



العقود الدولية





منشورات جامعة دمشق

نظام التعليم المفتوح

برنامج الدراسات القانونية

العقود الدولية

الدكتور

ساجر حميد الخابور

أستاذ مساعد في قسم القانون الدولي

الدكتورة

وفاء مزيد فلحوط

أستاذ مساعد في قسم القانون الدولي

1441 - 1442 هـ

2019 - 2020 م



الفهرس

9	المقدمة
13	الفصل الأول تعريف العقد الدولي ومعايير دوليته
15	المبحث الأول : تعريف العقد الدولي وأهمية تحديد دوليته
15	المطلب الأول : تعريف العقد عمومًا
17	المطلب الثاني : تعريف العقد الدولي
22	المطلب الثالث : تحديد المقصود بالدولية كمسألة لازمة لإعمال قواعد القانون الدولي الخاص
24	المطلب الرابع : أهمية دولية العقد كمسألة أولية لازمة لإعمال قواعد القانون الدولي الخاص
27	المبحث الثاني: معايير دولية العقد
27	المطلب الأول : الاتجاهات الفقهية القائمة على الخيار ما بين معياري دولية العقد
38	المطلب الثاني: الاتجاهات الفقهية القائمة على الجمع ما بين معياري دولية العقد
46	المطلب الثالث : معايير دولية العقد في الاجتهاد القضائي
51	المطلب الرابع : معايير دولية العقد في الاتفاقيات الدولية
55	الفصل الثاني مرحلتا التفاوض والإبرام وبعض صور العقود الدولية
57	المبحث الأول : المرحلة التفاوضية في العقود الدولية
57	المطلب الأول : تعريف المفاوضات وأسس التفاوض الناجح
61	المطلب الثاني: الاتفاقات التحضيرية

67	المطلب الثالث: الاتفاقيات التعاقدية النازمة لعملية التفاوض
70	المطلب الرابع : التزامات المرحلة التفاوضية
74	المطلب الخامس: المسؤولية وجزاء الإخلال
81	المبحث الثاني: إبرام العقود الدولية
81	المطلب الأول : إبرام العقد استناداً لأحكام اتفاقية فيينا
89	المطلب الثاني: مشروع العهد الدولي لتوحيد قواعد القانون الخاص
97	المبحث الثالث : بعض صور العقود الدولية
101	المطلب الأول: العقود النفطية
103	المطلب الثاني: عقود الترخيص وعقود التنازل عن الملكية الفكرية
110	المطلب الثالث : عقود تسليم (مفتاح - إنتاج - سوق) باليد
116	المطلب الرابع : عقد الفرنشايز
120	المطلب الخامس: عقد التعاون الصناعي
128	المطلب السادس: عقود الخدمات
139	الفصل الثالث التحكيم في العقود الدولية والقانون الواجب التطبيق
141	المبحث الأول: التحكيم في العقود الدولية
141	المطلب الأول: تعريف التحكيم وتمييزه عن غيره من النظم
151	المطلب الثاني: الطبيعة القانونية للتحكيم وأهمية تحديدها
164	المطلب الثالث: مبررات اللجوء إلى التحكيم في العقود الدولية وعيوبه
173	المطلب الرابع : أنواع التحكيم
186	المطلب الخامس: صور اتفاق التحكيم
191	المبحث الثاني : القانون الواجب التطبيق على العقود الدولية

192	المطلب الأول: قانون الإرادة
196	المطلب الثاني: اختيار القانون الوطني للدولة الطرف
199	المطلب الثالث: اختيار قواعد القانون الدولي العام
201	المطلب الرابع: قواعد قانون التجارة الدولي
205	المراجع





المقدمة

يرى فقهاء القانون الدولي الخاص أن فكرة (العقد الدولي) هي فكرة مرنة تنطبق على مجموعة واسعة من العقود التي تمتاز بخصائص معينة، لذا يغدو من الصعب الوصول إلى تعريف جامع للعقد الدولي، أو الوصول إلى معيار جامد للكشف عن دوليته رغم ما لتحديد تلك الدولية من أهمية خاصة، ولاسيما لجهة تحرير العقد من الخضوع المباشر للقواعد الموضوعية ذات الصلة في قانون وطني معين، وذلك لصالح إعمال قواعد القانون الدولي الخاص المادية منه أم التنازعية، ونظراً لهذه الصعوبة لم تكن مسألتا: تعريف العقد، وتحديد معايير دوليته في اهتمام المشرعين بقدر ما كانت في اهتمام الفقه أو القضاء.

حيث ظهر في الوسط الفقهي معياران أساسيان لتحديد دولية العقد: أولهما معيار قانوني يقوم على اتصال العناصر القانونية للعقد بأكثر من نظام قانوني. إلا أن أنصار هذا المعيار انقسموا على أنفسهم، وذهبوا في اتجاهين: اتجاه موسع نادى بضرورة التسوية بين مختلف العناصر القانونية للعقد في معرض إقرار طابعه الدولي، واتجاه مضيق اعتدّ بالعناصر الفاعلة فقط لإقرار الطابع المذكور، وساق أمثله عن تلك العناصر، كالجنسية مثلاً في عقود الأحوال الشخصية، ومحل التنفيذ في عقود المعاملات المالية.

أما المعيار الثاني لتحديد دولية العقد كان معياراً اقتصادياً يعتمد على تحليل المحتوى الموضوعي للعقد، وذلك بأن ينطوي على حركة مد وجزر للقيم الاقتصادية عبر حدود الدول، أو ينطوي على حركة للأموال والخدمات على نحو يمس بمصالح التجارة الدولية.

ونظراً لمواجهة المعيارين السابقين بعدة انتقادات تبنى جانب من الفقه معياراً مزدوجاً يقوم على الجمع بينهما على نحو يضمن الإفادة من مزايا كل منهما، وقد وجد هذا المعيار المزدوج قبولاً في العديد من التطبيقات القضائية، كما تبنته بعض الاتفاقات الدولية ذات الصلة.

والحديث عن العقد الدولي يستلزم بدوره الوقوف على ما يسبق مرحلة إبرامه من عملية تفاوضية بين أطرافه المحتملين، بجملة ما يتخللها من مناقشات وتبادل لوجهات نظر كثيراً ما تفضي لاتفاقيات يُستفاد منها عادة بصورة لاحقة في تفسير العقد، أو في إثباته، أو باعتبارها جزء منه بقدر الإحالة إليها.

و تعتبر مرحلة الإبرام عن تلاقي إرادتين لإبرام العقد الدولي، بحيث يلتزم أطراف العقد بالاشتراطات العقدية التي تعد في العقود الدولية القانون الذي يحكم العقد، والذي لا ينعقد صحيحاً إلا بتوافر ثلاثة أركان عامة هي: التراضي أو «الرضا»، والمحل، والسبب.

وفي معرض الحديث عن صور العقود الدولية من الطبيعي أن لا نجد قالباً عقدياً معيناً جامعاً لتلك الصور مما يفترض تصنيفها في مجموعات تقوم على قواسم مشتركة تجمع بين عناصر المجموعة الواحدة، إلا أن الوصول إلى تصنيف جامع لم يكن أيضاً بالأمر السهل، وذلك بسبب الاختلاف على تحديد دلالة المصطلحات المستخدمة في التصنيف وعلى تحديد المقصود بأطراف العقد وبطبيعة موضوعه وبما يلزم تطبيقه من قواعد واجبة التطبيق. فتعددت المصطلحات في سياق أكثر التصنيفات شيوعاً، فكان منها: العقود ذات الطابع التقليدي والعقود ذات الطابع الخاص، عقود التبادل وعقود الإنتاج، عقود المبادلات الاقتصادية، عقود التنمية الاقتصادية، عقود التجارة الدولية.. ولعل من أهم الصور العقدية التي يطرحها الواقع العملي مما سنتعرض لدراسته: العقود النفطية وعقود الترخيص والتنازل عن الملكية الفكرية وعقود تسليم (مفتاح وإنتاج وسوق) باليد وعقود الفرائشيز وعقود التعاون الصناعي وعقود الخدمات

وفي معرض الحديث عن تسوية منازعات العقود الدولية وانطلاقاً من أن التجارة الدولية تتطلب السرعة ازدادت أهمية التحكيم حتى أصبح الآن الوسيلة المعتادة، والأكثر شيوعاً، لتسوية المنازعات الخاصة بالتجارة والاستثمار، إذ إنه يفسح المجال لإرادة الأطراف في اختيار تسوية منازعاتهم الاستثمارية بعيداً عن جمود النظم القانونية، وتعقيداتها، واختلافها

من بلد إلى آخر، كما أنه يفسح المجال لإعمال مبادئ العدالة، وعدم التقيد الكلي بالقانون، كما هو الحال بالنسبة للمحاكم، هذا فضلاً عن أنه يأخذ الاعتبارات العملية في المقام الأول.

أما فيما يتعلق بمسألة القانون الواجب التطبيق على العقود الدولية فيعد هذا الموضوع من الموضوعات المعقدة في القانون الدولي الخاص، بسبب ارتباط هذه العقود بخطط التنمية الاقتصادية في الدولة، مما يجعل الدول تنفر من فكرة إخضاع العقد لقانون آخر غير قانونها الوطني، خاصة وأن لاختيار القانون الواجب التطبيق على العقد آثاره المهمة، سواء فيما يتعلق بمدى إمكانية تعديل شروط العقد نتيجة لتغير الظروف، أو لجهة كيفية تطبيق نظرية الظروف الطارئة، أو لتحديد القواعد الواجبة التطبيق بصدد التعويض المستحق للمتضرر... وبناءً على ما سبق سنبحث في العقد الدولي تباعاً كالآتي:

الفصل الأول : تعريف العقد الدولي ومعايير دوليته

المبحث الأول: تعريف العقد الدولي وأهمية تحديد دوليته.

المبحث الثاني: معايير دولية العقد.

الفصل الثاني: مرحلتا التفاوض والإبرام وبعض صور العقود الدولية

المبحث الأول: المرحلة التفاوضية في العقود الدولية

المبحث الثاني: إبرام العقود الدولية

المبحث الثالث : بعض صور العقود الدولية

الفصل الثالث : التحكيم في العقود الدولية والقانون الواجب التطبيق

المبحث الأول : التحكيم في العقود الدولية

المبحث الثاني : القانون الواجب التطبيق على العقود الدولية



الفصل الأول *

تعريف العقد الدولي ومعايير دوليته

تعددت التعاريف المقترحة للعقد الدولي دون أن يجمعها معيار ثابت يكشف عن الصفة الدولية للعقود، ونظراً لأهمية نتائج إقرار هذه الصفة سعى جانب هام من الفقه لبيان معاييرها.

وفي معرض تحديد معايير دولية للعقود تبنى جانب من الفقه معياراً قانونياً قوامه العناصر القانونية للعلاقة العقدية، في الوقت الذي دافع فيه جانب آخر عن معيار اقتصادي قوامه موضوع العقد وتحليل محتواه الاقتصادي

ويعتبر العقد دولياً وفقاً لأنصار المعيار القانوني فيما لو اتصلت عناصره بأكثر من نظام، ويستوي عند أنصار المعيار القانوني التقليدي تطرق العنصر الأجنبي لأي من عناصر العقد، بينما يشترط أنصار المعيار القانوني الحديث تطرق الصفة الأجنبية لعنصر عقدي فاعل على وجه التحديد .

ونظراً للانتقادات التي طالت المعيار القانوني بشقيه التقليدي والحديث وجد جانب من الفقه أن المعيار الأفضل لتقرير الطابع الدولي للعقود يتمثل في معيار اقتصادي يستجيب لمقتضيات التجارة الدولية باعتبار ما ينطوي عليه من بيان لحركة المد والجزر للقيم الاقتصادية عبر الحدود متجاوزاً بذلك نطاق الاقتصاد الوطني للدول .

إلا أن المعيار الاقتصادي لم يسلم بدوره من النقد شأنه في ذلك شأن المعيار القانوني بشقيه التقليدي والحديث، وهذا ما دعا إلى ظهور ما سمي بالمعيار الجامع أو المزدوج، وقد

* كتب الفصل الأول كاملاً الدكتورة وفاء مزيد فلهووط

وجد هذا المعيار سنده في العديد من الاجتهادات القضائية وفي بعض الاتفاقيات الدولية ذات الصلة، وكان مفاده التحقق في معرض إقرار الطابع الدولي للعقود من وجود العنصر الأجنبي في العقد وفقا للمعيار القانوني مع ضرورة تعلق الأمر بمصالح التجارة الدولية وفقا للمعيار الاقتصادي .



المبحث الأول

تعريف العقد الدولي وأهمية تحديد دوليته

اختلف الفقه حول تعريف العقد عموماً، كما اختلف المشرعون حول إمكانية صياغة تعريف محدد له، فمنهم من تبني تعريفاً محدداً، ومنهم من امتنع عن ذلك تاركاً الأمر لاجتهاد الفقه والقضاء، حتى أمكن القول إنّ صياغة تعريف للعقد بما في ذلك العقد الدولي لم تكن في اهتمام المشرعين بقدر ما كانت في اهتمام الفقهاء، الذين بذلوا من جانبهم عدة محاولات بقصد الوقوف على تعريف جامع للعقد الدولي رغم إدراكهم صعوبة الوصول إلى مثل ذلك التعريف. كما لم يغيب عن ذهن هؤلاء حقيقة ما لتحديد دولية العقد من أهمية تتمثل في إفلات العقد من نطاق قانون محدد لصالح أعمال قواعد القانون الدولي الخاص المادية منه أو التنازعية. وهذا ما دفعهم للبحث عن المقصود بدولية العقد، والوقوف على أهم نتائج إقرارها.

المطلب الأول: تعريف العقد عموماً:

يعرف العقد عموماً بأنه: التصرف القانوني القائم على اتفاق إرادتين على إحداث أثر قانوني معين، وقد يتمثل هذا الأثر في إعطاء شيء، أو القيام بعمل، أو الامتناع عن القيام بعمل⁽¹⁾.

(1) د. حنان عبد العزيز مخلوف - العقود الدولية - جامعة بنها - كلية الحقوق - 2010م - ص 5.
ويشير الدكتور السنهوري لما لاحظته جانب من الفقه، من أنه ليس كل اتفاق يراد به إحداث أثر قانوني يكون عقداً، بل يجب أن يكون هذا الاتفاق في نطاق القانون الخاص، فالمعاهدة اتفاق بين دولة وأخرى، وتولي الوظيفة العامة اتفاق بين الحكومة والمواطن. فهذه الاتفاقيات ليست عقوداً لأنها تقع في نطاق القانون العام (الدولي / الإداري).

راجع د. عبد الرزاق أحمد السنهوري - النظرية العامة للالتزامات - نظرية العقد - الجزء الأول - الطبعة الثانية - منشورات الحلبي الحقوقية - بيروت / لبنان - 1998م - ص 81 هامش رقم (2).

- ويختلف التعريف الفقهي للعقد عن تعريفه القانوني: فالعقد في اصطلاح فقهاء الشريعة الإسلامية هو ارتباط بين إرادتين، وليس اتفاقهما كما ذهب فقهاء القانون، مما يعني أن التعريف الفقهي هو الأصح، لأنه قد يتم الاتفاق بين الإرادتين حتى لو لم تتحقق شروط الانعقاد المطلوبة شرعاً، فالتعريف الفقهي للعقد لا يشمل العقد الباطل خلافاً للتعريف القانوني⁽¹⁾.

- ويختلف الموقف التشريعي حول مسألة تبني تعريفاً محدداً للعقد من عدمه، فبعض القوانين تبنت مثل ذلك التعريف، كالقانون المدني في كل من العراق والأردن، وقانون العقود في لبنان⁽²⁾، على غرار القانون المدني الفرنسي والذي تبني تعريفاً محدداً للعقد في مادته (1101) يذهب لاعتباره: (اتفاق يلزم بموجبه شخص أو عدة أشخاص تجاه شخص آخر أو أكثر بإعطاء شيء أو بفعل شيء أو الامتناع عن فعل شيء)⁽³⁾، بينما

(1) التعريف القانوني للعقد يشمل كذلك تعريف الوعد بالعقد لأنه أيضاً اتفاق بين إرادتين، رغم أن الوعد بالعقد لا يعدُّ عقداً لأن اتفاق الإرادتين على التعاقد لا يعني انعقاد العقد طالما أن الإرادتين لم تتحرك كل منهما نحو الأخرى ليتم التلاقي بينهما، وهذا يُظهر كيف أن التعريف القانوني للعقد تعريف غير مانع خلافاً للتعريف الفقهي، راجع في معرض التمييز بين التعريفين الفقهي والقانوني. د. فواز صالح: القانون المدني - مصادر الالتزام - الجزء الأول - المصادر الإدارية - منشورات جامعة دمشق - 2010-2011م - ص70-71.

(2) كما في م (73) من القانون المدني العراقي رقم 40 لعام (1951)، وم (165) من قانون الموجبات والعقود اللبناني، وم (87) من القانون المدني الأردني رقم 40 لعام 1976 والذي عرف العقد بأنه: (ارتباط الإيجاب الصادر من أحد المتعاقدين بقبول الآخر وتوافقهما على وجه يثبت أثره في العقود وعليه يترتب عليه التزام كل منهما بما وجب عليه للآخر).

أحمد حميد الأنباري: سكوت الإرادة عن تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي (دراسة مقارنة) - رسالة ماجستير - جامعة الشرق الأوسط - كلية الحقوق - الأردن / عمان - 2017م - ص12

(3) وبذلك يبدو تمييز المشرع الفرنسي ما بين العقد من جهة وبين الاتفاق من جهة أخرى، إذ يعتبر العقد اتفاق بين إرادتين، مما يعني أن الاتفاق أعم وأشمل من العقد، وقد ميز جانب من الفقه الفرنسي بينهما على اعتبار الاتفاق توافق إرادتين على إنشاء التزام أو نقله أو تعديله أو إنشائه، في حين أن توافق الإرادتين في العقد لا يتجه إلا

امتنعت تشريعات أخرى، كالقانون المدني المصري عن تعريف العقد، واعتبرت هذه المسألة من المسائل الفقهية التي يفضل تركها للاجتهاد⁽¹⁾.

- أما موقف المشرع السوري فكان مماثلاً لنظيره المصري، إذ لا نجد في القانون المدني السوري رقم 84/ لعام 1949 نصاً قانونياً يتبنى تعريفاً محدداً للعقد، وأبعد ما يمكن الإشارة إليه ما كان في ركن الرضا من اعتبار إتمام العقد بمجرد تبادل الطرفين التعبير عن إرادتين متطابقتين⁽²⁾.

المطلب الثاني: تعريف العقد الدولي:

لم يكن تعريف العقد الدولي في اهتمام المشرعين بقدر ما كان في اهتمام الفقه:
- فلا نجد مثلاً في القانون المدني السوري رقم 1949/84 مادة قانونية تذهب لتعريف (العقد الدولي)، إنما نجد مواداً لتحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي، سواء لجهة الموضوع (م20) أم لجهة الشكل (م21)⁽³⁾.

إنشاء الالتزام، ومن هنا فإن وفاء الدين هو اتفاق وليس عقداً، راجع في معرض التمييز بين العقد والاتفاق د. عبد الرزاق أحمد السنهوري - مرجع سابق - ص80 البند رقم (78). بالإضافة إلى د. فواز صالح - مرجع سابق - ص16.

(1) حيث تم حذف تعريف العقد من المشروع التمهيدي للتقنين المدني المصري الحالي (المادة 122، والتي كانت تقضي بأن العقد اتفاق ما بين شخصين أو أكثر على إنشاء رابطة قانونية أو تعديليها).

أحمد حميد الأنباري - مرجع سابق - ص12.

(2) م92 (الفصل الأول العقد / الباب الأول: مصادر الالتزام)، من القانون المدني السوري الصادر بالمرسوم

التشريعي رقم 84 تاريخ 1949/5/18 - منشور في الجريدة الرسمية - العدد 27 - ص1409

(3) نصت م20 على أنه (1- يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا موطناً، فإن اختلفا موطناً يسري قانون الدولة التي تم فيها العقد هذا ما لم يتفق المتعاقدان أو يتبين من الظروف أن قانوناً آخر هو الذي يراد تطبيقه).

2- على أن قانون موقع العقار هو الذي يسري على العقود التي أبرمت بشأن هذا العقار).

- ونفترض من جهتنا أنَّ ثمة تكييفاً أولياً سابقاً لعملية الإسناد سيتم بناء على قانون القاضي باعتباره المرجع في التكييف وفقاً للمادة (11) من نظام تنازع القوانين⁽¹⁾، وهذا التكييف كفيل ببيان دولية العقد من عدمها تمهيداً لإخضاعه لقاعدة الإسناد المنصوص عليها في م 20 أو في م 21 حسب ما يقرر القاضي في متابعته لتكييف جوانب النزاع العقدي فيما لو كانت من موضوع العقد أم من شكله⁽²⁾.

على أن يقصد بالقانون السوري باعتباره قانون القاضي المعتمد في التكييف الأولي مختلف القواعد القانونية المطبقة في سورية سواء أكانت قواعد مكتوبة أم عرفية، كما نفترض الأخذ بالقانون حسب ترتيب قواعده المعتمد في الدولة، مع احترام الاتفاقات الدولية ذات الصلة.

على أن تكييف القاضي الوطني للعلاقة العقدية المطروحة، وتحديد ما إذا كانت تنسم بالطابع الدولي على نحو يبرر إعمال قواعد الإسناد، وخاصة قاعدة خضوع العقود الدولية لقانون الإرادة، أم أنها تتصف بالطابع الداخلي مما يدفعه لتطبيق قانونه تطبيقاً مباشراً دون

بينما نصت م 21 (العقود ما بين الأحياء تخضع في شكلها لقانون البلد الذي تمت فيه، ويجوز أيضاً أن تخضع للقانون الذي يسري على أحكامها الموضوعية، كما يجوز أن تخضع لقانون موطن المتعاقدين أو قانونهما الوطني المشترك).

(1) نصت م 11: (القانون السوري هو المرجع في تكييف العلاقات عندما يطلب تحديد نوع هذه العلاقات في قضية تتنازع فيها القوانين، لمعرفة القانون الواجب تطبيقه من بينها).

(2) تجدر الإشارة هنا أننا ابتعدنا بصدد تحديد أرقام المواد عن فرضية فيما لو كان العقد الدولي الخاص عقد زواج، إذ ستظهر حينها في مجال التطبيق على موضوعه وأثاره وإخلاقه المادتان (13 و 14) فيما لو كان الزوجين أجنبيين، والمادة (15) فيما لو كان أحد الزوجين سورياً وقت انعقاد الزواج، هذا علماً عن مراعاة ما يستثنى من قانون الإرادة باعتباره قانون الضابط الأصيل المقرر في المادة 1/20، ومنها مثلاً العقود المتعلقة بعقار المستثناة بصراحة فـ 2 من المادة 20، والتي تخضع لقانون موقع العقار، وبعض أنواع العقود التي لا تتلاءم بطبيعتها مع قانون الإرادة كعقود العمل التي تخضع حسب الاتجاه السائد لقانون دولة التنفيذ، وكذلك العقود التي تتم في البورصات والأسواق العامة والتي تخضع بحكم السرعة والاعتقاد لقانون المكان الذي تتم فيه.

استشارة قواعد الإسناد، هي مسألة قانونية بالغة الدقة مما يحتم خضوعها لرقابة محكمة النقض⁽¹⁾.

- وبالمقابل تعددت محاولات الفقهاء لاعتماد تعريف محدد للعقد الدولي: فمنهم من عرفه بالعقد الذي اتصلت عناصره القانونية بأكثر من نظام قانوني، ومنهم من عرفه بالعقد المتضمن لعنصر أجنبي، سواء تعلق ذلك العنصر بمحل إبرام العقد أم بمكان تنفيذه، أم بموضوعه، أم بأطرافه.

- وقد عرفه البعض بأنه: اتفاق بين طرفين أو أكثر من أشخاص القانون الدولي الخاص، يتجاوز بطبيعته القانونية والاقتصادية حدود نظام واحد، أو يقع في ذات الظروف مع شخص من أشخاص القانون العام الداخلي أو من أشخاص القانون الدولي لا يظهران في العلاقة التعاقدية بوضعهما سلطة عامة داخلية أو دولية⁽²⁾.

- ورغم تعدد المحاولات الفقهية للوصول إلى تعريف محدد للعقد الدولي أكد فقهاء القانون الدولي الخاص في أكثر من موضع على صعوبة الوصول إلى مثل ذلك التعريف سواء على مستوى تنازع القوانين أم على مستوى القواعد المادية في القانون الدولي الخاص وذلك حسب قول العميد (Batiffol)، كما أكد (Pommer) أنه من شبه المستحيل تحديد المقصود بالعقد الدولي، ومن جهته رأى (Lagarde) أن أي محاولة لوضع تعريف محدد للعقد الدولي ستفتح الباب للعديد من المناقشات المتباينة، وذلك بسبب تعذر الوصول إلى تعريف موحد ينطبق على مختلف أنواع العقود الدولية⁽³⁾.

(1) د. هشام علي صادق: القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية - منشأة المعارف - الإسكندرية - 1995 - ص 66.

(2) مشار إلى بعض التعريفات للعقد الدولي لدى بوخالفة عبد الكريم. نطاق تطبيق قانون الإدارة في عقود التجارة الدولية - رسالة ماجستير - جامعة قاصدي مرباح ورقلة - كلية الحقوق والعلوم السياسية - 2014 - ص 15/14.

(3) أحمد الأنباري - مرجع سابق - ص 15 إلى ص 17.

فمثلاً يعد مصطلح (العقود الاقتصادية الدولية) مصطلحاً غير محدد المضمون، إذ استخدمه البعض للدلالة على أنماط من العقود الدولية التي لا تخضع لقواعد القانون الدولي الخاص، من ذلك العقود التي تبرم بين الدول، أو اتفاقيات التنمية الاقتصادية. أي بعبارة أخرى يمكن التدليل على جهالة المضمون باعتبار أن عقود التجارة الدولية تبرم وتنفذ من خلال نماذج عقدية متنوعة مما يجعل لكل منها نظامه القانوني المختلف باختلاف تكوينها، كما أن هذه العقود قد يكون أحد أطرافها دولة أو أحد أشخاصها العامة، وطرف أجنبي، كما قد تبرم بين طرفين من أشخاص القانون الخاص، مما يؤدي لاختلاف وجهات النظر في مسألة تطبيق قانون الإرادة، ذلك أن الحلول المقررة لمشكلة تنازع القوانين في عقود التجارة الدولية تختلف عن تلك الحلول المتبعة في إطار عقود الدولة المسماة بعقود التنمية الاقتصادية⁽¹⁾.

ولعلّ هذا ما دفع جانباً من الفقه (العربي والأجنبي) لبيان الأحكام الواجبة التطبيق على العقد الدولي دون بيان معيار دوليته أو تحديد ماهيته. وكأن الأمر من المسلمات⁽²⁾، رغم أن الواقع يثبت خلاف ذلك.

- ومن جهتنا يمكننا تحديد الملامح العامة لتعريف العقد الدولي باعتباره العقد غير الداخلي الناظم لعلاقات الأشخاص على الصعيد الدولي، والذي يستمد صفته الدولية

(1) حسن علي كاظم: تسوية المنازعات الناشئة عن عقد الترخيص الدولي - رسالة دكتوراه - جامعة الجزائر - كلية القانون - 2004-2005 - ص 11-12.

(2) من الفقه الأجنبي مثلاً: (P) Arminjon في مؤلفه:

Precis de droit international Privé, II, Les Personnes, Paris, 1929, P.170.

ومن الفقه العربي مثلاً د. عز الدين عبد الله في مؤلفه القانون الدولي الخاص، ج2، ط8، 1977، ص417. وكذلك د. جابر جاد عبد الرحمن في مؤلفه تنازع القوانين، دار النهضة العربية، 1970، ص533. مشار إلى هذه التوجهات الفقهية في مؤلف د. هشام خالد - خصائص وطبيعة عقد ضمان الاستثمار - مؤسسة شباب الجامعة - الاسكندرية - 1988 - هامش رقم (8) الصفحتين 25/26.

من طبيعة موضوع العلاقة التي يحكمها والمتضمنة لعنصر أجنبي⁽¹⁾، أو يستمدّها من أجنبية عنصر فاعل فيه سواء أكان هذا العنصر ذا طابع قانوني أم كان ذا طابع موضوعي⁽²⁾. هذا مع اعتقادنا بإمكانية اقترابنا من الصيغة المقبولة لتعريف العقد الدولي كلما تمكنا من تحديد الفرع القانوني المنتمي إليه، بما يعنيه ذلك من تحديد لطبيعة موضوعه ولأشخاصه المتعاقدين: فيعد مثلاً تعريفاً مقبولاً للعقد الدولي منظوراً إليه كأحد موضوعات القانون الدولي الخاص تعريفه بالعقد الناظم لعلاقات أشخاص القانون الخاص الطبيعيين أو الاعتباريين المشتمة على عنصر أجنبي، بحيث يعد من أمثله العقود المبرمة بين الأشخاص الطبيعيين في إطار قانون الأحوال الشخصية كعقود الزواج المختلط، وكذلك العقود المبرمة بين أشخاص طبيعيين أو اعتباريين كالشركات الخاصة في نطاق القانونين المدني والتجاري

إلا أن وجود فروع قانونية أخرى تتمتع بخصوصية مستقلة حيال القانون الدولي الخاص، كالقانون الدولي الاقتصادي، أو القانون الدولي الإداري.. من شأنه إحداث تغيير في تعريف العقد الدولي لينسجم مع حقيقة اختلاف طبيعة أشخاص العقود المبرمة في نطاق تلك الفروع أو اختلاف طبيعة موضوعاتها، على نحو يفسر لنا ظهور عدة مسميات مختلفة تحت سقف مصطلح (العقود الدولية)، ومنها مما يخدم قولنا السابق مسميات من قبيل: العقود الاقتصادية الدولية، وعقود الاستثمار الدولية، وعقود التنمية الاقتصادية، وعقود الدولة الدولية، والعقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، والعقود الإدارية الدولية...

(1) راجع بحثنا: الدكتور وفاء مزيد فلهوط: العقود الدولية. الموسوعة العربية (الموسوعة القانونية المتخصصة) - الجمهورية العربية السورية - المجلد الخامس - ص 372.

أو عن موقع الموسوعة العربية الإلكتروني: WWW.Arab-ency.com

(2) وهذا ينسجم مع ترجيحنا لاحقاً للأخذ بالمعيار القانوني الضيق في معرض إقرار دولية العقد من عدمها.

المطلب الثالث: تحديد المقصود بالدولية كمسألة أولية لازمة لإعمال قواعد القانون الدولي الخاص (الدولية المطلقة والدولية النسبية):

إنَّ دولية العقد قد تكون دولية مطلقة وذلك باتصال عناصره الذاتية بدولتين أو أكثر، وقد تكون دولية نسبية فيما لو تركزت عناصره في دولة واحدة إلا أنَّ النزاع بصدد تمَّ طرحه أمام قضاء دولة أخرى، كما لو عرض نزاع على القضاء السوري بصدد عقد ينتمي بكافة عناصره المؤثرة إلى القانون الفرنسي مثلاً، كأن يتعلق العقد بعملية بيع أبرمت بين فرنسيين يقيمون في فرنسا ويجري تنفيذها هناك، إذ يمكن القول هنا أن دولية هذا العقد هي (دولية نسبية)، لأنَّ هذا النزاع لا يعدُّ دولياً فيما لو طرح هو نفسه أمام القضاء الفرنسي.

وهنا يثور التساؤل فيما لو كانت هذه (الدولية النسبية) كفيلة بإعمال قواعد الإسناد السورية، أم يشترط لإعمالها أن يكتسب العقد طابعاً دولياً مطلقاً بصرف النظر عن الدولة التي طرَحَ النزاع أمام محاكمها.

وفي صدد الإجابة على هذا التساؤل فضل الفقيه الفرنسي (مايير) وصف العقد في الفرض السابق بالعقد الأجنبي، واعتبر مع ذلك أن مجرد طرح هذا العقد على قضاء دولة أجنبية كفيل بتدويله ولو كانت دوليته من قبيل (الدولية الشخصية) التي لا تصل إلى حد (الدولية الموضوعية) على اعتبار أن الصفة الأجنبية بقيت بعيدة عن العناصر الذاتية للعقد⁽¹⁾، ذلك أن اختصاص القضاء الأجنبي يعدّ عنصراً خارجياً لا يتعلق بجوهر ومضمون العلاقة نفسها⁽²⁾.

ومن جهته ذهب جانب من الفقه المصري للقول: "... إن ما يمكن تسميته بالدولية

(1) د. هشام صادق - مرجع سابق - ص 72.

(2) [Mayer (p): Droit International Privé-paris-4eme-1991 p.11]

مشار إليه لدى حسن كاظم - مرجع سابق - ص 22

النسبية للعلاقة القانونية... لا يكفي في ذاته لإضفاء الطابع الدولي المطلوب للرابطة العقدية كشرط لإعمال قاعدة التنازع التي تخضع بمقتضاها هذه الرابطة لقانون الإرادة⁽¹⁾. مما يعني خضوع مثل ذلك العقد لقانون الدولة الأجنبية التي ينتمي إليها العقد بكامل عناصره (الذاتية)، أما الأساس القانوني لتطبيق قانون هذه الدولة فيجد سنده في عدة نظريات فقهية، منها ما يبرز تطبيقه كإذعان مباشر لإرادة المشرع الأجنبي في إعمال قانونه على الروابط العقدية التي تدخل قطعاً في مجال تطبيقه، ومنها ما يرى الأمر مجرد تنازع ظاهري كاذب لا أكثر حسب ما يطلق عليه الفقه الأمريكي⁽²⁾.

والقول خلاف ذلك يؤدي في نظر جانب آخر من الفقه المصري إلى نتيجة غير منطقية، وهي تحويل كافة العلاقات الداخلية الصرفة إلى علاقات دولية خاصة لجرد طرحها أمام قضاء أجنبي، أو أمام قضاء التحكيم، ونظراً لأنه من الثابت ليس لكل عنصر أجنبي في علاقة ما القدرة على منح الطابع الدولي لتلك العلاقة، فمن باب أولى أن يصدق هذا القول بصدور علاقة تركزت برمتها في نظام قانوني واحد حتى إن نظرها قضاء دولة أخرى وفقاً لضابط اختصاص قضائي دولي حدده مشرعه⁽³⁾.

- ومما يجدر ذكره في هذا السياق تصدي بعض التشريعات لهذه المسألة، كالقانون الدولي الخاص الألماني لعام 1986، إذ بعد أن نصت ف 1 من م 27 على قاعدة خضوع العقد لقانون الإرادة أكدت ف 3 منها على أن (اختيار الأطراف لقانون أجنبي، سواء صاحب

(1) مقتبس عن رأي د. هشام صادق - مرجع سابق - ص 72.

(2) يرى الفقه الأمريكي إن التنازع الكاذب أو التنازع غير الحقيقي (False Conflict)/(Faux Conflict) يمكن أن يحدث في الحالات التالية: 1- إذا كانت القوانين المتصلة بالعلاقة الدولية ذات مضمون واحد. 2- إذا كان مضمون القوانين المرتبطة مختلفاً إلا أن النتيجة المتحققة هي ذاتها بصرف النظر عن القانون المطبق. 3- إذا تعددت القوانين المتصلة بالعلاقة ولكن إحداها فقط من أكد اختصاصه لحكم تلك العلاقة. راجع حسن كاظم - مرجع سابق - ص 23.

(3) رأي الدكتور عكاشة محمد عبد العال - مشار إليه لدى حسن كاظم - مرجع سابق - ص 23.

هذا الاختيار خضوعهم الاختياري للقضاء الأجنبي من عدمه لا يقوى، فيما لو تركزت كافة العناصر الأخرى للرابطة العقدية عند الاختيار في دولة واحدة، على الخروج عن الأحكام الآمرة المقررة في قانون هذه الدولة⁽¹⁾.

وهذا ما أكدته بدورها الاتفاقات الدولية، كاتفاقية لاهاي لعام 1955 المتعلقة بالبيع الدولية للمنقولات المادية، حيث قضت في م4/1 بأن قيام المتعاقدين بعهد الاختصاص لقاضي أو محكم ليس كافياً لوصف البيع بالطابع الدولي، وفي ذات المعنى أكدت اتفاقية لاهاي لعام 1985 بشأن البيع الدولية للبضائع في م1/ب بأن اعتبرت خضوع المتعاقدين الاختياري لاختصاص قاضي أو محكم معين غير كافٍ لإضفاء الصفة الدولية لعقد البيع⁽²⁾.

المطلب الرابع: أهمية دولية العقد كمسألة أولية لازمة لإعمال قواعد القانون الدولي الخاص:

تعدُّ دولية العقد مسألة أولية ولازمة لإعمال قواعد القانون الدولي الخاص المادية منه أو التنازعية، فإذا كانت العلاقة العقدية رابطة داخلية فإنها ستخضع مباشرة للقواعد الموضوعية واجبة التطبيق في قانون القاضي، أما إذا تبين للقاضي أن العلاقة تتسم بطابعها الدولي فهنا يمكن له استشارة قواعد الإسناد في قانونه لتشير له بتطبيق القانون الملائم، سواء أكان قانونه الوطني أم قانوناً أجنبياً، كما يمكن له تطبيق قواعد القانون الدولي الخاص المادية تطبيقاً مباشراً⁽³⁾.

وهكذا فإن تمتع العقد بالصفة الدولية يترتب عليه على الأقل نتيجتان مترابطتان، وهما:

(1) لمزيد من التفاصيل حول مسألة الدولية المطلقة والدولية النسبية - راجع د. هشام صادق - مرجع سابق - من ص81 إلى ص67.

(2) حسن كاظم - مرجع سابق - ص24-25.

(3) د. هشام خالد - مرجع سبق ذكره - ص23.

1 - إفلات العقد من نطاق تطبيق قانون وطني محدد كان سيطبق عليه تطبيقاً مباشراً.

2 - إخضاع العقد لقواعد القانون الدولي الخاص سواء قواعده الإسنادية، مما يعني منح الأطراف حرية اختيار القانون الواجب التطبيق على الموضوع إذا كان النزاع مطروحاً أمام القاضي الوطني، وعلى الموضوع والإجراءات فيما لو كان مطروحاً أمام محكم، أو إخضاع العقد لقواعد القانون الدولي الخاص المادية التي تفصل مباشرة في النزاع دون المرور بقواعد تنازع القوانين⁽¹⁾.

- والكشف عن دولية العلاقة كشرط لإعمال قواعد الإسناد لا تبدو أهميته في سياق قواعد التنازع عموماً كما تبدو في سياق قاعدة الإسناد التي تخضع العقد لقانون الإرادة، ذلك أن قواعد الإسناد الأخرى تتضمن ما يشير عادة لدولية العلاقة، فقاعدة الإسناد التي تسند عقد الزواج لقانون الجنسية تجعلنا نثق بالطابع الدولي للعلاقة فيما لو كان أحد الزوجين - على الأقل - أجنبياً، وكذلك القاعدة التي تسند المنازعات المتعلقة بالأموال لقانون موقع المال تكشف بإسنادها عن دولية العلاقة متى كان موقع المال في دولة أجنبية، بينما يختلف الأمر عند إعمال قاعدة الإسناد التي تخضع العقد لقانون الإرادة، ذلك أن اختيار المتعاقدين لقانون أجنبي لا يفيد في اعتبار العقد دولياً، لأنهم قد يتفقوا على تطبيق قانون أجنبي رغم تركيز جميع عناصر العقد في القانون الداخلي. ولا شك أن مسلك المتعاقدين هنا يخالف الأعمال الصحيح لقواعد الإسناد التي لا شأن لها أصلاً بروابط القانون الداخلي.

- وبعبارة أخرى يمكن القول: إن تكييف العقد فيما لو كان عقداً دولياً من عدمه هو مسألة لا تتوقف على إرادة الأطراف، إنما يستمدّها القاضي من الخصائص الذاتية

(1) د. بشار محمد الأسعد - عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة - منشورات الحلبي الحقوقية - 2006م - ص76.

للمرابطة العقدية.

ومن هنا فإن الرأي الذي يستخلص دولية العقد من مجرد اختيار المتعاقدين لقانون أجنبي سيؤدي إلى المصادرة على المطلوب: ذلك أن دولية العقد هي شرط لتحويل الأطراف حق اختيار القانون الواجب التطبيق، وليس اختيارهم لهذا القانون هو الذي يضمن على العقد طابعه الدولي.

ونتيجة لذلك يُفترض فيما لو تبين للقاضي انتماء كافة عناصر العقد لدولة واحدة إخضاع هذا العقد للأحكام الأمرة في قانون تلك الدولة دون الأخذ بأي إرادة مخالفة للمتعاقدين⁽¹⁾.

- وهذا الاتجاه أيدته اتفاقية روما لسنة 1980 في شأن القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية حيث أكدت م3/3 أن (اختيار المتعاقدين لقانون أجنبي لا يستطيع أن يؤدي فيما لو كانت كافة عناصر العقد مركزة في دولة واحدة عند الاختيار، إلى المساس بالنصوص الأمرة المقررة في قانون هذه الدولة والتي لا يستطيع الأفراد الاتفاق على ما يخالفها)⁽²⁾.

(1) د. هشام علي صادق - مرجع سابق - من ص48 حتى ص57.

(2) وهذا لا يعني أنه ليس للأطراف حق اختيار قانون أجنبي بصدد علاقة تنتمي بكافة عناصرها لقانونهم الوطني، إذ إن كل ما في الأمر أن هذا الاختيار لا يعد اختياراً تنازعيّاً يفضي لتحريك قاعدة الإسناد التي تخضع العقود الدولية لقانون الإرادة، وإنما يعدّ اختياراً مادياً يقوم على مبدأ سلطان الإرادة وحرية التعاقد في القانون الداخلي مما ينزل أحكام القانون الأجنبي منزلة الشروط العقدية التي لا يجوز لها مخالفة الأحكام الأمرة في القانون الوطني الذي ينتمي إليه العقد، راجع: حسن كاظم - مرجع سابق - ص15

المبحث الثاني

معايير دولية العقد

ظهر بصدد تحديد دولية العقود معياران رئيسان، أحدهما قانوني يعتمد على العناصر القانونية للعقد، والآخر اقتصادي يعتمد على أثر العقد لجهة تعلقه بمصالح التجارة الدولية، وإلى جانب هذين المعيارين ظهر معيار ثالث مزدوج يقوم على الجمع ما بين المعيارين القانوني والاقتصادي، وقد وجدت مختلف المعايير السابقة طريقاً لها سواء في التوجه الفقهي، أم في التوجه القضائي، أم في الاتفاقيات الدولية:

المطلب الأول - الاتجاهات الفقهية القائمة على الخيار ما بين معياري دولية العقد:

اختلف الفقه حول المعيار الواجب اتباعه لتحديد دولية العقد، ففي الوقت الذي استقر فيه (الفقه التقليدي) على اعتناق **المعيار القانوني** القائم على تطرق الصفة الأجنبية إلى عناصر الرابطة العقدية كلها أو بعضها، ذهب جانب من (الفقه الحديث) للأخذ ب**المعيار الاقتصادي** القائم على اتصال العلاقة بمصالح التجارة الدولية⁽¹⁾.

أولاً - المعيار القانوني لدولية العقد:

يقوم هذا الاتجاه على فكرة أن العقد يعد دولياً فيما لو اتصلت عناصره القانونية بأكثر من نظام قانوني واحد، وبناء على ذلك إذا اتصلت عناصر الرابطة العقدية بدولة أو أكثر غير دولة القاضي الناظر في النزاع فإنها تكتسب طابعها الدولي⁽²⁾.
إلا أن أنصار هذا المعيار انقسموا على أنفسهم ما بين: (اتحاد موسع) يذهب للتسوية بين عناصر العقد في معرض إقرار طابعه الدولي، و(اتحاد مضيق) يعتمد بالعناصر الفاعلة لإقرار ذلك الطابع.

(1) د. هشام صادق - مرجع سابق - ص 58.

(2) المرجع السابق - ص 60.

1 - الاتجاه الموسع القائم على التسوية بين العناصر القانونية (المعيار القانوني التقليدي):

يذهب هذا الجانب من الفقه لاعتبار العقد دولياً فيما لو تطرق عنصر أجنبي إلى أطراف الرابطة العقدية، أو إلى موضوعها، أو إلى واقعها المنشئة.

وبالتالي يعتبر العقد عقداً دولياً فيما لو كان أحد أطرافه مثلاً متمتعاً بجنسية أجنبية، أو فيما لو كان المال محل التعاقد كائناً في دولة أجنبية، أو فيما لو كان العقد قد أبرم أو نُفذ في دولة غير دولة القاضي⁽¹⁾.

ويبدو واضحاً موقف الفقه حسب هذا الاتجاه، وذلك لجهة مساواته بين مختلف عناصر العقد: شخصية كانت (كالجنسية والموطن)، أم موضوعية (كمحل الإبرام أو التنفيذ) وذلك في معرض إصباح الطابع الدولي، دون تمييز ما بين عناصره الفاعلة وعناصره غير الفاعلة. وذلك لقناعة جانب منهم بعدم وجود أساس قانوني لتلك التفرقة، أو لاستحالة إيجاد معيار واضح لتأسيسها على حد قول جانب آخر من هذا الاتجاه⁽²⁾.

وقد انتقد المعيار القانوني التقليدي بعدة انتقادات، لعل أبرزها جمود هذا المعيار باعتباره يؤدي إلى إعمال أحكام القانون الدولي الخاص لمجرد توافر عنصر أجنبي بصرف النظر عن أهمية ذلك العنصر، لذا اتجه جانب من الفقه المعاصر للتفرقة ما بين عناصر

(1) د. إبراهيم محمد القعود: الطبعة القانونية لعقود الاستثمار الدولية - مجلة العلوم القانونية والشرعية - جامعة الزاوية - كلية القانون - ليبيا - العدد السابع - ديسمبر 2015 - ص 305.
أو د. هشام صادق - مرجع سابق - ص 60.

(2) جانب من الفقه المصري مشار إليه لدى: زياد خليف العنزي: مبدأ حرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية وفقاً لمبادئ مؤتمر لاهاي (2015) - مجلة جامعة الشارقة للعلوم الشرعية والقانونية - المجلد 13 - العدد 2 ديسمبر 2016م - متن وهوامش ص 375.

العقد الفاعلة وعناصره غير الفاعلة أو (المحايدة) حسب تعبير بعضهم⁽¹⁾.

2 - الاتجاه المضيق القائم على التفرقة ما بين العناصر الفاعلة والعناصر المحايدة (المعيار القانوني الحديث):

يفرق حسب هذا التوجه في خصوص العناصر القانونية للعقد والتي قد تنطبق لها الصفة الأجنبية ما بين: العناصر الفاعلة أو المؤثرة من جهة، وبين العناصر غير الفاعلة أو المحايدة من جهة أخرى. بحيث إذا تطرقت الصفة الأجنبية لعنصر فاعل كان العقد عقداً دولياً، أما إذا تطرقت تلك الصفة لعنصر غير فاعل فإن ذلك لن يكفي لاعتباره من قبيل العقود الدولية⁽²⁾. فلا يعقل مثلاً اعتبار العقد عقداً دولياً بمجرد أنه حرر على ورق مصنع في دولة أجنبية⁽³⁾، لذا يفترض تحديد الوزن النسبي للعنصر الأجنبي في العقد في ضوء باقي عناصره في معرض إقرار طابعه الدولي⁽⁴⁾.

- ويشير الفقه في صدد تطبيق الاتجاه المضيق لاعتبار الجنسية الأجنبية للمتعاقد عنصراً غير فاعل في العقود التجارية وعقود المعاملات المالية بشكل عام، فالعقد الذي يشتري فيه أجنبي متوطن في سورية مثلاً ما يلزمه لاستخدامه الشخصي من السوق المحلية يفترض أن يخضع للقانون الوطني.

وللتدليل على صحة ما سبق جرت الإشارة إلى عقد البيع الذي يبرم بين مزارع فرنسي ينتج الثمار الزراعية وبين بائع فاكهة إيطالي له بقالة في باريس، مع الأخذ بالحسبان إن مكان تسليم البضاعة أو مكان الوفاء بالثمن هو فرنسا، فمثل هذا العقد رغم وجود

(1) د. هشام صادق - مرجع سابق - ص 61 ود. إبراهيم القعود - مرجع سابق - ص 305.

(2) د. هشام صادق - مرجع سابق - ص 61.

(3) محمد باق: قواعد النزاع والقواعد المادية في منازعات عقود التجارة الدولية - رسالة ماجستير - جامعة أبو بكر بلقايد - تلمسان - كلية الحقوق والعلوم السياسية - 2010-2011م - ص 14.

(4) د. هشام خالد - مرجع سابق - ص 32.

العنصر الأجنبي فيه بسبب اختلاف جنسية الأطراف من غير المقبول تصنيفه في عداد العقود الدولية.

كما أن مكان إبرام العقد قد لا يصلح بدوره لإضفاء الطابع الدولي، خاصة فيما لو تم الإبرام في دولة أجنبية بمحض الصدفة، هذا عدا عن احتمال وهمية عنصر مكان الإبرام نظراً لاتصاله بصورة أساسية بإرادة الأطراف⁽¹⁾.

- ومع ذلك يختلف الحكم بالنسبة للعنصر ذاته فيما لو اختلفت طبيعة الرابطة العقدية، إذ تصبح الجنسية مثلاً عنصراً حاسماً في إضفاء الطابع الدولي فيما لو كان العقد من عقود الأحوال الشخصية، كعقود الزواج مثلاً، وخاصة في الدول التي تسند تلك العقود إلى قانون جنسية الزوجين⁽²⁾، كما هو الحال في نظام تنازع القوانين في سورية، إذ أن تمتع أحد الزوجين بجنسية أجنبية سيغدو حينها عنصراً فاعلاً في إقرار الصفة الدولية للعقد.

- ونؤمن من جهتنا بصحة اختلاف الحكم لذات العنصر فيما لو اختلف موضوع النزاع، فبعد مثلاً عقداً داخلياً عقد بيع يشتري بموجبه سويسري مقيم في سويسرا سيارة إنكليزية الصنع من بائع سويسري مقيم في سويسرا ويمتحن هذه التجارة، لأن العنصر الأجنبي المتمثل في جهة صنع السيارة هو عنصر غير فاعل في العقد وغير كافٍ لإضفاء الطابع الدولي على النزاع المتعلق بمسؤولية البائع، ومع ذلك سيغدو العنصر الأجنبي المتمثل في جنسية الشركة المنتجة عنصراً فاعلاً في تحديد دولية العقد فيما لو تعلق النزاع بمسؤولية تلك الشركة المنتجة نتيجة ظهور عيب من عيوب الصناعة⁽³⁾.

(1) وهذا ما دفع البعض للتساؤل عن الفائدة المرجوة من قاعدة الدفع (بالغش نحو القانون) فيما لو ثبت أن دولية العلاقة تم التوصل إليها غشاً بافتعال العنصر المنشئ لها، وذلك بالنظر إلى أن كل عنصر إسناد كعنصر الجنسية أو كحلل الإبرام يصلح لأن يكون ضابطاً يعتمد عليه لتقرير الطابع الدولي. مشار إلى هذا التساؤل في المرجع المشار إليه سابقاً حسن كاظم - ص 20.

(2) د. هشام صادق - مرجع سابق - ص 62-63.

(3) مشار إلى المثال لدى أحمد الأنباري - مرجع سابق - ص 20.

- ومن جهة أخرى رغم أن محل إبرام العقد يعدُّ معياراً فاعلاً في معرض إسناد العقود من حيث الشكل، إلا أنه كثيراً ما يكون عنصراً محايداً في معرض إقرار الطابع الدولي للعقد، خاصة فيما لم تتم إبرام العقد في دولة أجنبية بناءً على محض الصدفة⁽¹⁾.
- وعلى العكس من ذلك، فإن محل تنفيذ العقد، وكذلك اختلاف موطن المتعاقدين ولو اتحدا جنسية يعدُّ من العناصر المؤثرة في إضفاء الطابع الدولي على عقود المعاملات المالية والتبادل التجاري، وبناءً عليه: فإن عقد البيع الذي يبرم بين سورينين موطن أحدهما في الخارج يعدُّ عقداً دولياً في غالبية الفروض، لأنَّ تسليم المبيع سيتم في دولة تختلف غالباً عن الدولة التي سيؤدي فيها الثمن⁽²⁾.
- ومن جهتها يمكن أن تكون العملة الأجنبية التي يتم وفاء الثمن بها مؤشراً قوياً على دولية العقد⁽³⁾.
- كما أن وجود المال محل التعاقد خارج دولة الأطراف من شأنه أن يكون مؤثراً كذلك، وخاصة في الفرض الذي يكون فيه ذلك المال عقاراً، أو منقولاً من طبيعة خاصة تحتاج إلى إجراءات تسجيل⁽⁴⁾.
- وغني عن البيان، إنَّ اكتساب العقد لطابعه الدولي قد يتم في مرحلة لاحقة على إبرامه، فإذا ما قام المشتري مثلاً بتغيير محل إقامته الدائم إلى الخارج بعد إبرام العقد، فأرسل له البائع المبيع إلى ذلك المحل، فإنَّ العقد سيكتسب طابعه الدولي⁽⁵⁾.

(1) د. هشام صادق - مرجع سابق - ص 63.

(2) د. هشام صادق - مرجع سابق - ص 63.

(3) محمد نبيل حسين - النظام القانوني للعقد الدولي - رسالة ماجستير - جامعة محمد خيضر - كلية الحقوق والعلوم السياسية - 2015/2016 - ص 21.

(4) وهي أحد الدلالات حسب رأي الأستاذ (Nyggh) في معرض تأسيس لمعيار القانوني في الفقه الأنجلوسكسوني.

مشار إليه لدى: محمد حسين - مرجع سابق - ص 17-18.

