوء النية التفاوضي مهمة ليست بالسهلة إذ أنّنا نفضل الابتعاد عن وضع قوالب

---

[1] **سوف نتعرف على وجهات نظر الفقهاء في هذا المجال بشكل مفصل في الفصل الثاني من دراستنا عند الحديث عن الآثار المترتبة على الإخلال بمبدأ حسن النية في مرحلة التنفيذ .**

[2] Thomas Diamond – The tort of bad faith breach of contract : when it at all should it be extended beyond insurance transactions ? – Marquette law review – Vol.64 : 3 – US - 1981 – P. 425 at : www.scholarship.law.marquette.edu visited on 14\9\2016 .

[3] Look at some of those cases in : Shannon Katheen O'bryne - The implied good faith and fair dealing recent development – Canadian Bar review- Vol.86 – No.2 – 2007- margin of P.197 - at: www.cba.org visited on 17\9\2016 .

[4] Clenn Edward Tremper – commercial bad faith : tort recovery for breach of implied covenant in ordinary commercial contracts – Montana law review – Vol.48 – Issue.2 – 1987 - P. 22 at : www.sholarship.law.umt.edu last visited on 19\9\2016 .

محددة لهذا المفهوم و الاعتماد بالدرجة الأولى على مقتضيات أو مظاهر سوء النية في سبيل فهم حقيقة المقصود منه والتي حاولنا دراسة أبرزها من خلال إدراجها ضمن بوتقتين رئيستين الأولى تتناول المظهر المادي لسوء النية التفاوضي ( الفرع الأول ) و الذي يعتمد على السلوك الخارجي الظاهر والمحسوس للشخص سيء النية الذي يقدم بشكل أو بأخر على فعل ملموس يعكس سوء نيته كقيامه بقطع العملية التفاوضية أو قيامه بتوقيع اتفاق باطل فكل من فعلي القطع أو التوقيع هما فعلان ظهرا للعالم الخارجي، في حين أنّ الثانية تناولت المظهر المعنوي لسوء النية التفاوضي ( الفرع الثاني ) وبخلاف نظيره المادي فإنّه يعتمد بالدرجة الأولى على عنصر النية أو القصد الخفي وهو أمر غير غير ظاهر للعيان كما لو دخل العملية التفاوضية وكانت نيته متجهة للإضرار بالأطراف المفاوضة الأخرى دون أن تتصرف فعلياً نحو التعاقد أو كما لو تفاوض مع عدّة جهات و كانت نيته متجهة منذ البداية لاختيار طرف واحد دوناً عن البقية كلّ هذه المقتضيات سنتعرف عليها بشكل مفصل الأن .

## الفرع الأول : المظهر المادي لسوء النية في مرحلة المفاوضات

تتعدد المظاهر المادية لسوء النية في مرحلة التفاوض على العقد التجاري الدولي والتي تتجلّى بسلوك أو تصرف ظاهري ينم عن سوء نية فاعلة ويعد من قبيل هذه المظاهر القطع المفاجئ للعملية التفاوضية دون سبق إنذار ودون وجود مبرر مشروع، أو توقيع عقد أو اتفاق مع العلم المسبق بعدم صحته من الناحية القانونية .

### أولاً : قطع المفاوضات دون مبرر مشروع :

**أ- مفهوم القطع غير المبرر للمفاوضات :**

متى بدأت عملية المفاوضات بأنّ دخل الطرفان فعلاً في دائرتها بمحض إرادتهما تنشأ حالة واقعية يجب الاعتداد بها قوام هذه الحالة أنّ كلّ طرف قد بعث في نفس الطرف الآخر الثقة بأنّه سيتناقش معه بجدّية وأنّه إذا سارت الأمور حسب الأوضاع المألوفة المعتادة ستكلّل العملية التفاوضية بتوقيع العقد النهائي كثمرة للمفاوضات، لكن قد يفاجأ أحد الطرفين بأنّ الطرف الثاني لم يكن جاداً في موقفه أو كان متصنعاً أو أنّه لم يقصد من الدخول بالعملية التفاوضية سوى استشفاف ظروف الطرف الآخر أو ظروف السوق عامة مما يؤدي لاهتزاز الثقة بين الأطراف المفاوضة و إلحاق الضرر بأحدّهما نتيجة سوء نية الآخر، ومن البديهي أن يطلب المضرور بهذه الحالة من القضاء حمايته و إنصافه مستنداً بذلك لمبدأ حسن النية في مرحلة المفاوضات كمبدأ قانوني أقرّته الأنظمة القانونية الكبرى كما سبق و رأينا على الصعيدين الدولي و المحلي، و لكن الطرف الآخر ببساطة سوف يدافع عن تصرفاته مستنداً

لمبدأ سلطان الإرادة الذي لا يجبره على إبرام العقد النهائي، **فما هو الحل القانوني لهذه الإشكالية و من هو الطرف الأقوى فيها؟؟**

لقد حرص الفقه و القضاء على التوفيق بين اعتباريين : الاعتبار الأول يتمثل في حماية مبدأ الحرية التفاوضية أو ما يسمى بحرية العدول و هو مبدأ ترسخ في دول العائلة الانجلوسكسونية و اعترفت به دول العائلة اللاتينية ويعبر عن معنى أشمل يتمثل في حرية المنافسة حيث لا يكون العدول مخالفاً للقانون إلا في الحالة التي يقترن فيها بخطأ موجب للمسؤولية و هذا الخطأ قد يكون سابق أو معاصر أو تالي للعدول[1]، والاعتبار الثاني يتمثل في مراعاة مبدأ حسن النية كأحد أهم المبادئ التي تحكم العقد التجاري الدولي في جميع مراحله، لذا كان قطع المفاوضات يتخذ صورتين الأولى مشروعة و الثانية غير مشروعة و هذه الأخيرة هي التي تشكل بحد ذاتها إخلال بمبدأ حسن النية التفاوضي أو بمعنى آخر تشكل سوء نية إلا أنّ السؤال الذي يطرح نفسه بهذا الإطار متى يكون قطع المفاوضات غير مبرر أو لا يستند لسبب مشروع ؟؟

في الحقيقية لم تأت المنظومة التشريعية السورية و حتى المقارنة على الإجابة على مثل هذا السؤال لكنّ الفقه و القضاء[2] قد أتى على ذكر مجموعة من الصور التي تجسّد معنى القطع غير المبرر أو غير المشروع للمفاوضات يمكن تصنيفها في فئتين أساسيتين هما:

1- إنهاء المفاوضات بصورة مفاجئة و بقرار منفرد دون أدنى تبرير بالرغم من أنّها كانت قد بلغت مرحلة متقدمة وقد أنفقت مصاريف كبيرة في سبيل إنجاحها .

2- تعمّد الطرف القاطع ترك الطرف الآخر في حالة من الغموض و عدم الوضوح بالنسبة لمصير المفاوضات إذ يتعين على كلّ مفاوض مكاشفة الآخر بالرغبة في الاستمرار بالمفاوضات أو إنهاء التفاوض في الوقت المناسب .

و**برأينا فإنّ** تحديد ما إذا كان قطع المفاوضات مبرر أي يستند لأسباب مشروعة أم لا يعود بالدرجة الأولى إلى السلطة التقديرية للجهة الناظرة بالنزاع فإذا ثبت أنّ القطع مبرر فلا مجال عندها للحديث عن سوء نية تستوجب ترتب المسؤولية و هو ما جاء في حكم التحكيم الصادر عن غرفة تجارة باريس لعام 1990 والذي نص على:

---

[1] محمد محسن ابراهيم النجار – عقد الامتياز التجاري – دار الجامعة الجديدة – مصر – 2007 – ص 193 .

[2] في عام 1954 رتبت المحكمة الفدرالية الألمانية العليا مسؤولية الشخص الذي يستشف من تصرفاته أثناء المفاوضات قيامه بزرع الثقة في نفس الطرف الآخر بإيهامه أنّ إبرام العقد أصبح وشيكا ، و بسبب هذا الإيهام تكبد الأخير بعض الخسائر و أكدّت المحكمة أنّ مثل هذه المسؤولية لا تترتب نتيجة إعلان صادر من المدعى عليه يلتزم بمقتضاه بهذه المسؤولية بل تقوم على أساس التزام ينشأ بقوة القانون ، عند البدء بالمفاوضات حيث يجب على المفاوض استخدام درجة من العناية المتبعة و المعتادة في العلاقات التجارية بين الأشخاص و هي تنشأ بصورة مستقلة عن إرادة الشخص فالتعويض عن هذه الخسائر يمكن أن يُحكم فيه فقط إذا كان أحد الأطراف و من خلال تصرفه السابق قد تسبب بخطأ أدى إلى قيام مقتضيات و دواعي الثقة بأنّ العقد قد أصبح على وشك الإبرام " مشار إليها لدى : د.شيرزاد عزيز سليمان – مرجع سابق – ص 351 .

" رفض الاقتراحات المقدمة من المدعي و قطع المفاوضات من قبل المدعى عليه لا يعد خطأ مستوجب للمسؤولية طالما تمّ هذا العدول و الرفض بحسن نية و كان مبرراً طبقاً للمبادئ المعمول بها في العمل التجاري الدولي "[1].

**ب – موقف الأنظمة القانونية الكبرى من القطع غير المبرر للمفاوضات :**

1– موقف دول نظام القانون العموميcommon law من القطع غير المبرر للمفاوضات:

في النظام القانوني الانكليزي اتسمت معالجة هذه المسألة بنوع من الغموض و التعارض الفقهي و القضائي إلى أن تدّخل مجلس اللوردات البريطاني ليكون تدخله منعطفاً مهماً في معالجة هذه المسألة و حسم الجدل، فسابقاً لم يكن من السهل الادعاء بوجود هذا الالتزام (الالتزام بعدم قطع المفاوضات دون مبرر) بغياب الاتفاق عليه كون أحكام المسؤولية التقصيرية لا يمكن الاعتداد بها في النظام القانوني الانكليزي ما لم يكن هناك تغرير مصاحب للفعل الموجب للمسؤولية[2]، إلا أنّ الموقف تبدل في عام 2008 حيث أصدر مجلس اللوردات قراره الشهير في قضية : Yeoman's Row management limited V Cobbe [3] و أقرّ صراحةً بإلزام المفاوض بالتعويض بحال قطع المفاوضات مع الطرف الآخر دون مبرر مستنداً بذلك لنظرية ال Estoppels (المانع التعاقدي) والتي يلتزم بموجبها المفاوض بعدم الانسحاب من المفاوضات انسحاباً غير عادل حتى في حال غياب الاتفاق على هذه المسألة ففي هذه السابقة كانت محكمة الاستئناف البريطانية قد قضت بإلزام الشركة بالتعويض تأسيساً على وصول الطرفين لمرحلة متقدمة من المفاوضات لا يجوز معها العدول عن التفاوض، و قد نقض مجلس اللوردات هذا الحكم إلا أنّه لم يعترض على التكييف القانوني الذي استندت إليه محكمة الاستئناف، حيث جاء بقراره تأكيد على أهمية مبدأ حظر العدول عن المفاوضات متى وصلت لمرحلة لا يثور فيها الشك بإتمام عملية التعاقد لكنه اشترط توافر شرطان؛ الأول : التأكدّ من مقدار الفائدة أو الربح الذي كان سيجنيه الطرف المتضرر من التعاقد، و الثاني : مراعاة القواعد الآمرة بشأن العقد محل التفاوض، فقرار مجلس اللوردات أكدّ الالتزام بعدم قطع المفاوضات إلا أنّه نقض قرار الاستئناف لعدم توافر هذين الشرطين ، ومن الجدير بالذكر أنّ موقف الولايات المتحدة الأمريكية لم يختلف عن

---

[1] أسامة أبو الحسن مجاهد – فكرة الالتزام الرئيسي في العقد وآثرها على اتفاقات المسؤولية– دار الكتب القانونية – مصر– 1999م – ص25 – مشار إليه لدى : أ.م.د.ذكرى حسين و استبرق حمزة – مرجع سابق – ص 293 .

[2] The final **report** of the law commission and the Scottish law commission on unfair terms in contracts law - com .no. 292 \ scot law com .no. 199- 2005 – without page number – available at : www.lawcom.gov.uk visited on 17\8\2016 .

[3] Ben Mcfarlane – Promises - ( Reader in property law ) – university of Oxford publications- 2014 - available at the website : www.propertybar.org.uk and www.pbooksshop.com visited on 9\9\2016 .

موقف المملكة المتحدة في هذا الإطار لناحية تأسيس الالتزام بعدم قطع المفاوضات دون مبرر مشروع في ظل غياب الاتفاق حول هذه المسألة بين الأطراف المتفاوضة استناداً لنظرية المانع التعاقدي الأمر الذي كرّسته المحكمة البريطانية العليا منذ زمن طويل في قضية Hofmann V OWL stores الشهيرة لعام 1965م [1].

2 – موقف دول نظام القانون المدني civil law من القطع غير المبرر للمفاوضات :

في فرنسا أكدّت الأحكام القضائية المتتابعة الصادرة عن محكمة النقض الفرنسية أنّ عملية التفاوض يحكمها مبدآن أساسيان هما : مبدأ حرية التعاقد من جهة والذي يجعل لكلّ واحد من المتفاوضين حرية إنهاء المفاوضات التي لا تتفق مع مصالحه المشروعة، و مبدأ حسن النية الذي يقتضي مراعاة المصالح المبررة المشروعة للطرف الآخر من جهة أخرى الأمر الذي تمّ تكريسه مؤخراً من قبل المشرع الفرنسي بالإعلان رقم 131 لعام 2016 المعدل للقانون المدني الفرنسي وتحديداً في المادة 1112 منه[2]، و قد اتسمت مسألة وضع أساس قانوني للالتزام بعدم قطع المفاوضات دون مبرر في حال غياب الاتفاق حوله بنوع من التعارض القضائي إذ أسست القضاء الفرنسي هذا الالتزام تارة على أساس نظرية التعسف باستخدام الحق و تارة أخرى بالاستناد إلى نظرية حسن النية.

ففيما يتعلق بالنظرية الأولى فقد فسخت محكمة النقض الفرنسية في قضية Monoprix الشهيرة عام 1969 م قرار محكمة الاستئناف الذي اعتبر أنّ الطرف المفاوض غير متعسف باستخدام حقه حينما أوقف التفاوض مع الطرف الآخر دون مبرر استناداً إلى انتفاء نية الإضرار لديه[3]؛ حيث اعتبرت محكمة النقض بأنّ وقف التفاوض دون سبب مشروع يعتبر شكلاً من أشكال التعسف باستخدام الحق دون الحاجة إلى البحث في نية الشخص المتعسف الأمر الذي يستوجب معه التعويض[4].

---

[1] Robert Scott - Hofmann V OWL stores and the myth of precontractual reliance – OHIO state law journal – Vol.68 – US – 2007 – P.89 – E-version on : www.moritzlaw.osu.edu visited on 1\4\2017 .

[2] L'acte 1112 de code civil francais : "L'initiative,le déroulement et la rupture des négociation précontractuelles sont libres,ils doivent impérativement satisfaire aux exigences de la bonne foi "

[3] Cour de appeal de Pau , 14 January 1969 ... 249 مشار إليه لدى : د. محمود فياض – مرجع سابق – ص

[4] John Cartwright – Reforming the French law of obligation – comparative reflections on the Avant project de reforme du droit des obligation et de la prescription -Hart publications - USA- 2009 – P.108 ... 249 و 248 مشار إليه لدى : المرجع السابق – ص

أما فيما يتعلق بالنظرية الثانية فقد اعتبرت محكمة النقض الفرنسية في قضاء آخر لها أنّ وقف التفاوض دون سبب مشروع مخالفة صريحة لمقتضيات مبدأ حسن النية متى تسبب في إحداث ضرر بالطرف المقابل و لا سيما إذا وصلت المفاوضات لمرحلة متقدمة ولّدت الاعتقاد لدى الطرف الآخر بحتمية التعاقد[1]، و**برأينا فإنّ** هذا الاتجاه هو الأسلم وخاصة بعد تعديل القانون المدني الفرنسي وإقراره لمبدأ حسن النية صراحةً في مرحلة التفاوض على العقد، إذ أنّ واقعة قطع المفاوضات دون مبرر مشروع تشكل بحد ذاتها مخالفة لمقتضيات مبدأ حسن النية أي تشكل سوء نية و بصرف النظر ما إذا كان الإقدام على فعل كهذا قد تمّ عن غش أو ما يسمى تعمد الإضرار بالآخر ، أو عن إهمال و رعونة و قلة احتراز، و يؤسس القضاء الفرنسي أحكام المسؤولية في حالة المفاوضات غير العقدية استناداً لقواعد المسؤولية التقصيرية[2]، الأمر الذي يمكن أيضاً تلمسه في حكم لمحكمة النقض المصرية بعام 1967 حيث قضت بأن: " كلّ متفاوض حر في قطع المفاوضات في الوقت الذي يريد و دون أن يتعرض لأية مسؤولية أو يُطالب ببيان مبرر عدوله، ولا يترتب على هذا العدول مسؤولية على من عدل إلا إذا اقترن بالعدول خطأ فتتحقق معه المسؤولية التقصيرية"[3]، لكنّ الفرق بين الموقف القضائي الفرنسي و نظيره المصري واضح كون هذا الأخير اشترط ترافق العدول مع خطأ لتحقق المسؤولية التقصيرية فالعدول عن المفاوضات بحد ذاته لا يعتبر خطأ بنظر القضاء المصري ولا يرتب بالتالي أي مسؤولية إلا إذا اقترن بعوامل أخرى يتوافر فيها عنصر الخطأ بخلاف موقف القضاء الفرنسي الذي اعتبر العدول بحد ذاته خطأ يرتب المسؤولية وبصرف النظر عن اقترانه بعوامل أخرى.

أما في القطر العربي السوري فلا يوجد نص قانوني صريح يعالج مسألة القطع غير المبرر للمفاوضات حتى أنّ الاجتهادات الفقهية تكاد تكون معدومه في هذا المجال و**برأينا** فلا مناص من العطف على القواعد القانونية العامة بهذا الصدد وتأسيس الالتزام بالإعلام في مرحلة المفاوضات استناداً إلى مبادئ العدالة والإنصاف والاستقامة التجارية وترتيب المسؤولية استناداً لقاعدة كلّ فعل سبب ضرر للغير يلتزم مرتكبه بالتعويض ؛ إلا أنّه من البديهي القول بأنّ أحكام المسؤولية العقدية هي التي تطبق في حال وجود عقد فيما بين الأطراف المتفاوضة نص صراحةً أو ضمنا على ضرورة الاستمرار بالمفاوضات وعدم قطعها لسبب غير مبرر إذ

---

[1] Cass civ Ire , 12 April , 1976 Bull civ 1122, Del 1976 31435.5.389
مشار إليه لدى المرجع السابق– ص249

[2] Cess com , 20 march 1972 , cf acsa c 340\00 Taconi , ECJ , 17 September- 2002- ECRI-7357
مشار إليه لدى : المرجع السابق – نفس الصفحة .

[3] د. محمود سمير الشرقاوي – مرجع سابق – ص 67 .

يكون الاتفاق هو مصدراً للالتزام ، وحتى في غياب هكذا نص يمكننا بهذه الحالة الاستفادة من أحكام نظرية حسن النية في التنفيذ في كلّ مرّة تكون فيها المفاوضات عقدية.

**ج – الأثر القانوني المترتب على القطع غير المبرر للمفاوضات:**

من المعروف أنّه إذا انتهت المفاوضات إلى تفاهم على جميع المسائل التي أثارها الطرفان انعقد العقد و لكن قد يحدث ألا يتمّ التوصل إلى تفاهم أو اتفاق بهذه المرحلة فيقوم أحد الأطراف بقطع المفاوضات و عدم المضي بها فهل يمكن أن تترتب مسؤوليته بسبب ذلك ؟؟

**<u>على الصعيد الدولي</u>** تضمنت مبادئ اليونيدروا في المادة 15. 1 منها ما يفيدنا في الإجابة على هذا السؤال بقولها : " على أية حال فإنّ الطرف الذي يتفاوض أو يقطع التفاوض بسوء نية مسؤول عما لحق الطرف الآخر من أضرار"، كما وقد تضمن قانون العقود الأوروبي الموحد في المادة 2:301 منه نصاُ مماثلاً جاء به: " إنّ الطرف الذي تفاوض أو قطع التفاوض على نحو مخالف لحسن النية و أمانة التعامل يكون مسؤولاً عن الخسائر التي يسببها للطرف الآخر " .

**<u>أما على الصعيد الداخلي</u>** فلا يوجد نص قانوني صريح يعالج هذه المسألة لذا انبرى الفقه في تناولها على نطاق البحث و التقصي و قد انقسموا في اتجاهين أحدّهما تقليدي و الآخر حديث :

1 – الفقه التقليدي : رأى أنّه طالما لم تصل المفاوضات إلى إيجاب صادفه قبول بمعنى أنّها لم تصل إلى حد إبرام العقد فإنّ لكلّ متفاوض الحق في قطعها في الوقت الذي يريد إذ لا يوجد التزام قانوني على عاتق الأطراف المتفاوضة بإبرام العقد محل المفاوضات[1]، وبالتالي ووفقاً لهذا الاتجاه لا يكون الطرف الذي قطع المفاوضات مسؤولاً عن ذلك بل و لا يكلف حتى بتبرير قطعه للعملية التفاوضية لأنّ القول بغير ذلك يؤدي لصعوبة في التعامل بين الناس و خاصة و نحن نتحدث عن معاملات تجارية دولية قوامها السرعة و الثقة .

صحيح أنّ هذا الاتجاه كرّس مبدأ الحرية التعاقدية إلا أنّه يعاب عليه **برأينا أنّ** إعمال مبدأ الحرية التعاقدية على إطلاقه يتعارض مع حاجة الطرفين الملحة إلى الشعور بالأمان و هو الشعور الذي يجعل كلّ طرف يقدم على التفاوض وهو مطمئن، فلو ضاع هذا الشعور لما أقدم أحد على الانخراط في العملية التفاوضية الأمر الذي ينعكس سلباً على المشاريع الاستثمارية الدولية و الاقتصاد العالمي ككلّ كما يعاب عليه إغفاله الوجود القانوني لمبدأ حسن النية و مقتضياته و لا سيما في التعاملات الدولية .

[1] د. عبد الرزاق السنهوري – مرجع سابق – ص 207 .

2- الفقه الحديث : يقيد حرية التعاقد لدى المتفاوضين ضمن ما يدخل في مقتضيات مبدأ حسن النية،و بالتالي فإنّ قطع المفاوضات يجب ألا يخرج عن مقتضيات هذا المبدأ بمعنى آخر ووفقاً لهذا الرأي هناك نوعان من قطع المفاوضات؛ قطع مشروع و قطع غير مشروع و هذا الأخير هو القطع المخالف لمبدأ حسن النية ما قبل التعاقدي و هو الذي يرتب المسؤولية على عاتق القاطع[1]، و لعلّ النقطة الأكثر جدلية هنا تتمحور بالتفرقة بين القطع أو الانسحاب المشروع و القطع أو الانسحاب غير المشروع فمعيار التفرقة **هو** "**انعدام المبرر**" .

مثال توضيحي : قطع المفاوضات أو الانسحاب منها لأنّ المفاوض تلقى من الغير عروض أفضل بكثير من العرض الذي قدم إليه من الطرف المقابل بالمفاوضات يعتبر من الأسباب الموضوعية المبررة لقطع التفاوض و عليه لا مجال هنا للحديث عن سوء نية .

و لما كان حسن النية مبدأ مفترض فإنّ المفاوض لا يلزم بأنّ يثبت وجود مبرر مشروع لانسحابه من المفاوضات و إنما يقع على المفاوض الآخر المتضرر من قطع المفاوضات أن يثبت غياب المبرر المقبول للانسحاب و هذا بحد ذاته كافي لاستخلاص سوء نية المفاوض الذي قطع المفاوضات، أو أن يثبت وجود مبرر غير مشروع كان هو السبب الحقيقي للانسحاب .

و يعد هذا الاتجاه الحديث **برأينا** أولى في الاتباع إذ يوصد الباب أمام المتلاعبين بمصالح الآخرين بحجة الحرية التعاقدية إذ أنّه بهذه الحالة سوف يضع المفاوض نصب عينيه الكثير من الاعتبارات قبل أن يُقدم على قطع المفاوضات تحت طائلة ترتب المسؤولية عليه .

و لا بد من الإشارة بهذا الصدد أنّ تحديد الطبيعة القانونية لمسؤولية الطرف الذي قطع المفاوضات تتحكم بها ظروف كلّ حالة على حدّه وتبعاً لما إذا كانت المفاوضات قد اتخذت الشكل العقدي أم لا ، **وما يهمنا بالدرجة الأولى كيفية احتساب التعويض كأثر للمسؤولية القانونية المترتبة على قطع المفاوضات دون سبب مشروع الأمر الذي شكل محلاً خلاف بين الأنظمة القانونية الكبرى وحتى بين دول النظام القانوني الواحد فيما بينها :**

- تقدير التعويض في دول نظام القانون العمومي common law : في المملكة المتحدة قُدّر التعويض على أساس الكسب الفائت الذي كان يتوقعه الطرف المضرور فيما لو استمرت

[1] د. سعد حسين عبد ملحم – التفاوض في العقود عبر شبكة الانترنت بين القواعد العامة في نظرية الالتزام و الضرورات العملية – موسوعة القوانين العراقية – صباح صادق جعفر - 2004 – ص 30 – مشار إليه لدى : د. شيرزاد عزيز سليمان – مرجع سابق – ص 358 .

المفاوضات[1]، في حين أنّه في الولايات المتحدة الأمريكية احتسب التعويض استناداً لمقدار الخسارة المتحققة فعلاً دون فوات المنفعة أو الكسب[2] .

● تقدير التعويض في دول نظام القانون المدني civil law : في ألمانيا وإيطاليا تمّ تقدير التعويض على أساس الخسائر التي أصابت الطرف المضرور نتيجة دخوله بالمفاوضات بما يضمن عودته إلى الحالة التي كان عليها قبل التفاوض و يشمل تعويضه عن المكاسب التي فاتته نتيجة عدم تعاقده مع الغير و تفضيله التعاقد مع الطرف المخل ، أما في فرنسا فقد أخذ القضاء بمعياري الخسارة المتحققة وفوات الكسب أو ما يعرف "بنظرية فقدان الفرصة" Theorie de la perte d'un chance إذ اشترطت محكمة النقض الفرنسية وجود علاقة سببية بين فقدان فرصة التعاقد مع الغير و الدخول في المفاوضات التي تمّ قطعها من قبل الطرف المخل لتطبيق هذه النظرية[3]، إلا أنّ المشرع الفرنسي عَدَلَ مؤخراً عما اتجهت إليه محكمة النقض وحدد موقفه من مسألة آلية تقدير التعويض الناتج عن قطع المفاوضات بصورة غير مشروعة في المادة 1112 من القانون المدني الفرنسي المعدل معتبراً أنّ التعويض بهذه الحالة لا يشمل المنفعة الفائتة من عدم نجاح المفاوضات وبالتالي عدم إبرام العقد[4].

**ثانياً : توقيع اتفاق باطل :**

يعتبر إقدام أحد الأطراف على الدخول بالمفاوضات وهو يعلم أو على الأقل كان ينبغي عليه أن يعلم بأنّ العقد الذي تتمحور حوله هذه المفاوضات غير مستوفي لشرائط انعقاده أو لشرائط صحته أحد المظاهر المادية لسوء النية التفاوضي، ولتوضيح هذه الحالة أشار واضعو مبادئ اليونيدروا وهم بصدد التعليق الرسمي على نص المادة 2.1.15 من هذه المبادئ إلى المثال التالي :

" قيام A بالدخول في المفاوضات مع B حول عملية شراء معدات عسكرية وحربية في الوقت الذي كان يعلم فيه A باستحالة حصول B على إذن الاستيراد والرخص القانونية الأخرى من قبل الجهات الرسمية لتسويق هذه البضائع في دولته ومع ذلك انخرط بالعملية التفاوضية التي أفضت إلى إبرام العقد؛ فمن الناحية العملية القانونية يكون مثل هذا العقد باطل في دولة

---

[1] Stathis Banakas – op cit – P. 12

[2] Terminating negotiation (jurisdiction compared) – ADVOC law firm **Report** – UK – 2014 – P.14 available at : www.advoc.com last visited 17\6\2017

[3] د. محمود فياض – مرجع سابق – ص 253 .

[4] L'acte 1112 de code civil francias : « En cas de faute commise dans les négociation la réparation du préjudice qui en résulte ne peut avoir pour objet de compenser la perte des avantages attendus du contrat non conclu ».

المشتري نظراً لافتقاره للمقومات القانونية المطلوبة، مما يستدعي اعتبار A بهذه الفرضية مفاوض سيء النية يعلم بعدم جدوى العملية التفاوضية برمتها إذ سيتولد عنها بنهاية المطاف عقد غير سليم من الناحية القانونية ومع ذلك أقدم على الاستمرار بالتفاوض وليس هذا فحسب بل وأقدم على إبرام هذا العقد مما يستدعي ترتب مسؤوليته القانونية بتعويض B عن الضرر الذي أصابه منذ وقت علم A بعدم جدوى التفاوض على الصفقة كونها ستؤدي لا محالة إلى طريق مسدود ".

في الواقع انفرد المشرع الإيطالي وحدّه دوناً عن بقية المشرعيين في النظامين اللاتيني والانجلوسكسوني بتنظيم هذه المسألة بشكل صريح الأمر الذي تجلّى في المادة 1338 من القانون المدني الإيطالي و تحت عنوان "العلم بعدم المشروعية" knowledge of ground of invalidity إذ نصت هذه المادة صراحةً على التزام الطرف المتعاقد بالتعويض متى علم أو كان يفترض به أن يعلم ببطلان العقد ولم يخبر الطرف المقابل بذلك حتى و لو لم يصدر أي خطأ من الطرف المخل أثناء مرحلة المفاوضات.

لكن السؤال المطروح هنا ما المقصود بمصطلح البطلان الذي كان يعلم أو على الأقل من المفترض أن يعلم به أحد المتفاوضين وامتنع عن إعلام الآخر به ؟ هل هو البطلان المطلق أم البطلان النسبي أو ما يسمى بالقابلية للإبطال ؟؟

**برأينا إنّ** الإجابة على هذا السؤال المهم تحتمل وجهين : فإذا كان الحصول على الرخص القانونية المطلوبة في مثالنا السابق شرط انعقاد فإنّ العقد سيكون بهذه الحالة باطل بطلان مطلق، أما إذا كان الحصول عليها هو شرط صحة فالعقد يكون باطل بطلان نسبي أو قابل للإبطال وهذا يعود بالدرجة الأولى لأحكام القانون الواجب التطبيق على العقد محل النزاع .

أما عن موقف الأنظمة القانونية المقارنة من هذا الشكل من أشكال سوء النية ما قبل التعاقدي فقد خلت كما هو الحال بالنسبة للمنظومة القانونية السورية من وضع أي تأطير قانوني لهذه المسألة مُحيلة أمر تنظيمها إلى القواعد القانونية العامة والتي قد تفتقر **برأينا** في كثير من الأحيان إلى المرونة القانونية اللازمة للتصدي لها.

## الفرع الثاني: المظهر المعنوي لسوء النية في مرحلة المفاوضات

لا يقل المظهر المعنوي لسوء النية في مرحلة المفاوضات أهميةً عن نظيره المادي بل على العكس قد يكون هذا الأخير أكثر إفرازاً للإشكالات القانونية كونه لا يعتمد بالدرجة الأولى على سلوك أو تصرف ظاهر للعيان و إنما يرتبط ارتباطاً مباشراً بعنصر النية أو القصد وهو أمر داخلي باطني يصعب التعرف عليه مما يؤدي لصعوبة في الإثبات بشكل مضاعف، فمن المقرر أنّ "حسن النية مفترض أصلاً و لا يعد المرء سيء النية ما لم يقم الدليل على العكس"[1]، **ومن المعروف أيضاً أنّ حسن أو سوء النية من الوقائع المادية التي يمكن إثباتها بكل وسائل الإثبات إلا أنّ أمر كهذا يعتريه الكثير من الصعوبات خاصةً في البيئة الالكترونية،** ولكن وبما أنّنا نتحدث عن عقود تجارية دولية قائمة على قواعد الاستقامة والنزاهة والأمانة والثقة المتبادلة فإنّ إثبات سوء النية في هذا الصدد يكون برأينا بإثبات مخالفة هذه القواعد التي تعتبر وليدة الأعراف و العادات السائدة في هذا الميدان، فقيام الشخص بالدخول بعملية التفاوض على العقد التجاري الدولي لا لشيء إلا للإضرار بالطرف الآخر أو قيامه بإجراء مفاوضات موازية مع عدّة جهات بنية مبيّته مسبقاً للتعاقد مع أحدّ هذه الجهات دوناً عن البقية كلّها تشكل بلا شك مظاهر معنوية لسوء النية التفاوضي.

**أولاً : التفاوض بنية عدم التعاقد :**

و تسمى هذه الحالة " **بالتفاوض لأجل التفاوض فقط دون التعاقد**" و تشكل أحد مظاهر سوء النية ما قبل التعاقدي[2]حيث لا تنصرف نية الطرف المفاوض إلى إبرام العقد سواء قبل البدء بالمفاوضات أو حتى أثناءها و يستمر بالتفاوض رغم ذلك، والسؤال المطروح هنا هل السبب في انتفاء النية يؤثر بشكل أو بآخر على المسؤولية بهذه الحالة ؟؟ بمعنى آخر هل وجود دافع شريف وراء انتفاء هذه النية ينفي عنصر الخطأ ؟ مثاله تفاوض شخص مع آخر من أجل منعه من بيع محله التجاري لطرف ثالث بسعر قليل في الوقت الذي كانت فيه قيمة المحل أكبر بكثير من هذا السعر ؟؟

**برأينا إنّ** عنصر الخطأ يتكون بمجرد القيام بعملية التفاوض أو الاستمرار بها بنية عدم التعاقد و بصرف النظر عما إذا كان الدافع لأمر كهذا شريف أو غير شريف إلا أنّ وجود الدافع الشريف قد يكون سبب لتخفيف آثار المسؤولية، و تتجلّى حالة التفاوض بنية عدم التعاقد

---

[1] قرار نهائي لمحكمة التمييز اللبنانية – غرفة أولى – هيئة رقم 17 – مجموعة باز – 1970 م – مشار إليه لدى : عبد المنعم موسى ابراهيم – مرجع سابق – ص 48 .

[2] Mirela Carmen Dobrila – unification of criteria for the assessment of good faith in negotiation contracts from national to international through the intercession of the european experience – AGORA international journal of juridical sciences – No.3 – Romania - 2015 – P.3 at : www.univagora.ro visited on 4\4\2017 .

أكثر ما تتجلّى في عقود نقل التكنولوجيا و التي تستمر فيها المفاوضات لفترة طويلة من الزمن[1] يستطيع من خلالها المفاوض التعرف على عناصر المعرفة الفنية للطرف المفاوض الآخر و التي تشكل محل العقد و تتضمن في كثير من الأحيان جملة من الأسرار التجارية؛ حيث أنّه حتى لو لم يقم الشخص بإساءة استعمال هذه الأسرار أو إفشائها ملتزماً بواجب السرية كأحد تطبيقات حسن النية إلا أنّ مسؤوليته بهذه الحالة تترتب على أساس آخر و هو الدخول أو الاستمرار بالمفاوضات بنية مسبقة بعدم التعاقد، وقد كرّست التشريعات الناظمة للتجارة الدولية على الصعيدين الدولي والداخلي هذا المظهر من مظاهر سوء النية على النحو الآتي :

**أ – التفاوض بنية عدم التعاقد على الصعيد الدولي :**

1- التفاوض بنية عدم التعاقد في مبادئ اليونيدروا: اعتبرت هذه المبادئ في المادة 15/1/2 منها الانخراط في العملية التفاوضية أو متابعتها دون نية التوصل لاتفاق أحد مظاهر سوء النية التفاوضي إذ نصت على ما يلي : " يعتبر **سوء نية** من قبل أحد الأطراف الذي يدخل أو يستمر بالمفاوضات دون نية الوصول لاتفاق مع الطرف الآخر " .

2- التفاوض بنية عدم التعاقد في قانون العقود الأوروبي الموحد: لم يختلف موقفه عن موقف مبادئ اليونيدروا إذ أقرّت المادة 301/2 منه بفقرتها الثالثة سوء نية المفاوض الذي يدخل في العملية التفاوضية أو يستمر بها ونيته متجهة بداية لعدم التعاقد بقولها :" يعتبر **مخالفا لمبدأ حسن النية** قيام طرف ما ببدء التفاوض على إنشاء عقد أو الاستمرار به في وقت اتجهت لديه النية لعدم انشائه " [2].

[1] اسماعيل شبلاق – مرجع سابق – ص 301 .

[2] The original text of Europen law : " It is contrary to good faith and fair dealing in particular for a party to enter into or continue negotiations with no real intention of reaching an agreement with the other party " .

**ب – التفاوض بنية عدم التعاقد على الصعيد الداخلي :**

1– التفاوض بنية عدم التعاقد في دول نظام القانون العمومي common law :

أسس القضاء في الولايات المتحدة الأمريكية المسؤولية القانونية على دخول المفاوضات بنية عدم التعاقد استناداً لنظرية التدليس أو التشويه وما يترتب عليها من آثار قانونية ففي سابقة:[1] Victor Markov V ABC transfer & storage company لعام1967 قضت المحكمة الفيدرالية الأمريكية العليا بأنّ تفاوض المؤجر مع المستأجر على تمديد عقد الإيجار التمويلي كان يهدف إلى استمرار انتفاع المستأجر بالعين المؤجرة طوال فترة المفاوضات لحين اتفاقه مع شخص ثالث كان يرغب بشراء هذا العقار من المؤجر مما يرتب مسؤوليته لأنه كان يتفاوض مع المستأجر دون أن تكون لديه النية الفعلية بتمديد عقد الإيجار و إنما بهدف تمضية الوقت و الحصول على الأجرة عن فترة المفاوضات التي استمر فيها المؤجر شاغل العقار ريثما يبيعه لمشتري أخر، ومن الجدير بالذكر أنّ موقف المحكمة البريطانية العليا لا يختلف عن نظيرتها الأمريكية في معالجته لهذه المسألة[2].

2– التفاوض بنية عدم التعاقد في دول نظام القانون المدني civil law :

● ألمانيا : لا يوجد نص خاص يحكم هذه المسألة إلا أنّه وفقاً للنصوص القانونية العامة يلتزم الشخص بالتعويض متى اتجهت نيته صراحةً إلى الإضرار بالغير على نحو يتعارض مع مقتضيات المصلحة العامة و القواعد العامة التي أقرّها القانون[3] (وهو ما يسمى بالغش) مما يعني بمفهوم المخالفة استبعاد حالة الإهمال أو قلة الاحتراز من نطاق ترتب المسؤولية، إلا أنّ المحكمة الألمانية العليا تنبّهت لهذه النقطة في سابقة lettuce leaf case[4] عام 1976م حيث أقرّت بقيام مسؤولية المفاوض الذي دخل أو استمر بالمفاوضات بنية عدم التعاقد حتى لو لم تتجه نيته إلى تعمد الإضرار بالغير مكتفيةً بثبوت الإهمال أو قلة الاحتراز إذ يشكلان بذاتهما خطأ موجب للمسؤولية.

---

[1] To learn more about this case review : www.wa.findacase.com last visit 19\3\2017.

[2] Like in the precent of : BSkyB Limited ("BSkyB") (and others) v HP Enterprise Services UK Limited (formerly Electronic Data Systems Limited) ("EDS") and others in {2010} available on : www.cripp.co.uk and case of : Cramaso LLP v Ogilvie-Grant, Earl of Seafield & Ors (Viscount Reidhaven's Trustees) [2014] available on : www.lexology.com visited on 29\12\2016 .

[3] المادة 826 من القانون المدني الألماني :

" A person who in a manner contrary to public policy intentionally inflicts damage on another person is liable to the other person to make compensation for the damage "

[4] د.شيرزاد عزيز سليمان – مرجع سابق – ص 400 .

● فرنسا : لم يختلف موقف المشرع الفرنسي كثيراً عن نظيره الألماني لناحية إعمال القواعد القانونية العامة في هذا الصدد حيث ألزمت المادتان 1382 و 1383 من القانون المدني الفرنسي يقابلهما المادتان 1240 و1241 من القانون المدني الفرنسي المعدّل مرتكب الفعل الضار بتحمل مسؤولية فعله، ومثل هذا الاتجاه **برأينا** يمكن الأخذ به بالنسبة للمنظومة القانونية السورية في ظل غياب النص القانوني وبالتالي إعمال نص المادة 164 من القانون المدني السوري التي نصت على : " كلّ خطأ سبب ضرر للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض " وقد أكدّت محكمة النقض السورية على هذه القاعدة القانونية العامة في الدعوى رقم 1047 لعام 1982 بقولها[1] : " باعتبار أنّه يتعين على الشخص أن يصطنع في سلوكه اليقظة و التبصر حتى لا يضر بالغير فإنّ كلّ انحراف عن هذا السلوك الواجب يعتبر خطأ يستوجب المسؤولية"، وإذا أردنا إسقاط ذلك على مثار بحثنا فإنّ التفاوض بنية عدم التعاقد يعتبر بحد ذاته خطأ موجب للمسؤولية.

و يؤخذ **برأينا** على اتجاه دول نظام القانون العمومي ونظام القانون المدني على حدٍ سواء أنّها لم تأت بجديد في هذا الإطار فكل ما قامت به هو عطف على القواعد القانونية العامة لناحية تأسيس الالتزام(الالتزام بالتفاوض بنية التعاقد وليس بنية عدم التعاقد)وتأسيس المسؤولية القانونية المترتبة على الإخلال به، بالوقت الذي أغفلت به الدور المهم لمبدأ حسن النية التفاوضي في سد هذه الثغرة القانونية كمبدأ قانوني قائم بذاته في العقود عامة وفي عقود التجارة الدولية خاصة .

[1] سجلات محكمة النقض السورية لعام 1982 – القصر العدلي في دمشق.

**ثانياً : التفاوض مع عدّة أطراف بنية اختيار طرف واحد (المفاوضات الموازية ) :**

اتفقت الأنظمة القانونية المقارنة على حق الفرد في التفاوض مع أكثر من جهة في سبيل اختيار الصفقة الأنسب والأكثر تلبية لمصالحه الاقتصادية[1] لاسيما أنّ ميدان التجارة الدولية قد يستدعي أمر كهذا إلا أنّها اشترطت في ذلك مراعاة مبدأ حسن النية في إجراء المفاوضات الموازية أو المتعددة، ومن هذا المنطلق لم يعتبر الفقه و القضاء في دول القانون المدني و القانون العمومي إجراء مفاوضات موازية من قبيل مظاهر سوء النية في مرحلة ما قبل التعاقد إلا في حالتين أساسيتين هما :

**أ- الحالة الأولى :**

وجود شرط الحصرية في التفاوض exclusive negotiation أو ما يسمى بشرط القصر و الاستبعاد lock out clause و الذي يلتزم بموجبه الطرف المفاوض بعدم إجراء مفاوضات مع أي طرف آخر غير الطرف الذي انخرط معه بالعملية التفاوضية وهذا ما أخذت به محكمة استئناف الولايات المتحدة الأمريكية عام 1986 في سابقة: Grace Retail crop V Grossmanومجلس اللوردات البريطاني في سابقة Wolford V Miles الشهيرة لعام 1992 إلا أنّ الأخير اشترط لمشروعية مثل هذا الاتفاق وجود نطاق زمني محدد له، أما عن القوة القانونية الملزمة لمثل هذا الاتفاق فقد جاء بقرار لمجلس اللوردات البريطاني عام 1994 ما يفيد بأنّ :" مثل هذا الاتفاق يمكن النظر إليه بحسبانه يتضمن التزام تعاقدي بإرادة منفردة كما يمكن النظر إليه بحسبانه إيجاب لمصلحة من هو موجه إليه على نحو يعتبر سكوت هذا الأخير عن الرد بمثابة قبول ينعقد به هذا الاتفاق المتضمن عدم التفاوض مع الغير"[2] .

**ب - الحالة الثانية :**

يعتبر إجراء مفاوضات موازية من قبيل سوء النية إذا ما دلت العملية التفاوضية على حتمية توقيع العقد بين الأطراف على نحو لا يقبل الشك الأمر الذي أيدته محكمة النقض الفرنسية في سابقة MONOUKIAN لعام 2003[3] إذ صدّقت القرار الصادر عن محكمة الاستئناف الذي قضت به بحق المدعي بالتعويض على أساس إخلال المدعى عليه **بمبدأ حسن النية**

---

[1] Perdo Barasnevvicius Quagliato – Opcit – P.216 .

[2] د.يزيد أنيس نصير – عقد التفاوض بحسن نية – مجلة المنار– العدد 2 – جامعة آل البيت – عمان - 2000 م - ص 20 – مشار إليه لدى : أ.م.د.ذكرى حسين و استبرق حمزة – مرجع سابق – ص 295 .

[3] Jhon Cartwright – Reforming the French law of obligation – comparative reflections on the Avant project de reforme du droit des obligation et de la prescription - Hart publications – USA - 2009 – P.24 ... 244 مشار إليه لدى : د.محمود فياض – مرجع سابق – ص

**التفاوضي** و العلّة بذلك هي وصول الطرفين لمرحلة أضحى فيها التوقيع على العقد لا يقبل الجدل .

و عليه ففي غير هاتين الحالتين لا تعتبر الأنظمة القانونية الكبرى إجراء مفاوضات موازية من مقتضيات سوء النية تكريساً لمبدأ الحرية التفاوضية و من باب أولى الحرية التعاقدية، أما في المنظومة القانونية السورية فلا يوجد نص قانوني أو اجتهاد قضائي يتصدى لهذه المسألة وهذا لا يعني خروجها من دائرة المعالجة القانونية إذ يمكن **برأينا** و إلى حين قيام المشرع بتقنين مبدأ حسن النية التفاوضي الاستناد إلى القواعد القانونية العامة في ترتب المسؤولية في الحالتين السابقتين ففي الحالة الأولى يمكننا مسائلة الطرف المفاوض استناداً إلى الإخلال بالتزام عقدي طالما أفرغت العملية التفاوضية في قالب عقدي وفي الحالة الثانية يمكننا مساءلته استناداً إلى قاعدة كلّ فعل سبب ضرر للغير التزم مرتكبه بالتعويض .

# الفصل الثاني : التنظيم القانوني لمبدأ حسن النية في مرحلة ما بعد التعاقد ( مرحلة التنفيذ )

تعتبر مرحلة التنفيذ أكثر المراحل التي يمر بها العقد التجاري الدولي أهمية فهي الثمرة المنتظرة بعد المرور بمراحل متعددة بدءاً من المفاوضات الشاقة مروراً بعملية إبرام العقد و وصولاً إلى تنفيذه، و **يقصد بالتنفيذ قيام كلّ طرف من أطراف العلاقة التعاقدية بأداء الالتزامات المفروضة عليه بموجب العقد**، لكنّ مفهوم التنفيذ لا يقف عند هذا الحد فحتى يكون تنفيذ التزام كلّ طرف من أطراف العقد التجاري الدولي مقبولاً من الناحية القانونية ومبرئاً لذمته لابدّ أن يتمّ بحسن نية؛ فما الفائدة من تنفيذ الالتزام ولكن بسوء نية الأمر الذي يعود بالضرر المحقق على الطرف الآخر ؟

لذا وفي سبيل تحليل مبدأ حسن النية في مرحلة تنفيذ العقد التجاري الدولي من الناحيتين النظرية والعملية خصصنا المبحثيين التاليين :

المبحث الأول مبدأ حسن النية في مرحلة التنفيذ .

المبحث الثاني : تطبيقات مبدأ حسن النية في مرحلة التنفيذ .

## المبحث الأول : مبدأ حسن النية في مرحلة التنفيذ

يعتبر التعاقد من التصرفات القانونية المفضلة لدى الأفراد والجماعات كونه وسيلة ناجعة في تلبية احتياجاتهم ومتطلباتهم ولضمان فعالية هذه العلاقات التعاقدية يجب أن يلتزم أطرافها باحترام تنفيذ تعهداتهم ولا يتوقف الأمر عند هذا الحد بل إنّ لعملية التنفيذ ضوابط قانونية لابدّ من مراعاتها تحت طائلة المسؤولية ولعل أهم هذه الضوابط التي لا يختلف رأيان حول ضرورتها تتجلّى "**بتنفيذ الالتزام بحسن نية**"، فما هي ماهية مبدأ حسن النية في مرحلة التنفيذ؟ (المطلب الأول) وكيف تتجلّى الآثار القانونية للإخلال به ؟( المطلب الثاني) الأمر الذي سنعالجه مفصلاً ...

## المطلب الأول : ماهية مبدأ حسن النية في مرحلة التنفيذ

يتعاظم دور عقود التجارة الدولية يوماً بعد يوم باعتبارها أداة لتيسير التجارة الدولية ووسيلة للمبادلات الاقتصادية العابرة للحدود والقارات وهنا تكمن أهمية تنفيذها استناداً لمقتضيات حسن النية تحت طائلة فشلها في القيام بدورها الجوهري الذي وجدت من أجله .

و السؤال هنا: هل يختلف مفهوم حسن النية في مرحلة التنفيذ عن مفهوم حسن النية الذي درسناه في مرحلة المفاوضات ؟ (الفرع الأول )

ثم ما هو الأساس القانوني للالتزام به في هذه المرحلة ؟ ( الفرع الثاني )

### الفرع الأول : مبدأ حسن النية بين المفاوضات والتنفيذ

لما كانت العقود التجارية الدولية تستقطب المجالات المهمة في حياة الدول والأفراد و تستحوذ على جل نشاطها الاقتصادي على الصعيد الدولي كان موضوع تنفيذها كما يجب السر الكامن وراء تطورها السريع ليس فقط من وجهة نظر رجال القانون وإنما من وجهة نظر رجال الاقتصاد أيضاً...

**أولاً : أوجه الاتفاق بين حسن النية التنفيذي وحسن النية التفاوضي :**

بالرغم من الاختلاف النظري والعملي بين مبدأ حسن النية في مرحلة التنفيذ ونظيره في مرحلة المفاوضات كما سنرى بالأسطر القادمة إلا أنهما يلتقيان من حيث الجوهر القانوني في عدّة أوجه فحسن النية مفهوم واحد من حيث المعيار المعتمد في تحديده ومن حيث طبيعته القانونية وذلك بصرف النظر عن المرحلة التي يدرس بها أي سواءً كنا نتحدث عن هذا المبدأ في مرحلة ما قبل التعاقد (المفاوضات) أم في مرحلة ما بعد التعاقد (التنفيذ) ...

**أ – الاتفاق بين حسن النية التنفيذي وحسن النية التفاوضي من حيث المعيار المعتمد في تحديد حسن أو سوء النية :**

يجسّد مفهوم حسن النية بشكل عام التزام كلّ طرف تجاه الآخر أو الآخرين بما هو الأفضل له وفق المعطيات الموجودة[1] ولتحديد ما إذا كان الشخص حسن أم سيء النية سواء في مرحلة ما قبل التعاقد (المفاوضات) أم ما بعد التعاقد (التنفيذ) أوجد الفقه معياران أساسيان لكلّ منهما إيجابياته وسلبياته :

1– المعيار الشخصي : وفقاً لهذا المعيار فإنّ مناط حسن أو سوء النية يعود لذات الشخص المطلوب الحكم على تصرفه فالقاضي وفقاً لهذا الفرض مكلف بالبحث عن حقيقة الاتجاه الإرادي للفرد و سبر أغواره النفسية للتحقق من نيته، حيث يكون مناط الوصف متمثل في

[1] د. موسى متري – العقود الدولية للتعاون الصناعي بين أطراف غير متساوية التطور (غرب – جنوب ) – مرجع سابق – ص50

تحقق العلم أو الجهل الفعلي بالواقعة أو التصرف المعول عليه في ترتيب الحكم[1]، وهذا الاتجاه منتقد **برأينا** لعدّة أسباب :

- صحيح أنّ سوء النية هي واقعة مادية يمكن إثباتها بكل طرق الإثبات لكنّ مسألة سبر أغوار الشخص و التعرف على نيته أمراً ليس سهلاً و سيكلف القاضي الوقت و الجهد الكبيريين و خاصة في الحالة التي يتعمد فيها الشخص إخفاء سوء نيته.
- إنّ إعمال المعيار الذاتي يجعل مفهوم حسن النية صعب التحديد كونه يختلف من شخص إلى آخر فما يعتبره (زيد ) أمر لابدّ من القيام به أو تجنبه إعمالا لمبدأ حسن النية قد لا يعتبره (عمر) كذلك ، و بناء عليه سيتحول مبدأ حسن النية إلى أداة بيد الأفراد يستخدمونها وفقاً لأهوائهم و مصالحهم الشخصية .
- أضف لهذا و ذاك أنّه ووفقاً للقاعدة العامة فإنّ الأصل في الأشياء حسن النية[2] و على من يدعي خلاف ذلك أن يثبت العكس وفي غياب معيار موضوعي سوف يتكبد طالب الإثبات عناء إثبات هذه الواقعة غير الملموسة .

2 – المعيار الموضوعي : وفقاً لهذا الاتجاه يقوم مبدأ حسن النية على دعائم ثابتة تؤمن بها الجماعة[3] وتمثل بالنسبة لها مجموعة من القيم و المثل التي تهيمن على تعاملاتها في بيئتها الحاضنة و هي في نطاق دراستنا البيئة التجارية الدولية ، بمعنى آخر هناك مجموعة من المبادئ في التعامل التجاري عامة و الدولي خاصة تتصف بالعموم و التجريد مما يساهم بالارتقاء بها إلى مصافي القواعد القانونية ، منها على سبيل المثال : الوفاء بالعهود – الأمانة في التعامل – الثقة المتبادلة – السرعة في الإنجاز و غيرها، ووفقاً لهذا الاتجاه فإنّ الإخلال بأي من تلك المبادئ يعتبر مناط لتقدير سوء النية و بصرف النظر عن البحث في مكنونات الشخص نفسه.

قد يكون هذا الاتجاه أكثر ملاءمة لعملية التقاضي حيث يكفي ثبوت إخلال المدعى عليه بأحد مبادئ شرف التعامل السائدة في الوسط التجاري حتى نجزم بوجود سوء النية لديه و لكن بنفس الوقت يعاب عليه **برأينا بأنّه** :

- إنّ الدعائم الأخلاقية التي يقوم عليها هذا المعيار دعائم متغيرة من حيث الزمان و المكان و لا يمكننا القول بوجود دعائم أخلاقية ثابتة على مرّ العصور فهذا أمر نسبي متبدل .

---

[1] يحيى أحمد بني طه – مفهوم حسن النية في تنفيذ العقود ( دراسة تحليلية مقارنة) - ديوان المظالم الاردني – دون تاريخ نشر - دون رقم صفحة - النسخة الالكترونية متاحة على : www.mohamah.net تمّت الزيارة بتاريخ 1\7\2016 .

[2] هذا ما درج عليه العمل أمام المحاكم السورية وفقاً لتصريح القاضي الأستاذ **حبيب نجمة** قاضي محكمة البداية التجارية الأولى في دمشق بصدد الإجابة على أحد أسئلتنا المتعلقة بواقع عمل محاكم القضاء التجاري في دمشق – دراسة ميدانية عملية - كانون الأول 2017 م .

[3] يحيى أحمد بني طه - مرجع سابق – دون رقم صفحة .

● أنّه لمن الصعوبة بمكان ما حصر أخلاقيات التعامل ضمن قالب جامد و القول بأنّ مخالفة إحداها قرينة على سوء النية ثم إنّ الإشكالية الأخرى هنا ما هي الطبيعة القانونية لهذه القرينة هل هي قرينة قانونية أم قضائية و هل هي قرينة قاطعة أم بسيطة قابلة لإثبات العكس؟

لذا فقد تفرع عن المعيار الموضوعي ما يسمى بالمعيار القانوني و الذي يقوم بالدرجة الأولى على فرضية تشريعية يتعين على المتعامل مراعاتها حتى إذا أصاب حكم القانون كان حسن النية و العكس بالعكس و ذلك بصرف النظر عما إذا كان المتعامل يعلم أو يجهل وجود القاعدة القانونية التي تخاطب تصرفه و لكن الفرق بين المعيار الموضوعي و نظيره المعيار القانوني هو أنّه ووفقاً لهذا الأخير ينفك ارتباط مبدأ حسن النية عن قواعد الأخلاق ليرتبط بدوره بقواعد قانونية[1]، وصحيح أنّ المعيار القانوني قد تلافى بعض عيوب المعيار الموضوعي السابق الذكر حيث اعتمد على حكم قانوني محدد اعتبر مخالفته تكريس لسوء النية لكن يعاب عليه **برأينا** أنّ القانون قد لا يستطيع الإحاطة بكل مظاهر سوء النية بأحكامه و خاصة عند الحديث عن المعاملات التجارية الدولية التي تخضع لتغيرات و تطورات يومية قد تعجز القوانين الوضعية عن مواكبتها و تحديدها و بالتالي سوف تفلت الكثير من مظاهر سوء النية من شمولية أحكامه و هذا ما يدفع الكثيرين لاستغلال هذه الثغرات القانونية .

