

وزارة التعليم العالي و البحث العلمي

جامعة أبو بكر بلقايد

- -

وم السيد اسية

كلية الحق

مذكرة تخرج لنيل شهادة ماجستير في القانون الخاص تخصص " قانون مسؤولية المهنيين "

خطابات النوايا كوسيلة قانونية لتأمين تنفيذ الالتزامات (دراسة تأصيلية تحليلية مقارنة)

إشراف الأستاذ:

إعداد الطالبة:

أ.د. بموسات عبد الوهاب

مجاجي سعاد

أعضاء لجنة المناقشة

- | | | | | |
|---------------|-------------------|----------------------|------------------------|---|
| رئيسا | جامعة تلمسان | أستاذ التعليم العالي | أ.د. بوعزة ديدن | - |
| مشرفا و مقررا | جامعة سيدي بلعباس | أستاذ التعليم العالي | أ.د. بموسات عبد الوهاب | - |
| مناقشا | جامعة تلمسان | أستاذ محاضر قسم (أ) | د. بن مرزوق عبد القادر | - |

السنة الجامعية 2011 2012

"إِنَّمَا الْأَعْمَالُ بِالنِّيَّاتِ وَإِنَّمَا لِكُلِّ امْرِئٍ مَا نَوَى"

حديث شريف .

شكر و عرفان

الحمد لله والصلّاة والسّلام على رسول الله وآله وصحبه ومن والاه، و بعد:

فإن واجب الوفاء يحتم علي أن أتقدم بوافر الشكر والتقدير إلى أستاذي الفاضل الدكتور بموسات عبد الوهّاب لتفضّله بالإشراف على هذه المذكرة والذي كان له الفضل في أن أرشدني إلى هذا الموضوع، وشجّعني على الكتابة فيه، ولما بذله من جهد مخلص، فقد كان لصبره وتدقيقه وإبداء ملاحظاته السديدة، الأثر الواضح في توجيه سير دراستي نحو الاتجاه الصحيح، وفقه الله وجزاه عنّي خير الجزاء.

كما لا يفوتني أن أتوجّه بالشكر الجزيل إلى الأساتذة أعضاء لجنة المناقشة على تفضّلهم بقبولهم مناقشة هذا العمل المتواضع رغم كثرة انشغالاتهم وأخص بالذكر الأستاذ الدكتور بوعزة ديدن على سعة صدره والذي لم يبخل علي بأي معلومة لديه في سبيل تمكيني من السير قدما نحو بلوغ الغاية ، كما لا أنسى الأستاذ بن مرزوق عبد القادر والذي أدين له بكل وفائي وتقديري .

ولجميع من أسدى لي معروفا...

لهم جميعا مزيد شكري وبالغ عرفاني .

إهداء

إلى ذكرى والداي رحمهما الله واسكنهما فسيح جنانه.

إلى روح أخي رحمه الله.

إلى شقيقتاي وعائلي.

إلى زميلاتي وزملائي.

إلى كل من أحب الخير وعمل به لوجه الله تعالى

... أهدي هذا العمل المتواضع.

الباحثة

Liste des abréviations

<p>A.J.D.A : Actualité juridique de droit administratif.</p> <p>al : Alinéa.</p> <p>Art :article.</p> <p>Bull :Bulletin .</p> <p>Bull. Aix : bulletin des arrêts de la cour d’appel d’Aix-en –Provence.</p> <p>Bull.Cass.civ : Bulletin des arrêts de la cour de cassation .(chambres civiles).</p> <p>Bull. Joly : bulletin Joly sociétés.</p> <p>C.A : cour d’appel.</p> <p>Cass : cour de cassation.</p> <p>civ. 1^{ère} (2^{ème} , 3^{ème}) : Première(deuxième ou troisième)chambre de la cour de cassation.</p> <p>C.civ.fr : code civil français.</p> <p>c.com : code de commerce.</p> <p>c. consom : code de consommation.</p> <p>C.mon et fin : code monétaire et financier.</p> <p>C.pr.civ : code de procédure civile.</p> <p>Chron : Chronique.</p> <p>Com : commentaire.</p> <p>Concl : Conclusions.</p> <p>CVIM : convention des nations unies sur les contrats de vente internationale de</p>	<p>:</p> <p>: . جريدة رسمية</p> <p>:</p> <p>:</p> <p>:</p> <p>:</p> <p>:</p> <p>: ..</p> <p>: . . .</p> <p>: . مجلة قضائية</p>
---	--

marchandises du 11 avril (convention de Vienne).

D : Dalloz.

Defrénois : Répertoire du notariat defrénois.

Dr.& patr. : Droit & Patrimoine.

Ed : Edition.

Gaz. Pal. : Gazette du Palais.

IBLJ :International Business law .
journal.

J.-Cl. :Juris-Classeur.

JCP E : Juris-classeur périodique,
édition entreprises.

JCP G : juris-classeur périodique ,
édition générale.

LPA : Les petites affiches.

L.G.D.J : librairie générale de droit et
de la jurisprudence.

Obs. : observation.

N. :numéro.

Op.cit :ouvrage précité.

P. : Page..

P.P. :paragraphe.

Préc. : précité.

Rapp. C. Cass : rapport de la cour de
cassation.

RDAI :revue de droit des affaires
internationales.

REV. Banque : revue de banque.

RD banc.fin. : revue de droit bancaire

et financier.

RDC : revue des contrats.

RCDIP : revue critique de droit international privé.

RDPSP : revue de droit public et science politique.

RCDI : revue critique de droit international.

Rev. Sociétés : revue de société.

RID comp : revue internationale de droit comparé.

RLDA : revue Lamy droit des affaires.

RLDC : revue Lamy droit civil.

RTD civ : revue trimestrielle de droit civil.

RTD com : revue trimestrielle de droit commercial.

Rép. Dalloz : répertoire Dalloz.

Tr : tribunal.

مقدمة

النية هي القصد أو عزم القلب على شيء معين¹، ومن ثم فهي إرادة باطنية طالما أن صاحبها لم يعبر عنها بقصد إنتاج أثر قانوني معين. ويتم الاستدلال عليها بطريقة غير مباشرة، عندما يلبسها تصرف خارجي للشخص، وتصبح للنية أهمية في التصرفات عندما يقرر القانون تحديد وصف وأثار تصرف معين في ضوء حسن النية وسوءها. ومن ثم فإن النية إذا ظلت مستترة في نفس صاحبها دون أن تبرز إلى العالم الخارجي بعلامات وقرائن خارجية فإن القانون لا يعبأ لها ولا يرتب عليها أثرا، فالأصل أن القانون لا يعتد بالأفكار والنوايا لأن ما يعتد به القانون هو تنظيم علاقات الأشخاص. وما دامت هذه الأخيرة حبيسة نفس الشخص فلن يكون لها تأثير على علاقاته بغيره، لذلك لم يكن للقانون شأن بعالم النوايا والضمير الذي تحكمه قواعد الدين والأخلاق².

وكثيرا ما يقع الخلط بين النية والإرادة فيجعل منهما شيء واحدا، بيد أن الأمر على خلافه، ذلك أن القول بأن النية هي الإرادة، فإن ذلك يعني تقرير لها طبيعة موضوعية، بخلاف الواقع الذي يشهد بأن للنية طبيعة ذاتية بحتة، لا حاجة لإظهارها لأنها غير ظاهرة إلى العالم الخارجي لكي تترتب عليها الآثار القانونية. فهي الرغبة في الحصول على شيء معين، وهذا الشيء في العلاقات التعاقدية يفترض أن يكون عائدا إلى شخص آخر غيره، وهو عندما يرغب في هذا الشيء عليه أن يطلبه من مالكه، أو أي شخص ذو صفة، وإلا فلا تعتبر رغبته هذه، أو بالأحرى إرادته التعاقدية، إذ أن الإرادة متوجهة إلى شخص آخر معين بخلاف النية التي هي قرار مع النفس غير متوجهة إلى شخص آخر.

أما وإن الفقهاء يتحدثون عن الإرادة الباطنية في بعض الأحيان ويقولون بتغليبها في بعض الفروض والحالات على الإرادة الظاهرة، فهذا لا يسوغ الخلط بينها وبين النية، إذ أن التعارض بين الإرادة

¹ "النية من الفعل نوى، يقال نوى: نواة ونية الشيء وتناه وانتواه وقصده قصدا وقصد إليه، و عزمه عزمًا ومعزما وعزمانا وعزيمة وعزمة وعزم عليه."، لمزيد من التفصيل، راجع: حنا غالب، كنز اللغة العربية (موسوعة في المترادفات والأضداد والتعابير)، معجم المعاني الشامل للألفاظ التي

تصاغ بها تلك المعاني مرتبة حسب مفهومها وفكرتها والتداعي الذهني الذي يرافقها، ط1، مكتبة لبنان ناشرون، بيروت، لبنان 2003، ص. 411.

² إن القانون لا يهتم إلا بالسلوك الخارجي للإنسان، أي كل ما يقوم به الإنسان من أعمال وأقوال يدركها غيره من الناس أو باستطاعتهم إدراكها، وهذا يتطلب حينئذ إظهاره وإخراج هذا السلوك إلى العالم الخارجي، وإذا كان سلوك الفرد أيا كان يصدر حتما عن نية وإحساس أو تفكير،

فإن القانون لا يهتم به طالما لا زال كامنا في النفس، أي مجرد تفكير يدور في خلدته ولم يعبر عنه بالقول أو بالفعل الذي يخرج به إلى الواقع، غير أنه توجد بعض الاستثناءات لهذا المبدأ إذ يأخذ القانون في الحسبان في بعض الحالات بالنوايا والبواعث الكامنة في النفس، كتكليف قانون العقوبات

مثلا لبعض الجرائم والجنح على أساس نوايا الفاعل... علي فيلالي، مقدمة في القانون، موفم للنشر والتوزيع، الجزائر 2005، ص. 40.

الظاهرة والإرادة الباطنية يأتي نتيجة عدم الفلاح في التعبير عن الإرادة الحقيقية التي تولدت عن النية. فالتعبير عن الإرادة هو الوسيلة التي تظهر بها الإرادة إلى الحيز الخارجي. وهذا أقل ما يتطلبه القانون لكي يكون للإرادة وجودها القانوني .

والغاية أو الباعث من وراء هذه الإرادة أنها لا تتولد إلا لغاية، أو باعث يجول في نفس الإنسان بصدد أمر معين. فالنية والإرادة متفقتان في أنهما وسائل مترابطة للوصول إلى غاية. هذه الغاية أو الباعث هو المقصود من العملية القانونية المزمع إجراؤها.¹ كما يقول أهل المنطق: "مقدم في الذهن مؤخر في الخارج"، أي أنها في العمليّات الذهنية تأتي في المقدمة، ولكن وقوعها في العالم المادي يأتي مؤخرا.

ومن هذا يتبين وجه التمييز بين النية والإرادة الباطنية منها والظاهرة. ولا يعني هذا فصل النية عن الإرادة فصلا تاما، بل إن العملية العقلية بصدد التعاقد متصلة الحلقات تبدأ بمرحلة التفكير في الأمر وتصوره، وتتم بمرحلة المداولة والتفكير في جوانبه حتى يصل الأمر إلى قرار ذاتي بشأن أمر معين. ومن ثم يتولد عن هذا القرار رغبة في الحصول على أمر معين، حيث أن القرار يعد نية الشخص، أما الرغبة فهي الإرادة. وهذه النية والإرادة تدوران في فلك غاية أو باعث تتحقق نتيجة تنفيذ هذه الإرادة.

و يمكن تحديد إبداء الإرادة بأنه مسلك فاعل أو منفعل يتيح استخلاص إرادة معينة. والصعوبة الأساسية هنا هي التفريق بين المسالك التي تكشف عن إرادة حقيقية للتعاقد والتي لا تترجم إلا مجرد النية بدون قيمة قانونية. فكل مسلك فاعل أو غير فاعل يمكن أن يظهر إرادة صاحبه منذ اللحظة التي من العادة الاعتراف فيها بمدلول كهذا حتى ولو نتج هذا المدلول طبيعيا عن ظروف الحالة. وهذا الحل يفرضه الأمن القانوني².

وهناك بالتأكيد إبداء صريح للإرادة عندما يستخدم فاعله التعبير، أي أسلوب معد بشكل أساسي لإطلاع الغير. والأمر على هذا النحو عندما يكون الكلام مقولا أو خطيا. فتنحصر العقد أو تبادل الكتب أو البرقيات أو التلكسات أو مجرد تبادل الأقوال يعبر صراحة عن إرادة فاعله. والتعبير بالإيماء له المدلول عينه. وتشكل الإيماءات التي يكرسها الاستعمال كالإيماءات التي تترجم إرادة البيع والشراء في البورصة أو بصورة أبسط إيماءة الاشتراك في المبيعات العامة بالمزاد العلني تشكل الإبداء الصريح. وعندما لا

¹ شيرزاد عزيز سليمان، حسن النية في إبرام العقد (دراسة في ضوء القوانين الداخلية والاتفاقات الدولية)، ط 1، دار دجلة، عمان، الأردن 2008، ص.137.

² جاك غستان، المطول في القانون المدني (تكوين العقد)، ترجمة منصور القاضي، ط 3، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان 2008، ص.392.

يمكن تبين من وراء واقعة ما أي إرادة تتوخى إعطاء هذه الواقعة مدلولاً موجهاً إلى الغير، فلا يكون هناك سوى أمانة انطلاقاً منها يمكن للتعبير عن الإرادة أن يكون مفترضاً وحسب.

و هكذا يتميّز إبداء الإرادة الصريح والضمني بنية الإعلان، أي بالهدف الذي يتابعه الفاعل. غير أن هذا الهدف لا يؤخذ في الاعتبار إلا عبر الوسيلة المستخدمة التي يجب أن تكون نمط إعلان يكرسه القانون أو العادة. وفي أي حال، سهل الإدراك من قبل المرسل إليه ومجرداً من اللبس، هكذا إن الصمت من حيث المبدأ لا يساوي قبولا¹. غير أنه يمكن أن يساوي قبولا استناداً إلى القانون أو العادة عندما تعطي الظروف الصمت مدلولاً موضوعياً على قبول مجرد من اللبس، حيث يشكل هذا الصمت وسيلة تعبير لها قيمة الرضا. والأمر على هذا النحو عندما يسمح التكرار السابق لعقود من الطبيعة عينها مبرمة بدون قبول معبر بشكل أكيد لفاعل الإيجاب بالاعتماد على التنفيذ في حال عدم وجود رفض صريح. ويبدو أنه يجب فهم الاستثناء المقبول عموماً بالنظر إلى علاقات سابقة بين الفريقين مع هذا المرمى المحصور. ومن المسموح به بصورة خاصة الاستنتاج من مجرد وجود مفاوضة جارية أن الصمت تجاه إيجاب ما يساوي قبولا، ويعود بالطبع لمن تدرّع بالصمت الذي أبداه المرسل إليه الإيجاب كان له المدلول الموضوعي للقبول، مما يستدعي أن يكون على الأقل مفهومًا على هذا النحو من قبل الفريقين.

هذا وتجدر الإشارة إلى أن الشخص حرّ في ما يبيده من إرادة الالتزام، أو عدم الالتزام ويعتبر ذلك تطبيقاً لمبدأ سلطان الإرادة² الذي ظهر نتيجة لصدى الأفكار الفردية التي برزت في فرنسا من خلال إعلان حقوق الإنسان والمواطن في 26 أوت 1789.³ وقد انطبعت هذه الأفكار في أذهان واضعي القانون في فرنسا، فجاء تقنين نابليون لسنة 1804 مستجيباً لهذه الأفكار آخذاً بمبدأ سلطان الإرادة، هذا المبدأ الذي يعني في وجهه الإيجابي بالقوة الملزمة للعقد من خلال الإرادة الحرة لأطرافه. ويضفي في وجهه السلبي الشرعي الحرية في رفض التعاقد، حيث يقوم على أساس فلسفي مفاده الاعتقاد الراسخ بأن هناك حرية طبيعية للإنسان. فالمجتمع لا بد له من أن يقر للإنسان بأكبر قدر من الحقوق وأن يكرس الحرية التي تخصه بصفة طبيعية. ومبدأ سلطان الإرادة ليس له إلا أحد الوجوه الخاصة لهذه الفلسفة.

ومن هذه الحرية التي أقرت كمبدأ عام القاعدة التي مفادها أن الإنسان لا ينبغي أن يخضع إلا للالتزامات التي ارتضاها وأن كل ما يرتضيه من التزامات يفرض عليه. وقد جاءت المادة 1134 من تقنين 1804 المتضمن القانون المدني الفرنسي لتؤكد على ذلك بنصها على أن الاتفاقات إذا تمت

¹-Marie Lamoureux, Les déclarations d'intention en droit privé, RLDC du 01/04/2008, n 48, p.10.

² Laurent Leveneur, la liberté contractuelle en droit privé : les notions de base (autonomie de la volonté ,liberté contractuelle, capacité...),AJDA 1998, p.676.

³-Aurélien DUFFY, La constitutionnalisation de la liberté contractuelle, RDPS, 20 juin 2006, n 6, p.15, pp.69.

مشروعة، تقوم مقام القانون لمن تعاقد عليها. بحيث أنّ القيد الوحيد هو مطابقتها للنظام العام هو نفسه ما جاء ثابتاً في نص المادة 6².

ومبدأ سلطان الإرادة ما هو إلا انعكاس لسياسة الحرية الاقتصادية في نطاق القانون الخاص، وهذه السياسة تأكدت خلال القرن الثامن عشر والقائمة على الشعار القائل: "دعه يعمل دعه يمر" التي تفترض أن كل فرد مستقل عن الآخر وأن الأفراد متساوون. ومن ثم فكل فرد يجب أن يكون له حرّيته التي لا يحدّها سوى حرّية غيره من الأفراد. فالنشاط الاقتصادي للأفراد يحكمه مبدأ حرّية التجارة والصناعة، والتزامات الأفراد لا بد أن تستند إلى الإرادة باعتبارها السبيل الوحيد لتقييد حرّية صاحبها. وهذا إن دلّ على شيء إنّما يدلّ على أثر الاقتصاد الفردي في القانون، إذ كانت الفردية طابع العصر وذات تفرد طاغ وكان مبدأ حرّية التعاقد، إلى جانب العقد شريعة المتعاقدين، أداة ضرورية لضمان تنفيذ مبدأ "دعه يعمل دعه يمر" الذي يقوم عليه النظام الليبرالي.

والمتطلّع في عالم الأعمال منذ نهاية القرن الماضي، يلحظ أثر هذه الحرّية في نطاق علاقات الأشخاص الخاصة على المستوى الدولي بالخصوص، حيث ظهرت آليات جديدة في التعاقد.

فظهر العقود التي تتسم بالتعقيد والتركيب والمشروعات العملاقة خصوصاً في نطاق التجارة الدولية بين الشركات الكبرى أو متعدّدة الجنسيات والتي كثيراً ما تنصبّ على عمليات مركّبة ومليئة بالتعقيدات الفنية والقانونية تقدّر قيمتها بأموال طائلة، وتتطوي على مخاطر كبيرة بالنسبة لأطرافها، وبالتالي تتعدّد مسبوقاً بمرحلة طويلة ومعقّدة من المفاوضات الشاقة التي تستغرق في كثير من الأحيان وقتاً طويلاً ونفقات باهظة. أدى بالمثلين لحياة الأعمال للبحث عن سبل وآليات جديدة تقلّل من مخاطر الارتباط لحماية مصالحهم المتعارضة وكانت الدول الأنجلوأمريكية الوسط المناسب لقيام مثل هذه الأخيرة.

وقد كان النظام القانوني الأنجلوأمريكي بصورة خاصّة يعدّ مبدأ حرّية التعاقد حجر الزاوية في قانون العقود، وأنّ التفاوض مغامرة حيث أنّ الأطراف العازمين على التعاقد أحرار في التفاوض أو الانسحاب منها حيثما أرادوا ودون أن يكون هناك خطر من قيام المسؤولية خارج نطاق العقد وقبل اكتمال أركانه. وهذا يعني أنّ المقدم على التعاقد عليه أن يحافظ على مصالحه بنفسه. فالكلّ يسعى لتحقيق مصلحته، ولا التزام على أحدهم بمراعاة مصالح الطرف الآخر.

¹ Art 1134 c.civ.fr. dispose que : « Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise. Elles doivent être exécutées de bonne foi ».

² Art 6 c.civ.fr. énonce : « ON ne peut déroger par des conventions particulières aux loi qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs. »

والواقع أن كل شخص يقدم على التفاوض يتنازعه عاملان: حرية التفاوض وأمن المفاوضات. فالأول يستوجب أن يحتفظ المتفاوض بكامل حريته طيلة مرحلة المفاوضات بحيث يستطيع العدول عن المفاوضات في وقت حسب ما يترأى له وفقا لمصالحه. فإن حَققت الصفة مصلحة له أكمل المفاوضات، وإن لم تحقق له الصفة مصلحة له استطاع أن ينسحب منها ويرفض التعاقد بحرية تامة.

أما الثاني يتطلب أن يشعر المتفاوض بالأمان والطمأنينة أثناء التفاوض وذلك حتى يتسنى له المضي قدما في تفاوضه وهو هادئ لا يخشى التعرض لأي ضرر من جراء قيام المتفاوض الآخر بتصرفات تتنافى مع ما يقتضيه حسن النية والأمانة في التعامل.

ومن أجل التوفيق بين هذين العاملين المتعارضين، ولأن القانون التجاري ليس إلا تراكما للممارسات والأعراف التجارية، ألف الفرقاء في المفاوضات خاصة تلك التي تتم بالمراسلة بين مدراء ورؤساء المؤسسات والشركات على تبادل كتب يسمونها "خطابات نوايا" أو "مجرد عهود شرف" أو "خلفية حصرا"¹ في فكر الذين يدعون الارتباط بها، للتعبير عن رغبتهم في عدم الالتزام والإفلات من دائرة القانون، فتكون معلقة على محض مشيئتهم إن شاءوا نفذوها وإن شاءوا امتنعوا عن تنفيذها. وهذا يعني أنهم ينتظرون أن لا يكونوا مرتبطين بها، وهذا ما يجب، بحيث يجدون في حالة تخلفهم عن تنفيذها ما يعفيهم من كل مسؤولية. ولكن الملاحظ أن تسمية واحدة تشمل عدة أوضاع مختلفة، و فلم يعد ينبغي التحويل على العنوان المعطى لها ، فقد أثبت الواقع العملي أن هذه الكتب أصبحت لها استخدامات أخرى تتداخل بعضها في علاقة المتعاقدين ببعضهم وبعضها في علاقة أحد المتعاقدين بالغير تجمعها به علاقات اقتصادية، حيث ذاع التعامل بها في ميدان أقل ما يقال عنه أنه يتسم بالقسوة والصرامة وهو قانون البنوك والقروض (الائتمان) مما أطلق عليها خطابات التزكية، خطابات التوصية ، خطابات الثقة، خطابات المساندة، خطابات المؤازرة ...، والتي سرعان ما انتشرت في الدول اللاتينية بما فيها فرنسا في فترة الستينات بفضل الاستثمارات الأمريكية الكبيرة في دول أوروبا والشرق الأوسط آنذاك.

و الملاحظ أن نشأة هذه الآلية في فرنسا كانت عن طريق العرف بعيدا عن أي تدخل تشريعي. إذ لم يحصل تقنين لها.

كما أن المحاكم، رغم تدخلها المتكرر في هذا الموضوع، لم تستقر على تحديد معين لمضمونها.

¹-les hommes d'affaires préfèrent souvent se reposer sur la « parole de gentilhomme » dans une courte lettre, avec une poignée de main , « sur la commune honnêteté », même quand la négociation comporte des risques consistants ...».
voir :G.ALPA, Le contrat individuel et sa définition, RID comp, n 2, avril-juin 1988, p.337.

مما يطرح على بساط البحث ما إذا كانت مثل هذه الاتفاقات تعتبر اتفاقات مدنية قابلة للتنفيذ الجبري أم تبقى خارج إطار القانون، لأن أطرافها أرادوا لها ذلك؟

حيث أنّ الصعوبة الحقيقية تكمن في تحديد مضمون تلك الوثائق والاتفاقات وطبيعتها القانونية وما قد ينجم عنها من آثار بسبب الاختلاف على تكييفها وتغاير مسمياتها من جهة، واختلاف نظرة القوانين المطبقة من جهة أخرى.

وتأتي أهمية البحث في أن الموضوع جديد على فقه القانون الخاص نسبياً، ويدور بشأنه الكثير من الجدل والخلاف. ولم يتناوله أي من الكتاب بنظرة شاملة على صعيد الفقه في البلاد العربية. فغالبا ما يتطرق الفقه لدراستها بصفة عرضية عند دراستهم لموضوع التأمينات أو مرحلة التفاوض. وقد أحدث ذلك فراغا في المكتبة القانونية لدينا، لعلّ وعسى أن تساهم هذه الدراسة في سد جزء من هذا الفراغ من خلال إلقاء الضوء على هذه الوسيلة الجديدة في التعامل.

كما أن البحث في هذه الجزئية له أهمية بالغة ليس فقط بالنسبة لموضوع الباحثة وإنما أيضا وبالخصوص بالنسبة للمتعاملين بها. فتسليط الضوء على الموضوع يبين لهم مدى هي الآثار القانونية المترتبة عن بعض تصرفاتهم غير المسمّاة. هذا وقد يساهم البحث في تطوير القانون الوطني الذي يبدو موقفه غامضا ومبهما بخصوص الآلية، بالرغم من الأهمية البالغة التي تحظى بها على المستوى الاقتصادي الدولي.

و لقد عارضت الباحثة مشاكل عويصة منها:

- عدم تنظيم هذا التصرف من طرف معظم التشريعات، ووجود قواعد قليلة جعلت الباحثة تلجأ إلى النظرية العامة للعقود لتكملة نظامه.

- عدم وجود مراجع في الموضوع والتي لقيت الباحثة صعوبة في جمعها عدا تلك التي تحصلت عليها من مواقع الانترنت.

هذا ولقد تمّ اتباع في دراسة موضوع البحث المنهج الموضوعي القائم على الدراسة المقارنة لأنها لم تقتصر على بيان موقف القانون الجزائري وإنما امتد نطاق البحث فيها إلى بيان موقف القانون الفرنسي وغيره من القوانين المقارنة وذلك للوقوف على ما بين هذه القوانين من اتفاق أو اختلاف في هذا الشأن والذي ربّما يكون الحافز في المستقبل بالنسبة للمشرع الجزائري لتنظيم الآلية من النقطة التي انتهت إليها هذه القوانين. وللدراسة أيضا طابع تأصيلي لأنها تقوم على تأصيل فكرة خطابات النوايا لمعرفة مفهومها الحقيقي وطبيعتها القانونية وذلك باستقراء الحلول التي قال بها الفقه والتي أقرها القضاء، خاصة الفرنسي

في هذا الصدد. هذا بالإضافة إلى الدراسة التحليلية التي تعتمد على تحليل خطابات النوايا بحسب أسلوب صياغتها وبناء هيكلها .

وعلى ضوء ما تقدّم ومن أجل الإجابة على الإشكالية السالفة الذكر، فقد تمّ تقسيم خطة البحث إلى قسمين خصّص الأول لتحديد الطبيعة القانونية لخطابات النوايا، أمّا الثاني فلدراسة النظام القانوني لخطابات النوايا.

الفصل الأول

الطبيعة القانونية لخطابات النوايا

الفصل الأول

الطبيعة القانونية لخطابات النوايا

إن الكيفيّة التي يتعاقد بها الشخص أي الوسيلة المادية التي يوافق من خلالها على الالتزام تجاه طرف تاجر آخر بتعهّد تجاري معيّن، هي أمر هام لأن تلك الكيفية يمكن أن تبين متى يكون ملتزما تجاه الطرف الآخر، ومن ثم يكون مرتبطا بالمعاملة المعنية، كما تبين أحكام تعهده وشروط عقده.

وقد أوجد التّجار منذ وقت طويل سبلا للتعبير عن نيتهم في الالتزام تجاه بعضهم البعض وقد تجاوب السوق تجاوبا سريعا ومتسما بسعة الخيال مع المتغيرات المتلاحقة على مدى العصور ابتداء من العصر الذي كان فيه الطرفان يتحادثان فحسب، ثم أصبحا يتصافحان ثم يوقعان على المستندات ثم أصبحا يتراسلان بالبريد، ومع كل هذه المتغيرات لم يصمد السوق فحسب بل ازدهر ولا مجال لكثير من الشك فالشيء ذاته سيحصل لدى استعمال رسائل أو كتب إثبات النوايا التي ابتدعها التّجار من واقع خبراتهم وتجاربهم وشاع استخدامها في مجموعات الشركات، فالمسألة كانت ولا تزال هي ذاتها في كل العصور هل يوجد في المراسلات بين الطرفين دليل كاف على أنهما اتفقا على التزام تجاري معين ؟ بمعنى آخر هل من الممكن إدعاء واقع مختلف في ظل سعي محرّريها إلى العمل على قبول مستند يجعلهم أقل التزاما مع ربط الطرف المقابل، وقد عرف التّدول التجاري مثل هذه الكتب في المفاوضات التي تتم عن طريق المراسلة، غير أن ذلك لا يجب أن يؤدي إلى الخلط بينها وبين نوع آخر من الكتب التي تحمل نفس التسمية ومجالها المعاملات المصرفية ، مما يتعين معه دراسة كل حالة على حدة في مبحثين منفصلين .

المبحث الأول

خطابات النوايا الصادرة عن أطراف التفاوض على العقد المنشود

من الحقائق التي لا تقبل الجدل أن العقد يتأثر دائما بالتطورات التي تحدث من حوله، فهو ليس بمعزل عن البنية الاقتصادية والاجتماعية التي يحيا فيها ، فكلما زادت المعاملات كلما تكاثرت العقود وتوّعت، وكلما تطورت الأعمال وتعقدت كلما أصبحت العلاقات التعاقدية أكثر تعقيدا وتركيبا، وهذا هو حال العقود الحديثة التي برزت بشكل واضح في عالم التجارة الدولية تحت تأثير التطورات الاقتصادية والتكنولوجية الهائلة التي شهدتها العالم، ففي ظل هذه المتغيرات، تولدت مشروعات عملاقة في مجال

الصناعة والتجارة لم يعد يكف لانعقادها مجرد تلاقي إيجاب وقبول لحظيان¹، بل صار يتعين على رجال الأعمال الدخول في مفاوضات طويلة المدى من أجل الإعداد والتحضير لهذا الإبرام، تقوم أساسا على الأخذ والعطاء للتقريب من وجهات النظر المختلفة عبر تبادل عروض ومقترحات من خلالها يقوم كل طرف بتقديم تنازلات من جانبه أو يعدل من الشروط والمطالب التي جاء بها لتحقيق نوع من التوازن بين مصالح الأطراف المتعارضة، وعادة ما تسفر هذه العمليات التي تتم في هذه المرحلة عن العديد من المستندات التي تصب في قوالب متعددة يتبادلها الأطراف ويسجلون فيها ما توصلوا إليه من اتفاق حول أمور أو مفاهيم تخص هذه المرحلة، بحيث يدل كل مستند من هذه المستندات على اجتياز مرحلة معينة من المفاوضات ومن هذه المسميات هناك البروتوكول ومذكرة التفاهم وخطاب النوايا .

والمصطلح الأخير هو الأكثر استعمالا، نشأ أول ما نشأ في عالم العلاقات الدولية²، عالم يغلب فيه الإيحاء على التصريح وتسوده الكلمات والعبارات حمالة الأوجه التي توحى بالارتباط وتحفظ في نفس الوقت زمام المبادرة، وربما كان انتقال هذا المصطلح إلى مجال العلاقات الخاصة لتحقيق الغاية ذاتها، وهي تأكيد ارتباط الطرف الآخر، مع الاحتفاظ بزمام المبادرة للتخلص من تبعات هذا الارتباط عند الحاجة.

لكن مجال القانون الخاص هو مجال التحديد والاعتداد بالمعاني قبل الألفاظ والمباني، ولذلك كان طبيعيا أن يخضع مصطلح خطابات النوايا بعد استقدامه إلى مجال القانون الخاص للبحث والتحصيص سعيا إلى الكشف عن المدلول أو المدلولات التي يحملها، ولعل أول ما يتبادر إلى الذهن في سبيل استنباط مدلول أو مدلولات هذا المصطلح هو التوقف عند دلالاته اللغوية، ولكن الدلالة اللغوية لا تفيد أكثر من نية مستقبلية لدى من يصدر عنه خطاب النوايا، وإضافة هذه النية إلى عقد من ما يسعى الطرفان أو أحدهما إلى إبرامه لا يفيد بذاته شيئا في التعرف على المدلول القانوني لهذه النية .

ولذلك فقد توجه الباحثون عن المدلول القانوني لخطابات النوايا في مجال العلاقات الخاصة وجهة أخرى هي تجميع ما تيسر من خطابات النوايا التي كشفت عنها الممارسات العملية، وتحليلها من خلال أدوات القانون الخاص، ذلك أنها تحرر عادة من قبل المسؤولين التنفيذيين في المشروعات الاقتصادية، مهندسين وتجار محترفين، بعيدا عن المتخصصين في القانون وتحرير الوثائق القانونية، وهم في سعيهم إلى انتزاع إرادة من الطرف الآخر، مع الاحتفاظ لأنفسهم بقدر من الحرية، غالبا ما يقعون فريسة للغموض والتناقض، غموضا وتناقضا يساهم فيه إلى حد بعيد عدم إدراك المفهوم القانوني لما يستخدمونه من ألفاظ

¹-Martina SUCHANKOVA, Les principes d'unidroit et la responsabilité précontractuelle en cas d'échec des négociations, RDAI, n 6,1997, p.691.

²-David Ruzié, droit international Public, 14 Ed. Dalloz 1999, p.15.

ومصطلحات وعبارات، بحيث من الممكن إدعاء تحليل واقع مختلف من الجانبين يصل إلى درجة التنازع، وهذا ما يلقي على الباحث القانوني فقيها كان أو قاضيا عندما يتولى حسم الخلاف في شأنها، عبئا ثقيلًا مضاعفا في سبيل التعرف على الحقيقة القانونية التي تكمن وراء كل خطاب من هذه الخطابات .

المطلب الأول

معطيات وأبعاد خطابات النوايا في نطاق التفاوض على العقد المنشود.

إن عبارة " كتاب إثبات النية " تستوعب أي نية شاء مصدر الكتاب التعبير عنها، ولقد يبدو من الوهلة الأولى صعوبة وضع تصور أو فكرة موحدة عنها، الأمر الذي يستوجب أهمية تحديد مضمونها (الفرع الأول)، ثم إن الواقع العملي كشف عن وجود العديد من الكتابات والوثائق المتبادلة بين الأطراف المتفاوضة إلى جانب خطابات النوايا، فهناك الوثائق الدعائية والإعلانات وهناك البروتوكولات الاتفاقية، التي جرى استخدامها في مجال المعاملات التجارية ولكن مضمونها لا يطابق نظام قانوني محدد، مما يضيء عليها الكثير من الغموض وعدم اليقين، الشيء الذي يدفع بالباحثة إلى عرض خصائص الوثائق المتبادلة في تلك المرحلة وتمييزها عن خطابات النوايا، وينبغي تحري الدقة في هذا المجال.

الفرع الأول

مضمون الفكرة وجوهرها.

إن أيّ مفاوضة، ولو كانت هامة وممتدة، لا تفسح في المجال لعقود تحضيرية، فاللعبة الحرّة للمنافسة الضرورية في اقتصاد السوق، تستوجب إمكانية المفاوضة بدون التزام وقطع المفاوضة حتى المتقدمة جدا¹، عندما تكون الشروط المقترحة محكوما عليها بأنها أقل فائدة غير أن الفريقين المتفاوضين، في ظروف معينة ، بسبب المدة والتعقيد وكلفة المفاوضة على وجه الخصوص، قد يكون لهما مصلحة في تزويد مفاوضاتهما بعنصر الأمن² الذي يشكله إدخال موجبات مختلفة متعلقة بإجراء المفاوضات في الإطار التعاقدية أو بعض النتائج التي سبق اكتسابها بالنسبة إلى محتوى العقد المقبل .

ويتيح تغيير المستندات العقدية بالنسبة إلى مبدأ حسن النية تقدير ما إذا كان صاحب العلاقة قد توخا الالتزام قبل إبرام العقد النهائي، وهذا التغيير، مع الأسف صعب بصورة متواترة، فهذه العقود التحضيرية

¹ جاك غستان، المطول في القانون المدني (تكوين العقد)، ترجمة منصور القاضي، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان 2008، ص. 356.

² Caterini Florence , Pre-contractual obligations in France and United-states (Comparative Analysis), LLM theses and assays , Digital Commons@University of Georgia school of law 2005, p.46.

بالفعل غالباً ما تتكون في الممارسة عن طريق تبادل الكتب التي تتعدت أحياناً بكتب إثبات النوايا¹، وهي من أصل أنجلوسكسوني وذات استعمال متوارد في العلاقات التجارية الدولية² وهذه الكتب التي يحررها غير القانونيين أو المهندسين أو المصالح التجارية مثلاً، غالباً ما تكون غامضة بقدر ما يسعى محرروها إلى العمل على قبول مستند يجعلهم أقل التزاماً مع ربط الشريك³.

هذا وتعبير خطابات النوايا إلى حد ما مضلل، فالنية مفادها أن الشخص لم يعبر عن إرادته بعد، بل لديه النية⁴ لفعل ذلك، فتدلّ على عدم الالتزام أو عدم التعهد الفعلي⁵، فمن المؤلف في علاقات الأعمال، أن يبرم ممثلي الشركات أو المؤسسات اتفاقات يسمونها مجرد "عهود شرف" أو خطابات نوايا، للتعبير عن رغبتهم في تعليق التزامهم على محض المشيئة، حيث تتركز هذه الاتفاقات أساساً على الثقة الناشئة من عبارة إرادة تصدق، ثقة تفرض احترام كل الممثلين لحياة الأعمال، لأخلاقية شديدة في الكلام المعطى⁶.

والحقيقة، يصعب أن يكون خطاب النوايا شفويًا ولفظ خطاب يكاد ينطق في معنى كتابته، وخطاب النوايا قد يكون مكتوباً على دعائم ورقية، وقد يكون مكتوباً على دعائم إلكترونية⁷ كأن يكون مخزوناً في

¹ مصطفى العوجي، القانون المدني (نظرية العقد)، ج1، ط1، (منشورات الحلبي الحقوقية) مؤسسة بحسون للنشر والتوزيع، بيروت 1995، ص.221.

² ماجد مزيم، شركة الهولدينغ (في جوانبها القانونية والاقتصادية والمالية المصرفية والضرائبية)، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان 2002، ص.299.

³ Fappréciation de la portée des lettres d'intention est toujours délicate :elles sont souvent rédigées par des non juristes (scientifiques, ingénieurs, commerciaux), sans souci de leur effet juridique exact .Il arrive aussi quelles soient délibérément équivoques :on cherche à faire accepter par le partenaire un engagement, sans se lier soi-même .François Xavier Testu, contrats d'affaires , Dalloz 2010, p.82.PP.22.12.

⁴ لقد تطرق الفقه الإسلامي لتعريف النية، فقد جاء في حاشية ابن عابدين أن النية هي :عزم القلب على الشيء .وجاء في حاشية الدسوقي فقد ورد أنها :القصد إلى الشيء وهو من باب القصد والإرادات لا من باب العلوم والاعتقادات، وحينئذ فهي من كسب العبد ، لأن القصد إلى الشيء توجه النفس إليه .و جاء في شرح المهذب أنها : القصد إلى الشيء والعزيمة على فعله .
أما تعريف الفقه القانوني فيقصد بها العزم على أمر معين، و هي القوة المحركة للإرادة نحو الغرض المباشر للشخص، وهذا وكثيراً ما قد يقع الخلط بين النية والإرادة ، ويجعلهما شيئاً واحداً ، بيد أن الأمر على خلاف ذلك ، فالنية ذات طابع ذاتي بحت، لا حاجة لإظهارها ، لأنها غير متوجهة ، بينما الإرادة وإن كانت ظاهرة نفسية بحسب الأصل إلا أنها يجب أن تكون ظاهرة إلى العالم الخارجي لكي تترتب عليها الآثار القانونية فهي الرغبة في الحصول على شيء معين ، وهذا الشيء في العلاقات التعاقدية ، يفترض أن يكون عائداً إلى شخص آخر غيره ، وهو يرغب في هذا الشيء عليه أن يطلبه من مالكه ، أو أي شخص ذو صفة ، وإلا فلا تعتبر رغبته هذه أو بالأحرى إرادته تعاقدية، إذن الإرادة متوجهة إلى شخص آخر معين بخلاف النية التي هي قرار مع النفس غير متوجهة إلى شخص آخر .أنظر شيرزاد عزيز سليمان، حسن النية في إبرام العقد (دراسة في ضوء القوانين الداخلية والاتفاقات الدولية)، المرجع السابق، ص. 135.

⁵ أحمد السعيد الزرّقد، نحو نظرية عامة لصياغة العقود (دراسة مقارنة في مدى القوة الملزمة لمستندات التعاقد) ، بحث منشور في مجلة الحقوق الكويتية، ع (2) ، مجلس النشر العلمي جامعة الكويت 2001، ص. 236 .

⁶ جنييف فيني، المطول في القانون المدني (مدخل إلى المسؤولية)، إشراف جاك غستان، ترجمة عبد الأمير إبراهيم شمس الدين ، ط1 ، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع بيروت، لبنان 2011، ص. 575 .

⁷ منير محمد الجنيبي، ممدوح محمد الجنيبي، استخدام الخطابات الإلكترونية في العقود الدولية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية 2006، ص. 183

الحاسوب الآلي، في سبيل إرساله إلى الشخص الموجه إليه عن طريق البريد الإلكتروني أو غيرها مما أتاحتها شبكات المعلومات، والاتصالات الدولية، أو المحلية، من وسائل نقل التعبير عن الإرادة¹.

وخطاب النية *Lettre d'intention*، أو خطاب التفاهم *Letter of understanding*، أو مذكرة التفاهم *Memorandum of understanding* أو مذكرة أساسيات الاتفاق *heads of agreement*² ليس من السهل وضع تعريف محدد له، وبالتالي تحديد وضعه القانوني، وذلك لأن الواقع العملي يدل على أن خطابات النوايا كفكرة تستوعب أشكالاً مختلفة لا تنتمي إلى فكرة موضوعية واحدة³، ذلك أن الصياغة المادية وهي الصورة المادية لإرادة الأطراف وأساس لتحديد القيمة القانونية لخطاب النوايا وتحديد مضمون الالتزام الوارد به، هي تختلف من خطاب إلى آخر وتختلف تبعاً لها قيمة الخطاب⁴، والمعنى أنه لا يوجد خطاب واحد يشمل مضمون معين وبناء عليه يحذ الفقه الرّاجح مصطلح خطابات بصيغة الجمع أفضل من خطاب.

في الحقيقة لقد اختلف الفقه في تعريف خطابات النوايا باختلاف الزاوية التي ينظر منها إلى مضمون الخطاب والغرض من إصدارها، فتوسّع البعض في ذلك فيما ضيق البعض الآخر. فحاول البعض تقديم تعريف له، بالقول إنه "وثيقة مكتوبة قبل العقد النهائي تعكس الاتفاقات أو الفهم المبدئي لطرف أو أكثر من أطراف التعاقد التجاري بغية الدخول في عقد مستقبلي"⁵.

أما البعض الآخر فقد أشار إلى أن الرّاجح في التعاقد كثيراً ما يقوم بتوجيه دعوة إلى شخص معين أو إلى أفراد الجمهور، يعلن فيها عن رغبته في التفاوض بشأن هذا العقد تمهيداً لإبرامه، وهذا ما يطلق عليه الدعوة إلى التفاوض، حيث لا تتضمن تلك الدعوة الشروط الجوهرية للعقد المراد إبرامه، بل مجرد التعرف على من يستجيب لدعوته ليدخل معه التفاوض حول مضمون العقد المرغوب فيه⁶، حيث جرى العمل في مجال التجارة الدولية على إرسال الدعوة إلى التفاوض إلى الطرف الآخر عن طريق ما يسمّى خطاب النوايا للدلالة على جدية هذه الدعوة وإعطائها طابعاً رسمياً، ولقد يتضح من ذلك أن خطاب النوايا

¹ شيرزاد عزيز سليمان، حسن النية في إبرام العقود، المرجع السابق، ص. 402 .

² Jean Michel et Anker Sorensen, Points-Clés de la négociation et de la rédaction de la lettre d'intention, , JCP E semaine juridique ,Ed. Entreprise 2002, p.1184.

³ M.Guido Alpa, le contrat individuel et sa définition , RID comp, N2, avril-juin 1988, p.338 .

⁴ Bruno Dondero, la valeur d'une lettre d'intention, Recueil dalloz 2011, p.284.

⁵Ugo. Draetta and Ralph. B. Lake, in the book « letters of intent and other precontractual documents 1989, Butterworth Legal Publishers, by Mariana Fantelli Stellini -Manuel Borla , letters of intent and other precontractual agreements, A available on internet at :

Htt :www.bmalegal. ch/.../download.php ?...letters/20%...

⁶ محمد حسين منصور، العقود الدولية، بدون ذكر الطبعة، دار الجامعة الجديدة للنشر الإسكندرية 2006، ص. 41 .

الفصل الأول الطبيعة القانونية لخطابات النوايا

وثيقة هامة يبدأ بها، بحسب الأصل، أطراف العملية التعاقدية مشوارهم نحو خوض غمار التحضير للمفاوضات، والتوجه نحو التعامل الجدّي لإنجاز العقد المراد إبرامه¹.

غير أن الأستاذ أحمد عبد الكريم سلامة يرى أن خطاب النوايا يجب أن يعرف بما يتفق مع مسمّاه يقول إنه مستند مكتوب يوجه من طرف يرغب في التعاقد على أمر معين إلى الطرف الآخر يعرب فيه عن رغبته تلك، وي طرح فيه الخطوط العريضة للعقد المستقبلي المزمع إبرامه ويدعوه إلى التفاوض والدخول في محادثات حوله.²

ويرى الأستاذ أحمد السعيد الزرّقد أن العقود التي تشتمل على صفقات ضخمة خصوصاً في نطاق التجارة الدولية تتعدّد مسبوقة بمرحلة طويلة ومعقّدة من المفاوضات تظهر فيها خطابات النوايا في الفرض الذي يتّجه فيه العميل للبحث عن مورد للصفقة طائرات مدنية مثلاً، أو نقل التكنولوجيا، أو الحصول على امتياز تجاري، فتبدأ الاتصالات عادة بإبرام العقد مع المورد بهدف التعرف على إمكانياته الفنية والتقنية. فبينما يتردد هذا الأخير عادة في إطلاع الطرف الآخر عليها، فيحتاط لنفسه بصياغة خطاب النوايا يتضمن التزام العميل بعدم إفشاء الأسرار الفنية³.

وقد يكون الغرض من خطاب النوايا إثبات الاتفاق على عدم تفاوض العميل مع أي مورد آخر ويعد الخطاب المذكور من مستندات العقد أو لا يعد كذلك بالنظر إلى صياغته.

وبناء عليه فخطابات النوايا في الفروض السابقة من وجهة نظر الأستاذ السعيد الزرّقد هي : "كل اتفاق مبدئي يتم التوصل إليه قبل إبرام العقد النهائي يتعلق بتنظيم عملية التفاوض ولذا يجري الفقه على تسميتها اتّفاقات المبادئ .

¹ « il se peut que par une lettre d'intention , une ou plusieurs parties déclarent leur souhait d'entamer , voire de poursuivre, des négociations destinées à aboutir à la conclusion d'un contrat .

En pratique , un tel contenus très variés. Il peut recevoir des appellations différentes (lettres d'intention ou d'intérêt, letter of understanding, etc.) et offrir des contenus très variés, il peut être unilatéral ou bilatéral , c'est à dire se présenter comme la démarche isolée d'un négociateur ou à l'inverse constater l'intention commune des deux interlocuteurs.

En outre , on le retrouve aussi bien dans les relations contractuelles internes que dans le commerce international .D'ordinaire , la lettre d'intention constitue la première étapes formelle des pourparlers .Il arrive cependant quelle fasse suite à une lettre d'interrogation par laquelle le négociateur a préalablement sondé les intentions et les besoins de son interlocuteur. » voir B.Fages et autres , Lamy droit du contrat, Wolters Kluwer Edition , France 2008, p.115, pp.10.valable sur le site internet :

<http://lamyline.lamy.fr/ezproxy.univ-perp.fr/content...>

² أحمد عبد الكريم سلامة ، النظام القانوني لمفاوضات العقود الدولية ، بحث منشور في موقع الدليل الإلكتروني للقانون العربي :

[Http://www.F-Law.net/law/show_thead.php?p=4400](http://www.F-Law.net/law/show_thead.php?p=4400) . ص.4، 5.

³ أحمد السعيد الزرّقد ، نحو نظرية عامة لصياغة العقود، دراسة مقارنة في مدى القوة الملزمة لمستندات التعاقد، المرجع السابق، ص.234.

وهي من هذه الزاوية لا تختلف عن المستندات السابقة على التعاقد من حيث أثرها في تفسير العقد النهائي حال انعقاده، أي باعتبارها من الأعمال التحضيرية للعقد المراد إبرامه، فإن أراد أطراف العلاقة التعاقدية خلاف ذلك، فعليهم عند تحرير العقد النهائي الإشارة ببند في العقد على استبعاد الأثر المذكور¹.

صفوة القول أن الفقه يجمع على أن خطابات النوايا تمثل تقنية تفاوضية ذات طبيعة خاصة²، حيث أن المرسل يضع تحت تصرف المرسل إليه وثائق، متى وافق الأخير على ما جاء فيها، كان ذلك لمصلحة المرسل فهو يطمئن بذلك إلى عدم العودة³ لبحث ما جاء فيها ويقترح للتخصيص للمراحل المقبلة للمفاوضات⁴، وأياً ما كان الأمر فإن خطاب النوايا قد يشمل بأسلوب صياغته أو عباراته على قيمة قانونية فيعدّ من مستندات التعاقد وقد يتجرّد من أية قيمة قانونية⁵.

وهذا التنوع والتباين في الصياغة، وبالتالي في مضمون الخطابات، يرجع في عمق أساسه، إلى أن من يقوم بصياغتها هم عادة المسؤولين القانونيين، كالمهندسين والمديرين، الذين لا يدركون المعاني الخفية والبعد القانوني الكامن وراء هذا اللفظ أو تلك العبارة⁶. وهنا يحسن أن يقوم القائمون على شؤون المؤسسات والشركات بتدعيم الوفد التفاوضي أو الهيئة التي تتولى مخاطبة الغير، بشأن عمليات العقود الدولية بعناصر قانونية مدربة لها سابق خبرة في التفاوض وصياغة المستندات والوثائق ذات الصلة بالعقود الدولية⁷.

الفرع الثاني

وضع خطابات النوايا من المفاهيم القريبة منها.

كثيراً ما قد يقع الخلط بين رسائل النوايا وبين بعض المستندات التي تصدر عن الأطراف المتفاوضة قبل عملية التعاقد، الشيء الذي يستلزم ضرورة الوقوف على مدى خصوصيتها وذلك على الشكل التالي:

¹ -Eid. Rawach , la portée des clauses tendant à exclure le rôle des documents précontractuels dans l'interprétation du contrat , Recueil Dalloz 2001 , p.223 .

²-Marie Lamoureux, les déclarations d'intention en droit privé, RLDC , n. 48, 01/04/2008, p.15.

³-Caterini Florence, Pre-contractual obligations in France and United-states, op.cit, p.47.

⁴ جمال فاخر النّكّاس ، العقود والاتّفاقيات الممهدة للتعاقد وأهميّة التفرقة بين العقد والاتّفاق في المرحلة السابقة على التّعاقد، بحث منشور في مجلة الحقوق الكويتية، ع (1)، مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت 1996، ص. 178

⁵ أحمد السعيد الزّرقّد، نحو نظريّة عامّة لصياغة العقود، دراسة مقارنة في مدى القوة الملزمة لمستندات التعاقد، المرجع السابق ، ص. 235 .

⁶ Jean-André Albertini, les mots qui vous engagent...,Recueil Dalloz 2004, p.230.

⁷ محمد حسين منصور، العقود الدولية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية 2006، ص. 45 .

أولاً: تمييز خطابات النوايا عن الأوراق التي يتم تداولها خلال مراحل التعاقد .

من الضروري أن يتم تمييز خطابات النوايا كاتفاقيات من طبيعة خاصة عن غيرها من الأوراق التي يتم تداولها خلال العملية التعاقدية، كأوراق الدعاية والإعلان والتي تثير مشكلات قانونية عديدة بشأن قيمتها القانونية¹.

1 القيمة التعاقدية للوثائق الإعلانية:

لقد اختلف الفقه والقضاء بصدد تحديد القيمة التعاقدية للوثائق الإعلانية وهو خلاف لم يتم حسمه في الوقت الحالي، ومردّ الخلاف إلى أن البعض يرى أن المستندات الإعلانية إيجاب موجه إلى الجمهور إن اشتملت على خصائصه، فإن قبلها الموجه إليه المتلقي، انعقد العقد ، فلا يتسنى للمعلن الموجب العدول عنه أو التحلل عما ورد به من بيانات محددة ، أو جازمة وإلا عدّ مسؤولاً ومسؤولية عقدية² .

فيما يرى البعض عكس ذلك بأن الوثائق الإعلانية مجرد دعوة إلى التعاقد أو التفاوض³ ، وبذا يجوز للمعلن العدول عما ورد بالإعلان، أو رفض التعاقد من دون أي مسؤولية، ما لم يرتبط العدول بخطأ أو تعسف، فعندها يصبح المعلن مسؤولاً اليد على أساس العمل الغير مشروع .

وتجدر الإشارة أولاً إلى أن البحث عن القيمة التعاقدية لا ينصرف إلى الإعلان التجاري عموماً بل إلى الإعلانات المكتوبة بما في ذلك الكتالوجات وعروض الشراء والكتيبات الإعلانية والملصقات الخ... وثانياً أنه على فرض التسليم جدلاً بأن الوثائق الإعلانية لا قيمة لها وأنها لا تدخل في تكوين العقد فلا تعدو أن تكون دعوة إلى التعاقد، إلا أنها مع ذلك لا تعدم كل أثر قانوني على الأقل من الناحية الجنائية إذ أن الإعلان الكاذب أو المضلل يرتب المسؤولية الجنائية للمعلن، ولا يكون كذلك ما لم يكن موجهاً إلى الجمهور فإن وجه الإعلان إلى شخص أو أشخاص معينين فإنه لا يعدّ جريمة ، ويبقى التساؤل قائماً، فيما لو اشتمل المستند الإعلاني على بيانات محددة أو جازمة لقيام العقد المراد إبرامه، فهل يعدّ من مستندات التعاقد؟.

إن هذه المسألة قد قسمت الفقه والقضاء إلى قسمين:

¹ جمال فاخر النكّاس، العقود والاتفاقيات الممهدة للتعاقد وأهمية التفرقة بين العقد والاتفاق في المرحلة السابقة على التعاقد، المرجع السابق، ص.178.

² أحمد السعيد الزرقد ، نحو نظرية عامة لصياغة العقود ،(دراسة مقارنة في مدى القوة الملزمة لمستندات التعاقد)، المرجع السابق، ص.210 .

³ رجب كريم عبد اللاه، التفاوض على العقد، دراسة تأصيلية تحليلية مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة 2000 ، ص 92 .

البعض قال بأن الوثائق الإعلانية تعاقدية تدخل في نطاق تكوين العقد¹، اعتباراً بأنها تقوم بدور أساسي في إعلام المتلقي بحقيقة السلعة أو البضاعة محل التعاقد وكيفية استعمالها وخصائصها، وتتضمن معلومات محددة وواضحة عن أسعار السلع والخدمات مؤشراً لما لها من قوة جذب وإقناع في رضا المتلقي لاختيار المبيع من بين مجموع السلع والخدمات المعروضة في السوق، وهذا من شأنه أن يستتبع منطقياً إضفاء القيمة القانونية على الوثائق الإعلانية، باعتبار أنها إيجاب موجه إلى الجمهور وتأكيداً لذلك وتفصيلاً له، حكم بأنه على مقاولي البناء الالتزام باحترام الالتزامات التي تضمنتها وثنائهم الإعلانية، وإلا كانوا مسؤولين مسؤولية تعاقدية بالتعويض على مخالفة ما تضمنته الوثائق المذكورة من بيانات محددة .

وحكم بأن استهلاك السيارة من الطاقة أو البنزين يجب أن يكون متوافقاً مع ما ذكر في الرسائل الإعلانية المصاحبة لبيع السيارة² وإلا كان البائع مسؤولاً بالتعويض في مواجهة المتعاقد وحكم بأنه يقع على عاتق وكالات السياحة والسفر التزام³ محدد باحترام ما ورد في كتالوجات الرحلات ومواعيد حجز السفر⁴.

وتجدر الإشارة عموماً بأن الكتالوجات في بيوع المراسلة أكثر الوثائق والمستندات تحديداً، حيث تشتمل صياغته على وصف دقيق أو كامل للسلعة أو الخدمة وشروط البيع والثمن وخدمات ما بعد البيع .

ولذا يكون له قيمة تعاقدية بحيث يعد ملزماً فيما تضمنه من بيانات محددة بالنسبة للمعلن إن صادف قبولاً من المتلقي، كما يعد ملزماً في ذاته إن اقترن بمدة معينة يلتزم المعلن بالبقاء على إيجابه خلالها وهو التزام مصدره في نظر محكمة السين الإرادة المنفردة. في حين أنه حكم قديماً⁵ على شركة متخصصة في البيوع بالكتالوجات بتعويض قدره 2000 فرنك فرنسي في مواجهة المرسل إليه، الذي بعثت إليه بخطابات عدة مفادها أنه ربح مبلغ 2500 ألف، في حين أن القراءة لما بين السطور تعني فقط أنه مدعو للاشتراك في سحب عمومي، تبين أنه لم يكن حتى لحظة وصول الرسالة إليه قد تم الإعداد له أو الشروع في تنظيمه.

وحكم حديثاً⁶ بالزام بائع آلات استخراج الشيكات المصرفية بتنفيذ التعهد الوارد بإعلاناته التجارية لضمان تسليم آلات غير قابلة للتزوير، وذلك في دعوى تتلخص وقائعها في أن شركة Tomy اشترت من شركة أخرى SATES آلة لتحريز الشيكات، أين أعلن البائع في نشرات مكتوبة بأنها غير قابلة للتزوير وقع

¹ محمد عبد الظاهر حسين، الجوانب القانونية للمرحلة السابقة على التعاقد، مجلة الحقوق الكويتية، ع(2)، مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت 1998، ص. 733.

² Paris : le 03 mai 1967, Gaz. Pal , 1967, n2, p.34 .

³ Cass.civ.18 mai 1966, Bull. civ, n01du, p.308.

⁴ أحمد السعيد الزرّقد، نحو نظرية عامة لصياغة العقود، دراسة مقارنة في مدى القوة الملزمة لمستندات التعاقد، المرجع السابق، ص. 213 .

⁵ Nimes, 03mai 1932, Dalloz périodique , 1933, p.404.

⁶ -Cass.Com.17 juin 1997/D.1997/i/R/p.162-JCP.1997-iv/1756-JCP.1997 ed E-1022/obs.E-Labarthe.

المشتري بالرغم من استخدام الآلة المذكورة ضحية تزوير في شيكين مصرفين، فرجع دعوى تعويض عما أصابه على شركة SATES كونها تخلفت عن تنفيذ ما ورد بوثائقها الإعلانية من تعهد بضمان سلامة الشيكات، وحكم له بالتعويض اعتبارا بأن البائع قد خالف التعهد الوارد بالوثائق الإعلانية وبضمان عدم التزوير، إعمالا للقواعد العامة في المسؤولية التعاقدية المواد 1134 و1147 من القانون المدني الفرنسي دفع البائع أمام محكمة النقض مدّعيًا، من ناحية أن حالة التزوير لا تزيد عن شيكين، وهو عدد مسموح به في مثل هذا النوع من الماكينات، ووفقا للحالة العلمية الحالية أن الإعلانات من ناحية أخرى، لا تلقي على عاتق المعلن الالتزام بتنفيذ ما ورد بها من بيانات أي بما في ذلك ضمان السلامة المطلقة للماكينة المذكورة على سند من القول بأنها محض مبالغة، رفضت محكمة النقض الدفع مؤكدة بأن الوثائق الإعلانية تلقي على عاتق المعلن الالتزام بتنفيذ ما ورد فيها من بيانات محددة¹ ومنها ضمان سلامة عمل الماكينة بحيث يترتب على مخالفة الضمان مسؤولية المعلن بالتعويض، وقد ذهبت المحكمة بعيدا بالقول بأن الالتزام بضمان سلامة الماكينة الوارد بالوثائق الإعلانية التزام بتحقيق نتيجة.

في حين اتّجهت أحكام أخرى إلى أن الوثائق الإعلانية ليس لها قيمة قانونية ولا تدخل في نطاق الرابطة التعاقدية على سند من القول بأنها محض مبالغة لا تخرج عن كونها تدليسا مباحا²، فأكدت محكمة النقض الفرنسية في حكم لها³ بأن الإعلان وإن كان مكتوبا لا يكفي لإثبات العلاقة بين المعلن والمتلقي⁴.

وذهبت محكمة استئناف (AIX) إلى أن الإعلانات التجارية ليس لها أي قيمة تعاقدية وإلى أنه يجوز مع ذلك لقاضي الموضوع الاستناد إلى الإعلان لتحديد عناصر قيام المسؤولية التقصيرية عن المعلن⁵.

¹ أحمد السعيد الزرّقد، نحو نظرية عامة لصياغة العقود، دراسة مقارنة في مدى القوة الملزمة لمستندات التعاقد، المرجع السابق، ص. 215.

² محمد عبد الظاهر حسين، الجوانب القانونية للمرحلة السابقة على التعاقد، المرجع السابق، ص. 734.

³ -Com.21 nov1972/G.P.1973/1/p.135.

⁴ وذلك في دعوى تتلخص وقائعها في وجود عقد بيع طلب فيه المشتري كرفان من البائع يشمل طبقا لما ورد في المصنفات الإعلانية، على جهاز يفصل بين أجزاءه ولما تسلم المشتري الكرفان لاحظ بأنه لا يفصل بين أجزائه سوى ستائر مصنوعة من القماش الرديء، على خلاف ما ورد في المصنفات الإعلانية تماما، فرجع دعوى على البائع مطالبا بتنفيذ ما ورد بالإعلانات من تعهدات محددة وبالتعويض عما أصابه من ضرر وقد أكدت محكمة الدرجة الأولى حقه في التعويض وتؤكد الحكم كذلك في الاستئناف في حين رفضت محكمة النقض الفرنسية ذلك تأسيسا على أن الإعلان لا يكفي لقيام المسؤولية التعاقدية فيما يرى البعض أن الحكم المذكور لا يصلح الاستناد إليه للقول بأن الوثائق الإعلانية تخلو من القيمة القانونية اعتبارا بأن المشتري في الدعوى المطروحة- تسلم المبيع من دون أي تحفظ - بما يعني قبوله هو - تعديل العقد الأصلي. ومردود على ذلك بأن الحكم السابق عند معظم الفقه يندرج ضمن القضاء الرافض لمنح الإعلانات أي قوة ملزمة ولو بطريق ضمني.

أحمد السعيد الزرّقد، المرجع السابق، ص. 217

⁵ -Aix.14 déc.1983/Bull.C.A.Aix -1983/n3 , p.38.

واتجهت محكمة استئناف باريس¹ إلى أن المصقات الإعلانية ليس لها قيمة تعاقدية وإلى أن ما تشتمل عليه لا يخرج عن كونه مبالغة أو تدليسا مباحا أو حسنا.

فيما رأت محكمة النقض في حكم حديث بأن الإعلان لا قيمة تعاقدية له إلا أنه يتعين النظر فيما إذا كان الموجه إليه يعلم أو يجهل ما اشتمل عليه من مبالغة، ويعتد في ذلك بما إذا كان المتلقي من المهنيين أو غيرهم، بحيث لا يكون للإعلان قيمة تعاقدية إلا في الحالة الثانية².

صفوة القول إذن أن بعض الأحكام ترفض إضفاء أي قيمة قانونية على الوثائق الإعلانية ولا تعدّها ضمن مراحل انعقاد العقد دون بحث في حقيقة ما اتجهت إليه إرادة الأطراف فيما عدا ما ورد في حكم النقض الأخير الذي يعتد بمهنة العميل وجدير بالملاحظة أن أحكام التحكيم في عقود التجارة الدولية تتجه إلى أن كتيبات جذب الاستثمار (الدعاية للاستثمار) لا تعد مصدرا للقانون، إلا أنها تساعد في تفسير نصوصها وفق للمفهوم الذي تتبناه الدولة المضيفة على سند من القول بأن الكتيبات المذكورة تستخدم في إعلام المستثمر لحقوقه، لذا لا يجوز إغفالها في مجال التفسير وتفرّعا على ذلك، انتهى حكم التحكيم "هانوفر تريست ضد مصر" على امتداد حكم المادة 8 من قانون الاستثمار المصري القديم إلى الاستثمار في المناطق الحرّة استنادا إلى عبارة وردت في هذا المعنى في كتيب دعائي باسم " مرشد الاستثمار في مصر " صادر عن الهيئة العامة للاستثمار في 1997 .

وجاء في الحكم المذكور بأنه مما يتنافى وحسن النية أن تذهب الحكومة المصرية وهيئات الاستثمار إلى عكس ما ورد في الكتيب المذكور.

وإذا كان الاتجاه الغالب بأن للوثائق الإعلانية قيمة قانونية بحيث تدرج ضمن مراحل تكوين العقد³، فيبقى التساؤل قائما بصدد الأساس الذي تقوم عليه مسؤولية المعلن عن تنفيذ ما يرد بالإعلان من بيانات محددة⁴؟

ويقوم هذا الأساس على أن الرسائل الإعلانية إيجاب موجه للجمهور يلزمه بالبقاء على إيجابه إن اقترن الإعلان بمدة، دون أن يتحلل من التزامه خلال المدة المحددة، فهو التزام مصدره الإرادة المنفردة، والقول بغير ذلك يضر بمصلحة الموجه إليه الإعلان الذي يعول عادة على ما يرد من بيانات محددة وشارحة لطبيعة العقد وعناصره الجوهرية، فضلا على أن وضع الإعلان نفسه موضع شك من حيث أنه

¹ -Paris.22 mars1985/inédits.cité par.F.Labbarthe, p.102-n.140.

² أحمد السعيد الزرقد، نحو نظرية عامة لصياغة العقود، المرجع السابق، ص. 217.

³ جاك غستان، المطول في القانون المدني (تكوين العقد)، المرجع السابق، ص. 414.

⁴ أحمد السعيد الزرقد، المرجع نفسه، ص. 217 .

وسيلة إعلام الجمهور بالسلع والخدمات حتى كونه أداة اتصال بين المنتجين والمستهلكين ومن حيث دوره الاقتصادي عموماً، ولكن الأستاذ أحمد السعيد الزرقد يرى بأن الإعلان إيجاب ما لم يتوافر الأول على خصائص الثاني، وتفريعاً على ذلك لا تكون إيجاباً سوى الرسائل الإعلانية التي تشتمل على طبيعة العقد المراد إبرامه وعناصره الأساسية فتدل بذلك على إرادة الموجب المعلن الارتباط بالعقد إذا صادف قبوله، وبالعكس ذلك إذا ما تبين من عبارات الإعلان أنه لم يشتمل على خصائص المبيع أو ثمنه مثلاً فلا يعد إيجاباً بل محض دعوة إلى التعاقد، والفرق بين الإيجاب والدعوة إلى التعاقد هو أن الأخيرة مجرد عمل مادي لا يترتب عليها بذاتها أثر قانوني، فكل متفاوض حر في قطع المفاوضات في الوقت الذي يريد من دون أي مسؤولية دون أن يطالب ببيان مبرر لعدوله ما لم يقترن العدول بخطأ تتحقق معه عناصر العمل الغير مشروع إذا نتج عنه ضرر بالطرف الآخر المتفاوض وعبء إثبات ذلك الخطأ، وهذا الضرر يقع على عاتق ذلك الطرف.

ومن ثم فلا يجوز اعتبار مجرد العدول عن إتمام المفاوضات ذاتها هو المكون لعنصر الخطأ أو التدليل على توافره، فيما يترتب على عدول الموجب فيما ورد في إيجابه مسؤولية تعاقدية إذا كان قد لحقه قبول مطابق، ولا يكون الإعلان إيجاباً إلا إذا اشتمل على العناصر الأساسية للعقد المراد إبرامه وأثر في رضا الموجه إليه. ولذا حكم بأنه إذا تبين من صياغة عبارات الكتالوج عدم اشتماله على ثمن محدد أو قابل للتحديد، فإنه لا يدخل في معنى الإيجاب ولا يعد وثيقة لها قيمة تعاقدية¹.

وتعليل ذلك أن الإعلان عن الأسعار ووصف المبيع مع عرض البضائع في المحل التجاري يعد إيجاباً صريحاً من التاجر ينعقد به العقد إذا اقترن به قبول مطابق، بحيث لا يجوز للتاجر العدول عما ورد بالإعلان من بيانات محددة عن وصف المبيع أو الأسعار الجاري التعامل بها، وتجدر الإشارة إلى أن الوثائق الإعلانية تلزم المعلن لا المتلقي بتنفيذ ما يرد بها من بيانات محددة أو جازمة، ففي دعوى تتلخص وقائعها في أن وكالة للسياحية والسفر طلبت من المدعى عليه وابنها دفع ثمن تذاكر السفر نتيجة قيامها بإلغاء الرحلة بزعم أن الإلغاء قد تأخر عن الميعاد المحدد بكتالوجات الرحلة، فأكدت محكمة النقض الفرنسية² بأن الكتالوج والوثائق الإعلانية المكتوبة عموماً تلزم المدعي وكالة السياحة والسفر وليس المدعي عليها العميل.

وبناء عليه نصت المادة 4 من التوجيه الأوروبي الصادر بتاريخ 13 يونيو 1990 صراحة على التزام وكالات السياحة والسفر بما ورد في ملصقات الرحلة من بيانات محددة. ويبدو أن قضاء النقض

¹ أحمد السعيد الزرقد، نحو نظرية عامة لصياغة العقود، المرجع السابق، ص. 218.

² -Cass.civ.28 mars 1995/D.1995/434.not .Y.Dagran-Labbe.

المصري يسير على الإعلان يعدّ دعوة إلى التعاقد أو التفاوض. فأكدت المحكمة العليا مثلاً بأنه إذا كان الحكم المطعون فيه¹ قد رتب على أن الإعلان الموجه من شركة السيارات يعد إيجاباً بالبيع ملزماً له وأن طلب حجز السيارة المقدم من المطعون ضده الأول إلى الشركة الموزعة يعدّ منه قبولا للإيجاب الصادر من الشركة المنتجة، وأن العقد يكون قد تم بناء على ذلك فإن الحكم يكون قد حجب نفسه عن بحث ما تمسكت به الشركة الموزعة من أن ما صدر منها لا يعدو أن يكون دعوة إلى التعاقد، وأن طلب حجز السيارة المقدم إلى الشركة الموزعة هو الذي يعد إيجاباً وكذلك عن بحث إذا ما كان هذا الإيجاب قد صادف قبولا انعقد به عقد بيع السيارة موضوع النزاع، فإنه يكون مشوباً بقصور في التسبب أدى إلى خطأ في تطبيق القانون. وفي حكم آخر، قضت بأن الإعلان في النشرات عن مسابقة للتعيين في وظيفة بالفئة السابعة لا يعد إيجاباً باتاً وإنما مجرد دعوة إلى التعاقد يجوز العدول عنها... وبأن العدول في ذاته لا يرتب مسؤولية من عدل إلا إذا اقترن به خطأ تتحقق به المسؤولية التقصيرية إذا نتج عنه ضرر بالطرف المفاوض².

والرأي الراجح يعتقد دائماً بأن الإعلان إيجاب موجه للجمهور متى تضمن بصياغته طبيعة العقد المراد إبرامه فضلاً عن عناصره الأساسية التي تدل على نية المعلن الارتباط بالعقد إن لحقه قبول مطابق ويستند في ذلك إلى اعتبارات فنية وأخرى قانونية:

ومن الأولى القول بأن الإعلان إيجاب وإلزام المعلن بما ورد في رسالته الإعلانية من تعهدات سوف يدفعه إلى توخي الحيطة والحذر قبل نشر الإعلان، بما يؤدي بدوره إلى صحة الرسائل الإعلانية أو صدقها ويدفع المستهلك المترقب إلى الثقة فيما يشار من إعلانات بما يعود بالفائدة على المعلنين وعلى الإعلان نفسه كسبيل للاتصال بين المنتج والمستهلك، ويتحقق بذلك الاستقرار للسوق في معناه الاقتصادي ويدعم المنافسة المشروعة بين التجار³.

ومن الاعتبارات القانونية ما اتجه إليه الفقه مؤيداً من القضاء بأن الإعلان إيجاب إذا اشتمل بصياغته على طبيعة العقد وأركانه الأساسية، ويتحقق ذلك خصوصاً في الإعلان في السلع أو الخدمات عن طريق الكتالوجات والنشرات الخاصة والملحقات وغيرها، وفيها يتخذ المعلن موقفاً لا تدع ظروف الحال شكاً في دلالاته على أنه قصد التعاقد بالثمن المعلن عنه، وهو إيجاب إن يقترن به قبول فينعقد العقد، ولا يمنع من ذلك عدم تحديد الشخص المقصود بالتعاقد، فالإيجاب الموجه للجمهور يعد موجه لكل شخص من

¹ رجب كريم عبد اللاه، التفاوض على العقد، المرجع السابق، ص. 93.

² أحمد السعيد الزرقاد، نحو نظرية عامة لصياغة العقود، دراسة مقارنة في مدى القوة الملزمة لمستندات التعاقد، المرجع السابق، ص. 220.

³ أحمد السعيد الزرقاد، المرجع نفسه، ص. 221.

الجمهور، كما لا يمنع من ذلك أن يقترن الإعلان بتحفظ ضمني إلى حين نفاذ الكمية، حيث يلتزم المعلن بإجابة طلبات من يتقدمون إليه أولاً، وفي حدود ما يملكه من السلع أو الخدمات المعلن عنها، ويجب التّويه إلى أن التفرقة تدقّ أحياناً عن الشرط والتّحفظ والأول يمنع من انعقاد العقد ما لم تتحقّق، والثاني لا يعدم الإيجاب¹.

كذا فالإعلان له دور أساسي في إعلام المتلقّي بحقيقة العرض وخصائصه الجوهرية وتتضمّن معلومات محدّدة وتفصيليّة في هذا الشأن، ويؤثر بما له من قوة الجذب والإقناع في الحصول على رضا المتلقّي لاختيار السلعة أو الخدمة، وهذا يستتبع منطقياً إضفاء قيمة تعاقدية على الوثائق الإعلانية باعتبارها إيجاباً موجهاً للجمهور، في حين أن الإيجاب بالتعاقد يمكن أن يوجه إلى شخص محدد أو أشخاص غير محددين من الجمهور، فيما يرى البعض بوجود التفرقة في شأن الوثائق الإعلانية بين فرضين:

- الأول: حالة يتمّ الإبلاغ عن طريق نشرات توزّع على الجمهور أين يتعلق الأمر بدعوة للتعاقد لا تلزم المعلن بإبرام العقد وحتى إن لحق بها قبول من المتلقّي.

- الثاني: حيث ترسل النّشرات إلى شخص أو أشخاص محدّدين بالاسم والعنوان عندها نكون بصدد إيجاب صحيح يشتمل على طبيعة العقد وعناصره الجوهرية.

ويرى أحمد السعيد الزرّقد بأن هذه التفرقة لا تستند إلى صحيح القول فالإعلان طبيعته عمل جماعي ويتوجه به المعلن إلى الجمهور بهدف الترويج أو التّسويق للسلع والخدمات، فكلما اتسعت دائرة المتلقّي للرّسالة الإعلانية اتّسعت دائرة السّوق، حتى مفهومها الاقتصادي وهو غاية الإعلان التجاري ولذلك فإن الإعلان الذي يوجه إلى شخص أو أشخاص محددين لا يدخل في نطاق الإعلان التجاري بل تنطبق عليه أحكام الإعلانات الكاذبة والمضللة، بل هو أقرب إلى العلاقات الشخصية أو الودية يلزم مصدره مع ذلك إن لحقه قبول مطابق شريطة أن يشتمل على طبيعة العقد المراد إبرامه وعناصره الأساسية².

¹ قد يحدث أحياناً أن يكون الإيجاب مصحوباً بتحفظ (réserve) يخول الموجب سلطة اتخاذ القرار النهائي بشأن إبرام العقد من عدمه، وذلك بان تكون له مطلق الحرية في قبول التعاقد مع الطرف الآخر أو رفض التعاقد معه، وهو ما يحدث بوجه خاص في الإيجاب الموجه إلى الجمهور ففي دعوى تلخص وقائعها في إعلان تم نشره في الصف عن بيع قطعة أرض فضاء صالحة للبناء من قبل البلدية لأغراض التنظيم والإسكان صدر قبول من شخص للعرض المذكور عن طريق رسالة أرسلها إلى المعلن تثبت بعد ذلك أن البلدية باعت الأرض المذكورة إلى شخص آخر فما كان من الزوجين إلا أن رفعا دعوى أمام المحكمة اعتباراً أن الإيجاب الصادر عن المعلن والقبول الصادر عنهما مثل العقد يرتب المسؤولية عن الإخلال بما ورد في فيه من تعهدات فذهبت محكمة الموضوع إلى أن العرض المذكور لم يكن جازماً بعبارة فقد ذيل أن البيع تحت رقابة البلدية لأغراض التنظيم والإسكان خصوصاً وقد تبين أن إجراءات البلدية ليست بخافية على الزوجين فيما رأته محكمة النقض بأن العرض جازم بما يكفي أن ينعقد به العقد إذا لحقه قبول مطابق وأنه لم يشتمل على أي شرط صريح. أنظر: رجب كريم عبد اللاه، التفاوض على العقد، المرجع السابق، ص. 101.

² أحمد السعيد الزرّقد، نحو نظريّة عامة لصياغة العقود، المرجع السابق، ص. 223.

وجدير بالذكر أن المشرّع الكويتي كنظيره المصري قد أضفى وصف الإيجاب على حالة عرض البضائع في مواجهة المحال التجارية مع بيان أثمانها، أما النشر والإعلان وتوزيع قوائم الأسعار الجاري التّعامل بها وكل بيان آخر متعلّق بعروض أو طلبيات موجهة إلى الجمهور أو لأفراد معينين فلا تعدّ متضمنة إيجاباً ما لم يظهر العكس من ظروف الحال. والمعنى أنه إذا استبان من واقع الحال ما يثبت أن الإعلان إيجاب ويكمن ذلك في إذا اشتمل بصياغته على طبيعة العقد المراد إبرامه وعناصره الأساسية بصورة محددة وتفصيليّة، ولمحكمة الموضوع السّلطة التقديرية في التعرف على حقيقة الإعلان واستظهار مدلوله مما تضمنته عباراته على ضوء الطّروف التي أحاطت بتحريره وما يكون قد عاصره من اتّفاقات في موضوع التعاقد.¹

والتّسليم بأن الوثائق الإعلانية إيجاب موجه للجمهور يعني أن يكون لها كل آثار الإيجاب بما في ذلك أنها بذاتها غير ملزمة للمعلن وله أن يتراجع عن الإعلان بإعلان آخر يفيد ذلك مادام لم يقترن به قبول المادة 41 من القانون المدني الكويتي، أما إذا حدد المعلن في رسالته الإعلانية مدة للمتلقى يبدي فيها رأيه بالقبول أو الرفض، كأن ترد عبارة الإعلان على أن العرض صالح لمدة شهر ولم يصدر القبول قبل ذلك، فإن المعلن غير ملزم أما قبل ذلك فيتقيّد المعلن بالإعلان ولا يجوز العدول عنه ولا يعد الإعلان ملزماً إذا كانت شخصيّة من يراد التّعاقد معه بالإعلان محل اعتبار شخصي، ومثال ذلك الإعلان عن وظيفة معينة لا ينطوي على إيجاب بعقد عمل حتى ولو تضمن العناصر الجوهرية للوظيفة مثل الأجر المدة أو شروط العمل، وللمعلن حق الاختيار بين من يتقدم للوظيفة فيعد دعوة إلى التعاقد.²

ويبقى في الأخير أن التّسليم جدلاً بأن الإعلان دعوة إلى التّعاقد لا يعدم كل أثر قانوني فإن عدل المعلن أو رفض التّعاقد من دون مبررات مشروعة عد مسؤولاً على أساس العمل غير المشروع، بافتراض توافر شروطه الأخرى .

ثانياً : أنه على فرض أن الإعلان إيجاب موجه للجمهور ينعقد به العقد إذا صادفه قبول مطابق فالأصل أن القبول بما ورد في الوثائق الإعلانية من عناصر جوهرية يكفي لإبرام العقد ولو اتّفق على إرجاء المسائل الثّانوية إلى اتفاق لاحق يخول المحكمة سلطة حسم الخلاف طبقاً لطبيعة المعاملة والعرف التجاري ومقتضيات العدالة ما لم يتضح بأن المتعاقدين قد اشترطاً بأن العقد لا ينعقد إلا بالاتّفاق على المسائل الثّانوية إلى مرتبة المسائل الجوهرية من حيث اعتبارها أساساً لانعقاد العقد وتأكيداً لذلك حكم مثلاً في عقد بيع كمية من السمك المدخّن بأن إرسال المشتري بعد الاتفاق على جميع العناصر الجوهرية للبيع

¹ أحمد السعيد الزرقد، نحو نظريّة عامة لصياغة العقود، المرجع السابق، ص. 225 .

² رجب كريم عبد اللّاه، التفاوض على العقد، المرجع السابق، ص. 95 .

رسالة إلى البائع بطريق التّدليس بأنه يعد طريقة الوفاء أساسية لتحديد رضائه النهائي بالعقد ترتيباً على عدم انعقاد العقد.¹

2 تقييد القيمة التعاقدية للوثائق الإعلانية

يثور التساؤل بصدد الوثائق الإعلانية التي تشتمل على طبيعة العقد المراد إبرامه وعناصره الأساسية بصورة محددة وتفصيلية لكنّها تذيّل بعبارات من نوع تشير إلى أن هذا الإعلان ليس له قيمة تعاقدية أو ليس له سوى قيمة إرشادية، فهل يعني ذلك نزع القيمة التعاقدية للوثائق الإعلانية؟

الإجابة عن التساؤل المطروح قسمت الفقه والقضاء إلى قسمين:

البعض قال بأن الوثائق الإعلانية تكتسب قيمة تعاقدية² بكل ما يترتب على ذلك من آثار لمجرد أن يشتمل الإعلان على طبيعة العقد وعناصره الأساسية بدقة وتفصيل، بصرف النظر عن صياغته بعبارات يستفاد منها بأن المعلن لا ينوي الارتباط بأي علاقة تعاقدية أو بأن المستند الإعلاني محض إرشاد، على سند من القول بأنه مما يتنافى مع المنطق أن نذكر شيئاً ونفعل في الوقت ذاته شيئاً آخر³.

وبعكس ذلك تذهب بعض أحكام القضاء إلى أن الوثائق الإعلانية عموماً محض مبالغة يجري عليها عرف التّجار ويسمح بها القانون باعتبار أنها تدليس مباح، وهي بهذا المعنى لا تلزم المعلن تنفيذ ما

1 أحمد السعيد الزرقد، المرجع السابق، ص. 226 .

2 جاك غستان، المطول في القانون المدني (تكوين العقد)، المرجع السابق، ص. 414 .