(5) أو أن يتغير مكان الوفاء بالتزامات المترتبة على العقد، فيصبح خارج الدولة بعد أن كان داخلها د. هشام صادق - مرجع سابق - ص 65 ومحمد حسين - مرجع سابق - ص 18.

- وكما واجه المعيار القانوني التقليدي عدة انتقادات كذلك لم يسلم المعيار القانوني الحديث بدوره من النقد، فقد عاب جانب من الفقه عليه بأن تحليلاً دقيقاً للعقد وصولاً للعناصر المميزة لطبيعته، وتحديداً عناصره الإيجابية الفاعلة سيترك لسلطة القاضي التقديرية، مما قد يؤدي لاختلاف وجهات النظر القضائية من دولة إلى أخرى، لا بل من حالة إلى أخرى، وبالتالي لن تصلح تلك الوجهات المتعارضة لصياغة معيار قانوني جامع ومانع لتحديد الصفة الدولية للعقود⁽¹⁾.

وبالنتيجة ونظراً لأن العنصر الأجنبي برمته لم يكن كافياً لإضفاء الطابع الدولي، خاصة لسهولة افتعاله غشاً، فقد وجد جانب من الفقه أن المعيار الأفضل لتقرير الطابع الدولي للعقود يتمثل في معيار اقتصادي يستجيب لمقتضيات التجارة الدولية...

ثانياً - المعيار الاقتصادي:

يركز هذا المعيار على محل العقد لجهة تحليل محتوى موضوعه المادي والاقتصادي، أكثر من اكتفائه بجوانب العقد القانونية.

حيث ظهر في أواخر العشرينات من القرن الماضي توجه في مجال القانون النقدي والمدفوعات الدولية يذهب لاعتبار العقد عقداً دولياً فيما لو اتصل موضوعه بـ (مصالح التجارة الدولية)، ولما كان مصطلح التجارة الدولية يحتاج بنحو ذاته إلى تعريف فقد اتخذ المعيار الاقتصادي أكثر من صورة ليلبي الحاجات الاقتصادية المختلفة، ولا سيما تلك التي شهدتها المجتمع الفرنسي الذي جسّد المعيار بأكثر من أسلوب:

1 - الصورة المتمثلة بمعيار (المدة والجزر):

يشترط حسب هذه الصورة لإضفاء الطابع الدولي أن ينطوي العقد على حركة مد

(1) كان هذا من جملة الانتقادات التي ساقها د. إبراهيم الفعود في معرض تحديد دولية عقود الاستثمار - مرجعه السابق - ص 306.

وجزر، أي على ذهاب وإياب لقيم اقتصادية عبر حدود دولتين أو أكثر.

وقد ظهرت هذه الصورة لأول مرة بمناسبة قضية (Pelissier du Besset)، والتي طرحت أمام محكمة النقض الفرنسية على يد النائب العام الفرنسي (Paul Matter) في 17/ مايو/ 1927، وتتلخص وقائعها في نزاع حول مشروعية اتفاق على الوفاء بالأجرة في الجنية الاسترليني بصدد عقد إيجار عقار في الجزائر مبرم بين مؤجر إنكليزي ومستأجر فرنسي، على أن يكون محل الوفاء في لندن أو في الجزائر، أي بعبارة أخرى تلخص النزاع حول مسألة صحة شرط الوفاء الإلزامي بالعملة الأجنبية، ذلك أن هذا الشرط كان باطلاً في فرنسا حسب قانون 1914 فيما لو ورد في عقد وطني، إذ لم تكتفِ محكمة النقض بصدد النزاع المذكور بالمعيار القانوني التقليدي، المتمثل باختلاف جنسية الأطراف، واختلاف مكان الوفاء عن مكان التنفيذ، وقضت بعدم مشروعية ذلك الشرط، لأن المنازعة ليست دولية، على اعتبار أن استئجار العقار لم يؤد إلى دخول بضائع أو نقود إلى فرنسا، وبالتالي اعتبار العملية ذات طابع محلي لعدم تحرك الأموال مداً وجزراً (ذهاباً وإياباً) عبر الحدود الدولية للدول⁽¹⁾.

2 - الصورة المتمثلة بتجاوز نطاق الاقتصاد الوطني:

تفترض هذه الصورة من المعيار الاقتصادي لتقرير الطابع الدولي ارتباط العقد بعملية تتجاوز بآثارها نطاق الاقتصاد الوطني لدولة ما، وتعتبر هذه الصورة بمثابة الثوب الجديد لفكرة المد والجزر للقيم الاقتصادية التي جاء بها النائب العام الفرنسي (Paul Matter).

وقد اعتمدت محكمة النقض الفرنسية هذه الصورة بصدد نزاع حول عقد بيع أبرم بين

(1) تأثر القضاء المصري بصورة المد والجزر، حيث قررت محكمة القاهرة المختلطة بتاريخ 25 - مارس - 1935

بصدد قضية موريس فرحات ضد البنك الزراعي المصري أنه لكي يكتسب العقد صفته الدولية يجب أن يؤدي لانتقال الأموال والبضائع عبر الحدود الدولية في شكل مد وجزر أو ذهاب وعودة. راجع حسن كاطم، مرجع سابق، ص 33.

مشتري فرنسي وبائع (شركة البانية)، وكان موضوع العقد شقة في فرنسا، وقد تضمن العقد شرط الوفاء بقيمة المارك الألماني تودع في حساب البنك الألماني الذي قام بقرض الشركة البائعة على أساس سعر المارك الألماني.

حيث قررت المحكمة وجود علاقة بين عقد بيع الشقة وعقد القرض، بحساب أن إبرام القرض مع المصرف الألماني لإتمام بناء العمارة المتضمنة للشقة يجعل شرط الدفع بقيمة المارك الألماني وارداً في عقد يتصل بعملية دولية، أي يتصل بعقد القرض مع المصرف الألماني، وهذا ما يجيز الوفاء على أساس سعر المارك الألماني.

وقد أكدت المحكمة في حكمها على أن دولية العقد لا تتوقف بالضرورة على جنسية أطرافه، أو على المكان المتفق عليه لتسويته، بل على العناصر التي تمنح حركة الأموال طابعاً يتجاوز نطاق الاقتصاد الوطني⁽¹⁾.

- وقد تعرضت هذه الصور من المعيار الاقتصادي للعديد من الانتقادات، وخاصة لجهة عدم قدرتها على استيعاب مختلف أنماط العلاقات الاقتصادية الدولية، ولصعوبة الأخذ بما في صدد بعض العقود، كعقود الخدمات الدولية، بالإضافة إلى تجاهلها لحقيقة تنوع طرق الوفاء، إذ ليس كل ذهاب للبضائع يقابله إياباً يتمثل في مبلغ الوفاء، إذ قد يتم الوفاء بطرق أخرى.

لذا وجد القضاء الفرنسي نفسه مضطراً لتطوير المعيار الاقتصادي والأخذ بصورة أخرى⁽²⁾، هي:

3 - الصورة المتمثلة بمعيار (مصالح التجارة الدولية):

وفقاً لهذه الصورة يعدّ دولياً كل عقد يتصل بعملية اقتصادية تنطوي على حركة

(1) حسن كاظم - مرجع سابق - ص 33.

(2) د. إبراهيم القعود - مرجع سابق - ص 307.

د. بشار الأسعد - مرجع سابق - ص 81-82.

للأموال أو للخدمات عبر الحدود ولو تمت في اتجاه واحد. وقد ظهرت هذه الصورة بصدد النظر بصلاحيية (شرط التحكيم) المدرج في عقود التجارة الدولية⁽¹⁾.

ففي قضية (Mardele) الشهيرة والتي طرحت أمام محكمة النقض الفرنسية في 19/فبراير/1930 بصدد عقد بيع أبرم في فرنسا بين فرنسيين وكانت فرنسا مكاناً لتنفيذه، وكان من المتفق أن يتم ذلك العقد وفقاً لشروط جمعية لندن لتجارة الحبوب والتي تتضمن (شرط التحكيم)، نقضت محكمة النقض ما انتهت إليه محكمة استئناف باريس لجهة خضوع العقد للقانون الفرنسي، وقررت أن بطلان شرط التحكيم المقرر حسب م1006 من قانون المرافعات الفرنسي لا يتعلق بالنظام العام في فرنسا، وأن هذا البطلان يطل العتود الداخلية دون العتود الدولية التي تراعي مصالح التجارة الدولية.

- وبالنتيجة يمكن القول إن المعيار الاقتصادي يتطلب لدولية العقد انتقال قيم اقتصادية عبر الحدود، إما في صورة مد وجزر بحيث يكون الانتقال متبادلاً، أم في صورة تجاوز نطاق الاقتصاد الوطني، أم في صورة مساس بمصالح التجارة الدولية بحيث يمكن الاكتفاء بالانتقال في اتجاه واحد⁽²⁾.

- ومن تحليل موقف القضاء الفرنسي نجد أنه يذهب في تطبيقه للمعيار الاقتصادي إلى عدة تفسيرات تلتقي عند نفس الهدف المتمثل برغبة الإفلات من تطبيق قواعد

(1) أجهت محكمة النقض الفرنسية في الثلث الأول من القرن العشرين إلى وضع بعض القواعد المادية للقانون الدولي الخاص، والمتعلقة بالعتود الدولية، وكان منها إقرار صحة شرط التحكيم في العتود المبرمة بين الدولة وأحد الأشخاص الخاصة الأجنبية، وصحة شرط الذهب أو ما في حكمه من الشروط النقدية التي تهدف إلى ضمان مخاطر تحويل العملة، وذلك فيما لو ورد هذان الشرطان في عقد دولي، رغم بطلانها في العتود الداخلية بطلاناً مطلقاً لتعارضهما مع النظام العام. د. هشام صادق - مرجع سابق - ص82.

كما أجه القضاء الفرنسي في تفسيره للقانون الصادر في 5/أغسطس/1914، والذي فرض السعر الإلزامي لأوراق النقد إلى حصر تطبيقه في العتود الوطنية دون الدولية. راجع حسن كاظم - مرجع سابق - ص31.

(2) د. بشار الأسعد - مرجع سابق - ص82-83.

قانونية معينة غير مرغوب في تطبيقها بغية تحرير العقد من القواعد الآمرة التي تعرقل مصالح التجارة الدولية من وجهة نظره على الأقل⁽¹⁾.

- ويدافع أنصار المعيار الاقتصادي عنه باعتبار ما يمنح العقد من محتوى اقتصادي واقعي، خاصة وأن العقد ما هو إلا تصرف قانوني إرادي تترتب عليه آثار اقتصادية على الصعيد الدولي، ويمثل الوسيلة القانونية التي تتم بها أغلب المبادلات التجارية على هذا الصعيد، ومن هنا يجب تكييف العلاقة العقدية فيما لو كانت وطنية أم دولية لا بالنظر إلى عناصرها بل بالنظر إلى أسبابها، أو إلى مدى ارتباطها بمعاملة دولية تدخل في المجال التجاري الدولي، حتى لو كانت علاقة وطنية من منظور المعيار القانوني⁽²⁾، وهذا ما يبرر بدوره حكماً كحكم القضاء الفرنسي باعتبار العقد المبرم في فرنسا بين شركة فرنسية وأحد الفرنسيين المتوطنين في فرنسا عقداً دولياً نظراً لأن موضوعه قيام الشخص بتمثيل الشركة وتسويق منتجاتها في دولة أجنبية، مما يعني أن الغاية النهائية للعملية العقدية تقتضي تنفيذها في الخارج، الأمر الذي يثير مصالح التجارة الدولية⁽³⁾.

- وقد شكك جانب من الفقه - وهم على حق في ذلك - بالتبرير السابق وذلك بقولهم إن العنصر الأجنبي في مثل تلك الفروض هو عنصر موجود فعلاً وفقاً للمعيار القانوني، وتحديداً في الغاية العقدية، مما يكفي لقيام هذا المعيار لإضفاء الطابع الدولي، وبشكل

(1) حسن كاظم - مرجع سابق - ص 35.

(2) محمد بلاق - مرجع سابق - ص 16.

وبالعكس من ذلك انتهى القضاء الفرنسي لإنكار دولية عقد رغم تضمينه عنصر أجنبي نظراً لعدم تجاوزه الاقتصاد الوطني للدولة، فقررت محكمة النقض الفرنسية في أحد أحكامها وطنية عقد القرض المبرم بين شركة فرنسية ومواطن إنكليزي، نظراً لأن العقد أبرم في فرنسا ولم يتم تحويل أصول القرض من الخارج.

(Cass. Civ.2 November 1933) مشار إليه لدى د. هشام خالد - مرجع سابق - ص 30/29 هامش

(15).

(3) محمد بلاق - مرجع سابق - ص 16.

أكثر دقة يمكن القول بالنظر إلى هذه الغاية إن الصفة الأجنبية قد تطرقت إلى عنصر مؤثر بحسب ما سيكون، والمقصود هنا عنصر (محل التنفيذ)⁽¹⁾.

- ونعتقد أن هذا ما كان أيضاً سبباً لانتقاد جانب آخر من الفقه عندما اعتبر أن الخطأ الذي وقع فيه أنصار المعيار الاقتصادي هو تصورهم أنه يلزم لإسباغ الصفة الدولية على عقد ما أن تلحق الصفة الأجنبية بأحد أطرافه دون باقي عناصره، علماً أن مثل هذا التصور (الاشتراط) لم يقل به أحد من أنصار المعيار القانوني⁽²⁾.

- لذا وجد بعض الفقهاء أن في المعيار الاقتصادي غموضاً وعدم تحديد مقارنة بالمعيار القانوني على نحو يجعله أقرب لأن يكون مؤشراً لدولية العقد أكثر من كونه معياراً قابلاً للتطبيق على أرض الواقع، فضلاً على أنه يترك للقضاء سلطة تقديرية واسعة لتحديد ما إذا كان العقد يأخذ بالحسبان مصالح التجارة الدولية من عدمه، فاحتساب العقد دولياً فيما لو تعلق بمصالح التجارة الدولية وكأنه تعريف للدولية بالدولية⁽³⁾.

- كما وجد بعض الباحثين أن المعيار الاقتصادي يعد لجهة تكوينه معياراً قضائياً استخدمه القضاء الفرنسي بمعنى مغاير لمعناه في إطار قواعد تنازع القوانين، باعتباره ينظر لموضوع العقد ونتائجه القضائية دون أن يقيم وزناً لأي عنصر أجنبي يتضمنه ذلك العقد، وبالتالي يعدّ تعريف العقد الدولي حسب هذا المعيار تعريفاً فرنسياً يرتبط بظروف المجتمع الفرنسي الاقتصادية وبغاياته، وخاصة لجهة عدم تطبيق بعض القواعد الآمرة في القانون الفرنسي، وهذه الخصوصية تتعارض مع فكرة عمومية العقد التي يجب أن تكون واحدة في التطبيق، وذلك بدليل احتمال اختلاف التعريف من دولة إلى أخرى، بل لأبعد من ذلك بدليل ما سجله القضاء الفرنسي نفسه من اختلاف في معرض تعريفه للعقد الدولي وفقاً

(1) د. هشام صادق - مرجع سابق - ص 87.

(2) د. هشام خالد - مرجع سابق - ص 31.

(3) د. هشام صادق - مرجع سابق - ص 84. وحسن كاظم - مرجع سابق - ص 36.

للمعيار الاقتصادي، إذ تارة عرفه بأنه العقد الذي يؤدي إلى حركة مد وجزر للبضائع والعملات عبر الحدود، وتارة عرفه بأنه العقد الذي يتجاوز الاقتصاد الوطني لدولة واحدة، وأحياناً عرفه بأنه العقد الذي يتعلق بمصالح التجارة الدولية، ورغم صعوبة تحديد المقصود بكل تعريف من هذه التعريفات بشكل دقيق تطالعنا صعوبة أخرى نظراً لأن مختلف تلك التعريفات تندرج في إطار اقتصادي واحد هو بدوره غير واضح المعالم⁽¹⁾.

- ومن هنا نجد بعض الفقه أن الدقة في العمل القانوني تفترض أن لا يطلق على المفهوم الاقتصادي للعقد الدولي اصطلاح (معياري)، ذلك أن الأمر يتعلق بمجرد شرط لتطبيق حلول موضوعية معينة نظمها قانون وطني معين (المقصود هنا القانون الفرنسي)، كصلاحية شرط الدفع بالذهب أو بعملة أجنبية، أو صلاحية اتفاق التحكيم⁽²⁾.

- هذا عدا عن اعتبار المعيار الاقتصادي ما هو إلا تحصيل حاصل نتيجة للأخذ بالمعيار القانوني، ذلك أن انتقال رؤوس الأموال والسلع والخدمات عبر الحدود لا يمكن تصوره إلا في سياق عقد يتوفر فيه عنصر أجنبي محققاً بذلك صفته الدولية وفقاً للمعيار القانوني⁽³⁾، وهذا ما يفضي بدوره للحديث عن المعيار المزدوج القائم على الجمع ما بين المعيارين القانوني والاقتصادي.

المطلب الثاني - الاتجاهات الفقهية القائمة على الجمع ما بين معياري دولية العقد:

ذهب جانب من الفقه في معرض إقرار الطابع الدولي للعقود للأخذ بمعيار مختلط يجمع ما بين المعيارين القانوني والاقتصادي، مما يشير التساؤل عن حقيقة العلاقة ما بين هذين المعيارين.

(1) حسن كاظم - مرجع سابق - ص 39.

(2) المرجع السابق - ص 40.

(3) د. إبراهيم الفعود مرجع سابق - ص 308 إضافة إلى د. هشام صادق - مرجع سابق - ص 84.

أولاً: ماهية المعيار المزدوج، ووظيفته:

لا يكتفي المعيار المزدوج عند تقرير الصفة الدولية للعقد بالتحقق من وجود العنصر الأجنبي في الرابطة العقدية وفقاً للمعيار القانوني فحسب، بل يحرص كذلك على التأكد من تعلق الأمر بمصالح التجارة الدولية على نحو يضمن توفر المعيار الاقتصادي جنباً إلى جنب مع المعيار القانوني، وقد اتجه القضاء الفرنسي الحديث في العديد من أحكامه - كما سنرى في معرض الحديث عن دولية العقد في الاجتهاد القضائي - للأخذ بهذا المعيار.

- ويترتب على الأخذ بالمعيار المزدوج التضييق من معيار دولية العقد، بحيث لا يؤدي مجرد تضمين العقد لعنصر أجنبي إلى الاعتراف بطابعه الدولي، وإنما يتعين أن يهدف أيضاً للتأثير بمصالح التجارة الدولية⁽¹⁾.

- ويرى أنصار هذا المعيار أنه يجمع ما بين وظيفتي المعيارين السابقين: ذلك أن هدف المعيار الاقتصادي هو تحقيق التوازن بين مصالح التجارة الدولية، وذلك بالسماح مثلاً بإدراج شروط نقدية في العقود الدولية تحقق نوعاً من التوازن ما بين أداء أطراف العقد وبين مصالح الدولة في الحفاظ على الثقة في عملتها، مما يشجع حركة رؤوس الأموال، على نحو يعجز المعيار القانوني عن تحقيقه منفرداً باعتبار أنه يهدف إلى مجرد تحديد مجال تطبيق قواعد الإسناد في المسائل العقدية لمعرفة نطاق قانون الإرادة.

وبالتالي يصل أنصار هذا الاتجاه لتحديد العقد الدولي بالعقد الذي يرتبط بعدة أنظمة قانونية، ويهدف إلى تحقيق ربح، أو نقل خدمات عبر الحدود، أو تحقيق أي من مصالح التجارة الدولية⁽²⁾.

(1) د. هشام صادق - مرجع سابق - ص 92.

(2) أحمد الأنباري - مرجع سابق - ص 24.

ثانياً: العلاقة ما بين المعيارين القانوني والاقتصادي:

يتضح مما سبق بيانه في معرض شرح المعيارين القانوني والاقتصادي:

- إنَّ المعيار الاقتصادي لا يتعارض مع المعيار القانوني بل يفضي إليه حكماً، ذلك أنَّ العقد الذي يتعلق بمصالح التجارة الدولية محققاً (المعيار الاقتصادي) يتصل بالضرورة بأكثر من نظام قانوني واحد، وهو ما يفيد بتوافر (المعيار القانوني) في نفس الوقت.
- وبالمقابل قد يكتسب العقد طابعه الدولي حسب المعيار القانوني (الواسع على الأقل) دون أن يتمكن من تحقيق معياره الاقتصادي.

فالعقد المبرم في سورية بين لبناني وبائع سوري لشراء حاجات يومية يعدُّ عقداً دولياً وفقاً للمعيار القانوني الواسع - على الأقل - نظراً لتطرق الصفة الأجنبية لعنصر الجنسية والتي تمثل أحد عناصر الرابطة العقدية، إلا أنه لا يعدُّ عقداً دولياً من منظور المعيار الاقتصادي باعتباره لا يؤدي لانتقال الأموال أو الخدمات عبر حدود الدول، على نحو يمسُّ بمصالح التجارة الدولية.

- أما اعتناق المعيار القانوني الضيق سيؤدي إلى إدراك نفس غاية أنصار المعيار الاقتصادي، ففي عقود المعاملات المالية مثلاً تؤدي العناصر المؤثرة، كاختلاف موطن المتعاقدين أو تنفيذ العقد في الخارج إلى حركة للأموال والخدمات عبر الحدود، مما يفيد بتوفر المعيار الاقتصادي⁽¹⁾.

وبالنتيجة يمكن أن نلخص حقيقة العلاقة ما بين المعيارين القانوني والاقتصادي بأن: المعيار القانوني لدولية العقد أوسع من المعيار الاقتصادي، لأن المعيار الاقتصادي يفضي لزوماً إلى تحقيق المعيار القانوني، بينما العكس غير صحيح: حيث أن الأخذ

(1) د. هشام صادق - مرجع سابق - خاصة الصفحات رقم 90/88/84.

بالمعيار القانوني بالاتجاه المضيق يفترض أن يفضي لقيام المعيار الاقتصادي، إلا أن الأخذ بالمعيار القانوني بالاتجاه الموسع (تحديداً) قد لا يفضي لقيام هذا المعيار.

ثالثاً: معيار دولية العقد من وجهة نظرنا الشخصية:

حسب ما سبق وانتهينا إليه في معرض ضبط العلاقة ما بين المعيارين القانوني والاقتصادي نعتقد - من جهتنا - بإمكانية الاكتفاء بالمعيار القانوني الضيق من معرض إقرار الطابع الدولي للعقد، طالما أنه يفضي حكماً للمعيار الاقتصادي⁽¹⁾. ذلك أنَّ الأخذ بالمعيار القانوني على إطلاقه على نحو يشمل المعيار القانوني الواسع من شأنه إقرار دولية العقد بناءً على عناصر غير فاعلة وهذا ما يجافي المنطق، كما أن الأخذ بالمعيار الاقتصادي منفرداً من شأنه إلقاء العبء على نتيجة العقد وأثره الاقتصادي وإهمال أساس العملية، أي التصرف القانوني المتجسد بالعقد ذاته⁽²⁾.

لا بل نجد فيه إهمالاً لجميع العقود الدولية الخاصة غير ذات الطبيعة الاقتصادية، كعقود معاملات الأحوال الشخصية، كعقد الزواج المختلط مثلاً.

لذلك تغدو التفرقة ما بين العناصر العقدية الفاعلة والعناصر غير الفاعلة هي الأساس الصحيح لتقرير دولية العقد من عدمها، خاصة وأن المعيار القانوني الضيق القائم على مثل تلك التفرقة لا يصلح لتقرير دولية العقود المالية فحسب، بل يصلح كذلك لتقرير دولية جميع العقود أيّاً كانت طبيعتها، نظراً لما لديه من مرونة ونسبية تمكنه من مواجهة التعدد

(1) راجع رأينا: الدكتور وفاء مزيد فالحوط الوارد في كتاب العقود الدولية - منشورات جامعة دمشق والتعليم المفتوح - قسم الدراسات القانونية - 2008/2007 ص 27.

أو بحثنا في الموسوعة القانونية المتخصصة بعنوان العقود الدولية - المشار إليه سابقاً.

(2) راجع د. بشار الأسعد في معرض دفاعه عن المعيار المختلط لتقرير دولية عقود الاستثمار على سبيل التحديد - مرجعه السابق - ص 86.

والتطور الذي يلحق بمختلف الصور العقدية في مجال الحياة الدولية الخاصة⁽¹⁾.

- إلا أن تحديد فاعلية العنصر في معرض الأخذ بالمعيار القانوني الضيق يفترض معالجته في كل حالة على حدة، لأنه - كما لاحظنا سابقاً - من الصعب الوصول إلى تصنيف يميز بين العناصر الفاعلة والعناصر غير الفاعلة بشكل مسبق ومجرد، نظراً لاختلاف فاعلية العنصر ذاته من نزاع إلى آخر، إما بناء على اختلاف طبيعة العقد، أو بناء على اختلاف موضوع النزاع.

- كما نحتفظ برأينا السابق، والقائم على ترجيح الاكتفاء بالمعيار القانوني الضيق رغم أن في التوجه التشريعي السوري ما قد يحمل على القول بتبني المشرع للمعيار المزدوج القائم على الجمع ما بين المعيارين القانوني والاقتصادي، دون إدراك حقيقة العلاقة بينهما، ولعل قانون التحكيم السوري رقم 4 لعام 2008 خير مثال على ذلك التوجه⁽²⁾. فقد حددت المادة (1) من القانون المذكور التحكيم التجاري الدولي: بالتحكيم الذي يكون (موضوع النزاع) فيه متعلقاً بالتجارة الدولية ولو جرى داخل سورية، وذلك في الأحوال الآتية:

1 - إذا كان مركز الأعمال الرئيسي لطرفي اتفاق التحكيم يقع في دولتين مختلفتين وقت إبرام اتفاق التحكيم، فإذا كان لأحد الطرفين عدة مراكز للأعمال فالعبرة للمركز الأكثر ارتباطاً بموضوع اتفاق التحكيم، وإذا لم يكن له مركز أعمال فالعبرة لمحل إقامته المعتاد.

2 - إذا كان مركز الأعمال الرئيسي لطرفي اتفاق التحكيم يقع في الدولة نفسها وقت

(1) د. هشام صادق - مرجع سابق - ص 95.

(2) يسعفنا قانون التحكيم في بيان معايير دولية العقد ليس فقط لأعتبار التحكيم اتفاقاً فحسب بل انطلاقاً من اعتباره أحد طرق تسوية منازعات العقود الدولية على نحو يجعل ارتباطه بالعقود الدولية وخاصة التجارية منها ارتباطاً مثمرًا في بيان تلك المعايير.

إبرام اتفاق التحكيم وكان أحد الأماكن التالية واقعاً خارج الدولة:

أ - مكان إجراء التحكيم كما عينه اتفاق التحكيم أو أشار إلى كيفية تعيينه.

ب - مكان تنفيذ جزء جوهري من الالتزامات الناشئة عن العلاقة التجارية بين الأطراف.

ج - المكان الأكثر ارتباطاً بموضوع النزاع.

3 - إذا كان (موضوع النزاع) الذي ينصرف إليه اتفاق التحكيم مرتبطاً بأكثر من دولة.

فحسب استهلال تعريف التحكيم التجاري الدولي يتبين أن المشرع السوري قد أخذ بالمعيار الاقتصادي القائم على ارتباط موضوع النزاع بمصالح التجارة الدولية، ثم قام بتعداد حصري لبعض الحالات المنتمية للمعيار القانوني، وصولاً إلى الحالة المشار إليها في البند الثالث، والتي تثبت عدم إدراك النص التشريعي لحقيقة العلاقة ما بين المعيارين الاقتصادي والقانوني، ونقصد هنا حقيقة أن المعيار الاقتصادي مُنتج حكماً للمعيار القانوني، أي أن موضوع النزاع المتعلق بالتجارة الدولية حسب ما جاء في استهلال المادة (1) هو حكماً مرتبط بأكثر من دولة، وإلا كيف سيتعلق بمصالح التجارة الدولية؟!⁽¹⁾.

- وفي سياق آخر ذي صلة، وتحديدًا في معرض إقرار دولية عقود من قبيل: (عقود نقل التكنولوجيا إلى الدول النامية)، كان لنا اعتقاد بوجود من يرغب بالخلط قصداً ما بين وجهة نظر قانونية وأخرى اقتصادية في سياق ذلك الإقرار وصولاً لما يخدم مصلحة المتعاقد الأقوى تكنولوجياً، والذي يمثل عادة شركة متعددة الجنسية⁽²⁾.

(1) للإطلاع على انتقاد الفقه لبعض الاتجاهات التشريعية راجع مثلاً في الفقه المصري د. هشام صادق - مرجع سابق - ص 85 - الهامش رقم (100).

(2) راجع مؤلفنا: الدكتور وفاء مزيد فلهوط - المشاكل القانونية في عقود نقل التكنولوجيا إلى الدول النامية - منشورات الحلبي الحقوقية - بيروت/لبنان - الطبعة الأولى - 2008 - ص 211 حتى ص 215.

إذ ثمة من ذهب لاعتبار نقل التكنولوجيا الذي يتم داخل المشروع المتعدد الجنسيات من الشركة الأم إلى شركاتها الوليدة المنتشرة على الصعيد العالمي، أو بين تلك الشركات إنما هو نقل داخلي نظراً لأنه يتم في إطار المجال الاقتصادي الداخلي للمشروع.

ويستدل على ذلك باعتبار أن التكنولوجيا المتدفقة من الشركة الأم إلى الشركة الوليدة تنتقل بشكل حزمة تكنولوجية كافية لسد جميع احتياجاتها التكنولوجية بحيث لا تضطر الشركة الفرع للقيام بأية عمليات أبحاث أو تطوير، وإن حصل ذلك فإنها لا تقوم بها في إطار الدولة المضيفة إنما بالتنسيق مع دول صناعية أخرى متقدمة.

كما أن اعتماد الشركة الفرع على الشركة الأم يتعدى ليشمل كذلك سد مستلزماتها من السلع الرأسمالية، بحيث لا تلجأ إلا ما ندر إلى السوق المحلية للدولة المضيفة، مما يسفر عن ابتعادها عن النسقين التكنولوجي والإنتاجي في تلك الدولة⁽¹⁾.

أما النقل الدولي في نظر هؤلاء: فهو نقل التكنولوجيا من مشروع متعدد الجنسيات (من شركة أم أو إحدى شركاتها الوليدة) إلى مشروعات أخرى مستقلة في دول أخرى، بحيث يترتب عليه انقسام للسوق ما بين منتجين مستقلين بصفتهم ناقلين للتكنولوجيا من جهة، وبين متلقين لهم من جهة أخرى.

وبدوره حدد مشروع التقنين الدولي للسلوك في نقل التكنولوجيا حالات النقل الدولي، كما يلي:

- حالة إذا ما تمت عملية نقل التكنولوجيا عبر الحدود الوطنية لدولة المورد إلى متلقي التكنولوجيا.

(1) خاصة في ظل احتفاظ الشركة الأم لرعاياها بالوظائف الإدارية والفنية العليا في الشركة الوليدة، ضماناً لسرية التكنولوجيا وعدم انتقالها لموظفي الدولة المضيفة، الذين يتم التطبيق عليهم بعدة وسائل، كتدريبهم على نحو جزئي بحيث يصعب عليهم تكوين ناصية تكنولوجية شاملة للعملية، أو قصر عملهم على تطبيق التعليمات الفنية، أو تقييدهم بشرط عدم المنافسة لاحقاً...

راجع مؤلفنا المشار إليه أعلاه - ص 211، وص 212 متنها وهامشها رقم (1).

- فيما لو كان جوهر عملية نقل التكنولوجيا بين طرفين لا يقيمان في ذات الدولة، ولا يمارسان فيها ثمة نشاطاً تجارياً أو صناعياً، ولو لم تنتقل التكنولوجيا خارج حدود الدولة. وقد أدخل التقنين على (معيّار الدولية) تعديلاً جوهرياً، بأن أجاز لأي دولة - بموجب تشريعاتها الداخلية - مدّ نطاق التقنين ليشمل عمليات نقل التكنولوجيا بين طرفين يقيمان فيها، ولو لم تخرج التكنولوجيا منها⁽¹⁾.

* ومن جهتنا سبق وانتقدنا التحديد السابق كأساس لتمييز النقل الداخلي عن الدولي ووجدنا أن اعتبار النقل بين الشركة الأم وأحد فروعها، أو حتى بين فرع وآخر في دولة أخرى نقلاً داخلياً، وذلك لجهة عدم خروج التكنولوجيا منهما باتجاه محيط الدولة المضيفة، إنما هو اعتبار غير منطقي نتيجة استقلال النظرة الاقتصادية للعقد عن النظرة القانونية له، فرغم بقاء التكنولوجيا - محل العقد - حبيسة اقتصاديات المشروع المتعدد الجنسيات مما يفيد بطابعه الداخلي من وجهة نظر اقتصادية بحتة إلا أن صفته الدولية لا يمكن تغييرها من وجهة نظر قانونية، ولأن القانون هو من يحكم واقع أي بلد بما في ذلك واقعه الاقتصادي وجدنا أن الحجج المساقاة لنفي معيار الدولية غير مقنعة، على الأقل للسببين التاليين:

- الاستقلال القانوني بين الشركة الأم والفرع وإن كان شكلياً في الفروض المذكورة أعلاه إلا أنه موجود قانونياً.

- تجاوز التكنولوجيا لحدود الدول في الفروض السابقة يفيد بمساسها بمصالح التجارة الدولية، وبالتالي تحقق المعيار الاقتصادي لدولية العقود من منظور القانون الدولي الخاص.

وبالنتيجة انتهينا إلى أن الحجج المساقاة لنفي الدولية استبعدت وجود نقل فعلي

(1) وثيقة الانكاد (TD/B/AC/11.L.13) نقلاً عن الدكتور يوسف عبد الهادي خليل الإكبي - النظام القانوني لعقود نقل التكنولوجيا في مجال القانون الدولي الخاص - 1989 - ص 31 - حاشية رقم (2).

للتكنولوجيا، وليس نقلاً دولياً بمعناه القانوني، وإن ربطاً غير حقيقي تم اصطناعه ما بين النقل الفعلي والنقل الدولي رغم أن أصحاب تلك الحجج أنفسهم لم ينفوا حقيقة أن النقل غير المنازع بطابعه الدولي لا يحقق بالضرورة نقلاً فعلياً لحل العقد⁽¹⁾.

المطلب الثالث: معايير دولية العقد في الاجتهاد القضائي

- سبق وتبين لنا في معرض بيان دولية العقد في التوجه الفقهي، أنه ثمة من ناصر معيار قانوني قائم على تطرق الصفة الأجنبية لعناصر العقد، وثمة من دافع عن معيار اقتصادي قوامه اتصال الرابطة العقدية بمصالح التجارة الدولية، وثمة من فضل الجمع ما بين هذين المعيارين.

- وكذلك الأمر في التوجه القضائي إذ تأرجح القضاء ما بين تطبيق متناوب للمعيارين القانوني أو الاقتصادي، وبين تطبيق جامع لهما.

- فثمة أحكام قضائية تبنت المعيار القانوني، ومن تلك الأحكام ما قضى به القضاء الفرنسي في شأن العقود المبرمة بين فرنسيين في الجزائر حينما كانت الجزائر جزءاً من فرنسا والتي يجري تنفيذها هناك، إذ اعترف القضاء بحق المتعاقدين في اختيار القانون الذي يخضع له العقد بعد أن تبين أن هذا الاختيار قد تم في مرحلة لاحقة على إبرام العقد، وبعد استقلال الجزائر عن فرنسا، مما أسفر عنه اعتبار تلك العقود عقوداً دولية يجري

(1) بعبارة أخرى: القول ببقاء التكنولوجيا حييصة الشركة الأم، وعدم قيام هذه الأخيرة بأنشطة البحث والتطوير في الدولة المضيفة، مع عدم فاعلية التدريب الذي تقوم به، لن يدلل على داخلية العقد، لأن العقود غير المنازع في دوليتها كثيراً ما تظل التكنولوجيا فيها حييصة الجهة الموردة ولا تنتقل للجهة المستقبلة التي تقيد عادة بمجموعة من الشروط المقيدة. وتتلقى التدريب كالتزام يبذل عناية لا أكثر... راجع وجهة نظرنا في المسألة بالعودة إلى مؤلفنا المشار إليه سابقاً: المشاكل القانونية في عقود نقل التكنولوجيا إلى الدول النامية - ص 213 - 214 / المتن والهامش/، وإلى بحثنا في العقود الدولية - الموسوعة القانونية المتخصصة - المشار إليه سابقاً.

تنفيذها في الخارج⁽¹⁾.

- وبالمقابل ثمة أحكام قضائية أخرى تبنت المعيار الاقتصادي، لا بل منها ما أوجدته بصوره المختلفة: (المد والجزر) و(تجاوز الاقتصاد الوطني) و(المساس بمصالح التجارة الدولية)، على نحو ما سبق بيانه في معرض الحديث عن هذا المعيار من وجهة نظر الفقه⁽²⁾.

- وثمة أحكام تدرجت في القضية نفسها ما بين المعيارين، ونقصد بذلك قضية Tradieu Paul بين الشركة الفرنسية (Bourdon) والسيد الفرنسي (Tradieu) بصدده تمثيله لبيع منتجاتها في كولومبيا، إذ لجئت الشركة إلى محكمة باريس الابتدائية للمطالبة بإبطال العقد لعش المدعى عليه. لكن السيد (Tradieu) دفع بعدم اختصاصها نظراً لوجود شرط تحكيم لصالح غرفة التجارة الدولية، فأصدرت المحكمة قراراً بقبول الدفع، وقضت بعدم الاختصاص لكون العقد يأخذ في الحسبان مصالح التجارة الدولية، مما يفيد باعتمادها على المعيار الاقتصادي لتقرير دولية العقد من عدمها.

ولكن عندما طعن بهذا الحكم أمام محكمة استئناف باريس نفت من جهتها الصفة الدولية، وسببت حكمها بأن: العقد أبرم في فرنسا، وأن طرفيه من الجنسية الفرنسية، وأنهما أقرّا بخضوع العقد للقانون الفرنسي، كما أن عملة الوفاء هي (الفرنك الفرنسي)، ولغة

(1) حكم محكمة (Amiens) الصادر في 25 مايو 1970، ونقض فرنسي (الدائرة المدنية) 16/أكتوبر/ 1973 مشار إليهما لدى د. هشام صادق - مرجع سابق - ص 81.

ومن جهته تبني القضاء العربي المعيار القانوني، وقد أشار محمد حسين لأمثلة من القضاء (البحريني - والقطري - والعراقي) في مرجعه السابق الذكر - ص 15. كما أشار د. هشام خاليد إلى تبني القضاء المصري لهذا المعيار بصدده إسباغ الصفة الدولية على عقود القرض المشتملة على عنصر أجنبي ما دام هذا العنصر غير مفتعل أو منطوي على غش، راجع مؤلفه سابق الذكر - ص 28.

(2) راجع الأحكام القضائية الواردة سابقاً في معرض بيان المعيار الاقتصادي.

العقد هي اللغة الفرنسية، ومن ثم فإن شرط التحكيم ذاته يعد شرطاً باطلاً، وهذا ما عادت وأكده محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 7-أكتوبر-1980.

مما يعني رفض محكمة استئناف باريس ومن بعدها محكمة النقض التعويل على المعيار الاقتصادي، واعتمادهما على المعيار القانوني، القائم على تركيز عدة عناصر في الدولة الفرنسية⁽¹⁾.

- إلا أن أحكام القضاء الفرنسي الحديث تبنت في معرض التصدي لدولية العقد المعيار المزدوج، حيث وجد هذا المعيار طريقه أكثر من مرة في القضاء المذكور لتقرير دولية عقد من عدمها، ونذكر من تلك الأحكام على سبيل المثال لا الحصر:

- حكم محكمة استئناف باريس بتاريخ 19-يونيو-1970 في قضية (Hecht)، وتتلخص وقائع النزاع انه بعام 1967 أبرم عقد في هولندا بين الشركة الهولندية (Buis Mans) ومركزها الرئيسي في هولندا، والسيد (Hecht) فرنسي الجنسية، حيث وكلت بمقتضاه الشركة هذا المواطن لبيع باسمها ولحسابها منتجاتها الغذائية في فرنسا، وقد تضمن العقد شرط تحكيم يمنح اختصاص الفصل في المنازعات الناشئة عن تنفيذ العقد أو تفسيره لمحكمة تحكيم غرفة التجارة الدولية بباريس. وعلى أثر نشوء نزاع بين طرفي العقد تقدم (Hecht) بدعوى أمام المحكمة التجارية بباريس للمطالبة بفسخ العقد وبطلان شرط التحكيم مستنداً في ذلك على اعتبار تحرير العقد باللغة الفرنسية، وأن تنفيذه كان مقررراً في فرنسا، وبالمقابل دفعت الشركة المتعاقدة بعدم قبول الدعوى أمام المحكمة، وقد قبلت المحكمة هذا الدفع. ولمّا استأنف (Hecht) الحكم أمام محكمة استئناف باريس ذهبت للبحث عن دولية العقد من عدمها، وانتهت لاتصال العقد بأكثر من نظام قانوني ثم

(1) رغم أن المحكمة اعتبرت ضابط محل التنفيذ غير مؤثر نظراً لأن النزاع نشأ مباشرة على إثر إبرام العقد وقبل تنفيذه إلا أن موقفها كان منتقداً. راجع حسن كاظم - مرجع سابق - ص 27-29.

أيدت محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر في 4/يوليو/1972 ما ذهبت إليه محكمة الاستئناف من اعتبار العقد المبرم في هولندا بين شركة هولندية وفرنسي أصبح بمقتضاه وكيلاً لتسويق منتجاتها في فرنسا عقداً دولياً، وذلك بناءً على المعيار القانوني بسبب اتصال عناصر العقد بدولتين (هولندا/فرنسا)، وكذلك بناءً على المعيار الاقتصادي نظراً لما يهدف إليه العقد من تشجيع لصادرات الشركة الهولندية إلى فرنسا، مما سيفضي لانتقال الأموال عبر الحدود⁽¹⁾.

- ولم يختلف الأمر في حكم محكمة استئناف تولوز في 26/أكتوبر/1982 بصدد عقد مبرم في الخارج بين شركة إيطالية وفرنسي أصبح بمقتضاه وكيلاً للتعاقد باسمها، إذ اعتمدت المحكمة في تقرير دولية العقد على المعيار القانوني القائم على اختلاف جنسية المتعاقدين إضافة إلى المعيار الاقتصادي، معتبرة أن الجمع ما بين المعيارين من شأنه أن يجسد الصفة الأجنبية للرابطة العقدية على نحو أفضل⁽²⁾.

- ثم عادت واتبعت محكمة استئناف باريس (المعيار المختلط) في حكمها الصادر في قضية (Batylre) بتاريخ 9/نوفمبر/1984 في معرض تقرير دولية عقد مبرم في السويد بين شركتين سويديتين وفرنسي، تم بمقتضاه تحويل الشخص الفرنسي حق تسويق منتجاتهما في فرنسا، إذ اعتمدت على معيار قانوني مفاده مكان إبرام العقد وجنسية أحد الأطراف الأجنبية (السويدية)، بالإضافة إلى معيار اقتصادي قوامه هدف العقد لجهة تشجيعه

(1) د. هشام صادق - مرجع سابق - ص 93 أو د. بشار الأسعد - مرجع سابق - ص 84.

وراجع في تفاصيل النزاع بدءاً من تاريخ إبرام العقد (7-12-1967): أحمد الأنباري - مرجع سابق - ص 20-21، وحسن كاظم - مرجع سابق - ص 26.

رغم أننا نتحفظ على إدراج هذا النزاع كمثال عن التطبيقات القضائية القائمة على (المعيار القانوني). نظراً لوجود (المعيار المزدوج) كمعيار قائم بحد ذاته إلى جانب المعيار القانوني من جهة والمعيار الاقتصادي من جهة أخرى.

(2) د. هشام صادق - مرجع سابق - ص 94.

استيراد بضائع منتجة في الخارج إلى فرنسا⁽¹⁾.

- وهذا ما يعمل على القول بأن توفر المعيار الاقتصادي إلى جانب المعيار القانوني هو الذي يحقق للعنصر الأجنبي في الرابطة العقدية صفته المؤثرة أو الفاعلة في مجال عقود المعاملات المالية⁽²⁾.

- ومما يجدر ذكره أن القضاء الأمريكي تبنى من جهته المعيار المعتمد من قبل القضاء الفرنسي في قضية (Hecht) المشار إليها، وذلك لجهة تأسيس دولية العقد على اعتبار اتصاله بمجموعة من النظم القانونية، وبالنظر لما يعكسه من مساس بمصالح واعتبارات التجارة الدولية، على نحو أضفى على المعيار القانوني طابعاً اقتصادياً، ولعل خير مثال نسوقه للتدليل على هذا التوجه في القضاء الأمريكي، ما ذهبت إليه المحكمة العليا الأمريكية في حكميها الصادرين في قضية Zapata عام 1972، وفي قضية Scherk عام 1974، حيث أكدت الطبيعة الدولية للعقد بالتعويل على ثلاثة معايير هي:

- اختلاف جنسية طرفي العقد، وما يعكسه ذلك من اختلاف مركز أعمالهما الرئيسي.
- إتمام الاستشارات الفنية التي تم الحصول عليها بمناسبة المفاوضات السابقة على إبرام العقد في عدة دول.
- ارتباط أو تعلق موضوع العقد محل النزاع بمجموعة كبيرة من الدول⁽³⁾.

(1) المرجع السابق - ص 93 وراجع أيضاً: أحمد الأنباري - مرجع سابق - ص 21-22 وحسن كاظم - مرجع سابق - ص 37

كما أننا نتحفظ مجدداً بما أوردناه في الخامس ما قبل السابق، وذلك لجهة عرض هذا النزاع كأحد تطبيقات (المعيار القانوني).

(2) د. هشام صادق - مرجع سابق - ص 94.

(3) كما أن المحكمة العليا الأمريكية أصدرت حكماً في قضية شهيرة تسمى (Wilko) مفاده بطلان اتفاق التحكيم بخصوص المنازعات المستقبلية بشأن عقد ميرم بين مستهلك ومؤسسة سمسة، ذلك لأن الخصوم كانوا متوطنين داخل الولايات المتحدة الأمريكية، كما أن المفاوضات السابقة على العقد تمت على التراب الأمريكي،

المطلب الرابع: معايير دولية العقد في الاتفاقيات الدولية:

اختلفت الاتفاقيات الدولية - شأنها شأن الفقه والقضاء - حول المعيار المعتمد في تحديد دولية العقد، فمنها من تبني معياراً مزدوجاً يقوم على الجمع ما بين المعيارين القانوني والاقتصادي رغم اختلافها بدرجة وضوح تبني ذلك المعيار، ومنها من فضل الإشارة إلى أحد المعيارين دون أن يتمكن من تغييب ما توصل إليه الفقه من حقيقة العلاقة ما بين المعيارين القانوني والاقتصادي.

أولاً - الاتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي (اتفاقية جنيف) لعام 1961:

حددت المادة الأولى من اتفاقية جنيف نطاق تطبيقها: (أ - على اتفاقيات التحكيم المعقودة بمحدف فض النزاعات الناشئة أو التي قد تنشأ نتيجة لعمليات التجارة الدولية، ما بين أشخاص عاديين أو معنويين على أن يكون لهم عند إنشاء الاتفاقية محل إقامة معتاد أو مركز عمل في دول مختلفة مرتبطة تعاقدياً بهذه الاتفاقية...)⁽¹⁾.

- ويبدو واضحاً أن الاتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي قد جمعت بين المعيار الاقتصادي لدولية العقد المرتبط بمصالح التجارة الدولية، وبين المعيار القانوني المستمد - على الأقل - من اختلاف محل إقامة الطرفين⁽²⁾.

عبداً أن موضوع العقد كان متمركزاً داخل الولايات المتحدة الأمريكية، وجملة ما سبق جعلها تذهب لوجوب تطبيق القوانين الأمريكية على النزاع المعني.

راجع جعفري بلال - سلطة القاضي الوطني في تعديل العقد الدولي - رسالة ماجستير - جامعة العربي بن مهيدي - أم البواقي - 2017-2018 - ص33. أو غنم نبيل حسين - مرجع سبق ذكره - ص14.

(1) نص الاتفاقية منشور على موقع www.aifca.com

(المعهد العربي الأمريكي للتحكيم التجاري الدولي) Arab American Institute For International Commercial Arbitration تاريخ الزيارة 2018/8/14 (10.00 ص).

(2) د. هشام صادق - مرجع سابق - ص92. هامش 119.

ولئن كان المعيار المزدوج قد بدا واضحاً في نصوص اتفاقية جنيف إلا أنه لم يظهر بنفس الوضوح في النصوص ذات الصلة من اتفاقية واشنطن لتسوية منازعات الاستثمار لعام 1965.

ثانياً: اتفاقية واشنطن لتسوية منازعات الاستثمار لعام 1965:

نصت م25 (بمقتضى اختصاص المركز إلى المنازعات ذات الطابع القانوني التي تنشأ بين دولة متعاقدة وأحد رعايا دولة متعاقدة أخرى، والتي تتصل اتصالاً مباشراً بأحد الاستثمارات...) (1).

وبالنظر إلى النص السابق يمكن استنتاج تبني الاتفاقية المذكورة للمعيار المزدوج، وذلك من خلال اشتراط أن يكون المتعاقد مع الدولة في عقد الاستثمار مستثمراً أجنبياً ينتمي بجنسيته لدولة أخرى طرف في الاتفاقية، مما يفيد الأخذ بالمعيار القانوني، بالإضافة إلى اشتراط اتصال المنازعة اتصالاً مباشراً بأحد الاستثمارات مما يعني قيام المعيار الاقتصادي، ذلك أن الاستثمار وبصرف النظر عن اختلاف الآراء حوله ينطوي على انتقال لرؤوس الأموال من الخارج إلى الدولة المضيفة بغية تحقيق الربح للمستثمر الأجنبي، على نحو يكفل زيادة الإنتاج والتنمية في الدولة المضيفة (2).

ثالثاً - اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع فيينا 1980:

نصت المادة الأولى من الاتفاقية المذكورة على أن تطبق أحكام هذه الاتفاقية على عقود بيع البضائع المعقودة بين أطراف توجد أماكن عملهم في دول مختلفة:

(أ) - عندما تكون هذه الدول متعاقدة؛ أو (ب) - عندما تؤدي قواعد القانون

(1) نسخة رسمية على موقع www.aifca.com (المعهد العربي الأمريكي للتحكيم التجاري الدولي) مشار إليه سابقاً، تاريخ الزيارة 2018/8/14 (11.00 ص).

(2) د. بشار الأسعد - مرجع سابق - ص87.

الدولي الخاص إلى تطبيق قانون دولة متعاقدة...

3 - لا تؤخذ في الاعتبار جنسية الأطراف... في تحديد تطبيق هذه الاتفاقية...⁽¹⁾.

وهذا ما يبين تبني الاتفاقية للمعيار القانوني معتمدة على عناصر معينة من هذا المعيار لتحديد دولية العقد.

وهكذا وعلى حد قول البعض⁽²⁾: إن الاتفاقية المذكورة تجاهلت المعيار الاقتصادي تجاهلاً تاماً بحيث لم تأخذ في اعتبارها تعلق العقد بمصالح التجارة الدولية، و فيما لو كان سيترتب عليه انتقال للسلع من دولة إلى أخرى أم لا.

ومع ذلك ثمة من يرى خلافاً لما سبق إن المعيار القانوني وفقاً لتحديد الاتفاقية يحمل في طياته معياراً اقتصادياً يتمثل في تدفق السلع والنقود على الغالب⁽³⁾.

ومن جهتنا نرى في مثل هذا التعقيب ما يعيدنا تلقائياً لحقيقة العلاقة ما بين المعيارين القانوني والاقتصادي التي سبقت الإشارة إليها في أكثر من موضع.

(1) منشور نص الاتفاقية على الموقع الإلكتروني <https://www.uncitral.org/pdf/>

(2) د. حنان مخلوف - مرجع سبق ذكره - ص 45.

(3) د. هشام خالد مشار إليه لدى فهد حسين - مرجع سابق - ص 34.



الفصل الثاني **

مرحلتا التفاوض والإبرام وبعض صور العقود الدولية

يسبق إبرام العقد الدولي عادة تبادل أطرافه المحتملين لوجهات نظرهم بالاتصال أو التشاور أو التحاور وذلك بغية التوصل إلى مرحلة الإبرام ، وينشأ على عاتق الأطراف المتفاوضة خلال مرحلة التفاوض مجموعة من الالتزامات تندرج تحت مسميات مختلفة إلا أنَّ غالبيتها العظمى تتمحور حول التزام أساسي هو التزام التفاوض بحسن نية وإذا ما كلل المتفاوضون مرحلة تفاوضهم بإبرام العقد كان لتلك المرحلة آثارها القانونية المختلفة سواء على صعيد تفسير العقد لاحقاً، أو على مستوى إثباته، أو في اعتبارها جزءاً منه بقدر الإحالة إليها.

وبالمقابل تعتبر مرحلة الإبرام عن تلاقي إرادة المعنيين على إبرام العقد الدولي، بحيث يلتزم أطراف العقد بالاشتراطات العقدية التي تعد في العقود الدولية القانون الذي يحكم العقد، باعتبار إن العقد شريعة المتعاقدين ، وهكذا فإن العقد الدولي شأنه شأن العقد الداخلي لا يمكن أن ينعقد صحيحاً إلا بتوافر ثلاثة أركان عامة هي: الرضا ، والمحل، والسبب.