**و من وجهة نظرنا فإنّ الأخذ بأحد المعايير السابقة بشكل مطلق أمر يجافيه الصواب فكلّ معيار يكمل المعيار الآخر محاولاً تلافي جوانب النقص الموجودة فيه، وبرأينا فإنّ استنباط حسن أو سوء نية أحد الأطراف سواءً في مرحلة المفاوضات أو التنفيذ يعود بالدرجة الأولى للسلطة التقديرية للقاضي الذي يتعين عليه تطبيق المعايير السابقة تطبيق جامع مانع وفقاً لظروف ومقتضيات كلّ حالة على حدّه، فاعتماد المعيار الذاتي لا يمنع برأينا من مراعاة المعيارين الموضوعي و القانوني و العكس بالعكس، و أمر كهذا لابد وأن يخضع برأينا لرقابة محكمة النقض بالرغم من كونه يدخل في مسائل الموضوع وذلك نظراً لأهمية هذه المسألة وتأثيرها المباشر على منحى الحكم ...**

[1] و يلاحظ تبني المشرع السوري لهذا المعيار في المادة 105 مدني و يقابلها 104 مدني مصري بقوله : "و مع ذلك إذا كان النائب وكيلا و يتصرف وفقاً لتعليمات معينة صدرت له من موكله فليس للموكل أن يتمسك بجهل النائب لظروف كان يعلمها هو أو كان من المفروض حتما أنّه يعلمها " و جدير بالذكر أنّ هذه القاعدة القانونية تطبق على عقد الوكالة التجارية ذو الصفة الدولية و ليس فقط الوكالة المدنية إذا كان القانون السوري هو القانون واجب التطبيق على العقد إذ أنّ قانون التجارة عطف صراحةً على أحكام القانون المدني في كلّ ما لم ينص عليه م 167 من قانون التجارة السوري :" تخضع الوكالة التجارية في كلّ مالم ينص عنه في هذا القانون لأحكام القانون المدني و ذلك بنسبة اتفاقها مع أحكام هذا القانون و العرف التجاري "..

**ب- الاتفاق بين حسن النية التنفيذي وحسن النية التفاوضي من حيث الطبيعة القانونية للمبدأ :**

لقد كانت مسألة تحديد الطبيعة القانونية لمبدأ حسن النية سواءً في مرحلة التفاوض على العقد أم في مرحلة تنفيذه مثاراً للجدل القانوني واختلاف وجهات النظر بين من اعتبر حسن النية مفهوم تابع وبين من اعتبره مفهوم مستقل مع ما يرتبه ذلك من اختلاف في الآثار القانونية .

**1- مبدأ حسن النية كمفهوم قانوني تابع :**

● مبدأ حسن النية والنظام العام : لم يُعرّف المشرع السوري على غرار بقية المشرعين في النظامين اللاتيني والانجلوسكسوني النظام العام بل ترك ذلك للفقه والقضاء، وبما أنّ فكرة النظام العام تستعصي على التعريف بسبب ماهيتها النسبية لذا اكتفى الشراح[1] بتقريبها من الأذهان بقولهم: "إنّ النظام العام هو الأساس السياسي والاجتماعي والاقتصادي والخلقي الذي يسود المجتمع في وقت من الأوقات بحيث لا يتصور بقاء المجتمع سليماً دون استقرار هذا الأساس وبحيث ينهار المجتمع بمخالفة المقومات التي تدخل ضمن هذا الأساس".

لذا كانت كلّ قاعدة من قواعد النظام العام هي قاعدة آمرة لا يجوز مخالفتها لكنّ العكس ليس بالضرورة أن يكون صحيح فليست كلّ قاعدة آمرة هي قاعدة من النظام العام إذ تختلف القاعدة الآمرة عن قاعدة النظام العام بنقطة أساسية تتجلّى بأنّ القاضي يستطيع إثاره القاعدة المتعلقة بالنظام العام من تلقاء نفسه حتى لو لم يتمسك بها أي من الخصوم في الدعوى كما يمكن إثارتها في أي مرحلة من مراحل الدعوى ولو لأول مرّة أمام محكمة النقض، والأصل أنّ المعاملات المالية بين الأفراد لا تتعلق بالنظام العام كونها تنظم علاقات خاصة بين الأفراد ولا تمس المصالح الأساسية في المجتمع لذا يترك المشرعون الوطنيون أمر تنظيمها للأفراد مع وضع قواعد قانونية تطبق في حال سكوت الأطراف أو عدم اتفاقهم على تنظيمها ولكن هذا الأصل لا يمنع من وجود استثناء فيما إذا قرر المشرع اعتبار قاعدة ما من قواعد المعاملات المالية قاعدة تتعلق بالنظام العام لا يجوز للأفراد الاتفاق على مخالفتها تماماً كما اعتبر المشرع الفرنسي في الإعلان رقم 131 لعام 2016 المعدل للقانون المدني الفرنسي بأنّ مبدأ حسن النية في العقود جزء من مقتضيات النظام العام في البلاد، وعليه كلما كان القانون الفرنسي هو القانون الواجب التطبيق على العقد التجاري الدولي فإنّ ذلك يحتم علينا التسليم بأنّ الالتزام بمبدأ حسن النية سواء في مرحلة التنفيذ أم في مرحلة المفاوضات تعتبر قاعدة متعلقة بالنظام العام في فرنسا مع ما يترتب على ذلك من آثار قانونية مختلفة ، هذا على

[1] غلاي حياة – تحديد فكرة النظام العام – موقع مجلة القانون والأعمال المغربية الالكتروني – دون تاريخ نشر – دون رقم صفحة - متاحة على الرابط الالكتروني التالي : www.droitetentrepriew.org آخر دخول تمّ في 7\12\2016 ..

الصعيد المحلي أما على الصعيد الدولي فعلى الرغم من كثرة القرارات التحكيمية التي عمدت إلى تطبيق مبدأ حسن النية و الالتزامات المتفرعة عنه إلا أنّ أياً منها لم يشر صراحةً إلى اعتبار هذا المبدأ قاعدة نظام عام عبر دولي، أضف لذلك فإنّ المادة 1-7 من مبادئ اليونيدروا المقابلة للمادة 1.201 من قانون العقود الأوروبي الموحد والتي حظرت على أطراف العقد استبعاد مبدأ حسن النية أو تقييده هي **برأينا** وإن كانت تصلح لاعتبار مبدأ حسن النية قاعدة قانونية آمرة في كلّ مرّة تكون فيها مبادئ اليونيدروا أو القانون الأوروبي الموحد هما القواعد القانونية واجبة التطبيق إلا أنّها لا تكفي لاعتباره قاعدة نظام عام عبر الدولي فلو أراد واضعو مبادئ اليونيدروا وقانون العقود الأوروبي الموحد اعتبار مبدأ حسن النية قاعدة نظام عام عبر دولي لنصوا على ذلك صراحة، و**برأينا فإنّ** اعتبار مبدأ حسن النية قاعدة نظام عام إن كان يجدي نفعاً على الصعيد الداخلي وضمن حدود الدولة الواحدة إلا أنّه قد يصطدم على الصعيد الدولي بإشكالية تحديد مفهوم النظام العام عبر الدولي الذي يعتبر محل خلاف بين النظم القانونية المختلفة وخاصة أنّه لا يوجد سلطة عليا فوق سلطة الدول يمكن لها أن تفرض هذا النظام، الأمر الذي لحظته كلٌّ من مبادئ اليونيدروا وقانون العقود الأوروبي الموحد.

- مبدأ حسن النية و الإنصاف : يمتد مبدأ حسن النية بجذوره التاريخية الأولى إلى قواعد العدالة و الإنصاف باعتبارهما تجسيد لمفهوم القانون الطبيعي الأمر الذي دفع بعض الفقهاء للقول بأنّ حسن النية هو بحد ذاته الإنصاف و أنّ القاضي إذا ما ارتكز على حسن النية فهو يحكم بالإنصاف في حين رأى آخرون أنّ حسن النية هو الأداة اللازمة لتحقيق فكرة الإنصاف[1] وبرأي الفقيهة الفرنسية دي لافرنج فإنّ حسن النية هو التابع التاريخي للإنصاف[2]، إلا أنّ هذا الموقف تعرض لانتقاد شديد خاصة من قبل الفقيه Ripère الذي أكدّ أنّ الإنصاف مبدأ أخلاقي بالدرجة الأولى لا مبدأ قانوني و الأكثر من ذلك قد يتعارض القانون مع الإنصاف في بعض الحالات الخاصة التي تثور فيها فكرة العدل[3].

و**برأينا** بالرغم من نجاعة هذا الاتجاه لناحية ربطه مبدأ حسن النية بمفاهيم عليا مجردة اتفقت حولها الأمم المتمدنة كمفهوم الإنصاف ولكن لا يمكن التسليم به بشكل مطلق والسبب بذلك عائد لكون مفهوم الإنصاف مفهوم نسبي متغير يفتقر لعنصر الثبات القانوني و التحديد

---

[1] بيار لوسيان بران - دور القاضي وسلطاته – المجلة السويسرية – جامعة فرونويل – فرنسا – 1924 - ص 34 – مشار إليه لدى: عبد المنعم موسى ابراهيم – مرجع سابق - ص 90 .

[2] Gaudin De lagrange – intervention du juge dans le contrat – Thèse Montpellier – 1936 – P . 202 مشار إليه لدى : المرجع السابق – ص 91 .

[3] المرجع السابق – ص 93 .

الدقيق و يختلف باختلاف الزمان و المكان الأمر الذي يتنافى مع حاجة مبدأ حسن النية إلى حالة الاستقرار القانوني وخاصة على الصعيد الدولي؛ فإذا سلمنا بأنّ مبدأ حسن النية هو نتاج لقواعد القانون الطبيعي من عدالة وإنصاف إلا أنّ هذا لا ينفي عنه صفة الاستقلال باعتباره مفهوم قائم بذاته خاصة في مجال القانون التجاري الدولي .

**2 – مبدأ حسن النية كمبدأ قانوني مستقل :** بنظر الفقيه ربيار يعتبر المبدأ القانوني العام قاعدة أساسية ومهمة تتحكم بغيرها من القواعد التي ترتكز عليها وهو يختلف بذلك عن القاعدة القانونية فصحيح أنّ كلاهما يتمتعان بالصفة العامة إلا أنّ نقطة الاختلاف بينهما تكمن بنظر الفقيه بولنجي بكون القاعدة القانونية تعتبر من جانب قاعدة عامة لأنّها وضعت من أجل عدد غير محدد من الأعمال و الوقائع و لكنها من جانب آخر تعتبر قاعدة خاصة إذا تعلق الأمر بأعمال أو وقائع محددة، أما المبدأ القانوني فهو بخلاف ذلك لا يكون إلا مبدأ عام كونه يتضمن سلسلة غير محددة من التطبيقات[1] تماماً كما هو الحال بالنسبة لمبدأ حسن النية هذا من جهة ومن جهة أخرى توضع القواعد القانونية لحكم أفعال معينة و أشخاص معينين و عليه فهي تحكم وضعية قانونية معينة بينما المبادئ القانونية العامة فهي بمثابة أصول و ما القاعدة القانونية إلا مجرّد تطبيقات لتلك الأصول[2]، و يضاف لهذا و ذاك أنّ قواعد القانون تتشكل أسرع من المبدأ و تدخل حيز النفاذ أسرع كما أنّها تنظم علاقات معينة و يجوز إنهاء نفاذها وفقاً لأسباب خاصة أما مبادئ القانون فهي تتشكل خلال مدّة أطول و تنظم علاقات في ميدان بكامله مثل ميدان التجارة ومدة نفاذها طويلة لا تتأثر بعوامل داخلية و لا يجوز إنهاء نفاذها و إنما يتمّ تطويرها و تحديثها بقواعد جديدة، لهذا فقد ذهبت معظم القرارات التحكيمية لاعتبار مبدأ حسن النية مبدأ قانوني مستقل يشكل بحد ذاته أحد أبرز المبادئ القانونية العامة للقانون التجاري الدولي، وكذلك الحال بالنسبة للأحكام القضائية إذ يستمد هذا المبدأ أساسه القانوني في غياب النص من سلطة القاضي الوطني في تكريسه[3] الأمر الذي يمكن تلمسه من خلال القرار رقم 1862 الصادر عن محكمة النقض السورية في الدعوى أساس 1980 لعام 1980 والذي نص على ما يلي: " إنّ تعرّف حسن نية المتصرف أو سوء نيته من مسائل الواقع التي يستقر بتقديرها قاضي الموضوع "[4].

---

[1] J.Boulanger – Principe generaux de droit et droit positif – Mélanger Ripert – 1950 – P. 51
مشار إليه لدى : المرجع السابق – ص 94 .

[2] نادية فضيل – الغش نحو القانون – رسالة ماجستير – معهد القانون - جامعة الجزائر- 1984 م - ص 81 – مشار إليه لدى : ليلى بعتاش – أثر الغش في عقد الأساس على تنفيذ الاعتماد المستندي – أطروحة دكتوراة – جامعة الحاج لخضر باتة - الجزائر – 2014/2013م - ص 75 - متاحة على : www.digitallibraryuniv.banta.dz تمّت الزيارة في 5\6\2015 .

[3] الصادق بلعيد – حول الدور الانشائي للقاضي في وضع القواعد القانونية – منشورات الجامعة التونسية - 1973 - ص 184- مشار إليه لدى : عبد المنعم موسى ابراهيم – مرجع سابق – ص 95 .

[4] مجلة المحامون - دمشق – إصدار عام 1980 – ص 301 .

و نحن إذ نؤيد ما رمى إليه أنصار هذا الاتجاه ولكن أمر كهذا **برأينا** لا يتنافى مع الأخذ بما كرّسته الاتجاهات السابقة لناحية إمكانية اعتبار مبدأ حسن النية من متعلقات النظام العام فيما إذا نص القانون الواجب التطبيق على ذلك مع التأكيد على فكرة ارتباطه بمبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة والإنصاف باعتبارها تشكل أصلاً تاريخياً لوجوده القانوني.

**ثانياً : أوجه الاختلاف بين حسن النية التنفيذي وحسن النية التفاوضي :**

في أحد القرارات التحكيمة الصادرة عن محكم واحد لعام 1963 في قضية : Sapphire international petroleums LTd V National Iranian oil Co اعتبر الأستاذ Pierre Cavin أنّه يتعين على الأطراف تنفيذ التزاماتهم استناداً لمبدأ حسن النية و ضرورة احترام روح الاتفاق، مستنداً بذلك إلى المبادىء العامة للقانون باعتبارها القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع[1]، والسؤال المطروح : **ترى هل يختلف مفهوم حسن النية في مرحلة تنفيذ العقد الدولي عن مفهوم حسن النية في مرحلة المفاوضات التي سبق معالجتها بمعنى هنا نتحدث عن مبدأ حسن النية و هناك تحدثنا عن مبدأ حسن النية فما هو داعي التفرقة هذه فحسن النية مفهوم واحد سواء تحدثنا عنه بمرحلة ما بعد التعاقد أم بمرحلة ما قبل التعاقد ؟؟**

في الواقع قد يبدو للوهلة الأولى أنّه لا فرق بين مفهوم حسن النية في مرحلة ما قبل التعاقد عنه في مرحلة ما بعد التعاقد فحسن النية هو حسن النية أي أنّه مفهوم واحد بصرف النظر عن المرحلة التي تتمّ دراسته فيها وقد لا يقبل تفسيرات متعددة ، و لكن لو تعمقنا في دراستنا القانونية التحليلية لوجدنا أنّ مفهوم حسن النية في مرحلة المفاوضات يختلف عنه في مرحلة التنفيذ اختلافاً بيناً مردّه بالدرجة الأولى إلى وجود عقد وهو بمثابة القانون فيما بين أطرافه مع ما يولدّه هذا العقد من آثار قانونية، الأمر الذي لم يكن موجوداً في المرحلة السابقة على التعاقد "**من حيث المبدأ**"، فما يطلب من المتعاقد في مرحلة التنفيذ يختلف عما يطلب منه في مرحلة المفاوضات و من هنا كان جديراً بنا توضيح أوجه الخلاف بين مفهوم حسن النية في مرحلة ما بعد التعاقد ومفهومه في مرحلة ما قبل التعاقد(المفاوضات).

**أ- الاختلاف بين حسن النية التنفيذي وحسن النية التفاوضي من حيث الهدف :**

صحيحٌ أنّ كلاً من حسن النية التفاوضي وحسن النية التنفيذي يهدفان بالدرجة الأولى إلى تكريس حالة التعاون بين الأطراف، إلا أنّ موجب التعاون يهدف في مرحلة التنفيذ إلى تكريس التوازن العقدي الأمر الذي لا نجده في مرحلة المفاوضات **إلا بحالة الاعتراف بالطبيعة**

[1] The details of this ICC Ad-Hoc award is available on : www.trans-lex.org 26\8\2016 .

**العقدية لهذه المرحلة**، و السؤال هنا متى نكون أمام اختلال في التوازن العقدي؟ بمعنى آخر ما هي أبرز مظاهر حالة اختلال التوازن العقدي ؟

1- اختلال التوازن العقدي نتيجة اختلال مراكز القوى بين الأطراف المتعاقدة:

الأمر الذي يتجلّى بحالة وجود طرف ضعيف و طرف قوي في العقد و هذا ما نجده بوضوح في العقود الالكترونية بين البائع و المستهلك لذا حرصت الدول على حماية المستهلك الطرف الضعيف اقتصادياً بسن القوانين والأنظمة الكفيلة بذلك، و هذا لا يعني اقتصار الأمر على العقود الالكترونية وحدها ففي سابقة : Schroeder music publishing Co V Mancaulay [1] لعام 1974والتي تتلخص وقائعها بأنّ مؤلف فني شاب وافق على إعطاء مجموعة من مؤلفاته الغنائية إلى أحد الملحنيين لمدة خمس سنوات قابلة للتجديد بمقابل نشر أعماله الغنائية على الجمهور دون أن يستحصل على أي وعد من قبل الملحن بالقيام بذلك، إذ أبطل مجلس اللوردات البريطاني العقد استناداً لكون المركز الضعيف للمؤلف جعله يقدم على قبول اتفاقات غير متوازنة، فالتزامات المؤلف هي بالحد الأعلى في حين أنّ التزامات الملحن هي بالحد الأدنى، و يلاحظ على هذا الحكم تبني مجلس اللوردات البريطاني صراحةً لمعايير أخلاقية بحُلّة قانونية كالمساواة في الحقوق و الالتزامات العقدية و التعاون و الإخلاص بالعمل والتي يمكن إدراجها برأينا ضمن مفهوم حسن النية.

2- اختلال التوازن العقدي نتيجة الشروط التعسفية الأمر الذي يتجلّى بالصور التالية :

- قيام أحد الأطراف بإعفاء نفسه من المسؤولية العقدية متى أخل بالتزاماته ضمن ما يسمى بشرط الإعفاء من المسؤولية Exclusion clauses .
- تمتع أحد طرفي العقد التجاري الدولي بسلطة تعديل شروط العقد بعد تكوينه أو إنهائه بإرادته المنفردة متخطياً إرادة الطرف الأخر.
- فرض أحد الطرفين مبالغ تعويض لا تتناسب مع ما قد يرتكبه الطرف المقابل من مخالفات دون أن يكون ملتزم بمبالغ تعويضية مكافئة penalty clauses .

3- اختلال التوازن العقدي نتيجة اختلال التوازن المعرفي بين الأطراف عند تكوين العلاقة العقدية مما يؤثر لاحقاً على عملية تنفيذ العقد، الأمر الذي يعكس حالة الارتباط بين مبدأ حسن النية في مرحلة ما قبل التعاقد(المفاوضات) و مبدأ حسن النية في مرحلة ما بعد التعاقد(التنفيذ) .

[1] Schroeder music publishing Co V Mancaula 1974 is Available on : www.casbrief.me 26\8\2016 .

4- اختلال التوازن العقدي نتيجة تغير الظروف على الصعيد الدولي الأمر الذي سنأتي على شرحه مفصلاً عند حديثنا عن التطبيقات العملية لمبدأ حسن النية في مرحلة تنفيذ العقد التجاري الدولي.

**ب – الاختلاف بين حسن النية التنفيذي وحسن النية التفاوضي من من حيث المعالجة القانونية :**

1- لقد عالجت مختلف الأنظمة القانونية المقارنة كما سنرى لاحقاً مبدأ حسن النية في مرحلة تنفيذ العقد إما ضمن تشريعاتها الوطنية أو من خلال سوابقها القضائية؛ على خلاف الحال فيما يتعلق بمبدأ حسن النية في مرحلة المفاوضات إذ وكما سبق ورأينا فإنّ الكثير من التشريعات الوطنية العربية والأجنبية كانت قد غفلت عن وضع تنظيم قانوني واضح للالتزام بمبدأ حسن النية التفاوضي؛ حتى أنّ القضاء في بعض الدول كان قد وجد صعوبة في الاعتراف به وتقرير المسؤولية القانونية في حال مخالفته، وتطبيقاً لهذه الفكرة فيما لو أخذنا المنظومة القانونية السوري كمثال نجد أنّه وبالرغم من الدور المهم الذي يلعبه مبدأ حسن النية في مرحلة التفاوض على العقود عموماً والعقود التجارية الدولية خصوصاً إلا أنّ المشرع السوري لم يضع له أي تنظيم قانوني في هذه المرحلة حتى أنّ الاجتهادات القضائية تكاد تكون معدومة بهذا الصدد إذ اكتفى المشرع السوري بتكريس مبدأ حسن النية في مرحلة تنفيذ العقد دون سواها في المادة 149 من القانون المدني السوري[1] الأمر الذي يضع القاضي أو المحكم في كلّ مرّة يكون فيها القانون السوري هو القانون الواجب التطبيق أمام إشكاليات قانونية جمة ناتجة عن حالة الفراغ التشريعي من جهة وغياب الاجتهاد القضائي من جهة أخرى.

2- لا يقتصر وجه الاختلاف بين مبدأ حسن النية في مرحلة التنفيذ و مبدأ في مرحلة المفاوضات على وجود التنظيم القانوني له من عدمه؛ وإنما هناك نقطة خلاف أخرى ذات أهمية تتجلّى بارتباط مبدأ حسن النية في مرحلة التنفيذ "**بمبدأ القوة الملزمة للعقد أو ما يسمى بالعقد شريعة المتعاقدين**" الأمر الذي لا نراه في مرحلة المفاوضات من حيث المبدأ اللّهم إلا إذا كنا أمام عقد في تلك المرحلة أي بحال اعترفنا بالطبيعة العقدية لمرحلة المفاوضات، فالقوة الملزمة للعقد لا تفرض على المتعاقد أداء الالتزام كواقعة مادية فقط "كفعل تسليم المبيع" بل هناك أصول قانونية وأخلاقية تتفرع عن مبدأ القوة الملزمة للعقد يجب

[1] المادة 149 من القانون المدني السوري نصت على: " يجب تنفيذ العقد وفقاً لما اشتمل عليه و بطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية " و لا يقتصر العقد على الزام المتعاقدين بما ورد فيه و لكن يتناول ما هو أيضا من مستلزماته وفقاً للقانون و العرف و العدالة بحسب طبيعة الالتزام ".

على المتعاقد أن يلتزم بها حتى يكون تنفيذه للعقد قانونياً متفقاً مع مبدأ حسن النية و مقبولاً من وجهة نظر القانون والمجتمع[1].

3- الاختلاف بين حسن النية التنفيذي والتفاوضي لناحية الأساس القانوني للالتزام بالنسبة لكلّ منهما وبالتالي اختلاف الآثار القانونية التي تترتب على الإخلال بأي منهما .

4 – اختلاف التطبيقات العملية لمبدأ حسن النية في مرحلة المفاوضات عن تطبيقات هذا المبدأ في مرحلة التنفيذ كما سنرى لاحقاً.

## الفرع الثاني : الالتزام بمبدأ حسن النية في مرحلة التنفيذ

كان الالتزام بمبدأ حسن النية في تنفيذ الالتزامات العقدية من المسائل القانونية المثيرة للجدل الأمر الذي يدعونا للتعرف على موقف الأنظمة القانونية المقارنة من الالتزام بهذا المبدأ ومن ثم الانتقال لمعالجة النظريات الفقهية العامة التي تناولت الأساس القانوني للالتزام به .

**أولاً : موقف الأنظمة القانونية الكبرى من الالتزام بمبدأ حسن النية في مرحلة التنفيذ :**

و السؤال المطروح بهذا الصدد هل اعترفت دول الأنظمة القانونية محل المقارنة بالوجود القانوني للالتزام بمبدأ حسن النية في التنفيذ أم لا ؟ و في حال كانت الإجابة بنعم فعلى أي أساس قانوني بُني الاعتراف به ؟؟

**أ- الالتزام بمبدأ حسن النية التنفيذي في دول نظام القانون العمومي common law :**

لم تكن دول القانون العمومي تعترف بمبدأ حسن النية كقاعدة قانونية إنما تركت أمر تبنيه إلى إرادة الأفراد تكريساً لمبدأ سلطان الإرادة وهو ما تجلّى صراحةً في سابقة : Walford V Miles لعام 1992م حيث كرّس مجلس اللوردات البريطاني صراحةً حرية الأفراد بإدراج شرط حسن النية و أمانة التعامل في عقودهم من عدمه[2]، وما لبثت بريطانيا تتبعها بقية الدول الانجلوسكسونية أن غيّرت موقفها و اتجهت نحو اعتبار حسن النية مبدأ قانوني وليس مجرّد مبدأ اتفاقي استناداً إلى عاملين أساسيين:

**أولهما** التأييد الدولي لتبني مبدأ حسن النية كقاعدة تشريعية من قبل دول القانون العمومي نفسها فالقانون التجاري الامريكي الموحد UCC لعام 2005 م كان قد تضمن في المادة 1-304 منه: " كلّ عقد أو التزام مفروض بموجب هذا القانون يفرض واجب حسن النية في تنفيذه" **وثانيهما** الاجتهادات القضائية و الآراء الفقهية المؤيدة لتقنين المبدأ في تلك الدول، حيث صرح الفقيه الانكليزي lord J Rix بأنّ فكرة حسن النية هي المقابل القانوني الطبيعي

[1] يحيى أحمد بني طه – مرجع سابق – دون رقم صفحة .

[2]-Rosalee Dorfman -The regulation of fairness and duty of good faith in English contract law – Leeds journal of law & criminology – Vol. 1 – No. 1 –UK – 2013 - P.94 at : www.criminology.leeds.ac.uk visited on 16\1\2017 .

لفكرة التعاون على تنفيذ العقد[1] و قد خلص الفقه إلى نتيجة مفادها أنّ محامو و فقهاء النظام الفرنكوفوني يعتبرون مبدأ حسن النية و أمانة التعامل عنصر جوهري في نظامهم التشريعي في حين يعتبر محامو و فقهاء النظام الانجلوسكسوني أنّ هذا المبدأ أحد مستجدات نظامهم القانوني[2]، وسوف نشرح مواقف أبرز دول القانون العمومي على التفصيل التالي :

1- المملكة المتحدة : كان القانون الانكليزي لا يعترف بمبدأ حسن النية كقاعدة قانونية عامة و السبب بذلك أنّ بريطانيا بقيت لقرون الرائدة في مجال التجارة البحرية والتأمين فالأفراد لا يتوقعون من الأنظمة القانونية حمايتهم بل يتوقعون منها إعطاءهم الأدوات اللازمة لفرض ما تمّ الاتفاق عليه[3] حتى أنّ العديد من الفقهاء البريطانيين انكروا وجود هذا المبدأ من أساسه ليس فقط في مرحلة ما قبل التعاقد و إنما أيضاً في مرحلة التعاقد نفسها و استندوا بذلك على أساس انعدام سلطة القاضي الوطني بالبحث عن النية المشتركة للمتعاقدين و اقتصاره على الأخذ بظاهر ما اتفق عليه الأفراد[4]، الأمر الذي بدا واضحاً في سابقة : Francois Abballa GFA V Alston UK [5] لعام 2000م إذ جاء بمسوغات الحكم " ليس هناك ما يدعو لإدخال واجب عام بحسن النية في قانون العقد الانجليزي لأنّ القضاء الانجليزي يحترم دوماً مبدأ التوقعات المعقولة لأطراف العقد و هو ما يتفق و القواعد الراسخة في نظام ال common law و أنّه في سياقات محددة فقط قد يفرض حسن النية كما في عقود النقل و عقود التأمين ".

لكنّ النقلة النوعية في بريطانيا تجسّدت عام 2013م بالعدول عن الموقف السابق في قضية: Yam sengpte ltd V International trade corp ltd[6] إذ كانت أول سابقة قضائية تبنت فيها المحكمة البريطانية العليا مبدأ حسن النية التنفيذي **كقاعدة قانونية عامة** لاسيما في العقود التجارية الدولية طويلة الأجل، وصحيح أنّ القانون الانكليزي على نقيض نظيره

---

[1] Stuart Shepherd & Reema Shour & Ruaridh Guy - Uk good faith obligation in contract : are the English courts going soft ?- legal essay published in 2013 – without page number - at : www.modaq.com last visited on 20\1\2017 .

[2] Bernardo Cremades – good faith in international arbitration – AM .U. Tnt'l L.reviw – Vol.27 – Issue.4 – US - 2012- P.779 at :www.digitalcommons.wcl.amweican.edu visited on 4\3\2017 .

[3] Giuditta cordero Moss - International contracts between common law and civil law – the difficulty of interpreting legal standards such as good faith – global jurist – university of (oslo )- 2007- P. 5 at: www.folk.unio.no visited on 5\3\2017 .

[4] د. محمود فياض – مرجع سابق - ص 228 .

[5] د. سعد بن سعيد الذيابي – مبدأ حسن النية في النظام السعودي و الأنظمة المقارنة – مجلة الشريعة و القانون و الدراسات الإسلامية – عدد 32 ربيع الأخر-1430ه/ 2014 م – ص 30 متاحة بنسختها الالكترونية على : www.iua.edu.sd آخر ولوج في 27\8\2016 .

[6] Tek Kah Leng - Good faith in the performance of commercial contracts revisited – Singapore academy law journal – 2014- P. 113 at : www.macfarlanes.com visited on 28\9\2016 .

الفرنسي لم يقنن حسن النية بشكل صريح و لكن فيما لو تعمقنا في الدراسة القانونية لموقف القانون الانكليزي لوجدناه قد تبنى هذا المبدأ استناداً إلى نظريات قانونية بديلة تحقق نفس النتائج التي تسعى إليها نظرية حسن النية ولعل أهم هذه النظريات تتجلّى : بنظرية عدم التعسف باستخدام الحق – نظرية الكسب بلا سبب – نظرية البيان الكاذب – نظرية المانع التعاقدي[1].

2- الولايات المتحدة الأمريكية :[2] يعود وجود نظرية حسن النية في تنفيذ العقود في أروقة المحاكم الأمريكية إلى عام 1918م حيث حكمت محكمة استئناف نيويورك في قضية : Wigand V Bachmann Bechtel Brewing co من هذا العام " بأنّ كلّ عقد يتضمن مبدأ حسن النية و أمانة التعامل بين أطرافه "؛ لكنّ الجسد التشريعي الأمريكي لم يتبن صراحةً نظرية حسن النية حتى مع صدرور أول قانون أمريكي خاص بالعقود 1920 ومع ذلك درجت المحاكم على الأخذ به، ولكنّ موقف المشرع الأمريكي تبدل عند صدور القانون الأمريكي الثاني للعقود في عام 1981 إذ تمّ تقنين نظرية حسن النية صراحةً في المادة 205 منه[3] وليس هذا فحسب بل تمّ تقنينها أيضاً في المادة 1:203 من القانون الأمريكي التجاري الموحد 2005[4]، والملفت للنظر أنّ مبدأ حسن النية وجد في الولايات المتحدة الأمريكية أول ما وجد في المعاملات التجارية ثم انتقل إلى المعاملات المدنية **و هذا أكبر دليل على أهمية الدور الذي يلعبه هذا المبدأ في الحياة التجارية .**

**ب – الالتزام بمبدأ حسن النية التنفيذي في دول نظام القانون المدني civil law :**

كان مبدأ سلطان الإرادة الركيزة الأساسية لقانون العقود في دول القانون المدني، ولكن بفترة لاحقة تغير الوضع نسبياً في الأنظمة القانونية للقارة الأوروبية إذ توجهت لبناء العقد استناداً لموجبات القانون الطبيعي من عدالة وإنصاف الأمر الذي ساهم بإظهار مبدأ حسن النية إلى حيز الوجود القانوني ، وبرر المحامون ذلك اعتماداً على فلسفة أرسطو و تصنيفاتها لمعايير الفضيلة، وسوف نتعرف على مواقف أبرز هذه الدول تباعاً:

1- ألمانيا : خضع مبدأ حسن النية في بلد الرايخ لتطورات عميقة ففي المادة 242 من القانون المدني الألماني[5] تمّ تكريس نظرية حسن النية في مجال الظروف الطارئة و غير

---

[1] د.شيرزاد عزيز سليمان –مرجع سابق - ص 413 .

[2] Tek Kah Leng - op.cit – P. 118 and after .

[3] Article 205 of second restatement law: "every contract imposes upon each party duty of good faith and fair dealing in it's performance and enforcement"

[4] The original text of UCC : " Every contract imposes upon each party a duty of good faith and fair dealing in it's performance and it's enforcement ".

[5] Article 242 of German law BGB : "Performance in good faith : an obligor has a duty to perform according to the requirements of good faith taking customary practice into consideration "

المتوقعة و في مجال التعاون على تنفيذ العقود بين أطرافها[1]، و نرى تشابه كبير بين موقف القانون الألماني و نظيره الإيطالي حيث أنّه و ببداية السبعينات كانت محكمة النقض الايطالية قد اعتبرت بأنّ مبدأ حسن النية لا يشكل بحد ذاته وبمفرده أساساً قانونياً للمداعاه إلا أنّه يصلح فقط لدعم و تقوية الدعاوى القائمة، لكن ما لبثت محكمة Milan الايطالية أن اعتبرت بقرارها لعام 1975م أنّ خرق مبدأ حسن النية في التنفيذ المنصوص عليه في المادة 1375 من القانون المدني الايطالي[2] يشكل بحد ذاته أساس صالح للمداعاة القانونية[3].

ولم يذهب المشرع في كيبك الكندية في هذا المجال بعيداً عن نظيريه الألماني و الإيطالي حيث أقرّت المادة 1375 من القانون المدني في كيبك[4] مبدأ حسن النية في مرحلة التنفيذ وهي نفس المادة التي أقرت هذا المبدأ في مرحلة المفاوضات.

2- فرنسا : قنن المشرع الفرنسي مبدأ حسن النية في التنفيذ صراحةً في المادة 1143 من القانون المدني الفرنسي قبل تعديله، لكنّ النقلة النوعية كانت بالإعلان رقم 131 لعام 2016 المعدل للقانون المدني الفرنسي وتحديداً في المادة 1104 منه التي استمرت بتكريس مبدأ حسن النية في التنفيذ إلا أنّ الجديد أنّها أدرجته ضمن مفهوم النظام العام كما سبق وأشرنا عند الحديث عن مبدأ حسن النية في مرحلة المفاوضات، يضاف لذلك موقف القضاء الفرنسي الذي أكدّ ضرورة الالتزام بمبدأ حسن النية التنفيذي في قراراته المتتالية من خلال جملة من التطبيقات العملية، ففي القضية رقم 40 سنة 1995 رتب القضاء الفرنسي على وجوب مراعاة حسن النية في تنفيذ العقد "أن يقوم المقاول الذي تعهد بتوصيل أسلاك الكهرباء بتوصيلها من أقصر طريق ممكن وأن يقوم أمين النقل بنقل البضاعة من الطريق الأصلح والأنسب بالنسبة إلى صاحبها"[5]، كما اعتبرت محكمة استئناف باريس في حكم لها عام

---

[1] Stuart Shepherd & Reema Shour & Ruaridh Guy - op.cit – without page number .

[2] Article 1375 of Italian law : " contract must be executed in good faith".

[3] Alberto Musy – the good faith principle in contract law and the pre-contractual duty to disclose – comparative analysis of new differences in legal cultures – Berkely electronic press – No.1 – Issue. 1 – California - 2001 –P.6 - at : www.csb.uncw.edu last visit : 6/7/2016 .

[4] Article 1375 du loi Québécoise : « la bonne foi doit gouverner la conduite des parties tant au moment de la naissance de l'obligation qu'à celui de son exécation de son extinction ».

[5] نص القرار الأصلي على ما يلي : القاضي عندما يلزم المتعاقدين بتنفيذ العقد يقتضي منهما أنّ ينفذاه بطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية لأنّ حسن النية هو الذي يسود في تنفيذ جميع العقود ولم يعد هناك كما كان الأمر في القانون الروماني عقود حرفيه التنفيذ وعقود رائدها حسن النية Contrats de Bonne Foi بل العقود جميعها في القانون الحديث قوامها في التنفيذ حسن النية ويرتب القضاء الفرنسي علي وجوب مراعاة حسن النية في تنفيذ العقد أنّ المقاول إذا تعهد بتوصيل أسلاك الكهرباء وجب عليه أن يقوم بتوصيلها من أقصر طريق ممكن وأن أمين النقل يجب عليه أن ينقل البضاعه من الطريق الأصلح بالنسبة إلي صاحبها " ويمكن القول بوجه عام أنّ التزام المتعاقد بتنفيذ العقد بطريقه تتفق مع ما يوجبه حسن النية يغني في بعض الأحوال عن الألتجاء إلي نظرية التعسف في استعمال الحق فإنّ المتعاقد الذي يحيد عن حسن النية في المطالبة بحقه يكون مسئولا علي أساس المسئولية العقدية لإخلاله بالتزامه العقدي من وجوب مراعاة حسن النية في تنفيذ العقد قبل أن يكون مسئولا علي أساس المسئولية التقصيرية للتعسف في استعمال الحق " محكمة النقض الفرنسية القضية رقم 40 جلسة 15 ديسمبر سنة 1995 متاحة على : www.encylopedaofinternationaarbitratio.com تاريخ الزيارة 14\12\2016 .

2001 :" إنّ واجب حسن النية في التنفيذ يفرض على كلّ طرف من أطراف العقد أن يتصرف بطريقة معقولة بدون الإضرار بشريكه"[1]، والأكثر من ذلك فقد اعتبر بعض الفقه الفرنسي[2] أنّ الالتزام بمبدأ حسن النية المتضمن في عقود التجارة الدولية على وجه الخصوص يتجاوز مفهوم حسن النية المنصوص عليه بالمادة 1143 من القانون المدني الفرنسي قبل التعديل والمادة 1104 منه بعد التعديل كونه يقوم ليس فقط على عدم افتعال الضرر و إنما يقوم بالدرجة الأولى على موجب التعاون وهذا رأي جدير بالتأييد.

3 –القطر العربي السوري : قنن المشرع مبدأ حسن النية في تنفيذ العقد بالمادة 149 من القانون المدني السوري ولكن السؤال هنا هل تقنين هذا المبدأ في صلب القانون المدني يعني أنّه مقتصر على العقود المدنية دون التجارية ؟

إنّ الإجابة على هذا التساؤل المهم نجدها في قانون التجارة السوري رقم 33 لعام 2007 م و تحديدا في المادة 2 منه والتي تنص على ما يلي : " إذا انتفى النص من هذا القانون فتطبق على المواد التجارية أحكام القانون المدني على أنّ تطبيق هذه الأحكام لا يكون إلا على نسبة اتفاقها مع المبادئ المختصة بالقانون التجاري و العرف التجاري ".

و عليه فإنّه و بغياب النص القاضي بضرورة الالتزام بمبدأ حسن النية في العقود التجارية فإنّه و بموجب هذه المادة نجد أنّ المشرع أحال صراحةً على نصوص القانون المدني إلا أنّه اشترط لذلك وجود توافق بين تلك النصوص و القانون و العرف التجاري ، **وهنا يثور السؤال هل الالتزام بمبدأ حسن النية في المعاملات التجارية يتوافق مع المبادئ المختصة بالقانون و العرف التجاري؟**

**برأينا** إذا كان التعامل بحسن نية ضرورياً في المعاملات المدنية فإنّ ضرورته في المعاملات التجارية تفوق بلا شك ضرورته بالمعاملات المدنية أضعافاً مضاعفة و العلّة في ذلك واضحة تتجلّى بخصوصية الصفقات التجارية وما تتطلبه من عناصر لإنجاحها كالسرعة و الثقة المتبادلة والتعاون المشترك مما يستدعي بطبيعة الحال تكريس مبدأ حسن النية في المجال التجاري أكثر من أي مجال أخر[3]، و أكثر من هذا فإنّ قانون التجارة السوري قد نص في المادة 3 منه أنّه بحال لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه فللقاضي أن يسترشد بما استقر

---

[1] la rôle de bonne foi en droit des contrats – une disserte legal – sans auteur – sans date – sans numero de page - disponible sur : www.prepa-isp.fr visité en 13\7\2016 .

[2] د. موسى متري – العقود الدولية للتعاون الصناعي بين أطراف غير متساوية التطور (غرب – جنوب )- مرجع سابق – ص50

[3] Andrea Bolieiro & Pope Barristers – Bhasin V Hrynew and the principle of good faith in contracts: moving towards a modern view of commercial relationships – a legal scientific survey – with no date – with no page number - published on the website :www.papebarristers.com visited on 20\3\2017 .

عليه الاجتهاد القضائي و بمبادئ العدالة و الإنصاف و الاستقامة التجارية[1] و لعلّ هذه المادة **برأينا** خير دليل على شمول مبدأ حسن النية للمعاملات التجارية فيما إذا اعتبرناه تطبيقاً لمبادئ القانون الطبيعي من عدالة و إنصاف، أضف لذلك فإنّه إذا أردنا وضع مصطلح مرادف لمصطلح الاستقامة التجارة الذي استخدمه المشرع السوري في المادة 3 من قانون التجارة فلا نجد **برأينا** أفضل من مصطلح حسن النية في التعامل التجاري كتجسيد حقيقي لمفهوم الاستقامة التجارية.

**ثانياً : الأساس القانوني للالتزام بمبدأ حسن النية في مرحلة التنفيذ :**

بعد دراسة موقف الأنظمة القانونية المقارنة من مبدأ حسن النية في التنفيذ لناحية وجوده القانوني والأساس القانوني للالتزام به في دول كلّ نظام قانوني على حدّه كان لابدّ من التعمّق بالنظريات الفقهية التي تناولت مسألة الأساس القانوني لهذا الالتزام على وجه العموم :

**أ – تطبيق مبدأ حسن النية في مرحلة التنفيذ بحكم الواقع :**

يرى أنصار هذا الاتجاه أنّ مبدأ حسن النية يطبق بشكل افتراضي و تلقائي استناداً إلى متطلبات الواقع العملي عندما نستطيع القول بأنّ كلّ طرف من أطراف العقد سوف يحقق مصلحة معتبرة من تطبيقه وخاصة في مجال التجارة الدولية، والمعياريين الأساسيين لتطبيق هذه النظرية هما كلّ من : "حتمية المبدأ" **و** "متطلبات الحياة العملية"، وقد اقترح الفقيه Simon في سابقة : BP Refinery V Shire of Hastings[2] عام 1977 المنظورة

---

[1] إنّ **لمفهوم العدالة و الإنصاف" ex aequo et bono"** جذوراً ضاربة في القدم، ففي النظام القانوني القديم كانت القاعدة القانونية تهمل غالباً المنطلقات المعاصرة أو حالة الناس التي تطبق عليهم، ومن هنا وجد تطور الفكر الإنساني ما يسمى بالقانون الطبيعي، الذي هو أسمى من النصوص الوضعية، كونه يتضمن معنى المساواة بين الناس، إذ عدَّه الوجدان العام أقرب للعدالة الحقيقية من القانون نفسه وبذلك استُخْدِم لإكمال القانون الوضعي وأنسنته، فالقانون الطبيعي هو مجموعة من المبادئ العليا التي يسلم العقل بضرورتها لتنظيم العلاقات بين الأفراد في أي مجتمع، و العدالة تعني المساواة في الحكم و هما بهذا المعنى يشكلان شيء واحد لذا فهما يستعملان كمترادفين بالمعنى، مع أنّنا نرى أنّ قواعد العدالة هي تطبيق للقانون الطبيعي أكثر من كونها مرادف لفظي له إذ تقضي من حيث النتيجة بقيام القاضي بتطبيق القانون مع مراعاة ظروف وملابسات كلّ منازعة على حدا وذلك باستخدام العقل في الاجتهاد للوصول إلى حل للنزاع المعروض عليه فهو بهذه العملية يمتثل لمبادئ القانون الطبيعي، أما قواعد الإنصاف فتعتبر من خلال الدراسات الفقهية تارة أسمى من العدل و تشمله و تارة أدنى من العدل باعتبارها تطبيق جزئي له على حالات معينة و طوراً مفهومان متجانسان لا ينفصل أحدّهما عن الآخر و لا يمكن تحديد موقع أحدّهما من الأخر، (**راجع بهذا الصدد** : **د. حسين بن سليمة – حسن النية في تنفيذ العقود - تعريب محمد بن سالم - المطابع الموحدة – مجموعة سرباس – تونس – 1993 – ص78 وما يليها**) و بالنسبة للمشرع السوري فقد استخدم مصطلح مبادئ القانون الطبيعي و قواعد العدالة في القانون المدني في حين استخدم مصطلح مبادئ العدالة و الإنصاف و الاستقامة التجارية في القانون التجاري وهذا المصطلح الأخير ينضوي **برأينا** ضمن مفاهيم القانون الطبيعي عامة ومفهومي العدالة و الإنصاف خاصة إلا أنّ ما يميزه عنهما هو إنّ ذكره جاء امتثالاً لمقتضيات الحياة التجارية والطبيعة الخاصة للعلاقات الناشئة عنها و لذلك نجد النص عليه في القانون التجاري، و كلا النصين **برأينا** مع اختلاف المصطلحات المستخدمة في كلّ منهما يصبان بنفس المعنى و يؤديان لذات النتيجة...

[2] The details of this case are on the website : www.swarb.co.uk visited on 18\3\2017 .

أمام اللجنة القضائية الاستشارية في بريطانيا العظمى JCPC مجموعة من الشروط للأخذ بهذه النظرية وهي :

1 – أن يكون تطبيق المبدأ يحقق التوازن العقدي بين أطرافه .

2– أن يكون تطبيق المبدأ ضروري لتدعيم متطلبات الحياة التجارية الدولية .

3 –أن يكون تطبيقه تلقائياً دون حاجة للنص عليه صراحةً .

4 –ألا يعارض أي نص صريح في العقد .

5 –أن يكون من الممكن التعبير عنه صراحةً بالعقد إذا أراد الأطراف ذلك .

و**برأينا** يعاب على هذه النظرية عدم وضوحها فهي وإن كانت تصلح لتوضيح أهمية الالتزام بمبدأ حسن النية لكنها لا تصلح لتوضيح الأساس القانوني للالتزام به، إذ أقرّت الالتزام بمبدأ حسن النية في مرحلة التنفيذ استناداً لمتطلبات الواقع العملي وهذه المتطلبات متبدلة بتبدل الأزمنة والأمكنة، فأمر كهذا لا يكفي من الناحية القانونية للقول بحتمية هذا الالتزام كما لا يساهم في تحديد الطبيعة القانونية للمسؤولية المترتبة على الإخلال به.

**ب – تطبيق مبدأ حسن النية في مرحلة التنفيذ كجزء من البناء القانوني للعقد :**

وفقاً لأنصار هذا الاتجاه يعتمد مبدأ حسن النية في تنفيذ العقد بالدرجة الأولى على إرادة الأطراف المتعاقدة الذين يدأبون على تضمين مثل هذا الموجب بعقودهم حتى أنّ الفقيه Hoffmann في قضية : Attorny general of Belize V Belize Telecome[1] عام 2009م المنظورة أمام اللجنة القضائية الاستشارية لبريطانيا العظمى JCPC اعتبر بأنّ مبدأ حسن النية هو جزء لا يتجزأ من الهيكلية القانونية لأي عقد خاصةً عقود التجارة الدولية، فتطبيق حسن النية كالتزام عقدي صريح أو ضمني يعكس متطلبات التركيب القانوني للعقد، الأمر الذي أكدّه قضاء ولاية كاليفورنيا الأمريكية عام 1999م إذ اعتبر أنّه من البديهي أن يتضمن العقد بالإضافة لشروطه الصريحة شروط ضمنية تتمتع بنفس القوة القانونية التي تتمتع بها الشروط الصريحة منها "**مبدأ حسن النية و أمانة التعامل و اللباقة التجارية**" والعلّة بذلك أنّ العقد و هو اتفاق يتضمن تعهد كلّ طرف بأداء التزاماته بحسن نية متوقعاً ذات الشيء من الطرف الأخر[2].

و يعاب على هذه النظرية **برأينا أنّها** ربطت إعمال هذا المبدأ الجوهري بإرادة الأطراف فقط و هنا يثور السؤال ماذا لو لم يضمّن الأفراد مثل هذا الموجب بعقودهم صراحةً و تعذر

[1] For more information about this case review : www.hsfnotes.com the last visit 8\3\2017 .

[2] Matthew Schultz – Bad faith or no faith ? finding a place for wrongful refusal to defend in Florida's bad faith jurisprudence – Florida law review – Vol.29 –US- 2002 – P. 1399 – at : www.archivelaw.fsu.ed visited on 28\1\2017.

استخلاصه ضمناً ؟ والأكثر من ذلك **هل يتصور أن يتعاقد الأفراد خارج هذا المبدأ كلياً ؟ أي هل تكون لإرادة المتعاقدين الغلبة في التطبيق إذا تعارضت مع مبدأ حسن النية أم يجب أنّ تتقيد الإرادة باحترام حسن النية في التعامل ؟؟**

باستثناء المشرع الفرنسي الذي حسم هذا الجدل بموجب المادة 1104 من القانون المدني الفرنسي المعدّل والتي اعتبرت مبدأ حسن النية في كلّ مراحل العقد من القواعد القانونية المتعلقة بالنظام العام لا يجوز مخالفتها، لا يوجد نص صريح في الأنظمة القانونية المقارنة يجيب على هذا التساؤل المهم مما دعا الفقه إلى الانقسام في اتجاهات مختلفة :

1- الاتجاه الأول: يجسّد المبدأ القائل لا سلطان يعلو على سلطان الإرادة و هو ما عبر عنه الفقيه Kelly J في قضية Gateway [1] بقوله:" إنّ المحاكم تفرض معايير أخلاقية في العمليات التعاقدية و ما قبل التعاقدية ولكنها نادراً ما تفرضها بطريقة تتعارض أو تعلو على الشروط التعاقدية الصريحة للأطراف"، وعليه فإنّه ووفقاً لهذا الرأي لأطراف العقد التجاري الدولي كامل الحرية في الأخذ بمبدأ حسن النية أو استبعاده[2] طالما أنّه لا يوجد نص يقضي بغير ذلك، وهذا اتجاه فيه الكثير من المغالاة إذ لا يمكن **برأينا** التمسك بمبدأ قانوني ما دون قيد أو شرط لدرجة تصل إلى إهدار مبادئ قانونية أخرى لا تقل أهميه عنه.

2- الاتجاه الثاني : الحالة الوحيدة التي يمكن فيها التخلي عن مبدأ حسن النية هي حالة عدم وجود العقد أصلاً، و هو ما أكدّته المحكمة البريطانية الكولومبية العليا في قضية : Maple Ridge ( corp . of ) V Maple Ridge Towing 1981 Ltd [3] ، و هذا **برأينا** أيضا بعيد عن المنطق القانوني إذ أنّنا قد تحدثنا سابقاً عن مبدأ حسن النية في مرحلة ما قبل التعاقد (المفاوضات) و هي مرحلة ليس بالضرورة أن تكون مرحلة عقدية إذ قد تفتقر العلاقة بين الأطراف لأي عقد و مع ذلك بقي مبدأ حسن النية محافظاً على وجوده القانوني فيها .

3- الاتجاه الثالث[4]: لا يجوز للمتعاقدين الاتفاق على ما يخالف مبدأ حسن النية في أي مرحلة من مراحل العقد التجاري الدولي و استند أنصاره إلى ما يلي :

- ما تضمنه تعليق الأمانة العامة للجنة الاونسترال على المادة 6 من مشروع اتفاقية فيينا 1980م و التي تقابل المادة 7-1 من هذه الاتفاقية المتعلقة بمراعاة مبدأ حسن النية بوصفه أحد المبادئ العامة التي تقوم عليها هذه الاتفاقية؛ حيث أوردت الأمانة العامة في تعليقها

---

[1] Shannon Kathleen O'byrne – op.cit – P. 236 .

[2] Allan Fransworth –Review of srandard forms – 21cornell international law journal –1998 -P.441.
مشار إليه لدى : حسام الدين عبد الغني الصغير – تفسير اتفاقية فيينا بشأن عقود البيع الدولي للبضائع – دار النهضة العربية – القاهرة – 2001 م– ص 64 - فقرة 162 .

[3] Shannon Kathleen O'byrne -op.cit – P. 241 .

[4] حسام الدين عبد الغني الصغير – مرجع سابق – ص 64 - فقرة 164 .

مجموعة من الأمثلة التطبيقية لمبدأ حسن النية ثم أكدّت في نهاية التعليق أنّ مبدأ حسن النية من غير المتصور استبعاده كونه أوسع نطاقاً من هذه الأمثلة و ينطبق على جميع جوانب تفسير و تطبيق هذه الاتفاقية .

- مبادئ اليونيدروا المتعلقة بعقود التجارة الدولية التي أكدّت صراحةً في المادة 7/1 منها بأنّ مبدأ حسن النية من المبادئ التي لا يجوز الاتفاق على استبعادها أو تقييدها .
- قانون العقود الأوروبي الموحد : بالمادة 1.201 اعتبر صراحةً أنّ واجب حسن النية والصدق في التعامل لا يمكن استبعاده أو تقييده [1]

و**برأينا فإنّ** مبدأ سلطان الإرادة بالرغم من قدسيته لا يجب ألا يتعارض مع مفاهيم بدورها سامية تجسّد العدالة والمنطق القانونين كمفهوم حسن النية هذا من جهة ومن جهة أخرى فإنّه من غير المقبول قانونياً ربط الالتزام بمبدأ حسن النية بالعقد وجوداً وعدماً؛ **ومن هنا فنحن نؤيد أنصار هذا الاتجاه الأخير الذين اعتبروا مبدأ حسن النية بمثابة "قاعدة قانونية آمرة" لا يجوز الاتفاق على مخالفتها في أي مرحلة يمر بها العقد تحت طائلة المسائلة القانونية لأنّ أمر كهذا قد يعود بنتائج كارثية على الأطراف المتعاقدة خصوصاً وعلى الحياة الاقتصادية والتجارية عموماً.**

**<u>والسؤال المهم المطروح بهذا الصدد هل يعتبر الالتزام بمبدأ حسن النية قاعدة قانونية آمرة وفقاً للمنظومة القانونية السورية ؟</u>**

تقسم القواعد القانونية من حيث قوتها الملزمة إلى قواعد آمرة وثيقة الصلة بكيان المجتمع ومصالحه الأساسية تضعها الجماعة بنفسها ولا يجوز للأفراد الخروج عليها أو مخالفتها تحت طائلة البطلان وقواعد مكملة تحكم الروابط بين الأفراد وتتصل بمصالح فردية خاصة لا تستأثر الجماعة بوضعها مما يجعلها تفتقر الطابع الإلزامي ويجوز للأفراد الخروج عليه وفقاً لارادتهم وتطبق عليهم إذا لم يتفقوا على مخالفة أحكامها، و لتمييز القواعد الآمرة عن المكملة هناك معياريين أحدهما لفظي والآخر موضوعي أما المعيار اللفظي فيعتمد على دلالة الألفاظ التي يستخدمها المشرع في النص القانوني فتكون القاعدة آمرة عندما يستخدم المشرع ألفاظ الجزم والإلزام في صياغة النص في حين تكون مكملة إذا استخدم المشرع ألفاظ الجواز والإباحة، أما المعيار الموضوعي فأساسه النظر الي مضمون القاعدة القانونية و مدى تعلق حكمها بالنظام العام و الآداب العامة فإن تعلق حكم القاعدة بالنظام العام والآداب العامة

[1] Article 1.201 of Europen contract law : 1- each party must act in accordance with good faith and fair dealing 2- the parties may not exclude or limit this duty .

عدّت قاعدة آمرة وإلا عدّت قاعدة مكملة، ولايجوز اللجوء إلى المعيار الموضوعي لتحديد طبيعة القاعدة القانونية الآمرة أو المكملة إلا بعد اخفاق المعيار اللغوي في الكشف عن هذه الطبيعة.