3 ولقد أكدت محكمة النقض الفرنسية ذلك في دعوى تتلخص ووقائعها في أن الشركة العمومية لتسويق اللحوم بالألزاس (C.A.A) أبرمت على إثر منشورات إعلانية عقداً لشراء عدد من البوتيكات من شركة (G31) تقع ضمن مركز تجاري عقاري كبير تبين بان الشركة الأخيرة لم تنته من إيجار عدد 15 بوتيكاً من أربعين كان من المفترض أن تستغلها شركة (C.A.A) ، فما كان من المشتري سوى أن رفع دعوى لفسخ عقد البيع المبرم بينها وبين شركة (G31) بالاشتراك مع المسؤول عن تسويق البوتيكات وهي شركة (SPOREC) وتمسكت بمخالفة التعهدات الواردة في الوثائق الإعلانية التي تروج لفخامة المشروع ومنافعه والقدرة على التسويق له.

و حقيقة الأمر أن الوثائق المذكورة كانت تشتمل على صفحتين:

الأولى تتضمن بيانات محددة وكاملة عن المركز التجاري بالإضافة إلى وصفه بأنه حديث وكامل وبه 40 بوتيكاً جاهزة لتسويق كل أصناف الأغذية.

أما الثانية فعبارة عن عرض جرافيتي للمركز التجاري ذيل بعبارة أن هذا الإعلان ليس له أي قيمة تعاقدية وانه محض إيداع فني .

وفي 13 ديسمبر 1994 صدر حكم عن محكمة استئناف باريس مؤكداً على أن الوثائق الإعلانية المذكورة ليس لها قيمة تعاقدية، ما لم تكن ملحقة بالبيع ، أو أحال إليها أطراف العلاقة التعاقدية ، أنها لا تخرج عن كونها أداة أو وسيلة لتنفيذ الإلتزام بالإعلام الذي يقع على عاتق المهنيين ، لكن محكمة النقض الفرنسية رفضت هذا الحكم مؤكدة على أن الوثائق الإعلانية تكتسب قيمتها القانونية ، وتدخل لذلك ضمن مراحل انعقاد العقد، على اعتبار أنها تؤثر بما تتضمنه من بيانات محددة وتفصيلية في رضا المتلقي الذي يعول عليه في إبرام العقد. انظر القرار المبين أدناه:

(Cass.civ 17 juillet 1996/RTD. civ 1997, p.119, n5)

أنظر: أحمد السعيد الزرقد، نحو نظرية عامة لصياغة العقود ، دراسة مقارنة في مدى القوة الملزمة لمستندات التعاقد، المرجع السابق، ص. 227 .

ورد بها من بيانات، ولا يغير من ذلك أن تشتمل الوثيقة الإعلانية على تعهدات محددة وتفصيلية عن العقد المراد إبرامه¹.

في حين يرى البعض بأن الوثائق الإعلانية إن اشتملت على معلومات غير حقيقية فإنها تستمد قيمتها التعاقدية في نطاق الجزاء المدني، حيث يكون للموجه إليه الإعلان رفع دعوى بالتنفيذ أو بالتعويض شريطة أن يثبت أن البيانات المذكورة أثرت في الحصول على رضا الموجه إليه الإعلان .

3 المفارقة بين الوثائق الإعلانية وخطابات النوايا

إن مصطلح خطابات أو رسائل النوايا يطلق على العديد من المستندات التي يتم تحريرها في المرحلة السابقة على التوقيع النهائي على العقد. وقد يتضمن خطاب النوايا مقترحات من أحد طرفي العقد المحتملين أو من كليهما، كما قد يتضمن تعهد أحدهما بأن يقوم بعمل معين. ولقد أدى انتشار التجارة الدولية واتساع نطاقها إلى زيادة اللجوء إلى خطابات النوايا وبخاصة في مجال العقود الكبيرة وطويلة الأجل التي تسبقها مرحلة تفاوض طويلة.

ولكي تتضح طبيعة رسائل النوايا بالمقارنة مع الوثائق الإعلانية ودورها في المفاوضات، يشير الأستاذ فاخر النكاس إلى أنه من الأفضل دراسة بعض صور هذه الرسائل في العقود الكبيرة كعقد شراء شركة مثقلة بالديون وعقد التوريد بمصنع جاهز للتشغيل وعقد يتعلق بشراء مصنع للسيارات أو لانتاج كل ما يتعلق بصناعة الطيران².

ومن الواضح أن الصفقات السابقة تنصب على عقود معقدة تتم على مراحل ودفعات وتحتاج إلى مفاوضات شاقة وطويلة ومكلفة، كما أن هذه الصفقات تتم على نطاق دولي في الغالب من الحالات، فتحكمها قواعد المعاملات التجارية التي تنظم العلاقات بين أطراف متعددة الجنسيات لتأخذ بعين الاعتبار البعد الجغرافي الذي يفصل بين هذه الأطراف وهذا ما يزيد في أهمية رسائل النوايا، بحيث يتم تسجيل ما يدور في المفاوضات من محادثات وما يعرض فيها من بيانات ومستندات في هذه الأخيرة، ولذلك فإن كل هذه الخطابات هي وسيلة لإثبات الاتفاقات الأولية، وإن كانت لا تصل إلى مرحلة أن توصف بأنها ارتباط عقدي إلا في الحالات النادرة التي تتضمن فيها عقوداً حقيقية ولكن محرريها يصفونها بأنها خطابات نوايا³.

¹ محمد عبد الظاهر حسين، الجوانب القانونية للمرحلة السابقة على التعاقد، المرجع السابق، ص. 736.

² جمال فاخر النكاس، العقود والاتفاقيات الممهدة للتعاقد وأهمية التفرقة بين العقد والاتفاق في المرحلة السابقة على التعاقد، المرجع السابق، ص. 178.

³ محمد عبد الظاهر حسين، الجوانب القانونية للمرحلة السابقة على التعاقد، المرجع السابق، ص. 733.

ثانياً: تمييز خطابات النوايا عن البروتوكولات الاتفاقية.

تعرف الحياة العملية المعاصرة نوعاً من الاتفاقات السابقة على التعاقد تسمى البروتوكولات الاتفاقية أو التعاقدية (les protocoles d'accord)، وقد نشأت هذه الاتفاقات أول ما نشأت في البلاد الأنجلوسكسونية وأخذت تسميتها منها ثم انتقلت منها بعد ذلك إلى غيرها من الدول، حتى صار الالتجاء إليها أمراً شائعاً في المفاوضات على العقود الكبيرة المركبة¹ شأنها في ذلك شأن خطابات النوايا، الأمر الذي يثير في الذهن مسألة التفرقة بينهما.

وحتى يتم التعرف على القيمة القانونية لهذه البروتوكولات، فإنه يتعين أولاً التعرف على خصائصها المميزة من خلال تطبيقاتها العملية وقوتها الملزمة، قبل التطرق للموازنة بينها وبين خطابات النوايا.

4 مفهوم البروتوكول الاتفاقية

اختلف الفقه أيضاً في شأن تعريف البروتوكولات وتحديد طبيعتها القانونية كما هو الحال بالنسبة لرسائل النوايا. مع ذلك فإن مصدره لا يثير الخلافات، حيث نشأ في أحضان القانون العام ابتداءً بالقانون الدبلوماسي ومروراً بالقانون الإداري² ليستقر ضمن أحكام القانون الخاص لمنظمة العمل والتعامل التجاري.

ففي إطار قانون العمل جرى العرف على استخدام مصطلح بروتوكول اتفاقية للدلالة على الاتفاقات المبدئية التي يتوصل إليها أطراف المفاوضات العمالية والتي تسبق التوقيع على اتفاق جماعي ملزم، وما اللجوء إلى تسمية هذه الاتفاقيات المبدئية بالبروتوكولات إلا للدلالة على عدم وجود أي التزام ثابت في هذه المرحلة من المفاوضات العمالية ولا يكون الالتزام إلا بعد التوقيع على الاتفاق الجماعي واعتماده من قبل الجهات المختصة³.

¹-Jacques Mestre, de quelques protocoles..., RTD Civ. 1999, p.831.

² F'expression protocole d'accord est, elle aussi, emprunté au vocabulaire du droit public « procès verbal d'une conférence diplomatique », elle est destinée à consigner le procès verbal d'un consensus, d'une fructueuse réunion, au cours des pourparlers entre différentes parties. Le protocole fixe donc non seulement les idées mais aussi, croyons-nous, les engagements essentiels des parties, le rôle de chacune d'elles, les principales dispositions de l'accord (prix, délais, échange de consentements), à l'exclusion des détails techniques. Ibrahim .Najjar, l'accord de principe, recueil Dalloz, p.64.

³ جمال فاخر النكاس، العقود والاتفاقيات الممهدة للتعاقد وأهمية التفرقة بين العقد والاتفاق في المرحلة السابقة على التعاقد، المرجع السابق، ص.282.

وفي إطار التعامل التجاري يستخدم مصطلح بروتوكول بشكل واسع في التعامل بين التجار وذلك للدلالة على العديد من الاتفاقيات المبدئية التي تسبق العقود التجارية المهمة والكبيرة القيمة كعقود دمج الشركات وعقود التوريد.

هذا ويسود في الفقه تعريفين مختلفين للبروتوكول الاتفاقي يعتمد كل منهما على محتوى

البروتوكول والهدف من إبرامه، حيث يرى البعض من الفقهاء بأنه عقد حقيقي ملزم للجانبين¹، فهو يحمل في طياته الشروط الأساسية للعقد الرئيسي فيمثل هدفا تم الوصول إليه وإن افتقر إلى بعض التفاصيل التي ترتبط بكيفية تنفيذه، حيث يرى البعض أنه بمثابة عقد إطار وهو ذلك العقد الذي يحدد الشروط الرئيسية التي يلتزم الطرفان بإتباعها فيما يبرمانه من عقود لاحقة تسمى عقود التطبيق².

في حين يرى البعض الآخر بأنه اتفاق على التفاوض في شأن عقد من العقود الجوهرية، وهو ويرجع ذلك في تقديرهم إلى اعتبارين، الأول هو أن وجود العقد يتطلب الاتفاق على كافة عناصره مما يصعب التأكد من تحققه في حالة البروتوكولات التعاقدية نظرا لصعوبة قياس أهمية العناصر التي ما زالت محلا للتفاوض بين الأطراف، خاصة إذا كانت تمثل أهمية كبيرة بالنسبة لها³.

أما الثاني فهو أن نية أطراف البروتوكول الاتفاقي لا تنصرف إلى قبول وجود العقد في المرحلة الزمنية التي يتحقق فيها توقيع البروتوكول الاتفاقي، وإنما إلى تسجيل عناصر التعاقد التي تم الاتفاق عليها. غير أن أنصار هذا الاتجاه الأخير يتفرقون بعد ذلك إلى اتجاهين فرعيين، اتجاها ينفي عنه كل صفة عقدية، على نحو لا تتولد عن قطع المفاوضات التي تكون محلا له سوى مسؤولية تقصيرية، وهو اتجاه يشايح الفقه التقليدي الذي يرفض إضفاء أي قيمة قانونية على مرحلة التفاوض السابقة على تحقق الإيجاب بالعقد .

واتجاه آخر يرى فيه عقدا بالمعنى الدقيق وإن كان محله يختلف عن محل العقد النهائي المنشود فهو يلزم الموقعين عليه باعتبار العناصر التي تضمنها، وعدم طرحها للمناقشة من جديد، بحيث يتخذ أساسا مسلما لاستكمال المفاوضات، هذا من ناحية، كما يلزمهم من ناحية أخرى، بالمضي في التفاوض بغرض التوصل إلى اتفاق على العناصر المتبقية وهو اتجاه ينطلق من الفقه الحديث الذي يقر بقابلية مرحلة

¹ محمد حسين منصور، العقود الدولية، المرجع السابق، ص. 51 .

² - JurisClasseur Contrats - Distribution, Fasc. 1820 : INGÉNIERIE ET TRANSFERTS DE MAÎTRISE INDUSTRIELLE. - Conception, I. - Élaboration du contrat, B. - Aboutissement des négociations, 1° Contrats préparatoires, Document 9 - 18. voir : <http://www.w.w.lexisnexis.com.ezproxy.univ-perp.fr/fr/droit/delivery/pr...>

³ جمال فاخر النكاس، المرجع السابق، ص. 282 .

التفاوض لإنتاج تصرفات قانونية سابقة على التعاقد، ويقع لذلك في مركز وسط بين من يرى في البروتوكول الاتفاقي اتفاقا على العقد المنشود، ومن ينكر عليه صفة الاتفاق التعاقدية من الأصل¹.

ولعله يتضح من العرض السابق أن البروتوكولات التعاقدية تتضمن عادة اتفاقا على العناصر الجوهرية الضرورية لإبرام العقد، لكن انعقاده بالفعل يظل مع ذلك متوقفا على إرادة الطرفين². وفي بعض الحالات ينص صراحة على عدم انعقاده كما هو الحال في النصّ على "عدم تمتع البروتوكول بصفة العقدية"، أو في إدراج "شرط الارتهان بالعقد" (subject to contract)³.

أمّا في غيبة مثل هذه النصوص الصريحة، فالأصل أن بقاء عناصر أخرى تفصيلية محلا للتفاوض يعني عدم انعقاد العقد. هو الحلّ الذي قننه المشرع الألماني صراحة في 154 من القانون المدني الألماني.

لكنّ الوضع يبدو مختلفا في القوانين السويسري والمصري والكويتي، فهذه القوانين تجعل انعقاد العقد بمجرد الاتفاق على العناصر الجوهرية ما لم يتبين أن الطرفين قد علقا انعقاده على تمام الاتفاق على المسائل الجوهرية التي مازالت مطروحة للتفاوض.

ويبقى الملاحظ في الغالب أن تحرير البروتوكول الاتفاقي، إن لم يكن يعني انعقاد العقد المنشود في بعض القوانين، إلا أنه يعني على أي حال في هذه القوانين قيام اتفاق حقيقي على العناصر الجوهرية وعلى التفاوض على المسائل التفصيلية اللازمة لوجوده. ومقتضى ذلك أن البروتوكول يمثل عقدا ملزما قائما بذاته ينشئ من الالتزامات ما يحقق مضمونه، وهو ما يتحقق أولا بالالتزام بالتفاوض على العناصر المتبقية، وثانيا بالالتزام بالتفاوض ابتداء من العناصر المتفقّ عليه وعلى هذا النحو فإن المسؤولية الناشئة من هذا العقد تكون مسؤولية عقديّة وهي تتحقق في حالتين النكول عن التفاوض استكمالا للعناصر المتبقية وحالة العدول عن المسائل الجوهرية التي تم الاتفاق عليها⁴.

2 التمييز بين البروتوكولات الاتفاقية وخطابات النوايا.

كثيرا ما تستخدم خطابات النوايا في تحقيق الوظيفة التي تؤديها البروتوكولات الاتفاقية⁵ إذ كل منهما يقوم بتسجيل الجوانب التي تم الاتفاق عليها في سبيل الوصول إلى العقد النهائي، وهذا ما أدى إلى

¹ مصطفى محمد الجمال، السعي إلى التعاقد في القانون المقارن، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان 2002، ص.431.

² B.Fages et autres, Lamy doit des contrat, op.cit, P.115, pp.40.

³ جمال فاخر النكاس، العقود والاتفاقيات الممهدة للتعاقد وأهميّة التفرقة بين العقد والاتفاق في المرحلة السابقة على التعاقد، المرجع السابق، ص.283.

⁴ مصطفى محمد الجمال، السعي إلى التعاقد، المرجع السابق، ص. 432.

⁵ Bernard Beignier, la conduite des négociations, RTD Com, 1998, p. 463.

الخط بينهما في غالب الأحيان في ميدان الأعمال¹. وفي سبيل البحث عن معيار للتفرقة بينهما، يذهب جانب من الفقه إلى اعتماد معيار كمّي قولاً بأن البروتوكول الاتفاقي يتضمن أغلب عناصر العقد النهائي ولا يبقى منها لاستكمال العقد النهائي سوى الشروط المتعلقة بتنفيذ العقد أو بالجزاءات التي يواجه بها أحد الأطراف إخلال الأطراف الأخرى بالتزاماتها. ولذلك فهي لا تيرم إلا في مرحلة متقدمة من المفاوضات².

أما خطابات النوايا فتتعلق عادة بجزئية من جزئيات العقد أو بمسألة أو أخرى من مسائله وهي لذلك تصادف أكثر ما تصادف في المراحل الأولى للمفاوضات.

ومن الواضح أن هذا المعيار الكمّي غير حاسم في المفارقة بين النوعين من الوثائق، فليس هناك ما يمنع الأطراف من أن تلجأ إلى خطابات النوايا لتسجيل العناصر. ويذهب فريق ثاني إلى التمييز بينهما اعتماداً على الشكل الذي يأخذه كل منهما، فخطابات النوايا تحرر من أحد الأطراف وبالصيغة التي يقرها هذا الطرف، ثم توجه إلى الطرف الآخر³ أما البروتوكولات الاتفاقية، فهي اتفاقات تحرر عادة بمعرفة الأطراف مجتمعة وبالصيغة التي يرتضونها، ويتم التوقيع عليها منهم جميعاً في آن واحد.

ولا شك في وجود هذا الفارق بين النوعين من الوثائق، على الأقل من حيث الظاهر. غير أنه يبقى بعد ذلك أن خطابات النوايا غالباً ما تتحول نصوصها إلى بنود اتفاقية، وهي في المثال الذي يتم توقيع صورتها من الطرف الموجهة إليه وإعادتها إلى مرسلها، بل إن مجرد تلقي الخطاب من المرسل إليه وسكوته عن الرد على ما ورد فيه غالباً ما يحمل محمل القبول للنصوص المدونة فيه⁴.

الفرع الثالث

تطبيقات حول خطابات النوايا وحدودها.

في الواقع العملي تشهد خطابات النوايا تطبيقات كثيرة لا بأس من الإشارة إلى أهمها قبل الكلام عن حدودها وذلك فيما يلي:

¹ Philippe Le Tourneau, droit de la responsabilité et des contrats, 7 Edition , Dalloz 2008, p. 320.

²-Jean Baptiste Auroux, Audilio Gonzales Aguilar, Romain Perray, Lamy droit de l'informatique et des réseaux, wolters Kluwer, France 2008, p.841.

³ -Ibrahim Najjar ,L'accord de principe, op.cit, p.64.

⁴ فخر النكاس ، العقود والاتفاقيات الممهدة للتعاقد وأهميّة التفرقة بين العقد والاتفاق في المرحلة السابقة على التعاقد، المرجع السابق، ص.283.

أولاً تطبيقات لخطابات النوايا : إن المتأمل في العقود الدولية المعاصرة، كعقود إنشاء البنية التحتية وإقامة¹ المطارات ومحطات الطاقة بنظام (BOT) أو الإنتاج في اليد (Produit en main)² وعقود نقل التكنولوجيا وعقود خدمات المعلومات (Contrat informatique) وعقود الائتمان التأجيري الدولي، يدرك أنها وعلى خلاف العقود الدولية اليومية البسيطة كالبيع أو النقل أو غيرها، تنطوي على العديد من المسائل الفنية الدقيقة التي لا يمكن حسمها في جلسة أو جلستين، بل يستلزم الأمر اجتياز مراحل متعاقبة ومستمرة صوب العقد النهائي

يتم فيها توثيق اتفاقات تمهيدية تحرر في مستندات تحضيرية (préparatoires documents) يتبادل فيها الأطراف الرؤى والمفاهيم حول أمور تتصل بالمفاوضات حول العقد النهائي، ولعل من أهمها ما يسمى بخطابات النوايا³.

كما أنه في عقد الترخيص لاستغلال براءة الاختراع، كثيراً ما تدور المفاوضات بين المرخص والمرخص له في إطار معطيات موضوع العقد، التي غالباً ما تدور حولها مفاوضات العقود التجارية عموماً والدولية خصوصاً، لذا فإن هذه المفاوضات تدور حول تعيين نوع تكنولوجيا براءة معينة ومكان تسليمها، وما يحتاجه استثمارها في الصناعة وتطبيقها من أبنية ومعدات تكميلية لذلك الاختراع، ويعتبر خطاب النوايا من أهم الخطوات التي يتخذها المتفاوضون حيث يرى جانب من الفقه أن الخطاب ولو لا أنه لا يشكل التزاماً بالتعاقد، غير أنه إذا ما تضمن الالتزام بالاتفاقات الأولية للطرفين كدور كل منهما والأداءات ومهل التنفيذ، فإنه من الممكن أن يكيف على أنه عقد مستقل، يركز عليه عقد هو عقد الترخيص⁴.

كذلك من التطبيقات التي جرى عليها التعامل التجاري تلك المتعلقة ببعض العقود المعقدة للتسليم في المصانع التي هي في حالة جيدة لسير عملها أو عقود شراء شركات مثقلة بالديون أو حتى

¹ ويعني البناء والتشغيل ونقل الملكية، بموجب عقد B.O.T تعهد حكومة دولة ما إلى شركة وطنية أو أجنبية بإنشاء مرفق عام وإدارته وتقديم خدماته إلى الجمهور والمنفعين منه لمدة معينة مع حق الملتزم بالحصول على رسوم يتقاضاها من المنفعين مع الالتزام بنقل ملكية المشروع إلى الدولة أو الجهة التعاقدية في حالة جيدة تسمح باستمرار تشغيله في نهاية المدة دون حق الملتزم المطالبة بالتعويض ودفع مقابل لذلك. لمزيد من التفصيل انظر:

عمرو أحمد حسبو، مراجعة عادل الطبطبائي، التطور الحديث لعقود ابرام المرافق العامة طبقاً لنظام B.O.T (دراسة مقارنة)، مجلة الحقوق الكويتية، ع(3)، مجلس النشر العلمي، الكويت 2002، ص.399.

² حول هذا العقد وتفصيلاً، راجع:

Bemoussat Abdelouhab, Le contrat produit en main – Contribution à l'étude d'une technique juridique pour l'industrialisation de l'Algérie, Thèse de Doctorat, Université de Rennes I, France, 1988.

³ أحمد عبد الكريم سلامة، النظام القانوني لمفاوضات العقود الدولية، المرجع السابق، ص.45.

⁴ علاء عزيز حميد الجبور، عقد الترخيص دراسة مقارنة، الدار العلمية الدولية للنشر، عمان الأردن 2003، ص.77.

مشروع إنشائها، في إطار عملية تأسيس شركة جديدة مثلا، تتناول المفاوضات موضوع الشركة المقبلة في صدد أهمية التّقديمات المتبادلة لكل شريك وطبيعة هذه التّقديمات وكذلك شكل الشركة الجديدة، الأمر نفسه ينطبق على التّقريب بين الشّركات التّجارية¹ أو عملية اندماج شركة في شركة أخرى² أو شراء أسهم الشّركات المعروضة للاكتتاب³ عموما حيث تتم مناقشة الأعمال التّحضيرية بإجراء دراسة جدوى التي ترمي إلى الحصول على المعلومات الضرورية والمشورة الفنية اللازمة لتبصير الرّاعب في التّعاقد وتتوير إرادته عن فائدة الصفقة من الناحية الاقتصادية واحتمالات النجاح أو الفشل، هذا بالإضافة إلى إعداد خطط المشروع وتوفير وسائل تمويله والتّأمين على عناصره. وكل هذا يقتضي جلوس أطراف التعامل سويا وتبادل الأفكار والمناقشات عن طريق تبادل كتب إثبات النوايا حتى تتم المعاملة المطروحة، أو تفشل ويذهب كل طرف إلى حال سبيله .

وتتعدد في هذا الإطار أغراض ومعاني خطابات النوايا، فإذا كان الأصل أنها غير ملزمة، فإنه ليس هناك ما يمنع من أن يحتوي خطاب التّعبير عن النّية ما يتضمن التزاما، قد يتضمن الالتزام الفعلي بالتّفاوض بما تم التّفاوض عليه، كما وقد يذهب إلى ما هو أبعد من ذلك بحيث يصبح إيجابا تاما ينتظر القبول من الطّرف الآخر، أو قد يعد عقدا معلقا على شرط أو أكثر، كموافقة الجهة المختصة، كمجلس الإدارة في الشّركة، أو ترخيص جمركي، الخ...، وعندما يوافق عليه الطّرف المقابل أو يتحقق الشرط يصبح الخطاب عقدا مكتوبا بينهما وينتج آثاره بأثر رجعي من يوم توقيع الخطاب الذي يحتويه، وإن لم يتحقّق زال كل أثر له⁴ .

ثانيا: حدود آلية خطابات النوايا (النظام العام وقوانين البوليس)

يبدو التّطور واضحا وجليا على صعيد التّجارة الدّولية، حيث تشهد المعاملات في هذا المجال نموا متزايدا مع تنامي ظاهرة العولمة والتّقدم التّقني وما تبعه من تواصل وترابط بين كافة أنحاء المعمورة من خلال شبكة الاتّصال . وأصبح مبدأ سلطان الإرادة هو الأساس في اختيار أسلوب التّعاقد وتحديد مضمونه وآثاره ، بالإضافة إلى تعيين القانون الواجب التطبيق والقضاء المختصّ بما في ذلك المفاوضات الدّولية التي غالبا ما تكون مليئة بالعقبات التي يتعيّن الإحاطة بها والاستعداد لمواجهتها بكل الوعي والإمكانيات المتاحة .

¹-Jean Yves Trochon & Jean Marc Loncle, les risques juridiques inhérents aux pourparlers dans les rapprochements d'entreprises, LPA, 02 Septembre 1996, N° 106, p.4.

² حول عملية اندماج الشّركات، راجع:حسني المصري، اندماج الشّركات وانقسامها، دار الكتب القانونية، مصر، المحلّة الكبرى، 2007.

³ -Jean Michel Reversac, Anker Sorensen , Cession d'entreprise: points clés de la négociation et de la rédaction de la lettre d'intention , JCP(E) semaine juridique, Edition Entreprise, 2002, p. 1184.

⁴ شيرزاد عزيز سليمان، حسن النّية في إبرام العقود، المرجع السابق ، ص 402 .

ولعل القيد الوحيد القائم، ويثير الجدل حول مضمونه وتطبيقه هو النظام العام¹ أو فكرة السيادة أو قوانين البوليس²، إذ أنه من المناسب بيان الإطار الذي يتحرك الأطراف من خلاله لرسم الأداءات المتقابلة ذلك أن الحرية التعاقدية تحوطها في الواقع بعض القيود التي يتعين مراعاتها عند التعامل على صعيد التجارة الدولية، ولعل من أبرز ما يتبادر إلى الذهن في هذا المجال فكرة النظام العام كقيد أساسي على مبدأ الحرية التعاقدية.

إن النظام العام يتمثل في مجموع المصالح الأساسية للمجتمع أي الأسس والدعامات التي تمثل الحد الأدنى الذي لا يتصور بقاء الجماعة بدونها، تلك الأسس قد تكون ذات طبيعة سياسية أو اقتصادية أو اجتماعية. أما الآداب فيقصد بها مجموع الأسس الخلقية التي يقوم عليها بنيان المجتمع وكيانه المعنوي أي الحد الأدنى من قواعد الأخلاق اللازمة لحفظ كيان الجماعة وبقائها والتي يؤدي تخلفها إلى انحلاله.

و القاعدة المتعلقة بالنظام العام والآداب ذات طبيعة أمر لا يجوز الاتفاق على مخالفتها وإلا وقع هذا الاتفاق باطلا بطلانا مطلقا.³ و يجوز لكل ذي مصلحة أن يتمسك به لأنه مقرر لحماية مصلحة عامة ويجب على القاضي أن يحكم به من تلقاء نفسه، ويزول العقد الباطل ويعتبر كأن لم يكن ويعاد الأطراف إلى الحالة التي كانا عليها قبل الاتفاق.

ولا يوجد معيار ثابت لفكرة النظام العام والآداب لأنها تتسم بالمرونة والنسبية فهي تختلف باختلاف الزمان والمكان، وتتطور من وقت إلى آخر، بل إنها تتفاوت حسب طبيعة الوسط الاجتماعي، ويتمتع القاضي بسلطة واسعة في تحديد مضمون تلك الفكرة⁴، نظرا لعدم ثبات ونسبية هذا المضمون، على ضوء الاتجاهات السائدة في الجماعة، بعيدا عن الميول والمعتقدات الشخصية الخاصة به، أي أن معيار قياس النظام العام والآداب هو معيار موضوعي وليس شخصي⁵.

¹ صلاح الدين جمال الدين، تنازع القوانين (دراسة مقارنة) بين الشريعة والقانون، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية 2007، ص. 100 .

² محمد حسين منصور، العقود الدولية، المرجع السابق، ص. 127 .

³ فالنظام العام ، كما ورد في نصي المادتين 96 و 97 من القانون المدني الجزائري يتدخل في القانون الداخلي، بغية إلغاء اتفاقات الأفراد التي يكون موضوعها أو سببها متعارضا مع النظام العام والآداب ، أما في القانون الدولي ، فإن دور النظام العام يختلف اختلافا كبيرا، فالقانون الأجنبي المعين وفقا لأحكام المادة 24 من القانون المدني ، من قبل واحدة من قواعد التنازعية سوف يتم استبعاده إذا تعارض مع النظام العام أو الآداب في الجزائر. لمزيد من التفصيل انظر :موحد إسعاد ، القانون الدولي الخاص، (قواعد التنازع)، ج(1)، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 1989، ص. 245 .

⁴ محمد حسنين، الوجيز في نظرية القانون (في القانون الوضعي الجزائري)، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر 1986، ص. 277 وما يليها.

⁵ رمضان أبو السعود، أشرف عبد العليم الرفاعي، الاختصاص القضائي الدولي، دار الكتب القانونية، مصر المحلة الكبرى 2006، ص. 56 .

وتثير فكرة النظام العام والآداب العديد من الصعوبات في مجال المعاملات الدولية نظرا لاختلافها من دولة إلى أخرى، والمعيار الذي يتم الاستناد إليه في التعرف عليها، والقاضي المختص بتطبيق ذلك المعيار، ويطلق عليها في هذا المجال مسمى قوانين الأمن والسلامة العامة¹.

ولقد ظهرت فكرة قوانين البوليس في القانون الدولي لتفسير الطبيعة الأمرة لبعض النصوص التشريعية التي تطبق على العقد بغض النظر عن القانون الواجب التطبيق. ولكن كيف يتعرف الأطراف على هذه النصوص الأمرة التي تحكم علاقاتهم التعاقدية؟

يتعلق الأمر بالتأكد بقانون العقد بكل أحكامه الأمرة والمكاملة، ولكن القاضي يلتزم بتطبيق القواعد الأمرة المتعلقة بالنظام العام (قوانين البوليس) الموجودة في دولته، ويقصد بذلك القوانين الأمرة التي لا يجوز للأفراد مخالفتها.²

المطلب الثاني

حكم خطابات النوايا في التشريعات المقارنة.

إنّ خطابات النوايا من المصطلحات التي نشأت في مجال المعاملات الدولية قبل أن تنتقل منه إلى مجال المعاملات الداخلية.

غير أن مجال المعاملات الدولية مجال تتلاقى فيه وتتصارع المصطلحات والمفاهيم المستعملة في مختلف مناطق العالم أو على الأقل المستخدمة في كتله الرئيسية المهيمنة على التجارة وهما كتلتان: كتلة الدول الأوروبية (Civil Law) وكتلة الدول الأنجلوسكسونية من جهة أخرى (Commun Law) إذ لا بد من توضيح موقف بعض القوانين المقارنة في هذه الكتل من الآلية وطبيعتها وكذا المعايير التي تقاس بها في ظل هذه القوانين، وذلك للوقوف على ما بين هذه الأخيرة من اتفاق أو اختلاف في هذا الشأن .

الفرع الأول

حكم خطابات النوايا في التشريع الإنجليزي.

ظهرت خطابات النوايا في بادئ الأمر في القانون الإنجليزي، فقد ظهرت بواورها سنة 1919 بفضل العرف وكذلك القضاء الذي وضع حجر الأساس وإشارة البدء للتعهدات الأدبية المعنوية المجردة من

¹ محند إسعاد، القانون الدولي الخاص (قواعد التنازع)، المرجع السابق، ص. 242 .

² محمد حسين منصور، العقود الدولية، المرجع السابق، ص. 128 .

كل التزام قانوني أو ما يطلق عليها بتعهدات الشرف¹، ثم في حكم قضائي مؤرخ في 1924 نوه القضاء إلى هذه الآلية الجديدة في التعامل وذلك في قضية روز وفرنك²، حيث تتلخص وقائعها في أن شركة إنجليزية انفتحت مع شركة أمريكية على أن تباع وتقوم بأعمال التمثيل التجاري القصري لمنتجات الشركة الأولى، لكن التعهد صيغ بعبارات مفادها أنها تعهد شرفي، فقامت الشركة الإنجليزية بعد مدة معينة بخرق الاتفاق دونما سابق إنذار، مما دفع بنظيرتها الأمريكية إلى متابعتها أمام القضاء الإنجليزي لإخلالها بالإجراء القانوني المتمثل في اعدار المدعية في مدة أقصاها ستة أشهر من تاريخ عزمها فسخ الاتفاق كما كان مفترضا في الاتفاق، فأكد مجلس اللوردات بأن الاتفاق لا يسفر عنه التزام قانوني، ذلك أنه في القانون الإنجليزي إن التعهد الشرفي لا يعد ملزما من الناحية القانونية ولا يخضع لاختصاص المحاكم ما لم يكن قد تم تنفيذ ما ورد فيه وذلك لغياب عنصر جوهرى من عناصر العقد هو التعبير عن الالتزام المنجز للاتفاق وبالتالي عدم اختصاص القاضي في فرض التنفيذ الجبري للاتفاق بين الشركتين فيما قضى به من ضرورة توجيه الشركة الإنجليزية اعدارا للشركة الأمريكية بقرارها بفسخ العلاقة التعاقدية بينهما في أجل ستة أشهر من ذلك.

وكذلك استقر الوضع في القانون الإنجليزي على أنه ليس لخطاب النوايا، بحسب الأصل قيمة تعاقدية، وبالتالي ليس له قوة ملزمة بالنسبة لمصدره، فهو وعد ونية، أو تعهد شرف، أو اتفاق جنلمان، لا يصلح في غير وجود إرادة صريحة لمصدره، أن يكون اتفاقا تعاقديا يرتب أثرا، ومن ثم لا يكون ملزما ويتأكد عدم إلزام خطاب النوايا وتجرده من كل قيمة قانونية إذا انطوى على عبارة أن احترام ما ورد بالخطاب والالتزام به معلق على التوقيع على شروط العقد النهائي، حتى ولو تضمن الخطاب، في ذات الوقت، النص على ضرورة تفاوض الأطراف بحسن نية.

وظلت هكذا خطابات النوايا مجردة من كل أثر ملزم حتى سنة 1987 وبموجب قرار قضائي صادر في ديسمبر 1987 والذي أسبغ عليها الطابع القانوني وإمكانية التزام مصدر الخطاب، وقد عول القاضي في ذلك على أنه في العلاقات التجارية، ليس من المتعين إثبات أن الأطراف لديهم نية إنشاء التعهد القانوني، وإنما يفترض التعهد الملزم، إلى أن تتمكن الشركة من إثبات نقيض ذلك³.

¹ خليل فيكتور تادرس، خطابات النوايا الصادرة من الشركات الأم لحساب أحد الفروع وقيمتها القانونية، بدون ذكر رقم الطبعة، دار النهضة العربية، القاهرة 2007، ص 07 .

² -X. Barré, La lettre d'intention, technique contractuelle et pratique bancaire, Economica, 1995, p. 18.

³ خليل فيكتور تادرس، المرجع نفسه، ص 07 .

وقد انتشرت خطابات النوايا في الولايات المتحدة الأمريكية بفضل تقارب النظامين الإنجليزي والأمريكي، وذاع استخدامها فيما بعد في أوروبا بفضل الاستثمارات الكبيرة¹ والبدائية كانت في ألمانيا منذ بداية الستينات، كما عرف القضاء الإيطالي هذه الآلية الجديدة في التعامل ودرج العمل عليها² وكل ذلك في الأساس يرجع إلى التعامل التجاري الدولي .

الفرع الثاني

حكم خطابات النوايا في التشريع الفرنسي.

ليس في التقنين المدني الفرنسي ما يشير إلى أنه نظم رسائل النوايا بالمعنى الذي تقصده هذه الدراسة، ذلك أن مرحلة المفاوضات السابقة على عملية التعاقد لم تكن تمثل أية أهمية عند واضعيه. بل إن هذا التقنين لم يتضمن سوى بعض النصوص القليلة فيما يتعلق بتكوين العقد³، من ذلك المادة 1589 من القانون المدني الفرنسي التي تقضي بأن الوعد بالبيع يساوي بيعا في حال وجود رضا متبادل بين الفريقين حول الشيء المبيع والثمن⁴، فنادرا ما نجد التشريعات أفردت تنظيما خاصا لهذه المرحلة ، ومن هذه التشريعات النادرة تشريع إيطاليا والقانون اليوناني⁵.

¹ يبدو الوضع في القانون الأمريكي أنه يتفق مع القانون الإنجليزي من ناحية عدم الاعتراف لخطاب النوايا بقيمة الزامية، غير أنه لا مانع من الخروج على ذلك المبدأ حسب ظروف وملابسات كل حالة على حدة. أحمد عبد الكريم سلامة، النظام القانوني لمفاوضات العقود الدولية، المرجع السابق، ص.14.

² La pratique du commerce international a progressivement introduits en droit Italien un modèle contractuel qui , bien que tout à fait courant dans d'autres systèmes juridiques (tout particulièrement dans les systèmes de Common Law), nécessite une classification appropriée dans les catégories traditionnelles de la loi contractuelle Italienne : la lettre d'intention.

Face à une lettre d'intentions , le principal problème auquel les juridictions italiennes et la doctrine sont confrontées est de déterminer si l'intention des parties était d'investir leur accord d'une certaine force exécutoire ou de limiter les effets de son éventuelles violation à un niveau uniquement moral .Du point de vue italien , cette solution est relativement nouvelle et , il n'est pas rare que des investisseurs étrangers signent une lettre d'intention avec des homologues italiens dans la croyance erronée qu'ils peuvent librement décider d'interrompre leurs négociations à tout moment, sans craindre aucune conséquence juridique , dans la mesure ou ils auront attribué à cet accord la qualification de lettre d'intention, signifiant implicitement qu'elle sera considérée par la juridiction italienne comme un « gentlemen's agreement » ainsi dénué de tout effet juridique .

A l'inverse , une lettre d'intention , si elle ne contient aucune clause expresse d'engagement sur l'honneur appropriée, peut être considérée , en vertu de la loi italienne , comme un engagement précontractuel ou un accord préliminaire. Ceci pouvant entrainer dans les deux cas, une responsabilité légale significative des parties.

Cf. Gabriele Capecchi, Nature and enforceability of a letter of intent Under Italian Law(Nature et applicabilité de la lettre d'intention en droit Italien) , IBLJ, N2, 2004 , p. 156 .

³ Jacques Mestre , la période précontractuelle et la formation du contrat, le style qui parle de cette communication a été conserve , LPA , 05 mai 2000, N° 90, p.07 .

⁴ جاك غستان، المطول في القانون المدني(تكوين العقد)، المرجع السابق، ص.352 .

⁵ استثناء من الاتجاه العام للسياسة التشريعية المتجاهلة لمرحلة التفاوض، فإن ثمة نصوص قانونية تتعلق بالتفاوض على العقد توجد متناثرة في عدد قليل للغاية من التقنينات المدنية الحديثة ونذكر منها: التقنين المدني الإيطالي لعام 1942 حيث نصت المادة 1337 منه على انه في المفاوضات والمسؤولية قبل التعاقدية، يلتزم الطرفان بإجراء التفاوض وإبرام العقد بحسن نية. كذلك التقنين المدني اليوناني أين تضمنت المادة 197 منه حكما مماثلا لحكم المادة 1337 من القانون الإيطالي...انظر رجب كريم عبد اللاه، التفاوض على العقد، المرجع السابق، ص.55 .

ومع ذلك تكرر المصطلح في الكثير من التشريعات المتفرقة منها القانون المتعلق بحماية الأشخاص الذين يتطوعون أو يخضعون لإجراء تجارب طبية على أجسادهم ، ومن ذلك قانون 20 ديسمبر 1988 الذي أضاف في قانون الصحة العمومي الفرنسي كتاب ثاني مكرّر، وبموجب المادة 209 12 منه قرر بأنه على كل شخص باحث راغب في إجراء تجارب بيوطبية على جسم الإنسان أن يعرض مشروعه على لجنة استشارية مكلفة بحماية الأشخاص وأخذ رأيها بهذا الخصوص، ثم يوجّه خطاب نوايا إلى الوزير المختص بالصحة يتضمّن كل المعطيات المتعلقة بظروف البحث وأهدافه مصحوبا برأي اللجنة الاستشارية السالفة الذكر أعلاه.

كذلك التّنظيم المؤرخ في 28 سبتمبر 1989 المتعلق بتنظيم عمل اللجان المختصة بعمليات البورصة وكيفية فتح الصفقات العمومية وإجراءات المراقبة، والذي يفرض على المستثمر الإعلان عن نواياه بشأن 12 شهرا الموالية المتعلقة بالسياسة الصناعية والمالية لشركته في مواجهة الشركات المهتمة باقتناء أسهم الشركة المعنية... الخ¹.

أما فيما عدا ذلك فقد كان الأصل في أن خطابات النوايا غير ملزمة من الناحية القانونية، أين يحاول محرروها عادة الابتعاد عن الألفاظ التي تدل على الالتزام تجاه الطرف المقابل. لأن الفكرة وافدة من الدول الأنجلوسكسونية إلى فرنسا بسبب الاستثمارات الأمريكية الكبيرة التي قامت في الدول الأوربية في سنوات الستينات. المشكل ثار حول النظام القانوني الذي يحكمها خاصة لما يتعلق الأمر بتعهدات الشرف، فأن يفصح شخص عن إرادته في الالتزام أدبيا أو أخلاقيا، هو فرض يثير الجدل بصدده قيمته القانونية في أنظمة القانون اللاتيني أو الأنجلوسكسوني. فالعقد في الأولى توافق إرادتين أو أكثر على ترتيب أثر قانوني معين، وأي اتفاق لا يرمي إلى ترتيب الأثر المذكور لا يعدو أن يكون محض التزام أدبي، يخرج عن نطاق قانون العقود فيما يسميه البعض *Non-droit*.

ففي القانون الفرنسي مرتّ تعهدات الشرف بتطور في القضاء، خصوصا إذا كان الغرض منها استبعاد القضاء العادي، أو قضاء التحكيم من النّظر في المنازعات المحتملة بصدده تنفيذ بند ما في العقد قبل تسويته وديا، فاتّجهت بعض الأحكام إلى أن التّعهد الشرفي في الغرض المذكور قوة الالتزام المعتمدة نفسها بالنسبة للعقود²، شريطة أن تكون التسوية الودية صريحة ومحددة في حين اتّجهت أحكام أخرى إلى أنه لا يمكن لأطراف العلاقة التعاقدية، بمجرد تعهد أدبي استبعاد القضاء العادي، أو قضاء التحكيم من

¹ Bernard Beignier , l'honneur et le droit, LGDJ, 1995, p.565.

² B. Oppetit, « L'engagement d'honneur », D.1979, p.107.

النظر في منازعات العقد وبأنه يصعب القول باتجاه إرادة الأطراف إلى الالتزام بمجرد التوقيع على تعهد شرفي، ولذا فلا قيمة قانونية له¹.

وحتى في غير نطاق التعهد الشرفي باستبعاد القضاء العادي أو قضاء التحكيم عن حكم المنازعات فقد اتجهت بعض المحاكم إلى أن التعهدات الشرفية عموماً لا تتمخض عن التزام قانوني، وكأثر لذلك، حكم بأنه لا يعدّ إنكاراً للعدالة قضاء المحكم بطلان التصرف الذي لا يتضمّن سوى تعهد شرفي، على سند من القول بعدم وجود أي علاقة تعاقدية، في دعوى تتلخّص وقائعها في وعد شرفي من الأخ لشقيقاته بأنه لن يشتري أموال الأم بثمن أقلّ من القيمة الحقيقية المتفق عليها².

كما حكم بأن التعهد الشرفي الذي صيغت عباراته بالوعد بعمل شيء ما باطل في مواجهة من يرغب إعادة تقديم الخدمة. وفي دعوى أخرى تعهد فيها المدين شرفياً بأن يوفي الدين إذا صلحت أحواله انتهت المحكمة في حكم لها³ إلى أنه بعباراته يخلو من أي التزام قانوني وحتى مع التسليم بوجود التزام ما فقد علق على شرط إرادي محض يعدمه⁴.

فيما انتهت معظم أحكام القضاء الفرنسي إلى أن التعهد الشرفي يدخل في نطاق العقد، ويرتب مسؤولية المتعهد بتنفيذ ما ورد في تعهده، شريطة أن تكون عبارات التعهد واضحة⁵، وتأكيداً على ذلك رفضت محكمة النقض الفرنسية حكم الاستئناف⁶، كونه لم يضيف قوة الإلزام على التعهد الشرفي الذي قطعه الزوج على نفسه بالإففاق على مطلّقه بعد الطلاق اعتباراً بأن حكم الاستئناف لا يستند إلى أساس قانوني.

كما انتهت الدائرة الاجتماعية في محكمة النقض الفرنسية⁷ إلى أن التعهد الشرفي يتمخض عنه التزام قانوني، بالرغم أن عبارات التعهد، صيغت بأن المتعهد لديه النية بأن يلتزم، اعتباراً بأنها مساوية تماماً لتحمل الالتزام مادام أن مضمون التعهد واضح ومحدد.

ومجمل ما تقدم إذن أن التطور في موقف القضاء الفرنسي قد انتهى إلى أن التعهد الشرفي في غير علاقات المجاملة والأعمال المجانية، يترتب أثراً قانونياً بحيث يلزم المتعهد بتنفيذ ما ورد في تعهده وإلا

¹ أحمد السعيد الزرقّد، نحو نظرية عامة لصياغة العقود، المرجع السابق، ص.253.

² Nancy Vignal, l'attraction de l'engagement d'honneur dans le giron de droit : la morale des affaires a son honneur ! RLDC , N.40 du 01/07/2007, version cédérom , wolters Kluwer- France -2010, p.4.

³ Com.28 fév.1983/RTD Civ .1983/ p.746. note Chales.

⁴ Nancy Vignal, ibid., p.5.

⁵ جنيفيف فيني، المطول في القانون المدني (مدخل إلى المسؤولية)، المرجع السابق، ص.575.

⁶ -Cass.Civ.28 nov.1985/RTD civ.1986/p.739 obs. J.Moitre.

⁷ -Cass.Soc.24 mars 1958/JCP.1958/11.10866.-note J. Carbonnier.

الفصل الأول الطبيعة القانونية لخطابات النوايا

عد مسؤولاً بشرط أن يثبت اتجاه النية إلى الالتزام، و لا يتحقق ذلك إلا إذا كانت عبارات التعهد محددة وواضحة، حيث صار ثابتاً أن هدف المحاكم اليوم هو إعادة توصيف مثل هذا التعهدات بالاعتراف لها بمضمون العقود الحقيقية¹.

في الواقع، لا خلاف في أن خطاب النوايا كان يبدأ به، بحسب الأصل، أطراف العملية التعاقدية طريقهم، وبه يعطي من أصدره إشارة البدء في خوض غمار التحضير للمفاوضات التعاقدية، حيث يفصح عن رغبته وتوجهه نحو التعامل الجديد لانجاز العقد المزمع إبرامه. وقد قضى القرار الصادر عن محكمة استئناف باريس المؤرخ في 1989/06/20 بأنه لا يعتبر وعداً جاداً ونهائياً بالشراء الخطاب الذي تضمن نية مصدره في اقتناء قاعدة تجارية لمكتبة، في حين أنه لم يتعرف بعد على شروط البيع النهائية².

ويرى البعض من الفقه الفرنسي أن الأمر يتعلق بعقد سابق هو عقد تحضيري وليس مجرد عرض للتعاقد. وعلى الرغم من أن المشرع الفرنسي لا ينظم خطاب النوايا وبالتالي لم يحدد قيمته القانونية، إلا أن هذا المحرر يلعب دوراً في مجال العلاقات الاقتصادية الدولية³، بحيث يمكن أن يكون مجرد مشروع ما قبل التعاقد، أو إطاراً للتعاقد في حالة إذا ما تم إبرام العقد أو حتى يكون عرضاً محدداً، وقد يكون وعداً أو خطاب التزام أكثر من أن يكون تعهداً غير ملزم⁴.

¹ يوجد مثال على هذا التوجه في القضاء الفرنسي وذلك في القرار الصادر عن الغرفة التجارية لمحكمة النقض الفرنسية بتاريخ 23 كانون الثاني 2007 :

Com23jan 2007,n05-13189. Bull.civ.IV, n12, D.2007, p.442, obsX.DelpechRDC2007,p.697,note M.Laithier

نتيجة لأول نزاع في تزوير أو تقليد، كانت الشركات المعنية قد أبرمت اتفاق مصالحة، أخذت إحداهما على عاتقها الالتزام بأن لا تقلد المنتجات المتاجر بها من جانب الأخرى، و الواضح من هذا الالتزام أنه كان يشكل التزاماً أخلاقياً حصراً، حيث أن كل إخلال محتمل به لا يمكن اعتباره سبباً لمسائلة الطرف المخل من الناحية القانونية، و بعد عدة أسابيع ثار نزاع بين نفس الأطراف، رفع بعد ذلك إلى القضاء المختص، أين ادعت الشركة المستفيدة من الوعد بعدم تقليد منتجاتها بانتهاك الشركة الأخرى للاتفاق السالف الذكر بمقتضى البروتوكول الموقع بينهما وذلك بتقليدها لنوعين من منتجاتها.

أخذت محكمة الاستئناف بتقليد أحد المنتجين، أما الآخر فقد قررت أنه لم يكن مميزاً وانه لا يتصف بالجديّة والأصالة، مع ذلك تطبيقاً للالتزام المكتوب قبلت الدعوى وقضت بقيام مسؤولية الشركة المدعى عليها التعاقدية. تعرض هذا القرار للطعن ف جاء القرار بقبوله بالنظر في أساس الطعن والدعوى.

والسند المقدم عن الأساس كان مخالفة المادة 1134 من القانون المدني الفرنسي، فهو يعارض، في رأي مقدم الطعن، بأن يكون التزاماً خلقياً بحتاً مدانياً قضائياً. لكن محكمة النقض الفرنسية رفضت هذا الادعاء معتبرة أن الالتزام ولو كان خلقياً، والذي موضوعه في الدعوى السالفة الذكر عدم تقليد المنتجات الموضوعية في التداول التجاري، من قبل منافستها، فالشركة التي وقعت على البروتوكول موضوع النزاع أعربت عن إرادتها الواضحة الحرة بان تلتزم نحو الطرف الآخر" وأن " محكمة الاستئناف كانت قد استنتجت بأن هذا الالتزام له قيمة ملزمة وانه يمكن الإدعاء به على من التزم به". لمزيد من التفصيل انظر: جنيفيبي فيني، المطول في القانون المدني (المدخل إلى المسؤولية)، المرجع السابق، ص. 576.

² B. Beignier, op.cit, p.564.

³ مصطفى أحمد عبد الجواد، خطابات النوايا الصادرة عن الغير في مجال الائتمان، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية 2000، ص. 4.

⁴ نبيل إبراهيم سعد، الضمانات غير المسماة، الضمانات غير المسماة، ط2، منشأة المعارف، جلال حزي وشركاه، الإسكندرية 2000، ص. 151.

وأياً ما كان الأمر فإن القيمة القانونية لخطاب النوايا بوصفه إحدى حلقات المفاوضات السابقة على التعاقد ، تختلف باختلاف صياغة الخطاب والألفاظ المستخدمة فيه وما قصده الأطراف منه، كل ذلك يتم بواسطة القضاء مسترشداً بآراء الفقه والمبادئ العامة التي يقوم عليها النظام القضائي محل التطبيق، ولعل من أهم الدراسات التي خصصت لهذه الآلية في التعامل التقرير الذي وضعه فريق العمل الذي شكل لدراسة وتحليل العقود الدولية سنة 1975 تحت رئاسة البروفسور مارسال فونتان¹ والذي نشر تقريره في سنة 1977، وقد ظل ساري المفعول فقط في فرنسا إلى غاية 2006 أين أصبح كذلك حتى في إنجلترا وقد تضمن التقرير دراسة لـ 26 خطاب نوايا ، حيث أكد التقرير السالف الذكر أعلاه الطبيعة الفضفاضة لخطابات النوايا والتي لا تنزوي تحت حصر.

الفرع الثاني

حكم خطابات النوايا في التشريع الجزائري.

يظهر أن موقف المشرع الجزائري جاء مماثلاً لنظيره الفرنسي. فلا يوجد ما يشير إلى اهتمام المشرع الجزائري بتنظيم المرحلة السابقة على التعاقد² وخطابات النوايا بصفة خاصة، حيث يبدو أنه اكتفى باهتمامه بالمراحل التالية على إبرام العقد، بنصه على تنفيذ كل طرف في العقد لالتزاماته وكذا المسؤولية المدنية المترتبة على الإخلال بهذه الالتزامات أو بعضها، من خلال تنظيم عناصر المسؤولية العقدية من الخطأ والضرر وعلاقة السببية.

هذا وإن المشرع الجزائري، رغم تعديلات القانون رقم 10/05 المؤرخ في 20/06/2005³ وكذا القانون رقم 05/07 المؤرخ في 13/05/2007⁴، التي مست القانون المدني في الكثير من مواده، لم يهتم بمرحلة التفاوض. فقد أغفل تنظيم الالتزام قبل التعاقد (l'obligation Précontractuelle)، كما أنه سكت عن حماية المتعاقد في المرحلة السابقة على التعاقد، تاركاً الأمر بيد القضاء الذي مازال يعتبر مرحلة التفاوض مجرد عمل مادي غير ملزم⁵ (un fait juridique) لا يترتب عليه في ذاته أي أثر قانوني، ولا ينشئ على عاتق الطرفين أي التزام. وليس أمام المتفاوض المضرور من جراء عملية التفاوض، سوى

¹ Filip DELY , Law and practice of drafting international contracts(la pratique de la rédaction des contrats internationaux), IBLJ, N3/4 , 2002 , p.461.

² بلحاج العربي ، الإطار القانوني للمرحلة السابقة على إبرام العقد (دراسة مقارنة)، دار وائل للنشر ، بدون ذكر البلد ، 2010 ، ص. 10.

³ الجريدة الرسمية، العدد 44، بتاريخ 2005/06/26.

⁴ الجريدة الرسمية، العدد 31، بتاريخ 2007/05/13.

⁵ المحكمة العليا، غم، 2000/05/24، ملف رقم 223852، م. ق، 2001، عدد 1 ص138؛ 1993/12/22، ملف رقم 106776، م. ق، 1994،

عدد 2، ص27؛ 1990/03/26، ملف رقم 56500، م. ق، 1992، عدد 3، ص112؛ مجلس الدولة الجزائري، غم، 2002/07/15، ملف رقم

4983، م. م. د، 2003، عدد 3، ص155. مقتبس عن : بلحاج العربي ، الإطار القانوني للمرحلة السابقة على التعاقد، المرجع السابق، ص. 11.

اللجوء إلى طريق المسؤولية التقصيرية (م. 124 ق.م المعدلة بالقانون رقم 10/25)، وهي مهمة صعبة وشاقة في الكثير من الحالات، إذ قد يفشل الطرف المضرور في إثبات توافر عناصر هذه المسؤولية، وخاصة إثبات الخطأ قبل التعاقد اللازم لقيام المسؤولية المدنية قبل التعاقدية، وهكذا تضيع حقوق المتفاوض المضرور سدى.¹

هذه التعديلات المهمة التي أوردها المشرع الجزائري لم تتضمن نصا صريحا على الالتزام بالتفاوض بحسن نية، وبحرية كل طرف في مرحلة المفاوضات، وتنظيم المسؤولية عن قطع المفاوضات دون سبب جدي. وذلك لحماية الطرف الضعيف في المفاوضات، في عصر محفوف بالمخاطر والمشاكل يغلب فيه أن يستبق إبرام العقود التجارية ذات الأهمية المالية، إجراء مفاوضات طويلة وشاقة بشأنها.

ومن المعلوم أن القانون المدني الجزائري أشار إلى أبرز صور المرحلة التمهيدية السابقة إلى التعاقد، وذكر منها خاصة الاتفاق الابتدائي على المسائل الجوهرية أو الأساسية للعقد (م 65 ق.م)، والوعد بالتعاقد (م 72 ق.م)، والتعاقد بالعربون (م 72 مكرر من ق.م المضافة بالقانون رقم 10/05 المؤرخ في 20/06/2005). وهي الصور التي يعقبها غالبا إبرام العقد النهائي الذي يحل محلها. وتكون العبرة بين الطرفين بالشروط والبنود الواردة في العقد النهائي، ولو اختلفت عن الشروط الواردة في العقود التمهيدية أو التحضيرية السابقة على إبرام العقد. على أنه يشترط لإحداث مثل هذا الاختلاف، اتفاق كل من الطرفين على التعديل (م 106 من ق.م).

هذا ولم ينظم القانون المدني الجزائري صراحة أحكام المرحلة السابقة على التعاقد، تاركا الأمر للفقهاء والقضاء، مكتفيا بالنص على أن العقد لا ينعقد إلا بتبادل التعبير عن الإيجاب والقبول وارتباطهما ببعضهما (م 59 ق.م.ج)، وأنه لا بد من الاتفاق على جميع المسائل الجوهرية التي تفاوضا عليها للقول بانعقاد العقد (م 65 و 71 من ق.م.ج). كما نصت المادة 107 ق.م.ج على أنه يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبحسن نية².

ولقد استقر اجتهاد المحكمة العليا في الجزائر على أنه لقاضي الموضوع سلطة مطلقة في تفسير العقود وسائر المحررات بما يراه في نية عاقدتها أو أصحاب الشأن مستهديا بوقائع الدعوى وظروفها، ما دام لم يخرج عما تحمله عبارات العقد عند غموضها وعليه بيان مبررات اعتراضه على المعاني الأخرى التي تحكمها عباراته.

¹ بلحاج العربي، الإطار القانوني للمرحلة السابقة على التعاقد، المرجع السابق، ص. 11.

² بلحاج العربي، المرجع نفسه، ص. 12.

و مهما يكن، فإن خطابات النوايا وبالنظر إلى مضمونها، قد تكون مجرد دعوة للتعاقد أو دعوة للبدء في مفاوضات أو اتفاق مبدئي أو حتى مشروع للعقد النهائي، ويستحسن للأطراف عند تحريرها استخدام عبارات تعبر صراحة عن الطابع غير الملزم (أو الطابع غير التعاقدية) لكل المعلومات والبيانات التي تشملها هذه الخطابات أو الرسائل، وهذا حتى لا تكون سببا موضوعيا أو سنداً قانونيا لمقاضاتهم بعد ذلك.¹

المطلب الثالث

مسألة التكيف القانوني لخطابات النوايا.

كما سبقت الإشارة إليها مقدما، إنّ الدلالة اللغوية وحدها لمصطلح خطابات النوايا لا تفيد أكثر من نية مستقبلية لدى من يصدر عنه الخطاب ، وإضافة هذه النية إلى عقد يسعى الطرفان أو أحدهما إلى إبرامه لا يفيد بذاته شيئا في التعرف عليه.و لذلك فقد توجه الباحثون عن المدلول القانوني لخطابات النوايا في مجال العلاقات الخاصة وجهة أخرى هي تجميع مائيسر من خطابات النوايا التي كشفت عنها الممارسات العملية وتحليلها من خلال أدوات القانون الخاص،حيث توصل هؤلاء إلى نتيجة مفادها أن خطابات النوايا تتعدد أغراضها ومعانيها .

وهو ما سيتمّ التعرض إليه بشيء من التفصيل في هذا المطلب .

الفرع الأول

خطابات تنطوي على مجرد الإعلان عن نوايا ليس لها قيمة قانونية(خطابات إستعلامات خطابات الدّعوة إلى التّفاوض أو التّعاقّد).

إن السعي المنفرد من أحد الأشخاص بحثا عن فرصة للتعاقد مع شخص آخر هو سعي مباح دائما، مالم يتجاوز صاحبه ضوابط السلوك التي تقرها قواعد المسؤولية التقصيرية ، وقد يفرز هذا السعي العديد من إعلانات النوايا التي يكون الهدف منها أولا وقبل كل شيء التعبير عن مجرد الإهتمام بالعملية المراد التعاقد عليها في المستقبل أو الإستعلام عنها² وفي هذا المقام كتبت إحدى المؤسسات خطابا إلى مؤسسة أخرى تنتج جهازا معيناً، ذكرت فيه أنه بفحص الوثائق المقدّمة من هذه الأخيرة، وإلحاقا بالإجتماعات التي تمت معها ، فإنه يهتما أن تبلغها بنيتها في أن تطلب منها في المستقبل جهازا منها، ثم أضافت- منعا للبس أن هذا الخطاب المرسل منها لا يشكل بأي حال طلبا للجهاز المشار إليه.

¹ بلحاج العربي، الاطار القانوني للمرحلة السابقة على التعاقد، المرجع السابق، ص. 103.

² عبد السميع الأودن، خطابات النوايا في مرحلة التّفاوض على العقد، المرجع السابق، ص. 16 .

« Après examen des documents que vous nous avez communiqués et suite aux nous vous informons de différents entretiens que vous avez eus avec notre ingénieur..., notre intention de vous passer éventuellement commande d'un commutateur téléphonique, pour la bonne règle , nous tenons à préciser que la présente ne constitue en aucune façon une commande »¹.

ومن الواضح أن هذا الخطاب لا يعبر عن إرادة حالة وباتة في طلب الجهاز، وهو لذلك لا ينشئ أي إلتزام على عاتق مرسله بطلبه والتعاقد عليه، إنما هو بمثابة التعبير عن الإهتمام الذي أثاره الجهاز لدى مرسله والتفكير في التعاقد عليه .

لكن الخطاب في الوقت نفسه يثبت عقد إجتماعات بين الطرفين، كان من نتيجتها تقديم المؤسسة المنتجة وثائق معينة تتعلق به إلى المؤسسة مصدرة الخطاب ، وهو ما يفيد أمرين على جانب من الأهمية . الأمر الأول : هو أن مفاوضات جادة كانت قد بدأت بالفعل بين الطرفين بشأن التعاقد على الجهاز وهذا ما يسهل على المؤسسة المنتجة للجهاز أمر إثبات الخطأ التقصيري في جانب المؤسسة مصدرة الخطاب، في حال قطع المفاوضات لاحقا دون سبب جدي .

الأمر الثاني : هو أن المؤسسة مصدرة الخطاب قد اقرت بالفعل المواصفات الفنية للجهاز ، على نحو يصعب معه عليها الإستناد إلى هذه المواصفات ذاتها بعد ذلك كسبب جدي لقطع المفاوضات .

ويتضح مع ذلك أن مصدر الخطاب أراد التعبير عن مجرد إهتمام مؤسسته بالجهاز، على نحو يحتمل معه أن تطلبه في المستقبل، لكنه كشف عن بدء المفاوضات على شراء الجهاز بالفعل، وعن إعتقاد مؤسسته لمواصفاته الفنية، على نحو يفتح الباب أمام الطرف الآخر لمطالبتها بالتعويض عن قطع المفاوضات دون سبب جدي، وهذا يعتبر دليلا واضحا لسوء الصياغة الناشئة عن إفتقار محرر الخطاب للخبرات القانونية.

وفي مثال ثاني كتبت إحدى الشركات التي تنفذ برنامجا واسعا للإنتاج الطائرات إلى شركة أخرى تتعامل معها، تطلب شريحة معينة من المعدات سبق الإتفاق عليها بين الطرفين، وتطلب في الوقت شريحة ثانية (لم يسبق الإتفاق عليها) ،سوف يكون رهينا بطلبها في المستقبل ،سواء بناء على الطلب الذي يتضمنه هذا الخطاب أو بناء على طلب منفصل.²

وما يهم في هذا الخطاب هو عباراته المتعلقة بالشريحة الثانية (التي لم يسبق الإتفاق عليها)، فهذه العبارات تقدم لنا أوضح مثال ممكن لسوء الصياغة وما يمكن أن تؤدي إليه من غموض وتناقض، ذلك أن

¹-Johanna Schmidt, les lettres d'intentions , RDAI ,N3/4, 2002, p.257.

² مصطفى محمد الجمال، السعي إلى التعاقد، المرجع السابق، ص.408 .

بعضها يفيد الطلب الحال لهذه الشريحة الثانية بمقتضى الخطاب ذاته، بينما يفيد بعضها الآخر أنها ليست مطلوبة حالا، وإلى إحتمال طلبها في المستقبل.

ومع ذلك يمكن في النهاية تركيزها يسفر عنه الخطاب في مجمله، وبالنسبة للشريحة الثانية، في أمرين :

الأول هو أن مصدر الخطاب قد عبر عن إهتمامه بهذه الشريحة، على نحو يحتمل معه ان يطلب توريدها في المستقبل، والهدف من التعبير عن هذا الإهتمام هو بالطبع تنبيه الطرف الآخر إلى وجوب الإستعداد لتلبية الطلب عند وروده إليه .

الأمر الثاني : هو أن المتعاقد على هذه الشريحة الثانية سوف يكون محل تفاوض جديد بين الطرفين، دون إلتزام مسبق بالشروط التي تم الإتفاق عليها من قبل بالنسبة للشريحة الأولى ، وهو ما يعني في النهاية الإلتزام بالتفاوض عليها بحسن نية¹.

كما أن الأمر قد يتجاوز في الكثير من الأحيان مجرد الإهتمام بالشئ محل التعاقد ويتعداه إلى الدعوة إلى التفاوض، وقد جرت عادة رجال الأعمال، خاصة في مجال التجارة الدولية، على إرسال الدعوة إلى التفاوض أو الإيجاب بالتفاوض إلى الطرف الآخر عن طريق خطاب نوايا وذلك للدلالة على جدية هذه الدعوة وإعطائها طابعا رسميا²، وما يستتبعه من إصدار خطاب نوايا لا يصلح لأن يقترن به قبول في هذه الحالة، فليس ثمة إيجاب نهائي وإنما مجرد عروض وعروض مضادة، ولذا لا تعد خطابات النوايا إجابا بالمعنى الدقيق أو الفني، وإنما مجرد إقتراح أو طرح تفاوضي غير ملزم، فلا يترتب عليه بذاته أي أثر قانوني³، ولا ينفيد به المفاوضات الذي قدمه، وإنما يحق له أن يعبر فيه أو أن يضيف إليه أو أن يعدل عنه كلية ويتقدم بعرض جديد حتى تتحدد إرادته وتصبح إرادة ثنائية ملزمة على إبرام العقد أو عدم إبرامه ولذا فإن هنالك حدا فاصلا بين مرحلة التفاوض وعدم إستقرار النوايا وبين إبرام العقد وتسمى هذه المرحلة الأولية حيث يسعى فيها كل طرف راغب في التعاقد إلى التعرف إلى الشخص الآخر الذي يمكن أن يتعاقد معه .

ولعل من الصواب أن يفصل بين خطاب الدعوة إلى التعاقد وخطاب الدعوة إلى التفاوض ذلك حتى يتسنى لنا تحديد المجال الحقيقي للتفاوض على العقد، أو بالأحرى تحديد العقود القابلة للتفاوض والعقود الغير قابلة للتفاوض فهما ليسا مصطلحان مترادفان.

¹ مصطفى محمد الجمال، السعي إلى التعاقد، المرجع السابق، ص. 409 .

² رجب كريم عبد اللاه، التفاوض على العقد، المرجع السابق، ص. 383 .

³ سمير عبد السميع الأودن، خطابات النوايا في مرحلة التفاوض على العقد، المرجع السابق ، ص. 20 .

فالدعوة إلى التفاوض هي عرض يوجهه شخص إلى شخص آخر أو إلى أفراد الجمهور يعبر فيه عن رغبته في التفاوض على عقد معين تمهيدا لإبرامه في المستقبل، ويعتبر بمثابة المبادرة الأولى في السعي لإبرام العقد، حيث تبدأ الفترة قبل العقدية في العقود القابلة للتفاوض بدعوة إلى الدخول في التفاوض تصدر من أحد الطرفين، بهدف إستطلاع رأي الطرف الآخر في فكرة العقد والوقوف على مدى إستعداده للتعاقد، فإذا ما إستجاب الطرف الآخر لهذه الدعوة، فإن مرحلة المفاوضات التمهيدية تبدأ بين الطرفين ولعل ما يميز الدعوة إلى التفاوض هو أنها لا تتضمن إرادة نهائية عازمة على التعاقد وإنما تتضمن فحسب إرادة أولية عازمة على مجرد التفاوض على العقد¹.

هذا على عكس الدعوة إلى التعاقد، فالواقع أنه يجب عدم الخلط بين الدعوة إلى التفاوض والدعوة إلى التعاقد، فهما ليسا مصطلحان مترادفان، كما يسود الإعتقاد لدى الفقه وإنهما مصطلحان مختلفان، فلكل منهما مفهوم مستقل، ومجال مختلف ويقصد بالتعاقد تلك الدعوة التي يوجهها شخص إلى آخر أو إلى أفراد الجمهور بهدف حثهم على الإقبال عليه للتعاقد معه في الحال وفقا لشروط محددة سلفا لا يمكن النقاش فيها. ووجه الشبه بين الدعوة إلى التفاوض والدعوة إلى التعاقد أن كلا منهما يعتبر عرضا أوليا لا يرقى إلى مرتبة الإيجاب بالعقد²، إذ لا يكفي مجرد قبول الدعوة إلى التفاوض أو الدعوة إلى التعاقد لقيام العقد، وعلّة ذلك أن الشخص الداعي إلى التفاوض أو التعاقد لا تتجه إرادته بوجه جازم إلى إعتبار العقد النهائي منعقدا بمجرد الإستجابة لدعوته³.

غير أنهما يختلفان بعد ذلك في الهدف الحقيقي من الدعوة، فالداعي إلى التفاوض تتجه إرادته إلى الدخول في مفاوضات تمهيدية مع من يستجيب لدعوته، لمناقشة شروط العقد معه على قدم المساواة، وذلك سعيا إلى التوصل بشأنها إلى إتفاق يحظى برضاها، حتى إذا ما تم لهما ذلك، قاما بتبادل إيجاب وقبول متطابقين ووفقا للشروط التي إنتهيا إليها سويا أثناء التفاوض⁴.

أما الداعي إلى التعاقد لا يقصد البتة أن يتفاوض على العقد مع من يستجيب لدعوته، ولكنه يهدف فحسب إلى دعوة الناس إليه للتعاقد معه في الحال دون تفاوض، بحيث لا يملك المستجيب لهذه الدعوة

¹ رجب كريم عبد اللاه، التفاوض على العقد، المرجع السابق، ص.90.

² J.Schmidt , les lettres d'intention, art.préc.. ,p.262.

³ رجب كريم عبد اللاه، المرجع نفسه ، ص.90.

⁴ -En raison de son imprécision, l'offre de pourparlers n'a en principe aucune portée contractuelle et indique seulement la volonté de son auteur de se rapprocher d'un interlocuteur afin d'envisager l'élaboration éventuelle d'un contrat dont le contenu reste à définir. S'agissant par exemple d'une société qui propose de faire une offre , cette déclaration initiale ne lie aucune des parties , le destinataire n'étant même pas tenu de répondre.

Cf. Patrick Blanchard, offre et acceptation dans la négociation du contrat international (Réflexions comparative, RDAI, N01, 2008, p.5.

سوى قبول أو رفض الإيجاب الذي يعرضه عليه الطرف الداعي إلى التعاقد دون أي نقاش في شروطه، أو أن يتقدم هو بإيجاب قد لا يخرج عن كونه تسليماً حرفياً بالشروط التي وضعها من قبل الشخص الداعي إلى التعاقد، ومثال الدعوة إلى التعاقد الإعلان الذي تنشره شركة التليفون عبر وسائل الإعلام المختلفة عن فتح باب الإشتراك في خدمة التليفون الدولي، مبيّنة في هذا الإعلان المزايا المتعددة لهذه الخدمة .

فلا شك أن هذا الإعلان هو بمثابة دعوة إلى التعاقد،¹ تهدف إلى حث الناس على إقبال للإشتراك في خدمة التليفون المعلن عنه، فإذا ما إستجاب شخص لهذه الدعوة، فإنه سيجد لدى الشركة إيجاباً جاهزاً ومعداً سلفاً ولن يكون أمام هذا الشخص الرّاعب في التعاقد سوى قبول هذا الإيجاب جملة واحدة دون نقاش أو رفضه جملة وتفصيلاً.

ولما كان الإيجاب هو الحد الفاصل بين التفاوض على العقد وإبرام العقد، فإنه يتعين في هذا المقام التفرقة وبدقة بين الإيجاب ومجرد الدعوة إلى التفاوض، ولا شك أن لهذه التفرقة أهمية كبيرة، حيث أنها تلعب دوراً رئيسياً في التمييز بين التفاوض على العقد وإبرام العقد، وآية ذلك أن إذا تعلّق الأمر بدعوة إلى التفاوض، فذلك يعني أننا بصدد الحديث عن مرحلة التفاوض على العقد، ومن ثم فإن الداعي إلى التفاوض لا يلتزم بإبرام العقد مباشرة مع الشخص الذي يستجيب لدعوته²، وإنما يلتزم فحسب بالتفاوض معه بحسن نية، أما إذا تعلّق الأمر بإيجاب جاد بالتعاقد، فإن ذلك يدل على الخروج من دائرة التفاوض والدخول في مرحلة إبرام العقد³.

وعلى أية حال، فإنه يجب أن يظهر الإيجاب بالتفاوض قدراً من الجدية الوضوح وحتى يلفت إنتباه من وجه إليه ويحثه على قبول الدخول في التفاوض، بحيث يكون العرض جازماً يعبر عن إرادة مصممة وعازمة نهائياً على إبرام العقد إذا ما صادف الإيجاب قبولاً مطابقاً .

وهذا الشرط هو الذي يميز الإيجاب عن الدعوة إلى التفاوض ويعتبر الحدّ الفاصل بين مرحلة المفاوضات ومرحلة العزم على التعاقد⁴.

¹ رجب كريم عبد اللاه، التفاوض على العقد، المرجع السابق، ص.79.

² عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج1، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، ص.207.

³ Anja HUBER, Laurence NICOLAS-VULLIERME, l'accord des volontés dans le contrat de vente internationale :CVIM, codes civils Français et Allemand et code de commerce des Etats-Unis, RDAI, N6, 2005 , p.820.

⁴ سمير عبد السمّيع الأودن، خطابات النوايا في مرحلة التفاوض على العقد، منشأة المعارف (جلال حزي و شركاه)، الاسكندرية 2005، ص.22.

كذلك إنه يجب توخي الحذر الشديد عند صياغة الإيجاب بالتفاوض، إذ ينبغي استخدام ألفاظ واضحة ومحددة تدلّ بشكل قاطع على أن الأمر يتعلّق فحسب بمجرد دعوة إلى التفاوض وليس إيجاباً بالعقد، وذلك لكي لا يجد الداعي إلى التفاوض نفسه مرتبطاً بالعقد نهائياً قبل أن يرتضيه .

وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض الفرنسية بأن خطاب النوايا الذي أرسلته شركة VOLKSWAGEN إلى إحدى الشركات التي منحتها من قبل حق الإمتياز التجاري عبّرت فيه عن عزمها على إبرام عقد جديد معها لمدة عام آخر، شريطة أن تتخلّى هذه الأخيرة عن تمثيلها لماركة BMW¹ والذي جاء بالصيغة التالية :

"يسعدنا أن نعرض عليكم عقد إمتياز جديد لعام 1975 والذي تتحدد احكامه المختلفة بعد نهاية العام الجاري".²

وعبثاً حاول مرسل الخطاب أن يؤكّد للمحكمة أنه لم يكن يقصد تجديد العقد السابق وإنما كان يقصد مجرد الدعوة إلى التفاوض لإبرام عقد إمتياز آخر بشروط جديدة . و قد ردت المحكمة على ذلك بأن المرسل إليه كان من حقه أن يعوّل على التّعهدات الواردة في الخطاب، ويرجع ذلك في الواقع إلى أن صياغة الخطاب كانت غامضة، مما ولد في نفس المرسل إليه ثقة مشروعة في إمكانية تجديد العقد.³

الفرع الثاني

خطابات تنطوي على نية الإلتزام الفعلي بالتفاوض (اتفاقات مبدئية).

يحرص الطرفان عادة لا سيّما في التفاوض على العقود الهامة على وضع تنظيم إتفاقي للتفاوض على العقد، وذلك من خلال إبرام بعض الإتفاقات التمهيدية التي تهدف إلى تسهيل عملية التفاوض وإيجاد حلول لما ينشأ عنها من مشكلات.⁴

وقد تبدو الحاجة إلى أساس قانوني يواجه العدول عن التفاوض في ذاته بصرف النظر عما صحبه أو به لحق به من خطأ أو إساءة فذلك وحده يوفّر الثقة بين المتفاوضين ويمنحهما الأمل بأن جهدهما خلال المفاوضات لن يضيع هدراً، أو يكون معلقاً على رغبة أحدهما في قطع المفاوضات أو العدول عنه، ويشجّع الأطراف على الدخول في مفاوضات المبادئ والتي تتمخّض عن تصوّر مشترك لجميع عناصر العقد المراد ابرامه، وتجعل الإيجاب من صنع الطرفين معاً، مما ينعكس إيجاباً على تنفيذ الإلتزامات الواردة في

¹ رجب كريم عبد اللاه ، التفاوض على العقد، المرجع السابق، ص . 107 .

² -Cass. Com.9 fév.1981 : D .1981, 4, note J .Schmidt, op .cit , p.263 .

³ -رجب كريم عبد اللاه ، المرجع نفسه، ص.107 .

⁴ جنيفيف فيني، المطول في القانون المدني (مدخل إلى المسؤولية)، المرجع السابق، ص.647 .

العقد¹، كما تبدو الحاجة إلى إتفاقات عندما لا يكون بوسع الأطراف إتمام العقد النهائي، مع إبداء رغبتهم في إثبات ما تم التوصل إليه من مبادئ².

وتتضمن تسمية الإتفاق المبدئي مجموعة من المفاهيم تختلف أحيانا جذريا عن بعضها، فيمكن أن يعني الإتفاق المبدئي إتفاقا على موضوع العقد، أي إتفاقا على إجراء عملية قانونية معينة، كما يمكن أن يعني الإتفاق المبدئي إتفاقا على التفاوض بغية إنشاء علاقات قانونية معينة، كالتفاوض³ على وضع أسس تقوم عليها شراكة معينة تمهيدا لوضع عقد الشراكة، أو وضع أسس لتصفية علاقات مالية قائمة بين أشخاص .

ففي كل هذه الحالات يعرب الطرفان عن رغبتهما في الوصول إلى إبرام العقد النهائي، مما يفيد أنهما يريدان التفاوض حول هذه الشروط .

يبقى أن التعبير عن الرغبة في التعاقد لا يشكل إلزاما قانونيا على عاتق الطرفين يمكن لأحدهما أن يلزم الآخر به قضائيا، والقول بأن الطرفين يريدان التفاوض يختلف عن الإتفاق على التفاوض، ففي الحالة الأولى، تبقى علاقة الطرفين محكومة بالرغبة في التفاوض، إذ لم يحصل سوى تعبير عن نية التفاوض حول موضوع معين، أما الحالة الثانية، فتشكل خطوة أكثر تقدما إذ أن إتفاق الفريقين على التفاوض يعني أنهما وضعا آلية له ومنهجية لإدارته وأساسا له، بحيث حدد كل من الطرفين علاقة تعاقدية ملزمة حول التفاوض، إن سميت بالإتفاق المبدئي، إنه إتفاق مبدئي على التفاوض، فإذا حصل إمتناع عنه دون مبرر مشروع شكل ذلك خطأ عقديا مرتبا لمسؤولية عقدية يعود للقاضي تحديد درجتها إنطلاقا من الضرر الحاصل للطرف الآخر الذي

عول على المفاوضة توصلا إلى إبرام عقد صحيح ينتظر الحصول على منفعة من ورائه. ويبدو أن الواقع العملي قد أثبت الحاجة إلى ضمان محدد يكفل جدية التفاوض، أو تنظيم المفاوضات إتفاقات مبدئية تتعلق بالمفاوضات ذاتها أو بالتوصل إلى إبرام العقد النهائي تلقي على عاتق الطرفين معا أو أحدهما إلتزامات محددة ترتب المسؤولية التعاقدية عن الإخلال بها⁴.

لعلّ أحدا لا ينكر أن إتفاق التفاوض كان في الأصل وليد الحياة العملية، فقد نشأ هذا الإتفاق وذاع إستخدامه في ظلّ المفاوضات اليومية التي تتم بين الراغبين في التعاقد، خاصة في مجال العقود الدولية،

¹ أحمد السعيد الزرّقد، نحو نظرية عامة لصياغة العقود، المرجع السابق، ص.230 .

² François Xavier Testu , contrats d'affaires, op.cit , p.81.pp.22.13.

³ مصطفى العوجي ، القانون المدني ، (العقد)، ج1، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية بيروت، لبنان 1995، ص. 208 .

⁴ سمير عبد السميع الأودن، خطابات النوايا في مرحلة التفاوض على العقد، المرجع السابق، ص.91 .

حيث يحرص الطرفان المتفاوضان في كثير من الأحيان على إبرام إتفاق صريح على التفاوض، وذلك فيما يسمى "بخطاب النوايا"¹.

ولقد ظهرت تطبيقات لخطابات النوايا في هذه المرحلة المتقدمة من التفاوض مما أطلق عليه بالإتفاقات المبدئية أو مذكرات التفاهم المبدئية².

وقد كان إستخدام خطابات النوايا في الفرض الذي يرى فيه الأطراف أنفسهم أنهم في حاجة إلى وثيقة تجسيد ما إتفقوا عليه، سواء بشأن سير المفاوضات أو فيما يتعلق ببعض عناصر العقد الذي يجري الإعداد لإبرامه تتضمن تلك الإتفاقات القواعد الواجب إتباعها خلال مرحلة المفاوضات مثل عدم جواز التفاوض مع الغير بشأن موضوعها وعدم الكشف عن الأسرار التي يتحصّل عليها الأطراف خلال المفاوضات وتوزيع تكاليف أو نفقات المفاوضات بين أطرافها، وتعد خطابات النوايا بذلك وسيلة لإثبات الإتفاقات المبدئية الأولية التي يمكن إغفالها أو نسيانها في المعاملات المعقدة³، لذلك الغالب أن تكون إتفاقات المبدأ مظهرا من مظاهر خطابات النوايا⁴.

لعل أهم وأشهر الأحكام التي صدرت عن القضاء الفرنسي بخصوص إتفاق التفاوض ذلك القرار الجريء الذي أصدرته محكمة النقض الفرنسية في 24/03/1958⁵ في شأن قضية مصانع رينو للسيارات⁶، فقد إستطاعت المحكمة في هذا القرار أن تخرج عن صمتها وتعلن بألفاظ واضحة لا يعترىها الشك عن وجود إتفاق تفاوضي بين الطرفين⁷.

وتتلّخص وقائع القضية في أن عامل مصانع رينو renault للسيارات كان قد ترك عمله ليلتحق بصوف المقاومة إبان الإحتلال الألماني لفرنسا، وعقب التّحرير طالب العامل إدارة الشركة بإعادته إلى العمل، فردت عليه الإدارة بخطاب قالت فيه : "

إن النشاط الحالي لمصانع الشركة لا يسمح بأن نعطيك الآن ردّا إيجابيا . " وبعد ذلك قام شخص من الغير بالتوسط لصالح هذا العامل لدى إدارة الشركة، فردّت عليه الأخيرة بخطاب صرحت فيه قائلة على

¹ جمال فاخر النّكاس، خطابات النّوايا الصّادرة من الشّركات الأمّ لحساب أحد الفروع وقيمتها القانونية، المرجع السابق، ص. 178 .

² Michael Furmston, letter of intent, site internet : www.chinasympium.com, p.2.