ومن الطبيعي أن لا تكون العقود الدولية محددة بنموذج أو بقالب عقدي معين، مما يفترض تصنيفها في مجموعات وفق قواسم مشتركة تجمع بين عناصر المجموعة الواحدة. إلا أن الوصول إلى تصنيف ثابت لتلك المجموعات ينطوي على صعوبة لا تقل عن صعوبة

* كتب المبحث الأول (المرحلة التفاوضية) - والمبحث الثالث (صور العقود الدولية)

الدكتورة وفاء مزيد فلهووط

* كتب المبحث الثاني (إبرام العقود الدولية) الدكتور ساجر حميد الخابور

الاتفاق على تعريف موحد للعقد الدولي ، فثمة من ذهب للتمييز على صعيد عقود التجارة الدولية ما بين (عقود التبادل) كعقد البيع الدولي، وبين (عقود الإنتاج) كعقود الاستثمار، أو بين (العقود ذات الطابع التقليدي) كعقدي البيع والنقل الدوليين وعقد القرض، وبين (العقود ذات الطابع الخاص) كعقود نقل التكنولوجيا وعقود الترخيص وعقود الاستثمار، ومنهم من فرق على مستوى عقود الاستثمار الدولية ما بين (عقود الاستثمار التي محلها مرفق عام) وبين (العقود الاقتصادية الدولية) كعقدي التوريد والنقل الدوليين وعقود نقل التكنولوجيا وعقد القرض الدولي. وثمة من فضل التمييز ما بين (العقود الدولية التقليدية) كعقد البيع الدولي وعقد الفرانشايز، وبين (عقود الدولة) كعقود امتياز البترول.. وهذا الخلاف إن دلّ على شيء، فإنما يدلّ على حقيقة ارتباط مسألة تعدد التصنيفات المقترحة للعقود الدولية بمسألة معايير دولية للعقود ..

المبحث الأول

المرحلة التفاوضية في العقود الدولية

يسبق إبرام العقد الدولي عادة عملية تفاوضية بين أطرافه المحتملين تنطوي على أهمية خاصة باعتبار ما يناقشونه من تساؤلات ويتبادلونه من وجهات نظر بغية التوصل إلى اتفاق نهائي.

ولهم في سياق ذلك إبرام مجموعة متنوعة من الاتفاقيات، بعضها غير ملزم كالاتفاقيات التحضيرية، وبعضها يتضمن التزامات لا يثار الشك بمسؤولية من أخل بها.

وإذا ما كلل المفاوضون مرحلة تفاوضهم بإبرام العقد كان لتلك المرحلة آثارها القانونية المختلفة سواء على صعيد تفسير العقد لاحقاً، أو على مستوى إثباته، أو في اعتبارها جزء منه بقدر الإحالة إليها.

المطلب الأول - تعريف المفاوضات وأسس التفاوض الناجح:

أولاً - تعريف المفاوضات وآلية سيرها:

1 - تعريف المفاوضات:

المفاوضة عموماً: هي تبادل وجهات النظر باتصال أو تشاور أو تحاور بين طرفين أو أكثر بغية التوصل إلى إبرام عقد ما، ومن حيث المبدأ ليس للمفاوضات نطاق معين أو شكل محدد يجب اتباعه - على نحو ملزم - فقد تتم هذه العملية بتبادل المذكرات المكتوبة كما قد تكون شفاهة، وقد تجري في شكل مقابلات شخصية، كما قد تقع بين أطراف حاضرين أو بطريق المراسلة..⁽¹⁾

(1) راجع د. يوسف عبد الحادي خليل الأكياي، المرجع السابق، ص 87 بالإضافة إلى د. هاني صلاح سري الدين -

المفاوضات في العقود التجارية الدولية - دراسة مقارنة في القانونين المصري والإنكليزي. الطبعة الأولى - دار النهضة العربية

- 1998 - ص10.

ومن جهتنا يمكن تعريف عملية المفاوضة على أنها عمل مادي أو قانوني - حسب الأحوال - يتبادل فيه الأطراف - أيًا كان تعدادهم - وجهات النظر للتنسيق بين مصالحهم المتعارضة أو لتوجيه أهدافهم المتجانسة غالباً عبر سلسلة من الاتفاقيات والمستندات (ملزمة كانت أم لا) بغية التوصل لاتفاق نهائي.⁽¹⁾

2 - آلية سير عملية المفاوضة:

تبدأ المفاوضة عادةً باجتماع أولي يناقش ويقرر فيه عدة قضايا، مثل ضرورة توقيع اتفاقيات سرية أو تمهيدية، وفيما لو أنَّ المفاوضات ستكون شخصية أو بالمراسلة أو على طول الوقت أو لفترات متقطعة.

ويقدم في هذا الاجتماع كل طرف الأهداف العامة لأعماله (مع شرح لقائمة الشروط المقترحة) دون أن يكشف أي منهما عن التفاصيل إلاَّ بالقدر الملائم لهذه المرحلة.

- أمَّا في الجلسة الثانية فتبدأ مناقشة الشروط (التعايير) الأساسية، ولا يوجد عموماً إجراء معين يحكم تلك المناقشة⁽²⁾.

- وبعد فترة زمنية معينة من بدء المفاوضات يمكن تدوين التقدم أو السير في التفاوض وتبادل الملاحظات، وقد يسفر سير المفاوضة إلى تحديد صيغة ورقة الشروط، وهنا لا بُدَّ من تقديم نسخة عنها للطرف الثاني بغية مراجعتها، ومن المفيد فيما لو ظهر أن اتفاقية

(1) راجع مؤلفنا (للمشاكل القانونية في عقود نقل التكنولوجيا إلى الدول النامية) لمشار إليه سابقاً - ص 56.

(2) يفضل المتفاوضون أحياناً التفاوض على كل الشروط الأساسية بمفاوضة عامة دون بحث طلب ختامي، بينما يفضل آخرون مناقشة أو بحث كل شرط بالترتيب في محاولة للوصول إلى اتفاق على كل واحد منها. فإن لم يتم ذلك قد يستمرون بالتفاوض ليبروا ما هي النقاط التي تم الاتفاق عليها ثم يعودون إلى القضايا الصعبة من جديد، بينما يرغب بعض المتفاوضين بالبدا مباشرة مع مسودة عقد

حقيقية قد أمكن الوصول إليها كتابة ذلك في شكل مذكرة⁽¹⁾.

- وعندما تكمل المفاوضات بالنجاح ويتم تعديل ورقة الشروط على نحو نهائي ويشعر الأطراف بالتحرك نحو مسودة عقد، فلا يوقعون ورقة الشروط إنما ينتقلون إلى مرحلة صياغة العقد، ومن هنا تظهر أهمية وجود القانونيين منذ بداية المفاوضات وحتى هذه المرحلة، وإلا فلا بُدَّ من الاتصال المتكرر بالاستشاريين القانونيين⁽²⁾.

ثانياً - أسس التفاوض الناجح:

يفترض بفريق التفاوض أن يناقش ويحلل جملة من التساؤلات أهمها:

- سبب إبرام العقد: أي التساؤل عن أفضل نتيجة يمكن الحصول عليها من العقد، وعن العاقبة المراد تجنبها.

- قوة التأثير والنفوذ:

تحديد لماذا يحتاج الطرف الآخر لهذه الاتفاقية، وهل نفوذه مستمد من شروط العقد أم يستند على أسباب أخرى (كاستثمار محتمل أو تهديد قضائي..).

وما قوة النفوذ فيما لو أن الطرف الآخر لم يوافق على الشروط المقترحة، وهل هناك شركات أخرى يمكن عقد اتفاقٍ مقابل معها وبذات الموضوع، وهل بالإمكان التفاوض مع كل الأطراف في نفس الوقت.

- الإطار الزمني:

فيما لو وجدت مواعيد محددة يجب التقيد بها، كمواعيد بداية الإنتاج أو بداية مشروع بحث أو افتتاح مصنع أو مواعيد نهائية للاستثمار.

(1) مع طول المفاوضات يفترض تدوين المناقشات التي تمت والاتفاقيات التمهيدية التي تم التوصل إليها.

(2) المرجع السابق - ص 25-26

وبالنتيجة لا بُدَّ من تحديد الوقت أو جدول الأعمال الواقعي (العملي) لمرحلة التفاوض والصياغة والتنفيذ.

- الوثائق والمعلومات:

على الفريق المتفاوض أن يحدد مجمل البيانات والوثائق والمعلومات التي تجعله بحاجة للطرف الثاني وجمع كل تلك الوثائق والمعلومات المتاحة وفهرستها في دفتر للملاحظات.

- اختيار الفريق:

إذ يتوجب قبل الدخول في التفاوض تحديد الشخص المتفاوض، بما في ذلك الناطق الرسمي عن ذلك الطرف، ومن له حق حضور المفاوضة بدور مساعد، ومن سيتم استشارته عند الضرورة كخبير مالي بمسائل مثل مقدار ما يجب دفعه، وتحديد مجمل الالتزامات المالية لقاء الخدمات التقنية، أو كخبير تقني لاستشارته عن قضايا المتطلبات التقنية، أو كخبير عن الشؤون القانونية البحتة.

كما يجب تحديد المسؤول عن إبرام الاتفاقية والرد على التغييرات المقترحة من الطرف الثاني.

- استراتيجية المفاوضة:

ينبغي تحديد ما هو الشرط الذي يعتبر في (ورقة الشروط) كخط رئيسي عريض يبنى على أساسه الموقف المثالي للفريق، كما ينبغي تحديد الحد الأدنى المطلوب لأجل كل فترة من فترات العقد، والمنطق يقتضي ألا يتكشف ذلك الحد إلا لوقت متأخر من التفاوض، ولكن عموماً يجب ألاّ يتغير (أو ينقلب) على نحو مفاجئ خلال سير المفاوضات.

كما يجب بالمقابل تحديد الحد الأدنى والأساسي وتحليله للطرف الآخر، ومجمل خياراته في حال عدم تحقيقه للحد الأدنى، على أن «ورقة الشروط» بالنحو المذكور أعلاه تعدّ مرشداً أساسياً خلال المفاوضة.

– الاتفاقيات التمهيدية:

إنَّ الاتفاقيات المؤقتة والاتفاقات الأولية تكون مطلوبة لمعرفة مزيدٍ من المعلومات لتحديد فيما لو أنَّ العقد سيشكل صفقة مفيدة، وتحديد فيما لو كانت تلك الاتفاقيات قصيرة الأمد لن تستخدم كبديل أو مرادف لاتفاقيات أخرى⁽¹⁾.

المطلب الثاني: الاتفاقات التحضيرية:

ويقصد بها تلك الاتفاقيات التي يكون موضوعها الوحيد التحضير للعقود المستقبلية، أو بمعنى آخر الاتفاقيات التي يرادفها الإعداد للاتفاق النهائي، وتأتي تلك الاتفاقيات تحت أشكال ومسميات متعددة.

وسنقوم بالتوقف عند أشهرها، إلا أنه لا بد من التعرف أولاً على خصائص تلك الاتفاقيات وقيمتها القانونية بشكل عام.

أولاً – خصائصها وقيمتها القانونية:

رغم اختلاف شكل تلك المستندات (خطاب موقع من أحد الأطراف – اتفاق مهور بتوقيع جميع الأطراف...) ورغم اختلاف ما تحويه من تفاصيل، إلا أنها تجتمع عند الخصائص التالية:

- إن تلك المستندات تستهدف تلخيص الخطوات والنقاط الرئيسية التي استقر عليها الأطراف دون أن يؤثر ذلك على إمكانية تعديلها أو حتى إلغائها في المستقبل.
- إمكانية استخدام تلك المستندات لتأكيد حق الأطراف في قطع التفاوض.
- ليس لتلك المستندات أية قوة إلزامية من ناحية قانونية إنما مجرد قوة معنوية (أدبية).

⁽¹⁾ Cynthia C.Cannady: p.3-8

أما الصعوبات التي تثيرها فيما يتعلق بقيمتها فمردّها عدم ضبط المصطلحات المستخدمة في وصفها من جهة، ولافتقار القواعد القانونية الخاصة بكل شكل من أشكالها على سبيل التحديد من جهة أخرى⁽¹⁾.

ثانياً - أشكالها:

تتعدد أشكال تلك الاتفاقيات وتختلف مسمياتها، إلا أننا نذكر أهم ما شاع استخدامه:

1 - الاتفاق المبدئي (أو الاتفاق على المبدأ):

ويأتي عادة عند أول جولة للمفاوضات، بحيث يتم فيه وضع «الخطوط الرئيسية» للمفاوضات عموماً، ويأخذ شكل الاتفاق التمهيدي الذي يتعهد فيه الأطراف (تعهداً وليس التزاماً) ببدء أو متابعة التفاوض ويستهدف تشجيعهم على ذلك، خاصة وأنهم ما زالوا في بدء علاقتهم، وفي الوقت المعاصر لهذا الاتفاق يقوم - أو يستمر - كل طرف بالتحري عن شهرة نوايا الطرف الآخر وملاءته وصدقه.

2 - الوعد من جانب واحد:

بعد المناقشات والاطلاع على إمكانيات الطرف الآخر قد يجد أحد المتفاوضين أن الفرصة مواتية لإبرام عقد بينهما، بينما لا يرى الجانب الآخر ذلك، فيقدّم الأول وعداً بالتعاقد على ضوء المناقشات على النحو الذي تمت به، فيكون ذلك الوعد إيجاباً ينتظر القبول خلال مدة معينة فإذا ما انقضت تلك المدة دون صدور القبول تعتبر المفاوضات منتهية ويسقط ذلك الإيجاب.

⁽¹⁾ ولذلك يترتب على الأطراف الحذر عند صياغة مثل تلك المستندات من جهة التأكيد الصريح على نفي الطبيعة التعاقدية الملزمة لها، وتجنب استخدام التعابير الغامضة التي يمكن تفسيرها - عند الشك - على أنها إرادة الأطراف للدخول في علاقة تعاقدية ملزمة - راجع د. هاني صلاح سري الدين - مرجع سابق - ص 12 - 14.

3 - الخيار الثاني:

بعد تحديد الإطار العام للعقد قد يتفق المتفاوضون على تأجيل التوقيع على العقد لمدة محددة يكون لكل منهم خيار إتمام العقد أو رفضه.

4 - حق الرفض:

إذا ما اعترض المتفاوضين عقبة معينة شكلت خلافاً جدياً بينهم ولم يتمكنوا من التوصل للاتفاق حولها؛ فلائحٍ منهما رفض الاستمرار في التفاوض بشرط إدراج ذلك الحق في «الاتفاق على المبدأ». لأن رفض متابعة المفاوضات في بعض الحالات قد يعدّ قطعاً تعسفياً لها وسبباً موجِباً للمسؤولية.

5 - الوعد بالترفض:

الوعد بالترفض هو اتفاق يتعهد بموجبه أحد الطرفين حيال الآخر بأن يفضل على الغير كمتعاقد في عقدٍ ما سيتم فيما بعد، إذ يظلُّ الواعد حراً بعدم إبرام العقد النهائي، ويظلُّ التحديد الوحيد ذلك المتعلق بحرية اختيار المتعاقد معه.

6 - خطاب إعلان النية:

قد يعبر خطاب النوايا تارةً عن مجرد الاهتمام بمشروع ما، كأن يأتي على الشكل الآتي «نحيطكم علماً بهذا الخطاب - بأنه في نيتنا - قبول عرضكم مبدئياً والشروع في المفاوضات»، وقد يعبر تارةً أخرى عن رغبة الأطراف المتفاوضة في إبرام العقد النهائي في ضوء الاتفاقيات التمهيدية⁽¹⁾.

7 - الاتفاقيات التمهيدية ذات البنود المفتوحة:

قد يتمكن الأطراف من الوصول إلى اتفاقٍ تمهيدي يتفقون فيه على كل العناصر

(1) راجع د. نصيرة سعدى - عقد نقل التكنولوجيا في مجال التبادل الدولي - ديوان المطبوعات الجامعية - الجزائر - 1992م، ص 129 - 131. ود. محمود الكيلاني - عقود التجارة الدولية في مجال نقل التكنولوجيا - دراسة تطبيقية - 1988م، ص 192-195.

الأساسية اللازمة لإبرام العقد مع الإشارة إلى ضرورة إبرام اتفاق لاحق يغطي مجمل الأمور التفصيلية المتبقية وذلك مع عدم وجود إشارة صريحة لاعتبار الاتفاق اللاحق شرطاً لازماً لانعقاد العقد محل التفاوض⁽¹⁾.

ثالثاً - الأثر القانوني للاتفاقيات التحضيرية (الأولية):

لا تُعدّ الاتفاقيات التحضيرية عقوداً ملزمة، كونها غالباً ما تشير إلى مجرد بيانات مبهمة للنوايا والخطط المستقبلية، خاصة وأن المتفاوضين لا يمتلكون إدراكاً كاملاً لموضوع عملهم المقبل أو هدفه، هذا عدا عن حيرتهم فيما لو كانوا ملزمين بها قانونياً أم لا⁽²⁾.

فمن جهة الاتفاق المبدئي: فإنه لا يتضمن إلّا تعهداً بالتفاوض ولا يمكن اعتباره (كما ذهب بعضهم) على أنه وعد بالتعاقد، إذ أنّ الأخير يتضمن تراضياً على العقد النهائي.

حتى إنّ الوعد من جانب واحد، كصورة أخرى من تلك الاتفاقيات، لا يعدّ وعداً بالتعاقد لأنه في الوعد من جانب واحد يظلّ الواعد ملتزماً بانتظار رد الموعود، وهذا لا ينطبق على مبدأ الإيجاب والقبول في حالة الوعد بالتعاقد والذي يعتبر عقداً كاملاً، حيث يلتزم فيه الواعد بوعده ولا يحق له الرجوع عنه خلافاً للموعود له والذي لا يلزم بشيء كونه عقداً ملزماً لجانب واحد (هو الواعد)، ويؤدي في النهاية إلى التعاقد النهائي أو الرجوع تخائياً عنه إذا ما أعلن الموعود عدم رغبته في التعاقد أو إذا انتهت المدة المتفق عليها لإعلان الرغبة.

أمّا بالنسبة للخيار الثاني، واتفاق التفكير، واتفاق حق الرفض، فإنها لا تتعدى أن تكون شرائح في عملية واحدة إذا ما تمّ الاتفاق على إحداها انتقل المتفاوضون إلى

(1) راجع د. هاني صلاح سري الدين - المرجع السابق - ص 14.

(2) Cynthia C. Cannady.... p 8

غيرها⁽¹⁾.

أما بالنسبة للوعد بالتفضيل فهو أيضاً ليس ملزماً، إلا أننا نرغب بالإشارة إلى خصوصية بعض العقود الدولية، كعقود نقل التكنولوجيا، والتي تقوم على الاعتبار الشخصي لذلك فإن تفضيل أحد العارضين يعدّ موجوداً حكماً منذ البداية⁽²⁾.

وفيما يتعلق بخطاب إعلان النوايا: فليس ثمة خلاف على أنّ ذلك الخطاب لا يعتبر إيجاباً أو وعداً بالتعاقد إنما مجرد الرغبة بذلك، فهو ينطوي على الالتزام ببذل عناية بقصد الوصول إلى نتيجة⁽³⁾، وهي التعاقد دون الالتزام بتلك النتيجة أي الغاية⁽⁴⁾.

ولعلّ أكثر الاتفاقيات الأولية المثيرة للجدل فيما لو كانت ملزمة أم لا هي:
«الاتفاقيات الأولية ذات البنود المفتوحة»

حيث اتجه جانب من الفقه لاعتبار تلك الاتفاقيات بمثابة عقود كاملة، وآية ذلك تبني عدة قوانين لهذا الاتحاد، ففي نصوص القانون المدني المصري مثلاً ما يفيد بأنه «إذا اتفق

(1) ويختصر ما سبق الاتجاه الذي تبنته إحدى المحاكم الأمريكية بأن اعتبرت (الاتفاق المبدئي هو اتفاق للاتفاق، وأنه غير قابل للنفذ ومن حق المدعي الانسحاب منه بدون تحمل مسؤولية) راجع د. محمود الكيلاني - مرجع سابق - ص 196-198.

(2) راجع مؤلفنا السابق الإشارة إليه - المشاكل القانونية في عقود نقل التكنولوجيا إلى الدول النامية - ص 44.

(3) والفرق بين الالتزامين كبير، إذ يلتزم المدين بموجب «التزام النتيجة» بتحقيق غاية محددة، بينما يكفي منه في معرض «التزام الوسيلة» بأخذ الخطة والعناية.

د. محمد وحيد الدين سوار، شرح القانون المدني «النظرية العامة للالتزام»، الجزء الأول، الطبعة السادسة، منشورات جامعة دمشق، 1993، ص 29

(4) إلا أنّ جانباً من الفقه يرى أنه إذا تضمن ذلك الخطاب التعهدات الجوهرية للطرفين - كدور كل منهما - وقيمة الأداءات المختلفة - ومهل التنفيذ - وجزاءات التأخير، فيمكن أن يشكل حينها عقداً مستقلاً تتركز عليه العقود اللاحقة لتحديد العناصر الفرعية، وعلى وجه التحديد النواحي القانونية التي لم يتمكن الأطراف من بحثها سابقاً راجع د. نصيرة سعدى، المرجع السابق ص 129 ود. محمود الكيلاني - المرجع السابق ص 195.

الطرفان على المسائل الجوهرية في العقد - واحتفظا بمسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد ولم يشترطا أن العقد لا يتم إلا عند الاتفاق عليها - اعتبر العقد قد تم، وإذا قام خلاف على المسائل التي لم يتم الاتفاق عليها فإن المحكمة تقضي فيها طبقاً لطبيعة المعاملة ولأحكام القانون والعرف والعدالة».

وبالتالي فإن العقد يلزم أطرافه ويكون للقاضي سلطة تكملته، ولا ينظر لتحديد ما هو جوهري أو ثانوي إلى العناصر الموضوعية إنما يجب البحث عن النية الحقيقية المشتركة للأطراف في ضوء ظروف التعاقد وطبقاً لما جرى عليه العرف⁽¹⁾.

إلا أنه يؤخذ على ذلك الاتجاه تفاؤله المفرط:

فمن جهة النصوص القانونية المشار إليها أعلاه فإنه يجب تفسيرها تفسيراً ضيقاً، إذ إنها تمثل مجرد استثناء على قاعدة عامة، وبالتالي يفترض أن تتوقف سلطة القاضي عند تفسير إرادة المتعاقدين دون تكملتها.

حتى إنه منطقياً في مثل تلك الظروف يفسر إرجاء المتفاوضين للبت في بعض المسائل (بصرف النظر عن جوهريتها أم لا) إلى وقت لاحق كقرينة لعدم اتجاه إرادتهم للدخول في علاقة تعاقدية ملزمة وليس العكس.

ومن وجهة نظر تشريعية: فإننا نجد تشريعات أخرى تذهب منحى مغايراً سواء على نحو مباشر أم بشكل غير مباشر، ففي «القانون الانكليزي» مثلاً لا ينعقد العقد كقاعدة عامة إلا بتحقيق ثلاثة شروط مجتمعة وهي:

1 - اتجاه نية الأطراف القاطعة للدخول في عقد ملزم. 2 - اتفاقهم على الشروط الأساسية اللازمة لانعقاد العقد. 3 - أن تكون شروط الاتفاق محققة أو مؤكدة.

(1) راجع د. هاني صلاح سري الدين: المرجع السابق - ص 14 - 18.

والاتفاقات التمهيدية ذات البنود المفتوحة قد تكون اتفاقات فعلاً إلا أنها تبرم بظروف تبتدئها - حسب الشروط السابقة - عن كونها عقداً ملزماً⁽¹⁾.

وحتى لو انتقلنا للتوجه القضائي فإننا نستنتج بناءً على الأحكام القضائية ذات النتيجة:

ومثاله ما قضت به محكمة النقض الفرنسية بأنه «إذا تم الاتفاق على ضرورة توثيق العقد أو تصديقه فإن العقد لا يعتبر تاماً ما لم يتم التصديق عليه»⁽²⁾.

وقياساً عليه فإنه في الاتفاقيات التمهيدية ذات البنود المفتوحة والتي يتم الاتفاق فيها على ضرورة إبرام اتفاق لاحق (لتغطية مسائل معينة) لا يعتبر العقد تاماً ما لم يتم إبرام ذلك الاتفاق اللاحق فعلاً⁽³⁾.

المطلب الثالث: الاتفاقيات التعاقدية النازمة لعملية التفاوض⁽⁴⁾:

وهي مجموعة اتفاقيات تهدف إلى تنظيم علاقات المتفاوضين ومسؤولياتهم حيال بعضهم في مرحلة ما قبل إبرام العقد. وإن كانت تلك الاتفاقيات لا تثير طبيعتها الملزمة أي شك أو خلاف إلا أن بعضها الآخر لا يعد كذلك، ويعتبر من أهمها حسب ما أفرزه التعامل الدولي:

1 - الاتفاق على الدخول في التفاوض Agreement To Negotiate.

(1) وقد ذكر البعض بعبارة أخرى إن الاتفاقات السابقة ما هي إلا اتفاقات يدون فيها الأطراف ما اتفقوا عليه بالإضافة إلى التأكيد على ثقتهم في إمكانية الاتفاق على نقاط تفصيلية أخرى في وقت لاحق.

راجع د. هاني صلاح سري الدين: المرجع السابق - ص 14 - 18.

(2) راجع د. محمود الكيلاني: المرجع السابق - ص 198.

(3) راجع مؤلفنا المشار إليه سابقاً - ص 46.

(4) هناك من يشير للدلالة عليها بمصطلح الاتفاقيات المؤقتة كونها محددة بفترة إجراء إجراءات، نصيرة بوجعه سعدى - المرجع السابق - ص 132.

2 - الاتفاق على عدم التفاوض مع الغير خلال مدة معينة (Lock-Out Agreement-Exclusivity).

3 - الاتفاق على الالتزام بالسرية في مرحلة المفاوضات Agreement During Negotiation confidentiality.

أولاً - الاتفاق على الدخول في التفاوض أو عدم دخوله مع الغير:

1 - الاتفاق على الدخول في التفاوض:

للأطراف - من حيث المبدأ - حرية الدخول في التفاوض من عدمه، إلا أن لهم أيضاً تقييد تلك الحرية بالالتزام بالدخول في التفاوض، أي تحويل الالتزام بالتفاوض بحسن نية من مجرد «التزام عام» يتجرد من الطبيعة التعاقدية إلى التزام محدد له صفة «تعاقدية - ملزمة»⁽¹⁾.

2 - الاتفاق على الالتزام بعدم التفاوض مع الغير لمدة معينة:

لا يعدّ - من حيث المبدأ - الدخول في عدة مفاوضات مع أكثر من طرف في شأن العقد نفسه مخالفاً لمبدأ حسن النية في التفاوض.

(1) وهذا أمر ممكن في القانون المصري، متى تحقق للاتفاق شروطه الموضوعية اللازمة (الرضا - المحل - السبب)، خلافاً لما يجري عليه العمل في القانون الإنكليزي إذ لا يرى في الاتفاق على الدخول في التفاوض اتفاقاً تعاقدياً له أي صفة إلزامية، ويرجع السبب من وجهة نظر بعضهم إلى صعوبة تقدير التعويض التاجم عن مخالفة أحكام ذلك الاتفاق. خاصة أنه لا يمكن الجزم فيما لو كانت المفاوضات مستتجبة من أصله أم لا. وبدعم وجهة نظرهم ما آلت إليه بعض الأحكام القضائية الصادرة في هذا الشأن.

إذ إن ذلك المحض لم يكن بعيداً عن النقد إذ أنه غير سليم قانونياً. ذلك أن اتفاقيات التفاوض بالنحو السابق هي اتفاقيات تأمة أجهت نية الأطراف فيها على نحو قاطع للدخول في علاقة تعاقدية ملزمة. أما من جهة الأحكام القضائية فقد اعتبرت الاتفاق على منع الدخول مع الغير في التفاوض لمدة معينة اتفاقاً تعاقدياً ملزماً، وليس ثمة ما يمنع من سحب ذلك الحكم على اتفاق الدخول في التفاوض. راجع د. هاني سري الدين - مرجع سابق - ص 20-22.

إلا أن للأطراف حرية الاتفاق على خلاف ذلك بمنع أحد أو كلا الطرفين من التفاوض أو حتى من التعاقد مع الغير، وتأخذ بعض القوانين بصحة تلك الحرية ولو لم يحدد الأطراف مدة هذا الالتزام السليبي حيث يقوم قاضي الموضوع أو المحكم بتحديد مدة طبقاً للقواعد العامة أو وفقاً لما جرى عليه العرف، بينما تشترط قوانين أخرى تحديد تلك المدة، وإلا فلا يقوم الالتزام من أصله. ويعكس ذلك التوجه الحرص على مبدأ حرية العدول عن المفاوضة كلما أمكن ذلك⁽¹⁾.

ثانياً - الاتفاق على الالتزام بالسرية في مرحلة المفاوضات:

يراد بالاتفاق على السرية منع أي من أطراف التفاوض عن الإفصاح عما تم تبادلته خلال المفاوضات إلى الغير، أو استخدام البيانات والمعلومات من قبل أي منهما لحسابه الشخصي دون الحصول على إذن مسبق من صاحب هذه المعلومات⁽²⁾. كما يمكن أن يرد على عاتق طرف دون الآخر، ويأخذ هذا الالتزام شكل التعهد الكتابي السابق بعدم إفشاء الأسرار التي تصل لعلمه أو باستغلالها لمصلحته أو نقلها للغير بمقابل أو دون مقابل، أو تسهيل استخدامها من قبل الغير.

(1) راجع د. هاني صلاح سري الدين: المرجع السابق - ص 19 - 24.

(2) راجع د. هاني صلاح سري الدين، المرجع السابق - ص 25، لهذا الالتزام أهميته في بعض العقود الدولية، كعقود نقل التكنولوجيا إذ يكمن جوهر المشكلة في مرحلة التفاوض بضرورة تزويد طالب التكنولوجيا بالمعلومات الكافية حول حق المعرفة محل التفاوض حتى يتمكن من تقدير قيمة تلك التكنولوجيا ومنافعها مما يقتضي الكشف عن جزء من سريتها، في الوقت الذي يخشى فيه حائز تلك التكنولوجيا من فشل المفاوضات - لأي سبب من الأسباب - فيفقد قيمة تكنولوجيته دون مقابل، بل لا يستبعد بأن يكون المفاوض الآخر سيء النية بحيث يستدرجه للكشف عن سرية تكنولوجيته ثم يفتعل الأفاعيل لإنهاء التفاوض دون التعاقد.

راجع د. يوسف الأكياي - (النظام القانوني لعقود نقل التكنولوجيا) - المرجع السابق - ص 96 وراجع أيضاً (ندوة حول العقود الدولية ومسألة نقل التكنولوجيا) - الاتحاد الدولي للمحامين - مملكة البحرين - 29-30 سبتمبر عام 2002 م - ص 8. وراجع أيضاً د. جميل الشرفاوي: محاضرات في العقود الدولية - دار النهضة العربية - القاهرة - 1997م - ص 217

وهذا التعهد عبارة عن عقد ينشئ التزاماً من جانب واحد وقد عبر عنه بعضهم بأنه «عقد اختيار» لأن طالب محل العقد يختار ما بين التوقيع عليه، أو عدم الدخول في مفاوضات العقد مما يتوقف على حسن نيته⁽¹⁾.

ويرى الأستاذ Jean Marie Deleuze بأن ذلك العقد هو تكريس حقيقي لمبدأ سلطان الإرادة واستقلالها، ومن هنا يعدُّ هذا التعهد مشروعاً قانوناً⁽²⁾.

أمّا عن مدى فعالية تلك الاتفاقيات فليس ثمة شكوك حول نفاذها بموجب نص القانون أو وفقاً لمسلك القضاء متى تمَّ إبرامها ضمن شروط معينة⁽³⁾.

المطلب الرابع: التزامات المرحلة التفاوضية:

ينشأ على عاتق الأطراف المتفاوضة خلال تلك المرحلة مجموعة من الالتزامات تندرج تحت مسميات مختلفة إلا أنَّ غالبيتها العظمى تتمحور حول التزام أساسي هو «التزام التفاوض بحسن نية» بحيث تعدُّ تلك الالتزامات بشكل أو بآخر أحد تطبيقات ذلك المبدأ.

(1) راجع في نفس المعنى كل من د. الكيلاني - المرجع السابق ص 190 ود. يوسف الاكياي - المرجع السابق ص 98.

(2) Jean Marie Deleuze: le contrat de transfert de processus technologique (know - how) - 3^{ème} édition, masson, paris, 1982. p32

(3) وأهم تلك الشروط:

- أن تحدد بدقة طبيعة ونوع المعلومات التي تكون (محلاً) للالتزام بالسرية والحماية التعاقدية.
- أن تحدد نطاق الأشخاص المتزامين بها.
- تحري الدقة عند صياغة الاتفاقية بأن يكون الالتزام بالسرية التزاماً بنتيجة والابتعاد عن تقريره من الالتزام ببذل عناية، كالقول مثلاً بأنَّ على كل طرف بذل قصارى جهده للمحافظة على السرية.

راجع د. هاني صلاح سري الدين: المرجع السابق - ص 25 - 26.

وقد ثار جدل واسع حول مدى التزام الأطراف بالتفاوض بحسن نية مع وجود اتفاق حوله من عدمه، وعلى مدى دلالة هذا الالتزام. ونلمس في ذلك اختلافاً واضحاً في التشريعات، وسنعمد لإيضاح الموقف القانوني لجملة من تلك التشريعات، على أن نستعرض بداية موقف الشريعة الإسلامية من هذا المبدأ وما يجري عليه العمل في مناورات التفاوض.

أولاً - مبدأ حسن النية في الشريعة الإسلامية، والواقع العملي:

- نهي الإسلام عن التناجش بقوله عليه الصلاة والسلام: «لا تحاسدوا ولا تناجشوا ولا تباغضوا ولا تدابروا..» والتناجش لغة هو استئثار الصيد لكي يظهر للصيداء فيتمكن من اقتناصه، ويقابله شرعاً: نسج الحيل حول المتفاوض للإيقاع به في التعاقد.

وفي الحقيقة لو أمعنا في كتاب الله وسنته الشريفة لوجدنا أمثلة مستفيضة تشير على نحو مباشر أو غير مباشر إلى ضرورة الالتزام بصدق النية والأمانة في المعاملات.

وبالمقابل لو نظرنا إلى الواقع العملي لوجدناه يستفيض أيضاً بعدد من المناورات المخالفة لذلك المبدأ⁽¹⁾.

(1) ومن تلك المناورات مثلاً: «أسلوب الرجل الطيب» وذلك بأن يظهر الفريق المتفاوض رئيسه بمظهر الرجل الطيب، بغية حمل الفريق الآخر على إرضاء ذلك الرئيس وتقديم التنازلات لطيب أخلاقه. وهناك أيضاً أسلوب «الرجل الطيب والرجل الذئب» بأن يأخذ رئيس الفريق دور الرجل الطيب ويظهر مستشاره القانوني بمظهر الرجل الذئب، بحيث يغدو الأول طيباً ومتساهلاً والثاني عنيداً ومتشدداً ويقوم الرجلان بتمثيلية لحمل الفريق الآخر على تقديم التنازلات.

- كما يوجد أسلوب «التهديد بالانسحاب من المفاوضات» بأن يلوح الفريق المتفاوض (القوي) بالتهديد بالانسحاب فيما لو وصلت المفاوضات لنقطة خلاف رئيسية.

- ومن جملة الأساليب المتبعة أيضاً أسلوب «الطلب غير القابل للتفاوض» والذي يتعلق بمسألة معينة لا تقبل المناقشة أما عددها فيقبل ذلك. أما أكثر المناورات شيوعاً فهي «المساومة» وذلك بأن يطلب الفريق المتفاوض مما يريد حتى يصل إلى ما يريد. راجع د. يوسف الاكياي. مرجع سابق ذكره. ص 90 - 95.

ثانياً - الالتزام بحسن النية في القانون المصري:

بداية يمكن القول أنه لا يوجد تعريف منضبط خاص بحسن النية إنما يتركز الاهتمام بالتطبيقات المختلفة والواسعة لهذا المبدأ والتي يعتبر من أهمها:

1 - الالتزام بالتعاون: إذ يعدّ إخلالاً بمبدأ حسن النية في التفاوض الرفض المستمر وغير المبرر لكل الاقتراحات المقدمة من الطرف الآخر رغم منطقيتها، أو قيام أحد الأطراف بتقديم اقتراحات غير معقولة بهدف عرقلة التفاوض أو التعاقد مع الغير.

2 - الالتزام بالجدية: يعدّ كذلك إخلالاً بمبدأ حسن النية عدم الجدية في التفاوض، كأن يكون الطرف المخطئ غير راغب أصلاً ببلوغ غاية التفاوض (التعاقد)، أو كان مدركاً منذ البداية بعدم قدرته على تنفيذ العقد فيما لو نجحت المفاوضات.

3 - الالتزام بالاعتدال والاستقامة: إذ يعتبر مخالفة لحسن النية العدول المفاجئ غير المبرر بعد وصول المفاوضات إلى مراحلها النهائية.

4 - الالتزام بالإفشاء قبل التعاقدي حيث يلتزم أطراف التفاوض بالإفشاء عن مجمل الملاحظات الواقعية والقانونية المحيطة بالعقد محل التفاوض، والإفصاح عن أية معلومات من شأنها التأثير على قرار الطرف الآخر في استمرار التفاوض ومن ثم إبرام العقد، وكذلك عدم إخفاء أية معلومات ذات صلة، كما أنه من الضروري أن تكون تلك المعلومات وافية وصحيحة أصلاً⁽¹⁾.

وفي مقابل التزام الإفشاء ثمة التزامان يقعان على الطرف المفضي له بالمعلومات، وهما:

1 - التزام الاستعلام: إذ يجب على كل طرف أن يتحرى بنفسه عن كل الظروف

(1) راجع د. هاني صلاح سري الدين: المرجع السابق - ص 27 - 30.

والملايسات الفنية والواقعية والقانونية التي قد تؤثر على موقفه المالي والقانوني خلال التفاوض (أو التعاقد)⁽¹⁾.

أما الالتزام الثاني فهو:

2 - الالتزام بالسرية: ويلتزم بموجبه المفضي إليه بضمان سرية ما تمّ الكشف عنه من معلومات وبيانات بغض النظر عن طبيعتها أو مقدارها⁽²⁾.

ثالثاً - التزام التفاوض بحسن نية في التوجهين الإنكليزي والفرنسي:

1 - في القانون والقضاء الإنكليزيين:

أكد القانون الإنكليزي على رفض الاعتراف بمبدأ التفاوض بحسن نية كقاعدة مستقلة، فاستناداً إلى ذلك القانون لا يكون التفاوض مسؤولاً إلا إذا ثبت ارتكابه لغش أو تدليس خلال المفاوضة، وهذا ما ذهب إليه القضاء الإنكليزي في عدد كبير من أحكامه، وأكدده حشد من الفقهاء والمحللين القانونيين.

2 - في القانون والقضاء الفرنسيين:

يعترف القانون الفرنسي صراحةً بضرورة إدارة مفاوضات العقد «بحسن نية»، لذا يلتزم كل طرف بإطلاع الآخر وبكل دقة عن المعلومات التي من شأنها التأثير في قراره.

* أما فيما يتعلق بالالتزام الاعتدال والاستقامة: فلم يتردد القضاء الفرنسي بإقرار ذلك الالتزام، إذ اعتبر أنه رغم حرية العدول عن المفاوضات فإن العدول المفاجئ غير المبرر بعد قطع شوط طويل من التفاوض وقيام أحد الأطراف بتنفيذ كافة طلبات الآخر،

(1) فيلتزم مثلاً الموزع اختراع المنتج بدراسة ظروف السوق التي سيطرح منتجاته فيه، كما يلزم المفاوض بدراسة أولية

لنوع التربة مثلاً، فإن تقاعس الملتزم في التزام الاستعلام واتخاذ الحيلة فلمومه على نفسه.

(2) راجع د. هاني صلاح سري الدين: المرجع السابق - ص 31.

يعدُّ سلوكاً مخالفاً لمقتضيات حسن النية⁽¹⁾.

المطلب الخامس: المسؤولية وجزاء الإخلال

أولاً - المسؤولية:

1 - المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية في مرحلة المفاوضات:

إذا ما تمَّ خرق التزام ما في المرحلة التفاوضية فيجب التساؤل عن نوع المسؤولية التي يثيرها ذلك الإخلال، وتتم الإجابة على ذلك السؤال بالتمييز ما بين فرضين اثنين:

- الفرض الأول: فيما لو كان هناك اتفاق تعاقدى ينظم مرحلة التفاوض، كاتفاق سرية مثلاً وتمَّ خرقه بحيث تعد المسؤولية هنا «مسؤولية عقدية».

- أما الفرض الثاني: فهو عند عدم وجود مثل ذلك الاتفاق، حيث تغدو المسؤولية «مسؤولية تقصيرية» ويكون المدين مسؤولاً عن الأضرار المتوقعة وغير المتوقعة، ولا يجوز الإعفاء أو التخفيف من تلك المسؤولية⁽²⁾، وإن كانت غالبية القوانين تعدها كذلك، فقد نجد قوانيناً أخرى تعتبر المسؤولية هنا مسؤولية عقدية «كالقانون الألماني»⁽³⁾.

- وإذا ما ثارت المسؤولية التعاقدية يتحمل المدين الضرر المباشر المتوقع فقط، ويعدُّ الضرر

(1) وصدر ذلك التطبيق في معرض القضية التالية: قام أحد رجال الأعمال بالتفاوض الجاد مع موزع لمعدات أمريكية في فرنسا بهدف شراء هذه المعدات وعمل على تلبية كل طلبات الموزع كما قام بزيارة للمصنع في أمريكا على نفقته الخاصة، وبعد وصول المفاوضات لمراحلها النهائية قام الموزع فجأة وبدون مبرر بإنهاء المفاوضات. فجاء حكم محكمة النقض على أن ذلك التصرف يعد تعسفاً في استعمال الحق موجباً للمسؤولية. راجع د. هاني صلاح سري الدين: المرجع السابق - ص 28 - 29.

(2) راجع د. هاني صلاح سري الدين: المرجع السابق - ص 31 - 32.

(3) راجع د. محمد محسن إبراهيم النجار - عقد الامتياز التجاري - دراسة في نقل المعارف الفنية - دار الجامعة الجديدة للنشر - الاسكندرية - 2001م - ص 182.

متوقعاً طبقاً لمعيار موضوعي، أي ذلك الضرر الذي يتوقعه الشخص المعتاد في مثل الظروف الخارجية المحيطة بالمدين دون الاعتداد بالضرر الذي توقعه هذا المدين بالذات، وسواءً أكانت المسؤولية عقدية أم تقصيرية فإن المدين لا يكون مسؤولاً إلا عن «الضرر المباشر» الذي يعدُّ نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالتزاماته (سواءً أكان مادياً أم أدبياً).

فيكون المدين مسؤولاً عن تعويض الدائن عما لحقه من خسارة وما فاتته من كسب، ولكن لا يشمل التعويض عن الفرصة الفائتة على الدائن نتيجة عدم إبرام العقد، ذلك أن الضرر لا يعدو إلا أن يكون ضرراً محتملاً وليس محققاً، إذ إن إبرام العقد نفسه يظلُّ أمراً احتمالياً.

2 - المسؤولية الناجمة عن الإخلال بالتزامات التفاوضية:

إنَّ مجرد إنهاء المفاوضات لا يشكل خطأ تقوم على أساسه مسؤولية أحد الأطراف، ولكن منذ أن أدخل الفقيه الألماني Ihering مبدأ المسؤولية عن الخطأ من خلال مفهوم النية الحسنة، وأخذت به معظم التشريعات تمَّ التوصل إلى فكرة الخطأ الموجب للمسؤولية من خلال فكرة السلوك المعيب أثناء التفاوض على أساس أن الخطأ هو عكس التفاوض بحسن نية⁽¹⁾ وبالتالي تثور المسؤولية مع كل إخلال بواحد من تطبيقات مبدأ حسن النية، وذلك على النحو الآتي:

أ - المسؤولية عن الإخلال بالتزام السرية:

وتعدُّ الحالة التي تثير نوعاً من الصعوبة هي إفشاء السرية قبل إبرام العقد الدولي، أي في مرحلة التفاوض مع عدم وجود أي اتفاق كتابي حول الالتزام بالسرية إذ تثور مع الحالة المعاكسة المسؤولية العقدية دون أدنى شك، بل إن بعض الدول /كفرنسا/ تعتبر خرق

(1) راجع د. محمود الكيلاني - المرجع السابق - ص 199.

ذلك التعهد الكتابي / أثناء المفاوضات / وإفشاء السرية كافيا لإثارة المسؤولية الجنائية، ذلك أنَّ إفشاء الأسرار الصناعية مثلاً يعدُّ وفقاً لقانون العقوبات الفرنسي جريمة جزائية، هذا إضافة إلى إثارة المسؤولية المدنية، ولكن الوضع يختلف في غياب مثل ذلك التعهد الكتابي، ورغم ذلك يمكن القول بشكل عام أنَّ المفاوضات ملزم بالسرية ولو لم يوجد أي اتفاق حول ذلك، خاصة لو كانت السرية مسألة مؤثرة في محل العقد، كما لو كان من قبيل المعرفة الفنية غير المحمية بالقانون بحيث تكمن قيمتها الاقتصادية بطابعها السري.

وقد حاول الفقه الفرنسي حماية المعرفة الفنية (في المرحلة التفاوضية) بعدة حلول، منها الاعتماد على «دعوى المنافسة غير المشروعة»، أو إثارة مسؤولية المفاوض عن تعويض الضرر الذي تسبب فيه بخلطه انطلاقاً من أنَّ إفشاء السرية يعدُّ خطأً وتصرفاً خارجاً عن «العادات العرفية» في هذا النطاق.

بينما يذهب القضاء الإنكليزي إلى حماية الأسرار في غياب التعهد السابق استناداً إلى اعتبارات العدالة، مما يعني افتراضه وجود عقد أمانة يلزم المفاوض بالسرية⁽¹⁾.

ب - المسؤولية عن الإخلال بالتزام الإعلام:

يبدو أنَّ المسؤولية المثارة نتيجة الإخلال بالتزام الإعلام هي في الغالبية العظمى من القوانين مسؤولية تقصيرية.

و قد فضل «القضاء الفرنسي» من جانبه الأخذ بالمسؤولية التقصيرية استناداً إلى اعتبار المفاوضات وقائع قانونية واعتبار التزاماتها التزامات ببذل عناية، لذا فالخطأ فيها يكون ذا طبيعة تقصيرية⁽²⁾.

(1) د. يوسف الاكياي - المرجع السابق - ص 99 - 100 ود. نصيرة بوجمعة سعدي - المرجع السابق - 136 - 138.

(2) يعتبر مثلاً من السلوك المعيب الذي يشكل خطأً إغفال المفاوض أن الصفقة بحاجة لتوثيق رسمي لإقرار صحتها. راجع د. الكيلاني المرجع السابق ص 200 و. د. نصيرة المرجع السابق ص 136.

ج - المسؤولية عن الإخلال بالتزام الاعتدال والجدية:

استقرت أحكام القضاء في كل من فرنسا ومصر على أن قطع المفاوضات التي وصلت إلى مرحلة متقدمة بدون أسباب قانونية يعدُّ تعسفاً، يكفي على أنه خطأ موجب للمسؤولية التقصيرية، وتستند المحاكم الفرنسية عادة بشأن هذا الموضوع على سلوك الشخص المعتاد لمعرفة فيما إذا كان هناك خطأ أم لا.

ثانياً - جزاء الإخلال بالالتزامات في المرحلة التفاوضية:

تتجه القوانين عادة للأخذ بالتنفيذ العيني كقاعدة عامة سواء أكانت المسؤولية عقدية أم تقصيرية، مادام ممكناً وغير مرهق، فإن استحالة التنفيذ العيني حل محله الالتزام بأداء التعويض. وتقرير فيما لو كان التنفيذ العيني ممكناً أو غير مرهق أو عادلاً ومناسباً يختلف تبعاً للنزاع المطروح، فمثلاً إذا كان أحد الأطراف المتفاوضة في سبيله للإخلال بالتزام السرية، فإنَّ للدائن منعه من ذلك باتخاذ أية إجراءات ملائمة، فهذا الالتزام قابل بطبيعته للتنفيذ العيني.

بينما لو كان محل المخالفة هو التزام الدخول في التفاوض، فلن يتمكن المفاوض /صاحب الحق/ من إجبار الطرف الآخر (المخل) بالدخول معه رغماً عن أنفه في عملية المفاوضة (التنفيذ العيني) إلا أنه يستطيع تحصيل حقه باللجوء إلى التعويض⁽¹⁾.

ثالثاً - نهاية عملية التفاوض:

تنتهي المفاوضات إما بفشلها، أو بنجاحها فيما لو تكللت بإبرام العقد.

1 - حالة فشل المفاوضات:

في بعض الحالات يمكن القول أنَّ الحد الأدنى لمواقف الأطراف من الشروط الرئيسة مازال

(1) راجع د. هاني صلاح سري الدين: مرجع سابق الفقرات (40-41-48) (ص32-33-37-38).

متعارضاً، ومن هنا فالنتيجة المثالية للتفاوض هي الانسحاب من المفاوضة إلى (حل أو طرف بديل)، على أن الانسحاب من التفاوض لا يقيّم في مثل تلك الظروف على أنه فشل، بل إن صحَّ القول: أنه فشل من نوع خاص (فشل يعني النجاح)⁽¹⁾.

2 - نجاح المفاوضات وإبرام العقد:

إن نجاح المفاوضات لا يعني أنها مثالية تماماً لأحد الطرفين أو لكليهما، إذ يلمس في المفاوضات الحية، وفيما يتعلق ببعض الشروط الرئيسية تراجع في موقف أحد المتفاوضين بحيث يعكس (مركزاً مفيداً) دون أن يكون هو (المركز المأمول) ومع ذلك تبقى الشروط مقبولة للأهداف النهائية لذلك التفاوض، كما قد ينشأ من جهة أخرى تعارض مباشر بين المتفاوضين حول شرط معين، ويظهر أن التوفيق حوله مستحيل إلا أن ذلك الشرط ليس مهماً تماماً لذلك الطرف، فيقبل أن يأخذ مركزاً غير مفيد إلا أنه مقبول في سياق مركزه من الشروط الرئيسية الأخرى.

3 - الآثار القانونية الناجمة عن نجاح المفاوضات:

لا يعني إبرام العقد الدولي أن تفقد المفاوضات التي سبقت الإبرام قيمتها القانونية. ومن هنا تلعب المفاوضات دوراً هاماً في تفسير العقد، وتارة في إثباته، وأحياناً تكون جزءاً منه. على أن دورها ليس واحداً في مجمل النظم القانونية ففي دول «العائلة الأنجلوسكسونية» لا تلعب تلك الأدوار خلافاً للنظم القانونية في «الدول اللاتينية»⁽²⁾.

(1) لأنه إذا وجد فريق التفاوض أن المفاوضة لن تنجح بدون التضحية بالأهداف الهامة أو تحقيق الحد الأدنى للمراكز المتفاوضة، فإن القرار في استمرار التفاوض يمثل تلك الظروف حتى الاختتام بالعقد سيعتد قراراً فاشلاً

Cynthia C.Cannady p.22

(2) راجع د. محمد النجار: المرجع السابق - ص 182.

أ - دور المفاوضات في تفسير العقد⁽¹⁾:

قد ترجع المحكمة المختصة النازرة في النزاع بصدد تنفيذ العقد الدولي إلى المفاوضات السابقة على إبرامه للاعتناء إلى إرادة المتعاقدين في حال غموضها⁽²⁾.

ب - دور المفاوضات في إثبات العقد:

ومثالها إرسال المعلومات السرية بالبريد المسجل وفي مظاريف خاصة تحمل تاريخاً ثابتاً، إذ يمكن الاستناد إلى تلك المراسلات في الإثبات فيما بعد، أو كعمل محاضر مكتوبة لجلسات المفاوضات لإثباتها في وقت لاحق.

ج - دور المفاوضات كجزء من العقد:

عندما يحيل المتعاقدون في عقدهم مسائل معينة إلى ما تم الاتفاق حولها في المفاوضات، فإنها تغدو جزءاً من العقد نفسه بقدر الإحالة إليها، وتنزل بذلك منزلة الشروط العقدية الملزمة بموجب إرادة الأطراف ذاتها.

وانطلاقاً من ذلك تلتزم المحكمة النازرة بالنزاع بالأخذ بها، دون أن يكون لها صلاحية استبعادها كما لو كان للمفاوضات مجرد دور تفسيري أو استثنائي⁽³⁾.

(1) قد تذهب بعض العقود - خلافاً للقواعد العامة - إلى عدم جواز الاعتناء بالمفاوضات السابقة على العقد في تفسيره - د. محسن شفيق «عقد تسليم مفتاح» - نموذج من عقود التنمية - دار النهضة العربية - القاهرة - بدون تاريخ، ص 31.

(2) كأن يتسبب مورد التكنولوجيا في عقد نقل التكنولوجيا بأن نسبة الأتاوة في العقد هي 30% بينما يؤكد المتلقي بأنها 3% فقط وبالرجوع إلى المفاوضات نجد أن النسبة هي 3-4% من صافي الربح، مما يساعد تلك المحكمة على تفسير العقد والجزم بأن ما ورد فيه (نسبة 30%) هو مجرد خطأ كتابي. راجع مؤلفنا المشاكل القانونية في عقود نقل التكنولوجيا.. سابق الإشارة إليه - ص 66.

(3) راجع د. يوسف عبد الهادي خليل الإكبادي - مرجع سابق - ص 100 - 102.



المبحث الثاني إبرام العقود الدولية

تعتبر مرحلة الإبرام عن تلاقي إرادتين لإبرام العقد الدولي، بحيث يلتزم أطراف العقد بالاشتراطات العقدية التي تعد في العقود الدولية القانون الذي يحكم العقد، دون أن يخضعوا لأي قانون آخر، إذا لم ينص العقد نفسه على قانون معين عند اللجوء إلى التحكيم في حال نشوء أي خلافات، إذ إن العقد شريعة المتعاقدين في العقود الدولية، وذلك بغض النظر عن حالة التوازن أو عدم التوازن التي قامت عند إبرام العقد الدولي، وهكذا فإن العقد الدولي لا يتوقف على مشيئة أحد المتعاقدين وحده، إذ إن الإيجاب يجب أن يكون مرتبطاً بالقبول شأن العقد الدولي في ذلك شأن بقية العقود، فلا ينعقد بإرادة طرف واحد سواء كان هذا الطرف هو صاحب الإيجاب أو صاحب القبول.