وفيما إذا أردنا إسقاط هذه الأحكام على نص المادة 149 من القانون المدني السوري نجد أن المشرع السوري قد ابتعد عن عبارات الجواز والإباحة التي تفتح المجال لإعمال حرية الإرادة لدى المخاطبين بالقاعدة بل على العكس ابتدأ النص القانوني بلفظ "**يجب**" و هو لفظ يتضمن معنى الجبر والإلزام وهذا برأينا كفيل بإدخال الالتزام بمبدأ حسن النية ضمن القواعد القانونية الآمرة التي لا يجوز للأفراد الاتفاق على خلافها، وحتى فيما لو أردنا الذهاب أبعد من ذلك وإعمال المعيار الموضوعي لتمييز القاعدة الآمرة عن المكملة نجد بأن مبدأ حسن النية ضروري للمحافظة على المعاملات المالية لأفراد المجتمع من الاضطراب الأمر الذي يحتم على الجميع احترامه مطلقاً وهذا كفيل باعتباره قاعدة النظام العام و أكبر دليل على ذلك قيام القانون الفرنسي الذي يعتبر الأصل التاريخي للقانون السوري بإدراجه صراحةً ضمن مقتضيات النظام العام في فرنسا كما سبق ورأينا دون الاكتفاء باعتباره قاعدة قانونية آمرة، وبرأينا لو أراد المشرع السوري اعتبار مبدأ حسن النية قاعدة نظام عام لنص على ذلك صراحةً كما فعل الفرنسي، ومن هنا يمكن القول بأنّ مبدأ حسن النية في المنظومة القانونية السورية قاعدة قانونية آمرة لكنها لا تصل لحد اعتبارها قاعدة نظام عام .

**ج – تطبيق مبدأ حسن النية في مرحلة التنفيذ بحكم القانون :**[1]

تأثر جانب كبير من الفقه بقرار المحكمة الاسترالية العليا في قضية : Breen V Williams[2] عام 1996م التي اعتبرت أنّ: "متطلبات فرض مبدأ حسن النية بنص القانون هو كون هذا المبدأ ضروري لفاعلية العملية التعاقدية أمام المحكمة و معيار الضرورة من عدمه هو عدم جعل الحقوق و الواجبات التعاقدية تافهة أو غير ذات قيمة أو غير مأخوذة على محمل الجد من قبل أطرافها "، أضف لذلك أنّه و منذ نشر القانون الأمريكي الثاني للعقود لعام 1981 الذي نص صراحةً على هذا المبدأ فإنّ عدد كبير من المحاكم في الولايات المتحدة الأمريكية اعتمدت في أحكامها على واجب حسن النية القانوني بوصفه صمام أمان

[1] Tek Kah - op.cit - P . 126 .
[2] The details of these case are on : www.austii.edu.au visited on 4\4\2017 .

يمّكن القضاة من ملء الثغرات القانونية و تقييم الحقوق والالتزامات العقدية[1]، ويظهر تأثر المشرع السوري بهذه النظرية في المادة 149 من القانون المدني السوري التي نصت على ضرورة تنفيذ العقود بحسن نية، والأكثر من ذلك فإنّ بعض التشريعات المقارنة كانت قد كرّست مبدأ حسن النية صراحةً بصدد أنواع معينة من العقود والتي غالباً ما تتمتع بالصفتين التجارية والدولية نذكر من قبيل ذلك عقد الفرنشايز[2] فلو أخذنا كندا كمثال على دول نظام القانون العمومي نجد قانون ولاية ألبرتا للفرنشايز لعام 2000 قد كرّس صراحةً مبدأ حسن النية كأحد متطلبات نظام الفرنشايز بالمواد 1 و18 منه معتبراً أنّ "كلّ عقد فرنشايز يفرض على كلّ طرف من أطرافه واجب أمانة التعامل و **حسن النية** في تنفيذه وأي إعفاء أو تملص من الحقوق المفروضة بموجب هذا القانون يعتبر باطل" ، ولو أخذنا إيطاليا كمثال على دول نظام القانون المدني نجد أنّ قانون الفرنشايز الإيطالي لعام 2004 قد نص صراحةً في المادة السادسة منه على "ضرورة تقيد أطراف الفرنشايز بمبدأ حسن النية وأمانة التعامل فيما بينهم" .

**وبرأينا فإنّ قيام المشرع بتقنين مبدأ حسن النية في العقود عامة وبمختلف المراحل التي تمر بها هي الوسيلة المثلى لحل إشكالية البحث عن أساس قانوني للالتزام بهذا المبدأ و حسم حالة التشرذم الفقهي والقضائي بهذا المجال .**

---

[1] Emily Houh- The doctrine of good faith in contract law (a nearly empty vessel ) – UTAH law review – vol.1 No.1 - university of Cincinnati –US - 2005- P.8- at : www.scholarship.law.uc.edu visited on 30\3\2017 .

[2] **عرف الاتحاد الدولي للفرنشايز عملية الفرنشايز بأنّها : "علاقة تعاقدية بين صاحب الامتياز و متلقي الامتياز يلتزم بمقتضاها صاحب الامتياز بنقل المعرفة الفنية والتدريب لمتلقى الامتياز الذي يقوم بالعمل تحت اسم معروف و عام أو شكل أو اجراءات مالك أو مسيطر عليها من قبل صاحب الامتياز و في هذا العقد يقوم المتلقي باستثمار أمواله الخاصة في العمل المرخص به بحيث تكون مخاطر نجاح هذه العملية عليه و يتحملها وحدّه دون غيره "** . محمود أحمد الكندري – أهم المشكلات التي يواجهها عقد الامتياز التجاري – بحث منشور في مجلة الحقوق – جامعة الكويت – مجلد 24 – عدد 2 – 2000 م - ص 5 - مشار إليه لدى : د.أحمد أنور محمود – المحل في عقد الامتياز التجاري – منشورات الحلبي الحقوقية – بيروت – 2010 – ص 28 .

## المطلب الثاني : الآثار القانونية المترتبة على الإخلال بمبدأ حسن النية في مرحلة التنفيذ

في حكم لمحكمة النقض الفرنسية عام 2007 قررت صراحةً أنّ: " القاعدة التي بمقتضاها يجب تنفيذ الالتزامات بحسن نية تخوّل القاضي تطبيق المؤيدات القانونية على التصرفات غير الأخلاقية بموجب الامتيازات العقدية و لا تسمح بالاتفاق على الوصول إلى نفس الحقوق و الواجبات المتفق عليها بين الطرفين"[1]، اعتبر هذا الحكم الإخلال بمبدأ حسن النية التنفيذي تصرفاً غير أخلاقي من جهة وغير قانوني من جهة أخرى يُرتب المسؤولية القانونية على الطرف المخل فكيف تتجلّى آثار الإخلال بهذا المبدأ ؟ هذا ما سنعالجه في الفرعيين التاليين

الفرع الأول : الأثر الموضوعي للإخلال بمبدأ حسن النية في مرحلة التنفيذ .

الفرع الثاني : الأثر الشخصي للإخلال بمبدأ حسن النية في مرحلة التنفيذ .

### الفرع الأول : الأثر الموضوعي للإخلال بمبدأ حسن النية في مرحلة التنفيذ

السؤال المطروح ونحن بصدد الحديث عن الأثر الموضوعي للإخلال بمبدأ حسن النية التنفيذي والذي يلخص ما سوف نتناوله بالأسطر القادمه يتجلّى على النحو التالي : **ما هو الأثر القانوني لإخلال أحد المتعاقدين في العقد التجاري الدولي بمبدأ حسن النية في تنفيذ العقد على العقد نفسه ؟**

**أولاً : بطلان العقد و إبطاله :**

**أ- البطلان :**

يكون العقد باطلاً بطلاناً مطلقاً وفقاً للقانون السوري والمقارن كما سبق وأشرنا في الفصل الأول إذا اختلت شرائط انعقاده كتخلف أو اختلال أحد أركانه أو بسبب وجود نص قانوني خاص يقرر ذلك، إذ يفتقر العقد بهذه الحالات إلى الوجود القانوني ويعتبر هو والعدم على السواء[2]، و من الجدير بالذكر أنّه بهذه الحالة يمكن التمسك بالبطلان من قبل كلّ ذي مصلحة كما أنّ للقاضي أن يحكم به من تلقاء نفسه[3]، وعليه وإسقاطاً على محور بحثنا فإنّ

[1] « Si la règle selon laquelle la convention doivent être exécutées de bonne foi permet au juge de sanctionner l'usage déloyal d'une prérogative contractuelle, elle ne l'autorise pas a porter atteinte a la substance même des droit et obligations légalement convenus entre les parties » Pascal Ancel – les sanctions du manquement à la bonne foi contractuelle en droit français à la lumière du droit québécois- Revue juridique Thémis - Luxembourg – 2011 – P.93 sur : www.infonix.ca et www.ssl.editionsthemis.com visité en 1\4\2017.

[2] راجع المادة 145 من القانون المدني السوري .

[3] انظر المادة 142 من القانون المدني السوري .

الإخلال بأحد الالتزامات المتولدة عن عقد انعقد صحيحاً ومنها الالتزام بالتنفيذ بحسن نية لا يشكل بحد ذاته مبرراً للقول ببطلانه .

**ب- الإبطال :**

وفقاً للقانون السوري و القانون المقارن يكون العقد قابل للإبطال إذا اختلت شرائط صحة انعقاده وليس شرائط انعقاده كما في الحالة السابقة، إذ تتجلّى حالات الإبطال بالدرجة الأولى نتيجة إختلال في ركن الرضا إما بسبب قصور الأهلية أو بسبب الإرادة المعيبة (إكراه – تدليس – غبن – غلط)[1] أو بسبب وجود نص خاص، ولا يمكن للقاضي بهذه الحالة الحكم بالإبطال إلا إذا تمسك به صاحب المصلحة وعليه إذا أبرم العقد مستوفياً لهذه لشروط صحته فلا مجال للقول بإمكانية إبطاله بسبب الإخلال بأحد الالتزامات المتولدة عنه كالالتزام بالتنفيذ بحسن نية.

**<u>ثانياً : وقف التنفيذ و الدفع بعدم تنفيذ الالتزام :</u>**

**أ –نظرية وقف التنفيذ :**

نظرية وقف التنفيذ تشكل أحد الإجراءات الوقائية التي فرضتها مقتضيات التجارة الدولية لإشاعة الثقة و الاستقرار في العقود التجارية الدولية إذ تعتبر إلى جانب الفسخ المبتسر من التطبيقات القانونية **لنظرية الإخلال المبتسر[2] أو الإخلال المسبق بالعقد ويقابلها باللغة الانكليزية مصطلحي Anticipatory Repudiation or Anticipatory Breach**[3] وهي من إبداعات نظام القانون العمومي وتحديداً محكمة الملكة Bench البريطانية في سابقة Hochster V De la Tour عام 1853م[4] **ومفادها توقع أحد أطراف العقد عدم قيام الطرف الآخر بتنفيذ التزامه بالوقت المحدد له، بمعنى آخر احتمالية الإخلال بتنفيذ الالتزام من قبل أحد المتعاقدين** ، ولقد ذهب المشرع الأمريكي دون سواه أبعد من ذلك بإضافة حالة الإخلال الفعلي المسبق بتنفيذ الالتزام وليس مجرّد الإخلال المحتمل إلى نطاق نظرية الإخلال المبتسر بالعقد.

---

[1] انظر المواد من 120 و حتى 131 من القانون المدني السوري .

[2] **مُبتسِر بالكسر اسم فاعل من الفعل ابتسر و مبتسَر بالفتح اسم مفعول من الفعل نفسه و ابتسر الحاجة طلبها قبل أوانها ، ابتسر الرأي أبداه قبل نضجه و ابتسر الأمر ابتدأ به دون سواه و الطفل المبتسر هو الطفل الذي يولّد قبل أوانه** (معجم لسان العرب لابن منظور – المجلد الثاني – الطبعة 3 - دار صادر – بيروت – 2004 – ص 83) .

[3] لاحظنا أنّ أغلب الفقه الأجنبي لم يفرق بين المصطلحين واستخدمهما في معنى واحد لكن قلّة قليلة فرقت بينهما معتبرة أنّ Anticipatory Repudiation يعني حدوث إخلال فعلي مسبق بالعقد في حين أنّ Anticipatory Breach يعني توقع حدوث مثل هذا الإخلال و لعل مثار هذه التفرقة عائد إلى تحديد نطاق نظرية الإخلال المسبق بالعقد ...

[4] Details of Hochster V De la Tour /1853/ are available on : www.e-lawresources.co.uk visited on 9\10\2016 .

وعليه في حال ثبت الإخلال المبتسر بالعقد فإنّ من جملة ما يولدّه من آثار القانونية إمكانية إعمال نظريتي وقف التنفيذ أو الفسخ المبتسر للعقد فيما إذا تحققت شروط إعمال أي منهما والتي تختلف بطبيعة الحال عن شروط إعمال الأخرى، الأمر الذي سنتعرف عليه تباعاً بطريقة قانونية مقارنة.

1- الوجود القانوني لنظرية وقف التنفيذ :

● نظرية وقف التنفيذ على الصعيد الدولي: نظراً للحاجة الماسة التي تفرضها مقتضيات العقود التجارية الدولية فقد أقدمت العديد من التشريعات الدولية على تقنين نظرية وقف التنفيذ متأثرةً بدول نظام ال common law واستجابةً لمتطلبات الحياة العملية وهو ما تمّ فعلاً في المادة 7.3.4 من مبادئ اليونيدروا والتي تقابل حرفياً المادة 8:105 من قانون العقود الأوروبي الموحد[1]؛ وتحت عنوان التأمينات الكافية لحسن التنفيذ إذ نصت على ما يلي: "يجوز للطرف الذي يعتقد استناداً لأسباب معقولة أنّ الطرف الآخر سينسب إليه عدم تنفيذ جوهري أن يطالب بتقديم تأمينات كافية لحسن التنفيذ ويحق له إلى أن تقدّم هذه التأمينات الامتناع عن تنفيذ ما يخصه من التزامات فإذا لم تقدم هذه التأمينات خلال ميعاد معقول فيجوز له فسخ العقد[2]، وكذلك الحال بالنسبة لاتفاقية فيينا بشأن البيع الدولي للبضائع 1980م إذ أقرّت نظرية وقف التنفيذ في المادة 71 منها بقولها:" يجوز لكلّ من الطرفين أن يوقف تنفيذ التزاماته إذا تبين بعد انعقاد العقد أنّ الطرف الآخر سوف لن ينفذ جانباً مهماً من التزاماته بسبب وقوع عجز خطير في قدرته على تنفيذ هذا الجانب أو بسبب إعساره أو بسبب الطريقة التي يعدها لتنفيذ العقد أو التي يتبعها في تنفيذه"، والمعنى نفسه كانت قد أكدّت عليه سابقاً اتفاقية لاهاي المتعلقة بالبيع الدولي للمنقولات المادية(البضائع) لعام 1964[3] في المادة 73

---

[1] Article 8:105 of Europen law :" A)-A party who reasonably belives that there will be a fundemantal non-performance by the other party may demand adequate assurance of due performance and meanwhile may withhold performance of it's own obligation so long as such reasonable belif continues"

B)- where this assurance is not provided within a reasonable time, the party demanding it may terminate the contract if it still reasonably belives that there will be a fundemantal non-performance by the other party and give notice of termination without delay".

[2] **يلاحظ على المواد 7.3.4 من مبادئ اليونيدروا و 8:105 من قانون العقود الأوروبي الموحد أنهما اشترطا أن يكون عدم التنفيذ جوهرياً بخلاف اتفاقيتي لاهاي وفيينا اللتان اشترطتا الإخلال الجوهري لناحية الفسخ المبتسر للعقد فقط كما سنرى لاحقا.**

[3] وتسمى أيضاً بالقانون الموحد للبيوع الدولية ULIS تم إقرارها بالإضافة إلى القانون الموحد لتكوين العقود ULFC في مؤتمر عقد في مدينة لاهاي الهولندية بتاريخ 25 أبريل 1964 م، وقد جاءت اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولي للبضائع (اتفاقية فيينا 1980) لتحدّ من مفاعيل هاتين الاتفاقيتين حيث اشترطت بالمادة 99 منها على كل دولة تصدّق على اتفاقية فيينا أو تنضم إليها وتكون طرفاً في اتفاقية لاهاي لتكوين العقود (القانون الموحد بشأن تكوين عقود البيع الدولي للبضائع) 1964 أو اتفاقية لاهاي للبيوع (القانون الموحد بشأن البيع الدولي للبضائع)1964 أو كلاهما أن تنسحب في الوقت ذاته منهما كلاهما أو من أحدهما حسب الحال وذلك بإخطار حكومة هولندا بذلك وكأن اتفاقية فيينا قد نسخت أحكام اتفاقيتي لاهاي بالنسبة لكل دولة انضمت إليها وكانت سابقاً طرفاً في أحد هاتين الاتفاقيتين، ومن الجدير بالذكر أن الجمهورية العربية السورية لم تكن طرفاً في أي من اتفاقيتي لاهاي المذكورتين آنفاً إلا أنها بالمقابل كانت من أوائل الدول المنضمة إلى اتفاقية فيينا .

منها التي أجازت لكلّ من طرفي العقد وقف تنفيذ التزاماته إذا تبين لأحدّهما أنّ المركز الاقتصادي للطرف الآخر قد اضطرب بعد إبرام العقد اضطراباً خطيراً يخشى معه أن يعجز عن تنفيذ جانب أساسي من التزاماته[1].

● نظرية وقف التنفيذ على الصعيد الداخلي: لم تأت أغلب الأنظمة القانونية المقارنة سواء في نظام القانون المدني أو القانون العمومي على تنظيم نظرية وقف التنفيذ ، و لعلّ السبب بذلك يعود **برأينا** إلى وجود نظريات رديفة في القوانين الوضعية تحقق نتائج مقاربة لما تحققه نظرية وقف التنفيذ وعلى رأسها مُكنّة الدفع بعدم التنفيذ التي تختلف عن نظرية وقف التنفيذ من عدّة أوجه سوف نأتي على ذكرها، إلا أنّ المشرع الأمريكي كان قد خطا خطوة متقدمة بتقنينه الصريح لنظرية وقف التنفيذ عندما تحدّث عن عقد البيع في القانون التجاري الأمريكي الموحدUCC / 2005م وتحديداً في المادة 2.609 فقرة أ منه التي نصت على : " للمتعاقد في حال نشوء أسباب معقولة تؤدي لعدم توافر الاطمئنان الكافي لديه حول قيام المتعاقد الآخر بتنفيذ التزاماته عند حلول الأجل المحدد لها أن يقوم بتوجيه طلب كتابي لهذا الأخير يطالبه بتقديم ضمانات كافية مناسبة للتنفيذ المستحق و لحين تلقي مثل هذه الضمانات يكون له الحق في إيقاف تنفيذ أي التزام مستحق عليه إذا كان ذلك مقبول من الناحية التجارية" [2].

ولكن السؤال المطروح هنا بالنسبة للدول التي لم تقنن فيها نظرية الإخلال المبتسر بالعقد ومنها سوريا وهي التي تعطي الطرف المضرور الحق بوقف التنفيذ ضمن شروط معينة وفقاً لما سوف نشرحه بالأسطر القادمة، هل يمكن إعمال مُكنّة وقف التنفيذ و على أي أساس قانوني ؟

إن الإجابة على هذا السؤال المهم نجده في حكم حديث صادر عن محكمة تمييز دبي بغرفتها التجارية في الطعن رقم 200 لعام 2013[3] م إذ قضت " بمشروعية قيام المشتري بوقف تنفيذ التزامه الحال بدفع الثمن عندما يكون هناك أسباب جدية تدفع المشتري للاعتقاد بفشل المطور

---

[1] Article 73\1of Hauge convention : Each party may suspend the performance of his obligations whenever, after the conclusion of the contract, the economic situation of the other party appears to have become so difficult that there is good reason to fear that he will not perform a material part of his obligations.

[2] صحيح أنّ المشرع الأمريكي نظم نظرية الإخلال المبتسر وما يتفرع عنها من آثار لجهة وقف التنفيذ و الفسخ المبتسر ضمن إطار عقد البيع إلا أنّ الفقه والقضاء الأمريكي لم يقصروا تطبيق هذه النظرية على عقد البيع فقط بل كانت هذه النصوص القانونية منطلق لأحكامهم في عقود أخرى، مشار إليه لدى :

Alphonse Squillant – Anticipatory Repudiation and retraction – Valparaiso university law review – Vol.7 – No.4 – Art4 –US - 1937 – p. 379 at : www.scholar.valpo.edu last visit 20\9\2016.

[3] تفاصيل هذه القضية متاحة على الموقع الالكتروني الرسمي لوزارة العدل في دولة الإمارات العربية المتحدة وهو: www.theualaw.com تمّت زيارة الموقع في 9\8\2016 .

في تنفيذ التزامه المستقبلي في الموعد المحدد و استندت بذلك إلى مبدأ حسن النية في التنفيذ".

يلاحظ أنّ هذا الحكم قضى بإمكانية الأخذ بنظرية وقف التنفيذ استناداً لمبدأ حسن النية التنفيذي كأساس قانوني لإعمالها في ظل غياب النص، و عليه فإنّنا نرى إمكانية إعمال هذه النظرية وفقاً للقانون السوري و على نفس الأساس القانوني و هو المادة 149 من القانون المدني السوري إذ أنّها تصلح **برأينا** كأرضية قانونية لإعمال هذه النظرية حتى قيام المشرع السوري بتقنينها، و الأكثر من ذلك يمكن **برأينا** تطبيق أحكام نظرية وقف التنفيذ استناداً لمبدأ حسن النية في تنفيذ العقود التجارية الدولية في كلّ مرّة تكون ال lexmercatoria هي القانون الواجب التطبيق أو على الأقل هي المكمل للقانون للقانون الواجب التطبيق على العقد التجاري الدولي[1] وذلك قياساً على ما قررته غرفة تجارة باريس فيما يتعلق بنظرية الفسخ المبتسر كما سنرى لاحقا.

2- شروط إعمال نظرية وقف التنفيذ :

- توقّع جدي لعدم تنفيذ الالتزام : تتمحور نظرية وقف التنفيذ حول فكرة تنبوء أحد الأطراف وبصورة جدية أنّ الطرف الآخر قد لا يقوم بتنفيذ التزامه بالوقت المناسب[2]، ومثل هذا التوقع لا ينشأ من فراغ إنما لابدّ أن يؤسس على أسباب وقرائن تبرره، وقد أطرّت اتفاقية فيينا هذه الأسباب ضمن فئتين أساسيتين: **الأولى** تعود لوقوع عجز خطير في قدره المدين على تنفيذ الالتزام أو إعساره، **الثانية** تعود للطريقة التي يعدّها لتنفيذ العقد أو التي يتبعها فعلاً في تنفيذه، أما اتفاقية لاهاي فقد نحت منحى أكثر عمومية عندما اشترطت أن يكون توقع عدم تنفيذ الالتزام ناشئ عن حالة اضطراب اقتصادية وبصرف النظر عن السبب الكامن وراء هذه الحالة، و**برأينا فإنّ** اتفاقية فيينا تفوقت على نظيرتها لاهاي إذ نحت نحو مزيد من الدقة و التحديد وتفوقت أيضاً على كلّ من مبادئ اليونيدروا و قانون العقود الأوروبي الموحد إذ استخدم الأخيران عبارة (للطرف الذي يعتقد استناداً لأسباب معقولة) وهي عبارة مطاطية قد تؤدي في كثير من الأحيان للوقوع في إشكالية معيار تحديد المعقولية من عدمها، لذا فقد تنبه المشرع الأمريكي لهذه النقطة في الفقرة 2 من المادة 2.609 معتبراً أنّ تحديد ما إذا كانت هذه الأسباب معقولة أم لا تتوقف على المعايير السائدة في الوسط التجاري.

---

[1] اعتبر القرار التحكيمي الصادر عن غرفة تجارة باريس عام 2009 برقم 119 أنّ مبادئ اليونيدروا والتي تكرّس بذاتها مفهوم اللكس ميركاتوريا الحديثة The new Lexmercatoria **هي مكمل ومتمم تلقائي للقانون الوطني الواجب التطبيق في العقد التجاري الدولي** المبرم بين الشركتين الروسية والبريطانية ما لم يتفق على خلاف ذلك، تفاصيل القرار متاحة على: www.arbitration.org\awards آخر دخول 13\10\2016.

[2] نغم حنا رؤوف - وقف التنفيذ بعقد البيع الدولي للبضائع – مجلة جامعة تكريت للعلوم الإنسانية – مجلد 14 عدد 11 – 2007 – ص452 - متاحة على : www.aoua.com آخر ولوج 26\12\2016 .

● أن يكون الالتزام مهم أو أساسي : وهذا الشرط انفردت به كلّ من اتفاقيتي فيينا ولاهاي في حين ذهبت مبادئ اليونيدروا وقانون العقود الأوروبي الموحد أبعد من ذلك مشترطةً عدم التنفيذ الجوهري للالتزام (وسوف نتعرف على مفهوم عدم التنفيذ الجوهري للالتزام أو ما يسمى بالمخالفة الجوهرية للعقد بشكل مفصل عند الحديث عن الفسخ المبتسر)، أما فيما يتعلق بمصطلحي الالتزام المهم الذي استخدمته فيينا والالتزام الأساسي الذي استخدمته لاهاي فلم تحدد أي من الاتفاقيتين ما المقصود منه إلا أنّ المؤتمر الدبلوماسي الذي انعقد في فيينا من 2/1 و لغاية 4/1 من عام 1980 قد تناول مسألة مفهوم الالتزام المهم إذ رفض المؤتمرون فكرة المساواة بين معنى الإخلال الجوهري و الإخلال المهم بالالتزام[1]معتبرين أنّ عدم المساواة بين هذين المعنيين أمر يقتضيه التمييز بين شروط إعمال وقف التنفيذ و بين شروط إعمال الفسخ المبتسر للعقد وفقاً لاتفاقية فينا، أما فيما يتعلق بالفرق بين الالتزام المهم والالتزام الأساسي **فبرأينا كلّ** التزام أساسي هو التزام مهم لكنّ العكس ليس بالضرورة أن يكون صحيحاً فليس من الضروري أن يكون كلّ التزام مهم هو التزام أساسي و عليه فإنّ ما ينطبق على الالتزام المهم ينطبق بطبيعة الحال على الالتزام الأساسي فالتفرقة بين المصطلحين هي تفرقة تحكمية لا طائل لها، و **برأينا** فإنّ أمر تحديد أهمية أو أساسية أي التزام و منها الالتزام بمبدأ حسن النية يعود بالدرجة الأولى للسلطة التقديرية للجهة الناظرة بالنزاع مستندةً بذلك إلى عدّة معطيات تختلف وفق كلّ حالة على حدّه على رأسها اتفاق الأطراف و مقدار الضرر الذي يسببه الإخلال بهذا الالتزام على الأطراف المتعاقدة، **وعليه ووفقاً لهذا التحليل ففي كلّ مرّة يُدرج فيها الالتزام بمبدأ حسن النية ضمن إطار الالتزام المهم أو الأساس فإنّ توقع الإخلال المستقبلي به يخول الظرف المضرور بلا شك مُكنّة وقف التنفيذ شريطة توافر الشروط الأخرى لإعمال هذه المُكنة**، وفي واقع الأمر فقد توسع الفقه و القضاء بتفسير مصطلح الالتزام المهم ليشمل بدوره الالتزامات الثانوية تطبيقاً لمقتضيات مبدأ حسن النية في العقود التجارية الدولية[2]، ومن الجدير بالذكر أنّ المشرع الأمريكي لم يقرر وجود مثل هذا الشرط عندما قنن نظرية وقف التنفيذ إذ اعتبر أنّ توقع الإخلال بالتزام مستقبلي "وبصرف النظر عما إذا كان هذا الالتزام مهم أو أساسي أم لا" يخول المضرور حق وقف التنفيذ، وعليه فإنّ مجرّد توقع الإخلال بالالتزام بمبدأ حسن النية في التنفيذ من قبل أحد أطراف العقد يخول الآخر مُكنّة وقف التنفيذ وفقاً للقانون الأمريكي .

[1] د.ناصر خليل جلال و د.سميرة عبد الله مصطفى- وقف التنفيذ كجزاء على الإخلال المبتسر بالعقد – مجلة كلية الحقوق - جامعة النهرين –مجلد 13 عدد 2 –العراق - 2011 – ص 78 متاحة على :www.mlawanharain.org تاريخ الزيارة 25\1\2017

[2] المرجع السابق – ص 79 .

● الإخطار : أي قيام الطرف الذي قرر استعمال حقه بوقف التنفيذ بإخطار الطرف الآخر بعزمه على مباشرة هذا الحق و هو شرط مكمل للشروط السابقة تفرضه بطبيعة الحال مقتضيات حسن النية، لم تتضمنه اتفاقية لاهاي بخلاف نظيرتها فيينا التي اشترطته صراحةً وسارت كلّ من مبادئ اليونيدروا وقانون العقود الأوروبي الموحد والقانون الأمريكي على نهجها بغرض منح المدين الفرصة لتقديم الضمانات الكافية لتنفيذ التزاماته و بالتالي زوال حالة الإخلال المبتسر بالعقد و إعطائه فرصة لاستئناف عملية التنفيذ ، و من الضروري مراعاة مبدأ حسن النية في طريقة توجيه الإخطار ومدته الزمنية تطبيقاً لمبدأ حسن النية في إنهاء العقد تحت طائلة المطالبة بالتعويض من قبل المضرور الأمر الذي أكدّته كلّ من المحكمة البريطانية العليا صراحةً عام 2013 في سابقة Hamsard Ltd and others V Boots UK Ltd[1] كمثال على دول نظام القانون العمومي و محكمة النقض الفرنسية كمثال على دول نظام القانون المدني بالقضية رقم 12-22-952/8 لعام 2013م[2]، وقد اعتبر القانون الأمريكي الموحد أنّ مرور مدّة 30 يوم كحد أقصى من توجيه الإخطار دون قيام الطرف الآخر بتقديم ضمانات كافية تخول المضرور الفسخ المبتسر كما سنرى لاحقاً، و من الجدير بالذكر أنّ موقف المشرع الأمريكي بهذه الجزئية يماثل موقف كلّ من مبادئ اليونيدروا وقانون العقود الأوروبي الموحد إلا أنّ الأخيرين لم يحددا حد أدنى أو أقصى لمدة تقديم الضمانات وإنما كلّ ما هنالك أنهما اشترطا تقديمها خلال فترة معقولة من توجيه الإخطار تحت طائلة ممارسة الحق بالفسخ.

**و بناءً على ما سبق وإسقاطاً على مثار بحثنا فإنّه إذا ما وقعت ظروف معينة بعد إبرام العقد التجاري الدولي تولّد الاعتقاد بأنّ أحد أطرافه سوف لن ينفذ التزامه بحسن نية في المستقبل فهذا يخوّل الطرف الآخر إعمال حقه بوقف التنفيذ في كلّ مرّة تتوافر فيها شروط إعمال هذه النظرية آنفة الذكر.**

[1] Andrew White & Esther Johnson – Reasonable notice to terminate in good faith : hight court applies principles to supply contract in difficulty –legal study published in 3 Jan 2014- with no page number –available at : www.twobirds.com visited on 7\2\2017 .

[2] This case is available on The official website of French government :www.legifrance.gouv.fr Visité en 10\2\2017 .

**ب- نظرية الدفع بعدم التنفيذ :**

1- الوجود القانوني لنظرية الدفع بعدم التنفيذ : الدفع بعدم التنفيذ نظام قانوني مؤداه أنّه في العقود المتبادلة يسوغ لكلّ من المتعاقدين الامتناع عن تنفيذ الموجبات التي يفرضها عليه العقد و لو كانت حالة الأداء إلى أن يقوم المتعاقد الآخر بأداء موجباته أو يعرض على الأقل أداءها ما دامت هذه الأخيرة حالة الأداء بدورها[1].

● نظرية الدفع بعدم التنفيذ على الصعيد الدولي: أقرّت مبادئ اليونديروا مُكنّة الدفع بعدم التنفيذ في المادة 3/1/7 تحت عنوان الدفع بعدم التنفيذ بقولها:" 1- يجوز للطرف الملتزم بتنفيذ أدائه بشكل متزامن مع أداء الطرف الآخر أن يتوقف عن التنفيذ حتى يقوم الطرف الآخر بالتنفيذ 2- يجوز للطرف الملتزم بتنفيذ أدائه بعد أداء الطرف الآخر لالتزامه أن يتوقف عن التنفيذ مادام الطرف الآخر لم ينفذ التزامه"[2]، ووفقاً لنفس المادة فإنّه يقصد بعدم التنفيذ كلّ إخلال من أحد الأطراف في تنفيذ أي من التزاماته الناتجة عن العقد **و يشمل الإخلال التنفيذ المعيب أو المتأخر**، وموقف مبادئ اليونيدروا يماثل موقف قانون العقود الأوروبي الموحد الذي أعطى الحق لأحد أطراف العقد الذي يكون أداءه متزامن أو لاحق لأداء الطرف الآخر بالامتناع عن التنفيذ طالما أنّ الطرف الآخر بدوره لم ينفذ الالتزامات الملقاة عليه بعد وذلك بصريح عبارة المادة 9:201 منه و تحت عنوان الحق بالدفع بعدم التنفيذ.[3]

● نظرية الدفع بعدم التنفيذ على الصعيد الداخلي : بخلاف نظرية وقف التنفيذ نجد لنظرية الدفع بعدم التنفيذ تنظيم قانوني لدى المشرع السوري وأغلب مشرعي الدول المقارنة، ففي دول القانون المدني أقرّت بعض الدول قاعدة الدفع بعدم التنفيذ صراحةً كقاعدة عامة في كلّ العقود التبادلية الملزمة للجانبين كالمادة 320 من القانون المدني الألماني تقابلها المادة 1591 من القانون المدني لولاية كيبك الكندية تقابلهما المادة 162 من القانون المدني السوري التي نصت على :" في العقود الملزمة للجانبين إذا كانت الالتزامات المتقابلة مستحقة الوفاء، جاز لأي من المتعاقدين أن يمتنع عن تنفيذ التزامه إذا لم يقم المتعاقد الآخر بتنفيذ ما التزم به "، في حين أنّه في دول أخرى كفرنسا وجدت هذه القاعدة بصدد عقود معينة كعقد

---

[1] د.الياس ناصيف – مرجع سابق - ص 330 .

[2] Article 7\1\3of Unidroit :" 1-where the parties are to perform simultaneously either party may withhold performance until the other party tenders it's performance . 2- where the partes are to performance consecutively the party that is to perform later may withhold it's performance until the first party has performed".

[3] Article 9:201of Europen law :Right to withhold performance " A party who is to perform simultaneously with or after the other party may withhold performance until the other party has tendered performance or has performed, the first party may withhold the whole of it's performance or a part of it as many bs reasonable in the circumstances ".

البيع المواد 1612 و 1653 من القانون المدني الفرنسي قبل تعديله تقابلهم المواد 1612 و1653 بعد التعديل، إلا إنّ الفقه و القضاء الفرنسيين اعتبراها بمثابة قاعدة عامة[1] يمكن تطبيقها على عقود أخرى و ليس فقط عقد البيع مما دفع المشرع الفرنسي إلى تعديل موقفه مؤخراً في الإعلان رقم 131 المعدل للقانون المدني الفرنسي إذ جعل من قاعدة الدفع بعدم التنفيذ قاعدة عامة في مجال العقود الملزمة للجانبين وذلك في المادة 1217 منه [2].

وفي دول القانون العمومي تعددت المواقف القانونية ففي المملكة المتحدة لم يكن الدفع بعدم التنفيذ مقبولاً استناداً لقاعدة استقلالية الالتزامات و قد بقي هذا الموقف حتى عام 1773 إذ اعتبرت محكمة الملك bench في سابقة Kingston V Preston أنّ استمرار أحد أطراف العقد بأداء التزاماته بالرغم من إخلال الآخر بها بعيد كلّ البعد عن العدالة القانونية مما يخوله الامتناع عن التنفيذ بحالة كهذه[3]، واستمر القضاء البريطاني في تطبيق هذه النظرية استناداً لمعيار خرق الالتزامات العقدية[4]؛ أضف لذلك فإنّ القانون البريطاني لبيع البضائع 1979 في المادة 39 من القسم الخامس منه قد خوّل البائع حق الامتناع عن الدفع في حال لم تصله البضائع من المشتري، وفي الولايات المتحدة الأمريكية كرّس القانون التجاري الأمريكي الموحد 2005/UCC في المواد 2:614 فقرة 2 و 3:703 الفقرتين 2و3 منه حق البائع في الامتناع عن التنفيذ في حالة خرق المشتري لالتزاماته التعاقدية أو في حال إفلاسه، وحتى في غير هذه الحالة فإنّ القانون الأمريكي الثاني للعقود 1981م وتحديداً بالمادة 374 منه قد ألمح لحق أحد الأطراف برفض أو الامتناع عن التنفيذ بسبب تملص الطرف الآخر من تنفيذ التزاماته [5].

2- شروط إعمال نظرية الدفع بعدم التنفيذ : تندرج شروط إعمال نظرية الدفع بعدم التنفيذ وفقاً للمنظومة القانونية السورية والمقارنة ضمن مجموعتين أساسيتين الأولى تتعلق بالمحل والثانية تتعلق بالأطراف :

---

[1] Damien Nyer – Withholding performance for breach in international transactions An exercise in Equations, Proportion or Coercion?! – Pace law review – Vol.18 – Issue.1 –Art 2 –New York - 2006 – at : www.digitalcommons.pace.edu last visit on 8\4\2017 .

[2] l'act 1217de code civil francias : " la parti envers laquelle l'engagement n'a pas été imparfaitement peut : refuser d'exécuter ou **suspendre l'exécution de sa propre obligation** "

[3] The details of Kingston V Preston 1773 are on The official website of harverd university at : www.h2o.law.harvard.edu visited on 30\3\2017 .

[4] William Geller – The problem of withholding in response to breach : A proposal to minimize risk in continuing contract – Fodham law review – Vol.62 – Issue.1 – Art 5 –US - 1993 – P.170 at : www.ir.law.fodham.edu visited on 26\3\2017 .

[5] Article 374 of American law :" If a party justifiably refuses to perform on the ground that his remaining duties of performance have been discharged by the other party's breach of contract……ect "

● الشروط المتعلقة بالالتزامات : يجب ألا يكون الطرف الذي يطالب المتمسك بالدفع قد نفذ التزامه المقابل بخطأ منه، أي يجب أن يكون من يطالب المتمسك بالدفع بعدم التنفيذ مقصراً في تنفيذ التزامه، كما يجب أن يكون عدم التنفيذ على درجة بالغة من الأهمية والجسامة، و ألا يكون المتمسك بالدفع قد نفذ التزامه المقابل وبالتالي يشترط أن يكون المتمسك بالدفع مديناً بالتزام مقابل مستحق الأداء، كما يجب أن يكون تنفيذه في المستقبل ممكناً، وأخيراً يجب أن تكون الالتزامات المتقابلة مستحقة الأداء، أي واجبة التنفيذ فوراً، وبالتالي لا يجوز التمسك بالدفع إذا كان التزام الطرف الآخر هو التزام طبيعي أو التزام لم يحن وقت تنفيذه بعد وهذه **برأينا** نقطة اختلاف مهمة بين وقف التنفيذ و الدفع بعدم التنفيذ.

● الشروط المتعلقة بالأطراف : لابدّ من وجود رابطة قانونية بين الطرفين تكون مصدراً لالتزاماتهم المتقابلة والمترابطة، وفي أغلب الأحيان تكون العقود الملزمة للجانبين هي مصدر هذه الرابطة، ومن الجدير بالذكر أنّ المادة 162 من القانون المدني السوري تعدّ هذه العقود المصدر الوحيد لهذه الرابطة، كما يجب ألا يكون المتمسك بالدفع ملزماً بتنفيذ التزامه أولاً و إلا فقد حقه بالتمسك بالدفع بعدم التنفيذ، أضف لهذا و ذاك يجب أن يكون المتمسك بالدفع حسن النية ويقدّر حسن النية وقت التمسك بالدفع، وأخيراً يجب ألا يكون المتمسك بالدفع متعسفاً في استعمال حقه، فإذا كان ما لم ينفذ من الالتزام المقابل ضئيلاً، فامتناع المتمسك بالدفع عن تنفيذ التزامه لا يتطابق مع مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود التي تتطلب التسامح والأمانة والإخلاص في تنفيذ العقد.

**و بناءً على ما سبق وبرأينا: فإنّ امتناع الطرف المقابل بالعقد عن تنفيذ التزامه بحسن نية في العقود الملزمة للجانبين في الوقت المخصص لهذا التنفيذ يخول الطرف المقابل الدفع بعدم التنفيذ إذ يعتبر التنفيذ بسوء نية في حكم عدم التنفيذ .**

**ثالثاً : الفسخ المبتسر :**

الفسخ هو الحق الذي يعطي لأحد المتعاقدين طلب حلّ الرابطة العقدية إذا لم يقم المتعاقد الآخر بتنفيذ التزاماته، و هو يختلف عن الانفساخ الذي هو انحلال الرابطة التعاقدية حكماً عندما يستحيل تنفيذ العقد بسبب لا يد للمتعاقد فيه؛ ففي العقود الملزمة للجانبين إذا امتنع أحد المتعاقدين عن تنفيذ التزامه العقدي فإنّ القانون أعطى الحق للمتعاقد الآخر إما أن يطالب بالتنفيذ العيني أو التنفيذ عن طريق التعويض أو فسخ العقد، و الفسخ على ثلاثة أنواع : الفسخ القضائي و الفسخ الاتفاقي و الفسخ بإرادة منفردة ، و السؤال هنا هل الإخلال بمبدأ حسن النية التنفيذي يعطي الحق لذي المصلحة بفسخ العقد التجاري الدولي ؟

إن كلاً من القانون السوري والمقارن قد أجاز لأحد المتعاقدين في ميدان العقود الملزمة للجانبين المطالبة بفسخ العقد إذا لم يوف المتعاقد الآخر بالتزاماته في الموعد المحدد لذلك[1]، **وتنفيذ العقد دون مراعاة مبدأ حسن النية أي بسوء نية يدخل ضمن سوء التنفيذ أو ما يسمى التنفيذ المعيب و الذي تسري عليه أحكام عدم التنفيذ و منها الفسخ** ، فوفقاً للقواعد العامة فإنّه يجب للقول بإمكانية اللجوء للفسخ أن يحلّ أجل تنفيذ التزامات أحد المتعاقدين فيمتنع الأخير عن تنفيذها دون مبرر قانوني، و إسقاطاً على مسار بحثنا فإنّ إخلال أحد أطراف العقد التجاري الدولي بالتزامه بالتنفيذ بحسن نية يترتب عليه بطبيعة الحال حق الطرف الآخر بالمطالبة بفسخ العقد، والقاعدة العامة بالفسخ في القانون السوري و نظيره الفرنسي أنّه "قضائي" أي يخضع لرقابة قضائية مسبقة و القاضي له سلطة تقديرية بالحكم بالفسخ أو رفضه ، في حين أنّ قوانين أخرى لا تعرف الفسخ القضائي و إنما القاعدة العامة في الفسخ لديها أنّه "بإرادة منفردة" هي إرادة الدائن الذي يتوجب عليه إعذار المدين قبل ممارسه حقه بالفسخ بهدف إعطائه فرصة لتعديل موقفه فإذا بقي موقفه على حاله كان باستطاعة الدائن أن يتحلل من التزامه و يفسخ العقد بإرادته المنفردة وهذا ما هو عليه الحال في القانون الألماني و كذلك هو موقف الدول الانجلوأمريكية إذ أنّ الأصل فيها هو وقوع الفسخ بإرادة منفردة هي إرادة الدائن الذي يقدر الإخلال الحاصل من المدين و يبادر إلى إنهاء العقد دون اللجوء للقضاء الذي يقتصر دوره على التحقق من توافر أسباب الفسخ من عدمها[2]، أما القانون السوري فقد أقرّ بدوره حالة الفسخ بإرادة منفردة كاستثناء على الأصل العام في حالات

---

[1] انظر المادة 158 من القانون المدني السوري .

[2] انظر أ.م.د. منصور حاتم محسن و حسين منهل – آثار الإخلال المسبق بالعقد (دراسة قانونية مقارنة) - مجلة المحقق حلي – المجلد 4 - العدد 1 – العراق – 2012م - ص 71 - متاحة على : www.uobabylon.edu.iq تمّت الزيارة في 17\7\2016 .

محددة [1]كما أجازت محكمة النقض السورية للدائن فسخ العقد بإرادته المنفردة إذا أخل المدين بتنفيذ التزاماته و كان من شأن ذلك إلحاق ضرر بالدائن لا يمكن تداركه شريطة أن يثبت بعد ذلك أمام القضاء وجود ظروف استثنائية جعلت من الفسخ أمر محتم[2]، وإسقاطاً لهذا الاجتهاد القضائي على مثار بحثنا فإنّ إخلال الدائن بواجب التنفيذ بحسن نية يخول الطرف المقابل وفقاً لاجتهاد النقض السورية حق فسخ العقد بإرادته المنفردة إذا كان من شأن هذا الإخلال إلحاق ضرر بالدائن لا يمكن تداركه شريطة أن يثبت أمام القضاء وجود ظروف استثنائية جعلت الفسخ أمر محتم لا مفر منه، و يضاف إلى حالتي الفسخ القضائي و الفسخ بإرادة منفردة؛ حالة الفسخ الاتفاقي حيث يتفق بموجبه الأطراف على اعتبار العقد مفسوخ من تلقاء ذاته و دون حاجة لاستصدار حكم قضائي بذلك في حال أخل أي من أطرافه بالالتزامات الناشئة عنه و هذا ما يسمى "بالشرط الفاسخ الصريح".

**وعليه إذا كانت الأحكام السابقة تتعلق بالقواعد العامة للفسخ باعتباره أحد الآثار الموضوعية المترتبة على الإخلال بمبدأ حسن النية التنفيذي، ماذا عن القواعد القانونية الخاصة بالفسخ المبتسر وهل يمكن إدراجه ضمن طائفة الآثار الموضوعية للإخلال بمبدأ حسن النية في مرحلة التنفيذ ؟**

**أ – الوجود القانوني لنظرية الفسخ المبتسر على الصعيد الدولي :**

تعتبر نظرية الفسخ المبتسر أو الفسخ المسبق للعقد إلى جانب نظرية وقف التنفيذ التي شرحناها سابقاً أحد الآثار القانونية المترتبة على النظرية الأمّ وهي نظرية الإخلال المبتسر بالعقد التي وجدت أساساً لخدمة مقتضيات التجارة الدولية، إذ يعتبر الفسخ المبتسر خروجاً عن القواعد العامة في الفسخ التي تتطلب حدوث إخلال فعلي بأحد الالتزامات في الوقت المحدد لأدائه في سبيل التمسك بمُكنّة الفسخ وقد تمّ تكريس نظرية الفسخ المبتسر على الصعيد الدولي في عدّة مواقع نذكر منها:

1– نظرية الفسخ المبتسر في مبادئ اليونيدروا : كرّست هذه المبادئ نظرية الفسخ المبتسر في موقعين أساسيين:

●الموقع الأول تجلّى بالمادة 7.3.4 بعنوان التأمينات الكافية لحسن التنفيذ التي تخول الطرف الذي يتوقع إخلال الطرف الآخر إخلالاً جوهرياً بالتنفيذ فسخ العقد إذا مضت مدّة كافية على قيامه بطلب ضمانات حسن التنفيذ مناسبة دون أن يقوم الطرف الآخر بتقديمها.

---

[1] نذكر من قبيل حالات الفسخ بإرادة منفردة وفقاً للقانون المدني السوري : بيع العروض – عقد العمل الفردي – عقد العمل الزراعي – العلاقات الإيجارية ..

[2]نقض مدني سوري- قرار رقم 55- تاريخ 1964/1/20- مجلة القانون السورية – إصدار سنة 1964 - ص 326.

●الموقع الثاني تجلّى في المادة 3/3/7 تحت عنوان الإنهاء المبتسر أو المتوقع التي أجازت لأي طرف فسخ العقد إذا تبين قبل الاستحقاق وبوضوح أن الطرف الآخر سينسب إليه عدم تنفيذ جوهري .

2- نظرية الفسخ المبتسر في قانون العقود الأوروبي الموحد : لم يختلف موقفه عن موقف مبادئ اليونيدروا إذ كرّس نظرية الفسخ المبتسر في الحالات السابقة نفسها وذلك في :

● المادة 8.105 تحت عنوان ضمانات التنفيذ التي تخول أحد الاطراف فسخ العقد في حال توقع إخلالاً جوهرياً بالتنفيذ من قبل الطرف الآخر الذي امتنع عن تقديم ضمانات كافية لحسن التنفيذ خلال مدّة معقولة من وقت طلبها.

● المادة 9.304 تحت عنوان عدم الأداء المسبق التي خوّلت أي طرف حق إنهاء العقد فيما إذا بدا واضحاً قبل الوقت المحدد للأداء أنّ الطرف الآخر سوف يرتكب عدم تنفيذ جوهري.

3 – نظرية الفسخ المبتسر في اتفاقية لاهاي 1964م: عالجت الفسخ المبتسر في المادة 76 منها بقولها " إذا تبين قبل حلول الميعاد المعين للتنفيذ أنّ أحد المتعاقدين سوف يرتكب مخالفة جوهرية لشروط العقد جاز للطرف الآخر أن يفسخ العقد"، كما إنّ اتفاقية لاهاي نفسها قد أتت على تطبيقات عملية للمخالفة الجوهرية نذكر منها المادة 66 التي أجازت فسخ المبتسر للعقد إذا أخلّ المشتري بالتزامه بتسلّم البضاعة و أدى ذلك لقيام قرائن قوية لدى البائع بأنّه لن يقوم بدفع الثمن، والمادة 75 في عقود البيع على دفعات تجيز الاتفاقية للمتعاقد فسخ العقد إذا تخلف المتعاقد الآخر عن تنفيذ التزاماته بشأن إحدى الدفعات و أدى ذلك لقيام أسباب قوية للاعتقاد بتخلفه عن تنفيذ الدفعات المستقبلية .

4 – نظرية الفسخ المبتسر في اتفاقية فيينا 1980م: كرّست بدورها حالة الفسخ المبتسر للعقد و أوردت نصاً مماثلاً لنص المادة 76 من اتفاقية لاهاي وهو نص المادة 72 فقرة 1 حيث جاء به : " إذا تبين بوضوح قبل حلول ميعاد تنفيذ العقد أن أحد الطرفين سوف يرتكب مخالفة جوهرية للعقد جاز للطرف الآخر أن يفسخ العقد"، وصحيح أنّ اتفاقية فيينا لم تنص على الحالات التي يمكن معها اللجوء إلى الفسخ المبتسر للعقد كما هو الحال بشأن وقف التنفيذ إلا أنّ حالات وقف التنفيذ نفسها تجيز لأحد المتعاقدين استخدام حقه بالفسخ المبتسر للعقد متى تبين أن المتعاقد سوف يرتكب بسببها مخالفة جوهرية لالتزامه[1]و ليس مجرّد الإخلال بجانب مهم منها، أضف لهذا فإنّ السوابق القضائية والتحكيمة تلعب **برأينا** دوراً مفصلياً في تحديد الحالات التي يمكن معها القول بتوقع حدوث مخالفة جوهرية للعقد و

[1]صفاء العيساوي – الإخلال المبتسر بالعقد و أثره – دراسة في عقود التجارة الدولية – مجلة جامعة بابل – مجلد 14 -عدد 14 - عام 2007 - ص 133 - متاحة على : www.iasj.net آخر ولوج 10\9\2016

بالتالي إمكانية المطالبة بالفسخ المبتسر[1] ، أما عن اجراءات الفسخ فلم تحدد اتفاقية فيينا ميعاد محدد لاستعمال الدائن حقه بالفسخ إلا أنّها اشترطت أن يتمّ هذا الاستعمال خلال مدّة معقولة[2].

**ب – الوجود القانوني لنظرية الفسخ المبتسر على الصعيد الداخلي :**

1- نظرية الفسخ المبتسر في دول نظام القانون العمومي common law: تعتبر نظرية الإخلال المبتسر بالعقد وما يترتب عليها من آثار من إبداعات نظام القانون العمومي وقد تطورت مع مرور الزمن حتى وصلت إلى الشكل التي هي عليه الأن :

● في المملكة المتحدة : لا يوجد في القانون الانكليزي نص صريح يعالج حالة الفسخ المبتسر للعقد كأحد الآثار القانونية المترتبة على نظرية الإخلال المبتسر، ولكن في أحدث قرارات محكمة الاستئناف البريطانية عام 2013 في سابقة Telford Homes V Ampurius Homes[3] تمّ الاعتراف بحق المضرور في فسخ العقد في حال **أخلّ أحد المتعاقدين بتنفيذ التزاماته إخلال فعلي أو على الأقل تبين بشكل جلّي أنّه سوف يخل بتنفيذها في الوقت المحدد لذلك شريطة أن يكون هذا الإخلال جوهري**، و يكون الإخلال جوهري وفقاً للقضاء البريطاني فيما إذا أدى لحرمان المتعاقد الآخر من كلّ أو جزء مهم من المنفعة التي تعود عليه من العقد، و في سابقة Newland shipping and Forwarding ltd V Toba trads[4] عام 2014 أعطى القضاء في بريطانيا للبائع حق إنهاء العقد في مثل هذه الحالة إما بسبب وجود شرط عقدي يقضي بذلك وفي حال عدم وجوده استناداً إلى نظرية الإخلال المبتسر بالعقد.

● في الولايات المتحدة الأمريكية: يتصور اللجوء للفسخ المبتسر في حالتين أقرهما المشرع الأمريكي بصدد تنظيمه لعقد البيع في القانون التجاري الامريكي الموحدUCC/2005 الحالة الأولى تتجلّى بالمادة 2.609 بفقرتها 4 التي اعتبرت أنّ مرور مدّة 30 يوم على طلب ضامنات كافية لحسن التنفيذ من الطرف الذي يُتوقّع عدم قيامه بتنفيذ التزاماته في الوقت المحدد لها بمثابة إخلال بالعقد الأمر الذي يخول ذي المصلحة اللجوء للفسخ المبتسر، أما

---

[1] مثال عملي : في عقد البيع الدولي على دفعات عدم قيام البائع بتسليم دفعة من البضاعة يولّد الاعتقاد الجدي لدى المشتري بأنّ الدفعات الأخرى قد لا تسلم في الموعد المحدد لها مما ينذر باحتمال وقوع مخالفة جوهرية للعقد ...

[2] بن زروق فتيحة – فسخ العقد طبقا لاتفاقية فيينا لسنة 1980 الخاصة بالبيع الدولي للبضائع – رسالة ماجستير – جامعة الجزائر1– 2014 / 2015 م – ص 60 - متاحة على : www.biblio.univ.alger.dz تاريخ الدخول للموقع 5\10\2016 .

[3] To learn more about this case visite the website : www.allenovey.com visited on 114\10\2016 .

[4] The details of this case are on the website : www.mondaq.com visited on 12\3\2017.

الحالة الثانية فتجلّت بالمادة 2.610 التي تحدثت عن وقوع إخلال فعلي مسبق بالعقد يضعف قيمته وليس مجرّد توقع للإخلال به مما يخول المضرور مُكنّة فسخ العقد فسخاً مبتسراً[1].

2- نظرية الفسخ المبتسر في دول نظام القانون المدني civil law : لم تأت أغلب دول نظام القانوني المدني على تبني نظرية الفسخ المبتسر تبعاً لعدم تبنيها بالأساس لنظرية الإخلال المبتسر بالعقد.

● في فرنسا: وجدت محاولات لتكريس نظرية الفسخ المبتسر كاستثناء على القاعدة العامة في الفسخ التي تقوم وفقاً للنظام القانوني الفرنسي على الفسخ القضائي، إذ يخول المضرور فسخ العقد بإرادته المنفردة في ثلاث حالات : **الأولى** وجود الشرط الفاسخ في العقد و **الثانية** نص القانون و **الثالثة** والتي تهمنا في هذا الصدد هي حالة وجود ظروف تستدعي ذلك، إذ أدرج الفقه الفرنسي[2] نظرية الفسخ المبتسر ضمن هذا البند الأخير، وعليه للمضرور في حالة الإخلال المبتسر التي تبرر اللجوء للفسخ المبتسر وفقاً لنظام القانون العمومي أن يستفيد من نص هذه المادة و يفسخ العقد بإرادته المنفردة.

● في القطر العربي السوري: لم يأت المشرع السوري كما المصري على تبني نظرية الفسخ المبتسر إلا أنّه أشار بشكل أو بآخر إلى بعض حالات الإخلال المبتسر بالعقد وتحديداً في المادة 221 من القانون المدني فالأصل أنّ الدائن لا يستطيع مطالبة مدينه بتنفيذ التزامه تنفيذ عيني أو تنفيذ بمقابل إلا إذا قام بتوجيه إعذار له إلا أنّه يعفى من توجيه الإعذار في حالات معينة نذكر منها :" أ – إذا أصبح تنفيذ الالتزام غير ممكن أو غير مجد بفعل المدين – ب – إذا صرح المدين كتابة أنّه لا يريد القيام بالتزامه "، ولكن حتى بهاتين الحالتين لم يأخذ المشرع السوري بنظرية الفسخ المبتسر كأحد الآثار القانونية المترتبة على الإخلال المبتسر بالعقد إنما كلّ ما هنالك أنّه خول المتعاقد الآخر بهاتين الحالتين مطالبة مدينه بالتنفيذ العيني أو التنفيذ بمقابل دون حاجة إلى إعذار ولم يتطرق لمُكنّة الفسخ لا بإرادة منفردة ولا عن طريق القضاء، وهذا **برأينا** ثغرة تشريعية في القانون السوري حيث أنّ نظرية الفسخ المبتسر لها ما

[1]Article 2.610 of American law : "when either party repudiates the contract with respect to a performance not yet due the loss of which will substantially impaire the value of the contract to the other the aggrieved party may :A)….. B) resort to any remedy for breach (section 2.703 or 2.711) which include the cancellation of contract .