³-v. par exemple : Cass. com., 2 juill. 2002, n° 00-13.459, RTD civ. 2003, p. 76, obs. Mestre J. et Fages B., RJDA 2003, n° 52 ; CA Paris, 7 nov. 2002, RTD civ. 2003, p. 76, obs. Mestre J. et Fages B.) cité par :Marie Lamoureux, Les déclarations d'intention en droit privé, perspectives de RLMD du 01/04/2008, n48 , p.25.

⁴ سمير عبد السميع الأودن، خطابات النّوايا في مرحلة التّفاوض على العقد، المرجع السابق، ص. 91 .

⁵ - Cass. soc., 24 mars 1958, JCP G 1958, II, n° 10868, note Carbonnier J.

⁶-B.Fages et autres, Lamy droit du contrat, wolters Kluwer, France 2008, p.115-73.

⁷ Hbrahim Najjar, l'accord de principe, recueil Dalloz , p.57

لسانها: "تتعهد بأن نبحث من جديد إمكانية إعادته للعمل عندما يسمح بذلك نشاط الشركة "ولكن الشركة لم تفعل رغم تحسّن ظروفها الإقتصادية¹.

و بعرض الأمر على محكمة الموضوع قضت الأخيرة بأن تعهد الشركة الوارد في هذين الخطابين هو تعهد نهائي يلزمها بإعادة العامل إلى العمل بالفعل. إلا أن محكمة النقض ألغت هذا الحكم وقررت أن هذا التعهد لا يعدو أن يكون إتفاقاً مبدئياً accord de principe يلزم الشركة بأن تبحث مع العامل مدى إمكانية إعادته إلى العمل في ضوء الظروف الإقتصادية للمشروع .

وهكذا إعترفت محكمة النقض الفرنسية صراحة، ولأول مرة ، بوجود اتفاق مبدئي أي إتفاق تفاوض بين الطرفين ،ومن الواضح أن الطرفين لم يصرحا بهذا الإتفاق، ولكن المحكمة إستخلصته ضمناً من خطابي الشركة اللذين أرسلتهما إلى العامل رداً على عرضه إليها بالعودة إلى العمل² وهذا ما أكده العميد كاربونييه في تعليقه على هذا القرار، حيث رأى أن الطرفين قد وافقا بذلك على إبرام عقد العمل من حيث المبدأ فحسب، ثم قال عبارته الشهيرة: "ومن يرضى بالمبدأ عليه أن يرضى بالنتائج التي تترتب عليه، وإلا كان متّصلاً من المبدأ"³.

وقد يرد عموماً خطاب النوايا في شكل خطاب الإتفاق المبدئي الحر، وهو الذي يتم توجيهه خلال المفاوضات ويثبت فيه إتفاق الطرفين على بعض الإلتزامات التي تكون مستقلة عن تلك الواردة في العقد النهائي المزمع إبرامه⁴.

فقد يتضمّن هذا الخطاب دعوة لإعداد الدراسات التي سيقوم بها كل طرف حول كافة الجوانب المالية والفنية والتنفيذية للصفقة، والتأكيد على الإلتزام بالحفاظ على سرية تلك الدراسات والمعلومات المتبادلة أثناء المفاوضات، ومواصلة التفاوض بنية جادة، مع توخي الأمانة وشرف التعامل وحسن النية في كل مرحلة، والإمتناع عن الغشّ أو السلوك التدليسي، والإلتزام بعدم قطع المفاوضات دون سبب معقول، وعدم الدخول في مفاوضات موازية، والإلتزام بالتحكيم⁵.

¹-Jean Marc Mousseron, Technique contractuelle ,. Francis Lefebvre-Edition, paris 1988 , p.52 .

²-Ibrahim Najjar , art.préc.. ,p.58.

³ مصطفى محمد الجمال، السعي إلى التعاقد، المرجع السابق، ص.262 .

⁴ علاء عزيز حميد الجبور، عقد الترخيص (دراسة مقارنة)، الدار العلمية الدولية للنشر، الأردن 2003، ص.77 .

⁵ les « memorandum of understanding » établissent le plus souvent une procédure de négociation et peuvent comporter des engagements temporaires d'exclusivité, de confidentialité, et prévoir la réalisation d'études ou d'essais. Ils peuvent organiser en outre le règlement des litiges et les étapes de la formation. Ces accords ont pour objectif le bon déroulement des pourparlers, sans pour autant constituer une offre.

Cf. Patrick Blanchard, offre et acceptation dans la négociation du contrat international, art.préc. p.7.

وينتشر هذا النوع من الخطابات خاصة بالنسبة لمفاوضات نقل التكنولوجيا وحقوق المعرفة الفنية .

الفرع الثالث

خطابات تنطوي على تصور لمشروع العقد النهائي (معلقا على إستيفاء بعض الشروط أو حدوث أمر معين غالبا إتفاقات مرحلية).

عندما يتبين للطرفين أن مضمون العقد النهائي مشوب بالتعقيد الفني أو القانوني، فإنهما يفضلان حينئذ التفاوض عليه نقطة بنقطة، ومسألة تلوى الأخرى، بحيث يتم إبرام هذا العقد على مراحل متعددة ومتتالية . وحتى يسهل التفاوض وينتظم ، فإن الطرفين يتوقفان عقب كل مرحلة تفاوضية لبلورة النقاط التي تم الإتفاق عليها في تلك المرحلة في وثيقة مكتوبة، وذلك لكي لا يعودا على مناقشتها مرة أخرى من المراحل التالية، ثم يواصل التفاوض للإتفاق على النقاط المتبقية، وهكذا دواليك حتى يكتمل العقد .

والواقع أن المشكلة التفاوضية مهما بدت مستعصية على الحل، فإنها يمكن أن تحل بتجزئتها وتناولها شيئا فشيئا، بدلا من تناولها دفعة واحدة وهذا ما تواتر عليه العمل، خاصة في التفاوض على العقود الهامة المعقدة، حيث تتم مناقشة شروط العقد إلى مراحل أو جولات مستقلة، أو أن يتم تقسيم فريق التفاوض إلى فرق صغيرة، ويعهد إلى كل فريق بمسألة معينة للتفاوض عليها، فإذا ما إتفق الطرفان على بعض نقاط العقد، فإنهما يقومان بتدوينها في محرر خاص يسمى في الحياة العملية بمذكرة التفاهم، أو بروتوكول إتفاق أو خطاب النوايا .. الخ¹.

وهذه الطريقة المتبعة في التكوين التدريجي للعقد يطلق عليها في الإصطلاح إسم² *punctuation*، وهي فكرة ذات أصل ألماني ذاع صيتها في سائر البلدان، ويفضل جانب من الفقه أن يستعمل في هذا الصدد تسمية الإتفاق الجزئي³ (*accord partiel*) ولكن تسمية الإتفاق المرحلي هي الأكثر استعمالا في نطاق المفاوضات .

¹ رجب كريم عبد اللاه ، التفاوض على العقد، المرجع السابق ، ص.507.

² la théorie de la punctuation considère que le contrat se forme par couches successives , chacune étant constitué par les points de la négociation sur lesquels les parties sont parvenues à un accord.

- Cf. Jean –Marc Loncle et Jean-Yves Trochon, la phase des pourparlers dans les contrats internationaux , RDAI/N1,1997, p.13 .

³ رجب كريم عبد اللاه، التفاوض على العقد، المرجع نفسه، ص. 508.

4 مفهوم الإتفاق المرحلي

الإتفاق المرحلي هو إتفاق يبرمه الطّرفان في إحدى مراحل التّفاوض يحدّدان فيه بعض شروط العقد النهائي التي إتفا عليها في تلك المرحلة.

فهو إتفاق يجسّد مرحلة من مراحل التّفاوض على العقد، حيث أنه يبلور النّقاط أو الشّروط التي تمّ الإتفاق عليها في هذه المرحلة، والتي ينوي الطرفان عدم العودة إلى مناقشتها مرّة أخرى في المراحل التالية، كما أنه يعد خطوة في إتجاه العقد النهائي، لأنّه يتضمّن جزءاً من شروط هذا العقد تمّ الإتفاق عليها بالفعل، وبالإتفاق على الجزء أو الأجزاء المتبقية يكتمل ببيان العقد.¹

والإتفاق المرحلي بهذا المعنى هو مجرد إتفاق تمهيدي يبرم أثناء التّفاوض على العقد تمهيدا لإبرام العقد نهائياً، ومع ذلك فإنه يتميز عن الإتفاقات التمهيديّة الأخرى، فهو من ناحية يتميّز عن الإتفاقات التمهيديّة التي تبرم بمناسبة التّفاوض على العقد، ففي حين أن إتفاق التّفاوض والوعد بالتّفضيل والإتفاقات المؤقتة لا تتضمن أي شرط من شروط العقد المتفاوض عليه، فإن الإتفاق المرحلي يتضمن بالضرورة بعض هذه الشروط، وفي حين أن عقد إطارينظم إبرام سلسلة من العقود في المستقبل ويكون مستقلاً عنها، فإن الإتفاق المرحلي يمهد لإبرام عقد واحد ويكون هو نفسه جزءاً لا يتجزأ من هذا العقد أو تلك المجموعة.

ومن ناحية أخرى، فإن الإتفاق المرحلي يتميز عن الوعد بالتعاقد²، ففي حين أن الوعد يتضمن حتماً جميع الشّروط الجوهرية للعقد النهائي المراد إبرامه، فإن الإتفاق المرحلي يتضمّن عادة بعض شروط هذا العقد، جوهرية كانت أو ثانوية، كما أن الوعد يتضمن بداهة رضاء أحد الطّرفين أو كلا منهما بإبرام العقد النهائي إذا ما أعلن الطّرف الآخر رغبته في التّعاقد خلال المدة المتفق عليها، حال أن الإتفاق المرحلي لا يتضمّن في الغالب شيئاً من هذا، ومع ذلك فإن هذا الإختلاف قد يتلاشى في بعض الأحيان، وهو ما يحدث بوجه خاص عندما يكون الإتفاق المرحلي عقداً من مجموعة عقود، ويتعهد فيه الطّرفان بإبرام باقي عقود المجموعة خلال مدة معيّنة، ففي هذه الحالة يكون الإتفاق المرحلي قد تضمن وعداً بإبرام هذه العقود. مثال ذلك ما يحدث في عملية التّأجير التمويلي، حيث تقوم المؤسسة التمويلية بنك مثلاً بإبرام عقد وكالة مع المستأجر تعهد إليه بمقتضاه بأن يقوم بشراء الشيء محل العملية، فهذا العقد هو مجرد إتفاق مرحلي في تلك

¹ سمير عبد السميع الأودن، خطابات النوايا في مرحلة التّفاوض على العقد، المرجع السابق، ص. 75 .

² رجب كريم عبد اللاه، التّفاوض على العقد، المرجع السابق، ص. 508 .

العملية، وهو يتضمن عادة وعدا من الطرفين بإبرام العقود الأخرى اللازمة لإنجاز العملية وهي الإيجار، والوعد من جانب المؤسسة التمويلية ببيع الشيء المؤجر للمستأجر في المستقبل¹.

2 القيمة القانونية للإتفاق المرحلي

قد يختلف مضمون الإتفاق المرحلي من حالة إلى أخرى، فقد تكون المسائل التي تم الإتفاق عليها فيه هي مجرد مسائل ثانوية أو بعض المسائل الجوهرية، وقد تكون هذه المسائل هي جميع المسائل الجوهرية في العقد دون المسائل الثانوية، وفضلا عن ذلك فإن الإتفاق المرحلي في إطار مجموعة العقود يتضمن غالبا إتفاقا كاملا على أحد العقود، وأيا ما كان الأمر فإن ثمة تساؤلا هاما لا بد وأن يثور في هذا الصدد، وهو مدى كفاية الإتفاق المرحلي لإنعقاد العقد النهائي؟ أي هل يعتبر العقد المتفاوض عليه قد تم بمجرد التوصل إلى هذا الإتفاق المرحلي كافيا بذاته لإنعقاد العقد، أم أن ذلك يكون معلقا على الإتفاق على باقي المسائل المرجأة؟ وبمعنى آخر، هل يعتبر الطرفان قد وصلا بهذا الإتفاق المرحلي إلى نقطة اللاعودة².

في الواقع يشترط الطرفان في كثير من الأحيان أن الإتفاق المرحلي الذي توصلا إليه أثناء التفاوض لا يكفي لإنعقاد العقد النهائي، بل يعلقا إنعقاد هذا العقد على التوصل إلى إتفاق بشأن المسائل المؤجلة الباقية قيد المناقشة .

فقد يتوصل الطرفان أثناء التفاوض على عقد واحد مثل عقد البيع أو عقد الإيجار إلى إتفاق مرحلي حول جميع المسائل الثانوية ومع ذلك يعلقا إبرام هذا العقد على التوصل إلى إتفاق بشأن هذه المسائل الثانوية، بحيث لا يتم العقد عند عدم الإتفاق عليها، وفي هذه الحالة يكون الإتفاق المرحلي غير نافذ في حق الطرفين كإتفاق نهائي، وإنما يكون نفاذه معلقا على شرط واقف، هو التوصل إلى إتفاق حول المسائل المؤجلة، إذ في هذه الحالة فحسب يتم العقد نهائيا، ويعتبر الإتفاق المرحلي جزءا لا يتجزأ منه، فلو كان هذا الإتفاق متعلقا بعقد البيع مثلا وتتضمن اتفاقا على البيع والثمن، بل يكون ذلك متوقفا على إنعقاد عقد البيع، وهوما لا يتحقق حالئذ إلا بالإتفاق على باقي المسائل المرجأة .

وقد جرت العادة في التفاوض على العقود الدولية التي تحرر عادة باللغة الإنجليزية على إستخدام صيغ معينة للتعبير عن تعليق نفاذ الإتفاق المرحلي وسلب فاعليته في علاقته بالعقد النهائي، ولعل أشهر هذه

¹ رجب كريم عبد اللاه، التفاوض على العقد، المرجع السابق، ص.509.

² -جاك غستان، المطول في القانون المدني (تكوين العقد)، المرجع السابق، ص.359 .

الصيغ على الإطلاق التي تقول "شريطة أن يتم إبرام العقد" (subject to contract)¹ ، وهي تعني أن الإتفاق المرحلي الذي تندرج فيه يكون غير نافذ في الحال ، و أن نفاذه يكون معلقا على إبرام العقد النهائي . ومن الأمثلة العملية على ذلك أن شخصا قام بالتفاوض عبر التليفون مع مالك عقار من أجل شرائه، وإتفق معه خلال هذا الإتصال على الثمن، فأرسل إليه خطابا قال فيه: "لقد إتفقنا أثناء التفاوض الذي تم بيننا على شراء العقار المملوك لكم بثمن كذا...،شريطة أن يتم إبرام العقد " .

وثمة صيغ أخرى تواتر العمل على إستخدامها، وهي:دون التزام (sans engagement)، أو إتفاق شرف²، أو دون أن يكون عقديا (sans être contractuel)³، ومن الأمثلة العملية كذلك أن شخصا قام بإرسال خطاب إلى شخص آخر بين له فيه النقاط التي تم الإتفاق عليها خلال جولة التفاوض التي جرت بينهما بخصوص شراء حصة الأغلبية التي يمتلكها الأخير في إحدى الشركات، وفي نهاية الخطاب قال له: "و سنتفاوض معكم فيما بعد حول تفاصيل هذه النقاط، فإذا وافقتم على ذلك، نرجو منكم أن تفضلوا برد النسخة الثانية من هذا الخطاب ممهورة بتوقيعكم، على أن يكون هذا التوقيع مسبقا بالبيان التالي : "وأفقد على كونه خطاب نوايا فحسب وليس عقدا ."

« Nous avons l'honneur de vous confirmer que nous somme intéressés par la possibilité d'acheter une participation majoritaire qui pourrait aller jusqu'à un maximum de (...) dans les sociétés suivante, mais comme nous ne connaissons pas encore bien les sociétés en question.

¹ la jurisprudence et la doctrine Française sont rares sur le sujet , la validité et l'efficacité de la mention « subject to contract » ou d'une formule française équivalente ne sont pas clairement définies en droit français ,certains auteurs estiment que , contrairement à son homologue anglais ,le juge français serait conduit à admettre l'existence d'un contrat lorsque les éléments essentiels de la transaction font l'objet d'un accord, quand bien même les parties auraient inclus la mention « subject to contract » dans le document qu'elles ont signé.

La cour d'appel de Chambéry semble avoir donné écho à cette analyse , dans cette affaire, Péchiney et une société anglaise dénommée UCM avaient, après négociations, signé un document intitulé « heads of agreements,subject to contract » quatre mois après la signature de ce document qui , en application de ses dispositions devait être interprété conformément au droit anglais , UCM informe Péchiney qu'elle ne donnera pas suite à l'opération .Péchiney attrait alors UCM devant les tribunaux français en réparation du préjudice qu'elle estime avoir subi.la cour d'appel de Chambéry , dans une argumentation critiquable à plus d'un titre ,reconnait une force contraignante à certaines dispositions du document, dont l'une emportait, selon la cour , promesse d'achat sous conditions. Cette juridiction a donc reconnu qu'un accord s'était valablement formé, alors même qu'il était expressément conclu « subject to contract ». cet arrêt illustre la tendance des tribunaux français à trouver un accord là ou un juge anglais refuserait vraisemblablement de le reconnaître .voir Laurent Vandomme, La négociation des contrats internationaux, RDAI, p.497.

² أحمد شرف الدين، أصول الصياغة القانونية، مطبعة أبناء وهبة 1993، ص.77 أشير إليه في مرجع بلحاج العربي، الإطار القانوني للمرحلة السابقة على التعاقد، المرجع السابق، ص.112.

³ les accords commerciaux ou d'affaires sont toutefois fortement présumés avoir une nature contractuelle. la parties qui veut prouver le contraire, doit apporter une preuve claire et convaincante. Formellement, la manière la plus efficace de bloquer la formation d'un contrat consiste à déclarer clairement « document non contractuel », ou « subject to contract ».J-Schmidt, les lettres d'intentions, art.préc , p.259.

Nous aurions bien sûr à discuter les détails de tous ces documents; mais si notre proposition vous semble être une base pour des négociations, nous vous prions de bien vouloir nous retourner le double de la présente lettre revêtu de votre signature, qui doit être précédée de la mention bon pour lettre d'intention seulement, sans être

contractuel¹.

والقاسم المشترك بين هذه الصيغ المختلفة أنها تجعل من الإتفاق الذي تدرج فيه مجرد إتفاق مرحلي غير نافذ، أي مجرد إتفاق تمهيدي وليس إتفاقا نهائيا، فهي تدل على إتجاه الطرفين إلى عدم التقيد بهذا الإتفاق في الحال، وأن نفاذ هذا الأخير يكون رهينا بإبرام العقد النهائي .

وليس من شك في صحة هذا الشرط من الناحية القانونية، فهو في الواقع أحد مظاهر مبدأ سلطان الإرادة الذي يهيمن على مرحلة التفاوض وإبرام العقد، وفي هذه الحالة تتحول هذه المسائل من مجرد مسائل ثانوية غير لازمة لإبرام العقد إلى مسائل جوهرية، فلا ينعقد العقد النهائي إلا بعد الإتفاق عليها².

ويمكن استخلاص هذا الحكم من نص المادة 65 ق.م. ج³ ذلك انه إذا توصل المتفاوضان، خارج أي إطار تعاقدية، إلى الاتفاق على العناصر الأساسية للعقد النهائي، محل التفاوض تاركين العناصر التفصيلية أو الثانوية الأخرى لاتفاق لاحق، وفقا لنص المادة فإن مثل هذا الاتفاق ينشئ على عاتق طرفيه التزاما تعاقديا، بضرورة مواصلة التفاوض على العناصر المؤجلة. غير أنه إذا تعذر الاتفاق النهائي في المراحل المالية، فإنه لا يعتبر العقد تاما، إذا صرح المتعاقدان بإبقاء بعض الشروط لعقد تال، فما وقع عليه الاتفاق والحالة هذه، لا يترتب عليه التزام ولو وقع تحرير الشروط الأولية بالكتابة (م154 ق.م. ألماني)⁴.

ولا يستطيع القاضي حينئذ أن يتجاهل هذا الشرط الصريح، فيعتبر العقد قد تكون بمجرد الإتفاق على بعض مسائله الجوهرية، مادام أن هناك مسائل أخلاقية لم يتم الإتفاق عليها، بل إنه لا يستطيع أن يحل محل الطرفين لإستكمال هذه المسائل المعقدة . وهذا الحكم مسلم به في القانون الفرنسي الذي يخول الطرفين

¹-Philippe Bourmaleaux et autres, formulaire commenté droit des affaires, Wolters Kluwer -france2009, p..205-15.

² يتوقف كل شيء على إرادة الفريقين ، وينزع الاجتهاد عموما إلى أن يعتبر أن الفريقين لم يريدوا بيان إلا مرحلة في المفاوضات على العقد النهائي ، ولم يكن في نيتهم الالتزام قبل أن يتكون هذا العقد النهائي ، بيد أن الفريقين ، في ممارسة الأعمال ، ولا سيما في بعض العقود المعقدة للتسليم في المصانع التي هي في حالة جيدة لسير عملها ، وعندما يقدران أنهما وصلا إلى نقطة اللارجوع ، بإمكانهما عقد اتفاق نهائي حول النقاط المبتوت بها ، مع إحالة العناصر التكميلية إلى اتفاقات ملحقه وارتقاب شخص ثالث لتسوية الخلافات المحتملة ، أنظر جاك غستان ، المطول في القانون المدني- تكوين العقد، المرجع السابق ، ص359

³ رجب كريم عبد اللاه ، التفاوض على العقد، المرجع السابق، ص516 .

⁴ بلحاج العربي، الإطار القانوني للمرحلة السابقة على التعاقد، المرجع السابق، ص.113 .

إمكانية تقييد القاضي بتكييف معين إذا ما إتفقا على ذلك صراحة، و لكن طبقا لمفهوم المادة 12 من قانون المرافعات الجديد، يجب على القاضي رد التصرف إلى تكييفه الصحيح.¹

ومن جانبه يعترف القانون الإنجليزي بصحة الشرط الذي يعلق نفاذ الإتفاق المرحلي على إبرام العقد النهائي، أي الشرط المسمى (subject to contract)، أو أية صيغة أخرى تفصح عن إرادة الطرفين في تجريد إتفاقهما من كل قيمة تعاقدية، بحيث لا يعدو هذا الإتفاق أن يكون مجرد إتفاق شرف أو إتفاق جنئلمان².

3 الآثار القانونية للإتفاق المرحلي معلق النفاذ

مما تبين سابقا إن الأطراف المتفاوضة كثيرا ما تشترط تعليق نفاذ الإتفاق المرحلي كإتفاق نهائي على التوصل إلى إتفاق بشأن المسائل الخلافية المؤجلة، فهل يعني لك أن يكون هذا الإتفاق المرحلي مجردا من أية قيمة قانونية ؟

يذهب جانب من الفقه إلى القول بأن إدراج مثل هذا الإتفاق المرحلي يدل على إتجاه نية الطرفين إلى عدم تحمل أي إلتزام، وإلى وضع نفسيهما خارج نطاق العقد.

والحق أن هذا الرأي يجانبه الصواب، إذ أن هذا الشرط يدل فحسب على أن الطرفين لا يعتبران أن الإتفاق المرحلي عقدا نهائيا، بل يعتبر أنه مجرد جزء من العقد النهائي الذي لم يتم بعد ، أو مجرد وقفة في الطريق إلى العقد النهائي³، والواقع أن الإتفاق المرحلي وإن لم يعتبر بهذا الشرط عقدا نهائيا، إلا أنه يظل إتفاقا تمهيديا يبلور نقاط العقد التي تم الإتفاق عليها أثناء التفاوض ، ومن ثم فإنه لا يتجرد من كل قيمة قانونية، بل تترتب عليه بعض الآثار القانونية ، التي تختلف بالطبع عن آثار العقد النهائي، وتتمثل هذه الآثار في إلتزام الطرفين بأمرين هامين، أحدهما إلتزام بعدم العودة إلى إثارة المسائل التي حصل الإتفاق عليها من جديد .

¹ - art.12, a.2 c.p.civ. impose au juges de : « donner ou restituer leur exacte qualification aux faits et actes litigieux sans s'arrêter à la dénomination que les parties en auraient proposé » L. Aynès et autres, Lamy droit des sûretés, wolters Kluwer, france2009 , p.145, pp .7.

² en droit Anglais, un accord conclu « subject to contract », c'est-à-dire « sous réserve de la conclusion de contrat en bonne et du forme » ne produit aucun effet juridique, quand bien même les parties se seraient accordées sur la totalité des termes essentiels caractérisant l'opération juridique qu'elles envisagent. la jurisprudence anglaise regorge l'affaire dans lesquelles le juge retire tout effet juridique à ces accords. Cette mention magique qui fait échapper le contrat à la sphère juridique présente, pour les négociateurs, une utilité et une efficacité évidentes sous l'empire du droit anglais. Laurent vandomme, la négociation des contrats internationaux, art. préc , p.498.

³ رجب كريم عبد اللّاه ، التفاوض على العقد، المرجع السابق، ص. 518 .

والآخر هو إلتزام بمواصلة التفاوض بحسن نية تحقيقا للإتفاق على المسائل المتبقية والمطروحة للتفاوض.¹

وقد يصل الطرفان في تفاوضهما على عقد واحد إلى حد الإتفاق على كافة المسائل الجوهرية اللزّمة قانونا بإبرام العقد، ولكنهما يختلفان لسبب أو لآخر على المسائل الثانوية أو بعضها ويحتفظان بها للإتفاق عليها في وقت لاحق ،دون أن يشترطا أن العقد لا يتم عند عدم الإتفاق عليها، ومن هنا يثور التساؤل عما إذا كان الإتفاق على المسائل الجوهرية يكفي بذاته لإنعقاد العقد النهائي، أم أن هذا الإنعقاد يظلّ معلقا على توصل الطرفين إلى إتفاق بشأن المسائل المؤجلة وتلك مسألة هامة .

جدير بالذكر في هذا الصدد أن القانون الألماني يعتبر أن الإتفاق المرحلي على بعض المسائل غير كاف من حيث المبدأ لإنعقاد العقد، حتى ولو كانت هذه المسائل الجوهرية في العقد وتم صياغتها في ورقة مكتوبة، طالما أنه قد ثبت أن مضمون العقد وفقا لما أعلنه أحد الطرفين يشتمل على أمور أخرى لم يتم الإتفاق عليها، ففي هذه الحالة تظلّ المرحلة قبل العقدية قائمة حتى يتم الإتفاق على كافة مسائل العقد وذلك ما لم يتفق الطرفان على إعتبار هذا الإتفاق كافيا لتتمام العقد .

أما القانون المدني الفرنسي فقد سكت حيال هذه المشكلة ، فلم يتضمّن نصّا خاصا في هذا الشأن على غرار القوانين الحديثة .ولا عجب في ذلك، فقد كانت فكرة punctation غريبة تماما على واضعي تقنين نابليون، فضلا عن أن هذا الأخير لم يتضمن سوى عدد قليل من النصوص المتعلقة بتكوين العقد .

ولقد عنى المشرع الفرنسي بإيجاد حل لهذه المشكلة، وانتهى إلى أن الإتفاق على المسائل الجوهرية يعتبر كافيا لانعقاد العقد، حتى ولو كانت هناك مسائل ثانوية معلقة، طالما لم يتفق الطرفان على خلاف ذلك وقد استقى القضاء هذا الحل من الفلسفة السائدة في القانون المدني الفرنسي والتي تعول على إرادة الطرفين الصريحة أو الضمنية في مجال العقد، كما اعتمد في تقريره على بعض النصوص الخاصة ببعض العقود المسماة، وعلى الأخص المادة 1583 من القانون المدني الفرنسي التي تقضي بأنه "يعتبر البيع تاما بين الطرفين بمجرد الإتفاق على الشيء المبيع والثمن".² "و تطبيقا لذلك قضت محكمة النقض الفرنسية بأن "البيع يعتبر قد تم بمجرد اتفاق الطرفين على المبيع والثمن، ولا يحول دون ذلك عدم اتفاقهما على المسائل الثانوية ، وذلك ما لم يتفق على إرجاء إبرام العقد حتى يتم الإتفاق على هذه المسائل "³.

¹ سمير عبد السمّيع الأودن ،خطابات النوايا في مرحلة التفاوض على العقد، المرجع السابق ،ص. 76 .

² Jean –Marc Loncle et Jean-Yves Trochon, la phase des pourparlers dans les contrats internationaux , RDAI/N1, 1997, p.3 .

³ رجب كريم عبد اللّاه ، التفاوض على العقد، المرجع السابق ، ص.527 .

ولم ينظم القانون المدني الجزائري بصورة مفصلة أحكام العقد الجزئي (Le contrat partiel)، ولا العلاقة بين العقد الجزئي والعقد النهائي، مكتفياً في المادة 65 من ق.م.¹، بالإشارة إلى أنه اتفاق يبرم أثناء المفاوضات، ويتفق بمقتضاه الأطراف على بعض عناصر العقد الأساسية موضوع المفاوضات.

و يبدو كذلك أن القانون الأمريكي يعنّد بالنية المشتركة للأطراف في المرحلة التفاوضية، فإذا ثبت أنهم قد قصدوا من تحرير خطاب النوايا إثبات ما تم التوصل إليه من إتفاقات فإن هذا يشكل عقداً دون حاجة إلى إنتظار توقيع العقد النهائي، بل يعتبره وثيقة ملزمة وقابلة للتنفيذ إذا تضمن تحقق شرط معين وقع بالفعل مثل النص على ذلك الخطاب على أنه لا يعدّ تعاقداً نهائياً إلا إذا دافعت جهة الإدارة على المعاملة بشأنه، أو إلا إذا وافق بنك محدد على شروط التمويل المقترحة. وفي نفس هذا المعنى صدر حكم قضائي في الولايات المتحدة الأمريكية في 14/11/1985، بالتعويض على شركة من أكبر شركات البترول الأمريكية (تكساكو)² لأنها فسخت صفقة شراء شركة بنزويل لشركة جيتي بعد أن كان قد حرر بشأنها اتفاق حدد فيها كل التفاصيل بما فيها سعر شراء السهم الواحد، وكانت معلقة على موافقة مجلس إدارة الشركة جيتي مع علمها بتوقيع مذكرة الاتفاق، فقد رأت المحكمة في هذا الإتفاق إتفاقاً ملزماً لأطرافه والزمّت شركة تكساكو بدفع تعويض بلغت قيمته 10 مليار دولار أمريكي، خفض بعد الإستئناف إلى مليار دولار³.

فوجه الإلزام هنا حتى ولو كان في المرحلة التمهيدية للتعاقد النهائي ولكن متى وضع التوقيع على الاتفاق يصبح نافذاً، وكثيراً من المحاكم الأمريكية تنظر في نية الطرفين وتعمل على الكشف عنها في لغة الاتفاق أو في الظروف المحيطة به لتنتهي إلى فاعليته في ترتيب مسؤولية طرفه الذي يخالف مقتضاه.

¹ نصت المادة 65 ق.م. ج على أنه إذا إتفق الطرفان على جميع المسائل الجوهرية في العقد، واحتفاظاً بمسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد، ولم يشترطاً أن لا أثر للعقد عند عدم الاتفاق عليها اعتبر العقد مبرماً. وإذا قام خلاف على المسائل التي لم يتم الاتفاق عليها، فإن المحكمة تقضي فيها، طبقاً لطبيعة المعاملة ولأحكام القانون والعرف والعدالة.

² aux États-Unis , une affaire célèbre dans le domaine pétrolier a donné lieu à la condamnation à des dommages-intérêts les plus élevés à l'époque(en 1988) : il s'agit du cas Texaco Inc. Pennzoil Co. Après que Pennzoil ait lancé sur la société Getty une offre publique d'achat, Pennzoil et deux des principaux actionnaires de Getty signèrent le 02 janvier 1984 un memorandum of Agreement, lequel était conclu « Subject to approval by Board of Directors of Getty approbation donnée deux jours plus tard. Pennzoil et Getty se mirent d'accord sur un communiqué de presse qu'elles publièrent, lequel annonçait la conclusion d'un « agreement in principle » et précisait « the transaction is subject to execution of a définitive merger agreement .le 6 janvier était annoncée, à la suite de négociation secrètes, l'acquisition de Getty non par Pennzoil mais par Texaco.

Après avoir tenté en vain d'obtenir devant un tribunal de l'état du Delaware l'exécution forcée du memorandum of Agreement, Pennzoil obtint au Texas la condamnation de Texaco au paiement de sept milliards de dollars de dommages et intérêts, plus trois milliards de dollars au titre de punitive damages pour avoir incité Getty à rompre l'accord préliminaire conclu avec Pennzoil les (punitive damages) furent réduits en appel à un milliard de dollar.

Cf. J.M.Loncle et J.Y.trochon, la phase des pourparlers dans les contrats internationaux, art.préc., p.32.

³ سمير عبد السميع الأودن ، خطابات النوايا في مرحلة التفاوض على العقد، المرجع السابق، ص.77 .

ومن ذلك يبدو أن مضمون الصياغة لخطابات النوايا يؤثر تأثيراً جوهرياً في تكييفها، فقد يجري التعبير فيها صراحة عن إرادة طرفيه في الإرتباط العقدي وهذا ما يبرر إسباغ التكييف العقدي عليها، وعلى العكس إستبعاد هذا التكييف يمكن أن يستنتج من النص في الخطاب على إستبعاد كل مسؤولية في حالة قطع المفاوضات التي تجري على أساسه .

الفرع الرابع

خطابات تنطوي على تأكيد إنعقاد العقد وعلى نفاذه الفوري بصفة نهائية.

لا شك أن مسألة تكييف خطابات النوايا تعتمد في الأساس على أسلوب صياغته وبناء هيكله، وترجع مشكلة تحديد القيمة القانونية للخطاب إلى غموض صياغته مما يتعين فحص اتجاه إرادة طرفيه إلى إعتبره عقداً ، ويوجد في هذا الشأن مدرستان إحداهما فرنسية والأخرى إنجليزية .

وأما المدرسة الفرنسية : فالسائد عندهم إعتبر أي مستند ما عقداً فيما تمّ التعبير عن إرادة طرفيه في التعامل على أساس تعاقدية، وهذا ما يحدث عندما يحرص طرفاً إتفاق على إثباته في محرروتنديله بتوقيعها، وهذا تماماً ما يصادف في العديد من خطابات النوايا ، حيث يقوم طرف بتحريره وتوقيعه ثم يرسله إلى الطرف الآخر ليضع عليه توقيعه بالموافقة .

فالاتجاه الغالب في القانون الفرنسي والقوانين التي تدور في فلكه ، هو أن خطاب النوايا الموقع من طرفيه والمثبت لاتفاقات بينهما يعد عقداً يخضع لقواعد العقود بما فيها ما يتعلق بالمسؤولية حالة الإخلال بهذه الاتفاقات .

أما المدرسة الإنجليزية، فإنها بعكس المدرسة السابقة ترفض الولوج إلى المنطقة العقدية مادام طرفاً المعادلة ما زال في مرحلة المساومة ، وهي لذلك تعطي أهمية كبيرة للشكليات بما فيها تحرير العقد و لذلك فإن الإتجاه الغالب في القانون الإنجليزي لا يميل إلى إعتبر خطاب النوايا الذي يجري تحريره في مرحلة المفاوضات عقداً¹، إستناداً إلى المدرسة التقليدية في القانون الإنجليزي في وجوب أن يتضمن المحرر أركان العقد وعناصره، وأنه بالتالي فإن التعرف لعناصر المعاملة وترك عناصر أخرى ذات أهمية للتفاوض لا يشكّل عقداً قابلاً للتنفيذ .

ولذا فإن لصياغة خطاب النوايا أثر كبير في الإعتداد بها تعبيراً عن إرادة مصدره وكونه لا يدخل في حومة الإلتزام المنجز، وعلى ذلك فإن القانون الإنجليزي لا يعرف فكرة عقد التفاوض الذي يلزم

¹ سمير عبد السميع الأودن، خطابات النوايا في مرحلة التفاوض على العقد، المرجع السابق، ص. 27 .

أطرافه بالتفاوض بحسن نية، وفي حالة عدم تضمين صياغة خطاب النوايا ما يدل على إتجاه نية طرفيه في شأن مدى قوته الملزمة أو أثره فإن محاكم القانون العام في إنجلترا تميل إلى عدم إعتبره قابلاً للتنفيذ¹. أما القانون الأمريكي، فيعتد بنية الأطراف، فإذا ما ثبت إنهم قد قصدوا من تحرير المستند إثبات ما تم التوصل إليه من إتفاقات، فإن هذا يشكل عقداً دون حاجة إلى توقيع العقد النهائي .

فقد يجري التعبير صراحة عن إرادة طرفيه في الإرتباط العقدي (إستنتاجاً من عدم وجود عبارة إستبعاد المسؤولية في حالة قطع المفاوضات² .

وعلى ذلك فإن مضمون صياغة الخطاب يؤثر تأثيراً جوهرياً في تكييفه. و من هنا كان لا بد من التطرق إلى موضوع التعبير عن الإرادة، فالتعبير هو عنصر مقوم وهو جزء جوهري لا ينفصم على مجموع الظروف التي يتألف منها التصرف القانوني، وهذه القيمة الخاصة للتعبير تستشف من خلال النصوص .

ورغم الغموض الذي يحيط بصياغة خطابات النوايا وعدم تحديد عباراتها، عن قصد أو غير قصد، فكثيراً ما تقدم الدليل على إنعقاد العقد المنشود بصفة نهائية وعلى نفاذه الفوري³ . ففي خطاب موجه من إحدى الوزارات إلى أحد مشروعات الأشغال العامة يحمل عنوان خطاب طلب، تخطر فيه الوزارة صاحب المشروع بتمام رسو المناقصة عليه وفقاً للمواصفات التي تضمنتها وثائق المناقصة والشروط التي تضمنها العرض المقدم منه، لكنه ينتهي بأن يطلب من المشروع الموجه إليه الخطاب بعبارات معينة بكتاب مؤرخ وموقع بقبوله دون تحفظ للطلب الذي تضمنه الخطاب⁴ .

يتضح من الخطاب أن الأمر يتعلق بقبول دون تحفظ لعرض سابق تقدم به المشروع ، على نحو يعتبر معه العقد منعقداً بهذا القبول دون حاجة إلى أي إجراء آخر لاحق . ومع ذلك فالخطاب ينتهي بطلب القبول من المشروع دون تحفظ على نحو يبدو معه الخطاب في الظاهر كما لو كان يحمل مجرد إيجاب لا ينعقد العقد إلا بقبوله من المشروع . فهل معنى ذلك أن محرر الخطاب أراد تأخير موعد إنعقاد العقد وتعليق إنعقاده على قيام المشروع بما هو مطلوب منه من قبول مجدد موقع عليه، عله يجد باباً للتحلل من الصفة نظراً لتغير السوق خلال المفاوضات ؟ أو أن الأمر ناتج عن عدم دراية كافية بالقواعد القانونية الظابطة لا انعقاد العقد ؟ على أي حال هذا الطلب لا قيمة له من الناحية القانونية، والعقد يعتبر منعقداً بقبول

¹ أحمد عبد الكريم سلامة، النظام القانوني لمفاوضات العقود الدولية، المرجع السابق، ص. 14 .

² سمير عبد السمیع الأودن، خطابات النوايا الصادرة في مرحلة التفاوض على العقد، المرجع السابق، ص. 28 .

³ J. Schmidt , Les lettres d'intention, op.cit ,p.270.

⁴ مصطفى محمد الجمال، السعي إلى التعاقد، المرجع السابق، ص. 417.

الوزارة الذي تضمته خطابها وتحتصر القيمة القانونية للخطاب في إثبات تمام التعاقد بصفة نهائية لارجعة فيه¹.

في مثال آخر تشير إحدى الشركات إلى الإتفاقات التي تمّ التوصل إليها من الطرفين خلال المفاوضات، وتضيف أنه تبقى صياغة هذه الإتفاقات التي تكون كلا واحدا في عقود، وأنها تنتظر تقديم مقترحات بشأن نصوص هذه العقود ثم تضيف أن هذا الخطاب يمثل موافقتها على الشروط الأساسية للعقود المنشودة، مستقبلية أمر، وتورد بيانا للشروط التي تمّ الإتفاق عليها، مؤكّدة في النهاية إلزامها النهائي بها ثمّ تطلب من الطرف الآخر رد صورة هذا الخطاب إليه بعد توقيعها منه .

وواضح أن الأمر يتعلّق بقبول نهائي للعناصر الجوهرية للعقد المنشود ينعقد به العقد، دون إنتظار للإتفاق على المسائل التفصيلية، والغرض من الخطاب هو دعوة الطرف الآخر لتأكيد موافقته على العناصر الأساسية التي تمّ التفاهم عليها، حتى تكون هناك وثيقة مؤقتة لإثبات إنعقاد العقد².

المبحث الثاني

خطابات النوايا الصادرة عن الغير في مجال الائتمان

إن تزايد أهمية الائتمان واتساع نطاقه أدى إلى الإقبال الشديد على الضمانات بمناسبة أي عملية ائتمانية قد يبدو القصد منها توفير أكثر من ضمان وبالتالي تعزيز المسؤولية التعاقدية التي تهدف في الأساس إلى إلغاء وتقليل المخاطر التي يتعرّض لها مانحو الائتمان في استيفاء حقوقهم.

ولقد كشف الواقع العملي عن ظهور معطيات جديدة في العلاقات التجارية³ أدت إلى تطوّر الضمانات بصفة عامة، فلم تعد تنحصر كما كان من قبل في التنازع التقليدي بين دور كل من التأمينات العينية والشخصية، وإنما ظهر انقلاب في موازين العلاقة بين هذه التأمينات من ناحية، ومن ناحية أخرى أبانت أنظمة التأمينات التقليدية عن قصور في مواجهة هذه المعطيات واستيعابها. فما كان

¹ مصطفى محمد الجمال، السعي إلى التعاقد، المرجع السابق، ص. 419 .

² أحمد عبد الكريم سلامة، النظام القانوني لمفاوضات العقود الدولية، المرجع السابق، ص. 349 .

³ "ففي القانون الفرنسي مثلا نجد مثلا تعرض تشريع الإفلاس الحديث إلى تغييرات عميقة أدت إلى تجريد التأمينات العينية من فعاليتها. فالإفلاس أو ما حل محله من مصطلحات حديثة كالنصفية الجماعية الأموال في قانون 13 يوليو 1967 أو التسوية الودية للصعوبات التي تواجه المؤسسة كما في قانون 1 مارس 1984 للتقويم والتنصفية القضائية كما في قانون 25 يناير 1985، لم يعد هدفة عقاب المدين غيرا لأمين أو حتى الوفاء بحقوق الدائنين وإنما أصبح الهدف هو محاولة إنقاذ المؤسسات مما تتعرض له من صعوبات؛ هذا الهدف لا يمكن تحقيقه دون تضحية بمصالح الدائنين، عاديين أو ممتازين. أنظر نبيل إبراهيم سعد، الضمانات غير المسماة، الطبعة 2، منشأة المعارف، جلال حزي وشركاه، 2000، ص. 10.

على رجال الأعمال إلا أن ولوا وجوهم شطر قانون الالتزامات وقانون الأموال¹ لتوظيف بعض وسائلهم التقليدية أو ابتداء وسائل جديدة للإشباع هذه الحاجة العصرية للضمان.

وكانت السمة الغالبة لهذه الوسائل البساطة في إنشائها وكيفية تنفيذها، علاوة على أن بعض هذه الضمانات لم تعد تعتمد على آلية الأولوية والتتبع كما في التأمينات العينية أو الصّقة الاحتياطية والتبعية لالتزام الضامن كما في التأمينات الشخصية وإنما تنشأ عن مصدر مستقلّ عن رابطة الالتزام التي تعمل على ضمان الوفاء بها يطلق عليها مصطلح الضمانات المستقلة.²

هذه الأخيرة لا يمكن إرجاعها إلى الأنظمة المعروفة في السابق كالإنابة أو الضمان الاحتياطي أو التّعهد عن الغير، فهي تستجيب إلى حاجات اقتصادية مشروعة وتخضع للمبدأ العام في حرية التعاقد.

وتشمل ما يعرف "بالضمان بمجرد الطلب"³ وخطابات النوايا⁴ أو خطابات الثقة التي ظهرت في الأوساط الأنجلوسكسونية في الستينات، وسرعان ما انتشرت في الأنظمة اللاتينية بما فيها فرنسا كأداة المقصود منها تقوية مركز أحد المتعاقدين من خلال توفير الثقة فيه لدى الطرف الآخر الذي توجه إليه ولا شك في أن خطابات النوايا على هذا النحو إنما تصدر عن أشخاص يعينهم أمر الطرف الذي يساندونه لعلاقة وطيدة بينهم.

¹ ففي قانون الالتزامات مثلا، هناك قواعد لصيقة برابطة الالتزام تشكل في الغالب نوعا من الضمانات الفعالة (الفسخ لعدم التنفيذ، الدعوى المباشرة، التضامن السليبي، التضامن... الخ). وفي قانون الأموال فقد تم توظيف الاحتفاظ بالملكية ونقل الملكية لتحقيق نوع من الضمان يفوق في فعاليته التأمينات العينية. فالملكية لم تعد غاية في ذاتها وإنما أصبحت وسيلة لتحقيق غاية أخرى وهي الضمان، ومن أمثلة نقل الملكية على سبيل الضمان، بيع الوفاء، التصرف الائتماني. راجع في هذا المعنى: نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص 15.

² ترجع استقلالية الضمانات إلى أن الضامن يلتزم بصفة مستقلة، بمعنى أن إسقاطية التزامه لا تعتمد على إسقاطية التزام المدين الأصلي، وإنما يعتبر التزامه مستقلا تماما عن التزام المدين ويتحدد مباشرة في علاقاته مع الدائن ولذلك هذه الضمانات تفقد صفة التبعية قد أثبتت الدراسات التاريخية ان صفة التبعية للضمان الشخصي ليست من النظام العام، كما أن هذه الصفة ليست عنصرا أساسيا في الضمان الشخصي ولا هي من جوهره، هذه الضمانات لا يمكن إرجاعها إلى الأنظمة التقليدية كالإنابة أو الاعتماد المستندي أو الضمان الاحتياطي أو التّعهد عن الغير، فهذه الضمانات تستجيب إلى حاجات اقتصادية مشروعة وتخضع للمبدأ العام في حرية التعاقد. أنظر في هذا المعنى: نبيل إبراهيم سعد، الضمانات غير المسماة، المرجع نفسه، ص 129.

³ الضمان بمجرد الطلب نشأ وتطور في نطاق العلاقات التجارية الدولية لكن سرعان ما بدأ يعرف طريقه إلى العلاقات الداخلية يمنح بواسطة بنك بناء على طلب عميله معطي الأمر *donneur d'ordre*، انظر: مصطفى كمال طه، العقود التجارية عمليات البنوك، طبعة أولى، منشورات الحلبي الحقوقية بيروت لبنان، ص 164. ويعطي للمستفيد إمكانية اقتضاء التنفيذ بمجرد الطلب، أي بطريقة آلية وغير مشروطة دون أن يقدم أي مبرر ليؤسس عليه طلبه. الصورة العملية لهذا الضمان هو أن يكون هناك عرض من جانب بعض الدول أو المؤسسات التابعة لها لبناء مصنع أو مجمع صناعي مثلا، ثم تتنافس الشركات على الظفر بهذا العرض في هذه الحالة يتطلب المشتري أو صاحب العمل ضمانا قويا لإرساء هذا العرض على شركة معينة أو ضمانا لحسن التنفيذ أو ضمانا لاسترداد ما دفعه من مقدم الثمن عند عدم تنفيذ المصدر لالتزاماته، هذه الضمانات تعطى عادة من جانب بنك المصدر في شكل خطاب ضمان كما يمكن أن يعطيها أيضا بنك من دولة صاحب العمل كضامن الضامن...

أنظر: نبيل إبراهيم سعد، الضمانات غير المسماة، المرجع السابق، ص 132.

⁴ بوخيرة حسين، مداخلة (الإعتماد الإيجاري كآلية لدعم المؤسسات الصغيرة و المتوسطة)، ملتقى الوطني حول عقود الأعمال و دورها في تطوير الاقتصاد الجزائري، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، يومس 16 17 481.

في الواقع إن توافد الآلية في النظام الفرنسي كان أشبه بالعمليات العرفية التي ترعرعت خارج أي نطاق تشريعي أو تنظيمي والتي ساهم الفقه والقضاء في إرساء وهيكلتها معالمها لاحقا قبل أن يكرسها التشريع في السنوات الأخيرة كنوع من التأمينات الشخصية¹ في القانون المدني.

لكن كثيرا ما يثار الخلط بين خطابات النوايا بالمعنى السابق وبين العديد من التعهدات الأخرى التي قد تشتهر بها منها الاشتراط لمصلحة الغير والتعهد عن الغير والكفالة، كما أن خطابات الثقة كثيرا ما قد تختلط بخطابات النوايا الصادرة في مرحلة المفاوضات التعاقدية ولذلك يجب مناقشة هذه المسائل جميعا لأنها تساهم في تحديد الطبيعة القانونية لهذه الخطابات.

يبقى بعد ذلك التساؤل الذي ينشد جوابا ذلك عن الفائدة التي تجنيها البنوك أو مؤسسات الائتمان من وراء خطاب الثقة الذي اعتمدت عليه في منح الائتمان المشمول بالخطاب، عندما ينكل هذا الأخير أو يعجز عن الوفاء في اليوم الموعود.

هل يمكن القول عندئذ بأن خطاب الثقة ينشئ التزاما على محرره؟ وإذا ما أمكن ذلك، فماذا عساها تكون ماهية هذا الالتزام؟ وإلى أي حد يتوقف تحديد هذه الماهية بناء على عبارات الخطاب وفحواها.

المطلب الأول

تأصيل خطابات النوايا (خطابات الثقة) في مجال الائتمان

لقد شاع استخدام خطابات الثقة للحصول أو للمساعدة في الحصول على القروض البنكية في المجال المالي الأمريكي. إلا أنه لم يعرف بهذا المعنى في أوروبا إلا حديثا، إذ استحوذ على اهتمام الفقه والقضاء الفرنسي في العقود الأخيرة من القرن الماضي حيث ما لبثت الأحكام القضائية تتوالى بشأنه وكذلك الدراسات الفقهية التي تتابع جوانبه المختلفة توجت كلها بتدخل التشريعات لإدراج هذه الآلية في القانون المدني الفرنسي تحت عنوان التأمينات الشخصية.

غير أنه في المقابل، فإن الدراسات العربية تكاد تكون منعدمة، اللهم بعض الدراسات السريعة بمناسبة موضوع أعم باستثناء بعض المحاولات الفقهية المصرية مؤخرا، يبقى مع ذلك الموضوع جديدا وغير متداول في التشريع الجزائري.

¹ يقصد بها بصفة عامة الالتزامات الشخصية التي تضاف إلى التزام المدين على سبيل الضمان، فهي عبارة عن ضم ذمة الغير إلى ذمة المدين لضمان حق الدائن، هذا التعدد في الضمان العام يقلل من تعرض الدائن لمخاطر إفسار أو إفلاس المدين ... أنظر نبيل إبراهيم سعد، التأمينات الشخصية التبعية وغير التبعية، دار الجامعة الجديدة للنشر، 2005، ص. 03.

الفرع الأول

خطابات النوايا أو الثقة مصطلح وافد في التشريع الفرنسي

إن عبارة خطاب النوايا أو "رسالة إعلان النوايا" هي الأكثر استعمالاً في فرنسا للدلالة على وثيقة يمكن تسميتها بأشكال مختلفة، منها مثلاً رسالة مسعى حسن ، رسالة شرف ، رسالة رعاية... الخ، وهذه الأخيرة هي من أصل أنجلوسكسوني وذات استعمال متوارد في العلاقات التجارية الدولية ، وبالتالي هي ليست من خلق الممارسة الفرنسية ، حيث تطوّرت في السنوات الأخيرة خارج أيّ تنظيم تشريعي أو تدخّل قضائي وذلك وفقاً للتفصيل الآتي ذكره أدناه .

أولاً: بروز الآلية في عرف التعامل المصرفي

ظهرت خطابات الثقة عادة نهاية الحرب العالمية الثانية وبالتحديد في الستينات أين اتّجهت الشركات العملاقة (مجموعة الشركات متعددة الجنسيات سابقاً)¹ والمجموعات الصناعية الضخمة في الولايات المتحدة الأمريكية إلى تطوير وتنويع وسائلها المالية لأجل الارتقاء بأنشطة واستثمارات فروعها في الخارج وعلى الأخصّ من جانب الوسطاء الماليين ومن بين هذه الوسائل خطابات النوايا ، حيث تقوم بإرسالها إلى البنوك لبتّ الثقة لديها ودعم المدين المقترض مما يؤدي إلى طمأنينة الدائن عند منح القرض للمدين² .

¹ يقصد بمجموعة الشركات متعدّدة الجنسيات مشروعات ضخمة تقوم بدور مهم في التجارة الدولية وتمارس نشاطها في أكثر من دولة عن طريق وحدات مستقلة تنتشر في الدول تسمى شركات وليدة وتقع على رأس هذه المشروعات شركة كبيرة تسمى شركة أم. ويتفق الفقه على أن هناك صعوبة في وضع تعريف جامع مانع لهذا النوع من الشركات وأن هذه الصعوبة ترجع إلى أمرين أولهما يتمثل في أن أكثر الجوانب القانونية لهذه الشركات يقع خارج إقليم الدولة لذا لم تهتم هذه القوانين بوضع تنظيم قانوني لها ويتمثل الثاني في الأدوات والوسائل القانونية التي تستخدمها سواء في تكوينها أو في السيطرة على الشركة الوليدة التابعة لها.

أنظر مقال: شريف محمد غنّام، مدى مسؤولية الشركة الأم الأجنبية عن ديون شركتها الوليدة المصرية (دراسة في بعض جوانب الإفلاس الدولي لمجموعة الشركات المتعدّدة الجنسيات)، مجلة الحقوق الكويتية، العدد 1، جامعة الكويت سنة 2003، ص. 330.

حالياً أصبح يطلق على هذا النوع من الشركات تسمية مجموعة الشركات، ولقد عرفها أحد كبار فقهاء قانون الأعمال الفرنسيين كالتالي: « un ensemble de sociétés juridiquement indépendantes les unes des autres mais en fait soumises à une unité de décision économique ». voir Bruno Dondero, Droit des sociétés, Dalloz, 2009, p. 501.

في الجزائر ومنذ بضع سنوات بدأت تظهر مجموعات شركات إلى الوجود، أي شركات ذات تسيير وذمة مستقلتين عن الشركة الأم التي تبقى محتفظة معها بعلاقات تجارية واقتصادية. وهذه الشركات ، كما سبق القول ، يمكن أن تكون شركات تابعة أو في شكل مساهمات في شركات أخرى تمتلك فيها الشركة الأم أغلبية الأسهم أو الحصة وبهذه الطريقة ، يمكن للشركة الأم أن تؤثر بكيفية مباشرة على تسيير مثل هذه الشركات ومجموعة أو مجمع صيدال أكبر مثال على هذا النوع من تجمّعات الشركات. الطيب بلولة ، قانون الشركات ، ترجمة محمد بن بوزة ، منشورات بارتي ، الجزائر 2008. ص. 136 .

² خليل فيكتور تادرس، خطابات النوايا الصادرة من الشركات الأم لحساب أحد الفروع وقيمتها القانونية، دار النهضة العربية، القاهرة 2007، ص

هذه الخطابات تهدف بصفة أساسية إلى إعطاء الثقة للدائن قبل أن يدخل في علاقات دائمة مع المدين. لذلك فهي تترجم في الواقع في شكل محرر بمقتضاه يقوم شخص موسر¹، طبيعي أو معنوي، بتعزيز الثقة في المدين المراد منحه الائتمان من جانب شخص آخر، طبيعي أو معنوي، بأن يعلن فيه في عبارات عامة مطمئنة بأنه سينهض عند الضرورة في مساعدة أو عون المدين إذا تعرض لصعوبات مادية أو مالية أو يضمن ببساطة أنه سيحتمه على الوفاء بالتزاماته عند الضرورة.

هكذا سطع نجمها في الولايات المتحدة الأمريكية. ونتيجة لعولمة الاقتصاد الذي عرف في الحقبة من سنة 1960 إلى 1970 تطورا ملحوظا في معظم دول المنظمة الاقتصادية للتعاون والتنمية⁽²⁾ (OECD)، حيث انتشرت في بقية دول العالم، والمتتبع للتطور التسلسلي لاستخدامات الآلية يجد أنها انتقلت أولاً إلى ألمانيا لأسباب ضريبية ثم منها إلى فرنسا ثم المملكة المتحدة البريطانية لتنتشر بعدها في بقية الدول الأوروبية³.

ويمكن القول أن خطابات الثقة نشأت في فرنسا⁴ عن طريق العرف في غياب أي تنظيم تشريعي أو اجتهاد قضائي، إذ لعب هذا الأخير دورا هاما في نشأة وتطور الآلية، حيث ساعد على انتشارها عدم كفاية التأمينات التقليدية الشخصية أو العينية لسد حاجات التجارة الدولية وعجز هذه الأخيرة عن مواكبة المتطلبات الجديدة والتكنولوجيا المعاصرة والتطور السريع للمشروعات الاقتصادية. فلم تعد كافية لا الكفالة ولا الضمان الاحتياطي ولا الرهن لسد مقتضيات التجارة الدولية. كما أن هذه التأمينات صارت مكلفة ومرهقة، بالإضافة إلى كثرة المشاكل المرتبطة بإعمال التأمينات سواء الشخصية أو العينية وتبعيتها للعقود الأصلية، باستثناء خطابات الضمان المستقلة⁵. علاوة على ذلك، بطء إعمال هذه التأمينات وتطلبها لبعض الأشكال الرسمية وغير ذلك من الصعوبات المرتبطة بها، على نقيض خطابات النوايا التي تتسم بالمرونة وسهولة إصدارها وقلة تكلفتها.

¹ نبيل إبراهيم سعد، الضمانات غير المسماة، المرجع السابق، ص. 147.

² (OECD: Organisation for Economic Coopération and Développement).

أنظر: خليل فيكتور تادرس، المرجع نفسه، ص. 10.

³ -X. Barré , La lettre d'intention, technique contractuelle et pratique bancaire, Economica, 1995, p.18.

⁴ Raymond Baillo, Les lettres d'intentions, RTD Com. 1992, p. 547.

⁵ لقد أطلق الفقه العديد من المسميات على خطابات النوايا في مجال الائتمان وإن كانت تعبر عن معنى واحد منها: تسمية lettre de confort خطابات المساندة، وهي الأكثر شيوعا بجانب خطابات النوايا كذلك هناك من يطلق عليها تسمية lettre de patronage خطابات الرعاية ، lettre de parrainage، lettre d'apaisement ou de soutien خطابات التزكية وكلها مصطلحات مترادفة. لمزيد من التوضيح أنظر خليل فيكتور تادرس، المرجع السابق، ص. 17.

حيث وبتاريخ 1973/10/30 أصدر رئيس الجمعية المهنية للبنوك الفرنسية السيد هوتنغر¹ بياناً

(un parère) يرخص للبنوك التعامل بها ورد فيه: "أنه يوجد في العادات المصرفية الفرنسية رسالة بمقتضاها تعرب شركة غير منازع بها على مستوى الثقة التجارية والقوة المالية عن دعمها لشركة خاضعة لرقابتها لأجل الحصول أو الاحتفاظ باعتماد ما ، و هي تشكل التزاماً أخلاقياً بتأمين سداد الاعتماد وتعتبر وكأنها تمثل في الواقع ضماناً مماثلاً لذلك الناتج عن التزام الكفيل"².

ولقد أثار هذا المنشور انتقاد الفقه الفرنسي بسبب صياغته الغامضة والتي لم تفصل بصفة جازمة في طبيعة هذه الخطابات وأبانت عن التناقض الواضح الذي وقع فيه رئيس الجمعية المهنية للبنوك الفرنسية، حينما شبه تعهد محرر الخطاب بتعهد الكفيل إذ كيف تعد خطابات النوايا في صدر البيان على أنها خطابات مجردة من كل قيمة قانونية وأنها فقط تعهدات أدبية ، ثم في نهاية الخطاب تشبهه بالكفالة والتي تعتبر أقصى درجات الالتزام. في حين أنه، بالنسبة لكل التشريعات المقارنة، عقد الكفالة هو نقيض التعهد الأدبي³.

ويلاحظ أن استخدام الآلية تم في الغالب في مجال العلاقات الثلاثية بين الشركة الأم⁴ المساهمة وفروعها¹ والبنوك المقرضة لهذه الأخيرة في شكل وثيقة أو مستند، صادر من شركة تمتلك نسبة الأغلبية

¹-J. P. Bertrel, Les lettre d'intention, revue de la banque, n° 465, oct. 1986, p. 895.

² -Je soussigné Hottinguer Rodolphe, président de l'association professionnelle des banques, atteste et certifie que dans les usages bancaires français, la lettre par laquelle une société de renom indiscuté sur le plan tant de la morale commerciale que de l'assise financière parraine une société quelle contrôle pour l'obtention ou le maintien du crédit, constitue un engagement moral d'assurer la bonne fin du crédit, c'est considérée comme présentant en pratique une sécurité comparable à celle d'engagement d'une caution ». Voir Laurent Aynès et autres, Lamy Droit des sûretés , collection Lamy droit civil – Wolters Kluwer France –Mars 2009, p. 145, pp.3.

³ - Cédric Bernat, Des promesses équivoques, les lettres d'intention, filed Under :droit des sûretés, in : cedricbernat@19-16.

⁴ اختلف الفقه في تحديد المقصود بالشركة الأم فيعض الفقه ركز في التعريف على عنصر السيطرة التي تمارسها الشركة الأم على الشركات الوليدة وإدارتها وجعلها المميز في تعريف الشركة الأم من التعريفات الفقهية التي تستند في تعريفها على أنها تلك الشركة التي تملك أسهما في عدة شركات أخرى تسمى الشركات التابعة، ذلك بالقدر الكافي الذي يمكنها من السيطرة على إدارة الشركة لتقرير من الذي يتولى إدارة الشركات التابعة وكيفية تسيير وإدارة أموالها ، هذا واستناداً إلى عنصر المشاركة في تأسيس الشركات التابعة وإدارتها عرفها بعض الفقه بأنها الشركة التي يكون نشاطها الرسمي أو الوحيد هو إدارة وتملك محفظة أوراق مالية تمثل مشاركتها في رأس مال شركة أخرى وقد عرفها القانون الإنجليزي بأنها الشركة التي تحوز أكثر من رأس مال شركة أخرى أو التي تسيطر على مجلس إدارتها أو التي تحوز أسهم شركة فتعد شركة قابضة لشركة أخرى ومن ثم هنالك ثلاث طرق تصلح إحداها للقول بأننا بصدد شركة أم أو شركة قابضة في مفهوم القانون الإنجليزي وهي: تملك شركة أكثرية أسهم شركة معينة ،تحكم شركة في مجلس إدارة شركة أخرى بأن يكون لها سلطة تعيين أو إقصاء أعضاء مجلس الإدارة أو عزلهم، إذا امتلكت أكثرية أصوات شركة أخرى فتعد الشركة الأولى شركة قابضة للشركة الثانية . وتعد الشركة قابضة أو شركة أم في مفهوم قانون الشركات الفرنسي الصادر في 24 يوليو 1966 وكذلك في مفهوم قانون 12 يوليو 1985 الخاص بالسيطرة الذاتية إذا كانت:تحوز بطريق مباشر أو غير مباشر جزءاً من رأس مال شركة أخرى، إذا امتلكت أكثرية الأصوات أو التصويت في هذه الشركة، إذا حصلت على أكثرية التصويت في الجمعية العامة الوليدة بصورة فعلية...أنظر شريف محمد غنم، مدى مسؤولية الشركة الأم الأجنبية عن ديون شركتها الوليدة المصرية، المرجع السابق، ص 343.

voir dans le même sens :Paul.Bilian ,les groupes de pme une ou plusieurs sociétés ,LexisNexis Litec ,paris 2009.p.13.

في رأس مال شركة أخرى وموجه إلى أحد البنوك بخصوص ائتمان أو قرض ممنوح منه لمصلحة الشركة الفرع وبموجبه تقوم الشركة الأم، حسب الشروط المنصوص عليها بتأمين البنك بالنسبة للتعهدات المتعاقد عليها في مواجهة الفرع.

لكن لماذا تلجأ هذه الأخيرة إلى مثل هذا الأسلوب - خطاب المساندة - بدلا من عرض نوع من التأمين المباشر، عينا كان أو شخصيا على جهة الائتمان؟ ولماذا تكتفي مؤسسة الائتمان بهذا الخطاب عوضا عن تقديم تأمين مباشر.

أكد أن هنالك اعتبارات عديدة وراء الاكتفاء بخطاب الثقة أو المساندة، أولها بالطبع الرغبة في عدم التورط بقدر الإمكان في تحمل المسؤولية المباشرة عن سداد القرض². وقد يصاحب ذلك الحرص على عدم ظهور قيمة القرض في حال ضمانه في جانب الخصوم من حسابات محرر الخطاب وميزانيته، لما لهذا الظهور من تأثير على مركزه المالي، أو لحرصه على تفادي المتطلبات الإجرائية أو الشكلية اللازمة لصحة الضمان المباشر أو لإنتاجه لآثاره أو لتفادي القيود والحدود المقررة لسلطة موقع الخطاب ذاته في الموافقة على الضمان، تشريعية كانت أو نظامية³. أما من جهة مؤسسة الائتمان، فإنها تكون عادة راغبة في منح القرض المشمول بالخطاب رغم ما لديها من مخاوف، فتجد في الخطاب الصادر عن يتوفر لها الثقة فيه قشة تتعلق بها لتبديد مخاوفها واتخاذ قرارها بالموافقة على القرض الذي هي راغبة فيه أصلا⁴.

وتجدر الإشارة أن البعض كثيرا ما يمزجون بين شركة الهولدينغ والشركة الأم وهذا المزج ناتج عن كون كل من هاتين الشركتين ترأس مجموعة شركات، وهو ما يستوجب التوضيح، ذلك أن شركة الهولدينغ بنشاطها المحصور في الميدان المالي والإداري عكس الشركة الأم التي يمكنها ممارسة نشاطات صناعية وتجارية، فالشركة الأم تصبح هولدينغ إذا اكتفت بالنشاطات المالية والإدارية دون أن تمارس مباشرة نشاطات تجارية أو صناعية. لمزيد من التفصيل، راجع، ماجد مزيم، شركة الهولدينغ (في جوانبها القانونية والاقتصادية والمالية المصرفية والضرائبية)، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2002، ص. 17.

¹ الفرع أو الشركة الوليدة أو التابعة كلها تصب في نفس المعنى وتجدر الإشارة إلى أن الشركة الوليدة لم تكن أكثر حظا في تعريفها من الشركة الأم والقبضة فقد اختلف الفقه في تعريفها وتنبئ القوانين الوطنية معايير مختلفة لتحديدها وفي البداية يمكن القول أن صعوبة وضع تعريف دقيق يعزى إلى أنه مصطلح حديث النشأة، كما أنه يفترض وجود شخص معنوي تابع لشخص آخر من الناحيتين الاقتصادية والإدارية مع أنه مستقل من الناحية القانونية. يبدو على أن هناك إجماع على اختيار معيار السيطرة كمعيار مميز في تعريف الشركة التابعة، فالفقه يتفق على وجود علاقة تبعية بين الشركة الأم والشركة الوليدة. محمد شريف غنام، المرجع نفسه، ص. 442.

² -Ch. Meyer, Les lettres d'intention, Droit des sociétés, juris-classeur Edition, mars 2000, p. 6.

³ -« la confidentialité, aucun texte apparemment, contrairement à l'hypothèque ou au cautionnement, ne prévoyant la publicité de la lettre d'intention (pas d'inscription au bilan, pas d'autorisation du conseil d'administration) ». Voir B. Monacier, lettres d'intentions de l'engagement d'honneur au cautionnement déguisé (lettre d'intention: présentation), dossier n° 67, rev. dr. & patr, 1999, p. 45.

⁴ مصطفى محمد الجمال، السعي إلى التعاقد، المرجع السابق، ص. 342.

بالنتيجة خطابات النوايا شقت لها طريقا في ميدان يتصف بالقسوة والصرامة هو قانون البنوك (لما له من أثر على الدائن والمدين على حد سواء) بالرغم من طابعها العرفي الذي يعتمد في الأساس على كلمة الشرف والسمعة بين الأطراف والأمانة فيما بينهم واحترام الكلمة التي هي عادة في عرف الأعمال بعيدا عن كل مرجعية قانونية .

والشيء الملاحظ أن في المراحل الأولى لنشأتها أن أحكام المحاكم الفرنسية تكاد تكون منعقدة بشأنها هو ما يفسر أن التنازع حول قوتها القانونية كان نادر الوقوع آنذاك وغير متوقع إلى غاية فترة وجيزة من الزمن، إذ أصبحت الحياة التجارية في حاجة إلى المزيد من التعهدات الأكثر إلزاما من مجرد كونها تعهدات أدبية، وفعلا قد كشف الواقع العملي أن المسؤولين التنفيذيين¹ و لدى إصدارهم لخطابات النوايا في المشروعات الاقتصادية، كثيرا ما يتورطون في التزامات قانونية لم تتوجه إرادتهم إلى إحداثها قد تصل إلى حد الكفالة وهي أقصى درجات الالتزام، ما قد يكلف الشركات التي يمثلونها المال الكثير. ففي ظل ظروف كهذه، فإن المرسل إليه قد يقبل خطاب النوايا وربما يعلم بأنه لا يشكل ضمانا²، اعتمادا على سمعة المرسل - خاصة التجارية - وعلى أخلاقيات وآداب معينة تسود دنيا الأعمال، تؤدّي مجتمعة إلى إلزام الشركة المرسله باحترام تعهداتها الواردة بالخطاب، بيد أن الواقع قد يعكس غير ذلك، حيث من الممكن أن ينشأ الخطاب التزامات قانونية حقيقية تتجاوز مجرد التأمينات، يكشف عنها من الألفاظ والعبارات المستخدمة في الخطاب³.

ثانيا: معاملة الفكرة في القضاء الفرنسي

إذا كان مرسل الخطاب يحاول بثّتي الطّرق الإفلات من أيّ التزام قانوني (فهو يريد الشيء ونقيضه في آن واحد، حيث يريد أن يطمئن المرسل إليه بشأن سداد الدين من قبل المدين به، وفي نفس الوقت لا يريد الالتزام قانونا في مواجهة المرسل إليه)، الدّائن في المقابل (المرسل إليه الخطاب) يسعى للحصول على تعهد قانوني بوفاء الدين من جانب مرسل الخطاب. والواقع أن كلّا منهما يمكن أن يكون على حق ولكن الحقيقة غالبا ما تقف في منتصف الطريق لهذين الإدّعاءين المتطرفين، إذ من الممكن أن يؤدي الخطاب إلى إلزام مرسله قانونا اتجاه المرسل إليه، وبالتالي يمكن أن يصل إلى إجبار المرسل على دفع مبلغ الدين⁴.

¹ سمير عبد السمّيع الأودن، خطابات النوايا في مرحلة التفاوض على العقد، المرجع السابق، ص. 7.

² مصطفى محمد الجمال، السعي إلى التعاقد، المرجع السابق، ص. 405.

³ مصطفى أحمد عبد الجواد، خطابات النوايا الصادرة عن الغير في مجال الائتمان، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2000، ص. 13.

⁴ أنظر خليل فيكتور تانرس، خطابات النوايا الصادرة من الشركات الأم لحساب أحد الفروع وقيمتها القانونية، المرجع السابق، ص. 50.

إذ يجب تقصي ما قصده الفريق الصادر عنه كتاب إثبات النية بغية تحديد نوع ومدى الالتزام الصادر عنه وإذا ما كان يعتبر مجرد توصية بسيطة دون ترتيب أي التزام على من صدر عنه .

في الحقيقة نادرة تلك الأحكام القضائية الفرنسية التي كانت تتعلق بهذه الآلية في الفترة بين الثمانينات والتسعينات. ولكن اللافت للانتباه هو الحكم الصادر عن محكمة باريس التجارية بتاريخ 1981/10/27 الذي اعتبره الفقه محاولة فقهية من جانب القضاء لتحديد ماهية خطابات النوايا في مجال الائتمان¹، وإن كان من النادر أن يقم القضاء نفسه في الشروح والتحليلات الفقهية التي هي أصلا من عمل الفقه. غير أن الأمر ليس بالمستغرب نظرا لعدم وجود تنظيم تشريعي للموضوع محل الدراسة، فضلا عن أن القاضي يجب أن يجتهد في حالة عدم وجود نصوص تشريعية تطبق على المنازعة المعروضة أمامه وأن يفسر العرف الجديد² الذي ظهر في دنيا الأعمال، خاصة وأن الأمر يتعلق بآلية كانت لا تزال في مهد نشأتها. ولقد أسهبت المحكمة في شرح وتحليل خطابات النوايا وعددت طوائفها والتي أصبحت تتجاوز فكرة التعهدات الأدبية المجردة من أي قيمة قانونية والتي تكتفي بمجرد إعطاء الدائن فكرة عامة عن مدينه المستقبلي نزولا لاعتبارات أخلاقية وسياسات معينة تسود ميدان الأعمال، فبالإضافة إليها هناك خطابات تتضمن تعهدات تلقي على أصحابها التزامات قانونية تتفاوت في طبيعتها بحسب الألفاظ المستعملة.

وقد استقرت محكمة استئناف Montpellier وذلك في قرارها الصادر في 1985/01/10 على أن الخطاب الذي بموجبه قامت شركة إسبانية بصفتها مالكة لغالبية الأسهم والمهيمنة على إدارة فرعها الموجود في فرنسا بالإعلان عن نيتها في دعم فرعها فيما يخص ملاءته المالية من أجل الوفاء بقيمة القرض الذي حصل عليه من الشركة الدائنة، بل أبدت عن استعدادها للحلول محل هذا الفرع في كل الالتزامات التي يمكن أن يلتزم بها اتجاهها إن اقتضى الأمر ذلك³ أين خلصت المحكمة السالف ذكرها إلى

¹ مصطفى أحمد عبد الجواد، خطابات النوايا الصادرة عن الغير في مجال الائتمان، المرجع السابق، ص. 17.

² Cet usage, qui concerne une activité commerciale et plus spécialement bancaire, peut être pris en considération, les juges du fond en appréciant souverainement l'existence et la portée, la loi du 15/09/1807, qui a mis en vigueur le code de commerce, n'ayant pas abrogé les usages commerciaux, il en résulte une situation juridique qui a permis à la cour de cassation, en dehors de tout texte de loi, de valider un certain nombre de pratique par exemple : la solidarité des débiteurs commerciaux sans que soient réunies les conditions prévues par l'article 1202 du code civil français . Voir : Michel Montanier, la lettre d'intention, Rapp.C.Cass.1987 , p. 74.

³ وكان الفرع قد أفلس فيما بعد وعجز عن سداد الدين للشركة الدائنة مما دفعها إلى اللجوء إلى مقاضاة الشركة الأم بمناسبة إخلالها بتعهداتها الواردة في الخطاب. أنظر :

أن مثل هذا الخطاب ينشئ على عاتق الشركة الإسبانية التزاما بتحقيق نتيجة وبالتالي قضت بإلزامها بسداد ديون الفرع وفوائدها للشركة الدائنة¹.

بالنتيجة ما كان على الشركة الإسبانية إلا أن طعنت في القرار الصادر عن هذه الأخيرة مؤسسة طعنها على وجهين، الأول يتمثل في السؤال حول كيف لخطاب يتعلق بإعلان عن نوايا عام صادر بإرادة منفردة أن يرتب التزاما بالكفالة على وجه الخصوص، أما الثاني فيتعلق بعدم جواز تطبيق القانون الفرنسي وفي المقابل المطالبة بتطبيق قانون الصرف الإسباني .

و بمناسبة هذا الطعن، صدر القرار الشهير لمحكمة النقض الفرنسية (الغرفة التجارية) المؤرخ في 1987² /12/21 الذي جاء في حيثياته أن الالتزام الذي يقع على الشركة الطاعنة هو التزام بكفالة، حيث بعد أن اعترفت المحكمة بأن خطاب النوايا لا يشكل في الأصل كفالة وإنما قد ينشأ عنه وفقا لعباراته وعلى الرغم من طابعه المنفرد وحينما يتم قبوله من جانب المرسل إليه وبالنظر للقصد المشترك للأطراف³ - التزما تعاقديا بعمل أو بالامتناع عن عمل يمكن أن يصل إلى حد الالتزام بنتيجة ولو لم يشكل كفالة، عادت المحكمة لتؤكد أنه على الرغم من أن الكفالة لا تُفترض وإنما يجب أن تكون صريحة، فإن من يتعهد في مواجهة الدائن بإرادة صريحة واضحة بالوفاء بالتزام المدين به إذا لم يف هذا الأخير يعتبر كفيلا لهذا الالتزام⁴. كما أكدت المحكمة السالفة الذكر على دور القاضي الذي لا يجب أن يقف عند حد التسمية المعطاة للخطاب من جانب الأطراف والذي يجب أن يرد العمل لتكييفه الصحيح استنادا إلى الإرادة الحقيقية للأطراف⁵.

ومع ذلك فإن محكمة النقض نقضت القرار تأسيسا على الوجه الثاني للطعن المرفوع من قبل الشركة الطاعنة، إذ تبين لها أن محكمة الاستئناف قد خرقت القواعد المتعلقة بالنظر في حدود سلطات

¹ -par un arrêt du 10/01/1985 confirmant un jugement du tribunal de commerce de Montpellier, la cour d'appel de Montpellier a condamné la société T. à payer à la Solder le principal des prêts plus les intérêts. Michel Montanier, op. cit, p.16.

² -Cass, com ;21 dec .1987, n° 85-13.173, Bull.civ. ,n° 281 ; JCP (G) 1988, 2, n° 21113, concl. Montanier M ;D.1988 ; V Laurent Aynès et autres , Lamy droit des sûretés , préc.

³ -« Mais attendu, d'une part, que malgré son caractère unilatéral, une lettre d'intention peut, selon ses termes, lorsqu'elle a été acceptée par son destinataires, eu égard à la commune intention des parties, constituer à la charge de celui qui l'a souscrite un engagement contractuel de faire ou de ne pas faire pouvant aller jusqu'à l'obligation d'assurer un résultat, si même elle ne constitue pas un cautionnement ».- Cf.M. Delorme, la lettre d'intention: garantie ou simple engagement moral, Bull des affaires juridique, note jurisprudentielle, p. 14.

⁴ -Christophe Albige, Marie-Pierre Dumont-Lefrand, Droit des sûretés, 2^{ème} Edition, Dalloz, 2009, p. 186.

⁵ -Michel Delorme, art.préc., p. 16

المسيرين التي تعود في الأصل إلى القاضي الوطني للشركة الإسبانية¹.

منذ ذلك التاريخ، بدأت الأحكام القضائية بخصوص الآلية في الازدياد وأخذت في الاطراد يوما بعد يوم واللأفت للانتباه هو أن محكمة النقض الفرنسية قد بدأت في إرساء وهيكله القواعد والأحكام الخاصة بالموضوع، حيث ظهرت أحكام نقض ليست بالقليلة خاصة منذ بداية التسعينات لعل أهمها القرار الصادر عن محكمة استئناف باريس بتاريخ 11/05/1993² الذي قضى بأن خطاب النوايا يمنح البنك بعض الأمان لتنفيذ التعهدات المتعاقد عليها الغير نحو، ويولد في مواجهة مصدره تعهدا أكثر أو أقل التزاما، وفقا لنية الأطراف المشتركة، سواء كتعهد أدبي أو معنوي بسيط أو تعهد حقيقي بعمل أو بالامتناع عن عمل أو الالتزام بنتيجة ولو لم يمثل كفالة³.

ويترتب على ما سبق أنّ التكييف القانوني لخطابات النوايا يعتمد على صيغة الخطابات ذاتها وما أدرج بها من عبارات وإن ظلّ الغرض الأساسي منها هو منح الثقة للدائن.

ثالثا: مسلك المشرع الفرنسي في تنظيم خطابات النوايا

أمام جدية الدعاوى التي كانت ترفع أمام المحاكم الفرنسية بمناسبة التنازع حول القيمة القانونية لخطابات النوايا، لجأ القضاء كعادته إلى تفسيراته الجريئة من أجل تقصي الحلول الملائمة. وقد أسفر هذا الاجتهاد القضائي عن صياغة أحكام حظيت بتقدير كبير من لدن الفقه كان لها بالغ الأثر على موقف المشرع الفرنسي الذي ما لبث أن ألحقها بالتشريع المدني بموجب الأمر الصادر بتاريخ 23/03/2006⁴ المعدل والمتمم للقانون المدني أين أضاف كتابا سادسا يتعلق خصيصا بمادة التأمينات الذي جاء بأحكام عامة وضم قسمين، الأول بعنوان التأمينات الشخصية (2288 2322)، والثاني خصص للتأمينات العينية وضم المواد (2323 2488)⁵.

¹ « Mais sur le deuxième moyen ...Attendu que, pour écarter les prétentions de la société Tolra selon lesquelles, même si la lettre d'intention contenait un engagement de payer, celui-ci aurait été nul pour n'avoir pas été pris conformément au droit espagnol sur les sociétés, la cour d'appel s'est bornée à déclarer qu'elle était « saisie d'un litige consécutif à des faits et des actes qui se sont produits en France et auxquels la législation française doit s'appliquer;

Attendu qu'en se déterminant ainsi, après avoir relevé que la société .Tolra était une société anonyme de droit espagnol et alors que l'appréciation des pouvoirs des dirigeants d'une société relève de la loi nationale de cette société, la cour d'appel a violé, par fausse application, les textes susvisés.

-Par ces motifs (...).casse ».

V. Michel Delorme, op.cit, p. 16.

²-CA. Paris,11/05/1993,JCP, éd G,1993, 11, n.512,obs. Barbieri, JCP, éd G1993, I,N,288, obs .Viandier et Caussain.Xavier Barré. op. cit, p.37.

³ خليل فيكتور تادرس، خطابات النوايا الصادرة من الشركات الأم لحساب أحد الفروع وقيمتها القانونية، المرجع السابق، ص. 23.

⁴-Philippe Dupichaut, l'efficience économique de droit des sûretés personnelles, LPA, 14 avril 2010, n74, p.3.

⁵- Stéphane Prigent, La réforme du droit des sûretés, une avancée sur la voie de la modernisation, étude de l'ordonnance n° 2006-346, AJDI 2006, p. 346; voir aussi Christophe Albiges, Marie-Pierre Dumont-Lefrand, Droit

حيث أنّ المادة 2287 فقرة الأولى نصّت على التأمينات الشخصية التي يعالجها مرسوم هذا القانون تحت هذا العنوان، ليصبح التنظيم يشمل كلا من الضمانات المستقلة وخطاب النوايا إلى جانب الكفالة.