ولأن العقد الدولي لا يمكن أن ينعقد صحيحاً إلا بتوافر ثلاثة أركان عامة هي: التراضي أو «الرضا»، والمحل، والسبب. إلا أن معظم الاتفاقيات الدولية لم تعالج سوى ركن الرضا لأمر تتعلق باختلاف تشريعات الدول. وبناء على ذلك سوف نقسم هذا المبحث إلى مطلبين نتحدث: في أولهما عن إبرام العقد استناداً لأحكام اتفاقية فيينا، وفي ثانيهما عن إبرام العقد استناداً لمشروع المعهد الدولي لتوحيد قواعد القانون الخاص.

المطلب الأول- إبرام العقد استناداً لأحكام اتفاقية فيينا

لم تعالج اتفاقية فيينا من قواعد تكوين عقد البيع الدولي سوى ركن الرضا فلم تنظم ركني السبب والمحل، بل أنها لم تعالج كل أحكام الرضا، إذ أنها أغفلت عمداً تنظيم عيوب الرضا لأنها من الأمور التي تختلف فيها التشريعات الوطنية، واقتصر التنظيم الذي أتت به الاتفاقية على الإيجاب والقبول، ذلك أن اتفاقية فيينا اقتفت أثر اتفاقية لاهاي سنة 1964 بشأن تكوين عقد البيع الدولي، وقد اكتفت هذه الاتفاقية الأخيرة أيضاً بتنظيم

جزء من ركن واحد من أركان العقد هو الرضا، ولم تتناول منه إلا الإيجاب والقبول، فأهملت تنظيم قواعد الأهلية والأحكام المتعلقة بعيوب الرضا لصعوبة الوصول إلى التوحيد التشريعي فيها. (1)

أولاً- الرضا:

يُقصد بالرضا توافق إرادتين أو أكثر على إحداث أثر قانوني معين، وبالتالي فإن الرضا هو جوهر العقد، ولا بد لتحقيق ركن الرضا من أن يُعبر كل من أطراف العقد عن إرادته بالدخول في اتفاق مع الأطراف الأخرى، وهذا ما يتم من خلال إبداء أحد الأطراف لعرض على الطرف الآخر لإبرام عقد، وهذا يُسمى بالإيجاب. ولا بد أن يقتزن هذا الإيجاب بموافقة من الطرف الآخر على الدخول في العقد وهذه الموافقة تُدعى بالقبول.

1_ الإيجاب:

بموجب اتفاقية فيينا فإنه يتعين أن يصدر الإيجاب عن أحد الأطراف، وأن يكون عرضاً لإبرام عقد محدد بطريقة كافية، ويُعبر عن إرادة الموجب بالالتزام بالعرض في حال اقتزن هذا الإيجاب بقبول الطرف الآخر.

ولا بُد أن يتوافر في الإيجاب شرطان أساسيان، فالشرط الأول للإيجاب أن يتضمن عرضاً محدداً بشكل كافٍ من الطرف الذي يصدر عنه إلى الطرف الموجه إليه، وهذا يعني أن الإيجاب يجب أن يكون دقيقاً، ففي مجال البيع الدولي يجب أن يتجسد ذلك في تعيين السلع والبضائع، وتحديد الكمية والتمن، أو تمكين ما يُحدد ذلك صراحةً أو ضمناً، أما الشرط الثاني أن يتضمن الإيجاب التعبير عن التزام العارض بالبقاء على إيجابه متى صدر

(1) د. محمود الشرقاوي، العقود التجارية الدولية، دراسة خاصة لعقد البيع الدولي للبضائع، دار النهضة العربية، القاهرة،

عن الطرف الآخر القبول،⁽¹⁾ فالإيجاب يجب أن يكون ثابتاً لا رجعة عنه، يوحي بإرادة حقيقية من العارض بالارتباط في حال تلقيه القبول .

وتجدر الإشارة هنا إلى أن المفاوضات التي تسبق العقد لا يمكن اعتبارها بمثابة الإيجاب، فهي مرحلة أولية (تمهيدية) سابقة للتعاقد وهي مسألة ضرورية في العقود الدولية، فغالباً لا يصدر الإيجاب عن العارض إلا بعد مفاوضات قد تطول أو تقصر مع الطرف الآخر، فالإيجاب هو نتيجة للمفاوضات ولا يمكن لها أن تحل مكانه .

وكما لاحظنا سابقاً لا يرتب القانون بحسب الأصل، على المفاوضات، أي أثر قانوني، إذ من حق المتفاوض أن يقطع المفاوضات في أي وقت، ولا مسؤولية عليه في هذا المسلك إلا إذا اقترن العدول عن التفاوض بخطأ ممن قطع المفاوضات، وتعد المسؤولية هنا تقصيرية أساسها الخطأ، وليست تعاقدية تتركز على العدول عن التفاوض. وعلى من يدعى الضرر من العدول أن يثبت خطأ المتفاوض في قطع المفاوضات.

وقد تنتهي المفاوضات إما إلى إيجاب معلق أو إيجاب نهائي ، فالإيجاب المعلق على شرط هو إيجاب لا مفاوضة، ولكنه لا ينعقد إلا إذا تحقق الشرط الذي علق عليه، كما لو عرض شخص التعاقد بثمن معين مع الاحتفاظ بحقه في تعديل الثمن طبقاً لتغير الأسعار، فالإيجاب هنا معلق على شرط عدم تغير الأسعار .

وإذا خرج الإيجاب من دور المفاوضات ودور التعليق، أصبح إيجاباً نهائياً. ويعد تقرير ما إذا كان الإيجاب قد وصل إلى هذا الدور من مسائل الواقع لا من مسائل القانون فيفصل فيه قاضي الموضوع طبقاً لظروف كل حالة.

(1) محمد نصر محمد، الوافي في العقود التجارية الدولية، دار الرأية للنشر والتوزيع، الأردن، 2013، ص 63

ومن جهة أخرى، فإن الدعوة للإيجاب تعد إيجاباً، وهذا ما نصت عليه صراحة اتفاقية فيينا، في الفقرة الثانية من المادة 14، بأن توجيه العرض إلى مجموعة غير محددة من الأشخاص يعتبر مجرد دعوة إلى توجيه إيجاب أي مجرد دعوة إلى التعاقد، ما لم يتبين أن الموجب قد أفصح بوضوح عن العكس، أي ما لم يكن الموجب قد قرر صراحة أن يوجه إيجاباً إلى الجمهور. (1)

ويعني ما تقدم أن الإيجاب يختلف عن الدعوة إلى التعاقد والأمر يتوقف على مضمون التعبير عن الإرادة، فإذا قام التاجر بعرض بضائعه على الجمهور مع بيان أسعارها، فإن هذا يعد بلا شك إيجاباً صريحاً موجهاً إلى الجمهور، أما مجرد الإعلان عن السلعة حتى مع بيان سعرها فإنه يعد دعوة إلى التعاقد وليس إيجاباً، ما لم يتبين صراحة أن التاجر قصد توجيه إيجاب صريح إلى الجمهور.

ويُنتج الإيجاب أثره بمجرد وصوله لمن وُجه له فيصبح ملزماً للموجب في حال قبوله من الطرف الآخر. (2) إلا أنه يُمكن الرجوع عن الإيجاب أو سحبه على أن يصل السحب قبل وصول الإيجاب أو عند وصوله، ما لم يكن الإيجاب باتاً أي غير قابل للرجوع عنه، وذلك بالنص على ذلك صراحة كأن يتضمن الإيجاب عبارة (هذا العرض غير قابل للإلغاء) أو أن يتم تحديده بمدة محددة .

والإيجاب يسقط حتى وإن كان باتاً بمجرد رفضه من قبل من وُجه إليه، وذلك عندما يصل الرفض إلى العارض، وفي هذه الحالة لا يستطيع من وُجه له الإيجاب أن يرجع عن رفضه ويقبل من جديد، ما لم يُوجه له الإيجاب مره أخرى.

(1) المرجع السابق، ص 66

(2) المادة 15 فقرة 1 اتفاقية فيينا

وتأخذ اتفاقية فيينا بنظرية وصول التعبير عن الإرادة، لكي ينتج هذا التعبير أثره
المادة 15 منها تعتبر الإيجاب منتجاً لأثره متى وصل إلى الموجه إليه الإيجاب، كذلك
يسقط الإيجاب وفقاً للمادة 17 من الاتفاقية متى وصل رفض الموجه إليه الإيجاب إلى
الموجب ولو كان الإيجاب غير قابل للعدول عنه. ⁽¹⁾

ولم تتضمن اتفاقية فيينا حكماً مماثلاً لحكم المادة 11 من القانون الموحد الملحق
باتفاقية لاهاي سنة 1964 بشأن تكوين عقد بيع المنقولات المادية، والتي تقضى بأنه لا
تحول وفاة أحد أطراف العقد أو فقدانه الأهلية قبل القبول دون تكوين العقد، إلا إذا تبين
عكس ذلك من قصد المتعاقدين أو من العرف أو من طبيعة التعامل.

2_ القبول:

يُقصد بالقبول تعبير من وجهه إليه الإيجاب عن إرادته بالموافقة على الإيجاب، وهو تعبير
لاحق على الإيجاب يصدر قبل سقوطه. وبموجب المادة 18 من اتفاقية فيينا فإن القبول
قد يكون صريحاً بصدر تعبير محدد يدل عليه يصدر عن وجهه إليه الإيجاب، كأن يُرسل
خطاباً للعارض يذكر فيه ((إن العرض المقدم من قبلكم بتاريخ .. مقبول))، كما قد
يكون ضمناً من خلال القيام بسلوك يُعبر عن الموافقة على الإيجاب، كما لو قام المشتري
بدفع الثمن أو قام البائع الذي وجهه إليه الإيجاب من المشتري بتسليم المبيع. ⁽²⁾

ولا يُشترط شكل معين للقبول، فهو قد يصدر بأي وسيلة للتعبير عن الإرادة سواءً
باللفظ أو بالكتابة أو من خلال إرسال رسالة الكترونية أو بالفاكس أو غير ذلك. ويتعين
أن يصدر القبول خلال المهلة المحددة للإيجاب، ومعامدة فيينا تعرضت لمسألة القبول

⁽¹⁾ المادة 17 من اتفاقية فيينا

⁽²⁾ نصت الفقرة الأولى من المادة 18 من اتفاقية فيينا على ((يُعتبر قبولاً أي بيان أو تصرف آخر صادر من
المخاطب يُفيد الموافقة على الإيجاب أما السكوت أو عدم القيام بأي تصرف فإنه لا يُعتبر أي منهما بذاته قبولاً))

المتأخر واعتدت به شريطة أن يقوم العارض وبدون تأخير بإبلاغ القابل الذي صدر عنه الإيجاب المتأخر بذلك .

وقد أكدت الفقرة الثانية من المادة 18 من الاتفاقية على أن السكوت لا يعد في ذاته قبولاً، كذلك فإن الموقف السلبي من جانب الموجب له لا يصل إلى درجة القبول. فسكوت الموجه إليه الإيجاب لا يرقى إلى درجة القبول الضمني.

وبالرغم من أن اتفاقية فيينا لم يرد فيها نص صريح يؤدي إلى اعتبار السكوت الملابس قبولاً، فإنه يمكن أن يستخلص هذا الحكم من عبارة الجملة الثانية من الفقرة الأولى من المادة 18 من هذه الاتفاقية التي تقضى بأن السكوت أو الموقف السلبي لا يعتبران في ذاتهما قبولاً، ومؤدى هذا التعبير الأخير أنه متى ارتبط بالسكوت ظرف من الظروف فإنه يمكن اعتباره قبولاً، ويجد هذا التفسير صدى له في نص الفقرة الثالثة من المادة الثامنة من اتفاقية فيينا، الذي يعطى للظروف الملازمة أهمية خاصة في تحديد إرادة المتعاقدين، هذا فضلاً عن أن السكوت قد يعتبر استثناءً، من القاعدة العامة في اتفاقية فيينا ، بمثابة قبول، وفقاً للعادات التجارية السارية .

ويُنتج القبول أثره ويصبح ملزماً لمن صدر عنه بمجرد وصوله إلى العارض، ويمكن سحب القبول والرجوع عنه شريطة أن يصل إخطار السحب قبل أو مع إخطار القبول للعارض. (1)

وفي حال كان الإيجاب شفوياً، فإن القبول يجب أن يصدر في الحال ما لم تدل ظروف التعاقد على غير ذلك، كأن يكون هناك تعاملات سابقة بين الأطراف، أو أن تكون طبيعة المعاملة تتطلب منح القابل مدة من الزمن بعد صدور الإيجاب .

(1) المادة 22 من اتفاقية فيينا لعام 1980

وإذا كانت طبيعة المعاملات بين الطرفين، أو الأعراف التجارية السائدة تقتضي قيام من وُجه إليه الإيجاب بتصرف معين لقبوله، فإن القبول يكون قد تم عند قيامه بذلك التصرف، كأن تكون طبيعة المعاملة بين الطرفين تقتضي قيام المشتري في حال قبوله التعاقد بدفع مبلغ معين من ثمن البضاعة، أو أن يقوم بإرسال العنوان الذي يجب فيه التسليم أو غير ذلك، ويتعين أن يتم هذا العمل خلال الميعاد المحدد للقبول .

وفي حال تضمن الإيجاب مدة محددة للقبول، فإن هذه المدة تبدأ من تاريخ تسليمه للرسالة للإرسال، أو من تاريخ تحرير الخطاب إن كان مؤرخاً، وإلا ابتداء من التاريخ المحدد على الغلاف في حال تم الإيجاب من خلال رسالة مكتوبة، أما في حال تم إرسال الإيجاب بالفاكس أو أية وسيلة اتصال مباشرة، فإن المدة تبدأ من لحظة وصول الإيجاب إلى المخاطب.⁽¹⁾

3_ تطابق الإيجاب والقبول:

لا بد لانعقاد العقد الدولي أن يتطابق الإيجاب والقبول، بحيث تتطابق الشروط والبنود الواردة في الإيجاب مع تلك الواردة في القبول، وأن تطابق إرادة الموجب والقابل على كل العناصر الموضوعية للعقد، ويمكن أن يتم هذا التطابق من خلال المفاوضات التي تسبق إبرام العقد، أو من دون مفاوضات .

ويقوم هذا الشرط على مبدأ الحرية التعاقدية، فكل شخص حر بعدم التعاقد إلا على ما يريد وبالتالي لا يستطيع الطرف الآخر فرض تعديلات وشروط يرغب هو بها، ففرض مثل هذه التعديلات يتعارض مع مبدأ سلطان الإرادة .

ويترتب على ذلك أن القبول لا يجوز أن يكون مشروطاً، إذ يجب أن يصدر باتاً ناجزاً، وإلا فإنه يكون قبولاً غير تام ولا يتطابق مع الإيجاب، وفي هذه الحالة يُعتبر القبول

(1) المادة (20) فقرة 2

المشروط بمثابة رفض للإيجاب، وفي ذات الوقت يُعتبر إيجاباً جديداً موجهاً لمن صدر عنه الإيجاب الأول.

إلا أنه إذا تضمن القبول بعض التعديلات على الإيجاب على نحو لا يمس جوهره وشروطه، فإن العقد يتم وفقاً للشروط التي يتضمنها الإيجاب والمعدلة وفقاً للتغييرات التي أدخلها القبول ما لم يعترض العارض على هذه التعديلات بشكل شفهي، أو بإرسال إخطار فوري بالاعتراض عليها .

ولكن يثور التساؤل هنا، ما هي التغييرات التي تعد جوهرية وما هي التغييرات غير الجوهرية ؟

عاجلت الفقرة الثالثة من المادة 19 من اتفاقية فيينا هذه المسألة إذ عدت أنه من قبيل التغييرات الجوهرية بصفة خاصة، تلك المتعلقة بالثمن و السداد والكمية والنوعية ومكان التسليم وكذلك تحديد مسؤولية أحد الطرفين تجاه الآخر وكذلك مسألة تسوية المنازعات الناشئة عن العقد.

ونلاحظ أن هذا التحديد للشروط التعاقدية التي يعتبر تعديلها من قبيل التغييرات الجوهرية، لم يرد في المادة 3/19 من اتفاقية فيينا على سبيل الحصر، وإنما على سبيل المثال إذ يفهم من عبارة " بصفة خاصة " الواردة في النص أن هذا التحديد ليس حصرياً.

ثانياً_ المحل:

محل العقد هو الأثر القانوني المتوخى إحداثه نتيجة اتفاق إرادتي المتعاقدين، فهو العملية القانونية المراد تحقيقها من إبرام العقد، فمحل عقد البيع هو نقل الملكية بعوض، ومحل عقود الأشغال هي الأعمال التي نص عليها العقد الدولي بمقابل، ومحل عقود نقل التكنولوجيا هي نقل معلومات فنية إلى المستورد بمقابل، ويميز الفقه بين محل العقد ومحل الالتزام الناشئ عن العقد فمحل الالتزام يتمثل بالأداء الملقى على عاتق كل ملتزم في

العقد أي كل ما يلتزم به المدين، فمحل الالتزام في عقود نقل التكنولوجيا يتمثل بنقل المعلومات الفنية بالنسبة للبائع وبدفع الثمن بالنسبة للمشتري .

ومما هو جدير بالذكر أن اتفاقية فيينا لم تتضمن ذكر لمصطلح محل العقد بشكل صريح، ولكنها استخدمت مصطلحات مثل البضائع والسلع والملكية الفكرية وغيرها، واشترطت:

أ_ ألا يُخالف محل العقد القواعد الآمرة بخصوص النظام العام أو الآداب العامة الوطنية والدولية.

ب_ أن يكون محل العقد معيناً بذاته أو معيناً بنوعه .

ثالثاً_ السبب:

يُقصد بسبب العقد الغرض الشخصي البعيد غير المباشر الذي دفع المتعاقد لإبرام العقد. وبالتالي يختلف سبب العقد من شخص إلى آخر، وهو بخلاف سبب الالتزام والذي هو الغرض المباشر الذي يسعى إليه المتعاقد من وراء التزامه بالعقد.

ولم يتم ذكر سبب العقد في اتفاقية فيينا كركن من أركان العقد الموضوعية، واكتفت الاتفاقية بالإشارة إلى ضرورة احترام مبدأ حسن النية في التجارة الدولية،⁽¹⁾ وبالتالي يجب أن يكون سبب العقد الدولي مشروعاً، فلا يجوز أن يكون هدف المتعاقد تبييض الأموال، أو تهريب العملة الصعبة مثلاً، فهذا يُعتبر من الأسباب غير المشروعة المخالفة للنظام العام على الصعيد الوطني والدولي.

المطلب الثاني- مشروع المعهد الدولي لتوحيد قواعد القانون الخاص

قام المعهد الدولي لتوحيد القانون الدولي الخاص في عام 1994 بوضع أحكام موضوعية قابلة للتطبيق بشكل مباشر على العقود الدولية. تناولت هذه القواعد مختلف

(1) المادة 7 فقرة 1 من اتفاقية فيينا

جوانب العقد من حيث التكوين من جهة، والأحكام المتعلقة بتنفيذ الالتزامات والمبادئ العامة التي تحكمه من جهة أخرى.

وقد اكتفت هذه القواعد بتنظيم أحكام الإيجاب والقبول دون التعرض للأحكام المتعلقة بمحل العقد وسببه، وإن كانت قد تعرضت لذلك في بعض أحكامها بشكل غير مباشر من خلال المبادئ العامة. وبموجب الفقرة الأولى من المادة الثانية من المشروع فإن العقد الدولي ينعقد بمجرد قبول العرض الموجه من أحد الأطراف للآخر، أو من خلال أي تصرف كافٍ بحذ ذاته لإظهار وجود اتفاق بين الطرفين.

فالمبدأ الأساسي هو أن اتفاق الأطراف كافٍ بحذ ذاته لإبرام العقد، ففي العقود الدولية وخاصةً عندما يتعلق الأمر بالعقود المركبة، فإن اتفاق الأطراف يستشف بعد مفاوضات مطولة بينهما دون أن يكون هناك إيجاب وقبول بشكل مباشر. ففي هذه الحالات يكون من الصعب تحديد إذا كان هناك اتفاق تعاقدي بين الطرفين ومتى تم هذا الاتفاق. وبموجب نص الفقرة الأولى فإن العقد يتم حتى لو لم يكن بالإمكان تحديد وقت إبرامه أي تحديد لحظة تطابق الإيجاب مع القبول طالما صدر عن الأطراف سلوك أو تصرف كافٍ بحذ ذاته للقول بوجود اتفاق بين الطرفين. ويتم تحديد فيما إذا كان هذا السلوك كافياً بحذ ذاته للقول بوجود اتفاق يتم وفق المعايير التي حددتها المادة 4 فقرة 1 من الاتفاقية .

فالأطراف قد تدخل في مفاوضات وهي تعتقد بإمكانية العمل المشترك فيما بينها على تطوير منتج معين، وبعد مفاوضات طويلة بينهما تنتهي إلى اتفاق مع وجود بعض الخلافات التفصيلية التي من الممكن أن يتم حلها، فيبدأ بعدها كلا الطرفين العمل المشترك ولكن لا يتفقان في النهاية على تلك الخلافات البسيطة، فهنا يستطيع القاضي أو المحكم أن يستنتج بإبرام العقد بين الطرفين من الوقت الذي بدأ كل منهما فيه في العمل .

أولاً- الأحكام المتعلقة بالإيجاب:

عرفت الفقرة الثانية من المادة الثانية من المشروع الإيجاب: بأنه اقتراح إبرام عقد يتضمن عرضاً محدداً بشكل كافٍ ويتضمن نية العارض الالتزام به في حال القبول .
وكما هو الحال في اتفاقية فيينا فإن هذا التعريف يُحدد شرطين أساسيين للإيجاب، أولهما:
أن العرض يجب أن يكون محدداً بما فيه الكفاية لكي يتم إبرام العقد بمجرد صدور القبول.
والثاني: أن يتضمن الإيجاب تعبيراً عن نية العارض بالالتزام به في حال تم القبول من وجه إليه العرض.

فالإيجاب يجب أن يتضمن بوضوح كافة شروط الاتفاق المراد إبرامه حيث يجب أن يتضمن وصفاً دقيقاً للمواد أو الخدمات المراد التعاقد عليها والسعر ومكان وزمان التسليم ... وغير ذلك.

وقد لا يتضمن العرض كافة الشروط الضرورية، ومع ذلك يُعتبر إيجاباً ينشأ إذا اقترن بقبول وذلك إذا كان بالإمكان تحديد تلك الشروط من خلال تفسير الاتفاقية أو من خلال الممارسات التجارية بين الأطراف (المادة 8 فقرة 1) . كما لو أن هناك طرفين قاما بتجديد العقد المبرم بينهما أكثر من مرة في عدة سنوات، وذلك بخصوص تقديم المساعدة الفنية لأجهزة الكمبيوتر الموجودة عند العارض، فقام هذا الأخير بإنشاء فرع جديد له وأرسل عرضاً للطرف الثاني يعرض عليه تقديم ذات المساعدات الفنية للأجهزة الموجودة في الفرع الجديد دون أن يتضمن العقد العناصر الضرورية كالأجر وغيرها، ففي هذه الحالة يكون العقد قد تم وذلك من خلال الرجوع إلى العناصر المحددة في العقود السابقة بين الطرفين.⁽¹⁾

⁽¹⁾ Principles of International commercial contracts, International Institute for the Unification of Private Law, Roma 1994, p 28

وفيما يخص نية العارض الالتزام في حال صدور القبول نلاحظ أنه نادراً ما يتم التعبير صراحة عن هذا العنصر، لذا يتم الاستدلال عليه من خلال ظروف كل حالة على حدة.

حيث يتم النظر للطريقة التي يقدم فيها العارض عرضه، كما لو استخدم صراحةً عبارة عرض أو أنه مجرد إعلان نوايا، ففي الحالة الأولى فإن ذلك يُشكل قرينة ليست حاسمة على أنه إيجاب، وغالباً هنا ما يتم تفسيره على أنه إيجاب ملزم، أما في الحالة الثانية فإنه لا يُمكن تفسيره على أنه إيجاب بأي شكل. كما لو تمت مفاوضات مطولة بين المديرين التنفيذيين لشركتين حول الشروط التي ستستحوذ بموجبها أحدهما على 51% من أسهم شركة تابعة للشركة الأخرى، وانتهت هذه المفاوضات إلى توقيع مذكرة اتفاق واحتوت هذه المذكرة على بند ينص أن هذه الاتفاقية غير ملزمة حتى يوافق عليها مجلس إدارة الشركة البائعة، بالتأكيد فإنه لا يمكن القول هنا بوجود إيجاب ملزم مقترن بقبول⁽¹⁾.

وأيضاً لو قامت إحدى الوزارات بالإعلان عن طلب تقديم عروض لتجهيز مشغل اتصالات جديد فمثل هذا الإعلان لا يُعتبر إيجاباً، وإنما هو دعوة لتقديم عروض فهو ليس ملزماً بالضرورة للوزارة. فالدعوة هنا تتضمن جميع الشروط المتعلقة بالعقد، إلا أنها لا تعني أن العقد يتم بمجرد تقديم قبول من إحدى الشركات، وإنما العقد يُبرم عند التوصل لاتفاق وفق أنظمة تعاقد الجهات العامة بين الطرفين .

والإيجاب يُصبح ملزماً للعارض عندما يصل لمن وُجه إليه، إلا أن العارض يستطيع سحب إيجابه أو تبديله بإصدار إيجاب جديد بشروط مختلفة، وذلك قبل أو في ذات وقت وصول الإيجاب إلى من وُجه إليه .

ومن جهة أخرى يُمكن إلغاء الإيجاب حتى بعد وصوله إلى من وُجه إليه طالما أنه لم يتم بإرسال القبول، ما لم يكن الإيجاب قطعياً وذلك من خلال تضمين العرض عبارة تدل

Ibid, p 28⁽¹⁾

على ذلك أو تضمن تحديد المدة، أي أنه يتضمن تحديداً لمدة يتعين صدور القبول فيها، إلا أن التحديد لا يُشكل دليلاً كافياً بذاته لاعتبار الإيجاب قطعيًا ويتعين في هذه الحالة الرجوع إلى الظروف الأخرى المرافقة للإيجاب. كما لو أن شركة خدمات للسياحة والسفر أرسلت إلى أحد زبائنها عرضاً تضمن رحلة بحرية خلال فترة العطلة الصيفية، وتضمن العرض حثاً للزبون للحجز خلال ثلاثة أيام، وأنه بعد هذه المدة قد لا يكون هناك مجال للحجز، فهنا لا يمكن اعتبار أن مدة الثلاثة أيام هي ملزمة للشركة ولا تستطيع إلغاء إيجابها فيها.

كذلك لا يمكن إلغاء الإيجاب في حال اعتقد الموجه له أن الإيجاب قطعي ويتصرف على هذا الأساس وذلك عملاً بمبدأ حسن النية في التعاملات، كما لو أن من وجه له الإيجاب قد قام بشراء مواد أو تجهيزات أو تحمل أية نفقات مستنداً في ذلك إلى عدم إمكانية عودة العارض عن إيجابه، على أن يكون سلوكه ضمن إطار الوضع الطبيعي للتعاملات بين الطرفين.

كما لو أن تاجر قطع أثريّة طلب من أحد الاختصاصيين الدوليين العمل على ترميم عشرة لوحات على أن يتم إنجاز العمل خلال مدة أقصاها ثلاثة أشهر، فيقوم الاختصاصي بالعمل على البدء باللوحة الأولى لكي يتحقق من قدرته على إنجاز العمل في الوقت المحدد ومن بعدها يُرسل الجواب القاطع بالقبول أو الرفض¹.

ثانياً_ الأحكام المتعلقة بالقبول:

عرفت الفقرة السادسة من المادة الثانية من المشروع القبول: بأنه أي بيان يُدلي به أو أي سلوك آخر يقوم به من وجه إليه العرض يُعبر فيه عن قبوله الإيجاب .

Ibid, p33⁽¹⁾

وبالتالي لا بد لكي يكون هناك قبول أن يُعبر من وجه إليه العرض عن قبوله به واستعداده للالتزام به، فمجرد الإقرار باستلام العرض أو إبداء الاهتمام به ليس كافياً للقول بوجود القبول. والقبول يجب أن يكون غير مشروط فلا يجوز أن يتضمن العرض أي تعديل على الشروط الجوهرية للإيجاب وإلا كان إيجاباً جديداً .

والقبول يمكن أن يكون بشكل صريح من خلال التعبير عنه بشكل مباشر من قبل من وجه إليه الإيجاب، كما أنه يمكن أن يكون غير مباشر بحيث يُستنتج من أي سلوك يصدر عنه ما لم يتم النص صراحة في الإيجاب على أن يكون القبول صريحاً أو بموجب شكل محدد. حيث يُعتبر قبولاً قيام من وجه إليه الإيجاب بتحويل دفعه على الحساب ثمناً للبضاعة المعروضة في الإيجاب، أو القيام بشحن البضاعة موضوع العرض، أو أي سلوك آخر يُعبر عن نية من وجه إليه الإيجاب بالقبول بالعرض والالتزام به¹ .

ولا يمكن اعتبار الصمت بأنه قبول، وهذا ما أكدته الفقرة السادسة من المادة الثانية بالطبع ما لم يكن هناك اتفاق بين الأطراف على غير ذلك، كما لو أن هناك عقداً يربط بين طرفين لتصنيع تقنية فنية مثلاً، وكان هذا العقد ينتهي في نهاية العام، فيطلب أحد الفريقين من الآخر تقديم عرض لتجديد العقد، فيقوم ذلك الطرف بتقديم عرض لتجديد العقد القديم ضمن شروط معينة من بينها بند ينص أنه في حال لم يتم بالرد على الإيجاب قبل نهاية شهر تشرين الثاني، فإن العقد سيمدد وفق الشروط التي تضمنها الإيجاب. فيجد الطرف الذي وجه له الإيجاب أن الشروط غير مقبولة كلياً ولا يقوم بالرد على الإيجاب بالقبول أو الرفض، فهنا ينتهي العقد دون أن يتم تجديده بين الأطراف لعدم وجود تعامل سابق أو اتفاق يُجيز اعتبار الصمت قبولاً.

ويُنتج القبول أثره في الوقت الذي يصل فيه إلى العارض، وذلك بغض النظر عن الوقت الذي يصدر به، والعلة في اختيار وقت الوصول وليس وقت الإرسال لأن معيار

⁽¹⁾ Ibid, p 35

وقت الإرسال يضع من صدر عنه القبول بمركز المتحكم تجاه من صدر عنه الإيجاب لأن الأول هو من سيختار الوسيلة التي سيرسل بها القبول. فتحديد طريقة الإرسال يترتب عليه تحديد الوقت الذي ستستغرقه للوصول، وبالتالي أي تأخير في وصول القبول يكون على عاتق من أرسله.

والقاعدة ذاتها تنطبق على القبول الذي يُستنتج من سلوك من وجه إليه الإيجاب، إذ يُعتبر الإيجاب منتجاً أثره من الوقت الذي يعلم به العارض أي في الوقت الذي يعلم فيه العارض الذي صدر عنه الإيجاب لشراء البضائع بقيام الطرف الآخر بشحن البضاعة، أو في الوقت الذي يعلم فيه العارض الذي أرسل إيجاباً لبيع بضاعة بقيام الطرف الآخر بتحويل مبلغ من المال كدفعة من ثمن البضاعة .

وهناك استثناء على القاعدة السابقة، حيث يُنتج القبول أثره فوراً في حال كان هناك تعاملات بين الطرفين تُفيد بذلك أو تم النص في الإيجاب صراحةً على القبول يُنتج أثره فور صدوره .

كما لو أرسل أحد المصارف إيجاباً لأحد شركات البرمجة من أجل تصميم نظام خاص للمصرف، وتم تضمين الإيجاب بنداً ينص على أن المصرف سيقوم بتحويل دفعة على الحساب في حال القبول، فتقوم الشركة بالبدء بالتصميم قبل إرسال القبول للمصرف، ولدى انتهائها من البرنامج تطالب الشركة بأحقيتها بالمبلغ الذي تم النص عليه في الإيجاب كدفعة على الحساب اعتباراً من تاريخ بدئها في العمل بالبرنامج، إلا أن الشركة لا تكون مستحقة لهذا المبلغ إلا من تاريخ مطالبتها به .

وفيما يتعلق بالوقت الذي يجب أن يصدر فيه القبول، فإن القواعد تُميز بين الإيجاب الشفهي والإيجاب المكتوب، فعندما يكون الإيجاب شفهيّاً يجب أن يصدر القبول بشكل مباشر ما لم تُشر ظروف التعاقد لغير ذلك، وفي حال كان الإيجاب مكتوباً، فإن القبول يجب أن يصدر خلال المدة التي يحددها العارض في الإيجاب، وفي حال عدم تضمين

الإيجاب أي مدة، فإن القبول يجب أن يصدر خلال فترة معقولة يتم تحديدها تبعاً لظروف كل حالة على حدة.

وفي حال تضمن الإيجاب مدة محددة لصدور القبول، فإن هذه المدة تبدأ بالنسبة للإيجاب المرسل بالفاكس أو بالتلغراف اعتباراً من تاريخ إرساله. وفي حال كان الإيجاب موجهاً عن طريق رسالة عادية، فإن المدة تبدأ من تاريخ الرسالة إذا كان محدداً بما أما إذا لم تتضمن الرسالة تاريخاً، فاعتباراً من التاريخ الموجود على ظرف الرسالة. وفي حال وقوع عطلة خلال مدة القبول فإن هذه المدة تدخل في حساب المدة، ولكن إذا كان يوم تسليم القبول يوم عطلة رسمية أو ليس يوم عمل في بلد العارض، فإن المدة تمتد لأول يوم عمل يلي العطلة ⁽¹⁾.

وفي حال وصول القبول متأخراً عن الميعاد المحدد في الإيجاب، فإنه يبقى منتجاً لأثره إذا قام العارض بإخبار من صدر عنه القبول بأنه مُنتج لأثره أي أن الأمر متروك لرغبة العارض الذي صدر عنه الإيجاب، وفي هذه الحالة انعقد العقد بذات التاريخ الذي تلقى به العارض القبول. ويستطيع من صدر عنه القبول سحبه على أن يصل إخطار السحب للعارض قبل أو مع إخطار القبول .

Ibid, Article 2.8 , p 38 ⁽¹⁾

المبحث الثالث

بعض صور العقود الدولية

من الطبيعي أن لا تكون العقود الدولية محددة بنموذج أو ب قالب عقدي معين، مما يفترض تصنيفها في مجموعات وفق فواصم مشتركة تجمع بين عناصر المجموعة الواحدة. إلا أن الوصول إلى تصنيف جامد لتلك المجموعات ينطوي - من وجهة نظرنا على الأقل - على صعوبة لا تقل عن صعوبة الاتفاق على تعريف موحد للعقد الدولي أو الاتفاق على معايير دوليته، ويتأكد ذلك بالنظر إلى الخلاف الواضح سواء: فيما يتعلق بتبني مصطلحات ثابتة في معرض ذلك التصنيف، أو فيما يتعلق بتحديد المقصود بأطراف العقد الدولي، أو بطبيعة موضوعه، أو بتحديد القواعد الواجبة التطبيق على منازعاته وطرق تسوية تلك المنازعات، لا سيما وأن بعضاً من القضايا التحكيمية قامت بتعليل دولية العقد استناداً إلى تلك الطرق أو القواعد⁽¹⁾.

- فقد تبرم العقود الدولية في نطاق الأحوال الشخصية، كعقود الزواج المختلط (مع أو بين الأجانب)، كما قد تبرم في سياق الأعمال التجارية، أو في سياق المسائل المدنية،

(1) وهذا التوجه يسير بعكس للنطق القانوني السليم، وربما تحكيم Texaco عام 1977 بين ليبيا وشركتين أمريكيتين يعكس ذلك التوجه، حيث استبعد المحكم الفرنسي رينيه جان دييوي القانون الليبي رغم أنه القانون الواجب التطبيق، ومن جملة ما اعتمد عليه تطبيق نظرية weil ليتوصل إلى صحة شرط الثبات نتيجة لتدويل العقد، وحينها استخدم المحكم المذكور شرط الثبات بشكل غير مسبوق لجهة ربط وجوده بتدويل العقد رغم خضوع الأخير لقانون الدولة للتعاقب، وهذا ما لم يقل به لا الأستاذ weil ولا غيره وكل ما قصده المذكور بتلك النظرية أن تدويل العقد من شأنه إقرار صحة شرط الثبات لكنه لم يقل إن تدويل العقد مرده وجود ذلك الشرط. للإطلاع على المزيد من التفاصيل حول انتقادات التحكيم المذكور راجع مؤلفنا د. وفاء مزيد فلهووط: المشاكل القانونية في عقود نقل التكنولوجيا إلى الدول النامية المشار إليه سابقاً، وخاصة الصفحات 774-775-814 وما بعد.

ومع اختلاف الدول على ضرورة تمييز تلك المسائل عن بعضها من عدمه يظهر الخلاف حول المصطلح الممكن اعتماده ضمن التصنيفات المقترحة لتلك العقود⁽¹⁾

إذ يفضل البعض مصطلح (عقود المبادلات الاقتصادية الدولية) على مصطلح (عقود التجارة الدولية)، بينما يفضل آخرون عكس ذلك، باعتبار أن المصطلح الأخير هو الأكثر شيوعاً ودلالة على المقصود منه بغض النظر عن تصنيف طبيعة موضوع العقد الدولي فيما لو كان من طبيعة تجارية أم من طبيعة مدنية.

وربما رغبة الخروج من ضبابية مثل ذلك التصنيف كانت السبب في عدم تطلب بعض الاتفاقات الدولية في معرض تحديد نطاق تطبيقها لأن يكون العقد تجارياً لا من حيث طبيعة موضوعه، ولا من حيث صفة أطرافه فيما لو كانوا تجاراً أم لا⁽²⁾

- ومع استكمال الحديث عن صفة المتعاقدين ولكن من منظور آخر يظهر خلاف جديد في تصنيف العقود الدولية بناء على تدخل الدولة كطرف عقدي فيها من عدمه. ذلك أن تدخل الدولة في تلك العقود خاصة بوصفها سلطة عامة وفي معرض تحقيق إحدى وظائفها الأساسية يجعلها من قبيل (عقود التنمية الاقتصادية) التي تثير تساؤلاً هاماً عن مدى خضوعها لقواعد القانون الدولي الخاص، ونعتقد أن التساؤل

(1) تختلف التشريعات الوطنية للدول حول معيار (التجارية)، فمثلاً في دول القانون الخاص كفرنسا ومصر والعراق.. يفرق بين الأعمال التجارية والأعمال المدنية، بينما في دول القانون العام كإنجلترا وأمريكا وإيطاليا.. تخضع هذه الأعمال لذات التشريع بصرف النظر عن طبيعتها وبعض النظر عن الأطراف المتعاقدة إن كانوا تجاراً أم أشخاصاً مدنيين. راجع حسن كاظم - مرجع سابق - ص 8

(2) لم تعد مثلاً المادة 3/1 من اتفاقية فيينا لعام 1980 بشأن البيع الدولي للبضائع في معرض تحديد نطاق تطبيقها لا بصفة أطراف عقد البيع، ولا بالطبيعة المدنية أو التجارية للعقد، راجع محمد بلال - مرجع سابق - ص 21

يزداد تعقيداً كلما صادفنا ذلك المصطلح المستخدم كـ **رديف** للدلالة على مثل تلك العقود، ونقصد هنا مصطلح (اتفاقات التنمية الاقتصادية)⁽¹⁾.

- وإذا ما حاولنا ضبط مسألة تصنيف العقود من خلال ما ينظمها من قواعد على أرض الواقع سنجدتها تذهب بعدة اتجاهات لا رابط موضوعي فيما بينها، فثمة عقود دولية مثلاً من قبيل عقود الزواج بين الأجانب ينحاز لها المنهج التنازعي بفلسفته القائمة على اختيار أفضل القوانين وأنسبها، ولعلها ذات الفلسفة التي تذهب لمنح مبدأ سلطان الإرادة مركزاً متميزاً في معرض الإسناد في الالتزامات التعاقدية، ومع ذلك ثمة عقود تستثنى من ذلك المبدأ كالعقود الدولية المتعلقة بعقارات ليظهر قانون موقع العقار بما يحمله من اعتبارات عملية تستوجب تطبيقه، أو ليظهر قانون القاضي نفسه لاعتبارات دينية (كحال عقد زواج المسلم السوري من أجنبية غير مسلمة) فيغدو الإسناد إسناداً متعصباً أحادي الجانب ليمثل استثناء على الخصائص التي تمتاز بها قواعد تنازع القوانين، وثمة عقود دولية تسعى لتجاوز المنهج التنازعي كلما أمكن لصالح منهج مادي يأتلف مع بعض شروطها، كشرط الوفاء بالذهب مما يعيد إلى الأذهان ملاسبات ظهور المعيار الاقتصادي لدولية العقود، أما إن تدخلت الدولة كطرف في تلك العقود وخاصة حيال شركة خاصة أجنبية فهذا ينسب بقيام حالة من الصد والرد ما بين متعاقدين أحدهما يخشى من القدرات المالية والتقنية الهائلة التي يمتلكها الآخر، والآخر يخشى من توظيف اعتبارات السيادة عند الأول، فتجنح الدول لتطبيق قانونها الوطني في الوقت الذي تسعى فيه الشركات للتنصل من ذلك القانون إما لصالح قواعد تنتمي للقانون الدولي

(1) سبق واستوقفنا مثل هذا التساؤل في معرض دراستنا لعدد من نماذج العقود الدولية في سورية . وذلك عندما لاحظنا مثلاً استخدام مصطلح **Agreement** بدلاً من **Contract** ، وتحديدًا في اتفاق الترخيص بين سورية وشركة إيركسون السويدية الذي سبرّد تحليله لاحقاً ، كما يمكن الاطلاع على صيغة الترخيص بالعودة إلى مؤلفنا د. وفاء فلحوط (المشاكل القانونية في عقود نقل التكنولوجيا...) المشار إليه سابقاً في الصفحة 273

العام لرفع سقف مسؤولية الدول المتعاقدة عند الضرورة أو لصالح قواعد أخرى أسهمت في إعدادها وتكوينها على نحو يخدم مصالحها في التجارة الدولية، كقواعد وأعراف التجارة الدولية، أو ما يعرف بـ (Lex Mercatoria)⁽¹⁾.

وهكذا حتى نصل إلى حقيقة تعدد التصنيفات المقترحة للعقود الدولية مع اعتقادنا بارتباط هذه المسألة بمسألة معايير دولية للعقود، ذلك أن تبني معياراً كالمعيار القانوني لتقرير دولية العقود كفيل بطرح كم أكبر من الصور العقدية للعقود الدولية مقارنة بتبني المعيار الاقتصادي الذي يسعى إلى الصور العقدية من النمط المحدد باسمه فحسب.

ومع ذلك يمكن أن نشير في عجالة إلى أهم التصنيفات المقترحة للعقود الدولية:

- على صعيد عقود التجارة الدولية جرى فقه القانون الدولي الخاص على تقسيمها إلى (عقود التبادل) كعقد البيع الدولي، وإلى (عقود الإنتاج) كعقود الاستثمار.
- وعلى مستوى عقود الاستثمار الدولية جرى التمييز ما بين (عقود الاستثمار التي محلها مرفق عام) من جهة، كعقود B.O.T / البناء والتشغيل ونقل الملكية/ وعقود B.L.T / البناء والتأجير ونقل الملكية/، وعقود D.B.F.O / التصميم والبناء والتمويل والتشغيل/ وعقود B.O.O / البناء والتملك والتشغيل/، وبين (العقود الاقتصادية الدولية) من جهة أخرى، ومثالها عقدي التوريد والنقل الدوليين وعقود نقل التكنولوجيا وعقود المساعدة الفنية وعقد القرض الدولي.

(1) كما في عقود نقل التكنولوجيا من الشركات متعددة الجنسية إلى الدول النامية، الموقوف على تفاصيل مثل هذه الحالة من الصدد والرد بين المتعاقدين يمكن العودة لمؤلفنا د. وفاء فلحوظ (المشاكل القانونية في عقود نقل التكنولوجيا إلى الدول النامية) المشار إليه سابقاً من ص 737 حتى 898

- وثمة اتجاه آخر يذهب لتقسيم عقود التجارة الدولية إلى قسمين هما: (العقود ذات الطابع التقليدي) كعقدي البيع والنقل الدوليين وعقد القرض الدولي⁽¹⁾، و(العقود ذات الطابع الخاص) كعقود نقل التكنولوجيا وعقود الترخيص وعقود الاستثمار⁽²⁾.

- وثمة من يميز ما بين (العقود الدولية التقليدية) كعقد البيع الدولي وعقد الفرائشيز، وبين (عقود الدولة) كعقود امتياز البترول وعقود مشاركة الدولة المنتجة للنفط بجزء من رأس مال الشركة المستثمرة.⁽³⁾

وسنكتفي فيما يلي بالتعريف السريع ببعض صور العقود الدولية على اختلاف تصنيفاتها، ذلك أن كل صورة من تلك الصور تصلح لأن تكون محلا لدراسة مستقلة

المطلب الأول - العقود النفطية:

تختلف الآراء والتوجهات في معرض تحديد الطبيعة القانونية للعقود النفطية، إذ منها ما اعتبرها عقوداً إدارية، ومنها من ذهب لاعتبارها معاهدة دولية وذلك بمهدف معاملة الالتزامات الناشئة عنها معاملة الالتزامات الدولية، بما يعنيه ذلك من إمكانية إثارة المسؤولية الدولية في معرض إخلال الدولة بتلك الالتزامات ولاسيما في سياق تأميم المشروعات النفطية. وكان سند هؤلاء في رأيهم ما يتطلبه إبرام تلك العقود من إجراءات أو تدخل أجهزة وغيرها من شروط مماثلة لتلك اللازمة لإبرام المعاهدات

(1) أبرمت هذه العقود خدمة لمطالبات شعوب العالم في الحياة اليومية التقليدية، ولم تتطلب عادة الوسائل المتطورة المتوفرة بالحدائق، بالنسبة لعقد البيع الدولي نظمته اتفاقات لاهاي 1964 و 1986 ثم اتفاقية فيينا 1980، أما عقد النقل الدولي يعد لصيقاً بعقد البيع الدولي وقد لعب دوراً بارزاً في تبادل السلع بين مختلف الدول، وتعددت طرق تنفيذه تبعاً لاتفاق الأطراف، ومن أمثلته عقود F.O.B - F.C.A - F.A.S. ...

راجع محمد نبيل حسين - مرجع سابق - ص 41-43 .

(2) في معرض تلك التصنيفات راجع حسن كاظم - مرجع سابق - ص 10-11 و إبراهيم القعود - مرجع سابق - ص 292-299

(3) راجع أحمد الانباري - مرجع سابق - ص 38.

ولا يخفى ما تعرض له ذلك الرأي من انتقادات جاءت في محلها، وخاصة لجهة ما درج عليه القانون الدولي من قصر مفهوم المعاهدة الدولية على الاتفاق المبرم ما بين الدول أو غيرها من أشخاص القانون الدولي العام، وهذا يعني أنه مهما تعاظمت القدرات المالية أو التكنولوجية للشركات النفطية فإنها لن تكتسب بأي حال من الأحوال الشخصية الدولية المتفق عليها في القانون الدولي العام

ويبدو أن هذه العقود - كما أشار إليها البعض ⁽¹⁾ - ما هي إلا عقود ذات طبيعة مركبة أو ذات طابع مزدوج، فهي في الشطر الذي ينشئ حق الملتزم في استغلال النفط بمثابة رخصة أو قرار إداري (إن صح الوصف)، بينما هي في الشطر الذي ينظم عملية استغلال النفط عقدا دوليا

فلو أخذنا مثلا العقود النفطية المبرمة في سورية لأمكن القول إن وجود الحكومة في العقد يمثل عنصر السلطة المانحة لحق استغلال الثروة النفطية باعتبارها المخولة دستوريا بإدارة هذه الثروة نيابة عن الشعب، أما المؤسسة العامة للنفط فهي بمثابة التاجر الذي يبرم عقدا من عقود القانون الخاص.

أي بعبارة أخرى يعد عقدا إداريا الشق الناظم لعلاقة الدولة السورية (الحكومة) بالطرف الأجنبي فيما يتعلق بمنح الإذن بالتنقيب والإنتاج والإلزام بالخضوع للسيادة الوطنية، أما الشق الذي تنهض به المؤسسة العامة للنفط بصفتها تاجرا فإنه يعد عقدا تجاريا دوليا بالمعيارين القانوني والاقتصادي لدولية العقود ⁽²⁾.

(1) الأستاذ محمد طلعت الغنيمي في بحثه المقدم لمؤتمر البترول العربي الثالث المنعقد في الإسكندرية 1961 مشار إليه لدى رمزي الخاني: النظام القانوني للعقود النفطية في الجمهورية العربية السورية - رسالة ماجستير - جامعة دمشق - كلية الحقوق - 2015 - ص 80

(2) المرجع السابق - خاصة هامش 1 من الصفحة 68 والصفحات 80-81-85

المطلب الثاني - عقود الترخيص وعقود التنازل عن الملكية الفكرية:

- بلمحة تاريخية خاطفة على عقد الترخيص نجد أنه عقد أمريكي النشأة، حيث اعترفت به المحاكم الأمريكية منذ وقت طويل بصدد العلامات التجارية، ويعدُّ تشريعاً تقنين (لان هام Ham - Lan) في الولايات المتحدة الأمريكية أول من تناوله في سياق الترخيص للغير باستعمال العلامة المسجلة

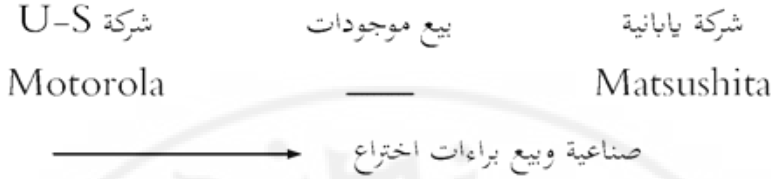
- يجب التمييز بداية ما بين عقد الترخيص وعقد التنازل عن الملكية، وكلا الصورتين إن تمَّتا على نحوٍ مستقل، دون ترافق مع التزامات أخرى. كالمساعدة التقنية مثلاً، فإن ذلك غالباً ما يحدث بين أطراف تعاقدية متكافئة

وقد يقع هذا التنازل، عن ملكية البراءة مثلاً، كلياً أو جزئياً، ففي الحالة الأولى تنتقل الملكية بكل ما يتفرع عنها من حقوق، أمَّا في حالة التنازل الجزئي فيقتصر التنازل على بعض خصائص البراءة مثل الإقليم أو المدة أو عناصر الاستغلال أو تطبيقات الاختراع، كأن يتم التنازل المشروط بصناعة المنتج وبيعه في إقليم محدد، أو باستغلال البراءة خلال مدة معينة، إلّا أنه مع هذا الفرض غالباً ما يفضل اللجوء إلى الترخيص⁽¹⁾..

وفي جميع الأحوال يظل عقد التنازل تصرفاً نادر الحدوث مهما كان مقابله هاماً، وينحسر وجوده لصالح عقود التراخيص، إلّا أن ذلك لا يمنع من وجود بعض الأمثلة عن عقود بيع براءة اختراع أو غيرها من حقوق الملكية الفكرية.

(1) راجع د. محمد حسني عباس «الملكية الصناعية والمحل التجاري». (براءات الاختراع. الرسوم والنماذج الصناعية. العلامات والبيانات التجارية. الاسم التجاري. المحل التجاري). دار النهضة العربية. القاهرة. 1970 م. ص 183.

تطبيق عملي عن عقد بيع براءة اختراع:



ففي May / 1974 باعت (Motorola) الأغلبية العظمى من موجودات صناعية كانت لديها (TV ملونة) مع براءات الاختراع إلى الشركة الصناعية الالكترونية المحدودة **Matsushita Electric Industrial Company, Limited**، وبموجب هذا البيع تم وضع حد لتدخل تلك الشركة، على نحو كبير، في مجال الصناعات الالكترونية⁽¹⁾.

- **والترخيص** هو تعبير مشتق من الاصطلاح اللاتيني (Licentio) ومعناه الحرية (Liberty)، أي حرية العمل والتصرف التي تضمنها المشروعية على عمل ما، بحيث يغدو استعمال الحق محل الترخيص دون الحصول على الترخيص بذلك عملاً غير شرعي.

⁽¹⁾ وقد تم ذلك كله بسبب ما عايناه الصناع الأمريكيون، وتحديدًا قسم علم الالكترونيات الاستهلاكية في الشركة في محاولتهم الحفاظ على موقعهم التنافسي حيال تآمر الواردات اليابانية والانتصار الصناعي الذي حققته تلك الأخيرة، وما أسفر عنه من تناقص القوة الشرائية للمستهلك الأمريكي من منتجات تلك الشركة، وفي المقابل كانت Motorola عاجزة عن جميع قوة تنافسية من الصناع المحليين، ففي السنوات الأربعة السابقة لإبرام العقد كانت الخسائر مع الضرائب من جهة شركة Motorola تعادل ما يقارب 20 مليون دولار، وبالمقابل كانت Matsushita اليابانية قد حققت أكثر من 4 بليون دولار، 30% مشتقة من خط إنتاج TV الملونة لوحده، حيث كانت تملك أسواقاً متنوعة ومدى واسعاً من مستخدمي المنتجات الالكترونية في (U.S) تحت علامة Panasonic

راجع: Jack Baranson – Technology and The Multinationals Corporate Strategies in a changing World Economy, Massachusetts, Toronto, 1978, P. 103.