[2]A.Anton, L.Brown, F.Lawson – Introduction to French law – 2 edition – Ames & Walton publications – 1967- p. 188 - referred to : Gilbey Strub – The convention on the international sale of goods : Anticipatory repudiation provisions and developing countries – International and comparative law Quarlerly –UK - 1989 – P.475 to 501 at : www.cisg.law.pace.edu visited on 1\3\2017 ..

يبررها في العقود عامة وفي عقود التجارة الدولية خاصة و نحن بدورنا نحثّ المشرع السوري على تبنيها بنصوص قانونية واضحة وصريحة.

**ج- شروط إعمال نظرية الفسخ المبتسر :**

**لن نتحدث بهذا الصدد عن شروط إعمال نظرية الفسخ المبتسر بسبب عدم تقديم ضمانات كافية لحسن التنفيذ كونها تتقاطع إلى حد كبير مع ما شرحناه عند الحديث عن نظرية وقف التنفيذ كما لن نتحدث عن شروط إعمال نظرية الفسخ المبتسر في حالة الإخلال الفعلي المسبق بالعقد كونها مقتصرة على المشرع الأمريكي دون سواه، لذا سنركز بهذا الصدد على شروط إعمال نظرية الفسخ المبتسر في حالة توقع ارتكاب مخالفة جوهرية أو عدم تنفيذ جوهري للعقد من قبل أحد أطرافه والتي لم يسبق وتعرضنا لها بالشرح من قبل.**

**1-** توقع شبه يقيني لمخالفة العقد/عدم التنفيذ الالتزام[1] : لم تحدد اتفاقيتي فيينا ولاهاي الأسباب التي قد تولّد مثل هذا التوقع في ذهن أحد المتعاقدين والأمر نفسه بالنسبة لكلّ من مبادئ اليونيدروا وقانون العقود الأوروبي الموحد، ولكن بالمقابل فقد اشترطت فيينا تبعتها بذلك اليونيدروا و قانون العقود الأوروبي الموحد **دوناً عن** لاهاي أن يكون هذا التوقع مبني على دلائل وقرائن واضحة لا تفتح مجال للشك باحتمال مخالفة العقد أو عدم تنفيذ الالتزام في المستقبل وذلك من خلال استخدام مصطلح ( إذا تبين بوضوح ) دون أن يصل هكذا توقع إلى اليقين وإنما يكتفى به شبه اليقين[2] فدرجة التوقع المطلوبة هنا لإعمال نظرية الفسخ المبتسر تبقى أشد من تلك المطلوبة لإعمال نظرية وقف التنفيذ[3]، ولاشك بأنّ المظاهر السلوكية لأحد أطراف العقد التجاري الدولي كفيلة لتحديد ما إذا كان من الواضح بأنّ هذا الطرف أو ذاك سوف يرتكب مخالفة جوهرية للعقد و أمر كهذا تلعب السلطة التقديرية للقاضي دور أساسي بتحديده من خلال ظروف ووقائع كلّ حالة على حدّه، وهو ما أيدته المحكمة الاسترالية العليا عام 1978[4]، ومن الجدير بالذكر أنّ الأحكام التحكيمية على الصعيد الدولي قد ساهمت في تحديد بعض مظاهر وضوح إمكانية ارتكاب المخالفة الجوهرية أو عدم التنفيذ الجوهري للعقد إذ اعتبرت من قبيل ذلك تصريح المتعاقد بأنّه سوف لن ينفذ

---

[1] **استخدمت فيينا ولاهاي مصطلح مخالفة جوهرية للعقد في حين استخدمت كلّ من اليونيدروا و القانون الأوروبي الموحد مصطلح عدم التنفيذ جوهري للالتزام .**

[2] محمد دودين – الإخلال المبتسر للعقد تحليل مقارن بين الوثائق الدولية الموحدة للبيوع و القانونيين المدني و التجاري القطري – المجلة الدولية للقانون – إصدار عام 2015 - ص 4 من 11 متاحة على : www.dx.doi.org آخر زيارة 6\8\2016.

[3] **وبرأينا فإنّ** معيار التوقع سواءً في حالة الفسخ المبتسرأم في حالة وقف التنفيذ لا يعدو كونه **"معيار موضوعي"** لا يتوقف على ما يتوقعه المتعاقد الآخر فقط وإنما ما يتوقعه الرجل المعتاد الذي وجد في نفس الظروف التي وجد بها هذا المتعاقد .

[4] Tom Grace – The termination of contracts for breach – Fenwick Elliott Grace law firm – Australia – 2010 – P. 14 at : www.feg.com.au visited on 20\11\2016.

التزاماته، أو امتناعه عن تسليم دفعة من البضاعة بما يخالف شروط العقد، وأيضاً استحالة تسليم البضائع في الوقت المحدد لذلك [1].

**2- أن** تكون مخالفة العقد/عدم تنفيذ الالتزام جوهرية : لقد أتت كلّ من اتفاقية لاهاي و فيينا و مبادئ اليونيدروا وحتى قانون العقود الأوروبي الموحد على تحديد مفهوم المخالفة الجوهرية أو ما يسمى بعدم التنفيذ الجوهري[2] الذي اشترطته كلّ من اليونيدروا والقانون الأوروبي الموحد من أجل تطبيق نظرية وقف التنفيذ أيضاً كما درسنا سابقاً.

بالنسبة لاتفاقية لاهاي عرّفت المخالفة الجوهرية في المادة 10منها بقولها: " تكون مخالفة العقد جوهرية في حكم هذا القانون إذا كان المتعاقد الذي تخلف عن التنفيذ يعلم أو كان ينبغي أن يعلم وقت إبرام العقد أنّ شخصاً عاقلاً من صفة المتعاقد الآخر و في مركزه ما كان ليرضى بإبرام العقد إذا علم بالمخالفة و آثارها "، وبسبب النقد الشديد الذي تعرض له تعريف المخالفة الجوهرية في اتفاقية لاهاي تمّ استحداث صيغة جديدة لمفهوم المخالفة الجوهرية في اتفاقية فيينا وتحديداً في المادة 25 منها إذ نصت على ما يلي: " تكون مخالفة العقد من جانب أحد الطرفين جوهرية إذا تسببت في إلحاق ضرر بالطرف الآخر من شأنه أن يحرمه بشكل أساسي مما كان يحق له أن يتوقع الحصول عليه بموجب العقد ما لم يكن الطرف المخالف لا يتوقع مثل هذه النتيجة و ما لم يكن أي شخص سوي الإدراك من نفس الصفة لا يتوقع مثل هذه النتيجة بنفس الظروف"، وقد تميزت اتفاقية فيينا عن سابقتها لاهاي عندما اعتبرت أنّ المعيار الأساس للقول بوجود مخالفة جوهرية من عدمها هو "أن تؤدي هذه المخالفة الجوهرية إلى أضرار بدورها جوهرية بالنسبة للطرف الآخر"[3]، وقد تبنت كلّ من مبادئ اليونيدروا وقانون العقود الأوروبي الموحد في تحديدهما لمفهوم عدم التنفيذ الجوهري موقف شبيه بالموقف الذي تبنته اتفاقية فيينا وذلك بالمادة 7 /1/3 فقرة 2 من مبادئ اليونيدروا[4] التي تقابل المادة 8.103 من قانون العقود الأوروبي الموحد[1]،ويمكن **برأينا** تلخيص عناصر المخالفة الجوهرية بالمجمل على النحو التالي:

---

[1] Kyle Winnick – International commercial arbitration : Anticipatory Repudiation and Lexmercatoeia – Gardozo journal of conflict resolution – Vol.15 – New York - 2014 – P. 872 to 875 – at : www.cardozojcr.com visited on 20\11\2016.

[2] أ.م.أسيل باقر جاسم – المفهوم القانوني للمخالفة الجوهرية في عقد البيع الدولي للبضائع – مجلة رسالة الحقوق – جامعة كربلاء – المؤتمر القانوني الوطني العاشر 2013 م – ص 146 و مابعدها - النسخة الالكترونية متاحة على : www.uakerbala.edu.iq وقت الزيارة 25\12\2016.

[3] محمد منصور عبد الرزاق خيشة – المخالفة الجوهرية كنطاق للالتزام بالمطابقة- بحث علمي قانوني – جامعة المنصورة – مصر – دون تاريخ نشر - ص 23 متاح على : www.mans.eun.eg آخر ولوج تمّ في 9\9\2016.

[4] المادة 1/3/7 فـ2 من مبادئ اليونيدروا: "يراعى بوجه خاص عند تحديد ما إذا كان عدم تنفيذ الالتزام يرتقي إلى عدم التنفيذ الجوهري : أ – 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 إنّ يتوقع هذه النتيجة ب – أن يكون التحقيق الدقيق للالتزام الذي لم ينفذ هو جوهر العقد ج – أن يكون عدم

- وقوع إخلال بالعقد من جانب أحد المتعاقدين.
- أن يكون هذا الإخلال جوهري ويكون جوهري إذا نتج عنه ضرر جوهري يمس المتعاقد الأخر.
- أن يكون هذا الضرر متوقع و معيار التوقع هو معيار موضوعي لا معيار شخصي يقاس بسلوك الرجل المعتاد [2].

**وعليه ووفقاً لهذا التحليل في كلّ مرّة يُشكلّ الإخلال بمبدأ حسن النية بالتنفيذ مخالفة جوهرية للعقد أو(عدم تنفيذ جوهري للالتزام) فإن التوقع الإخلال المستقبلي به يخول الطرف المضرور مكنة فسخ العقد فسخاً مبتسراً شريطة توافر الشروط الأخرى لإعمال هذه المُكنّة.**

**3**- الإخطار : و هذه نقطة التقاء بين الحق بوقف التنفيذ و الحق بالفسخ المبتسر للعقد، لم تتضمن اتفاقية لاهاي نص يلزم الطرف الراغب بفسخ العقد فسخاً مبتسراً إخطار الطرف الآخر ولشدة النقد[3] الذي تعرضت له فإنّ اتفاقية فيينا سعت إلى تدارك الموقف و نصت صراحةً على وجوب قيام الطرف الذي يريد فسخ العقد بتوجيه إخطار للطرف الآخر خلال فترة معقولة يعلمه فيه بإقدامه على فسخ العقد ، و لعلّ العلّة أو الهدف هو إتاحة الفرصة للطرف الآخر بتقديم ضمانات كافية تؤكد عزمه على التنفيذ و بالتالي تجنب فسخ العقد و الحفاظ عليه إذ يفقد الدائن بحالة كهذه حقه في الفسخ المبتسر و يلتزم بمواصلة تنفيذ التزاماته متى زوده المدين بضمانات كافيه تبرر عدوله عن ممارسة حقه بالفسخ [4] إلا أنّ فيينا أعفت الدائن من واجب الإخطار بحالتين[5] :

- الحالة الأولى: إذا أعلن المدين عدم قدرته على تنفيذ التزاماته المستقبلية.
- الحالة الثانية إذا لم يكن للدائن وقتٌ كافٍ لتوجيه الإخطار.

---

التنفيذ عمدي أو نتيجة عدم الاكتراث د – أن يكون عدم التنفيذ سببا لاعتقاد الدائن بأنّه لا يمكن إنّ يعتمد على تنفيذ المدين بالمستقبل ه – أن يتحمل المدين خسارة جسيمة نتيجة الإعداد أو التنفيذ عند فسخ العقد".

[1] Article 8:103 of European law : A non-performance is fundamental to the contract if : a) strict compliance with the ogligation is of the essence of the contract – B) the non-performance substantially deprives the aggrieved party of what it was entitled to expect under the contract unless the other party didn't foresse and could not reasonably have foreseen that result - C) the non-performance is intentional and gives the aggrieved party reason to believe it can not rely on the other party's future performance .

[2] معيار التوقع هو معيار موضوعي أي ما يتوقعه أو ما يجب أن يتوقعه أي شخص سوي الإدراك وضع في نفس الموقف – مشار إليه لدى : محمد منصور عبد الرزاق خيشة – مرجع سابق – ص 30 .

[3] صفاء العيساوي – مرجع سابق - ص 136 .

[4] **يعاب على اتفاقية فيينا أنّها لم تحدد نوع الضمانات و لا الزمان الذي يجب تقديمها به كما لم تحدد معيار معيين للقول بأنّها ضمانات كافية أم لا و برأينا فإنّ للقاضي أو المحكم سلطة تقديرية كبيرة في هذا المجال وفقاً لكلّ حالة على حدة .**

[5] بن زروق فتيحة- مرجع سابق – ص 44 .

و لم تشترط مبادئ اليونيدروا وقانون العقود الأوروبي الموحد الإخطار في حالة الفسخ المبتسر بالتحديد ولكنها تطلبته كأحد شروط ممارسة الحق بالفسخ بشكل عام بالمادة 7 /2/3 من مبادئ اليونيدروا و المادة 9:303 من قانون العقود الأوروبي الموحد مما يعني **برأينا** تطبيقها من باب أولى في حالة الفسخ المبتسر للعقد التجاري الدولي، وعموماً فإنّ واجب الإخطار يجد أساسه القانوني في مبدأ حسن النية المقنن صراحةً في مبادئ اليونيدروا و قانون العقود الأوروبي الموحد حيث تعتبر مخالفته مخالفة لمقتضيات حسن النية في إنهاء العقد التجاري الدولي[1].

**و استناداً لما سبق من معطيات وإسقاطاً على مثار بحثنا فإن توقّع أحد أطراف العقد التجاري الدولي أن الطرف الآخر سوف لن يقوم بمراعاة مبدأ حسن النية في تنفيذ التزاماته بالوقت الذي يتعين عليه مراعاته يخولّه فسخ العقد فسخاً مبتسراً فيما إذا توافرت شروط إعمال هذه النظرية كما سبق شرحها؛ وذلك في كل مرّة يكون القانون الواجب التطبيق على العقد التجاري الدولي يأخذ بهذه النظرية.**

ولكن السؤال الذي يطرح نفسه فيما إذا لم يكن القانون الواجب التطبيق قد أقرّ نظرية الفسخ المبتسر كالقانون السوري مثلاً فعلى أي أساس يمكننا إعمالها ؟

**برأينا** وقياساً على ما قضت به محكمة تمييز دبي فيما يتعلق بنظرية وقف التنفيذ يمكننا إعمال مُكنّة الفسخ المبتسر استناداً لمبدأ حسن النية في تنفيذ العقد الذي أقرّه المشرع السورية و الأنظمة القانونية المقارنة، والأكثر من ذلك يمكننا إعمالها استناداً لذات المبدأ في كلّ مرّة تكون فيها قواعد ال lexmercatoria هي القانون الواجب التطبيق أو على الأقل المكمل له[2]، الأمر الذي أكدّته عدّة أحكام تحكيمية في المجال التجاري الدولي نذكر منها ماصدر عن غرفة تجارة باريس في القضية رقم 8128 لعام 1999 والقضية رقم 9875 لعام 2000 **حيث اعتبرت أنّ مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود التجارية الدولية كأحد المبادئ القانونية العامة في اللكس ميركاتوريا يصلح كأساس قانوني لتطبيق نظرية الفسخ المبتسر باعتبارها أثر قانوني للإخلال المبتسر بالعقد**[3].

---

[1] محمد دودين – مرجع سابق - ص 6 .

[2] في القرار التحكيمي رقم 177 لعام 2013/2012 قررت غرفة تجارة وصناعة **روسيا الاتحادية** تطبيق مبدأ حسن النية كأحد مبادء اليونيدروا على عقد البيع الدولي المبرم بين شركة روسية وأخرى صينية **باعتبار هذه المبادئ مكمل طبيعي** لاتفاقية فيينا 1980 كونها تشكل معنى اللكس ميركاتوريا الجديدة في مجال التجارة الدولية، تفاصيل هذا الحكم متاحة على الموقع التالي: www.unilex.info وقت الزيارة 5\2\2017.

[3] Kyle Winnick – op cit –P. 865 .

## الفرع الثاني : الأثر الشخصي للإخلال بمبدأ حسن النية في مرحلة التنفيذ

بعد الغوص مطولاً في تحديد الأثر الموضوعي للإخلال بمبدأ حسن النية في مرحلة التنفيذ فإنّ الفكرة لن تكتمل إلا بتناول الأثر الشخصي لمثل هذا الإخلال على نطاق البحث والتقصي من خلال تحديد المسؤولية القانونية للطرف المخل إسقاطاً على القواعد القانونية العامة في ظل غياب النصوص الخاصة، ولاسيما لناحية تحديد القانون الواجب التطبيق عندما يثور نزاع بخصوص عملية تنفيذ العقد التجاري الدولي ذي الصفة الالكترونية بحسن نية ..

### أولاً : المسؤولية القانونية المترتبة على الإخلال بمبدأ حسن النية في مرحلة التنفيذ:

**أ – الطبيعة القانونية للمسؤولية المترتبة على الإخلال بمبدأ حسن النية في مرحلة التنفيذ:**

اتفقت الأنظمة القانونية الكبرى محل المقارنة والمتجسّدة بالنظامين اللاتيني و الانجلوسكسوني على اعتبار الإخلال بمبدأ حسن النية في مرحلة التنفيذ يولّد المسؤولية القانونية تماماً كالإخلال بأي التزام عقدي آخر :

1 – الطبيعة القانوني للمسؤولية في دول نظام القانون العمومي common law : من خلال المنظومة القانونية الأمريكية يمكننا التعرف على موقف دول القانون العمومي في هذا المجال إذ اعتبرت محكمة كاليفورنيا في سابقة : Wanger V Benson[1] لعام 1980 والتي كان المدعي فيها قد حصل على تمويل من أحد البنوك في سبيل الاستثمار في تربية المواشي زاعماً أنّ البنك قد خرق واجبه بحسن النية وأخضع نفسه للمسؤولية عن الضرر الذي حصل للمدعي نتيجة فشل استثماراته كونه قد أخل بواجب النصح و الإرشاد حول مدى نجاح تلك الاستثمارات التي يقدم عليها، و قد حكمت المحكمة بهذا الصدد بأنّ :" كلّ عقد يوجد واجب ضمني بالالتزام بمقتضيات حسن النية و يعتبر خرقة مسبباً للضرر و موجباً للمسؤولية **تماماً كخرق أي واجب أو التزام عقدي آخر** "[2]

2 – الطبيعة القانونية للمسؤولية في دول نظام القانون المدني civil law : فيما لو أخذنا المنظومة القانونية الفرنسية كمثال يوضح موقف دول القانون المدني من هذه المسألة لوجدنا أنّ محكمة النقض الفرنسية كانت قد اعتبرت أنّ المؤيدات القانونية لسوء النية في مرحلة التنفيذ هي نفس المؤيدات القانونية لعدم تنفيذ الالتزامات التعاقدية عامة فسوء النية وفقاً لمحكمة النقض الفرنسية هو بمثابة **خطأ يرتب المسؤولية العقدية**[3].

---

[1] Wanger V Benson 1980 is available on : www.law.justia.com visited on 20\1\2017

[2] Thomas Diamond – op cit - p.430 .

[3] L'arrêt 10 juillet 2007 : " si la règle selon laquelle les convention doivent être exécutées de bonne foi permet au juge de sanctionner l'usage déloyal d'un prérogative contractuelle elle ne l'autorise

**ب – الآثار القانونية للمسؤولية المترتبة على الإخلال بمبدأ حسن النية في مرحلة التنفيذ:**
**السؤال الجوهري المطروح هل الإخلال بمبدأ حسن النية يتصور عمداً أو خطأ ؟ بمعنى آخر هل يمكننا القول بأنّ الإخلال بمبدأ حسن النية تمّ عن حسن نية أو عن سوء نية ؟؟ وهل يؤثر أمر كهذا على قواعد المسؤولية القانونية ؟**

في الواقع إنّ الإجابة على هذا السؤال تلعب دوراً جوهرياً في تحديد آثار المسؤولية المترتبة على الإخلال بمبدأ حسن النية في مرحلة التنفيذ[1]، ونظراً لأهمية هذه المسألة فقد اختلفت الآراء الفقهية في معالجتها حيث يرى البعض[2] أنّ سوء النية في التنفيذ يسمى بالإصطلاح القانوني "الغش" و يقابله التدليس عند تكوين العقد، بمعنى آخر و بنظر هؤلاء لا يمكننا الحديث عن الإخلال بمبدأ حسن النية بسوء نية أو بحسن نية إذا طالما كنا أمام إخلال بمبدأ حسن النية فنحن أمام سوء نية و طالما أنّنا أمام سوء نية فنحن نتحدث عن الغش[3] إذ يترتب على سوء النية ما يترتب على الغش من آثار، أما البعض الأخر[4] فيرى بأنّ هناك صورتان للإخلال بمبدأ حسن النية بمعنى آخر هناك صورتان لسوء النية :

**الصورة الأولى :** تتمثل بالخروج على مقتضيات حسن النية في تنفيذ العقد دون أن تتوفر لدى الشخص نية خبيثة للإضرار بالمتعاقد الآخر فما يقع من إخلال بهذه الحالة يكون سببه الإهمال أو قلة الاحتراز و مع ذلك يعتبر الشخص المخل سيء النية نظراً لتحقق عنصر الخطأ[5].

**الصورة الثانية :** و تتمثل بالخروج على مقتضيات حسن النية في مرحلة التنفيذ و ذلك بنية الإضرار بالمتعاقد الآخر ويلجأ في سبيل ذلك إلى الغش ، التعسف باستخدام الحق ، تعمد الإخلال بالتوازن العقدي و هذا يرتب آثار تختلف عن تلك التي تترتب على الصورة الأولى .

**وبرأينا فإنّ الغش بالتنفيذ هو أحد صور سوء النية؛ بمعنى يمكننا القول بأنّ كلّ غش ينطوي على سوء نية لكن ليس كلّ سوء نية مبرر لإعمال أحكام الغش فالقول بغير ذلك قد يوصلنا إلى نتائج غير مقبولة،** و تبعاً لما سبق فإنّ آثار المسؤولية القانونية عند الحديث عن

---

pas a porter atteinte a la substance même des droit et obligation légalement convenus entre les parties " Pascal Ancel –op cit - P. 100 et après .

[1] **وبرأينا إنّ الإجابة على السؤال المطروح بالمتن تلعب دور ملحوظ أيضاً في تحديد الآثار القانونية للمسؤولية المترتبة على الإخلال بمبدأ حسن النية في مرحلة المفاوضات فيما إذا أفرغت بالقالب العقدي .**

[2] محمد محمد السروري – الغش في المعاملات المدنية – أطروحة دكتوراة – جامعة المنصورة – مصر – 2004م – ص 47 – مشار إليه لدى : ليلى بعتاش – مرجع سابق – ص 71 .

[3] **ملاحظة** : من الجدير بالذكر أنّه وفقاً للقانون السوري ينزل الخطأ الجسيم منزلة الغش من حيث الأثر وهو لا ينطوي على قصد الإضرار و لا على عدم الاستقامة و إنما يصدر من أقل الناس حيطة و تبصر و يستدل عليه بجسامة الخطأ.

[4] يحيى أحمد بن طه – مرجع سابق – دون رقم صفحة .

[5] Bruno Zeller – op cit – P.226 .

تنفيذ العقد بسوء نية بالصورة العمدية تختلف عن تلك الآثار المترتبة على تنفيذ العقد بسوء نية بالصورة غير العمدية[1]، **و منعاً للإطالة فسوف نكتفي بتوضيح الآثار القانونية للمسؤولية المترتبة على الإخلال بمبدأ حسن النية عن غش على فرض أنّ القانون السوري هو القانون الواجب التطبيق على العقد التجاري الدولي محيلين فيما عدا ذلك إلى القواعد القانونية العامة :**

1 – التعويض عن الأضرار المباشرة المتوقعة و غير المتوقعة : و هو ما نصت عليه المادة 2/222 من القانون المدني السوري بقولها : " و مع ذلك إذا كان الالتزام مصدره العقد ، فلا يلتزم المدين الذي لم يرتكب غش أو خطأ جسيم إلا بتعويض الضرر الذي كان يمكن توقعه عادةً"، و عليه فإذا تعمد أحد أطراف العقد التجاري الدولي الإخلال بمبدأ حسن النية ذي الأساس العقدي بقصد إلحاق الضرر بالطرف الآخر فيسأل وفقاً للقانون السوري عن التعويض الناجم عن الضرر المتوقع و غير المتوقع، ويثير تحديد مقدار التعويض عدداً من الإشكاليات القانونية عندما يكون متوجباً **في حالة الإخلال المبتسر** بالعقد إذ اختلفت المواقف الفقهية والقضائية حول وقت وكيفية تقدير التعويض بهذه الحالة إلا أنّ الرأي الراجح[2] اعتد بوقت حدوث الإخلال المبتسر بالعقد لتحديد مقدار التعويض باعتبار أنّ وقت حدوثه هو وقت أداء الالتزام مع الأخذ بعين الاعتبار كلاً من مقدار الخسارة و الكسب الفائت.

2 – بطلان الاتفاق على إعفاء المدين من غشه أو خطئه الجسيم : الأمر الذي كرّسته المادة 218 من القانون المدني السوري بقولها : " و كذلك يجوز الاتفاق على إعفاء المدين من أية مسؤولية تترتب على عدم تنفيذ التزامه التعاقدي إلا ما ينشأ عن غشه أو عن خطئه الجسيم ، و مع ذلك يجوز للمدين أن يشترط عدم مسؤوليته عن الغش أو الخطأ الجسيم الذي يقع من أشخاص يستخدمهم في تنفيذ التزامه"

3 – جواز المطالبة بأكثر من قيمة التعويض الاتفاقي: و يسمى التعويض الاتفاقي بالشرط الجزائي و هو كثير الورود في العقود الدولية و قد نصت المادة 226 من القانون المدني السوري على ما يلي :" إذا جاوز الضرر قيمة التعويض الاتفاقي فلا يجوز للدائن أن يطالب بأكثر من هذه القيمة إلا إذا أثبت أنّ المدين قد ارتكب غش أو خطأ جسيم "

4 – عدم إمهال المدين في حالة ارتكابه الغش أو الخطأ الجسيم : وفقاً لنص المادة 113 من القانون التجاري السوري رقم 33 لعام 2007 لا يحق للمحكمة أن تمنح مهلاً للوفاء إلا ضمن

[1] Robert Adler & Richard Mann – good faith a new look at an old doctrine – Akron law review - Vol.28:1 – US – 1994 – P. 38 to 40 - at the website : www.uaknon.edu visited on 2\1\2017.

[2] Daviad Robertson – The doctrine of anticipatory breach of contract – Lousiana law review – Vol.20 – No.1 – US - 1959 – P. 124 at : www.digitalcommons.law.edu visited on 2017\3\3.

ظروف استثنائية للغاية وهو ما يسمى "بنظرة الميسرة" وهي وسيلة استثنائية و سلطة تقديرية أعطاها القانون للقاضي بقصد مساعدة المدين سيء الحظ[1] وعليه فلا مجال **برأينا** لإعمال نظرة الميسرة عند الحديث عن غش أو خطأ جسيم من قبل المدين، وهذا الحكم يجب لا يقتصر على العقود المحلية إذ أنّ نظرة الميسرة تلعب بالعقود الدولية أهمية أكبر و دور أعظم بوصفها أحد مقتضيات حسن سير معاملات التجارة الدولية.

**ثانياً : القانون واجب التطبيق في العقود التجارية الدولية الالكترونية :**

فيما إذا عرض على القاضي نزاع يتمحور حول الإخلال بمبدأ حسن النية في تنفيذ عقد تجاري دولي فإنّه يتعين عليه بالدرجة الأولى تحديد القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع ولعل أمر كهذا قد يفتح الباب واسعاً أمام عدد لا يستهان به من الإشكاليات القانونية في الحالة التي نكون بها أمام عقد تجاري دولي ذي صفة الكترونية.

**أ – منهج تنازع القوانين :**

إنّ قواعد الإسناد المنصوص عليها في القوانين الوطنية والاتفاقيات الدولية تحدد القانون واجب التطبيق على العقد الدولي الذي تثور بشأنه مسألة تنازع القوانين، و قد خصص المشرع السوري المادتين 20 و 21 من القانون المدني تحت عنوان "تنازع القوانين من حيث المكان" لمعالجة هذا الموضوع، فالمادة 20 عالجت القانون واجب التطبيق على العقد الدولي **من حيث الموضوع** بقولها: "يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا موطناً ، فإنّ اختلفا موطناً سرى قانون الدولة التي تمّ فيها العقد . هذا ما لم يتفق المتعاقدان أو يتبين من الظروف أنّ قانونا آخر هو الذي يراد تطبيقه "، في حين أنّ المادة 21 قد عالجت بدورها القانون واجب التطبيق على العقد الدولي **من حيث الشكل** إذ نصت على:" العقود ما بين الأحياء تخضع في شكلها لقانون البلد الذي تمّت فيه ، و يجوز أيضا أن تخضع للقانون الذي يسري على أحكامها الموضوعية ( أي المادة 20 )، كما يجوز أن يخضع لقانون موطن المتعاقدين أو قانونهما الوطني المشترك "

ولعل تطبيق قواعد الإسناد آنفة الذكر قد يبدو بسيطاً عند الحديث عن نزاع حول عقد تجاري دولي بالمعنى التقليدي المعروف، **إلا أنّ السؤال المطروح : ما مدى ملاءمة هذه القواعد لحكم عقود التجارة الدولية ذات الصفة الالكترونية ؟؟؟**

إن العقود الالكترونية تتميز بخصوصية متفردة تقتضيها متطلبات البيئة الحاضنة من حيث كونها وليدة العالم الافتراضي غير المحسوس مما يجعل تركيزها ضمن حيز جغرافي أمر غير

[1] عبد المنعم موسى ابراهيم – مرجع سابق - ص 120 .

متصور[1]، و من المعروف أنّ الضوابط التقليدية في قواعد الإسناد تستند في جزء كبير منها إلى الجغرافيا المكانية و الزمانية مما يجعل تطبيقها على العقد العابر للقارات أمر صعب فلو درسنا ضوابط الإسناد التقليدية لوجدناها غير ملائمة لخصوصية العقد التجاري الدولي الالكتروني:

1- قانون محل إبرام العقد : كيف يمكن تصور مثل هذا الضابط عند الحديث عن عقد الكتروني دولي يتمّ إبرامه عبر الشبكة العنكبوتية ؟ إذ يفترض بهذه الحالة اتصال العقد أثناء إبرامه بجميع دول العالم المرتبطة بشبكة الانترنت لذا فإنّ قانون محل إبرام العقد صعب التطبيق في هذا المجال اللّهم إلا إذا كنا نتحدث عما جاء بقانون تنظيم التواصل على الشبكة و مكافحة الجريمة المعلوماتية السوري رقم 17 لعام 2012 م و تحديداً المادة 33 فقرة 2 حيث جاء بها:" يعد النطاق العلوي السوري في حكم الأرض السورية في معرض تطبيق هذا القانون "، و عليه إذا أبرم العقد الالكتروني من خلال موقع الكتروني ينضوي تحت النطاق العلوي السوري الذي يرمز له ب SY فإنّه يعتبر و كأنه قد أبرم على الأرض السورية، وعطفاً على المادة 10 من قانون المعاملات الالكترونية السوري رقم 3 لعام 2014 الذي اعتبر أنّ العقد الالكتروني يبرم في مكان استلام القبول؛ فإذا كان هذا المكان موقع الكتروني يندرج تحت النطاق العلوي السوري يعتبر العقد قد أبرم بسوريا ، إلا أنّه و بنفس الوقت قد لا يكون هذا التحليل صحيحاً إذا اعتبرنا أنّ المقصود بمكان استلام القبول المكان الذي يوجد فيه الموجب وقت استلامه القبول و ليس مكان الموقع الالكتروني من الفضاء السيبيري الذي استلم من خلاله القبول إلا اللّهم إذا افترضنا ضمناً أنّ مكان وجود الموجب الذي استلم القبول ( المكان الذي رُبط فيه الحاسوب بشبكة الانترنت وقت استلام القبول ) يتطابق مع مكان وجود الموقع الالكتروني الذي استلم بواسطته القبول على الشبكة من حيث الدلالة الدولية و هذا **برأينا** افتراض لا يمكن إثباته بسهولة .

2- قانون محل التنفيذ : فيما لو كان تنفيذ العقد الالكتروني يتمّ بالشكل التقليدي المعتاد، مثلاً من خلال توصيل البضاعة إلى منزل المشتري فإنّ مكان التنفيذ يصبح ذي وجود مادي محسوس و عندها يمكن بسهولة تطبيق قانون مكان التنفيذ إعمالاً لضابط مكان التنفيذ ، لكن الإشكالية تثور عند الحديث عن تنفيذ الكتروني للعقد الالكتروني كما في العقد الدولي الالكتروني لبيع الكتب الالكترونية يتمّ تنفيذ العقد عن طريق تحميل الكتاب بطريقة الكترونية عبر الشبكة العنكبوتية و بالتالي يكون مكان التنفيذ هو الشبكة نفسها البعيدة عن كلّ مركزة

[1] للمزيد من المعلومات حول العقود الالكترونية راجع د. بسام شيخ العشرة و د. حنان مليكة – مرجع سابق – ص 27 وما يليها.

جغرافية، و في هذا الصدد اعتبرت محكمة استئناف باريس[1] : " أنّ مكان تنفيذ عقد خدمات المعلومات المبرم عبر الانترنت بين المستخدم و مورد الخدمة هو مكان موطن المستخدم " أي مكان ربط المستخدم بالشبكة ".

لكن هذا الحكم منتقد **برأينا** فتركيز الأداء في موطن المشترك لا يكون دوماً ذي فاعلية إذ قد يكون المشترك مرتبط بالشبكة من خلال كلمة مرور عبر حساب يقع خارج موطنه ، أضف لذلك أنّ هذا الافتراض لا يناسب جميع أنواع العقود فإن كان يتناسب مع العقود اللحظية فهو ليس كذلك في العقود المستمرة، ومن هنا تبرز صعوبة تطبيق مثل هذا الضابط في العقود الدولية الالكترونية.

3- قانون مكان الأداء المميز: إلى جانب ضوابط الإسناد آنفة الذّكر أقرّت الأنظمة القانونية المقارنة نظرية الأداء المميز التي تقوم على أساس تفريد معاملة العقود و تحديد القانون واجب التطبيق على العقد حسب أهمية الالتزام الأساسي فيه، وإن كان العقد يُنتج عدّة التزامات فأحدها هو الذي يميز العقد و يعبر عن جوهره ، مثال : في عقد التوريد المعلوماتي إذا لم يتفق الأطراف لا صراحةً و لا ضمناً على القانون واجب التطبيق ، فإنّه وفقاً لنظرية الأداء المميز يعتبر قانون دولة المورد الذي يمتهن توريد المعلومات أو قانون الدولة التي يقع بها مقر أو مركز تلك الشركة المورده هو القانون واجب التطبيق **باعتباره صاحب الأداء المميز**[2].

لكن يعاب على هذه النظرية وجود بعض العقود المركبة التي يصعب فيها تحديد من هو صاحب الأداء المميز لوجود التزامات متقابلة على نفس الدرجة من الأهمية إضافة لوجود قواعد آمرة فورية التطبيق في التشريعات الوطنية تسمى " **قواعد البوليس**"[3] التي تطبق بصرف النظر عن القانون الذي يحكم العلاقة التعاقدية.

---

[1] د. عبد الحميد أخريف – الدليل القانوني للمستهلك – مطابع أميمية – فاس – 2006 – ص 78 – مشار إليه لدى : محمد أطويف – تسوية منازعات العقود الدولية في التجارة الالكترونية– بحث علمي قانوني – كلية الحقوق – وجدة – المغرب – 2011م – دون رقم صفحة - متاح على www.marocdroit.com وقت الدخول 23\9\2015 .

[2] مهند عزمي أبو فعلي ومنصور عبد السلام الصرايرة – القانون واجب التطبيق على عقود الاستهلاك الالكترونية ذات الطابع الدولي – دراسات علوم الشريعة و القانون - مجلد 41 - عدد 2 لعام 2014- ص 1357- متاحة على : www.journals.ju.edu.jo تاريخ الزيارة 7\12\2016.

[3] "**قواعد البوليس أو قواعد الأمن المدني(les loi de police)**" : هي قواعد مادية آمرة تطبق مباشرة على العلاقة الوطنية أو المتضمنة لعنصر أجنبي دون حاجة للرجوع إلى قواعد الإسناد فهي تقضي على ظاهرة تنازع القوانين تفرضها ضرورة ضمان التنظيم السياسي و الاجتماعي و الاقتصادي في الدولة و قد ينص عليها المشرع صراحةً كما قد تستخلص ضمنا من الأهداف المرجوة منها و الأكثر من ذلك فقد يعود للقضاء و التحكيم الدور في خلقها واستحداثها تماما كما فعل القضاء الفرنسي بتقرير قاعدة الوفاء بالذهب من عدمه، و **تختلف قواعد البوايس عن قواعد اللكس ميركاتوريا** من عدة أوجه؛ فمن حيث الهدف تسعى اللكس ميركاتوريا للاستجابة لمتطلبات التجارة الدولية في حين تسعى قواعد البوليس لحماية النظام الداخلي في الدولة ومن حيث النطاق تطبق قواعد اللكس ميركاتوريا على الروابط و العلاقات التجارية الدولية في حين أنّ قواعد البوليس تحكم العلاقات و الروابط الداخلية بالدرجة الأولى إضافة للعلاقات و الروابط الدولية ذات العنصر الأجنبي، كما و **تختلف قواعد البوليس عن فكرة النظام العام الداخلي** بكون الأخير لا يتدخل إلا بعد استشارة قواعد الإسناد أي بعد أن تشير قاعدة الإسناد إلى اختصاص قانون أجنبي ما

**ب – منهج القواعد الموضوعية :**

في ظل قصور قواعد الاسناد و ضوابطها التقليدية عن تغطية متطلبات العقد التجاري الدولي ذي الصفة الالكترونية برز على الساحة الفقهية و القضائية اتجاه ينادي بالابتعاد عن تلك القواعد والتوجه نحو إيجاد قواعد موضوعية خاصة بعقود التجارة الدولية الالكترونية **و هو ما يسمى Lex Electra أو القانون الدولي الالكتروني الخاص،** و هو مستمد من فكرة قانون التجارة الدولية أو lex Mercatoria و يتميز القانون الدولي الالكتروني الخاص بعدّة خصائص أبرزها :

1 – قانون نوعي : خاص بمعاملات التجارة الدولية ذات الصبغة الالكترونية.

2 – تلقائي النشأة: وجد بعيداً عن تدخل مشرعي الدول إذ فرضته مقتضيات البيئتين الدولية و الالكترونية.

3 – قانون موضوعي بطبيعته : فهو يتضمن قواعد موضوعية تصلح للتطبيق مباشرة على عقود التجارة الدولية الالكترونية دون الدخول في إشكالية اختيار القانون واجب التطبيق .

4 – مصادره لا تختلف عن مصادر ال lex mercatoria بشكل عام و تتجلّى بما يلي :

- الاتفاقيات الدولية و القوانين النموذجية .
- الأعراف و العادات الناشئة عن الممارسة المهنية .
- قواعد السلوك و التي تتضمن حد أدنى من المبادئ و الأحكام المشتركة التي يجب أن يراعيها كافة المتعاملين في العالم الافتراضي .
- العقود النموذجية أو العقود النمطية[1]: المعدّة مسبقاً لاستخدامها من قبل الأطراف المتعاقدة بالتجارة الدولية الالكترونية والناظمة لحقوقهم وواجباتهم في المراحل التي يمر بها العقد التجاري الدولي و هي على نوعان نماذج العقود الكاملة و المعدّة مسبقاً و تقوم على فكرة التوحيد الكلّي و نماذج العقود التي تكون فيها الشروط العامة موحدّة و تقوم على فكرة التوحيد الجزئي، و في الحالتين يتمّ إعدادها من قبل عدّة جهات كالشركات الكبرى ، الاتحادات التجارية أو المهنية المتخصصة ، المنظمات و الهيئات التجارية الدولية .
- السوابق القضائية و القرارات التحكيمية : و خاصة تلك الصادرة عن هيئات الكترونية لاسيما بعد ظهور القضاء و التحكيم الالكترونيان إلى جانب القضاء و التحكيم بهيئته

---

يتبين للقاضي بأنّه مخالف لفكرة النظام العام في دولته هذا من جهة و من جهة أخرى فإنّ النظام العام يمكن تخفيفه استنادا لفكرة الأثر المخفف في حين أنّ قواعد البوليس تفتقر لهذه المزية. للمزيد راجع : جميلة مشنان – مرجع سابق – دون رقم صفحة .

[1] د.صالح بن عبد الله بن عطاف العوفي –مرجع سابق - ص 133 و ما يليها .

التقليدية المعروفة ، و على ذلك أمثلة متعددة نذكر منها :المحكمة الالكترونية الكندية – جمعية التحكيم الالكترونية الامريكية – مشروع القاضي الافتراضي[1].

على الرغم من الأهمية الكبيرة لوجود قانون دولي الكتروني خاص فإنّه **برأينا** لا يكفي وحدّه لتغطية متطلبات العقد التجاري الدولي الالكتروني في حال حدوث خلاف ما بصدده لسببين:

**الأول** يعود لحداثة نشأته و**الثاني** يعود إلى عدم تصديه لكافة المسائل التي قد تثور بصدد العقود التجارية الدولية الالكترونية وهي مسائل ذات طبيعة تقنية وقانونية بآنٍ معاً ، لذا كان لابدّ من الاستعانة بقواعد قانون التجارة الدولية عامة LexMercatoria في كثير من الأحيان شريطة تحديثها بما يتلاءم مع مقتضيات البيئة الالكترونية، و قد خطا المشرع الأمريكي خطوة مهمة في تقريره لجملة من القواعد الموضوعية التي تحكم عقود التجارة الالكترونية بعيداً عن منهج تنازع القوانين وما يثيره من إشكاليات بهذا الصدد وحبذا لو نحا المشرع السوري هذا المنحى، فقد أخضع القانون الأمريكي العقود التي يتمّ تسليم المبيع فيها من خلال شبكة الانترنت إلى قانون المكان الذي يقع فيه موطن المورد أو المزود عند إبرام العقد، و بالنسبة لعقود الاستهلاك التي يسلم فيها المبيع خارج نطاق الشبكة فتخضع لقانون دولة التسليم (دولة المستهلك ) رغبة منه في حماية المستهلك باعتباره الطرف الأضعف اقتصادياً ، و بغير هذه الحالات فقد اعتبر القانون الأمريكي أنّ العقد يخضع للقانون الأكثر ارتباطا بالعملية التجارية و ذلك لإعطاء نوع من الحرية الكاملة في الاستناد إلى العناصر التعاقدية المختلفة التي تلائم البيئة الالكترونية.[2]

[1] د. بسام شيخ العشرة و د. حنان مليكة – مرجع سابق - ص 120 و ما بعدها .

[2] محمد ابراهيم أبو الهيجاء – العقود الالكترونية – دار الثقافة – عمان - 2002 - ص 121 – مشار إليه لدى : محمد أطويف – مرجع سابق – دون رقم صفحة .

## المبحث الثاني : تطبيقات مبدأ حسن النية في مرحلة التنفيذ

لكلّ قاعدة تجلياتها ولكل مبدأ إسقاطاته الواقعية التي يغدو بدونها كالقلب بلا نبض فهي تكسبه طابع ديناميكي يساهم في بيان جوهره وبالتالي تقريبه إلى الأذهان وهذا بالضبط ما تفعله تطبيقات مبدأ حسن النية في مرحلة التنفيذ إذ تساهم بشكل لا يقبل الشك في حل إشكالية هذه الرسالة وذلك من خلال تحليلها لأبرز مقتضيات حسن النية وسوء النية في مرحلة التنفيذ الأمر الذي يصعب فهمه إلا من خلال التطبيق العملي فما هي أبرز مظاهر حسن النية ( المطلب الأول ) ومظاهر سوء النية ( المطلب الثاني ) في مرحلة تنفيذ العقد التجاري الدولي ؟؟

### المطلب الأول : مقتضيات حسن النية في مرحلة التنفيذ

تعتبر عملية تيسير تنفيذ العقد التجاري الدولي ( الفرع الأول) وما تقتضيه من تعاون بين الأطراف المتعاقدة ولزوم تنفيذ العقد كما اتفق عليه بداية دون تعديل أو تحوير إلا ضمن حالات استثنائية تجسيداً حياً لنظرية حسن النية في مرحلة التنفيذ، أضف لهذا أنّه وفي الآونة الأخيرة برز إلى حيز الوجود القانوني ما يسمى بعملية إعادة التفاوض ( الفرع الثاني ) والتي كرّست مفهوم حسن النية في مرحلة التنفيذ كأداة لفرض التوازنات العقدية ...

#### الفرع الأول : تيسير التنفيذ

قد يكون وقع مصطلح تيسير التنفيذ غريباً على أسماعنا بعض الشيء إذ كيف يتصور قيام أحد الأطراف بتيسر أو عرقلة عملية التنفيذ طالما أنّ مفهوم التنفيذ هو مفهوم واضح يعني بكل بساطة الأداء أو الإبراء فهل يحتمل هكذا مفهوم التفرقة بين حالتي تيسير التنفيذ التي تتجلّى بالتعاون على إنجاح عملية أداء الالتزامات كما اتفق على أدائها وبين عرقلة هذه العملية الأمر الذي يخرجنا من مفهوم حسن النية ليدخلنا في مفهوم سوء النية ؟

**أولاً : التعاون " Devoir de coopération":**

إنّ الالتزام بالمعاضدة أو ما يسمى الالتزام بالتعاون هي فكرة حديثة نسبياً إذ بدأ الفقهاء يتعرضون إليها مؤخراً أكثر فأكثر انطلاقاً من مقوله الفقيه جاك فلور:" **لم يعد العقد يرتكز على روابط متعارضة لكنه يرتكز على روابط متآزرة**"[1].

يقصد بالالتزام بالتعاون التزام المتعاقد بالإسهام بفاعلية في العقد بهدف تسهيل مهمة الطرف الآخر، بمعنى آخر فإنّ مفهوم التعاون يتجلّى بضرورة تسهيل عملية تنفيذ العقد و اتخاذ كلّ الاحتياطات التي تمليها المعاملات التجارية الدولية في إطار تحقيق هذا الهدف، إذ يجد الالتزام بالتعاون جذوره القانونية في التطورات الجديدة للعلاقات التعاقدية[2] خاصة على الصعيد الدولي التي تحولت من المفهوم التقليدي الذي يتجلّى بعلاقة التنافر و الخصام إلى المفهوم الحديث الذي يتجلّى بعلاقة التكاتف والتعاون بين الأطراف، و لعلّ معظم عقود التجارة الدولية الحديثة تقوم في جزء جوهري منها على نظرية التعاون بين الأطراف وخير مثال على ذلك عقد ال Joint Venture وعقد الفرنشايز[3] وعقد نقل التمكين التكنولوجي إضافة إلى عقد البيع الدولي كأحد أبرز تطبيقات العقود التجارية الدولية.

**أ – الوجود القانوني لموجب التعاون :**

أقرّت الأنظمة القانونية المقارنة على الصعيدين الدولي والداخلي التزام الأطراف المتعاقدة بالتعاون على إنجاح عملية تنفيذ العقد التجاري الدولي كما هو مخطط له وذلك على التفصيل التالي :

1 – الوجود القانوني لموجب التعاون على الصعيد الدولي :

● موجب التعاون في مبادئ اليونيدروا : كرّست هذه المبادئ نظرية التعاون في تنفيذ الالتزامات العقدية صراحةً عندما نصت في المادة : 3/1/5 منها على ما يلي : " يلتزم كلّ طرف بالتعاون مع الطرف الآخر كلما كان هذا التعاون متوقع بشكل معقول عند تنفيذ أحد الأطراف لالتزاماته " [4]

و يلاحظ على هذا النص أنّه لم يطلق واجب التعاون دوناً عن أي قيد أو شرط وإنما اشترط على كلّ طرف من أطراف العقد أن يلتزم به في كلّ مرّة يكون فيها واجب التعاون متوقعاً و

---

[1] د.حسين بن سليمة – مرجع سابق – ص 88 .

[2] علاق عبد القادر – أساس القوة الملزمة للعقد و حدودها – رسالة ماجستير – جامعة أبو بكر بلقايد – تلمسان 2007 / 2008 – ص 19 + 20 متاحة على : www.dspace.univ-tlemacan.dz آخر ولوج تمّ في 16\1\2017 .

[3] لقد أعطت محكمة استئناف لييج البلجيكية اهتماما كبيرا للالتزام بالتعاون بين المرخص و المرخص له إذ اعتبرته من عقود التعاون التي لا تقتصر فقط على الفرنشايز إنما تشمل كافة العقود التعاونية ذات الأنشطة التجارية و الاقتصادية الدولية، مشار إليه لدى : آمال عزة – حماية المرخص له في عقد الامتياز التجاري – رسالة ماجستير – جامعة حلب – 2012 م - ص 39 .

[4] Article 5.1.3 of Unidroit :“ Each party shall cooperate with the other party when such co-operation may reasonably be expected for the performance of that party’s obligations “

بشكل معقول عند تنفيذ العقد، ولكن هذا النص لم يحدد معيار التوقع المعقول فهل هو معيار شخصي أي يعتمد على الطرف المتعاقد الآخر أم هو معيار موضوعي يعتمد على درجة توقع الرجل المعتاد؟

● موجب التعاون في قانون العقود الأوروبي الموحد : في الواقع يؤسس قانون العقود الأوروبي مبدأ حسن النية على ثلاثة أبعاد أساسية[1]؛ البعد الجوهري ويستطيع المرء الاستعاضة عنه بواجب التعاون، والبعد الشكلي والذي يحلّ محلّ فكرة التوقع المعقول، و البعد المؤسسي و تحلّ محلّه فكرة المساواة التي تمنح القاضي سلطات تقديرية واسعة،وفيما يتعلق بالبعد الجوهري لمبدأ حسن النية الذي يتجلّى بموجب التعاون وهو ما يهمنا بهذا الصدد فقد نصت عليه المادة 1.202 بقولها :" كلّ طرف مدين للطرف الآخر بالتعاون في سبيل إنجاح العملية التعاقدية "[2]، كما أنّ المادة 1.103 بفقرتها الرابعة اعتبرت الإخفاق بواجب التعاون على التنفيذ هو بمثابة عدم تنفيذ للعقد[3] .

ويلاحظ على نص المادة 1.202 آنف الذكر أنه اعتبر الالتزام بالتعاون كسائر الالتزامات العقدية الأخرى له محل وأطراف و سبب الأمر الذي يتجلّى باستخدامه لمصطلح كلّ طرف (مدين) للطرف الآخر مما يؤكد **برأينا** أهمية هذا الالتزام كالتزام قانوني قائم بحد ذاته.

● موجب التعاون في اتفاقية فيينا 1980م : يعد واجب التعاون من المبادئ الأساسية التي تقوم عليها اتفاقية فيينا وبالرغم من عدم وجود نص صريح يفرضه إلا أنّنا نجد تجلياته في أكثر من مادة من مواد هذه الاتفاقية نذكر منها على سبيل المثال : المادة 32 / 3 والتي نصت على:" إذا لم يكن البائع ملزماً بإجراء التأمين على نقل البضائع فعليه أن يزود المشتري عندما يطلب ذلك بجميع المعلومات المتوفرة اللازمة لتمكينه من إجراء ذلك التأمين"، والمادة 48 / 2 بقولها :" إذا طلب البائع من المشتري أن يُعلمه بما إذا كان يقبل التنفيذ و لم يرد المشتري في ميعاد معقول جاز للبائع تنفيذ التزاماته في الميعاد الذي حدده في طلبه ولا يجوز للمشتري قبل انقضاء هذا الميعاد استعمال أي حق يتعارض مع تنفيذ البائع لالتزاماته "، إضافة للمادة 60 / أ : " يتضمن التزام المشتري بالاستلام ما يلي : القيام بجميع الأعمال

[1] Mark Estorme - Good faith and contents of contracts in European private law – Buitengewoon Hoogleraar KU Leuven – Belgium- 2003 – at : www.law-kuleuven.be visited on 2\8\2016

[2] Article 1.202 of European law : " each party owes to the other party a duty to co-operate in order to give full effect to the contract "

[3] The original text 1.103 of European law : " non performance : denotes any failure to perform an obligation under the contract and includes delayed performance , defective performance and failure to co-operate in order to give full effect to the contract "

التي يمكن توقعها منه بصورة معقولة لتمكين البائع من القيام بالتسليم أو استلام البضائع "، فهذه النصوص برأينا تكرس بطريقة أو بأخرى موجب التعاون بين أطراف عقد البيع الدولي.

2 – الوجود القانوني لموجب التعاون على الصعيد الداخلي :

● موجب التعاون في دول نظام القانون العمومي common law : لا يوجد من حيث المبدأ اختلاف بالمواقف القانونية بين دول القانون العمومي حول تقرير واجب التعاون بين أطراف العقد، ففي المملكة المتحدة وبغياب النص نجد أنّ الأحكام القضائية البريطانية قد أقرّت واجب التعاون في العقود التجارية بشكل خاص حتى في غياب الاتفاق عليه باعتباره واجب قانوني عام يفرض نفسه كأحد تطبيقات مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود وذلك في عدد من السوابق القضائية كان أحدثها ما صدر عن محكمة الملك و الملكة Bench التجارية عام 2015 م في سابقة : Swallowfalls limited Ltd V Monaco Yachting & others[1]، ومن الجدير بالذكر أنّ محكمة Queens Land الاسترالية في عام 2013 لم تكتفي بذلك بل خطت خطوة جريئة عندما شذّبت نطاق الالتزام بالتعاون في سابقة Framestock pty Ltd إذ اعتبرت أنّه و بالرغم من كون الالتزام بالتعاون واجب قانوني متضمن في كلّ العقود إلا أنّ نطاقه لابدّ من تحديده وفقاً للالتزامات التي يفرضها العقد على الأطراف[2]، أما في الولايات المتحدة الأمريكية فقد كرّس المشرع الأمريكي واجب التعاون في عقد البيع التجاري تحت عنوان "خيارات التعاون الضرورية للتنفيذ" في القسم الثالث من القانون التجاري الأمريكي الموحد لعام 2005 الذي يتحدث عن الواجبات العامة وهيكلية العقد وتحديداً في المادة 2–311 التي عالجت الآثار القانونية المترتبة على خرق موجب التعاون من قبل أحد الأطراف إذ أنّه إضافة للقواعد القانونية العامة فإنّ خرق موجب التعاون يعفي الطرف الآخر من أي تأخير ينتج عن ذلك كما يخوله اعتباره بمثابة خرق لواجب تسليم البضاعة، و**برأينا فإنّ** واجب التعاون لا يقتصر على عقد بعينه وإنما يمتد ليشمل عدد كبير من العقود خاصة تلك المتمتعة بالصفتين التجارية والدولية باعتبارها قائمة بالدرجة الأولى على فكرة التشاركية بين أطرافها.

● موجب التعاون في دول نظام القانون المدني civil law : فيما لو أخذنا فرنسا كمثال فإنّ الالتزام بالتعاون هو من صنع القضاء و الفقه الفرنسيين إذ لا يوجد في القانون الفرنسي نص صريح يفرض على أطراف العقد واجب التعاون فيما بينهم لتحقيق الأهداف المبتغاة من ورائه،

[1] This precent is available on the website : www.uk.practicallaw.com the last visit 9\4\2017 .
[2] For more informations about this case visite : www.hallandwilocx.com.au visited on 10\2\2017 .

لذا اعتبر الفقه و القضاء[1] أنّه و بغياب النص فإنّ المادة 1134 من القانون المدني الفرنسي قبل التعديل المقابلة للمادة 1104 بعد التعديل و التي كرّست مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود كفيلة باعتبارها الأساس القانوني لموجب التعاون عند غياب الاتفاق الصريح أو الضمني بين أطراف العقد ولاسيما في العقود التجارية، وهو ما أكدّته الغرفة التجارية في محكمة النقض الفرنسية صراحةً في عدد من أحكامها مبتعدةً عن النظرة الكلاسيكية للعقد باعتباره يعكس المصالح الفردية للمتعاقدين نحو نظرة أكثر حداثة معتبرة العقود التجارية بوجه خاص باتت تعكس المصالح المشتركة لأطرافها ولعلّ من أحدث هذه الأحكام لعام 2013 في القضايا ذات الأرقام V11-22.188 و Q11-22.714 و W11-25.432 [2] إذ اعتبرت محكمة النقض الفرنسية أنّ خرق أحد المتعاقدين لواجب التعاون المستمد بأساسه من مبدأ حسن النية يعتبر خطأ موجب للمسؤولية، ومن الجدير بالذكر أنّ الموقف الألماني لا يختلف عن نظيره الفرنسي[3]، أما في القطر العربي السوري فإنّه وبظل حالة الفراغ التشريعي والقضائي فإنّ نص المادة 149 من القانون المدني السوري يصلح **برأينا** كأساس قانوني متين لبناء موجب التعاون باعتباره التجسيد الحقيقي لمعاني حسن النية في التنفيذ.