أما المادة 2322 من القانون السالف الذكر، فقد عيّنت بتعريف خطاب النوايا بصيغة المفرد نصت على أن خطاب النوايا هو كل التزام بعمل أو بالامتناع عن عمل موضوعه مساندة أو مؤازرة المدين في تنفيذ التزاماته اتجاه من يدين له بها.¹

لا شكّ في أن هذا المسلك يعبر عن خطوة جريئة من جانب المشرع الفرنسي في مواكبة التطورات التي شهدتها عالم الاقتصاد بكل معطياته الجديدة، إذ يجدر التّويه أنه بالرغم من أنّ الآلية استقرت بصفة خاصة في إطار العلاقات الثنائية بين الشركة والفرع والبنك المستفيد من هذه الخطابات إلا أنّ المشرع الفرنسي حينما نظّمها استثناء في القانون المدني الفرنسي قطع الشك باليقين على جواز أو إمكانية إصدارها من أشخاص طبيعيين سواء كانوا تجّاراً أم لا.²

هذا وبخصوص مسألة الطبيعة العقدية لخطابات النوايا والتي سبق لمحكمة النقض الفرنسية أن فصلت فيها بتاريخ 1987/12/21 عندما قضت: "على الرغم من الطبيعة المنفردة لخطاب النوايا، فإنه وفقاً لعباراته، وحينما يتم قبوله من المرسل إليه، وبالنظر إلى النية المشتركة للأطراف، من الجائز أن يشكل التزاماً تعاقدياً..."³، في هذا الاتجاه خلص بعض الفقه إلى أن خطابات النوايا عقود ملزمة لجانب واحد بحيث لا تلزم سوى المصدر دون المرسل إليه. على النقيض من ذلك ذهب الرأي الراجح إلى إصباح الطبيعة التعاقدية لهذه الأخيرة وأنها تقوى عند قبولها من جانب المرسل إليه، هذا القبول قد يتم بكافة الوسائل، صراحة أو ضمناً، إلا أنه من الأفضل أن يكون كتابة حيث يرد المستفيد على الشركة الأم بالقبول. ومن أمثلته "قد استلمنا خطابكم ونوافق على الشروط المدرجة به". وقد اتّجهت محكمة استئناف باريس إلى هذا التكييف⁴ في حكمها المؤرخ في 1989⁵/03/10.

des sûretés, préc., p. 188; Nicolas Rontchevsky, Réforme du droit des sûretés par l'ordonnance n° 2006-346, dispositions relatives au sûretés personnelles, Recueil Dalloz 2006, p. 1303.

¹ Jean Stoufflet, La reconnaissance par l'ordonnance du 23 mars 2006 de deux types de garanties issues de la pratique: la garantie autonome et la lettre d'intention, Rev.sociétés2006, p.473.

²-Christophe Albiges, Marie-Pierre Dumont –Lefrand,droit des sûretés, op.cit,p .188.

³-Xavier Barré,la lettre d'intention technique contractuelle et pratique bancaire, op.cit, p.21.

⁴ خليل فيكتور تادرس، خطابات النوايا الصادرة من الشركات الأم لحساب أحد الفروع و قيمتها القانونية، المرجع السابق، ص42

⁵-CA. Paris, 10/3/1989, D.1989, J, P.437, même sens , Versailles 9/2/1989, Paris.24/2/1989, Banque1989, P.863, note. Rives Lange.

فقبل قبول المرسل، إليه يظل الخطاب تعهدا منفردا من جانب مصدره، لا يلزم غيره، إلا أن قبول المرسل إليه له صراحة أو ضمنا وتصديق وموافقته على شروط الخطاب يصبح تصرفا عقديا ملزما للجانبين بحيث لم يعد في استطاعة أيهما تعديل شروط الخطاب دون موافقة الطرف الآخر.

غير أنه من الواضح أن موقف المشرع لا يتفق وقصد المحاكم الفرنسية إذ ورد تعريف الآلية خاليا من كلمة التزام تعاقدي. حيث تساءل بعضهم عن الدافع الحقيقي للمشرع وراء إغفاله لكلمة التزام تعاقدي، فكان التساؤل كالتالي: هل أغفل المشرع التأكيد على الطبيعة التعاقدية للخطابات سهوا منه لا غير؟ أم أنه قصد ذلك متعمدا ليؤكد على أن مصدر هذه الخطابات يمكنه أن يتصرف بإرادة منفردة¹ الذي يترتب عليه التزام المحرر بما ورد في الخطاب من ألفاظ في غياب إبداء موافقة المرسل إليه؟

في نفس السياق تساءل نفس الفقه عما إذا كان مسلك المشرع يتجه بصفة ضمنية إلى إقرار التصرف المنفرد كمصدر جديد لقيام الالتزام كما سبق وأن فعل سابقا في القانون الذي يحكم علاقات العمل.²

وتجدر الإشارة في الأخير أن خوض المشرع لمثل هذه المغامرة بخصوص تكيف الآلية ضمن ضمانات الوفاء الشخصية ومحاولة إعطائها وصف قانوني محدد في نظر بعض الفقه لم يكن محمودا³، إذ شابه الكثير من الغموض والإبهام خاصة فيما يتعلق بنظامها القانوني الذي لم يعمد المشرع إلى توضيحه وهذه أمثلة عن المؤاخذات التي أعرب عنها بعض الفقه: بداية إن الفقيه Jambart:

عاب على المشرع الفرنسي اختياره لمصطلح خطاب النوايا حيث حذو لو أنه أطلق عليه اسم خطاب المساندة أو المؤازرة منعا للالتباس والخلط بتلك التي شاع استخدامها في المفاوضات التعاقدية، هذا من جهة ومن جهة انتقد هذا الأخير الصياغة التي ورد فيها تعريف الآلية، فكانت نظرتة ناقصة وغير واضحة إذ لم تتعرض للطبيعة القانونية لخطاب النوايا ولا لنظامها القانوني إنما اقتصر الأمر على مجرد

¹ تجدر الإشارة أن المذهب الفرنسي يقرر أن الالتزام الذي يتولد عن عمل قانوني لا يكون مصدره إلا توافق إرادتين أي العقد. أما الإرادة المنفردة فهي غير كافية لإنشاء الالتزام في نظره وهذا المذهب معروف في القانون المدني الفرنسي وهو موروث عن القانون الروماني والقانون الفرنسي القديم وأصبح من الأمور المسلم بها فقها وقضاء، على خلاف المذهب الألماني إذ أن هذا المذهب يقرر على عكس المذهب الأول أن للإرادة المنفردة القدرة الكافية على إنشاء الالتزام على عاتق من صدرت عنه، فمن يتعاقد إنما يلتزم بإرادته المنفردة الصادرة عنه لا بتوافق هذه الإرادة مع إرادة المتعاقد الآخر.

أنظر محمد تقيّة، الإرادة المنفردة كمصدر للالتزام، الديوان الوطني للأشغال التربوية 1992، ص. 25.

أنظر كذلك- عباس العبودي، التعاقد عن طريق وسائل الاتصال الفوري وحبّبتها في الإثبات المدني (دراسة مقارنة)، مكتبة الثقافة للنشر والتوزيع عمان 1997، ص. 115.

² -Cathy Pomart, La lettre d'intention après l'ordonnance du 23 mars 2006 relative aux sûretés, LPA, 27 mars 2008, n° 63, p. 20.

³-Dominique Legeais, Sûretés et garanties du crédit, 7^{ème} Ed., L.G.D.L.- Lextenso éditions, 2009, p. 308.

وصف لغايته، كما يضيف أن التعريف في حد ذاته يبدو مستحيلا بالنظر إلى تعدد أغراض ومعاني خطابات النوايا التي تعبر وبحق عن حقيقة الطبيعة الفضاضة لهذه الوسيلة الفنية مما يجعلها تخرج عن متناول التنظيم¹، فهي لا تقتصر على تلك الخطابات التي تتضمن في طياتها التزاما بعمل أو بالامتناع عن عمل².

ومن هذا المنطلق يثور تساؤل فريق من الفقه عن سبب إقصاء المشرع لفئة الخطابات التي تتضمن تعهدات أدبية التي سبق لرئيس الجمعية المهنية للبنوك الفرنسية وأن أقرها في الأعراف المصرفية ورخص لها بتاريخ 1973/10/30، ثم تلك الخطابات التي تشكل التزاما شبيها بالتزام الكفيل التي أقرتها محكمة النقض الفرنسية في قرارها الشهير المؤرخ في 1987/12/21³.

كما يثير الفقيه Paul Le cannu نقطة هامة جدا هي محل نقاش تتعلق بتكييف الخطابات ومدى انطباق وصف التأمين الشخصي على كافة أشكالها مقارنة مع ما يعنيه التأمين الشخصي من ضم ذمة أو أكثر إلى ذمة المدين الأصلي، بحيث إذا أعسر المدين رجع الدائن على غيره من المسؤولين في استثناء حقه، إذ ليس هذا في الأساس وضع محرر الخطاب الذي لا يعتبر مدينا ثانيا بجانب المدين الأصلي في جميع الأحوال. فإن لم يكن التزامه يقتصر على مجرد التزكية أو التوصية، فإنه في المقابل تعهد بأعمال داعمة للمدين للوفاء بتعهداته وليس الحلول محله في الوفاء. ثم إن هذا الأخير لا يملك أن يرجع على الشخص الذي قام بمساندته بالقدر الذي يملكه من قديم تأمينا شخصيا كما هو الحال بالنسبة للكفيل⁴.

ويبدو أن إلحاقها بالتنظيم في نظر كثير من الفقه يفقد الآلية لمقوماتها الفنية القائمة على اجتناب الإجراءات والأشكال الصارمة التي تتطلبها الكفالة، كما أن هذا التكريس في حد ذاته يهدد مستقبلها⁵، ذلك أنها نشأت في بيئة لا تحكمها سوى الحرية التعاقدية بعيدا عن أي تدخل قضائي أو تشريعي.

بالنتيجة يبدو أن وجودها صار مرهونا ومتوقفا على النصوص القانونية السالفة الذكر وهذا في حد ذاته يؤدي إلى القضاء عليها تدريجيا في المستقبل⁶.

¹-Sebastien Jambart, Les lettres d'intentions sont –elles mortes ?, Bull. Joly sociétés, 01juin2007, n° 6, p. 669.

²-Sébastien Praicheux, sûretés financières, Répertoire de droit des sociétés, Dalloz 2011.p. 110.

³-Yannik. Piette, mystères et paradoxes des lettres de confort, Bull. Joly 2003, p.528.

⁴ Paul Le Cannu, les lettres d'intentions conquises par le code civil ,RTD Com.2006, p. 421.

⁵- La perte des atouts de la lettre d'intention: voir Jambart, art. Préc, p. 669.

⁶- Cathy Pomart, art. Préc, p. 21.

الفرع الثاني

الآلية غير متداولة في التشريع الجزائري .

يبدو أن مصطلح خطابات النوايا بالمعنى الذي تقصده الباحثة في هذا المبحث (مجال التأمينات) غير معروف في التشريع الجزائري، فلا يوجد ما يشير إلى تنظيمها بنصوص خاصة في القانون المدني، كما ولم يتطرق إليها القضاء الجزائري فليس هناك ما يوحي إلى تعرضه لها من قريب أو بعيد.

أولاً: عن غياب التنظيم التشريعي للآلية

لا يوجد في التشريع الجزائري أي تنظيم لهذا الاستخدام الحديث لخطابات النوايا أو الثقة والتي هي من أصل أنجلو أمريكي حتى الآن، كما تجدر الإشارة إلى أنّ الباحثة لم تعثر على أي حكم قضائي يتعلق بالموضوع، ربما تظهر بعض المنازعات المتعلقة بهذه الخطابات في المستقبل القريب على الصعيد القضائي الجزائري بعد تزايد استخدام تلك الخطابات في مجال التجارة الدولية وفي العلاقة بين شركات تجارية دولية متعددة، لا سيما ونحن نعيش في عصر العولمة ، خاصة وأن الجزائر تسير نحو مرحلة جديدة تعتمد فيها على نظام اقتصاد السوق والانفتاح على التجارة الدولية .

ولا يبدو أن هذا القول جاء مبكراً إذ أنّ بوادر الاقتصاد الحرّ تبدو واضحة من خلال مجموعة التشريعات التي تبنتها الجزائر في هذا الصدد لعلّ أهمّها تلك المتعلقة بتطوير الاستثمار وتشجيع الاستثمارات الأجنبية في الجزائر¹ (ولا يفوت الباحثة القوانين الخاصة بحماية المستهلك أو تلك المتعلقة بالمنافسة ... الخ)، وما قد يترتب عليه من توافد للمجموعات التجارية أو الصناعية الضخمة لتوسيع نشاطاتها في الجزائر خاصة وأنها من أكثر البلدان العربية استقراراً التي تعد بفرص الاستثمار الناجح في الوقت الحالي.

ثانياً: التفسير القضائي للآلية: سبقت الإشارة إلى أنه لا يوجد أي تنظيم تشريعي لهذا الاستخدام الحديث لخطابات النوايا في القانون الجزائري، بيد أنه يثور التساؤل فيما إذا ما عرض نزاع أمام القاضي الجزائري بخصوص الموضوع محل الدراسة ماذا سيكون موقفه منها ؟

¹ الأمر رقم 03/01 المؤرخ في أول جمادى الثانية عام 1422 الموافق ل20 غشت سنة 2001 المتعلق بتطوير الاستثمار (المعدل والمتمم لاحقاً) حيث نصت المادة الأولى منه: "يحدد هذا الأمر النظام الذي يطبق على الاستثمارات الوطنية والأجنبية المنجزة في النشاطات الاقتصادية المنتجة للسلع والخدمات، وكذا الاستثمارات التي تتجزأ في إطار منح الامتياز أو الرخصة". وتضيف المادة 14 من الباب الثالث المنضم تحت عنوان الضمانات الممنوحة للمستثمرين ما يلي: "يعامل الأشخاص الطبيعيون والمعنويون الأجانب بمثل ما يعامل به الأشخاص الطبيعيون والمعنويون الجزائريون في مجال الحقوق والواجبات ذات الصلة بالاستثمار ويعامل جميع الأشخاص الطبيعيين والمعنويين الأجانب نفس المعاملة مع مراعاة أحكام الاتفاقيات التي أبرمتها الدولة الجزائرية مع دولتهم الأصلية".

إن مسألة تكييف خطاب النوايا تعتمد على أسلوب صياغته وبناء هيكله ربما تبدو مهمة القاضي صعبة في الجزم بنوع التعهد الثابت بالخطاب بسبب الغموض الذي قد يطغى على العبارات المدرجة في صيغته أو لتنوعها بحيث يمكن تفسيراً لخطاب على أكثر من وجه وقد اتجهت بعض المحاكم الفرنسية في هذا الصدد إلى القطع بوجود أكثر من نوع داخل صيغة الخطاب، على أن مضمون الصياغة كثيراً ما يؤثر تأثيراً جوهرياً في تكييفه¹.

لا شك أنه يجب أن يتوافر لدى القضاة المعرفة التامة بمضمون المصطلح المستخدم وعلى أي اتجاه يفسر. و من الواضح أن الحاجة للتفسير القضائي لا تثور إلا في حالات الخلاف بين أطراف العقد، فيكون تدخل القاضي حاسماً لفض النزاع. لذلك ينصّ المشرع صراحة على عدم الحاجة للتفسير عند وضوح عبارات العقد أو المحرر.² بيد أن الخلاف بشأن العقد أو غيره من الكتابات غالباً ما يحمل في طياته خلافاً حول تفسيره. وأياً كان سبب هذا الخلاف، فإن القاضي يلزم بالفصل في النزاع وقد رضي أن يكون ذلك من خلال البحث عن حقيقة قصد العاقدين. وإذا تبين للقاضي أثناء نظر النزاع التعارض بين مسمى التعهد والمقصد المشترك للأطراف، فله إعادة التكييف على النحو الذي يتفق ومقصد الأطراف³.

فإن لم يتوصل إليها، عمد إلى التفسير بالاستناد على مجموعة الأسس والمبادئ التي يحددها المشرع الجزائري في القانون المدني (المواد 111 وما يليها) وهي لا تختلف في مضمونها عن تلك التي تتبعها غالبية التشريعات. فإذا كانت عبارة العقد واضحة وليس فيها لبس أو غموض أو محل للتأويل، فإنه لا يجوز الانحراف عن هذه العبارة للكشف عن نية المتعاقدين⁴ وإلا كان القاضي مخالفاً لقاعدة قانونية من

¹ خليل فيكتور تادرس، خطابات النوايا الصادرة من الشركات الأم لحساب احد الفروع وقيمتها القانونية، المرجع السابق، ص. 49.

² جمال فاخر النكاس، الاتجاه الموسع للتفسير القضائي للعقود والتصرفات (دراسة في قضاء التمييز الكويتي والقانون المقارن)، مجلة الحقوق الكويتية، السنة الثالثة والعشرين، 2002، ج 01، مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت 1999، ص. 17.

³ خليل أحمد حسن قدارة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، ج1، ط2، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005، ص. 137.

⁴ ولا يفهم من ذلك أن العبارة إذا كانت واضحة فلا يجوز تفسيرها، بل إن القاضي قد يجد نفسه في حاجة إلى تفسير العبارات الواضحة، مهما بلغ وضوحها، وسلس معناها، وارتفع عنها اللبس والإبهام، ذلك أن وضوح العبارة غير وضوح الإرادة فقد تكون العبارة في ذاتها واضحة، ولكن الظروف تدل على أن المتعاقدين أساء استعمال هذا التعبير الواضح، فقصداً معنا وعبراً عنه بلفظ لا يستقيم له هذا المعنى بل هو واضح في معنى آخر، ففي هذه الحالة لا يأخذ القاضي بالمعنى الواضح للفظ، ويجب عليه أن يعدل عنه إلى المعنى الذي يقصده المتعاقدان وهو بذلك يفسر اللفظ الواضح، بل ويتحرف عن معناه الظاهر دون أن يحرفه أو يمسخه أو يشوّهه، ولكن لا يجوز للقاضي أن يفعل ذلك إلا بشرطين:

الأول: هو أن يفرض في بادئ الأمر أن المعنى الواضح من اللفظ هو ذات المعنى الذي قصد إليه المتعاقدان، فلا ينحرف عنه إلى غيره من المعاني إلا إذا قام أمامه من ظروف الدعوى ما يبرر ذلك؛

و الشرط الثاني: هو أنه عدل عن المعنى الواضح إلى غيره من المعاني لقيام أسباب تكرر ذلك، وجب عليه أن يبين في حكمه هذه الأسباب.

وفي هذا تقول محكمة النقض المصرية: " لمحكمة الموضوع السلطة التامة في تفسير صيغ العقود والشروط والقيود المختلف عليها بما تراه هي أو في مقصد المتعاقدين، مستعينة في ذلك بجميع ظروف الدعوى وملابساتها، ولها بهذه السلطة ان تعدل عن المدلول الظاهر إلى خلافه، بشرط أن

قواعد تفسير العقد تستوجب نقض الحكم¹. وهذا ما تقضي به الفقرة الأولى من المادة 111ق.م.ج.² لكن هذا لا يعني أن القاضي لا يملك سلطة تفسير عبارة العقد الواضحة، وإنما يكون له عندما تكون العبارة واضحة لا تدل على إرادة المتعاقدين الحقيقية، وعلى وجه الخصوص عندما يستخدم المتعاقدان ألفاظاً وعبارات لا تدل على حقيقة ما قصداً إليه، ففي هذه الحالة يكون للقاضي ألا يأخذ بالمعنى الواضح للألفاظ والعبارات الموجودة في العقد، وإنما عليه أن يبحث عن المعنى الحقيقي الذي اتجهت إليه الإرادة ولكن لا يجوز للقاضي أن يقوم بذلك إلا بتوافر شرطين:

الأول أن يفترض القاضي أن المعنى واضح في عبارات العقد، فلا ينحرف عنه إلى غيره من المعاني إلا في حالة ما يقوم الدليل على عكس ذلك من ظروف الدعوى.

الثاني أن يذكر القاضي هذا العدول عن المعنى الواضح في عبارات العقد الذي يغيره في أسباب الحكم³.

أما إذا كانت عبارة العقد غير واضحة وذلك لأن الألفاظ التي استخدمت في عبارات العقد تحتمل التأويل، أو أنها لا تنصرف إلى معنى واحد ظاهر، فهنا يوجب القانون على القاضي أن يبحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ⁴ 111ق.م.ج (ف2)، وإذا كان توضيح

تبيين في أسباب حكمها لم عدلت عن هذا الظاهر إلى خلافه، وكيف أفادت تلك الصيغ هذا المعنى الذي اقتنعت به ورجحت انه هو مقصود المتعاقدين، بحيث يتضح من هذا البيان أنها قد أخذت في تفسيرها باعتبارها مقبولة يصح عقلاً استخلاص ما استخلصته منها، فإن قصر حكمها في ذلك كان باطلا لعدم اشتماله على الأسباب الكافية التي يجب قانوناً أن يبني عليها .
أنظر عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، المجلد الأول، دار إحياء التراث العربي بيروت، لبنان، ص. 602 .

¹ جمال فاخر النكاس، الاتجاه الموسع للتفسير القضائي للعقود والتصرفات (دراسة في قضاء التمييز الكويتي والقانون المقارن) مجلة الحقوق الكويتية، السنة الثالثة والعشرين، ع(2)، مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت 1999 رقم 01، ص.17.

² تنص المادة 111 ق.م.ج. على مما يلي: "إذا كانت عبارة العقد واضحة فلا يجوز الانحراف عنها عن طريق تأويلها للتعرف على إرادة المتعاقدين. أما إذا كان هناك محل لتأويل العقد، فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ، مع الاستهداء في ذلك بطبيعة التعامل، وبما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين، وفقاً للعرف الجاري في المعاملات".

³ أحمد حسن خليل قداد، المرجع السابق، ص. 13.

⁴ في هذا المعنى قضت محكمة الاستئناف العليا الكويتية في القرار الصادر عنها بتاريخ 1989/7/3 والمنشور في مركز تصنيف الأحكام القضائية بكلية الحقوق - جامعة الكويت تحت رقم 24 سنة 89 بأنه: "من المقرر أن سلطة محكمة الموضوع في تفسير المحررات مفيدة، لا تخرج في تفسيرها عن المعنى الذي تحتمله عباراتها على ضوء ظروف الدعوى وملابساتها وقصد المتعاقدين منها، دون التقيد بألفاظ بذاتها واضحة التناظر مع المعنى العام الذي يفيد المحرر حال خلوه مما يعين على حمل تلك الألفاظ على معناها الحرفي، ومن المقرر أيضاً أنه لا قيام للعقد إلا بالنقاء طرفيه على كلمة سواء بينهما حول كافة المسائل الجوهرية اللازمة لتحقيق التوافق بين الإيجاب والقبول في شأنها، بما تتحدد به المراكز القانونية لهما على أسس واضحة من الأمور الواقعية المستهدفة من التعاقد".

أنظر محمد عبد الظاهر حسين، المرجع السابق، ص. 24.

عبارات العقد الغامضة يكون من خلال الكشف عن النية المشتركة للمتعاقدين، فأين يجد هذه النية المشتركة؟

يجب في هذه الحالة تغليب الإرادة الباطنية على الإرادة الظاهرة لأن الإرادة الباطنية هي التي تدل على حقيقة ما اتجهت إليه إرادة المتعاقدين. ويمكن للقاضي في سبيل هذا المسعى أن يستهدي بعدة عوامل للكشف عن النية المشتركة لتفسير العبارات الغير الواضحة في العقد وهذه العوامل قد تكون داخلية من العقد وقد تكون خارجية عن العقد.¹

أما في حالة قيام الشك في مدى التزام المدين فإن هذا الشك يجب أن يأخذ في الاعتبار مصلحة المدين² ولقد نصت المادة 112 ق.م.ج على أن الشك يفسر لصالح المدين، وللقاعدة المتقدمة نطاق محدد تطبق فيه يرد عليها في هذا النطاق استثناء معين.

أما نطاقها، فهو أن يكون هناك شك في التعرف على النية المشتركة للمتعاقدين، مجرد الشك، بأن يتراوح تفسير العقد بين وجوه متعددة كل وجه منها محتمل، ولا ترجيح لوجه على وجه، أما إذا استحال التفسير، ولم يستطع القاضي أن يتبين ولو وجها واحدا لتفسير العقد مهما كان جانب الشك فيه فهذه قرينة على أنه ليست هناك نية مشتركة للمتعاقدين التقيا عندها، بل أراد كل منهما شيئا لم يردده الآخر، فلم ينعقد العقد، ولا بد، من جهة أخرى، أن يكون الشك مما يتعذر جلاؤه، فإذا أمكن القاضي أن يكشف عن النية المشتركة للمتعاقدين - مهما كان هذا عسيرا - استطاع أن يزيح عنها الشك، وجب عليه أن يفسر العقد بمقتضى هذه النية المشتركة، ولو كان التفسير في غير مصلحة المدين.

¹ أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، الدراسات البحثية في نظرية العقد في الفقه والقضاء المصري والفرنسي، منشأة المعارف الإسكندرية جلال حزي وشركاه 2006، ص. 365.

² يبرر هذه القاعدة (الشك يفسر لصالح المدين) الاعتبارات التالية:

- إذا كنا نأخذ بالتفسير الأضيق في تحديد مدى التزام المدين، فذلك لأن الأصل براءة الذمة، والالتزام هو الاستثناء، والاستثناء لا يتوسع فيه. هذا إلى أن النية المعقولة عند الملتزم هو أن يلتزم إلى أضيق مدى تتحملة عبارات العقد، فلا يمكن أن يكون هناك توافق بين إرادة الدائن وإرادة المدين إلا في حدود هذا المدى الضيق.

- إن الدائن هو المكلف بإثبات الالتزام، فإذا كان هناك شك في الالتزام من حيث مداه، وأراد الدائن الأخذ بمدى واسع، كان عاجزا عن إثبات ذلك، فلا يبقى إلا الأخذ بمدى واسع، كان عاجزا عن إثبات ذلك، فلا يبقى إلا الأخذ بالمدى الضيق لأنه هو وحده الذي قام عليه الدليل، فتكون القاعدة على هذا الاعتبار قاعدة في الإثبات لا قاعدة في التفسير.

- يقال أيضا في تبرير هذه القاعدة أن الالتزام يمليه الدائن لا المدين، فإذا أملاه مبهما يحوم حوله الشك فالخطأ خطأه، ووجب أن يفسر الالتزام لمصلحة المدين، إذ كان في مقدور الدائن أن يجعل الالتزام واضحا لا يجول الشك فيه. ومزية هذا الاعتبار لما نص القانون على أن يكون تفسير العبارات الغامضة في عقود الإذعان لمصلحة الطرف المدعى حتى ولو كان دائنا، فإن عقد الإذعان يمليه الطرف القوي على الطرف المدعى في جميع مشتملاته، فتكون التزامات هذا الطرف القوي هي أيضا من إملائه، فتفسر هذه الالتزامات لا لمصلحته بل لمصلحة الطرف المدعى وهو هنا الدائن. عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص. 214.

أما الاستثناء الذي يرد على القاعدة، فهو أنه في عقود الإذعان لا يجوز أن يكون تفسير العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضارا بمصلحة الطرف المذعن ولو كان دائئا، على خلاف القاعدة التي نحن بصددنا من أن التفسير عند الشك لا يكون لمصلحة المتعاقد إلا إذا كان مدينا.¹

هذا وإن القاضي، بالإضافة لما تقدم، يلتزم ليس فقط بإرادة الأطراف وتفسيرها وإنما أيضا بمراعاة الآثار المترتبة على خصائص العمل. و يتعزز هذا الأمر بإشراف محكمة النقض على تكييف التعهد التي ليس لها إلا أن تتحقق من أن المعنى الذي اختاره القاضي تحتمله تلك العبارة. فإن تحقق لها ذلك فلا معقب لديها على قضائه. هذا ما ورد في أحد أحكام محكمة النقض المصرية أن المقرر في قضاء هذه المحكمة أن لقاضي الموضوع سلطة مطلقة في تفسير العقود وسائر المحررات بما يراه أو في بنية عاقدتها أو أصحاب الشأن فيها مستهديا بوقائع الدعوى وظروفها دون رقابة من محكمة النقض.

أما إذا أخذ القاضي بمعنى غير ما تحتمله عبارات العقد عند غموضها، فعليه بيان مبررات إعراضه عن المعاني الأخرى التي تحتملها العبارة وكيف استخلصها ويخضع قضاؤه في هذه الحالة لرقابة محكمة النقض.

وقد استقرّ اجتهاد المحكمة العليا في الجزائر على ذلك، حيث قرّر أنه لقاضي الموضوع سلطة مطلقة في تفسير العقود وسائر المحررات، بما يراه أو في بنية عاقدتها أو أصحاب الشأن، مستهديا بوقائع الدعوى وظروفها مادام لم يخرج من تفسيرها عما تحتمله عباراتها². أما إذا أخذ القاضي بمعنى غير ما تحتمله عبارات العقد عند غموضها، فعليه بيان مبررات إعراضه عن المعاني الأخرى التي تحتملها العبارة، وكيف استخلصها، ويخضع قضاؤه في هذه الحالة لرقابة المحكمة العليا.

وتطبق هذه القواعد السابقة على كل ما يخص خطاب النوايا سواء فيما يتعلّق بقيمته القانونية أو مفهومه أو مدته أو غير ذلك .

المطلب الثاني

تمييز خطابات النوايا عن غيرها من الأنظمة المشابهة .

سبقت الإشارة إلى أن كثرة وتنوع خطابات النوايا الصادرة في مجال القروض جعلت من الصعب تبني مفهوم موحد لهذه الأخيرة، ترتب على ذلك صعوبة تصور طبيعة قانونية موحدة لها ومما ساعد على غموض الطبيعة القانونية لخطابات النوايا في مجال الائتمان أيضا ، ذلك أن يد المشرع الفرنسي لم تمتد

¹ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني(نظرية الالتزام)، المرجع السابق، ص. 614 .

² بلحاج العربي، الإطار القانوني للمرحلة السابقة على إبرام العقد، المرجع السابق، ص. 103 .

إلى تنظيم هذه الوسيلة العمليّة التي ظهرت وانتشرت في دنيا الأعمال إلا بعد صدور المرسوم رقم 346
06 المؤرخ في 23 مارس 2006) .

هذا ولا بد من الإشارة إلى أن الخلاف قد احتدم بين الفقهاء حول التكييف القانوني لخطابات النوايا
التي تتضمن التزاما بعمل أو بالامتناع عن عمل حيث جرى بعض الفقه وكذلك القضاء الفرنسي في سبيل
إدراج هذه الطائفة من الخطابات تحت أحد العقود المسماة إلى نسبتها إلى بعض الأنظمة أو التعهدات التي
قد تنتشابه معها، تارة إلى الاشتراط لمصلحة الغير وتارة إلى التعهد عن الغير وتارة أخرى إلى الكفالة.

غير أن الطبيعة الخاصة لخطابات النوايا جعلت من الصعب إدراج هذه الأخيرة تحت لواء تقسيمات
القانون المدني أو أحد الآليات المعروفة فيه، وبالتالي يجب مناقشة هذه المسائل جميعا. هذا دون إغفال
نقطة هامة جدا في الأخير تتعلق بالتمييز بين خطابات النوايا بالمعنى الذي تقصده الباحثة (خطابات الثقة)
وخطابات النوايا المتعلقة بالمفاوضات التعاقدية وذلك منعا لأي خلط أو التباس.

الفرع الأول

وضع خطابات الثقة من الاشتراط لمصلحة الغير la stipulation pour autrui

لقد حاول بعض الفقه الفرنسي التّقريب بين خطابات النوايا والاشتراط لمصلحة الغير تأسيسا على
بعض الحجج والأسانيد التي يتعين عرضها في هذا المقام.¹ حيث أنه وأكثر من ذلك فإنّ التحقّق من مدى
جديتها يتطلب تبيان موقف الفقه المعارض لهذا الاتجاه وذلك ما ستأتي الباحثة على ذكره فيما يلي:

أولا : التّقريب بين النّظامين

لقد ذهب رأي في الفقه الفرنسي إلى أن خطابات الثقة تقترب من نظام الاشتراط لمصلحة الغير
المعروف في القانون المدني، حينما يكون الالتزام الثابت في هذه الأخيرة يتعلّق بالقيام بعمل، خاصة في
الحالة التي ينتج عنها التزام بالدفع كتعهد الشركة الأم بأن تقوم الشركة التابعة لها الفرع بالوفاء بكل ديونها
إلى كل أو بعض دائئنها، حيث يمكن أن يتعلّق الأمر من وجهة نظر الأستاذ Najjar هذا الفقه باشتراط
لمصلحة الغير، ذلك قياسا على قيام اشتراط لمصلحة المستفيد من هذا الخطاب يشترطه الموجه إليه
الخطاب على مصدره.²

بيد أن هذا التّكييف لم يجد من يتحمس له من الناحية الفقهية، فقد كان محلا للنقد من جانب الفقهاء
والذين يرون أن خطاب النوايا لا يختلط بنظام الاشتراط لمصلحة الغير.

¹-Ibrahim najjar , l'autonomie de la lettre de confort , Dalloz.1989- chron., p.221

² مصطفى أحمد عبد الجواد، خطابات النوايا الصادرة عن الغير في مجال الائتمان، المرجع السابق، ص. 101

ثانياً: نقد الفكرة

فالاشتراط لمصلحة الغير، حسب ما ورد في نص المادة 104 ق.م مصري¹، وتقابلها المادة 116 ق.م.ج، هو كل اتفاق بين شخص يسمى المشتراط، وشخص يسمّى المتعهد بمقتضاه يشترط فيه المشتراط على المتعهد إنشاء حق للغير ليس طرفاً في اتفاقهما، ويسمى هذا الغير بالمنفع. ومفاد ذلك أنه يشترط لتحقيق الاشتراط لمصلحة الغير أن يكون المنفع شخصاً أجنبياً عن عقد الاشتراط، ثم أن تتصرف إرادة المتعاقدين إلى إعطاء المنفع حقاً مباشراً وأخيراً أن تكون ثمة مصلحة أدبية أو مادية للمشتراط.²

فبالتحقيق في الأمر جيداً، نرى أن في الاشتراط لمصلحة الغير ثمة شخصين وهما المشتراط والمتعهد، يتفقان على إكساب الغير حقاً من التزام المتعهد بالتنفيذ معنى ذلك أن عقد الاشتراط يبرم بين المشتراط والمتعهد دون علم المنفع المستفيد³، إلا أن الأمر يختلف في خطابات النوايا، فهي تبرم بين المصدر وهو في هذه الحالة الشركة الأم والدائن وليس المدين كما في الاشتراط لمصلحة الغير⁴.

كما أنه وبتطبيق شروط الاشتراط لمصلحة الغير على الخطاب، فإنه ينقصه ركن أساسي من أركان الاشتراط لمصلحة الغير وهو اتجاه إرادة المشتراط إلى خلق حق لصالح الغير، حيث أن البنك في الواقع ليست لديه إرادة خلق حق لصالح الغير وإنما يشترط حقاً لصالح نفسه والذي يتمثل في الضمان الناشئ عن الخطاب. أكثر من ذلك إن الفرع يستمد حقه من عقد القرض الذي أبرم أو سيبرم فيما بعد وليس من خطاب النوايا⁵.

ومن ناحية أخرى، فإن الاشتراط لمصلحة الغير يفترض وجود عقد بين المشتراط والواعد⁶، ولا يمكن أن ينشأ بصفة مستقلة. ومن الواضح أنه لا يوجد بين البنك والشركة الأم رابطة عقدية خارج تلك

¹ تقضي المادة 116 من القانون المدني الجزائري على أنه: "يجوز للشخص أن يتعاقد باسمه على التزامات يشترطها لمصلحة الغير، إذا كان له في تنفيذ هذه الالتزامات مصلحة شخصية مادية كانت أو أدبية. ويترتب على هذا الاشتراط أن يكسب الغير حقاً مباشراً قبل المتعهد بتنفيذ الاشتراط يستطيع أن يطالب بوفائه، ما لم يتفق على خلاف ذلك، ويكون لهذا المدين أن يحتج ضد المنفع بما يعارض مضمون العقد. و يجوز كذلك للمشتراط أن يطالب بتنفيذ ما اشترط لمصلحة المنفع، إلا إذا تبين من العقد أن المنفع وحده هو الذي يجوز له ذلك".

² خليل أحمد حسن قدارة، المرجع السابق، ص. 130 .

³ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، المرجع السابق، ص. 573 .

⁴ Michel Cabrillac , Etablissement du crédit,(Paris 1^{re} ch. A., 13 janv. 1998, *Spie Batignolles et autres c/ C^{ie} du BTP*), RTD Com. 1998 p. 390.

⁵ خليل فيكتور تادرس ، خطابات النوايا الصادرة من الشركات الأم لحساب أحد الفروع وقيمتها القانونية ، المرجع السابق، ص. 37 .

⁶ قد يكون الاشتراط لمصلحة الغير تابعاً لعقد آخر ، كما لو ورد في عقد تأمين أو عقد بيع ، ويتوقف قيام الاشتراط لمصلحة الغير في هذه الحالة على بقاء العقد الأصلي ، فإذا انقضى هذا العقد لأي سبب من الأسباب ، كالحكم بطلانه أو إبطاله ، فإنه يترتب على ذلك انقضاء الاشتراط لمصلحة الغير بالتبعية . أنظر مزيداً من التفصيل: أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، الدراسات البحثية في نظرية العقد في الفقه والقضاء المصري والفرنسي، المرجع السابق ، ص 615 .

التي تنشأ عن الاشتراط أو الاتفاق¹. وهذا ما يؤكد رفض غالبية الفقه أية محاولة للتقريب بين خطابات النوايا في مجال الائتمان والاشتراط لمصلحة الغير .

الفرع الثاني

وضع خطابات النوايا من التعهد عن الغير.

لقد اتجه بعض الفقه في فرنسا إلى تقريب خطابات النوايا من نظام التعهد عن الغير المعروف في القانون المدني، و أكد على وجود تطابق بينهما، غير أن هذا الموقف لم يسد في الفقه وكان محلا للنقد، و قبل التعرض إلى ذلك، لا بأس من التذكير بنظام التعهد عن الغير وشروطه في بعض الأسطر وذلك فيما يلي:

أولا : مفهوم التعهد عن الغير

يعرف التعهد عن الغير بأنه عقد يتم بين شخصين يتعهد فيه أحدهما وهو المتعهد في مواجهة المتعاقد معه وهو المتعهد له بأن يجعل شخصا ثالثا من الغير يلتزم بأمر معين²، ومؤدي هذا التعريف أنه لكي يقوم التعهد عن الغير، فإنه يتعين توافر ثمة عدة شروط :

- أولا : أن يتعاقد المتعهد باسمه شخصيا لا باسم الغير الذي يتعهد عنه بحيث يظل الأخير أجنبيا عن هذا العقد كما تنصرف آثار العقد إلى المتعهد .

- ثانيا : أن يكون الغرض من التعهد هو إلزام المتعهد نفسه لا إلزام الغير، بمعنى أن تتجه إرادة المتعهد إلى إلزام نفسه شخصيا بما تعهد به، وهو الحصول على قبول الغير، فالمتعهد لا يملك ولا يقصد إلزام الغير بما تعهد به، وإنما التزامه شخصي بان يحمل الغير على قبول التعهد، والغير لا يلتزم إلا منذ قبوله للتعهد، وإن نشأ على عاتقه التزام، فيكون مصدره عقدا آخر يتم بقبوله لا من تعاقد المتعهد.

- ثالثا : أن يكون محل التزام المتعهد هو الحصول على رضاء الغير، فمفاد التزام المتعهد ليس مجرد التزاما ببذل عناية أو ببذل المزيد من الجهد لحمل الغير على قبول الالتزام، دون أن يشمل ضمان تنفيذ الالتزام ذاته.

¹ مصطفى أحمد عبد الجواد، خطابات النوايا الصادرة عن الغير في مجال الائتمان، المرجع السابق، ص. 103 .

²-Isabelle RIASSETTO, Le porte-fort d'exécution, une garantie à la recherche de son caractère, RLDC,01/01/2006. N26 , p. 44.

ثانيا : المقاربة بين التّعهد عن الغير وخطابات النّوايا .

لقد ذهب رأي في الفقه إلى أن خطابات النّوايا تقترب من نظام التّعهد عن الغير (promesse de porte fort)، فقد أكد الأستاذ¹ Simler على الصّلة الوثيقة بين الأمرين إن لم يكن هناك تطابق تام بينهما، خاصة في حالة كون موضوع التّعهد تنفيذ التزام، إذ أن كلا النظامين حسب تقديره يهدفان إلى تنفيذ الالتزام الذي يثقل كاهل الغير. ووافق في هذا الاتجاه الأستاذ Najjar الذي رأى بأنه كلما تضمّن خطاب النّوايا أو النّقة تعهد الشركة الأم بأن يقوم الفرع بالوفاء بكل ديونه إلى دائنه، فإن هذا الخطاب من وجهة نظره قد يعتبر تعهدا عن الغير².

ثالثا : نقيض الفكرة .

لم يسد هذا التّكييف في الفقه وكان محلا للنقد. فمن ناحية أولى قيل أن خطاب النّوايا لا يتضمّن الوعد أو التّعهد بالحصول على قبول أو موافقة الشركة الفرع فيما يتعلق بعقد القرض، حالة أن التّعهد عن الغير يفترض ذلك حيث يتضمّن تعهد شخص بأن يجعل الغير يلتزم بأمر معيّن³.

كما أن خطاب النّوايا بالمعنى الذي نقصده يفترض من ناحية ثانية عقدا آخر أصليا بين المرسل إليه والغير (الفرع المدين) ويكون هدفه تقديم ضمانات فيما يخص تنفيذ التزامات غير الناشئة عن هذا العقد⁴، وهذا الارتباط من وجهة نظر البعض يميز خطاب النوايا في هذا المجال عن نظام التّعهد عن الغير⁵، حيث أنّه وفقا لهذا النظام الأخير فإن إبرام العقد الموعود به يبرئ ذمة المتعهد ، أما وفقا لخطاب النّوايا في مجال الائتمان، فإن ذمة من أصدر الخطاب لا تبرا إلا إذا قام الغير (الشركة الفرع) بتنفيذ التزاماته الناتجة عن عقد القرض.

والحقيقة أن التّعهد عن الغير في صورته العادية يقتصر على التزام المتعهد بالحصول على رضا الغير بالعقد الموعود بإرادته. ومحل التزام المتعهد دائما هو التزام بتحقيق نتيجة⁶ تتمثل في إقناع الغير بإقرار التعهد وقبول العقد المتعهد به. على النقيض من ذلك لا تتعهد الشركة الأم بحمل الفرع على قبول

¹ - PH. Simler, peut-on substituer la promesse de porte-fort à certaines lettres d'intention ; cité par :

Laurent Aynès ,Pierre Crocq , Les sûretés - La publicité foncière, 4^{ème} Edition ,Defrenois Lextenso 2009,p. 163.

² سمير عبد السميع الأودن، خطابات النوايا في مرحلة التفاوض على العقد ، المرجع السابق، ص. 37 .

³ -Xavier Delpech, La promesse de porte-fort, une sûreté à part entière, Recueil Dalloz 2006 p. 298.

⁴ - Dominique Legeais, Sûretés et Garanties du crédit, 7 Ed., L.G.D.J.,Lextenso France 2009, p.313.

⁵ مصطفى أحمد عبد الجواد، خطابات النوايا الصادرة عن الغير في مجال الائتمان، المرجع السابق، ص. 98 .

⁶ - le porte fort s'engage à faire tout son possible pour que le tiers donne son consentement ,il est tenu d'une obligation de faire , qui est une obligation de résultat (obtenir la ratification d'un tiers).v .Jean-Pierre Scarano, dictionnaire de droit des obligations ,Ellipses Edition, 1999, p. 169.

القرض، فهو أمر بعيد عن مهمتها¹، كما أنّ من آثار التّعهد أنه بمجرد صدور هذا القبول من الغير تبرأ ذمة المتعهد وتنتهي التزاماته وبالتالي لا يسأل عن تنفيذ الغير لالتزاماته الناشئة عن العقد الذي قبل أن يكون طرفاً فيه، لأنه ليس كفيلاً للغير في تنفيذ التزاماته. وبهذا يختلف خطاب النوايا أو الثقة عن التّعهد عن الغير إذ يكون لمن أصدر الخطاب أن يضمن تنفيذ التزامات الغير إذ أن ما يقوم به هو من أجل إضفاء المزيد من جو الثقة والأمان للبنك خلال تعامله مع الفرع².

ومن جهة أخرى، إن إبرام عقد التّعهد عن الغير بين المتعهد والمتعهد له دائماً ما يكون سابقاً على إبرام العقد الموعود به نفسه، والأمر على خلاف ذلك في خطابات الثقة، فذمة الشركة الأم لا تبرأ إلا بتنفيذ ما عليها من التزام حسب صيغة كل خطاب وطبيعته. كما أن إبرام خطاب النوايا قد يكون سابقاً على إبرام عقد القرض، وهو في الحالة التي لا يطمئن فيها البنك إلى منح الفرع القرض، فيطلب خطاب النوايا لضمان القرض، وإن بدا من المنطقي تأجيل الأخير وعدم دخوله حيز النفاذ حتى إصدار الخطاب، وهنا لا يكون للخطاب أي أثر على إبرام عقد القرض³.

غير أن هناك صورة للتّعهد عن الغير يتفق فيها المتعهد والمتعهد له على أن تمتد التزامات المتعهد إلى كفالة تنفيذ الالتزامات التي تنشأ على عاتق الغير في حالة قبول هذا الأخير للعقد الموعود بإبرامه وفي هذه الصورة تدق التفرقة بين خطاب الثقة وبين التّعهد عن الغير⁴ الذي لا يقتصر على مجرد الالتزام بقبول الغير للعقد المتعهد به، وإنما يمتد إلى ضمان تنفيذ الغير لالتزاماته التي تنشأ إلى عن هذا العقد مما حدا بالأستاذ Simler⁵ إلى تقرير وجود صلة قوية بين النظامين، حيث أن التّعهد في صورته الثانية هو الذي قصده الأستاذ السالف ذكره أعلاه.

ومن وجهة نظر الأستاذ مصطفى أحمد عبد الجواد أن ما يميّز خطاب الثقة عن التّعهد عن الغير في صورته الثانية هو أن التزام مصدر الخطاب بضمان تنفيذ التزامات الغير لا يعني في كل الأحوال نية الحلول محلّ هذا الغير في تنفيذ التزاماته، إنما يمكن لمن أصدر الخطاب أن ينفذ التزامه بالضمان بوسائل متعددة كالمساهمة في رأس مال الشركة الفرع أو فتح حساب جار لصالحه وغير ذلك من الوسائل، أما في حالة التّعهد عن الغير مع ضمان التنفيذ، فإن الأمر يتعلق بنوعين مختلفين من الالتزامات: الأول يتعلّق بالتّعهد بالحصول على موافقة الغير والثاني يتعلّق بضمان تنفيذ الغير لالتزاماته الناشئة عن العقد المتعهد به

¹ خليل فيكتور تادرس، خطابات النوايا الصادرة من الشركات الأم لحساب أحد الفروع وقيمتها القانونية، المرجع السابق، ص. 35.

² مصطفى أحمد عبد الجواد، خطابات النوايا الصادرة من الغير في مجال الائتمان، المرجع السابق، ص. 99.

³ خليل فيكتور تادرس، المرجع نفسه، ص. 36.

⁵-Philippe Simler, Cautionnement et garanties autonomes, 2 Ed, Litec-Paris 99, p.39.

في حالة قبول الغير لهذا العقد¹، بيد أن خطاب الثقة لا يتضمن أي تعهد من جانب موقع الخطاب بخصوص الحصول على موافقة الغير على إبرام عقد القرض، بل يقتصر الأمر على طمأنة الدائن فيما يتعلّق بتنفيذ عقد القرض من جانب المدين (الغير) أو الحلول محله في التنفيذ إذا لزم الأمر مما له دلالة واضحة على أن خطاب النوايا في مجال الائتمان قد يصدر بعد إبرام عقد القرض وقبل البدء في تنفيذه. وحتى في الحالة العكسية، فإن صدور الخطاب قبل إبرام عقد القرض لا يعدو أن يكون دافعا لحث البنك وبعث الطمأنينة فيه على المضي قدما في إبرام العقد مع المقترض.²

و بالتالي خطابات النوايا مهما تشابهت مع نظام التعهد عن الغير في بعض جوانبه، فإنها لا تختلط بهذا النظام وتبقى مستقلة عنه.³

الفرع الثالث

وضع خطابات النوايا من الكفالة.

قد يقع الخلط بين خطابات النوايا والكفالة في مضمون العلاقات الثلاثية وأطراف كل منهما، فمن جهة خطاب النوايا يتضمّن ثلاث أشخاص وهم الشركة الأم المصدرة أو الموقعة على الخطاب والبنك المستفيد من الخطاب وأخيرا المدين المقترض وهو فرع الشركة الأم أو إحدى الشركات التابعة لها.

كما أن ثمة علاقات ثلاث، الأولى بين البنك والمدين الفرع بموجبها يحصل الأخير على القرض أو الائتمان من الأول⁴، والعلاقة الثانية فهي بين الشركة الأم والبنك تقوم بمقتضاها الأولى بإصدار خطاب النوايا لئلا يثتّب الثقة والأمان لدى البنك وهذه العلاقة قد تكون سابقة على العلاقة الأولى أو لاحقة لها، أما العلاقة الأخيرة فهي تربط الشركة الأم بالفرع، وهي علاقة مفترضة تتعدد صورها بإشراف الشركة الأم على الفرع، سواء بالمساهمة في رأس المال أو بالاشتراك في مجلس الإدارة أو بالاكنتاب في زيادة رأس المال إلى غير ذلك من صور المشاركة والإشراف للشركة الأم.

أما الكفالة، فتتضمّن هي الأخرى ثلاث أطراف هم: الكفيل والمدين المكفول والدائن⁵.

¹-Christophe Albiges, Marie -Pierre Dument- Lefrand, Droit des sûretés, 2^{ème} Edition, Dalloz, 2009, p. 185.

² مصطفى عبد الجواد، خطابات النوايا الصادرة عن الغير في مجال الائتمان، المرجع السابق، ص. 100 .

³ إسناد التعهد الناشئ عن خطاب النوايا إلى نظام التعهد عن الغير من حيث أن كلا منهما يؤمن لأحد طرفيه في مواجهة الطرف الآخر قيام شخص ثالث بعمل معين لصالح هذا الأخير، وذلك بإلزام المتعهد بان يجعل المشمول بخطاب الدعم أو المساندة يوفي بالتزاماته هو قياس مع الفارق ذلك أن التعهد الناشئ عن الخطاب يتعلّق بسداد دين ناشئ عن عقد وذلك بعكس النظام المقاس عليه، أنظر سمير عبد السميع الأودن، خطابات النوايا في مرحلة التفاوض على العقد، المرجع السابق، ص. 37 .

⁴ خليل فيكتور تادرس، خطابات النوايا الصادرة من الشركات الأم لحساب أحد الفروع وقيمتها القانونية، المرجع السابق، ص. 31

⁵ حول توسيعات فقهية عن الكفالة: زاهية سي يوسف، عقد الكفالة، ط. 3، الأمل للنشر و الطباعة والتوزيع، 2004، ص. 18 .

ودون التطرق لتفصيلات كثيرة نحو هذا الموضوع، فالذي يهم هو الرد على السؤال المتمثل في ما مدى قياس التّعهد القائم في الخطاب على عقد الكفالة؟¹.

أولاً: الخطأ القائم بين النظامين

في الواقع ساعد على هذا الطرح اتجاه بعض المحاكم الفرنسية إلى التقريب بينهما وتشبيه خطابات النوايا بالكفالة. فلقد ذهبت محكمة باريس إلى هذا الاتجاه بمناسبة خطاب نوايا قررت فيه الشركة الأم أنها تضمن فرعها في مواجهة البنك الدائن لهذا الفرع حتى مبلغ خمسة ملايين فرنك فرنسي، إذ رأت المحكمة أن هذا الخطاب يعد كفالة. الأمر نفسه قضت به محكمة فرساي في قرارها المؤرخ في 1988/05/05² حين قضت بأن من يوقع على خطاب الثقة لا يتعهد بمجرد التزام أخلاقي، وإنما يتعهد قانوناً بالالتزام شبيه بذلك الالتزام الناشئ عن الكفالة، رغم تجرد هذا الالتزام من الشكلية وإمكانية تنفيذه بمقابل أو عن طريق التعويض³.

ثانياً: وضع الأمور في نصابها

في الواقع إن الإجابة على السؤال المطروح أعلاه تكون بالنفي وذلك للخلاف البين والواضح بينهما. فبادئ ذي بدء في خطابات النوايا والثقة يكون موضوع التزام صاحب الخطاب التزاماً بعمل أو بالامتناع عن عمل الهدف منه هو اتخاذ مواقف معينة تجاه المدين ليمكّنه من الوفاء بالتزاماته لكن دون أي التزام من جانبه بالوفاء في مواجهة المستفيد. والوسائل التي يلجأ إليها مرسل الخطاب متعددة، فمنها مثلاً أن يكتتب في زيادة رأس المال أو يساهم في رأس المال أو أن يشترك في مجلس الإدارة أو يدفع للغير أو يودع في الحساب الجاري أو يزيد التسهيلات أو الائتمان أو يقسط الديون أو يخفض الفائدة المدينة... الخ⁴. فصاحب الخطاب يريد أن يساعد أو يقدم العون للمدين من خلال تعهداته، وعلى إثر ذلك يقوم المدين بنفسه بتوظيف هذه المساعدة أو العون في الوفاء لدائنيه، وهذا فارق جوهري بين هذه الخطابات والكفالة حيث أن التزام الكفيل هو الوفاء بالتزام المدين إذا لم يف به هذا الأخير⁵.

ويترتب على هذا الاختلاف من حيث الغرض بين الأداتين نتيجة هامة وهي أن عدم تنفيذ الموقع على الخطاب التزامه، إذا كان التزامه مدنياً، سواء بنتيجة أو بعناية، يؤدي إلى قيام مسؤوليته، وبالتالي إلى

¹ سمير عيد السميع الأودن، خطابات النوايا في مرحلة التفاوض على العقد، المرجع السابق، ص. 46.

² Versailles, 5/5/1988, D. 1989, préc.

³ خليل فيكتور تادرس، خطابات النوايا الصادرة من الشركات الأم لحساب أحد الفروع وقيمتها القانونية، المرجع السابق، ص. 32.

⁴ نبيل إبراهيم سعد، الضمانات غير المسماة، المرجع السابق، ص. 148.

⁵ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج10، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، ص. 73.

الوفاء، لا بالتزام المدين وإنما بتعويض عادة ما يعادل مبلغ الدين. هذا الخطاب يبرر عادة اتخاذ إجراءات تحفظية معينة¹.

في الواقع، إن القيمة القانونية لخطابات النوايا أو الثقة تتوقف إلى حد بعيد على الألفاظ المستعملة. ويرى بعض الفقهاء أن فائدة الالتجاء إلى خطابات النوايا تكمن في أنها تسمح لأصحابها بالإفلات من الشروط والشكليات المتطلبية لإعطاء ضمان² سواء المتعلق منها بصفته الشخصية أو بصفته الوظيفية، على العكس من ذلك فإن الكفالة هي أكثر تحديداً، إذ أنها تفترض أو على الأقل تستلزم أن يكون رضا الكفيل واضحاً وصريحاً وذلك لخطورة التزام المدين³.

أكثر من ذلك، إن الدائن في ظل نظام الكفالة يمكنه تجنب مزاحمة دائني مدينه الأصلي له عند استيفاء الدين⁴، أما في ظل خطاب النوايا فإن المساعدة المقدمة بواسطة مصدر الخطاب في حالة تعرض الفرع لصعوبات مالية تفيد كل دائني هذا الفرع.

إضافة إلى ذلك، في الكفالة يبدو أن هناك مدينيين أمام الدائن لنفس التزام المدين الأصلي والكفيل الذي يحل محله حال عجز المدين، فيوفي بقيمة الالتزام ولا يجوز له أن يحتج بالقوة القاهرة ليدفع عنه المسؤولية. أما في خطابات النوايا فليس أمام الدائن البنك سوى المدين نفسه الذي هو الفرع، ودور الشركة الأم يقتصر على تأييد أو بذل ما في وسعها أو تحقيق نتيجة معينة دون الوفاء. ولها أن تتخلص من المسؤولية القائمة على عاتقها بإثبات السبب الأجنبي الذي أعاقها من تحقيق النتيجة. وحتى في حالة أقصى درجات الالتزام في خطابات النوايا التي تتطوي على التزام الشركة الأم بالوفاء، فإن كانت تسمى بطريق الخطأ خطابات نوايا، إلا أنها في حقيقة الأمر كفالات مستترة تعامل وكأنها كفالات، وينطبق عليها ما ينطبق على الكفالات العادية دون أن تعد خطابات⁵.

وحول موقف القضاء من الخلاف السابق، يلاحظ أن محكمة النقض الفرنسية تعترف ضمناً أنه ليس بالضرورة أن يتطابق الالتزام بنتيجة الناشئ عن خطاب النوايا مع نظام الكفالة، حيث عبرت المحكمة عن ذلك في قرارها الصادر في 1987/12/21 قائلة: "أن خطاب النوايا يشكل التزاماً تعاقدياً بعمل أو ... يمكن أن يصل إلى حد الالتزام بضمان بنتيجة ولو لم يشكل كفالة".

¹ سمير عبد السميع الأودن، خطابات النوايا في مرحلة التفاوض على العقد، المرجع السابق، ص. 25.

² Jean –Jacques Ansault, de la distinction entre un cautionnement et une lettre d'intention, RLDC 2011, N 88, p.49.

³ مصطفى عبد الجواد حجازي، عقد الكفالة في القانون المدني، دار الكتب القانونية، مصر، المحلة الكبرى 2006، ص. 30 و 31.

⁴ انظر: رمضان أبو السعود، التأمينات الشخصية والعينية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية 2006، ص. 145.

⁵ خليل فيكتور تادرس، خطابات النوايا الصادرة من الشركات الأم لحساب أحد الفروع وقيمتها القانونية، المرجع السابق، ص. 34.

كما أن محكمة باريس قد ذهبت في حكمها الصادر بتاريخ 1989/05/31 إلى أن الالتزام بنتيجة الناشئ عن خطاب النوايا محل الدعوى ليست له صفة الكفالة ومن ثم يمكن تنفيذ هذا الالتزام بوسائل شتى كأيداع أموال في حساب جار لصالح الفرع أو زيادة رأسمال الفرع، كما يمكن أن ينفذ أيضا عن طريق سداد دين الفرع بواسطة الشركة الأم.

بل كانت محكمة استئناف باريس صريحة في تقرير أنه ولئن كان الالتزام الناشئ عن خطاب النوايا يتشابه مع التزام الكفيل، ولكن خطاب النوايا في الواقع العملي ينظر إليه على أنه يشكل ضمانا يماثل ذلك الضمان المستمد من الكفالة، فإنه لا يوجد ثمة تماثل بينهما سوى من الناحيتين الأخلاقية والعملية.

الفرع الرابع

الخط الدارج بين خطابات النوايا وخطابات الثقة.

ذهب بعض الفقه إلى ضرورة التفرقة بين خطابات النوايا وخطابات الثقة. ونقطة البداية عند هؤلاء أن خطابات الثقة تعد نوعا من خطابات النوايا، فخطابات النوايا متعددة الأشكال بحيث لا تقع تحت حصر¹ فقد تكون عرضا محددا جدا، وقد تكون وعدا أو خطاب التزام، أو تعهدا غير ملزم.

وخطاب الثقة، مثله مثل خطاب النوايا، من أصل أنجلو أمريكي موضعهما الطبيعي في مرحلة المفاوضات أو المناقشات من أجل إبرام عقد معين ويشترك معه في كونه يكشف عن نوايا مصدره حيال مسألة أو أخرى من المسائل التعاقدية التي جرى أو يجري التفاوض عليها بين الطرفين. ولكنه يتميز عنها في أنه يصدر عن شخص أجنبي عن العقد الأصلي، سواء كان ما زال محل تفاوض بين طرفيه أو كان قد تم إبرامه بينهما بالفعل. ويوجه إلى أحد أطراف هذا العقد المنتظر أو القائم، خلافا لغيره من خطابات النوايا التي توجه من أحد أطراف التعاقد إلى الطرف الآخر، لاسيما متى كانت المفاوضات ستم بالمراسلة، فيعمدان إلى وضع مذكرة تفاهم أو كتاب إثبات النية، يوضحان بموجبه هدف المفاوضات والنقاط التي ستتناولها وحتى النقاط التي يحرص كل فريق على إدخالها ضمن الاتفاق مسجلا موقفا مسبقا منها حتى لا تحصل مفاجآت لاحقة.

ولهذا السبب تجد خطابات المساندة (خطابات الثقة) مكانها خارج إطار المفاوضات التي يجريها الطرفان سعيا لإبرام العقد المنشود، وإن كان لها أثر عليها على نحو تستقل معه بآثارها الخاصة، خلافا لغيرها من خطابات النوايا التي يتبادلها الطرفان أثناء التفاوض بقصد تنظيم عملية التفاوض ورصد ما تم التوصل إليه من خلالها أولا بأول، منعا من إعادة المناقشة فيها من الطرفين، وتوجيها لهما إلى التركيز

¹ نبيل إبراهيم سعد، الضمانات غير المسماة، المرجع السابق، ص. 147.

على غيرها من المسائل المتبقية اللازمة للوصول إلى الاتفاق على العقد المنشود¹ ومن ثم فهي قد تتواجد حتى بعد تمام العقد، وإن كان الغالب أن توجه قبل التعاقد بقصد تقوية مركز أحد الطرفين، وتوفير الثقة فيه لدى الطرف الآخر الذي توجه إليه.

ولا شك أن خطاب المساندة أو الثقة على هذا المنوال إنما يصدر من شخص يعنيه أمر الطرف الذي يسانده، لذلك فخطابات الثقة غالباً ما تصدر من شركة أم لصالح شركة أخرى لها مصالح جوهرية² فيها تكون عادة صاحبة لحصّة أو نسبة في رأسمالها بقصد تمكينها من الحصول على قرض من أحد مؤسّسات الائتمان، من خلال بعث الثقة لدى هذه الأخيرة في قدرة الشركة المقترضة على الوفاء بمبلغ القرض³.

في حين أن خطاب النوايا يمكن أن يكون مجرد مشروع ما قبل التعاقد، أو إطاراً للتعاقد في حالة إذا ما تم إبرام العقد. فهو يشكّل مرحلة أولية بالنسبة للعقد المراد التفاوض عليه، أو حتى بالنسبة لبروتوكول التعاقد. فخطاب النوايا ليس دائماً اتفاقاً مبدئياً. فالاتفاق المبدئي (l'accord de principe) ليس بالضرورة أن يكون اتفاقاً، حيث أنه يمكن أن يعني أن نيّة الارتباط ليست إلا احتمالية. وعلى ذلك إذا كان خطاب الثقة ليس إلا خطاباً للنوايا، إلا أنه أكثر من مجرد إمكانية مبهمّة أو مجرد احتمال يزيد أو يقل في تحديده، فخطاب الثقة ارتباط بشيء لم يبق إلا تحديده، فطبقاً للعبارات المستعملة، النيّة قد انعقدت والإرادة قد تم التعبير عنها أو تم الكشف عنها من جانب قضاة انعقدت الموضوع، وفي هذا الصدد مظهر العبارات المستخدمة وما توحى به يتنوع إلى ما لانهاية ومن خلال هذه العبارات يتم تحديد قيمة الخطاب⁴.

وبالتالي لا مجال للخلط بينهما لاختلافهما من حيث الهدف الذي يسعى وراءه كل منهما، وإن ظل الخطط بينهما في التسمية قائماً⁵ في الفقه وكذلك القضاء الفرنسي الذي جرى على عدم التفرقة بين خطابات النوايا وخطابات الثقة على النحو السابق بيانه، لذلك يقتضي الأمر دوماً عدم الوقوف عند التسميات الواردة ذكرها، وإذا كان تفسير المستندات واستخلاص نيّة الفرقاء منها أمر يستقلّ به قاضي الأساس إلا أنّ الوصف القانوني الذي يعطيه خاضع لرقابة المحكمة العليا لأنه يشكل مسألة قانون⁶.

¹ مصطفى محمد الجمال، السعي إلى التعاقد، المرجع السابق، ص. 341.

² مصطفى العوجي، نظرية العقد (الجزء الأول)، المرجع السابق، ص. 226.

³ سمير عيد السميع الأودن، خطابات النوايا في مرحلة التفاوض على العقد، المرجع السابق، ص. 34.

⁴ نبيل إبراهيم سعد، الضمانات غير المسماة، المرجع السابق، ص. 152.

⁵ خليل فيكتور تادرس، خطابات النوايا الصادرة من الشركات الأم لحساب أحد الفروع وقيمتها القانونية، المرجع السابق، ص. 39.

⁶ مصطفى العوجي، القانون المدني، نظرية العقد، المرجع نفسه، ص. 227.

المطلب الثالث

تكييف خطابات الثقة حسب طبيعة الالتزام الناشئ بها

لما كانت خطابات الثقة تخضع بصفة أساسية لمبدأ الحرية التعاقدية، فإن أشكالها تتعدد في الواقع العملي، ومن ثم تتعدّد صياغتها ومحتوى الالتزام الوارد بها. فضلا عن ذلك، فإن قصد الأطراف يلعب دورا هاما في تحديد ماهية الالتزام الناشئ عن الخطاب.

واللافت للانتباه في هذا الصدد تلك المحاولات الفقهية لتصنيفها، وقد سبقت الإشارة إلى الحكم الصادر عن محكمة باريس التجارية بتاريخ 1981/10/27¹ والذي اعتبره الفقه محاولة فقهية من جانب القضاء لتصنيف وتحديد ماهية الخطابات في مجال الائتمان حيث قسمت المحكمة خطابات النوايا أو الثقة إلى ثلاثة طوائف، أولها يكتفي بمجرد إعطاء الدائن فكرة عامة عن مدينه المستقبلية نزولا على اعتبارات أخلاقية وسياسات معينة سائدة ومتعارف عليها في عالم التجارة، والنوع الثاني يتمثل في الخطابات التي تتضمن تعهدات معينة ولكنها تكون مقصورة على مجال أو موضوع خاص، وأخيرا خطابات التزامات حقيقية.

ولعل أشهر هذه التصنيفات الفقهية، التصنيف الذي أورده الفقيه Bertrel² قسم فيه هذه الخطابات إلى أربعة طوائف: أولها مجردة من أي التزام قانوني وتشكل مجرد تعهد أخلاقي أو التزام طبيعي، وباقي الطوائف الثلاث تنشأ عنها التزامات قانونية متنوعة تتمثل في التزام ببذل عناية تارة، والتزام بنتيجة تارة أخرى، إلى أن يصل الأمر إلى التزام حقيقي بالوفاء بالدائن بدلا من المدين الأصلي بحيث يكون مماثلا لالتزام الكفيل الأصلي.

أما الفقيه kint فقد حصر هذه الآلية في ثلاث طوائف: الأولى تشمل تلك الخطابات التي لا ينتج عنها أي التزام قانوني، والثانية ينتج عنها التزامات قانونية تعاقدية يمكن أن يكون الإخلال بها سببا لإلزام مصدر الخطاب بالتعويض في مواجهة المرسل إليه، والطائفة الثالثة تمثل كفالات مستترة.

ولعل من التقسيمات الفريدة في هذا الصدد ما قالت به الأستاذة Baillod Raymond³ حديثا في مقالها حول خطابات النوايا إلى نوعين كبيرين هما خطابات النوايا خارج دائرة القانون وخطابات النوايا داخل دائرة القانون... وهكذا تعددت التقسيمات أو التصنيفات لخطابات النوايا في مجال الائتمان، ولكنها تدور حول المعنى الذي يتضمنه الخطاب وفقا للعبارات الواردة به ووفقا لنية أطرافه ويقع على القاضي

¹-Vasseur :note. Sous. Paris (com) :27/10/1981.

²-Jean- Pierre Bertrel ,Les lettres d'intentions ,rev .de banque N465, p.895 .

³-Raymand Baillod, Les lettres d'intention, RTD.com 1992, p.547.

العبء الثقيل في هذا المضمار فعليه ردّ العمل لتكيفه الصّحيح ويقول البعض إن تكيف هذه الأخيرة من جانب القاضي قد تبدو أهميته، ليس فحسب لتحليل الخطاب بأسلوب صحيح، ولكن أيضا لتقييم العلاقات الاقتصادية والقانونية الموجودة بين الشركة الأم والشركة الفرع.

وبالمناسبة يجدر التّويه إلى الدور البناء للقضاء الفرنسي في هيكلة وترسيخ معالم الآلية وإبراز طوائفها المختلفة التي تتحصر في أربعة طوائف سبق وأن تم شرحها وقال بها غالبية الفقه أولها خطابات لا ينتج عنها أيّ التزام قانوني إنما مجرد التزام أخلاقي أو أدبي (الفرع الأول) والثانية تشمل الخطابات التي تتضمن التزاما قانونيا بالقيام بعمل مصدره تعاقدية، ولكن لا يمكن تكيفه إلا بالتزام ببذل عناية (الفرع الثاني) والثالثة خطابات تتضمن التزاما قانونيا بتحقيق نتيجة (الفرع الثالث) وفي الأخير خطابات تتضمن في صياغتها التزاما حقيقيا بالوفاء محل المدين الأصلي وتشكّل في الحقيقة كفالات مستترة (الفرع الرابع).

كأن الأمر يتعلّق هنا بالتركيز على تفاصيل التفاصيل للتمييز بين هذه الطوائف المختلفة واستظهار الحد الفاصل بينها، معناه متى ينشئ الخطاب التزاما على صاحبه؟ وماذا عساها تكون ماهية هذا الالتزام إذا وجد؟، وإلى أي حد يتوقف تحديد هذه الماهية من عبارات الخطاب وفحواها؟ .

الفرع الأول

خطابات النوايا الأدبية (خطابات التوصية)

إنه من ضمن أسباب انتشار خطابات النوايا، هو رغبة الشركة الأم في تحديد تعهدها القانوني، وأن يظلّ تعهدًا معنويًا بعيدا عن دائرة القانون وكل قيمة ملزمة، والحقيقة كثير من الأنظمة القانونية ومنها الولايات المتحدة الأمريكية وبريطانيا وفرنسا وألمانيا وإيطاليا اعترفت بإمكانية تحديد التعهد وتجريده من كل قوّة ملزمة فيما أصبح يعرف بخطابات التوصية .

أولا: مفهوم خطابات النوايا الأدبية.

يرى الرّأي الراجح في الفقه أن خطابات النوايا التي تمثل هذه الطائفة الأولى لا تتضمن أيّ التزام قانوني ولكنها مجرد إعلانات تشكل مجرد تعهد أخلاقي¹ أو التزام طبيعي، إذ يحاول مصدر الخطاب بكل وسيلة أن ينفادي نشوء التزام قانوني على عاتقه بعدم إضفاء الصّفة القانونية على تعهده، والإبقاء عليه في دائرة التعهد الأدبي. ويستمد هذا التعهد الشرفي قوته من السمعة التي يتمتع بها مصدر الخطاب في الوسط التجاري، ويظهر هذا جليا في دنيا الأعمال.²

¹ Ch. Meyer, Les lettres d'intention, art. cit, p.6.

² خليل فيكتور تادرس، خطابات النوايا الصادرة من الشركات الأم لحساب أحد الفروع وقيمتها القانونية، المرجع السابق، ص . 47.

وكثيرا ما يعني هذا الأخير بالتعبير صراحة عن هذا القصد بالإشارة في خطابه إلى أنه لا ينشئ التزاما قانونيا من جانبه، بل إن بعض هذه الخطابات لا يتضمن أي تعهد على الإطلاق لسبب يتعلّق بمركزه أو بظروف نشاطه أو الممارسات السائدة في الوسط الذي ينتمي إليه. و في مثل هذه الظروف، فإن المستفيد من الخطاب يعلم بضعف الورقة التي بحوزته، ولكنه يفضلها عن غياب التوقيع كلية، فهي شيء أفضل من لا شيء.

هذا ووفقا للشهادة الصادرة عن رئيس الإتحاد المهني للبنوك الفرنسية في 1973/10/30¹، فإنه يبدو أن خطابات النوايا في مجال الائتمان وكانت في بداية ظهورها تكيف على أنها تعهدات أخلاقية، حيث أشارت هذه الشهادة إلى هذه الطائفة الأولى من الخطابات بنصها على ما يلي:

" إنه في الأعراف البنكية الفرنسية، فإن الخطاب الذي بموجبه تقوم شركة ذائعة السمعة استنادا إلى الأخلاق التجارية والملاءة المالية بمساندة شركة تخضع لرقابتها للحصول على أو الاحتفاظ بقرض، يشكل تعهدا أخلاقيا لتأكيد النهاية الحسنة (التنفيذ الجيد) لعقد القرض...²."

ويشكل هذا النوع من التعهدات الأدبية الثابتة في الخطابات شكلا من أشكال الاتفاقات الأدبية التي ظهرت في العلاقات الدولية قبل أن تنتقل إلى عالم العلاقات الخاصة، وتعرف بمصطلح Gentlemen's agreements³. وأول ما يتبادر إلى الذهن عند التفكير في هذه الاتفاقات الأدبية هو أنها اتفاقات يعلق كل من طرفيها التزامه بمقتضاها على محض مشيئته، إن شاء نفذها وإن شاء امتنع عن تنفيذها دون مسؤولية عليه. فالطرفان يتفقان صراحة أو ضمنا على إبقاء اتفاقهما حبيس الضمير، بعيدا عن دائرة القانون.

ودائرة الضمير هي دائرة داخلية تخضع للتقدير الشخصي، وتتلاشى فيه كل مرجعية موضوعية يمكن الاحتكام إليها عند الخلاف. ولكن استعراض المجالات الرئيسية التي يلجأ فيها الأطراف إلى أسلوب

¹ -Annie Bac, La lettre d'intention ou le dilemme liberté /sécurité, rev. Dr. & patr., 1999, dossier n° 67.

² Jacques Mestre et autres, Lamy sociétés commercial, wolters kluwer, france2011, p.2126.

³ « D'après les définitions qui en sont habituellement données, le gentlemen's agreement est un accord entre dirigeants politiques, qui ne lie pas les Etats qu'ils représentent sur le plan du droit, mais dont le respect s'impose à ses signataires comme une question d'honneur ou de bonne foi, il se caractériserait donc essentiellement par le fait qu'il ne crée pas d'obligations juridiques » écrivait Michel Virally.

Le terme est emprunté à la pratique anglo-saxonne (A gentleman's agreement) pour désigner un accord ayant pour objet d'ordinaire d'énoncer la politique que ses signataires entendent suivre, qui consiste pour ceux-ci à un engagement d'honneur, sans comporter des obligations juridiques pour les états». B. Beignier, l'honneur et le droit, op.cit, p. 532.

الاتفاق الأدبي¹ وتحري الدوافع الكامنة وراء اعتماد هذا الأسلوب يكشف عن عدم دقة هذا التحليل، فالطرفان عندما يحبسان اتفاقهما عن دائرة القانون ويحلان محلها دائرة الضمير أو الآداب، لا يقصدان في الغالب عدم الالتزام البات بمضمون اتفاقهما بقدر ما يقصدان إسناد اتفاقهما إلى مرجعية أخرى غير مرجعية القانون وهي مرجعية الوسط المهني الذي ينتمون إليه، أو على الأقل مرجعية المصالح العملية التي يحققها الاتفاق لكل منهما والتي تؤمن بذاتها التنفيذ التلقائي لها وهي مرجعية لها حقيقتها الموضوعية رغم بقائها خارج نطاق القانون بأدواته التشريعية والقضائية والتنفيذية².

ومن ثم فالالاتفاق الأدبي كقاعدة عامة ليس مجرد اتفاق منشئ للالتزام معلق على محض المشيئة، وإنما هو اتفاق منشئ للالتزام نهائي، وإن كان هذا الاتفاق حبيس الأدبيات المهنية وما تثيره مخالفتها من ردود فعل اجتماعي. وهذا ما يثير التساؤل حول ما إذا كانت الاتفاقات الأدبية تتضوي تحت فكرة الالتزام الطبيعي؟

4 تداخل الاتفاق الأدبي في الالتزام الطبيعي وأسبابه

إن المنتبغ لأحكام القضاء الفرنسي، التي عرضت للاتفاقات الأدبية، يكشف عن تداخل واضح بينها وبين الالتزام الطبيعي³، ولا شك في أن لهذا التداخل بين الفكرتين أسبابه من ناحية أولى انعدام النصوص

¹ يشير الأستاذ مصطفى محمد الجمال إلى أمثلة عن المجالات التي يلجأ فيها الأطراف إلى أسلوب الاتفاقات الأدبية:

إن أول مجال هو ذلك الذي يغيب فيه التنظيم التشريعي والذي يفسح المجال أمام نمو نوع من البنية التنظيمية الخاصة كلما تعلق الأمر بوسط مهني كاتفاقات العمل الجماعية، وثاني مجال للاتفاقات الأدبية هو مجال الاتفاقات المخالفة للنظام العام بطريق مباشر أو غير مباشر فحرية المنافسة في الدول الرأسمالية من النظام العام، والاتفاقات المقيدة لها تعتبر باطلة؛ وهذا هو الشأن مثلاً في الاتفاقات المتعلقة بالتحكم في الأثمان أو بتحديد الإنتاج وتخصيص نسب منه لكل من الأطراف لا يتعداها. ومثل هذه الاتفاقات تحقق بلا شك نفعاً متبادلاً لأطرافها، وهم في الوقت نفسه يعلمون بعدم مشروعيتها. ولذلك فكثيراً ما يعمدون إلى اعتماد أسلوب الاتفاقات الأدبية ومن أمثلة هذه الاتفاقات كذلك اتفاق مجموعات المساهمين على تقاسم مقاعد مجالس الإدارة على نحو أو آخر أو على التبادل الدوري لمنصب رئيس مجلس الإدارة فيما بينهم.

أما ثالث مجال لهذه الاتفاقات هو المجال الذي لا يرغب فيه الأطراف أو بعضهم الالتزام قانوناً، لسبب يتعلق بمركزهم أو بظروف نشاطهم وهذا ما نجده في اتفاقات المساندة التي تكتفي فيها الشركات الأم بإصدار خطاب نوايا لمساندة أحد فروعها للحصول على قرض من احد البنوك الذي يطلب من الفرع ضماناً من الشركة الأم، حيث جرت العادة تحقيقاً لهذه الغاية على الاكتفاء بما يسمى خطاب المساندة. وهذا النوع من الاتفاقات نصادفه كثيراً في مجال العلاقات الاقتصادية الدولية، كما هو الحال في الاتفاقات الودية التي تتم بين البنوك المركزية بهدف ضمان حسن سير النظام النقدي العالمي، أو في الاتفاقات التي تتم بين الدول ذاتها تحت رعاية بعض المنظمات الدولية. ورابع مجال هو مجال التوجيه الاقتصادي المرن من قبل الدولة ذاتها، فكثيراً ما تلجأ الدولة في الوقت الحاضر إلى تحقيق ما تهدف إليه من توجيه لقطاعات الاقتصاد، من خلال أسلوب الاتفاقات الودية مع الفاعلين الرئيسيين في هذه القطاعات، بدلاً من أسلوب القرارات الإدارية المفروضة قانوناً. فبدلاً من إصدار قرارات إدارية تفرض عليهم سلوكاً اقتصادياً معيناً أو أداءات معينة تحقيقاً لتوجيه الاقتصاد الوجهة التي تبتغيها، تلجأ الدولة إلى التفاوض معهم على الالتزام بما تريد إلزامهم به نظير قيامها بتقديم تسهيلات أو إعفاءات معينة لهم.

مصطفى محمد الجمال، السعي إلى التعاقد، المرجع السابق، ص. 380.

²- N. Vignal, L'attraction de l'engagement d'honneur dans le giron de droit: la morale des affaires a son honneur, art. N° 40, publié le 01/07/2007, RLDC, version cédérom, wolters Kluwer France 2009.P.22.

³ la loi d'honneur rencontre également la loi civile par l'intermédiaire de ce que l'on peut appeler l'obligation naturelle que la jurisprudence dénomme volontiers depuis le 19 siècle sous l'influence de Pothier, « devoir d'honneur

التشريعية التي تحكم مثل هذه الاتفاقات ،مما يفتح الباب أمام البحث عن حلول لما تثيره من مسائل في الأفكار الأخرى المجاورة ،أو في المبادئ العامة للقانون التي يمكن أن تنطبق عليها،و في هذا الصدد تبدو فكرة الالتزام الطبيعي هي الأقرب إلى فكرة الاتفاق الأدبي .

من ناحية ثانية، فإن الالتزام الطبيعي يجد مصدره إما في نص القانون كما هو الحال في الالتزام الطبيعي المتخلف عن انقضاء التزام مدني بالتقادم، أو في الالتزام الطبيعي الناشئ عن هبة باطلة لعيب في الشكل، وإما في التزام أدبي يرتفع في وعي الجماعة إلى حد الشعور بوجوب الوفاء به رضاء للضمير والشرف، وفي الحالة الأخيرة يكون مصدر الالتزام الطبيعي هو الالتزام الأدبي، غاية ما في الأمر أن الوضع فيها لا يتعلق بوعي الفرد الذي يقع عليه هذا الالتزام ،وإنما الوعي الجماعي .بل وفي الحالة الأولى أيضا يكون مصدر الالتزام الطبيعي كذلك هو التزام أدبي¹.

2 محاولة نفي العلاقة بين الفكرتين

على الرغم من التشابه الظاهر بين حالة الاتفاق الأدبي وحالة الالتزام الطبيعي، فإن البعض يرى وجوب التفرقة بينهما، ويستند هذا الرأي لأسباب تتعلق بأصل نشأة الالتزام الطبيعي وبنظامه في آن واحد. فمن ناحية أولى، فالالتزام الطبيعي ينشأ عن مصادر كثيرة من بينها الاتفاق، على نحو يظل معه الفارق بينه وبين الاتفاق الأدبي قائما لا سبيل إلى إنكاره، فقيام الالتزام الطبيعي رهين دائما بحقائق موضوعية ترتد إلى نصوص أو إلى الأخلاق العامة في المجتمع²، بخلاف الحال في الاتفاق الأدبي حيث يتعلق الأمر بالتزام قرره إرادة الطرفين ،و أبقته عليه في الوقت نفسه بمنأى عن النظام القانوني وأدواته³. ولا يقلل من صحة هذا الفارق بين الحالتين ما هو مقرر من أن التعهد بالوفاء بالالتزام الطبيعي يحوله إلى التزام مدني قابل للتنفيذ جبرا على المدين. فالتعهد في هذه الحالة يكون لاحقا على قيام الالتزام الطبيعي ونشوء التزام مدني يحل محله، على نحو تكون معه وظيفة هذا الاتفاق إنهاء الالتزام الطبيعي لا إنشاءه.

et de conscience », mais qui peut être bilatérale, il s'agit alors de l'engagement d'honneur entre deux individus, la doctrine de ce siècle a ,le plus souvent , évacué toute interrogation sur la nature juridique spéciale de ce type d'obligation en lui refusant la qualification de juridique au motif qu'elle relèverait du seul domaine de la morale .

V :B. Beignier, l'honneur et le droit, op.cit, p. 527.

¹ مصطفى محمد الجمال، السعي إلى التعاقد ، المرجع السابق ، ص.381 .

² -Le fait par exemple qu'un frère verse spontanément une pension alimentaire à sa sœur dans le besoin, alors qu'il n'existe pas d'obligation alimentaire entre frères et sœurs. V : J-P. Scarano, droit des obligations, op.cit., p. 150.

³ -Le propre de l'engagement d'honneur est de ne créer aucune obligation juridiquement sanctionnée dès lors que les intéressés ont entendu se situer sur un plan purement moral.

Conf. D. Ammar, Essai sur le rôle de l'engagement d'honneur, thèse, Paris 1, 1990, p. 298, cité par: N. Vignal, l'attraction de l'engagement d'honneur dans le girant de droit, op. cit, p. 2.

ومن ناحية ثانية، فالاتفاق الأدبي يثير في الحقيقة قضية مختلفة تماما عن قضية الالتزام الطبيعي. فالقضية محل البحث فيه هي قضية سلطان الإرادة في حجب آثار الاتفاق الأدبي عن النظام القانوني¹، وهي قضية لا تحتل أكثر من أحد حلين: فإما أن يعترف للإرادة بهذا السلطان، فيبقى الاتفاق الأدبي خارج مجال القانون بحيث لا تقوم أي دعوى قضائية مسموعة بشأنه، وإما أن ينكر على الإرادة هذا السلطان بأن ينتج عن الاتفاق الأدبي الآثار القانونية التي ترتبها الاتفاقات داخل إطار النظام القانوني، فيكون الاتفاق الأدبي منشئا للالتزام مدني من الأصل.