أما عقد الترخيص فذهب الغالبية إلى تعريفه بأنه: «عقد يلتزم بموجبه صاحب حق ملكية صناعية (براءة اختراع . علامة تجارية . نموذج صناعي . اسم تجاري...) بأن يمنح شخصاً آخر الحق في الاستغلال لمدة معينة، في نظير مقابل معين»

- ومن جهتنا نقترح تعريفاً شاملاً لعقد الترخيص بأنه:

(العقد الذي يرخّص بموجبه المرخص للمرخص له في الحق باستعمال واستغلال تكنولوجيا معينة، سواءً أكانت محمية "كبراءات الاختراع" أو غير محمية، «كالمعارف الفنية بما فيها الأسرار الصناعية»، وذلك لمدة معينة، ولقاء مقابل معين، ويأتي عادة مع أدوات داعمة مرافقة تحمله كشرط المساعدة التقنية، دون أن تختلط بذلك المحل)⁽¹⁾.

- أما في معرض تقييم عقد الترخيص

يجب أن نؤمن بأن نماذج تلك العقود ليست واحدة، فهي مختلفة تماماً تبعاً لاختلاف الطرف (المرخص له)، فيما لو كان طرفاً نامياً، أم طرفاً متقدماً.

فعقد الترخيص لصالح طرف نام يأتي عادة بمجموعة من الالتزامات والضمانات والشروط لا تخدم بمجملها مطالب الطرف (المرخص له).

بينما النموذج الثاني وإن تضمن شروطاً والتزامات مكتملة، إلا أن المرخص له قد يتمكن إلى حدٍ ما من تطويعها لصالحه.

وكلما ازدادت درجة تطور المتعاقد المرخص له كلما ظهر عقد الترخيص كوسيلة لإزالة عقبة قانونية خالصة تقف في وجه المرخص له لا أكثر، دون طلب أي مساعدة كونه لا يحتاجها أصلاً.

وفي سياق تقييم عقد الترخيص سنقوم بتحليل عقدين، وهما عقد بين الشركة السويدية «إيركسون» والجمهورية العربية السورية، وعقد مبرم بين شركة «ألمانية» وجمهورية الصين

(1) راجع مؤلفنا د. وفاء مزيد فلحوظ : المشاكل القانونية في عقود نقل التكنولوجيا إلى الدول النامية

المشار إليه سابقاً، وخاصة الصفحات 261-264-268.

الشعبية من جهة أخرى⁽¹⁾، وذلك لتتلمس واقعياً مدى اختلاف الصياغة القانونية في هذين العقدين

ويتشعب تحليلنا إلى ثلاثة فروع، أحدهما يتناول الالتزامات، والثاني يتناول الضمانات، والثالث يسلط الضوء على الشروط المقيدة.

عقد ترخيص إريكسون «شركة سويدية» مع الجمهورية العربية السورية/ 1999 ألمانية مع جمهورية الصين الشعبية/ 1992	
التحليل الأول: الالتزامات:	
الغاية: حيث يرغب المرخص له بالحصول على خبرة المرخص، ويرغب الأخير بتزويده المعرفة والخدمات اللازمة. إلا أنّ تلك الغاية استهلكت المقدمة دون أن تنخرط في الالتزامات.	-
م2-2: يلتزم المرخص بتزويد المرخص له بالوثائق بالإضافة إلى المعلومات الخاصة بطرق الاستعمال «فقط» والمطلوبة على وجه التحديد لتنفيذ أنشطة العقد.	م2-3: يلتزم المرخص بتزويد المرخص له بالوثائق التقنية.
م3/14: بعد انتهاء الاتفاقية، كل الحقوق والتراخيص	م3-9: للمرخص له حق

(1) مقارنة تحليلية تم التوصل إليها في مؤلفنا المشار إليه سابقاً : د وفاء فلهووط : المشاكل القانونية في عقود نقل التكنولوجيا إلى الدول النامية من الصفحة 326-330.

استخدام المعرفة الفنية والوثائق للتصميم والصناعة والبيع بعد انتهاء العقد.	الممنوحة بموجبها للطرف الآخر سوف توقف حالاً، ولن يحق له استخدام المعرفة الفنية، كما يحق للمرخص وبدون تأخير استرجاع كافة الوثائق المسلمة مع جميع النسخ المتعلقة بها.
م 9-2: التزام السرية على كلا الطرفين.	م 3/ب: يلتزم المرخص له وزبائنه «التزاماً خطياً» باستخدام الوثائق للأغراض المحددة مع الحفاظ على سريتها.
-	م 1-12: يلتزم المرخص له لفترة خمس سنوات بعدم كشفها لأي شخص كان، وألاّ يستخدمها لأغراضه الخاصة باستثناء أغراض الاتفاقية حصراً، أو فيما لو حصل على تفويض كتابي سابق م 2-12.
-	م 4-12: إذا ما كشفت إيركسون عن بعض معلوماتها لأي شركاتها الفرعية فإن تلك الشركة تلتزم بالسرية بنفس مدى التزام المرخص له وبنفس شروط هذا العقد. - مما يؤكد إحكام إيركسون على التزام السرية من جديد.

التحليل الثاني . الضمانات:

عقد الشركة الألمانية × الصين	عقد إيركسون × سورية
م 8-2: يضمن المرخص صحة الوثائق ومطابقتها لما هو متفق عليه، بالإضافة لزماته بأن تكون الأكثر حداثة وكونها أفضل ما يستعمله المرخص ذاته. كما يضمن تقديم التحسينات والتعديلات وتطوير تلك الوثائق والبرامج بدون تقييد م 8-1.	م 11-1 يضمن المرخص صحة الوثائق وكونها هي المتبعة من إيركسون
—	م 11-2: يضمن المرخص تزويد المرخص له بالمعرفة الفنية مع العناية العادية المرافقة لعملياته «ونرى أنَّ المساواة هنا لن تكون عادلة نظراً لأن خبرة المرخص له ليست كخبرة المرخص أصلاً».
م 5-2: ضمان التدريب حتى سيطرة موظفي المرخص له على المعرفة الفنية «أي ضمان نتيجة» بما في ذلك إرسال موظفي المرخص الماهرين إلى المرخص له م 6-1.	؟؟؟
	م 5- الضمانات السابقة هي الوحيدة بموجب العقد.

التحليل الثالث . الشروط المقيدة:

عقد الشركة الألمانية × PRC	عقد إيركسون × سورية
	م6 «النوعية»
م2-7: يلزم المرخص . بناءً على طلب . بتقديم التحسينات التي توصل إليها هو أو طرف ثالث وتكون ضرورية لتصنيع المنتجات «لمدة 10 سنوات» . [ولا نعتقد بأن المرخص له قد تردد في طلبها أثناء تنفيذ العقد].	م2-6: يلتزم المرخص له باتباع مستويات النوعية المحددة في الوثائق من قبل إيركسون . ويلزم بعدم الإقدام على أي تغيير في عملياته مما يمكن أن يؤثر على النوعية . [وبعد هذا من أخطر القيود على إمكانية تطوير واكتساب التكنولوجيا] . 3 - كما يلتزم بتوجيهات ومقاييس وإجراءات إيركسون لتأمين النوعية المطلوبة . 4 - يوافق المرخص له بالسماح لموظفي إيركسون بدراسة نوعية إنتاجه، لتحديد الإجراءات المطلوب اتخاذها في حال فشل ذلك الإنتاج بتحقيق النوعية .
م2-6: يلتزم المرخص، بناءً على طلب، بتقديم المكونات والقطع الإضافية والمواد الأولية . [وهنا نجد أن المرخص له قد قلب الالتزام لصالحه بحيث تحاشي تحكم	م6-6: شرط الشراء الإجباري يلتزم المرخص له بشراء المكونات من الموردين المحددين من قبل إيركسون، وإن عجز عن ذلك لأي سبب، فعليه إخطار

إيركسون لتجد حلاً تحافظ من خلاله على النوعية.	المرخص فيه فيما لو كان محتكراً لتلك المكونات].
م3/16: للمرخص له استخدام العلامة التجارية لإيركسون بشرط تحقق شروط النوعية سابقة الذكر.	م2-8: بناءً على اختيار المرخص له: تستخدم عبارة «صنع في الصين بموجب ترخيص.. اسم المرخص» بشرط تطابق المتطلبات النوعية والتقنية كما هي محددة في ملحق العقد.

المطلب الثالث - عقود تسليم (مفتاح - إنتاج - سوق) باليد:

أولاً: عقد «تسليم مفتاح باليد» Turn Key Contract

ظهرت هذه الصيغة للمرة الأولى في الولايات المتحدة الأمريكية، في أعقاب الحرب العالمية الثانية، بسبب ما خلفته تلك الحرب من دمارٍ واسع⁽¹⁾، حيث كان اللجوء بداية إلى متعهدي الأبنية ليقوموا بإعداد دراسات ورسوم للمباني ومن ثم تنفيذها وتسليمها

(1) قام المعهد الأمريكي للمهندسين المعماريين «AIA» بصياغة نموذج خاص بعقود تسليم المفتاح، وذلك في عام 1985، إلا أنه لم يأخذ الصفة الدولية شأنه شأن بعض النماذج المماثلة التي صاغتها جهات أخرى متخصصة، كنموذج المقاولين الدوليين الأوروبيين «EIC» الصادر في مايو سنة 1994. إلا أن أهم وأقوى النماذج المتعلقة بهذه العقود هو النموذج الذي وضعه الاتحاد الدولي للمهندسين الاستشاريين «FIDIC» في عام 1995 (الكتاب البرتقالي) والذي صدرت طبعته الأخيرة في عام 1999 والمعروفة باسم (الكتاب الفضي)، حيث تناول التزامات الأطراف وآلية الاختيارات وعملية التسليم بشيء من التفصيل: راجع الدكتور أحمد رشاد محمود سلام: «عقد الإنشاء والإدارة وتحويل الملكية (B.O.T) في مجال العلاقات الدولية الخاصة: دراسة تحليلية للعقد ومراحل تنفيذه وكيفية قبوله ومخاطره وطبيعته القانونية وقدرته على نقل التكنولوجيا وكيفية تسوية منازعات العقد والقانون الواجب التطبيق»، دار النهضة العربية، القاهرة، عام 2004م، ص 265.264.

جاهزة للمشتري الذي لم يكن عليه سوى وضع المفتاح بالمبنى، ومن هنا جاءت حقيقة تلك التسمية.

ثم انتقلت تلك الصيغة إلى المجال الصناعي من خلال الالتزام بإعداد وحدة صناعية متكاملة وتسليمها جاهزة، وحظيت تلك الطريقة بقبول واسع من الدول النامية الراغبة في توطيد الصناعات الحية بدلاً من استيرادها على نحو يمكنها من اللحاق بمصاف الدول المتقدمة ويعد عقد تسليم مفتاح باليد من أقدم الصور الجديدة لعقود الأشغال الدولية على حد تعبير البعض⁽¹⁾، والتي تعرف بدورها بتوافق إرادتي جهة الإدارة وأحد الأشخاص الأجنبية الخاصة من أجل تنفيذ أعمال عقارية معينة لحساب شخص معنوي عام وتحقيقاً لمصلحة عامة على نحو معين ولقاء ثمن معين.

- ويمكن أن نميز في معرض عقود تسليم المفتاح باليد ما بين: عقد تسليم مفتاح باليد تقليدي (خفيف أو ناقص)، وعقد تسليم مفتاح ثقيل أو شامل، وذلك بالنظر إلى حجم الالتزامات الملقاة على عاتق المتعاقدين.

أد عقد مفتاح باليد خفيف «جزئي» أو «ناقص»:

يلتزم المورد بموجب هذا العقد بتصميم المشروع والإشراف على تركيبه وتشغيله، بينما يحتفظ الطرف المتلقي لنفسه بجزء من الأعمال، كتقديم المعدات والآلات أو تركيبها تحت إشراف المورد مع القيام بأعمال تشييد المباني⁽²⁾، دون استبعاد لتكفل المتلقي بشراء التكنولوجيا ذاتها، ومن الضروري إدراك أن تحديد العقد بالوصف السابق «تسليم مفتاح ناقص Semiturn Key» لا يغير من طبيعته، إذ إن الأمر يتعلق فقط بحجم الخدمات المطلوبة من المفاوض لا أكثر.

⁽¹⁾ راجع الدكتور محمد عبد المجيد إسماعيل : عقود الأشغال الدولية والتحكيم فيها - منشورات الحلبي الحقوقية

- بيروت - 2003 - الصفحتين 41-51

(2) Salem (M.) et sanson (M.A): Les contrats (cle en Main et Les contrats produiten en Main) Librairies techniques, paris, 1979, op. cit, p.p47.

و بموجب عقد تسليم المفتاح التقليدي Les contrats (clé en main) classiques يتم شراء أداة إنتاجية كاملة، إلا أنها محدودة بجوانبها المادية⁽¹⁾، بحيث ينتهي التزام المورد بنقل الملكية للمتلقي بما في ذلك الوثائق المتفق عليها، إلا أن الأمر مختلف تماماً مع الدول النامية التي تبحث بسبب عدم كفاءة عمالها، إلى صيغ عقدية من نمط تسليم مفتاح ثقيل أو شامل (Les contrats clé en main Lourds) أو من نمط تسليم إنتاج في اليد.. (Les contrats produits en main).

ب . عقد تسليم المفتاح الشامل أو الثقيل:

حيث يتحدد مضمون العقد الرئيسي بتقديم خدمة مصحوبة بتوريد معدات أو منشأة، وتتجسد تلك الخدمة بتقديم المساعدة الفنية بما في ذلك تدريب عمال المتلقي لتمكينهم من حسن الاستغلال، وتقديم كافة المعلومات اللازمة للتشغيل والإنتاج، ولعل أحد الأمثلة العملية من عقودنا المحلية عن هذا النمط العقدي هو:

العقد المبرم بين وزارة الري في الجمهورية العربية السورية وشركة سابتا الإيرانية بتاريخ 2001/1/15 حيث تم الاتفاق على التزام المورد «شركة سابتا» بتقديم الأشغال والتوريدات والخبرة الفنية اللازمة لتقديم وتركيب تجهيزات محطة كهربائية، ونقلها إلى موقع العمل (م 1 . 16) مع التزامه بتدريب العناصر التي تسميها الإدارة في ورشات العمل في سوريا (م 27) وتقديم المساعدة الفنية عبر إيفاد خبراءه ليقوموا بعمليات الإشراف والتدريب (م 28).

(1) بما لا يعني خلو العقد من عناصر غير مادية، فالالتزامات الواردة على الملكية الصناعية عنصرها بالضرورة أداءات

معنوية، إلا أنها محددة بتسليم ركنها المادي، كالثائق . والخراط والمخططات والنماذج. راجع Salem (M) et sanson (M.A), p. 44.

وبالنتيجة يمكن لنا من خلال تحديد الصور المتنوعة لعقد تسليم مفتاح باليد أن نستنتج ثلاثة فروض متميزة لهذا العقد، إلا أنَّ إمكانية اندماج بعضها يعدُّ أمراً ميسوراً مما يضعنا أمام افتراضٍ رابع وجديد، لتصبح هذه الفروض كالآتي:

1. قيام المورد بإنجاز المجمع الصناعي من ألفه إلى يائه.
 2. تضافر جهود المورد والمتلقي لإنجاز الوحدة.
 3. تقديم المورد لخدمات إضافية عدا إنجاز المجمع بحد ذاته.
 4. اندماج أحد هذه الفروض مع فرض آخر (الأول مع الثالث أو الثاني مع الثالث).
- ويقدم العقد المبرم بين جامعة دمشق وشركة (بابكوك . باو) الألمانية الغربية بتاريخ 5/شباط/1981 مثلاً عن الفرض الناجم عن اندماج الوضع الثاني مع الثالث.

إذ التزمت شركة «بابكوك . باو» بموجب العقد السابق بتقديم المصورات والوثائق الهندسية والتصاميم «م1 - ح»، مع تقديم جميع المعدات والتجهيزات لتنفيذ وصيانة الأشغال والمشيدات.. مع نقلها إلى موقع العمل «فقرة (ج) م15 والفقرة (و) م1»، بالإضافة إلى تدريب العدد الكافي من العناصر على التجهيزات المختلفة (م18).

وبالمقابل التزمت الإدارة «أي جامعة دمشق ممثلة برئيسها» بتسليم الموقع وضمان صلاحية الطرق المؤدية إليه وعدا ذلك من القضايا ذات الصلة

والنتيجة النهائية: أنَّ «عقود تسليم المفتاح» رغم كل سلبياتها هي واقع مفروض ولا مفرَّ منه⁽¹⁾، وخاصةً في الدول النامية الغنية برؤوس الأموال كدول الخليج العربي، ومع

(1) وتوجه دول الخليج العربي حتى يومنا الراهن بنحو مخيف إلى ذلك النمط العقدي، فالسعودية لوحدها قد قدمت خمسة مشاريع تسليم مفتاح «لأرامكو» نفسها خلال عام 2000، ومنحت شركة «هالبرتون» الأمريكية عقداً بقيمة 140 مليون دولار في عام 2001. راجع صحيفة الوطن . العدد 407 - السنة الثانية . السبت 10 نوفمبر 2001م.

ذلك نرى أنَّ المشكلة تزداد تعقيداً مع اتجاه تلك العقود إلى المجالات الحيوية في الدول المتلقية، ومن هنا نلفت النظر إلى أنه ليس من الخطأ أن يقام أول مصنع في مجال معين بموجب عقد تسليم مفتاح، ولكن ذروة الخطأ أن يقام مصنع آخر مماثل له بذات المجال وبنفس الأسلوب، وكلما كان الطرف المحلي غير قادر على نزع القدر الأعظم «أو جزء هام على الأقل» من أعمال الهندسة والتشييد «التصميم» كلما وجد نفسه أمام تلك الحقيقة⁽¹⁾.

ثانياً: عقد تسليم إنتاج باليد

يعرّف عقد المنتج في اليد، منظوراً إليه من خلال مضمون الالتزامات الواردة فيه بأنه: «العقد الذي يلتزم فيه الطرف الأجنبي بإقامة وحدة صناعية «بنظام تسليم مفتاح باليد»، بالإضافة إلى تقديم المساعدة الفنية لاستمرار إدارتها وتشغيلها، بما في ذلك تدريب العمال المحليين حتى يكتسبوا الخبرة اللازمة للحصول على الإنتاج المتفق عليه كماً ونوعاً». ويبدو أنَّ عقد تسليم الإنتاج بهذا التصور يقترب لدرجة تدعو للخلط بينه وبين عقد تسليم مفتاح في اليد من النوع الثقيل، ألا أنَّ تحليلاً دقيقاً لهما يظهر خلاف ذلك، وبعيداً عما ذهب إليه البعض من إظهار الاختلاف استناداً إلى هدف كل منهما⁽²⁾، يمكننا

كما أرسيت على «شركة تويو الهندسية اليابانية» عقد تشييد مصنع البولي الاثيلين ليبدأ إنتاجه في منتصف 2003.

راجع صحيفة الجزيرة. العدد 10329. الطبعة الأولى. الاثنين 12 شوال 1421 كانون الثاني 2001.

<http://www.suhuf.net.sa/2001Jaz/8/ec2.htm>

(1) للاطلاع على المزيد من التفاصيل حول عقود تسليم المفتاح باليد راجع مؤلفنا سابق الإشارة إليه بعنوان المشاكل القانونية في عقود نقل التكنولوجيا من ص 332 إلى 370، وخاصة الصفحات (332-333-340-341-342-367-368).

(2) إذ أنَّ هدف عقد المفتاح باليد الثقيل، هو التعهد بالتدريب والمساعدة ووضع المصنع قيد التشغيل، بينما في عقد المنتج في اليد هدف العقد شيء، وهدف التزاماته شيء آخر، فالأول متميز ومنفصل عن الثاني، والثاني متغير تبعاً لنوع الالتزام. راجع P.47 and P.P. 83-84 - Salem (M). et Sanson (M.A).

القول ببساطة إنه في عقود الإنتاج باليد تأتي التزامات المورد بالمساعدة والتدريب منتمية إلى مضمون العقد «محل»، خلافاً لما هو عليه الوضع في عقود المفتاح باليد.

- ويعدُّ التدريب الالتزام الأكثر تفرّداً في هذا العقد، فكلما تم اختيار مرشحين على درجة من الكفاءة المهنية، و تم إدراجهم بانتظام في العمل فيما بعد، كلما اقترب الالتزام بالتدريب من التزام يبذل عناية إلى الالتزام بتحقيق نتيجة.

- وفيما يتعلق بجداوى عقد المنتج في اليد يظهر الشك في جدواه ابتداءً من السؤال الذي أثاره جانب من الفقه الأمريكي عن مصلحة أحد المتعاقدين في إبرام عقدٍ مع طرفٍ آخر يدرك مقدماً بأنه سيساعده ليصبح منافسه في إنتاج المنتج النهائي !.

ورغم تعليل إمكانية ذلك بقدرة هذا المتعاقد على حماية نفسه بالشروط المقيدة، فإننا نرى أن تلك الشروط تأتي لإفراغ الالتزامات من مضمونها، وتجرّد العقد من جدواه بحيث يعدُّ الفرض، محلّ الجدل، غير قائم أصلاً، كما أن العقد لم ينأ عن جملة واسعة من الانتقادات ولعل أهم ما انتقد فيه «عقد المنتج في اليد»، وكان سبباً في عزوف الكثيرين عنه، هو ما صاحبه من تكلفة باهظة مبالغ فيها إلى حد الإفراط، وذلك بسبب عدة عوامل منها، اتساع مضمون التزامات المورد بما يصاحبها من أخطار إضافية، مما منح طلبه لتلك التكلفة حجة وتبريراً، كما أن القيود المفروضة على المواعيد النهائية أظهر ميله إلى تضمين العقد هامشاً كبيراً للسعر لأجل التعاقد من الباطن، مع ميله إلى إعطاء الأولوية للمنتمين إلى ذات المجموعة، بغض النظر عن الأسعار المعروضة من الشركات الأخرى خارج مجموعته⁽¹⁾.

(1) راجع مؤلفنا سابق الإشارة إليه الصفحة 371 وما بعد.

ثالثاً: عقد السوق باليد

ويأتي هذا العقد كتكملة لعقد إنتاج في اليد، بحيث يستمر التزام المورد بإنشاء وحدة صناعية وضمان الإدارة الأولية، ليشمل التزامه بتسويق المنتجات أو شراءه منها⁽¹⁾.

وفي جميع الأحوال لا يعدُّ هذا العقد أفضل من سابقه، ما لم يكن أسوأ منهما، فبالإضافة إلى الانتقادات التي وجهت إليهما، يمكن القول فيما يتعلق بالالتزام الإضافي «التسويق» بأنه أصلاً التزام ببذل عناية، لأنَّ المورد لا يضمن سعر البيع أو حجمه، بل يظلُّ الأمر مرهوناً بشروط السوق، كما أننا إذ قبلنا «بالمساعدة التقنية» للمتعاقد الآخر، فهذا لا يعني قبول «المساعدة التجارية» خاصة وأنها غير لازمة وخطيرة عليه، حيث يفضل عموماً مع هذه الأنماط العقدية عدم التواجد الطويل لمتعاقد إلى جانب الآخر، على نحو يهدد بشيء من التبعية التجارية والاقتصادية⁽²⁾.

المطلب الرابع - عقد الفرانشايز Franchise Contract:

أولاً: تعريف عقد الفرانشايز من خلال عنصره المحوري:

عقد الفرانشايز كما أعاد الأمريكيون استعماله في مطلع القرن العشرين، هو عقد ذو محل متماسك، تلعب المعرفة الفنية فيه دوراً محورياً بالنسبة إلى العناصر الأخرى والتي هي المساعدة الفنية والعلامة التجارية و«الشعار»، وبعيداً عن ذلك التماسك يمكن تصور كل عنصر من تلك العناصر المكونة لمحل العقد، كمحلٍ لعقد مستقل: كعقد ترخيص «علامة تجارية . شعار» أو عقد تقديم الخدمات أو عقد لنقل المعرفة الفنية «أو الطرق الصناعية» سواء أكانت تلك المعرفة تابعة لبراءة اختراع أم لا، على نحو يفرض التزاماً

(1) في الحقيقة يمكن تصور مثل ذلك الشرط في عقود المشاريع المشتركة كمظهر للتعاون ما بين المتعاقدين.

(2) راجع مؤلفنا سابق الإشارة إليه /المشاكل القانونية في عقود نقل التكنولوجيا / الصفحة 380.

إنجائياً على الناقل بوضع مجموعة الأفكار والمعارف والخبرات «المتعلقة بمحل العقد» تحت تصرف المتلقي.

أمّا الفرانشيز كنظام مستقلّ فقدمت فيه تعاريف متعددة، كان من أهمها التعريف الوارد في قانون الاتحاد الأوروبي للفرانشيز لعام 1972 حيث حدده بأنه «نظام تجارية المنتجات و/أو الخدمات التكنولوجية، ويرتكز على تعاون وثيق ومستمر بين المشاريع المتميزة والمستقلة قانونياً ومالياً...»، أما المادة الأولى من التدبير الإداري الفرنسي رقم 88/4087 والذي بدأ العمل به في 1989/2/1، فقد ذهبت لاعتباره «الاتفاق الذي يعطي بموجبه مشروع ما (الفرانشيزور) مشروعاً آخر (الفرانشيزي) بنتيجة تبادل ومقاصة مالية حق استثمار مجموعة حقوق ملكية صناعية أو فكرية تتناول الماركات والأسماء التجارية، الشعارات، العلامات... المعرفة الفنية»⁽¹⁾.

بينما عرفه بعض الفقهاء مثل (Meyer, H) في كتابه (Marketing) بأنه:

(.. Contractual agreement in which (Franchise granter) gives another (Franchise holder) The right To conduct business in his name under specific guideliness)..

(We can summarize.. a (Franchise granter has The ownership and rights of The name or registered Trademark and sells a right To Franchise holder..)⁽²⁾

⁽¹⁾ مشار إلى هذين التعريفين في الوثيقة التي قدمها الدكتور سامي بديع منصور إلى المؤتمر الذي عقدته كلية الحقوق في الجامعة اللبنانية بالاشتراك مع جامعة دمشق والاتحاد الفرنسي للفرانشيز، وذلك في بيروت بتاريخ 29/28 أيار 1998.

راجع د. سامي بديع منصور: عقد الفرانشيز «الحماية القانونية للفرانشيزي في نظام القانون اللبناني»، العدل: مجلة نقابة المحامين. بيروت، السنة الثالثة والثلاثون، العدد الأول، 1999، ص 3029

⁽²⁾ Juan chichero; what is a franchise? [http:// www. juanchichero. com /queesunafranquicia. html](http://www.juanchichero.com/queesunafranquicia.htm)

بمعنى أنَّ الفرانشيز اتفاق عقدي حيث يعطي فيه مانح الفرانشيز إلى حامله حق القيام بالأعمال باسمه بموجب إرشادات معينة، وبالتالي يمكن تحديد مانح الفرانشيز بأنه مالك لاسم أو علامة مسجلة يقوم ببيع ذلك الحق إلى المتلقي.

ونرى قصور ذلك التعريف من جهة مضمونه، مع عدم واقعيته من جهة وصف الضوابط ما بين طرفي العقد بمجرد الإرشادات، ويبدو السبب في ذلك أنَّ الفقه الغربي يخلط ما بين عقد الترخيص «ويعدده عقد فرانشيز بشكل مبسط»⁽¹⁾، وبين عقد الفرانشيز بالشكل الأكثر تعقيداً «عقد الفرانشيز في الفرض قيد الدراسة»، بدليل استطراد Meyer.H في تعريفه in the most complex form, the license contract is a broader relationship.. where very often, a complete range of services is enclosed including.. الشكل الأكثر تعقيداً: عقد ترخيص مع علاقات أوسع بين الأطراف، حيث غالباً ما يترافق بسلسلة كاملة من الخدمات تتضمن اختيار المكان الذي ستم فيه فعالية الفرانشيز، التدريب، تقديم المواد، خطط التسويق ونواحي التمويل.

وإذا كان الاتجاه السابق يقرب عقد الفرانشيز من عقود التراخيص، فثمة توجهات عديدة لتقريبه من عقد الامتياز التجاري⁽²⁾..

(1) ويبدو ذلك التوجه فيما آل إليه **Phillips Kothler** في كتابه (Direccion de la Mercadotecnia) حيث اعتبر The concept of Franchise is established as a agreement with The concession granter in The Foreign market, offering The right To use The manu Facturing process, The brand, The patent, The commerical secret and other value points بمعنى إن مفهوم الفرانشيز يؤسس كاتفاقية مع مانح التنازل في السوق الأجنبية، والذي يقدم الحق لاستخدام: عملية التصنيع، العلامة، براءة الاختراع، الأسرار التجارية، والأشكال الأخرى ذات القيمة.

Juan chichero: what is a franchise?

<http://www-Juan chichero. com /queesunafranquicia. htm>

(2) ويستنتج ذلك التقريب من خلال تعريفه بأنه: privilege given by an government organization to an individual or.. to use a public society..

إلا أننا نرى ذاتية ذلك العقد تبعده عن كِلا النمطين وتجعل منه نظاماً مستقلاً⁽¹⁾..

ثانياً: جدوى عقد الفرانشيز:

يرى «Juan Chichero» أن عقد الفرانشيز - فيما لو تم بصياغة قانونية سليمة - كفيل بالنقل المباشر للمعرفة الفنية، مع كل المعلومات المؤثرة في تقنيات التسويق ومختلف الطرق اللازمة للعقد، خاصة وأنه يصف المساهمات الأساسية (Know How, Training, etc) والدائمة (marketing support, advertising, promotional services) وactions, investigation and development, diverse services) على نحو واضح وصريح، كما يقوم على علاقة مستمرة ما بين أطرافه لتحسين شروط الاستغلال أو للوصول إلى إنتاج جديد أو أفكار للخدمات، ومما لا شك فيه أنه عقد يتعلق بمتاجرة (خدمة أو منتج) بنوعية رفيعة بحيث يكون الطلب عليهما عالمياً، أو على الأقل غير مقتصر على منطقة المانح⁽²⁾. كما أنه من وجهة نظر مالية: إذا كانت تكاليف عقد الفرانشيز واتفاقيات تزويد المواد مقبولة، يمكن الاحتفاظ بهامش ربح معقول، كما أن تكاليف العقد ذاته تعد أقل مما هي في غيره من العقود، نظراً لأن المانح يزود «أو يفترض أن يزود» المتعاقد الآخر بقدرة السيطرة والتحكم في طرق إنقاص التكلفة والنفقات⁽³⁾،

(1) من أحد أمثلة عقود الفرانشيز: العقد المبرم بين شركة أمريكية واليابان، وتم إنجذ تأسيس (Tokyo Disneyland) والتي تمكنت من جذب ما يزيد عن (10 million) زائر بعد افتتاحها منذ 1983. <http://www.bimaonline.com/index.htm>

(2) Juan chichero: characteristics of a good franchise: <http://www.Juanchicheros.com/queesunafranquicia.htm#caracteristicas>

(3) <http://www.Juanchicheros.com/queesuna-franquicia.htm#cuales> (which are the advantages of a franchise?).

وكلما وجدت رغبة من الأطراف بخلق تعاون مرن نسبياً بينهما، مع قبولهم لحقوق شفافة تبادلية، كلما كان العقد نافعاً لجهة المتلقي⁽¹⁾.

المطلب الخامس - عقد التعاون الصناعي The contract of industrial Cooperation أو عقود المشروعات المشتركة «Joint venture-project»

أمام مساوئ ومخاطر الحلول الجاهزة «الاستثمار المباشر وعقود تسليم مفتاح باليد والإنتاج باليد»، وقيام العديد من الدول النامية بتأميم الاستثمارات الغربية، ظهرت إلى حد ما أزمة عالمية في حياة التجارة الدولية، وكان الحل الأمثل للخروج من تلك الأزمة هو اللجوء إلى «عقود التعاون الصناعي» نظراً لما تحققه من مزايا لعاقديها، وخاصة «للدول النامية» التي فضلت الدخول كشريكٍ تحاري في مشروعٍ ما يخضع لرقابتها، بما تقدمه تلك العلاقة العقدية من دافعٍ نفسي لشعوبها. وكثيراً ما اشترطت تشريعاتها تلك المشاركة، نظراً لما قد تحققه من مزايا تنموية لا يمكن بلوغها بجهد طرف واحد.

ومن جهة مقابلة امتنعت بعض «الشركات الأجنبية» عن تقديم التكنولوجيا لمشروعٍ ما دون مشاركتها فيه، إذ رأت في تلك الطريقة تحاشياً لمخاطر التأميم ونزع الملكية، وضماناً للحصول على معاملة تفضيلية (كالإعفاءات الضريبية)⁽²⁾، عدا ما قد يحققه ذلك الأسلوب من مزايا اقتصادية، كإمكانية الدخول إلى أسواق الدولة الشريكة، والحصول على كلفة متدنية للمنتج نتيجة انخفاض أجور اليد العاملة فيها، إضافة إلى تقديم الحلول لكثيرٍ من المشاكل الجديدة ذات الصلة.

(1) لمزيد من التفاصيل راجع مؤلفنا السابق الإشارة إليه من ص 381 إلى 433.

(2) وكذلك تصاريح استيراد مواد الخام أو الآلات، وتصاريح الإقامة والعمل للموظفين الأجانب، وإمكانية تحويل الأرباح، وإعادة رأس المال للوطن الأصلي.. راجع د. عصام الدين مصطفى بسيم، الجوانب القانونية للشروعات الدولية المشتركة في الدول الآخذة بالنسو، الطبعة الأولى مكتبة المنهل، الكويت، (1978م)، ص 53.51.

وبالنتيجة ظهر عقد التعاون الصناعي كعقد نافع لكلا الطرفين، يحد من خسارتهما، وينظم علاقتهما بشروط مرنة.

أولاً: تعريف عقد التعاون الصناعي

عرفت (اللجنة الاقتصادية الأوروبية) التابعة للمجلس الاقتصادي الاجتماعي للأمم المتحدة في الدليل المتعلق بعقود التعاون الصناعي تلك العقود بأنها: «عمليات تتجاوز البيع والشراء البسيط للأموال والخدمات، وتحتم إنشاء مصلحة مشتركة بين بلدان مختلفة لفترة معينة... وغالباً ما يكون لتلك العمليات طابعاً تطورياً»⁽¹⁾.

. بينما عرفت «الانكتاد UNCTAD» في إحدى تقاريرها الصادرة عام 1975، بأنها «شكل جديد نسبياً، يمثل العقود المبرمة لعدة سنوات بين شركاء ينتمون إلى أنظمة أو بلدان مختلفة، وتشمل مجموعة عمليات متكاملة ومتضامنة».

ونلاحظ بأن التعريف الأول يميل لترجيح عقود التعاون بين أطراف متساوية التطور (غربية - غربية)، بينما يعتبر الثاني أكثر عمومية، بحيث يتحدث عن عقود التعاون بين (طرف متقدم وطرف نام)، كما يمكن أن يتسع ليشمل عقوداً أخرى كعقود تسليم مفتاح باليد أو منتج باليد. ومن جهتنا نرى أن عقد التعاون الصناعي ما هو إلا عقد يستلزم مزيداً من العون والثقة المتبادلة، بحيث يلتزم بمقتضاه كل طرف بأن يضع قدراته المادية والمالية والبشرية المتاحة في خدمة تحقيق أهداف متنوعة تحدد باتفاق العاقدين، على أن لا يقيد ذلك الهدف على نحو استباقي وجازم، فقد يتعاون الأطراف لإنتاج منتج ما، كما قد يصل نطاق التعاون بينهما إلى مجال البحث والتطوير بغرض تنمية قدرة الشريك الأضعف.

(1) Guide on Drawing up international contracts on industrial co-operation
«United Nations Economic commission for Europe» - Genève,
Switzerland -
<http://www.unesco.org/welcomef.htm> 2003-02-05

ويفترض أن يضمن لذلك العقد خصوصيته التي تميزه عن أي نمط عقدي آخر، ودون أن يتم الخلط بينه كعقد مستقل وبين الصور الناجمة عنه، كأشكال لتنظيم التعاون بين أطرافه بغية تحقيق هدفه النهائي.

كما نؤكد على عدم تأثير إمكانية قيام عقد التعاون بمستوى عاقديه، لأنه وفي مختلف الفروض تظل المصالح موجودة، ويبقى التعارض قائماً، ويستمر هدف العقد في التنسيق ما بين تلك المصالح المتعارضة، مما يعني أن الخلاف يرد على مدى التعاون دون أن يؤثر على وجود العقد ذاته.

. تطبيق عملي⁽¹⁾:

يتعرض هذا التطبيق إلى مثالين محددين هما:

. اتفاقية مشاركة في التصنيع ونقل الخبرة [عام 1995].

Partnership agreement in Manufacturing and know-how »

«Transfer

بين الجمهورية العربية السورية . المؤسسة العامة للمواصلات السلعية واللاسلكية

«The Syrian Telecommunication Establishment»

وشركة سامسونغ إلكترونيكس ، Samsung Electronics Co., LTD

. اتفاقية تعاون تكنولوجي [1993]:

«Technological Cooperation agreement»

بين «Samsung Electronics Co. and Toshiba of Japan».

فمن تتبع مواد هذين العقدين لاحظنا أنه في الوقت الذي استخدم فيه تعبير التعاون على نحو صريح في المثال الثاني، جاء الخلط واضحاً ما بين تكييف العقد

(1) للاطلاع على المزيد من الدراسة التحليلية الناقدة لعقود التعاون انظر المشاكل القانونية في عقود نقل التكنولوجيا إلى الدول النامية- مرجعنا سابق الإشارة إليه -الصفحات:(436 إلى 439-443 إلى 447).

والشكل المتخذ لإدارته مع الدخول في مسألة الالتزامات في المثال الأول. مما يستوجب فيما لو أردنا توخي الدقة في الصياغة القانونية، تنفيذ تلك الاتفاقية على النحو التالي:

. عقد تعاون تكنولوجي (تكييف العقد . بما يترتب عليه من نتائج هامة)

. إنشاء شركة مشتركة: الشكل المتخذ لإدارة العقد . الشكل المؤسسي (شركة محدودة المسؤولية).

. نقل الخبرة: أحد الالتزامات المترتبة على الشريك الأجنبي.

ونعتقد أن هذا الاختلاف في الصياغة لم يكن إلا انعكاساً لاختلاف الفرقاء أو مدى تقارب مستوياتهم التكنولوجية، ومما يؤكد وجهة نظرنا هذه هو كيفية تحديد الهدف في كلا العقدین، إذ جاء في المثال الأول لغاية إنشاء شركة لتصنيع مقاسم رقمية.. مع الخدمات التكنولوجية المتنوعة من مساعدة وتدريب ونقل خبرة، بينما بلغ في المثال الثاني إلى درجة تطوير مشترك للتكنولوجيا والمنتجات الجديدة:

«The main objective of which is to jointly develop new Technology and a new product»

ثاني إدارة العقد:

تتم إدارة عقد التعاون الصناعي بأحد شكلين: إما بالشكل التعاقدی أو بالشكل المؤسسي ، أي بتأسيس شركة لها شخصية اعتبارية مستقلة، ويحكم اللجوء إلى أحدهما عدة اعتبارات يختسبها المتعاقدون جيداً.

أ. الشكل التعاقدی:

نظراً لما يستلزمه تأسيس الشركة من إجراءات شكلية معقدة، ودفعات إضافية، قد يفضل الأطراف إرساء أسس تعاقدية لتنظيم وتنفيذ عقدهم التعاوني.

ويتيح ذلك الشكل التعاقدي للأطراف مرونة أكبر، إذ يتحررون مثلاً من قيود توزيع الأرباح وتشكيل مجلس الإدارة وكل ما يستلزمه الدخول بشركة خاضعة لقانون الشركات المحلي في الدولة المعنية، ويكتفون بعلاقة عقدية تتضمن القواعد المتفق عليها في حدود النظام العام لتلك الدولة.

وإن كنا لا نجد في النظم القانونية المختلفة تنظيمات خاصة بتلك الصيغة (أو العلاقة) إلا أنها دائماً ما تكون متاحة طبقاً «للمبادئ القانونية العامة للعقود»⁽¹⁾.

ومتى لجأ المتعاقدون إلى تلك الصيغة وجب عليهم إسنادها إلى ركيزتين هما:

1. إيجاد هيئات أو أجهزة لإدارة العقد. 2. قيام الإجراءات الوظيفية في تلك الأجهزة على مبدأ المساواة في اتخاذ القرارات.

أما بالنسبة للأجهزة فهي عادة ما تتخذ شكل «أجهزة إدارية»، مثل مجلس المصالح الذي يمثل فيه الأطراف على نحو متساوٍ، و«أجهزة تنفيذية» كأجهزة وظيفية عليا وأجهزة تقنية لتنفيذ العقد حسب تعليمات الأجهزة الإدارية.

ب. الشكل المؤسسي:

غالباً ما يسفر عقد التعاون إلى إبرام عقد شركة لها شخصية اعتبارية مستقلة نظراً للمزايا العملية والقانونية والمالية التي يوفرها هذا الأسلوب للمتعاقدين، ورغم تمتع تلك الشركة بنظام خاص ورغم خضوعها لقانون وطني لدولة ما، فإن عقدتها يعد مجرد عقد محيطي تابع للعقد (الاتفاق) الأساسي، ويترتب على ذلك مجموعة هامة من النتائج على رأسها تلك المتعلقة بمدة الشركة، إذ يفترض أن تكون أقل أو مساوية لمدة عقد التعاون، وإلا وجب على الأطراف بعد انتهاء العقد (عقد التعاون) تعديل نظام الشركة الأساسي بحيث لا تعد تابعة لبنود العقد الأساسي، بما يترتب على ذلك من احتمال سلبها المزايا التي كانت قد حصلت عليها بموجب ذلك العقد المنقضي.

(1) د. عصام الدين مصطفى بسم. المرجع السابق. ص 126، 119.

وبالمقابل يشكل عقد الشركة بما في ذلك العقود المحيطية الأخرى مع العقد الأساسي كلاً متكاملاً، بحيث يؤثر خروج أحد الشركاء أو انتهاء أجل الشركة على عقد التعاون الصناعي

ثالثاً: تقييم العقد

من تحليل الصيغ العقدية المتوفرة لدينا وجدنا أنَّ عقود التعاون الصناعي لا تبرم بصيغة واحدة، كما أنها لا تعطي نتائج متماثلة، إذ يظل الأمر مرهوناً بشخصية عاقدتها، حيث يلعب مقدار نمو تلك الشخصية بعداً واسعاً في رسم الإطار القانوني للعقد المبرم، فلو أخذنا مثلاً شركة مثل (Fluar corporation)⁽¹⁾، فهذه الشركة عندما تتجه إلى دولة نامية مثل السعودية (Saudi Arabia) فإنها تفضل عقود الحزمة، كما حصل في أكبر عقودها عام 1975 لبناء أحد المصانع، بينما في حالات أخرى، عندما تواجه متعاقداً مثل «الحكومة الإيرانية» (أو التايوانية...) فقد تجد أنَّ الطريقة الوحيدة للقيام بعمليات محلية هناك، هي باللجوء إلى عقود التعاون الصناعي، كما حصل في مشروعها المشترك لإنشاء معامل تكرير النفط مع شركة النفط الإيرانية الوطنية (National Iranian Oil Company) حيث تمَّ الاتفاق على تدريب الجانب الوطني، كجزء أساسي من ذلك المشروع، حتى تمكن الإيرانيون فعلاً من الإسهام في العمليات التقنية «التصاميم والهندسة»⁽²⁾.

وعندما دخلت الشركة ذاتها [أي Fluar] في عام 1987 بمشاركة Technology Partnership مع احترام خصوصية هذا المصطلح ودلالته، مع الشركة الكندية (Du

(1) ومقرها الرئيسي في لوس أنجلوس.

(2) قامت إيران ببناء معامل مماثلة، مستخدمة ذات الفريق الهندسي والموظفين والتصاميم والمعدات المستخدمة في المعمل الأول. وكانت شركة (Fluar Iran) قد شكلت في 1975 بنسبة 51% للإيرانيين.

Pont) تمكنت هذه الأخيرة من تقديم العديد من التصميمات التي قامت الشركة الأمريكية بتنفيذها⁽¹⁾.

ومن هنا لا تستبعد الأطراف القوية إمكانية منافسة بعضها البعض، فتأخذ ذلك بعين الاعتبار حين إبرامها عقود التعاون، ما لم تكن هي الدافع أصلاً لإبرام مثل تلك العقود⁽²⁾.

وبالمقابل يتوقف مدى نجاح هذه العقود على رغبة المتعاقد المتلقي وقدرته على الإفادة من المعطيات العقدية بالشكل الأمثل، حيث تقدم لنا اليابان المثال النموذجي عن مثل ذلك المتلقي الطموح⁽³⁾.

فعندما دخلت الشركة اليابانية (TEC: Tokyo Electric co.)⁽¹⁾ في مشاركة مع شركة G.E: General Electric الأمريكية، بنسبة 51% من رأس المال

(1) Dr: Jurgen Bischoff and Yehia Soubra.: New approaches to science and Technology Cooperation and Copacity building – U.N. New york and Geneva- 1998- p306

(2) وهذا ما يفسر عدم خوف الشركات الأجنبية من إشراك الشعب المحلي، (وخاصة المقاولين الفرعيين) في الدول النامية، خلافاً لبعض المناطق الراقية، كما في (أوروبا الغربية) إذ تخشى تحول ذلك المقاول إلى منافس حقيقي.

(3) يعتبر المشروع المشترك الأول في اليابان هو الناتج عن مشاركة شركة W.E (Western Electric) الأمريكية مع شركة N.E.C (Nippon Electric. Co) اليابانية، عام 1899، حيث امتلكت الأولى 45% من الأسهم وانتخبت المدراء، ورسمت جميع التصميمات التي نفذت تحت إشرافها ومراقبتها التامة، لدرجة وجدت معها NEC نفسها لا تخرج من مجال الصناعات الكهربائية فحسب، بل من مجال الصناعة عموماً، عبر استقدامها لرؤس تكنولوجية أمريكية (معدات . خيرة . تراخيص...).

Hoshimi Uchida: «western big business and the adoption of new technology in japan: The Electrical Equipment and chemical Industries 1890-1920», development and diffusion of technology –proceedings of the fuje confrence-unviersity of Tokyo press-1880- p.p152155.

لثانية، مقابل تقديم الحق الحصري في براءاتها والمعرفة الفنية في صناعة المصاييح، كان نقل التكنولوجيا قد تمّ بنمط ما يسمى بالتطعيم، أي بموجب نقل مجموعة كاملة من المعدات والمهندسين من قبل G.E أو ممن يرتبطون بها، مع السماح لـ TEC باستخدام العلامات التجارية، على نحو لم تكن معه التجربة موفقة كما كانت عليه في مشاركة شركة (Shibaura)⁽²⁾ مع G-E: حيث أبرم عقد تعاون بينهما في عام 1909، التزمت بموجبه الشركة الأولى بمنح الثانية 24% من رأس المال، ودفع عوائد 1% من المقادير المباعة، مقابل تقديم الشركة الأمريكية (تراخيص البراءة ومعلومات البحث، وتصميم وتخطيط المصنع والإشراف على إنشائه، وتدريب مهندسين يابانيين فيه، مع تدريب قسم من الموظفين الإداريين) وخلافاً لما كان عليه الوضع مع شركة TEC فإنّ Shibaura ظلت لها شخصيتها المستقلة والحرّة في توريد المعدات الأفضل وخلق جو من المنافسة، حتى تمكنت فعلاً في السنوات التالية للعقد من تجهيز المولد المحلي الأول بالطاقة المطلوبة⁽³⁾.

(1) (TEC) هي شركة لصنع المصاييح وتأسست عام 1890، لكنها كانت تعاني من منافسة المصاييح الألمانية المستوردة من شركة (OKURA)، وفي أواخر 1900 بدأت يائسة حين ذهب مديرها إلى U.S لطلب المساعدة التقنية، ووافقت عندها G-E على مقترحاته...
راجع المرجع السابق، p. 153.

(2) (Shibaura) هي شركة يابانية عملت بالمنتجات الكهربائية المصنوعة من قبل S.Kishi بعد إفلاس Niyoshi، والشركات الثلاث السابقة كانت تقلّد محركات شركة G-E الأمريكية. راجع المرجع السابق p. 154.

(3) راجع في تقييم عقود التعاون الصناعي عموماً مؤلفنا المشار إليه سابقاً وتحديداً من ص 453 إلى 468..

المطلب السادس - عقود الخدمات:

أفرز الواقع العملي عدداً كبيراً من الخدمات مثلت محلاً لجملة من العقود، وكان أهمها، خدمات التدريب والبحث والتطوير، والخدمات الدراسية والهندسية والتقنية والتسويقية والتجارية والإدارية⁽¹⁾...

فالخدمات التقنية: هي تلك المرتبطة بقضايا مثل تقييم وتحسين طرق الإنتاج ونوعيته....

أما الخدمات التجارية والتسويقية: فهي عادةً خدمات ما بعد البيع، ومثلها العقد المبرم بين كاسكو (شركة قطر للصلب) وشركة (Tokyo-Boeki) اليابانية بغرض تسويق منتجات الشركة الأولى.

بينما تنحصر الخدمات الإدارية في مجالي الإدارة والتنظيم، ومثلها العقد المبرم ما بين كاسكو وشركة (kobe steel) الكورية لإدارة الخدمات، حيث التزمت الأخيرة بتقديم فريق فني وإداري للإشراف على الأنشطة، كما التزمت بتدريب القطريين على المجالات الإدارية المختلفة...

وانطلاقاً من الطابع التعددي لعقود الخدمات سنقوم بالإشارة إلى أهم صورها:

(1) ويمكن تصنيف تلك الخدمات عموماً عبر مجموعتين:
المجموعة الأولى: وتشمل خدمات قبل المشروع «إعداد دراسات الجدوى»، وخدمات أثناء التنفيذ «تصميم الإنتاج ومخططات الآليات والبناء»، وخدمات أنشطة الإنتاج «التدريب....».
أمّا المجموعة الثانية: فهي الخدمات المعاصرة لتحويل المواصفات الناجمة عن المرحلة الأولى إلى كيانات مادية ملموسة وهي ما تسمى «بخدمات الإنشاء المادية Physical Construction services».

أولاً: عقد الهندسة «الاستشارة الهندسية»:

انتشر مؤخراً - وخاصة في الدول المتقدمة - ما اصطلح على تسميته «بيوت الخبرة» بسبب ما تضمنته تلك المراكز من خبراء متخصصين بمختلف المجالات يتجهون غالباً للقيام بالأعمال الهندسية.

والأعمال الهندسية مصطلح واسع⁽¹⁾، قد يمتد ليشمل أداءات غير ذهنية، أو ما يسمى (بأعمال الهندسة التجارية)، كما قد يقتصر على تقديم المشورة الهندسية بحيث لا يلتزم (المهندس الاستشاري) بإجراء أية دراسات

أو تنفيذ المشروع بصورته الأولية أو النهائية، إنما يقتصر دوره على مجرد إبداء الرأي⁽²⁾.

(1) حيث ينصرف وفقاً (للمفهوم الانكليزي) إلى الأعمال الهندسية المرتبطة بالإنتاج، بينما يذهب وفقاً (للمعنى الأمريكي) إلى الأعمال المرتبطة بالتصميم والإجازة معاً، راجع د. نصيرة بوجمعة سعدى . المرجع السابق . ص 177.

ونرى شخصياً واقعية المفهوم الثاني أكثر من الأول. إذ إن الأمر مرهون في مدى نطاق مهام المهندس الاستشاري دون المساس بالوصف.

ويرى J.Perrin شيوع المفهوم الأمريكي، إلا أن المعلومات العلمية والتقنية أكثر أهمية في طور التصميم منها في طور الإنتاج، وبسبب ارتباط الهندسة بالطورين معاً يتوجب عليها إقامة علاقات مع الأنشطة الأخرى كالبحت والتطوير وإنتاج المعدات... OECD (Development centre of the organisation for Economic co-operation and development): **Choice and Adaptation of technology in developing countries «An overview of Major policy Issues»**, paris, 1949.

- «Review of the discussion held at the study sessions organised by OECD centre, paris, 7 th - 9 th November, 1972», p 155: J. perrin «Engineering and control of technology»

(2) د. محمود الكيلاني . المرجع السابق . ص 212211.

ويعد دليل إعداد العقود الدولية للاستشارة الهندسية أحد أهم الوثائق الدولية التي تصدرت لتنظيم هذا العقد ، حيث تُمَّت صياغته من قِبَل خبراء متخصصين تحت رعاية اللجنة الاقتصادية لأوروبا «Economic Commission for Europe»⁽¹⁾

ثانياً: عقد المساعدة التقنية

يبدو أنَّ مفهوم المساعدة التقنية يرجع من وجهة نظر تاريخية إلى عام 1948 وتحديداً إلى المساعدات التي قدمتها الولايات المتحدة الأمريكية في أعقاب الحرب العالمية الثانية بغرض إعادة بناء اقتصاد الدول الأوروبية⁽²⁾.

وبموجب عقود المساعدة يتفق المتعاقدون في موضوع العقد على تقديم المساعدة التقنية مع استمرار السيطرة على العمليات والإدارة خلال فترة المساعدة، على نحو يميز تلك العقود عن غيرها من عقود الخدمات.

كما يمكن تمييز عقد المساعدة التقنية عن عقد التعاون التقني: إذ بعيداً عن روح التعاون التي يمكن أن نستشفها من بعض عقود المساعدة الفنية، يظل التعاون قائماً ما بين طرفين كل منهما يأخذ ويعطي، بينما في عقد المساعدة أحد هذين الطرفين يأخذ والآخر يعطي، كما يظهر الاختلاف فيما يتعلق بمجال العقد، حيث يغطي التعاون عدة مجالات خلافاً لعقد المساعدة التي تقتصر عادة على مجال معين أكثر تحديداً، والأهم من ذلك كله أن (عقد التعاون التقني) يُبنى على مشاركة الأطراف في

(1) Guide for drawing up intrnational contract on consulting engineering, including some related aspects of technical assistance, ECE /TRADE/ 145- U.N. New york. 1983.