**ب- الأساس القانوني للالتزام بالتعاون :**

وفقاً لغرفة تجارة باريس " **هناك التزام بالتعاون مفروض على الأطراف المتعاملين بالتجارة الدولية في تنفيذ الالتزامات الملقاة على عاتقهم**"[4]، و السؤال فيما إذا سلمنا بوجود هذا الالتزام في العلاقات التجارية الدولية فما هو أساسه القانوني؟

1- النص التشريعي :

إذ يكون موجب التعاون في تنفيذ العقود بهذه الحالة مفروض بنص القانون و حتى دون حاجة للاتفاق عليه فيما بين الأطراف كما هو الحال في قانون العقود الأوروبي الموحد أو القانون التجاري الأمريكي الموحد وفقاً لما سبق الإشارة إليه، الأمر الذي يفتقر إليه القانون السوري اللّهم إلا إذا اعتبرنا أنّ المادة 149 من القانون المدني السوري تفي بالغرض على اعتبار أنّ واجب التعاون هو أحد أهم تطبيقات مبدأ حسن النية الذي أتت هذه المادة على تكريسه صراحةً وهذا ما أيدته محكمة اشتئناف باريس في أحكامها لعامي 1984 و 1985 م معتبرةً

---

[1] Francois Diesse – Le devoir de cooperation comme principe directeur de contract – Arch.Phil.droit – V ol.43 – France - 1999 – P.269 and after at : www.philosophie-droit.asso.fr visité en 20\3\2017 .

[2]Review those cases on the website :www.legifrance.gouv.fr last visited on 6\3\2017 .

[3] Evaldas Klinas – The duty to co-operation in constraction of contracts – Vilnius university – Lithuania – 2011 – P.306 at : www.irbnet.de visited on 6\12\2016.

[4] بلال عبد المطلب بدوي – مبدأ حسن النية في مرحلة المفاوضات قبل العقدية في عقود التجارة الدولية (دراسة مقارنة) – أطروحة دكتوراة – جامعة عين شمس – مصر – 2001 – ص 86 – مشار إليه لدى : آمال عزة – مرجع سابق – ص 90 .

أنّه و بغياب النص الصريح فإنّ المادة 1134 من القانون المدني الفرنسي قبل التعديل المقابلة للمادة 1104 منه بعد التعديل (والتي ترادف المادة 149 من القانون المدني السوري) تعتبر بمثابة الأساس القانوني لفرض موجب التعاون بين أطراف أي عقد[1] .

2- إرادة الأطراف المتعاقدة :

قد يكون الأساس القانوني للالتزام بواجب التعاون هو إرادة المتعاقدين كأن يتفق المتعاقدان صراحةً أو ضمناً في العقد التجاري الدولي على التعاون على إنجاح تنفيذ هذا العقد عندها يكون مبدأ سلطان الإرادة هو الأساس القانوني لمثل هذا الالتزام؛ الأمر الذي كرّسته المحكمة البريطانية العليا صراحةً لعام 2013 في سابقة : Mid Essex hospital services NHS trust V Compass group UK [2] ومن قبلها محكمة القضاء الإداري الأمريكي في عام 1984 في سابقة : Cender Lumber Inc V United States [3]، و**برأينا فإنّ** ربط الالتزام بالتعاون بإرادة الأطراف وحدّها فيه شيء من الخطورة لأنّ أمر كهذا يعني بمفهوم المخالفة التسليم بإمكانية الاتفاق على مخالفته أو استبعاده من قبل الأطراف المتعاقدة استناداً لمبدأ من يملك الربط يملك الحل الأمر الذي لا يتماشى مع مقتضيات حسن سير عملية تنفيذ العقد التجاري الدولي وخصوصيتها، أضف لذلك فإنّ غياب سلطان الإرادة بهذه الحالة يُدخل القاضي أو المحكم في إشكالية البحث عن أساس قانوني لهذا الالتزام ولاسيما في ظل غياب النص.

3- مبدأ حسن النية في التنفيذ :

عند غياب الاتفاق الصريح أو الضمني حول الالتزام بالتعاون وفي حال عدم وجود نص قانوني يحتم على الأطراف المتعاقدة مراعاة هذا الموجب تحت طائلة المساءلة القانونية، فعلى أي أساس قانوني يمكن إعماله **ونحن هنا نتحدث عن عقد تجاري دولي؟**

في الواقع إنّ قرارات التحكيم التجاري الدولي اتجهت بهذه الحالة نحو إسناد واجب التعاون في العقود التجارية الدولية إلى مبدأ حسن النية في التنفيذ الذي يشكل مع بقية المبادئ القانونية العامة للقانون الدولي التجاري الخاص أحد أبرز مصادر ال lex mercatoria (قانون التجارة الدولية) وهو ما أكدّه القرار التحكيمي الصادر عن غرفة تجارة باريس رقم

---

[1] Francios Diesse – op cit – P.266 .

[2] Mark Abell & Victoria Hobbs- the duty of good faith in franchise agreement (comparative study of the civil and common law approaches in EU) – international journal of franchising law- Claerhout publishing LTD - Vol.11– 2014 – P. 14 at : www.twobirdis.com the last visit 9\4\2017.

[3] Frederick Clayboor – good faith in the termination and formation of fereral contracts – Crowell & Moring – Duke university – Washington – 1997 – without page number at : www.crowell.com visited on 19\7\2016.

2443 لعام 1975 م والذي جاء به " يجب أن يعلم الأطراف جيداً أنّ التعاون بينهم هو الذي يسمح بحل كلّ المشكلات التي تواجههم **و يجد هذا الالتزام بالتعاون أساسه في مبدأ حسن النية الذي يحكم تنفيذ العقود التجارية** "[1]

وفي قرار تحكيمي آخر صادر عن نفس الغرفة عام 1986م اعتبر التعاون بين أطراف العقد التجاري الدولي واجب عام ذو طبيعة ضمنية مفروض حتى لو لم تتجه إرادة الأفراد أو إرادة المشرع لإقراره وذلك بالاستناد إلى (المبادئ القانونية العامة في قانون التجارة الدولية)، ولاشك بأنّ أهم مبدأ قانوني عام بهذا الصدد **برأينا** هو مبدأ حسن النية الأمر الذي كرّسه هذا القرار التحكيمي الأخير صراحةً بقوله : "من الملائم بمكان ما التأكيد أنّه يوجد و بالتوازي مع النصوص القانونية لمختلف القوانين الوطنية في النطاق الخاص بالتجارة الدولية عادات و مبادئ التعاون المفروضة على كلّ الممارسين الاقتصاديين للتجارة الدولية حيث أنّ على أطراف العقد واجب ضمني بتنسيق جهودهم للتعاون والتنفيذ الدقيق لالتزاماتهم بحسن نية "[2]، و هنا يثور السؤال : هل الالتزام بالتعاون هو مقتضى مستقل عن بقية مقتضيات مبدأ حسن النية في مرحلة التنفيذ ؟ أم أنّه بمثابة نتيجة أو ثمرة لتلك المقتضيات مجتمعة ؟

هناك انقسام بالآراء الفقهية في الإجابة على هذا السؤال إذ يرى بعض الفقه[3] بأنّه ليس هناك التزام بالتعاون بشكل مستقل بمعزل عن المقتضيات الأخرى لمبدأ حسن النية إذ أنّ الوفاء بكلّ هذه المقتضيات مجتمعة يؤدي إلى تحقيق التعاون وكأنهم اعتبروا أنّ الالتزام بالتعاون هو المظلة الكبرى التي تندرج تحتها جميع مقتضيات مبدأ حسن النية الأخرى، و بالمقابل هناك اتجاه فقهي أخر[4] يرى بأنّ الالتزام بالتعاون التزام قائم بحد ذاته مستقل عن الالتزامات الأخرى التي يفرضها مبدأ حسن النية و الوفاء به منفرداً دون بقية الموجبات الأخرى التي يفرضها مبدأ حسن النية لا يعني أنّ تنفيذ العقد قد تمّ بحسن نية إذ يمكننا الحديث عن سوء نية حتى و لو ثبت التقيد بموجب التعاون في حال تمّ الإخلال بمقتضيات هذا المبدأ الأخرى الأمر الذي تجسّد من خلال استخدام قانون العقود الأوروبي الموحد لمصطلح (مدين) في المادة1.202 منه كما سبق وأشرنا، و **برأينا فإنّ** موجب التعاون لا هو ثمرة التقيد بجميع الالتزامات الأخرى المنبثقة عن مبدأ حسن النية و لا هو التزام قائم بذاته مستقل عن بقية تلك

---

[1] صفاء تقي عبد النور - القوة القاهرة و أثرها في عقود التجارة الدولية - أطروحة دكتوراه - جامعة الموصل – 2005 م - ص 223 – النسخة الالكترونية متاحة على : www.these.ju.edu.jo آخر زيارة تمّت بتاريخ 2016\9\11 .

[2] د. أحمد شرف الدين – تسوية منازعات عقود الانشاءات الدولية – دار النهضة العربية – القاهرة – 2001 – ص 151 – مشار إليه لدى : أمال عزة – مرجع سابق – ص 90 .

[3] Stefano Dindo – como negocier un acuerdo trasfronterizo – UIA 47 th – congress – lisbon – Italian report- 2003 - P. 12 ... مشار إليه لدى : د. شيرزاد عزيز سليمان – مرجع سابق – ص 395

[4] المرجع السابق – نفس الصفحة.

الالتزامات إذ أنّ موجب التعاون **برأينا** هو أحد أهم و أبرز تطبيقات مبدأ حسن النية في مرحلة التنفيذ وحتى في مرحلة المفاوضات لا بل هو في كثير من الأحيان المرادف الحقيقي لمعنى حسن النية بذاته .

**ج – الطبيعة القانونية للالتزام بالتعاون والأثر القانوني للإخلال به :**

1– الطبيعة القانونية للالتزام بالتعاون : قسّم الفقه الحديث الالتزام من حيث مضمونه إلى نوعين؛التزام بتحقيق غاية أو نتيجة، والتزام ببذل عناية أو وسيلة، ويعود الفضل في هذا التقسيم إلى الفقيه الفرنسي ديموغ Demogue وهذا التقسيم يقتصر على الالتزامات التي يكون محلها القيام بعمل في حين أنّه غير موجود بالالتزامات التي يكون محلها الامتناع عن عمل فهي بطبيعتها التزام بتحقيق نتيجة، وفيما إذا سلمنا أنّ الالتزام بالتعاون على تنفيذ العقد التجاري الدولي بين أطراف العقد التجاري الدولي هو التزام بالقيام بعمل فما هي الطبيعة القانونية له هل هو التزام ببذل عناية أم هو التزام بتحقيق نتيجة و بلوغ غاية ؟؟ بمعنى هل يمكن لأحد أطراف العقد أن يدفع المسؤولية عن نفسه إذا أثبت أنّه بذل الجهد اللازم للتعاون مع الطرف الآخر على تنفيذ العقد ومع ذلك لم تتحقق النتيجة المطلوبة ؟؟ ثم ما هو المعيار القانوني للقول بأنّ هناك تعاون فعلي و حقيقي بين الأطراف على تنفيذ العقد التجاري الدولي من عدمه ، هل هو معيار شخصي يختلف من شخص لآخر أم أنّ هناك معيار موضوعي يحكم هذا الأمر؟

إنّ الرأي الراجح في الفقه و القضاء يذهب لاعتبار الالتزام بالتعاون هو التزام ببذل عناية[1] لا تحقيق غاية، بمعنى آخر فإنّ بذل أحد أطراف العقد عناية الرجل المعتاد سعياً لتنفيذه تكفي للقول بأنّه راعى موجب التعاون كأحد تطبيقات مبدأ حسن النية التنفيذي و بصرف النظر ما إذا تمّ تنفيذ العقد فعلاً أم لا، و المعيار المعتمد في تحديد ما هو التعاون المطلوب بين الأطراف هو بنظر الفقه معيار موضوعي[2] قائم على العدل و المعقولية كمفاهيم عامة مجردة و ليس وفقاً لما يعتقده المرء بأنّه عدل و معقول إذ لا مجال بهذه الحالة لإعمال المعيار الشخصي كونه معيار متأرجح يختلف من شخص لآخر.

2 – الأثر القانوني المترتب على الإخلال بموجب التعاون : في حقيقة الأمر لا يوجد اختلاف جوهري فيما يتعلق بالأحكام القانونية للإخلال بالالتزام بالتعاون وما يرتبه ذلك من

---

[1] وفاء حلمي أبو جميل – الالتزام بالتعاون – دار النهضة العربية – القاهرة – 1993 م – ص 175 – مشار إليه لدى : أ.م.أسيل باقر جاسم – النظام القانوني لشرط إعادة التفاوض(دراسة في عقود التجارة الدولية)- مجلة المحقق حلي – مجلد 2- عدد1 – العراق - 2010م - ص 137 – متاحة على : www.iasj.net تمّت الزيارة بتاريخ 29\3\2017 .

[2] رغد عبد الأمير مظلوم حميد الخزرجي – مبدأ حسن النية في تنفيذ المعاهدات الدولية – مجلة جامعة ديالي – عدد 64 – لعام 2014 – ص 183 - متاحة على : www.isaj.net آخر دخول 14\1\2017.

آثار شخصية وموضوعية عن تلك التي ذكرناها عند دراستنا للآثار القانونية المترتبة على الإخلال بمبدأ حسن النية في مرحلة التنفيذ بوجه عام لذا فإنّنا نحيل بهذا الصدد لما سبق و شرحناه منعاً للتكرار و الإطالة.

**ثانياً : لزوم تنفيذ العقد دون تعديل :**

إذا كانت التغيرات في الظروف المحيطة بالعقد لها أثر واضح على المعاملات المالية داخل المنظومة القانونية الوطنية للدولة الواحدة فإنّ نطاق هذه التغيرات يبدو أكثر وضوحاً إذا انتقلنا إلى المستوى العالمي، إذ أنّ المتتبع لتحركات الأسواق العالمية يلاحظ المتغيرات الاقتصادية والسياسية التي قد تنعكس سلباً أو إيجاباً على تنفيذ العقود الدولية؛ فالقاعدة الأساسية هي قيام أطراف العقد التجاري الدولي بتنفيذه وفقاً لما تمّ الاتفاق عليه دون زيادة أو نقصان الأمر الذي يعتبر تكريساً لمبدأ حسن النية في التنفيذ؛ والاستثناء هو إمكانية تعديل عملية التنفيذ المتفق عليها بداية في العقد إما بحكم القانون ( نظرية الظروف الطارئة ) أو تبعاً لاتفاق الأطراف (من يملك الربط يملك الحل)[1] أما في غير هاتين الحالتين فإنّ تنفيذ العقد بغير الطريقة المتفق فيه على تنفيذها يعتبر خطأ موجب للمسؤولية، **و نظراً لكون حالة التعديل الاتفاقي ما هي إلا تكريس لمبدأ سلطان الإرادة في عقود التجارة الدولية فهي لا تثير أي إشكالية تذكر لذا سوف نتناول على نطاق البحث و الدراسة حالة التعديل القانوني للعقد التجاري الدولي و التي تتجلّى بنظرية الظروف الطارئة أو "الظروف الشاقة"** لناحية وجودها القانوني و آثارها القانونية على العقد التجاري الدولي باعتبارها أحد تطبيقات مبدأ حسن النية التنفيذي كونها تقوم على مبدأ أساسي يتجلّى بفكرة التوازن العقدي هذه الفكرة التي تشكل جوهر مبدأ حسن النية في مرحلة تنفيذ العقد التجاري الدولي كما سبق و أشرنا.

من الضروري جداً بداية التفريق بين مصطلحي القوة القاهرة "Forcemajor" و الظروف الطارئة "Hardship" لناحية الآثار القانونية المختلفة التي يرتبها كلّ منهما على العقد التجاري الدولي إذ يقترب مفهوم الظرف الطارئ مع القوة القاهرة باعتباره وضع جديد لا دخل لإرادة طرفي العقد في إنشائه وإنما مصدره أجنبي عنهما ولا يختص مطلقاً بتصرفاتهما أو سلوكهما المرافق لتنفيذ التزام، إلا أنهما يختلفان لناحية كون هذا الوضع الجديد وفقاً لنظرية الظروف الطارئة لا يجعل تنفيذ العقد مستحيلاً كما هو الحال في القوة القاهرة ،فهو ممكن

[1] Pilar Perales Viscasillas – Modification and termination of the contract art 29 CISG – journal of law and commerce – Vol.25 No.6 – Madrid – 2006 – P. 169 at : www.unictral.org visited on 2\12\2016.

التنفيذ إلا أنّ تنفيذه بالشروط التي جاءت بها نصوص العقد تحمّل المدين بالتنفيذ أعباء مالية وخسارة جسيمة و باهظة النتائج[1] مما يجعل عملية التنفيذ مرهقة بالنسبة له.

**أ – الوجود القانوني لنظرية الظروف الطارئة على الصعيد الدولي :**

1– نظرية الظروف الطارئة في مبادئ اليونيدروا : كرّست المادة 2/2/6 من مبادئ اليونيدروا نظرية الظروف الطارئة أو الظروف الشاقة بقولها : " يكون هناك ظروف شاقة إذا وقعت أحداث تخلّ بصورة جوهرية بتوازن العقد إما بدفع تكاليف التنفيذ على أحد الأطراف أو بخفض قيمة ما يتلقاه أحد الأطراف و يتعين لتطبيق هذه النظرية ما يلي : 1 – أن تقع هذه الأحداث أو يعلم بها الطرف الذي تعرض لها بعد إبرام العقد 2 – ألا يكون من الممكن أخذها بالحسبان بصورة معقولة من قبل الطرف الذي تعرض لها عند إبرام العقد 3 – أن تكون خارجة عن سيطرة الطرف الذي تعرض لها 4 – ألا يكون الطرف الذي تعرض لها قد قبل بتحملها ".

2– نظرية الظروف الطارئة في قانون العقود الأوروبي الموحد : لم يأت قانون العقود الأوروبي الموحد على ذكر مصطلح الظروف الطارئة صراحةً إنما كلّ ما هنالك أنّه وضع أربع شروط تخول أحد أطراف العقد مُكنّة الاستفادة من مقتضيات نظرية الظروف الطارئة شبيهة بالشروط المذكورة بمبادئ اليونيدروا و ذلك بالمادة 6.111 منه تحت عنوان تغير الظروف وهذه الشروط تجلّت على النحو التالي : "1 – تغير الظروف تمّ بعد إبرام العقد 2 – احتمالية حدوث مثل هذه الظروف لم تكن متوقعة وقت إبرام العقد 3 – الخطر الناتج عن مثل هذه الظروف ليس من النوع الذي يستطيع أحد أطراف العقد أن يعبأ به" .

ومن قراءة النصين السابقين نلاحظ اشتراك كلاً من مبادئ اليونيدروا و قانون العقود الأوروبي الموحد في نقطة مهمة[2] فكلاهما اعتبر أنّه و في سبيل الاستفادة من نظرية الظروف الطارئة يتعين على الطرف الذي يسعى لتطبيق مقتضياتها إثبات حالة اختلال التوازن العقدي بدليل لا يقبل الجدل الأمر الذي يهدف مبدأ حسن النية في التنفيذ إلى القضاء عليه.

---

[1] Atip Ambrose Peter – Force majeure in international business , a comparative assessment of force major under the UCC and UNCISG – Petroleum and mineral law & policy center for energy – University of Dundee – united kingdom – P. 5 – at the website : www.dundee.ac.uk visited on 14\9\2016.

[2] Daniel Girsberger & Paulius Zapolskis – fundamental alteration of the contractual equilibrium under hardship exemptions – Jurisprudence – Mykolas Romeris university – Lithuania - 2012 – P.124 + 125 at : www.mruni.eu visited on 19\9\2016 .

3- نظرية الظروف الطارئة في القواعد الموحدة للظروف الطارئة ICC Hardship clause[1]

لعام 2003 : الصادرة عن غرفة التجارة الدولية عالجت مسألة الظروف الطارئة وما يتولد عليها من آثار قانونية إذ نصت على ما يلي :" إنّ أطراف العقد التجاري الدولي ملزمون بتنفيذ التزاماتهم العقدية حتى لو كان مثل هذا التنفيذ أكثر إرهاقاً مما هو متوقع وقت إبرام العقد، لكن و بما لا يخالف ما سبق إذا استطاع أحد أطراف العقد أن يُثبت أنّ استمرار تنفيذ التزاماته العقدية أضحت مرهقة بشكل مفرط لسبب خارج عن سيطرته و لا يمكن توقعه وقت إبرام العقد و لا يمكن تجنبه أو تجنب نتائجه "

4- نظرية الظروف الطارئة في اتفاقية فيينا 1980م : لم تأت على ذكر نظرية الظروف الطارئة إنما أتت على و ضع تنظيم قانوني لنظرية القوة القاهرة بالمادة 79 منها[2] تحت عنوان "الإعفاءات" أي اعفاء الطرف الذي يتخلف عن تنفيذ التزامه من تعويض الضرر الذي يترتب على ذلك عندما يكون تخلفه عن التنفيذ بسبب قوة قاهرة تؤدي إلى صيروة التنفيذ ليس مرهقاً فحسب وإنما مستحيل[3] فإلى أي مدى تصلح هذه المادة للتطبيق على حالة الظروف الطارئة؟

تعرضت هذه المادة للنقد الفقهي[4] بسبب غموضها في تحديد نطاق تطبيقها مما يفسح المجال واسعاً أمام تعدد التفسيرات القانونية وهذا مأخذ يؤخذ على اتفاقية فينا، و**برأينا فإنّ** مبدأ حسن النية الذي كرّسته الاتفاقية وفقاً لمنطوق المادة 7 منها يصلح كأساس قانوني لبناء نظرية الظروف الطارئة والعلّة بذلك أنّ مبدأ حسن النية في التنفيذ يهدف لإقرار حالة التوازن العقدي الأمر الذي يشكل جوهر نظرية الظروف الطارئة في العقود الدولية، أضف لذلك فإنّ مراعاة هذا المبدأ نفسه في تفسير نصوص الاتفاقية يقود الجهة الناظرة بالنزاع إلى الاستفادة من أحكام نظرية القوة القاهرة في حالة الظروف الطارئة قياساً .

---

[1] ICC Hardship clause 2003 – international chamber of commerce – ICC publishing S.A – Paris – France – 2003 – P. 15 at : www.ICCwpo.org last visit on 17\2\2017.

[2] Rodigo Momberg Uribe – Change of circumstances in international instruments of contract law the approach of CISG , PICC, PECL, DEFR – Austral university Chile - 2011 – P.235 at : www.austi-edu.au visited on 8\3\2017.

[3] د.محسن شفيق – مرجع سابق – ص 249 و ما بعدها.

[4] Joern Rimke - Force majeure and hardship: Application in international trade practice with specific regard to the CISG and the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts- Pace law review – New york - 1999\2000 – P.197 to 243 – available at : www.cisg.law.pace.edu visited on 10\3\2017.

**ب- الوجود القانوني لنظرية الظروف الطارئة على الصعيد الداخلي :**

1- نظرية الظروف الطارئة في دول نظام القانون العمومي common law :

● المملكة المتحدة : لم يتم الاعتراف بنظرية الظروف الطارئة بحد ذاتها كمصدر لتعديل الالتزامات العقدية في النظام القانوني البريطاني إلا أنّ نظرية Frustration contract أو ما يسمى "بتهدم العقد" المستحدثة من قبل القضاء البريطاني عام 1863م قد غطّت بأحكامها كلاً من حالتي القوة القاهرة و لاحقاً الظروف الطارئة، وقد تطورت هذه النظرية شيئاً فشيئاً حتى أخذت شكلها الحالي الذي تجلّى بسابقة Stafford Shire Area Health Authority V South Staffordshire Water works co. عام 1978 إذ اعتبرت محكمة الاستئناف البريطانية أنّ التغير في الأسعار مبرراً لإنهاء العقد بعد القيام بواجب الإخطار[1]، ووفقاً للمنظومة القانونية الانكليزية فإنّ ثبوت أي من حالات الfrustration تعتبر من حيث المبدأ مبرراً لإنهاء العقد والإعفاء من تنفيذ الالتزامات بشكل تلقائي وبصرف النظر عن إرادة الأطراف إذ يتحمل كلّ طرف ما عاد عليه من خسارة مالم يتفق على خلاف ذلك[2]، وقد خول القانون البريطاني القاضي بهذه الحالة تعديل العقد لجهة وحيدة تتعلق بإعادة الحال لما كانت عليه فيما يتعلق بالنفقات والمدفوعات التي أداها أي طرف للآخر قبل حدوث الظروف الشاقة و تحلل كلّ طرف من التزاماته، وقد كان هذا القانون عرضة للنقض بسبب قصره صلاحية القاضي على هذه الجزئية وحدّها دون بقية الأجزاء المتعلقة بتنفيذ العقد[3].

● الولايات المتحدة الأمريكية : تعتبر المادة 2.615 من القانون التجاري الأمريكي الموحد 2005\UCC المتعلقة بعقد البيع نقطة انطلاق في أي قرار قضائي حديث متعلق بنظرية الظروف الطارئة إذ تقضي هذه المادة بمعذرة البائع من إيصال البضائع بالوقت المتفق عليه مع المشتري عندما يكون تنفيذه لمثل هذا الالتزام أضحى مرهق تجارياً بسبب ظروف طارئة غير متوقعة من قبل الأطراف عند التعاقد، وإن كانت المنظومة القانونية الأمريكية قد تأثرت بدايةً بنظرية frustration التقليدية والتي يؤدي إعمالها لإنهاء العقد إلا أنّها ابتدعت نظرية "عدم الصلاحية التجارية " commercial impractiblity الأكثر حداثة والتي تقوم على فكرة إعفاء المتعاقد من التنفيذ و إنهاء العقد في حالة الظروف الطارئة **شريطة** ألا تكون بنود العقد

---

[1] Velimir Zivkovic – Hardship in franch,English,German law – LLM these – university of Belgrade – 2012\2013 – without page number – at : www.papers.ssrn.com visited on 1\4\2017.

[2] Hannes Rosler - Hardship in German Codified Private Law: In Comparative Perspective to English, French and International Contract Law- European Review of Private Law - Vol.15- 2007- p499- at : www.paper.ssrn.com last visit 2\4\2017.

[3] Rodrigo Andres Momberg Uribe –The effect of a change of circumstances on the binding force of contracts (comparatrive prespective)- PHD these – Utrech university – Netherlands -2011 – P. 269 at : www.dspacelibrary.uu.nl visited on 12\8\2016.

قابلة للتعديل أو إعادة التفاوض بما يتلاءم مع المقتضيات التجارية، وهذه الجزئية الأخيرة تميزت نظرية ال commercial impractiblity عن الfrustration وقد تمّ تكريسها في سابقة: Aluminum company of America V Essex crop[1]عام 1980 إذ اعتبرت محكمة بنسلفانيا أنّه لا داعي لإنهاء العقد طالما أنّه مازال قابلاً لإعادة هيكلته بما يخدم العملية التجارية برمتها، وعليه يمكننا استنتاج الأثر القانوني لحالة الظروف الطارئة على العقد وفقاً للموقف القضائي الأمريكي بدخول الأطراف بداية في عملية إعادة التفاوض بناء على طلب المضرور لتحديد مصير العقد وفي حال فشل الأطراف بالدخول في المفاوضات أو الدخول بها دون التوصل لنتيجة مرضية للأطراف يكون للمحكمة عند لجوء المضرور إليها سلطة تعديل الالتزامات العقدية لخلق حالة من التوازن وتوزيع الخسائر طالما كان ذلك ممكناً وأخيراً يكون للمحكمة إنهاء العقد وإعفاء كلّ طرف من أداء التزاماته في حال عدم نجاعة أي من البدائل السابقة[2].

2- نظرية الظروف الطارئة في دول نظام القانون المدني civil law :

● فرنسا : قبل صدور الإعلان رقم 131 لعام 2016م المعدّل للقانون المدني الفرنسي لم يوجد في النظام التشريعي الفرنسي تأطير قانوني لنظرية الظروف الطارئة على خلاف الحال بالنسبة لنظرية القوة القاهرة والأكثر من ذلك فإنّ القانون المدني الفرنسي قبل التعديل كان قد تضمن بالمادة 1147 منه مبدأ عاماً يقضي بمسؤولية كلّ طرف من أطراف العلاقة العقدية عن تعويض الضرر اللاحق بالطرف الآخر بسبب عدم تنفيذ أو التآخر في تنفيذ التزاماته العقدية و بصرف النظر عن السبب الكامن وراء ذلك، حتى أنّ محكمة النقض الفرنسية عام 1876 قد نقضت قرار محكمة الاستئناف القاضي بتعديل العقد بسبب تغيير الظروف معتبرة أنّها قد خالف القانون وتحديداً المادة 1134 من القانون المدني الفرنسي[3] التي تقضي باحترام العقود[4]، إلا أنّ القضاء الإداري الفرنسي عمد نحو إقرار وتبني هذه النظرية وما تولّده من آثار في سابقة : Caz de Bourdeax قبيل الحرب العالمية الأولى عام 1916[5] حيث حدد مجلس الدولة الفرنسي العناصر اللازمة لتطبيق نظرية الظروف الطارئة وعرفت هذه النظرية

---

[1] Frederick Fucci- Hardship and changed circumstances as ground for adjustment or non-performance of contracts ( practical consideration in international infrastructure investments and finance ) – American bar association – 2006 – P.8 at : www.files.arnoldporter.com visited on 27\11\2016.

[2] Rodrigo Andres Momberg Uribe – the effect of chang….. - op cit – p. 177 and after .

[3] Article 1134\1\2 of French civil code: "Agreements lawfully entered into take the place of the law for those who have made them. They may be revoked only by mutual consent, or for causes authorized by ."

[4] Hannes Rosler - op cit – P.500 .

[5] Frederick Fucci – op cit – P. 4 .

في فرنسا باسم Throrie de l'imprevision والتي تقابل مصطلح Hardship في دول القانون العمومي، وفيما يتعلق بتحديد الأثر القانوني لتحقق الظروف الطارئة على العقد أصدرت وزارة العدل الفرنسية مشروع قانون Project de la Chancelleire عام 2008 والذي تضمن بالمادة 136 منه نصاً صريحاً يعالج الأثر القانوني لحالة الظروف الطارئة إذ سمح للمضرور طلب إعادة التفاوض على بنود العقد في سبيل تعديله أو إنهائه وفي حال رفض طلبه أو فشل المفاوضات للمحكمة إذا اتفق الأطراف على اللجوء إليها أن تقوم بتعديل العقد أو إنهاءه[1] ويعاب على هذه المادة أنّها قيدت اللجوء للقضاء باتفاق جميع الأطراف الأمر الذي تلافته المادة 1195 من الإعلان 131 لعام 2016م المعدل للقانون المدني الفرنسي إذ منحت الطرف المضرور الحق بطلب إعادة المفاوضات مشترطة استمرار التنفيذ أثناء ذلك ووفقاً لمنطوق هذه المادة فإنّه بحال عدم توصل المفاوضات لحل مرضي للأطراف الحق بالاتفاق على حلّ العقد أو اللجؤ للقضاء وفي حال عدم تحقق ذلك خلال فترة معقولة للقاضي بناءً على طلب أي من الأطراف الحق بمراجعة العقد أو إنهائه [2].

● في القطر العربي السوري: لم يجز المشرع السوري نقض العقد أو تعديله إلا باتفاق الطرفين أو بالحالات التي يقررها القانون؛ ومن هذه الحالات هي حالة الظروف الطارئة إذ اعترف المشرع السوري صراحةً في المادة 148 ف 2 من القانون المدني بنظرية الظروف الطارئة بقوله : " و مع ذلك إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها و ترتب على حدوثها أنّ تنفيذ الالتزام التعاقدي وإن لم يصبح مستحيل صار مرهقاً للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة، جاز للقاضي تبعاً للظروف و بعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق للحد المعقول تبعاً للظروف و بعد الموازنة بين مصلحة الطرفين لأنّ يرد الالتزام المرهق للحد المعقول و يقع باطلاً كلّ اتفاق على خلاف ذلك "، ويلاحظ أنّ المشرع السوري بهذا النص قد اعترف بنظرية الظروف الطارئة وهذه نقطة جيدة إلا أنّه **برأينا** يعاب على هذا النص ثلاث أمور :

[1] Rodrigo Andres Momberg Uribe – the effect of chang …..- op cit – p. 61 .

[2] L'acte 1195 de code civil francias :" si un changement de circonstance imprévisible lors de la conclusion du contract rend l'excéution excessivement onéreuse pour une partie qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque, celle-ci peut demander une renégociation du contrat à son cocontractant elle continue à exécuter ses obligation durant la renégociation . En cas de refus ou d'echec de la renégociation les parties pouvent convenir de la résolution convenir de la résolution du contrat à la date et aux condition qupelle détermainemt, ou demander d'un commun accord au juge de procéder à son adaptation . A défaut d'accord dans une délai raisonnable, le juge peut à la demande d'un partie reviser le contrat oux mettre fin à la date et aux condition qu'il fixe "

الأول :أنه جعل مفتاح الحل بيد القاضي دوناً عن إرادة الأطراف المتعاقدة إذ أجاز له وحدّه تعديل الالتزام وكأنه حتم بذلك على الأطراف اللجوء للقضاء للوصول لهذه الغاية.

**الثاني:** أنّه أجاز للقاضي تعديل الالتزام المرهق برده لحدّ معقول ولم يأت على ذكر ما إذا كان يحق له اتخاذ إجراءات قانونية أخرى قد يراها ملائمة و**برأينا فإنّه** بغياب الحظر فالأصل في الأشياء الإباحة فالسلطة الجوازية المعطاة للقاضي بتعديل الالتزام بهذه الحالة لا تتنافى مع سلطته التقديرية باتخاذ مايراه ملائم من إجراءات أخرى.

**الثالث:** أنّه أبطل كلّ اتفاق يخالف نص هذه المادة وكأنه قيد حرية الأفراد بالاتفاق على ما يرونه ملائماً لمواجهة حالة الظروف الطارئة فليس أمامهم بهذه الحالة سوى اللجوء للقاضي ليقوم بممارسة سلطته الجوازية بتعديل الالتزامات.

**د – الأثر القانوني للظروف الطارئة على العقد التجاري الدولي :**

لقد تناولنا فيما سبق الأثر القانوني لنظرية الظروف الطارئة **على الصعيد الداخلي** عندما تحدثنا عن الوجود القانوني لهذه النظرية؛ ولاحظنا اختلاف المواقف القانونية بهذا الصدد بين كلّ من النظامين اللاتيني والانجلوسكسوني وحتى بين دول كلّ نظام على حدّه إذ اعتبرت المدرسة الانكليزية أنّ أمر كهذا يؤدي تلقائياً لإنهاء العقد وإعفاء كلّ طرف من التزاماته، في حين أنّ المدرسة الأمريكية أقرّت بدايةً عملية إعادة المفاوضات وبحال عدم التوصل إلى نتيجة يكون للقضاء السلطة في تعديل العقد أو إنهائه، وهذا الموقف لا يختلف من حيث المبدأ عن الموقف الفرنسي، أما في القطر العربي السوري فإنّ تحقق الظروف الطارئة يخول القاضي دون غيره سلطة رد الالتزام المرهق للحدّ المعقول وفقاً لكلّ حالة على حدّه وبعد الموازنة بين مصالح الأطراف وبجميع الأحوال فإنّ القضاء لايملك سلطة الإنهاء أو التعديل إلا بطلب من أحد الأطراف الأمر الذي يدخلنا في دائرة مفرغة في حال لم يراجع أي طرف القضاء بهذه الحالة.

وبعد التعرف على هذه المواقف القانونية المختلفة على الصعيد الوطني كان لابدّ لنا من دراسة أثر نظرية الظروف على الصعيد الدولي من منظور القوانين و القواعد ذات الصبغة العالمية:

1– أثر الظروف الطارئة على العقد وفقاً لمبادئ اليونيدروا : لقد حددت مبادئ اليونيدروا الآثار القانونية التي تخلفها الظروف الطارئة على العقد التجاري الدولي في المادة 3/2/6 منها و تحت عنوان آثار الظروف الشاقة على النحو الآتي :

" – في حالة الظروف الشاقة يحق للطرف الذي تعرض لها طلب إعادة التفاوض و يتعين توجيه هذا الطلب مسبباً دون تأخير غير مبرر.

– لا يخول طلب إعادة التفاوض في حد ذاته للطرف المضرور من الظرف الشاق الحق بالامتناع عن التنفيذ .

– إذا لم يتوصل إلى اتفاق خلال مدّة معقولة فيحق لأي من الطرفين اللجوء إلى القضاء .

– إذا توصلت المحكمة لتوافر الظروف الشاقة فيمكن لها أن تقضي مادام ذلك معقولاً بأي مما يلي : أ – إنهاء العقد في التاريخ ووفقاً للشروط التي يتمّ تحديدها ب – تطويع العقد بالتعديل بهدف إعادة توازن الأداءات " .

2– أثر الظروف الطارئة على العقد وفقاً لقانون العقود الأوربي الموحد : لم يبتعد المشرع الأوروبي عن موقف مبادئ اليونيدروا إذ اعتبرت المادة 6.111 بفقرتها الثالثة أنّ تحقق حالة الظروف الطارئة تلزم الأطراف بإعادة عملية التفاوض إما في سبيل تعديل العقد أو إنهائه و في حال لم يتوصل الأطراف إلى اتفاق خلال مدّة معقولة للمحكمة إما أن تنهي العقد و إما أن تعدله في سبيل توزيع المشقة على الأطراف المتعاقدة على أساس العدالة والإنصاف[1].

ومن قرائتنا التحليلية للنصين السابقين يلاحظ أنهما قد وضعا تراتبية معينة لمعالجة حالة الظروف الشاقة إذ بداية حاولوا وضع مفتاح الحل بيد أطراف العقد أنفسهم وتكريس التواصل بينهم من خلال عملية إعادة التفاوض (التي سنأتي لاحقاً على دراستها مفصلا ) على شروط و بنود العقد في سبيل التوصل إلى آلية معينة لجعل العقد يتناسب مع الظروف المستجدة، وأمر كهذا لا يحتم استمرار العقد كنتيجة للعملية التفاوضية إذ قد تتمخض المفاوضات عن الاتفاق على إنهاء العقد و ليس مجرّد تعديله ليتناسب مع الظروف المستجدّة إذ يحكم العملية التفاوضية بهذه الحالة مبدأ مهم هو مبدأ الحرية التفاوضية، و في حال عجز الأطراف عن الوصول إلى اتفاق خلال مدّة زمنية معقولة يعود أمر تقدير معقوليتها **برأينا** للسلطة التقديرية للقاضي آخذاً بعين الاعتبار العادات و الأعراف التجارية الدولية بهذا الصدد و ظروف ووقائع كلّ حالة على حدّه، عندها ينتقل مفتاح الحل من يد الأطراف إلى يد المحكمة، و لكن السؤال المطروح هنا : هل لهذه التراتبية صفة إلزامية ؟ ومن هو صاحب الحق بطلب إعادة المفاوضات أو اللجوء للمحكمة ؟

في الواقع من خلال قرائتنا التحليلية العميقة لنص المادة 6.2.3 من مبادئ اليونيدروا والمادة 6.111 من قانون العقود الأوروبي الموحد لاحظنا اختلافهما بالمواقف لعدّة نواحي:

[1] Article 6.111\3 of European law :" If the party fail to reach agreement within a reasonable period the court may :

A) Terminate the contract at a date and on terms to be determined by yhe court

B) Adopt the contract in order to distribute between the parties in a just and equitable mannar the losses and gains resulting from the chang of circumstances "

●**الناحية الأولى** : مبادئ اليونيدروا استخدمت باللغة الانكليزية مصطلح is entitled و الذي يترجم للعربية (يخوّل) الطرف الذي تعرض للظروف الطارئة أن يطلب إعادة التفاوض وكأنّ أمر كهذا متروك لإرادة الطرف المضرور إن شاء دخل بإعادة للمفاوضات وإن شاء التجأ مباشرة للقضاء.

أما قانون العقود الأوروبي فقد استخدم مصطلح the parties are bound to enter أي الأطراف (ملزمون) بالدخول في المفاوضات بهذه الحالة و في حال لم يتوصلوا إلى نتيجة عندها يمكن اللجوء إلى القضاء.

●**الناحية الثانية** : يلاحظ اختلاف النصين في جزئية أخرى مهمة فاليونيدروا خولت الطرف المضرور وحدّه حق طلب إعادة التفاوض في حين أنّ قانون العقود الأوروبي الموحد لم يتبنّ موقف كهذا إذ الزم الطرفين بالدخول بالمفاوضات و بصرف النظر عن موقف الطرف المضرور من الظروف الطارئة.

● **الناحية الثالثة** : أن مبادئ اليونيدروا جعلت اللجوء للقضاء حق لأي طرف من أطراف العقد التجاري الدولي في حين أن قانون العقود الأوروبي الموحد سكت عن هذه الجزئية ولم يحدد ما إذا كان أمر كهذا مقتصر على المضرور أم أنه حق لكلا الطرفين .

و نحن هنا نميل مع الصياغة التي أتت بها مبادئ اليونيدروا إذ لا يوجد مبرر للحدّ من إرادة الأطراف بإلزامهم بالدخول بعملية إعادة التفاوض إذا كانوا لا يرغبون بذلك فأمر كهذا يخص بالدرجة الأولى **المضرور نفسه** إن شاء دخل في عملية إعادة للمفاوضات وإن شاء التجأ للقضاء ليوفر له الدرجة المطلوبة من الحماية و الرعاية وبالمقابل فيما إذا فشلت المفاوضات فهنا لابدّ أن يكون لأي من الطرفين الحق باللجوء إلى القضاء، ويلاحظ أنّ النصين اتفقا على كون الجهة الناظرة بالنزاع مخولّه بمثل هذه الحالة إما بإنهاء العقد بالزمن و المدة التي تحددها أو بالإبقاء عليه بعد تعديله لفرض حالة من التوازن الأداءات الأمر الذي يشكل جوهر مبدأ حسن النية .

3- أثر الظروف الطارئة على العقد وفقاً للقواعد القانونية الموحدة للظروف الطارئة ICC Hardship clause 2003: لقد ألزمت هذه القواعد الأطراف بالدخول بعملية إعادة المفاوضات متفقةً بذلك مع قانون العقود الأوروبي الموحد إلا أنّها و بخلاف كلّ من مبادئ اليونيدروا وقانون العقود الأوروبي لم تأت على ذكر الطريق القضائي صراحةً في حال لم يتمّ التوصل إلى اتفاق مرضي للأطراف من خلال المفاوضات إما لأنّ الطرف المدين لم يقدم حلول بديلة أو لأنّ الدائن لم يقبل بها إذ اعتبرت بهذه الحالة أنّ العقد لا بد أن ينتهي دون أن

تحدد طريقة إنهائه فهل يتعين على الأطراف سلوك الطريق القضائي أم يتصور الإنهاء بإرادة منفردة و من قبل من يتصور الإقدام على هذه الخطوة ؟؟

صحيح أنّ قواعد غرفة تجارة باريس لم تجب على هذه الأسئلة إلا أنّ الإجابة وجدت في التعليق الرسمي على هذه القواعد من قبل واضعيها إذ اعتبروا اللجوء للقضاء أمر يفهم ضمناً من صياغة النص مستبعدين حالة الإنهاء بالإرادة المنفردة لما تسببه من إشكاليات قانونية غير مرغوب بها، فدعوى الإنهاء وفقاً لهؤلاء إما أن تقام من **المدين** الذي يرغب بالاستفادة من عملية إعادة التفاوض للتوصل إلى حل بمواجهة الدائن الذي رفض حلوله أو من قبل **الدائن** نفسه على أساس عدم تنفيذ المدين لالتزاماته العقدية [1].

## الفرع الثاني : إعادة التفاوض

في سبيل مواكبة الأطراف لتغير الظروف التي أبرم فيها العقد التجاري الدولي ابتدع المتعاملون الاقتصاديون في مجال التجارة الدولية تقنية عقدية جديدة غير معروفة في إطار القواعد العامة لنظرية العقد في القوانين الوطنية تتمثل في إعادة العملية التفاوضية والتي تجد مجالها الرحب في مرحلة تنفيذ العقد التجاري الدولي مما يستوجب تمييزها عن مرحلة المفاوضات قبل التعاقدية لاختلافها عنها من حيث المنشأ والهدف والأثر القانوني، إذ تسمح هذه التقنية لأطراف العقد التجاري الدولي الذي اعترضته ظروف معينة أدّت لاختلال توازنه بمناقشة مصير عقدهم في ضوء المعطيات الجديدة الأمر الذي يصبّ في نفس الخانة التي يصبو إليها مبدأ حسن النية التنفيذي.

### أولاً : ماهية عملية إعادة التفاوض :

على الصعيد الداخلي خلا التشريع السوري كأغلب التشريعات الوطنية المقارنة من وضع تنظيم قانوني لعملية إعادة التفاوض و نظراً لعدم كفاية القواعد العامة لحكم هذه المسألة بكافة جوانبها فقد عمد الفقه و القضاء المقارن نحو إرساء قواعد و أحكام جديدة كفيلة باستيعاب عملية إعادة التفاوض الأمر الذي كرّسته بدورها الأحكام التحكيمية على الصعيد الدولي مستندة إلى قانون التجارة الدولية بمصادره القانونية المختلفة .

**أ – الأساس القانوني للالتزام بإعادة التفاوض :**

يختلف الأساس القانوني للالتزام بإعادة التفاوض في مرحلة تنفيذ العقد التجاري الدولي نظراً لوجود شرط يقضي بإعادة التفاوض من عدمه وذلك على التفصيل الآتي :

[1] ICC Hardship clause 2003 – op cit – P. 17 .

1- في حال وجد شرط إعادة التفاوض في العقد التجاري الدولي : و هو أحد أبرز البنود العقدية في عقود التجارة الدولية بالوقت الراهن كونه يشكل حل وسط بين حالة الجمود الكلي للعقد وبين حالة المرونة الكاملة[1]، إذ يقضي بإعادة عملية التفاوض على العقد التجاري الدولي في حالات و ظروف معينة ولاسيما فيما إذ اعترضت عملية التنفيذ ظروف شاقة وهو ما يسمى بهذه الحالة بشرط المشقة أو الصعوبة أو المراجعة[2] بحيث يتمكن أطراف العقد أنفسهم من التوصل إلى آلية قانونية لحفظ مصالحهم الاقتصادية المشتركة نظراً للظروف التي قد تهددها[3]، ولا شك بأنّ الأساس القانوني للالتزام بإعادة التفاوض بهذه الحالة يتجلّى بمبدأ سلطان الإرادة أي يستند لأساس اتفاقي عقدي ويعتبر الإخلال به إخلالا بأحد الالتزامات العقدية مع ما يولدّه أمر كهذا من آثار قانونية تتجلّى بالدرجة الأولى بالتعويض، الأمر الذي أكدّه البروفيسور Gotanda والذي اعتبر أنّه "وفي ضوء القوانين الوطنية و المبادئ العامة للقانون التجاري الدولي وقواعد العدالة هناك اتفاق عالمي فيما بين المحاكم الوطنية والأحكام التحكيمية الدولية بأنّ هدف الحكم بالتعويض الناتج عن خرق العقد هو وضع المضرور في المكان الذي كان سيوجد فيه لولا حدوث هذا الخرق الأمر الذي يحتم على الجهة الناظرة بالنزاع الأخذ بعين الاعتبار مقدار الضرر الحاصل و الكسب الفائت عند حساب قيمة التعويض"[4]

2- في حال غياب شرط إعادة التفاوض في العقد التجاري الدولي: فعلى أي أساس يمكننا بناء الالتزام بإعادة المفاوضات ؟ للإجابة على هذا السؤال يجب **برأينا** التفرقة بين فرضيتين:

●الفرضية الأولى: هي ما إذا كان القانون الذي يحكم العقد التجاري الدولي قد نظم صراحةً أو ضمناً عملية إعادة التفاوض على العقد التجاري الدولي ضمن حالات و ظروف معينة إما باللجوء الاختياري إليها كما لاحظنا عند تحليلنا لنص المادة 6.2.3 من مبادئ اليونيدروا،أو باللجوء الإجباري وفقاً لتحليلنا السابق لنص المادة 6.111 من قانون العقود الأوروبي الموحد، وعليه يعتبر القانون الذي يحكم العقد بهذه الحالة الأساس القانوني للالتزام بإعادة التفاوض وبصرف النظر عن إرادة الأطراف.

---

[1] Jeswald Salacuse – Renegotiating international project agreements – Fodham international law journal – Vol.24 I:4 – US - 2000 – P. 1330- the E- version at : www.fodham.edu visited on 3\1\2017

[2] د. أحمد عبد العزيز و د. وفاء فلحوط – مرجع سابق – ص 41 .

[3] Johan Gotanda – Renegotiation and adaption cluse in international investement contract revisted – Vanderbilt journal of transnational law – Villanova university – Pennsylvania - Vol.36 – P. 1462 – 2003 at : www.works.bepress.com visited on 25\1\2017 .

[4] Mohammed Manirruzzaman – Damages for breach of stabilization clause in international investement law – international energy law and taxation review – Issue 11&12 – UK - 2007 – P.247 at : www.academia.edu visited on 20\2\2017.

● الفرضية الثانية: فيما إذا كان القانون الواجب التطبيق على العقد التجاري الدولي خالياً من أي إشارة صريحة أو ضمنية حول الالتزام بإعادة التفاوض أو كانت الأسباب الداعية لعملية إعادة التفاوض غير مشمولة بالحالات التي نظمها هذا القانون، فعلى ماذا سيستند القاضي أو المحكم في تقريره لواجب إعادة التفاوض ؟؟

في الواقع أجمع الفقه[1] والقضاء المقارن[2] في النظامين اللاتيني[3] و الانجلوسكسوني[4] على أنّ "**مبدأ حسن النية في التنفيذ**" قادر بحد ذاته على التصدي لمثل هذه الثغرة التشريعية باعتباره يصلح كأساس قانوني للالتزام بإعادة التفاوض[5] والعلّة بذلك أنّه يهدف لإقرار حالة التوازن العقدي الأمر المبتغى من وراء عمليه إعادة التفاوض على العقد، وهو ما كرّسته صراحةً الأحكام التحكيمية المختلفة على الصعيد الدولي ونذكر منها :

●الحكم الصادر عام 1977 في القضية رقم 7365[6] حيث اعتبرت غرفة التجارة الدولية بهيئتها التحكيمية أنّ **واجب حسن النية وأمانة التعامل** باعتباره واجب عام ضمني في جميع العقود يفرض على الأطراف إعادة التفاوض حتى في غياب الاتفاق على أمر كهذا في حال وجود ظروف استثنائية تؤثر على توازن الأداءات.

●القرار الصادر عن غرفة تجارة باريس رقم 6219 لعام 1990 م و الذي جاء به : " بحال وجد شبه توقف للدفع الخارجي من قبل الجهة x كان على الجهة y البحث بحسن نية مع مدينها عن الطرق و الوسائل اللازمة لتسوية معوقات المديونية ، حيث يجد هذا الالتزام مصدّره في مصطلحات العقد أولاً ثم في **المبادئ العامة لقانون التجارة الدولية** ثانياً التي تفرض على المتعاقدين في حال حدوث أي مشكلة تعيق تنفيذ العقد التباحث و التفاوض و التعاون الإيجابي من أجل بحث سبل تجاوزها (الأمر الذي يكفله مبدأ حسن النية)، إذ أنّ

---

[1] Ingeborg Schwenzer – Avoidance of the contract in case of non-conforming goods Article 49 (1)(a) CISG – journal of law &commerce – Vol.25 – 2005 – p. 721 – at : www.unictral.org the last visit 19\12\2016 .

[2] Lorena Carvajal Arenas – op cit – P.103 .

[3] Look at Qubec precedent as an example of civil law situation in Churchill Falls coporation ltd V Hydro Québé \2016 at : www.canadianappeals.com visited on 5\2\2017 .

[4] Look at Florida precedent as example of common law situation in Southwestern electrica power co V Burlington Northern Inc \1979- referred to : Harold Ullman – Enforcement of hardship clauses in the French and American legal systems – Clifornia western international law journal- Vol.19 – No.1 – Art 6 – 1988 – P.92 at : www.scholarlycommons.law.cwsl.edu visited on 11\2\2017 .

[5] عبد المنعم موسى ابراهيم – مرجع سابق – ص 20 .

[6] The details of this decision is available on : www.unilex.info the last visit 23\3\2017.

أزمة المديونية التي عانت منها كثير من الدول خاصة السائرة في طريق النمو دفعت بدائنيها إلى إجراء عدّة عمليات إعادة تفاوض و عقد اتفاقات مختلفة لتمديد أجال الدين " [1]

●وفي حكم تحكيمي صادر عن محكم واحد في سابقة : Campania Valenciana de cemintos Portland V Primary call inc عام 1989 م[2] : تمّ الربط فيه بين عملية إعادة التفاوض و نظرية الظروف الطارئة إذ اعتبر الانخراط في عملية إعادة التفاوض في حالة الظروف الطارئة و في ظل عدم وجود اتفاق أو قانون ينظمها تستمد قوتها القانونية **من ما هو مألوف في الحياة التجارية الدولية،** و كأنها تشير بشكل أو بآخر إلى قواعد اللكس ميركاتوريا باعتبارها تجسّد هذا المألوف بمصادرها المختلفة من عادات وأعراف ومبادئ قانونية عامة و على رأسها مبدأ حسن النية الهادف إلى المحافظة على توازن الأداءات المتبادلة في العقد التجاري الدولي.

● في سابقة Aminol عام 1982 أوضحت الهيئة التحكيمية لغرفة تجارة باريس مفهوم حسن النية في مرحلة إعادة التفاوض على النحو التالي : "مبدأ عام يفرض على الأطراف التفاوض استناداً للظروف المستجدة مع الأخذ بعين الاعتبار مصالح الطرف الآخر سعياً للوصول إلى حل مرضي للجميع "[3].

**ب – الطبيعة القانونية للالتزام بإعادة التفاوض :**

و هنا يثور السؤال هل الالتزام بإعادة التفاوض هو التزام ببذل عناية أم التزام بتحقيق غاية ؟ بمعنى آخر هل يلتزم الأطراف الذين دخلوا في عملية إعادة المفاوضات بالتوصل إلى اتفاق أم لا ؟

في حقيقة الأمر تختلف الإجابة على هذا السؤال المهم باختلاف الآراء الفقهية وذلك على النحو الآتي :

---

[1] هني عبد اللطيف – حدود الأخذ بفكرة إعادة التفاوض في العقد (دراسة مقارنة) – أطروحة دكتوراة – جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان – الجزائر – 2016/2015 م – ص 28 – النسخة الالكترونية للإطروحة متاحة على الرابط التالي : www.dspace.univ-tlemacen.dz آخر دخول تمّ في 14 \1\2017 .

[2] فرانسوا كنوفلير – الالتزام بمبلغ نقدي – ترجمة محمد حسام لطفي – الانظمة التعاقدية و مقتضيات التجارة الدولية – مرجع سابق – ص 231 .

[3] " General principles that ought to be observed in carry out negotiation that is to say good faith as properly to be understood;sustained upkeep of the negotiation over a period appropriate to the circumstances,awareness of the interests of other party and preserving quest for an acceptable compromise" referred to : Rodrigo Andres Momberg – Change of circumstances in intetnational instruments …. – op cit – P. 227

1- اعتبر البعض[1] أنّ الالتزام بإعادة العملية التفاوضية هو التزام بتحقيق نتيجة أو على الأقل يحمل بعض خصائصه بمعنى أنّ أطراف العقد ملزمون بالتوصل إلى اتفاق أياً يكن شكله أو مضمونه حرصاً على مصالحهم الاقتصادية و إلا فقدت عملية إعادة التفاوض جوهرها، إلا أنّ هذا الاتجاه **برأينا** منتقد إذ لا يمكن التسليم به إلا بحالة وحيدة إذا ما اتفق المتعاقدين على اعتباره كذلك صراحةً أما في غير هذه الحالة فلا يوجد ما يلزم أطراف العقد التجاري الدولي بالتوصل إلى اتفاق كنتيجة حتمية لعملية إعادة التفاوض إذ لا يوجد أمر كهذا في عملية التفاوض السابقة على العقد و عليه فمن باب أولى عدم وجودها في عملية إعادة التفاوض اللاحقة لإبرامه، أضف لذلك أنّه لو كان الالتزام بإعادة التفاوض هو التزام بتحقيق نتيجة لما وضعت الشرائع الدولية التي أقرّته (مثل اليونيدروا و قانون العقود الأوروبي الموحد) بدائل قانونية للأطراف في حال عدم التوصل إلى اتفاق في عملية إعادة التفاوض تتجلّى بسلوك الطريق القضائي لا لمحاسبة الطرف المسؤول عن فشل عملية إعادة المفاوضات و إنما لإيجاد حلّ عجزت عن إيجاده عملية إعادة التفاوض .