3 إثبات العلاقة بين الاتفاق الأدبي والالتزام الطبيعي

يرى أحدهم أن المفارقة بين الاتفاق الأدبي وبين التزام الطبيعي ليست صحيحة على إطلاقها. فالالتزام الطبيعي إن كان ينشأ عن نص في القانون أو عن أصل خلقي عام، فالمقصود بذلك هو المصدر غير المباشر أو المرتب للالتزام، وهو في الحقيقة قاعدة قانونية موضوعية تحتويها مصادر القانون المختلفة، وأولها التشريع والعرف. لكن يبقى بعد ذلك أن قواعد القانون التي تحتويها هذه المصادر، عندما تقرر قيام هذا الالتزام، فهي تستند في ذلك إلى مصدر آخر مسبب له، وهذا المصدر الأخير يكون تصرفا قانونيا أو واقعة قانونية. فإذا كان الالتزام الطبيعي متخلفا عن التزام مدني سابق، فإن مصدره المسبب أو المباشر يكون هو ذات مصدر الالتزام المدني من عقد أو عمل مرتب للمسؤولية أو غير ذلك من التصرفات أو الوقائع القانونية²، وهذا هو الشأن مثلا في الالتزام المتخلف في ذمة القاصر لإبطاله التزامه المدني الناشئ عن العقد بسبب نقص أهليته، أو في الالتزام المتخلف في ذمة الواهب أو ورثته إذا ما كانت الهبة باطلة لعيب في الشكل³. و يتضح من ذلك أن الالتزام الطبيعي يمكن أن يكون مصدره المباشر هو الاتفاق الأدبي من هذه الزاوية.

أما فيما يتعلق بالموازنة بين آثار الالتزام الطبيعي وآثار الاتفاق الأدبي فالأمر يتوقف في الحقيقة على موقف القانون الوضعي من الاتفاق الأدبي، فإذا كان القانون الوضعي يخول لطرفي الاتفاق سلطة إخراج اتفاقهما من دائرة القانون فإن آثاره سوف تكون مشابهة لآثار الالتزام الطبيعي. وفي هذه الحالة سوف لا يكون بيد المستفيد من هذا الاتفاق دعوى للمطالبة بتنفيذه. وإذا ما قام أحد الطرفين بتنفيذه بالفعل فسوف لا يكون بيده دعوى للمطالبة باسترداد ما أداه.

¹ مصطفى محمد الجمال، المرجع السابق، ص. 382.

² مصطفى محمد الجمال، المرجع نفسه، ص. 383.

³ P. le Tourneau et autres, Droit de la responsabilité et des contrats, 7^{ème} Ed., Dalloz, 2008, p. 314.

و عليه، وبالنتيجة، إن القول بتخلف واجب أخلاقي أو التزام طبيعي عن خطابات النوايا الأدبية يترتب عليه نتائج معينة ترتبط بآثار وطبيعة هذا الالتزام والتي سبق وأن تم التعرض إليها، ومنها عدم جواز المطالبة بتنفيذ هذه التعهدات عن طريق دعوى عقدية. كما أن التنفيذ الاختياري لهذا الالتزام من جانب مصدر الخطاب يعتبر بمثابة وفاء لا يحق له الرجوع فيه وليس مجرد تبرع¹، وكذلك الأمر بالنسبة للوعد بتنفيذ هذا الالتزام يحوله إلى التزام مدني تجوز المطالبة به قضاء².

وإذا كان الأصل في تعهدات الشرف أنها لا ترتب التزامات قانونية على عاتق الأطراف، فقد يحدث أحيانا أن ينتج عنها التزامات تتعدى الواجب الأخلاقي، رغم أن الأطراف قد لا يقصدون ترتيب مثل هذه الآثار على هذه التعهدات، حيث يمكن للقاضي ألا يتقيد بإرادة الأفراد الظاهرة ويرتب آثار قانونية على تعهدات الشرف، ويتمتع القاضي في هذا السياق بسلطة تقديرية مطلقة بشأن تقدير وتفسير إرادة أطراف خطابات النوايا أو الثقة واستخلاص النتائج القانونية المترتبة عليها³.

ثانيا : تنوع صيغ خطابات النوايا الأدبية

من أهم أسباب لجوء الشركات الأم إلى خطابات النوايا الأدبية لمساندة فرعها وبث الثقة لدى الدائن هو رغبتها في عدم الالتزام القانوني وتحديد تعهداتها ليظل تعهدا معنويا مجردا من كل قيمة قانونية، ودون أن يخضع للقيود الإلزامية في قانون الشركات كتلك التي تخضع لها الكفالة⁴. ويرى الفقه الغالب أن هذه الخطابات تعد من قبيل خطابات التوصية أو التقديم⁵. هذا وفكرة التوصية تدور وجودا وعدما مع معنى الإخبار الوصفي، ومعناه وصف الموصى عليه ونشاطه وإمكانه، وهي في الوقت نفسه تعبر عن صفات قائمة بالفعل عند صدورها، حتى وإن كان من المأمون - وفقا للمجرى العادي للأمر- استمرارها في المستقبل⁶. أما فكرة التعهد فهي صنو لفكرة إلزام الشخص نفسه بأمر أو بآخر قبل غيره.

وفكرة الإلزام بطبيعتها غير قابلة للتجسيد خارج الزمن المستقبل، وهي فوق ذلك تفترض قدرا معقولا من التحديد لمحل الإلزام يوفر له قواما متميزا يمكن من تصور أبعاده. فإذا توافر في الخطاب

¹ J. P. Scarano, droit des obligations, op. cit, p. 150 .

² X. Barré, la lettre d'intention technique contractuelle et pratique bancaire, op. cit, P. 158.

³ مصطفى أحمد عبد الجواد، خطابات النوايا الصادرة عن الغير في مجال الائتمان، المرجع السابق، ص. 27 .

⁴ خليل فيكتور تادرس، خطابات النوايا الصادرة من الشركات الأم لحساب أحد الفروع وقيمتها القانونية، المرجع السابق، ص. 12 .

⁵ -v:CA. Paris, 3^e ch, A, 4 mai 1993, Bull. Joly Sociétés 1993, p.729, note Delbecque, REv.sociétés 1993, p.662, obs. Guyon.

⁶ إن التوصية بالمعنى الدقيق لا تعدو أن تكون واقعة قانونية ليس لها نصيب من صفات التصرف القانوني وما يتولد عنه من التزامات، ومن ثم فإن الموجه إليه خطاب التوصية لا يكون له أن يستند إليها لمطالبة مصدر الخطاب بعمل ما أو آخر يمكنه من استيفاء ديونه أو يمكن المشمول بالتوصية من الوفاء بها، لأن الأمر يتعلق بمجرد تعهد شرفي أو أدبي . أنظر: مصطفى محمد الجمال، السعي إلى التعاقد، المرجع السابق، ص. 347 .

مقومات الإلزام بهذا المعنى كان الأمر متعلقا بتعهد بالمعنى الدقيق بصرف النظر عن إرادة صاحبه الإبقاء عليه في دائرة الأخلاق والشرف، أو الارتقاء به إلى عالم القانون. وإذا افتقد الخطاب هذه المقومات كلها أو بعضها، بقيت له صفة التوصية وما يقتضيه الإقدام عليها من التزام الحقيقة فيما تتضمنه من إخبار¹.

وتتنوع صيغ خطابات النوايا أو الثقة التي يمكن أن تتدرج تحت هذه الطائفة بين خطاب يعبر فيه مصدره عن علمه بالقرض الممنوح للمشمول بالخطاب وإقراره له من حيث المبدأ، أو يزيد على ذلك بالإشارة إلى معرفته بالوضع المالي له، أو تقديم بعض المعلومات عن مركزه المالي، أو يؤكد ملاءته وقدرته على الوفاء بالتزاماته²، ومثال على ذلك الخطاب الوارد في الصيغة التالية:

« Nous nous référons au crédit dont dispose notre filiale auprès de votre banque. Nous vous confirmons avoir parfaite connaissance des clauses, modalités et conditions régissant cette opération.

Nous comprenons que ce crédit est octroyé en considération du fait que notre société détient directement ou indirectement, la majorité des actions composant le capital de notre filiale ... »³.

حيث تشير الشركة الأم في هذا الخطاب أنها على علم تام بالقرض الممنوح لفرعها من قبل البنك، وتؤكد أنها على بينة من شروط القرض وصيغته وكل ما يتعلق به من أحكام وأنها تتفهم أن هذا القرض قد منح استنادا إلى واقعة حيازة الشركة الأم بطريق مباشر أو غير مباشر لأغلبية الأسهم المكونة لرأس مال فرعها⁴.

أيضا الخطاب الذي يتضمن موافقة الشركة الأم على القرض الممنوح من البنك إلى أحد فروعها

Nous avons bien noté que ces concours qui ont été consentis à la société..., l'ont été en considération des liens qui nous unissent à elle».

« Nous nous déclarons avoir parfaite connaissance des clauses et conditions de la convention de crédit ... et en accepter pleinement les termes »⁵.

أين تؤكد الشركة الأم في هذا المثال الثاني علمها بالقرض على النحو السالف ذكره أعلاه وتزيد على ذلك بتأييدها لمحتوى الاتفاقية.

¹ مصطفى محمد الجمال، السعي إلى التعاقد، المرجع السابق، ص. 348 .

² خليل فيكتور تادرس، خطابات النوايا الصادرة من الشركات الأم لحساب أحد الفروع و قيمتها القانونية ، المرجع السابق، ص. 54 .

³ خليل فيكتور تادرس، المرجع نفسه، ص.55.

⁴ مصطفى أحمد عبد الجواد، خطابات النوايا الصادرة عن الغير في مجال الائتمان، المرجع السابق، ص. 22 .

⁵ X .Barré, technique contractuelle et pratique bancaire, op.cit .p.164.

ثالثاً: معاملة خطابات النوايا الأدبية في القضاء الفرنسي.

لقد كان للحكم الصادر عن محكمة باريس التجارية المؤرخ في 27/10/1981¹ فضل السبق في الإشارة إلى هذه الطائفة الأولى من الخطابات على الصعيد القضائي الفرنسي، حيث جاء في هذا الحكم أن الشكل الأول من خطابات النوايا التي تتضمن مجرد تقديم المتعاقد المستقبلي إلى المتعاقد الآخر المرسل إليه الخطاب، دون أن يشكل هذا الخطاب ضماناً أو مسؤولية، وقد يصل الأمر إلى حد التأكيد على المبادئ الرئيسية الأخلاقية التي تسود الأعمال والتي تراعيها مجموعات الشركات دائماً، مثل هذه الخطابات لا تحمل أي تأكيدات ثابتة للمرسل إليه أو أي وعد أو تعهد بالنسبة للمستقبل، ومن ثم فإنها لا تتضمن أي تعهد أيّاً كان شكله. وهذا ما أكدته ذات المحكمة في حكمها الصادر بتاريخ 30/04/1985² بالنسبة لخطاب توصية صادر عن أحد البنوك الفرنسية يوصي فيه إحدى الشركات الفرنسية بشأن مدير شركة أجنبية يريد إبرام صفقة مع الشركة الفرنسية، حيث قضت المحكمة بالآتي:

"إن خطاب التوصية لا يلزم صاحبه من الناحية القانونية عندما لا يحتوي على بيانات أو معلومات³ من شأنها أن تؤدي إلى وقوع المرسل إليه في غلط حول ملاءة الشخص الموصى عليه، فإن مرسل الخطاب لا يكون قد ارتكب أي خطأ يثير مسؤوليته التقصيرية".

وفي نفس الاتجاه ذهبت محكمة Bordeaux⁴ إلى أن خطاب النوايا الذي اكتفت فيه الشركة الأم بإبداء اهتمامها بحسن سير الاتفاقات المبرمة مع فرعها، لا يتضمن أي تعهد أو التزام قانوني محدد.

وهكذا يتفق القضاء الفرنسي في مجمله مع الاتجاه السائد في الفقه الفرنسي حول الطبيعة القانونية لهذه الخطابات، حيث أنه لا يرى في بعض خطابات النوايا الخاصة بهذه الطائفة سوى مجرد التزام أخلاقي أو أدبي، وليس له أي قيمة عملية، ولا يمكن للمصرف أن يحصل على التنفيذ الجبري له.⁵

وفي الأخير تجدر الإشارة إلى أن البعض يرى أن هذا النوع من الخطابات لم يعد يتلاءم مع روح التجارة الدولية والقضاء الحديث حيث يظهر أنه لم يعد له وجود إلا قليلاً والدليل على ذلك قلة الأحكام

¹ Fr. Paris :27-10-1981-D.1982-I.R.198, note Vasseur, R.B.1981-1455.obs. Martin.

²-Tr. Paris :30-04-18-985-P.754 .obs. RIVES –Lange ,RTD civ.1985-p.730.obs .Mestre.

³ مقتبس عن خليل فيكتور تادرس، خطابات النوايا الصادرة من الشركات الأم لحساب أحد الفروع وقيمتها القانونية، المرجع السابق، ص. 60.

⁴ Bordeaux :16-10-1985, D.S.1989-45-36-2° esp.

⁵ ماجد مزيم، شركة الهولدينغ، المرجع السابق، ص.301.

القضائية التي تعرضت إليه بشكل أو بآخر.¹

الفرع الثاني

خطابات النوايا المتضمنة التزاما ببذل عناية (خطابات التعهد بأعمال داعمة للمدين)

أصبحت الحياة التجارية في حاجة إلى المزيد من التعهّدات الأكثر إلزاما من مجرد كونها تعهدات أدبية، نتيجة لضعف هذه الأخيرة وافتقارها لعنصر الإلزام القانوني²، لذا عرفت الممارسات العملية خطابات أكثر قوة، تقدم للمستفيد البنك بعض الحماية والأمان، تتعلق بأكثر من مجرد تصريح حكيم أو اعتراف، أو شهادة بحسن السيرة والسلوك³، في الواقع إن خطابات الثقة في هذه الحالة تترجم وجود التزام معين، هذا الالتزام له طبيعة قانونية (في الأصل تعاقدية)⁴.

طالما أنه محدد، قد يكون في الغالب منصبا على القيام بعمل (سليبي أو إيجابي) من جانب محرر الخطاب لصالح من يدعمه والوسائل التي يلجأ إليها صاحب الخطاب والثقة متعددة، فمنها مثلا أن يكتب في رأس المال، أو يساهم في رأس المال أو أن يشترك في مجلس الإدارة، أو يدفع للغير، أو يودع في الحساب الجاري أو يزيد من التسهيلات أو الائتمان أو يسقط الديون أو يخفض الفائدة... وكل ما يكون من شأنه تمكينه من الوفاء بديونه قبل الموجه إليه الخطاب.⁵

وقد تختلف طبيعة الالتزامات الناشئة عن الخطابات التي تتدرج تحت هذه الطائفة، فرغم أنها ذات أصل تعاقدية، إذ تمثل في الغالب التزاما قانونيا بعمل أو بالامتناع عن عمل، إلا أن هذا الالتزام يكيف عادة على أنه التزام بوسيلة (أو ببذل عناية) تارة والتزام بنتيجة (أو بغاية) تارة أخرى. غير أنه في هذا الفرع سوف يتعرّض الباحث للخطابات التي تتضمن التزاما ببذل عناية. ولكن السؤال الذي يطرح نفسه بشدة في هذا الصدد هو متى يحكم على التعهد بأنه التزام ببذل عناية⁶ وكيف يميز عن الالتزام بتحقيق نتيجة، ثم ما هي معايير التكييف المعتمدة لهذا الصدد.

¹ في الغالب يفترض في صاحب الخطاب أنه سيحترم توقيعه وبصفة خاصة إذا كان صاحب شهرة ويسار، ولكن التجربة قد دلت على أنه عندما يكون مبلغ الالتزام كبيرا فإن الحجج المنمقة ستتغلب على النوايا الحسنة؛ في الحقيقة أن الأمر يتعلق بصراع مشروع، لأن كل من الدائنين والمدينين أرادوا أن يتجنبوا الصيغ والأشكال الجامدة. وما يجب توضيحه في هذا الصدد أنه لا يؤخذ مأخذ الجد إلا الالتزام القانوني. أنظر: د. نبيل إبراهيم سعد، الضمانات غير المسماة، المرجع السابق، ص. 154.

² خليل فيكتور تادرس، خطابات النوايا الصادرة من الشركات الأم لحساب أحد الفروع وقيمتها القانونية، المرجع السابق، ص. 64.

³ نبيل إبراهيم سعد، الضمانات غير المسماة، المرجع السابق، ص. 154.

⁴ ماجد مزيم، شركة الهولدينغ، المرجع نفسه، ص. 302.

⁵ نبيل إبراهيم سعد، الضمانات غير المسماة، المرجع نفسه، ص. 148.

⁶ مصطفى أحمد عبد الجواد، خطابات النوايا الصادرة عن الغير في مجال الائتمان، المرجع السابق، ص. 38.

أولاً: التمييز بين نوعي التّعهد.

في الحقيقة، إنّ التّفرقة بين هذين النوعين من التّعهدات (التّعهد بعمل دون تحمل نتيجته والتّعهد بعمل مع تحمل النتيجة) ما هي في إلا تطبيق للتّفرقة المعهودة في فقه القانون المدني بين الالتزام بوسيلة والالتزام بتحقيق نتيجة، تلك التّفرقة التي عجز الفقه عن إيجاد معيار منضبط لها رغم تشبّته بها.

لقد حاول الشّراح البحث عن معيار ثابت للتمييز بين الالتزام بوسيلة والالتزام بتحقيق نتيجة، إلا أنّ تلك المحاولات لم يكتب لها النجاح ومن ثمّ فهي ليست سوى إشارات أو دلالات على هذا المعيار¹.

فقد قال البعض بمعيار الاحتمالية أو الصدفة أو الغرر الذي يحيط بتنفيذ التزام المدين، ومن ثمّ فإنّ خطابات النّوايا لا تلقي على عاتق المدين سوى التزام بوسيلة، مؤداه تعهد باستخدام الوسائل المتاحة للحصول على النتيجة، ولكن لا يعد محلّ النتيجة نفسها، فطالما أنّ المدين لا يسيطر على كل الظروف التي تسمح بتنفيذ التزامه فإنه لا يمكن إثارة مسؤوليته بدون خطأ من جانبه سواء أكان خطأ مفترضا أو واجب الإثبات، وفي بعض الأحوال، تؤخذ هذه الاحتمالية في الاعتبار لتبرير الالتزام بوسيلة².

ومع ذلك، فإنّ هذا المعيار غير حاسم إذ يمكن أن يكون التزام بوسيلة حتى في ظل عدم وجود هذه الاحتمالية. ومن ناحية أخرى يمكن أن يكون هناك التزام بنتيجة رغم وجود هذه الاحتمالية³.

ولهذا قيل بمعيار آخر يتمثّل في مساهمة الدائن بفعله في تنفيذ الالتزام بواسطة المدين، إذ يكون الالتزام بوسيلة إذا وجدت مساهمة أو دور إيجابي للدائن، وفي حالة عدم وجود هذه المساهمة أو في ظلّ وجود دور سلبي للدائن في تنفيذ الالتزام، فإنّ الالتزام لا يكون إلا بتحقيق نتيجة .

غير أنّ هذا المعيار أيضا غير حاسم، إذ لا يتمشى دائما مع الحلول السّائدة في القانون الوضعي. بل ويذهب البعض إلى القول بعدم وجود معيار مقنع في الواقع للتّفرقة بين نوعي التّعهد، ولكنه يرى أنّه في ظل مبدأ الحرية التّعاقدية فإنّ أطراف العقد يحددون طبيعة الالتزام بعمل الواجب على المدين القيام به. فحقاً إنهم قد لا يفكرون في الأمر غالبا، وفي هذه الحالة فإنّ للقضاة أن يحدّدوا طبيعة الالتزام، بعد القيام

¹ X .Barré, La lettre d'intention technique contractuelle et pratique bancaire, op.cit , p.176.

² مصطفى أحمد عيد الجواد، خطابات النوايا الصادرة عن الغير في مجال الائتمان، المرجع السابق، ص.40 .

³ Le critère de l'aléa est commode et simple, mais il doit être entendu avec relativité. D'abord, parce qu'il est loisible aux parties de vouloir assumer des obligations plus ou moins lourdes; la volonté est en principe souveraine dans le domaine des conventions, l'existence ou l'absence objective d'aléa détermine normalement le contenu de l'obligation, mais les parties peuvent souhaiter transformer une obligation de résultat en obligation de moyens et vice versa: l'étendue des obligations du débiteur dépend de la volonté des parties, qui peuvent les nuancer à l'infini selon leur désir. Ensuite parce que la notion d'aléa est imprécise; finalement ce critère revient un peu à renvoyer les difficultés sur une autre question, la détermination de l'aléa qui cependant est assez bien éclairée par la notion de maîtrise, enfin est surtout 'parce que son exactitude dépend beaucoup de la nature de l'aléa pris en considération. Cf. Ph. le Tourneau et autres, droit de responsabilité et des contrats, p. 838 .

بتحليل العقد من الناحية الاقتصادية وبالنظر لظروف الواقع والتي تختلف من حالة إلى أخرى. فهذا التحديد إذا يعد من مسائل الواقع يترك لقاضي الموضوع تقديرها بشرط ألا يصل الأمر إلى حدّ مسخ إرادة الأطراف.

وفيما يخصّ خطابات النوايا في مجال الائتمان، فإن القضاء يعول كثيرا على إرادة مرسل الخطاب على ضوء العبارات الواردة به. و ينتقد البعض هذا القضاء لأنه يقوم على معيار يصعب ضبطه، ويعطي مجالاً للشك وعدم التأكّد فضلا عن غموضه. ويذهب البعض الآخر إلى تبني معيار الصدفة أو الاحتمالية للتمييز بين الالتزام بوسيلة والالتزام بتحقيق نتيجة في مجال خطابات الثقة، حيث يرون أن التزام مرسل الخطاب يكون التزاما بوسيلة عندما يكون الفرع متمتعا بنوع من الاستقلالية عن الشركة الأم مرسله الخطاب، على حين يكون الالتزام بتحقيق نتيجة في الحالة العكسية.

وهذا المعيار على الرغم من فائدته في بعض الحالات، إلا أنه يبدو غير مؤكد أيضا¹.

ويذهب البعض إلى أنه لا يمكن البحث عن معيار مؤكد لتفرقة هي نفسها غير مؤكدة، ويضيف أن التزام مرسل الخطاب يمكن أن يكون التزاما بتحقيق نتيجة أو بوسيلة مع أو بدون قلب عبء الإثبات، وأن الأمر في النهاية يعتمد على القصد المشترك للأطراف .

وقد ذهب بعض الأحكام في هذا الاتجاه، حيث وضعت القصد المشترك لطرفي الخطاب في الاعتبار عند تحديد طبيعة ومدى الالتزامات الناشئة عنها ومن ذلك ما قضت به محكمة استئناف باريس في حكمها المؤرخ في 10/03/1989² والذي جاء في حيثياته أن خطاب النوايا بحسب صياغته وعندما يتم قبوله من جانب المرسل إليه، وبالنظر إلى القصد المشترك للأطراف، يمكن أن يشكل التزاما تعاقديا بعمل أو بالامتناع عن عمل والذي يمكن أن يصل إلى حدّ الالتزام بتحقيق نتيجة ويعتمد القضاء في استخلاص هذا القصد على أحد الأسلوبين إما بتحليل المستندات المقدّمة في الدعوى، أو التركيز على الظروف التي تمّ فيها إصدار خطابات الثقة وطبيعة العلاقة بين الأطراف³.

¹ مصطفى أحمد عبد الجواد، خطابات النوايا الصادرة عن الغير في مجال الائتمان، المرجع السابق، ص 42.

² خليل فيكتور تادرس، خطابات النوايا الصادرة من الشركات الأم لحساب أحد الفروع وقيمتها القانونية، المرجع السابق، ص 62.

³ إن تحليل إرادة الأطراف المشتركة يكون بالرجوع إلى المستندات المحررة من جانب الشركة الأم والبنك المستفيد ومنها خطاب النوايا ذاته، وإذا تبين للقاضي أثناء نظر النزاع التعارض بين مسمى الخطاب والنية والمقصد المشترك للأطراف، فله إعادة تكييف الخطاب على النحو الذي يتفق ومقصد الشركة الأم والبنك. خليل فيكتور تادرس، المرجع نفسه، ص 48.

وقد ذهبت محكمة النقض الفرنسية¹ إلى أنّ الخطاب الذي يتضمن التزاما بنتيجة عندما يكون من طبيعته أن يجعل مرسله مسؤولا عن إفلاس المدين وفي هذا تضيف المحكمة :

« une lettre d'intention signée par le directeur général d'une société anonyme contenant une obligation de résultat, dès lors qu'elle était de nature à rendre son auteur responsable des conséquences de la défaillance du débiteur ».

وينتقد البعض تلك التفرقة بين نوعي التّعهد في مجال خطابات النوايا الصادرة في مجال الائتمان ، ويرون أن مسلك القضاء في إجراء هذه التفرقة من وجهة نظرهم لا تضيف شيئا للدلالات المستخدمة بشأن تكييف الالتزامات الناشئة عن خطابات النوايا ، فضلا عن أن معيار التفرقة يفترق إلى التحديد الكافي ويؤدي إلى المغالطة ، فالمحاكم تكييف بعض الالتزامات على أنها التزامات بنتيجة ومثال ذلك الالتزام بعمل اللازم أو كل ما هو ضروري ، ولكنها تكيّف التزام المرسل بالقيام ببذل جهده على أنه التزام بوسيلة ولكن ما هو تكييف التزام مصدر الخطاب بوضع كل إمكانياته تحت تصرف الفرع لضمان الاحتياجات المالية لهذا الفرع الجديد؟²

لذا يذهب هؤلاء الفقهاء إلى القول بأن القضاء يخلط في هذا الصدد بين الالتزام بوسيلة والالتزام بتحقيق نتيجة أو غاية وهذا أمر منتقد، وعلى أية حال فإن التفرقة بين نوعي الالتزام في مجال خطابات النوايا أو الثقة قد استقرت في القضاء الفرنسي، ويسير على هديها الرأي الغالب³ كما سيتضح بالتفصيل عند سرد أمثلة عن هذه الخطابات مما اعتبرها الفقه والقضاء منشئة للالتزام بوسيلة، وأمثلة لتلك التي استقر الرأي على أنها منشئة للالتزام بتحقيق بنتيجة.

ثانيا : معايير تكييف الالتزام بوسيلة من صياغة الخطاب .

بمقتضى خطابات النوايا أو الثقة التي تتضمن التزاما بعناية يلتزم مصدر الخطاب ببذل عناية أو بذل الحرص والحذر والحيطه، فهو تعهد بالمحاولة أو بالامتناع عن عمل، وعادة ما تعبر المصطلحات المستخدمة في هذا النوع من الخطابات عن بذل الحرص أو السلوك الحريص⁴ ، ومنها:

" نحن نوّكّد لكم أن شركتنا ستبذل ما في وسعها وإمكانها لكي يتسنى لفرعنا أن يستمر في تنفيذ التزاماته في مواجهة دائنيه ولا سيّما انتم"

¹ Cass.Com :23-10-1990-J.C.P.1991-éd.G2-21684-obs Christian Larroumet.

² مصطفى أحمد عبد الجواد، خطابات النوايا الصادرة عن الغير في مجال الائتمان ، المرجع السابق، ص.44 .

³ مصطفى أحمد عبد الجواد، المرجع نفسه، ص.45.

⁴ خليل فيكتور تادرس، خطابات النوايا الصادرة من الشركات الأم لحساب أحد الفروع وقيمتها القانونية ، المرجع السابق، ص.64 .

« faire tout son possible pour que le débiteur exécute son engagement. »¹

"أو عمل ما هو ممكن، أو بذل كل جهدنا خلال السنوات القادمة لكي يتوافر لدى الفرع السيولة الكافية التي يستطيع بموجبها مواجهة التزاماته"².

-« Nous vous confirmons par la présente... que nous ferons tous nos efforts, au cours des douze années à venir pour que notre filiale dispose d'une trésorerie suffisante pour faire face à ces engagements envers votre société.. »³

أو أنها ستبذل قصارى جهدها أو ما في وسعها لجعل الفرع يفي بالتزاماته.

« Faire ses meilleurs efforts pour que le débiteur soit en mesure de faire face à ses engagements »⁴.

« Nous ferons les meilleurs efforts pour que S.P. dispose d'une trésorerie suffisante lui permettant de faire face aux obligations envers vous au titre de l'ensemble des concours consentis par votre banque »⁵.

فهذه العبارات وغيرها من الصيغ المتشابهة لا تحمل من جانب مصدر الخطاب التزاما بالوفاء للدائن أو بالحلول محله حال عجزه عن رد القرض بدلا من المدين، وإنما هو مجرد التزام بعمل أو ببذل ما في الإمكان لإدراك نتيجة ما، سواء تحققت أم لا، فالحتمي هو إثبات بذل الجهد المطلوب، وفي هذه الحالة تقوم الشركة الأم بكل ما في وسعها وقدرتها لتستمر الشركة الفرع في أنشطتها بطريقة تكفل تنفيذ التزاماتها⁶.

ولقد قضت محكمة النقض الفرنسية في نفس المعنى للمثال السابق ذكره وذلك في قرارها المؤرخ في 19/03/1991 برفض الطعن المرفوع أمامها ضد الحكم الصادر عن محكمة Versailles بتاريخ 09/02/1989⁷ والذي استند إلى استئناف إلى الالتزام بوسيلة الذي تمسك به الطاعن، حيث أن المحكمة السالفة الذكر رأت بأنه إذا كان التزام الشركة بدفع أموال لصالح فرعها يتميز عن الكفالة، فإن خطاب النوايا يفترض التنفيذ الكامل للالتزام بوسيلة من جانب الشركة الأم ويتمثل ذلك على الأقل في إعلام الدائن بتخفيض مساهمتها في رأس مال الفرع⁸ كما التزمت بذلك في الخطاب، وكذلك العمل على تلافي إخلال

¹ - Laurent Aynès et autres, Lamy Droit des sûretés, op.cit, p.145, pp.37.

² خليل فيكتور تادرس، خطابات النوايا الصادرة من الشركات الأم لحساب أحد الفروع وقيمتها القانونية، المرجع السابق، ص. 65.

³ -CA Paris, 10mars 1989, RD bancaire et bourse 1989, p137, obs. Contamine Raynaud; voir Lamy sociétés commerciales, Wolters Kluwer-France- 2011, p. 2125, pp.6.

⁴ -Cass.com; 15 oct1996, n94-14176, RJDA1997, n652, D.aff.1997, chr; p.330, note Piedelièvre.

⁵ - CA Paris, 22jan. 2009, SA Populaire Occitane c/SA Serbo, Bull. Joly Sociétés, 2005, p. 1227, note J-F. Barbièri; voir Lamy droit sociétés commerciales, op.cit, p.2125-6.

⁶ خليل فيكتور تادرس، المرجع السابق، ص. 65.

⁷ (D.1992-jur. p.53-note.I.Najjar) مصطفى أحمد عبد الجواد، خطابات النوايا الصادرة عن الغير في مجال الائتمان، المرجع السابق، ص.50.

⁸ خليل فيكتور تادرس، المرجع نفسه، ص. 65.

الفرع بالتزاماته، ولهذا فإن المحكمة العليا قد ذهبت إلى أن الإخلال العمدي من الشركة الأم لالتزاماتها التعاقدية يتحقق في الحالة التي لم تقم فيها الشركة الأم بإعلام البنك الدائن بتخفيض حصتها في رأس مال الفرع المدين، حيث تكون الشركة الأم قد أخلت بالتزامها بوسيلة، دون أن يكون بوسعها الإدعاء باستحالة القيام بأعمال أخرى خلاف ما قامت به لصالح البنك.

- أيضا قد يكون مضمون الالتزام ببذل عناية هو أنها ستعمل ما هو ممكن لكي يستطيع الفرع تطوير أنشطته ومواجهة ما عليه من التزامات مثلا :

« nous veillerons à ce que notre filiale dispose d'une trésorerie suffisante pour faire face à ses engagements contractuels »¹.

كل ذلك أملا في الوصول إلى النتيجة غير الموعود بها، وهي وفاء القرض من جانب الفرع وسداد الدين، فالشركة الأم وإن تعهدت ببذل الجهد إلا أنها لم تلتزم بنتيجة محددة.

غير أن هنالك بعض التّعهدات التي كان موقف القضاء مترددا بشأنها، بخصوص الحكم عليها بأنها التزام بوسيلة أم بتحقيق نتيجة، في الواقع يتعلّق الأمر بالخطاب الذي يتعهد بموجبه المصدر بعمل ما هو ضروري أو باتخاذ كافة الوسائل الضرورية للتنفيذ، والذي كان يكيف على أنه التزام بتحقيق نتيجة إلى أن عدل عنه القضاء ليعيد تكييفه بأنه التزام ببذل عناية²، حيث أنه وبمقتضى القرار الصادر عن الغرفة التجارية لمحكمة النقض الفرنسية³ المؤرخ في 26/01/1999⁴ فإن محكمة أعلى درجة قد خففت من شدة تكييف التعهد السالف الذكر (الالتزام بنتيجة) ويتعلق الأمر بإصدار خطابي نوايا لمصلحة فرنسا بشأن قيام للاتصالات كضمان لحسن تنفيذ التّعهدات المأخوذة من جانب أحد فروعها، وفي أحد الخطابين بينت الشركة السالفة الذكر أنها ستعمل ما هو لازم لحسن تنفيذ التّعهدات الموقّعة من جانب فرعها، وكان الفرع قد دخل بعدها في تسوية قضائية. فقام الدائن باتخاذ كافة الإجراءات ضدّ الشركة الأم، فقضت محكمة الاستئناف بأنّ الشركة الأمّ لم تتخذ كل ما هو متعين عليها لكي يتمكن الفرع من تنفيذ التزاماته وقضت بالتعويض والفوائد للدائن، فطعن في هذا القرار، ورفضت محكمة النقض الطعن وقررت أن خطابات النوايا موضوع النزاع قد ولدت التزاما ببذل وسيلة (إذ لا يسأل الموقع إلا إذا لم ينفذ التزامه، وفي هذه الحالة لا يسأل عن نتائج الإفلاس وإنما عن عدم تنفيذ التزامه إذا لم يكن قد قام بما يجب عليه عمله وبطريقة كافية لتجنب إفلاس المدين، فإذا ما ثبت أنه كان قد نفذ التزامه بطريقة صحيحة ومع ذلك أفلس

¹ -Cass. Com., 15 oct.1996, n° 94-14.176, RJDA 1997, n°652, D.aff.1997, ch., p.330, note. Piedelièvre.

² Philippe Malaurie & Laurent Ayness, op.cit, p. 165.

³-Cass.Com, 26 janvier 1999, n° 97-10.003, Sony Music Entertainment, note Bertrand Saint -Alary, Crédits et Sûretés, Sources et Droit Privé général « jurisprudence », Rev. Dr. & Patr. , 1999 N74, p.33.

⁴- Laurent Aynès et autres, Lamy droit des sûretés, op .cit , p.145-33 .

المدين فإنه لا يتحمل نتائج إفلاسه طالما قام بما كان يجب عليه عمله¹، وبالتالي فإن التزامه لا يتمثل في ضمان في اتجاه المادة 225 35 من القانون التجاري الفرنسي، وانتهت إلى أن الخطاب يحتوي على تعهد بوسيلة وليس بالدفع محل الفرع .

و يبدو أن محكمة النقض الفرنسية ظلّت مستقرّة على موقفها السالف الذكر وذلك في القرار الصادر عنها بتاريخ 2000/04/18² بشأن خطاب نوايا عبرت فيه الشركة الأمّ بأنها ستتخذ كل ما هو ضروري من أجل أن يكون فرعها في حالة تسمح له بالوفاء بالتزاماته في مواجهة المؤسسة الائتمانية وأجازت لهذه الأخيرة اتخاذ إجراءات الرجوع عليها بصفة مباشرة في حالة أي تقاعس من جانب الفرع؛ حيث قضت الغرفة التجارية لهذه المحكمة بأنه: "بالبحث في النية المشتركة للأطراف، يتأيد ما أكدته محكمة الاستئناف من أن الشركة لم تتخذ أي تعهد بالحلول محل الشركة الفرع في مواجهة المقرضين في حالة عجز الفرع ولذلك استنتجت أن تعهد الشركة هو التزام بوسيلة"³.

غير أن المنتبع للقرارات القضائية الصادرة عن محكمة النقض الفرنسية منذ قرارها المؤرخ في 2002 /02/26⁴ يلاحظ عودة القضاء الفرنسي عن موقفه السابق بتكييف الخطابات التي تتضمن عبارات مثل "سيقوم بكل ما هو ضروري" أو "أنه سيتخذ كل الإجراءات والوسائل لجعل المدين في وضع يسمح له بتنفيذ تعهداته"، بأن مثل هذه الصيغ تفيد أن المرسل يعد بتحقيق نتيجة تتمثل في سداد دين الفرع وليس التزاما بوسيلة كما فعل سابقا.

ثالثا : خضوع أو عدم خضوع خطابات النوايا المتضمنة التزاما ببذل عناية لقواعد قانون الشركات.

إنّ هذه الأخيرة في الأصل لا تمثل ضمانا بالمعنى الفني للضمان، وبالتالي الشركة الأمّ غير ملزمة بمراعاة المواد المتعلقة بإصدار الضمانات التي تخضع إليها الشركات وهذه كانت قاعدة عامّة استقرت طويلا في الفقه والقضاء الفرنسي.

غير أن المرسوم التنفيذي الصادر في 2006/03/24 المعدّل للقانون المدني الفرنسي في مادته رقم 2287 يكون قد صنف نهائيا خطابات النوايا في خانة التأمينات الشخصية سواء أكانت طبيعة التعهد التزاما بوسيلة أو بتحقيق نتيجة، مما يترتب عليه ضرورة خضوع إصدار هذا النوع من الخطابات لنص

¹ خليل فيكتور تادرس ، خطابات النوايا الصادرة من الشركات الأم لأحد الفروع وقيمتها القانونية، المرجع السابق، ص.66 .

² - L'arrêt (compagnie Française Chauffour investissement) Cass.Com. 18/04/2000; 97-19.043 , Bull. Civ 6, N 87, D. 2000, AJ ,p257, obs. FAddoul J., JCP (E) 2000,p 2007,note Leveneur L ., Rev. Banque et droit 2000, N72, p.53.

³-Cédric Bernat, Des promesses équivoques : les lettres d'intentions, Art. préc., p.2.

⁴ Didier Poracchia, Lettre d'intention –obligation de résultat,(jurisprudence et législation ,Rev. Dr. & patr., 2002, p.107

المادة 225 35¹(4) من قانون التجارة الفرنسي والتي تتطلب الحصول على إذن مسبق من مجلس إدارة الشركة قبل منح الكفالات أو الضمانات الاحتياطية أو الضمانات والأمر نفسه ينطبق على شركة المساهمة المزودة بمجلس مديريين وفقا لما هو وارد في نص المادة 225 68 من القانون التجاري الفرنسي التي تشترط على هذا الأخير قبل أي عملية تتعلق بإصدار الكفالات أو الضمانات ضرورة الحصول على إذن مجلس المراقبة²، وكذلك المادة 232 4 من ذات القانون التي تتطلب ضرورة إدراج خطابات النوايا في ميزانية الشركة وسجلاتها.³

الفرع الثالث

خطابات النوايا المتضمنة التزاما بتحقيق نتيجة (خطابات الضمان).

هذا النوع الثالث من خطابات النوايا يتعلق بتلك التي تتضمن التزاما بتحقيق نتيجة معينة أو غاية مقصودة بحيث يتحمل المصدر (الشركة الأم) المسؤولية جراء عدم تحقق ذلك. وهذا بالتحديد ما سوف نتطرق له الباحثة فيما يلي:

أولا : معايير تكييف التعهد على أنه التزام بتحقيق نتيجة

و مفاد هذا النوع من الخطابات أن يلتزم مرسل الخطاب بتحقيق نتيجة، وذلك حينما يتعهد هذا الأخير وبطريقة واضحة بتحقيق نتيجة محددة وبصورة جازمة وقطعية لا تقبل الاحتمالات.

و أهم ما في هذه الطائفة من الخطابات هي سهولة إثبات ركن الخطأ عند إخلال المرسل بالتزامه ، إذ يكفي المرسل إليه أن يشير إلى عبارات الخطاب الدالة على الالتزام بتحقيق نتيجة معينة وأن تلك النتيجة لم تتحقق، فلا يستطيع المرسل أن يتخلص من المسؤولية إلا بالاستناد إلى السبب الأجنبي الذي أعاقه عن تحقيق النتيجة⁴ ، فلا يكفي أن يثبت المرسل أنه قام بكل العناية اللازمة لتحقيق النتيجة كما في حالة الالتزام بوسيلة ، طالما أن هذه النتيجة لم تتحقق.

وقد ذهب الفقه إلى أن الخطاب يحتوي في طياته على التزام بنتيجة إذا تضمن الكلمات الصادرة عن المرسل كأن يعد أو يضمن أو يمنح تأمينا أو أنه سيقوم بكل ما هو ضروري أو أنه سيتخذ كل

¹-Philippe Malaurie, op.cit, p.166.

² Maurice Cozian, Alain Viander ,Florence Deboissy, Manuel de droit des sociétés ,22^{ème} Ed. , Lexisnexus- Litec ,Paris 2010,p.681.

³-Dominique Legeais, sûretés et garanties du crédit,7^{éd.} ,L.G.D.L- Lextenso 2009, p.315.

⁴ مصطفى أحمد عبد الجواد، خطابات النوايا الصادرة عن الغير في مجال الائتمان، المرجع السابق، ص.55.

الإجراءات أو الوسائل لجعل المدين في وضع يسمح له بتنفيذ تعهّداته ورد القرض الذي حصل عليه من المستفيد من الخطاب، أو التّعهدّ بعدم إفلاس المدين¹.

و كذلك يلتزم المرسل بتحقيق نتيجة إذا تضمن الخطاب عبارات معينة كأن يرد به إحدى الصيغ

التالية:

« donner l'assurance que le créancier ne subira aucun préjudice du fait de la société débitrice »²,

« mettre tout en œuvre pour assurer la couverture des besoins financiers de la filiale »³.

« assurer le respect du plan de financement remis au créancier et en particulier de l'octroi, à la filiale concessionnaire, du crédit fournisseur nécessaire à son activité »⁴.

إذ أن مثل هذه الصيغ وما شابهها تفيد أن المرسل يعد بإدراك نتيجة بالفعل وتتمثل في سداد دين الفرع، ولكنه لا يلزمه صراحة بالحلل محل المدين في دفع الدين إذا لم يقر المدين بدفعه وإنما يجب عليه القيام بكل ما من شأنه مساعدة المدين على تنفيذ التزاماته⁵. ويبقى لمرسل الخطاب اختيار الوسائل التي تحقق مثل هذه النتيجة كأن يقرض المدين أو يفتح حساباً جارياً لصالحه أو يساهم في زيادة رأسماله⁶.

¹ خليل فيكتور تادرس، خطابات النوايا الصادرة من الشركات الأم لأحد الفروع وقيمتها القانونية، المرجع السابق، ص. 77.

²-CA Paris, 3^e ch. A, 10 déc.1991, Expresso Air Cargo c/Crédit commercial de France SA, D.1992, I.R.,p.80, RJDA1992, n593, JCP E1992, II,n 345, note Grellière, BRDA1992, n3, P.11, JCP E1992, pan ;n156.

³- L.Aynès et autres, Lamy droit des sûretés , p.145, pp.41.

⁴- CA Paris 11 mai 1993, JCP(G) 1993, 1, n° 3715, n°10, obs. A. Viandier et J-J.Caussain; JCP(E) 1993, 2, n° 512 , note Barbieri J.-F. La lettre de confort visée dans cet arrêt prévoyait, en outre, que la société mère confirmait au créancier l'intérêt qu'elle portait à sa filiale à 100%, lui rappelait la grande importance qu'elle accordait au bon déroulement des opérations engagées par sa filiale,(lui confirmait)à cet égard que le choix que nous avons fait de l'implantation de la concession que de la personne du gérant, notre coassocié dans la SARL, est de nature à vous donner tout apaisements sur la rentabilité future de notre investissement commercial , elle-même garantie du dénouement financier satisfaisant à votre opération de crédit – bail , s'engageait à lui apporter tout le soutien nécessaire aussi bien sur le plan technique et commercial qu'administratif. Lamy droit des sûretés, op.cit, p. 145, pp.41.

⁵ حيث تتعدد صور الإعلان الذي قد تقوم به الشركة الأم في هذه الحالة ومن هذه الصور:

- أن ترسل الشركة الأم إلى البنك الذي يمنح الائتمان إلى شركتها الوليدة خطاباً تخطره فيه بان إدارة الشركة الوليدة تعمل تحت سيطرتها وأن هناك مبدأ يحكم العلاقات داخل شركتهم يقضي بأن الشركة الأم تحمي الشركات الخاضعة لها من خطر الإفلاس أو التسوية القضائية
- أن تعلن إدارة الشركة الأم للبنك بأن الشركة الأم تقوم بما هو ضروري ولازم لكي تتمكن شركتها الوليدة من تملك الوسائل المالية الكافية لممارسة نشاطها دون أن يقع في مشكلات قد تؤدي بها إلى التسوية أو التصفية القضائية .
- شريف محمد غنام ،مدى مسؤولية الشركة الأم الأجنبية عن ديون شركتها الوليدة المصرية ،المرجع السابق ، ص. 442 .

⁶ نبيل إبراهيم سعد، الضمانات غير المسماة، المرجع السابق، ص. 148.

هذا وتجدر الإشارة إلى أن الخطابات التي تتضمن التزاما بعمل سلبى أي بالامتناع عن عمل تتدرج في طائفة الخطابات المنشئة للالتزام بتحقيق نتيجة¹، ومن أمثلة هذه الأخيرة تلك التي ترد في الصياغة التالية :

«... ne pas céder ou réduire sa participation dans la filiale»,²

«...ne pas céder ou réduire sa participation sans préavis donné au créancier»,³

« S'interdire de réclamer l'exécution de ses créances vis-à-vis de la filiale avant que celle -ci n'ait payé la dette garanties». ⁴

ففي رأي أحدهم عندما تمارس الشركة الأم رقابة مطلقة على الشركة المستفيدة من القرض والتي هي فرعها، وهذا يحدث بكثرة في الواقع العملي، فإنه يصعب على القضاة أن يكتفوا التزام الشركة الأم بعمل كل ما في وسعها لجعل الشركة المدينة الفرع مستمرة في ممارسة نشاطها بحيث تستطيع الوفاء بتعهداتها تجاه الدائن البنك، على أنه التزام بوسيلة، وذلك على الرغم من العبارات الغير محددة للالتزام، إذ أنه في هذه الحالة وفي كل حالة أخرى لا تكون فيها عبارات الخطاب ذات دلالة كافية على القصد المشترك للأطراف في الاتفاق على مجرد الالتزام بوسيلة، فإن عدم الاحتمالية تقود القاضي على ما يبدو إلى تكييف الالتزام على أنه التزام بنتيجة⁵.

و ذهب القضاء في كثير من أحكامه إلى تكييف الالتزام بعمل أو بالامتناع عن عمل الناشئ عن خطابات النوايا في مجال الائتمان على أنه التزام بتحقيق نتيجة، وطبق على هذا الالتزام كافة الأحكام القانونية الخاصة بالالتزام بنتيجة.

وقد كان لمحكمة باريس التجارية فضل السبق في الإشارة إلى الالتزام بتحقيق نتيجة الناشئ عن خطابات النوايا في مجال الائتمان⁶، حيث ذهبت المحكمة بعد عرض شامل لموضوع خطابات النوايا وتقسيماتها من الناحية النظرية إلى تكييف الالتزام الناشئ عن الخطاب محل النزاع، والصادر عن الشركة الأم بخصوص القرض الذي حصل عليه فرعها من البنك⁷، والتي كانت عباراته على النحو التالي :نحن نضمن لكم أننا في جميع الحالات سوف نرعى تعهدات فرعنا، وأننا سنتخذ من الآن كل الإجراءات اللازمة لجعل الفرع في مركز يسمح له بتنفيذ تعهداته تجاهكم كما هو متفق عليه. من هذا المنطلق، فإنه في حالة

¹ - L. Aynès et autres ,Lamy droit des sûretés, ibid, p145,pp.39.

²-Comp.CA Versailles, 9 fév.1989, D.1991, somm ; p.35, obs. Vasseur M., Banque 1989 , p.863, obs. Rives -lange.

³-Tr.com ,Paris,27 oct.981, Banque1981,p.1455, obs. Martin L-M ; D.1982, I,R ; P.198, obs. Vasseur M.

⁴-Voir :Laurent Aynès et autres, Lamy droit des sûretés, op.cit, p.145, pp.33.

⁵ ماجد مزيم، شركة الهولدينغ في جوانبها القانونية والاقتصادية والمالية المصرفية والضرائبية ، المرجع السابق، ص.304 .

⁶ Farrêt du 27/10/1987 précité par Michel Montanier, op.cit, p.73.

⁷ مصطفى أحمد عبد الجواد ، خطابات النوايا الصادرة من الغير في مجال الائتمان، المرجع السابق، ص.17 .

ما إذا رغبت شركتنا في التنازل عن كل أو بعض حصتها في الشركة الفرع، فإننا نتعهد لكم بإعلامكم بهذا الأمر قبل حدوثه بمدة كافية بحيث يمكن اتخاذ كل الإجراءات الكفيلة بتقادي المخاطر التي يمكن أن تنتج هذا التغيير مقدما، ووفقا للاتفاق المشترك ."

حيث ذهبت المحكمة إلى أن التزام الشركة الأم لا يمكن إلا أن يكون التزاما بنتيجة أين تلتزم الشركة الأم بتزويد الفرع بالمبالغ اللازمة لسداد دين البنك فهي إذن أخذت على عاتقها التزاما تعاقديا بتقوية المركز المالي للمدين، وإذا لم تفعل، فإنها تلتزم بدفع تعويض للبنك يساوي مبلغ الدين .

كما ذهبت محكمة باريس التجارية في حكمها الصادر في 1985/04/30¹ إلى أن خطاب النوايا الذي بموجبه تعهدت شركة أم تجاه مجموعة متحدة من البنوك، بالقيام بعمل كل ما هو ضروري وممكن لجعل فرعها يحوز أموالا كافية تتيح له الوفاء بتعهداته تجاه المجموعة البنكية، لا يشكل مجرد تعهد أخلاقي، وإنما يعد التزاما بعمل يشكل التزاما بنتيجة والذي لا يعتبر قد نفذ إلا، وفيما عدا القوة القاهرة، إذا تم الوفاء بتعهدات الفرع تجاه المجموعة البنكية. ومثل هذا الالتزام وهو أقلّ تحديدا من ذلك الالتزام الناشئ عن الكفالة، فيمكن تنفيذه بطرق أخرى خلاف الحلول التامّ والواضح للشركة الأم محل فرعها في تحقيق تعهدات هذا الفرع على الرغم من أن الشركة الأم قد تمسكت أمام المحكمة بأنها قد قامت بكل ما هو ضروري وممكن، حيث قامت بزيادة رأسمال الفرع، واستمرت في تزويد الفرع بمبالغ عن طريق حساب كانت قد فتحت معه لهذا الغرض، وكانت هذه المبالغ تتجاوز مبلغ القرض لحظة إقرار الميزانية. كما قامت الشركة الأم بأمر أخرى من شأنها تقوية المركز المالي للفرع. إلا أن المحكمة قد خلصت إلى أن الشركة الأم لم تقم بعمل كل ما هو ضروري لأن هذا الأمر لا يعتبر قد تم من وجهة نظرها إلا إذا كانت تعهدات الفرع في مواجهة المجموعة البنكية قد نفذت²، وحيث أن هذا لم يحدث إذ كان يتبقى في ذمة الفرع لصالح المجموعة الدائنة مبلغ يقارب الخمسة مليون فرنك فرنسي وهو المبلغ محل الطلب في الدعوى الماثلة، فإنه يجب على الشركة الأم أن تحل محل الفرع ومن ثم تقي بدينه.

وفي نفس الاتجاه، قضت المحكمة التجارية لمدينة Dinant³ الفرنسية بإلزام الشركة الأم بسداد التزامات فرعها تجاه أحد البنوك، استنادا إلى خطاب نوايا صادر عن هذه الشركة وقبله البنك، حيث قررت ذات المحكمة أنه ينشئ التزاما بنتيجة في ذمة الشركة الأم تجاه البنك، إذ كانت الشركة المذكورة أكدت في

¹ CA Paris , 30 avr1985 :banque 1985, p.754, note .ch. Meyer, ar.cit.p.6.

² مصطفى أحمد عبد الجواد، خطابات النوايا الصادرة من الشركات الأم لحساب أحد الفروع وقيمتها القانونية، المرجع السابق، ص.58 .

³-Tr. Com.de Dinant :26-5-1987-R.B.1988-P.29.

الخطاب أنها ستفعل كل ما هو ضروري لجعل فرعها يحوز أموالا كافية تسمح له بالوفاء بتعهداته تجاه البنك الدائن في التاريخ المحدد.

هذا وإن محكمة النقض الفرنسية قد سمحت لها الفرصة لتكييف الالتزام الناشئ هذا النوع من الخطابات¹ وذلك بمناسبة القرار الصادر عنها المؤرخ في 21/12/1987² حيث ورد في حيثياته أنه: "على الرغم من طبيعتها المنفردة فإن خطاب النوايا، وفقا لعباراته، حينما يكون قد تم قبوله من جانب المرسل إليه وبالنظر إلى القصد المشترك للأطراف، يمكن أن يشكل التزاما عقديا بعمل أو بالامتناع عن عمل قد يصل إلى حد الالتزام بنتيجة على عاتق مرسل الخطاب.

هذا ما ذهب إليه القضاء الفرنسي في بعض أحكامه وقضت بعكسه في أحكام الأخرى.

وقد وضعت محكمة النقض الفرنسية معيار الالتزام بنتيجة الناشئ عن خطاب النوايا في مجال الائتمان إذ أنها قضت بأن خطاب النوايا الموقع بواسطة مدير عام إحدى شركات المساهمة يتضمن التزاما بنتيجة عندما يكون من طبيعته أن يجعل من أصدره مسؤولا عن نتائج إفلاس أو عجز المدين³.

وكانت محكمة استئناف باريس قد قضت بأن خطاب النوايا الصادر عن المدير العام لإحدى شركات المساهمة لصالح أحد بيوت التمويل الذي أقرض فرع الشركة مبلغا من المال يترجم وجود التزام بتحقيق نتيجة، ويمكن تنفيذه بوسائل شتى كفتح حساب جار لصالح الفرع أو زيادة رأسمال الفرع وكذلك بحلول الشركة الأم محل الفرع المفلس. بيد أن المحكمة قد قضت بعدم جواز الاحتجاج بهذا الخطاب في مواجهة الشركة الأم وذلك لعدم حصول المدير على إذن مجلس الإدارة وفقا لما يقضي به القانون⁴. وقد حصل قرار الاستئناف هذا على تأييد محكمة النقض الفرنسية في قرارها السالف الذكر.

هذا ولقد يستنتج من موقف محكمة النقض الفرنسية بخصوص تحميل نتائج الإفلاس لمرسل الخطاب الذي يتضمن التزاما بتحقيق نتيجة أن من صدر عنه الخطاب يلتزم في مواجهة الدائن بدفع الدين إذا لم يقيم المدين بدفعه؟ وإذا كانت الإجابة بنعم فهل هذا يعني أنه بصدد كفالة.

¹ خليل فيكتور تادرس، خطابات النوايا الصادرة من الشركات الأم لحساب أحد الفروع وقيمتها القانونية، المرجع السابق، ص. 77 .

² -Michel Montanier :concl.sous :Cass.Com :21-12-1987-J.C.P.éd.G.1988-jur.21113.

³ Cass.com, 23/10/1990 ,Banque, 1991, P207, note Rives-Lange, D.192, somm, p.34.Cass.com,8/11/1994,Bull. Joly,1995, p.32, note . Médus.

⁴ خليل فيكتور تادرس، خطابات النوايا الصادرة من الشركات الام لحساب احد الفروع و قيمتها القانونية، ص. 64 .

في الواقع إن هناك بعض الفقه الذي أول المفهوم الذي حدّته محكمة النقض الفرنسية للالتزام بنتيجة على أنه يعدل الالتزام بالحلول محل المدين في السداد، على أنه اعتراف ضمني من جانبها على أن هذا الالتزام يشكّل في حقيقته كفالة ويمثّل التزام الكفيل¹.

غير أنه في الحقيقة يبقى الالتزام المائل في ذمة مصدر الخطاب يختلف عن التزام الكفيل، ذلك أن هذا الالتزام له استقلالته التي سبقت الإشارة إليها.

والملاحظ على القضاء الفرنسي أنه لم يستقرّ على موقف واحد حول تكييف الالتزام الناشئ عن خطابات النوايا في مجال الائتمان²، بل إنه بالنسبة لبعض الخطابات التي قد تتضمن نفس العبارات، فإن بعض الأحكام كانت تكييف الالتزام الثابت بها على أنه التزام بوسيلة بينما ترى فيه محاكم أخرى التزاما بنتيجة³. فعلى سبيل المثال، فإن التزام الشركة الأم بالقيام بكل ما يلزم يكيف على أنه التزام بنتيجة تارة، ومجردّ التزام بوسيلة تارة أخرى. كما أن هناك بعض الالتزامات التي لم يتمكّن الفقه على تكييفها تكييفاً واضحاً في القضاء.

ومن أمثلتها التزام الشركة الأم باستخدام كل إمكانياتها لضمان الاحتياجات المالية للفرع إذ لا يوجد تكييف محدّد لها، فكل هذا جعل الأستاذ Cabrillac ينتقد التفرقة بين الالتزام بوسيلة والالتزام بنتيجة في هذا المجال نظراً لعدم وجود معيار ثابت وحاسم يستعمل كأساس لهذه التفرقة والتي يمكن أن تلعب دوراً هاماً في مجالات أخرى⁴.

وقد ذهب الأستاذ Legeais إلى أن خطاب النوايا الواحد قد يحتوي على التزامات متعدّدة قد تكيّف على أنها التزامات بوسيلة وبنتيجة في نفس الوقت، واختيار أيّاً من التكيّفين وتفضيله على الآخر يصبح أمراً تحكّماً.

¹ مصطفى أحمد عبد الجواد، خطابات النوايا الصادرة عن الغير في مجال الائتمان، المرجع السابق، ص. 62.

² Dorothee Gallois-Cochet, Garanties autonomes et lettres d'intention, RLDA, Wolters Kluwer, France (mars) 2007, N7, p.68.

³ -Il arrive fréquemment que les lettres d'intentions comportent une formule dans laquelle le souscripteur s'oblige à « Faire le nécessaire » pour que la filiale dispose d'une trésorerie suffisante afin de remplir ses obligations à l'égard du créancier. Cette hypothèse a donné lieu à une jurisprudence versatile qui a paru remettre en cause le principe même de la distinction entre les obligations de moyens et de résultat dans le domaine des lettres d'intentions. Jérôme François, Les sûretés personnelles, Tome 7, Economica, 2004, p. 416.

⁴ مصطفى أحمد عبد الجواد، خطابات النوايا الصادرة عن الغير في مجال الائتمان، المرجع السابق، ص. 68.

ثانياً: مدى خضوع هذه الطائفة من الخطابات للنظام القانوني للضمانات المنصوص عليها في القوانين والمنشورات الضريبية والتجارية.

هنالك من يرى أن التّعهد الثابت في خطاب النّوايا المتضمن التزاماً بتحقيق نتيجة، على الرغم من عدم تضمّنه أي التزام من جانب الشّركة الأم بالوفاء محلّ المدين، أنه يتمثّل في ضمان للبنك¹، وهذا لا يعد خروجاً على المادة 225 35 فقرة (4) وتقابلها المادة 225 68 فقرة (2) القانون التجاري الفرنسي الخاصة بشركات المساهمة المزوّدة بمجلس المديرين، حيث تضمنت المواد المذكورة بين طيّاتها ليس فقط الكفالات والضمانات الاحتياطية وإنما أيضاً الضمانات، ومؤدى ذلك أن الخطابات المتضمنة التزاماً بتحقيق نتيجة هي فحسب التي تعد ضماناً بالمعنى الدقيق للمفهوم وفقاً للمادة 225 35 فقرة (4) من القانون المذكور².

إلا أنّ البعض قد شكّك في هذا المعيار واعتبر أنه لا يصحّ التّعويل على وجود إذن مجلس الإدارة أو مجلس المراقبة لتكليف التّعهد على أنه التزام بتحقيق نتيجة، فقد يكون الخطاب محلاً للإذن من مجلس الإدارة أو مجلس المراقبة ومع ذلك قد يكيف على أنه التزام ببذل عناية. وعلى النقيض من ذلك قد لا يكون الخطاب محلاً للإذن ورغم ذلك يكيف على أنه ضمان³، إذ ليس من السهل تحديد ما هي الخطابات التي تحتوي على تعهد بالوفاء أو تتضمن تعهدات قانونية، دون النظر إلى التعهد بعد ذلك وما إذا كان يتضمّن التزاماً بنتيجة أم بعناية، أم ينظر إلى مصطلح الضمان بالمعنى الدقيق والذي يقصر اللفظ على خطابات النوايا المتضمنة التزاماً بنتيجة أو الكفالات المستترة في شكل خطابات نوايا⁴.

وقد أيّد أصحاب هذا الرأي وجهة نظرهم بقرار محكمة النقض الفرنسية المؤرخ في 2002/02/26⁵، والذي جاء في مقتضياته أن القضاة لا يجب أن يعتمدوا على وجود الإذن المسبق من مجلس الإدارة لتكليف الخطاب بأنه التزام بنتيجة. وفي قرار آخر استلزمت المحكمة الإذن من مجلس الإدارة بشأن أحد الخطابات وأنه يتمثّل في ضمان، ولكن دون أن تحدد ما إذا كان الخطاب التزاماً ببذل عناية أو بتحقيق نتيجة.

¹-Bruno Dondro, Réflexions sur les mécanismes d'autorisation des sûretés et garanties par les sociétés anonymes, Recueil Dalloz 2004, p. 406

²-Jean François Barbiéri, note : lettre de confort dites « d'intention » : variations de terminologie et d'intensité, Bull Joly sociétés, nov 2005, n11, p.1227.

³ M. Cozian, A. Viandier, F. Deboissy, Le manuel de droit des sociétés, op.cit, p. 681.

⁴ خليل فيكتور تادرس، خطابات النوايا الصادرة من الشركات الأم لحساب أحد الفروع وقيمتها القانونية، المرجع السابق، ص. 80.

⁵-Cass.com, 26/2/2002, Rev. Droit sociétés, 2002/juin, p.9-10.

وقد دفع هذا بالقول لدى البعض إلى ضرورة إخضاع كل خطابات النوايا، ماعدا الأدبية منها، لمجال تطبيق المادة 225 35 من القانون التجاري الفرنسي، بغض النظر عما إذا كانت التزاما بنتيجة أم بذل عناية¹ وذلك لصعوبة التمييز بين الالتزامين في بعض الحالات، وأن القول بعدم تطبيق المادة 225 35 السالفة الذكر على الالتزام بوسيلة لا يحقق الغرض من النص والذي يهدف إلى حماية الشركة ذاتها ودائنيها والشركاء من تصرفات بعض المديرين الخارجة عن نطاق سلطاتهم².

ولكن المشكلة الحقيقية تكمن في تفسير لفظ الضمان، ومتى يعد خطاب النوايا ضمانا؟ أجابت عن ذلك محكمة النقض في قرارها المؤرخ في 1990/10/23³ عن أن الضمان يكمن في أن الشركة الأم تتحمل آثار عجز أو عدم تنفيذ الفرع لالتزاماته، بينما بعض الفقه عبر عنها بأنها تلك الخطابات التي تتضمن إشارة بطريقة أو بأخرى إلى تأمين القدرة المالية المستقبلية للفرع⁴، غير أن الرأي السائد مستقر على ضرورة إخضاع خطابات النوايا المتضمنة التزاما بنتيجة للنظام القانوني للضمانات المنصوص عليها في القوانين والمنشورات الضريبية والتجارية بما فيها إدراج الخطابات في ميزانية الشركة وفقا لما تقضي به قواعد قانون التجارة⁵.

- وترتبا على ما تقدم إن المقصود بالضمان هي خطابات النوايا المتضمنة التزاما بنتيجة، ويرى الرأي الغالب قصر تطبيق المواد الخاصة بالإذن المسبق من مجلس الإدارة إدراجها في ملاحق ميزانية الشركة على خطابات النوايا الخاصة بتحقيق نتيجة دون الالتزام ببذل عناية وأن جزاء تخلف هذا الإذن هو عدم جواز الاعتراض أو الاحتجاج بهذه الخطابات على الشركة، وهو ما قضت به محكمة النقض في بعض من قراراتها، وبالتالي على البنك التأكد من قبل قبول خطاب النوايا ما إذا كان صادرا بإذن من مجلس الإدارة أم لا، ولا يقبل من البنك الاعتذار بجهله لذلك، فهو قد ارتكب خطأ بعدم التأكد من الإذن المسبق لمجلس الإدارة ومن ثم لا يجديه نفعا إلا الرجوع الشخصي⁶ على مدير الشركة بصفته الشخصية.

¹ -Voir M. Cauzian et autres ,op.cit, p. 681.

² خليل فيكتور تادرس، خطابات النوايا الصادرة من الشركات الأم لحساب أحد الفروع و قيمتها القانونية، المرجع السابق، ص.81.

³-Cass.com,23/10/1990, Préc.

⁴ خليل فيكتور تادرس، المرجع السابق، ص.83.

⁵ نبيل إبراهيم سعد، الضمانات غير المسماة، المرجع السابق، ص. 154.

⁶ خليل فيكتور تادرس، المرجع نفسه، ص.84.

الفرع الرابع

خطابات التعهد بالوفاء عن المدين (خطابات نوايا في شكل كفالات مستترة).

تنتمي الكفالة إلى طائفة التأمينات الشخصية والتي تعني ضم ذمة أو أكثر إلى ذمة المدين الأصلي، فيصبح للدائن بدلا من مدين واحد مدينان أو أكثر كلهم مسؤولون عن الدين إما في وقت واحد أو على التعاقب. وبذلك يضمن الدائن الحصول على حقه كاملا ويتفادى التعرض لمخاطر قسمة الغرماء وفقا لما تقضي به قواعد الضمان العام المقررة لكل الدائنين على أموال مدينهم وذلك عند عدم كفاية أموال المدين لسداد كل ديونه كاملة¹.

وإلى جانب التأمينات الشخصية توجد التأمينات العينية والتي تتمثل في ضمان حقه قبل مدينه، إلا أنها تحقق في ذات الوقت فائدة للمدين، تتمثل في ثقة الدائن فيه، وبغير هذه الثقة لا يستطيع المدين أن يحصل على ائتمان من أحد. والكفالة كما سبق تبيانه عقد بموجبه يضم الكفيل ذمته إلى ذمة المدين في تنفيذ التزام عليه، وذلك بأن يتعهد للدائن بأداء هذا الالتزام إذا لم يف به المدين². فهي إذا تؤمن الدائن ضد مخاطر إعسار أو إفلاس المدين.

و الكفالة عقد رضائي، حيث يبرم بمجرد التراضي بين الدائن والكفيل دون حاجة لاشتراط شكل خاص، ولا يؤثر في ذلك ما اشترطه المشرع المصري على أن الكفالة ثابتة بالكتابة، ولكن نظرا لخطورة التزام الكفيل، فقد اشترط المشرع الفرنسي في المادة 2015 من القانون المدني الفرنسي والتي عوضت بالمادة³ 2292، ضرورة أن يكون رضا الكفيل صريحا، كما تطلبت المادة 1326 من القانون المدني الفرنسي بعد تعديلها بقانون 1980 بيانا مكتوبا في حالة الالتزام بدفع مبلغ من النقود، و ذهبت الدائرة المدنية لمحكمة النقض الفرنسية إلى أن الجمع بين النصين، يدل على أن اشتراط البيان المكتوب يتعلق فقط بالإثبات .

و إنما له غاية معينة، وهي حماية مصلحة الكفيل، مما يعني أن تخلف البيان أو عدم كفايته يؤدي إلى البطلان، مما يجعل من هذا البيان شرطا شكليا لازما لصحة الاتفاق، و بالتالي يجعل عقد الكفالة شكليا، غير أن هذا التفسير لم يؤخذ به من قبل الدائرة التجارية لمحكمة النقض وقررت أنها تتعلق بالإثبات فقط، وأصبحت الكتابة شرطا للانعقاد⁴.

¹ نبيل إبراهيم سعد، التأمينات الشخصية التبعية وغير التبعية، المرجع السابق، ص. 03 .

² سمير عبد السميع الأودن، خطابات النوايا في مرحلة التفاوض على العقد، المرجع السابق، ص. 46 .

³ L.Aynès et autres, Lamy droit des sûretés , op.cit,p.145, pp.11.

⁴ مصطفى عبد الجواد حجازي، عقد الكفالة في القانون المدني، دار الكتب القانونية، مصر المحلة الكبرى 2006، ص. 30 و 31 .

و قد يحدث أحيانا أن يتضمن خطاب الثقة ما يفيد تعهد مصدره بوفاء دين المدين في حال عدم قيامه بالوفاء به أو بجزء منه عند الاستحقاق وهذا ما يعني في حال قبول الخطاب نشوء حق لمن وجه إليه في مطالبة مصدره مباشرة بالدين الذي عجز المدين أو نكل عن الوفاء به.

فهل هذا يعني أنه من الممكن أن ينتج عن مجرد خطاب نوايا كفالة حقيقية بالمعنى الذي يقصده القانون، وإذا كان الأمر كذلك، فلماذا لا يتم اللجوء إلى عقد الكفالة مباشرة ؟

للإجابة عن هذه التساؤلات يجب البحث أولاً عن مدى جواز نشوء كفالة حقيقية عن خطاب النوايا، ثم استظهار أسباب لجوء الأطراف إلى خطاب النوايا بدلا من الكفالة.¹

أولا: مدى جواز نشوء كفالة حقيقية عن خطاب النوايا

فقد يحدث أن يتضمن خطاب الدعم ما يفيد تعهد مصدره بوفاء دين المدين² في حال عدم قيامه بالوفاء به أو بجزء منه عند الاستحقاق بدلا من الالتزام ببذل الجهد والقيام بالأعمال اللازمة لتمكينه من الوفاء أو حمله عليه، أو إضافته إلى هذا الالتزام الأخير، وهو ما يعني في حال قبول الخطاب نشوء حق لمن وجه إليه في مطالبة مصدره مباشرة بالدين. ومثال ذلك أن تضمن الشركة الأم في مواجهة المصرف القرض الذي منحه لفرعها في حدود مبلغ معين³، أو أن تؤكد في خطابها نيتها في دعم فرعها فيما يخص احتياجاته الضرورية، وتضيف إلى ذلك التعبير عن نيتها في الحلول محله في تنفيذ التزاماته قبله عند الضرورة. ففي مثل هذه الصور يصبح المتعهد ملزما شخصيا بالوفاء عند تخلف المدين عنه، ويصير وضعه مماثلا لوضع الكفيل⁴.

لقد ظهرت فكرة نشوء كفالة حقيقية عن خطاب النوايا في البيان الصادر عن رئيس الإتحاد المهني للبنوك الفرنسية سنة 1973 عندما أشار في بيانه إلى أن خطاب النوايا الصادر عن الشركة الأم لمساعدة فرعها للحصول على قرض، يمكن أن يشكل في الواقع العملي ضمانا أو تأمينا مشابها لذلك الضمان المستمد من الكفالة. وانطلاقا من ذلك، ذهب جمهور الفقهاء، خاصة في فرنسا⁵، إلى أن هناك بعض خطابات النوايا الصادرة في مجال الائتمان يمكن أن تشكل في الحقيقة كفالات مستترة أو مقنعة⁶ عندما يتضمن الخطاب التزاما حقيقيا بالحلول محل المدين الأصلي في الوفاء في حالة عجز الأخير عن سداد

¹ مصطفى أحمد عبد الجواد، خطابات النوايا الصادرة عن الغير في مجال الائتمان، المرجع السابق، ص. 71 .

² -Ch .Meyer, les lettres d'intention, art. Préc. , p.07.

³ مصطفى محمد الجمال، السعي إلى التعاقد، المرجع السابق، ص. 361 .

⁴ مصطفى محمد الجمال، المرجع نفسه، ص. 362 .

⁵ مصطفى أحمد عبد الجواد، المرجع نفسه ، ص. 72.

⁶ نبيل إبراهيم سعد، الضمانات غير المسماة، المرجع السابق، ص. 155 .

الدين¹. وآية ذلك من وجهة نظر الفقه الفرنسي أن الالتزام الناشئ عن الكفالة لا يشترط أن يصاغ في شكل خاص، أي لا يشترط فيه شكلية معينة. فليس من اللازم ذكر كلمة كفيل أو كفالة، وإنما يكفي بطريقة أو بأخرى، أن يتعهد الضامن أو الكفيل بدفع دين المدين الأصلي في حالة عجز هذا الأخير أو امتناعه عن السداد، أي أن يحل محله في الوفاء إذا لزم الأمر، وبالتالي يشكّل في حقيقته كفالة على الرغم من أن الكفالة يجب أن تكون صريحة وفقا لما اشترطه القانون الفرنسي.

غير أن البعض يشترط لإمكانية نشوء كفالة عن خطاب النوايا أن يتوافر في الخطاب المعيارين المميزين للتأمين الشخصي بمعناه الفني وهما: الالتزام بدفع دين الغير وعدم وجود أية مساهمة شخصية للملتزم في هذا الدين، أي لا يكون مسؤولا مسؤولية شخصية عن الوفاء بأي جزء من هذا الدين.

و يضيف البعض أنه ليس من الضروري أن يكون التزام من أصدر الخطاب ممثلا في دفع مبلغ من المال، لأن الكفالة يمكن تنفيذها بمقابل².

وإذا كان لا يشترط أي شكل أو لفظ خاص لوجود الكفالة، إلا أنه يجب على الأقل أن يتعهد من وقع على الخطاب بعبارات واضحة تفصح عن إرادته بجلاء تجاه الدائن بأنه سيقوم بتنفيذ التزام المدين إذا لم يتم هذا الأخير بتنفيذه³.

ولكن ليس من الضروري أن يكون التزام الكفيل الوارد بالخطاب هو الالتزام الوحيد، إذ يمكن أن ينتج عن الخطاب نفسه التزامات أخرى يخضع كل منها للنظام القانوني الخاص به، كالتزام من وقع الخطاب بالقيام بعمل أو بالامتناع عن عمل في مواجهة المرسل إليه والذي يمكن أن يصل إلى حد الالتزام بنتيجة، بل إنه ليس هناك ما يمنع من وقع الخطاب من أن يلتزم بالتزام أشد، كأن يلتزم بالدفع بمجرد الطلب من جانب الدائن، بل إنه يمكن لمن أصدر الخطاب أن يلتزم وليس بصفة مدين احتياطي⁴، لأنه ليس هناك ما يمنع الشركة الأم من أن تتعهد برد مبلغ القرض الممنوح لفرعها، سواء بالتضامن مع هذا الفرع أو بصفتها الملتزمة الوحيدة إذا قبل الدائن ذلك.

هذا وإن المتطلّع في أحكام القضاء الفرنسي يلاحظ رفض بعض المحاكم الاعتراف بإمكانية نشوء كفالة مقنعة عن خطابات النوايا حتى ولو كانت تتضمن بعض العبارات التي تضع التزام من أصدر الخطاب في مرتبة التزام الكفيل، وذلك استنادا إلى عدم وجود رضاء صريح من جانب الكفيل وفقا لما ورد

¹ -M. Cauzian et autres, manuel droit des sociétés, p. 681.

² - مصطفى أحمد عبد الجواد، خطابات النوايا الصادرة من الغير في مجال الائتمان المرجع السابق، ص. 74.

³ -X. Barré, technique contractuelle et pratique bancaire, op . cit, p. 218.

⁴ - مصطفى أحمد عبد الجواد، المرجع نفسه، ص. 219.

في المادة 2015 من القانون المدني الفرنسي (2292) حالياً، وإلى عدم التّحديد الكافي للالتزام الناشئ عن خطاب النّوايا.

غير أن أحكام أخرى ذهبت إلى تشبيه الالتزام الناشئ عنها بالالتزام الكفيل، ومن ذلك ما قضت به محكمة فرساي في حكمها المؤرخ في 1988/05/05، الذي جاء في مقتضياته أن من يوقع على خطاب النوايا لا يلتزم بتعهد أخلاقي فقط ولكنه يتعهد بالالتزام شبيه بذلك الالتزام الناشئ عن الكفالة، حتى ولو كان التزامه مجرداً من الشكلية، ويمكن تنفيذه عن طريق التعويض (بمقابل)¹.

وفي تعليقه على هذا الحكم، ذهب الفقيه Estoup² إلى أن محكمة فرساي تمنح طبيعة قانونية خاصة لخطاب النوايا حيث ترى في هذا الأخير، في حالة قبوله من جانب المرسل إليه، واحداً من العقود الشهيرة الغير مسمّاة والتي تتميز عن عقد الكفالة على وجه الخصوص حتى ولو كان يتشابه في بعض الأمور مع هذا العقد الأخير، وهذا يؤدي إلى استخلاص³ المعايير التي تميز بين العقد ذو الطبيعة الخاصة الناشئ عن خطاب النوايا في حالة قبوله والكفالة التي ورد النص عليها في المادة 2015 (أصبحت المادة 2292) من القانون المدني الفرنسي.

إلا أن أحكاماً أخرى قضت صراحة باعتبار خطاب النوايا بمثابة كفالات في حالات خاصة ومحددة، إذ ذهبت محكمة باريس التجارية في 1985⁵/04/30 إلى أن خطاب النوايا الذي بموجبه تضمن الشركة الأم فرعها في مواجهة البنك الذي منح قرضاً لهذا الفرع يعد من قبيل الكفالة⁶.

وقد أكدت محكمة النقض الفرنسية مبدأ الاعتراف بإمكانية نشوء كفالة حقيقية عن خطاب النوايا الصادر في مجال الائتمان في قرارها الشهير الذي سبق التطرق إليه وهو القرار المؤرخ في 1987/12/21⁷. وإن كان البعض من الفقه ينتقده ويرى أن الشركة الأم قد التزمت بمجرد قصد الحلول

¹ خليل فيكتور تادرس، خطابات النوايا الصادرة من الشركات الأم لحساب أحد الفروع وقيمتها القانونية، المرجع السابق، ص. 88 .

² Pierre Estoup : obs. sous : Versailles 5-5-1988-JCP. Ed .G.1988-11-21112.

³ مصطفى أحمد عبد الجواد، خطابات النوايا الصادرة من الغير في مجال الائتمان، المرجع السابق، ص. 78 .

⁴ Aux termes de l'article 2292 du code civil : « le cautionnement ne se présume point ; il doit être exprès , et on ne peut pas l'entendre au-delà des limites dans lesquelles il a été contracté ». V. Lamy droit des suretés, op. cit, p110, pp.1.

⁵-Tr. Com. De Paris :30-4-1985-D.S.1986-I-R325.obs. Vasseur.

⁶-M. Montanier, La lettre d'intention, op.cit, p.73.

⁷ -Cass. Com. 21 déc.1987, n° 85-13.173, la cour de cassation relève que la société mère avait entendu accepter de se substituer, le cas échéant, à sa filiale pour faire face à ses engagements et affirme que : « celui qui par manifestation non équivoque et éclairée de sa volonté, déclare se soumettre envers le créancier à satisfaire l'obligation du débiteur si celui - ci n'y satisfait pas lui-même se rend caution de cette obligation ». Lamy droit des sociétés, op.cit, p.212, pp.9.

محل الفرع في الوفاء ولكنها لم تلتزم بالحلول في حد ذاته، ومجرد قصد الحلول لا يكفي لاعتبارها كفيلة للمدين في مواجهة المرسل إليه الذي قبل الخطاب.

كما ذهبت بعض الأحكام حديثاً إلى نفس التكييف، إذ قررت محكمة باريس في تاريخ 1996/01/12 إلى أن خطاب النوايا يشكل كفالة والتزام بنتيجة في نفس الوقت، إذا تعهد من وقع الخطاب باتخاذ كل الوسائل الضرورية للآزمة لحسن تنفيذ عقد القرض، عند الاقتضاء. وفي نفس الاتجاه قضت محكمة Arras إلى أن خطاب النوايا يشكل كفالة حقيقية¹، في حالة تعهد من وقع الخطاب في مواجهة الدائن بأن لا يكون لدى هذا الأخير أية مخاوف فيما يخص عملية سداد الكمبيالات الموقعة من جانب المدين لأن مرسل الخطاب يضمن هذا السداد.²

و هكذا فإن بعض الأحكام القضائية في رحاب القضاء الفرنسي، تعترف صراحة بإمكانية نشوء كفالة حقيقية عن بعض خطابات النوايا وترتب على ذلك كافة الآثار القانونية المرتبطة بالكفالة.

ويبقى السؤال المطروح في هذا الصدد: لماذا يلجأ الأفراد إلى خطابات النوايا بدلا من اللجوء إلى الكفالة مباشرة؟ وستوضح الإجابة على هذا التساؤل فيما يلي.

ثانياً: أسباب لجوء الأفراد إلى خطابات النوايا وتفضيلها على الكفالة

إن اللجوء إلى خطابات النوايا تزايد في الآونة الأخيرة، حيث شاع استخدام هذه الوسيلة لاعتبارات متعددة، لعل من أهمها رغبة من وقع الخطاب على وجه الخصوص في عدم التورط قدر الإمكان في تحمل المسؤولية المباشرة عن سداد الدين أو بالأحرى رغبته في الإفلات من دائرة القانون حتى تظل له حرية التصرف واتخاذ القرارات التي يراها مناسبة لتحقيق مصالحه.³

فإرادة عدم الالتزام تمثل سبباً من أسباب لجوء الأفراد إلى خطابات النوايا. فضلاً على ذلك قد يتم اللجوء إلى هذه الوسيلة لاعتبارات وظروف خاصة لدى المرسل تمنعه من الالتزام صراحة في المحيط القانوني عن طريق إحدى وسائل التأمينات الشخصية التقليدية كالكفالة.⁴

إلا أن الأسباب التي تجعل خطاب النوايا مفضلاً على غيره من الوسائل، خاصة الكفالة، هي رغبة الأفراد في الهروب من القواعد القانونية الصارمة التي تتعلق بالشروط والشكليات المتطلبة لإعطاء

¹-Tr. D'Arras :15-11-1995- R.J.Com.1996-P.354-note .S. Hocquet -berg.

² خليل فيكتور تادرس، خطابات النوايا الصادرة عن الغير في مجال الائتمان، المرجع السابق، ص. 89 .

³ مصطفى محمد الجمال، السعي إلى التعاقد، المرجع السابق، ص. 343 .

⁴ مصطفى محمد الجمال، المرجع نفسه، ص. 375 .

الضمان¹ سواء المتعلقة منها بصفته الشخصية أو بصفته الوظيفية²، على رأسها ضرورة الحصول على إذن مجلس إدارة شركة المساهمة قبل إعطاء الكفالة، وكذلك ضرورة ذكر الكفالات في الميزانية السنوية للشركة وسائر القواعد والاشتراطات الأخرى³.

غير أن الأمر لا يكون حسبما يريد الأفراد، إذ قد تأتي الرياح بما لا تشتهي السفن. وبالفعل، فإن التجاء الأطراف إلى خطابات النوايا المتضمنة كفالة مستترة لا يحقق أية فائدة لهما ما دام قاضي الموضوع يتمتع بسلطة تقديرية فيما يتعلّق بتكليف الالتزام وإنزال الوصف الصحيح عليه دون التوقف عند التكليف الذي أعطاه الخصوم لهذا التصرف، ومن ثم تعامل معاملة الكفالات وينطبق عليها ما ينطبق على الكفالات العادية، ومن أهمها ضرورة الحصول على إذن مسبق من مجلس الإدارة قبل إصدار الكفالة لمصلحة الغير، وإدراجها في ملحق ميزانية الشركة المصدرة⁴، وفي حالة تخلف هذا الإذن، فإنه من غير الجائز الاحتجاج بالكفالة على الشركة.