NOTE: This Guide, drawn up under the auspices of the «Committee on Development of Trade», and approved at its twenty-first session (December 1982).

(2) راجع د. نصيرة بوجمعة سعدى . المرجع السابق . ص 207-208.

الأرباح والخسائر، بينما يؤدي /المساعد / التزامة في عقد المساعدة مقابل أجر معين، تاركاً خارج اهتمامه مدى الفوائد التي سيجنيها المتلقي فيما بعد⁽¹⁾.

وهذا ما يرسم الفارق ما بين شكلين من عقود المساعدة:

* عقد المساعدة بين طرفين متقاربين في التطور [متقدم. متقدم]: حيث تظهر المساعدة في هذا العقد كمسألة ثانوية غالباً ما تكون تابعة لعقود أخرى، وخاصة عقود التراخيص. لذلك يعدّ تنظيمها في شرط عقدي - من وجهة نظر قانونية - أمراً أكثر منطقية من استقلالها بعقد منفرد

* عقد المساعدة بين طرف متقدم وطرف نام: حيث تظهر المساعدة هنا كمسألة لازمة وحتمية، يمكن أن ترد كشرط عقدي أو كمحل لعقد مستقل⁽²⁾،

ومن جهتنا نرى، من خلال تحليل النماذج العقدية المتوفرة عن كلا الحالتين، بأن المساعدة في الحالة الأولى تكون مرتبطة بنقطة أو بمرحلة معينة، حيث يمتلك المتلقي مقدرة البدء منفرداً، أمّا في الحالة الثانية فإن المساعدة ترتبط بغالبية المراحل - ما لم يكن بما جميعاً - بحيث لا يمكن للمتلقي العمل بدونها.

ونذكر مثلاً عن الحالة الأولى: عقد ترخيص بتكنولوجيا معينة من قبل شركة أمريكية (sohio) لصالح الصين، وردت فيه المساعدة التقنية كشرط تابع لذلك العقد، فرض لأجل بداية العمل، على أن يعتمد المتلقي على نفسه فيما بعد، حيث جاء في العقد:

(1) راجع د. نصيرة سعدي . المرجع السابق . ص 210، يختصر بعضهم تلك الفوارق بأن عقد التعاون الصناعي عادة ما يقوم ما بين طرفين متساويين في القوة الاقتصادية، بينما عقد المساعدة ينشأ بين طرف قوي وطرف ضعيف راجع د. يوسف الاكياي . المرجع السابق . ص 54.

(2) وهذا هو عقد المساعدة التقنية بالمعنى الدقيق، حيث تصبح تلك المساعدة هي الموضوع الأساسي والوحيد للعقد.

sohio provides the basic Technical information... start-up
«assistance».

على أن تجربة المتلقي /الصيني/ ظهرت على نحوٍ أوضح، عندما اختار (Industrial Technology Research Institute) في عام 1976 شركة أمريكية (RCA) لتقديم له المساعدة فيما يتعلق «بالخطر الناجم عن اتحاد المواد أثناء تصميم وصناعة تكنولوجيا معينة»، بينما تولى المعهد المذكور مختلف العمليات الأخرى، بما في ذلك تصميم وتخطيط الشروط التجارية⁽¹⁾.

أما عند التعرض للحالة الثانية نجد أن المساعدة إما أن تأتي بنصٍ عام نتيجة لجهل من يتلقى المساعدة لما يريد، أو أن تأتي شاملة على نحوٍ مبالغ فيه.

فإن كنا أمام عقد توريد أجهزة فقد تجد المساعدة ملازمة لكلٍ من التشغيل والاختبار والصيانة⁽²⁾.

أما إن كنا أمام عقد تسليم مفتاح ثقيل مثلاً فغالباً ما نجدها بصورة إفاد خبراء للإشراف على جميع الأعمال في ورشات العمل، وتدريب العمال، والإشراف على التشغيل وعلى التجهيزات وعلى الصيانة...⁽³⁾

(1) تمت الدراسة التحليلية المقارنة في مرجعنا المشاكل القانونية في عقود نقل التكنولوجيا إلى الدول النامية -المشار إليه سابقاً- ص 487 وما بعدها.

(2) راجع العقد المبرم بين الجمهورية العربية السورية «شركة سيرونكس» مع شركة سامسونغ الكورية بتاريخ 2000/8/21، حيث التزم المورد عدا عن التدريب (م25) بتقديم كل ما يضمن حسن سير العمل وخاصة نسخ تعليمات التشغيل والاختبار والصيانة للأجهزة التلفزيونية الموردة مع التعليمات الفنية والكاملة، ومختلف عمليات الوصف الإلكترونية والكهربائية لها مع تعليمات تشغيل للزبون باللغتين العربية والانكليزية... م26. المساعدات الفنية/.

(3) راجع م28 من عقد الجمهورية العربية السورية /وزارة الري/ مع شركة سابتا إيران 2001/1/15.

ثالثاً: عقد التدريب:

التدريب كأحد آليات المساعدة التقنية يعدُّ من أهم العمليات الرئيسية في بناء القدرة التقنية الذاتية للمشروع ، نظراً لما يمنحه من مهارات فنية وإدارية.

ومن هنا يعدُّ هذا العقد من العقود الواردة على العمل مما يفترض تحديده بدقة لكلِّ من منهج التدريب، ومراحله، ومدته⁽¹⁾.

فمن جهة منهج التدريب: فإمّا أن يتم التدريب بأسلوب نظري عبر إلقاء الدروس والمحاضرات، أو أن يتم بأسلوب عملي في مصانع المدرب مثلاً ومن ثم بمصانع المتدرب، إلّا أنه كثيراً ما يترافق التدريب النظري مع آخر عملي في نفس الوقت.

والتدريب بنوعيه /النظري /والعملي/ أمّا أن يتم داخلياً أو أن يجري في الخارج، إلّا أن البعض يوصي بالاكْتفاء بالتدريب الداخلي دون الخارجي، كما هو الحال في توصيات اللجنة الاقتصادية الاجتماعية لآسيا الغربية «ESCWA»⁽²⁾

أما من جهة مراحل التدريب: فقد أثبتت الدراسات بأنَّ التدريب الأكثر فاعلية هو ذلك المقتَرَن بمراحل العمل مباشرةً.

(1) راجع د جميل الشرفاوي. المرجع السابق. ص 223221.

(2) it is recommended that recipient countries, either individually or as groups, negotiate better terms for training national manpower to operate, maintain and manage transferred technology **Training**, for example, **may be carried out in recipient country or in one of the countries of the region instead of sending participants outside, patterns of technology transfer in the ESCWA region and methods for improving their efficiency E-Escwa-NR-87-18-28 December-1987-**, Recommendations - p. 66, paragraph - c - (7.2.7).

أما محلياً: فيبدو أن اتحاد الحكومة السورية في إبرام عقود تدريب مستقلة هو اتجاه ضعيف مقارنةً بما انتهجته من إدراج شروط عقدية خاصة بالتدريب في مختلف عقودها مع الأشخاص الأجانب.

إذ كثيراً ما نجد تلك الشروط في عقود توريد الآلات والمعدات المتطورة لدرجة ما تقتصر عادةً على التزام الطرف الآخر بتدريب عدد قليل من العمال على أعمال الصيانة والتشغيل والتركيب لفترة زمنية قصيرة⁽¹⁾.

وإن كنا نتقبل سلبية تلك الشروط إلى حد ما في العقود الدولية لتوريد المنتجات، إلا أنه يجب رفضها في عقود أخرى كعقود تسليم المفتاح مثلاً، حيث ما زلنا نجد أنها تنطوي على مجرد التزام بتدريب العمال المحليين على التجهيزات والمعدات⁽²⁾، على خلاف ما أمكن التوصل إليه في عقود دولية أخرى كان الجانب السوري أحد أطرافها⁽³⁾.

(1) ° راجع ملحق (1) م 14 من عقد وزارة الشؤون (السورية) مع شركة Willy Niklas co (الألمانية) لتوريد أجهزة تعقيم (المزمع في 2001/5/30) حيث جاءت على «التزام المتعهد بتدريب خمسة فنيين على أعمال الصيانة والتشغيل والتركيب لمدة لا تقل عن عشرة أيام».

° وراجع كذلك م 19 من عقد كلية الطب البشري (شعبة الجراحة العصبية) مع شركة Oxford Instruments Medical Ltd لتقديم جهاز تخطيط الدماغ (المزمع في 2000/6/28). حيث التزم خلالها المتعهد «بإرسال خبير معتمد من الشركة لتدريب الكادر الفني والطبي لمدة أسبوع».

° وراجع أيضاً م 25 من عقد الشركة العربية السورية للصناعات الالكترونية (سيرونكس) مع شركة SAMSUNG (الكورية) حول توريد أجهزة (تلفزيونية) (والمزمع بتاريخ 2000/8/17).

حيث جاءت على «التزام المتعاقد . بناءً على طلب الشركة . بإرسال خبير لمدة يومين لتدريب فنيين من الشركة على أعمال الصيانة والإصلاح والمعايرة للأجهزة...»

(2) راجع مثلاً م 18 من عقد (تسليم مفتاح باليد) بين جامعة دمشق وشركة Babcock – Bau GmbH (1981) حيث اقتصر الشرط العقدي الخاص بالتدريب على تدريب العدد الكافي من العناصر على التجهيزات المختلفة.

(3) راجع مثلاً م 4/ب من اتفاقية مشاركة التصنيع بين المؤسسة العامة للمواصلات السلوكية والاسلوكية وشركة Samaung الكورية المزمع في 1995/11/30 حيث جاءت على «تدريب وتأهيل العمال السوريين الذين

رابعاً: عقد البحث

يعرف عقد البحث على أنه «اتفاق يتعهد بموجبه الباحث بالقيام بدراسات ذات طابع عقلية، وإجراء تجارب عملية ذات صلة بمهارته»⁽¹⁾، على نحو يبرر قيامه على الاعتبار الشخصي⁽²⁾، ويُفسر تكليفه على أنه أحد عقود **المقاولة** الواردة على أعمال ذهنية، التي يتمتع فيه (الطرف المكلف بالبحث) بالاستقلال في تنفيذ مهامه.

- وقد يلتزم المتعاقد /الباحث/ بالقيام بأبحاث معينة إما بمفرده أو بمساعدة المتعاقد الآخر أو بالتعاون معه، ومن هنا يمكن التمييز بين نموذجين رئيسيين من عقد البحث، وهما:

أ. **عقد البحث المنفرد**: وهو الصيغة الأكثر شيوعاً، حيث يتجه طالب البحث إلى شخص آخر، يكلفه بإنجاز أعمال علمية أو تقنية بغرض الوصول إلى منتج معين أو لطريقة جديدة.

فإما أن يتركه منفرداً للقيام بهذه المهمة، فنكون أمام **عقد البحث المنفرد التقليدي**، أو أن يتمكن من مساعدته من خلال تزويده بوسائل مادية (آلات مثلاً) أو وسائل غير

تحدد لهم الشركة المنددة بما يضمن إكسابهم الخبرة والمعرفة الفنية الكافية التي تؤمن حسن سير العمل على خطوط الإنتاج والحصول على أفضل جودة فنية للمنتجات». وكذلك فقرة هـ: التي أكدت على ضرورة تقديم الاستشارة والمعرفة والتدريب والمساعدة وجميع المعلومات والوثائق.. اللازمة لتصنيع واختبار المنتج والتركيب والتشغيل والصيانة والتطوير المستمر..

كما تستشف فعالية التدريب من م 16 من العقد نفسه، والتي التزم بموجبها الفريق الكوري بنقل الخبرة النظرية والعملية المتوفرة لديه، على أن يتم ذلك بعدة أساليب يعدّ التدريب واحداً منها.

وقد يخصص البعض تعريف العقد بغرض الوصول إلى معارف جديدة، أو استخدام طرق فنية لاكتشاف أشياء

مادية كالبترول أو المعادن راجع Yves Roboul: *Garanies de résultat et contrat de recherche montpellier*, 1977, p.p 99-102

نقلاً عن د. محمود الكيلاني. المرجع السابق. ص 213.

(2) ويطلب هذا الاعتبار من جهة المورد في عقد البحث المنفرد، ومن قبل الطرفين معاً في عقد التعاون البحثي.

مادية (كالمعارف الفنية والنتائج العلمية المتوفرة في حيازته) فنكون حينها إزاء عقد البحث المنفرد مع المساعدة⁽¹⁾.

ب. عقد البحث المشترك «عقد التعاون البحثي»:

حيث يصبح كل طرف بهذا العقد (مقاول بحث) و(عميل للمهام البحثية) المسندة إليه في نفس الوقت، ويتفرع هذا العقد بدوره إلى نموذجين، الأول منهما هو عقد البحث المشترك البسيط: الذي ينفذ فيه كل طرف أعماله البحثية بما يتوفر لديه من وسائل، أما الثاني فيتم البحث بموجبه بالاستناد إلى مساعدة أحد الطرفين للآخر، أي ما يسمى بعقد البحث المشترك مع المساعدة⁽²⁾.

ونعتقد أنَّ الضابط المميز ما بين (عقد البحث المنفرد مع المساعدة) و(عقد البحث المشترك مع المساعدة) هو مدى مساهمة طالب البحث في محل العقد، إذ تغيب هذه المساهمة في العقد الأول خلافاً لما هو عليه الحال في العقد الثاني. وتوضيحاً لعقد التعاون البحثي، يمكن أن نقدم مثلاً عنه عقد التطوير والبحث التعاوني (السريبي التجريبي).

Clinical Trial cooperative Research and development

الذي أبرم بين المركز الأمريكي لرقابة الأمراض «والوقاية من الإصابات»

CDC: Centers for disease control

(1) راجع د. أنس السيد سليمان . الضمانات القانونية لنقل التكنولوجيا إلى الدول النامية والمشروعات التابعة لها - دار النهضة العربية- القاهرة -1996 - ص353,350.

(2) راجع د. أنس سليمان . المرجع السابق . ص353,354.

pharmaceutical company: «a corporation organized and existing under the laws of the states»

وكان موضوعه التعاون لأجل التحقق والتقصي عن عقار جديد (أو منتج بيولوجي)، وتطبيقه على نحو يعكس نتائج واعدة في التجارب السريرية من خلال خلق وتطوير المعلومات الضرورية لذلك، وقد التزم الطرف الأول بتقديم الخدمات بما في ذلك الموظفين اللازمين، بينما التزم الطرف الثاني بتقديم الأموال مع الموظفين المتاحين لديه.

وانبثق عن ذلك العقد لجنة تنسيقية (steering committee) [فريق البحث والتطوير المشترك] لتكون مسؤولة عن تصميم وتنفيذ وتقييم أنشطة البحث السريري الجارية بموجب العقد⁽¹⁾

وبالنتيجة يمكن القول في معرض تقييم هذه العقود أنه ما من شك في مدى فاعليتها مقارنة بغيرها من العقود الدولية ذلك أن عقود البحث وبخاصة النمط التعاوني منها، لا تنقل نتائج البحث فحسب، بل يتخللها مراقبة طالب البحث لتنفيذ الأعمال، وإطلاعه على التقارير الدورية مما يمكنه بأقل الفروض من آلية إجراء البحوث المشابهة، كما أن تقديم المساعدة الفنية له، في الوقت الذي يتابع فيه سير البحث، ويشترك في إجراء التجارب والاختبارات، قد يمكنه من اكتساب آلية إدارة أو تنظيم تلك البحوث.

⁽¹⁾ وقد تم الاتفاق على أن تتألف تلك اللجنة من ثلاثة أعضاء ممثلين عن الأطراف، على أن يتم تعيين الرئيس بالتساوي، وفي حال عدم تمكنها من بلوغ اتفاق حول مسألة ما، يجب اتخاذ القرار بشكل مشترك بمساعدة فرد حيادي يتم تعيينه من وقت لآخر لذلك الغرض.

راجع تحديداً: Article 1 (definitions) and Article 2 (Steering committee) and Article 4 (Financial and Staffing Contributions)

مشار إلى هذه الدراسة التحليلية الناقدة في مؤلفنا المشار إليه سابقاً: المشاكل القانونية في عقود نقل التكنولوجيا إلى الدول النامية - الصفحة 498 وما بعد.



الفصل الثالث *

التحكيم في العقود الدولية والقانون الواجب التطبيق

ان فكرة التحكيم في المجتمعات المعاصرة لا تختلف كثيراً عما كانت عليه المجتمعات القديمة إلا أن أهميته ودوره المتميز قد ارتبط بحرية التجارة، وحرية التعاقد، بما في ذلك حرية الاتفاق على حل منازعات التجارة والاستثمار بوساطة التحكيم.

وقد تعاضل دور التحكيم بسبب ما تتطلبه التجارة الدولية من سرعة منحه أهميته الخاصة ، حتى أصبح الآن الوسيلة المعتادة، والأكثر شيوعاً، لتسوية المنازعات المتعلقة بالتجارة والاستثمار، خاصة و إنه يفسح المجال لإرادة الأطراف في اختيار تسوية منازعاتهم الاستثمارية بعيداً عن جمود النظم القانونية، وتعقيداتها، واختلافها من بلد إلى آخر، كما أنه يفسح المجال لإعمال مبادئ العدالة، وعدم التقيد الكلي بالقانون، كما هو الحال بالنسبة للمحاكم، هذا فضلاً عن أنه يأخذ الاعتبارات العملية في المقام الأول.

أما بالنسبة إلى موضوع القانون الواجب التطبيق على العقود الدولية فهو يعد من الموضوعات المعقدة في القانون الدولي الخاص، بسبب ارتباط هذه العقود بخطط التنمية الاقتصادية في الدولة، مما يجعل الدول تنفر من فكرة إخضاع العقد لقانون آخر غير قانونها الوطني

وعلى الرغم من أن معظم النظم القانونية قد نصت على خضوع العقد للقانون الذي يختاره المتعاقدان، بوصفه قاعدة الإسناد الأولى، إلا أن هذه القاعدة قد هُمشت في أحيان كثيرة، وذلك بهدف الحد من اختصاص القانون الوطني للدولة المتعاقدة. أما في حالة

* كتب هذا الفصل كاملاً الدكتور ساجر حميد الخابور

انعدام اختيار أطراف العقود الدولية لقانون العقد، فإن الدولة المتعاقدة تحرص على تطبيق قانونها الوطني، لاعتبارات تتعلق بالسيادة، فيما يحرص المفاوض الأجنبي على تدويل هذه العقود، سواء بإخضاعها لمبادئ القانون الدولي العام، أو لقانون التجارة الدولية.



المبحث الأول

التحكيم في العقود الدولية

إذا كانت فكرة التحكيم في المجتمعات المعاصرة لا تختلف كثيراً عنها في المجتمعات القديمة - فهو في كل منها يعني تحقيق مدى شرعية ادعاءات طرفين حول حق، أو مركز قانوني معين، عن طريق طرف ثالث يختارانه ويثقان في خبرته، وحسن تقديره - إلا أن أهميته ودوره المتميز قد ارتبط بحرية التجارة، وحرية التعاقد، بما في ذلك حرية الاتفاق على حل منازعات التجارة والاستثمار بوساطة التحكيم.

انطلاقاً من هذا المبدأ، ومن أن التجارة الدولية تتطلب السرعة ازدادت أهميته، حتى أصبح الآن الوسيلة المعتادة، والأكثر شيوعاً، لتسوية المنازعات الخاصة بالتجارة والاستثمار، إذ إنه يفسح المجال لإرادة الأطراف في اختيار تسوية منازعاتهم الاستثمارية بعيداً عن جمود النظم القانونية، وتعقيداتها، واختلافها من بلد إلى آخر، كما أنه يفسح المجال لإعمال مبادئ العدالة، وعدم التقيد الكلي بالقانون، كما هو الحال بالنسبة للمحاكم، هذا فضلاً عن أنه يأخذ الاعتبار العملية في المقام الأول.

ويُقدّم الفقه عادة لدراسة التحكيم بمحاولة إعطاء تعريف موجز له، ينتقل منه إلى التفرقة بينه وبين بعض النظم القانونية التي قد تشترك معه في بعض الجوانب. ثم ينتقل من ذلك إلى استعراض النقاش الدائر حول طبيعته القانونية، وأهميته تحديدها، ثم لاستعراض المبررات القانونية للجوء إليه وأنواعه، وصوره، وهذه كلها تدخل في إطار فكرة التحكيم.

المطلب الأول - تعريف التحكيم وتمييزه عن غيره من النظم

يهدف التعريف - أي تعريف - في المقام الأول إلى بيان الذات، أو الحقيقة التصورية التي تنظم مفردات الشيء المعرف، بحيث تتكون له في الذهن صورة واضحة، ومنضبطة، كما يهدف في المقام الثاني - وتبعاً لذلك - إلى تمييزه عن غيره مما قد يشبه به، لاشتراكه

معه في بعض الخصائص، أو الصفات.⁽¹⁾

فما هو تعريف التحكيم؟ وكيف يمكن التمييز بينه وبين غيره من النظم القانونية التي قد تشترك معه في بعض الصفات؟

أولاً: تعريف التحكيم

التحكيم هو اتفاق أطراف النزاع على عدم اللجوء إلى القضاء المختص بنظر أصل النزاع، واختيار شخص أو مجموعة من الأشخاص للقيام بالمهمة التي كان سيؤديها القاضي، أي النظر في النزاع، وإنهائه بقرار نهائي، والتزام أطراف النزاع بتنفيذ هذا القرار. وبناء على ذلك سوف نبحث تحت هذا المطلب تعريف التحكيم لغة وشرعاً، ثم نعرض لتعريفه فقهاً وقضاً، وأخيراً نعرض لتعريفه في تشريعات الدول المختلفة. وذلك من خلال الآتي:

1- التحكيم لغة:

التحكيم في اللغة العربية معناه التفويض، ومصدره حَكَمَ، بتشديد الكاف مع الفتح، ويقال حكمت فلاناً في مالي تحكيماً، أي فوضت إليه الحكم فيه، واستحكم فلان في مال فلان إذا جاز فيه حكمه. وحكّموه فيما بينهم، أمروه أن يحكم في الأمر، أي جعلوه حكماً فيما بينهم، وحكّم فلان فلاناً في الشيء، أو الأمر جعله حكماً، وحكّمت بين القوم أي فصلت بينهم، كما في قوله تعالى: {فَلَا وَرَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّى يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ثُمَّ لَا يَجِدُوا فِي أَنْفُسِهِمْ حَرَجاً مِمَّا قَضَيْتَ وَيُسَلِّمُوا تَسْلِيماً}. وفي الحديث الشريف، عن ابن عباس رضي الله عنهما، قوله صلى الله عليه وسلم: "واليك حاكمت".

⁽¹⁾ د. مصطفى الجمال: د. عكاشة عبد العال: التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، ج 1، ط 1، الفتح للطباعة والنشر، الإسكندرية، عام 1998، ص 17.

2- التحكيم شرعاً:

يقصد به "تولية الخصمين حكماً بينهما"، أي اختيار ذوي الشأن شخصاً، أو أكثر، للحكم فيما تنازعوا فيه دون أن يكون للمحكم ولاية القضاء بينهم. وقد جاء في مجلة الأحكام العدلية أن التحكيم هو: "اتخاذ الخصمين (المدعي والمدعى عليه) واحداً أهلاً للحكم، حاكماً برضاهما، لفصل خصومتها ودعواهما". ومن ثم فإن التحكيم شرعاً يعني تولية وتقليد من طرفي الخصومة لثالث ليفصل فيما تنازعا.¹

3- التحكيم فقهاً:

اختلف الفقه في تعريفه للتحكيم، فنجد مثلاً الفقه الفرنسي يعرف التحكيم بأنه: * نظام للقضاء الخاص، تقصى فيه خصومة معينة عن اختصاص القضاء العادي، ويعهد بها إلى أشخاص يختارون للفصل فيها.

أما في الفقه العربي فقد تعددت التعريفات، ونذكر منها: * الاتفاق على طرح النزاع على شخص معين، أو أشخاص معينين ليفصلوا فيه دون المحكمة المختصة به.

* أسلوب لفض المنازعات ملزم لأطرافها، ويرتكز على اختيار الخصوم بإرادتهم أفراداً عاديين للفصل فيما يثور بينهم، أو يحتمل أن يثور بينهم من نزاع.

4- التحكيم قضاءً:

تصدت أحكام القضاء لتعريف التحكيم، حيث عرفته محكمة النقض المصرية بأنه: "طريق استثنائي لفض الخصومات، قوامه الخروج على طرق التقاضي العادية". وفي حكم حديث لها رددت هذا التعريف، وقالت: إن التحكيم "طريق لفض الخصومات، قوامه

(1) راجع رسالتنا: الدكتور ساجر حميد الخابور بعنوان عقود الأشغال الدولية: رسالة دكتوراه، جامعة دمشق، كلية

الخروج عن طرق التقاضي العادية بما تكفله من ضمانات".

كما عرفته المحكمة الإدارية العليا السورية بقولها: "التحكيم ولاية قضائية استثنائية شرعت لفض المنازعات التي تشجر بين الأفراد، أو بينهم وبين الإدارات العامة، متى ورد النص على اللجوء إليه في البنود العقدية...." (1)

5- التحكيم في تشريعات الدول المختلفة:

على الرغم من أهمية نظام التحكيم، إلا أنه لا توجد نصوص تشريعية تتضمن تعريفاً له، باستثناء التشريع الهولندي، واليميني، والسوري. إذ عرف المشرع الهولندي التحكيم في المادة (1/1020) من قانون التحكيم لسنة 1986 بأنه: "اتفاق الأطراف على إحالة المنازعات التي نشأت، أو قد تنشأ مستقبلاً نتيجة علاقة قانونية معينة، عقدية أو غير عقدية، إلى التحكيم".

وقد عرفه المشرع اليمني في المادة 2/ من قانون التحكيم رقم (22) لسنة 1992، والمعدل بالقانون رقم (32) لعام 1997 بأنه: "اختيار الطرفين برضائهما شخصاً، أو أكثر، للحكم بينهما دون المحكمة المختصة، فيما يقوم بينهما من خلافات، أو نزاعات".

كما عرفه المشرع السوري في المادة (1) من قانون التحكيم بأنه: "أسلوب اتفاقي قانوني لحل النزاع، بدلاً من القضاء، سواء أكانت الجهة التي ستتولى إجراءات التحكيم بمقتضى اتفاق الطرفين منظمة، أو مركزاً دائماً للتحكيم، أم لم تكن كذلك". (2)

ثانياً: تمييز التحكيم عن غيره من النظم

(1) د. غسان علي: التحكيم في القانون السوري والمقارن، محاضرات غير منشورة.

(2) د. غسان علي: المرجع السابق، محاضرات غير منشورة.

يتشابه مع غيره من النظم البديلة لحسم المنازعات، كالصلح، والخبرة، والوكالة، والتوفيق، وقد يتشابه مع القضاء. لذلك يتعين علينا التمييز بينه وبين هذه النظم، حتى يتضح استقلاله عنها، خاصة وأن الخصوم قد يستخدمون أحياناً ألفاظاً مبهمه، وغير واضحة، يصعب معها إعطاء تكييف محدد لمهمة الشخص المختار. وهذا ما سنبينه في الآتي:

1- التحكيم والصلح:

يعرّف الصلح بأنه عقد يرفع النزاع أو يقطعه، أي ينهي المنازعة بين الخصوم برضاهم، فهو إجراء غير رسمي يسعى من خلاله المصلح على حمل الأطراف للوصول إلى اتفاق عبر تقريب وجهات النظر بينهم، وتقديم العون إليهم، والبحث عن تسوية غير رسمية يتم التفاوض عليها، ويتشابه التحكيم مع الصلح بوجود طرف ثالث في كل منهما، ففي التحكيم يوجد المحكم Arbitre وفي الصلح يوجد المصلح Conciliateur.⁽¹⁾ ومع وجود هذا الاتفاق بين التحكيم والصلح، إلا أن هذا لا يعني أن هناك تشابهاً تاماً بينهما، فهناك نقاط اختلاف جوهرية، يمكن حصرها في الآتي:

- التحكيم لا يتضمن تنازلاً عن الحق، أو بعضه، في حين أن الصلح يتضمن عادة تنازلاً من جانب كل طرف عن جزء من حقوقه.
- في الصلح يعلم الأطراف مقدماً ما سيتنازلون عنه، أما في التحكيم فلا يعلم أي منهما أيقضى له أم عليه.
- في التحكيم يتم حل النزاع بمعرفة شخص آخر غير الخصوم، أما في الصلح فيتم حل النزاع بمعرفة الخصوم أنفسهم دون تدخل من الغير.

(1) د. نجم حمد الأحمد: التحكيم في منازعات العقود الإدارية الدولية، دمشق 2018، ص 132.

- في التحكيم لا ينتهي النزاع بمجرد إبرام الاتفاق على التحكيم، وإنما ينتهي بممارسة المحكم لمهمته، وإصدار حكم فيه. أما في الصلح فينتهي النزاع بمجرد التنازل المتبادل المرضي لكل من المتنازعين.

- حكم التحكيم قد يقبل الطعن بطرق الطعن المختلفة بحسب القواعد العامة، بينما عقد الصلح يلزم أطرافه، وغير قابل للطعن، وإن كان قابلاً للبطلان، أو الفسخ، بحسب قواعد القانون المدني.

- لا يمكن تنفيذ عقد الصلح إلا إذا تم في صورة عقد رسمي، أو تم أمام المحكمة، أما في التحكيم فإن ما يصدره المحكم بحكم يقبل التنفيذ بإتباع القواعد العامة، وبعد الحصول على أمر بتنفيذه.

في ضوء ما تقدم يتبين أن معيار التفرقة بين الصلح والتحكيم يكمن في تمتع المحكم بسلطة قضائية تمكنه من الفصل في النزاع بحكم ملزم لأطرافه، أما جوهر الصلح فهو التنازل المتبادل من جانب الطرفين عن جزء من الحق الموضوعي من أجل الوصول إلى حسم النزاع.⁽¹⁾

2- التحكيم والخبرة

تعرف الخبرة *Expertiste* بأنها استشارة فنية من ذوي الاختصاص في نزاع معروض أمام القضاء، وهو رأي غير ملزم للقاضي، كما أنه غير ملزم لأطراف النزاع. ويتم الخلط أحياناً بين التحكيم والخبرة، وذلك لوجود نقاط تشابه كبير بينهما، من ذلك أن أساسهما اتفاق الأطراف. كما أن من يكلف بإبداء الرأي الفني شخص من الغير بالنسبة لمن طلبوه، أيضاً فإن الخبرة والتحكيم لا يلجأ إليهما الأطراف إلا بخصوص

(1) د. غسان علي: المرجع السابق، محاضرات غير منشورة.

مسألة محل نزاع، أو خلاف، وكذلك يشترط في الخبير والمحكم أن يتصفا بالحياد، وعدم التحيز لأحد.

ومع وجود هذا الاتفاق بين التحكيم والصلح، إلا إن الخلاف بين التحكيم والخبرة يكمن في الآتي:

أ- في الخبرة لا يفصل الخبير في النزاع، وإنما يقوم ببيان مواطن الصعوبة الفنية والعملية في هذا النزاع، أما في التحكيم فإن دور المحكم هو الفصل في النزاع بصفة نهائية.

ب- إن الخبير يبدي رأيه في المسائل الفنية والعملية دون القانونية، أما المحكم فإنه يفصل في المسائل القانونية، وكذلك كل ما يتطلبه الفصل في النزاع.

ت- في الخبرة مهمة الخبير هي مهمة فنية حيث يضع تقريره الفني أمام هيئة التحكيم، أو المحكمة للاسترشاد به، بمعنى أنه غير ملزم، أما مهمة المحكم فهي مهمة قضائية حيث يفصل في النزاع، ويكون قراره متى صدر صحيحاً ملزماً للخصوم، ولو كان مخالفاً لرغباتهم وآرائهم.

ث- في الخبرة يتلقى الخبير سلطته من المحكمة أو هيئة التحكيم، وليس من الأطراف. في حين يستمد المحكم سلطته للفصل في موضوع النزاع من اتفاق الأطراف.

ج- وبالنسبة لإجراءات التحكيم، فإنه يتعين على المحكم تطبيق الإجراءات المتفق عليها، ولا يتدخل في الإجراءات إلا حيث لا يوجد مثل هذا الاتفاق. أما الخبير، فيطبق في خبرته أسلوب العمل وإجراءاته التي يراها مناسبة دون حاجة أو التفات لاتفاق الأطراف.

ح- لا يجوز الطعن بالطرق المقررة قانوناً في قرار الخبير، وذلك لأنه لا يصدر حكماً، بينما يجوز الطعن في حكم التحكيم.⁽¹⁾

3- التحكيم والوكالة:

الوكالة **Le mandate** عقد ينيب أو يكلف به شخص غيره كي يقوم بعمل أو تصرف قانوني لمصلحته. والوكيل بموجب الوكالة يعمل لمصلحة الموكل، وضمن حدود الوكالة، وليس له أن يتجاوزها، وإلا كان مسؤولاً عن ذلك. ويمكن التشابه بين التحكيم والوكالة في أن كل منهما يقوم على تفويض شخص للتصرف في ماله من ناحية، وأن مصدر كل منهما الاتفاق من ناحية أخرى. وعلى الرغم من هذا التشابه إلا إن هناك أوجه اختلاف بينهما من أهمها:

أ- طرفا عقد التحكيم هما طرفا النزاع، أما طرفا عقد الوكالة فهما الموكل والوكيل.

ب- موضوع التحكيم هو تنصيب شخص أجنبي عن الطرفين، هو المحكم للفصل في النزاع، أما موضوع الوكالة فهو تحويل الوكيل ذاته سلطة النيابة عن الموكل في عمل من الأعمال القانونية.

ت- يختلف التحكيم عن الوكالة في أن الوكيل يستمد سلطاته من الموكل مع الالتزام بحدود الوكالة، وإلا تنصل منه الموكل. أما المحكم فإنه يكون مستقلاً تماماً عن الخصوم بمجرد الاتفاق على اختياره محكماً، لا بل إن حكمه يتسم بطابع الإلزام بالنسبة إلى طرفي النزاع

ث- إن الموكل والوكيل في عقد الوكالة بإمكانهما إجراء التصرف في آن معاً، أما في

(1) د. غسان علي: المرجع السابق

التحكيم فإن العمل مقتصر على المحكم دون سواه، وعلى أطراف النزاع انتظار ما سيؤول إليه حكمه. وفي الوكالة ننتظر من الموكل القيام بتصرف قانوني، أما في التحكيم فإننا ننتظر منه حكماً ينهي بمقتضاه النزاع.

4- التحكيم والتوفيق:

يعرف التوفيق *Conciliation* بأنه: "أسلوب، أو إجراء، يرمي إلى التقريب بين وجهات النظر المتعارضة، بقصد الوصول إلى حل وسط يقبله الطرفان، وذلك عن طريق طرف ثالث يتميز بالحيادة والاستقلال".

ويتشابه التوفيق والتحكيم، في أن الذي يتولى كلاً منهما هو شخص من الغير بالنسبة للأطراف، وهو من اختيارهم يقوم بالسعي لدى الأطراف بقصد التعرف على وجهة نظرهم، فيستمع لأقوالهم، بقصد التوصل إلى حل ينهي الخلاف، ويحفظ استمرار علاقاتهم مستقبلاً.

كما أن كلاهما من وسائل التسوية، بل إن كلاً من الوسيطتين تكمل إحداها الأخرى، فإن لم ينجح الموفق في مهمته بدأت مرحلة التحكيم التي عادة تنتهي بقرار يحسم النزاع.

ومع ذلك، فإن هناك فوارق جوهرية بينهما أهمها.

أ- إن الحل الذي يتم التوصل إليه عن طريق التوفيق يعدّ حلاً تعاقدياً داخلياً، أما في التحكيم فإن الحل الذي يتم التوصل إليه يستمد مصدره من المحكم أو هيئة التحكيم التي أنيط بها نظر النزاع.

ب- في التوفيق يجتمع الطرفان بقصد إزالة سوء التفاهم، أما في التحكيم فيحاول المحكم أن يقرب شقي الخلاف بين الطرفين، ويسعى كل منهما إلى إقناعه بأنه

على صواب، لذا فإن التوفيق لا يتطرق إلى ما إذا كانت مطالب الطرفين ومواقفهما قانونية أم لا، أما في التحكيم فتتمتع الجهة المناط بها بإجرائه بسلطة النظر في مدى قانونية مطالب الطرفين.

ت- يحق للموفق أن يتصل بأي من الطرفين، ويجتمع به ويستمع لوجهة نظره بصورة منفردة، أو بحضور الطرف الآخر، وهذا الإجراء لا يصح بالتحكيم.

ث- قد ينتهي مسعى الموفق دون نتيجة، وعندها تنتهي مهمته. أما في التحكيم فإن مهمة المحكم هي إصدار حكم نهائي في الخصومة له قوة الأمر المقضي.

ج- يجوز لأي من الطرفين أن ينسحب من التوفيق صراحة أو ضمناً دون مسؤولية، ولا يستطيع الموفق إجباره على الحضور، ولا إصدار أي قرار ملزم، وهذا بخلاف دور المحكم في التحكيم.

5- التحكيم والقضاء:

القضاء هو "ادعاء بحق أمام مرجع قضائي مختص في معرض نزاع قائم بين طرفين بهدف الوصول إلى حكم ملزم ينهي هذا النزاع".

ومن هذا التعريف يتضح لنا أن التحكيم يستجمع عناصر العمل القضائي، والتي تتمثل في الإدعاء، والمنازعة، والأطراف. ويعد كل من التحكيم والقضاء وسيلة لفض المنازعات، وتحقيق العدالة، لذلك كانت الشروط المطلوبة في المحكم هي ذاتها المطلوبة في القاضي.

غير أن هذا التقارب بين التحكيم والقضاء لا يعني عدم وجود اختلاف بينهما. ويمكن حصر أهم نقاط الخلاف بينهما في الآتي:

أ- يتطلب التحكيم وجود اتفاق بين الخصوم، أو نص خاص في القانون، بينما التقاضي حق يستعمله الخصم تلقائياً دون حاجة إلى الحصول على موافقة من خصمه أو الاستناد إلى نص خاص.

ب- يقوم التحكيم على مبدأ سلطان الإرادة فالإرادة الخصوم شأن فيه، فإذا انعدمت هذه الإرادة فلا يعتبر تحكيمياً بل هو قضاء دولة.

ت- في التحكيم يختار الخصوم المحكم، أو المحكمين الذين سيفصلون في النزاع، أما في القضاء فإن القاضي مقلد بشكل رسمي ومباشر من الدولة.

ث- إن طبيعة عمل المحكم موقوتة، ومخصصة بنزاع معين، أما طبيعة وظيفة القاضي فهي عامة ودائمة.

ج- في التحكيم يصدر المحكم حكمه بناءً على قواعد العدالة والإنصاف إذا أعفاه الخصوم من التقيد بقواعد القانون، أما القاضي فإنه يلتزم بمراعاة قواعد القانون الموضوعية والإجرائية.

ح- إن أحكام المحكمين لا يمكن تنفيذها إلا بعد صدور أمر بذلك من السلطة
خ- القضائية في الدولة، وذلك بخلاف الأحكام القضائية التي تكون واجبة التنفيذ دون صدور أمر بتنفيذها.⁽¹⁾

المطلب الثاني- الطبيعة القانونية للتحكيم وأهمية تحديدها

اختلفت الآراء، وتعددت النظريات، حول تحديد الطبيعة القانونية للتحكيم، فذهب اتجاه إلى القول بالطبيعة التعاقدية، وذهب اتجاه آخر إلى ترجيح الطبيعة القضائية، ووقف اتجاه ثالث موقفاً وسطاً بين الطبيعتين السابقتين، ويرى أن للتحكيم

(1) د. غسان علي: المرجع السابق

طبيعة مختلطة، أو مزدوجة، وبالإضافة إلى ذلك هناك اتجاه رابع يرى في أن للتحكيم طبيعة خاصة، ومستقلة به.

ويعزى هذا الجدل والخلاف - في رأينا - إلى المعنى الاصطلاحي للتحكيم، ولكونه يجمع بين عمليتين، أحدهما يأتيه طرفا النزاع، وهو إبرام اتفاق التحكيم، والآخر يأتيه المحكم المختار من قبلهما، وهو الفصل في النزاع بحكم يحوز حجية الأمر المقضي، ومن ثم أي العمليتين يستوعب الآخر حتى يتسنى اتخاذه مبدءاً للتفسير في كل ما يتعلق بمعطيات التحكيم.⁽¹⁾

وفيما يلي نعرض لتلك النظريات كل في مطلب مستقل لبيان أسانيد كل منها، وما وجه إليها من انتقادات، حتى نستطيع الوقوف على الطبيعة القانونية الحقيقية للتحكيم. وفقاً للآتي.

أولاً: النظرية التعاقدية للتحكيم.

ثانياً: النظرية القضائية للتحكيم.

ثالثاً: النظرية المختلطة للتحكيم.

رابعاً: النظرية الخاصة للتحكيم.

خامساً: أهمية تحديد الطبيعة القانونية للتحكيم

(1) د. جورج شفيق ساري: التحكيم ومدى جواز اللجوء إليه في مجال العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، عام 1999، ص 35.

أولاً: النظرية التعاقدية للتحكيم

الصفة التعاقدية يقتضيها افتراض التحكيم من وسائل فض المنازعات في العقود الدولية، مما يقتضي أن يلبي متطلبات هذه العقود، وتزايد انتشارها كل يوم. كما أن تشريعات التحكيم التي تسنها الدول، أو تقررها الاتفاقيات الدولية لا تضع أحكاماً آمرة إلا في أضيق الحدود لتحقيق إرادة الأطراف في اللجوء إلى التحكيم، وأن دور الدولة يقف عند حد السهر على النظام العام، أما بدء التحكيم، وسيره حتى صدور الحكم، فيجد أساسه في اتفاق الأطراف على اللجوء إليه، ومن ثم فإن اتفاق التحكيم يستوعب ويستغرق عملية التحكيم بأكملها، بحيث يستقيم مبدأً لتفسير كافة مراحلها، وحتى صدور قرار من المحكم يلتزم به طرفا النزاع.

1- مبررات النظرية التعاقدية:

يرى أنصار هذه النظرية أن التحكيم يبدأ باتفاق ينسحب على المراحل جميعها، لأن أطراف النزاع هم من يختار المحكمين، ويحددون مكان التحكيم وقواعده، ويستندون إلى الحجج الآتية:

- إن الأساس في تحديد هذه الطبيعة هو رغبة الأطراف في وجود محكم يفصل النزاع القائم بينهم، ورغبتهم في الامتثال إلى قرار المحكم، وبالتالي فإن إرادة الأطراف، تشكل جوهر طبيعة التحكيم.

- إن التحكيم يقوم على أساس تلاقي إرادة الأطراف، واتفاقهم عليه، ومن ثم فإن له طابعاً تعاقدياً.

- الأولوية في نظر أنصار هذه النظرية ليست لمهمة المحكم، وإنما الأولى في نظرهم من أولاه وخوله هذه المهمة، ومن الذي يحدد له الإجراءات التي يتبعها، ويحدد له

القانون الذي يحسم النزاع وفقاً لنصوصه، فإن أطراف النزاع هم الذين يتولون ذلك كله.

- بما أن التحكيم ذو طبيعة اتفاقية، فإنه يهدف إلى تحقيق مصالح خاصة لأطراف العقد.

- يقوم التحكيم على اتفاق ضمني مفاده تنازل أطرافه عن الدعوى القضائية. ⁽¹⁾

2- انتقادات النظرية التعاقدية:

رغم وجاهة هذه النظرية في أن التحكيم يقوم ابتداءً على إرادة الأطراف، إلا أنها تعرضت للعديد من الانتقادات من أهمها:

- إن أنصارها أفرطوا في إعطاء الأولوية والأهمية لاتفاق التحكيم، واتخذوا من العنصر الإرادي الأساس في تحديد الطبيعة القانونية للتحكيم، هذا بالرغم من أن إرادة الأطراف لا تكفي لوحدها لإقامة نظام التحكيم،

- إن إرادة الأطراف لا تصلح لإضفاء الحجية على أحكام التحكيم، لأن القوانين هي التي تجيز اللجوء إلى التحكيم وهي تنظم إجراءاته، وإجراءات تنفيذ أحكام المحكمين.

- عجزها عن تبرير ما يتمتع به المحكم من سلطات قضائية.

- أنصار هذه النظرية كانوا يهدفون من وراء إنكار الطبيعة القضائية لحكم التحكيم إلى استبعاد أحكام التحكيم بوصفها أحكاماً أجنبية.

- تركيز أصحاب النظرية على المعيار العضوي دون النظر إلى طبيعة المهمة المخولة للمحكم، والتركيز أيضاً على المصدر الإرادي لاتفاق الأطراف.

(1) راجع رسالتنا د. ساجر الخابور، عقود الأشغال الدولية المشار إليها سابقاً، ص 240.

- اعتقاد أصحاب هذه النظرية بأن إقامة العدالة هي احتكار للدولة، وهم يخلطون بذلك بين القاعدة الملزمة وكيفية تنفيذها، ذلك لأنه إذا كان صحيحاً أن إقامة العدالة بين الأفراد من وظائف الدولة، إلا أن هذا العمل لا يعدّ على إطلاقه احتكاراً لها، إذ يستطيع الأفراد عن طريق اتفاق بينهم أن يختاروا حكماً ليقضي فيما نشب بينهم من نزاع.⁽¹⁾

- من الصعوبة بمكان النظر إلى التحكيم كعقد، لأن العقد في حد ذاته لا يحل النزاع، وإن كان هناك اتفاق بين الأطراف على حل النزاع بالتحكيم فيجب عدم الخلط بين هذا الاتفاق وبين التحكيم ككل، حيث إنه لو أمكن عدّ التحكيم يتصف بالصفة التعاقدية، فلا يمكن مد هذه الصفة إلى حكم التحكيم الصادر لحل النزاع، وأنه إذا كان التحكيم لا يكون إلا بالاتفاق فيما بين أطرافه، فإن هذا الأمر لا يعني مطلقاً أن التحكيم مجرد عقد أو نظام تعاقدية.

- لا يوجد عقد إجرائي، فالإجراءات هي الوسيلة الفعالة لتحقيق فاعلية القواعد الموضوعية التي تنظم العلاقات القانونية.

- إن طرق الطعن المقررة لأحكام المحكمين لا تكون إلا للأعمال القضائية - إن الإرادة الذاتية لا يمكنها أن تولد آثاراً إجرائية كتلك التي تترتب على المحكم.⁽²⁾

وأمام هذه الانتقادات التي تعرضت لها هذه النظرية ظهرت نظرية أخرى ترى بأن التحكيم ذو طابع قضائي وليس اتفاقي أو تعاقدية.

(1) د. أبو زيد رضوان: الأسس العامة للتحكيم التجاري الدولي، دار الفكر العربي، عام 1981، ص 26.

(2) د. ساجر حميد الخابور، مرجع سابق، ص 241.

ثانيا: النظرية القضائية للتحكيم

يذهب أنصار هذا النظرية إلى عدّ التحكيم وظيفة قضائية بالمعنى الفني، وأن ما يصدره المحكمون في حدود ولايتهم يعدّ من الأعمال القضائية بالمعنى الفني، وذلك بمجرد صدورها، أي سواء صدر الأمر بتنفيذها أم لم يصدر، أي أن أحكام المحكمين أحكاماً قضائية بالمعنى الحقيقي، وبالتالي ترتب ذات الآثار التي ترتبها الأحكام القضائية، وأهمها حجية الأمر المقضي، واستنفاد ولاية التحكيم.⁽¹⁾

وقد ذهب بعض أنصار هذه النظرية إلى قصر الطبيعة القضائية للتحكيم على التحكيم التجاري الدولي، بوصفه قضاءً أصيلاً للتجارة والمعاملات الدولية، ويرى أنه إذا كان من المقبول التردد في الوقوف على طبيعة التحكيم الداخلي، لأنه بطانة للنظام القضائي للدولة، فإن الأمر لا يصح أن يكون كذلك بالنسبة للتحكيم التجاري على الصعيد الدولي، لأن التطور الحالي على المستوى العالمي قد مكن من الصبغة القضائية لهذا النظام، وهو يعدّ التحكيم قضاءً أصيلاً للتجارة والمعاملات الدولية، لأنه يسعى إلى تحقيق عدالة تتسق وطبيعة هذه التجارة، وتختلف عن فكرة العدالة لدى المحاكم الوطنية.

1- مبررات النظرية القضائية:

حصر أنصار هذا الاتجاه حججهم في الدفاع عن نظريتهم بالآتي:

- مهمة القاضي هي ذاتها مهمة المحكم، فكلاهما يناط به حسم النزاع بحكم يخوز حجية الأمر المقضي.

(1) د. محمود هاشم: استنفاد ولاية المحكمين في قانون المرافعات، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، السنة 26، العدد الأول والثاني، يناير - يوليو عام 1984، ص 67.

- يصدر المحكم حكمه بالإجراءات التي تحددها الأنظمة القانونية.⁽¹⁾
- يلتزم المحكم بتطبيق قواعد القانون الطبيعي.
- إن وجود بعض الفروق بين القضاء والتحكيم لا يحول دون الاعتراف بالصفة القضائية للتحكيم.
- إذا كان القضاء مظهرًا من مظاهر سيادة الدولة، فإن الدولة تستطيع بحكم سلطاتها أن تفوض بعض الأشخاص عن طريق التحكيم للقيام بمهمة القضاء.
- ذبوع التحكيم، وانتشاره، وظهور العديد من المنظمات والمراكز الدائمة التي تنظم التحكيم يؤكد الطبيعة القضائية للتحكيم.
- تحديد الطبيعة القانونية للتحكيم يجب أن يكون بتغليب المعايير الموضوعية أو المادية، أي بتغليب المهمة التي يؤديها المحكم.
- أقرت محكمة النقض الفرنسية الطبيعة القضائية لمهمة المحكم، حيث قررت أن حكم المحكم هو عمل قاضٍ سماه الخصوم، وقد تأكد هذا القضاء فيما تلاه من أحكام حيث قالت في حكم لاحق إن المفهوم الحقيقي لعملية التحكيم هو اتجاه إرادة الأطراف إلى منح المحكم سلطة قضائية.
- أقرت محكمة النقض المصرية بالطبيعة القضائية لمهمة المحكم في الحكم الذي أصدرته سنة 1986،⁽²⁾ حيث قررت: "إن حكم المحكم هو عمل قضائي شأنه في ذلك شأن العمل القضائي الصادر من السلطة القضائية للدولة".

2- انتقادات النظرية القضائية:

بالرغم من أن الفقه الغالب يؤيد الطبيعة القضائية للتحكيم، إلا أنها قد تعرضت

(1) د. ساجر حميد الخابور، رسالتنا عقود الأشغال الدولية المشار إليها سابقاً، ص 242.

(2) د. نجم حمد الأحمد، مرجع سابق، 130.

لكثير من الانتقادات أهمها:

- إن هذه النظرية لا تستقيم مع طبيعة التحكيم، فالمحكم وإن كان يقوم بنفس وظيفة القاضي أي الفصل بالنزاع، إلا أنه لا يتمتع بما يتمتع به القاضي من سلطة الأمر، وهذا مرجعه أن المحكم يقوم بمهمة القاضي بصفة وقتية أي حين النظر في النزاع، لذا أطلق عليه أنصار هذا الاتحاد وصف القضاء الاستثنائي.

- إن هناك خلافاً بين حكم التحكيم والحكم القضائي، وكذلك بين المحكم والقاضي، فالأخير يقوم بوظيفة عامة ويتمتع بالحصانة والدوام والاستقرار⁽¹⁾، كما أن له سلطة الأمر والإجبار، في حين لا يتوافر ذلك بالنسبة للمحكم مما لا يمكن معه إضفاء صفة القضاء عليه.

- إن وظيفة القاضي ليست حل المنازعات بحكم حاسم كما ذهب أنصار النظرية القضائية، بل إن وظيفة القضاء في الفقه الإجرائي الحديث هي حماية القانون في حين أن المحكم قد يتحلل من تطبيق قواعد القانون الموضوعي، كما أنه ليس بالضرورة أن يلتزم المحكم بمنهج إجرائي معين، كما هو الحال بالنسبة للتحكيم الحر.

- إن اعتبار المحكم قاضياً خاصاً أو عاماً تكذيبه قواعد القانون الوضعي التي تخضع المحكم لنظام قانوني مغاير لما يخضع له القاضي من حيث صلاحيته ومسؤوليته وسلطته.

- اختلاف حجية الأمر المقضي فيما بين حكم المحكم وأحكام المحاكم⁽²⁾.

(1) د. عزت نجد البحيري: تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، عام 1996، ص 30.

(2) د. ساجر حميد الحابوز، رسالتنا المشار لها سابقاً، ص 244.

ثالثاً: النظرية المختلطة للتحكيم

أدت صعوبة إدماج عمل أطراف النزاع متمثلاً في اتفاق التحكيم وعمل المحكم ممثلاً في الفصل بالنزاع بحكم حاسم له أحدهما في الآخر إلى بروز اتجاه يضيفي على التحكيم صفة العقد والقضاء في آن واحد. وخلاصة هذا الاتجاه أن التحكيم هو حقيقة ممتدة من الزمن تبدأ بالاتفاق، وتنتهي بحكم ملزم، وخلال امتدادها يتعاقب عليها طابعان: الأول تعاقدية يجسده اتفاق التحكيم، والثاني قضائي تجسده وظيفة المحكم متمثلة في حسم النزاع المطروح عليه بحكم ملزم.