2- نظراً للنقد الذي تعرض له الرأي السابق اعتبر اتجاه أخر[2] أنّ الالتزام بإعادة العملية التفاوضية هو التزام ببذل عناية لا تحقيق غاية بمعنى آخر لا تثور مسؤولية أحد الطرفين في حال عدم التوصل إلى اتفاق طالما أنّه بذل الجهد الكافي لإنجاح عملية إعادة التفاوض شريطة أن يتماشى سلوك المتعاقدين بهذه المرحلة مع مقتضيات **مبدأ حسن النية و موجباته** و هو ما خلص إليه الحكم التحكيمي الحر في سابقة Wintershall V government of Qatar عام 1989[3]، وإن كان هذا الرأي أقرب إلى المنطق القانوني إلا أنّه **برأينا فإنّ** الالتزام بإعادة التفاوض يتضمن كلا النوعين من الالتزام فهو التزام بتحقيق نتيجة لجهة مباشرة عملية إعادة التفاوض إذا ما توافرت شروطها من جهة و من جهة أخرى هو التزام ببذل عناية لناحية التوصل إلى اتفاق يلبي مصالح أطراف العقد التجاري الدولي .

---

[1] Ran Alachkar – Clause de hardship et clause d'amiable composition – thèse doctorat – Paris2 – 2010 – P.157... مشار إليه لدى : هني عبد اللطيف – مرجع سابق – ص 128

[2]Marcel Fontain-Les clause de hardship a ménagements conventionnels de l'imprévision dans les contrats internationaux a long terme– D.P.C.L– 1976 -P.34 – désigné par : Denis Philippe- Les clause relatives au changement de circumstances dans les contrats à long terme étude relative aux contrats internationaux – être publié en 2009 – P.9- sur : www.philippelaw.eu visité en10\1\2017

[3]تفاصيل هذه السابقة متاحة على الموقع : www.jstor.org تمّت زيارة الموقع بتاريخ 4\12\2016.

**ثانياً : الآثار القانونية المترتبة على عملية إعادة التفاوض :**

**أ – الأثر الموضوعي ( مصير العقد التجاري الدولي ) :**

لا يوجد نص واضح في الأنظمة القانونية المقارنة يعالج الآثار القانونية لعملية إعادة التفاوض على العقد التجاري الدولي الذي تتمحور حوله عملية إعادة التفاوض لا أثناءها ولا حتى بعد انتهائها، إلا أنّ الفقه مدعوماً بالقرارت التحكيمية بالرغم من قلتها عمد نحو إرساء الدعائم القانونية لمعالجة هذه النقطة المهمة وقد فرّق في تحديده للأثر الموضوعي لعملية إعادة التفاوض على العقد التجاري الدولي بين مرحلتين سنتناولهما على نطاق البحث تباعاً .

**1**- مصير العقد التجاري الدولي أثناء عملية إعادة التفاوض : ومعالجة هذه النقطة تستلزم بطبيعة الحال التفرقة بين فرضيتين :

● تنظيم مصير العقد أثناء إعادة التفاوض من قبل أطرافه : فإنّ أمر كهذا لا يثير أي إشكالية تذكر إذ يتحكم الأطراف بمصير عقدهم وفقاً لما يرونه مناسباً[1]، و سواء تمّ ذلك بشكل سابق أو لاحق لوقوع مسببات عملية إعادة التفاوض، إلا أنّ الإشكالية تثور في حال سكوت أطراف العقد التجاري الدولي عن تحديد مصير العقد أثناء عملية إعادة المفاوضات فما أثر ذلك على العقد نفسه ؟ هل يتوقف تنفيذه أم يبقى تنفيذه مستمراً ؟؟

●عدم تنظيم مصير العقد أثناء إعادة التفاوض من قبل أطرافه: لقد تضاربت الآراء الفقهية فيما يتعلق بتحديد مصير العقد في هذه الحالة إذ برأي أغلب الفقه [2] أنّ الأصل هو الاستمرار بتنفيذ العقد أثناء عملية إعادة التفاوض وهذا الأصل لا يقبل الاستثناء إلا بوجود إرادة صريحة من قبل الأطراف بوقف التنفيذ[3] استناداً إلى مبدأ القوة الملزمة للعقد فسكوت الأطراف عن تنظيم هذه المسألة يفيد بالرجوع للقواعد القانونية العامة والتي تفرض عليهم احترام هذا المبدأ لما يُضفيه من استقرار على المعاملات عموماً والمعاملات التجارية الدولية خصوصاً و قد أيد الحكم التحكيمي رقم 2478 لعام 1974[4] الصادر عن غرفة التجارة الدولية هذا الاتجاه ، كما تبنته مبادئ اليونيدروا صراحةً بالفقرة 2 من المادة 6.2.3 التي اعتبرت أنّ طلب إعادة التفاوض بحد ذاته لا يخول الطرف المضرور من الظرف الشاق الامتناع عن التنفيذ ، و أكدّته المادة 1/6.111 من قانون العقود الأوروبي الموحد التي أشارت لضرورة متابعة تنفيذ

---

[1] أ.م.أسيل باقر جاسم – النظام القانوني لشرط إعادة التفاوض - مرجع سابق – ص 129 .

[2] P. Accaui-Lorfing – la renégociation des contrats internationaux – Thèse doctorat – Paris1 – 2008 – P.377 … 167 مشار إليه لدى : هني عبد اللطيف – مرجع سابق – ص

[3] Rodrigo Andres Momberg – Change of circumstances in international instruments … - op cit – p. 230 .

[4] هني عبد اللطيف – مرجع سابق – ص 161 .

العقد و لو كان مرهقاً لأحد الأطراف في غياب النص الصريح على ما يخالف ذلك وأيده كذلك المشرع الفرنسي في المادة 1195 من القانون المدني الفرنسي المعدّل .

في حين أنّ قسم آخر من الفقهاء[1] اعتبر الاستمرار بتنفيذ العقد أثناء عملية إعادة التفاوض يتعارض و الهدف المنشود من هذه العملية برمتها الذي يتجلّى بمعالجة حالة اختلال التوازن العقدي، إذ يرى أنصار هذا الاتجاه أنّ وقف التنفيذ بهذه الحالة يسمح بتحقيق هدفين فهو من جهة يحثّ الأطراف على التوصل لاتفاق بأسرع وقت ممكن ومن جهة أخرى يخلّص المدين من عبء تنفيذ التزامات أضحت أشد وطأة بالنسبة له.

و في ظل تضارب الآراء فنحن لا نميل لتأييد أي من الرأيين السابقيين بشكل مطلق فاحترام مبدأ القوة الملزمة للعقد لا يعني إهدار مبادئ قانونية أخرى لا تقل أهمية عنه و**برأينا فإنّه** وبغياب الاتفاق الصريح أو الضمني على وقف تنفيذ العقد أثناء عملية إعادة التفاوض فإنّ وقف التنفيذ بهذه الحالة قد يستند لمبدأ حسن النية في التنفيذ إذ يعتبر الاستمرار بالتنفيذ المسبب لتفاقم الضرر أحد مقتضيات سوء النية و هو ما سنشرحه مفصلا عند حديثنا عن مقتضيات سوء النية في مرحلة تنفيذ العقد التجاري الدولي .

2- مصير العقد التجاري الدولي بعد عملية إعادة التفاوض :

● في حال نجاح العملية التفاوضية : و يقصد بنجاح العملية التفاوضية تمخضها عن حل مرضي لجميع الأطراف إذ ترى الفقيه Almeida أنّه مهما تكن التعديلات المتفق عليها فإنها ستؤدي إلى نتائج محددة تتمثل في أحد الصور أو الأشكال التالية: " أ- تعديل محل الالتزام الرئيس مثل تغيير الأداء أو أجل التنفيذ، ب- خلق التزام أو عدّة التزامات جديدة، ج- انقضاء التزام أو عدّة التزامات، د- تجديد التزام أو عدّة التزامات"[2].

● في حال فشل العملية التفاوضية : و هنا يتعين علينا التفرقة بين حالتين؛ الأولى فيما إذا كان أطراف العقد التجاري الدولي قد نظموا مصير العقد في حال فشل العملية التفاوضية فأمر كهذا لا يثير أي إشكالية تذكر بل على العكس هذا ينم **برأينا** عن احترافيه مهنية في المجال التجاري الدولي، إلا أنّ الإشكالية تثور في حال لم يقم الأطراف بتنظيم مصير العقد في حال فشل المفاوضات، هنا نلاحظ انقسام في الموقف الفقهية و القضائية حول تنظيم هذه المسألة؛ إذ يرى جانب من الفقه[3] أنّه في حال عدم اتفاق الأطراف حول مصير العقد بحال

---

[1] د.شريف غنام – أثر تغير الظروف على عقود التجارة الدولية – أكاديمية شرطة دبي – الأمارات العربية المتحدة – 2009 /2010 م – ص 301 .

[2] Manricio Almeida Prado – Le hardship dans le droit de commerce international – Bruylant – Bruxelles – 2003 – P. 150 … 133 مشار إليه لدى : هني عبد اللطيف – مرجع سابق – ص

[3] المرجع السابق – ص 185 .

فشل العملية التفاوضية فالأصل أن يبقى هذا الأخير ساري المفعول بجميع شروطه ما لم فيه يوجد شرط صريح يقضي بخلاف ذلك إعمالاً لمبدأ القوة الملزمة في العقود، و قد أيدّت غرفة تجارة باريس هذا الاتجاه في شرطها النموذجي لعدم التوقع لعام 1985 م و الذي نص على: " في حال عدم اتفاق الأطراف حول تعديل العقد خلال 90 يوم من تاريخ طلب ذلك يبقى العقد ساري المفعول وفقاً لشروطه الأساسية "[1]، وهذا الرأي لا يخلو من جانب سلبي إذ قد يؤدي الاستمرار بتنفيذ العقد بشروطه السابقة بحال فشل المفاوضات لتفاقم الضرر و إجحاف بحق المضرور هذا من جهة و من جهة أخرى فإنّه إذا سلمنا بإمكانية وقف التنفيذ خلال مرحلة إعادة التفاوض فمن باب أولى التسليم بها في حال فشل عملية إعادة المفاوضات، لذا فقد رفض جانب آخر من الفقه[2] الاستمرار بتنفيذ العقد في حال فشل العملية التفاوضية كون أمر كهذا يتنافى مع منطق العدالة القانونية و ينسف نظرية إعادة التفاوض من أساسها وقد أيدوا موقفهم بالاستناد لأحد بنود قرار غرفة تجارة باريس رقم 1974/2478م السابق ذكره الذي أجاز فيه المحكمون للطرف المتضرر إنهاء العقد بإرادته المنفردة في حال فشل عملية إعادة التفاوض على أساس الخطأ التعاقدي، و هذا الاتجاه لا يخلو **برأينا** من النقد فنحن لا نؤيد الأساس القانوني الذي استند إليه القرار التحكيمي لتبرير مسألة عدم استمرار العقد في حال فشل المفاوضات وهي فكرة الخطأ التعاقدي؛ إذ **برأينا** فشل العملية التفاوضية لا يعني من حيث المبدأ صدور خطأ من أحد أطرافها[3] طالما أنّ الالتزام بطبيعته القانونية هو التزام ببذل عناية، اللّهم إلا إذا ثبت أنّ هذا الطرف كان سيء النية تسبب سلوكه بإفشال العملية التفاوضية هذا من جهة، و من جهة أخرى فإنّه حتى لو سلمنا بحق المضرور بإنهاء العقد إلا أنّه لا يمكننا التسليم بأنّ يتمّ هذا الإنهاء بإرادته المنفردة فأمر كهذا قد يفتح الباب أمام حالة التعسف باستعمال الحق لذا لابدّ من اللجوء للمؤسسة القضائية لتقرير هذا الأمر من عدمه كجهة قادرة على تحقيق متطلبات العدالة القانونية أكثر من أي طرف من أطراف العقد، و برأينا فإنّ تنظيم الأطراف لمصير العقد بحال فشل عملية إعادة التفاوض يعالج الكثير من الإشكاليات القانونية و بحال عدم وجود هكذا تنظيم فإنّنا نميل و الرأي القائل بعدم استمرار التنفيذ إنما ليس بشكل مطلق و لكن ضمن ضوابط و محددات معينة إذ أنّ عدم الاستمرار

[1] المرجع السابق – نفس الصفحة.

[2] Ran Alachkar – Clause de hardship et clause d'amiable composition – thèse doctorat – Paris2 – 2010 – P. 216 ... مشار إليه لدى : المرجع السابق – ص 186

[3] Lukanda Kapwadi – Renegotiation long term investment contract : the case of mining contract in DRF – LLM these – university of Pretoria – South Africa – 2012 – P. 12 at : www.repository.up.ac.za visited on 22\9\2016 .

بالتنفيذ بهذه الحالة لا يعني **برأينا** إنهاء العقد بشكل كلّي وإنما وقف تنفيذه لفترة معقولة[1] ريثما يتمّ اللجوء إلى القضاء لحل النزاع تحت طائلة الاستمرار بتنفيذ العقد بوضعه الراهن في حال عدم طرق باب القضاء من قبل أحد الأطراف إذ لا يعقل بقاء العقد معلقاً إلى ما لا نهاية، حيث يكون للمؤسسة القضائية وحدّها الحق بتعديل العقد أو إنهائه وفقاً لما تراه مناسباً بدلالة المواد 6.3.2 من اليونيدروا و6.111 من قانون العقود الأوروبي الموحد ، إلا أنّ السؤال المطروح فيما إذا كان القانون الواجب التطبيق على العقد لم يعالج كما فعلت كلّ من مبادئ اليونيدروا أو قانون العقود الأوروبي الموحد حق المحكمة بالإنهاء أو التعديل عند فشل عملية إعادة التفاوض و لجوء المتعاقدين إليها فهل يحق لها ذلك وعلى أي أساس قانوني ؟

اختلفت الآراء بهذا الصدد بين رافض لحق المحكمة التي يعرض عليها النزاع بأن تحل بإرادتها محل إرادة الأطراف وتقضي بتعديل العقد أو إنهائه إذا لم يستند هذا إلى نص في القانون أو اتفاق الأفراد الصريح الأمر الذي شددت عليه الهيئة التحكيمية في سابقة Aminol عام 1982 ، في حين أيد جانب فقهي وقضائي آخر ونحن من داعميه حق المحكمة بالإنهاء و التعديل حتى بغياب الاتفاق أو النص تأسيساً على **قواعد العدالة و الإنصاف** وهو ما برز في الحكم التحكيمي الصادر عن غرفة التجارة الدولية عام 1997م في القضية رقم 7365 و القضية رقم 9479 لعام 1999م كاستثناء على مبدأ القوة الملزمة للعقد[2] و**برأينا** صحيح أنّ السلطة التقديرية للقاضي كفيلة بحد ذاتها بتخويله هذه المُكنّة ولا قيد عليه في ذلك سوى القانون فلطالما لا يوجد حظر فالأصل في الأشياء الإباحة إلا أنّ أمر كهذا قد يصطدم بقاعدة الحياد الإيجابي للقاضي الذي لا يستطيع أن يحكم بشيء لم يطلبه الخصوم أو بأكثر مما طلبوه فيما إذا لم يطلب أحد الأطراف تعديل العقد أو إنهائه.

**ب – الأثر الشخصي (جزاء مخالفة الالتزام بإعادة التفاوض ) :**

تترتب المسؤولية القانونية في حال عدم احترام أي من أطراف العقد التجاري الدولي لموجب إعادة العملية التفاوضية و يتجلّى الإخلال بهذا الالتزام بثلاث صور؛ **الأولى** تتجلّى برفض إعادة التفاوض، **والثانية** تتجلّى بسوء تنفيذ الالتزام بإعادة التفاوض في حين أنّ **الثالثة** تتجلّى بالتآخر بتنفيذ الالتزام بإعادة التفاوض .

و تقوم المسؤولية القانونية على الإخلال بالالتزام بإعادة التفاوض يغياب النص الخاص ووفقاً للقواعد القانونية العامة على ثلاثة أركان رئيسة هي: (الخطأ – الضرر – العلاقة السببية)،

---

[1] و**برأينا فإنّ** تحديد مدى معقولية المدة التي يتعين على أحد الأطراف خلالها اللجوء للقضاء من عدمها يعود بالدرجة الأولى للجهة الناظرة بالنزاع.

[2] Rodrigo Andres Momberg – Change of circumstances in international instruments… - op cit – p. 232 .

أما أثر تحقق المسؤولية فيتجلى بمظهرين: **الأول** هو التنفيذ العيني للالتزام بإعادة التفاوض **والثاني** هو التنفيذ بطريق التعويض[1].

هذا وقد اختلفت الأنظمة القانونية الكبرى محل المقارنة بالمفاضلة بين هذين المظهرين؛ إذ أنّ دول القانون المدني civil law تفضل التنفيذ العيني بداية و في حال استحالته يتمّ اللجوء إلى التنفيذ بطريق التعويض، أما دول القانون العمومي common law فهي تتجه مباشرة إلى التنفيذ بطريق التعويض كجزاء لعدم تنفيذ الالتزامات أو سوء تنفيذها[2]، إلا أنّ السؤال المطروح هنا هل يتصور التنفيذ العيني بالنسبة للالتزام بإعادة التفاوض ؟؟

وفقاً للقواعد القانونية العامة في الأنظمة القانونية المقارنة يتصور من حيث المبدأ التنفيذ العيني للالتزام بإعادة التفاوض متى كان ذلك ممكناً و بصرف النظر عن مدى فاعلية هذا المؤيد، لكن بنفس الوقت يرد استثناء على هذا الأصل يستبعد فيه التنفيذ العيني للالتزام بإعادة التفاوض و يتجلّى هذا الاستثناء بمظهرين[3] :

1- الاستحالة القانونية : كحالة القوة القاهرة أو فقدان الاعتبار الشخصي فيما إذا كان العقد التجاري الدولي قائم على الاعتبار الشخصي .

2- الاستحالة الفعلية : و التي ترد نتيجة الفشل بالوصول إلى اتفاق عقب عملية إعادة التفاوض إذ لا يوجد ما يلزم الأطراف الدخول بعملية إعادة التفاوض من جديد رغم أنّ عملية التفاوض الأولى فشلت رغم بذل الجهود الكافية لإنجاحها ، كما قد تتجلّى الاستحالة الفعلية فيما إذا ارتبط الالتزام بإعادة التفاوض بأجل محدد تنتهي بانتهائه إمكانية الانخراط في عملية كهذه .

وفيما إذا تحققت استحالة التنفيذ العيني يكون التعويض **برأينا** هو المؤيد القانوني الأمثل للإخلال بالالتزام بإعادة التفاوض إذ يعتبر بمثابة جبر للضرر يهدف لوصول الدائن إلى وضعية اقتصادية مشابهة لتلك التي سيكون عليها فيما لو روعي هذا الالتزام، و هو ما أكدّته صراحةً غرفة تجارة باريس بقرارها رقم 5904 لعام 1989م بقولها : " بخصوص منح التعويض من قبل المتسبب بعدم تنفيذ الالتزام فإنّه يجب وضع المدعية في نفس الوضعية فيما لو نفذت المدعى عليها التزاماتها بشكل صحيح "[4].

---

[1] For more information review : Harold Ullman – op cit – p. 95 and after.

[2] هني عبد اللطيف- مرجع سابق – ص 232 .

[3] المرجع السابق ص 219 و ما يليها .

[4] المرجع السابق – ص 228 .

## المطلب الثاني : مقتضيات سوء النية في مرحلة التنفيذ

ابتعد جُلّ الفقه و القضاء كما رأينا عند الحديث عن مفهوم سوء النية في مرحلة المفاوضات عن وضع تعريف محدد لسوء النية *Mala Fides* كمفهوم قائم بذاته مستقل عن المفاهيم المشابهة له مفضلين دراسة تطبيقاته العملية للتوصل إلى جوهر معناه، مما دفع بالمحاكم في الأنظمة القانونية المقارنة إلى تحديد مجموعة من الأفعال المنافية لمبدأ حسن النية في مجال المعاملات التجارية الدولية على سبيل المثال لا الحصر أطلقت عليها وصف سوء النية أبرزها : " التملص من جوهر الصفقة التجارية – عدم الاكتراث – الغش في التنفيذ المتعمد – التعسف باستخدام الحق بتحديد الشروط العقدية – الفشل بالتعاون مع الطرف الأخر[1]" و غيرها من التطبيقات باعتبارها كفيلة بتوضيح مثل هذا المفهوم.

و سوف نتعرض لأبرز هذه التطبيقات في الفرعيين التاليين إذ سيتناول (الفرع الأول) مفاقمة الضرر كمفهوم مخالف للالتزام بتخفيف الضرر، في حين سيتناول (الفرع الثاني) عدم المطابقة المادية للمعقود عليه في العقد التجاري الدولي كمفهوم مخالف للالتزام بالمطابقة وخاصة في البيوع الدولية باعتبارهما يجسّدان مفهوم سوء النية في مرحلة تنفيذ العقد التجاري الدولي.

### الفرع الأول : مفاقمة الضرر

إنّ الالتزام بمبدأ حسن النية في التنفيذ لا يقتصر فقط على المدين بل يلتزم به الدائن جنباً إلى جنب مع مدينه ففي حال أعلن المدين صراحةً رفضه لتنفيذ العقد التجاري الدولي قبل حلول أجله، وكما درسنا سابقاً يعتبر أمر كهذا إخلال مبتسر بالعقد[2] يخول الدائن حق فسخ العقد فسخاً مبتسراً، إلا أنّ أمر كهذا متروك بالنهاية لمحض إرادة الدائن فقد يختار الدائن أن يستمر هو بدوره بتنفيذ التزاماته متجاهلاً هذا الجحود الصادر عن المدين لحين حلول أجل تنفيذ المدين لالتزاماته فإذا امتنع عن ذلك يحق للدائن اللجوء إلى الوسائل القانونية المتاحة لاقتضاء حقه طبقاً للقانون الواجب التطبيق، إلا أنّ هذه القاعدة لا يمكن الأخذ بها على إطلاقها إذ يرد عليها استثناء في غاية الأهمية فتجاهل الدائن لهذا الجحود من قبل المدين و استمراره بتنفيذ التزاماته العقدية يجب أن يراعى فيه مبدأ حسن النية في مرحلة التنفيذ؛ بمعنى آخر لا يجوز للدائن في حال أعلن المدين في العقد التجاري الدولي رفضه للتنفيذ أن يستمر بالتنفيذ بطريقة قد تؤدي لزيادة نسبة الأضرار العائدة عليه، و لتوضيح هذه الفكرة نطرح مثال

---

[1] Robert Adler & Richard Mann – op. cit – P. 44 .

[2] **ملاحظة** : لم ينظم القانون السوري فكرة الإخلال المبتسر للعقد إلا أنّه ووفقا له فإنّ تصريح المدين كتابة بأنّه لا يريد القيام بإلتزامه أحد الحالات التي لا يكون فيها إعذار المدين ضروريا لاستحقاق التعويض انظر المادة 221 من القانون المدني السوري .

عملي : كما لو تعاقد شخص مع مقاول على بناء صرح وفقاً لشروط ومواصفات محددة وطلب ربّ العمل من المقاول وقف البناء مقابل أن يعوضه عن جميع ما أنفقه في العمل من أجور وأثمان حتى اللحظة التي طالبه فيها بالتوقف عن العمل ، ومع ذلك استمر المقاول في إتمام البناء فإنّ تصرفه يعتبر منافياً لمبدأ حسن النية التنفيذي إذ لا يكون له بهذه الحالة أن يطالب رب العمل بكل بما يستحقه عن كامل البناء لأنّه يكون قد ساهم بسلوكه بزيادة الضرر العائد عليه[1].

**أولاً : الوجود القانوني لنظرية تخفيف الضرر :**

**أ – الوجود القانوني لنظرية تخفيف الضرر على الصعيد الدولي :**

1- نظرية تخفيف الضرر في مبادئ اليونيدروا : أكدّت مبادئ اليونيدروا تبنيها الصريح لنظرية تخفيف الضرر في عقود التجارة الدولية بالمادة 8.4.7 و تحت عنوان تخفيف الضرر بقولها : " لا يسأل المدين عن الضرر الذي تكبده الدائن بقدر ما كان يمكن للدائن تخفيفه باتخاذ خطوات معقولة ، يحق للدائن استرداد أي مصروفات معقولة يكون قد تكبدها في محاولته تخفيف الضرر " .

2- نظرية تخفيف الضرر في قانون العقود الأوروبي الموحد : تبنى قانون العقود الأوروبي الموحد نظرية الالتزام بتخفيف الضرر بالمادة 9.505 منه التي نصت تحت عنوان إنقاص الضرر على التالي : " 1) إنّ الطرف الذي لم ينفذ التزاماته ليس مسؤولاً عن الضرر الذي لحق بالطرف الآخر الذي ساهم بسلوكه بزيادته إلى الحد الذي لم يقم به باتخاذ خطوات معقولة للتخفيف من هذا الضرر 2) المضرور مخول بأن يطلب التعويض عن النفقات التي انفقها في محاولته لتخفيف الضرر " [2].

3- نظرية تخفيف الضرر في اتفاقية فيينا 1980م : لقد تبنت اتفاقية فيينا نظرية الالتزام بتخفيف الضرر في عقد البيع الدولي للبضائع و تحديداً في المادة 77 منها و التي نصت على ما يلي : " يجب على الطرف الذي يتمسك بمخالفة العقد أن يتخذ التدابير المعقولة و الملائمة للتخفيف من الخسارة الناجمة عن المخالفة بما فيها الكسب الذي فات، و إذا أهمل القيام بذلك فللطرف المخلّ أن يطالب بتخفيض التعويض بقدر الخسارة التي كان يمكن تجنبها".

---

[1] حمو حسينة – انحلال العقد عن طريق الفسخ – رسالة ماجستير – جامعة مولود معمري تيزي وزو – الجزائر – 2011 م – ص 43 - متاحة على : www.ummto.dz آخر ولوج تمّ في 13\2\2017.

[2] Article 9.505 of European law : Reduction of loss " 1)- the non-performing party is not liable for loss suffered by the aggrieved party to the extent that the aggrieved party could have reduced the loss by taking reasonable steps . 2)- the aggrieved party is entitled to recover any expenses reasonably incurred in at tempting to reduce loss "

**ب – الوجود القانوني لنظرية تخفيف الضرر على الصعيد الداخلي :**

1– نظرية تخفيف الضرر في دول نظام القانون العمومي common law :

تعتبر دول القانون العمومي وتحديداً المملكة المتحدة والولايات المتحدة الأمريكية مقارنةً بدول القانون المدني هي السباقة في إقرار القاعدة القانونية القاضية بتخفيف الضرر[1]:

- **المملكة المتحدة :** صحيح أنّ هذه المسألة لم تحظ بالتنظيم التشريعي بالرغم من اعتبار بريطانيا المهد الأول لنشوئها منذ القرن التاسع عشر ميلادي، إلا أنّ القضاء الذي يلعب دور المشرع في المملكة المتحدة قال كلمته في هذا الصدد فقد أكدّت محكمة الاستئناف البريطانية في سابقة : Lombard North central plc V Autombile word UK لعام 2010 م[2] على أهمية الالتزام بتخفيف الضرر، معتبرة أنّ مثل هذا الموجب لا يقتصر وجوده على العلاقات العقدية و إنما يتعداه للعلاقات غير العقدية مؤكدة أنّ المضرور ليس من حقه طلب التعويض عن أي خسارة كان يتوجب عليه تجنبها باتخاذه خطوات معقولة و أمر كهذا مفترض يقع عبء إثباته على من يدعي خلافه، و من الجدير بالذكر أنّ مجلس اللوردات البريطاني في سابقة : White and Carter V Mcgegorعام 1962 م و محكمة الملكة Bench في سابقة Clea shipping corporation V Bulk oil imternational Ltd لعام 1984 م[3] اعتبرا أنّه :" لا يوجد التزام بالتخفيف قبل تحقق حالة الخرق الفعلي للالتزامات العقدية من قبل الطرف الآخر إلا أنّ ذلك لا يعني عدم وجود أي التزام قبل ذلك إذ يقع على عاتق كلّ طرف من أطراف العقد بهذه المرحلة الالتزام ليس بتخفيف الضرر و إنما بمنع زيادته"، و **برأينا فإنّ** هذه التفرقة إنما هي تفرقة تحكمية إذ ما الفرق بين منع زيادة الضرر و تخفيفه لطالما أنّ النتيجة في الحالتين واحدة ؟ ثم لماذا يتحدث القضاء الانكليزي عن الالتزام بعدم زيادة الضرر طالما أنّه يتحدث عن مرحلة ما قبل خرق الالتزامات العقدية إذ أنّ الضرر لم يقع ابتداءً لنقول بواجب عدم زيادته .
- **الولايات المتحدة الأمريكية :** يعتبر المشرع الأمريكي أكثر المشرعين جرأةً في هذا المجال إذ وضع نص صريح في القانون الأمريكي للعقود لعام 1979 م وتحديداً بالمادة 350 منه و التي نصت على أنّ التعويض لا يمكن المطالبة به عن الأضرار التي كان بإمكان الطرف

---

[1] Gordon Phillips – Compensation for losses flowing from an injured party's impecuniosity- Osdoode Hall law Journal- Vol.20- Issue.1 – Art 2- Toronto - 1982 – P.25 at : www.digitalcommons.osgoode.yorku.ca visited on 8\2\2017.

[2] To learn more about this case review :www.lexology.com last visit on 20\1\2017

[3] Emily Weitzenbock – English law of contract remedies – Norwegian research center for computer and law – university of Oslo – 2012 – without page number – available at : www.uio.no visited on 27\12\2016.

المضرور تجنبها دون أن يتعرض للخطر، إلا أنّ الطرف المضرور لا يمنع من المطالبة بالتعويض طالما أنّه بذل ما بوسعه من جهد لتخفيف الضرر ولم ينجح بذلك[1]، أضف لهذا فإنّ القانون التجاري الأمريكي الموحد UCC/2005 بالمواد 2.708 و 2.709 و 2.713 كان بنظر الفقهاء الأمريكيون قد كرّس الالتزام بعدم مفاقمة الضرر بطريقة غير مباشرة عندما أعطى البائع في العقد التجاري إمكانية بيع البضاعة لمشتري آخر في حال قيام المشتري الأول بخرق أحد التزاماته العقدية، إذ يعتبر ذلك أحد وسائل تخفيف الضرر عن البائع نفسه[2].

أما على الصعيد القضائي فلو أخذنا عقد الإيجار التمويلي كأحد أهم عقود التجارة الدولية نلاحظ تباين بالمواقف القضائية الأمريكية بين أحكام مؤيدة لالتزام المؤجر بواجب تخفيف الضرر وبين أخرى معارضة له و بين أحكام قضائية وقفت موقفاً وسطاً بين الرأيين، ففي سابقة Holy properties limited l.p V Kenneth cole prods لعام 1995 م أكدّت محكمة استئناف نيويورك الأمريكية و بخلاف موقف المحكمة العليا في ولاية بنسلفانيا على القاعدة القانونية المتأصلة حول حق الشخص بالتمتع بملكيته معتبرةً أنّه لا يوجد على المالك (المؤجر) أي التزام بتخفيف الضرر من خلال إعادة تأجير محل العقد إذا خرق المستأجر التزاماته العقدية بأي شكل كان خاصةً لناحية الامتناع عن دفع الأجرة ، في حين أنّ المحكمة العليا في ولاية تاكساس الأمريكية في سابقة Austin Hill country realty V Palisades plaza عام 1998 م فرقت بين حالتين إذ اوجبت على المالك (المؤجر) الالتزام بتخفيف الضرر في حال دخل بالتزامات عقدية جديدة مع مستأجر آخر دون إنهاء عقد الايجار التمويلي الأول و لم توجب عليه مثل هذا الالتزام بحال اختار عدم الدخول في التزامات جديدة بل مجرّد الإبقاء على العقد مع المطالبة بالأجرة المترتبة على المستأجر[3]، و **برأينا فإنّ** خصوصية هذا النوع من عقود التجارة الدولية حتمت وجود هذا النوع من التباين في المواقف القضائية الأمر الذي لا يعني تجاهل نظرية تخفيف الضرر التي ابتدعها المشرع الأمريكي كنظرية عامة تحكم كلّ العقود في كلّ مرّة يكون فيها القانون الأمريكي هو القانون واجب التطبيق .

---

[1] Article 350 of American law : avoidability as a limitation on damages :
"1) except as stated in subsection 2 damages are not recoverable for loss that the injured party could have avoided without unde risk ,burden or humiliation – 2) the injured party is not precluded from recovery by the rule stated in subsection 1 to the extent that he has made reasonable but an successful efforts to avoid loss "

[2] Mathew Auric – UCC obligation to mitigate damages – a scientific legal study –published in 2016 –with no page number - at the website : www.ojailawers.com Visited on 11\3\2017.

[3] Robert Potts – Avoiding losses a landlord duty to mitigate – Blaney Mcmurtry LLp publications – Canada – 2002 .

2- نظرية تخفيف الضرر في دول نظام القانون المدني civil law :

● **فرنسا** : لم يأت القانون الفرنسي على وضع قواعد قانونية ناظمة لمسألة الالتزام بتخفيف الضرر ولم تعرف فرنسا مثل هذا الالتزام إلا مع دخول اتفاقية فيينا حيز التنفيذ عام 1980 م إذ ظهر العمل به ضمن إطار معاملات التجارة الدولية، إلا أنّ القضاء الفرنسي كان قد اتخذ موقفاً واضحاً من هذه المسألة خلافاً لدول القانون العمومي وحتى خلافاً لبعض دول القانون المدني الأخرى مثل ألمانيا و إيطاليا؛ إذ رفض القضاء الفرنسي الأخذ بمثل هذا الموجب القانوني بدءاً من عام 1997 حيث اعتبرت محكمة النقض الفرنسية أنّه و بغياب اتفاق الأطراف على الالتزام بتخفيف الضرر يبقى مسبب الضرر مسؤولاً عن تعويض كامل الضرر و بصرف النظر عن مشاركة الدائن بتفاقمه من عدمه[1]، وتتالت الأحكام القضائية الصادرة عن نفس المحكمة والتي اتخذت نفس الموقف في الأعوام 2003[2] و 2006[3] و 2009[4] و 2013[5] وصولاً للعام 2014 حيث أصدرت الغرفة الأولى لمحكمة النقض الفرنسية بتاريخ 2 تموز 2014 م قرارها رقم 13.17.559[6] الذي تبنت فيه ما جاء بالقواعد القانونية العامة في القانون الفرنسي (وتحديداً المادة 1382 التي تعتبر كلّ من سبب ضرر للغير يلتزم بالتعويض عنه وتقابل الآن المادة 1240 من القانون المدني الفرنسي المعدل) إذ رفضت محكمة النقض الفرنسية صراحةً إلزام الدائن بالسعي لتخفيف الضرر اللاحق به من جراء إخلال المدين بأحد التزاماته العقدية معتبرة أنّ مسبب الضرر هو وحدّه المسؤول عن التعويض عن كلّ ما حدث بسبب فعله الضار، و**برأينا فإنّ** موقف محكمة النقض الفرنسية يعتريه النقض لسببين؛ فمن جهة مراعاة مقتضيات المصلحة العامة والخاصة للأفراد تحتم بطبيعة الحال الأخذ بهذا الموجب ومن جهة أخرى نلاحظ تبني قانون العقود الأوروبي الموحد الذي يعتبر المظلة التشريعية الكبرى في دول الاتحاد الأوروبي نظرية تخفيف الضرر وهذا دليل على أهميتها، ولعلّ المشرع الفرنسي قد تنبه مؤخراً لهذه الثغرة القانونية من خلال تبنيه لنظرية تخفيف

---

[1] Association Jeunes Chercheurs – RDST et le centre de recherche en droit médical de l'université Paris Descartes le copra humain entre sacralisatisation et marchandisation l'obligation de minimiser son dommage – Faculté de droit – Paris - 2009 – P. 4 sur : www.hal.archives-ouvertes.fr visité en 12\4\2017.

[2] Diaboauic V Flamand et autres & Consorto Lallemand et autres \2003\ se référer sur : www.dalloz-etudiant.fr visité en 29\3\2017.

[3] Regard : Patrick Matet (conseiller a la cour d'appel de paris ) – Minimisation du dommage et temporalité – une légal étude – sans date- P.8 - sur le website : www.couredecassation.fr visité en 29\3\2017.

[4] Association jeunes chercheurs – op cit – P.5 .

[5] Cass. Civ. 3e, 10 juillet 2013, n°12-13.851, disponible sur : www.village-justice.com visité en 9\4\2017.

[6] The details of this decision are available on : www.reedsmith.com visited on 8\4\2017 .

الضرر بالنسخة المعدلة من القانون المدني الفرنسي الصادر بالإعلان 131 لعام 2016م وتحديداً بالمادة 1251 منه التي اعتبرت امتناع أحد أطراف العقد عن اتخاذ الإجراءات اللازمة لمنع تفاقم الضر أو تخفيفه يشكل خطأ مستوجب للتعويض [1].

● **القطر العربي السوري** : صحيح أنّ المشرع لم يضع تنظيماً صريحاً للالتزام بتخفيف الضرر كأحد تطبيقات مبدأ حسن النية إلا أنّ المتتبع لمواد القانون المدني السوري و تحديداً المادة 217 منه يلاحظ أنّ المشرع السوري قد وضع نواة لنظرية الالتزام بتخفيف الضرر حيث نصت هذه المادة على ما يلي :" يجوز للقاضي أن ينقص مقدار التعويض أو ألا يحكم بتعويض ما إذا كان الدائن بخطئه قد اشترك بإحداث الضرر أو **زاد فيه** "

ومن خلال قراءتنا التحليلية العميقة لهذه المادة يبدو لنا أنّ المشرع السوري و بخلاف نظيره الفرنسي قد مال لفرض الالتزام بتخفيف الضرر على عاتق الدائن، الأمر الذي أيده بدوره القضاء السوري فقد أكدّت محكمة النقض السورية موقف المشرع بقولها : "يحق لمن ألمّ بالتعويض على الغير الذي دفع مالاً للضحيه أن يرجع على هذه الضحيه بما دفعه زياده عما يستحق عليه **نتيجه فعله** "[2]، و صحيح أنّ النص القانوني قد ورد في صلب القانون المدني لكن هذا لا يعني أنّ تطبيقه مقتصر على العقود المدنية دون التجارية بدلالة المادة 2 من قانون التجارة السوري رقم 33 لعام 2007 .

**ثانياً – الأساس القانوني للالتزام بتخفيف الضرر [3]:**

**أ – النص التشريعي :**

قد لا يتفق الأطراف بالعقد التجاري الدولي على الالتزام بعدم إتيان أي سلوك يسبب تفاقم للضرر وهذا لا يعني أنّ هذه القاعدة لم يعدّ لها أي وجود خاصة في الحالة التي يكون فيها القانون واجب التطبيق على العقد التجاري الدولي قد نظم هذا الموجب القانوني ووضع آثاراً قانونية للإخلال به كما فعل المشرع السوري مثلاً، و بهذه الحالة فيما إذا كان القانون السوري هو واجب التطبيق يعتبر سلوك الدائن الذي استمر بتنفيذ التزاماته مما أدى لنشوء الضرر بداية أو زيادته مخطئ كونه أخل بواجبه القانوني بتخفيف الضرر و تقوم مسؤوليته جنباً إلى جنب مع المدين مما يعطي القاضي سلطة تقديرية في إنقاص مقدار التعويض بقدر مشاركة

---

[1] L'acte 1251 de code civil francias : "Les depenses exposées pour prévenir la réalisation imminente d'un dommage pour éviter son sggravation ou pour en réduir les conséquences consitituent un préjudice réparable "

[2] أساس 351 قرار 339 تاريخ 25 / 6 / 1968 م سجلات محكمة النقض السورية – القصر العدلي بدمشق .

[3] **يعتبر الالتزام بتخفيف الضرر التزام سلبي أي التزام بعدم القيام بعمل و من الجدير بالذكر أنّه لا يتصور التنفيذ العيني بالالتزامات السلبية لذا لا يبقى أمام المضرور بهذه الحالة سوى المطالبة بالتنفيذ عن طريق التعويض .**

الدائن في إحداث الضرر أو الامتناع نهائياً عن الحكم به بحال كان سلوك الدائن هو وحدّه السبب في نشوء الضرر، ويلاحظ أنّ المشرع السوري ترك هذا الأمر للسلطة التقديرية للقاضي الناظر بالنزاع بمعنى أنّ القاضي قد لا يعمل مفاعيل هذا النص القانوني مما يدفعنا للبحث عن أساس قانوني آخر لمُساءلة الدائن عن سلوكه الضار؟؟؟ ثم ما هو الأساس القانوني لمثل هذا الالتزام فيما لو كان القانون الواجب التطبيق خالي من نص قانوني يعالج هذه المسألة ؟؟

**ب – إرادة الاطراف المتعاقدة :**

فيما لو اتفق الأطراف في العقد التجاري الدولي صراحةً أو ضمناً على التزام كلّ طرف منهم بتجنب كلّ سلوك يؤدي للإضرار بالآخر أو لتفاقم الضرر و زيادته، عندها يكون الأساس القانوني للالتزام بتخفيف الضرر هو مبدأ سلطان الإرادة حتى بظل غياب النص ولكن السؤال المطروح على أي أساس يمكننا مسائلة الدائن عن سلوكه الضار فيما لو خلا العقد من تنظيم مثل هذه المسألة ؟؟؟

**ج – مبدأ حسن النية في التنفيذ :**

من خلال نظرة تحليلية عميقة للقرار رقم 2404[1] لعام 1980م الصادر عن غرفة تجارة باريس والذي ينص على: " كلّ محكمة وهي بصدد الفصل في النزاع مدعوة إلى الأخذ بعين الاعتبار إمكانية تخفيف الضرر إذ غالباً ما يحاول الطرف الآخر المتضرر إلقاء كامل مسؤولية الضرر الذي تعرض له على عاتق المتعاقد الآخر في حين أنّه كان بإمكانه التخفيف منه من خلال الاستجابة دون تأخير حالما وصل لعلمه تضرر الطرف الآخر "

نستنتج أنّ التزام أحد المتعاقدين بتخفيف الضرر ينبع من واجب الأطراف بالتعاون على تجاوز الصعوبات التي قد تعتري عملية تنفيذ العقد؛ هذا الواجب نفسه (أي واجب التعاون) يجد في مبدأ حسن النية أساساً قانونياً له وبالتالي وكأن هذا الحكم بطريقة أو بأخرى قد أسس الالتزام بتخفيف الضرر استناداً لمبدأ حسن النية في التنفيذ .

و في قرار آخر لغرفة تجارة باريس رقم 2216[2] لعام 1974 م ربطت فيه صراحةً بين مقتضيات حسن النية وبين الالتزام بتخفيف الضرر حيث قالت: " ينتظر من الشركة البائعة المرتبطة بالعقد حتى تاريخ التلكس بذل جهدها ابتداء من تاريخ التلكس من أجل بيع البترول للغير في أقرب فرصة من أجل تخفيف الضرر مع الأخذ بعين الاعتبار التنظيم و الأهمية

[1] هني عبد اللطيف – مرجع سابق – ص 235 .
[2] المرجع السابق – ص 238 .

الدولية للشركة البائعة فإنّ المحكمة ترى أنّه من العدل ( **أي من منطق حسن النية** ) أن تصل هذه الشركة إلى حل مناسب حتى نهاية الشهرين " .

و**برأينا فإنّ** قيام الأحكام التحكيمية على الصعيد الدولي بتأسيس الالتزام بتخفيف الضرر استناداً لمبدأ حسن النية في تنفيذ معاملات التجارة الدولية منحى سليم نظراً لأنّ ربطه بإرادة الأطراف قد لا يجدي نفعاً بحال غيابها و ربطه بالنص القانوني يفقده مفعوله في حال غياب النص أو فيما لو كان تطبيقه مرتبط بالسلطة التقديرية للجهة الناظرة بالنزاع ، أما ربطه بمبدأ حسن النية يعطيه فاعليه قانونية أمام القاضي أو المحكم خاصة و أنّنا نتحدث عن مبدأ أقرّته الأنظمة القانونية الكبرى محل المقارنة على الصعيد الداخلي كما أقرّه قانون التجارة الدولية lexmercatoria على الصعيد الدولي وتأكيداً غلى ذلك فقد اعتبرت غرفة التجارة الدولية في القضية رقم 13009[1] لعام 2006 أنّ عدم وجود نص قانوني يحكم مسألة الالتزام بتخفيف الضرر في العقد التجاري الدولي و غياب الاتفاق الصريح أو الضمني بشأنها هو مثار لتطبيق المادة 7.4.8 من مبادئ اليونيدروا التي نظمت مسألة الالتزام بتخفيف الضرر باعتباره أحد مقتضيات حسن النية و التعاون في تنفيذ الالتزام وفقاً للتعليق الرسمي لواضعي هذه المبادئ على نص المادة 5.1.3 منها[2].

**<u>ثالثاً – الأثر القانوني المترتب على مفاقمة الضرر :</u>**

**أ – الطبيعة القانونية للالتزام بتخفيف الضرر :**

إنّ السؤال الذي يتبادر بداية إلى أذهاننا متى يعتبر الدائن مخلاً بالتزامه بتخفيف الضرر ؟ أو بمعنى آخر ما هي الطبيعة القانونية لهذا النوع من الالتزام هل هو التزام بتحقيق نتيجة أم التزام ببذل عناية ؟

إنّ نص المادة 350 من قانون العقود الأوروبي الموحد وتحديداً بفقرتها الثانية كانت الأكثر وضوحاً في الإجابة على هذا التساؤل المهم حيث اعتبرت أنّ " الدائن محقاً بقبض التعويض إلى الحد الذي بذل فيه جهد معقول للحد من الضرر و مع ذلك لم تنجح جهوده"، فمن قراءة هذا النص يمكننا القول بأنّ الالتزام بتخفيف الضرر ما هو إلا التزام ببذل عناية لا التزام بتحقيق نتيجة والدليل على ذلك استخدام قانون العقود الأوروبي الموحد لمصطلح (ومع ذلك لم تنجح جهوده)، والموقف نفسه نجدّه لدى كلاً من اتفاقية فيننا ومبادئ اليونيدروا، وهو

[1] ICC Case N. 13009 \ 2006 is available on the website :www.unilex.info visited on 15\1\2017.

[2] The official comment on art 5.1.3 : " A contract is not merly a meeting point for conficting interests but must also be viewed as a common project in which each party must cooperate this view is clearly related to the principle of good faith and faie dealing which permeats the law of contract as well as to the obligation to mitigate harm in the event of non performance "

موقف **برأينا** موفق إذ لا يتصور اعتبار التزام كهذا هو التزام بتحقيق نتيجة لما فيه من إرهاق على عاتق الدائن و خاصة و نحن بصدد الحديث عن تجارة دولية خاضعة لمتغيرات لحظية يصعب القول معها بأنّ مجرّد فشل الدائن بتخفيف الضرر و بصرف النظر عما بذله من جهود في سبيل ذلك مدعاة لفقدان حقه القانوني بالتعويض عن الضرر الذي كان سلوك المدين هو العامل الأساسي في التسبب بإحداثه.

**ب – أثر الإخلال بموجب تخفيف الضرر :**

نصت المادة 7.4.7 من مبادئ اليونيدروا على الأثر القانوني للإخلال بالالتزام بتخفيف الضرر و تحت عنوان الضرر الجزئي الراجع إلى الدائن بقولها : "عندما يرجع الضرر جزئياً إلى عمل أو امتناع من الدائن أو إلى حادث آخر يتحمّل الدائن مخاطره فيتم تخفيض التعويض بقدر مساهمة هذه العوامل في حصول الضرر مع الأخذ بعين الاعتبار مسلك كلّ طرف "، الأمر الذي يماثل موقف قانون العقود الأوروبي الموحد بالمادة 9.505 منه الذي اعتبر الطرف المخل بالتزاماته غير مسؤول عن تعويض الضرر الذي كان من الممكن تخفيفه من قبل المضرور، كما عالجت اتفاقية فيينا 1980م في المادة 77 منها هذه المسألة إذ نصت على :"و إذا أهمل القيام بذلك فللطرف المخل أن يطالب بتخفيض التعويض بقدر الخسارة التي كان يمكن تجنبها "، وعليه ومن خلال استقراء النصوص السابقة بإضافة لنص المادة 350 من قانون العقود الأمريكي و المادة 217 من القانون المدني السوري السابق الإشارة إليهما، ومن خلال ما استعرضناه من أحكام قضائية في الأنظمة القانونية المقارنة يمكننا استنتاج الأثر المترتب على خرق الالتزام بتخفيف الضرر الأمر الذي يتجلّى بصورتين أساسيتين :

1 – عدم الحكم بالتعويض بشكل كلي و ذلك في حال كان الضرر كله راجع إلى عدم قيام المضرور ببذل الجهد اللازم لمنع وقوعه .

2 – الحكم بالتعويض الجزئي أو بمعنى آخر إنقاص مقدار التعويض (الأمر الذي يدخل ضمن نطاق بحثنا باعتبارنا نتحدث عن حالة الاستمرار بالتنفيذ المسبب لتفاقم الضرر وليس التسبب بإحداث الضرر ابتداءً )، في حال كان جزء من الضرر و ليس كلّ الضرر راجع إلى عدم قيام المضرور ببذل الجهد اللازم لمنع زيادته وتفاقمه بعدم اتخاذه الوسائل القانونية اللازمة لذلك، و قد صدر عن غرفة تجارة باريس الدولية القرار رقم 8786 لعام 1997[1] الذي رفض تطبيق نص المادة 77 من اتفاقية فيينا لعام 1980م والقاضية بتخفيض نسبة

[1] ICC decision N.8786 \ 1997\ is available on the websit : www.unliex.info visited on 18\3\2017.

التعويض لعدم ثبوت تقصير المضرور باتخاذ الإجراءات اللازمة في سبيل ذلك و فرضت التعويض على الطرف المتسبب بالضرر دون أي إنقاض من قيمته وفقاً للمادة 74 من ذات الاتفاقية ، ومن الجدير بالذكر أنّ إعمال حكم المادة 77 من اتفاقية فيينا المتعلقة بلزوم تخفيف الضرر يتمّ أياً كانت المخالفة التي يطلب التعويض بمناسبتها سواء أكانت مخالفة جوهرية أم غير جوهرية و سواء أكان الجزاء الذي يوقعه أو يطلبه طالب التعويض هو التنفيذ العيني أو الفسخ أو تخفيض الثمن و سواء أوقع الفسخ مبتسر أم عند وقوع الخلل بالتنفيذ[1].

إلا أنّ السؤال المطروح هنا هل هذا الأثر هو أثر حتمي كنتيجة لخرق الالتزام بتخفيف الضرر في عقود التجارة الدولية ؟ أم متوقف على مطالبة الطرف المستفيد من تحقق هذا الأثر ؟ بمعنى هل للقاضي ألا يحكم بالتعويض أو أن يخفض مقداره متى ثبت له الإخلال بالتزام المضرور أم أنّ أمر كهذا متوقف على مطالبة المستفيد من هذا الحكم ؟ و هل تلعب السلطة التقديرية للقاضي دور في تقريره أم لا ؟؟

بالنسبة للتساؤل الأول فإنّه ووفقاً للقانون السوري و القوانين المقارنة لا يحق للقاضي أن يحكم بشيء لم يطلبه الخصوم أو بأكثر مما طلبوه و ذلك استناداً لقاعدة الحياد الإيجابي للقاضي الناظر بالنزاع، و هذا ما أكدّته محكمة النقض السورية في قرارها رقم 211 لعام 2005 م " لا يجوز للمحكمة أن تحكم بشيء لم يطلبه الخصوم أو بأكثر مما طلبوه "[2] حتى أنّ الفقه اعتبر الحكم بهذه الحالة معدوماً لأنه صدر بغير خصومة و يترتب عليه ما يترتب على الحكم المعدوم من آثار قانونية.[3]

أما بالنسبة للتساؤل الثاني حول السلطة التقديرية للقاضي في حال ثبت اشتراك الدائن مع المدين في إحداث الضرر أو زيادته بأنّ ينقص مقدار التعويض أو ألا يحكم به ؟؟ ففي الحقيقة ووفقاً لمنطوق المادة 217 من القانون المدني السوري فإنّ أمر كهذا عائد برمته للسلطة التقديرية للقاضي الناظر بالنزاع ، الأمر الذي لا نجد له مثيل بالقانون الأمريكي مثلاً، بمعنى آخر فإنّ القاضي وفقاً للقانون الامريكي ليس له سلطة تقديرية في هذا المجال فيما لو ثبت أنّ الطرف المضرور قد ساهم فعلاً بإحداث الضرر أو تفاقمه، و **برأينا فإنّ** موقف المشرع السوري من هذه المسألة هو الأجدر بالتأييد فالقاضي وهو على احتكاك مباشر بموضوع النزاع يكون الأقدر على فهم معطياته القانونية و العملية و التي تختلف من حالة إلى أخرى وبالتالي من العدل إعطاؤه سلطة تقديرية في هذا المجال لناحية عدم الحكم

---

[1] د.محسن شفيق – مرجع سابق – ص 244 .

[2] نقض مدني سوري أساس 262 قرار 211 تاريخ 2005/9/26 م – مجلة المحامون السورية – العددان 5و6 – 2006 م .

[3] د. أحمد أبو الوفا – نظرية الأحكام في قانون المرافعات – دار المطبوعات الجامعية – مصر – 2007 م – ص 336 .

بالتعويض أو إنقاص مقداره إلا أنّ هذا لا يعني إفلات الطرف الذي أخل بالالتزام بالتخفيف من كلّ مؤيد قانوني فيما لو أعمل القاضي سلطته التقديرية و قرر عدم إعمال نص المادة 217 من القانون المدني السوري؛ إذ **برأينا** يمكن بهذه الحالة تأسيس مسؤوليته على أساس الإخلال بمقتضيات مبدأ حسن النية في التنفيذ مع ما يترتب عليه من آثار قانونية سبق التعرض لها بالتفصيل وذلك مع مراعاة القاعدة القانونية التي تقضي بأن الحق الواحد تحميه دعوى واحدة.

## الفرع الثاني : عدم المطابقة

يثور الالتزام بالمطابقة بالدرجة الأولى في البيوع الدولية للبضائع وهذا لا يعني أنّه مقتصر على هذا النوع من العقود فقط **إذ يمكننا إدراجه ضمن بوتقة القواعد القانونية العامة المتعلقة بحسن التنفيذ في العقود التجارية الدولية عامة؛** كما لا يعني أنّه مقتصر على مطابقة السلع وإنما يشمل كذلك الأمر مطابقة الخدمات، ويتسع مفهوم المطابقة ليضم إضافة إلى المطابقة المادية التي تشكل محور دراستنا والتي تتمحور فكرتها حول مطابقة المبيع للمعقود عليه؛ كلاً من المطابقة القانونية[1] المتجلية بخلو محل العقد من أي حق أو ادعاء عائد للغير والمطابقة المستندية[2] أي مطابقة محل العقد للمستندات التي تمثل هذا المحل، ونحن في هذا الفرع وتحاشياً للإطالة سوف نبحث في موضوع المطابقة المادية باعتبارها الأكثر صلة بمحور رسالتنا **والسبب بذلك عائد لكون الالتزام بالمطابقة المادية يعتبر من الناحية العملية أحد أبرز الإشكاليات القانونية الداخلة ضمن "موضوعات التسليم" أي تسليم المعقود عليه فالبائع لا يلتزم فقط بتسليم المبيع و إنما يلتزم بتسلم مبيع "مطابق" تحت طائلة المسؤولية وباعتبار أنّ "موضوعات التسليم" تشكل بحد ذاتها جوهر عملية التنفيذ الأمر الذي يدفعنا لتناول هذا النوع من المطابقة على نطاق البحث والتقصي، وباعتبار أنّ اتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة بالبيع الدولي للبضائع(اتفاقية فينا) لعام 1980م تعتبر رائدة على المستوى العالمي في تنظيم البيوع الدولية سيتم التركيز على ما أتت به من أحكام بالدرجة الأولى،** حيث سنتناول عدم المطابقة المادية من زاوية قانونية جديدة باعتبارها مظهر من مظاهر الإخلال بمبدأ حسن النية في مرحلة التنفيذ وذلك من حيث الوجود القانوني لنظرية المطابقة على الصعيدين الدولي و الداخلي ، الأساس القانوني للالتزام بالمطابقة وطبيعته القانونية إضافة إلى الأثر القانوني المترتب على الإخلال به .

[1] انظر المادة 41 و 42 من اتفاقية فيينا .
[2] راجع المادة 34 من اتفاقية فيينا .

**أولاً : الوجود القانوني لنظرية المطابقة :**

**أ – الوجود القانوني لنظرية المطابقة على الصعيد الدولي :**

1 – نظرية المطابقة في مبادئ اليونيدروا : لم تعالج مبادئ اليونيدروا نظرية المطابقة بنص خاص والسبب بذلك برأي الفقهاء[1] أنّ هذه المبادئ تطبق على عقود التجارة الدولية بشكل عام بخلاف اتفاقية فيينا التي تطبق على البيوع الدولية بشكل خاص، لذا فإنّه ووفقاً لهذه المبادئ تندرج حالة عدم المطابقة ضمن القواعد العامة المتعلقة بعدم التنفيذ التي كرّستها المادة 7.1.1 من هذه المبادئ، وتبعاً للتعليق الرسمي لواضعي مبادئ اليونيدروا على هذه المادة فقد امتد عدم التنفيذ ليشمل بحد ذاته التنفيذ المعيب والذي تنضوي حالة عدم المطابقة ضمن أبرز أشكاله، والأكثر من ذلك فإنّنا نتلمس بنص المادة 7.1.4 من مبادئ اليونيدروا بعض مظاهر معالجة الآثار القانونية المترتبة على حالة التنفيذ المعيب للالتزام من خلال السماح للمدين أن يقوم وعلى نفقته الخاصة بكل تدبير ضروري بهدف تصحيح التنفيذ المعيب ضمن شروط محددة.