وإذا كانت الكفالة صادرة من مدير الشركة بصفته الشخصية، ولم يحصل على الإذن المسبق، فإنه يتحمل شخصيا مسؤوليتها ولا يبطل التعهد.

كما يلتزم الكفيل بالوفاء النقدي أو بالتتفيذ العيني، وكما يرى البعض لا تلعب القوة القاهرة دورا يذكر في هذه الحالة نقيض الحال في خطابات النوايا الأخرى⁵.

هذا وتجدر الإشارة إلى أنّ خطابات النوايا قد تتضمن التزاما أشد من الكفالة يقضي بالدفع بمجرد الطلب⁶، وذلك في حالات نادرة جدا أين يتطلّب الأمر إرادة صريحة من الأطراف في تقرير هذا النوع من الضمان. والقاعدة في ذلك اختيار الألفاظ المناسبة للتعبير بدقة عن المعنى المراد بحيث لا يدع مجالا

¹ - Ch. Albiges, M-P. Dumont –Lefrand, droit des sûretés, op. cit, p. 189.

² نبيل إبراهيم سعد، الضمانات غير المسماة، المرجع السابق، ص. 53 .

³ مصطفى أحمد عبد الجواد، خطابات النوايا الصادرة عن الغير في مجال الائتمان ، المرجع السابق، ص. 84 .

⁴ خليل فيكتور تادرس، خطابات النوايا الصادرة من الشركات الأم لحساب أحد الفروع وقيمتها القانونية، المرجع السابق، ص. 92 .

⁵ خليل فيكتور تادرس ، المرجع نفسه ، ص. 93 .

⁶-Ch. Meyer, art.préc, p. 07. ;Lamy droit des sûretés, op.cit p145, pp.11.

للك¹. وهذا ما يؤكد في النهاية أنه لا توجد طبيعة قانونية موحدة لخطابات النوايا، حيث تختلف القيمة القانونية للخطاب بحسب نوعه وصياغته والعبارات والألفاظ التي يتضمنها.

¹-Lorsque l'émetteur d'une lettre d'intention s'engage à payer de manière irrévocable et inconditionnelle une certaine somme afin de garantir la bonne fin de l'exécution de l'obligation d'un tiers débiteur du destinataire de la lettre, sans subordonner son paiement à la défaillance du débiteur, la qualification de garantie autonome s'impose. En effet, le signataire contracte une obligation de payer, déterminée dans son montant, distincte et détachée de celle dont il garantit l'exécution. La requalification de la lettre de confort en garantie autonome sera plutôt rare, l'engagement du confortant étant en général de payer la dette du débiteur défaillant, condition antithétique de la notion de garantie autonome.

Voir en ce sens notamment: Cass. Com. 10 mai 1999, n° 95-21.535, Bull.civ, n° 102; D. 2000, jur, p. 112, note Picod y; JCP (G)1999, II, n° 10199, note Stoufflet J.; Cass.Com, 15juin 1999, N94-13.615, Bull .Civ IV, n126,D2000, Jur; p112, note Picod .Y, qui écrit: « pour que l'on puisse qualifier l'engagement de garantie à première demande, il ne faut pas que l'exécution soit tributaire de la défaillance du débiteur: c'est le propre de la caution de s'engager pour le cas où le débiteur ne paierait pas.

الفصل الثاني

النظام القانوني لخطابات النوايا

الفصل الثاني

النظام القانوني لخطابات النوايا

لا بد لكل إتفاق، في أية علاقة تعاقدية، من قانون يحكمه ويبين شروطه وحدوده، فلا يتصور وجود أي إتفاق أو عقد له قوة إلزام ذاتية، فلا بد أن يرتبط الإتفاق أو العقد بنظام قانوني معين يمنحه قوة الإلزام ويرتّب له آثاره.

كذلك ينطبق الأمر على خطابات النوايا، سواء تعلّق الأمر بالخطابات الصادرة في إطار المفاوضات الممهّدة للتعاقد (المبحث الأول) أو بتلك التي تحمل نفس التسمية ومجالها المعاملات المصرفية (المبحث الثاني).

المبحث الأول

النظام القانوني لخطابات النوايا الصادرة عن أطراف التفاوض.

ليس من شك من أن خطابات النوايا الصادرة أثناء التفاوض تخضع لنظام قانوني معين، حيث تحكمها قواعد خاصة يسهر القضاء على تطبيقها، وأيا ما كان الخلاف الذي إحتدم بين الفقهاء حول طبيعة هذه القواعد، فإن ذلك لا ينال من قانونية هذه الآلية في التعامل، فليست خطابات النوايا مجرد مشروع في الهواء، وإنما هي تصرف يتمّ تحت عباءة القانون، إذ بمجرد دخول الطرفين في التفاوض فإنهما لا يعودا من الغير، وإنما تتكون بينهما علاقة قانونية خاصة، تنشئ على عاتقهما إلتزامات تبادلية معينة (المطلب الأول)، يترتب على الإخلال بها قيام المسؤولية المدنية، أي أن كلا منهما يصبح دائنا ومدينا تجاه الآخر، فالواقع أن الطرفين المتفاوضين لم يعودا في دائرة الواجبات الأنسانية العامة، بل إنهما عبرا بالفعل إلى دائرة القانون (المطلب الثاني)، فمتى توافرت أركان المسؤولية (الخطأ والضرر وعلاقة السببية) تحققت المسؤولية وترتبت عليها آثارها، ووجب على المسؤول تعويض الضرر الذي أحدثه بخطئه.

فالتعويض إذن هو الحكم الذي يترتب على تحقق المسؤولية، وهو جزاؤها، ويسبق ذلك دعوى المسؤولية ذاتها، ففي الكثرة الغالبة من الأحوال لا يسلم المسؤول بمسؤوليته، ويضطر المضرور إلى أن يقيم عليه الدعوى (المطلب الثالث).

المطلب الأول

القيود الواردة على نفاذ خطابات النوايا في مواجهة أطراف التفاوض.

في الواقع إن صياغة خطابات النوايا، تثير مشكلة، باعتبارها فنا، يقصد به إفراغ عملية معينة في قالب تعاقدي أو غير تعاقدي بحسب رغبة الأطراف، فيما إذا كان هذا العمل من قبيل التصرف القانوني الذي يستلزم بالضرورة تحقق شروط صحته (الفرع الأول).

ثم تطرح مسألة تعيين القضاء المختص ذي الصلاحية، فيما إذا كانت خاضعة للقانون الداخلي، أو أن عنصرا معينا (جنسية أو محل إقامة الأطراف، أو مكان حصول الجرم أو مكان تنفيذ العقد...) يكسبها صفة أجنبية تؤدي إلى تطبيق مبادئ القانون الدولي، والتي مؤداها وجوب تطبيق القانون الأكثر صلة بالعلاقة من خلال تطبيق قواعد قانونية ذات طبيعة خاصة تميزها عن غيرها من القواعد القانونية الوطنية، يطلق عليها قواعد الإسناد (الفرع الثاني)، ثم إن خطابات النوايا كوثائق كثيرا ما تجسد ما اتفق عليه أطراف التفاوض سواء بشأن سير المفاوضات أو فيما يتعلق ببعض عناصر العقد الذي يجري الإعداد لآبرامه (اتفاقات التفاوض)، حيث تتضمن هذه الأخيرة القواعد الواجب مراعاتها خلال مرحلة المفاوضات من جانب الفرقاء (الفرع الثالث).

الفرع الأول

أهلية التوقيع على خطاب النوايا وصحته.

أسلفت الباحثة من بيان ماهية خطاب النوايا إلى أنه وثيقة أو مستند يحرره أحد الأطراف المعنية خلال التفاوض على عملية التعاقد لتحقيق غرض معين، وباعتباره محررا ومستندا ينطوي على عمل إرادي، إفرادي أساسا، وتبادلي ضمنا بعد وصوله إلى الطرف الآخر، فهو تصرف قانوني (un acte juridique) يبتغي ترتيب أثر معين¹.

تبيّن ممّا سبق أن التصرف الثابت في خطاب النوايا هو تصرف قانوني وليس مجرد عمل مادي ومن ثمّ يجب أن تتوافر في المتفاوض أهلية الأداء حتى يكون تصرفه صحيحا والأهلية هي الصلاحية حيث أنها صفة يقدرها الشخص تجعله صالحا لأن تثبت له الحقوق، أو تثبت عليه الواجبات، وتصح منه التصرفات²، فالواقع أن الشخص حينما يريد الدخول في التفاوض فإن إرادته تتجه إلى إحداث أثر قانوني حيث تنطوي هذه الإرادة على نية الالتزام وهي الالتزام بالتفاوض بحسن نية وما يتفرع عنه من التزامات

¹ أحمد عبد الكريم سلامة، النظام القانوني لمفاوضات العقود الدولية، المرجع السابق، ص. 11 .

² شيرزاد عزيز سليمان، حسن النية في إبرام العقود، المرجع السابق، ص. 170 .

وبالتالي يجب أن يكون هذا الشخص صالحا للقيام بذلك، فضلا على أن التفاوض يهدف إلى إبرام عقد معين، فإذا كان هذا العقد سيقع باطلا لانعدام أهلية التفاوض، أو قابلا للإبطال لنقص أهليته، فلا معنى إذا للتفاوض عليه، كما أن التفاوض عمل إنساني يقوم على التفاعل والتعاون بين الطرفين، ويفترض قيام التعارض الشديد بين مصالحهما، مما يتعين معه أن تكون لدى المتفاوض الخبرة والدراية الواسعة ببواطن الأمور، فإن كان الأمر كذلك، وكان إبرام العقد الذي هو مجرد تبادل إيجاب وقبول يحتاج إلى أهلية الأداء فأولى أن تتوافر هذه الأهلية عند التفاوض عليه¹.

ولاشك أن التفاوض على العقد يعد من التصرفات الدائرة بين النفع والضرر، ومن ثم فإن الاتفاق على هذا التفاوض يكون باطلا إذا كان المتفاوض عديم الأهلية، إما لعدم بلوغه سن التمييز، أو كان محجورا عليه أو لسفه أو لغفلة، واستثناء من ذلك يكون اتفاق ناقص الأهلية على التفاوض صحيحا إذا كان يتفاوض للتصرف في ماله المخصص لأغراض نفقته، أو كان يتفاوض لإبرام عقد فردي، أو كان قد بلغ سن السادسة عشر ويتفاوض للتصرف فيما يكسبه من عمله من أجر أو غيره، أو كان قد بلغ سن الثامنة عشر وأذن له بإدارة أمواله أو بمزاولة التجارة، وقام بالتفاوض لهذا الغرض في الحدود المقررة قانونا.

ويترتب على ذلك نتيجة هامة، وهي أن التفاوض من ناقص الأهلية يستطيع في غير هذه الحالات الاستثنائية أن يقطع المفاوضة في أي وقت، دون أي مسؤولية، وهذا مع عدم الإخلال بإلزامه بالتعويض إذا لجأ إلى طرق احتيالية ليخفي نقص أهليته المادة 119 من القانون المدني المصري. و بذلك تندفع تلك النتيجة الغريبة التي نبيتها في الرأي شبه المجمع عليه القائل بردّ المسؤولية عن الانسحاب من المفاوضات إلى القواعد العامة للمسؤولية التصديرية والتي تقضي بمسؤولية ناقص الأهلية عن قطعه المفاوضات، في الوقت الذي لا يكون فيه مسؤولا إن تمسك بإبطال العقد النهائي ذاته، وهذه النتيجة غريبة لا يمكن قبولها وبالتالي فإن اعتبار التفاوض على العقد تصرفا قانونيا يصحح هذا الوضع الغريب المنافي للمنطق .

وكذلك يجوز للمتفاوض عديم الأهلية أن ينسحب من المفاوضات دون أية مسؤولية، وذلك لبطان اتفاقه على التفاوض².

بل ويجوز للمتفاوض كامل الأهلية أن ينسحب من المفاوضات إذا تبين له أن المتفاوض الآخر عديم الأهلية، إذ لا معنى للاستمرار في المفاوضات وسيف البطلان مسلط عليه .

¹ رجب كريم عبد اللاه، التفاوض على العقد، المرجع السابق، ص.410.

² رجب كريم عبد اللاه، المرجع نفسه، ص.411 .

فإذا اقترن الإيجاب بالتفاوض بقبول مطابق، وكان كل طرف أهلا للتفاوض، وإرادته خالية من العيوب، انعقد الاتفاق على التفاوض صحيحا، وترتبت آثاره القانونية، وهي التزام الطرفين بالتفاوض على العقد بحسن نية وما يتفرع عن ذلك من التزامات.

غير أن الاتفاق على التفاوض قد لا يترتب آثاره في الحال¹، وذلك عندما يكون معلقا على شرط واقف كما لو اتفق صاحب العمل مع طالب العمل على أنه سيتفاوض معه من أجل إلحاقه بالعمل في مصنعه إذا ما عاود هذا المصنع تشغيله بالكامل في المستقبل كما في مصانع رينو².

وعلى أية حال، فإنه يجب ألا يكون الاتفاق على التفاوض باطلا أو قابلا للإبطال، وإلا فلا تترتب آثاره، أو يكون مهددا بالزوال، والواقع أنه بالإضافة إلى حالات البطلان والقبالية للإبطال التي يسببها انعدام أو نقص الأهلية، أو وجود عيب من عيوب الإرادة، فإن الاتفاق على التفاوض يقع باطلا أيضا إذا كان الشيء المتفاوض عليه خارجا عن دائرة التعامل بطبيعته أو بحكم القانون، أو إذا كان سببه مخالفا للنظام العام أو الآداب، كما لو تفاوض موظف عام مع شخص من الجمهور للحصول منه على رشوة، أو أن يقدم مجرم بإحتجاز شخص كرهينة، ويتفاوض مع احد أقاربه للحصول منه على فدية. ولما كان الأمر يتعلق بالمفاوضات، فإن مختلف المستندات والوثائق المتبادلة بين أطراف التفاوض المتواجدين عادة في دول مختلفة، هوما يثير مشكلة تنازع القوانين حول القيمة القانونية لتلك المستندات والمحركات، ومن بينها خطاب النوايا³.

الفرع الثاني

القانون الواجب التطبيق على خطابات النوايا.

كثيرا ما تؤدي صياغة كتاب النية إلى استخدام ألفاظ مطاطة ليس لها مفهوم قانوني محدد يمكن أن يدع مجالا للتأويلات والتفسيرات المتضاربة ليس فقط من جانب الطرفين، بل كذلك من حيث الجهة القضائية التي قد تنظر المسألة، عندما يدعي من وجه إليه الخطاب بأن الطرف الآخر قد أخل بالتزام تعاقدية أو اتفاقي ناشئ عن ذلك الخطاب.

إن التساؤل قد يثور حول القانون واجب التطبيق على الإخلال بتنفيذ ما ورد أو اتفق عليه الأطراف في خطابات النوايا.

¹ رجب كريم عبد اللاه، التفاوض على العقد، المرجع السابق، ص. 412.

² - Ibrahim Najjar, L'accord de principe, op.cit, p.58.

³ أحمد عبد الكريم سلامة، النظام القانوني لمفاوضات العقود الدولية، المرجع السابق، ص. 11.

هذا ولا تتفق القوانين المختلفة على كلمة سواء وذلك بسبب اختلاف التكييف القانوني للعلاقات والروابط بين أطراف عملية التفاوض، وهو تكييف يخضع لقانون القاضي كما هو معروف، وتوضح الدراسة فيما يلي مواقف بعض القوانين الوطنية.

الرّاجح أنه إذا ما عرض نزاع على القاضي الوطني بخصوص تنفيذ خطاب نوايا وكان هذا النزاع ذو طابع دولي، فإنه يتعين عليه البحث عن قاعدة الإسناد التي يندرج تحتها النزاع والتي يتم عن طريقها تحديد القانون الواجب التطبيق.¹

ويتوقف تحديد تلك القاعدة على تكييف القاضي للعلاقة المتنازع عليها وذلك بردها إلى طائفة معينة يخصها القانون بقاعدة إسناد.

ومن هنا تبدو ضرورة التّكييف، فأمام الوقائع غير المتناهية وكذلك النصوص يلجأ المقتن والقاضي إلى توزيع تلك الوقائع المتشعبة تحت الطوائف والتقسيمات التي لها نص قانوني منظم وبوجه خاص لا يستطيع القاضي ذلك إلا إذا لجأ إلى تكييف تلك الوقائع، أي إعطائها الوصف القانوني المناسب الذي يؤهلها للإندراج تحت طائفة مسماة وضع لها المقتن تنظيمًا قانونيًا، فهناك مثلاً طائفة للمسؤولية المدنية، وهناك أيضاً طائفة لشكل التصرفات القانونية.. الخ.²

على أن القاعدة التي تحكم شكل التصرفات هي في الغالب تخضع لما يعرف بقانون إرادة المتعاقدين وإرادتهما الحرة في تقرير أي قانون يحكم علاقتهما التعاقدية سواء كانت صريحة أو ضمنية ويستقل القاضي في هذه الحالة بإستخلاصها من الظروف المحيطة بالتعاقد، حيث يمكن إستنباط هذه الإرادة من إستعمال الطرفين لإصطلاحات معروفة في قانون معين، أو كتابة إتفاقهما بلغة معينة، أو إنتماء الطرفين لجنسية دولة معينة، أو جعل الإختصاص بنظر المنازعات المتعلقة بالإتفاق الناتج بينهما إلى محاكم دولة معينة، فإذا تخلفت هذه الإرادة الصريحة ولم يتسن إستخلاص إرادة معينة من ظروف الإتفاق فستكون مهمة القاضي شاقة، ذلك لإختلاف حكم هذا النوع من التصرفات (خطابات النوايا) في القوانين الأجنبية وهذا ما سوف يتم التعرض له فيما يلي بشيء من التفصيل .

4 التحديد الإرادي للقانون الواجب التطبيق.

لما كان الأمر يتعلق بتصرف قانوني إرادي، فإن قاعدة الإسناد واجبة التطبيق لتحديد القانون المختص بحكم نظام خطاب النوايا، هي تلك الخاصة بالتصرفات القانونية الإرادية أو العقود، والتي

¹ رجب كريم عبد اللاه، التفاوض على العقد، المرجع السابق، ص. 663 .

² سمير عبد السميع الأودن، خطابات النوايا الصادرة في مرحلة التفاوض على العقد، المرجع السابق، ص. 88.

جوهرها خضوع العقود، والتصرفات الإرادية للقانون الذي يختاره الطرفان بإرادتهما الحرة¹. ووفقا للنظرية العامة لتنازع القوانين في العقود، فإن القانون واجب التطبيق على خطاب النوايا، وهو قانون الإرادة، هو الذي سيحدد القيمة القانونية له، ومدى قوته الإلزامية، والآثار القانونية المترتبة عليه. ذلك أن مشكلة تنازع القوانين ستتقلص إلى حد بعيد لو حسم الأطراف بأنفسهم القوة والقيمة القانونية لخطاب النوايا. ولكن كيف؟

من ثوابت النظام القانوني للعقود، أن إرادة الطرفين تتمتع بسيادة فالسيادة تعني أن إرادة الطرفين هي المشرع لمختلف بنود ونصوص العقد حسبما تتلاقى مصالح الأطراف. وما يضعه هؤلاء يعد قواعد قانونية خاصة تشكل في مجموعها القانون التعاقدى الذي ينظم علاقات وروابط الأطراف، ويشبه القانون الصادر من البرلمان. أما الاستقلال، فهو يعني أنه في إعداد القواعد الاتفاقية النظامية لا يخضع المتعاقدان لغير ما تمليه عليهما المصالح والمنافع المشتركة، مع التحفظ الخاص بعدم الارتباط بمقتضيات المصلحة العامة ومبادئ وقيم النظام العام. وكلا الوجهين يجسدهما المبدأ الذائع "سلطان الإرادة" الذي اعترف به المشرع الوضعي صراحة (م 147 مدني مصري وم 1134 مدني فرنسي) تحت مسمى العقد شريعة المتعاقدين، والاتفاقات والعقود المبرمة بنحو قانون تعتبر قانون من أبرموها² ولقد نصت على ذلك صراحة المادة 18 من القانون المدني الجزائري³ والتي جاء فيها "يسري على الإلتزامات التعاقدية القانون المختار من المتعاقدين إذا كانت له صلة حقيقية بالمتعاقدين أو بالعقد. وفي حالة عدم إمكان ذلك يطبق قانون الموطن المشترك أو الجنسية المشتركة. وفي حالة عدم إمكان ذلك، يطبق قانون محل إبرام العقد"⁴.

2 السكوت عن تحديد القانون واجب التطبيق على خطاب النوايا.

إن خطاب النوايا هو تصرف قانوني صادر عن يملكه، وككل تصرف قانوني لا بد أن يفرغ خطاب النوايا في شكل محرر مكتوب أو دعامة ورقية أو رقمية، تثبت محتواه.

وفي مجال التعامل الدولي عن طريق العقود، يكون خطاب النوايا تصرفا قانونيا عابرا للحدود ويتصل بالنظام القانوني لأكثر من دولة، وهو ما يقود بالضرورة إلى تنازع القوانين حول الشكل الذي ينبغي أن يفرغ فيه. وتخضع مسألة شكل خطاب النوايا للقاعدة العامة في حال تنازع القوانين في مسائل

¹ أحمد عبد الكريم سلامة، النظام القانوني لمفاوضات العقود الدولية، المرجع السابق، ص. 11.

² سمير عبد السميع الأودن، خطابات النوايا في مرحلة التفاوض على العقد، المرجع السابق، ص. 146.

³ عيوط محند واعلي، مداخلة بعنوان: خصوصية عقود الأعمال الدولية في القانون الجزائري، الملتقى الوطني حول عقود الأعمال و دورها في تطوير الاقتصاد الجزائري، جامعة عبد الرحمان ميرة - بجاية - يومي 16 17 2012 . 390.

⁴ القانون رقم 05 10 المؤرخ في 13 جمادى الأولى عام 1426 هـ الموافق لـ 20 جوان 2005 المعدل والمتمم لأمر رقم 75 58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 والمتضمن القانون المدني .

الشكل عموماً، وهي التي تقرّر خضوع الشكل لقانون المحل فالخطاب الذي يحرر أو يعد في مصر يخضع في شكله إلى القانون المصري¹.

غير أنه بالنظر للطابع الاختياري وإعمالاً لقاعدة خضوع الشكل لقانون المحل، طبقاً لمقتضيات اتفاقية روما فإن خطاب النوايا يعد صحيحاً من حيث الشكل، إذا استوفى الشكل الذي يقرره فضلاً عن قانون محل إعداده، القانون الذي يحكم موضوعه، أو قانون الموطن المشترك للطرفين مصدر الخطاب والموجه إليه أو قانون جنسيتها المشتركة². إذا لم يحدد مصدر الخطاب ويبين حقيقة مضمونه، وما إذا كان يحتوي على تعهدات اتفاقية لها أثر ملزم يشكل الإخلال بها خروجاً على التزامات تعاقدية ترتب المسؤولية القانونية، فإن القيمة القانونية لخطاب النوايا تخضع في تحديدها للقانون واجب التطبيق على التصرفات القانونية الإرادية وهو القانون الذي يختاره أطراف التفاوض صراحة أو ضمناً، أو قانون محل إعداد وتحرير الخطاب، أو قانون الموطن المشترك وهو ما أشار إليه المشرع المصري صراحة في نص المادة 1/19 مدني مصري وتقابلها المادة 18 من القانون المدني الجزائري سالف الذكر³.

وعلى ذلك إذا أشارت قاعدة الإسناد المشار إليها باختصاص قانون دولة أجنبية، فإن هذا القانون هو الذي يحكم القيمة القانونية لخطاب النوايا. وتختلف القوانين الأجنبية في هذا الشأن، حيث لا يعترف، جانب منها، لخطاب النوايا بأي قوة إلزامية، أو طبيعة تعاقدية، وهذا على خلاف البعض الآخر.

الفرع الثالث

التزامات أطراف التفاوض الثابتة في خطابات النوايا

إنه من مقتضيات حسن النية، الالتزام بكل مستلزمات التفاوض على العقد، ويكشف تفحص خطابات النوايا (في الغالب الأعم) عن تعدد تلك الالتزامات من ذلك :

الالتزام بالدخول في التفاوض، والالتزام بالتفاوض بحسن نية⁴.

¹ لمزيد من التفصيل، انظر صلاح الدين، جمال الدين، تنازع القوانين (دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون)، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية 2007.

² - La convention de Rome du 19/06/1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles, dans son article 4 décide: « le contrat est régi par la loi du pays avec lequel il présente les liens les plus étroits ». Ces éléments peuvent être divers: nationalité commune des parties, lieu de situation des immeubles, objet de la négociation, langue de la négociation, etc....

Voir Johanna Schmidt, Les lettres d'intentions, RDAI, n°3/4,2002, p.258.

³ براهامي فايزة، التزامات الأطراف في المرحلة السابقة على التعاقد، مذكرة لنيل شهادة الماجستير تخصص قانون العقود والمسؤولية، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان 2008-2009، ص.45.

⁴ رجب كريم عبد اللاه، التفاوض على العقد، المرجع السابق، ص.415.

أولا: الالتزام بالدخول في التفاوض

هو التزام بتحقيق نتيجة، حيث يتعين على الطرفين الدخول في التفاوض بالفعل، وذلك بالبداية في مناقشة شروط العقد في الحال، أو بالذهاب إلى مائدة المفاوضات في الموعد المحدد لبداية المفاوضات والغالب أن يتفق الطرفان على هذا الموعد صراحة، فإذا لم يكن ثمة اتفاق التزم كل منهما بالبداية في المفاوضات في المدة المعقولة، وقد أخذت محكمة النقض الفرنسية بفكرة المدة المعقولة في قضية رينو الشهيرة، حيث اعتبرت هذه المدة قد انقضت بسبب تقاعس رب العمل عن تقديم أي عرض إلى طالب العمل خلال عدة سنوات.

ثانيا: الالتزام بالتفاوض بحسن نية:

ولعل هذا الالتزام هو الالتزام الجوهرى في مرحلة التفاوض على العقد، حيث يعد حسن النية مطلباً أساسياً لنجاح المفاوضات، بل إن ثمة التزامات أخرى تقع على عاتق الطرفين في هذه المرحلة يستلزمها التفاوض على العقد بحسن نية.

وفيما يلي سوف يتم التعرض بشيء من التفصيل إلى الإلتزام بالتفاوض بحسن نية، ثم يليه التعرض للإلتزامات المتفرعة عنه.

4 الإلتزام بالتفاوض بحسن نية.

يلتزم الطرفان بمقتضى إتفاقهما على التفاوض بأن يتفاوضا على العقد بحسن نية، وذلك بأن يختار كل منهما في تنفيذ إلتزامه بالتفاوض بالطريقة التي تقرضها الأمانة والنزاهة في التعامل¹. فما دام أن هناك دائماً إتفاقاً على الفاوض بين الطرفين، صريحاً كان أو ضمناً، فإن هذا الإتفاق يجب تنفيذه بحسن نية طبقاً للقواعد العامة، حيث تقضى المادة 148 من القانون المدنى المصرى في فقرتها الأولى بأنه: " يجب تنفيذ العقد طبقاً لما إشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية " وهو نفس الحكم الذي تقضى به المادة 1134 من القانون المدنى الفرنسى في فقرتها الثالثة، ولا شك أن وجوب تنفيذ العقد بحسن نية هو حكم عام ينطبق على كافة العقود والإتفاقات بما في ذلك إتفاق التفاوض².

¹ عبد المنعم موسى إبراهيم، حسن النية في العقود (دراسة مقارنة)، منشورات زين الحقوقية بيروت، لبنان 2006، ص. 42.

² E'exigence de la bonne foi ne naît pas du contrat, mais qu'elle s'identifie pleinement à cette norme de civilité qui constitue le propre de l'article 1382 du code civil français, qu'elle manifeste une exigence de comportement qui joue dans les relations sociales indépendamment de leur caractère contractuel ou extracontractuel et qu'en tant que telle, elle s'impose aux contractants comme elle s'impose à tout un chacun. Ainsi entendu, le devoir de bonne foi n'est rien d'autre qu'une manifestation de la règle de civilité qui gouverne l'honnêteté in comme ex contractu; autrement dit, il ne, il ne prend pas sa source dans le contrat, il ne constitue pas un effet contractuel, mais plutôt le simple reflet de la règle générale et comportementale édictée par l'article 1382 déjà cité. En somme, il est l'expression d'un devoir de

الفصل الثاني النظام القانوني لخطابات النوايا

كما أن المبادئ العامة للعقود التجارية الدولية التي وضعها معهد توحيد القانون الخاص في روما عام 1994¹، وهي من أبرز الأعمال التي أنجزها هذا المعهد لتوحيد القانون الخاص بالعقود التجارية الدولية²، وقد إشتراك في إعداده كبار فقهاء القانون التجاري الدولي على مستوى العالم، منهم عدد كبير من الفقهاء ورجال القانون الذين شاركوا في إعداد وصياغة إتفاقية الامم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي³.

وقد أعدت هذه المبادئ تلبية للحاجة نحو إعداد تقنين للمبادئ العامة التي تحكم عقود التجارة الدولية، بحيث يمكن قبوله على مستوى جميع دول العالم، بغض النظر عن إختلاف ظروفها الإقتصادية والسياسية والإجتماعية، وهي تعبر عن المفاهيم القانونية السائدة في معظم الأنظمة القانونية⁴. ولقد جاءت هذه المبادئ صريحة في المادة 4 7 5 على أنه يلتزم الأطراف بإحترام مقتضيات حسن النية في التجارة الدولية، ولا يستطيعون إستبعاد هذا الإلتزام أو يضيّقوا نطاقه ولعل القانون المدني الإيطالي هو من بين القوانين المدنية التي عالجت مسألة المفاوضات في العقود وإقتصر وجه المعالجة على النص على مبدأ الإلتزام حسن النية في التفاوض 1337 مدني إيطالي⁶.

ويعتبر الإلتزام بالتفاوض بحسن نية إلتزاما بالمعنى الضيق وليس مجرد واجب عام، وهو إلتزام حقيقي له دائن ومدين ومحل وسبب، كما أنه لا ينشأ على عاتق الطرفين إلا عندما ينعقد التفاوض بينهما بالفعل.

والواقع أن هذا الإلتزام هو بالضرورة إلتزام تبادلي يقع على عاتق الطرفين معا، حيث يكون كل منهما دائما بهذا الإلتزام ومدينا به في الوقت نفسه، وذلك حتى يكون كل متفاوض حريصا على مصالح

morale sociale , extérieur du contrat , non seulement permanent mais universel , qui déborde et transcende la seule sphère contractuelle et qui , dès lors , s'impose à tous, contractants ou non contractants, et à fortiori donc aux futurs et aux ex-contractants.

Voir : Denis Mazeaud, la bonne foi : en arrière toute ? , Recueil Dalloz 2006, p. 761 .

¹- Jérôme Huet, les contrats commerciaux internationaux et les nouveaux principes d'unidroit – une nouvelle Lex Mercatoria, les petites affiches, 10 novembre 1995, n 35 , p.8 .

²- Les Principes d'Unidroit relatifs aux contrats du commerce international, publiés par l'institut international pour l'unification du droit privé, organisation intergouvernementale indépendante dont le siège est à Rome et dont la vocation est d'étudier les moyens d'harmoniser et de coordonner le droit privé. Laurent Vandomme, la négociation des contrats internationaux, op.cit, p. 487.

³ أمين دواس ، مقال بعنوان : التعويض في ظل إتفاقية فينا للبيوع الدولية والمبادئ العامة لعقود التجارة الدولية باللغة الإنجليزية، مجلة الحقوق الكويتية، ع 2، مجلس النشر العلمي جامعة الكويت، سنة 1999، ص.11

-Amin Dawes, Damages Under CISG and Unidroit Principles, journal of law, Academic publication council, Kuwait university 1999, p.11.

⁴ شيرزاد عزيز سليمان ، المرجع السابق ، ص. 112 .

⁵ -l'article 1 7 stipule : « les parties sont tenues de se conformer aux exigences de la bonne foi dans le commerce international.

Elles ne peuvent exclure cette obligation ni en limiter la portée ».

Voir : Guy Robin, le principe de la bonne foi dans les contrats internationaux, RDAI, N6, 2005, p.720.

⁶ عبد الكريم سلامة، النظام القانوني لمفاوضات العقود الدولية، المرجع السابق، ص. 41.

المتفاوض الآخر كحرصه على مصالحه الشخصية قدر الإمكان، وحتى يكون التفاوض ساحة للتعامل بأمانة وشرف وليس ساحة للأكاذيب والخداع¹.

هذا ولقد يثور التساؤل عن مدى الإلتزام بالتفاوض بحسن نية، فهل هو الإلتزام ببذل عناية أم الإلتزام بتحقيق غاية؟

قد يبدو من الوهلة الأولى أن هذا الإلتزام هو الإلتزام ببذل عناية، ولكن هذا الخاطر سرعان ما يتبدد إذا ما أمعنا النظر في مضمون هذا الإلتزام.

فالواقع أن الإلتزام بالتفاوض بحسن نية يوجب على المتفاوض أن يكون حسن النية بالفعل أثناء التفاوض على العقد، بحيث لا يلجأ في تفاوضه إلى الغش والخديعة، بل يتبع المسلك المألوف والمعتاد في التفاوض². ومن ثم فإن حسن النية هو محل هذا الإلتزام، وهو غايته المنشودة، كما أن حسن النية يدخل بالضرورة في تقدير الطرفين عند إتفاقيهما على التفاوض، فكل منهما يتوقع من الآخر أن يتفاوض معه بطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية³، بحيث لو علم أن الطرف الآخر لن يكون حسن النية، لإمتنع حتما عن الدخول معه في التفاوض، وبذلك فإن الإلتزام بالتفاوض بحسن نية هو الإلتزام بتحقيق غاية.

بيد أن الإلتزام بالتفاوض بحسن نية لا يعني البتة أن يكون المتفاوض ملزماً بإبرام العقد النهائي بالفعل، لأن ذلك من شأنه إهدار مبدأ حرية التعاقد، فالواقع أن المتفاوض يظل متمتعاً بكامل حرّيته في التعاقد من عدمه، بحيث يجوز له الإنسحاب من المفاوضات والإمتناع عن إبرام العقد في أي وقت، شريطة أن يتم ذلك في إطار حسن النية.

2 الإلتزامات المتفرّعة عن الإلتزام بالتفاوض بحسن نية .

إن تنفيذ الإلتزام بالتفاوض بحسن نية يستلزم أن يتحمل الطرفان التزمات أخرى ثانوية تنفرع عنه وتقوم بجواره جنباً إلى جنب، وذلك حتى يتم التفاوض على أكمل وجه وفيما يلي ستعرض الباحثة لهذه الإلتزامات بشيء من التفصيل⁴.

¹ رجب كريم عبد اللاء ، التفاوض على العقد، المرجع السابق، ص. 419 .

² -Jean Marc Mousseron, op .cit, p.54.

³ - Guy Robin, art.préc, p.695.

⁴ أحمد عبد الكريم سلامة، النظام القانوني لمفاوضات العقود الدولية، المرجع السابق، ص. 39 .

أ- الالتزام بالإعلام .

لعل من أهم مظاهر الالتزام بالتفاوض بحسن نية هو أن يقوم كل طرف بالإفشاء إلى الطرف الآخر بكل ما لديه من بيانات ومعلومات تتعلق بالعقد المتفاوض عليه، وذلك حتى يتسنى للطرف الآخر أن يقدم على التعاقد بإرادة سليمة ومنتورة.¹

و الحق أن الالتزام بالإعلام في مرحلة التفاوض يلعب دورا إيجابيا وبناء في تكملة وتحديد نظرية عيوب الرضا. وحتى يكون المتفاوض حسن النية يجب أن يقوم بإعلام المتفاوض الآخر بشفافية تامة وذلك بأن يدل إليه بكل ما لديه من معلومات دون تورية أو كتمان، طالما أن هذه المعلومات لها أهميتها في التعاقد، وذلك حتى يقوم التفاوض على الصراحة والمكاشفة، والواقع أن الالتزام بالإعلام لا يقوم إلا في الحالة التي يكون فيها المتفاوض الآخر جاهلا بالبيانات والمعلومات اللازمة، إذ أن كل متفاوض يلتزم بالاستعلام بنفسه عن البيانات والمعلومات المتعلقة بالعقد الذي يريد إبرامه²، فالالتزام بالإدلاء بالمعلومات يقف عند الالتزام بالاستعلام المفروض على كل متعاقد، لأن القانون لا يحمي المهمل لمصلحه متى كان راشدا وذا أهلية للتعاقد، إذ الملاحظ أن المحاكم الفرنسية ترد دعوى البطلان المقدمة من أحد طرفي العقد إذا ثبت لها انه ارتكب خطأ بعدم قيامه بالاستعلام وكان بإمكانه ذلك .

وقد تفوق القانون المصري على غيره من القوانين في هذا الصدد³، حيث اعتبر مجرد السكوت عمدا عن واقعة مؤثرة في التعاقد تدليسا يجيز إبطال العقد والذي بموجب نص المادة 125 من القانون المدني المصري وذلك في الفقرة الثانية منها والتي جاء فيها : " يعتبر تدليسا السكوت عمدا عن واقعة أو ملاحظة، إذا ثبت أن المدلس عليه ما كان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة أو هذه الملاحظة".

وبالمثل حاول الفقه الفرنسي التركيز على حالة عدم التعادل بين الأطراف المتعاقدة فيما يخص العلم بما يتعلق بالعقد، وبالأخص العلاقة بين المحترف والشخص العادي، مما نتجت عنه آراء حول ضرورة التزام المتعاقدين بالإدلاء بالمعلومات المتعلقة بالعقد على أساس الالتزام بحسن النية في إبرام العقود وبعدها تتابعت التشريعات في فرض الالتزام بالإدلاء بالمعلومات المتعلقة بالعقد في المراحل السابقة على

¹ شيرزاد عزيز سليمان ، حسن النية في إبرام العقود، المرجع السابق ، ص.374 .

² -Cette obligation a une application absolue en droit anglo-saxon, se basant sur la théorie de la "caveat emptor" , justifié par la philosophie juridique individualiste de ce droit et permettant aux parties de négocier tout en gardant leurs cartes cachées. Le négociateur peut, selon ce raisonnement, cacher des informations même s'il est sûr que son partenaire aurait renoncé au contrat s'il avait eu connaissance de ses informations. Chacun doit donc défendre ses intérêts et rechercher les informations qui l'intéressent sans compter sur l'aide ou le support de son partenaire.

Voir : R. MONZER, Les effets de la mondialisation sur la responsabilité précontractuelle - Régimes juridiques romano-germaniques et anglo-saxons, RID comp. 3-2007, p. 531 .

³ رجب كريم عبد اللّاه، التفاوض على العقد، المرجع السابق ، ص.426 .

الفصل الثاني النظام القانوني لخطابات النوايا

التعاقد، وهناك العديد من مواد القانون المدني الفرنسي يستنتج منها القضاء بالالتزام بالإدلاء بالمعلومات في الفترة السابقة على التعاقد منها المادة 1110 منه والمتعلقة بالغلط، والمادة 1645 المتعلقة بضمان العيوب الخفية.

ويلاحظ أن القانون الإيطالي مر هو الآخر بالمراحل التي مر بها القانون الفرنسي في تطوره تجاه هذا الالتزام، فكان القضاء يستند فيه إلى قواعد الغلط والتدليس وضمان العيوب الخفية بالإضافة إلى القاعدة المتعلقة بالمسؤولية السابقة على التعاقد.¹

وقد اعتبر المشرع الجزائري كتمان واقعة مؤثرة في التعاقد تدليسا، تجيز للمدلس عليه إبطال العقد. وفي ذلك، تقضي المادة 2/86 ق.م.ج: "ويعتبر تدليسا السكوت عمدا عن واقعة أو ملابسة إذا ثبت أن المدلس عليه ما كان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة أو هذه الملابسة".

وهو ما سارت عليه المحكمة العليا الجزائرية، من أن المبدأ في القانون الجزائري هو اعتبار السكوت العمدي في واقعة مؤثرة في التعاقد تدليسا (dol par réticence)، اللهم إذا كان المتعامل حرفيا (أو مهنيا) فإنه لا يمكن له الإدعاء بالغش والتدليس.²

والواقع أن الالتزام بالإعلام في مرحلة التفاوض لا يقتصر دائما على مجرد الإدلاء بالبيانات المتعلقة بالعقد، وإنما قد يصل مداه في بعض الأحيان إلى أبعد من ذلك، وهو ما يحدث عندما يلتزم المتفاوض فضلا عن ذلك بالتحذير أو النصيحة، حيث تبدو أهمية هذا الالتزام بصدد العقود التي يحتاج فيها أحد الطرفين لمعاونة الآخر بسبب تفاوت الخبرة، ولا شك في قيام هذا الالتزام على عاتق المتفاوض المحترف بالنسبة للطرف الآخر، حتى يبين له مدى ملائمة العقد من الناحية الفنية والمالية، والواقع أن الالتزام بالنصيحة يتوقف في مداه على ضوء الأوضاع الخاصة بقدرات أطراف التفاوض والنظر إلى خبرتهم وإمكاناتهم، حيث يضيق كلما كان الشخص الذي سوف تبرم معه الصفقة أكثر خبرة من الشخص العادي.³

¹ شيرزاد عزيز سليمان، حسن النية في إبرام العقود، المرجع السابق، ص. 376.

² المحكمة العليا، غم، 1993/06/23، ملف رقم 101365، مذكور سابقا (العنب المباع كان مصابا بأمراض الكروم، وأن البائع كتم هذا المرض قصد بيع العنب). انظر: بلحاج العربي، المرجع السابق، ص. 78.

³ Bernard Beignier, La conduite des négociations, RTD com, 1998, p.463.

ب الالتزام بالتعاون¹

كذلك يلتزم الطرفان المتفاوضان بالتعاون البناء فيما بينهما طيلة مرحلة المفاوضات، بما يكفل الوصول بها إلى نتيجة مرضية، إما بانعقاد العقد ، وإما بالتفريق في سلام، فالواقع أن العقد لا يجب أن يقوم على الصّراع والتّناحر، وإنما على التّعاون والثّقة المتبادلة، فقد تحول العقد من مجرد حقوق والتزامات متبادلة بين الطرفين إلى نوع من الشّركة الموحدة المصالح ولا تدرج صور التّعاون تحت حصر، فكل ما يحتاجه السير الأمثل للعملية التفاوضية فهو لازم ومن الأمثلة يذكر الباحث عدم التراخي في تحديد مواعيد لجلسات التفاوض واحترام هذه المواعيد، الجدية في مناقشة عروض المتفاوض الآخر وعدم رفضها بدون مبرر معقول... الخ².

ج الاتفاق على عدم التفاوض مع الغير أثناء المفاوضات الجارية(اتفاق قصر التفاوض)

في الحقيقة إن التفاوض المتوازي مع الغير هو أمر مشروع ،وتقتضيه حرية المنافسة ،حيث جرت العادة خاصة في مجال التجارة الدولية على أن يقوم صاحب الشّأن بالتفاوض مع أكثر من شخص في نفس الوقت، لكي يختار من بينهم الشخص الذي يراه مناسباً، وهذا هو ما أقره القضاء الفرنسي صراحة³، غير أن ذلك لم يمنع بعض المحاكم الفرنسية من القضاء بأن إخفاء أمر قيام مفاوضات موازية مع الغير على الطرف المتفاوض في مرحلة متقدمة من المفاوضات والذي توافر لديه الإعتقاد بأن عملية إبرام العقد معه صارت وشيكة وأكيدة لا محالة ، قد يشكّل خطأ يسأل عنه الطرف المخل وهذا ما أقره القرار الصادر عن محكمة إستئناف باريس بتاريخ 1994/12/20⁴.

أما بالنسبة للقضاء الإنجليزي، فهو لا يعترف بشيء اسمه إلتزام قصر التفاوض، أو إلتزام بالإفصاح للطرف المتفاوض عن قيام مفاوضات موازية مع الغير⁵.

¹ محمد حسين منصور، العقود الدولية، المرجع السابق، ص. 57.

² أحمد عبد الكريم سلامة، النظام القانوني لمفاوضات العقود الدولية، المرجع السابق، ص. 42.

³ En droit Français, la cour d'appel de Bordeaux, dans un arrêt du 11 juin 1996, a exclu tout devoir d'exclusivité pesant sur une partie à la négociation, sous réserve bien entendu de convention contraire, reconnaissant ainsi la parfaite régularité d'un tel agissement. il n'est donc pas interdit de mener des discussions concurrentement avec plusieurs partenaires potentiels, ces négociations parallèles étant indispensables au jeu normal de la concurrence. Voir Laurent Vandomme, la négociation des contrats internationaux, RDAI/IBLJ, N5,2003, p.492.

⁴ La cour d'appel de paris, dans un arrêt du 20 décembre 1994 avait décidé que le fait de dissimuler l'existence de négociations parallèles à un partenaire maintenu dans l'illusion constitue une faute. L'analyse de la jurisprudence montre en effet qu'une faute peut être constituée lorsque l'une des parties laisse croire à l'autre que la conclusion de contrat est quasi certaine alors même qu'elle mène, avec un tiers, des négociations parallèles dont elle cache l'existence, peut donc peser sur le négociateur, dans certaines circonstances, un devoir de sincérité qui l'oblige à révéler l'existence, ou du moins la possibilité, de négociations parallèles. Rien n'oblige en revanche le négociateur à indiquer l'identité de l'autre partenaire, ni les chances de succès de cette négociation. En effet, sans toutefois supprimer l'exigence de sincérité, le devoir de secret devrait l'emporter. L. vandomme, ibid.

⁵ Laurent Vandomme, op.cit, p.492.

ولكن ذلك لا يمنع من أن يتفق أحد الطرفين أو كل منهما بالامتناع عن إجراء مفاوضات متوازية مع الغير لمدة معينة ويطلق على مثل هذا الاتفاق اتفاق قصر التفاوض¹، حيث يلتزم صاحب المشروع بعدم التفاوض مع غير الطرف الذي بدأ معه التفاوض خلال المدة المحددة لذلك، وقد يتحقق ذلك بإرادة منفرد، حيث تقوم إحدى الشركات بالكتابة إلى الطرف الآخر معبرة عن التزامها بعدم التفاوض مع الغير على الصفقة خلال مدة معينة حتى يكون هناك وقت لدراسة إمكانية إتمام العملية المبتغاة، فإن فائدة مثل هذا الخطاب (الذي يلزم صاحبه بعدم التفاوض مع الغير خلال فترة المفاوضات) ينشئ التزاماً على عاتقه لم يكن ليوجد لولا إرادته الصريحة في إلزام نفسه به التي عبر عنها الخطاب، ومن الأمثلة العملية على هذا الاتفاق أن شركة قامت بالتفاوض مع شركة أخرى لكي تباع لها أسهمها وعلامتها التجارية، وبعد أول اتصال معها كتبت إليها خطاب النوايا التالي:

"لاحظنا أن شركتكم تنوي شراء أسهم شركتنا وكذا علامتها التجارية، وحتى تتمكنوا من دراسة هذه الإمكانية، نتعهد تجاهكم بألا نجري أي تفاوض آخر مع الغير في هذا الشأن"².

⇨ الاتفاق على الالتزام بالسرية أو المحافظة على الأسرار.

حيث يلتزم المتفاوض بالمحافظة على الأسرار التي يطلع عليها أثناء التفاوض على العقد³ ولعل هذا الالتزام هو من أهم ما يقتضيه حسن النية في التفاوض⁴، إذ أن السير الأمثل للمفاوضات يتطلب من أحد الطرفين، أو من كلاهما، أن يبوح إلى الآخر ببعض الأسرار الهامة، وذلك إما لتنفيذ التزامه بإعلام الطرف الآخر إما لتحسيس هذا الأخير وتحفيزه على التعاقد معه.

حيث أن هذه الأسرار تمثل أهمية قصوى، فلذا يجب على المتفاوض الذي تلقى هذه الأسرار، أو بدت له تلقائياً أثناء التفاوض، أن يحافظ عليها⁵.

¹-Philippe Puech, Xavier Vamparys, Quelques éléments sur les clauses d'exclusivités dans les accords préliminaires de cession de droits sociaux, Bull Joly. sociétés, 01 décembre 2008, N12, p.1040.

² رجب كريم عبد اللاه، التفاوض على العقد، المرجع السابق، ص.499.

³ - Les tribunaux français ont jugé à maintes reprises que les parties à la négociation s'astreignent implicitement à une obligation de discrétion quant aux informations techniques et au savoir-faire qui peuvent être dévoilés au cours des pourparlers. Ces informations ne peuvent être communiquées à des tiers et nul usage ne peut en être fait, sauf à commettre un acte de concurrence déloyale.

De manière similaire, les tribunaux anglais ont posé un principe, à présent accepté, selon lequel toute personne qui reçoit des informations relevant du secret des affaires ne doit pas obtenir un avantage injuste (« unfair advantage ») des informations qui lui a communiqué ces informations sur la base d'une implied obligation of confidence ».

Voir Laurent Vandomme, La négociation des contrats internationaux, op.cit. p.491.

⁴ شيرزاد عزيز سليمان، حسن النية في إبرام العقود، المرجع السابق، ص. 359.

⁵ Jacques Mestre, la période précontractuelle et la formation du contrat (le style qui parle de cette communication a été conservé), LPA, du 05 mai 2000, N90, p.07.

ولقد عالجت مختلف النظم القانونية هذا الالتزام، وإن اختلفت في أساس تقريره، فمنها النظم الألمانية على رأسها ألمانيا التي تقرر هذا الالتزام على عاتق أطراف التفاوض كالالتزام تابع للالتزام الأصلي المتمثل في مبدأ حسن النية في التفاوض، في حين اختلفت النظم الأنجلوسكسونية في أساس تقريره، ففي حين ذهب القانون الإنجليزي إلى تبرير هذا الالتزام بالرجوع إلى قواعد العدالة التي لا تسمح للشخص الذي تلقى معلومات سرية باستغلالها بطريقة غير مشروعة¹، ذهب القانون الأمريكي إلى الاعتماد على ما أقره القانون الفرنسي في تبرير الالتزام بما يقتضيه مبدأ حسن النية في التفاوض².

وفي إطار هذا الالتزام، تتمتع براءة الاختراع (م. 56 وما يليها من الأمر رقم 07/03 المؤرخ في 2003/07/19)، والعلامات التجارية (م. 26 وما بعدها من الأمر رقم 06/03 بتاريخ 2003/07/19)، والرسم والنماذج الصناعية (م. 23 وما يليها من الأمر رقم 86/66 المؤرخ في 1966/04/22)، وكذا معطيات أنظمة المعالجة الآلية (م. 394 مكرر وما بعدها ق.ع المضافة بالقانون رقم 15/04 المؤرخ في 2004/11/10)، بحماية قانونية خاصة في المنظومة القانونية الجزائرية³. فإنه لا يجوز قانوناً استغلال حقوق الملكية الصناعية (Propriété industrielle)، والامتياز التجاري (Franchise commerciale)، إلا باتفاق صريح على ذلك⁴. بل إن قانون العقوبات الجزائري يعاقب بالحبس من سنتين إلى خمس سنوات

¹ Lord Denning a ainsi retenu dans la fameuse affaire Seager v. Copydex Ltd que : « la loi sur se sujet ne dépend d'aucune clause implicite. Il dépend de la portée étendue du principe de l'équité qui exige de celui qui a reçu des informations confidentielles de ne pas profiter d'une manière déloyale. Il ne doit pas les utiliser au préjudice de celui qui les lui a communiquées, sans d'abord obtenir son consentement. » .

v. R. MONZER, Les effets de la mondialisation sur la responsabilité précontractuelle, régime juridique romano germaniques et anglo-saxons, R.I.D.C, N 3/2007 .p.538.

² -contrairement au droit anglais , le droit s'est aligné sur la position du droit français en fondant l'obligation de confidentialité sur la bonne foi .La cour suprême d'Oklahoma a ainsi jugé dans la fameuse affaire ABC coating Co ;Inc v.J.Harris and Sons : « Quand le propriétaire d'un secret professionnel négocie avec un autre l'acquisition de ce secret, une relation confidentielle est créée ce qui impose à l'éventuel acheteur une obligation de ne pas utiliser ou divulguer ledit secret en cas de rupture de la négociation... » .

Voir : R.MONZER. ibid.

³ بلحاج العربي ، الإطار القانوني للمرحلة السابقة على التعاقد، المرجع السابق، ص 74 .

⁴ المحكمة العليا، غ.ت.ب، 2000/01/05، ملف رقم 350164، م.م.ع، 2006، العدد1، ص 337؛ 2002/06/25، ملف رقم 286391، م.ق، 2003، العدد1، ص 269؛ 2001/06/20، ملف رقم 254727، م.ق، 2003، العدد2، ص 208، 1999/07/13، ملف رقم 190797، م.ق، 2000، العدد1، ص 125؛ والمتعلقة بحماية العلامة التجارية (عملاً باتفاقية باريس لحماية الملكية الصناعية التي انضمت إليها الجزائر بالأمر رقم 57/66 المؤرخ في 1966/03/19). هذا، ولا يجوز لصاحب براءة الاختراع التنازل كلياً أو جزئياً، وفي أي وقت عن مطلب أو عدة مطالب تتعلق ببراعته، إلا بموجب تصريح مكتوب ومصدق عليه من المصلحة المختصة (م 51 من الأمر رقم 07/03 بتاريخ 2003/07/19 والمتعلق ببراءات الاختراع (Brevets d'invention). كما نصت المادة 27 من القانون رقم 02/04 المؤرخ في 2004/06/23 بأنه لا يجوز استغلال مهارة تقنية أو تجارية مميزة دون ترخيص من صاحبها، انظر بلحاج العربي ، المرجع نفسه، ص. 74 .

الفصل الثاني النظام القانوني لخطابات النوايا

وبغرامة من 20000 د.ج إلى 100000، كل من يعمل بأية صفة كانت في المؤسسة، أفشى أو شرع في إفشاء أسرار المؤسسة الصناعية التي يعمل فيها إلى أجنب أو إلى جزائريين يقيمون في بلاد أجنبية¹.

ويتكون محل الالتزام بالمحافظة على الأسرار من شقين أساسيين هما :

1) الامتناع عن إفشاء الأسرار²:

وذلك بأن يلتزم المتفاوض الذي اطلع على أسرار إبان المفاوضات بالامتناع كلية عن إفشائها أو إذاعتها للغير³، فإذا كان التفاوض يجري بخصوص شراء شركة مثلا، واطلع المتفاوض على معلومات سرية عن هذه الشركة وجب عليه أن يمتنع تماما عن إفشاء هذه المعلومات أو نقلها إلى منافسي الشركة سواء أثناء التفاوض أو بعد فشله، ويمتد هذا الالتزام ليشمل كافة أعضاء فريق التفاوض⁴.

2) الامتناع عن استغلال الأسرار

أن يلتزم المتفاوض بالامتناع عن استغلالها لحسابه بدون إذن صاحبها سواء أثناء التفاوض أو بعد فشله، فإذا اطلع المتفاوض على موضوع اختراع مثلا، وجب عليه ألا يقوم بتصنيع هذا الاختراع أو تقليده بدون موافقة المخترع، وإذا تكشفت له أسرار تكنولوجيا جديدة تعين عليه ألا يقوم باستعمالها أو بيعها للغير، وإذا ما تلقى وثائق سرية من الطرف الآخر بهدف تسهيل عملية التفاوض (كالخرائط، الخطوط، العقود، أو الشهادات، والدفاتر الحسابية، حجم الأعمال، المهارات التقنية والخبرات الفنية المكتسبة وغيرها) وجب عليه أن يمتنع عن التصرف فيها أو أخذ صورة منها، وأن يقوم بردها كاملة إلى صاحبها عند فشل المفاوضات⁵.

والواقع أن الالتزام بالمحافظة على الأسرار بشقيه هو التزام بتحقيق نتيجة، فلا يكفي أن يبذل المتفاوض قصار جهده ليمتنع عن إفشاء الأسرار أو استغلالها وإنما يجب عليه أن يمتنع عن ذلك بالفعل، وإلا قامت مسؤوليته.

¹ وإذا أفشى بهذه الأسرار إلى جزائريين يقيمون في الجزائر، فتكون العقوبة الحبس من ثلاثة أشهر إلى سنتين وبغرامة من 20000 د.ج إلى 100000 د.ج وتكون العقوبة بالحد الأقصى إذا تعلق الأسرار بصناعة أسلحة مملوكة للدولة. (م. 302 ق.ع المعدلة بالقانون رقم 23/06 المؤرخ في 20/12/2006). راجع لاحقا فقرة 100 ومايليها.

² - Bernard Beignier, la conduite de la négociation, art.préc, p.463.

³ عبد المنعم موسى إبراهيم، حسن النية في العقود، المرجع السابق، ص. 48.

⁴ - J.M Reversac et A. sorenson, Cession d'entreprise: points clés de la négociation et de la rédaction de la lettre d'intention, JCP(E) semaine juridique, édition Entreprise, art.préc, p.1187.

⁵ بلحاج العربي، الإطار القانوني للمرحلة السابقة على التعاقد، المرجع السابق، ص. 124.

أما عن حجم ونوع المعلومات التي يلتزم المتفاوض بالمحافظة عليها فإنه يتحدد تبعا لاتفاق الطرفين فإن لم يتيسر ذلك كان للقضاء دور في تحديدها.

وإذا كان للالتزام بالمحافظة على الأسرار شق إيجابي ، فإن له أيضا شقا سلبيا يتمثل في محافظة المتفاوض الآخر ألا يبالغ في الكشف عن أسراره دون مبرر وهو أن يحتاط لنفسه في حالة إبداء الطرف المقابل في استعمال الشيء محل السرية في أضيق الحدود ، فضلا عن احتياطه في كشفه للوثائق ذات الأهمية كي لا يطلع عليها أحد من الغير¹ .

وهنا يصح التساؤل عما إذا كان الالتزام بالسرية يقوم بقوة القانون دون حاجة إلى الاتفاق، قولاً بأن كشف أحد المتفاوضين للآخر عن معلومات سرية بغية تمكينه من تقدير جدوى العقد المزمع إبرامه بينهما يفترض في ذاته عدم استعمالها في غير الغرض الذي يتم الكشف عنها تحقيقاً له، وأن استعماله لها في غيرا لغرض أو إذاعتها يشكل خروجاً على مسلك الرجل العادي ويرتب المسؤولية التقصيرية، بل وقد يكون الكشف عن هذه المعلومات في إطار اتفاق بين الطرفين على التفاوض، ولكن الاتفاق المفصل من شأنه أن يقطع أي خلاف عليه، بالإضافة إلى تعيين مدها سواء من حيث المعلومات أو الأشخاص أو المدى الزمني².

ويجري قضاء التحكيم على ترتيب مسؤولية من يكشف من طرفي التفاوض عن أسرار الطرف الآخر على أساس الإخلال بالالتزام عقدي، طالما وجد اتفاق على ذلك. وقد شدد على أهمية احترام واجب الحفاظ على سرية المعلومات التي يتم الإفشاء بها أثناء المفاوضات، ففي إطار مجموعة مبادئ عقود التجارة الدولية التي اعتمدها المعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص في روما عام 1994³ . نص البند 16 من المادة الثانية على أن "يلزم الطرف الذي يتلقى أثناء المفاوضات، معلومة معينة ذات طابع سري من الطرف الآخر، وسواء أبرم العقد أم لم يبرم بعدم إفشائها أو استخدامها بغير حق لأغراض شخصية ويرتب الإخلال بهذا الواجب تعويضاً يشمل، في هذه الحالة، المنافع التي كان سيحصل عليها الطرف الآخر"⁴.

¹ سمير عبد السميع الأودن، خطابات النوايا في مرحلة التفاوض على العقد، المرجع السابق ، ص.64.

² رجب كريم عبد اللاه ، التفاوض على العقد، المرجع السابق، ص . 469

³ شيرزاد عزيز سليمان، حسن النية في إبرام العقود، المرجع السابق، ص. 364 .

⁴ -Selon l'article 2-16 des principes UNIDROIT, « qu'il y ait ou non conclusion du contrat , la partie qui ,au cours des négociations ,reçoit une information donnée à titre confidentiel par l'autre parties, et tenue de ne pas la divulguer ni l'utiliser de façon indue à des fins personnelles. Le manquement à ce devoir est susceptible de donner lieu à une indemnité comprenant, le cas échéant, le bénéfice qu'en aura retiré l'autre partie ».

Voir :M . SUCHANKOVA, les principes d'unidroit et la responsabilité précontractuelle en cas d'échec des négociations, art. préc , p.693.

و البادي أنّ النصّ يجعل من الحفاظ على سرّيّة المعلومات مبدأً عاماً وواجباً عاماً يلتزم به الأطراف في مواجهة بعضهم البعض، دون حاجة إلى نص صريح عليه. بحيث أن الإخلال به يرتب الحق في التعويض لصاحب تلك الأسرار وهو تعويض يشمل المنافع التي حصل عليها الطرف الآخر من استخدام أو إفشاء تلك الأسرار، كل ذلك حسب أحكام القانون واجب التطبيق على عقد المفاوضة.¹

هـ الاتفاق على مدة معينة للتفاوض .

فالوقت يعدّ عنصراً أساسياً في عملية التفاوض، حيث قد يستغرق عدداً من السنين، ويرتبط ذلك بحجم الصفقة ومدى تعقيدها.

والأصل ألاّ يحدد الطرفان مدة معينة للتفاوض، بل يترك ذلك لظروف الصفقة، ولكن يجب عدم الإسراف في تضييع الوقت فقد يؤدي ذلك إلى ركود العملية التفاوضية وجمودها، فضلاً عما قد يحدث من تقلبات وتغيرات في الظروف الاقتصادية والقانونية المحيطة بالتفاوض.²

ولذا يفضل الطرفان تحديد مدة معينة للتفاوض بحيث إذا لم يتوصلا إلى اتفاق خلالها فإن التفاوض ينتهي من تلقاء نفسه، ولكن ذلك في حدود الضرورة، فقد يستغل أحد الطرفين عامل الوقت استغلالاً سيئاً للضغط على الطرف الآخر كي يقدم له تنازلات لا يرغب فيها.

وقد يحدد أحد الطرفين في خطابه مدة معينة من تاريخ انتهاء دراسة الجدوى يتعين على كل من الطرفين خلالها أن يخطر الآخر برغبته النهائية في التعاقد على المشروع، فالأمر يتعلق بشرط فاسخ للاتفاق على التفاوض هو عدم إخطار كل من الطرفين للآخر برغبته في إتمام العقد خلال المدة المحددة.

وقد يتفق على تلك المدة في الصفقات العاجلة مثل ما جاء في خطابات النوايا من أنه: "نظراً لكون المشروع عاجلاً، فإن العقد سيتم توقيعه بأسرع ما يمكن عقب المفاوضات التمهيدية وسيبذل الطرفان كل ما في وسعهما من جهد لكي يتم التوقيع في مدة أقصاها ثلاثين يوماً من بدء المفاوضات".

بل قد يتفق الطرفان على تقسيم التفاوض إلى عدة مراحل ويحددان موعداً معيناً لانتهاء كل مرحلة، وذلك عن طريق وضع جدول زمني للمفاوضات، وفي هذه الحالة أيضاً يلتزم الطرفان باحترام هذه المواعيد.³

¹ محمد حسين منصور، العقود الدولية، المرجع السابق، ص. 59 .

² رجب عبد اللاه، التفاوض على العقد، المرجع السابق، ص. 501 .

³ سمير عبد السميع الأودن، خطابات النوايا في مرحلة التفاوض على العقد، المرجع السابق، ص. 65 .

و الاتفاق على رد تكلفة الدراسات (اتفاق تسوية النفقات).

فقد يتفق الطرفان كذلك على كيفية توزيع نفقات التفاوض في حالة فشله¹ ، وذلك للحيلولة دون نشوء نزاع في المستقبل، مثال ذلك ما ورد في خطاب النوايا التالي: "بعد التوقيع على هذا الاتفاق، إذا لم يتم إبرام العقد النهائي بسبب تخلف أحد الشروط المبينة أعلاه، فإن كل طرف يتحمل نفقاته الخاصة التي تكبدها بمناسبة التفاوض، ولكن إذا فشل التفاوض بسبب عدول أحد الطرفين في غير الحالات المبينة أعلاه، فإن هذا الطرف يتحمل أيضا النفقات التي تكبدها الطرف الآخر".

وقد يقتصر هذا الاتفاق على تسوية نوع معين من النفقات، مثل نفقات الدراسات التمهيديّة²، فهناك دراسة تمهيدية يتخذها صاحب المشروع المزمع تنفيذه وذلك بهدف الحصول على المعلومات الضرورية والمشورة الفنية ويطلق عليها اسم دراسة الجدوى، وذلك لكونها تكشف عن جدوى المشروع من الناحية الاقتصادية³، واحتمالات نجاحه أو فشله والأسس العلمية والفنية للتقدير السليم للمشروع ومدى المخاطر المتوقعة منه في المستقبل.

وتكلفة الدراسات أو النفقات التي يتكبدتها المتفاوض عندما يتحقق له ضرر تتمثل في نفقات الرسومات والخرائط والتصميمات وتقارير الخبراء وأتعاب الأشخاص الذين استعان بهم في التفاوض، ونفقات عملية السفر والإقامة والاتصالات وغيرها من الأمور التي تقتضيها عملية التفاوض فهي تمثل خسارة للمتفاوض المضروب ، على ألا يكون ذلك نتيجة لخطأ المتفاوض المضروب إما بسبب خفته أو عدم احترازه⁴ .

ففي إحدى الأمثلة كانت المفاوضات تجري بين إحدى الشركات وإحدى الدول النامية حول إقامة مشروع لمجمع كيميائي، وفي إطار هذه المفاوضات نص خطاب النوايا الموجه من أحد الطرفين للآخر على تكوين لجنة مشتركة لدراسة الجدوى الاقتصادية للمشروع ، وعلى اقتسام النفقات بينها إلى حين انتهاء المفاوضات ، فإذا أسفرت المفاوضات عن عدم التعاقد على تنفيذ المشروع تحمل أحدهما كافة النفقات ورد للآخر ما دفع منها ومثاله خطاب النوايا الذي يتضمن : "في حالة فشل المشروع ، يتم تقسيم نفقات الدراسات

¹-Pierre Mousseron, conduites des négociations contractuelles et responsabilité civile délictuelle, RTD Com, 1998 , p.248.

² رجب كريم عبد اللاه، التفاوض على العقد، المرجع السابق، ص 502 .

³ سمير عبد السميع الأودن ، خطابات النوايا الصادرة في مرحلة التفاوض على العقد، المرجع السابق، ص 66 .

⁴ رجب كريم عبد اللاه، المرجع نفسه، ص. 348 .

الفصل الثاني النظام القانوني لخطابات النوايا

التي اتفق الطرفان على إجرائها بالتساوي فيما بينهما، وذلك وفقا لكشوف الحساب المتفق عليها عقب إتمام كل دراسة ، وإذا تم إنجاز المشروع ، فإن هذه النفقات يتحملها الطرف الثاني¹.

وفي مثال آخر نص خطاب النوايا على تحمل كل من الطرفين للنفقات التي يتكبدها إذا ما كان عدم إبرام العقد راجعا إلى عدم توفر شرط من الشروط اللازمة لإبرامه ،مثل هذا الخطاب يعبر في الحقيقة عن اتفاق ملزم بالتفاوض بحسن نية ويرتب تحمل الطرفين للنفقات وفقا لمقتضى هذا الاتفاق، أما في حالة عدم وجود اتفاق ، فالأصل أن يتحمل كل طرف ما يكون قد أنفقته وحقه في المطالبة بالتعويض وفقا لقواعد المسؤولية التقصيرية إذا ما ثبت خطأ من الطرف الآخر خلال فترة المفاوضات أدى إلى تحمل هذه النفقات، أو في حالة قطع المفاوضات من أحد الطرفين لأي سبب آخر².

المطلب الثاني

النظام القانوني للمسؤولية المدنية عن الإخلال بخطابات النوايا.

إن إدراج خطابات النوايا في مرحلة التفاوض على العقد يعني بالضرورة خضوعها إلى مبدأ حرية التعاقد التي تهيمن على تلك المرحلة، إلا أن ذلك يتم وفقا لضوابط يجب مراعاتها حتى يتحقق لكل طرف الشعور بالطمأنينة.

من هنا كان لا بد من تدخل قواعد المسؤولية المدنية للتوفيق بين متطلبات التفاوض المتعارضة بحيث تكفل حماية قانونية فعالة حتى لا يصاب فيه أحد الطرفين بأي ضرر، وتضمن له بالتالي تعويضا عادلا إذا ما لحقه ذلك الضرر من جراء إخلال المتفاوض الآخر بالتزاماته .

ورغم أن التقنيات المدنية في الدول الأوروبية باستثناء إيطاليا ويوغسلافيا قد أهملت وضع نصوص تحكم مرحلة التفاوض قبل التعاقد، لم يوفر الفقه والقضاء في هذه الدول جهدا في تبني الحلول والمبادئ التي تحكم المفاوضات قبل التعاقدية وتنظم على الأخص المسؤولية التي تترتب على قطعها .ولقد ساهمت الحلول المذكورة في تشكيل معالم فكرة المسؤولية قبل التعاقدية عن قطع المفاوضات في القانون الألماني وفي قوانين مجموعة الدول الأنجلوأمريكية وأخيرا القانون الفرنسي الذي سوف يتم التركيز على أحكامه بصفة خاصة³، هذا دون إغفال موقف القانون الجزائري من المسألة.

¹ سمير عبد السميع الأودن، خطابات النوايا في مرحلة التفاوض على العقد، المرجع السابق، ص.66 .

² مصطفى محمد الجمال، السعي إلى التعاقد، المرجع السابق، ص.418 417 .

³ سمير عبد السميع الأودن، المرجع نفسه، ص.102 .

١- القانون الألماني :

عزف واضعو القانون الألماني عن أن يضمنوه نصا يقرر واجبا عاما بشأن المسؤولية قبل التعاقدية، وفضلوا الاكتفاء بالنص على بعض تطبيقات منفردة لهذه المسؤولية، تاركين للفقه والقضاء مهمة تطوير الحلول المناسبة في الحالات غير المنصوص عليها.

ولقد اهتدى الفقه والقضاء في مهمته بنظرية الخطأ عند تكوين العقد¹ التي تركز على مبدأ حسن النية، والتي ترجع إلى مقالة (إيهرينج)² في دراسته المذكورة المسؤولية عن الخطأ لإخلال أحد الأطراف بواجب اليقظة المفروض عليه في المرحلة قبل التعاقدية على أساس عقدي³.

ولقد ساهم الفقه والقضاء في ألمانيا في بلورة الحلول الخاصة بالمسؤولية قبل التعاقدية مع توسعه في حالاتها على نحو دعا بعض الفقهاء لنقد هذا التوسع لحقوقهم من تلاشي المعالم الفاصلة بين المسؤولية قبل التعاقدية والمسؤولية التصديرية⁴.

وتشمل المسؤولية قبل التعاقدية في القانون الألماني عدة تطبيقات من بينها بطلان العقد، والإخلال بالتبصير والإفادة، والمسؤولية عن سلوك الأطراف أثناء مدة التفاوض التي فشلت والمسؤولية عن سلوك الأفراد بمناسبة هذه المفاوضات.

ويلاحظ أن هذه التطبيقات تندرج تحت فكرة المسؤولية قبل التعاقدية لا تتسم بالوحدة والتناسق، مما دعا بعض الشراح إلى المناداة بأخذ تنوع طوائف المسؤولية قبل التعاقدية في الاعتبار عند تحديد القانون الواجب التطبيق، وذلك باختيار قاعدة الإسناد التي تتناسب الطائفة المعينة من بين طوائف هذه المسؤولية⁵.

¹ عباس العبودي، التعاقد عن طريق وسائل الاتصال الفوري، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع عمان الأردن 1998، ص.114.

² Joanna Schmidt, la période précontractuelle en droit français, RIDcomp, N2, avril-juin 1990, p.547.

³ جنيفيف فيني، مدخل إلى المسؤولية، المرجع السابق، ص.640.

⁴ لعل الفقيه الألماني المعروف إيهرينج هو أول من عنى ببحث هذه المسائل بحثا جديا، خلص منه إلى أن المسؤولية في هذه الحالات وأمثالها مسؤولية عقدية استند إيهرينج فيما ذهب إليه في هذا الصدد إلى نظريته المعروفة (الخطأ عند تكوين العقد)، ومقتضاها أن كل إيجاب ينطوي على تعهد ضمني بأن لا يعدل عنه صاحبه مدة معقولة تمكن الطرف الآخر من قبوله، وأن كل عقد ينطوي كذلك على تعهد ضمني يتعهد بموجبه كل من المتعاقدين بضمان صحة هذا العقد، فإذا رجع الموجب عن إيجابه قبل أن يتمكن من وجه إليه الإيجاب من قبوله أو رفضه أو تسبب في عدم إتمام العقد صحيحا، فإنه يكون قد أخل بالتزامه الضمني هذا وترتبت في ذمته مسؤولية عقدية، فلفقد اعتبر إيهرينج هذا التعهد الضمني بعدم الرجوع عن الإيجاب وبضمان صحة العقد (عقدا سابقا) وقد حصل الإخلال به، فإنه إذن أمام مسؤولية عقدية لا تصديرية، ولقد لجأ إيهرينج إلى المناداة بنظرية الخطأ عند تكوين العقد لأنه عاش في وقت كان القانون المطبق فيه في ألمانيا هو القانون الروماني، ومعروف أن هذا القانون لم يكن قد وصل حتى في آخر مرحلة من مراحل تطوره إلى تقرير القاعدة العامة التي تأخذ بها جميع التشريعات المدنية وهي أن كل من أحدث ضررا غير مشروع بالغير يلزم بتعويض هذا الضرر ولم تكن من بين تلك الحالات التي يتسبب فيها الإنسان في إحاق ضرر بغيره نتيجة إجراء عقد باطل أو الحيلولة دون إبرام عقد صحيح وهكذا إيهرينج إلى النظرية المتقدمة لتشمل المسؤولية هاتين الحالتين. حسن علي الذنون، المبسوط في شرح القانون المدني (الضرر)، ط1، دار وائل للنشر لبنان 2006، ص.11.

⁵ سمير عبد السميع الأودن، خطابات النوايا في مرحلة التفاوض على العقد، المرجع السابق، ص.103.

وقد انتهى قضاء المحكمة العليا في ألمانيا إلى تأسيس المسؤولية قبل التعاقدية على علاقة قانونية أساسها الثقة والأمانة المتبادلة، تنشأ هذه العلاقة بالدخول في المفاوضات قبل التعاقدية وتلزم أطرافها بمراعاة واجب العناية والحرص في سلوكها الواحد تجاه الآخر أثناء هذه الفترة¹.

ولقد فرض القضاء الألماني على الأطراف واجب التفاوض بحسن نية وواجب مراعاة الإنصاف في تعاملها فيما بينها، وتطبيقا لهذا المبدأ، فقد تبنت المحاكم الألمانية مسؤولية الطرف الذي يقطع المفاوضات بدون سبب معقول، كما ألزمت الطرف الذي تسبب عمدا أو بإهمال في إحياء توقعات لدى الطرف الآخر بأن العقد في طريق إبرامه²، رغم كونه يعلم أو كان من المفروض أن يعلم باستحالة تحقيق هذه التوقعات على أن هذه الحلول لا تعني الحد من حرية الأطراف في التفاوض وتسعى فقط إلى حماية مصلحة الطرف لتثقتة وتعويله على النجاح من إبرام العقد، ويقدر القضاء التعويض عن المسؤولية قبل التعاقدية بناء على ما يعرف بالمصلحة السلبية، أو الأضرار المؤسسة على الثقة، والتي تختلف عما يسمى بالمصلحة الإيجابية أو المصلحة في الوفاء، ويقل التعويض، على أساس المصلحة السلبية، ذلك أن للمضروب الحق في إعادته إلى للوضع الذي قد يكون فيه لو لم يكن قد دخل في المفاوضات التي فشلت ويشمل التعويض على أساس المصلحة السلبية على الأخص ما أنفقه الطرف المتضرر وما تحمله من خسائر من أجل المفاوضات.

ونظرا لأن المسؤولية قبل التعاقدية تحتل مكانا بين المسؤولية التقصيرية والمسؤولية العقدية، فلا زال النقاش دائرا حول وضع المسؤولية قبل التعاقدية في التقسيم الثنائي بين العقد والفعل الضار الذي اتبعه القانون المدني الألماني، ويدور النقاش حول أثر ذلك على ملائمة تطبيق الحلول المخصصة للمسؤولية العقدية أو التقصيرية على المسؤولية قبل التعاقدية وتثور الأهمية لهذا النقاش في مسائل التقادم وعبء الإثبات والقانون واجب التطبيق نظرا لاختلاف الحلول الخاصة بها حسب طبيعة المسؤولية المطروحة³.

ب القانون الأنجلوأمريكي.

تختلف فكرة العقد في هذا القانون عن تلك السائدة في تقنيات دول القارة الأوروبية حيث يعد القانون الأنجلوأمريكي أن العقد ينتج عن مساومة بين أطراف متكافئة، وأن إبرامه حصيلة أخذ وعطاء في عملية المساومة.

¹ V. Heuzé, la formation du contrat selon la CVIM : Quelques difficultés, RDAI, N3/4, 2001, p.280.

² محمد عبد الظاهر حسين، الجوانب القانونية للمرحلة السابقة على التعاقد، المرجع السابق، ص. 767.

³ سمير عبد السمیع الأودن، خطابات النوايا الصادرة في مرحلة التفاوض، المرجع السابق، ص. 104.

الفصل الثاني النظام القانوني لخطابات النوايا

وبالنسبة لضرورة إفصاح الطرف وإفشاءه عما لديه من معلومات تخضع المساومة للمبدأ الذي يقضي بأنه يتعين على كل طرف الاهتمام بمصالحه، وأن يسعى بنفسه للاستعلام أو الاستفسار لدى الطرف الآخر عما يهمله معرفته من معلومات.

ويقرر القانون الإنجليزي حرية كل طرف في الانسحاب من المفاوضات الجارية كما أنه لا يفرض واجبا للتفاوض على الأمور التي ترك أطراف العقد تنظيمها إلى اتفاق لاحق¹.

ولا يعترف القضاء الإنجليزي بعقد التفاوض لما يتسم به بقدر كبير من الاحتمالية والمخاطرة واللذان تحولان دون الاعتراف بصفته الإلزامية فالاحتمالية والمخاطرة تحكمان قدر ومصير المفاوضات حيث أنها قد تنتهي بالنجاح أو الفشل.

ومع ذلك تستخلص المحاكم الإنجليزية أحيانا من عقود تم إبرامها، اتفاقات تقضي بالتفاوض بحسن نية على شروط إضافية، وهو ما انتقده الفقه لازدواجية المعيار دون وجود ما يبرر ذلك حيث أنه لا يوجد سبب واضح يبرر اعتبار الاتفاق الضمني على التفاوض الذي تم استنتاجه عن طريق المحاكم أحيانا من عقد قائم أكثر تقبلا للاحتتمالية من عقد التفاوض المستقبلي².

وبوجه عام لا يترتب القضاء الإنجليزي جزاء على إنهاء أحد الأطراف المفاوضات تعسفا أو بدون تروي، ولو كان الطرف الآخر الذي كان معولا عليه يروم إلى مواصلة المفاوضات بحسن نية، قد بذل وقتا ونفقات من أجلها³.

ولما كان القانون الإنجليزي يتبنى المبدأ القائل أن لكل طرف أن يتحمل مخاطر المفاوضات التي يشارك فيها، فإنه لا يترتب عليها لأي طرف حق طالما أن العقد لم يبرم، على أن هذا لا يعني أن الطرف محق في سلوكه ولا يتحمل أي مسؤولية، إذ يجوز إلزامه بناء على وعده رغم عدم وجود عقد، وذلك بناء على تطبيقات مبدأ ليستوبال (L'ESTOPPEL)⁴ الذي يحرم على الشخص أن يعدل عن سلوكه السابق

¹ أحمد عبد الكريم سلامة، النظام القانوني لمفاوضات العقود الدولية، المرجع السابق، ص. 14.

² سمير عبد السميع الأودن، خطابات النوايا في مرحلة التفاوض على العقد، المرجع السابق، ص. 106.

³ Laurent Vandomme, La négociation des contrats internationaux, art. préc., p.489.

⁴ -Le principe de l'estoppel est né dans les droits de Common Law qui dérivent du droit anglais qui, quant à lui, n'a pas reconnu le principe de la bonne foi en matière contractuelle.

Signifiant littéralement « fin de non recevoir », l'estoppel est souvent analysé comme une exception procédurale destinée à sanctionner les traditions dans les comportements. A l'origine, cette sanction visait les états qui faisaient valoir des prétentions nouvelles au mépris de leur comportement antérieur sur lequel s'étaient fondés d'autres états. De là est né le principe que « nul ne peut se contredire au détriment d'autrui » et dont le terrain de prédilection a été la matière procédurale.

Voir : Guy. Robin, le principe de la bonne foi dans les contrats internationaux, RDAI, N06, 2005, p.705

باتخاذ سلوكا لاحقا يناقضه، كما يجوز للطرف المتضرر من الفعل الضار أن يطالب الطرف الآخر بتعويضه عما لحقه من خسارة بسبب ما صدر من هذا الأخير من غش وإهمال من بيانات وبلاغات.

ويفيد مبدأ الإستوبال (**Estoppel**) الإغلاق أو الإيصاد أو الإيقاف عن سير أو تصرف أو سلوك على أن معناه القانوني يذهب إلى أبعد من ذلك، ويمكن تفسيره بالإغلاق الحكمي أو الحجة المغلقة أو الموصدة ، لأنها تغلق دون الشخص باب الرجوع فيما قال أو نقل وتجعل من قوله أو فعله حجة عليه، كما يمكن تفسيره أيضا بالحجة القاصرة على صاحبها أو الحد المانع¹.

ويعد الإستوبال (**Estoppel**) قاعدة من قواعد البيئة حيث تمنع الشخص من إنكار ما صدر عنه من قول أو فعل أو سلوك وتقرر أن صدوره أو رضاه أو سكوته عن أمر أو قبوله به صراحة أو ضمنا يعد حجة قاصرة عليه تحرمه من نقضه أو انكاره².

ولا تختلف هذه القاعدة عن المبدأ القائل بأنه لا يقبل من أحد قول يتنافى مع سابق سلوكه كما لا تختلف عن قول الشرعيين الإسلاميين "من سعى في تقض ما تم على يديه فسعيه مردود عليه.

ومع ذلك فإن المسؤولية قبل التعاقدية يمكن ترتيبها في الولايات المتحدة بناء على قواعد الإثراء بلا سبب، أو الإبلاغ الخاطئ أو المدلس الذي يوقظ لدى الطرف الآخر ثقة بشأن هذا الوعد³.

على أن المحاكمة الأمريكية لا زالت تنأى عن إقرار واجب عام يفرض على الأطراف تعاملها فيما بينها بإنصاف.

ويعود نفور تلك المحاكم إلى منطوق المادة 103 من القانون التجاري الموحد، والمادة 205 من تقنين العقود الأمريكيين اللتان تنصان على وجوب مراعاة حسن النية والتعامل بإنصاف في التنفيذ مما

¹ - Comme le rappelait le Professeur E. Gaillard dans un article ancien, il s'agit principalement d'un « mécanisme de blocage qui fonctionne à la manière de fin de non-recevoir. » ainsi défini, l'estoppel by représentation est : l'interdiction faite à la personne qui , par ses déclarations , ses actes ou son attitude , c'est -à-dire par la représentation qu'elle a pu donner dans une situation donnée, a conduit une autre personne à modifier sa position à son détriment ou au bénéfice de la première, d'établir en justice un fait contraire à cette représentation initiale. Ainsi cette règle repose sur une exigence de bonne foi interdisant de profiter de ses propres contradictions. Guy. Robin, op.cit, p.706.