وقد لخص أحد الفقهاء فقه هذه النظرية في أن التحكيم تتعاقب عليه صفتان، الأولى الصفة التعاقدية، والتي تتجلى في اختيار الخصوم للتحكيم كوسيلة لتسوية منازعاتهم، واختيار القانون واجب التطبيق على الإجراءات، وموضوع النزاع، والثانية الصفة القضائية التي تتجلى بتحول التحكيم من الطبيعة التعاقدية إلى الطبيعة القضائية بتدخل قضاء الدولة عندما يلجأ الأطراف إليه لإعطاء قرار التحكيم القوة التنفيذية عن طريق أمر التنفيذ، وبهذا الأمر يتحول التحكيم إلى عمل قضائي، وبدءاً من أمر التنفيذ يتحول قرار التحكيم إلى حكم قضائي.

1- مبررات النظرية المختلطة:

- أن التحكيم ليس اتفاقاً محضاً، ولا قضاءً محضاً، وإنما هو نظام يمر بمراحل متعددة، يلبس في كل منها لباساً خاصاً، ويتخذ طابعاً مختلفاً، فهو في أوله اتفاق وفي وسطه إجراء، وفي آخره حكم.
- إن أنصار كل من النظريتين السابقتين قد ارتكب خطأ ذاته، وهو محاولة إعطاء تكييف قانوني واحد للتحكيم.⁽¹⁾

(1) د. ساجر حميد الخابور، مرجع سابق ص 245.

- إن في كل من النظريتين التعاقدية والقضائية جانباً من الحقيقة، وأن إطلاق الأخذ بأحدهما دون الآخر يثير الكثير من الصعوبات.

- يتعين الجمع بين جانب الحقيقة في النظرية التعاقدية والقضائية، مما سيؤدي إلى القول إن للتحكيم طبيعة عقدية وقضائية، وهي إذن طبيعة مختلطة، فهو عقدي بالنظر إلى الوجود التي تشتق من أصل التحكيم، وهو العمل الإرادي للأطراف، وقضائي بالنظر إلى كون الحكم الذي ينتهي إليه يلزم الأطراف بقوة تختلف عن مجرد القوة الملزمة للعقد.

2- انتقادات النظرية المختلطة:

رغم ما تتضمنه هذه النظرية من وجهة، ومحاولة أنصارها الجمع بين النظريتين السابقتين التعاقدية والقضائية، إلا أنها قد تعرضت لمزيد من الانتقادات منها:

- إن تبني هذه النظرية يؤدي إلى إهدار القيمة القانونية لأحكام المحكمين التي لا يصدر بشأنها أمر بالتنفيذ، الأمر الذي يتناقض مع إقرار المشرع لنظام التحكيم.

- إن التحكيم يقوم على أساس التنفيذ الاختياري لحكم المحكم، حيث يكتسب الحجية بمجرد صدوره، ولا يتوقف هذا الأثر على صدور الأمر بالتنفيذ.⁽¹⁾

- نقطة الضعف الحقيقية في هذه النظرية تكمن في محاولتها إيجاد حد زمني فاصل بين كل من الطابع الاتفاقي والطابع القضائي للتحكيم خلافاً للواقع، حيث يبرز هذان الطابعان معاً منذ الاتفاق على التحكيم

(1) د. عزمي عبد الفتاح: سلطة المحكمين في تفسير وتصحيح أحكامهم، مجلة الحقوق الكويتية، السنة الثامنة، العدد الرابع، ديسمبر عام 1984، ص 104.

وحتى الانتهاء منه بتنفيذ حكم المحكم. فإذا كان التحكيم يبدأ باتفاق، فإن هذا الاتفاق ليس بعيداً تماماً عن الطابع القضائي على أساس أن موضوعه هو إقامة كيان عضوي للفصل في النزاع، وإذا كان التحكيم ينتهي بحكم فهذا الحكم بدوره ليس منبث الصلة عن اتفاق التحكيم، وأثره على سير الخصومة وإجراءات الفصل فيها.⁽¹⁾

ومن هنا كان الخلاف حول النقطة التي ينتهي عندها الطابع التعاقدي، ويبدأ الطابع القضائي، فالبعض يعتد ببداية ممارسة المحكم لمهمته، أو على الأكثر بإصداره حكمه، والبعض الآخر لا يعتد إلا بالنقطة التي ينتهي عندها التأثير العقدي تماماً، وهي شمول حكم المحكم بأمر التنفيذ.

رابعاً: نظرية الطبيعة الخاصة

يرى أنصار هذه النظرية أن التحكيم له طبيعة خاصة، وأنه يجب النظر إليه نظرة مستقلة، ولا يمكن تفسيره في ضوء المبادئ التقليدية، بمحاولة ربطه بالعقد، أو بالحكم القضائي، أو بهما معاً، وذلك بسبب الاعتراضات والإشكالات القائمة عند محاولة تكييف التحكيم مع أحدهما.

وفي هذا الصدد يقول أحد أنصار هذه النظرية: "نحن لا ننفي وجود العديد من أوجه الشبه بين أحكام التحكيم وأحكام القضاء، إلا أن هذا التشابه لا يجوز أن يكون مؤدياً بنا إلى اعتبار التحكيم نظاماً قضائياً، لأن هناك العديد أيضاً من أوجه الاختلاف بينهما. وإذا كان التحكيم لا يكون إلا باتفاق فيما بين أطرافه، فإن هذا لا يعني على الإطلاق أن التحكيم مجرد عقد، أو نظام تعاقدي. ولا يكفي لتحديد طبيعة التحكيم القول إنه يبدأ باتفاق ثم ينتهي بحكم قضاء.... إن هذا يعدّ هروباً من مواجهة المشكلة.

(1) د. ساجر حميد الخابور، مرجع سابق، ص 246.

التحكيم أداة متميزة لحل المنازعات فيه اتفاق وفيه قضاء وفيه ما يميزه عنهما".

وقد وجه أنصار هذه النظرية النقد إلى النظريات السابقة، على أساس أن هذه النظريات الثلاثة قد نظرت إلى التحكيم من واقع المعاملات الداخلية، ومن ثم حاولت إسقاط الاعتبارات التي تحكم هذا النظام في المعاملات الداخلية على نظام التحكيم التجاري في المعاملات الدولية.

وينادي أنصار نظرية الطبيعة الخاصة بضرورة تطبيق المنهج التحليلي على نظام التحكيم، ويجب ألا نتوقف عند القول إنه ذو طبيعة مختلطة أو خليط غير متجانس، فمثل هذا القول يعدّ اعترافاً بالعجز، ومحاولة للهروب من مواجهة الحقيقة بأبعادها المتعددة، وإنما يجب مواجهة هذه الحقائق، وذلك بخصر العناصر ذات الطابع التعاقدى، وتمييزها عن تلك العناصر ذات الطابع القضائي، بحيث يمكن في النهاية تحديد مدى تداخل كل من العناصر التعاقدية والقضائية في تكوين نظام التحكيم، وإعطائه طبيعته الذاتية المستقلة.

ويرى أنصار هذه النظرية أيضاً أنه يجب ألا نغير حقيقة التحكيم بهدف الزج به في أحضان أنظمة قانونية يتشابه معها في أمور، ويختلف عنها في أمور أخرى؟ ولماذا لا نقر له طبيعته الخاصة، وذاتيته المستقلة التي تختلف عن العقود، كما تفترق عن أحكام القضاء؟

كما يقولون إن نظرية الطبيعة الخاصة هي أنسب نظرية لتحديد طبيعة التحكيم، وذلك بسبب مرونتها، وتمشيها مع الواقع العملي، لأنها تعتمد على المنهج التحليلي بإعطاء كل مرحلة وصفها المناسب، ولم تحاول أن تجعل إحداها تطغى على الأخرى، أو القول إنه خليط غير متجانس، لأن ذلك يعدّ اعترافاً بالعجز، وهروباً من مواجهة الحقيقة، ولا يعطي تكييفاً لنظام التحكيم ككل. كما تعدّ هذه النظرية عملية أكثر من غيرها، لأنها تعزز مكانة نظام التحكيم كنظام خاص قائم بذاته، له كيانه المستقل،

بحيث يكون المجال مفتوحاً لدراسة هذا النظام المستقل، وتطويره، بما يتناسب مع التطور في المجالات التي تحتاج إلى الأخذ بنظام التحكيم.⁽¹⁾

خامساً: أهمية تحديد الطبيعة القانونية للتحكيم

ترتب على الخلاف الفقهي حول الطبيعة القانونية للتحكيم خلاف أعمق، وأهم، من حيث النتائج التي تترتب على الأخذ بهذا الرأي، أو ذلك، وذلك عند التعرض للقانون واجب التطبيق على موضوع النزاع، وعند طلب تنفيذ حكم التحكيم.⁽²⁾

ومن هنا تبدو أهمية تحديد الطبيعة القانونية للتحكيم، وهو ما سنتطرق إليه الآن:

1- أنصار الاتجاه الذي يرى أن التحكيم نظام ذو طبيعة تعاقدية ينتصرون لقانون الإرادة ليحكم موضوع النزاع، ويعدون قرار التحكيم مجرد "عقد"، أو "اتفاق"، وليس حكماً، وعلى هذا الأساس إذا عدّ التحكيم اتفاقاً فلا يكون واجب التنفيذ - عند عدم وجود نص خاص - إلا إذا أقرته المحكمة، بناءً على دعوى تقدم إليها للحكم بتنفيذ مضمونه.⁽³⁾

2- ومن وجهة نظر أنصار النظرية القضائية فيفضل عندهم قانون محل التحكيم في حكم النزاع، ويرون في قرار التحكيم حكماً يقترب تماماً من الحكم القضائي، ولا يحتاج لتنفيذه إلا لمجرد تقديم طلب إلى رئيس المحكمة، أو قاضي التنفيذ، أو لأي جهة أخرى، للأمر بوضع صيغة التنفيذ عليه.

(1) د. ساجر حميد الخابوز، رسالتنا المشار لها سابقاً، ص 248.

(2) د. كمال محمد أبو سريع: التحكيم الدولي وأثره في تشجيع الاستثمار وجذب رؤوس الأموال، بحث مقدم لمؤتمر الكويت للتحكيم التجاري الدولي، الكويت، عام 1997، ص 584.

(3) د. عصمت عبد الله الشيخ: التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، عام 2000، ص 45.

3- ومن وجهة نظر أنصار النظرية التوفيقية فإن قرارات التحكيم - وإن عدت عقداً قبل الأمر بالتنفيذ- إلا أنها تصبح بعد أمر التنفيذ بمنزلة الحكم القضائي، ومن ثم فإنها تخضع بالضرورة عند تنفيذها لقواعد تنفيذ الأحكام القضائية الأجنبية.

المطلب الثالث- مبررات اللجوء إلى لتحكيم في العقود الدولية وعيوبه

أضحى التحكيم في الآونة الأخيرة وسيلة شائعة لتسوية المنازعات في العقود الدولية، وعاملاً مهماً في جذب رؤوس الأموال، والاستثمارات الأجنبية خاصة في الدول النامية التي يعتمد اقتصادها على هذه الاستثمارات.

ويرجع انتشار التحكيم في العقود الدولية، والتوسع الكبير في العمل به، إلى ما يحمله من مزايا وفوائد، والتي أدت إلى تفضيله على غيره من النظم، وإن كان في الوقت ذاته لا يخلو من بعض العيوب، والمثالب التي جعلت البعض يوجه النقد لهذا النظام.

أولاً: مزايا للتحكيم

سنستعرض في هذا المطلب المزايا والفوائد التي يحققها التحكيم، فإذا كان تفضيل أطراف النزاع للتحكيم على القضاء، كما يقول أرسطو، يرجع إلى أن المحكم يرى العدالة بينما لا يعتد القاضي إلا بالتشريع، إلا أنه يمكن إجمال أهم المزايا التي دعت إلى الأخذ بنظام التحكيم في الآتي:⁽¹⁾

1- السرعة في الإجراءات:

يتميز التحكيم ببساطة الإجراءات وسرعتها، بينما قد تستغرق عملية التقاضي فترةً زمنية طويلة، وعلى درجاتٍ عدة. ففي التحكيم نجد أن أطراف النزاع هي من يحدد

(1) د. محمد أبو العينين: التحكيم الدولي ودوره في فض منازعات التجارة والاستثمار من واقع تجربة مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي، بحث مقدم إلى مؤتمر الكويت للتحكيم التجاري الدولي، الكويت من 27 وحتى 29 أبريل/ نيسان عام 1997، ص 114.

إجراءات التحكيم، وميعاد صدور قراره، ما يؤدي إلى اختصار إجراءات التقاضي، ومراحلها، فضلاً عن كون القرار الذي سيصدر باتاً غير قابل لأي طعن من حيث الموضوع، وهو قابل للتنفيذ الفوري.⁽¹⁾

وبمعنى آخر فإن مرونة إجراءات التحكيم تؤدي إلى السرعة وتوفير الكثير من الوقت. وهذه السرعة لا تتوافر عادة في النظم القضائية التقليدية التي تتقيد بالنصوص القانونية التي من شأن بعضها إعاقفة فصل النزاع على وجه السرعة، وهو أمر ضروري في العقود الدولية حيث تكون هناك استثمارات ومبالغ نقدية كبيرة يفضل عدم تأجيلها بانتظار صدور القرار القضائي، ما يعني أنه وفي حال عدم الحصول على حكم على وجه السرعة ستكون هناك خسارة محققة نتيجة تعطل تلك المبالغ. وهكذا يفضل المتعاقد مع الدولة أو إحدى جهاتها العامة اللجوء إلى التحكيم للحصول على عدالة سريعة مردداً عاملين: الأول، هو إلزام المحكم بفصل المنازعة المعروضة عليه خلال زمن يحدده الأطراف كقاعدة عامة، ذلك أن قوانين التحكيم تحدد عادة مدة زمنية يجب ألا يتجاوزها لإصدار قراره، بل وتسمح للأطراف بتعديل هذه المدة عند اتفاقهم على التحكيم، بحيث يفقد المحكم صفته بعد انتهائها. أما العامل الثاني، فإنه يتعلق بكون التحكيم يتم على درجة واحدة، فالحكم الصادر عن المحكم يتمتع بحجية الأمر المقضي، ولا يجوز الطعن فيه بأي طريق من طرق الطعن العادية، مع إمكانية رفع دعوى البطلان بشأنه وللأسباب التي ينص عليها القانون حصراً مع مراعاة أن الطعن بالبطلان لا يؤدي إلى وقف تنفيذ قرار التحكيم في غالبية القوانين.

وهكذا فإن نظام التحكيم يضمن قدرًا من الخصوصية لأطرافه في حسم النزاعات بعيداً

(1) د. سامي محسن السري: بعض الجوانب في القواعد الإجرائية المنظمة للتحكيم التجاري الدولي، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، عام 2004، ص 75 وما يليها.

عن ساحات القضاء. كما أنه يتيح لهم الفرصة لاختيار المحكم الذي تتوافر فيه الخبرة والمهارة المطلوبة.⁽¹⁾

2- سرية أسرار المحكّمين:

وهذه ميزة أخرى للتحكيم لا تقل أهمية عن السرعة إن لم تكن أكثر أهمية، خاصة في مجال العقود الدولية، فالتحكيم يحافظ على سرية العقود والصفقات محل النزاع، وما تتضمنه من شروط ومعلومات، بحيث لا يطلع عليها سوى المحكم ومحامي أطراف النزاع، كما يحق للأطراف اشتراط عدم نشر الأحكام بل إن الأصل عدم نشرها إلا بموافقتهم.

وتمثل سرية الإجراءات مبدأً أساسياً من مبادئ التحكيم، وميزة أساسية، لذلك يلجأ المتنازعون إلى التحكيم في حسم منازعاتهم، وهذه الميزة هي التي تدفع إلى اختياره، فالتحكيم ليس مجرد قضاء خاص، وإنما هو قضاء يتم بسرية.

كما أن هناك زمرة من العقود الدولية تكون العلانية ضارة بها، ففي عقود امتياز البترول مثلاً فإن حساسية المعلومات التي لا يحتفظ بسريتها، والتي تتعلق بمستوى الإنتاج، قد تؤدي إلى أزمات سياسية أو اقتصادية، أو اضطراب أسعار البترول. وفي عقود التعاون الصناعي فإن عدم مراعاة السرية قد تؤدي إلى تسرب الأسرار التكنولوجية... فالالتزام بالسرية مستندة طبيعة التحكيم بحسبانه وسيلة خاصة لحسم المنازعات، وفي ضوء القبول العام له يمكن النظر إليه على أنه قاعدة عرفية في قضايا التحكيم بحيث تفرض أخلاقيات التحكيم على المحكم الالتزام بسرية التحكيم.

3- التخصص والخبرة:

إن المحكم على خلاف القاضي لا يلزم أن يكون رجل قانون، فالأطراف يمكنهم

(1) د. نجم الأحمد، مرجع سابق، ص 62.

اختيار محكم له خبرة في مجال النشاط الذي يتعلق به النزاع، مما يجعله مؤهلاً لفهم، وإدراك، طبيعة النزاع، دون أن يكون مضطراً للاستعانة بالخبراء.

ويعد التحكيم من هذه الناحية أقرب إلى تحقيق العدالة، لأن الخبير المتخصص أقدر على استيعاب تفاصيل النزاع، وتعقيداته، من القاضي الذي ينظر كل أنواع المنازعات، دون أن يكون متخصصاً في مجال النزاع، فيتعذر عليه الفصل في بعض المنازعات ذات الطبيعة الخاصة، مثل تلك المتعلقة بالصفقات التجارية، أو التأمين، أو النقل البحري، إلا بالاستعانة بخبير يرشده، ويكشف له ما استغلق من جوانب النزاع، وهذا معناه زيادة في إطالة المدة، والنفقات. كما أن المحكم الخبير سيكون مصدراً لطمأنة أطراف النزاع، وثقتهم في القرار الذي سيصدره سيوفر ما ينفق على الخبراء من أعاب، وتكاليف.¹

4- الفعالية في تحقيق الحماية القضائية:

يجنب التحكيم الخصوم أحد أهم أسباب الدفع بعدم قبول الدعوى في شأن المنازعات التي تكون الدولة طرفاً فيها، وهذا ما تجده في منازعات الاستثمار، والتجارة الدولية، فإذا كان من المألوف أمام القضاء الداخلي في مثل تلك المنازعات أن تدفع الدولة بالحصانة القضائية، فإن هذا الدفع لا محل له أمام قضاء التحكيم، ويرجع ذلك إلى أن التحكيم لا يعمل باسم سيادة دولة معينة، وخضوع الدولة له يأتي عن تراض واتفاق. كما أن التحكيم يعمل على ضمان المستقبل التنفيذي لحكم التحكيم، وذلك من خلال أمرين لا يتوافران لحكم القضاء:

الأول: عدم الطعن بالاستئناف في حكم التحكيم لدى أغلب النظم القانونية، كون قرار التحكيم يكون نهائياً، وملزماً لأطرافه.

الثاني: حث الأطراف على التنفيذ الفوري لحكم التحكيم، واعتراف الدول شبه التلقائي

(1) د. ساجد حميد الخابور، رسالتنا المشار لها سابقاً، ص 253.

به، وفي شأن اعتراف الدول التلقائي بحكم التحكيم وبقوته التنفيذية، فقد نصت المادة (1/54) من اتفاقية واشنطن لسنة 1965 بشأن تسوية منازعات الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى على أن: "تتعترف كل دولة متعاقدة بالحكم الذي يصدر بناء على أحكام هذه الاتفاقية وتضمن تنفيذ الالتزامات المالية التي يفرضها الحكم كما لو كان نهائياً صادراً عن محكمة محلية".⁽¹⁾

5- المحافظة على علاقات الخصوم:

الأطراف يقبلون مقدماً، وعن طيب خاطر، ما تنتهي إليه هيئة التحكيم بشأن النزاع موضوع التحكيم. وغالباً ما يؤدي إلى الصلح بين الأفراد المتخاصمين - أطراف النزاع-، وهذا يؤدي بدوره إلى إشاعة السلم الاجتماعي، والاستقرار في المعاملات، وذلك بخلاف القضاء العادي حيث يسعى كل طرف للكيد للآخر، والنيل منه أحياناً بمختلف الوسائل.

وقد عبر عن ذلك أحد الفقهاء بقوله: "إن الأطراف يدخلون إلى القضاء العادي وهم ينظرون إلى الوراء، بينما يدخلون إلى التحكيم وهم ينظرون إلى الأمام".²

6- ضمانات إجرائية لتشجيع الاستثمارات الأجنبية:

يتطلب جذب الاستثمارات الأجنبية توفير الحماية اللازمة لتأمين استثمارات المتعاقدين الأجانب، والمستثمر بحاجة لأن يكون مطمئناً على ماله، وتشجيع الاستثمارات الأجنبية بحاجة إلى ضمانات قانونية وقضائية، وهو ما يجده المتعاقد في إدراج شرط التحكيم في متن العقد المبرم مع الدولة، فالتحكيم يؤدي إلى تبديد مخاوف المتعاقد، وهذا ما يفسر

(1) د. ساجر حميد الخابور، مرجع سابق، ص 254.

(2) د. ساجر حميد الخابور، رسالتنا المشار لها سابقاً، ص 255.

التفاعل بين التحكيم وتدفق رأس المال.⁽¹⁾

لقد أصبح التحكيم وسيلة لتشجيع الاستثمار، وفي حال عدم إدراج شرط التحكيم فإن الشركات الكبرى لن تقدم على الاستثمار، وعليه فإن الدول غالباً ما تضمن تشريعاتها الوطنية ما يفيد إمكانية اللجوء إلى التحكيم كوسيلة لفض المنازعات المتعلقة بالاستثمار.⁽²⁾

وحرصاً من الدول - لاسيما النامية منها - على جذب الاستثمارات الأجنبية، وتشجيعها، فقد أقرت التحكيم كوسيلة لتسوية منازعات الاستثمار، وتغلب ذلك في:

- انضمامها إلى الاتفاقيات الدولية الخاصة بحماية الاستثمار، وتشجيعه، والتي تتضمن نصوصاً صريحة تجعل الفصل في منازعات الاستثمار من اختصاص التحكيم دون قضاء الدولة المضيفة.

- تضمينها تشريعاتها نصوصاً محددة تجعل التحكيم من بين الوسائل ذات الأولوية التي تطرح عليها منازعات الاستثمارات الأجنبية.⁽³⁾

7- المرونة في اختيار القانون واجب التطبيق:

تثير المنازعات القانونية والقضائية في مجال العقود الدولية الكثير من الصعوبات القانونية التي ليس لها من حلول مستقرة، وما يرافق ذلك من إشكاليات تتعلق بتحديد القانون واجب التطبيق على النزاع، والمحكمة التي تختص بنظره، حيث تتباين التشريعات

(1) د. عكاشة عبد العال: الضمانات القانونية لحماية الاستثمارات الأجنبية، بحث ضمن كتاب بعنوان:

أفاق وضمانات الاستثمارات العربية - الأوروبية، مركز الدراسات العربي - الأوروبي، عام 2001، ص 59.

(2) د. نجم الأحمد، مرجع سابق، ص 68.

(3) د. ساجر حميد الخابور، مرجع سابق، ص 256.

الوطنية إزاء هذه الأمور. وبالتالي فإن للتحكيم أهمية بالغة للمتنازعين الذين يجدون فيه مجالاً رحباً لاختيار المحكم، والقواعد المناسبة، ومكان التحكيم.

ويرى جانب من الباحثين أن السبب الأساسي في اختيار التحكيم بدلاً من القضاء هو الإشكاليات المتعلقة بتحديد القانون واجب التطبيق، فقواعد الإسناد في القانون الدولي الخاص أمر يعني القاضي الوطني بدرجة أساسية، وما يعني طرفي النزاع هو الوصول إلى القرار التحكيمي بأسرع وقت ممكن، وأن هذا هو السبب الأساسي في اللجوء إلى التحكيم في مختلف دول العالم. هذا من جهة ومن جهة ثانية نجد بأن التحكيم يشجع على الاستثمارات ولا سيما الأجنبية منها، وهذا بذاته أحد أهم الأسباب التي توجب العمل على التشجيع عليه، وتوسيع الثقافة المتعلقة به، وبطبيعة الحال فإن ذلك سيبيح إمكانية الاختيار من بين عدد كبير من المتقدمين للمناقصات والمزايدات.⁽¹⁾

8- وسيلة لتفادي المنازعات قبل حدوثها:

لا يُستخدم التحكيم كوسيلة لفض المنازعات بعد نشأتها، بل يُصار إليه أيضاً لتفادي قيامها ونشأتها، فالتحكيم أصبح ضرورة يفرضها واقع التجارة الدولية، ولم يعد دوره مقصوراً على فض المنازعات بعد نشوبها، بل أصبح في نظر الكثير من أعضاء المؤتمرات الدولية وسيلة فعالة يمكن استخدامها لتفادي قيام المنازعات أثناء مفاوضات إبرام العقود الدولية طويلة المدى التي تتعلق بالتصنيع، أو نقل التكنولوجيا، أو المشروعات المشتركة.

9- الثقة والمرونة:

يؤحي التحكيم بالثقة خصوصاً في بعض من الدول النامية التي لا يتحقق فيها الاستقلال القضائي على النحو المطلوب، ففي التحكيم يلتقي الحكم والخصم في هيئة واحدة، ويكون كل طرف مطمئناً إلى أن وجهة نظره الفنية والقانونية ودفاعه قد وصل

(1) د. نجم الأحمد، مرجع سابق، ص 69.

بشكل كامل إلى مسمع حكمه وخصمه.

أما مرونة التحكيم فإنها تسمح للمتنازعين بالتحرر من القوالب الجامدة، إذ يمكنهم اختيار نوع التحكيم، كالتحكيم الخاص، أو النظامي (المؤسسي)، وأن يكون التحكيم بالقانون أو الصلح. كما يفسح المجال أمام إرادة الأطراف في اختيار مكان انعقاد التحكيم، وزمانه، والقانون واجب التطبيق على اتفاق التحكيم، وإجراءاته، وموضوع المنازعة محل التحكيم.⁽¹⁾

ثانياً: عيوب وإشكاليات التحكيم

التحكيم شأنه شأن جميع فعاليات الحياة لم يخل من إشكاليات تشوبه، وقد تؤثر على الإقبال عليه، فما هي أهم المآخذ عليه؟

1- إشكالية تعارض التحكيم مع سيادة الدولة:

يرى أنصار هذا الاتجاه أن التحكيم في حقيقته سلب لاختصاص القضاء الوطني الذي يعدّ مظهراً من مظاهر سيادة الدولة، فإن كان ذلك مقبولاً بالنسبة إلى منازعات الأفراد فيما بينهم إلا أنه لا يعدّ كذلك بالنسبة إلى الدولة لمساسه بسيادتها، كما أن التحكيم يفترض إمكانية تطبيق قانون آخر غير قانون الدولة على النزاع، وهو أمر يتعارض مع سيادة الدولة، فالدولة بحسبانها سلطة عامة يجب ألا تخضع إلا لأحكام القضاء الوطني، وللقانون الذي أصدرته السلطة التشريعية فيها.

2- عيب الإضرار بالدول النامية:

نظراً للعلاقات غير المتوازنة بين الدول المتقدمة والنامية -دول العالم الثالث- فإن للتحكيم آثاراً سلبية تؤدي إلى انحياز الاقتصاد الوطني في جملته بالنسبة للدول النامية،

(1) المرجع السابق، ص 6.

حيث يفرض عليها الواقع المرير **المزيد** من التنازل لصالح الدول التي أمدتها الظروف بوسائل القوة الاقتصادية.

ويعزز هذا القول قرارات المحكمين من دول الغرب بدءاً من قرار تحكيم أبو ظبي، وشركة التنمية البترولية المحدودة الصادر في 28 أغسطس 1951، وحتى قرار التحكيم الصادر بتاريخ 9 فبراير 1977 في النزاع بين الحكومة الليبية وشركتين للبترول ينظرون إلى تلك المصطلحات بمنظار يتأكد من خلاله أعمال قانون القوي على الضعيف، الأمر الذي يصبح معه أمر تداول القواعد التي تحكم المنازعات في هذه العقود هو في الواقع تكريس لمفاهيم الدول المتقدمة التي تضر بالتأكيد بمصالح الدول النامية. وقد وجدت الدول النامية نفسها مضطرة إلى اعتماد نظام التحكيم وسن التشريعات الوطنية المنظمة له، وإلا فإنها ستُحرم من المعونات الدولية، ومن مؤازرة المؤسسات الدولية المنوط بها مساعدة هذه الدول، كالبنك الدولي، وصندوق النقد الدولي، وكافة الوكالات التابعة للأمم المتحدة.

3- عيب النفقات:

إن نفقات التحكيم تتجاوز - في غالب الأحوال - مصاريف التقاضي أمام المحاكم العادية بكثير، خاصة فيما يتعلق بمنازعات العقود الدولية، وما تتطلبه من مصاريف باهظة، تتمثل في أتعاب المحكمين، والمحامين، والخبراء، والمستشارين القانونيين، ومصاريف تنقلات وإقامة خاصة في حالة وقوع التحكيم في دولة أخرى، بالإضافة إلى الرسوم المطلوبة لمراكز التحكيم، فقد يتكلف أطراف التحكيم مبالغ طائلة على الرغم من قلة قيمة النزاع فيما لو أُحيل إلى مؤسسة تحكيم معروفة.⁽¹⁾

(1) د. محمد أحمد علي المخلافي: أثر العولمة على نقل التكنولوجيا، سلسلة دراسات بحثية، مركز الدراسات والبحوث اليمني، العدد 2، ط 1، عام 2001، ص 71.

4- عيب خلو التحكيم من الضمانات القضائية:

من الضمانات التي يفتقد إليها التحكيم:

أ- إنه لا يجيز للخاسر في خصومة التحكيم رفع دعوى مبتدأه أمام القضاء من جهة، ولا الطعن فيه من جهة أخرى، فأحكام التحكيم لا تستأنف وتكون نهائية، مما يهدر مبدأ التقاضي على درجتين، فإذا أخطأ المحكم فقد لا تسعف دعوى البطلان في تصحيح الخطأ.

ب- إن عدم نشر معظم قرارات المحكمين -بناءً على رغبة أطرافها ومبدأ السرية المعمول به في التحكيم- يحول دون وضع سوابق تساعد على تفادي حدوث منازعات في المستقبل حول قضايا مشابهة لها.

المطلب الرابع- أنواع التحكيم

إن الوحدة في فكرة التحكيم، لا تمنع من تعدد أنواعه، فقد تكون كافة عناصر عملية التحكيم مرتبطة بدولة واحدة، وقد تكون موزعة بين أكثر من دولة، وهذا ما يؤدي إلى انقسام التحكيم إلى تحكيم داخلي، وتحكيم دولي.

والأصل أن يفصل المحكم في النزاع المعروض عليه وفقاً لأحكام القانون، لكن الطرفين قد يفوضانه بالفصل فيه وفقاً لقواعد العدالة والإنصاف. وهذا يؤدي إلى انقسام التحكيم إلى تحكيم بالقانون، وتحكيم بالصلح.

وقد يختار الطرفان محكهما مباشرة، ويحددان له الإجراءات الواجب إتباعها، والقواعد الموضوعية الواجبة التطبيق على النزاع دون وسيط، وقد يوسطان في ذلك -كله أو بعضه- هيئة، أو منظمة، أو مركزاً من هيئات التحكيم، أو منظماته، أو مراكزه الدائمة. وهذا ما يؤدي إلى انقسام التحكيم إلى تحكيم خاص، وتحكيم مؤسسي (نظامي).

أولاً: التحكيم الداخلي والتحكيم الدولي

التحكيم الداخلي national ، هو ذلك التحكيم الذي يتعلق بنزاع وطني في جميع عناصره (موضوع النزاع - جنسية الخصوم - جنسية المحكمين - القانون الواجب التطبيق - المكان الذي يجري فيه التحكيم). أو يصدر الحكم فيه وفقاً لإجراءات تشريع وطني.⁽¹⁾

أما **التحكيم الدولي International Arbitration** فهو التحكيم الذي يمس أكثر من دولة.

وببساطة أكثر يمكننا القول إن التحكيم الداخلي لا يشتمل على عنصر أجنبي، خلافاً للتحكيم الدولي الذي يشتمل على عنصر أجنبي، أو أكثر.

ويثور التساؤل عن أهمية التفرقة بين التحكيم الداخلي والتحكيم الدولي؟ إن التفرقة بين التحكيم الداخلي والتحكيم الدولي لها أهميتها البالغة التي ترجع إلى المشكلات العديدة التي تثار في نطاق القانون الدولي، والتي لا وجود لها في التحكيم الداخلي، وما يترتب عليها من نتائج بالغة الخطورة وقد يكون أهمها:²

1- تحديد القانون واجب التطبيق:

فالتحكيم الوطني يستتبع تطبيق القانون الوطني فقط، ويختلف عن التحكيم الدولي الذي يقع في إطار القانون الدولي الخاص ويثير احتمال خضوعه لأحكام قوانين أجنبية، مما يقتضي البحث عن القانون واجب التطبيق على المنازعات التي تُحل وفقاً لهذا النوع

(1) د. إبراهيم أحمد إبراهيم: تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية، المجلة المصرية للقانون الدولي، المجلد 37، السنة 81، ص 1.

(2) د. منير عبد الجبيل: قضاء التحكيم في منازعات التحكيم الدولية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية عام 1995، ص 33.

من التحكيم.¹

2- تحديد المحكمة المعاونة للتحكيم:

تختلف الدول فيما بينها في مدى ما تفسحه من دور للقضاء في التحكيم. وقد اتجهت تشريعات بعض الدول لتخصيص جزء منها لتنظيم أوجه معاونة القضاء للتحكيم. ويتوقف تحديد المحكمة المعاونة للتحكيم على نوع التحكيم ما إذا كان داخلياً، أو دولياً. وقد جعل المشرع السوري محكمة الاستئناف المدنية هي المختصة في كلا النوعين من التحكيم.⁽²⁾

3- إعمال فكرة النظام العام:

لفكرة النظام العام في التحكيم الدولي مجال يختلف كلية عن مجالها في التحكيم الوطني، فهي أضيق نطاقاً في النوع الأول عنه في النوع الثاني. فليست كل قاعدة آمرة تتعلق بالنظام العام في القانون الداخلي تعدّ من النظام العام في المعاملات الدولية، ففكرة النظام العام - كسبب لرفض تنفيذ أحكام التحكيم الدولي - استقر الفقه على ضرورة جعلها فكرة مرنة، بحيث لا يتم التمسك بها إلا في حالات استثنائية.⁽³⁾

4- معاملة حكم التحكيم:

إن المعاملة بين التحكيم الوطني والتحكيم الدولي ليست سواء، ويبرهن على ذلك عدة

(1) عمران علي خليفة: دور المحكم في تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع في عقود التجارة الدولية، رسالة ليل درجة الماجستير، مقدمة لمعهد الدراسات والبحوث العربية، قسم الدراسات القانونية، عام 1996.

(2) المادة الثالثة من قانون التحكيم السوري لعام 2008.

(3) د. أشرف عبد العليم الرفاعي: النظام العام والتحكيم في العلاقات الدولية الخاصة، رسالة دكتوراه مقدمة

لجامعة عين شمس، عام 1996، ص 24.

أمور منها أن عدم تسبب الحكم قد يطله، أو يعرقل تنفيذه، في التحكيم الوطني، حيث تتطلب الكثير من القوانين أن يكون حكم التحكيم مسبباً، كالقانون الفرنسي، والقانون المصري. وذلك على عكس التحكيم الدولي، حيث لا يلزم تسبب حكم التحكيم، طالما اتفق الأطراف على ذلك، أو كان القانون الواجب التطبيق على الإجراءات لا يستلزم ذكر أسباب الحكم، كالقانون النموذجي للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي.

ومنها أيضاً، أن حكم التحكيم قد يقبل الطعن فيه بالاستئناف في التحكيم الداخلي لدى بعض النظم القانونية، من ذلك قانون التحكيم الانكليزي، والقانون اللبناني، وقانون التحكيم التونسي، وهذا أمر غير جائز في شأن التحكيم الدولي، وذلك لأن الاستئناف يعني بالضرورة التدرج لأعلى سلطة قضائية في بلد واحد، وهو أمر يستحيل القول به بالنسبة لقرارات التحكيم في العقود الدولية. كما أن الاستئناف يعدّ طريقاً مقررّاً لرقابة الأحكام القضائية الوطنية، ولا يمكن أن يسري على قرارات التحكيم الدولية.

معيّار التمييز:

وتدعو تلك الفوارق بين نوعي التحكيم إلى البحث عن معيار للتمييز بينهما: لقد اختلف الفقهاء في تحديد معيار التفرقة بين التحكيم الوطني (الداخلي) والتحكيم الدولي أو (الأجنبي) اختلافاً كبيراً، وكذلك تشريعات وقوانين التحكيم في الدول والمعاهدات والاتفاقيات الدولية، ويمكن أن نلخص هذه الاختلافات في المعايير التالية:

1- معيار القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم:

إن التحكيم يكون دولياً استناداً إلى قواعد الإجراءات التي يخضع لها التحكيم، فإذا كانت هذه القواعد محلية "وطنية" كان التحكيم وطنياً، وإذا كانت دولية، بمعنى أنها

مأخوذة من نصوص اتفاقيات دولية، أو مأخوذة من لوائح هيئات ومراكز تحكيم دولية، كان التحكيم دولياً.

وفي حال غياب التحديد الصريح لقانون وطني واجب التطبيق على إجراءات التحكيم فإن أحكام التحكيم الصادرة لا تخضع لأي قانون إجراءات محدد، وإنما بشكل غير مباشر تعدّ دولية.

2- معيار موضوع النزاع الخاضع للتحكيم:

يرفض البعض أن التحكيم يعد دولياً بناءً على قواعد الإجراءات التي يخضع لها التحكيم، وإنما يفرق بينهما بناءً على موضوع النزاع الخاضع للتحكيم، فيعد التحكيم دولياً متى ورد على نزاع يتعلق بالتجارة الدولية.⁽¹⁾

3- معيار الجمع بين موضوع التحكيم وإجراءاته:

يرى أصحاب هذا المعيار أن التحكيم الوطني هو الذي ينصب فيه موضوع التحكيم وإجراءاته في دولة واحدة، بينما يكون للتحكيم طابع دولي بطبيعته إذا كان يتعين إتباع إجراءات التحكيم في الخارج، أو كان المحكم أجنبياً، أو إذا كان النزاع الخاضع للتحكيم نابعاً من علاقة ذات طابع دولي، كما لو كان الأطراف من جنسيات مختلفة، أو كانوا متوطنين في دول مختلفة.

(1) د. محمود سمير الشرقاوي: مفهوم التجارة والدولية، مجلة التحكيم، صادرة عن المركز اليمني للتوفيق والتحكيم، العدد الثاني، مارس عام 2000، ص 20.

4- معيار مكان صدور قرار التحكيم:

اتجه البعض⁽¹⁾ لمعيار مكان صدور قرار التحكيم لمعرفة ما إذا كان التحكيم دولياً، أو لا. ومثال ذلك ما جاء في المادة الأولى من اتفاقية نيويورك لعام 1958 حول الاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية، فقد نصت على أن: "أحكام الاتفاقية تطبق على قرارات المحكمين الصادرة في إقليم دولة غير التي يطلب منها الاعتراف وتنفيذ الأحكام على إقليمها".

ويعاب على هذا المعيار أنه غير دقيق، فقد يعين أطراف النزاع مكاناً للتحكيم، ويختارون قانوناً غير قانون المكان المذكور ليطبق على موضوع النزاع، وفي هذه الحالة يعدّ التحكيم أجنبياً بالنسبة للدولة التي جرى على إقليمها التحكيم، وذلك بسبب تطبيق القانون الأجنبي على الرغم من أن قرار التحكيم صدر فيها.

ويؤخذ عليه أيضاً أنه يصعب تحديده في كثير من الأحيان مثل التحكيم الذي يتم بالمراسلة، أو عبر الإنترنت، حيث يجري التحكيم على فضاء غير أرضي، ولا يمكن ربط حكم التحكيم بأي بلد.

5- معيار العلاقة ذات العنصر الأجنبي:

يرى آخرون أن التحكيم يكون دولياً - في مواد القانون الخاص - في حال اتصال المنازعة التي تحل بالتحكيم بعلاقة ذات عنصر أجنبي، أي أن المعيار هو وجود عنصر أجنبي مرتبط بالتحكيم.⁽²⁾

(1) د. فوزي سامي: التحكيم التجاري الدولي، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، عام 1997، ص 101.

(2) د. احمد مسلم: موجز القانون الدولي الخاص المقارن، دار النهضة العربية، القاهرة، ص 6.

ومن أهم العناصر التي يمكن الوقوف عندها، ونسترشد من خلالها طبيعة كل تحكيم، هل هو دولي أو لا، من خلال الآتي:

- جنسية، ومحل إقامة الأطراف.
- جنسية المحكمين.
- القانون المطبق لحسم النزاع.
- قانون إجراءات المحاكم المطبق.
- مكان التحكيم.
- اللغة.
- العملة.
- حركة انتقال الأموال عبر الدول.

6- معايير أخرى:

وهناك معايير أخرى لعد التحكيم دولياً، منها ما يستند إلى المكان الذي يوجد فيه المركز الرئيس للمؤسسة التي تتولى التحكيم، ومنها ما يتخذ من مكان المحكمة المختصة أصلاً بموضوع النزاع، والتي استبعدت عن نظر الدعوى بسبب الاتفاق على حسم النزاع بالتحكيم كمعيار للفرقة بين التحكيم الوطني والدولي، فإذا أُجري التحكيم في غير الدولة التي توجد فيها تلك المحكمة كان التحكيم دولياً.

7- الاتجاه الحديث في معيار التفرقة بين التحكيم الوطني والتحكيم الدولي:

يوجد معيار آخر في الفقه الحديث للفرقة بين التحكيم الوطني والتحكيم الدولي، وهو الذي أخذ به القضاء الفرنسي منذ مدة طويلة، ونصت عليه المادة (1492) من قانون المرافعات الفرنسي الجديد لعام 1981 المتعلق بالتحكيم الدولي، حيث جاء فيها: "يعد دولياً التحكيم الذي يضع في الميزان مصالح التجارة الدولية".

وهذا المعيار يتعلق بطبيعة النزاع حيث عدّ المشرع الفرنسي التحكيم دولياً إذا تعلق بمصالح التجارة الدولية. فإذا كان النزاع ناشئاً عن المعاملات التجارية الدولية، فعندئذٍ يعدّ التحكيم دولياً، وإن كان قد جرى بين مواطنين يحملان جنسية واحدة، وفي البلد الذي ينتميان إلى جنسيته.

ثانياً: التحكيم بالقانون والتحكيم بالصلح

التحكيم بالقانون، أو ما يسمى بالتحكيم القضائي، أو التحكيم العادي: هو ذلك التحكيم الذي تلتزم فيه هيئة التحكيم بالفصل في النزاع وفق قواعد القانون الموضوعي أو الإجرائي الذي يتم تحديده من قبل الأطراف، أو من قبل هيئة التحكيم ذاتها عند سكوت الأطراف.⁽¹⁾

والتحكيم بالصلح، أو ما يسمى بالتحكيم الطليق، أو التحكيم بالعدل،⁽²⁾ أو التحكيم بالضمير: هو ذلك التحكيم الذي يفصل فيه المحكمون في النزاع الذي نشأ أو يمكن أن ينشأ وفقاً لمبادئ العدالة دون التقيد بقواعد القانون الموضوعي،⁽³⁾ إلا ما يتعلق منها بالنظام العام والتي لا يجوز الاتفاق على خلافها أو التنازل عنها، مثل

(1) فلو كان الخلاف حول عقد بيع وأحيل للتحكيم، وكان القانون السوري هو القانون المطبق على العقد، هنا يتوجب على هيئة التحكيم أن تقضي بالنزاع استناداً للأحكام القانونية الخاصة بالبيع في القانون السوري. مثلاً، تلزم المشتري بدفع الثمن مع الفوائد، أو البائع بتسليم المبيع مع التعويض. وإذا توفرت الشروط القانونية اللازمة لذلك، تقضي بفسخ العقد دون تعويض أو تعويض. وفي حالة الفسخ، تلزم كلا الطرفين بإعادة الحال إلى ما كان عليه قبل العقد. البائع يعيد للمشتري الثمن أو جزء الثمن الذي قبضه، والمشتري يعيد للبائع البضاعة التي تسلمها. فإذا استحال ذلك، يحكم بتعويض عادل. كل ذلك حسب القواعد الموضوعية في القانون السوري، وليس لهيئة التحكيم الخروج على هذه القواعد وتطبيق قواعد العدالة، وإلا كان حكمها عرضة للطعن أمام القضاء.

(2) وهي التسمية التي استخدمها قانون التحكيم الألماني.

(3) وهي التسمية التي استخدمها قانون التحكيم الأمريكي.

منع التعامل بتركة إنسان على قيد الحياة، و قواعد الميراث والأحوال الشخصية. (1)

ويثور التساؤل عن معيار التفرقة بين هذين النوعين من التحكيم؟

يمكن القول إن معيار التفرقة هو أن التحكيم بالصلح يتضمن "تنازلاً" من المتفقين عليه عن تطبيق نصوص القانون، وقواعده، وهو عودة إلى العدالة وضمير المحكم. وأن يكون هذا التنازل صريحاً.²

ولكن المشكلة الأساسية هي كيفية التفريق في حال عدم وجود تعبير صريح من المتعاقدين عن إرادتهم باختيار أحد التحكيمين.

للإجابة على هذا التساؤل لابد من التفريق بين الأنظمة التي تعترف بثنائية التحكيم والأنظمة التي لا تعترف بهذه الثنائية. فبالنسبة للدول ثنائية التحكيم³ القرينة تأتي لصالح التحكيم بالقانون، وهذا هو الأصل، ويعبر الفقه عن ذلك بقوله: "إن الأطراف بتخليهم عن محاكم الدولة ومراجعتهم التحكيم يريدون قضاة آخرين، ولكنهم لا يريدون عدالة أخرى". أما بالنسبة للدول التي لا تعترف بثنائية التحكيم⁴.

(1) ومثال ذلك أن يقضي المحكم ضد اختكم ضده بأن يدفع كامل دين القرض المطالب به، ولكن على أفساط، مع أن القانون يقضي بدفع المبلغ دفعة واحدة، أو يقضي بوجوب التنفيذ العيني إذا توافرت شروطه، ولكن نجد المحكم أن من الإنصاف الحكم بالتعويض بدلاً من التنفيذ العيني، أو يرفض المحكم الدفع بالتقادم خلافاً للقانون، أو يقبل المقاصة في الحالات التي لا تتوفر فيها الشروط القانونية.

(2) المادة 777 من القانون اللبناني، استئناف بيروت، 92/65 تاريخ 10/3/1997، الجلسة اللبنانية، عدد 7، ص 49.

(3) ومن أهم الدول التي تفرق قوانينها بين التحكيم بالصلح والتحكيم بالقانون الدول العربية باستثناء الأردن والسودان، فرنسا، هولندا، بلجيكا، دول أمريكا اللاتينية، إيطاليا، سويسرا، إسبانيا.

(4) ومن أهم الدول التي لا تفرق قوانينها بين التحكيم بالصلح والتحكيم بالقانون، الولايات المتحدة الأمريكية، ألمانيا، اليابان، الدول الإسكندنافية والنمسا.

فقد عكست هذه القرينة تماماً وأخذت موقفاً من اثنين⁽¹⁾

1- إن القرينة هي لصالح التحكيم بالصلح، فإن اكتفى الأطراف بالإشارة إلى التحكيم، دون تحديد لخصائصه، وما إذا كان يطبق القانون، أو العدل، أو الضمير، فإن تشريعات هذه الدول تقرر قرينة التحكيم بالصلح، وأن المحكم ليس ملزماً بتطبيق القانون.

2- تشريعات دول أخرى في هذه المجموعة تركت الأمر لسلطان الإرادة، دون أي قرينة، وتركزت استخراج واستنتاج حقيقة إرادة الطرفين، في حال غياب التعبير الصريح عن الإرادة، من خلال ظروف التعاقد، ومن خلال البحث عن نيتهما التعاقدية، فالبحث يجري عن إرادة الطرفين من خلال المؤشرات التي يمكن أن تلقي ضوءاً عليها. وهكذا فإن الدول التي تبنت نظام التحكيم الموحد اعتمد بعضها:

أ- قرينة على التحكيم بالصلح لسلطان الإرادة في عكسها.

ب- حرية لسلطان الإرادة وحدها لتقرر ما تشاء دون أي قرينة، وإلا فإن المحكم يصبح حراً في تطبيق القانون أم تطبيق العدالة والضمير.

وإذا كان للمحكم بالصلح الخروج ليس على أحكام القانون فحسب، بل على أحكام العقد أيضاً، وأن لا يتقيد بتنفيذه حرفياً. إلا أنه مقيد بقاعدة أساسية، وهي عدم تعديل البيان الأساسي الذي يقوم عليه العقد.⁽²⁾

(1) د. عبد الحميد الأحمد: التحكيم بالصلح، مجلة التحكيم العربي، العدد الثالث، أكتوبر عام 2000، ص 55.

(2) ومثال ذلك أن يكون العقد واضحاً من حيث كونه عقد بيع بالتقسيط، فيقرر المحكم تحويله إلى عقد إيجار سلع، ويقرر أن ما دفع وسيدفع على سبيل المقايضة، بدلاً من دفع ثمن البضاعة، أو بدلاً من أن يلزم مقاول البناء بتسليم ما تبقى من أعمال يسيرة، يقرر المحكم فسخ عقد المقاولة بأثر رجعي، بالرغم من تمسك الطرفين بالعقد، وعدم مطالبة أي منهما بفسخه.

كما أنه مقيّد باتفاق التحكيم الذي يستمد منه سلطته مثله مثل المحكم بالقانون. كما أنه ملزم باتباع قواعد الإجراءات المتفق عليها بين الطرفين، مثل مكان التحكيم ولغته والمدة التي يجب عليه إصدار الحكم خلالها. ومخالفته لهذه الإجراءات تجعل حكمه معيباً، مما قد يعرضه للطعن به إذا توافرت الشروط القانونية اللازمة لذلك

ثالثاً: التحكيم الخاص والتحكيم النظامي

التحكيم الخاص هو ذلك التحكيم الذي يتولى الخصوم إقامته بمناسبة نزاع معين للفصل فيه خارج إطار أي مؤسسة، أو مركز من مراكز التحكيم، حيث يقومون بتشكيل هيئة التحكيم، وتحديد القواعد والإجراءات التي تطبق بشأنه. أو الإحالة إلى قواعد تحكيم توضع لأجل هذا الغرض، كما هو الأمر في شأن قواعد تحكيم لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي (اليونسترال) لسنة 1967.⁽¹⁾

وبعدّ الموقع الجغرافي للتحكيم الخاص بالغ الأهمية، ويرجع ذلك إلى أن معظم الصعوبات التي تواجه التحكيم يمكن التغلب عليها طبقاً للقانون المحلي لمكان عقد التحكيم، بفرض اتفاق الأطراف على تحكيم خاص ينظره محكم واحد أو ثلاثة محكمين، وأن أحد الأطراف لم يشارك مطلقاً في إجراءات التحكيم، أما عدد المحكمين الذين سيتم تعيينهم، ومن الذي يحدد ذلك، ومن الذي يعين المحكم، أو المحكمين، كلها أمور تعتمد إلى حد كبير على مكان عقد التحكيم. فإذا كان مكان التحكيم على سبيل المثال في الهند، فإنه طبقاً لقانون التحكيم الهندي لعام 1996 إذا لم يتفق الأطراف على تحديد عدد المحكمين، يتم تشكيل هيئة التحكيم من محكم فرد. ويقوم بتعيين هذا المحكم إما رئيس المحكمة العليا الهندية، أو رئيس محكمة عليا هندية. أما إذا عُقد التحكيم في

(1) تعتبر قواعد تحكيم اليونسترال مجموعة متكاملة من القواعد تنظم إجراءات تشكيل هيئة التحكيم وإدارة إجراءات التحكيم وإصدار حكم التحكيم، وقد تم تطبيق هذه القواعد في مختلف أنحاء العالم وحازت القبول الدولي.

القاهرة، فإنه وفقاً لقانون التحكيم المصري لعام 1994 إذا لم يتفق الأطراف على تحديد عدد المحكمين، يكون عدد المحكمين ثلاثة، وتقوم محكمة استئناف القاهرة بتعيين المحكم عن الطرف الذي تخلف عن تعيين محكمه، ما لم يتفق الأطراف على سلطة تعيين أخرى، ويعطى للمحكمين مهلة (30) يوماً لاختيار المحكم الثالث، فإذا لم يستطيعوا ذلك خلال المهلة المحددة تولت محكمة استئناف القاهرة تعيينه.

والمثأمل في طبيعة هذا النوع من التحكيم يدرك، من ناحية، أنه كان الأسبق ظهوراً من التحكيم المؤسسي، بل لعله كان النوع الوحيد المعروف في الحضارات القديمة، ومنازعات الأسواق قبل ظهور الدولة بمفهومها المعاصر. ومن ناحية أخرى، فإنه، ورغم القول إن التحكيم الخاص قد تراجع إلى حد ما، أمام تحكيم الهيئات والمراكز الدولية، إلا أنه مازال له مكان حتى الآن في بعض المجالات ذات الأهمية، ومن أمثلة ذلك التحكيم في مجال نظم المعلومات، والتحكيم عبر شبكة الانترنت، وفي مجال التجارة الالكترونية، وكذلك التحكيم في براءات الاختراع، وعقود نقل التكنولوجيا، وعقود الطاقة، والتحكيم في المنازعات البحرية، ومنازعات إعادة التأمين، وذلك نظراً لما يحققه من سرية في مثل هذه الأحوال.