2– نظرية المطابقة في قانون العقود الأوروبي الموحد : كرّس قانون العقود الأوروبي الموحد نظرية المطابقة في موضعين قانونيين، الأول تجلّى بنص المادة 8.104 التي خولت الطرف الذي لم يكن أداؤه مطابقاً إمكانية إصلاحه طالما أنّ وقت التنفيذ لم يحن بعد أو أنّ التأخير بالتنفيذ لا يشكل مخالفة جوهرية[2]، في حين تجلّى الموضع الثاني بصريح المادة 9.401 إذ خولت الطرف المضرور من عدم المطابقة إلى جانب المؤيدات القانونية الأخرى المقررة بالقواعد العامة أن يطالب بتخفيض الثمن ضمن نسب معينة مع قبوله بالأداء غير المطابق[3]

---

[1] Amin Dawwas – Non conformity of goods in light of CISG,Unidroit and Palestinian commercial law draft – Journal of Sharia & Law –Issue. 52 – UAS- 2012 – P. 34 at : www.academia.edu the last visit on 4\2\2017.

[2] The original text 8.104 : **Cure by non-performing party** " A party whose tender of performance is not accepted by the other party because it doesn't conform to the contract may make a new and conforming tender where the time for performance has not yet arrived or the delay would not be such as to constitute a fundemantal non-performance "

[3] The original text 9.401: **Right to reduce price :** " 1 – a party who accepts a tender of performance not conforming to the contract may reduce the price . this reduction shall be proprtioante to the decreas in the time this was tenderd compared to the value which a conforming tender would have had at that time.2 – a party who is entitled to reduce the price under the preceding paragraph and who has already paid a such exceeding the reduced price may recover the excess from the other party .

3 – a party who reduces the price cann't also recover damages for reduction in the value of the performance but remains entitied to damages for any further loss it has suffered so far as these are under section B of these chapter "

ومن الجدير بالذكر أنّ أحكام هذا القانون لا تقتصر على عقد البيع مما يعني إمكانية الاستفادة منها في أنواع أخرى من العقود .

3- نظرية المطابقة في قانون الاستهلاك الأوروبي : لقد خول التوجيه الأوروبي رقم 44 لعام 1999 م المتعلق بحماية المستهلك الأوروبي في "**عقود الاستهلاك**" المشتري بحال عدم المطابقة الحق بطلب الإصلاح أو الاستبدال أو تخفيض السعر أو حتى فسخ العقد في حين أنّه ترك مسألة التعويض ليحكمها القانون الواجب التطبيق على العقد .

4- نظرية المطابقة في اتفاقية فيينا 1980م: تعتبر اتفاقية فيينا رائدة في مجال التنظيم القانوني لنظرية المطابقة في عقد البيع الدولي؛ إذ وضعت هذه الاتفاقية في الفصل الثاني منها الذي نظم التزامات البائع في عقد البيع الدولي للبضائع و تحت عنوان "**مطابقة البضائع و حقوق الغير و ادعاءاته**" و تحديداً في المواد من 35 وحتى 40 تنظيماً قانونياً شاملاً لموجب المطابقة في عقد البيع الدولي، كما نظمت الآثار القانونية المترتبة على الإخلال بهذا الموجب ضمن المادة 44؛ إضافة إلى المواد من 45 حتى 52 تحت عنوان "**الجزاءات المترتبة على مخالفة البائع للعقد**" الأمر الذي سنأتي على شرحه في الأسطر القادمة .

**ب – الوجود القانوني لنظرية المطابقة على الصعيد الداخلي :**

1- نظرية المطابقة في دول نظام القانون العمومي common law :

● المملكة المتحدة : تمّ تقنين الالتزام بالمطابقة في قانون بيع البضائع لعام 1979 وقد وجد هذا الالتزام أساسه القانوني استناداً لفكرة الصلاحية السوقية للمبيع أو ما يسمى ال merchantability و ذلك تحديداً بالقسم 14 منه؛ إذ تعتبر البضائع وفقاً لهذه الفكرة مطابقة طالما أنّها تخدم الغرض الذي تمّ شراءها من أجله مع الأخذ بعين الاعتبار وصف البضاعة ، سعرها ، و أي معطيات أخرى ذات صلة[1]، أضف لهذا فإنّ قانون حماية المستهلك الانكليزي لعام 1987 قد قرر بالقسم الثاني منه من الفصل الأول المسؤولية عن الضرر الحاصل للمستهلك بسبب أي خلل موجود بالمنتج ومنه الخلل بالمطابقة[2] .

[1] 14 / 6 UK act of goods 1979 : « goods of any kind are of merchantable quality if they are fit for the purpose or purposes for which goods of that kind commonly bought as it is reasonable to expect having regard to any description applied to them , the price , and all other circumstances "

[2]This act is available on the official website of UK government :www.legislation.gov.uk visited on 1\4\2017.

● الولايات المتحدة الأمريكية : كرّس المشرع الأمريكي نظرية المطابقة في القانون التجاري الأمريكي الموحد 2005/UCC بصدد تنظيمة لعقد البيع وذلك في عدد من النصوص القانونية المتناثرة لم يبتعد فيه عن موقف اتفاقية فيينا في معالجة الالتزام بالمطابقة مؤسساً إياه على فكرة الضمان Warrenties الصريح أو الضمني[1]، ووضع المؤيدات القانونية المترتبة على الإخلال به[2] أضف لهذا فإنّ قانون الاتحاد التجاري الفيدرالي الأمريكي FTC Act و تعديلاته لعام 2006 م بالقسم الخامس منه قد حظّر صراحةً أي سلوك تضليلي أو غير عادل يؤثر في حسن سير العملية التجارية و هذا يكون في حال وجود أي فعل أو امتناع عن فعل يخدع المستهلك الذي يتصرف بمعقولية وفق الظروف.

2- نظرية المطابقة في دول نظام القانون المدني civil law :

● فرنسا : لم ينظم المشرع الفرنسي نظرية المطابقة صراحةً في قانونه المدني حتى بعد تعديله إلا أنّ الأحكام القضائية الفرنسية قد ساهمت بإرساء دعائمها عندما ميزّت الالتزام بالمطابقة بوصفه التزام قائم بذاته مختلف عن الالتزامات الأخرى المنصوص عليها في القواعد القانونية العامة في القانون الفرنسي، ولعلّ الحكم الأحدث الصادر عن محكمة النقض الفرنسية في هذا المجال كان في عام 2015 م والذي أكدّ على الاختلاف بين دعويي ضمان المطابقة وضمان العيوب الخفية[3] نظراً لاختلاف المفهوم القانوني لكلّ من هذين الالتزامين، كما وعالج المشرع الفرنسي مسألة ضمان المطابقة في قانون الاستهلاك الفرنسي الصادر عام 1993 و المعدل بالقانون رقم 7 فبراير لعام 2005 إذ نصت المادة 4.211 منه على ما يلي:" يجب على البائع أن يسلم المبيع وفقاً للمواصفات المتفق عليها بالعقد كما يتعين عليه

[1] Article 2.106 of UCC: " goods or conduct including any part of a performance are comforming or conform to the contract when they are in accordance with the obligation under the contract "
Article 2.313 : "a) any affirmation of fact or promise made by the seller which became part of the basis of the bargain creates an express warranty that the goods shall conform to the affirmation or promise "
b) any description of the goods which is made part of the basis of the bargain creates an express warranty that the ggods shall conform to the description "
Article 2.314 of UCC: " Unless excluded or modified a warranty that the goods shall be merchantable is implied in contract if the seller is merchant with respect of goods of that kind"
Article 2.315 : " where the seller at the time of contracting has reason to know any particular purpose for which the goods are required ……there is unless excluded or modified an implied warranty that the goods shall be fit for such purpose "

[2] Article 2.601of UCC : " if the goods or the tender of delivery fail in any respect to conforme to the buyer may : 1- reject the whole 2 – accept the whole 3 – accept any commercial unit and reject the rest "
Article 2.508 of UCC: " where any tender or delivery is rejected because non-conforming the seller may notify the buyer of his intention to cure and may then within the contract time make a conforming delivery "

[3] Cass. 3e civ 28 janv 2015 disponible sur: www.lexteso.fr visité en 22\3\2017

أن يضمن عيوب المطابقة الخاصة بالتعبئة و التغليف"، ووضع نفس القانون جملة من المؤيدات القانونية في حال عدم المطابقة[1] منها الاستبدال و الإصلاح أو رد المبيع إضافة للتعويض[2].

● القطر العربي السوري : كما في فرنسا لا يوجد في القانون المدني السوري تنظيم قانوني للالتزام بالمطابقة كالالتزام مستقل قائم بذاته وإلى ذلك الحين يمكن **برأينا** للجهة الناظرة بالنزاع في ظل حالة الفراغ التشريعي الاستفادة من القواعد القانونية العامة المتعلقة بضمان حسن التنفيذ في العقود عامة (وعلى رأسها المادة149المتعلقة بالتنفيذ بحسن نية) والقواعد المتعلقة بالتسليم وضمان العيوب الخفية في عقد البيع خاصة[3]، ومن الجدير بالذكر أنّ قانون حماية المستهلك في القطر العربي السوري رقم 2 لعام 2008 م والذي تمّ إلغاؤه بصدور قانون التجارة الداخلية وحماية المستهلك بالمرسوم 14 لعام 2015م قد كرّس في المادة 25 منه حق المستهلك بالتعويض في حال تبث عدم صلاحية المنتج لما خصص له أو في حال عدم تحقيق الخدمة للغاية المقصودة منها إما بالتبديل أو الإعادة و الرد وفقاً لرغبته، وحبذا لو أبقى المشرع هذا النص كما هو في القانون الجديد كون صيغته **برأينا** تخدم نظرية المطابقة أكثر من الصيغة التي أتى عليها المشرع في المادة 19 من القانون الجديد[4] .

**ثانياً : شروط الاحتجاج بعدم المطابقة :**

يشترط للاحتجاج بعدم المطابقة مجموعة من الشروط سنأتي على شرحها تباعاً يمكن تقنينها وفقاً للقرار التحكيمي رقم 8247 الصادر عن غرفة تجارة باريس عام 1996م[5] في مجموعتين أساسيتين: **الأولى** : تتعلق بالمبيع (محل العقد أو ما يسمى بالمعقود عليه)، **والثانية** : تتعلق بأطراف العملية التعاقدية وتحديداً المشتري باعتباره صاحب المصلحة بالاحتجاج بعدم المطابقة .

**أ- الشروط المتعلقة بالمبيع :**

1 – عدم المطابقة الوصفية : و يقصد بها ألا يتوفر بالمعقود عليه المواصفات التي تمّ الاتفاق على توافرها به أو التي جرت العادة على توافرها به، و يطلق البعض على هذا النوع

---

[1] Carole Aubert de Vin celles – Droit des obligations – Tom 1 – Dalloz – 2014 – P.32

[2] أ.د.إيمان طارق شكري و حيدر هادي عبد – جزاء الإخلال بضمان المطابقة في عقد البيع (دراسة مقارنة) – مجلة المحقق حلي – مجلد 6 - عدد 4 – العراق - 2014 م — ص 191 - متوفرة على الرابط :www.mohakiq.com .

[3] راجع المواد من 417 و حتى 421 من القانون المدني السوري .

[4] المادة 19 من قانون التجارة الداخلية وحماية المستهلك رقم 14 لعام 2015م الفقرة ب نصت على : "في حال وقوع أضرار شخصية على المستهلك من جراء شراء أو استخدام منتج أو استهلاك مادة فإنّ المنتج ومقدم الخدمة مسؤولان بالتضامن عن جبر الضرر بالتعويض ويتم التعويض عليه أو إعادة المنتج أو استبداله أو استرداد المبالغ التي دفعها لقاء المنتج أو الخدمة المقدمة له ".

[5] ICC decision N.8247 \1996\ is available at : www.cisgw3.law.pace.edu visited on 2\4\2017

من المطابقة اسم المطابقة النوعية[1] ويلحق بها المطابقة التغليفية Pakaging[2] و تعني الآلية المتبعة في حفظ أو تعبئة المعقود عليه أثناء عملية شحنه أو نقله و التي تعتبر ذات أهمية كبرى في الصفقات الدولية و قد ركزت الاتفاقيات الدولية المتعلقة بنقل البضائع (براً و بحراً و جواً )على عملية حفظ و تعبئة و تغليف البضائع محل عقد النقل لما لها من آثار قانونية على مسؤولية الأطراف[3]، ولكن السؤال ما هو المعيار المعتمد للقول بأنّ البضاعة مطابقة أو غير مطابقة في هذا الفرض ؟

**برأينا** للإجابة على هذا السؤال يتعين علينا التفرقة بين حالتين :

● فإذا وجد اتفاق بين أطراف العقد التجاري الدولي على شروط المطابقة الوصفية و التغليفية فلا إشكالية تذكر إذ يكلف المشتري الذي يدعي عدم المطابقة إثبات عدم توافر المواصفات المتفق عليها بالبضاعة و بحال نجح بذلك يتعين على البائع بدوره أن يثبت بأنّ المبيع وقت تسليمه للمشتري كان فعلاً يحتوي على المواصفات المتفق عليها [4] .

● إلا أنّ الإشكالية تثور في حال عدم وجود اتفاق على مواصفات البضاعة فإذا وجد ما يعالج هذه الناحية في القانون واجب التطبيق على العقد محل النزاع كان بها، أما إذا خلا من معالجة هذه الإشكالية يمكن **برأينا** للقاضي أو المحكم الأخذ بعين الاعتبار ما درج عليه التعامل بين المتداعين في حال وجود تعاملات سابقة بينهما كما يمكن باعتبارنا نتحدث عن عقد تجاري دولي الاستعانة بالعادات والأعراف التجارية الدولية والمبادئ العامة لقانون التجارة الدولية وعلى رأسها مبدأ حسن النية في التنفيذ إذ تكفل مجتمعة سد مثل هذه الثغرة .

2 – عدم المطابقة الكمية : تتوفر المطابقة الكمية كلما قام البائع بتسليم سلعة متوافقه قدراً و كماً بما في ذلك المكونات والعناصر الداخلة في تركيبها مع ما تمّ اشتراطه بالعقد أو ما نص عليه القانون[5]، إذ من غير الممكن القول بأنّ المتعاقدين لم يحددوا كمية المعقود عليه كما

---

[1] Faton Shabani – Non-conformity of goods in light of the united nation convertion on contract for the international sale of goods and the law on obligation of the republic of Macedonia as a part of south-eastern - university of Tetova – fifth international conference (compliance of the standards in south eastern Europ countries with the harmonized standards of Europen Union 15-16 June – 2015 – Kosovo – P. 179 at : www.dukagjinicollege.eu visited on 2\4\2017.

[2] Villy de Luca The conformity of the goods to the contract in international sales – European privit law institute – Pace international law review – Vol.77 – Issue.1 – commercial edition –New York - 2015 – P. 200 and after at : www.digitalcommon.pace.edu visited on 2\4\2017.

[3] و قد قضت أحد المحاكم التحكيمية في المكسيك عام في 29 ابريل 1996 بمخالفة بائع الفواكه المعلبة لواجب المطابقة التغليفية إذ اعتبر منتهكا للمادة 35 من اتفاقية فيينا لأنّ أوعية تغليف البضاعة لم تكن ملائمة لها بحيث تحول دون فساد محتواها أثناء عملية الشحن " مشار إليه لدى : هني عبد اللطيف – مرجع سابق – هامش الصفحة 20 .

[4] د. عبد الرزاق السنهوري – مرجع سابق – ص 565 .

[5] أمازوزو لطيفة – التزام البائع بتسليم المبيع في القانون الجزائري – اطروحة دكتوراة – جامعة مولود معمري تيزي وزو – الجزائر - 2011 م – ص 184 - مناحة على : www.ummto.dz آخر زيارة تمّت بتاريخ 19\3\2017.

بالحالة السابقة عندما تحدثنا عن المطابقة الوصفية **والسبب بذلك** أنّ أمر كهذا يدخل ضمن نطاق أساسيات تعيين محل العقد تحت طائلة بطلانه ، وعليه متى أخل البائع بهذا الالتزام نكون أمام حالة عدم مطابقة كمية، ومن الجدير بالذكر أنّ اتفاقية فيينا لم تفرق بين حالة الزيادة أو النقصان بالكمية المقررة إذ اعتبرت أنّه بكلا الحالتين هناك عدم مطابقة كمية[1] هذا مع وجود بعض الحالات الاتفاقية أو القانونية أو حتى العرفية تكون فيها حالة الزيادة أو النقصان مقبولة إذا لم تتجاوز نسبة معينة [2].

3 – عدم المطابقة الوظيفية : تتضمن المطابقة الوظيفية صورتين أساسيتن :

- الأولى تتجلّى بالمطابقة الوظيفية العامة: و يحكمها ضابط موضوعي كونها تتعلق بأي شخص يتوقع الاستعمال المألوف للسلعة .
- الثانية تتجلّى بالمطابقة الوظيفية الخاصة: و يحكمها ضابط شخصي كونها تتعلق باستعمال السلعة وفقاً لما يريده المشتري، إلا أنّ السؤال الذي يطرح نفسه بهذا الصدد : هل يمكن إلزام البائع بضمان مطابقة المبيع للاستعمال الخاص الذي يتوقع المشتري صلاحية المبيع له في حال عدم الإشارة لأمر كهذا صراحةً أو ضمناً بالعقد ؟ ؟

بغياب النص انقسم الفقه باتجاهين في معالجة هذه المسألة: الاتجاه الأول[3] يرى بأنّ البائع يلتزم بضمان مطابقة المبيع للغرض الخاص الذي يتوقع المشتري صلاحية المبيع للاستعمال به طالما كان توقعه معقول ومشروع خاصةً إذا كان المشتري حسن النية أي يعتقد بأنّ المواصفات المتعلقة بالغرض الخاص من الشراء داخلة في نطاق العقد ، أما الاتجاه الثاني[4] وهو الاتجاه الغالب يرى عدم إمكانية الزام البائع بضمان مطابقة المبيع للغرض الخاص الذي يتوقع المشتري صلاحية المبيع للاستعمال فيه إذا لم يكن البائع عالماً بهذا الغرض، باعتبار أنّ المشتري الذي يتوقع صلاحية المبيع للاستعمال الخاص ولم يخبر البائع بذلك يكون قد أساء تقدير حاجاته و عليه تحمل تبعة ذلك .

و**برأينا فإنّ** هناك شيء من الصحة في كلا الاتجاهين و السبب في ذلك يعود إلى أنّ المشتري ملزم بإعلام البائع عن الغرض الذي يبتغيه من وراء المبيع تطبيقاً لمبدأ حسن النية

---

[1] Villy De Luca – op cit – P. 187 .

[2] مثاله:المادة 30 فقرة ب من النشرة 600 ( مجموعة القواعد الموحدة المتعلقة بالاعتمادات المستندية الصادرة عن غرفة تجارة باريس ) 2007 م : " يسمح بنسبة تفاوت لا تتجاوز 5 % زيادة أو 5 % نقصان عن كمية البضائع المسموحة شريطة ألا ينص الاعتماد على أعداد محددة من وحدات التعبئة أو البنود المنفردة و بشرط ألا تتجاوز قيمة السحوبات الإجمالية قيمة الاعتماد " .

[3] Calais Auloy Jean – une novlle garantai pour l'acheteur (la garanti de conformite ) R.T.D – cive – 2005 – P.705 , et Fabre Magnan Muril – Essai à une theorie du l'obligation d'information dans les contrats – PHD these – universite de Paris 1 – L.G.D.J – 1992 – P.217 .

مشار إليه لدى : أ مازوزو لطيفة – مرجع سابق – ص 175 .

[4] Collart Dutilleul Francois et Delebecque Phillipe – Contrats civils et commerciaux – 5 édition – Dalloz – Paris – 2001 – P. 219… مشار إليه لدى : المرجع السابق – نفس الصفحة

في مرحلة ما قبل العقد كما درسنا سابقاً وفي حال لم يقم المشتري بذلك فهذا لا يعني إعفاء البائع من كلّ مسؤولية كون نفس المبدأ (مبدأ حسن النية) يفرض على البائع واجب الاستعلام للإعلام أي المبادرة بالاستعلام من المشتري عن الغرض الذي يريد استخدام المبيع فيه ليتسنى له دفع المسؤولية عن نفسه فيما لو عاد عليه المشتري بضمان المطابقة اللّهم إلا أذا كان علم البائع مفترضاً بهذه الحالة إما بسبب ظروف إبرام العقد[1] أو باعتباره شخص حرفي مهني .

**ب – الشروط المتعلقة بالمشتري :**

حتى يضمن المشتري إمكانية إقامة دعوى الضمان(ضمان المطابقة)[2] يتعين عليه بعد قيامه بتسلم المبيع أداء مهمتين أساسيتين الأولى فحص المبيع و الثانية إخطار المشتري بعدم المطابقة :

1 – فحص المبيع : وفقاً لأحد القرارات التحكيمية الصادرة عن مركز القاهرة للتحكيم التجاري الدولي عام 1983 م قررت الهيئة التحكيمية " **بأنّ الالتزامات العقدية لابدّ أن تنفذ بحسن نية**" وعليه فقد رفضت هيئة التحكيم دعوى الضمان على أساس فشل المدعي المصري بتنفيذ التزامه بفحص البضاعة لحظة وصولها مرفأ الشحن الأمر الذي يتعارض مع واجب التنفيذ بحسن نية ويرتب المسؤولية على ذلك[3]، ويلاحظ على هذا القرار تأسيسه لواجب الفحص استناداً لمبدأ حسن النية في التنفيذ معتبراً فشل المدعي بالفحص من قبيل سوء النية، و السؤالين المهمين هنا: متى و كيف تتمّ عملية الفحص هذه ؟

● بالنسبة للسؤال الأول : عندما تحدثت اتفاقية فيينا عن واجب المشتري بفحص المبيع سواء بنفسه أو بواسطة الغير و تحديداً بالمادة 38 / أ لم تحدد مدّة زمنية معينة يجب على المشتري خلالها ممارسة هذا الواجب إذ كلّ ما هنالك أنّها أوجبت على المشتري القيام به في أقرب ميعاد تسمح به الظروف، و لم يبتعد المشرع السوري كثيراً عن موقف الاتفاقية إذ الزم المشتري بالتحقق من حالة المبيع **بمجرد أن يتمكن من ذلك** وفقاً **للمألوف في التعامل**[4]، وقد اتصف موقف الاتفاقية بنوع من المرونة إذ لم يعين ميعاد محدد للبدء بإجراءات الفحص، و

---

[1] **مثال عملي** : من يبيع البقر لمعمل المرتديلا و اللانشون إذ يفترض بهذه الحالة علمه بأنّ الشراء كان بغرض الذبح و تصنيع اللحوم المعلبة فالبائع هنا مسؤول عن ضمان صلاحية المبيع لهذا الاستخدام متى تبث أن لحوم الأبقار كانت غير صالحة للاستهلاك البشري .

[2] بموجب الفقرة 3 من المادة 35 من اتفاقية فيينا المقابلة للمادة 2 فقرة 3 من التوجية الأوربي 99/44 فإنّ المشتري يفقد حقه بضمان المطابقة في حال كان يعلم وقت إبرام العقد أو كان من المفترض به أن يعلم بوجود عيب بالمطابقة .

[3] Lorena Cavajal – op.cit – P. 215 .

[4] راجع المادة 417 من القانون المدني السوري .

لعله رأى أنّه من البديهي أن أمر كهذا يكون وقت تسلم المشتري للبضاعة إذ تدخل عندها بحيازته و يستطيع فحصها أو لعلّ الاتفاقية اكتفت بما جاء في الفقرة 2 من المادة 39 و التي تسقط حق المشتري بالتمسك بعدم المطابقة إذا لم يخطر البائع بها خلال سنتين من تاريخ تسلمه للبضاعة فعلاً[1]، كما لم تحدد الاتفاقية الوقت الذي تستغرقه عملية الفحص لأنّ أمر كهذا متوقف على ماهية الشيء المفحوص و هو يختلف من حالة لأخرى؛ هذا من حيث المبدأ إلا أنّه وبالفقرتين الثانية و الثالثة من نفس المادة وضعت الاتفاقية استثناءان على هذا المبدأ العام : الأول فيما إذا تضمن عقد البيع الدولي نقل البضائع محل العقد إذ يكون للمشتري بهذه الحالة الخيار بين فحص البضائع عند مناولتها للناقل أو فحصها عند بلوغها مكان الوصول[2] وبجميع الأحوال يلتزم بإجراء الفحص بأقرب وقت ممكن تسمح به الظروف، و الاستثناء **الثاني** فيما إذا حدث أثناء وجود البضاعة في الطريق أن غيّر المشتري وجهتها أو أعاد تصديرها إلى شخص آخر إذ يجوز بهذه الحالة إرجاع الفحص إلى حين بلوغ البضاعة مكان الوصول الجديد .

● أما بالنسبة للسؤال الثاني المتعلق بكيفية فحص البضاعة و درجة العناية المطلوبة من المشتري في ذلك؟ فإنّه و من حيث المبدأ هناك شبه إجماع فقهي على أنّ درجة العناية المطلوبة هي عناية الرجل المعتاد[3] باستثناء أنواع محددة من البيوع (كالبيوع التقنية والالكترونية مثلاً ) و التي تحتاج لعناية الرجل الحريص المحترف في الفحص[4] ويضاف لهذا الاستثناء **برأينا** استثناء آخر يتعلق بما إذا كان المشتري بطبيعة الحال رجل مهني محترف إذ يطلب منه بالتالي فحص المبيع بما يتناسب مع درجة احترافيته تحت طائلة عدم قدرته على التذرع بضمان المطابقة .

2 – الإخطار بعدم المطابقة : وفقاً للمادة 39 من اتفاقية فيينا فإنّه يتعين على المشتري أن يبادر إلى إعلام البائع بوجود عيب في المطابقة[5] يتضمن تحديد جوهره وماهيته تحت طائلة

---

[1] د.محسن شفيق - مرجع سابق – ص 152 .

[2] المرجع السابق – ص 153 .

[3] جعفر الفضلي – الوجيز في العقود المدنية – دراسة في ضوء التطور القانوني – دار الثقافة للنشر و التوزيع – عمان – 1997 م – ص 124 – مشار إليه لدى : أ.د.إيمان طارق شكري و حيدر هادي عبد – مرجع سابق – ص 190 .

[4] محمد حسن قاسم – العقود المسماة (دراسة مقارنة ) – منشورات الحلبي الحقوقية – بيروت – 2008 – ص 380 - مشار إليه لدى : المرجع السابق – ص 194 .

[5] لم تحدد المادة 39 من اتفاقية فيينا شكل معين للإخطار، ومن الجدير بالذكر أنّه ووفقا لنص المادة 27 من الاتفاقية و التي تعتبر من الأحكام العامة المطبقة على الجزء الثالث من الاتفاقية **(المتعلق ببيع البضائع)** ما لم يرد نص خاص يقضي بخلافها " فإنّ أي تأخير أو خطأ أو حتى عدم وصول لأي إخطار أو تبليغ أو طلب يبعث فيه أحد الطرفين وفقاً لأحكام الجزء الثالث من الاتفاقية و بالوسيلة و الظروف المناسبة لا يحرم هذا الطرف من حقه بالتمسك به " بمعنى آخر لا يفقد وفقاً لهذه المادة المشتري حق التمسك بالآثار القانونية المترتبة على قيامه بموجب الإخطار حتى و لو لم يصل إلى علم البائع أو تأخر وصوله أو وصل بشكل خاطئ طالما أنّه بذل العناية المطلوبة في إيصاله وفقاً لأحكام الجزء الثالث من الاتفاقية و وفقاً لظروف كلّ حالة على حدّه " كلّ ذلك ما لم تنص أحكام الجزء الثالث من الاتفاقية على خلاف هذا الحكم أو يتفق الأطراف على خلافه .

عدم الاعتداد بالإخطار[1] و ذلك خلال فترة معقولة تبدأ من إحدى نقطتين زمنيتين : **أولهما** اللحظة التي يكتشف فيها المشتري العيب، **وثانيهما** اللحظة التي كان من واجبه أن يكتشف فيها العيب و لم يكتشفه، و يعود تقدير المعقولية من عدمها لسلطة الجهة الناظرة بالنزاع وفقاً لظروف كلّ حالة على حدى، هذا ولم تترك اتفاقية فيينا البائع قلق من عودة المشتري عليه بعدم المطابقة إلى ما لا نهاية إذ حددت الفقرة الثانية من المادة 39 مدّة سنتان لتوجيه الإخطار بعدم المطابقة من تاريخ تسليم البضاعة إلى المشتري[2] وإلا انقضى معها كلّ حق للمشتري بالرجوع بالضمان على البائع مع وجود استثناءين؛ الأول : فيما إذا تضمن عقد البيع الدولي شرط الضمان إذ يكون تطبيق هذا الشرط مرجحاً على نص المادة 39 سواء أكان أقصر أم أطول من السنتين و السبب بذلك **برأينا أنّ** النص جاء عام مطلق ليشمل كلّ حالة تكون فيها مدّة الضمان الاتفاقي غير متفقة مع مدّة السنتين سواء بالزيادة أو النقصان فالمطلق يجري على إطلاقه، **والثاني** : فيما إذا كان البائع سيء النية إذ أنّ مهلة السنتين وضعت لحماية البائع حسن النية وهو **برأينا** من يجهل وجود العيب ولم ينسب إليه خطأ لناحية كشف وجوده[3]، أما فيما لو كان البائع سيء النية كأن يتعمد إخفاء العيب مع علمه به أو أن ينسب إليه إهمال و تقصير في معرفته؛ عندها ووفقاً للمادة 40 من ذات الاتفاقية ليس من حقه التمسك بإهمال المشتري في إجراء الفحص أو عمل الإخطار كما ليس من حقه التمسك بمدة السنتين التي يمتنع بعدها على المشتري الرجوع عليه بسبب عدم المطابقة، وعلى المشتري بدوره إثبات سوء نية البائع فالأصل هو حسن النية ما لم يثبت خلاف ذلك[4]، وقد وافق موقف المشرع السوري موقف اتفاقية فيينا إذ اشترط على المشتري أن يخطر البائع بحال اكتشافه للعيب خلال مدّة معقولة باستثناء ما إذا كان العيب من النوع الذي لا يمكن كشفه بالفحص المعتاد إذ يتعين عليه إخطار البائع به بمجرد ظهوره تحت طائلة اعتباره قابلاً للمبيع بما فيه من عيوب[5] إلا أنّ المشرع السوري خالف الاتفاقية فيما يتعلق بالمدّة التي يفقد المشتري حقه فيها بالرجوع على البائع وهي سنة من تاريخ تسليم المبيع حتى و لو لم يكتشف المشتري العيب إلا بعد ذلك هذا ما لم يتفق المتعاقدان على خلاف ذلك،و اشترط المشرع السوري كما اتفاقية فيينا حسن نية البائع ليتمكن من التمسك بهذا التقادم إلا أنّه اعتبر سوء

---

[1] بن زروق فتيحة – مرجع سابق – ص 70 .

[2] و يقصد بالتسليم هنا كلّ تسليم تكون فيه البضاعة بحيازة المشتري بحيث يتمكن من فحصها بالذات أو بالوساطة و إلا و بمفهوم المخالفة فلا مجال للحديث عن بدء سريان مدّة السنتين.

[3] إذ **برأينا** ليس فقط الغش وحدّه يشكل عنصر سوء النية إذ أنّ التقصير و الإهمال بدورهما يكفيان للقول بوجود الخطأ كأحد عناصر سوء النية غير العمدي مع ما يترتب على ذلك من اختلاف في المؤيدات القانونية سبق لنا التعرض لها بالشرح .

[4] أما عن وقت ثبوت سوء نية البائع فلم تأتي الاتفاقية على تحديده فهل هو وقت إبرام العقد أم وقت تسليم البضاعة وهذا مأخذ عليها.

[5] المادة 417 من القانون المدني السوري فقرة 1 و 2 .

النية متجلياً بحالة **الغش** بشكل صريح أي تعمد إخفاء العيب دون حالة الإهمال أو التقصير في كشفه [1].

**ثالثاً : الأساس القانوني للالتزام بالمطابقة :**

هناك شبه إجماع فقهي[2] على اعتبار الالتزام بالمطابقة هو التزام بتحقيق نتيجة وليس مجرّد التزام ببذل عناية، ولكن على أي أساس قانوني يمكننا بناء هذا الالتزام ؟

لا شك أنّه في حال نظم القانون الواجب التطبيق على العقد التجاري الدولي الالتزام بالمطابقة فلا إشكالية تذكر وكذلك الأمر في حال وجود اتفاق صريح أو ضمني بين المتعاقدين على مثل هذا الالتزام، إلا أنّ الإشكالية تثور **في حال كان القانون الواجب التطبيق على العقد التجاري الدولي لم يأتي على تنظيم مسألة ضمان المطابقة بنص خاص وكان من غير الممكن تأسيس هذا الالتزام استناداً للنصوص القانونية العامة لعدم توافر شروط تطبيقها؛ وغاب مبدأ سلطان الإرادة فما هو الأساس القانوني للالتزام بالضمان بمثل هذه الحالة ؟؟**

**في الواقع تشكل الإجابة على هذا السؤال نقطة الربط الأساسية بين محتوى هذا الفرع الذي يتحدث عن الالتزام بالمطابقة وبين محور الفصل الثاني من هذه الدراسة ككلّ الذي يعالج مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود التجارية الدولية وتطبيقاته المختلفة**، إذ أنّنا نؤيد بهذه الحالة ما نحاه جانب من الفقه[3] و القضاء[4] المقارن لجهة اعتبار مبدأ حسن النية في التنفيذ كمبدأ معترف به على الصعيد الدولي وعلى الصعيد الداخلي أساس قانوني صالح لتأسيس نظرية ضمان المطابقة في العقود عامة وفي البيوع خاصة في مثل هذه الحالة.

ويمكن **برأينا** استنتاج الدور المهم الذي يعبأ به مبدأ حسن النية كأرضية قانونية قادرة على التصدي لما يواجه المحكم من إشكاليات كهذه في عقد البيع التجاري الدولي من خلال قراءة تحليلية للحكم التحكيمي رقم 5954 الصادر عن غرفة التجارة الدولية بباريس عام 1990 م والذي نص على : " إنّ مبدأ حسن النية تنبع أهميته من دوره في تفسير و تنفيذ القواعد

---

[1] المادة 420/ 2 من القانون المدني السوري : " على أنّه لا يجوز للبائع التمسك بالسنة لتمام التقادم إذا ثبت أنّه تعمد إخفاء العيب في المبيع غشا منه " .

[2] أحمد شوقي محمد عبد الرحمن – مسؤولية البائع عن ضمان العيوب الخفية في بيوع السيارات في الفقه و القضاء المصري و الفرنسي – دار المعارف – الاسكندرية – 2007 م – ص 49 – مشار إليه لدى : أ.د.إيمان طارق شكري و حيدر هادي عبد – مرجع سابق – ص 188 .

[3] Francois Xaviar Saluden – La bonne foi approch objective du concept de bonne foi et de sa normitivite – une étudé legal – with no date – with no page number - sur : www.docpay.fr visité en 20\12\2016 .

[4] Louis Marquis – La bonne foi en droit commercial international uniforme a la lumiere de paradigme culturel de develeoppement – R.D.U.S – universite de Sherbrooke – Canada – 1996 – P.264 at : www.unsherbrooke.ca visité en 20\12\2016.

الموضوعية الدولية المنظمة لعقد البيع الدولي ووفقاً لعادات و أعراف التجارة الدولية التي تعد من مكونات ال "lex mercatoria"[1]

ولاشك بأنّ إسناد الالتزام بالمطابقة في مثل هذه الحالة إلى مبدأ حسن النية في التنفيذ يعطيه قوة قانونية بصرف النظر عما اتجهت إليه إرادة الأفراد الأمر الذي أيدته محكمة استئناف باريس في حكم لها عام 1981م أنّ: " عادات و مبادئ التجارة وعلى رأسها مبدا حسن النية التي استقرت في مجال البيع و الشراء هي قواعد قانونية تطبق حتى و لو لم يتفق الأطراف على ذلك صراحةً و لا يمكن القول بجهلها و إن كان من الممكن الاستناد إلى إرادة الأطراف في تطبيقها فأساس ذلك أنّ هؤلاء الاطراف من المهنيين المفترض علمهم بعادات فرع التجارة التي يمارسونها ".

**رابعاً : الأثر القانوني المترتب على عدم المطابقة :**

يقع عبء إثبات عدم المطابقة في النظامين اللاتيني[2] و الانجلوسكسوني[3] على عاتق الطرف الذي يدعيه إذ متى ثبت ذلك ترتبت الآثار القانونية الموضوعية و الشخصية على عدم المطابقة والتي سنعالجها تباعاً مركزين بالدرجة الأولى على أحكام **اتفاقية فيينا** الرائدة في هذا المجال من خلال وضعها أحكام قانونية خاصة للآثار القانونية المترتبة على حالة عدم المطابقة [4].

**أ – فسخ العقد :**

لا مجال للحديث عن فسخ عقد البيع التجاري الدولي وفقاً لاتفاقية فيينا بسبب عدم المطابقة إلا بالحالة التي تشكل فيها عدم المطابقة **مخالفة جوهرية للعقد**[5]، و قد سبق و تعرضنا بالشرح لمفهوم المخالفة الجوهرية عندما تحدثنا عن الآثار القانونية المترتبة على الإخلال بمبدأ حسن النية في مرحلة التنفيذ إذ تكفي وحدّها لنشوء حق الطرف المضرور بالفسخ وإعادة الحال لما كانت عليه قبل التعاقد دون أي شرط أخر[6] و سواء أكان الفسخ مترافقاً مع التعويض أم لا، و يحدّ من إمكانية الفسخ وفقاً لاتفاقية فيينا حق البائع بمعالجة حالة عدم

---

[1] وائل حمدي أحمد علي – مرجع سابق – ص 323 .

[2] Cautier Matray , Matray Matray et Hallet – Non-conformité de marchandise et charge de la preuve – société civil d'avocats – Edipro – No.159 – 2013 – Liège - Belgaum – sur : www.awex.be visité en 1\1\2017.

[3] Sanne Jansen – op cit – P.371 .

[4] **منعاً للإطالة فإنّنا نحيل إلى القواعد القانونية العامة في القانون السوري على فرض أنّه القانون الواجب التطبيق على العقد التجاري الدولي والتي تتعلق بالآثار القانونية المترتبة على الإخلال بتنفيذ الالتزام في العقود عامة وفي عقد البيع خاصة نظراً لعدم وجود أحكام قانونية خاصة بهذا المجال في المنظومة القانونية السورية.**

[5] راجع المادة 49 فقرة 1 / أ من اتفاقية فيينا .

[6] د. جودت الهندي – التزام البائع بتسليم المبيع وفق أحكام اتفاقية الأمم المتحدة للبيع الدولي – مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية و القانونية – مجلد 28 – عدد 1 لعام 2012 م – ص 93 .

المطابقة "sellers's possibility to cure" إذ بهذه الحالة لا يوجد مخالفة جوهرية تبرر فسخ العقد شريطة ألا يسبب أمر كهذا إزعاج أو مضايقة للمشتري[1]، وقد اتجه الفقه[2] لإقرار مجموعة من المعايير لتحديد ما إذا كانت حالة عدم المطابقة تشكل مخالفة جوهرية للعقد وتبرر فسخه أم لا أبرزها:

1 – حجم الخسارة المالية الناتجة عن عدم المطابقة.

2 – مقدار تأثير عدم المطابقة على ماهية البضاعة بحد ذاتها.

3 – مقدار تأثير عدم المطابقة على الغرض التي خصصت البضاعة لأجله.

**ب– التنفيذ العيني :**

أكدّت اتفاقية فيينا على حق المشتري بأن يطلب من البائع تنفيذ التزامه تنفيذاً عينياً اللّهم إلا إذا كان المشتري قد استعمل حقاً يتعارض مع هذا الطلب، وقد اعتبر الفقه أنّ التنفيذ العيني كأثر للإخلال بواجب المطابقة يتخذ أحد شكلين هما إما إصلاح المبيع[3] أو استبداله[4] فكيف تتجلّى عمليتي الإصلاح والاستبدال؟؟

1– الإصلاح : أكدّت اتفاقية فيينا على حق المشتري بطلب إصلاح العيب في المطابقة بالفقرة الثالثة من المادة 46 شريطة ألا يشكل هذا الإصلاح عبء غير معقول على البائع، وفيما يخص الميعاد المحدد لطلب الإصلاح فإنّه وفقاً لهذه الاتفاقية إما أن يكون في وقت الإخطار بوجود العيب في المطابقة أو في ميعاد معقول من وقت توجيه هكذا إخطار، وبطبيعة الحال فإنّه عند الحديث عن إصلاح محل العقد لابدّ لنا من التفريق بين حالتين :

- الإصلاح قبل الميعاد المحدد للتسليم : إذا كان الأصل أن يلتزم البائع بتسليم البضاعة في الميعاد المعين بالعقد فإنّه من الجائز أن يقوم بتسليمها قبل هذا التاريخ بدلالة المادة 37 من اتفاقية فيينا و بهذه الحالة يكون للمشتري الخيار بين قبول أو رفض هذا التسليم المسمى

---

[1] Ingeborg Schwenzer – op cit – P.439 .

[2] Robert Koch – fundamental breach : commentary on whether the unidroit principle of international commercial contracts may be used to interpret or supplement article 25 CISG in an international approach to the interpretation of the united nation convention on contracts for the sale of goods 1980 as uniform sales law , ed .J. Felemgas – New York – Cambridge university press – 2007 – P.125 – referred to : Markus Muller Chen & Lara Pair – Avoidance of the contract in case of non conformity of goods, art 49 (1)(a) of CISG – Liber a micorum Eric – university of st Callen – Switzerland – 2011 – P.664 available at : www.alexandaria.unisg.ch visited on 5\3\2017 .

[3] محمد حسن قاسم – العقود المسماة (دراسة مقارنة ) – منشورات الحلبي الحقوقية – بيروت – 2008 – ص 403 – مشار إليه لدى : أ.د.إيمان طارق شكري و حيدر هادي عبد – مرجع سابق – ص 194 .

[4] جابر محجوب علي – خدمة ما بعد البيع في بيوع المنقولات الجديدة (دراسة مقارنة) – دار طيبة للطباعة – الجيزة – 1995 – ص 35 – مشار إليه لدى : المرجع السابق – نفس الصفحة .

"**بالتسليم المبتسر**[1]"، فإذا قبل التسليم المبتسر ثم اكتشف عدم المطابقة لا يحق له التراجع عن قبوله وإعادة البضاعة إلى البائع الذي يجد نفسه بهذه الحالة أمام حلين : إما أن يورّد للمشتري بضائع بديلة عن البضائع غير المطابقة أو أن يُصلح العيب في مطابقة البضائع (وهو ما يعنينا هنا) بشرط ألا يؤدي أمر كهذا للإضرار بالمشتري.

● الإصلاح بعد الميعاد المحدد للتسليم : أجازت المادة 48 من اتفاقية فيينا للبائع أن يُصلح على حسابه كلّ خلل في تنفيذ التزامه و لو بعد تاريخ التسليم، و بنظرة تحليلية لمنطوق هذه المادة و تحديداً لمصطلح [ كلّ **خلل في تنفيذ التزامه**] نجد أنّها لم تحدد التزام معين بذاته وعليه فإنّ المطلق يجري على إطلاقه و يمكننا الاستفادة من هذا الحكم فيما يتعلق بأي التزام ملقى على عاتق البائع و منها الالتزام بالمطابقة، ومن الجدير بالذكر أنّ إمكانية إصلاح الخلل بهذه الحالة جائزة سواء أكانت المخالفة جوهرية أم غير جوهرية شريطة ألا يكون المشتري قد سبق و طلب فسخ العقد وهو ما بدا واضحاً من منطوق المادة 48 نفسها من اتفاقية فيينا التي ابتُدئت بعبارة (مع عدم الإخلال بأحكام المادة 49)، و يشترط عموماً لإمكانية استخدام البائع حقه بالإصلاح[2] أن يتحمل هو نفقات الإصلاح و أن يبادر لإعلام المشتري برغبته بالإصلاح وألا يسبب إصلاحه مضايقة للمشتري، وأخيراً أن يرّد كلّ المصاريف التي تكبدها المشتري لمواجهة الخلل بالتنفيذ.

و **برأينا فإنّ** الإصلاح قد يكون مجدياً عن الحديث عن عدم المطابقة الوظيفية وهي أحد صور عدم المطابقة إلا أنّه قد لا يجدي نفعاً بالنسبة لصور عدم المطابقة الأخرى لذا ظهر ما يسمى بالاستبدال كأحد صور التنفيذ العيني في حال عدم المطابقة .

2- الاستبدال : كرّست المادة 46 من اتفاقية فيينا بفقرتها الثانية حق المشتري بطلب استبدال البضائع في حال عدم المطابقة، إلا أنّها اشترطت أن يشكل العيب في المطابقة بهذه الحالة مخالفة جوهرية للعقد و أن يقوم المشتري بطلب الاستبدال بالوقت الذي يخطره فيه البائع بعدم المطابقة أو خلال مدّة معقولة من تاريخ هذا الإخطار.

**ج - تخفيض الثمن :**

نصت المادة 50 من اتفاقية فيينا على: " في حالة عدم مطابقة البضائع للعقد و سواء أتم دفع الثمن أم لا ، جاز للمشتري أن يخفض الثمن بمقدار الفرق بين قيمة البضائع التي تمّ تسليمها فعلاً و قيمة البضائع المطابقة وقت التسليم، غير أنّه إذا قام البائع بإصلاح الخلل

[1] د.جودت الهندي – الالتزام بالمطابقة و بضمان ادعاء الغير حسب نصوص اتفاقية فيينا لعام 1980 بشأن البيع الدولي للبضائع – مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية و القانونية – مجلد 28 عدد 1 لعام 2012 م – ص 118 .

[2] د.طالب حسن موسى – مرجع سابق – ص 191 .

في تنفيذ التزاماته وفقاً لأحكام المادة 37 (المتعلقة بالتسليم قبل الميعاد و حق البائع بتوريد بضائع بديلة أو إصلاح العيب بالمطابقة) أو المادة 48 من هذه الاتفاقية (المتعلقة بقيام البائع بإصلاح
الخلل بالتنفيذ بعد التسليم)، أو إذا رفض المشتري قيام البائع بالتنفيذ وفقاً للمادتين المذكورتين فلا يجوز للمشتري تخفيض الثمن ".

ويمكن **برأينا** من خلال قراءة هذا النص قراءة تحليلية أن نستنتج شروط إعمال حق المشتري بتخفيض الثمن على النحو التالي :

1 – الإخلال بالالتزام بالمطابقة دوناً عن الإخلال بأي التزامات أخرى[1] و يحق للمشتري التمسك بهذا الجزاء سواء أكان عدم المطابقة يشكل مخالفة جوهرية أم غير جوهرية[2] .

2– يجب أن يقوم المشتري بإخطار البائع بتمسكه بتطبيق هذا الجزاء .

3 – للمشتري تخفيض الثمن سواء أكان هذا الثمن قد تمّ دفعه كلياً أو جزئياً أو لم يتمّ دفعه بعد .

4 – لا يحق للمشتري طلب تخفيض الثمن إذا قام البائع بعرض إصلاح العيب بالمطابقة وفقاً للمواد 37 و 48 من اتفاقية فيينا وسواء أوافق المشتري على عرض البائع بالإصلاح أم رفضه وهذا ما يسمى بحق البائع بإصلاح موقفه.

ومن الجدير بالذكر أنّ اتفاقية فيينا لم تترك للمشتري كامل الحرية بتحديد مقدار التخفيض وإنما قامت بتوضيح أمر كهذا ليلتزم به المشتري من جانب والجهة الناظرة بالنزاع من جانب أخر، إذ حددت مقدار تخفيض السعر بالفرق بين قيمة البضاعة التي سلمت فعلاً و قيمتها فيما لو كانت مطابقة وقت التسليم، و لكن الإشكالية تثور ونحن بصدد الحديث عن معاملات التجارة الدولية الخاضعة للتغيرات السوقية لناحية ارتفاع أو انخفاض الأسعار بين وقت إبرام العقد ووقت التسليم إذ قد يجد المشتري في حال انخفاض سعر المعقود عليه بأنّ فسخ العقد و التملص من دفع الثمن نهائياً أجدى نفعاً من تخفيضه مما يدعوه و نظراً لاستقلال المؤيدات القانونية[3] للتخلي عن خيار تخفيض الثمن واللجوء لفسخ العقد وهذه **برأينا** ثغرة قانونية مشروعة شريطة ألا تصل لدرجة التعسف باستخدام الحق .

---

[1] Sanne Jansen – op cit – P.332 .

[2] Ibid – p. 341 .

[3] Cusztav Bacher – Remedies of the buyer under CISG – UIA – Szecskay Attroneys & law – Belgrade – 2008 – P. 10 at : www.szecskay.hu the last visited on 3\4\2017

**د – التنفيذ بطريق التعويض :**

للمشتري أن يطالب البائع بالتعويض عن الضرر الذي أصابه جراء إخلال هذا الأخير بالتزامه بالمطابقة إذ يكون للتعويض وظيفة جبر الضرر ووضع المشتري بنفس المركز الذي يفترض أن يكون فيه لولا حدوث هذا الإخلال، والأصل كما ذكرنا سابقاً في دول القانون العمومي أن يتمّ تنفيذ الالتزام عن طريق التعويض بخلاف الحال بالنسبة لدول القانون المدني ومنها القطر العربي السوري إذ لا يتمّ اللجوء إلى التنفيذ بطريق التعويض إلا عند استحالة التنفيذ العيني، وما يهمنا بهذا الصدد هو **مقدار التعويض** الذي يختلف فيما إذا كان الإخلال بالمطابقة قد تمّ عن غش أم تمّ عن إهمال و قلة احتراز إذ وفقاً للقواعد العامة في القانون السوري وكما سبق وشرحنا فإنّه لا يسئل بالحالة الأخيرة إلا عن الضرر المباشر المتوقع في حين أنّه يسأل بالحالة الأولى عن الضرر المباشر المتوقع وغير المتوقع، ولم تعالج اتفاقية فيينا هذه الجزئية المهمة محيلةً أمر كهذا إلى القانون الواجب التطبيق على العقد، وبالمقابل فإنّ اتفاقية فيينا وهي بصدد تحديد مقدار التعويض وسّعت نطاقة ليشمل الخسارة التي وقعت والكسب الذي فات بما يفيد جبر الضرر الذي توقعه الطرف المخل و الضرر الذي كان ينبغي عليه توقعه وقت انعقاد العقد، وقد أجازت هذه الاتفاقية للمضرور في حال مارس حقه بفسخ العقد الحصول على التعويض بطريقة الصفقات البديلة[1] التي يحصل من خلالها على النتيجة التي يبغيها من وراء العقد المفسوخ و على تعويض يغطي ما قد يبقى من أضرار بعد إبرام الصفقة البديلة.

ومن الجدير بالذكر أنه ووفقاً لاتفاقية فيننا يكون للمضرور الحق بطلب أي من المؤيدات القانونية السابقة شريطة ألا يكون قد سبق واستعمل حقاً يتعارض مع طلبه، ونحن إذ نحث المشرع السوري في هذا الصدد على الاستفادة من الأحكام التي جاءت بها اتفاقية فيينا في سبيل وضع قواعد قانونية خاصة تنظم الالتزام بالمطابقة وتحديد الآثار القانونية الشخصية والموضوعية المترتبة على الإخلال بهذا الالتزام نظراً لأهميته في العقود التجارية الدولية عامة وعقد البيع التجاري الدولي خاصة بدلاً من العطف على القواعد القانونية العامة التي قد لا تسعف الجهة الناظرة في النزاع بكثير من الأحيان ...

[1] د.محسن شفيق - مرجع سابق – ص 241 .

## خاتمة :

تميزت هذه الدراسة في معالجتها للظاهرة القانونية بالجمع بين منهج الملاحظة والتتبع (المنهج النظري) ومنهج التجربة والتطبيق (المنهج العملي) إذ تجلّى الأول من خلال دراسة مبدأ حسن النية في العقود التجارية الدولية من الناحية النظرية في حين تجلّى الثاني من خلال دراسة تطبيقات هذا المبدأ العملية ضمن قالب قانوني فريد من نوعه إذ تمّت دراسة حسن النية كمبدأ قانوني قبل أن يكون مبدأ أخلاقياً ومن وجهة نظر عابرة للحدود تجلّت بالاعتماد على قانون التجارة الدولية LexMercatoria كأرضية قانونية أسست عليها هذه الدراسة باعتباره مفهوماً حديثاً قادراً على تجاوز النظرة التقليدية لعقود التجارة الدولية وما ترتبه من إشكالية تنازع القوانين، ونحن بطبيعة الحال عندما نتحدث عن قانون التجارة الدولية لا يسعنا إلا أن نُشيد بدور قرارات التحكيم التجاري الدولي في تعزيز مفهوم قانون التجارة الدولية وإبرازه إلى حيز الوجود القانوني هذه القرارات نفسها هي التي أعطت لمبدأ حسن النية قيمته القانونية على الصعيد الدولي تماماً كما هو حال السوابق القضائية على الصعيد الداخلي في مختلف المراحل التي يمر بها العقد التجاري الدولي ولاسيما مرحلتي ما قبل التعاقد(المفاوضات) وما بعد التعاقد(التنفيذ) الشيء الذي دفعنا لوضع نظرية شبه متكاملة لمبدأ حسن النية في هاتين المرحلتين المهمتين الذي يمر بهما أي عقد يتمتع بالصفتين التجارية و الدولية، إذ حاولنا جاهدين في هذه الدراسة تسليط الضوء على التنظيم القانوني لمبدأ حسن النية في هاتين المرحلتين وذلك بمعالجة هذا المبدأ من حيث ماهيته والآثار القانونية المترتبة على الإخلال به ومن ثم الخوض في أبرز تطبيقاته العملية من خلال معالجة مقتضيات أو مظاهر حسن النية ومقتضيات أو مظاهر سوء النية في كلّ مرحلة على حدّة واستطعنا من خلال ذلك التوصل إلى جملة من النتائج والتوصيات القانونية الموضوعية التي تساهم في إثراء هذه المادة العلمية.

**النتائج :**

- ✓ إنّ مبدأ حسن النية في العقود التجارية الدولية هو أحد المبادئ القانونية العامة لقانون التجارة الدولية LexMercatoria والذي انتقل بدوره من الإطار الأخلاقي ليدخل الإطار القانوني بفضل قرارات التحكيم التجاري الدولي التي تعتبر مرآة لواقع التجارة الدولية .
- ✓ لقواعد ال LexMercatoria مفهومان قانونيان أساسيان : الأول باعتبارها قواعد قانونية تطبق من قبل المحكم تلقائياً على العقد التجاري الدولي ما لم يتفق أطرافه على استبعادها والثاني باعتبارها قانون العقد الذي اختاره الأطراف صراحةً أو ضمناً و بالحالتين فهي إما أن تكون بديلة عن القانون الوطني أو على الأقل مكملاً له .
- ✓ من الصعب وضع تعريف ثابت محدد لمفهومي حسن أو سوء النية إذ لا يمكننا فهم هذه المصطلحات من الناحية القانونية إلا من خلال التطبيقات العملية التي تناولتها الدراسة.
- ✓ يشمل الالتزام بمبدأ حسن النية كافة المراحل التي يمر بها العقد التجاري الدولي إذ يكون لهذا المبدأ تطبيقاته وتجلياته الخاصة التي تتناسب مع كلّ مرحلة على حدّه بدءاً بمرحلة المفاوضات مروراً بمرحلة الإبرام ووصولاً إلى مرحلة التنفيذ وحتى الإنهاء .
- ✓ بالرغم من اختلاف مبدأ حسن النية في مرحلة المفاوضات عن نظيره في مرحلة التنفيذ من حيث الهدف والمعالجة القانونية إلا أنهما يتفقان في نقطتين الأولى تتجلّى بتعدد المعايير المستخدمة في تحديد حسن أو سوء النية والثانية تتجلّى في تعدد الآراء حول تحديد الطبيعته القانونية لهذا المبدأ.
- ✓ يعتبر الالتزام بالسرية و الالتزام بالإعلام ما قبل التعاقدي أبرز تطبيقات حسن النية في مرحلة المفاوضات في حين تدخل حالة القطع غير المشروع للعملية التفاوضية أو توقيع اتفاق باطل ضمن المظاهر المادية لسوء النية في هذ المرحلة ويدخل التفاوض بنية عدم التعاقد أو التفاوض مع عدّة أطراف بنيّة مبيّتة لاختيار طرف واحد ضمن مظاهرها المعنوية، أما فيما يتعلق بمرحلة التنفيذ فيعتبر تيسير التنفيذ وإعادة التفاوض أبرز تجليات حسن النية في حين تعتبر مفاقمة الضرر وعدم المطابقة أبرز مظاهر سوء النية في هذه المرحلة .