² - L'Estoppel repose sur l'interdiction de profiter de ses propres contradictions, ou, comme l'avait précisé un arrêt fort ancien, « de souffler à la fois le chaud et le froid, d'affirmer d'un coté et de dénier de l'autre » .pour autant, l'estoppel ne consacre pas une interdiction générale de se contredire dans le domaine des contrats, encore faut -il avoir créé chez autrui une attente légitime et que le rétablissement de la vérité porte préjudice à celui -ci. Bénédicte Fauvarque-Cosson, l'estoppel, concept étrange et pénétrant, RDC, 01 octobre 2006, N 04, p.1279.

³ سمير عبد السميع الأودن ، خطابات النوايا الصادرة في مرحلة التفاوض على العقد، المرجع السابق ،ص.107.

الفصل الثاني النظام القانوني لخطابات النوايا

يستبعد على الأقل بطريقة غير مباشرة إمكان التوسع في تفسير هذه النصوص وتطبيقها أيضا على تكوين العقد ، وبالتالي على المفاوضات قبل التعاقدية¹.

و ترفض المحاكم الأمريكية شأنها في ذلك شأن المحاكم الإنجليزية الاعتراف بعقد التفاوض وترتب جزاء على الإخلال بالالتزام المتولد عنه وذلك لسببي:

4 عدم إمكان التوصل إلى جزاء يتناسب مع الإخلال بالالتزام نظرا لأنه يصعب التأكد والتحقق من مضمون العقد في صورته النهائية ، لو نجح الأطراف في إبرامه .

2 عدم قدرة المحاكم تحديد نطاق الالتزام بالتفاوض المتولد عن الاتفاق.

فالنظام الأمريكي لا يعرف مبدأ عاما للتفاوض بحسن نية ، وإن كانت توجد بعض التطبيقات التي تصلح أساسا لقيام المسؤولية . كما لا يعترف ذلك النظام بمشروعية العقد المنظم لعملية التفاوض إلا أنه استثناء من ذلك وضع المشرع الأمريكي عقد الامتياز التجاري من هذا المبدأ بنقير نوع من المسؤولية قبل التعاقدية ابتداء من اللحظة التي تبلغ فيها المفاوضات درجة من الجدية بحيث تقترب من لحظة إبرام العقد².

ج القانون الفرنسي.

موقف القضاء الفرنسي كان يتبنى، لمدة طويلة، مبدأ حرية التعاقد، وأن التفاوض مغامرة تحتمل الربح والخسارة. غير أنه شعر في نهاية القرن التاسع عشر بضرورة التدخل في المراحل السابقة على التعاقد،

حيث يلاحظ بأن الفقيه الفرنسي المشهور رايmond سالي اقترح تطبيق مبدأ حسن النية على العملية السابقة على التعاقد برمتها، والذي يفرض على الأطراف عند مباشرتهم للتفاوض التصرف بنزاهة وعدم قطع التفاوض من دون سبب مشروع ، وهذا يعني بأن المسؤولية السابقة على التعاقد تكون مبنية على أساس نظرية عامة منذ اللحظة التي يبدأ فيها التفاوض، حيث يتشكل بين طرفيه علاقة خاصة، وهي علاقة ثقة والتي تقتضي من قبل كل طرف النزاهة تجاه الآخر، وليس من حقهم إنهاء المفاوضات تعسفا، أو دون سبب مشروع من غير تحمل المسؤولية عن أضرار التعويل³.

¹ أحمد عبد الكريم سلامة، النظام القانوني لمفاوضات العقود الدولية، المرجع السابق، ص. 14 .

² سمير عبد السميع الأودن، خطابات النوايا في مرحلة التفاوض على العقد، المرجع السابق ، ص. 108

³ شيرزاد عزيز سليمان، حسن النية في إبرام العقود ، المرجع السابق، ص. 76 .

و لعل الإشكالية التي كانت تواجه القضاء في حلها هو كيفية التوفيق بين الحرية أثناء التعاقد، وإقرار الخطأ من جانب المتفاوض الذي من المفروض أن يتمتع بالحرية الكاملة في المضي في المحادثات، أو العدول عنها.

فقد كان واضعو القانون المدني لسنة 1804 دقيقين للغاية فيما يتعلق بشروط صحة العقد ومفاعيله، ولكنهم بعكس ذلك ، لم يعالجوا شروط تكوينه ، وبكلام واضح ، مرحلة التقاء الإرادات وتناقض ذلك بشكل واضح مع التفاصيل القيمة التي اعتمدها المشرع الفرنسي المعاصر وخاصة في مجال عقود الاستهلاك ومشاريع التنسيق الأوربي لقانون العقود ، وهي تنظم بدقة متناهية مختلف المراحل التي تبدأ بمجرد عقد النية على التعاقد وتنتهي بإبرام العقد النهائي .

فكان من الطبيعي أن يسد واضعو مشروع كاتالا هذا النقص في القانون المدني ، ويلحظوا نصوصا ترعى تكوين الرابطة العقدية ، هذا هو موضوع المادة 1104 وما يليها من القسم المعنون تكوين العقد .

فيما يتعلق ببنية هذا القسم ، لم يتبع واضعو المشروع النصوص الموضوعية على المستوى الأوربي والدولي ، والتي ترمي إلى تنسيق وتقنين قانون العقود واختاروا عمدا قواعد عامة ترمي إلى وضع هيكل لالتزام مشيئتين أو أكثر ، وتخلوا عن تنظيم عملية تكوين العقد بتحديد الكثير من الأمور الدقيقة ، باعتبار أنه في هذه المادة يجب أن تترك لحرية المتعاقدين المستقبليين أوسع مجال ممكن، كما يجب أن يترك هامش لتقدير القاضي الذي يطلب إليه النظر في وجود عقد معين ، و من جهة ثانية ، كان يستوجب لحظ الأساليب المختلفة والمراحل التي تواكب عملية تكوين العقد ، وهكذا كان موضوع النصوص المقترحة تنظيم مختلف الأعمال القانونية من طرف واحد أو الثنائية الطرف التي تعتبر الأكثر استعمالا والأكثر استغلالا لإبرام العقد¹.

وعن الحرية في مرحلة المفاوضات التي تسبق إبرام العقد ، جاءت المادة 1104 فقرة 1 صريحة بنصيها على أنه للمتفاوضين الحرية في مباشرة المباحثات وإجراء المفاوضات ووضع حد لها كيفما يرون² وفي أي وقت كان³ ، ومن حيث المبدأ ، لا يمكن البحث في إلقاء أي مسؤولية عليهم بمجرد قطع المفاوضات حتى ولو أدى ذلك إلى إلحاق ضرر بأحد المتفاوضين .

¹ بيار كاتالا، مشروع تمهيدي لتعديل قانون الالتزامات والتقدم في القانون المدني الفرنسي، ط1 ، مجد المؤسسة الجامعية للنشر والتوزيع ، بيروت ، لبنان 2009، ص.45 .

²-B. Fages et autres, Lamy droit du contrat, Wolters Kluwer, 2009, P.117, pp.60.

³ Le droit de rompre des pourparlers précontractuels se fonde , traditionnellement , sur le principe de la liberté contractuelle qui « implique le droit de ne pas conclure un contrat.. », il est opportun de noter que ce principe « fait l'objet d'une protection constitutionnelle en France , à travers l'article 4 de la déclaration des droits de l'homme et du

والملاحظ أن القانون المدني الفرنسي كان يقر ولا يزال نظرية عامة بصدد المسؤولية التقصيرية لذلك لم يكن القضاء الفرنسي بحاجة إلى إقرار نظرية الخطأ عند تكوين العقد الذي نادى به إيرينج في ألمانيا واعتبر المسؤولية في هذه المرحلة على عكس القانون الألماني وجانب من الفقه والقضاء في القانون السويسري مسؤولية تقصيرية¹.

وقد حاول البعض إجراء توفيق بين حرية التعاقد والأضرار الناشئة في المراحل السابقة على العقود نتيجة للعدول بمقارنة سلوكه في المفاوضات العقدية بسلوك الرجل المعتاد، من خلال الكشف عن واقعة، أو وقائع معينة اقترنت بعدوله، ومستقلة عن العدول ذاته، تعتبر خطأ من جانبه، يقدر طبقاً للقاعدة العامة في المسؤولية التقصيرية².

واستند القضاء في تطور لاحق على نظرية التعسف في استعمال الحق في بعض أحكامه لمعالجة القضايا المتعلقة برفض التعاقد، والقطع غير المبرر للتفاوض، منها الحكم في 8 تموز 1929³، حيث تتضمن وقائع الدعوى في Rennes الصادر من محكمة استئناف أنه: "جرت محادثات طويلة بين موثق وكاتب عنده في شأن بيع مكتبة له، كان الموثق، في أثنائها يؤكد له رغبته في بيعه له، وترك له إدارته وقدمه لعملائه على أنه خلف له فيه، وعاونته على شراء دار لسكنائه على مقربة منه، واشترى الكاتب، على أمل إنجاز البيع، سيارة وخزانة حديدية، وفجأة قطع المفاوضات، وامتنع عن إبرام البيع، محتجاً بأن الكاتب كان على علاقة آثمة بخادمتها، واعتبرت المحكمة أن قطع المفاوضات، في هذه الظروف، كان تعسفياً، دون مبرر، إذ وقع لأسباب لا علاقة لها بالمرّة بأمور التعاقد، فضلاً عن أن في ظروف الدعوى ما يدعو إلى التشكيك في أن الموثق قد فوجئ بتلك العلاقة⁴.

cityeon de 1789 » depuis notamment une décision du 19 déc.2000. (Déc2000-473 DC du 19 décembre 2000 ; REC.P.190 ; RTD civ ;2001, p.229, note N. Molfessis .)Ainsi a t-il été soutenu que :

« Tout négociateur a la liberté de ne pas mener ces négociations à leurs terme... liberté de ne pas contracter dont le caractère fondamental a pu être souligné comme procédant du droit inviolable de disposer de sa propriété ».Alexis ALBARIAN, de l'impératif de liberté précontractuelle dans le contentieux de la rupture des pourparlers précontractuels, RDAI, N3 , 2010 ,p.252 et s.

¹—J. Schmidt, la période précontractuelle en droit français, op .cit, p.547.

² السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام، المرجع السابق، ص. 207 .

³ -La cour d'appel de Rennes dans un arrêt du 8 juillet 1929 a considéré comme fautif le fait de « faire miroiter aux yeux de l'autre partie l'espérance d'une convention et de refuser ensuite de la réaliser », pourra également être censuré le fait de prendre l'initiative de pourparlers sans être titulaire du droit de discussion ni certain de l'obtenir sans prévenir le partenaire de la faible probabilité de conclusion d'un contrat .Toutefois , la victime ne pourra pas obtenir de réparation dans les cas ou elle aurait dû savoir que l'intervention d'un tiers était indispensable .

Cf. P. Mousseron, conduites des négociations contractuelles et responsabilité civile délictuelle, RTD .Com. 1998 p. 243.

⁴ براهامي فايزة ، المرجع السابق ، ص.139.

وقد أشارت محكمة النقض الفرنسية أخيراً في حكم لها صادر في سنة 1972 إلى مبدأ حسن النية صراحة، وتوالت بعدها الأحكام التي أقرت أن قطع المفاوضات من جانب واحد، فجأة ودون سبب مشروع، بعد أن وصلت إلى مرحلة متقدمة يخالف قواعد حسن النية في العلاقات التجارية، من ذلك الحكم الصادر عن محكمة استئناف باريس المؤرخ في 1995/12/21 والذي تتلخص وقائعه في أن شركة "بوليفال" في غضون عام 1985 توصلت إلى تطوير نوع معين من الدواء وحصلت على براءة اختراع عنه في فرنسا وفي عام 1987 قدمت بيان بطريقة التصنيع إلى شركة الأدوية "ساندوز" فرع فرنسا التي قامت بدورها بإبلاغه إلى الشركة الأم "ساندوز" سويسرا، وعلى إثر اجتماع انعقد في بال بسويسرا، أبلغت تلك الأخيرة شركة بوليفال برغبتها في إقامة تعاون معها عند توفر بعض الشروط الخاصة بالتكنولوجيا والتمويل المتعلق بتكاليف الإنتاج ومن ثم قامت شركة بوليفال بإجراء الدراسات اللازمة لتصنيع الماكينة التي تنتج الدواء الجديد كما قامت شركة "ساندوز" سويسرا من جانبها بالدراسات الخاصة بالجوانب التجارية والصناعية للمشروع¹.

وفي عام 1989 أكدت شركة "ساندوز" سويسرا رغبتها كتابة إلى شركة بوليفال اهتمامها بالمشروع ونيتها في إبرام عقد إطار مع بعض التحفظات، وأرسلت ذلك العقد إليها وقد ردت شركة بوليفال بموافقتها المبدئية على ذلك، غير أنه بعد اجتماع ثلاثي وتبادل جديد لمشروع عقد الإطار، أخطرت شركة "ساندوز" سويسرا شركة بوليفال الفرنسية بأنها لن تستمر في مشروع استغلال الطريقة الجديدة لإنتاج المشروع وتم قطع المفاوضات عام 1990، وعلى إثر ذلك رفعت شركة بوليفال دعوى على شركة ساندوز سويسرا وساندوز فرنسا لتعويض الأضرار الناجمة عن عدم تنفيذ الاتفاق بعد انعقاده واحتياطياً على أساس المسؤولية التقصيرية للإلغاء والقطع التعسفي للمفاوضات.

وبحكمها الصادر في 21 ديسمبر 1995 أكدت محكمة استئناف باريس أن الأطراف قد نظموا تعاقدية تفاوضهم بتبادلهم مشروعات العقد وهذا هو عقد التفاوض الذي تنشأ عنه التزامات تعاقدية حقيقية وإذ قامت شركات "ساندوز" وبدون سبب جدي وموضوعي بقطع المفاوضات بعد أن سارت شوطاً كبيراً استمر ما يقارب أربع سنوات، فإنها تكون قد خالفت التزاماتها الناتجة عن عقد التفاوض وكما قالت المحكمة أنه بتركها لشركة "بوليفال" تأمل في إبرام العقد بمرور أربع سنوات، فإن شركات "ساندوز" تكون بالمخالفة لمقتضيات الشرف وحسن النية قد سببت ضرراً لشركة "بوليفال" مما يستوجب عليها التعويض

¹ شيرزاد عزيز سليمان، حسن النية في إبرام العقود، المرجع السابق، ص. 78.

وقد تأيد حكم محكمة استئناف باريس بقرار صادر عن الغرفة التجارية لمحكمة النقض الفرنسية في عام 1998 ، أين قضى بإلزامها بدفع لشركة بوليفال تعويضا قدره 4 ملايين فرنك فرنسي¹ .

وقد كان هذا القضاء مدعوما بتأييد الفقه الفرنسي يرى بأن وصول التفاوض العقدي إلى مرحلة متقدمة يستوجب من المتفاوض أن يبدي سببا وجيها للانسحاب منه، وإلا عد مسؤولا متى توافر ركن الخطأ في جانبه. ويتوافر هذا الخطأ بإثبات أن أحد الأطراف قد انحرف عن السلوك المألوف الذي يتبعه عادة الشخص اليقظ عند وضعه في نفس الظروف الخارجية وواجب مراعاة حسن النية أثناء تكوين العقد حيث أنه لا يفرض على أطرافها عدم قطع المفاوضات وإنما يوجب عليه عدم إنهاؤها، إذا تسبب أحدهما في إيقاظ ثقة مشروعة لدى الطرف الآخر في توقعه النجاح في إبرام العقد².

د. القانون الجزائري .

هذا ولم يتضمن القانون المدني الجزائري نصا صريحا وواضحا ينظم مسألة المفاوضات في المرحلة السابقة على التعاقد، ويحدد الأثر القانوني الذي يترتب على قطعها بسوء نية أو دون سبب جدي. ومن ثم، فإن الأصل أن كل متفاوض حر في قطعها، ولو كان هو الداعي إليها؛ كما أن المفاوضات أو المباحثات لا يترتب عليها بذاتها أي أثر قانوني . ومع ذلك، فإن هذا القطع قد يؤلف خطأ في جانب المتفاوض، تترتب عليه مسؤولية تقصيرية(م124من ق.م المعدلة عام 2005)، إذ لا مجال للمسؤولية التعاقدية قبل انعقاد العقد³.

على أنه يمكن للأفراد أثناء المفاوضات أن يقيدوا من حريتهم في التعاقد، وذلك بإبرام عقود تمهيدية ويعد الإخلال بالالتزامات المترتبة على هذه العقود التمهيدية خطأ عقديا تحكمه قواعد المسؤولية العقدية. وكان يستحسن بالمشروع الجزائري، وخاصة بعد تعديلات عامي 2005 و 2007 الهامة التي مست قانون الالتزامات (القانون المدني الجزائري)، أن يحدد نظاما قانونيا لهذه المفاوضات، كمرحلة ممهدة لإبرام العقد

¹ En 1998, la chambre commercial de la cour de cassation a franchi une étape supplémentaire en exigeant de la partie souhaitant rompre une négociation d'invoquer un « motif légitime ». Dans cette affaire, la société Poleval avait mis au point un procédé de breveté de conditionnement de médicaments. Courant 1987 , Poleval a engagé des pourparlers avec les sociétés Pharmaceutiques Sandoz suisse et Sandoz France en vue de conclure un contrat d'exploitation de ce brevet . Les négociations se sont étalées sur quatre années pendant lesquelles Sandoz a réalisé de nombreuses études afin de déterminer l'intérêt qu'il aurait pour elle à conclure un contrat d'exploitation de brevet en question .Sandoz a mis fin aux pourparlers en 1990 en invoquant « des considérations internes au groupe ne mettant aucunement en cause la qualité du produit ».

La cour de cassation , considérant que la rupture des pourparlers ne tenait aucunement au résultat des études menés par Sandoz , a décidé que le motif invoqué n'était pas légitime et que la rupture s'était étendue sur une période très longue et a , par conséquent , confirmé la décision de la cour d'appel de Condamner Sandoz au paiement de la somme de 4000 000 f à titre de dommages –intérêts ., Laurent Vandomme, art .préc, p.494.

² سمير عبد السميع الأودن، خطابات النوايا الصادرة في مرحلة التفاوض على العقد، المرجع السابق، ص. 105 .

³ في هذا المعنى، راجع قرار المحكمة العليا، م.2001/01/30، ملف رقم 258113.

النهائي، مما أوجد ثغرة تشريعية في القانون المدني الجزائري في هذا المجال، يستوجب سدها لتنظيم المرحلة السابقة على التعاقد¹.

وفيما يلي سوف يتم التعرض للمسؤولية التقصيرية عن الإخلال بمبدأ حسن النية في التفاوض في الفرع الأول، وفي الفرع الثاني تتطرق الباحثة إلى المسؤولية العقدية كجزء على الإخلال باتفاق التفاوض يليه فرع ثالث تتناول فيه مسألة الخيرة بين المسؤوليتين .

الفرع الأول

المسؤولية التقصيرية كجزء على الإخلال بمبدأ حسن النية في التفاوض.

إن الثابت أن قطع المفاوضات أو العدول عنها لا يرتب بذاته مسؤولية العادل، إلا أنه يصبح مصدرا للمسؤولية على أساس العمل الغير مشروع، إذا اقترن بالعدول، أو لحقه خطأ، أو إساءة ، أي إذا اقترن الخطأ بالعدول في الوقت ذاته، ومن ذلك قطع المفاوضات بينما الإتفاق النهائي يقترب من النهاية أو بعد تحديد ميعاد للتوقيع على العقد أو لحق الخطأ بالعدول عن التفاوض بما في ذلك التشهير أو الإساءة للمتفاوض، أو إفشاء الأسرار إن لم يكن الإلتزام بالمحافظة على أسرار التفاوض محلا لإتفاق مبدئي على أن المسؤولية التقصيرية في هذه الفروض لا تتحقق إلا إذا توافرت عناصرها وهي الضرر وعلاقة السببية².

على أية حال سواء أرجع إجهاض المفاوضات إلى خطأ اقترن بالعدول أم تعسف في استعمال حق مشروع، فإن المسؤولية التقصيرية تقع خلال مرحلة التفاوض كلما ثبت خطأ في جانب المتفاوض، ولا يمكن بطبيعة الحال إطلاق مبدأ تلك المسؤولية³.

إذ لكل الطرفين الحق في الانسحاب دون تعويض متى ثبت تعذر الوصول بينهما إلى اتفاق إذا ما كان لذلك الرفض ما يبرر من استناده لمصلحة اقتصادية، ويتعين فقط أن يتصرف كل طرف بحسن نية دون أن يكون في انسحاب أحدهما أو كليهما انسحابا تعسفيا وحق عليه التعويض، وإذا لجأ أحد الطرفين إلى سبل التدليس والغش، كان للآخر أن ينسحب متى توضحت له الحقيقة .

وفيما يلي سيتم تناول شروط المسؤولية التقصيرية للمتفاوض بمناسبة فشل المفاوضات وهي ثلاثة: الخطأ و الضرر وعلاقة السببية .

¹ بلحاج العربي، الإطار القانوني للمرحلة السابقة على التعاقد، المرجع السابق، ص.155 .

² أحمد السعيد الزرقد، نحو نظرية عامة لصياغة العقود، المرجع السابق، ص.265 .

³ سمير عبد السميع الأودن، خطابات النوايا الصادرة في مرحلة التفاوض على العقد، المرجع السابق، ص.79 .

أولاً- الخطأ التقصيري :

ويقصد به بوجه عام الانحراف عن السلوك المألوف للشخص المعتاد الذي يوجد في نفس الظروف الخارجية المحيطة بالمعتدي¹، إذ أن هذا الانحراف ينطوي على الخروج عن الواجب العام المفروض على الكافة والذي يوجب على الشخص أن يتبع في سلوكه اليقظة والتبصر حتى لا يضر بالغير .

وبذلك يقاس الخطأ التقصيري للمتناقض بمعيار موضوعي، فيقارن سلوكه بسلوك متفاوض عادي من أوساط الناس، ليس بالمتناقض شديد الحرص واليقظة ، ولا بالمتناقض المهمل غير المحترز، وإنما هو متفاوض وسط بين هذا وذاك ، فلو كان هذا المتفاوض المعتاد متى وضع محل المتفاوض المعتدي لم يسلك نفس المسلك فإن الخطأ يتوافر دون الاعتداد في ذلك بالظروف الخاصة بشخص المتفاوض المخطئ لأنها ظروف داخلية تتصل به ، ولو نظر إليها لأصبح معيار الخطأ شخصياً لا ينضبط².

ولا شك أن المتفاوض ينحرف عن السلوك المألوف إذا لجأ إلى الغش في التفاوض، أي إذا تعمد الإضرار بالمتناقض الآخر، أو إذا ارتكب خطأ جسيماً، غير أن القضاء لا يشترط وفقاً للقواعد العامة أن تتوافر لدى المتفاوض نية الإضرار بالمتناقض الآخر، ولا يكون الخطأ على درجة معينة من الجسامة، وإنما يكفي أي انحراف عن السلوك المألوف في التفاوض.

هذا ويقع على المتفاوض المضرور عبء إثبات الخطأ التقصيري في جانب المتفاوض المعتدي، إذ أن المسؤولية التصويرية تقوم على خطأ واجب الإثبات³، ولهذا وجب على المتفاوض المضرور أن يثبت أن المتفاوض المعتدي قد انحرف في تفاوضه عن السلوك المألوف للمتناقض العادي .

ولقد توسع القضاء الفرنسي فيما يعد خطأ عن العدول عن التفاوض⁴، وفيما يلي تعرض الباحثة لبعض صور الخطأ التقصيري، فنتعدد الصور التي يمكن أن يرد فيها الخطأ التقصيري⁵.

٦- مفاوضات التجسس:

ويقصد بها تلك المفاوضات التي يدعو إليها أحد الأشخاص دون أية نية في التعاقد ، وإنما يهدف من ورائها فحسب إلى معرفة بعض أسرار الشخص الذي يتفاوض معه، و بمجرد أن يحقق غرضه الخبيث يعدل عن المفاوضة ولا شك أن ذلك يعد من قبيل الغش الذي يقيم الغش الذي يقيم المسؤولية التصويرية.

¹ -J. M .Loncle et J.Y.trochon,La phase des pourparlers dans les contrats internationaux, art.préc, p.32.

²-J. Schmidt, la période précontractuelle en droit français, art préc. , p.550.

³-عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ،ج1، المرجع السابق ،ص.941.

⁴أحمد السعيد الزرقد ، المرجع السابق ، ص.265 .

⁵-Pierre mousseron, conduite des négociation et responsabilité précontractuelle, art .préc, p.243.

ب مفاوضات الإعاقة:

ويقصد بمفاوضات الإعاقة تلك التي يحركها أحد الأشخاص وهو لا يقصد البتة أن يتعاقد مع الشخص الذي يتفاوض معه، وإنما يقصد فحسب إعاقة هذا الأخير وتعطيله عن إتمام صفقة أخرى كان على وشك أن يبرمها مع الغير، وذلك لتحقيق مصلحة شخصية له أو لغيره، وعندما يحقق مقصده السعي يقوم بقطع المفاوضات¹.

وتتعدد أهداف المتفاوض المعوق من وراء تضييع هذه الصفقة على المتفاوض الآخر، فقد تكون لديه الرغبة في أن يفوز هو بها، وقد يكون المتفاوض الآخر منافسا قويا له ويرغب في أن يحرمه من هذه الصفقة المربحة كي تسوء حالته المالية ويهتز مركزه في السوق، بل قد يكون هذا المتفاوض المعوق مأجورا من منافس لدود للمتفاوض الآخر ويكون الهدف هو تدمير هذا الأخير اقتصاديا وإقصاءه خارج حلبة المنافسة

وأيا ما كان هدف المتفاوض المعوق من وراء هذه المفاوضات، فإن مسلكه هذا يعتبر خطأ يستوجب مسؤوليته التقصيرية.

ج رشوة المتفاوض الآخر أو إفساده.

تعني قيام المتفاوض الراشي بتقديم الرشوة إلى المتفاوض المرتشي، الذي ينوب عن المتعاقد الآخر في التفاوض، بهدف إفساده والحصول من ورائه على منافع لا يستحقها، هو من قبيل الغش الذي يقيم مسؤوليته التقصيرية تجاه الطرف المتعاقد الآخر الأصيل.

د التفاوض على ملك الغير

إذا كان من المقرر قانونا أنه لا يجوز التصرف في ملك الغير فإن ذلك يستتبع بالضرورة التفاوض عن الغير بهدف التصرف فيه بالبيع أو بالإيجار أو بالدخول به كحصة في شركة، إلخ... إذ حتى لو قدر

¹ Felle était la situation sanctionnée par l'arrêt rendu par la chambre commerciale le 20 mars 1972 :Valse –Hésitation .Valse –déception entre la société Gerteis , convoitant un matériel complexe pour la fabrication de tuyaux en ciment , et la société Vilbert –laroumat , distributeur exclusif pour la France de ces machines Américaines .deux mois de pourparlers laborieux ponctués d'un couteux voyage aux Etats-Unis sont brusquement interrompus par la décision de l'importateur -pratiquement engagé auprès d'un autre client dont il était l'existence à Gerteis maintenu dans une incertitude pour lui seul prolongée de ne pas remettre de devis à la société Gerteis et de lui refuser, pendant quarante-deux mois un appareillage désormais réservé à un tiers concurrent. Le client tardivement éconduit obtient des juridictions de fond l'engagement de la responsabilité civile des établissement Vilbert –Laroumat pour refus de vente et rupture abusive de pourparlers contractuels. Contre la décision ainsi rendue par la cour de Colmar, le 13 juillet 1970, l'importateur forme un pourvoi. Son rejet, le 20 mars 1972, vaut approbation par la cour de cassation des deux chefs de mise en œuvre de la responsabilité délictuelle. Jean Marc Mousseron, techniques contractuelles, op .cit, p. 37.

لهذا التفاوض أن ينجح التفاوض وتم إبرام العقد، فإن هذا العقد لن يسري في حق المالك الحقيقي، وما دامت الغاية محظورة فمن العبث محاولة الوصول إليها.

وهكذا إذا دخل شخص في تفاوض من أجل التصرف في مال معين بالذات دون أن يكون مالكا له، ولا من المؤكد أن يملكه قبل تمام العقد، فإنه بذلك يكون قد ارتكب خطأ تقصيريا يقيم مسؤوليته عن تعويض المتفاوض الآخر، لأنه إذا كان عالما بأن هذا المال غير مملوك له ومع ذلك تعمد التفاوض عليه، فإنه يكون قد اقترف غشا، وإذا لم يكن عالما بذلك، فإنه يعد مرتكبا خطأ جسيما، لأنه تفاوض على شيء دون أن يتأكد من أن صاحب الحق فيه، وفي ذلك إهمال شديد منه يستوجب مساءلته.

بل إن المتفاوض على ملك الغير يلتزم بالتعويض، ولو كان حسن النية بأن كان يعتقد أنه المالك طالما أن الطرف الآخر كان حسن النية، أي كان يجهل أن المال المتفاوض عليه غير مملوك للمتفاوض.

غير أن محكمة النقض الفرنسية مؤخرا قضت بنقض حكم لمحكمة الاستئناف يلزم المتفاوض على ملك الغير بالتعويض، وذلك بدعوى أن الحكم لم يبين توافر قصد الإضرار أو سوء النية لدى المتفاوض المسؤول¹.

هـ السكوت عمدا عن واقعة مؤثرة في التعاقد

يعد السكوت عمدا عن إعلام المتفاوض الآخر بواقعة مؤثرة في التعاقد من قبيل الغش والتدليس، وذلك لأن المتفاوض الذي تعمد الكتمان يقصد دون شك الإضرار بالمتفاوض الآخر والحصول على منافع لا يستحقها عن طريق غشه وإخفاء الحقيقة عن أعينه، ولا ريب أن هذا يعد خطأ تقصيريا يلزم المتفاوض المدلس بالتعويض.

و التشهير بالمتفاوض الآخر

قد يقوم أحد المتفاوضين بعد فشل المفاوضات بالتشهير بالمتفاوض الآخر والإساءة إلى سمعته نكاية فيه، كان يشيع بين الناس أنه رفض التعاقد معه لأنه اكتشف أثناء التفاوض أمورا خطيرة للغاية تتعلق بشرفه أو بمركزه الاجتماعي أو القانوني أو المالي.

ولا شك أن هذا التشهير يعد خطأ تقصيريا يلزم المتفاوض المشهر بتعويض المتفاوض المشهر به عن الأضرار الأدبية التي لحقت به من جراء ذلك، خاصة وأن أحدا لم يطلب منه أن يبزر عدوله عن المفاوضة إن كان هو الذي عدل، وحتى لو طلب منه ذلك فكان يتعين عليه أن يقتصر على بيان الأسباب

¹ رجب كريم عبد اللاه، التفاوض على العقد، المرجع السابق، ص. 644.

الموضوعية التي دفعته للعدول، دون أن يتطرق إلى ما يسيء إلى سمعة الطرف الآخر وينال من شرفه واعتباره.

ثانياً: الضرر

يظهر الضرر كعنصر للمسؤولية فيما قد يتكبد من نفقات¹ انتقال كمصاريف الرحلة أو إعداد للتفاوض من دراسات جدوى² واستشارات قانونية وعمليات حسابية، وقد يدخل فيها ما يتكبده لإعداد مكان التفاوض كما قد يتمثل الضرر في مقابل الوقت الذي أضاعه في المفاوضات بدون جدوى، بل لا يقتصر الأمر على الضرر المادي وإنما يشمل الضرر الأدبي أو المعنوي والمتمثل في التشهير به وإساءة سمعته، ولا شك في أن عبء إثبات حجم الضرر ونطاقه يقع على عاتق الدائن بالالتزام، والضرر كما قد يكون إيجابياً يتمثل فيما فات الدائن بالالتزام من كسب، وقد يظهر في فقدان الدائن لبعض التأمينات العينية والشخصية المقررة لمصلحة الشيء محل العقد نتيجة لعدم إدلاء المدين له بها³.

ولا تخرج أيضاً مواصفات الضرر هنا عن تلك الموجودة في القواعد العامة للمسؤولية المدنية وخاصة التقصيرية إذ لا يقتصر لتعويض هنا عن الأضرار المباشرة والمتوقعة فقط بل يشمل كذلك غير المتوقعة التي تصيب الدائن بالالتزام⁴.

وترفض دعوى المضرور بالتعويض، مادام أن العدول لم يقترن بخطأ. ومن هنا تبدو الحاجة إلى أساس قانوني لمواجهة العدول عن التفاوض في ذاته وذلك من خلال اللجوء إلى اتفاقات المبادئ عندما لا يكون بوسع الأطراف إتمام العقد النهائي ويرغبون في الوقت نفسه إثبات ما تم التوصل إليه مبدئياً والالتزام بذلك الاتفاق⁵.

ثالثاً: علاقة السببية. حيث يكفي أن يكون هذا الضرر نتيجة طبيعية لخطأ المتفاوض كي يسأل عن تعويضه، حتى ولو تجاوز هذا الضرر الحدود المتوقعة عادة، ويقع على المضرور عبء إثبات الخطأ التقصيري في جانب المتفاوض المسؤول وذلك بان يثبت أنه قد انحرف في تفاوضه عن السلوك المألوف للمتفاوض العادي⁶.

¹ سمير عبد السميع الأودن، خطابات النوايا الصادرة في مرحلة التفاوض على العقد، المرجع السابق، ص. 97.

² أحمد السعيد الزرقد، نحو نظرية عامة لصياغة العقود، المرجع السابق، ص. 267.

³ حسن علي الذنون، المبسوط في شرح القانون المدني - الضرر، أشرف على تنقيحه أحمد سعيد الرحو، ط1، دار وائل للنشر، عمان، الأردن 2006، ص. 205. وما بعده.

⁴ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني (نظرية الالتزام)، المرجع السابق، ص. 749.

⁵ أحمد السعيد الزرقد، المرجع نفسه، ص. 268.

⁶ عبد الرزاق السنهوري، المرجع نفسه، ص. 855.

الفرع الثاني

المسؤولية العقدية كجزء عن الإخلال باتفاق التفاوض.

إذا كان الأصل العام هو أن المسؤولية الناشئة في المرحلة السابقة على التعاقد هي مسؤولية تقصيرية، إلا أن هناك حالات استثنائية قد تكون فيها المسؤولية عقدية وهي تلك الحالات التي يقطع فيها الطرفان مراحل جادة في طريقهما إلى التعاقد، بحيث يمكن اعتبار ما توصلوا إليه في هذه المراحل بمثابة اتفاقات تمهيدية أولية سابقة على إبرام العقد الأصلي ولذلك فإن عدم تنفيذ ما ورد في هذه الاتفاقات التمهيدية يرتب مسؤولية عقدية، بحيث يتعلق الأمر بنقطتين وهما:

- الأولى وهي الشكوى من عدم تنفيذ الاتفاق المبدئي أو التمهيدي كما لو اتفق الطرفين على قيام أحدهما باختيار شخص ثالث لتحديد ثمن الشيء المبيع وعدم قيام ذلك الطرف بالاختيار قصداً منه إلى عدم إبرام العقد الأصلي فهنا المسؤولية عقدية ناتجة عن مخالفة اتفاق تمهيدي.

- والثانية أن المسؤولية تكون ذات طبيعة عقدية عند مخالفة الاتفاق التمهيدي على التفاوض وهو الاتفاق الذي يلزم كل طرف بالتفاوض مع الطرف الآخر بغرض الوصول إلى إبرام العقد الأصلي، وهو اتفاق ملزم للجانبين إذ يلقي التزامات متبادلة بينهما، وهو إن كان لا يلزم الطرفين بضرورة إبرام العقد النهائي إلا أنه يلزمهما بالتفاوض على هذا العقد¹.

وطبقاً للقواعد العامة يجب لقيام المسؤولية العقدية عن الإخلال باتفاق التفاوض توافر ثلاثة شروط وهي الخطأ العقدي والضرر وعلاقة السببية وذلك كله على التفصيل التالي:

أولاً: الخطأ العقدي

يشتمل الخطأ العقدي في مرحلة التفاوض في عدم تنفيذ المتفاوض لالتزامه الناشئ عن اتفاق التفاوض، ويستوي في ذلك وفقاً للقواعد العامة أن يكون عدم التنفيذ عن عمد، أو عن إهمال، أو أن يكون سببه جهولاً، كما يستوي أن يكون عدم التنفيذ كلياً، أو جزئياً، بل وكفي أن يكون التنفيذ متأخراً أو معيباً ولا يستطيع المتفاوض أن يدفع المسؤولية عن نفسه إلا إذا أثبت أن عدم التنفيذ يرجع إلى سبب أجنبي لا يد له فيه².

¹ محمد عبد الظاهر حسين، الجوانب القانونية للمرحلة السابقة على التعاقد، المرجع السابق، ص. 768.

² رجب كريم عبد اللاه، التفاوض على العقد، المرجع السابق، ص. 593.

هذا ويتمثل الخطأ في الإخلال من أطراف التفاوض بالدخول فيه في الموعد المحدد لذلك أو في المدة المعقولة، فإن مجرد الامتناع عن البدء في التفاوض يعد خطأ عقديا وذلك لأن الالتزام بالدخول في التفاوض هو التزام بتحقيق نتيجة.

وتبدو أهم صور الخطأ في مرحلة التفاوض عند قطع المفاوضات بدون سبب مشروع مما قد يترتب عليه فشل المفاوضات دون ما سبب موضوعي¹، فإذا لم يكن هناك مبرر مشروع مما قد يترتب عليه فشل المفاوضات فإن هذا القطع يكون خاطئا لمنافاته لقواعد حسن النية والأمانة في التفاوض، أما إذا كان هناك مبرر مشروع فإنه لا يعد خطأ عند وجود أسباب موضوعية تدعو لقطع المفاوضات خصوصا إذا كانت أسبابا اقتصادية كان يكشف المتفاوض أن مصلحته الاقتصادية تتعدم أو تختل إذا ما أبرم العقد مع المتفاوض الآخر، أو كان يتلقى المتفاوض عرضا أفضل من الغير ويرفض المتفاوض الآخر أن يتعاقد معه على أساس هذا العرض المنافس.

كما قد يتمثل الخطأ في الإخلال بالالتزام بالتبصير²، ويقصد بهذا الالتزام، التزام المتعاقد الذي يعلم أن واقعة معينة تلعب دورا حاسما في قبول الطرف الآخر للتعاقد بألا يخفي تلك الواقعة وعليه أن يطلع المتفاوض معه عليها، متى لم يكن في مقدور الأخير أن يعرفها.

والثقة المقصودة في هذه الحالة والتي تبرر قيام الالتزام قبل التعاقد بالبيانات ليست هي مجرد اعتبارات حسن النية التعاقدية التي يوجبها القانون في تنفيذ أي عقد بل هي نوع من الثقة الخاصة التي تتوفر بالذات في بعض أنواع العقود:

- أولا: الثقة المشروعة بسبب طبيعة العقد إما لكون هذا العقد قائما على فكرة التمثيل أو على الاعتبار الشخصي أو على مبدأ حسن النية قبل التعاقد؛
- ثانيا: الثقة المشروعة بسبب صفة أو اعتبار في أحد المتعاقدين، ويبدو ذلك في عدم المساواة في العلم نظرا لوجود صفة في أحد أطرافه تجعله يستأثر بالعلم بأمر كثيرة نتيجة لذلك دون المتعاقد الآخر، فيلقي على عاتقه التزام بالإفشاء للطرف الآخر بها.

فالإخلال بمبدأ الثقة التعاقدية يشكل خطأ في مرحلة التفاوض، ويظهر ذلك في التطبيقات التالية:

استقر القضاء على قيام الالتزام بالإدلاء بالمعلومات في المرحلة قبل التعاقدية في مجال تفضيل أحد الطرفين لمصلحته على حساب الطرف الآخر، ويظهر ذلك من خلال عقود بيع وحجز الوحدات

¹ محمد حسين منصور، العقود الدولية، المرجع السابق، ص. 60 .

² محمد عبد الظاهر حسين، الجوانب القانونية للمرحلة السابقة على التعاقد، المرجع السابق، ص. 768 .

السكنية، حيث يلتزم الملاك ببيان موقع ومساحة الأرض التي سيشيد عليها البناء، والوصف الإجمالي لعقار المبنى الذي توجد فيه الشقة محل التعاقد، وبيان وصف الوحدة السكنية في عقد الحجز الابتدائي من حيث مساحتها وعدد حجراتها والمواد¹ المستخدمة في إنائها، وفي هذه الحالة ذهبت محكمة النقض الفرنسية إلى أن عقد الحجز يكون عقداً من نوع خاص ملزماً للجانبين يتعهد البائع بحجز الوحدة السكنية في البناء المراد إنشاؤه للمشتري في مقابل دفع هذا الأخير لمقدم نقدي ضماناً لهذا الحجز، وتطبيقاً لذلك وحماية لرضاء المتعاقد عند إبرام عقد حجز الوحدات السكنية، فضلاً عن وضوح الأمور بكافة تفصيلات الشقة وغير معيب بسبب استغلال البائع وأنه يدخل في حما الكتمان التدليسي عندما يدلي بوعده مكتوب في عبارات غامضة غير محددة².

كما قرر أن مبدأ حسن النية التعاقدية يلقي بالالتزام بالإفشاء وللمتعاقد الآخر بكافة المعلومات الصحيحة اللازمة لتتوير رضائه في هذا الخصوص دون أن يترك الأمر له لاكتشافه بمحض الصدفة وذلك عندما اكتشف المشتري أن المساحة الفعلية للشقة المحجوزة قد تم إنقاصها إلى حوالي النصف، كذلك قضت المحكمة بمسؤولية جمعية تعاونية لبناء المساكن بعدم الإفشاء لمشتري شقة في إحدى العقارات المشيدة بواسطتها بأن الأقساط التي تعهد بدفعها هذا المشتري مضمونة بعقد تأمين مبرم على حياته لصالح الجمعية.

كذلك يظهر هذا الإخلال في العقود المبرمة بين المنتجين والمستهلكين حيث يقع على عاتق المنتجين التزام بالإفشاء لحماية المستهلك وإحاطته علماً بكافة البيانات والمعلومات، وألا يكون رضائه مشوباً بأي غلط أو تدليس أو استغلال، ويقر شراح القانون المدني الفرنسي ذلك ويرون أن صفة الاحتراف في أحد المتعاقدين من أهم القرائن التي يستفاد منها علمه بالبيانات بل يكفي أن يثبت أنه كان من السهل عليه أن يتبينها في ضوء الظروف والملابسات التي أحاطت بإبرام العقد³.

حيث هذا من جهة ومن جهة ثانية قد يتخذ المتفاوض قراراً بقطع المفاوضات من تلقاء نفسه ولكنه لا يريد أن يظهر بأنه هو الذي قطع المفاوضات، وذلك لكي ينأى بنفسه عن المسؤولية، فيخفي عزمه الحقيقي ويستمر ظاهرياً في التفاوض، ثم يقوم بمفاجأة المتفاوض الآخر بمطالب استفزائية وغير مقبولة عقلاً، كأن يتمسك بثمن باهظ إن كان هو البائع، أو أن يصر على دفع ثمن زهيد إن كان هو المشتري وهكذا دواليك حتى يجعل المتفاوض الآخر يمل من التفاوض معه ويفقد الأمل في إمكانية إبرام العقد في

¹ سمير عبد السميع الأودن، خطابات النوايا الصادرة في مرحلة التفاوض على العقد، المرجع السابق، ص. 96.

² رجب كريم عبد اللاه، التفاوض على العقد، المرجع السابق، ص. 608.

³ سمير عبد السميع الأودن، المرجع نفسه، ص. 98.

ظل هذا التصلب المفاجئ ، فينصرف من المفاوضة وهو مغلوب على أمره ويبدو بالتالي أنه هو الذي قطع المفاوضات وأن المتفاوض الأول هو الضحية. والواقع أن هذا التصرف يتنافى تماما مع حسن النية في التفاوض، حيث يتعين على كل متفاوض أن يبدي في تفاوضه قدرا كبيرا من المرونة والتعاون كي لا تصل المفاوضات إلى طريق مسدود.¹

كما أن إفشاء الأسرار يعد من قبيل الأخطاء التعاقدية ويقصد به قيام المتفاوض بعد فشل المفاوضات بإفشاء الأسرار التي كان قد اطلع عليها أثناء التفاوض، أو قيامه باستغلالها لحسابه الخاص بدون ترخيص من المتفاوض الآخر صاحب هذه الأسرار، فإنه بذلك يكون مخطئا لإخلاله بالتزامه بالمحافظة على الأسرار الناشئ عن اتفاق التفاوض، ومن ثم تقوم مسؤوليته العقدية .

ويقع إثبات الخطأ العقدي الواقع في مرحلة التفاوض على عاتق المدعي في دعوى المسؤولية العقدية وهو المضرور وذلك وفقا للقاعدة العامة القاضية " بأن البينة على من ادعى"².

ولما كان الخطأ العقدي في مرحلة التفاوض هو عدم تنفيذ الالتزام الناشئ عن اتفاق التفاوض فإنه يتعين على المتفاوض الذي يدعي أن المتفاوض الآخر لم ينفذ التزامه أن يثبت أولا وجود هذا الالتزام.

ويتم إثبات الالتزام بإثبات مصدره، أي بإقامة الدليل على اتفاق التفاوض الذي أنشأه. ويكون هذا الإثبات سهلا من الناحية العملية إذا كان هناك اتفاق تفاوض مكتوب. أما إذا لم يوجد اتفاق تفاوض مكتوب فإن هذا الإثبات يكون صعبا. ومع ذلك فإن المتفاوض المدعي يستطيع أن يقيم الدليل على هذا الاتفاق بإثبات واقعة الدخول في التفاوض مع المدعى عليه، وحينئذ يتولى القاضي استخلاص اتفاق التفاوض بكافة طرق الإثبات لكونها واقعة مادية، كما أنه لا يطلب من المتفاوض المكلف بالإثبات أن يقدم دليلا يقينيا على هذه الواقعة، بل يكفي منه بما يرجح وقوعها.

أما إثبات عدم تنفيذ الالتزام فإنه يختلف بحسب نوع الالتزام المدعى بعدم تنفيذه .

فإذا كان هذا الالتزام بتحقيق نتيجة، فإن إثبات عدم تنفيذه يكون في الغالب سهلا من الناحية العملية خاصة عندما يكون هذا الالتزام إيجابيا، إذ يكفي في هذه الحالة أن يقرر الدائن أن النتيجة المقصودة لم تتحقق حتى يقوم الخطأ في جانب المدين، وذلك كما هو الحال في الإلزام بالدخول في التفاوض حيث يكفي

¹ Jean Marc Mousseron, techniques contractuellesop.cit , p.37 .

² رجب كريم عبد اللاه، التفاوض على العقد، المرجع السابق، ص.609 .

أن يعلن الدائن أمام القاضي أن المدين لم يدخل معه في التفاوض المتفق عليه، وعندئذ يقوم الدليل على خطأ المدين. فإذا ادعى هذا الأخير أنه وفى بالتزامه فعليه إثبات ذلك¹.

على أن هذه السهولة قد لا تتوافر في إثبات الالتزام، وذلك عندما يكون التزاما سلبيا، كما في الالتزام بعدم إفساء أو استغلال أسرار التفاوض، إذ يجب على الدائن في هذه الحالة أن يقيم الدليل على أن المدين قد أفشى هذه الأسرار أو استغلها بالفعل، وهو ليس بالأمر الهين.

وعلى أية حال، فإنه لا يجوز للمدين في هذا النوع من الالتزام أن يدفع المسؤولية عن نفسه بإثبات أنه بذل كل ما في وسعه من جهد لتنفيذ الالتزام فلم يستطع لأنه ملزم بتحقيق نتيجة معينة. وليس أمامه لكي يتخلص من المسؤولية، سوى إثبات أن عدم التنفيذ يرجع إلى سبب أجنبي.

أما إذا كان التزام المدعى بعدم تنفيذه هو التزام ببذل عناية، فإنه على الدائن أن يثبت أن المدين لم يبذل القدر الكافي أو اللازم من العناية، وهذا الإثبات يكون من الناحية العملية أثقل وطأة منه في الحالة السابقة.

هذا وتجدر الإشارة إلى أن تقدير حصول الفعل أو عدم حصول الفعل المكون للخطأ العقدي المستوجب لمسؤولية المتفاوض من مسائل الواقع التي يفصل فيها قاضي الموضوع بغير معقب، ما دام تقديره سائغا ومستمدا من عناصر تؤدي إليه من وقائع الدعوى، أما تكييف هذا الفعل أو عدم الفعل بأنه خطأ فيعتبر من مسائل القانون التي يخضع فيها القاضي لرقابة محكمة النقض².

ثانيا : الضرر

وقوع الخطأ العقدي من المتفاوض لا يكفي لقيام مسؤوليته وإنما يجب أن يترتب على هذا الخطأ ضرر يصيب المتفاوض الآخر وإلا فلا مجال للمسؤولية. وطبقا للقواعد العامة للمسؤولية العقدية، فإنه يتعين لوجوب التعويض أن تتوافر في الضرر ثلاثة شروط:

4 أن يكون الضرر محققا:

وذلك بأن يكون حالا، أي وقع بالفعل، كالتفقات التي يتحملها المتفاوض المضرور فعلا، أو أن يكون محقق الوقوع في المستقبل، مثل التأثير على سمعة المتفاوض مستقبلا³.

¹ عدنان إبراهيم السرحان، نوري حمد خاطر، شرح القانون المدني، مصادر الحقوق الشخصية، الالتزامات (دراسة مقارنة)، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان 2008، ص.313.

² رجب كريم عبد اللاه، المرجع السابق، ص. 611 .

³ محمد عبد الظاهر حسين، الجوانب القانونية للمرحلة السابقة على التعاقد، المرجع السابق، ص.781.

أما إذا كان الضرر محتملاً، أي لم يقع فعلاً ولم يكن محقق الوقوع في المستقبل، فلا يمكن تعويضه. ولهذا فإن المضرور من قطع المفاوضات لا يستطيع أن يحصل على تعويض عما فاتته من كسب يتمثل في الربح الذي كان سيعود عليه من تنفيذ العقد لو تم إبرام العقد وذلك لأن إبرام العقد هو دائماً أمر احتمالي قد يتحقق وقد لا يتحقق نظراً لما يتمتع به الطرفان من حرية في التعاقد من عدمه. غير أن ذلك يختلف عن تفويت الفرصة الذي يعرض عنه في الحال وسوف يتم التعرض له لاحقاً بشيء من التفصيل.

2 أن يكون الضرر مباشراً

وذلك بأن يكون نتيجة طبيعية لإخلال المتفاوض بالتزامه، وهو يعتبر كذلك إذا لم يكن في استطاعة المتفاوض الآخر، أي الدائن، أن يتوقاه ببذل جهد معقول. أما الضرر غير المباشر، فلا يلتزم المتفاوض المدين بالتعويض عنه وذلك لانتهاء علاقة السببية بينه وبين خطأ هذا الأخير. ومثال على ذلك أن يترتب على فشل التفاوض وضياع الصفقة من التاجر المتفاوض أن تسوء حالته المالية ويعجز عن سداد ديونه التجارية، فيتم شهر إفلاسه وتصفية أمواله قضائياً: فهذه الأضرار التي لحقت بالتاجر بعد قطع التفاوض معه هي أضرار غير مباشرة، فلا يعرض عنها¹ لأنه كان يستطيع أن يتفادها ببذل جهد معقول كأن يحاول البحث عن صفقة أخرى.

3 أن يكون الضرر متوقعاً

أي أن يكون مما يمكن توقعه عادة وقت الاتفاق على الدخول في التفاوض، وهذا شرط تختص به المسؤولية العقدية وحدها، ففي المسؤولية التقصيرية يكون التعويض عن الضرر المباشر كله، سواء كان متوقعاً أو غير متوقعاً، أما في المسؤولية العقدية فلا يكون التعويض إلا عن الضرر المباشر المتوقع وذلك في غير حالتي الغش والخطأ الجسيم.

فالضرر الذي يجب التعويض عنه في المسؤولية العقدية عن الإخلال باتفاق التفاوض هو إذن الضرر المتوقع فحسب، أما الضرر غير المتوقع فلا يعرض عنه، ومثال الضرر غير المتوقع في مرحلة التفاوض أن يكون المتفاوض المضرور قد قام بإجراء دراسة تمهيدية باهظة التكلفة بصورة لا تتناسب البتة مع حجم المشروع المتفاوض عليه وأهميته ففي هذه الحالة لا يلتزم المتفاوض المسئول إلا بالنفقات المعقولة التي تخصص عادة لدراسة مثل هذا النوع من المشروعات، وما زاد عن ذلك فهو ضرر غير متوقع فلا يلتزم بتعويضه.

¹ رجب كريم عبد اللاه، التفاوض على العقد، المرجع السابق، ص. 213.

ويشترط فضلا عن ذلك أن لا يكون الضرر قد تم تعويضه من قبل ولومن غير طريق المدين، ولهذا فإن المحاكم الفرنسية لا تقضي غالبا بالتعويض عن النفقات العادية التي يبذلها المهني في سبيل التفاوض مع العملاء بشأن مهنته، وذلك لان النفقات تعتبر من مخاطر المشروع التي يجب أن يتحملها المهني وحده، حيث أنها تدخل عادة ضمن النفقات العامة للمنشأة.

وغني عن البيان أن عبء إثبات الضرر يقع على عاتق المتفاوض المضرور لأنه هو الذي يدعي الضرر. ويتم إثبات الضرر بكافة طرق الإثبات لأنه واقعة مادية¹.

ثالثا: علاقة السببية

أخيرا لا بد من قيام الصلة السببية بين الخطأ العقدي الذي ارتكبه أحد المتفاوضين والضرر الذي أصاب المتفاوض الآخر²، بمعنى أن يكون خطأ المتفاوض هو السبب المباشر في حدوث الضرر، وإلا فلا تقوم مسؤوليته.

ويفترض توافر علاقة السببية بين الخطأ والضرر إذا أقام المتفاوض المضرور، أي المدعي، الدليل على الخطأ والضرر طبقا للقواعد العامة في الإثبات.

ويقع على عاتق المتفاوض المدين عبء نفي علاقة السببية إذا ادعى عدم قيامها، ولا يجوز له هذا إلا بإثبات أن الضرر قد وقع بسبب القوة القاهرة، أو فعل الغير، أو خطأ المضرور نفسه³.

الفرع الثالث

مسألة الخيرة بين المسؤوليتين.

لقد تبين مما تقدم أن فعل المتفاوض الضار، الذي هو أساس المسؤولية المدنية، قد يشكل في آن واحد خطأ عقديا يتمثل في إخلاله باتفاق التفاوض الصريح أو الضمني، وخطأ تقصيريا يتمثل في إخلاله بواجب عدم الإضرار بالغير. ويعني ذلك أن الفعل الواحد يقيم مسؤولية المتفاوض العقدية وكذا مسؤوليته التقصيرية. وهنا يثور التساؤل عما إذا كان يجوز للمتفاوض المضرور الخيرة بين المسؤوليتين العقدية والتقصيرية في رجوعه على المتفاوض المسؤول، فيختار من بينهما المسؤولية التي يراها تحقق مصلحته، كذلك حقه في الجمع بين المسؤوليتين؟

¹ عدنان إبراهيم السرحان، نوري حمد خاطر، شرح القانون المدني، مصادر الحقوق الشخصية -الالتزامات (دراسة مقارنة)، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان 2008، ص. 1313 314 .

² مصطفى العوجي، القانون المدني (المسؤولية المدنية)، ج2، ط2، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ص. 18 .

³ Jean Marc Mousseron , technique contractuelles, op. cit, p.39.

أولا : الخيرة غير مستساغة بين المسؤولية التقصيرية والمسؤولية العقدية

لقد أثارَت مشكلة الخيرة بين المسؤوليتين خلافا كبيرا في الفقه والقضاء الفرنسي لا يتسع المقام لبحثه بالتفصيل¹، ولذلك تكتفي الدراسة بالإشارة إلى أن محكمة النقض بفرنسا² وكذلك القضاء في مصر³ قد انتهت إلى عدم جواز الخيرة بين المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية، إلا إذا تم تكييف الإخلال بالالتزام العقدي جريمة أو يعد غشا أو خطأ جسيما، فالقاعدة إذن هي عدم جواز الخيرة⁴. فإذا كان الخطأ العقدي يشكل جريمة أو خطأ جسيما كان له الخيرة بين دعوى المسؤولية العقدية ودعوى المسؤولية التقصيرية. وتطبيقا لذلك ليس أمام المتفاوض ضحية الإخلال بالالتزامات التفاوضية إلا دعوى المسؤولية العقدية أو المسؤولية التقصيرية حسب الأحوال، وإن كان لهما الخيرة بينهما إذا شكل الخطأ جريمة أو غشا أو خطأ جسيما، فيكون للدائن في أي من هذه الحالات أن يرفع دعواه استنادا إلى قواعد المسؤولية التقصيرية أو قواعد المسؤولية العقدية وحسب أحوالها، فقد يرى من مصلحته على سبيل المثال دعوى المسؤولية التقصيرية إذا كان صالحه في تضامن المدينين أو في التزاماتهم بالتعويض عن الضرر المتوقع وغير المتوقع أو في إبطال ما أدرجوه من بنود للإعفاء من المسؤولية⁵.

ومع ذلك تجوز الخيرة بين المسؤوليتين على سبيل الاستثناء في حالات معينة⁶. فقد أوردت محكمة النقض الفرنسية والمصرية، عدة استثناءات على مبدأ عدم جواز الخيرة تتعلق بالحالات التي يكون فيها الفعل الذي أضر بالمتعاقدين الآخر مكونا جريمة أو يعد غشا أو خطأ جسيما، وذلك لأن الشخص يجب عليه أن يمتنع عن القيام بهذه الأفعال دائما، سواء كان متعاقدا أم لا.

ولقد أفصحت محكمة النقض المصرية عن ذلك عندما أرذفت إلى ما سبق قوله: "و ذلك ما لم يثبت ضد أحد الطرفين المتعاقدين أن الفعل الذي ارتكبه وأدى إلى الإضرار بالطرف الآخر يكون جريمة

¹ لمزيد من التفصيل، أنظر عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج1، المرجع السابق، ص. 758.

² Cass civ.2° ch .13 nov.1970, Bull.11 n. 596, civ.2° ch 13 dec.1972, Bull.111, n.679, d.1973, note Mazeaud.

³ وفي ذلك تقول محكمة النقض المصرية: "و إذ خص المشرع المسؤولية التقصيرية والمسؤولية العقدية كلا منها بأحكام تستقل بالأخرى، وجعل لكل من المسؤوليتين نطاقا محددًا، فإذا قامت علاقة تعاقدية محددة بأطرافها ونطاقها، وكان الضرر الذي أصاب أحد المتعاقدين قد وقع بسبب إخلال الطرف الآخر بتنفيذ العقد، فإنه يتعين الأخذ بأحكام العقد وبما هو مقرر في القانون بشأنه، باعتبار أن هذه الأحكام وحدها هي التي تضبط كل علاقة بين الطرفين بسبب العقد، سواء عند تنفيذه تنفيذا صحيحا أو عند الإخلال بتنفيذه، ولا يجوز الأخذ بأحكام المسؤولية التقصيرية التي لا يرتبط الضرر فيها بعلاقة عقدية سابقة، لما يترتب على الأخذ بأحكام المسؤولية التقصيرية في مقام العلاقة العقدية من إهدار لنصوص العقد المتعلقة بالمسؤولية من عدم تنفيذه، مما يخل بالقوة الملزمة له"³.

نقض مدني مصري، 16 أبريل 1968، المجموعة س 19، رقم 110، ص. 762.

⁴ حسن علي الذنون، الميسوط في شرح القانون المدني، الضرر، المرجع السابق، ص. 150.

⁵ عمر سالم محمد، الطبيعة القانونية للمسؤولية السابقة على التعاقد، بحث منشور على الموقع:

Http://www.ao-ocademy.org/...، ص. 22.

⁶ رجب كريم عبد اللاه، التفاوض على العقد، المرجع السابق، ص. 648.

أو يعد خطأ جسيماً، مما تتحقق معه المسؤولية التقصيرية، تأسيساً على أنه أخل بالتزام قانوني، إذ يمتنع عليه أن يرتكب مثل هذا الفعل في جميع الحالات، سواء أكان متعاقداً أو غير متعاقد¹.

وعليه إذا كان فعل المتفاوض الضار يشكل خطأ تقصيرياً في نفس الوقت، فإن الأصل ألا يجوز للمتفاوض المضرور أن يفاضل بين المسؤوليتين العقدية والتقصيرية ليختار من بينهما المسؤولية التي تروق له، وإنما يتعين عليه أن يسلك في رجوعه على المتفاوض المسؤول طريق دعوى المسؤولية العقدية وحده، ولا يلجأ إلى طريق دعوى المسؤولية التقصيرية، حتى ولو كانت الأخيرة في صالحه.

أما إذا كان فعل المتفاوض قد كون جريمة أو بلغ حد الغش أو الخطأ الجسيم، كما في الحالات التي سبق بيانها للخطأ التقصيري في التفاوض، فإن المتفاوض المضرور يكون حينئذ له الخيار بين أن يسلك طريق دعوى المسؤولية العقدية، أو طريق المسؤولية التقصيرية، أيهما أقرب لمصلحته، فقد يرى أن مصلحته تكون في المسؤولية التقصيرية، وفي الحصول على تعويض عن كل الضرر المباشر متوقفاً وغير متوقفاً، وفي إبطال شرط الإعفاء من المسؤولية. وقد يرى على العكس من ذلك أن مصلحته في المسؤولية العقدية، بحيث يستفيد من مزاياها المتعددة، وأهمها سهولة الإثبات، وطول مدة التقادم، حيث تتقادم دعوى المسؤولية العقدية بخمس عشرة سنة، في حين أن دعوى المسؤولية التقصيرية تتقادم بثلاث سنوات أو خمس عشرة سنة². ويستخلص من هذا كله أنه إذا وجد هناك شرط يقضي باللجوء إلى قواعد المسؤولية العقدية وحدها فلا يجوز لأي من المتفاوضين اللجوء إلى قواعد المسؤولية التقصيرية، لأن الطرفين قد أفصحا بإدراج هذا الشرط عن إرادة صريحة وواضحة. وفي هذا المقام ذهب الأستاذ حسن علي الذنون من أنه إذا كان إخلال المتعاقد بتنفيذ التزامه التعاقدية يشكل جريمة يعاقب عليها قانون العقوبات، كما يعد في الوقت ذاته جريمة مدنية، فحينئذ يجوز اللجوء لإحدى المسؤوليتين، أي يجوز للمتعاقد الذي أصابه الضرر الرجوع على المتعاقد الآخر إما بدعوى العقد أو بدعوى الفعل الضار.

لكن يبقى الأصل هو أنه إذا اختار أحد هذين الطريقتين استنفذ حقه ولم يعد له بعد أن يلجأ إلى الطريق الآخر إلا إذا كان عدوله عن الطريق الذي اختاره قد تم قبل صدور الحكم النهائي في دعواه³.

¹ نقض مدني، 16 أبريل 1968 السابق الإشارة إليه.

² حيث هذا ما نصت عليه المادة 182 من القانون المدني المصري في تقابلها المادة 133 من القانون المدني الجزائري معدلة بالقانون رقم 05 10 التي جاءت صريحة على أنه: "تسقط دعوى التعويض بانقضاء خمس عشرة سنة من يوم وقوع الفعل الضار".

³ لمزيد من التفصيل أنظر الأمثلة الواردة في الضرر للدكتور حسن علي الذنون حول مسألة جواز الخيرة بين المسؤوليتين، الضرر، المرجع السابق، ص. 150.151.

ثانياً: تكريس القضاء للقاعدة المسماة - (عدم الجمع بين المسؤوليةين) .

ومن جهة ثانية فإنه لا خلاف بين الفقهاء على عدم جواز مسألة الجمع بين المسؤوليةين، فلو أحل أحد أطراف التفاوض بالالتزام الناشئ عن عقد ضمان السرية مثلاً في مرحلة المفاوضات فإنه لا يجوز للدائن أن يطالب بتعويضين¹، تعويض على أساس المسؤولية العقدية استناداً إلى أن أي إخلال بالتزام عقدي يقيم المسؤولية العقدية وتعويض على أساس المسؤولية التقصيرية استناداً إلى أن هذا الالتزام الذي تم خرقه يكون التزاماً عاماً يتفرع عن مبدأ حسن النية فيكون محمياً وفقاً لقواعد المسؤولية التقصيرية، وفي الوقت نفسه لا يجوز للدائن وإن طالب بتعويض واحد أن يجمع في دعواه المدنية بين خصائص المسؤولية التقصيرية وخصائص المسؤولية العقدية ووفقاً لما يفيد كل منهما وإلا ظهرت دعوى غير معروفة، لا هي بعقدية ولا هي بتقصيرية. كذلك لا يجوز له، إذا رفع إحدى الدعويين فخرها أن يلجأ إلى الدعوى الأخرى لأن قوة الشيء المقضي فيه تحول دون ذلك، فعليه أن يتحمل غرم ذلك².

وقد استقر اجتهاد المحكمة العليا في الجزائر، على أنه من غير المقبول قانوناً، أن يحصل المضرور على تعويضين عن ضرر واحد،³ كما أن طلب التعويض عن دعاوي سابقة فصل فيها بإحكام صارت لها قوة الشيء المقضي به لا يقبل،⁴ وأن المسؤولية الناتجة عن الإخلال بالتزام عقدي تحكمها المسؤولية العقدية أساساً، لان علاقة الدائن بالمدين مرجعها العقد.⁵

المطلب الثالث

آثار المسؤولية الناتجة عن الإخلال بخطابات النوايا.

إذا توافرت أركان المسؤولية (الخطأ والضرر وعلاقة السببية بينهما) تحققت المسؤولية، وترتبت عليه آثارها، ووجب على المسؤول تعويض الضرر الذي أحدثه بخطئه.

والتعويض هو الأثر المترتب على قيام المسؤولية ويتمثل في جبر حق المضرور من أضرار.

¹ مصطفى العوجي، القانون المدني، المسؤولية المدنية، المرجع السابق، ص.136 .

² حسن علي الذنون، المبسوط في شرح القانون المدني - الضرر، المرجع نفسه، ص.150.

³ المحكمة العليا، م، 1996/01/17، ملف رقم 130299، غير منشور؛ 1984/11/07، ملف رقم 34000، م.ق، 1989، عدد1، ص.55.

⁴ المحكمة العليا، غ.م، 1983/04/27، ملف رقم 27998، غير منشور. فإذا رفع إحداهما وخسرهما، فلا يجوز له رفع الأخرى، لأن ذلك يتعارض مع مبدأ حجبية الشيء المقضي به.

⁵ المحكمة العليا، 1992/05/11، ملف رقم 77237، غير منشور؛ 1985/10/30، ملف رقم 34951، م.ق، 1990 عدد2، ص 44 (فسخ العقد مع التعويض)؛ 1990/05/28، ملف رقم 41112، م.ق، عدد2، ص 117 (استحالة التنفيذ يتم حسمها على شكل تعويضات)؛ 1984/11/07، ملف رقم 34000، م.ق، 1989، عدد1، ص 55. مشار إليه في مرجع بلحاج العربي، الإطار القانوني للمرحلة السابقة على تعاقد، المرجع السابق، ص.180 .

ويتم الحصول على التعويض في حالة المسؤولية قبل التعاقدية من خلال دعوى عادية، طرفها المضرور والمتسبب في الضرر. ويلاحظ هنا أنه إذا كان التعويض العيني هو الأصل في المسؤولية العقدية، فعلى النقيض من ذلك لا يكون لهذا الضرب من التنفيذ وهو يقتضي إعادة الحالة إلى ما كانت عليه "كهدم حائط بني بغير حق" - إلا منزلة الاستثناء في نطاق المسؤولية التقصيرية. والأصل في التعويض أن يكون مبلغا من النقود.¹

وعلى ذلك، فإن التعويض عن الأضرار الناشئة في المرحلة السابقة على التعاقد يكون بحسب الأصل ماليا، على أساس أن المسؤولية في هذه المرحلة هي كقاعدة عامة تقصيرية². أما في الحالات التي تكون فيها عقدية، فهل من المتصور هنا أن يكون التعويض في صورة أخرى غير المال، بمعنى آخر هل يمكن الحديث عن تنفيذ عيني للالتزام غير المنفذ في الواقع. إن قبول مثل هذا الجزاء في هذه المرحلة يصطدم بكثير من المعوقات والصعوبات.³

الفرع الأول

التنفيذ العيني الجبري.

يقصد بالتنفيذ العيني أن يقوم المدين بأداء ما التزم به عينا إلى الدائن. والأصل في تنفيذ هذا الأخير للالتزامه التفاوض اختيارا. فإذا ما نكل المدين عن التنفيذ العيني طواعية، جاز للدائن أن يجبره على ذلك عن طريق القضاء، شريطة أن يكون هذا التنفيذ ممكنا وغير مرهق للمدين.⁴

فإذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه اختيارا، فهل يجوز للمتفاوض الآخر، طبقا للقواعد العامة أن يلجأ إلى القضاء طالبا الحكم بإجباره على الدخول معه في التفاوض أو الاستمرار فيه؟ أو بمعنى آخر هل يجوز إجبار المتفاوض على تنفيذ التزامه بالتفاوض تنفيذا عينا؟

إذا كان التنفيذ العيني هو الأصل في القانون المدني الجزائي، وفقا للمادة 164 من ق.م وما يليها إذ يجب الأخذ به كلما أمكن ذلك، بقصد إعادة الأطراف إلى الحالة التي كانوا عليها قبل حصول الفعل الضار المتمثل في قطع المفاوضات. فإن الفقه في مجموعه ذهب إلى استبعاد التنفيذ العيني في مجال

¹ محمد عبد الظاهر حسين، الجوانب القانونية للمرحلة السابقة على التعاقد، المرجع السابق، ص. 773.

² J. Schmidt, La période précontractuelle en droit français, art.préc, P.554.

³ محمد عبد الظاهر حسين، المرجع نفسه، ص. 773.

⁴ رجب كريم عبد اللاه، التفاوض على العقد، المرجع السابق، ص. 616.

الفصل الثاني النظام القانوني لخطابات النوايا

التفاوض، وذلك لأن الأخذ به يعني إلزام الأطراف بمتابعة المفاوضات وصولاً إلى تحقيق العقد النهائي بالقوة، خلافاً لأحد الأطراف على الأقل، وهو ما يتعارض مع مبدأ الحرية التعاقدية¹.

إذ لا يمكن اللجوء إلى التنفيذ العيني وإكراه الطرف الآخر على إبرام العقد لأنه خارج إطار العقد وفي مرحلة التكوين الجنيني له²، وذلك للأسباب التالية:

- إن تنفيذ الالتزام بالتفاوض تنفيذاً عينياً يقتضي تدخل المتفاوض المدين شخصياً، والفرص أنه يجبر على الدخول في التفاوض أو الاستمرار فيه رغماً عنه، فيه مساس بحريته الشخصية؛
- أن الإيجابار على التفاوض يكون غير مجد في مجال التفاوض، ذلك أنه بطبيعته يحتاج إلى التعاون الحقيقي بين الطرفين، ولا يتصور أي تعاون من شخص أكره على التفاوض رغم أنه، ولذا فإن التفاوض في ظل هذا المناخ لن يثمر عقداً بل سيكون مصيره الفشل لا محالة³.

على أنه إذا كان لا يجوز إجبار المتفاوض بطريق مباشر على الدخول في التفاوض أو الاستمرار فيه، إلا أنه يجوز في سبيل حثه على تنفيذ التزامه أن تستعمل ضده الغرامة التهديدية، حيث نصت المادة 174⁴ من القانون المدني الجزائري على أنه: "إذا كان تنفيذ الالتزام عينياً غير ممكن أو غير ملائم إلا إذا قام به المدين نفسه، جاز للدائن أن يحصل على حكم بإلزام المدين بهذا التنفيذ وبدفع غرامة إجبارية إن امتنع عن ذلك."، وفي هذه الحالة يحكم القاضي بإلزامه بدفع مبلغ معين من النقود عن كل مدة زمنية يتأخر فيها عن الدخول في التفاوض أو الاستمرار فيه. غير أنه إذا لم تجد هذه الوسيلة نفعاً فلا مناص من الاكتفاء بالحكم عليه بالتعويض النقدي.

هذا ورغم ندرة التطبيقات القضائية في شأن الإيجابار على التفاوض، إلا أن ثمة حكماً صادراً من محكمة باريس في 28 سبتمبر 1976⁵ قضى بالإيجابار على التفاوض، وقد استند إليه البعض في الفقه للقول بإمكانية إجبار المتفاوض على تنفيذ التزامه جبراً⁶.

¹ بلحاج العربي، الإطار القانوني للمرحلة السابقة على التعاقد، المرجع السابق، ص. 191.

² عبد المنعم موسى إبراهيم، حسن النية في العقود، المرجع السابق، ص. 63.

³ سمير عبد السمیع الأودن، خطابات النوايا أثناء التفاوض على العقد، المرجع السابق، ص. 98.

⁴ الأمر رقم 75 58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق لـ 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني الجزائري المعدل و المتمم .

⁵ CA. Paris, 28 sept, 1976, J.C.P. 1978, II ; obs. J. Robert.

⁶ تتلخص وقائع هذا الحكم بعقد توريد كمية من زيت المازوت بين شركة (E.D.F) وشركة شل الفرنسية، وقد كان العقد يتضمن بنداً يلزم الطرفين بإعادة التفاوض حول الثمن في حالة ارتفاع أو انخفاض الأسعار، وعقب حرب أكتوبر، حيث ارتفعت أسعار البترول، كان لا بد من أن يتفاوض الطرفان حول تعديل الثمن، وهذا ما حدث بالفعل، ولكن التفاوض باء بالفشل، وورفع الأمر إلى محكمة استئناف باريس قضت المحكمة، قبل أن تفصل في الموضوع، بإلزام الطرفين بالتفاوض ك محاولة للتوصل إلى اتفاق، على أن يكون للمحكمة في حالة فشل المفاوضات أن تقضي، على ضوء المفاوضات والحلول المقترحة، إما بإبطال العقد أو بتعديله بمعرفتها.

والواقع أنه لا يمكن التعويل على هذا الحكم وحده للقول بجواز الإيجار على التفاوض، بل إنه يتعين استبعاد التنفيذ العيني الجبري من مجال التفاوض احتراماً لحرية المتفاوض الشخصية. بيد أن هناك التزاماً في مرحلة التفاوض يقبل بطبيعته التنفيذ العيني جبراً على المدين وهو الالتزام بالمحافظة على الأسرار فإذا كان المتفاوض في سبيله إلى استغلال المعلومات الفنية والمالية الخاصة بالمتفاوض الآخر، استطاع الدائن أن يجبره على عدم الاستمرار في هذا الاستغلال، كأن يستصدر حكماً بإغلاق المنشأة التي يتم فيها هذا الاستغلال المخالف.

وإذا كان لا يجوز للقاضي أن يجبر المتفاوض على الدخول في التفاوض أو الاستمرار فيه فلا يجوز له من باب أولى أن يجبره على التعاقد، وإنما يتعين عليه أن يكتفي بالحكم عليه بالتعويض النقدي فحسب¹.

الفرع الثاني

التنفيذ بطريق التعويض أو التنفيذ بمقابل

يترتب على قيام مسؤولية المتفاوض العقدية عن عدم تنفيذ التزامه الناشئ عن اتفاق التفاوض الصريح أو الضمني نشوء حق للمتفاوض الآخر المضرور في الحصول على تعويض نقدي عادل وشامل لكل ما أصابه من ضرر من جراء عدم التنفيذ، مادام قد تعذر إجبار المتفاوض المدين على تنفيذ التزامه عينا.

وطبقاً للقواعد العامة في التعويض، فإن القاضي هو الذي يتولى مهمة تقدير التعويض، شريطة ألا يكون التعويض مقدراً في اتفاق التفاوض. وعليه فإنه يجب على القاضي عند قيامه بذلك أن يرجع أولاً إلى الاتفاق، فإذا كان الطرفان قد حددا مقدماً في اتفاق التفاوض، أو في اتفاق لاحق، قيمة التعويض الذي يستحقه الدائن في حالة عدم تنفيذ التزامه أو تأخره في هذا التنفيذ، وهو ما يسمى بالتعويض الاتفاقي أو الشرط الجزائي، تعين على القاضي أن يحكم بالمبلغ المتفق عليه دون زيادة أو نقصان. ويستتبع ذلك ضرورة أن يتقيد القاضي في تقدير التعويض باتفاق الطرفين على الإعفاء أو التخفيف من المسؤولية مادام أنه بصدد مسؤولية عقدية، وذلك ما لم يكن المتفاوض المدين قد ارتكب غشاً أو خطأ جسيماً. على أنه يتعين على القاضي ألا يعتد في تقدير التعويض باتفاق الطرفين على توزيع نفقات التفاوض فيما بينهما، إذ

أنظر: رجب كريم عبد اللاه، التفاوض على العقد، المرجع السابق، ص. 618.

¹ سمير عبد السميع الأودن، خطابات النوايا في مرحلة التفاوض على العقد، المرجع السابق، ص. 98.

الفرض وفقا للنزاع الحقيقية للطرفين، أن هذا الاتفاق لا ينطبق إلا إذا فشلت المفاوضات بدون خطأ من أحدهما¹.

فإذا لم يكن التعويض مقدرا باتفاق الطرفين على النحو المتقدم، استقل القاضي حينئذ بتقديره وذلك على النحو التالي:

أولاً: عناصر تقدير التعويض

المبدأ العام الذي يحكم التعويض هو ضرورة تساويه مع الضرر الناجم، ويتمثل هذا الأخير في الخسارة المحققة أو الكسب الضائع²، أو بعبارة أخرى ما فات المضرور من كسب وما لحقه من خسارة. وهذا بدليل نص المادة 182 من القانون المدني الجزائري التي جاءت واضحة كل الوضوح على أنه إذا لم يكن التعويض مقدرا في العقد، أو في القانون فالقاضي هو الذي يقدره، ويشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة وما فاتته من كسب، بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية إذا لم يكن في استطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول.

غير أنه إذا كان الالتزام مصدره العقد، فلا يلتزم المدين الذي لم يرتكب غشاً أو خطأ جسيماً إلا بتعويض الضرر الذي كان يمكن توقعه عادة وقت التعاقد. فهل ينطبق هذا المبدأ في حالة المسؤولية الناشئة في المرحلة السابقة على التعاقد³؟

حول هذه النقطة، الحل ليس واضحاً في الفقه الجزائري ولكن موقف الفقه الفرنسي بخصوص المسألة منقسم فيما يخص الأضرار التي يمكن التعويض عنها، حسب رأي الأكثرية، ينبغي احتسابه بناء على المنفعة السلبية والمقصود بهذا أن الشريك المخدوع أن يحصل على تعويض يضعه في الحالة التي يمكن أن يكون فيها لو لم تعقد المفاوضات، ويستطيع بهذه الصفة، أن يطالب باستعادة النفقات المترتبة وبتعويض عن الوقت الضائع خلال المباحثات غير الجدية، في المقابل، هو لا يستطيع أن يطالب بتعويض عن فقد الربح الذي كان يأمل به من العقد، يستند هذا الوضع إلى واقع أن الأخذ بالاعتبار بهذا العنصر الثاني وهو ما يدعى المنفعة السلبية يتصل بإعادة الاعتبار للعقد المنجز، وبذلك يصبح مجرد حيلة قانونية⁴

مع ذلك اقترح بعض الفقه في فرنسا القبول بأن الخسارة من توقع الربح المنتظر من العقد يجب التعويض عنها كأنها خسارة حظ أي جزئياً.

¹ رجب كريم عبد اللاه، التفاوض على العقد، المرجع السابق، ص. 622 .

² عدنان إبراهيم السرحان، نوري حمد خاطر، شرح القانون المدني (الالتزامات)، المرجع السابق، ص. 473 .

³ محمد عبد الظاهر حسين، الجوانب القانونية للمرحلة السابقة على التعاقد، المرجع السابق، ص. 776 .

⁴ جنيفيف فيني، المطول في القانون المدني (مدخل إلى المسؤولية)، المرجع السابق، ص. 651 .

أخيراً تم اعتبار أن التمييز بين خطأ تفاوض وخطأ قطع ينبغي أن يتدخل في هذا الجدل، لأن الثاني لوحده يسمح باعتماد التعويض عن خسارة الحظ بالربح المنتظر من العقد.

أما موقف القضاء الفرنسي فقد تطور، إذ بالفعل، كان عدد من القرارات الصادرة عن قضاة الأساس (المحاكم الابتدائية)¹ قد قررت أنه يجوز للشريك المطالبة بالتعويض بداعي خسارة حظ بالحصول على أرباح كان يأمل بالحصول عليها من العقد المجهض، وهو حل جرى اعتماده فيما بعد ببعض القرارات غير المنشورة لمحكمة النقض الفرنسية، فالغرفة التجارية أخيراً، استبعدت هذه الاستطاعة في قرارها المؤرخ في 26 تشرين الثاني 2003² وقررت بالفعل "أن الظروف المكونة لخطأ مرتكب في ممارسة حق القطع من جانب واحد للمباحثات سبق التعاقدية، ليست هي السبب في خسارة حظ لتحقيق أرباح من تكون العقد، وخلصت للقول بأنه والحال هذه الضرر المعوض عنه لا يشمل سوى النفقات الحاصلة من المفاوضات والدراسات التحضيرية... وليس الأرباح..". التي كان المتضرر "يأمل بالحصول عليها من استثمار أمواله في موضوع الاتفاق المجهض، ولا حتى خسارة الحظ بالحصول على هذه الأرباح³.

وكان هذا الحل قد اعتمده الغرفة المدنية الثانية في محكمة النقض في 28 حزيران 2006⁴ على أساس عدم وجود سبب بين الخطأ المرتكب وخسارة الأرباح المأمولة من وراء العقد لو تم إبرامه.

وفي الحقيقية، يبدو أن ما يحدد وضع محكمة النقض هو من جهة، صفة الصدفة لخسارة المنفعة المدعى بها⁵، ومن جهة ثانية كون ما هو تعسفي ليس عدم إنجاز العقد بمقدار جعل الطرف الآخر يعتقد أن المفاوضات كانت جارية فعلاً بغية إتمامه، والحالة هذه أدت إلى جعله يضيع وقتاً ومالاً.

ومهما كان الوضع، فهذا الوضع المبدئي يقود إلى تضمين حساب الأضرار والمنافع دفع نفقات مترتبة لحاجات التفاوض، ومن بينها التعويض عن خسائر الاستثمار العائدة إلى توقف جزئي في نشاط

¹ CA Versailles, 1 avril 1999, RJDA 1999, n 1285, CA Paris 10 mars 2000, JCP E 2001, p.422, note F. Violet.

² Bull.civ.IV, n186, D.2004, p.869, note A.S. Dupre-Dallemagne, RTD civ. 2004, p.80, obs. J. Mestre et B. Fages. JCP E2004.738, obs. P. Stofflet-Munck, JCP G2004.I.163, n-180à23, obs. G. Viney, V également J.Ghestin, chron.précitée, JCP2007.I.157.n6 à 17.

³ جنيفيين فيني، المطول في القانون المدني (مدخل إلى المسؤولية)، المرجع السابق، ص.651.

⁴ Civ.3°, 28 juin 2006, bull : civ.III, n164, D.2006, p.2963, resp.civ.et assur.oct2006, com.287, obs.S.Hocqhet-Berg, JCP2006.II1030, note O.Deshayes, D.2006, P.2639, In panorama droit des contrats, obs .S. Amrani-Mekki et Fauvarque-cosson, JCP2006.I.166, obs P.Stofflet-Munckz, RTD civ.2006, p.754, obs .J. Mestre et B. Fages p.771, obs P.Jourdin, Dr.& patr., mars 2007, p.27, obs .P.Chauvel.