التحكيم المؤسسي هو ذلك التحكيم الذي يعهد به إلى هيئة، أو منظمة، أو مركز من هيئات التحكيم الدائمة أو منظماتها، أو مراكزها، والذي يتم وفقاً لإجراءات وقواعد موضوعة سلفاً، ليحكم عمل هذه الهيئات، والمنظمات، والمراكز. وبعبارة أخرى هو أن يختار الأطراف إدارة إجراءات التحكيم وفقاً لقواعد مؤسسة تحكيمية معينة وبمساعدها.

وينبج على الأطراف الاتفاق صراحة على المؤسسة التحكيمية التي سيتم اللجوء إليها، ويكون ذلك غالباً في شرط التحكيم الوارد في العقد المبرم بينهم، أو في مشاركة التحكيم التي يوقعها الأطراف بشكل مستقل عن العقد.

ويقتصر دور المؤسسة على التنظيم والإشراف على العملية التحكيمية حسب ما هو منصوص عليه في قواعدها، مقابل رسوم وأتعاب محددة سلفاً، يدفعها الطرفان لتلك المؤسسة.

وتجدر الإشارة إلى أن بعض المؤسسات التحكيمية تدير التحكيم الوطني فقط، أي إجراءات التحكيم بين رعايا نفس الدولة، في حين تدير بعض المؤسسات التحكيمية الأخرى عدداً كبيراً من التحكيمات الدولية، وتصدر قواعدها بلغات متعددة، وتدير بعض المؤسسات التحكيمية الأخرى نوعي التحكيم معاً.

ومن الملاحظ أنه بعد الحرب العالمية الثانية ازداد عدد المؤسسات التحكيمية، خاصة بعد أن أصبح التحكيم من أكثر الوسائل قبولاً في حسم منازعات التجارة الدولية والاستثمار، وأن معظم هذه المؤسسات تدير التحكيم في جميع المجالات التجارية،⁽¹⁾ إلا أن العديد منها يركز على مجال أو نشاط واحد.⁽²⁾

ومن الجدير بالذكر أن المؤسسات التحكيمية لا تقدم جميعها الخدمة ذاتها، فقد تكتفي بعض المؤسسات بتقديم مجموعة من القواعد الإرشادية دون تقديم الخدمات التحكيمية، مثال ذلك جمعية لندن للمحكمين البحريين LMAA. كما أن هناك بعض المؤسسات التحكيمية الأخرى التي وضعت قواعد التحكيم الخاصة بها، وتحتفظ بقائمة للمحكمين، غير أنها لا تتدخل في تعيين المحكمين، ومثال ذلك جمعية

(1) ومن أمثلة ذلك محكمة التحكيم التابعة لغرفة التجارة الدولية بباريس، وجمعية التحكيم الأمريكية، ومحكمة التحكيم الأوروبية، وجمعية القانون الدولي، ورابطة الدول الأمريكية.

(2) ومن أمثلة ذلك مركز واشنطن لتسوية منازعات الاستثمار، وكذلك مركز الإسكندرية للتحكيم البحري الدولي،

وكذلك مركز التحكيم والوساطة التابع للمنظمة العالمية للملكية الفكرية WIPO.

البحرين في نيويورك، وهذه المؤسسات لا تدبر قضايا التحكيم، ولا تطلب رسوماً أو أتعاباً إدارية.

وهناك مجموعة من المؤسسات التحكيمية تساعد في إدارة العملية التحكيمية، وبصفة خاصة تعيين المحكمين، أو المساعدة في تعيينهم، وأخيراً هناك بعض المؤسسات التحكيمية - مثل محكمة التحكيم التابعة لغرفة التجارة الدولية بباريس - تراقب العملية التحكيمية كلها، بداية من إخطار المدعى عليه بطلب التحكيم المقدم من المدعى، وحتى إخطار حكم التحكيم إلى الأطراف، مروراً بالإجراءات التي تتم أثناء سير العملية التحكيمية.

ومن أمثلة اتفاقات تحكيم منازعات العقود الدولية التي تحيل إلى التحكيم المؤسسي ما ورد في البند الثاني عشر من العقد المبرم بين الحكومة المصرية والشركة الاسبانية المصرية للغاز (سيجاس) 2001 لإنشاء، وتشغيل، وإعادة تسليم، رصيف بحري بترولي متخصص في ميناء دمياط من أن: "المنازعات الناشئة عن هذا الترخيص تتم تسويتها طبقاً لقواعد التحكيم المعمول بها في مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي، ويعتبر قرار المحكمين ملزماً ونهائياً للطرفين، ويتم التحكيم باللغة الإنكليزية، وتطبق أحكام القانون المصري، ويكون عدد المحكمين ثلاثة يعين كل طرف محكماً عنه، وإذا لم يتم المدعى عليه بإخطار المدعي كتابة باسم المحكم الذي عليه خلال ثلاثين يوماً من استلام إخطار المدعي كتابة فيقوم المركز ببناء على طلب المدعي بتعيين المحكم الثاني".

المطلب الخامس - صور اتفاق التحكيم

اتفاق التحكيم هو قلب عملية التحكيم وقالها، فهو منشؤها، وراسم خطاها، ومحدد منتهاها. وإذا كان اتفاق التحكيم كذلك، فما هي يا ترى الصور التي يأخذها هذا الاتفاق.

لاتفاق التحكيم صور، إحداهما تقليدية (شرط ومشاركة)، وأخرى حديثة (شرط التحكيم بالإحالة)

أولاً: شرط التحكيم

ويقصد بشرط التحكيم Arbitration clause ذلك الشرط الذي يرد ضمن العقد، والذي تتعهد الأطراف بمقتضاه -قبل نشوء النزاع- باللجوء إلى التحكيم لتسوية ما قد يثور بينهم من منازعات مستقبلاً بشأن هذا العقد.

ويعد شرط التحكيم من أهم صور اتفاق التحكيم قبل وقوع النزاع، سواء ورد ضمن العقد الأصلي المرتبط به النزاع، أم منفصلاً عنه.

وشرط التحكيم لابد أن يكون سابقاً على قيام النزاع، لأنه من غير المتصور أن يكون لاحقاً له، لأنه يرد ضمن بنود العقد الأصلي، غير أن ذلك لا يمنع من أن يرد مستقلاً عن العقد الأصلي، فالعبرة هي بلحظة إبرام اتفاق التحكيم، فإذا جاءت هذه اللحظة قبل نشوء النزاع فذلك هو شرط التحكيم، ويستوي بعد ذلك أن يأتي في العقد ذاته، أو مستقلاً عنه.

وفي أغلب الأحيان يأتي شرط التحكيم بصيغة مقتضبة، أو عامة لا تتطرق إلى التفاصيل، كأن ينص على أن كل نزاع ينشأ بين طرفي العقد يسوى عن طريق التحكيم، فمثل هذا النص لا يستفاد منه إلا مجرد قبول الأطراف لنظام التحكيم كوسيلة لتسوية المنازعات الناجمة عن العقد، ولا يمكن من الناحية العملية تطبيق هذا النص إلا بإبرام اتفاق لاحق له يحدد موضوع النزاع، وكيفية تشكيل المحكمة، والإجراءات التي تتبع في ذلك.⁽¹⁾

(1) د. أحمد مخلوف: اتفاق التحكيم كوسيلة لتسوية منازعات عقود التجارة الدولية، دراسة تحليلية تأصيلية، دار النهضة العربية، القاهرة، عام 2001، ص 33.

ثانياً: مشاركة التحكيم

مشاركة التحكيم هي: "اتفاق خاص يبرمه الأطراف بعد قيام النزاع، وبمقتضاه يتم تحديد موضوع النزاع، وأسماء المحكمين، ومكان وإجراءات التحكيم، وقد يحددون كذلك القانون الذي يطبقه المحكمون".

والمشاركة بهذا المعنى، تختلف عن شرط التحكيم، فإذا كان الأخير يتم الاتفاق عليه قبل نشوء النزاع، ويأتي في أغلب الأحيان كبند من بنود العقد يقتصر دوره على تقرير مبدأ اللجوء إلى التحكيم لتسوية المنازعات التي قد تنشأ عن هذا العقد كلها أو بعضها، فإن المشاركة يتم الاتفاق عليها بعد نشوء النزاع، وفي اتفاق لاحق ومستقل عن العقد الأصلي. كما أنها لا تقتصر فقط على تقرير اللجوء إلى التحكيم في شأن نزاع معين، وإنما تتضمن فوق ذلك تنظيم كل ما يتعلق بالتحكيم، كتشكيل هيئة التحكيم، ورسم حدود ولايتها، واختيار الإجراءات التي تتبعها، وتحديد القواعد الموضوعية واجبة التطبيق على موضوع النزاع⁽¹⁾.

وقد تعقد مشاركة التحكيم تنفيذاً لشرط تحكيم سبق الاتفاق عليه قبل قيام النزاع، وفي هذه الحالة تكون وظيفة مشاركة التحكيم استكمال العناصر اللازمة لإعمال هذا التحكيم الذي سبق تقريره، كاختيار هيئة التحكيم، وتعيين النزاع الذي يطرح عليها، وغير ذلك من المسائل المتعلقة بالإجراءات، أو بالقواعد الموضوعية التي تتخذ أساساً لحكم التحكيم. وقد تعقد مشاركة التحكيم لتقرير اللجوء إلى التحكيم، دون أن يكون هنالك شرط تحكيم متفق عليه في العقد الناشئ عنه النزاع.

(1) وهذا ما أكدته نصوص القوانين المقارنة. من ذلك المادتان (4 و5) من قانون التحكيم الموريتاني لعام 2000، والمادتان (1442) و (1447) من قانون الإجراءات المدنية الفرنسية، والمادة (1029) من قانون التحكيم الألماني لعام 1997. المادة (1/7) من قانون التحكيم السوري.

وإذا كانت مشاركة التحكيم يمكن أن تبرم تنفيذاً لشرط تحكيم سابق، أو تبرم بدون أن يكون هناك شرط تحكيم، إلا أنه من الملاحظ أن مشاركة التحكيم لا يتم اللجوء إليها إلا عند عدم وجود شرط تحكيم، لأن وجود الأخير يغني عادة عن تحرير تلك المشاركة، وهذا ما عبر عنه القضاء الفرنسي في الحكم الذي أصدرته محكمة استئناف باريس في الثمن من يونيو عام 1972.

ثالثاً: شرط التحكيم بالإحالة

إلى جانب الصورتين التقليديتين لاتفاق التحكيم توجد صورة معاصرة، وهي شرط التحكيم بالإحالة *Arbitration clause reference* والفرض في هذه الصورة أن العقد الأصلي المبرم بين الأطراف لم يتضمن شرطاً صريحاً للتحكيم، بل اكتفى الأطراف بالإشارة أو الإحالة إلى عقد سابق بينهم، أو إلى عقد نموذجي، أو شروط عامة معروفة في مجال التعامل بينهم، وذلك لتكملة النقص، أو سد الثغرات التي تعتري عقدهم، وكان ذلك العقد النموذجي... متضمناً من بين بنوده، أو شروطه، بنداً أو شرطاً يقضي بتسوية المنازعات، أو التي تنشأ عنه، بطريقة التحكيم.⁽¹⁾

وفي هذه الحالة ينسحب أثر هذا البند أو الشرط إلى العقد الأصلي، ويلتزم به أطرافه، بحيث تكون تسوية المنازعات الناشئة عن ذلك العقد عن طريق التحكيم، دون

(1) ومثال ذلك أن يحيل الأطراف عند الاتفاق على بناء منشأة صناعية ونقل التكنولوجيا إلى الشروط العامة الواردة في العقد النموذجي رقم (i/188) الذي أعدته اللجنة الاقتصادية لأوروبا عام 1957، حيث يحتوي ذلك العقد، في المادة (1/28) على شرط تحكيم لصالح غرفة التجارة الدولية بباريس. أو أن يحيل هؤلاء إلى الشروط العامة الواردة في العقد النموذجي رقم (i/574) الذي أعدته ذات اللجنة، الخاص بتوريد وتركيب المصانع، حيث احتوت تلك الشروط على البند (1/28) الذي يجعل تسوية أي منازعات تنشأ عن العقد بطريق التحكيم. أو أن يحيل عقود المقاولات الدولية في مجال البناء والتشييد إلى الشروط العامة للفيديك التي من بينها الشرط رقم (67) الذي يتخذ التحكيم طريقاً لتسوية المنازعات بين صاحب العمل، والمقاول، والمهندس.

أن يستطيع الأطراف التنصل من ذلك بمقولة استقلال ذلك العقد الأصلي عن العقد، أو الشروط المحال إليها، والمحتوية على شرط التحكيم. وعلى أي حال يجب عدم الاعتراف بصحة شرط التحكيم بالإحالة بصورة مطلقة، بل لأبد من مراعاة عدة أمور:

أولها: أن يكون العقد الذي وردت به الإحالة مكتوباً. والكتابة يفرضها أمران تيسير عملية إثبات شرط التحكيم بالإحالة، عند إنكاره من أحد الطرفين، كما أن اتفاق التحكيم ذاته يجب أن يكون مكتوباً.

وثانيها: أن تكون الإحالة واضحة لا لبس فيها في عد شرط التحكيم المحال إليه جزءاً من العقد المحيل، بحيث يقطع في معرفة الأطراف بشرط التحكيم الوارد في العقد، أو المستند المحال إليه، كما لو أنه منصوص عليه في العقد المحيل ذاته، سواء علم الأطراف ذلك صراحة أو ضمناً، بمعنى أنه إذا ثبت أن الطرف الذي ينكر شرط التحكيم بالإحالة لم يكن ليعلم بذلك الشرط في الظروف المعتادة، أو يتعذر عليه، أو يستحيل عليه أن يعلم به، فلا يلزم به، ويبقى الاختصاص بتسوية النزاع للقضاء العادي، ما لم يزم الأطراف مشاركة تحكيم يعيدون بها الاختصاص للتحكيم.

المبحث الثاني

القانون الواجب التطبيق على العقود الدولية

يعدّ موضوع القانون الواجب التطبيق على العقود الدولية من الموضوعات المعقدة في القانون الدولي الخاص، بسبب ارتباط هذه العقود بخطط التنمية الاقتصادية في الدولة، مما يجعل الدول تنفر من فكرة إخضاع العقد لقانون آخر غير قانونها الوطني.⁽¹⁾ وعلى الرغم من أن معظم النظم القانونية قد نصت على خضوع العقد للقانون الذي يختاره المتعاقدان، بوصفه قاعدة الإسناد الأولى، إلا أن هذه القاعدة قد همشت في أحيان كثيرة، وذلك بهدف الحد من اختصاص القانون الوطني للدولة المتعاقدة. أما في حالة انعدام اختيار أطراف العقود الدولية لقانون العقد، فإن كل طرف يحاول عند إحالة النزاع إلى هيئة التحكيم إقناع الهيئة بالقانون الذي يرى وجوب تطبيقه. حيث تحرص الدولة المتعاقدة على تطبيق قانونها الوطني، لاعتبارات تتعلق بالسيادة، فيما يحرص المقابل الأجنبي على تدويل هذه العقود، سواءً بإخضاعها لمبادئ القانون الدولي العام، أو لقانون التجارة الدولية.

كما أن لاختيار القانون الواجب التطبيق على العقد آثاراً مهمة، فيما يتعلق بمدى إمكانية تعديل شروط العقد نتيجة لتغير الظروف، وكيفية تطبيق نظرية الظروف الطارئة، وتحديد القواعد الواجبة التطبيق بصدد التعويض المستحق للمتضرر. ونظراً لأهمية تحديد القانون الواجب التطبيق على العقود الدولية، فإن القرينة المجردة للدلالة على الإرادة

(1) د. أحمد شرف الدين: بنود القانون الواجب التطبيق في تحكيم منازعات عقود البترول (تطبيقات في قضية أمين أول)، بحث مقدم إلى المؤتمر الدولي الرابع عن الاتفاقيات الدولية للطاقة ووسائل حسم المنازعات الناتجة عنها، الذي نظمه مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي، مصر، بتاريخ 9-10 مارس/ آذار عام 2002، ص 2.

الضمنية ليست كافية، بل يجب أن يؤدي تفسير عبارات العقد، وجميع القرائن الأخرى، إلى التوصل إلى أن القانون المستخلص هو القانون الذي تم اختياره ضمناً.⁽¹⁾

المطلب الأول - قانون الإرادة (مبدأ سلطان الإرادة)

أولاً - مفهوم قانون الإرادة:

ذهب جانب من الفقه إلى تعريف مبدأ سلطان الإرادة بأنه: "السلطة المعترف بها في نظام قانوني معين، لواحدٍ أو أكثر من الأشخاص، لإنشاء مراكز قانونية يعترف بها هذا النظام، الذي لولا تدخله ومنحه إياهم هذه السلطة ما كان لتلك المراكز من وجود، أو لوجدت ولكن في صورة مختلفة". وقد لاقى مبدأ سلطان الإرادة الكثير من الانتقادات منها:

- (1) إن الدولة هي صاحبة الحق الوحيد في التشريع.
- (2) أنها صاحبة الحق في تحديد نطاق تطبيق ما صدرته من أحكام.
- (3) من هي الجهة التي خوّلت المتعاقدين سلطة وضع القواعد الواجبة التطبيق على عقدهم، وتحديد نطاق تطبيق القوانين.
- (4) أن مبدأ سلطان الإرادة يضعنا في حلقة مفرغة يدور فيها المبدأ ذاته،⁽²⁾ إذ يستمد القانون المختار اختصاصه من سلطان الإرادة، بينما تستمد الإرادة قوتها الملزمة من هذا القانون.

(1) د. منير عبد المجيد: حول مفهوم القانون اخذ بمعرفته الأطراف في العقود الخاصة الدولية، مجلة المحاماة، مصر،

س 71، العدد السابع والثامن، سبتمبر - أكتوبر عام 1991، ص 60-61.

(2) د. هشام علي صادق: تنازع القوانين، دراسة مقارنة في المبادئ العامة والخلول الوضعية المقررة في التشريع المصري، ط 4، منشأة المعارف بالإسكندرية، ص 649.

وقد ظهرت عدة اتجاهات فقهية للرد على ذلك منه (1)

1. اتجه بعض الفقه إلى وضع نظرية وحدانية التحديد -أو التركيز أو التوطين- التي مؤداها أن الموضوع الحقيقي لإرادة المتعاقدين هو تركيز العقد في دولة معينة، وليس اختيار القانون الواجب التطبيق، فـالمتعاقدان لا يختاران قانوناً معيناً يلتزم به القاضي، بل يركزان عقدهما في مكان معين، ومن هذا التركيز يستخلص القاضي القانون الواجب التطبيق.
2. كما رأى اتجاه آخر من الفقه أن امتياز الاختيار الذي يمنحه مبدأ سلطان الإرادة للمتعاقدين يستند على الترخيص الضمني المسبق من الدولة، لكن الصعوبة تكمن في إثبات هذا الترخيص المسبق ؟
3. فيما ذهب جانب آخر من الفقه بأنه يجب التمييز عند التعاقد بين عقدين مختلفين هما العقد الأساسي، وعقد اختيار القانون. وبالتالي فإن العقد الأول هو العقد الذي يكرّس موضوع التعاقد، وأهدافه، ونطاق التزامات الأطراف، بينما يحدد العقد الثاني القانون واجب التطبيق، بحيث يفهم من ذلك أن الأطراف إنما تتعاقد لتحديد قانون معين ليسري على عقدهم الأساسي بما يسمح لهم بتنفيذ الهدف من التعاقد الدولي.

ثانياً- تحديد قانون الإرادة:

يكاد يكون هناك إجماع في التشريعات الوطنية والدولية على أن للمتعاقدين الحرية الكفيلة باختيار القانون الذي ينظم علاقتهم التعاقدية، سواءً كان الاختيار صريحاً، أو ضمناً جرى استخلاصه من ظروف العقد التي تجسّد الإرادة الضمنية للمتعاقدين.

(1) د. أحمد عبد الكريم سلامة: قانون العقد الدولي (مفاوضات العقود الدولية - القانون واجب التطبيق وأزمته)، دار النهضة العربية القاهرة، ط 1، عام 2000 - 2001، ص 169.

وفي حال اتفاق الأطراف على إبرام العقود الدولية، فإن اختيارهم للقانون الذي يحكم هذه العقود، لا يخرج عن أحد احتمالين، الأول اختيار المتعاقدين الصريح للقانون الذي يحكم علاقتهم التعاقدية، والثاني الاختيار الضمني.

1- مفهوم الاختيار الصريح (الإرادة الصريحة):

الاختيار الصريح هو تعبير الأطراف عن إرادتهم في اختيار قانون محدد صراحة تضمنه بند من بنود عقودهم، وقد يكون في وثيقة مستقلة عن العقد الأصلي. ويمكننا القول إنه الإشارة بدلالات قاطعة إلى قانون محدد لحكم العلاقات القانونية الناجمة عن العقود الدولية.

ويتحقق الاختيار الصريح عند قيام المتعاقدين بتعيين قانوناً ما، لكي يحكم العقد المبرم بينهما عند حدوث أي نزاع بينهما، وحينما يفعل المتعاقدان ذلك فإنهما يتوقيان خطر عدم وجود ناظم يحكم نزاعهم عند حدوثه، ويضعان ضابطاً احتياطياً لما قد يثور من منازعات حول هذا العقد.⁽¹⁾

ومتى قام المتعاقدان بتعيين القانون الواجب التطبيق على عقدهم، فإننا نكون أمام اختيار صريح لقانون العقد، وغالباً ما تتضمن العقود الدولية بندين: الأول، يحدد فيه أطراف العقد الدولي الجهة القضائية المختصة بالفصل في النزاع إذا ما نشأ حول الالتزامات التعاقدية، وهذا ما يعرف باسم "شرط الاختصاص القضائي"، والثاني يحدد فيه الأطراف القانون الواجب التطبيق على عقدهم، وهذا "شرط الاختصاص التشريعي".

(1) د. أحمد عبد الكريم سلامة: علم قاعدة النزاع والاختيار بين الشرائع أصولاً ومنهاجاً، مكتبة الجلاء، ط 1، عام 1996.

2- مفهوم الاختيار الضمني (الإرادة الضمنية):

من المتفق عليه أن التعبير عن الإرادة يكون ضمناً، متى كان المظهر الذي اتخذته هذا التعبير لا يكشف بذاته عن الإرادة، ولكنه مع ذلك يدل على هذه الإرادة، ويسهل استخلاصها منه، نظراً لأنه لا يمكن فهمه، إلا على أساس هذا الاستخلاص.

وبناءً عليه، إذا خلت العقود الدولية من نص صريح يحدد الأطراف من خلاله القانون الواجب التطبيق على عقدهم، ولم يبرموا اتفاقاً لاحقاً على العقد يحدد هذا القانون صراحة، وجب على المحكم الكشف عن إرادتهم الضمنية، من خلال استخلاصها من نصوص العقد، وظروف الحال، وملابسات العملية التعاقدية.

والإرادة الضمنية ينبغي اعتبارها وعدم تجاهلها، لأنها إرادة حقيقية تنبئ عن ميل واضح، وإن كان كامناً، إلى نظام قانوني معين، بحيث نكون أمام تحديد أو اختيار ضمني لقانون العقد، أو اعتقاد حقيقي وكاف بشأنه.

ونظراً لذلك، فإن التشريعات والاتفاقيات الدولية لا تحمل الإرادة الضمنية للأطراف، بل تعتد بما وتعول عليها في تعيين القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي، حال خلو نصوصه من التعيين الصريح لهذا القانون.

وتأسيساً على ذلك، يقرر الفقه الغالب ضرورة أن تكون الإرادة الضمنية حقيقية ومؤكدة، بحيث تدل على أن رغبة الأطراف قد اتجهت إلى تطبيق قانون معين على عقدهم، وذلك تقييداً لسلطة المحكم أو القاضي في هذا الصدد، وحتى يأتي استخلاصه لإرادة الأطراف الضمنية تعبيراً حقيقياً عما قصده هؤلاء الأطراف.

المطلب الثاني - اختيار القانون الوطني للدولة الطرف

أولاً - مبررات اختيار قواعد القانون الوطني:

تذهب معظم العقود الدولية إلى النص صراحة على تطبيق قانون الدولة المتعاقدة موقع التنفيذ.

وإذا كانت الغالبية العظمى من العقود المبرمة بين الدول والأطراف الأجنبية، تشير إلى وجوب النص صراحة على تطبيق القانون الوطني، إلا أن ذلك لا يعني الحيلولة دون استخلاص تطبيق هذا القانون على نحو ضمني، ومن خلال تفسير الشروط التي يتضمنها العقد.

على الرغم من أن خضوع العقد المبرم بين الدولة والطرف الأجنبي للقانون الوطني للدولة المتعاقدة يعدّ هو الحل الطبيعي الذي يتمشى مع ذاتية العقود الدولية، وهو الحل الذي تتضافر جميع الاتجاهات السابقة إلى ترشيحه، لمبررات منها:

أنه قرينة مفترضة مستفادة من وجود الطرف.

- 1- بحسبانه طرفاً في العقد.
- 2- بالاستناد إلى أفكار سياسية.
- 3- استناداً إلى مبادئ قانونية.
- 4- إعمالاً لمنهج القانون الدولي الخاص.
- 5- تطبيقاً لأحكام المعاهدات الدولية.

ثانياً - مبررات استبعاد قواعد القانون الوطني:

استبعدت بعض أحكام التحكيم الصادرة بشأن منازعات العقود الدولية تطبيق القانون الوطني للدولة المضيفة بالرغم من كونه القانون المناسب لحكم هذه العقود، بحجة أن هذه القوانين الوطنية:

1- غير متمشية مع حاجات المعاملات الدولية، لما يشوبها من أوجه قصور في التشريع.

2- لا تتضمن القواعد الملاءمة لتفسير بعض العقود الدولية.

3- نظراً لطبيعتها الدينية، لا سيما -على حد زعمهم- أن قوانين الدول الإسلامية التي وضعت في القرن الثامن والتاسع. وكذلك قوانين الدول النامية التي لم تتضمن بعد التنظيم المناسب للعمليات الفنية الحديثة التي تتضمنها بعض العقود الدولية، ومن ثم يتعين استبعادها لصالح تطبيق المبادئ العامة للأمم المتحدة.⁽¹⁾

4- أن هيئة التحكيم تملك تطبيقاً لفكرة النظام العام وعلى نحوٍ ضمني. استبعاد بعض قواعد هذا القانون إذا كانت تتعارض مع مبادئ القانون الدولي. والمحكمون لا يستبعدون هذا القانون تحت ستار النظام العام مباشرة، لكنهم يستخدمون هذه الفكرة من أجل هذه النتيجة على نحوٍ أو آخر، دون أن تظهر بشكل كامل واستبعاد القانون الوطني للدولة المتعاقدة تحت ستار فكرة النظام العام التي تستخدم بشكلٍ غير صريح، بل ضمني، هو ما يفسر حكم التحكيم الذي أصدره الأستاذ *Cavin* في المنازعة بين شركتي *Sapphire Petroleum* و *N.I.O.C*، إذ استند المحكم من أجل استبعاد القانون الإيراني إلى فكرة العادات المتبعة في العقود الأخرى التي أبرمتها الشركة الإيرانية الوطنية للبترول، فجميع هذه العقود تتعلق بالموضوع ذاته، وتتسم بالخصائص ذاتها، وتتضمن الشروط ذاتها، ولا سيما تلك المتعلقة بتنفيذ العقد، واللجوء إلى التحكيم.

⁽¹⁾ د. بشار محمد الأسعد: عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، كلية الحقوق، عام 2004، ص 123.

فإشارة المحكم إلى العادات المتبعة في إبرام هذه العقود، سواءً من قبل الشركة الوطنية الإيرانية للبترو، أو بصفة عامة في إطار عقود البترول، يشكل قاعدة قانونية من قواعد الدولي لا يمكن للأطراف مخالفتها دون المساس بالمبادئ التي تقوم عليها الجماعة الدولية، لا سيما أن هذه العقود تتضمن شرط الفصل في المنازعات الناشئة عنها تبعاً لمبادئ حسن النية، فهذا الشرط يعبر عن نية الأطراف في عدم تطبيق القواعد الخاصة بنظام قانوني وطني محدد، وإنما تفيد انصراف إرادتهم إلى إعمال قواعد القانون المستمدة من المنطق، والتي تعدّ مبادئ عامة مشتركة بين الأمم المتعدنة، فكأن المحكم استند إلى نية الأطراف المفترضة، والدفع بالنظام العام من أجل استبعاد القانون الذي يتصل به العقد على نحو صريح وهو القانون الإيراني. صحيح أن الأطراف لم يقوموا بالإشارة صراحة إلى إعمال نصوص هذا القانون، إلا أن عدم الإشارة إليه لا يعني انصراف إرادتهم إلى استبعاد إعمال أحكامه بقدر ما يفسر ذلك على أنه رغبة منهم في تفادي الخوض في مسألة قد تعرقل إتمام إبرام العقد، ولكنه لا يفسر إهدار إرادة الأطراف من قبل المحكم الذي يستمد من إرادة الأطراف سلطته، واختصاصه في موضوع النزاع.

ومما لا شك فيه أن الأخذ بهذا الاتجاه في العقود الدولية من شأنه أن يؤدي إلى سلب هذه العقود عن الإطار الوطني التي تكون متصلة به اتصالاً وثيقاً، كما يؤدي إلى الانتقاص من حقوق الدولة المضيفة للأعمال،⁽¹⁾ ويؤدي بالمقابل إلى حصول الطرف الأجنبي على حقوق لم يكن يكفلها له تطبيق هذا القانون على النزاع.

(1) د. هدى محمد عبد الرحمن: دور المحكم في خصومة التحكيم وحدود سلطاته، دار النهضة العربية، عام 1997، ص

المطلب الثالث - اختيار قواعد القانون الدولي العام

القانون الدولي العام يعني: "مجموعة القواعد القانونية التي تحكم الدول وغيرها من الأشخاص الدولية في علاقاتها المتبادلة".⁽¹⁾

ويمكن للأطراف في العقود الدولية أن يختاروا قواعد القانون الدولي العام كي تطبق على عقودهم. وهذه القواعد يراد بها تلك:

1- الأعراف الدولية، التي تتصل بالتجارة الدولية، وتشجيع الاستثمارات الأجنبية في مختلف الدول.⁽²⁾

2- المعاهدات، التي تتصل بالتجارة الدولية، وتشجيع الاستثمارات الأجنبية في مختلف الدول

أولاً: الاتجاه المؤيد لتطبيق قواعد القانون الدولي العام:

يذهب جانب آخر من الفقه إلى الدفاع عن ضرورة خضوع العقود الدولية للقانون الدولي العام، استناداً إلى مبدأ سلطان الإرادة، وعلى الرغم من الاختلافات الظاهرة بين الآراء التي تندرج في إطار هذا الاتجاه فإنه يجمعها هدف واحد محدد سلفاً، وهو تدويل عقود الدولة، فإعمال قواعد القانون الدولي يضمن للطرف المتعاقد مع الدولة حماية أكيدة وفعالة، استناداً إلى:

(1) د. محمد عزيز شكري: مدخل إلى القانون الدولي العام، الطبعة الخامسة، كلية الحقوق، منشورات جامعة دمشق، عام 1992، ص 2.

(2) د. جمال محمود الكردي: عقود بيع الأسلحة في النطاق الدولي، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، عام 2003، ص 111.

1- يؤدي تدويل العقد إلى منح الطرف الخاص المتعاقد مع الدولة إمكانية التمسك بقواعد القانون الدولي العام في مواجهة الدولة المتعاقدة مباشرة، وما يترتب على ذلك من حقوق تترتب له في مواجهتها.

2- يؤدي خضوع عقود الدولة للقانون الوطني للدولة المتعاقدة إلى تمكين هذه الأخيرة من تعديل العقد المبرم بينها وبين الطرف الأجنبي، أو إنقائه بإرادتها المنفردة، وهو ما يؤدي إلى الإخلال الصارخ بحقوق الطرف الأجنبي الناجمة عن العقد.

3- متطلبات التجارة الدولية وما تفرضه من ضرورة اللجوء إليه لحل المشاكل المستعصية على القوانين الوطنية لبعض الدول.

ثانياً: الاتجاه الرافض لتطبيق قواعد القانون الدولي العام:

أنكر جانب من الفقه على أطراف العقود الدولية القدرة على إخضاع عقدهم لقواعد القانون الدولي العام، ويرفض هؤلاء تطبيق قواعد القانون الدولي العام، حتى وإن اتفق الأطراف صراحة على تعيين هذا القانون ليحكم العقد المبرم بينهم، مبررين ذلك:

1- حكم المحكمة الدائمة للعدل الدولي (1929) الذي ذهب إلى اعتبار كل عقد بين الدولة، وشخص خاص أجنبي، إنما يجد أساسه في قانون وطني معين، في الوقت الذي تخضع فيه اتفاقات الدول إلى القانون الدولي العام.

2- إن طبيعة القانون الدولي العام تحول دون أن تخضع عقود الدولة لقواعده، نظراً لأن أطراف أحد هذه العقود شخص خاص.

3- إن قواعد القانون الدولي لا تسري إلا على العلاقات التي تتم بين أشخاصه.

4- كما أن إرادة الأفراد تلعب دوراً جوهرياً في إعمال قواعد القانون الدولي العام على العقد، لكن لا يوجد إسناد للعقد إلى القانون الدولي بناءً على قانون الإرادة، إذ إن القانون الدولي لا يدخل في تنازع مع أي نظام وطني أي كان.

المطلب الرابع- قواعد قانون التجارة الدولية

أولاً- تعريف قواعد قانون التجارة الدولية، ومضمونه :

تعددت التعريفات الفقهية لقانون التجارة الدولية، غير أن الملاحظ عليها هو عدم اتفاقها على تعريف موحد لهذا القانون. ويمكن التمييز بين اتجاهات مختلفة حول تحديد المقصود بالقانون التجاري الدولي.

يذهب الاتجاه الأول إلى أن القانون التجاري الدولي هو ذلك القانون الذي تشكل من خلال التعامل في إطار العلاقات الاقتصادية الدولية ليحكم العلاقات الناشئة بين الأطراف المتعاملة في هذا المجال، فهذا النظام القانوني الذي يحكم العلاقات التجارية الناشئة بين الأشخاص الخاصة، يصلح أيضاً ليحكم العلاقات الناشئة بين الدولة والأشخاص الخاصة.

ويذهب اتجاه ثان إلى أن قانون التجارة الدولية يتضمن القواعد القانونية لتعاملات المؤسسات التجارية عبر الدولية، والعلاقات المالية المصاحبة لتلك التعاملات.

كما يذهب اتجاه ثالث إلى أنه: "مجموعة القواعد والعادات التي تعارف المتعاملون في التجارة الدولية على الأخذ بها في معاملاتهم".⁽¹⁾

ويمكن القول إن القانون التجاري الدولي يتضمن المبادئ العامة للقانون، والأعراف، والعادات التجارية، وبعض القوانين الموحدة، ويشمل أيضاً التنظيم القانوني الداخلي للمؤسسات الدولية العامة التي لا تتصل بالنظام القانوني الوطني،

(1) د. هشام الخالد: عقد ضمان الاستثمار "القانون الواجب التطبيق عليه، وتسوية المنازعات التي قد تنور بشأنه". دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، عام 2000، ص 340.

ولا بالنظام القانوني الدولي، وكذلك القانوني الإداري، وقضاء المحاكم الوطنية، والدولية، ولا سيما محاكم التحكيم.

ثانياً - مصادر قواعد قانون التجارة الدولية:

إن قواعد قانون التجارة الدولية تجدد أساسها في مصدرين مستقلين عن القوانين الداخلية، وعن نظام القانون الدولي العام:

1- المصدر الأول فهو عادات التجار، والجماعات المهنية، وأعرافهم، سواءً تبلورت تلك العادات، والأعراف، في صورة عقود نموذجية، أو شروط عامة، أو قواعد موحدة.

2- المصدر الثاني في المبادئ القانونية المشتركة التي استقر قضاء التحكيم التجاري الدولي عليها، بما يتناسب مع العلاقات التجارية الدولية، وهي القواعد العامة للقانون القابلة للانطباق على قواعد قانونية أخرى.

ثالثاً - القوة الملزمة لقواعد قانون التجارة الدولية:

وقد اختلف الفقه في تحديد القوة الملزمة لقانون التجارة الدولية إلى اتجاهين رئيسيين: أحدهما ينكر تمتعها بهذه الصفة الدولية، والآخر يعترف لها بصفة النظام القانوني.

1- أما الاتجاه الذي ينكر على هذه القواعد تمتعها بالقوة الملزمة:

فهو يرى فيها مجرد عادات ذات أصل تعاقدية لا تتمتع بذاتها بقوة الإلزام، لأن الطابع الفني فيها يغلب على الطابع القانوني. ويستند أنصار هذا الاتجاه إلى العديد من الحجج من أهمها:

أ- عدم استيفاء هذه القواعد للركن الموضوعي، إذ أنها لا تتصف بالتجريد، أو العمومية، ولا تتمتع بالجزاء المادي.

ب- معاناتها من التناقض، وسيادة الطابع المكمل، فهي مجرد إحساس شخصي بالعدالة.

ت- أنها لا تستوفي الركن المؤسساتي، حيث لا تنتمي إلى مجتمع منظم ومتجانس.

2- الاتجاه الذي يؤيد القوة الملزمة لهذه القواعد:

أما الاتجاه المناصر لنظرية قانون التجارة الدولية، فيؤكد على عدها قواعد قانونية ذات مضمون عام، ومجرد، نظراً لتقنينها ضمن عقود نموذجية، أو بسبب العمل بها لمدة طويلة، الأمر الذي أسبغ عليها صفة العرف. وتتمثل حجج أنصار هذا الاتجاه في:

أ- استيفاء قواعد قانون التجارة الدولية للركن الموضوعي، فهي قواعد عامة، ومجردة، وتمتع بجزاء ذي طبيعة خاصة.

ب- أنها غير متناقضة، وتحتوي على حلول ملائمة تفتقدها الأنظمة القانونية الداخلية ذاتها.

ت- سيادة طابعها المكمل لا يمنع من إلزامها الذاتي، خاصة في ظل قواعد عبر دولية آمرة.

ث- فضلاً عن أن هذه القواعد تستوفي الركن المؤسساتي حيث تنتمي إلى مجتمع يتمتع بقدر من التنظيم، ووحدة المصلحة.⁽¹⁾

(1) د. بشار الأسعد، مرجع سابق، ص 149.



المصادر والمراجع

الكتب والرسائل:

- د. أبو زيد رضوان: الأسس العامة للتحكيم التجاري الدولي، دار الفكر العربي، عام 1981
- أحمد حميد الأنباري: سكوت الإرادة عن تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي (دراسة مقارنة) - رسالة ماجستير - جامعة الشرق الأوسط - كلية الحقوق - الأردن / عمان - 2017
- د. أحمد رشاد محمود سلام: «عقد الإنشاء والإدارة وتحويل الملكية (B.O.T) في مجال العلاقات الدولية الخاصة: دراسة تحليلية للعقد ومراحل تنفيذه وكيفية تمويله ومخاطره وطبيعته القانونية وقدرته على نقل التكنولوجيا وكيفية تسوية منازعات العقد والقانون الواجب التطبيق»، دار النهضة العربية، القاهرة، عام 2004م
- د. أحمد عبد العزيز ود. وفاء مزيد فلهوط: العقود الدولية - منشورات جامعة دمشق والتعليم المفتوح - قسم الدراسات القانونية - 2008/2007.
- د. أحمد عبد الكريم سلامة: علم قاعدة النزاع والاختيار بين الشرائع أصولاً ومنهاجاً، مكتبة الجلاء، ط1، عام 1996
- د. أحمد عبد الكريم سلامة: قانون العقد الدولي (مفاوضات العقود الدولية - القانون واجب التطبيق وأزمته)، دار النهضة العربية القاهرة، ط1، عام 2000 - 2001
- د. أحمد مخلوف: اتفاق التحكيم كوسيلة لتسوية منازعات عقود التجارة الدولية، دراسة تحليلية تأسيسية، دار النهضة العربية، القاهرة، عام 2001
- د. احمد مسلم: موجز القانون الدولي الخاص المقارن، دار النهضة العربية، القاهرة
- د. أشرف عبد العليم الرفاعي: النظام العام والتحكيم في العلاقات الدولية الخاصة، رسالة دكتوراه مقدمة لجامعة عين شمس، عام 1996
- د. أنس السيد سليمان : الضمانات القانونية لنقل التكنولوجيا إلى الدول النامية والمشروعات التابعة لها - دار النهضة العربية - القاهرة - 1996

- د. بشار محمد الأسعد : عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة - منشورات الحلبي الحقوقية - 2006
- د. بشار محمد الأسعد: عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، كلية الحقوق، عام 2004
- بوخالفة عبد الكريم: نطاق تطبيق قانون الإدارة في عقود التجارة الدولية - رسالة ماجستير - جامعة قاصدي مرباح ورقلة - كلية الحقوق والعلوم السياسية - 2014-2015.
- جعفري بلال : سلطة القاضي الوطني في تعديل العقد الدولي - رسالة ماجستير - جامعة العربي بن مهيدي - أم البواقي - 2017-2018
- د. جمال محمود الكردي: عقود بيع الأسلحة في النطاق الدولي، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، عام 2003
- د. جميل الشرفاوي: محاضرات في العقود الدولية - دار النهضة العربية - القاهرة - 1997م.
- د. جورج شفيق ساري: التحكيم ومدى جواز اللجوء إليه في مجال العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، عام 1999
- حسن علي كاظم: تسوية المنازعات الناشئة عن عقد الترخيص الدولي - رسالة دكتوراه - جامعة الجزائر - كلية القانون - 2004-2005.
- د. حنان عبد العزيز مخلوف : العقود الدولية - جامعة بنها - كلية الحقوق - 2010.
- رمزي الخاني : النظام القانوني للعقود النفطية في الجمهورية العربية السورية - رسالة ماجستير - جامعة دمشق - كلية الحقوق - 2015
- د. ساجر حميد الخابور: عقود الأشغال الدولية. رسالة دكتوراه، جامعة دمشق، كلية الحقوق، 2009م.
- د. سامي محسن السري: بعض الجوانب في القواعد الإجرائية المنظمة للتحكيم التجاري الدولي، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، عام 2004
- د. عبد الرزاق أحمد السنهوري : النظرية العامة للالتزامات - نظرية العقد - الجزء الأول

- الطبعة الثانية - منشورات الحلبي الحقوقية - بيروت / لبنان - 1998.
- د. عزت محمد البحيري: تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، عام 1996
- د. عصام الدين مصطفى بسيم: الجوانب القانونية للمشروعات الدولية المشتركة في الدول الأخذة بالنمو، الطبعة الأولى مكتبة المنهل، الكويت، (1978م)
- د. عصمت عبد الله الشيخ: التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، عام 2000
- عمران علي خليفة: دور المحكم في تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع في عقود التجارة الدولية، رسالة لنيل درجة الماجستير، مقدمة لمعهد الدراسات والبحوث العربية، قسم الدراسات القانونية، عام 1996
- د. فواز صالح: القانون المدني - مصادر الالتزام - الجزء الأول - المصادر الإدارية - منشورات جامعة دمشق - 2010-2011م.
- د. فوزي سامي: التحكيم التجاري الدولي، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، عام 1997
- د. محسن شفيق: «عقد تسليم المفتاح»، نموذج من عقود التنمية، دار النهضة العربية، القاهرة، بدون تاريخ.
- د. محمد عبد المجيد إسماعيل: عقود الأشغال الدولية والتحكيم فيها - منشورات الحلبي الحقوقية - بيروت - 2003
- د. محمد محسن إبراهيم النجار: عقد الامتياز التجاري - دراسة في نقل المعارف الفنية - دار الجامعة الجديدة للنشر - الاسكندرية - 2001م -
- محمد بلاق: قواعد النزاع والقواعد المادية في منازعات عقود التجارة الدولية - رسالة ماجستير - جامعة أبو بكر بلقايد - تلمسان - كلية الحقوق والعلوم السياسية - 2010-2011م.
- محمد نبيل حسين: النظام القانوني للعقد الدولي - رسالة ماجستير - جامعة محمد خيضر - كلية الحقوق والعلوم السياسية - 2015/2016.

- د. محمد وحيد الدين سوار: شرح القانون المدني «النظرية العامة للالتزام»، الجزء الأول، الطبعة السادسة، منشورات جامعة دمشق، 1993.
- د. محمد عزيز شكري: مدخل إلى القانون الدولي العام، الطبعة الخامسة، كلية الحقوق، منشورات جامعة دمشق، عام 1992
- د. محمد حسني عباس : «الملكية الصناعية والمحل التجاري» . (براءات الاختراع . الرسوم والنماذج الصناعية . العلامات والبيانات التجارية . الاسم التجاري . المحل التجاري) . دار النهضة العربية . القاهرة . 1970 م
- محمد نصر محمد: الوافي في العقود التجارية الدولية، دار الراجحة للنشر والتوزيع، الأردن، 2013
- د. محمود الشوقاوي: العقود التجارية الدولية، دراسة خاصة لعقد البيع الدولي للبضائع، دار النهضة العربية، القاهرة، 1992
- د. محمود الكيلاني : عقود التجارة الدولية في مجال نقل التكنولوجيا - دراسة تطبيقية - 1988م.
- د. مصطفى الجمال: د. عكاشة عبد العال: التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، ج1، ط1، الفتح للطباعة والنشر، الإسكندرية، عام1998
- د. منير عبد الحميد: قضاء التحكيم في منازعات التحكيم الدولية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية عام 1995
- د. نجم حمد الأحمد: التحكيم في منازعات العقود الإدارية الدولية، دمشق 2018
- د. نصيرة سعدى: عقد نقل التكنولوجيا في مجال التبادل الدولي - ديوان المطبوعات الجامعية - الجزائر - 1992م.
- د. هاني صلاح سري الدين : المفاوضات في العقود التجارية الدولية - دراسة مقارنة في القانونين المصري والإنكليزي، الطبعة الأولى - دار النهضة العربية - 1998.
- د. هدى محمد عبد الرحمن: دور المحكم في خصومة التحكيم وحدود سلطاته، دار النهضة العربية، عام 1997
- د. هشام خالد : خصائص وطبيعة عقد ضمان الاستثمار - مؤسسة شباب الجامعة -

الإسكندرية - 1988.

- د. هشام خالد: عقد ضمان الاستثمار "القانون الواجب التطبيق عليه، وتسوية المنازعات التي قد تنور بشأنه". دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، عام 2000
- د. هشام علي صادق: القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية - منشأة المعارف - الإسكندرية - 1995م
- د. هشام علي صادق: تنازع القوانين، دراسة مقارنة في المبادئ العامة والحلول الوضعية المقررة في التشريع المصري، ط4، منشأة المعارف بالإسكندرية
- د. وفاء مزيد فلهووط: المشاكل القانونية في عقود نقل التكنولوجيا إلى الدول النامية - منشورات الحلبي الحقوقية - بيروت/لبنان - الطبعة الأولى - 2008.
- الدكتور يوسف عبد الهادي خليل الأكياي: النظام القانوني لعقود نقل التكنولوجيا في مجال القانون الدولي الخاص - 1989.

أبحاث وندوات ومحاضرات:

- د. إبراهيم أحمد إبراهيم: تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية، المجلة المصرية للقانون الدولي، المجلد 37، السنة 81
- د. إبراهيم محمد القعود: الطبيعة القانونية لعقود الاستثمار الدولية - مجلة العلوم القانونية والشرعية - جامعة الزاوية - كلية القانون - ليبيا - العدد السابع - ديسمبر 2015.
- د. أحمد شرف الدين: بنود القانون الواجب التطبيق في تحكيم منازعات عقود البترول (تطبيقات في قضية أمين أويل)، بحث مقدم إلى المؤتمر الدولي الرابع عن الاتفاقيات الدولية للطاقة ووسائل حسم المنازعات الناتجة عنها، الذي نظمه مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي، مصر، بتاريخ 9-10 مارس/ آذار عام 2002
- زياد خليف العنزي: مبدأ حرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية وفقاً لمبادئ مؤتمر لاهاي (2015) - مجلة جامعة الشارقة للعلوم الشرعية والقانونية - المجلد 13 - العدد 2 ديسمبر 2016م.

- د. سامي بديع منصور: عقد الفرائشيز «الحماية القانونية للفرانشيزي في نظام القانون اللبناني»، العدل: مجلة نقابة المحامين. بيروت، السنة الثالثة والثلاثون، العدد الأول، 1999
- د. عبد الحميد الأحمد: التحكيم بالصلح، مجلة التحكيم العربي، العدد الثالث، أكتوبر عام 2000
- د. عزمي عبد الفتاح: سلطة المحكمين في تفسير وتصحيح أحكامهم، مجلة الحقوق الكويتية، السنة الثامنة، العدد الرابع، ديسمبر عام 1984
- د. عكاشة عبد العال: الضمانات القانونية لحماية الاستثمارات الأجنبية، بحث ضمن كتاب بعنوان: آفاق وضمانات الاستثمارات العربية - الأوروبية، مركز الدراسات العربي - الأوروبي، عام 2001
- د. غسان علي: التحكيم في القانون السوري والمقارن، محاضرات غير منشورة
- د. كمال محمد أبو سريع: التحكيم الدولي وأثره في تشجيع الاستثمار وجذب رؤوس الأموال، بحث مقدم لمؤتمر الكويت للتحكيم التجاري الدولي، الكويت، عام 1997
- د. محمد أبو العينين: التحكيم الدولي ودوره في فض منازعات التجارة والاستثمار من واقع تجربة مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي، بحث مقدم إلى مؤتمر الكويت للتحكيم التجاري الدولي، الكويت من 27 وحتى 29 أبريل/ نيسان عام 1997
- د. محمد أحمد علي المخلافي: أثر العولمة على نقل التكنولوجيا، سلسلة دراسات يمنية، مركز الدراسات والبحوث اليمني، العدد 2، ط 1، عام 2001
- د. محمود سمير الشرفاوي: مفهوم التجارية والدولية، مجلة التحكيم، صادرة عن المركز اليمني للتوفيق والتحكيم، العدد الثاني، مارس عام 2000
- د. محمود هاشم: استنفاد ولاية المحكمين في قانون المرافعات، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، السنة 26، العدد الأول والثاني، يناير - يوليو عام 1984
- د. منير عبد المجيد: حول مفهوم القانون المحدد بمعرفة الأطراف في العقود الخاصة الدولية، مجلة الخيام، مصر، س 71، العدد السابع والثامن، سبتمبر - أكتوبر عام 1991
- الدكتورة وفاء مزيد فلهوط: العقود الدولية، الموسوعة العربية (الموسوعة القانونية المتخصصة) - الجمهورية العربية السورية - المجلد الخامس

- ندوة حول العقود الدولية ومسألة نقل التكنولوجيا : الاتحاد الدولي للمحامين - مملكة البحرين - 29-30 سبتمبر عام 2002 م.

اتفاقيات دولية - قوانين - مواقع الكترونية

- الاتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي/جنيف 1961.
- اتفاقية واشنطن لتسوية منازعات الاستثمار / 1965.
- (الموقع الالكتروني www.aifca.com).
- اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع/فيينا 1980.
- (الموقع الالكتروني www.Uncitral.org).
- القانون المدني السوري، مرت 84 تاريخ 1949/5/18. منشور في الجريدة الرسمية - العدد 27 - ص 1409.
- قانون التحكيم السوري رقم 4 الصادر بتاريخ 2008/3/25.
- الموسوعة العربية - الموسوعة القانونية المتخصصة - الجمهورية العربية السورية
- (الموقع الالكتروني WWW.Arab-ency.com).
- صحيفة الوطن . العدد 407 السنة الثانية . السبت 10 نوفمبر 2001م.
- <http://www.alwatan.com.sa/info/contactus.Htm>
- صحيفة الجزيرة . العدد 10329 . الطبعة الأولى . الاثنين 12 شوال 1421 كاتون الثاني 2001.
- <http://www.suhuf.net.sa/2001Jaz/8/ec2.Htm>
- Juan chichero: what is a franchise?
- <http://www.juanchichero.com/queesunafranquicia.htm>

- **Cynthia C.Cannady**: «Successful Technology licensing»
-Seminar on international contracts and Transfer Technology, Kingdom of Bahrain -29/30 September - 2002.
- **Hoshimi Uchida**: «western big business and the adoption of new technology in japan: The Electrical Equipment and chemical Industries 1890-1920», development and diffusion of technology -proceedings of the fuje confrence- unviersity of Tokyo press-1880
- **Jack Baranson - Technology and The Multinationals**
Corporate Strategies in a changing World Economy, Massachusetts, Toronto, 1978
- **Jean Marie Deleuze**: le contrat de transfert de processus technologique (know - how) -3 éme édition, masson, paris, 1982.
- **Dr: Jurgen Bischoff and Yehia Soubra.:** New approaches to science and Technology Cooperation and Copacity building - U.N. New york and Geneva- 1998
- **Salem (M.) et sanson (M.A): Les contrats (cle en Main et Les contrats produiten en Main)** Librairies techniques, paris, 1979

- **Guide for drawing up international contract on consulting engineering, including some related aspects of technical assistance, ECE /TRADE/ 145-U.N. New york. 1983**
- **Guide on Drawing up international contracts on industrial co-operation «United Nations Economic commission for Europe» –Genève, Switzerland –**
[http:// www. unesco. org/ welcomef. htm](http://www.unesco.org/welcomef.htm) 2003-02-05
- **OECD (Development centre of the organisation for Economic co-operation and development): Choice and Adaptation of technology in developing countries «An overview of Major policy Issues», paris, 1949.**
- **patterns of technology transfer in the ESCWA region and methods for improving their efficiency E-Escwa-NR-87-18-28 December-1987**
- **Principles of International commercial contracts, International Institute for the Unification of Private Law, Roma 1994**

اللجنة العلمية

د. أمل يازجي

د. ماهر ملندي

د. نور الدين خازم

المدقق اللغوي:

د. محمود سالم محمد

حقوق الطبع والترجمة والنشر محفوظة لمديرية الكتب والمطبوعات