- ✓ أقرّت الأنظمة القانونية الكبرى محل المقارنة من حيث المبدأ الالتزام بمبدأ حسن النية في مرحلة التنفيذ كما أقرّته في مرحلة المفاوضات ولكن الاختلاف بين دول نظام القانون العمومي common law ودول نظام القانون المدني civil law وحتى أحياناً بين دول النظام القانوني الواحد يكمن في ثلاث نقاط أساسية :

**النقطة الأولى** : تجلّت بأسبقية الإقرار بالالتزام .

**النقطة الثانية** : تجلّت بآلية الإقرار بالالتزام .

**النقطة الثالثة** : تجلّت باختلاف الأساس القانوني الذي بني عليه هذا الالتزام.

- ✓ يؤخذ على النظام القانوني السوري في نطاق هذه الدراسة الكثير من المآخذ القانونية فالمشرع السوري أتى على ذكر الالتزام بحسن النية في موقع واحد خجول تجلّى بالمادة 149 من القانون المدني السوري حيث أطرّه ضمن مرحلة التنفيذ فقط ولم يحدد نطاقه لا الموضوعي ولا الاقتصادي ولا المرحلي، كما يؤخذ عليه ابتعاده عن معالجة أي من تطبيقات هذا المبدأ لا بالنص التشريعي ولا بالاجتهاد القضائي حتى أنّ الشراح السوريين وبعكس نظرائهم الأجانب لم يتناولوا هذا المبدأ بالشرح والتفصيل على الرغم من أهميته إذ لم نجد مرجعاً واحداً تناول هذا المبدأ وفقاً للمنظومة القانونية السورية لا من وجه نظر القانون الوطني و لا من وجهة نظر القانون التجاري الدولي وعليه لم يكن أمامنا سوى العطف على القواعد العامة في كلّ مرّة نريد فيها تبيان موقف المشرع السوري بالوقت الذي نحتاج فيه إلى قواعد قانونية خاصة تنظم كلّ حالة من الحالات السابق دراستها على حدّه.

**التوصيات :**

1) الابتعاد عن وضع قوالب قانونية جامدة لمفهومي حسن أو سوء النية في عقود التجارة الدولية والتركيز بدلاً من ذلك على التطبيقات العملية لهذه المفاهيم في أروقة القضاء والتحكيم في سبيل فهم جوهرها القانوني.
2) حثّ المشرع السوري على تبني مبدأ حسن النية ومقتضياته في مختلف المراحل التي يمر بها العقد و تحديد الآثار القانونية المترتبة على الإخلال به في كلّ مرحلة على حدّه .
3) حثّ المشرع السوري على وضع تنظيم قانوني لمرحلة المفاوضات ما قبل العقدية وما يتفرع عنها من التزامات إضافة إلى تأطير عملية إعادة المفاوضات وما يترتب عليها من آثار قانونية بشكل يحسم حالة التخبط والجدل .
4) حثّ المشرع السوري على تبني نظرية الإخلال المبتسر بالعقد وما تولده من آثار قانونية لناحية وقف التنفيذ والفسخ المبتسر نظراً لأهميتها في ميدان المعاملات التجارية .
5) توحيد موقف المشرع السوري لناحية المصطلحات المستخدمة في كلّ من المادة الأولى فقرة 2 من القانون المدني والمادة 3 من القانون التجاري من خلال تعديل المادة 3 من قانون التجارة السوري رقم 33 لعام 2007 بحيث تصبح على النحو التالي :

"إذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه، فللقاضي أن يسترشد بما استقر عليه الاجتهاد القضائي وبمبادئ القانون الطبيعي و قواعد العدالة المتعلقان بالمعاملات التجارية" .

(وبذلك نكون وحدنا المصطلحات بين نص هذه المادة ونص المادة الأولى من القانون المدني السوري و بنفس الوقت وضعنا لها إطاراً موضوعياً يتناسب مع خصوصية قانون التجارة عندما أضفنا عبارة "المتعلقان بالمعاملات التجارية" إذ أنّ مبادئ القانون الطبيعية وقواعد العدالة منها ما متعلق بالمعاملات المدنية ومنها ما هو متعلق بالمعاملات التجارية ).

6) الاعتراف بقواعد قانون التجارة الدولية LexMercatoria كقانون واجب التطبيق أو كمكمل للقانون الواجب التطبيق على العقد التجاري الدولي ليس فقط أمام

المحكم وإنما أيضاً أمام القاضي الوطني وذلك من خلال إضافة فقرة جديدة للمادة 3 آنفة الذكر من قانون التجارة السوري بحيث تصبح على الشكل التالي :
" 2 – وفي حال كان النزاع متعلقاً بأحد العقود التجارية الدولية ولم توجد قاعدة قانونية يمكن تطبيقها فللقاضي أن يطبق قواعد قانون التجارة الدولية ما لم يتفق المتعاقدان على استبعادها "
(وبذلك نكون قد أعطينا لقواعد قانون التجارة الدولية قيمتها القانونية وحسمنا الجدل الناشئ بهذا الخصوص وهذا يستتبع بالضرورة تعديل المادة 20 من القانون المدني السوري المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على موضوع العقد الدولي وذلك بإضافة ما يشعر بإمكانية قيام القاضي بتطبيق القواعد القانونية بوصفها قانون إرادة وليس فقط القوانين الوطنية.)

**7)** تعديل الفقرة الأولى من المادة 149 من القانون المدني السوري أسوةً بالمشرع الفرنسي بحيث تصبح على النحو التالي :

" يعتبر حسن النية مبدأً قانونياً عاماً لا يجوز الاتفاق على خلافه يسود مراحل العقد المختلفة بدءاً من مرحلة المفاوضات مروراً بالإبرام ووصولاً إلى التنفيذ والإنهاء، يترتب على الإخلال به مسؤولية قانونية تبعاً لكلّ حالة على حدّه".

وإضافة فقرة جديدة تلي الفقرة الأولى بالصيغة التالية : يعود للسلطة التقديرية للجهة الناظرة في النزاع تقدير وجود الالتزام بمبدأ حسن النية من عدمه وذلك وفقاً لمعطيات كل حالة على حدّه ".

**8)** النص على مبدأ حسن النية صراحةً في القانون التجاري السوري من خلال إضافة مادة جديدة ضمن مواد الباب الأول من الكتاب الثاني والمتعلق بالعقود التجارية بوجه عام وبعض العقود التجارية بوجه خاص من قانون التجارة السوري رقم 33 لعام 2007 وتحت عنوان الأحكام العامة تتضمن ما يلي :

" الأصل في المعاملات التجارية أنّها تقوم على مبدأ حسن النية في مراحلها المختلفة وعلى من يدعي العكس أن يثبت ذلك "

بِسْمِ اللَّـهِ الرَّحْمَـٰنِ الرَّحِيمِ

" سُبْحَانَكَ لَا عِلْمَ لَنَا إِلَّا مَا عَلَّمْتَنَا إِنَّكَ أَنتَ الْعَلِيمُ الْحَكِيمُ "

صدقَ آلله العليّ العظيْم

سورة البقرة الآية 32

## المراجع :

## أولاً : المراجع العربية :

### أ – الكتب العامة :


1. الموسوعة القانونية المتخصصة – رئاسة الجمهورية العربية السورية – هيئة الموسوعة العربية – المجلدين الثاني و السابع– الطبعة الأولى – دمشق – 2010م .
2. الأنظمة التعاقدية للقانون المدني ومقتضيات التجارة الدولية – معهد قانون الأعمال الدولي بالاشتراك مع القسم العلمي و الفني للبعثة الثقافية التابعة لسفارة باريس و نقابة محامي باريس – جامعة القاهرة – دار جالكسي للكتاب – مصر – 1994م .
3. ابن منظور– معجم لسان العرب – المجلد الثاني – الطبعة الثالثة – دار صادر – بيروت– 2004 م .
4. د. أحمد أبو الوفا – نظرية الأحكام في قانون المرافعات – دار المطبوعات الجامعية – مصر – 2007 م .
5. د. أحمد عبد العزيز و د. وفاء فلحوط – العقود الدولية – منشورات جامعة دمشق – قسم الدراسات القانونية – 2013 / 2014 م .
6. د.الياس ناصيف – موسوعة العقود المدنية و التجارية – الجزء السابع– الطبعة الأولى – دون دار نشر– دون مكان نشر– 1993م .
7. د. ايناس محمد البهجي و د. يوسف حسن يوسف – القانون الدولي الخاص – المركز القومي للإصدارات القانونية – الطبعة الأولى – القاهرة – 2013 م .
8. د. بسام شيخ العشرة و د. حنان مليكة – التجارة الالكترونية – منشورات الجامعة الافتراضية السورية – 2012/2011م .
9. د. بشار الأسعد – عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة – منشورات الحلبي الحقوقية – بيروت –2006 م .
10. د. حفيظة السيد الحداد – العقود المبرمة بين الدول و الأشخاص الأجنبية – منشورات الحلبي الحقوقية – بيروت – 2002 م .

11. حسام الدين عبد الغني الصغير – تفسير اتفاقية فيينا بشأن عقود البيع الدولي للبضائع – دار النهضة العربية – القاهرة – 2001 م.
12. د. سليمان مرقص – الوافي في شرح القانون المدني (المدخل إلى العلوم القانونية) – الجزء الأول – الطبعة السادسة – المنشورات الحقوقية – بيروت – 1998 م .
13. د. سميحة القليوبي – الوسيط في شرح قانون التجارة المصري – الالتزامات و العقود التجارية و عمليات البنوك – الطبعة الخامسة – دار النهضة العربية – القاهرة – 2007 م.
14. د.شريف غنام – أثر تغير الظروف على عقود التجارة الدولية – أكاديمية شرطة دبي – الإمارات العربية المتحدة – 2009 /2010 م.
15. د. صالح بن عبد الله بن عطاف العوفي – المبادئ القانونية في صياغة العقود الدولية – معهد الادارة العامة – مركز البحوث والدراسات الادارية – المملكة العربية السعودية – 1998 م .
16. د. طالب حسن موسى – الموجز في قانون التجارة الدولية – دار الثقافة للنشر و التوزيع – الأردن – 2012 م.
17. د. عبد الرزاق السنهوري – الوسيط في شرح القانون المدني – الجزء الأول (نظرية الالتزام بوجه عام ) – دار إحياء التراث العربي – لبنان – 1958م .
18. د. محسن شفيق – اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولي للبضائع ( دراسة في قانون التجارة الدولي) – دار النهضة العربية – القاهرة –1988 م.
19. محمد محسن ابراهيم النجار – عقد الامتياز التجاري – دار الجامعة الجديدة – مصر – 2007م .
20. د.محمود الكيلاني – الموسوعة التجارية و المصرفية – المجلد الأول – عقود التجارة الدولية في مجال نقل التكنولوجيا – جامعة عمان الأهلية – دار الثقافة للنشر و التوزيع – الأردن– 2008 م .
21. . محمود حسن الجبر – العقود التجارية و عمليات البنوك في المملكة العربية السعودية – عمادة شؤون المكتبات – جامعة الملك سعود – الرياض – 1404 هـ / 1984 م .
22. د. محمود سمير الشرقاوي – العقود التجارية الدولية (دراسة خاصة لعقد البيع الدولي للبضائع ) – دار النهضة العربية – القاهرة – 1992 م.

23. د.هشام علي صادق – القانون واجب التطبيق على عقود التجارة الدولية(دراسة تحليلية مقارنة) – منشأة المعارف – الاسكندرية– 1995م .

**ب– الكتب المتخصصة :**

1. د.حسين بن سليمة – حسن النية في تنفيذ العقود (تعريب محمد بن سالم) – المطابع الموحدة – مجموعة سرباس – تونس – 1993 م .
2. د.شيرزاد عزيز سليمان – حسن النية في إبرام العقود ( دراسة في ضوء القوانين الداخلية و الاتفاقيات الدولية ) منشورات دار دجلة – الاردن – 2008م.
3. عبد المنعم موسى ابراهيم – حسن النية في العقود (دراسة مقارنة ) – منشورات زين الحقوقية – بيروت – 2006 م .
4. وائل حمدي أحمد علي – حسن النية في البيوع الدولية – دار النهضة العربية – القاهرة – 2010 م .

**ج – الرسائل العلمية :**

* رسائل الدكتوراة :

1– أمازوزو لطيفة – التزام البائع بتسليم المبيع في القانون الجزائري – أطروحة دكتوراة – جامعة مولود معمري تيزي وزو – الجزائر– 2011 م – متاحة على : www.ummto.dz
3 – صفاء تقي عبد النور – القوة القاهرة و أثرها في عقود التجارة الدولية – أطروحة دكتوراه جامعة الموصل – 2005 م – النسخة الالكترونية متاحة على : www.these.ju.edu.jo
4 – ليلى بعتاش – أثر الغش في عقد الأساس على تنفيذ الاعتماد المستندي – أطروحة دكتوراة – جامعة الحاج لخضر باتة – الجزائر – 2014/2013م – متاحة على : www.digitallibraryuniv.banta.dz
5 – د. موسى متري – العقود الدولية للتعاون الصناعي بين أطراف غير متساوية التطور (غرب – جنوب ) – أطروحة دكتوراة في القانون الاقتصادي الدولي – جامعة فرانسوا رابلية في تور – كلية الحقوق و العلوم الاقتصادية و الاجتماعية – فرنسا – 1994/1993 م .
6 – هني عبد اللطيف – حدود الأخذ بفكرة إعادة التفاوض في العقد (دراسة مقارنة ) – أطروحة دكتوراة – جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان – الجزائر 2016/2015م – النسخة الالكترونية متاحة على : www.dspace.univ–tlemacen.dz.

* رسائل الماجستير :
1- آمال عزة – حماية المرخص له في عقد الامتياز التجاري – رسالة ماجستير – جامعة حلب – 2012 م.
2- بتقة حفيظة – الالتزام بالإعلام في عقد الاستهلاك – رسالة ماجستير – جامعة أكلي محند أولحاج – البويرة – 2013/2012م – متاحة على : www.univ.bouira.dz
3 – بن زروق فتيحة – فسخ العقد طبقا لاتفاقية فيينا لسنة 1980 الخاصة بالبيع الدولي للبضائع – رسالة ماجستير – جامعة الجزائر 1 – 2014 / 2015م – متاحة على : www.biblio.univ-alger.dz
4 – تواني أحمد نور الهدى – النظام القانوني للتفاوض في عقود التجارة الدولية – رسالة ماجستير – جامعة قصدي مرباح ورقلة – الجزائر – 2012 / 2013م- متاحة على : www.bu.univ.ouargla.dz
5- جميلة مشنان – القيمة القانونية لعادات و أعراف التجارة الدولية – رسالة ماجستير – كلية العلوم القانونية و الاقتصادية و الاجتماعية – سطات – جامعة الحسن الأول – المغرب – 2016م – متاحة على : www.droitentreprise.org
6 – حمو حسينة – انحلال العقد عن طريق الفسخ – رسالة ماجستير – جامعة مولود معمري تيزي وزو – الجزائر – 2011 م – النسخة الالكترونية على الموقع التالي : www.ummto.dz
7 – سعد الدين أمحمد – العقد الدولي بين التوطين والتدويل – رسالة ماجستير – جامعة حسيبة بن بو علي الشلف – الجزائر – 2008/2007 م – النسخة الالكترونية متاحة على الموقع الرسمي لجامعة بو علي الشلف : www.daspace-univ-chalf.dz
8 – علاق عبد القادر – أساس القوة الملزمة للعقد و حدودها – رسالة ماجستير – جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان – الجزائر – 2008/2007 م – متاحة على الرابط التالي : www.dspace.univ-tlemacen.dz
9 – مصطفى خضير النشمي – النظام القانوني للمفاوضات التمهيدية للتعاقد – رسالة ماجستير – جامعة الشرق الأوسط – الأدرن – 2013 / 2014م – متاحة على : www.meu.edu.jo

**د – المقالات و الأبحاث و النشرات :**

1 – أحمد عبد الكريم سلامة – النظام القانوني لمفاوضات العقود الدولية – مجلة الحقوق – جامعة البحرين – مجلد 1 – عدد 2 – 2004 م .

2 – أكرم محمود حسين البدو و محمد صديق محمد عبد الله – أثر موضوعية الإرادة التعاقدية في مرحلة المفاوضات – مجلة الرافدين – مجلد 13– عدد 49– السنة 2011م – متاحة على : www.iasj.net

3 – أسامة محمد عثمان خليل – تحديد القانون الواجب التطبيق لحل النزاع في منازعات عقود الاستثمار الأجنبي – دراسة مقارنة ( القانون السوداني و القانون الإماراتي ) نموذجاً – مقال علمي قانوني – دون تاريخ نشر – متاح على الموقع الالكتروني التالي : www.svdameselaw.net

4 – اسماعيل شبلاق – الطبيعة القانونية لمسؤولية الاطراف بمرحلة ما قبل العقد ( دراسة في العقود الدولية لنقل التكنولوجيا ) – مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية و القانونية – مجلد 29 عدد 2 – 2013م .

5 – أ.م. أسيل باقر جاسم – النظام القانوني لشرط إعادة التفاوض (دراسة في عقود التجارة الدولية) – مجلة المحقق حلي – مجلد 2 – عدد 1 – العراق – 2010م – متاحة على الرابط التالي : www.iasj.net

6– أ.م. أسيل باقر جاسم – المفهوم القانوني للمخالفة الجوهرية في عقد البيع الدولي للبضائع – مجلة رسالة الحقوق –جامعة كربلاء – المؤتمر القانوني الوطني العاشر 2013م – النسخة الالكترونية متاحة على : www.uakerbala.edu.iq

7 – أم كلثوم صبيح محمد – المفاوضات الممهدة للتعاقد ، ماهيتها و أحكامها ( دراسة مقارنة بين الواقع العملي و الفراغ التشريعي ) كلية الحقوق – الجامعة المستنصرية – مجلة النهرين – مجلد 16 – عدد 3– 2014م – متاحة على :www.mlawnahrain.org

8 – أ.د.ايمان طارق شكري و حيدر هادي عبد – جزاء الإخلال بضمان المطابقة في عقد البيع (دراسة مقارنة) – مجلة المحقق حلي – مجلد 6 – عدد 4 – العراق – 2014 م – متوفرة على الرابط : www.mohakiq.com

9 – أ. بن أحمد صلحية – آثار المسؤولية الناشئة عن إخلال المفاوض بالتزامه بالتفاوض بحسن نية – جامعة قصدي مرباح ورقلة – دفاتر السياسة و القانون – العدد 1 – الجزائر – 2014م – متاحة بنسختها الالكترونية على : www.dspace.uni.ouargla.dz

10- د.جودت الهندي – الالتزام بالمطابقة و بضمان ادعاء الغير حسب نصوص اتفاقية فيينا لعام 1980 بشأن البيع الدولي للبضائع – مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية و القانونية – مجلد 28 عدد 1 لعام 2012 م .
11 – د. جودت الهندي – التزام البائع بتسليم المبيع وفق أحكام اتفاقية الأمم المتحدة للبيع الدولي – مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية و القانونية – مجلد 28 – عدد 1 لعام 2012 م .
12 – حمدي محمود بارود – القيمة القانونية للاتفاقات التي تتخلل مرحلة التفاوض قبل العقدية في مجال عقود التجارة الدولية – مجلة الجامعة الاسلامية (سلسلة الدراسات الانسانية) – مجلد 13 –عدد 2 – غزة – 2005 م – متوفرة على الموقع التالي : www.resportal.iugaza.edu.ps
13 – حمدي محمود بارود – نحو إرساء تكييف قانوني جديد لمفاوضات العقد – الطبيعة العقدية و آثارها ( دراسة تحليلية تأصيلية ) – مجلة جامعة الازهر ( سلسلة العلوم الانسانية) – مجلد 12 –عدد 1 – غزة – 2010 م– متاحة على : www.alazhar.edu.ps
14 – حمدي محمود بارود – الطبيعة القانونية للمسؤولية في حالة العدول عن المفاوضات – مجلة الجامعة الإسلامية للدراسات الاقتصادية و الإدارية – مجلد 20 – عدد 2 – غزة – 2012 م– متاحة على : www.iugaza.edu.ps
15- خليفي مريم – الالتزام بالإعلام الالكتروني وشفافية التعامل في مجال التجارة الالكترونية – دفاتر السياسة والقانون – العدد الرابع – الجزائر – 2011م –متاحة على : www.dapace-univ.ouargla.dz
16 – أ.م.د.ذكرى حسين و استبرق حمزة – التفاوض بحسن نية و التزامات أطراف التفاوض بمرحلة ما قبل العقد مجلة المحقق الحلي – العدد 4 – السنة 6 – العراق – 2014 م – النسخة الالكترونية على الرابط التالي :www.mauhakia.com
17 – رغد عبد الامير مطلوح حميد الخزرجي – مبدأ حسن النية في تنفيذ المعاهدات الدولية – مجلة جامعة ديالي – العراق – العدد 64 – 2014م – متاحة على : www.iasj.net
18 – د. سعد بن سعيد الذيابي – مبدأ حسن النية بالنظام السعودي و الانظمة المقارنة – مجلة الشريعة و القانون و الدراسات الاسلامية – عدد 23 ربيع الآخر 1435 / 2014 م متاحة على : www.iua.edu.sd

19 – صفاء العيساوي – الإخلال المبتسر بالعقد و أثره – دراسة في عقود التجارة الدولية – مجلة جامعة بابل – مجلد 14 –عدد 14– عام 2007 م – متاحة على : www.iasj.net

20 – طارق الحموي – ندوة صياغة و إبرام عقود التجارة الدولية – شرم الشيخ – مصر – 2007 م – النسخة الالكترونية متاحة على : www.unpan1.un.org

21– عدنان ابراهيم سرحان –حق المستهلك في الحصول على الحقائق(المعلومات و البيانات الصحيحة عن السلع والخدمات) دراسة مقارنة بين القانونين الإماراتي والبحريني – مجلة الفكر – العدد 8 – 2013م – متاحة على : www.fdsp.univ–biskra.dz

22– عدنان الشروفي و سهيلة فيصل عليوي – التزام المنتج بالإعلام و أساسه القانوني (دراسة مقارنة) – مجلة المحقق حلي – مجلد 7 – عدد 3 – العراق – 2015 م – متاحة على الرابط: www.mouhakiq.com

23 – غلاي حياة – تحديد فكرة النظام العام – موقع مجلة القانون والأعمال المغربية الالكتروني – دون تاريخ نشر – متاحة على الرابط الالكتروني التالي : www.droitetentrepriew.org

24 – غنى ريسان جادر الساعدي و إخلاص لطيف محمد – الحماية المدنية للمعلومات غير المفصح عنها (دراسة مقارنة) – مجلة المحقق حلي – مجلد 7 – عدد 3 – العراق – 2015م – متوفرة على الموقع التالي : www.mohakiq.com

25 – فارس حامد عبد الكريم – دور المبادئ العامة للقانون في تطوير النظام القانوني و القضائي – مقال علمي قانوني منشور عام 2014م على الموقع الرسمي لوكالة الخبرية الالكترونية : www.non14.net

26 – د. قيس محافظة – الأسرار التجارية في مجال الملكية الفكرية – ندوة الويبو الوطنية عن الملكية الفكرية لأعضاء الهيئة التدريسية و طلاب الحقوق في الجامعة الأردنية – من 7 و لغاية 8 نيسان 2004 م –متاحة بنسختها الالكترونية على : www.wipo.net

27 – محمد أطويف – تسوية منازعات العقود الدولية في التجارة الالكترونية – بحث علمي قانوني – كلية الحقوق – وجدة – المغرب – 2011م – منشور على الموقع التالي : www.marocdroit.com

28– د. محمد عبد الرحمن الشمري– حماية الأسرار التجارية – مجلة الرياض – العدد 1408 – المملكة العربية السعودية – 1427هـ/2007م .

29 – م. محمد جعفر الخفاجي و م. ميثاق طالب عبد حمادي – الالتزام بالسرية في مفاوضات عقود نقل التكنولوجيا (دراسة مقارنة) – مجلة المحقق حلي– العدد 2 – السنة 6 – العراق – 2014 م – متاحة على : www.uobablon.edu.iq
30 – محمد دودين – الإخلال المبتسر للعقد تحليل مقارن بين الوثائق الدولية الموحدة للبيوع و القانونيين المدني و التجاري القطري – المجلة الدولية للقانون – إصدار عام 2015م – متاحة على :www.dx.doi.org
31 – محمد طارق – الطبيعة القانونية للقواعد الموضوعية في قانون التجارة الدولية – جريدة القانونية الالكترونية– العدد 155 – الدار البيضاء – دون تاريخ نشر – متاحة على: www.alkanounia.com
32– محمد منصور عبد الرزاق خيشة – المخالفة الجوهرية كنطاق للالتزام بالمطابقة– بحث علمي قانوني – جامعة المنصورة – مصر – دون تاريخ نشر – متاح على : www.mans.eun.eg
33 – د. محمود فياض – مدى التزام الانظمة القانونية المقارنة بمبدأ حسن النية في مرحلة التفاوض على العقد – مجلة الشريعة و القانون – كلية القانون – جامعة الامارات العربية المتحدة – العدد 54 – لعام 1434هـ / 2013م– متاحة على الموقع التالي : www.sljournal.uaeu.ae.ac.
34 – مهند عزمي أبو فعلي و منصور عبد السلام الصرايرة – القانون واجب التطبيق على عقود الاستهلاك الالكترونية ذات الطابع الدولي – دراسات علوم الشريعة و القانون – مجلد36 – عدد 2 – لعام 2014م– متاح على : www.journals.ju.edu.jo
35 – أ.م.د.منصور حاتم محسن و علي حسين منهل – آثار الإخلال المسبق بالعقد (دراسة مقارنة) مجلة المحقق حلي – مجلد 4 – عدد 1 – العراق – 2012 م – متوفرة على الرابط التالي : www.mohakiq.com
36 – د. موسى خليل متري – توحيد القواعد القانونية للتجارة الدولية – مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية و القانونية – مجلد 28– لعام 2012 م .
37– أ.م.د. هادي حسين الكعبي و أ.م.د. محمد جعفرالخفاجي – الالتزام قبل التعاقدي بالإعلام – مجلة المحقق حلي – مجلد 5 – عدد 2 – العراق – 2013 م – متاحة على : www.mihakiq.com

38 – د. ناصر خليل جلال و د. سميرة عبد الله مصطفى – وقف التنفيذ كجزاء على الإخلال المبتسر بالعقد – مجلة كلية الحقوق جامعة النهرين – العراق مجلد 13 عدد 2 – 2011 م –متاحة على : www.mlawanharain.org
39 – نغم حنا رؤوف – وقف التنفيذ بعقد البيع الدولي للبضائع – مجلة جامعة تكريت للعلوم الإنسانية – مجلد 14 عدد 11 – 2007م – متاحة على : www.aoua.com
40 – يحيى أحمد بني طه – مفهوم حسن النية بتنفيذ العقود (دراسة تحليلية مقارنة) – ديوان المظالم الاردني – دون تاريخ نشر – متاحة على الرابط التالي : www.mohamah.net
41 – مجلة المحامون السورية للأعوام : 1972 ، 1976 ، 1980 ، 1998 ، 2002 ، 2006 م .
42 – مجلة القانون السورية للأعوام : 1957 ، 1959 ، 1964 ، 1970 م .

**هـ – القواعد الدولية :**

1- Unidroit principles of international commercial contracts 2010 – international istitute for the unification of private law – Rome – 2010 The E-version is available on : www.Unidroit.org
2- ICC Hardship clause 2003 – international chamber of commerce – ICC publishing S.A – Paris – France – 2003 – The E-virsion is available on : www.ICCwpo.org
3 – The principle of European contract law – 2002 – The E-virsion is available on : www.jus.uio.no\sisu
4 – United nation convention on contracts for international sale of good – United nations publication – New York – 2010 – The E-version is available on : www.unictral.org

**و – التقارير الدولية :**


1. A **report** on the protection against unlawful appropriation of trade secrets and confidential commercial information – presented to the European commissiom submitted by foundation pour le droit continental- written by Florence G'sell & Pascal Duraud Barthez – 2013 – available at : www.fondation-droitcontinental.org

2. The final **report** of the law commission and the Scottish law commission on unfair terms in contracts law - com .no. 292 scot law com .no.199 – 2005-available at : www.lawcom.gov.uk

3. Terminating negotiation (jurisdiction compared) – ADVOC law firm **Report** – UK – 2014 – available at : www.advoc.com

4. Coure de cassation définition en La protection des secrets d'affaires par les droits de propriété intellectuelle et le droit de la concurrence déloyale – **Q215 report** – Group Rhôue – Alpes de l'Aippi – 2010 – sur : www.aippi.org


**و – الدراسات الميدانية :**


1 – دراسة ميدانية عملية لنظام عمل المحاكم التجارية في سوريا والمحدثة بموجب القانون 33 لعام 2012 م بإشراف قاضي محكمة البداية التجارية الأولى في دمشق "**الأستاذ حبيب نجمة**" – دمشق– كانون الأول– 2017 م .

2 – دراسة ميدانية عملية لواقع عمل غرفة التجارة في محافظة ريف دمشق المنظمة بالقانون رقم 131 لعام 1959م والمصدق على نظامها الداخلي بموجب القرار 660 لعام 1991 م فيما يخص دروها في تحديد العرف التجاري وحل النزاعات بين التجار عبر القنوات التوفيقية والتحكيمية – دمشق – أيلول – 2016 م .

## ثانياً : المراجع باللغة الأنكليزية :


1. Alberto Musy – the good faith principle in contract law and the pre-contractual duty to disclose – comparative analysis of new differences in legal cultures – Berkely electronic press – No.1 – Issue .1 – Clifornia - 2001- at : www.csb.uncw.edu
2. Alistair Maughan & Sarah Weles – Good faith in English law – Articl published in May\June 2013 edition of commercial litigation journal – Morrison and Foerester LLP - UK – 2013- at : www.lexology.com
3. Allan Fransworth – Duties of good faith and fair dealing under the Unidroit principles , relevant international conventions , and national laws- Tul.J.Int.comp.L – Vol.3 –USA- 1995- at : www.trans-lrx.org
4. Alphonse Squillant – Anticipatory Repudiation and retraction – Valparaiso university law review – Vol.7 – No.4 – Art4 – US - 1937 - at : www.scholar.valpo.edu
5. Amin Dawwas – Non conformity of goods in light of CISG,Unidroit and Palestinian commercial law draft – Journal of Sharia & Law – Issue . 52 – UAS - 2012 –at : www.academia.edu
6. Andrea Bolieiro & Pope Barristers – Bhasin V Hrynew and the principle of good faith in contracts : moving towards a modern view of commercial relationships – a legal scientific survey – no pubished date - at the website : www.papebarristers.com
7. Andrew White & Esther Johnson – Reasonable notice to terminate in good faith : high court applies principles to supply contract in difficulty –legal study published on 3 Jan – 2014 – at the website : www.twobirds.com
8. Atip Ambrose Peter – Force majeure in international business, a comparative assessment of force majeure under the UCC and UNCISG – Petroleum and mineral law & policy center for energy – University of Dundee –no published date - UK – at the website : www.dundee.ac.uk
9. Bernardo Cremades – good faith in international arbitration – AM .U. Tnt'l L.reviw –Vol.27 – Issue.4 - US - 2012- at : www.digitalcommons.wcl.amweican.edu
10. Bruno Zeller – good faith : is it a contractual obligation ? – Victoria university – Bond law review – Vol.15 Issue.2 – US – 2003- at : www.epublication.bond.edu.au

11. Cesa Baron – Do the UNIDROIT principles of international commercial contracts form a new lexmercatoria ? – Pace institute of international commercial law – New York - 1998 – at : www.cisgw.law.pace.edu
12. Charles Molineaux – Moving towad a construction lex mercatoria a lex construction – journal of international arbitration –Klwer law international publications - Vol. 14 : 1 – 1997 – at : www.kluwerlawoline.com
13. Chris Parker, Gregg Rowan and Nick Pantlin – The role of good faith in commercial contracts – Contracts disputes practical guids – Issue . 4 – UK - 2016 – at : www.hsfnotes.com
14. Clenn Edward Tremper – commercial bad faith : tort recovery for breach of implied convenant in ordinary commercial contracts – Montana law review – Vol.48 – Issue.2 – US - 1987 - at :www.sholarship.law.umt.edu
15. Cusztav Bacher – Remedies of the buyer under CISG – UIA Szecskay Attroneys & law – Belgrade – 2008 – www.szecskay.hu
16. Damien Nyer – Withholding performance for breach in international transactions An exercise in Equations,Proportion or Coercion?! – Pace law review – Vol.18 – Issue.1 –Art 2 – New York - 2006 – at www.digitalcommons.pace.edu
17. Daniel Girsberger & Paulius Zapolskis – fundamental alteration of the contractual equilibrium under hardship exemptions – Mykolas Romeris university - Lithuania – 2012 – at : www.mruni.eu
18. Danielle Ferron – Negotiating and drafting commercial contracts in Québec, the pre-contractual obligation to act and negotiate in good faith –scientific legal study published in July 2013 - available at www.langlois.ca
19. Danielle Ochs & John Glancy & Tobias Schlueter – Five questions you should ask about the defend trade secrets act – essay published on June 2016 at : www.ogetreedeakins.com
20. Daviad Robertson – The doctrine of anticipatory breach of contract – Lousiana law review – Vol.20 – No.1 – US - 1959 – at : www.digitalcommons.law.edu
21. Doug Jones – choosing the law or rules to govern the substantive rights of the parties – SACLJ – V. 26 – 2014 – available at the official websit of Singapore academy of law journal www.journalsonline.academypuplishing.org.sg

22. Emily Houh- The doctrine of good faith in contract law (a nearly empty vessel ) – UTAH law rivew - Vol.1 – No.1 – university of Cincinnati –US- 2005- at : www.scholarship.law.uc.edu
23. Emily Kadens – The myth of customary law merchant – Texas law review – Vol.90:1153 - US - 2012 - at : www.texaslrev.com
24. Emily Weitzenbock – English law of contract remedies – Norwegian research center for computer and law – university of Oslo – 2012– available at : www.uio.no
25. Evaldas Klinas – The duty to co-operation in constraction of contracts – Vilnius university – Lithuania – 2011 – at : www.irbnet.de
26. Fabrizio Marella and CS Yoo – Is open source software the new lexmercatoria – Virginia journal of international law - university of Pennsylvania – Vol.47:4 - US - 2007 – at : www.scolarship.law.upenn.edu
27. Faton Shabani – Non-conformity of goods in light of the united nation convertion on contract for the international sale of goods and the law on obligation of the republic of Macedonia as a part of south-eastern university of Tetova – fifth international conference (compliance of the standards in south eastern Europ countries with the harmonized standards of Europen Union 15-16 June – Kosovo- 2015 – at : www.dukagjinicollege.eu
28. Florence Caterini – Pre-contractual obligation in France and United States – LLM these and essays – University of Georgia law school – 2005 –at : www.digitalcommons.law.uga.edu
29. Frederick Clayboor– good faith in the termination and formation of federal contracts – Crowell & Moring – Duke university – Washington – 1997 –at : www.crowell.com
30. Frederick Fucci – Hardship and changed circumstances as ground for adjustment or non-performance of contracts (practical consideration in international infrastructure investments and finance ) – American bar association – 2006 –at : www.files.arnoldporter.com
31. Gilbey Strub – The convention on the international sale of goods : Anticipatory repudiation provisions and developing countries – International and comparative law Quarlerly –UK - 1989 – at : www.cisg.law.pace.edu

32. Gilles Cuniberti – Three theories of lex mercatoria – Columbia journal of transnational law review – Vol.52:369 – US – 2014 – at : www.researchgate.net
33. Giuditta cordero Moss - International contracts between common law and civil law – the difficulty of interpreting legal standards such as good faith – global jurist – university of oslo - 2007 - at : www.folk.unio.no
34. Gordon Phillips – Compensation for losses flowing from an injured party's impecuniosity- Osdoode Hall law Journal - Vol:20- Issue.1 – Art 2- Toronto - 1982- at : www.digitalcommons.osgoode.yorku.ca
35. Hannes Rosler - Hardship in German Codified Private Law: In Comparative Perspective to English, French and International Contract Law- European Review of Private Law - Vol. 15- 2007- at : www.paper.ssrn.com
36. Harold Ullman – Enforcement of hardship clauses in the French and American legal systems – Clifornia western international law journal- Vol.19 – No.1 – Art 6 – 1988 –at : www.scholarlycommons.law.cwsl.edu
37. Ian Robertson and Sarah Butter – obligation of good faith in negotiation – Holding Redlich update – corporate & commercial – Sydney – 2013- at : www.holdingredlich.com
38. Ingeborg Schwenzer – Avoidance of the contract in case of non-conforming goods Article 49 (1)(a) CISG – journal of law &commerce – Vol.25 – 2005– at : www.unictral.org
39. Jeswald Salacuse – Renegotiating international project agreements – Fodham international law journal – Vol.24- Issue.4 –US - 2000 - the E- version at : www.fodham.edu
40. Jonathan Exten Wright – Trade secrets directive : new protection for businesses – DLA law firm publications - global law firm – 2016 – at : www.dlapiper.com
41. Joern Rimke - Force majeure and hardship: Application in international trade practice with specific regard to the CISG and the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts- Pace law review –New York - 1999\2000 – available at : www.cisg.law.pace.edu
42. Johan Gotanda – Renegotiation and adaption cluse in international investement contract revisted – Vanderbilt journal of transnational law – Villanova university – Vol.36 – Pennsylvania - 2003 at : www.works.bepress.com

43. Kalus peter Berger – The creeping codification of lexmercatoria(2end revisited edition) – Oxford law journal – Vol.15:1 -UK- 2010 –at : www.oxfordjournals.org
44. Kyle Winnick – International commercial arbitration : Anticipatory Repuditiation and Lexmercatoeia – Gardozo journal of conflict resolution – Vol.15 –New York - 2014– at : www.cardozojcr.com
45. Lorena Carvajal Arenas - Good faith in lex mercatoria (analysis of arbitral practice and major western legal systems) PHD these – university of Portsmouth - london - 2011 - at : www.eprints.port.ac.uk
46. Lukanda Kapwadi – renegotiation long term investment contract : the case of mining contract in DRF – LLM these – university of Pretoria - South Africa - 2012 - at : www.repository.up.as.za
47. Marcia Madsen & Michelle Litteken – The implied duty of good faith & fair dealing in government and commercial contracts(An age old concept in need of an update ? )- fideral practice summit - U.S court of appeal for the federal cicuit May 12\2014 - at : www.mayerbrown.com
48. Mark Estorme - Good faith and contents of contracts in European private law – Buitengewoon Hoogleraar KU Leuven – Belgium - 2003 – at : www.law-kuleuven.be
49. Mark Abell & Victoria Hobbs - the duty of good faith in franchise agreement (comparative study of the civil and common law approaches in EU) – international journal of franchising law- Vol.11– Claerhout publishing LTD - 2014 - at : www.twobirdis.com
50. Markus Muller Chen & Lara M.Pair – Avoidance of the contract in case of non conformity of goods, art 49 (1)(a) of CISG – Liber a micorum Eric – university of st Callen – Switzerland – 2011 –available at : www.alexandaria.unisg.ch
51. Mathew Auric – UCC obligation to mitigate damages – a scientific legal study – 2016 – at the website : www.ojailawers.com
52. Matthew Schultz – Bad faith or no faith ? finding a place for wrongful refusal to defend in Florida's bad faith jurisprudence– Florida law review – Vol.29 – 2002 – at : www.archivelaw.fsu.ed

53. Michael Joachim Bonell – The Unidroit principles and transnational law – Uniform Law Review – Vol.7 – 2000 - at : www.unidroit.org
54. Michael Frischkorn – Definition of lex mercatoria and the effect of codification on lexmercatoria flexibility – European journal of law reform – Vol.7 – No.3/4 – Eleven international publications – 2006 –at : www.documents.jdsupra.com
55. Michael Pryles – Application of lexMercatoria in international commercial arbitration – UNSW law journal – Vol.31:1 – Australia - 2008 –at : www.austlii.edu.au
56. Michael Steven Creen – Legal realism , lex fori and choice of law revolution – The Yale law journal – Yale university- Vol.104 – 1995 - at : www.yalelawjournal.org
57. Mirela Carmen Dobrila – unification of criteria for the assessment of good faith in negotiation contracts from national to international through the intercession of the european experience – AGORA international journal of juridical sciences – No.3 –Romania - 2015 at : www.univagora.ro
58. Mohammed Manirruzzman – The lex mercatoria and international contracts : a challeng for international commercial arbitration – international law review – Vol.14:3 – American university – 1999 –at : www.digitalcomonns.wcl.american.edu
59. Mohammed Manirruzzaman – Damages for breach of stabilization clause in international investement law – I.E.L.T.R – Issue. 11&12 – 2007- at : www.academia.edu
60. Perdo Barasnevicius Quagiato – the duty to negotiate in good faith – international journal of law and management – Vol.50 – No.5 – 2008- at : www.quagliatoadrogodos.com.br
61. Peter Mazzacano – LexMercatoria as autonomous law – CLPE research – Vol.4 – No.6 – Osgoode Hall law school – Yourk university – Canada – 2008 – at : www.digitalcommons.osgoode.yorku.ca
62. Pilar Perales Viscasillas – Modification and termination of the contract art 29 CISG – journal of law and commerce – Vol.25- No. 6 – Madrid – 2006 – at : www.unictral.org
63. Ralf Michaels – The ture lex mercatoria law beyond the stats – Indiana journal of global legal studies – Vol.14:2 – 2007 – at : www.scholarsgip.law.duke.edu
64. Richard Howarth – Lexmercatoria : can general principle of law govern international commercial contact – university of

Canterbury publications – new Zealand – 2004 – at : www.nzlii.org
65. Robert Adler & Richard Mann – good faith a new look at an old doctrine – Akron law review – Vol.28.1 –US - 1994 – at the website: www.uaknon.edu
66. Robert Potts – Avoiding losses a landlord duty to mitigate – Blaney Mcmurtry LLp – Canada – 2002 at : www.blaney.com
67. Rodrigo Momberg Uribe – Change of circumstances in international instruments of contract law the approach of CISG , PICC, PECL, DEFR – Austral university - Chile - 2011 – at : www.austi-edu.au
68. Rodrigo Andres Momberg Uribe –The effect of a change of circumstances on the binding force of contracts (comparatrive prespective)- PHD these – Utrech university – Netherlands - 2011 –at : www.dspacelibrary.uu.nl
69. Rosalee Dorfman -The regulation of fairness and duty of good faith in English contract law – Leeds journal of law & criminology – Vol.1 – No.1- UK - 2013 –at : www.criminology.leeds.ac.uk
70. Sanne Jansen – Price reduction under the CISG a 21 century perspective – journal of law and commerce– Vol.32- No.2 – US – 2014– at : www.jlc.law.pitt.edu
71. Shannon Kathleen O'byrne - The implied good faith and fair dealing , recent development – the Canadian Bar review- Vol.86 – No.2 – 2007- at : www.cba.org
72. Stathis Banakas – liability for negotiation in English law – InDret – university of East Anglia –Bercelona- 2009 - at :www.indert.com
73. Stuart Shepherd & Reema Shour & Ruaridh Guy - Uk good faith obligation in contract : are the English courts going soft ? –legal essay published in 2013 - at : www.modaq.com
74. Tek Kah Leng - Good faith in the performance of commercial contracts revisited – Singapore academy law journal – 2014- at : www.macfarlanes.com
75. Thomas Diamond – the tort of bad faith breach of contract – Marquette law review- Vol.64- No.3 –US - 1981 - at : www.scholarship.law.marquette.edu
76. Tom Grace – The termination of contracts for breach – Fenwick Elliott Grace law firm – Australia – 2010 – at : www.feg.com.au

77. Velimir Zivkovic – Hardship in franch,English,German law – LLM these – university of Belgrade – 2012\2013– at : www.papers.ssrn.com
78. Villy De Luca – The conformity of the goods to the contract in international sales – European privit law institute – Pace international law review – Vol.77 – Issue.1 – commercial edition – New York - 2015 – at : www.digitalcommon.pace.edu
79. William Geller – The problem of withholding in response to breach : A proposal to minimize risk in continuing contract – Fordham law review – Vol.62 – Issue.1 – Art 5 – US - 1993 - at : www.ir.law.fordham.edu
80. William Tetly – The general maritime law ( the lex maritime ) –Syracuse Journal of International Law and Commerce - Vol .20 – US – 1994 –at : www.heinoline.org
81. Zeeshan Mansoor – Principles of European contract law : an autonomous lex mercatoria or a part of universal lex mercatoria ?- Int . J . of privet law – Vol.6 – No.1 – 2013 - at : www.inderscience.com

## ثالثاً : المراجع باللغة الفرنسية :

1. Association Jeunes Chercheurs – RDST et le centre de recherche en droit médical de l'université Paris Descartes le copra humain entre sacralisatisation et marchandisation l'obligation de minimiser son dommage – Faculté de droit – Paris –2009 - sur : www.hal.archives-ouvertes.fr
2. Béatrice Jaluzot – La bonne foi dans les contrats (étude comparative de droit Français, Allmend et Japonais – Dalloz – Paris – 2001.
3. Bulletin d'information diffusion de jurispudance , doctrine et communication - No.738 – cour de cassation – publication de Bimeuselle – 2011– sur : www.courdecassation.fr
4. Carole Aubert de Vin celles – Droit des obligations – Tom 1 – Dalloz – Paris - 2014.
5. Cautier Matray , Matray Matray et Hallet – Non-conformité de marchandise et charge de la preuve – société civil d'avocats – Edipro – No.159 – 2013 – Liège - Belgaum – sur : www.awex.be
6. Denis Philippe – les clause relatives au changement de circumstancec dans les contrats à long terme – étude relative aux contrats internationaux – être publié en 2009 – sur : www.philippelaw.eu

7. Élise Charpentier – les principes d'Unidroit une codification de la Lexmercatoria – Les cahiers de droit – Vol.46 – Paris – 2005 - sur : www.papyrus.bib.umonteral.ca
8. Francios Diesse – Le devoir de cooperation comme principe directeur de contract – Arch.Phil.droit – Vol. 43 – 1999 – at : www.philosophie-droit.asso.fr
9. Francois Xaviar Saluden – La bonne foi approch objective du concept de bonne foi et de sa normitivite – une étudé legal – sans date - sur : www.docpay.fr
10. Jacqnes Bégnin – La développement de la lex mercatoria mence t-il l'ordre juridique international ? – McGill law journal – McGill university- Quebec – Vol.30 – 1985 - sur : www.lawjournal.mcgill.ca
11. Jean François Riffard – à la recherché de la coutume en droit commercial – La Reve (la coutume) – No.2– 2013 – center Michel de hospital – Université d'Auvergne – France – 2012 – sur : www.bibliotheque-des-usages.cde-monpillier.com
12. Jessica Dombre – L'obligation d'information dans les contrats de crédit à la consommation – LLM théze – Année universitaire – France – 2010\2011 – sur : www.cdmmontpellier.files.wordpress.com
13. Louis Marquis – La bonne foi en droit commercial international uniforme a la lumiere de paradigme culturel de develeoppement – R.D.U.S – universite de Sherbrooke – Canada – 1996 - sur : www.unsherbrooke.ca
14. Pascal Ancel – les sanctions du manquements à la bonne foi contractuelle en droit français à la lumière du droit québécois – Revue juridique Thémis - Luxembourg – 2011 - sur : www.infonix.ca et www.ssl.editionsthemis.com
15. Patrick Matet (conseiller a la cour d'appel de paris ) – Minimisation du dommage et temporalité – une légal étudier – sans date - sur le website : www.couredecassation.fr
16. Pierre Mousseron – les usages dans les contracts internationoux – université de Monpillier – France - Rev. jur. Com- janvier-février 2011 –sur : www.slconf.ua.eu.ae
17. Pierre Mousseron –La renouveau dans la preuve des usages : des parères aux opinions de coutume – Journal des sociétés – No.92 – 2011 – sur : www.bibliotheque-des-usages.cde.mintpellier.com

## رابعاً : المواقع الالكترونية :

www.iccwbo.org
www.icj.cji.org
www.unidroit.com
www.legalplace.fr
www.kwm.com
www.findlaw.com
www.eur-lex.europa.eu
www.osborn.clarke.com
www.oxfordjournal.org
www.supremcourt.uk
www.uniforlaws.org
www.uk.practicallaw.com
www.h2o.law.harvard.edu
www.openjurist.org
www.trans-lex.org
www.casbrief.me
www.austii.edu.au
www.swarb.co.uk
www.caliiconnects.org
www.prepa-isp.fr
www.iccwbo.org
www.hsfnotes.com
www.lexinter.net
*www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/2013/780.html*

www.hsfnotes.com
www.legifrance.gouv.fr
www.theualaw.com
www.e-lawresources.co.uk
www.cisgw3.law.pace.edu
www.allenovey.com
www.mondaq.com
www.law.justia.com
www.uk.practicallaw.com
www.hallandwilocx.com.au
www.legifrance.gouv.fr
www.e-lawresources.co.uk
www.unilex.info
www.jstor.org
www.justia.com
www.lexology.com
www.village-justice.com
www.reedsmith.com
www.unliex.info
www.ftc.gov
www.wa.findacase.com
www.legislation.gov.uk
www.actu.dalloz.etudiant.fr

## فهرس المحتويات


| الموضوع | رقم الصفحة |
|---|---|
| **مقدمة** | 1 |
| **المبحث التمهيدي : ال LexMercatoria ومبدأ حسن النية في العقود التجارية الدولية :** | 5 |
| **المطلب الأول : موقع مبدأ حسن النية من الLexMercatoria** | 5 |
| **الفرع الأول : مفهوم ال LexMercatoria** | 6 |
| أولاً : النشأة والتطور المرحلي | 6 |
| ثانياً : صعوبة التعريف وسهولة التوصيف | 10 |
| **الفرع الثاني : مبدأ حسن النية كأحد مصادر ال LexMercatoria** | 13 |
| أولاً : المبادئ العامة لل LexMercatoria | 13 |
| ثانيا : مصادر ال LexMercatoria | 15 |
| **المطلب الثاني : أثر تحديد الطبيعة القانونية لل LexMercatoria على مبدأ حسن النية** | 21 |
| **الفرع الأول : ال LexMercatoria تفتقر للصفة القانونية** | 21 |
| أولاً : نظرية تمتع الLexMercatoria بالصفة القانونية | 21 |
| ثانياً : نقد نظرية تمتع الLexMercatoria بالصفة القانونية | 22 |
| **الفرع الثاني : ال LexMercatoria تتمتع بالصفة القانونية** | 24 |
| أولاً : نظرية افتقار الLexMercatoria للصفة القانونية | 24 |
| ثانيا : نقد نظرية افتقار الLexMercatoria للصفة القانونية | 25 |
| **الفصل الأول : التنظيم القانوني لمبدأ حسن النية في مرحلة ما قبل التعاقد ( مرحلة المفاوضات ) :** | 29 |
| **المبحث الأول : مبدأ حسن النية في مرحلة المفاوضات** | 29 |
| **المطلب الأول : ماهية مبدأ حسن النية في مرحلة المفاوضات** | 29 |
| **الفرع الأول : التفاوض على العقد التجاري الدولي بحسن نية** | 30 |
| أولاً : المفاوضات في العقود التجارية الدولية | 30 |
| ثانيا : الوجود القانوني لمبدأ حسن النية في مرحلة المفاوضات | 36 |
| **الفرع الثاني : الالتزام بمبدأ حسن النية في مرحلة المفاوضات** | 43 |
| أولاً : الأساس القانوني للالتزام بمبدأ حسن النية في مرحلة المفاوضات | 43 |
| ثانياً : الطبيعة القانونية للالتزام بمبدأ حسن النية في مرحلة المفاوضات | 46 |
| **المطلب الثاني : الاثار القانونية المترتبة على الإخلال بمبدأ حسن النية في مرحلة المفاوضات** | 49 |
| **الفرع الأول : الأثر الموضوعي للإخلال بمبدأ حسن النية في مرحلة المفاوضات** | 49 |
| أولاً : أثر الإخلال بمبدأ حسن النية على الاتفاقات التمهيدية التي تتخلل المفاوضات | 49 |
| ثانياً : أثر الإخلال بمبدأ حسن النية على العقد التجاري الدولي | 52 |

**الفرع الثاني : الأثر الشخصي للإخلال بمبدأ حسن النية في مرحلة المفاوضات** 55
أولاً : الملامح الأساسية للمسؤولية المترتبة على الإخلال بمبدأ حسن النية في مرحلة المفاوضات. 55
ثانيا : الآثار القانونية للمسؤولية المترتبة على الإخلال بمبدأ حسن النية في مرحلة المفاوضات. 59
ثالثا : القانون واجب التطبيق على العملية التفاوضية 61
**المبحث الثاني : تطبيقات مبدأ حسن النية في مرحلة المفاوضات** 65
**المطلب الأول : مقتضيات حسن النية في مرحلة المفاوضات** 65
**الفرع الأول : السرية** 65
أولاً : نطاق الالتزام بالسرية 66
ثانيا : الأساس القانوني للالتزام بالسرية 70
ثالثا : الأثر القانوني المترتب على الإخلال بموجب السرية 74
رابعا : الحماية القانونية للأسرار التجارية 76
**الفرع الثاني : الإعلام** 88
أولاً : مفهوم الالتزام بالإعلام ما قبل التعاقدي 88
ثانياً : الأساس القانوني للالتزام بالإعلام ما قبل التعاقدي 90
ثالثاً : الطبيعة القانونية للالتزام بالإعلام ما قبل التعاقدي 96
رابعاً : الأثر القانوني المترتب على الإخلال بموجب الإعلام ما قبل التعاقدي 97
خامساً : الاستعلام والاستعلام للإعلام 99
**المطلب الثاني : مقتضيات سوء النية في مرحلة المفاوضات** 103
**الفرع الأول : المظهر المادي لسوء النية في مرحلة المفاوضات** 104
أولاً : قطع المفاوضات دون مبرر مشروع 104
ثانياً : توقيع اتفاق باطل 111
**الفرع الثاني : المظهر المعنوي لسوء النية في مرحلة المفاوضات** 113
أولاً : التفاوض بنية عدم التعاقد 113
ثانياً:التفاوض مع عدّة أطراف بنية اختيار طرف واحد (المفاوضات الموازية) 117
**الفصل الثاني : التنظيم القانوني لمبدأ حسن النية في مرحلة ما بعد التعاقد ( مرحلة التنفيذ ) :** 119
**المبحث الأول : مبدأ حسن النية في مرحلة التنفيذ** 119
**المطلب الأول : ماهية مبدأ حسن النية في مرحلة التنفيذ** 119
**الفرع الأول : مبدأ حسن النية بين المفاوضات والتنفيذ** 120
أولاً :أوجه الاتفاق بين حسن النية التفاوضي وحسن النية التنفيذي 120
ثانياً : أوجه الاختلاف بين حسن النية التفاوضي وحسن النية التنفيذي 126
**الفرع الثاني : الالتزام بمبدأ حسن النية في مرحلة التنفيذ** 129
أولاً: موقف الأنظمة القانونية الكبرى من الالتزام بمبدأ حسن النية في مرحلة التنفيذ. 129
ثانياً: الأساس القانوني للالتزام بمبدأ حسن النية في مرحلة التنفيذ . 134

**المطلب الثاني : الاثار القانونية المترتبة على الإخلال بمبدأ حسن النية في مرحلة التنفيذ** 140
**الفرع الأول : الأثر الموضوعي للإخلال بمبدأ حسن النية في مرحلة التنفيذ** 140
أولاً : بطلان العقد وإبطاله 140
ثانياً : وقف التنفيذ والدفع بعدم التنفيذ 141
ثالثا : الفسخ المبتسر 150
**الفرع الثاني : الأثر الشخصي للإخلال بمبدأ حسن النية في مرحلة التنفيذ** 159
أولاً : المسؤولية القانونية المترتبة على الإخلال بمبدأ حسن النية في مرحلة التنفيذ 159
ثانياً : القانون واجب التطبيق في العقود التجارية الدولية الالكترونية 162
**المبحث الثاني : تطبيقات مبدأ حسن النية في مرحلة التنفيذ** 167
**المطلب الأول : مقتضيات حسن النية في مرحلة التنفيذ** 167
**الفرع الأول : تيسير التنفيذ** 167
أولاً : التعاون 168
ثانياً : لزوم التنفيذ دون تعديل 175
**الفرع الثاني : إعادة التفاوض** 184
أولاً : ماهية عملية إعادة التفاوض 184
ثانياً : الآثار القانونية المترتبة على عملية إعادة التفاوض 189
**المطلب الثاني : مقتضيات سوء النية في مرحلة التنفيذ** 194
**الفرع الأول : مفاقمة الضرر** 194
أولاً : الوجود القانوني لنظرية تخفيف الضرر 195
ثانيا : الأساس القانوني للالتزام بتخفيف الضرر 199
ثالثا: الأثر القانوني المترتب على مفاقمة الضرر 201
**الفرع الثاني : عدم المطابقة** 204
أولاً : الوجود القانوني لنظرية المطابقة 205
ثانيا : شروط الاحتجاج بعدم المطابقة 208
ثالثاً : الأساس القانوني للالتزام بالمطابقة 214
رابعاً : الأثر القانوني المترتب على عدم المطابقة 215
**خاتمة** 221
**المراجع** 229
**فهرس المحتويات** 249