⁵ Cass.3° civ ; 7janv.2009, n7-20783(n14FSPB), SCI Norimmo c/Sté Regal Lezennes, note : Xavier Lagarde, Rupture des pourparlers : la période précontractuelle donne peu de droits., Bull. Joly sociétés, 01 mai 2009, N 05, p.477.

المشروع العائد للمدعي خلال فترة المفاوضات التي لم تصل إلى نتيجة. وهو ما يؤدي كذلك إلى التعويض عن خسارة الحظ بالتعاقد مع شريك آخر كان قد قدم عرضا خلال المباحثات¹.

ثانيا: الأضرار المعوض عنها في مرحلة التفاوض

والواقع أن الأضرار التي يمكن المطالبة بالتعويض عنها في مرحلة التفاوض لا تدخل تحت

حصر:

4 نفقات التفاوض.

وهي النفقات التي تكبدها المتفاوض المضرور في سبيل التفاوض والإعداد للعقد، مثل نفقات الدراسات التمهيدية والرسومات والخرائط والتصميمات وتقارير الخبراء وأتعاب الأشخاص الذين استعان بهم في التفاوض، وكذلك نفقات السفر والإقامة والاتصالات وغيرها من الأمور التي تقتضيها عملية التفاوض، فهذه النفقات تعد بمثابة خسارة حقيقية للمتفاوض المضرور، ومن ثم يجب أن يتحملها المتفاوض المسؤول عن فشل التفاوض².

بيد أنه يجب أن تكون هناك علاقة سببية بين هذه النفقات وبين عملية التفاوض الفاشلة، أي أن تكون تلك النفقات قد تمت بمناسبة التفاوض وبسببه³، ومن ثم فلا مجال لاسترداد ما أنفقه المتفاوض قبل بدء التفاوض، ولا ما أنفقه بعد علمه بانسحاب المتفاوض الآخر.

كما يجب أن لا تكون هذه النفقات قد تمت نتيجة لخطأ المتفاوض المضرور، إذ لو ثبت أن هذا الأخير قد تكبد هذه النفقات بسبب خفته أو سذاجته أو عدم احترازه فلن يكون من حقه أن يستردها من المتفاوض المسؤول.

ويجب أيضا أن لا تكون هذه النفقات باهظة ومبالغا فيها إلى الحد الذي يتجاوز المألوف إذ لا يكون المتفاوض المدين مسؤولا إلا عن النفقات التي تمت في الحدود المعقولة فحسب لأن هذا القدر هو الذي يمكن توقعه عادة⁴.

¹ جنفييف فيني، المرجع السابق، ص. 652 .

² Pierre Mousseron, conduite des négociation et responsabilité précontractuelle, art. préc, p.243.

³ (Cass.com ;18 janv.2011, n09-14617) note :Deshayes Olivier, Les frais de négociations constituent-ils un préjudice réparable après la rupture fautive des pourparlers ?, L'essentiel Droit des contrats, 01 mars 2011, N3, p.5.

⁴ سمير عبد السميع الأودن، خطابات النوايا في مرحلة التفاوض على العقد، المرجع السابق، ص. 97 .

2 ضياع الوقت

يعد ضياع الوقت من الأضرار المتوقعة عادة في المفاوضات، ولذا يجب التعويض عنه متى قام الدليل عليه. ويتمثل هذا الوقت الضائع في الساعات أو الأيام أو الشهور، بل والسنين أحيانا التي تكون قد استغرقتها المناقشات والتنقلات من مكان لآخر.

ونظرا لندرة العناصر المادية التي تساهم في تحديد مقدار الضرر المتمثل في ضياع الوقت، فإن القاضي يقوم بتقدير التعويض عنه جزافا وفقا لقواعد العدالة.

ولقد تعرضت محكمة النقض المصرية لمسألة التعويض عن ضياع الوقت في حكم لها¹ تتلخص وقائعه في أن (أ) عرض على (ب) أن يفكر له في مشروع يستثمر فيه أمواله ويكون شريكا له فيه، فقبل (ب) هذا العرض وأخذ يفكر له في مشروع فريد من نوعه، حتى اهتدى إلى إنشاء مصنع لعمل وطبع أسطوانات الأغاني والموسيقى بمصر، وعرض الفكرة على (أ) فرحب بها، وجرت بينهما مفاوضات في شأن إنشاء شركة لتنفيذ هذا المشروع، وانتهت المفاوضات إلى اتفاق بين الطرفين على تكوين شركة بينهما يساهم فيها (أ) برأس المال و(ب) بعمله وخبرته الفنية. وعلى إثر هذا الاتفاق طالب (أ) من (ب) السفر إلى أوروبا لاختيار الآلات والأدوات اللازمة للمصنع لدرابته بذلك². وسافر (ب) بالفعل تاركا أعماله العديدة في مصر، وقضى بأوروبا عدة شهور في البحث في مصانعها عن أحسن ما أنتجه من الآلات. وتم شراء الآلات بالفعل. ولكن ما إن وصلت هذه الآلات إلى مصر وتسلمها (أ) حتى تنكر ل(ب) ورفض تحرير عقد الشركة معه، بل وأنكر حصول اتفاق بينهما بشأن تكوين هذه الشركة، واستأثر بالآلات لنفسه، وعقد شركة مع آخرين لتنفيذ ذات المشروع الذي كان وليد تفكير (ب). فقضت محكمة النقض المصرية بأن قيام (أ) بقطع المفاوضات دون إخطار (ب) في الوقت المناسب يعتبر خطأ ترتبت عليه عدة أضرار (ب)، ومن بينها ما تكبده من خسارة بسبب اضطراره لإهمال مباشرة محله التجاري في المدة التي قضاها في الخارج لاختيار الآلات اللازمة للمصنع، اعتمادا على أن (أ) جاد في أن تصل المفاوضات إلى غايتها، وقد ألزمت المحكمة (أ) بتعويض (ب) عن هذا الضرر.

ومن جانبها أكدت محكمة النقض الفرنسية في أحد قراراتها على وجوب التعويض عن ضياع الوقت في المفاوضات. فقد قام مالك عقار بالتفاوض مع زوجين يرغبان في شرائه، وعندما وجه إليهما إيجابا بالبيع، طلبا منه تسديد مدة القبول حتى يتسنى لهما تدبير التمويل اللازم للشراء. وبعد ثلاثة أشهر من الانتظار أعلن الزوجان رفضهما للإيجاب نهائيا وعدلا عن التعاقد دون إبداء أي سبب، فتمسك الموجب بأن

¹ نقض مدني 27 يناير 1966، المجموعة س 17، رقم 24، ص 182. انظر كريم عبد اللاه، المرجع السابق، ص 626.

² عبد المنعم موسى إبراهيم، حسن النية في العقود، المرجع السابق، ص 72.

الرفض جاء متأخراً، وطالب بتعويضه عن ضياع الوقت. وقد عابت محكمة النقض على قضاة الموضوع رفضهم طلب الموجب لكونهم لم يأخذوا بعين الاعتبار أن الموجب كان قد اعتقد في التزامه بالبقاء على إيجابه، مما دفعه إلى عدم التصرف في عقاره طيلة الوقت¹.

3 المساس بالسمعة التجارية.

لاشك أن قطع المفاوضات مع التاجر بدون أي مبرر موضوعي من شأنه أن ينال من سمعته التجارية بين أقرانه في الوسط المهني التابع له، إذ أن ذلك غالباً ما يثير حوله الشكوك ويعرضه للأقويل. فقد يشيع بين الناس أن قطع التفاوض مع هذا التاجر في مثل هذه الظروف الغامضة لا بد أن يكون وراءه أسباب خفية تتعلق بسوء مركزه المالي أو القانوني، أو قلة خبرته في إدارة المفاوضات مما جعله فريسة سهلة في يد المتفاوض الآخر. وكل ذلك يؤثر دون شك على سمعة التاجر في السوق في الحاضر والمستقبل، ويظهره بمظهر الساذج الذي يسهل خداعه والتلاعب به.

ويعد المساس بالسمعة التجارية للمتفاوض التاجر من قبيل الضرر الأدبي الذي يجب جبره. ومن ثم يتعين على القاضي أن يدخله في اعتباره عند تقدير التعويض.

ولقد قضت محكمة استئناف "Riom" بخصوص عقد توكيل تم إبرامه في فرنسا بين شركة (Rover France) و (Auto 62) حيث قامت هذه الأخيرة بقطع المفاوضات بطريقة تعسفية. فقضى المجلس بأن الطرفين كانا لسنوات طويلة على علاقات عمل وثيقة، وكان للشركة الأولى أمل كبير وعريض في نجاح المفاوضات في حين أن شركة "روفر فرنس" سلكت مسلكاً خبيثاً وقطعت مفاوضات كانت طويلة ومكثفة ومكلفة دون سبب مشروع، مما يعد خطأً تقصيرياً يستوجب التعويض عن الضرر المالي المترتب على عدم إبرام العقد، وكذلك عن المساس بسمعته التجارية في المنطقة².

¹ رجب كريم عبد اللاه، التفاوض على العقد، المرجع السابق، ص. 627 .

² A cet égard, la rédaction de l'arrêt de la cour d'appel de Riom dans une affaires Auto 26 c/Rover France est intéressante. En l'espèce, il était reproché par la société auto 26 à la société Rover France la rupture abusive de pourparlers poursuivis en vue de la conclusion d'un contrat de concession automobile. La cour d'appel relève « qu'il ya avait plusieurs années que les parties aujourd'hui querelleuses était en relations d'affaires » que la remise d'un dossier « de main à la main » n'avait « rien d'étonnant dans les climats de vieux amis du commerce qu'étaient alors les parties » ; la société Auto26 « n'ayant aucun doute sur l'heureuse issues des pourparlers en cours ». Pour caractériser la faute de la société Rover France, la cour d'appel indique que « la prudence de Rover France est devenue matoise », que la rupture par Rover France de pourparlers longs, intenses confiants ayants incités Will à certaines dépenses est fautives. Afin d'évaluer le préjudice subi, la cour retient à coté du préjudice financier consécutif à la non conclusion du contrat avec Rover, « l'atteinte maligne à sa réputation de Will- et à sa surface d'homme d'affaires dans le Puy-de-Dôme ». La cour d'appel de Riom retient la responsabilité délictuelle de l'auteur de la rupture abusive des pourparlers.
réf. (CA Riom – Auto 26 c/société Rover France – RJDA 10/92 n° 893.) cité par J.M. Loncle et J.Y.Trochon, op . cit, p.33.

4 تفويت الفرصة

يقصد بتفويت الفرصة الحرمان من فرصة جادة وحقيقية لتحقيق كسب احتمالي. وإذا كان من المعروف أن الضرر الاحتمالي لا يعوض عنه لكونه ضررا غير محقق الوقوع في الحال أو في المستقبل فإن تفويت الفرصة، على العكس من ذلك، يعدّ ضررا محققا يجب التعويض عنه في الحال¹ وذلك لأنه يجعل تحقق الكسب أمرا مستحيلا بعد أن كان محتملا وممكنًا².

وسلم القضاء الفرنسي في مجموعه بمبدأ وجوب التعويض عن تفويت الفرصة، فقد قضي بأن الحرمان من الفرصة حتى فواتها هو ضرر حال محقق، ولو كانت الإفادة منه أمرا محتملا، وقضي أيضا بأن القانون لا يمنع من أن يدخل في حساب الكسب الفائت، الذي هو أحد عناصر التعويض، ما كان يأمله المضرور من كسب، مادام أن هذا الأمل يستند إلى أسباب معقولة، ذلك انه إذا كانت الإفادة من الفرصة أمرا محتملا فإن تفويتها أمر محقق يجب التعويض عنه .

ويعتبر ضرر تفويت الفرصة من الأضرار المتوقعة في مرحلة التفاوض حيث يؤدي فشل المفاوضات عادة إلى حرمان المتفاوض المعدول عنه من فرصة حقيقية وجادة لتحقيق كسب احتمالي. ويتمثل هذا الكسب الاحتمالي في إبرام العقد المتفاوض عليه أو في إبرام عقد بديل مع الغير³.

وفي هذا المعنى، تقضي الفقرة 3 من المادة 7 (البند3)، من مبادئ عقود التجارة الدولية الصادرة عام 1994، من أن تفويت الفرصة يمكن التعويض عنه في حدود احتمال تحقيقها. وهنا يجب ترك الأمر لقضاة الموضوع، بحيث إذا ظهر من الظروف والملابسات أن المفاوضات دخلت مرحلة حاسمة شارفت على نهايتها، وكان الأطراف على وشك الوصول إلى اتفاق حول العقد النهائي، وأنهم وصلوا إلى نقطة "اللا عودة" (Le point de non retour)، فإن قطع المفاوضات بتعسف أو برعونة أو بدون مبرر معقول، في ظل وجود فرصة حقيقية ومؤكدة لإبرام العقد المنشود، يعد ضررا أكيدا يستوجب التعويض⁴.

¹ مصطفى العوجي، القانون المدني (المسؤولية المدنية) ، المرجع السابق، ص.207 .

² إبراهيم الدسوقي أبو الليل، تعويض تفويت الفرصة، مجلة الحقوق الكويتية، ع(3)، مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت 1986، ص. 81 .

³ أحمد عبد الكريم سلامة، النظام القانوني لمفاوضات العقود الدولية، المرجع السابق، ص.49.

⁴ Cf.J. Schmidt. La Sanction de la faute pré- contractuelle, RTD.civ, 1974,p.46 et s

ولم يتردد الفقه الجزائري في مجموعه،¹ وقد انضمت إليه أخيرا المحكمة العليا،² في اعتماد التعويض عن تفويت الفرصة على شكل مبدأ عام. فإن الفرصة وإن كانت أمرا محتملا، فإن تفويتها يشكل نوعا من أنواع الضرر الذي قد يصيب الطرف الآخر، والذي يستوجب أن يأخذه القاضي في الحسبان عند الحكم بالتعويض؛ وهذا وفقا لظروف وملابسات كل قضية على حدة، رغم صعوبة تقدير الفرصة كقيمة مالية³.

5 عدم تنفيذ عقود أخرى أبرمت مع الغير استنادا إلى مشروع العقد المتفاوض عليه.

قد يقوم المتفاوض أثناء سير المفاوضات بإبرام عقود معينة مع الغير بهدف الاستعداد لتنفيذ العقد المرتقب الذي يجري التفاوض عليه، أو عقد تأمين عليه، أو عقد إيجار للأجهزة والمعدات اللازمة لتنفيذه أو أن يتعاقد مع العمال الذين سيقومون بالتشييد، أو أن يبرم عقد نقل للبضائع التي يتفاوض على شرائها⁴.

فإذا فشل التفاوض على العقد الأصلي، فإن ذلك يؤدي لا محالة إلى عدم تنفيذ هذه العقود التكميلية أو المساعدة. وإذ يعزو الفشل إلى المسلك الخاطئ للمتفاوض المسؤول، فهل يستطيع المتفاوض المضرور أن يرجع على هذا الأخير بما يستحق من تعويضات لصالح الغير لعدم تنفيذه لما أبرمه معه من عقود ؟

و للجواب على هذا السؤال المهم، يتعين التفرقة بين فرضين:

الفرض الأول: أن يكون المتفاوض الآخر المسؤول عن فشل المفاوضات عالما بهذه العقود ولم يعترض عليها، أو أنه هو الذي حث المتفاوض المضرور على إبرامها مطمئنا إياه بأن العقد المتفاوض عليه على وشك الانعقاد، ففي هذه الحالة تقضي العدالة بأن يكون هذا المتفاوض المسؤول ملتزما بدفع التعويضات المستحقة على المتفاوض المضرور تجاه الغير.

الفرض الثاني: أن يكون المتفاوض الآخر المسؤول عن فشل المفاوضات غير عالم بها ، ولكنه اعترض على إبرامها، ففي هذه الحالة، وطبقا لقواعد العدالة أيضا، فإن هذا المتفاوض لا يكون مسؤولا عن التعويضات التي تستحق على المتفاوض المضرور تجاه الغير بسبب عدم تنفيذ هذه العقود.

¹ علي علي سليمان، مصادر الالتزام، دار المطبوعات الجامعية، الجزائر 2006، ص. 185 و 186؛ محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري، الواقعة القانونية، ص؛ 79؛ علي فيلالي، الالتزامات، ط2، ج 2، موفم للنشر و التوزيع ، الجزائر 2007، ص. 295؛ بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام، ط4، ج 2، دار المطبوعات الجامعية 2007، ص. 165.

² المحكمة العليا، غ.أ.ش، 2006/11/15، ملف رقم 372290.

³ بلحاج العربي، الإطار القانوني للمرحلة السابقة على التعاقد، المرجع السابق، ص. 185.

⁴ رجب عبد اللاه، التفاوض على العقد، المرجع السابق، ص. 635 .

وعلى أية حال، فإن المتفاوض الذي يصر على إبرام مثل هذه العقود مع الغير لكي يبرهن على جديته في التفاوض وحرصه على التنفيذ السريع للعقد حينما يتم إبرامه، يستطيع أن يحتاط لنفسه ويضمن هذه العقود بندا يجعل نفاذها معلقا على شرط واقف هو إبرام العقد الأصلي المتفاوض عليه¹.

المبحث الرابع

النظام القانوني لخطابات النوايا الصادرة عن الغير في مجال الائتمان.

تطرقت الباحثة فيما سبق لمفهوم خطابات النوايا الصادرة في مجال الائتمان واستعرضت تطبيقاتها وطبيعة ونوعية الالتزام الناشئ بها (المبحث الأول).

غير أن هذه الخطابات تثير بعض المشكلات القانونية منها ما يتعلق بفاعليتها في مواجهة الأطراف المعنية بها، ومشكلات أخرى ترتبط بمدى جواز تطبيق القواعد الواردة بقانون الصرف وغيره من القوانين والتي تنطبق على الكفالات والضمانات المعطاة بواسطة الشركات التجارية المساهمة على خطابات النوايا محل الدراسة، والبعض الآخر من المشكلات يتصل ببحث النظام القانوني للمسؤولية الناشئة عن الإخلال بتنفيذ ما ورد بها، وأخيرا يثور التساؤل حول آثار هذه المسؤولية .

كل هذه المشكلات سوف تتم معالجتها بعناية من خلال ثلاث مطالب.

المطلب الأول

فاعلية خطابات النوايا.

ثار خلاف بين الفقه المقارن حول الطبيعة التعاقدية لخطابات النوايا ، وهل تتمثل في عقد بمعنى المفهوم الأخير أم أنها عقد ملزم لجانب واحد وهي الشركة الأم مصدره الخطاب ، غير أن الإجماع الفقهي انتهى إلى تأكيد الطبيعة التعاقدية لخطابات النوايا، فقبل قبول الخطاب من جانب المرسل إليه له يظل الخطاب تعهدا منفردا من جانب مصدره، لا يلزم غيره ، إلا أنه بقبول المرسل إليه له صراحة أو ضمنا وتصديق وموافقة الأخير على شروطه، يصبح تصرفا عقديا ملزما للجانبين، بحيث لم يعد في استطاعة أيهما تعديل شروط الخطاب دون موافقة الطرف الآخر ، باستثناء خطابات النوايا الأدبية التي يظل لها الطابع المنفرد .

هذا ولا بد من أن يستوفي خطاب النوايا شروط صحته (الفرع الأول)، كما أنه في مجال التعامل الدولي عن طريق العقود، كثيرا ما يكون خطاب النوايا تصرفا قانونيا عابرا للحدود، ويتصل بالنظام

¹ رجب عبد اللاه ، المرجع السابق، ص.636.

القانوني لأكثر من دولة، وهو ما يقود بالضرورة إلى تنازع القوانين حول المكان الذي ينبغي أن يفرغ فيه (الفرع الثاني)، ثم أنه وككل عقد فإنه يبتغي ترتيب أثر معين ولا محالة سيرتب التزامات متقابلة على عاتق أطراف العلاقة التعاقدية (الفرع الثالث) .

الفرع الأول

الشروط المتعلقة بصحة خطابات النوايا.

مما يجدر التتويه به، أنه بما أن خطاب النوايا عقد، فإنه من المتعين أن تتوافر بشأنه شروط صحة العقد بأركانه المعروفة¹.

أولاً : الشروط المتعلقة بإرادة الأطراف.

1 التراضي:

تلتزم الشركة الأم التي يصدر عنها خطاب النوايا بما ورد به منذ تسليمه وبالصيغة التي ارتضتها ولكن لا يصير باتاً إلا منذ قبوله من المرسل إليه، فيقبل الأخير إيجاب الشركة الأم بموجب قبول صريح أو ضمني، ومن ثم تتلاقى إرادتا الطرفين على إصدار خطاب النوايا بالشروط المدرجة فيه، وينشأ آثاراً قانونية ملزمة، باستثناء خطابات النوايا المعنوية أو الأدبية المجردة من كل جزاء قانوني²، والغالب أن تقرّر الشركة الأم تأييد أو مساندة الائتمان الصادر لحساب الفرع بخطاب نوايا من جانبها لدعم البنك وبتثقة لديه، بناء على طلب من الشركة الفرع، فيصدر الإيجاب والعرض من جانب الشركة الأم ويتأيد بقبول المرسل إليه البنك لخطاب النوايا، إلا أنه ليس ثمة ما يمنع من تعليق إبرام عقد القرض بين البنك والشركة الفرع على إصدار خطاب النوايا، ومن ثم الإيجاب من جانب البنك بعرض إصدار خطاب النوايا ويتأيد بقبول من الشركة الأم³.

كذلك تجدر الإشارة إلى أن خطاب النوايا لا يخضع في الواقع إلى الشروط المتعلقة بأن يحزر العمل في شكل خطّي يشير بوضوح إلى أن صاحب العلاقة كان يعرف طبيعة الموجب العقدي وامتداده⁴، على أن طبيعة الذكر الخطي التي تشترطها المادة 1326 من القانون المدني الفرنسي تتعلق بصحة الكفالة التي توصل إلى تطلب شكلية صلبة إلى حد ما تفرض التعبير عن الرضا في شكل محدد وصريح¹.

¹ خليل فيكتور تادرس، خطابات النوايا الصادرة من الشركات الأم لحساب أحد الفروع وقيمتها القانونية، المرجع السابق، ص.43 .

² خليل فيكتور تادرس، المرجع نفسه ، ص.43 .

³ - L.Aynès et autres, Lamy droit des Sûretés, op .cit, p.145, pp.63.

⁴ 46. – La lettre d'intention ne nécessite l'observation d'aucune règle formelle dans sa rédaction, l'originalité de son objet, qui n'est pas de payer une somme d'argent ou une chose appréciable, ne lui rend pas applicable l'article 1326 du Code civil relatif à la mention manuscrite (Cass. com., 17 déc. 2002 : RJDA 12/2003, n° 1185) s'agissant d'une

2 الأهلية:

لا تثير الأهلية أي مشكل يذكر، فمصدر الخطاب إذا لم يكن تاجرا يجب أن يتمتع بأهلية للتعاقد حتى ينتج تصرفه الآثار القانونية المنتظرة من وراء إصدار الخطاب، أما بالنسبة لمصدر الخطاب إذا كان تاجرا، فإنه يجب أن يتمتع بأهلية الاتجار وفقا لأحكام ومقتضيات القانون التجاري الفرنسي²، وفي هذا الإطار تسري القواعد العامة لقانون الالتزامات على عيوب الإرادة المنصوص عليها في المادة 1109 وما يليها من القانون المدني الفرنسي³.

3 الحدود القانونية لسلطة المسيرين في إصدار خطابات النوايا .

جرى العرف على أن تصدر معظم خطابات النوايا من الشركات الأم لمصلحة أحد البنوك وذلك لحساب أحد فروع الشركة، حيث ليس ثمة ما يحول دون أن تصدر هذه الخطابات من ممثلي الشركة أو وكيل ممثلها الخاص أو أحد الأعضاء، كرئيس مجلس الإدارة أو مدير الشركة، وقد نص قانون 15 أيار 2001، على أن رئيس مجلس الإدارة لم يعد يمارس آليا إدارة الشركة، وأصبح هناك خيار بين جمع الوظائف إلى الشخص نفسه أو تقاسمها بين شخصين :

أن يضطلع رئيس مجلس الإدارة أيضا الإدارة العامة أو يتعايش رئيس مجلس الإدارة مع المدير العام مع سلطات مختلفة، ويعود الاختيار بين الصيغتين إلى مجلس الإدارة وفقا للشروط المحددة في الأنظمة (المادة 225 51 1، الفقرة 1 و2 من قانون التجارة الفرنسي)، و كان مفعول هذا الإصلاح التشريعي إعطاء مضمون مختلف لوظيفة المدير العام كما تم تنظيمه في قانون عام 1966، كما أن المدير العام القديم الذي يساعد في الإدارة أصبح مديرا عاما مفوضا (قانون 15 أيار 2001، المادة 131 3) حيث يبدو أنه من المنطقي تقرير أنه يفوض في مهامه من قبل المدير العام الذي هو معاونه، واعتمد المشرع الفرنسي حلا مختلفا بأن عهد إلى مجلس الإدارة بسلطة تعيين المدير العام المفوض بناء على

obligation de faire. voir : JurisClasseur Notarial Formulaire > V° Sociétés > Fasc. C-84 : DROIT GÉNÉRAL DES SOCIÉTÉS. – Sociétés et garanties personnelles. – Garantie à première demande et lettres d'intention. –

Commentaires > II. - Lettre d'intention

Cote : 04,2007 , valable sur le site internet :

<http://www.lexisnexis.com.ezproxy.univ-perp.fr/fr/droit/delivery/pr...>

¹ وفي الذهنية عينها، في سبيل رد طعن قدمه كفيل ضد قرار أعلن صحة تعهده في حين أن "الذكر المكتوب هو مجرد شرط أسلوب كتابة بدون الاستناد إلى حساب المكفول ولا إلى حجم رصيد المدين المحتمل، وبذلك يكون غير قابل لوصف معرفة فاعله بطبيعة موجبه ومداه"، لاحظت الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض في حكمها بتاريخ 18 حزيران 1985 (النشرة المدنية، رقم 188، صفحة 169). أنه يكفي أن يعبر الكفيل بخط يده "بصورة صريحة وغير ملتبسة عن معرفته طبيعة الموجب الذي تعاقد عليه وطابعه غير المحدد، وأن اجتهاد الدرجة الثانية، في شأن ذلك بين أن الذكر الخطي المنازع فيه كان واضحا ومجردا من اللبس وأن تعبير الاتفاقية كانت، فضلا عن ذلك، بدون لبس ولا يمكن أن تترك في ذهن السيد... أي شك حول مدى تعهده وطابعه غير المحدد." انظر: جاك غستان، المطول في القانون المدني (تكوين العقد)، المرجع السابق، ص. 394.

² L.aynès et autres, Lamy droit des sûretés, op.cit, p.145, pp.57.

³-Christophe Albiges -marie Pierre Dumont Lefrand , droit des sûretés, op .cit , p.191.

اقترح من المدير العام المادة 225 35 من قانون التجارة المعدل بقانون 15 أيار 2001 ، ويجب أن يكون التفويض واضحا ودقيقا ومانحا للسلطة اللازمة لتسيير قطاع معين .

كذلك حدّد قانون 15 أيار 2001، بتكريس إمكانية فصل وظائف الرئيس والمدير العام، نطاق كل منهما: يمثل رئيس مجلس الإدارة بهذه الصّفة مجلس الإدارة، ممّا لا يمكن أن يكون إلاّ بمعنى محدود بالعلاقات بين أجهزة الشركة ، إنّهُ ينظّم أعمال المجلس ويديرها ، ويسهر على حسن سير عمل أجهزة الشركة ويتأكّد من أنّ المديرين قادرين على القيام بمهمّتهم، أمّا المدير العام فهو مزوّد بسلطة الشركة في علاقتها مع الغير ويضطلع بالإدارة العامّة على مسؤوليته المواد 225 51 و225 56 من ذات القانون إلاّ أنّ مجموعة سلطات التمثيل والإدارة هذه، عندما تكون الوظائف مختلطة، تضاف إلى الصّلاحيات التي سبق أن حازها الرئيس¹، هذا ويشكّل إذن مجلس الإدارة قيّدا بالنسبة لمنح لكفالات والضمانات والاحتياطية باسم الشركة ولكن في حدود مبلغ كامل يحدّده وفي إمكانه تحديد مبلغ أقصى للتعهّد وعندما يتجاوز التّعهد هذا المبلغ أو ذاك من المبلغين المحدّدين على هذا النّحو يكون إذن مجلس الإدارة مطلوباً في كلّ حالة، والتّجاوز استثنائياً إذا تمّ إعطاء كفالات في الفترة الجارية ، لا يمكن الاحتجاج به ضدّ الغير الذي لم يكن على علم بها إلاّ أن لا يتجاوز مبلغ التّعهد المتمسك به وحده حدوداً يحدّدها المجلس ، ولا يمكن أن تكون مدّة الإذن المنصوص عليه أكثر من سنة وذلك في حالة ما إذا كانت الشركة الأم شركة مساهمة وفق النظام التقليدي يسيّرهما مجلس إدارة ، أما إذا كان الأمر يتعلّق بشركة مساهمة مزوّدة بمجلس مديرين يتمتّع هذا الأخير بالسلطات الواسعة للتّصرف باسم الشركة في كلّ الظروف وهذا يعني أن كل أعضاء مجلس المديرين مسيّرين ويتمتّعون بسلطات الإدارة والإشراف والتسيير² ، غير أن هذه السلطات يجب أن تمارس في حدود موضوع الشركة وتحت رقابة مجلس المراقبة ، وهذه التقييدات ينبغي أن يكون محتجاً بها تجاه الجميع وهكذا مثلاً يعود إلى مجلس المراقبة الإذن بالتنازل عن العقارات بطبيعتها وإعطاء الإذن بالنسبة للكفالات والضمانات والاحتياطية . وموّدَى ما تقدّم أنه يتعيّن أن تكون للمسيّر سلطة تمثيل الشركة في علاقاتها مع الغير بمناسبة إصدار خطاب النوايا، وذلك في إطار احترام إجراءات تطلّب الإذن وحدوده المنصوص عليها أعلاه .

هذا ويستوي أن يكون مصدر الخطاب شخصاً طبيعياً أو معنوياً، كما ليس هنالك ما يمنع من صدور هذه الخطابات من أشخاص غير التّجار³ .

¹ ميشال جرمان، المطول في القانون التجاري (الشركات التجارية)، المرجع السابق، ص. 628 .

² الطّيب بلولة ، قانون الشركات ، ترجمة محمد بن بوزة ، بارتي ، الجزائر 2008، ص 245.

³ خليل فيكتور تادرس ، خطابات النوايا الصادرة من الشركات الأم لحساب أحد الفروع وقيمتها القانونية ، المرجع السابق ، ص. 44 .

بيد أنه أثناء توقيع خطاب النوايا، على مدير الشركة أو ممثلها أن يبين ما إذا كان توقيع بصفته الشخصية أم ممثلاً عن الشركة، وفي حالة النزاع يستعان بصيغة الخطاب وإرادة الأطراف ، فإذا وقع المدير بصفته الشخصية فيتحمل عندئذ عبء تنفيذه ، تطبيقاً لذلك قضت محكمة استئناف باريس بتاريخ 1987/12/18 بقولها أنه إذا قام مصدر خطاب النوايا بصفته الشخصية بإصداره، فإنه يلتزم نحو البنك بعمل ما هو ضروري لكي يتوافر لدى المقترض السيولة المالية الكافية التي تسمح له بتنفيذ التزاماته. ولقد كان الفقه القديم يقرر بأن الشروط المحددة لسلطات المدير يجوز الاحتجاج بها في مواجهة الغير إذا تم قيدها في السجل التجاري ونشرها بصفة قانونية، وتبدو أهمية هذا الأمر في حال صدور الخطاب من مدير الشركة بصفته ممثلاً عن الشركة وليس بصفته الشخصية، ولم يحصل على إذن مجلس الإدارة بإصدار الخطاب في الحالات التي يتعين عليه الحصول على الإذن، فيبدو في هذه الحال ، وعلى الرغم من توقيع الخطاب باسم الشركة، أن يتحمل شخصياً مسؤوليته ، لأنه من غير الجائز الاعتراض بالخطاب على الشركة، وذلك توافقاً مع أحكام 35 255 (الفقرة الرابعة) و المادة 68 225 الفقرة الثانية من القانون التجاري الفرنسي ، وبالتالي لا يجد البنك المستفيد سوى المدير بشخصه للرجوع عليه، غير أن هذا الموقف انتقد بشدة لأن المتعامل مع الشركة كان مجبراً قبل التصرف ، بالقيام بتحريرات كثيرة ومعقدة من أجل معرفة الحقيقة فيما يخص شخصية المدير وحدود صلاحياته ، ولقد حاول القضاء الفرنسي على رأسه محكمة النقض الفرنسية التخفيف من هذا الموقف المتشدد كلما استطاع ذلك بأن اتجه إلى إلزام الشركة حتى بالأعمال التي يمارسها المدير مع الغير وتكون خارجة عن موضوعها بما فيها الخطاب الذي يصدره هذا الأخير بدون إذن مجلس الإدارة ، حيث اتجه إلى اعتبار هذا التصرف خطأً وظيفي يترتب عليه مساءلة الشركة في علاقتها مع المرسل إليه الخطاب، على أن يكون لهذه الأخيرة حق الرجوع على المسير فيما بعد¹ .

ثانياً : الشروط المتعلقة بموضوع خطاب النوايا وسبب إصداره .

1 المحل :

موضوع خطاب النوايا أو محله هو الالتزام الناشئ عن الخطاب، وهو ما يتحدد حسب صيغة الخطاب ومضمونه²، وإن كان هدفه الأساسي هو طمأنينة الدائن البنك وتقوية الثقة لديه في الفرع .

¹ le bénéficiaire d'une lettre d'intention ne peut pas non plus envisager de poursuivre ce président –directeur général ou ce directeur en non personnel (l'engagement n'étant pas nul) dans la mesure ou la cour de cassation juge que leur faute n'est pas détachable de leurs fonctions , leur responsabilité personnelle ne peut donc être engagé(Com.18 déc. 2001, dr.des sociétés2002, n68, obs. .D .Vidal ; Com. 9 mai 2001, Dr .sociétés, 118, obs. F. X. Lucas) voir .Christophe Albiges-Marie Pierre –Dumant Lefrand , op.cit, p.192 .

²-L. Aynès et autres ,Lamy droit des sûretés, op .cit, p.145, pp.69 .

ففي خطابات النوايا المتضمنة التزاما بعمل ، يتحدد محل التزام الشركة الأم بعمل ما هو ممكن وفي الاستطاعة وبذل الجهد المطلوب والمتوقع لإدراك نتيجة محددة ، أما في خطابات النوايا المتضمنة التزاما بتحقيق نتيجة ، فإن محل التزام الشركة هو تحقيق وإدراك النتيجة المطلوبة ، سواء بعمل ما هو ضروري لاسترداد البنك القرض من الفرع ، أو التّعهد بعدم إفلاس المدين الفرع إلى نحو ذلك من الالتزامات ، ومن ثم فإنه من المتعين إدراك النتيجة وإلا تعد الشركة الأم قد أخلت بالتزاماتها ، الأهم هو أن يكون محل التزام الشركة الأم محددا أو على الأقل قابلا للتحديد¹ .

2 السبب

يشترط السبب المشروع لصحة إصدار خطابات النوايا، وهو ما يعتمد على العلاقة بين الشركة الأم والفرع، ومفاده سبب إصدار خطاب النية والباعث الذي دفع الشركة الأم إلى إصداره² . ولقد أشارت الجمعية المهنية للبنوك الفرنسية على أن سبب إصدار خطاب النوايا هو الحصول أو لتأييد القرض الذي حصل عليه أو يحصل عليه الفرع من أحد البنوك، وبطبيعة الحال لا يغفل في هذا الصدد إشراف ومشاركة الشركة الأم في الفرع، سواء في رأس مال الشركة، أو في الإدارة، أو بالإشراف على السياسة المالية للفرع، وأحيانا ما يكون خطاب النوايا لغرض فرض الشركة الأم سيطرتها على الفرع، وتجدر في الأخير الإشارة إلى أن تخلف أي ركن أو شرط من الشروط السابقة، بطلان خطاب النوايا إذا أثبت الدائن أن خطاب النوايا لم يصدر إلا لخداعه والتغريب به لتوقيع العقد الأصلي³ .

الفرع الثاني

القانون الواجب التطبيق على خطابات النوايا.

عندما يضع قاضي فرنسي يده على دعوى مسؤولية ، ويلاحظ أن هذه تتضمن عنصرا أجنبيا (أحد الأطراف غير فرنسي أو ليس له محل في فرنسا، حصول الجرم في الخارج ،العقد موضوع الدعوى ينفذ في الخارج...الخ) عليه أن يقرّر بالحكم مدى صلاحيته قبل البحث في القانون الواجب التطبيق على النزاع.

اليوم، المبادئ التي تسمح بتحديد الصلاحية الدولية هي جد مختلفة حسبما يكون الطرف المدعى عليه له، وأوليس له محل إقامة، فعلى القضاة أن يتحولوا إلى مجموعة من القواعد التي استخلصها الفقه

¹ خليل فيكتور تادرس ، خطابات النوايا الصادرة من الشركات الأم لحساب أحد الفروع وقيمتها القانونية، المرجع السابق، ص. 45 .
² -L. Aynès et autres, Lamy droit des sûretés, Ibid.

³ خليل فيكتور تادرس، المرجع السابق، ص. 46 .

الفصل الثاني النظام القانوني لخطابات النوايا

القضائي انطلاقاً من بعض النصوص لاتفاقية مصادق عليها في فرنسا ، هي اتفاقية بروكسل المؤرخة في 27 أيلول 1968 والتي كانت تدير منذ حوالي ثلاثين سنة تنازع السلطات القضائية في المواد التجارية والمدنية، منذ أن كان المدعى عليه مقيماً على أراضي أحد الأعضاء في المجموعة الأوروبية ولقد استبدلت بنظام جماعي، النظام 44 2001 بتاريخ كانون الأول 2000 وهو نظام "بروكسل 1" ومضمونه هو تقريبا مماثل للاتفاقية .

فيما بعد ، الدول الأعضاء في الشراكة الأوروبية لحرية التبادل رغبت بأن تكون علاقاتها الخاصة التجارية مداراة بقواعد اتفاقية بروكسل والتي وضعت موضع التطبيق على أراضي الدول الأعضاء للشراكة الأوروبية، لكن الشرط الأساسي ليكون التطبيق فاعلاً بها هو أن المدعى عليه، له محل إقامة، أو الشخص المعنوي له مركز شركة ، على أراضي دولة عضو في الشراكة وبصورة أوسع بالحيث القضائي الأوروبي، ووفقاً للمادة 2 من نظام بروكسل، فإن النظام القضائي المختص من حيث المبدأ هو التابع لمحل إقامة المدعى عليه،¹ هذا هو الإسناد ، كونه إجمالياً ،ينبغي من أجل تعيين المحكمة المختصة للحكم في موضوع الدعوى، الرجوع إلى قواعد الصلاحية المطبقة على أرض الدولة المعنية.

غير أن نظام بروكسل ينصّ أن للأطراف أن يخرجوا عن هذه القاعدة المبدئية لسبب اختيار المحكمة .

من جهة ثانية ، تقدم المادة 5 من النظام السالف الذكر، اختيارات صلاحية بعضها يتعلّق بالضبط بدعاوى المسؤولية المدنية التعاقدية (المادة 5 1) ، و غير التعاقدية (5 3)².

وبخصوص الاختصاص المحلي للمحاكم الفرنسية، في الفرض الذي يكون فيه خطاب النوايا صادراً عن عنصر أجنبي (شركة أم) يعطي بموجبه الدائن بعض التأمينات المتعلقة بالوفاء بالديون المتعاقد عليها من قبل الفرع ، حيث يكون مقره متواجد على التراب الفرنسي، مثاله ذلك الخطاب الموجه من شركة أم أجنبية لدعم أحد فروعها بفرنسا، فإن محكمة النقض الفرنسية فصلت فيه بالقضاء باختصاص المحاكم الفرنسية بموجب القرار الصادر عن الغرفة المدنية المؤرخ في 03 مارس 1992³ ، تأسيساً إلى أنّ

¹ جنيفيين فيني، المطول في القانون المدني) (ولية) . 545.

² جنيفيين فيني، المرجع نفسه، ص. 546.

³ - La cour; Attendu , selon l'arrêt confirmatif attaqué (paris, 24 févr. 1989), que les 13 décembre 1982 et 2 mai 1983, la banque nationale de paris et la société de développement régional du Sud-ouest Tofinso (les sociétés créancières)ont consenti, la première, un prêt de 2 500 000 francs à la société Touyarou , toutes deux filiales de la société de droit néerlandais Svedex Holding (société Svedex); que préalablement à l'octroi de ces prêts , les sociétés créancières ont obtenu de la société Svedex une lettre ainsi rédigée : « conformément à notre politique , nous vous confirmons que nous ferons toutes les efforts pour que les sociétés Touyarou SA et Bruynzeel SARL disposent d'une trésorerie suffisante leur permettant de remplir effectivement leurs obligations envers les organismes prêteurs et ceci pendant toute la durée du prêt consentis à nos filiales . » , que les sociétés Bruynzeel et Touyarou ayant été mises en règlement judiciaire le 8 avril 1984 , les sociétés créancières ont produit leurs créances au passif et ont demandé à la société

الجهود الموعود بذلها من قبل الشركة الأم في مواجهة دائني أحد فروعها، تترجم في الواقع إلى أعمال مادية أو قانونية يجري وقوعها داخل التراب الفرنسي، والتي تنتج آثارها منطقيا داخل نفس الإقليم¹.

ولقد أشارت محكمة النقض الفرنسية في قرارها إلى أن مكان تنفيذ خطاب النوايا يحيل الاختصاص للقضاء الفرنسي وفقا لما تقضي به المادة 5 1 من اتفاقية بروكسل المؤرخة في 27 سبتمبر 1968 المتعلقة بالاختصاص القضائي وتنفيذ الأحكام في المواد المدنية والتجارية².

واستقرت الغرفة التجارية لمحكمة النقض الفرنسية على الموقف السالف الذكر بموجب القرار الصادر عنها بتاريخ 30 جانفي 2001³، تأسيسا على نص المادة 5 1 من اتفاقية بروكسل والتي تخول للمدعي في المادة التعاقدية بتقديم دعواه أمام محكمة المحلّ حيث الموجب الذي هو أساس الدعوى، كان أو يجب أن ينفذ، وذلك بإقرارها الصريح على أنه حتى ولو كان موطن المدعى عليه في بلد أجنبي، فإن ولاية الاختصاص القضائي تعود لمحكمة البلد الذي من المفروض أن يتم فيه تنفيذ الالتزام التعاقدية. ويعتبر هذا القرار بمثابة قرار مبدئي في المواد التجارية، وتتلخص وقائع القضية في أن شركة هولندية وجّهت إلى بنك هولندي خطابا تتعهد فيه بدعم فرعها الموجود في فرنسا ومساندته في حال قبل البنك منحه مبلغ القرض بواسطة فرعه الفرنسي، غير أن وقوع الفرع في حالة إفلاس، حال دون استيفاء البنك لمبلغ القرض، مما دفع بهذا الأخير ممثلا في فرعه الفرنسي إلى مرافعة الشركة الأم الذي مقرّها الرئيسي في هولندا أمام

Svedex « d'honneur son engagement » ;que devant son refus , elle ont saisi le tribunal de commerce de Meaux d'une action en paiement de dommages –intérêts; que la société Svedex , se prévalant des dispositions de la convention de Bruxelles du 27 septembre 1968, a soulevé l'incompétence de la juridiction française au profit du tribunal d'Arnhem, lieu de son siège social.

Sur le premier moyen :Attendu que la société Svedex fait grief d'avoir rejeté l'exception d'incompétence ainsi soulevée alors , selon la pourvoi , qu'aux fins de la détermination du lieu d'exécution , au sens de l'article 5-1 de la convention de Bruxelles du 27 septembre 1968, concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matières civile et commerciale,qu'en localisant l'engagement pris par la société Svedex, auteur de la lettre d'intention à l'endroit ou cet engagement devait produire des effets et non à l'endroit ou les décisions nécessaires à son exécution devait être prises , la cour d'appel a violé l'article 5-1 de la convention de 27 septembre 1968 ; mais attendu que , recherchant , comme il devait , le lieu d'exécution de l'obligation souscrite par la société Svedex , qui servait de base à la demande des sociétés créancières , l'arrêt retient que les efforts promis par celle-là à celles –ci devait se traduire par des actes matériel sou juridiques intervenant en France , qu'il ajoute que ces mesures devait produire leurs effets en France ... ; que la cour d'appel en a déduit à bon droit que la juridiction française était compétente en vertu de l'article 5-1 de la convention de Bruxelles précitée ; le moyen n'est pas fondé ;

Sur le deuxième et le troisième (sans intérêt).

Par ces motifs, rejette le pourvoi. Voir : Annes Cytermann, R. C. D. I. P ,Ed. 1993 , p.692 .

¹ Cass.com.,3 mars 1992,N 89 -13.837,Bull,civ.IV,n101,voir Lamy, doit des sûretés ,op.cit,p.145, pp.47.

² -art 5 de la convention de Bruxelles concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matières civile et commerciale c.f :

« Le défendeur domicilié sur le territoire d'un Etat contractant peut être attiré, dans un autre Etat contractant: 1° en matière contractuelle, devant le tribunal du lieu où l'obligation qui sert de base à la demande a été ou doit être exécutée »; voir <http://www.Legilux.public.lu/leg/textescordonnes/compilation/recueil-lois-speciales.EXEQUATUR.pdf>

³ Cass.com ;30 janv.2001,n208 F-D, ING Bank NV Paris c/Montel holland Beheer BV(cons.rapp.huglo).

المحاكم الفرنسية للمطالبة بالتعويض عن الضرر اللاحق به من جراء إخلال المدعى عليها بالتزامها بادراك النتيجة المرجوة والتي تتمثل في ضمان ردّ الفرع للقرض الذي حصل عليه من المدعى، أين دفعت هذه الأخيرة بعدم اختصاص القضاء الفرنسي في نظر الدعوى، موضوع النزاع، بحجة أن أطراف الاختصاص يحملان الجنسية الهولندية. ولقد اقتنعت محكمة استئناف فرساي بالدقوع التي أثارها الشركة الأم وقضت بعدم الاختصاص في قرارها المؤرخ في 1998/10/29 وصرف الأطراف إلى توجيه دعواهم على القضاء المختص أي القضاء الهولندي.

غير أن محكمة النقض الفرنسية نقضت القرار السالف الذكر تأسيسا على أن الوعد بتنفيذ الالتزام من جانب الشركة المدعى عليها كان من المفروض أن يترجم في الواقع في مقرّ فرعها المدين المتواجد بفرنسا، مما يجعل القضاء الفرنسي مختصا عملا بمقتضيات المادة 5 فقرة 1 من اتفاقية بروكسيل السالفة الذكر¹.

الفرع الثالث

الالتزامات الملقة على عاتق أطراف الالتزام الثابت في خطاب النوايا.

إذا أبرم خطاب النوايا صحيحا، ترتبت عليه وأنتج عدة التزامات أساسية على عاتق طرفيه، أحدهما أو كلاهما على حسب الأحوال، وكلّها تتفرّع عن التزام جوهرى هو الالتزام بتنفيذ ما ورد بها بحسن نية. ومن أهمّ تلك الالتزامات:

أولا: الالتزامات المفروضة على الدائن .

1. إجراء الإعذار أو الإخطار :

يقع على الدائن التزام بتوجيه إعدار أو إخطار في حالات معينة نص عليها القانون الفرنسي صراحة في بعض المواد المتفرقة.

إن نص المادة 313 22 من قانون النقد والقرض الفرنسي² جاء جد صريح على أنه يجب على مؤسسات الائتمان التي منحت قرضا لإحدى المؤسسات بناء على كفالة شخص طبيعي أو معنوي أن تستوفي إجراء الإخطار المفروض توجيهه سنويا للكفيل بحيث تشير إلى المبلغ الإجمالي للدين الأصلي موضوع الكفالة(أصل الدين المكفول) وملحقاته قبل 31 مارس من كل سنة، وتوابعه كالفوائد القانونية

¹ 30 janv. 2001, n° 208 F-D, ING Bank NV Paris c/Mantel Holland Beheer BV, Note. Michel Menjucq, Convention de Bruxelles du 27/09/1968 et lieu d'exécution d'une lettre d'intention, Bull. Joly sociétés, 01/05/2001, n° 5, P.516.

² Marie -Pierre BEVIERE et autres, Lamy droit du financement, Wolters Kluwer France 2010, p.3910.

والاتفاقية ومصاريف المطالبة بالدين التي على عاتق المستفيد من الكفالة أو الكفيل إلى غاية 31 ديسمبر من السنة الجارية.

وكل إخلال بهذا الالتزام من جانب المؤسسة مانحة الائتمان سوف يفقدها الحق في المطالبة بمبلغ الفوائد لدى رجوعها على المدين، وذلك ابتداء من آخر إذار قامت به هذه الأخيرة إلى غاية الإجراء التالي له، وجدير بالتذكير أن هذا الإجراء ينطبق على خطابات النوايا التي تتضمن كفالات مقنعة أو مستترة¹.

كما أن نصّ المادة 341 1 من قانون الاستهلاك الفرنسي المؤرخ في 29 جويلية 1998 الصادر تحت رقم فهرس 98/657 أكد على الالتزام الذي يقع على عاتق الدائن فيما قضى به من ضرورة إخطار الكفيل بإفلاس المدين بمجرد توقفه عن الدفع في الآجال القانونية²، حيث من المتصور أن يكون ذلك في حالة ما إذا كان مصدر الخطاب شخص طبيعي وليس معنوي، والملاحظ أن مثل هذا الفرض نادر حدوثه من شخص طبيعي عندما يكون من غير فئة التجار.

2. الالتزام بالاستعلام

فلا شك أن كل طرف يلتزم بالسهر على مصالحه الخاصة، فلا ينتظر من الغير أن يكون أحرص على مصالحه من نفسه، بل يجب عليه أن يستعلم من تلقاء نفسه ويتحرى الحقيقة باللجوء إلى كافة مصادر المعرفة المتاحة. ويقع هذا الالتزام على الدائن الذي هو عادة (البنك) الذي لا بد أن يتأكد من أن خطاب النوايا الصادر عن رئيس مجلس إدارة الشركة الأم قد استوفى الإجراءات المنصوص عليها في القانون التجاري التي ضرورة إذن مجلس إدارة شركة المساهمة أو مجلس المراقبة قبل إعطاء الكفالات أو

¹ -Article L313-22 du code monétaire et financier absence d'obligation annuelle d'information de l'émetteur:

Article L 313-22 du code monétaire et financier impose aux « établissements de crédits ayant accordé un concours financier à une entreprise, sous la condition du cautionnement par une personne physique ou une personne morale , (...) de faire connaitre à la caution (au plus tard avant le 31 mars de chaque année), le montant du principal et des intérêts , commissions et frais et accessoires restant à courir au 31 décembre de l'année précédente au titre de l'obligation bénéficiant de la caution , ainsi que le terme de cet engagement ». L'inexécution de son obligation d'information par l'établissement de crédit emporte dans ses rapports avec la caution « déchéance des intérêts échus depuis la précédente information jusqu'à la date de communication de la nouvelle information ». La banque destinataire d'une lettre de parrainage inéligible à la qualification de cautionnement est elle soumise à cette obligation ? il ne le semble pas puisque l'auteur d'une lettre de patronage s'étant « obligé à faire et non payer les dettes du débiteur » entre les mains du créancier , la notification des encours ne se justifie guère ». L.Aynès et autres, Lamy droit des sûretés, op.cit , p. 145, pp.71.

² -article 341-1 du code de la consommation doute sur l'obligation d'information de l'émetteur personne physique dès le premier incident de paiement du débiteur conforté: CE texte plus récent , fruit de la lois n 98-657 du 29 juillet 1998 , sur la lutte contre les exclusions , prévoit : « sans préjudice des dispositions particulières , toute personne physique qui s'est portée caution est informée par le créancier professionnel de la défaillance du débiteur principale dès le premier incident de paiement non régularisé dans le mois d'exigibilité de ce paiement , si le créancier ne se conforme pas à cette obligation , la caution ne saurait être tenu au paiement des pénalités ou intérêts de retards échus entre la date de ce premier incident et celle à laquelle elle a été informé », Lamy droit des sûretés, ibid, p.145, pp.71.

الضمانات أو الضمانات الاحتياطية،و الذي يشكل قيذا قانونيا لسلطات الرئيس ، ويحتج بها تجاه الغير وبالتالي يتعين عليه الإطلاع على وجود الإذن وحدوده في السجل الخاص بمداولات بمجلس الإدارة¹، أو يطلب من مدير الشركة تمكينه من محضر عرض اجتماع مجلس الإدارة قبل منح الائتمان لفرع الشركة الأم، ذلك أنه بصفته مهني لا يعذر بجهله للقيود المحددة لسلطات المسيرين². وكل إخلال بهذا الالتزام يترتب عليه عدم جواز الاحتجاج بالخطاب في مواجهة الشركة التي يجوز لها أن تتمسك بهذا الجزاء لكي تتخلص من دعوى المسؤولية³.

ثانيا : الالتزامات المفروضة على مصدر الخطاب .

1.الالتزام بإعلام المستفيد من الخطاب عن أي خفض أو تغيير في مساهمة الشركة الأم داخل الفرع.

ويقع على عاتق المدين في خطاب النوايا التزام بإعلام الدائن عن أي خفض في مدى مساهمته في رأس مال الفرع المقترض ، أو أيّ تغيير أو تعديل في سياسته تجاه هذا الأخير.وذلك في حالة أن يرد في الرسالة أو الخطاب ،العبارات التالية : "نضمن لكم بأنه في كل الأحوال ، سوف لن نتخلى عن التزامات شركتنا الوليدة وأنا سنأخذ من الآن كل التدابير الضرورية لأجل أن تكون هذه الشركة بالقدرة التي تسمح لها باحترام التزاماتها نحوكم، وبحالة الملاحظة أن شركتنا تعترم التنازل عن كل أو بعض مشاركتها في الشركة الوليدة ، نلتزم باعلامكم كفاية مسبقا⁴ وبشرط أن تكون متخذة في ما قبل وبالاتفاق المشترك كل التدابير الخاصة بتغطية المخاطر التي يمكن أن تنتج من هذه التحويلات."

2.الالتزام بتدوين خطابات النوايا الصادرة عن الشركة الأم في ميزانية الشركة ونشرها وفق الإجراءات المنصوص عليها في قانون الشركات .

ذلك أنه إذا كان من أصدر خطاب النوايا قد جعل نفسه، كفيلا لموجب الشركة الوليدة ،ويبقى أنّ خطاب النوايا لا يشكّل بالضرورة كفالة ، حتى إذا ما اجتمعت فيه عناصر الكفالة توجب على مديري الشركة التي يمثلونها التوافق مع أحكام المادة 340 من قانون 1966،أو المادة 232 1 من قانون التجارة الفرنسي ، التي تفرض أن يتمّ ذكر الكفالات والضمانات المقدّمة من الشركة في ملحق الميزانية⁵.

¹ Bruno Dondero, droit des sociétés,op.cit, p. 358.

² J.F. Barbière, Forme et preuve de l'autorisation d'un cautionnement par le conseil d'administration d'une SA : la retranscription du procès-verbal d'autorisation sur le registre spécial n'est pas nécessaire à la validité de la garantie, Bull. Joly Sociétés, 1juin 2001 n6, p.608.

³J.F. Barbière, Encore la lettre d'intention et sa cohorte de difficulté : en l'occurrence, la qualification de la garantie et la preuve de l'autorisation, Bull. Joly .Sociétés, 01mars 2005, n°3, p. 366.

⁴ ماجد مزبحم، شركة الهولدينغ (في جوانبها القانونية والاقتصادية والمالية المصرفية والضرائبية)، المرجع السابق ، ص.304.

⁵ ماجد مزبحم، شركة الهولدينغ، المرجع نفسه، ص.305 .

المطلب الثاني

النظام القانوني للمسؤولية الناشئة عن الإخلال بخطابات النوايا في مجال الائتمان.

لا شك أن المسؤولية عن الإخلال بالالتزامات الواردة بخطابات النوايا في مجال الائتمان، تثار بصفة أساسية بالنسبة للخطابات المتضمنة التزامات قانونية بعمل أو بالامتناع عن عمل، حيث يقتضي الأمر بيان طبيعتها وأركانها وأحكامها بالتفصيل بما في ذلك التعويض عنها.

أما الخطابات التي تتضمن كفالات حقيقية مقنعة، فإن مسؤولية مصدر الخطاب تكون هي نفس مسؤولية الكفيل العادي أو المتضامن بحسب عبارات الخطاب ووفقا لقصد الأطراف، ومن ثم فإن الضوابط الخاصة بمسؤولية الكفيل في حالة عدم قيام المدين الأصلي بسداد الدين وملحقاته تسري بشأن هذه الخطابات¹، ومن ثم تكون الإحالة إلى المراجع المتخصصة عن عقد الكفالة والتزامات الكفيل وحدود مسؤوليته، هذا وستتم الإشارة إلى بعض هذه الأمور عند الحديث عن التعويض.

إلا أن خطابات الطائفة الأولى والتي تقتصر على التوصية لدى المرسل إليه بشأن الغير، ربما يحتاج الأمر إلى إعطاء فكرة سريعة عن المسؤولية التي قد تنشأ عنها في بعض الحالات.

ومن ثم يقسم نتطرق الدراسة إلى النظام القانوني للمسؤولية الناشئة عن خطابات التوصية (المطلب الأول) قبل الكلام عن النظام القانوني للمسؤولية الناشئة عن الخطابات المتضمنة التزامات قانونية بعمل أو بالامتناع عن عمل (المطلب الثاني).

الفرع الأول

النظام القانوني للمسؤولية الناشئة عن خطابات التوصية.

سبقت الإشارة إلى أن خطابات التوصية لا ينتج عنها أي التزام قانوني محدد، ذلك أن مصدر مثل هذه الخطابات يقتصر على مجرد تقديم المدين أو الذي سيصبح مدينا إلى الدائن أو الذي سيصبح دائنا، أو أنه يحيط الدائن علما بأنه على علم تام بعملية القرض التي تمت أو التي في طريقها لأن تتم وأن المدين يتمتع بسمعة حسنة أو أنه معروف جيدا لدى مرسل الخطاب، أو أنه يعتبر فرعا من فروع الشركة مصدرة الخطاب ولذا توصي الدائن بتقبله تقبلا حسنا.

¹-X. Barré, op.cit, p.217.

والتساؤل الذي يثار في هذا الصدد أنه على الرغم من خلو التّعهد الأدبي من كل قيمة قانونية إلزامية، فيجب البحث عن ما هي القيمة الفعلية لخطابات النوايا الأدبية¹ ؟

و للإجابة على هذا التساؤل يرى الفقه الفرنسي أنه ولئن كان الالتزام الأدبي مجردا من كل قيمة قانونية، إلا أنه للتوقيع في حد ذاته قيمة، كمبدأ خلقي في عالم ودنيا الأعمال، وأنه بالتأكيد بدون هذا التوقيع وصدور خطاب النوايا لن ينفذ القرض والائتمان الممنوح للبنك. فالبنوك التي تقبل هذا النوع من الخطابات تعتبرها أنها لا تقل عن الضمان لاهتمام الشركات الأم بتأمين والمحافظة على سمعتها الدولية والمحلية مما يقودها إلى احترام كلمتها بمنتهى الدقة وبعث الثقة والاطمئنان في نفوس البنوك.²

أما من جهة تنفيذ هذه الخطابات، فلا ترفع به دعوى قضائية على الشركة الأم إذا رفضت الأخيرة الاعتراف بقيمة الخطاب الصادر منها³، كما لا يجوز أن ينفذ جبرا أو بمقابل.⁴

بيد أن مصدر خطابات التوصية وما شابهها قد يسأل مدينا تجاه المرسل إليه إذا تضمن الخطاب بيانات كاذبة أو خاطئة تتعلق بمركز الغير، كما لو خلقت اعتقادا زائفا لدى البنك بقدره الشركة الفرع على تنفيذ التزاماتها⁵، كان من نتيجتها أن تولدت لدى هذا الأخير ثقة مشروعة كانت سببا في إبرام العقد مع الفرع أو الاستمرار في التفاوض معه توصلا لإبرام العقد النهائي، أو البدء في تنفيذ هذا العقد في حالة سبق إبرامه استنادا إلى هذه البيانات الواردة بخطاب النوايا، مع عدم الحصول على أصل الدين وملحقاته من المدين، مما أصاب الدائن بضرر مؤكد. وفي هذه الحالة تسأل الشركة الأم عن عدم صحة أو عدم دقة البيانات المدلى بها من قبلها، وذلك على أساس المظهر الخادع الذي خلقتة.

ولكن ما هي طبيعة المسؤولية في هذا الفرض⁶ ؟

لا يجد المرء أدنى عناء حول تكييف مسؤولية مصدر الخطاب في حالة احتواء هذا الخطاب على بيانات أو معلومات غير حقيقية حول المركز المالي للمدين وسمعته في الوسط التجاري، إذ يستقر موقف الفقه على أن الأمر يتعلّق بمسؤولية تقصيرية تقوم على الخطأ المتمثل في تضمين الخطاب معلومات غير حقيقية أدت إلى وقوع المرسل إليه في غلط حول ملاءة الفرع المقترض، مما يعني خلق وضع ظاهر يخالف الحقيقة ساهم في إبرام اتفاق ضار، فلا يمكن أن يتعلّق الأمر بمسؤولية عقدية.

¹ مصطفى أحمد عبد الجواد، خطابات النوايا الصادرة من الغير في مجال الائتمان، المرجع السابق، ص. 118 .

² -X.Barré, La lettre d'intention technique contractuelle et pratique bancaire, op.cit , p.247 .

³ نبيل إبراهيم سعد، الضمانات غير المسماة، المرجع السابق، ص. 157 .

⁴ Dominique Legeais , Sûretés et garanties du crédit, op.cit , p.309 .

⁵ خليل فيكتور تادرس، خطابات النوايا الصادرة من الشركات الأم لحساب أحد الفروع وقيمتها القانونية، المرجع السابق، ص. 60 .

⁶ مصطفى أحمد عبد الجواد، خطابات النوايا الصادرة من الغير في مجال الائتمان ، المرجع السابق، ص.120 .

ويذهب الأستاذ Jean Devèze إلى أنّ الأمر يتعلّق بمسؤولية شبه تقصيرية إذا أدّى خطاب التّوصية الصّادر عن الشّركة الأمّ إلى وقوع المتعاقد مع الفرع في غلط حول ملاءة الفرع، حيث يرى الأستاذ¹ Jean Devèze إلى أنه يمكن أن يكون هناك تدليسا يعد سببا في بطلان التصرف أو مصدرا للمسؤولية شبه التقصيرية، حيث لا يمكن أن تكون هناك دعوى مسؤولية عقدية ذلك لأن الخطاب لا يتضمن مقومات العقد وأنه يخلو من أي التزام عقدي.

ويحق للمرء أن يتساءل حول ما إذا كان من الممكن إثارة المسؤولية التقصيرية لمصدر الخطاب في كل حالة يتضمن فيها هذا الخطاب بيانات غير صحيحة أم أنّ الأمر يتعلّق ببيانات معينة فقط ؟ بمعنى آخر، هل يشكل خطأ ، تضمين الخطاب أيّة بيانات غير صحيحة أم يقتصر الخطأ على الإدلاء ببيانات معينة ومحددة².

ذهبت محكمة باريس في حكمها المؤرخ في 30/04/1985، إلى رفض دعوى المسؤولية التقصيرية المرفوعة ضد من أصدر خطاب التوصية استنادا إلى أن الخطاب لا يتضمن أي تعهد قانوني محدد، حيث جاءت عباراته عامة ولم تكن تتضمن أية معلومات حول ملاءة الشّركة الأجنبية. وفي هذا قضت المحكمة :

"خطاب التّوصية لا يلزم صاحبه قانونا طالما كان خطاب التّوصية لا يتضمّن أية معلومات يمكن أن تؤدي إلى وقوع المرسل إليه في غلط حول ملاءة الشخص الموصى عليه، حيث أنّ صاحب الخطاب لا يكون قد ارتكب أي خطأ يثير مسؤوليته التقصيرية³.

وفي هذا الحكم أشارت المحكمة أيضا إلى أنّ التّوصية لم تكن تتضمن أية معلومات غير صحيحة حول ملاءة الشّركة الأجنبية، ويكون من شأنها أن تثير المسؤولية التقصيرية للموصي.

وفي واقعة الحكم المذكور، قبلت إحدى الشّركات الفرنسية خطاب توصية بشأن شركة أجنبية تريد شراء صفقة تجارية من الشّركة الأولى، وقد صدر الخطاب عن أحد فروع بنك فرنسي وأقره هذا الأخير وقامت الشّركة الفرنسية بتوريد الكميات المتعاقد عليها من البضائع للشّركة الأجنبية استنادا إلى خطاب التّوصية، مؤسّسة دفاعها على أنها لم تتعاقد مع الشّركة الأجنبية إلا بناء على خطاب التّوصية، وأنه كان يجب على البنكين معا ألا يوصيا على شركة غير أهل للتوصية⁴.

¹-Jean Devèze, Au frontières du cautionnement, op.cit , p.29.

² خليل فيكتور تادرس، خطابات النوايا الصادرة من الشركات الأم لحساب أحد الفروع و قيمتها القانونية، المرجع السابق، ص.62.

³ خليل فيكتور تادرس ، المرجع نفسه، ص.59.

⁴ مصطفى أحمد عبد الجواد، خطابات النوايا الصادرة من الغير في مجال الائتمان، المرجع السابق، ص.122 .

قضت محكمة باريس التجارية في 1983/09/07 ، برفض الدعوى قائلة أن الأمر يتعلق بمجرد خطاب توصية كان هدفه تسهيل مهمة مدير الشركة الأجنبية لدى الشركة الفرنسية ، وقد أقرت ذلك محكمة باريس أيضا في حكمها المذكور آنفا حيث أيدت رفض الدعوى استنادا إلى أن الخطاب قد جاء بصيغة عامة ولم يكن يتضمن أية معلومات غير صحيحة حول ملاءة الشركة الأجنبية .

و في تعليقه الشيق على الحكم ، تساءل الأستاذ Rives Lange ، هل حقا ارتكب كل من فرع البنك والبنك الرئيسي خطأ يؤدي إلى استخلاص مسؤوليتيها التقصيرية، إذ قام أحدهما بالتوصية على شركة كان يعلم عدم ملاءتها، في حين أقر الآخر هذه التوصية ؟

وقد أجاب هذا الأستاذ عن سؤاله بالقول أن الاستحسان الذي تتضمنه كل توصية بطريقة ضمنية، لا يمكن بمعناه الواسع وعدم تحديده أن يؤدي إلى وقوع الغير في غلط، فقط المعلومات المحددة بدقة حول جانب أو أكثر من الجوانب الخاصة بالشخص الموصى بشأنه ،يمكن في حالة عدم صحتها أن تؤدي إلى مسؤولية من صدرت عنه.

خلاصة القول أن خطابات الطائفة السالفة الذكر قد تثير المسؤولية التقصيرية لمصدرها في بعض الحالات شريطة أن تتضمن بيانات جوهرية ومحددة حول ملاءة الغير الموصى بشأنه أو سمعته أو شرفه في التعامل أو ماضيه في الوسط التجاري، ويكون من شأنها خلق وضع ظاهر مخالف للحقيقة أدى إلى وقوع المرسل إليه في غلط دفعه إلى التعاقد مع الغير تحت تأثير هذه البيانات. وهكذا فإن الغلط أو الإهمال أو عدم الحيطة من جانب مصدر الخطاب بشأن البيانات الواردة فيه خاصة ما يتعلق منها بمدى قدرة الموصى بشأنه على الدفع، رغم علم مصدر الخطاب بأن هذا الشخص غير قادر على السداد، يؤدي إلى مساءلة مصدر الخطاب¹. والأهم في هذا الصدد هو إثبات أركان المسؤولية وهي الخطأ الذي اقترفه هذا الأخير عندما أكد قدرة المستفيد من هذه التوصية وذلك على خلاف الحقيقة، والضرر الذي أصاب البنك من جراء ذلك، وأخيرا علاقة السببية بين هذا الخطأ وبين الضرر الحادث للمرسل إليه والمتمثل في عدم مقدرة الموصى عليه على الدفع، ومن ثم عدم حصول المرسل إليه على حقه. وإثبات علاقة السببية في هذه الحالة ربما تكتنفه بعض الصعوبة².

و يرى البعض أنه أمام البنك المستفيد من الخطاب طريقتين:

¹ .مصطفى أحمد عبد الجواد، خطابات النوايا الصادرة من الغير في مجال الائتمان، المرجع السابق، ص.125 .

² خليل فيكتور تادرس، خطابات النوايا الصادرة من الشركات الأم لحساب أحد الفروع وقيمتها القانونية، المرجع السابق، ص. 61 .

الأول أمام القضاء وهو المطالبة بإعادة تكييف التعهد الأدبي إلى تعهد قانوني ملزم إذا تصرّفت الشركة بنوع من الغش والتدليس، وفي هذه الحالة يكون للقضاة الحق في إعادة تكييف الخطاب وفقا لقاعدة الغش يفسد كل شيء. ولكن غالبية الفقه لا يميل إلى هذا الرأي. فمهما كانت درجة وضوح الغش أو التدليس، فمن غير الجائز للقاضي أن يعيد تكييف الخطاب إلى تعهد يحمل التزاما قانونيا، فمن أين يأتي بهذا الالتزام؟ إضافة إلى ذلك أن القاضي، أثناء تكييف الخطاب ورد العمل لطبيعته الحقيقية، يلتزم باحترام العبارات وصيغ الخطاب اعتمادا على الإرادة الحقيقية للأطراف.

أما الطريق الثاني أمام البنك المستفيد من وجهة نظر أصحاب هذا الرأي، فهو تمسكه بالتدليس لإبطال العملية برمتها، وأن الخطاب لم يصدر إلا للتدليس والخداع.

وفي الواقع، إن الصعوبة قد تبدو بالغة في إثبات أركان المسؤولية التقصيرية على النحو السابق، حيث يتعين أن يثبت المستفيد أن الخطاب كان له بالغ الأثر أو كان له تأثيرا كبيرا على صدور قراره بمنح القرض للفرع، وأنه بدون ما كان قد قبل التعاقد، ومن ثم يثبت الغلط من جانبه، كما يثبت التواطؤ بين مصدر الخطاب والمدين الأصلي للفرع في الحالات التي تستوجب ذلك¹.

الفرع الثاني

النظام القانوني للمسؤولية الناشئة عن الإخلال بالخطابات المتضمنة التزامات قانونية بعمل

(أو بالامتناع عن عمل).

هذه الخطابات من أكثر الخطابات التي أثارت جدلا في الفقه والقضاء الفرنسي، ويصعب الاتفاق على رأي موحد بشأنها، ومن هذه المشاكل ما يتعلق بطبيعة المسؤولية الناشئة عن الإخلال بالالتزامات الواردة فيها².

أولا: تحديد طبيعة المسؤولية الناشئة عن الخطابات المتضمنة التزامات قانونية بعمل أو بالامتناع عن عمل.

و في هذا الخصوص، للفقه والقضاء ثلاثة اتجاهات.

- الاتجاه الأول: تبنى فكرة المسؤولية التقصيرية أو شبه التقصيرية .

¹ خليل فيكتور تادرس، خطابات النوايا الصادرة من الشركات الأم لحساب أحد الفروع وقيمتها القانونية، المرجع السابق، ص. 62 .

² مصطفى أحمد عبد الجواد، خطابات النوايا الصادرة من الغير في مجال الائتمان، المرجع السابق، ص. 125.

ذهب الأستاذ **Najjar** إلى أن خطاب الثقة أو النوايا المتضمن التزاما بعمل أو بالامتناع عن عمل يتحول إلى مبلغ من التعويض عند عدم التنفيذ، ويتم ذلك في ضوء النظرية العامة للالتزامات، شريطة أن يكون هذا الالتزام ثابتا من ناحية، ومحددا في مواجهة الغير المتعاقد من ناحية أخرى، وسواء أكان التزما ببذل عناية أو بتحقيق نتيجة، حيث أن الجزاء لا يتغير في الحالتين وهو يتمثل في مبلغ من المال على سبيل التعويض. وهذا يعني النظر إلى الضرر الواقع وعلاقة السببية والسلوك الغير مألوف أو الشاذ من جانب موقع الخطاب. والأمر هنا لا يتعلق بعقد كما هو واضح وإنما على العكس يتعلق الأمر بالمسؤولية التقصيرية حيث يجب أن يؤخذ بعين الاعتبار عند التقدير الضرر الذي لحق فعلا بالمضروب وليس الضرر المتوقع فحسب.

مستمد من نظريته إلى خطاب الثقة في حد ذاته والواقع أن هذا التحليل ينكر عليه الصفة العقدية حيث لا يعتبر هذا الخطاب، من وجهة نظر أحد الفقهاء، عنصرا في أي عقد مزعوم ثلاثي الأطراف. وإذا كان الأمر كذلك فإن ذلك لا يتعلق بخطاب مساندة وإنما بعقد دون أدنى قيد أو شرط ينبغي حينئذ تحديد أطرافه وشروطه ونظامه القانوني¹

وعلى الرغم من أن هذا التحليل لم يلق قبولا في الفقه والقضاء الفرنسيين، إلا أن محكمة استئناف (Montpellier) أشارت في حكمها الصادر بتاريخ 10/01/1985² إلى إمكانية نشوء مسؤولية شبه تقصيرية عن خطاب النوايا المتضمن التزامات بعمل وصفتها المحكمة بأنها بمثابة التزامات بنتيجة وألزمت الشركة الإسبانية مصدرة الخطاب بالتعويض لصالح إحدى شركات الاستثمار الفرنسية³. وكان الخطاب بشأن حصول فرع الشركة الإسبانية الكائن بفرنسا على قرض من الشركة الفرنسية، وعلى الرغم من أن الخطاب كان يتضمن التزاما بعمل وكفالة مستترة في ذات الوقت، إلا أن المحكمة قد استبعدت الكفالة واقتصرت على مجرد الالتزام بعمل والتي رأت المحكمة أنه يشكل التزام بتحقيق نتيجة⁴، إلا أنها لم تقض بإلزام الشركة الإسبانية بدفع التعويض وذلك لتمسك الشركة الأخيرة بتطبيق قوانين الصرف الإسبانية على النزاع والتي لا تجيز تحويل الأموال إلى فرنسا إلا بعد موافقة الرقابة على الصرف، كما

¹ -Ibrahim Najjar, l'autonomie de la lettre de confort, Dalloz-1989, chron . p.220 .

² -Montpellier :10-1-1985-D.1985-I.R.340 ,note Vasseur, Rev .Banque.1985, p.305, obs. Rives-Lange.

³ مصطفى أحمد عبد الجواد ، خطابات النوايا الصادرة من الغير في مجال الائتمان، المرجع السابق، ص. 127 .

⁴ ذلك في خطاب النوايا الذي بموجبه قامت شركة اسبانية وبصفتها مالكة لغالبية الأسهم ومن ثم لها الهيمنة على إدارة فرعها الموجود في فرنسا، بإبداء رغبتها في ضمان حصول فرعها على قروض مالية ، وبناء عليه كتبت إلى شركة استثمار محلية كانت قد وافقت على منح الفرع قروضا مالية ، أوضحت فيه الشركة الاسبانية نيتها في متابعة ودعم فرعها فيما يخص احتياجاته المالية ، بل والحلول محل هذا الفرع في سداد ديونه المستحقة للشركة الدائنة إذا اقتضى الأمر ذلك .مصطفى أحمد عبد الجواد ، المرجع نفسه، ص.59 .

استندت الشركة الإسبانية إلى معاهدة¹ Bretton-Woods التي وقعت عليها فرنسا وإسبانيا والتي بموجبها يجب على القاضي احترام تشريعات الصرف الأجنبية الخاصة بالدول الأعضاء في المعاهدة.

ومع قناعة المحكمة بهذه الدفوع، إلا أنها حاولت الالتفاف عليها بهدف إلزام الشركة الإسبانية مصدرة الخطاب بالتعويض، وقد وجدت المحكمة ضالتها في فكرة الخطأ شبه التقصيري، حيث ذهبت إلى أن الشركة الإسبانية قد ارتكبت خطأ شبه تقصيري يستقل عن الخطأ العقدي الناتج عن عدم تنفيذ تعهدها الوارد بالخطاب، مما يسمح بإلزامها بتعويض الشركة الفرنسية بمبلغ مساو للضرر الذي لحق بها وهذا التعويض يمكن تنفيذه في فرنسا ولا يتعارض مع أحكام المعاهدة المشار إليها². وهذا الخطأ التقصيري يتمثل من وجهة نظر المحكمة في عدم قيام الشركة الإسبانية بالسعي نحو الحصول على إذن بتحويل الأموال، رغم أنها قد وعدت بذلك في الخطاب .

- **الاتجاه الثاني: تبني فكرة المسؤولية العقدية.** يذهب الرأي الراجح في الفقه الفرنسي إلى أن المسؤولية الناشئة عن خطاب النوايا المتضمنة التزامات بعمل أو بالامتناع عن عمل تكون مسؤولية عقدية³ وذلك استنادا إلى أن خطاب النوايا في مجال الائتمان بقبوله من جانب المرسل إليه يشكل عقداً، وتنشأ عنه التزامات ذات طبيعة تعاقدية، ومن ثم يشكل الإخلال بها أساساً للمسؤولية العقدية حيث تطبق على دعوى المسؤولية أحكام المسؤولية العقدية⁴.

و أحكام القضاء الفرنسي في غالبيتها تؤيد هذا الرأي، حيث تذهب إلى أن المسؤولية الناشئة عن خطاب النوايا في مجال الائتمان تشكل مسؤولية عقدية تخضع لحكم المادتين 1134 و 1147 من القانون المدني الفرنسي.

و بما أن المادة 1134 من القانون المدني الفرنسي التي تقضي في شق منها عن تنفيذ العقود والاتفاقات بحسن نية، والمادة 1147 من ذات القانون تتعلق بمسؤولية المدين في حالة عدم تنفيذ الالتزام

¹ - Histoire de Bretton- Woods.

Du 1er au 22 juillet 1944 se tient la conférence monétaire internationale de Bretton Woods dans le New Hampshire, aux Etats-Unis. La France, représentée par Pierre Mendès France, fait partie des 44 pays participants. Tous sont en guerre contre les puissance de l'Axe, l'Allemagne, l'Italie et le Japon. A l'issue de la rencontre, deux institutions internationales seront créées : le Fond Monétaire International (FMI) et la Banque internationale pour la reconstruction et le développement (BIRD) ou Banque mondiale. Elles ont pour objectif d'assurer la reconstruction et le développement économiques du monde après la guerre. De plus, avec l'adoption du système du "Gold Exchange Standard" (l'étalon de change-or), le dollar est instauré comme monnaie de référence et sa valeur est définie sur celle de l'or...voir :http://www.linternaute.com/histoire/motcle/490/a/1/1/bretton_woods.shtml.

² مصطفى أحمد عبد الجواد ، خطابات النوايا الصادرة من الغير في مجال الائتمان، المرجع السابق، ص 128 .

³ Jean Stoufflet, la reconnaissance par l'ordonnance du 23 mars 2006 de deux types de garanties issues de la pratique : La garantie autonome et la lettre d'intention, Rev. sociétés 2006, p.473.

⁴-Laurent Aynès et autres ,Lamy droit des sûretés, op.cit, p.145, pp.45.

أو التّأخر في تنفيذه حيث يلزم بدفع مبلغ من المال على سبيل التّعويض للدائن، إلا إذا أثبت أن عدم التّنفيد يرجع إلى سبب أجنبي لا يد له فيه، فإن إقرار محكمة النقض الفرنسية تطبيق هذين النصين على منازعة متعلقة بخطاب نوايا يتضمن التزام بعمل، يفيد أن المحكمة تكيف المسؤولية على أنها عقدية، أضف إلى ذلك أن وصف القضاء للالتزام بأنه التزام تعاقدى بعمل أو بالامتناع عن عمل، يترتب عليه أن تكون المسؤولية عقدية¹.

ويترتب على ذلك تطبيق أحكام المسؤولية العقدية في حالة المسؤولية الناشئة عن خطابات النوايا المتضمنة التزاما بعمل أو بالامتناع عن عمل. ومن قبيل ذلك أن التّعويض لا يكون إلا عن الضّرر المتوقع فقط، وفقا للمألوف عند التعاقد، ما لم يكن الضرر ناشئا عن إخلال عمدي بالتزامات العقد أو عن إهمال يشكل خطأ جسيما²، إذ يكون التّعويض حينئذ عن الضرر المتوقع وغير المتوقع كما هو الشأن في المسؤولية التقصيرية، حيث يجوز الاتفاق على إعفاء المدين من أية مسؤولية تنشأ عن عدم تنفيذ التزامه العقدي أو التّأخر في تنفيذه إلا ما ينشأ عن غشه أو خطأه الجسيم.

ومن ناحية أخرى فإن التّعويض المترتب على هذه المسؤولية لا يستحق إلا بعد إعدار المدين ما لم يقض الاتفاق أو ينص القانون على خلاف ذلك، كما أن التضامن بين المسؤولين لا يفترض في المسؤولية العقدية ما لم يتفق على خلاف ذلك أو يقضي القانون بخلافه³.

- الاتجاه الثالث: تبني فكرة المسؤولية العقدية عن فعل الغير.

ذهب الأستاذ Jean Devèze إلى أنّ المسؤولية التي تترتب على الإخلال بالالتزامات بعمل أو بالامتناع عن عمل الواردة بخطابات النوايا في مجال الائتمان تدخل محيط المسؤولية العقدية بصفة عامة.

إلا أنّ هذا الفقيه قد تساءل عما إذا كانت تلك المسؤولية العقدية تشكل مسؤولية عن الفعل الشخصي لمصدر الخطاب أم أنّها على العكس تعتبر مسؤولية عن فعل الغير⁴. ولقد أجاب هذا الأخير على هذا التساؤل بأن مسؤولية مصدر الخطاب لا تعتبر مسؤولية عن فعله الشخصي فقط، وإنما تعد مظهرا جديدا للمسؤولية العقدية عن فعل الغير، تؤسس مثل غيرها على السّلطة الواقعية أو القانونية التي تمارسها

¹ Cass.com ; 21 déc.1987, n85-13.173., Bull.civ ; n 281 , JCP G1988 ; II, n21113, concl. Montanier M.D.1989, p.112, note Brill J-P ; banque 1988, p.361, obs. Rives -Lange.

² Dominique Legeais, Sûretés et garanties du crédit, op.cit, p.313.

³ X.Barré , la lettre d'intention technique contractuelle et pratique bancaire, op.cit.,p.218.

⁴-Jean Devèze, Aux frontières du cautionnement : lettres d'intention et garanties indépendantes, JCP E-1992, chrn, p.29.

الشركة الأم. بيد أن تلك المسؤولية، على خلاف بقية الأنواع الأخرى من المسؤولية العقدية عن فعل الغير تنشأ وتنظم بواسطة الأطراف ولا تفرض بواسطة القانون أو القضاء.¹

ولقد استند الأستاذ Devèze في القول بهذا التكيف إلى بعض الحجج، لعل أهمها :

4 أن الشركة الأم لا تسأل في مواجهة البنك الدائن عن مجرد تقصيرها في القيام بالتزاماتها الواردة بالخطاب، وإنما تسأل في المقام الأول عن إخلال الفرع في القيام بالتزاماته عن عقد القرض؛

2 أنه إذا كان القضاء يشترط صدور خطأ عن الشركة الأم لإمكان مساءلتها في مواجهة البنك الدائن وأن يكون هذا الخطأ واضحا ومحددا، إلا أن هذا الخطأ في حالة توافره لا يكفي وحده لمساءلة الشركة في مواجهة الدائن، وإنما يجب أن يقع إخلال من الفرع بالتزاماته تجاه الدائن يتمثل في عدم سداد دين القرض وملحقاته، والدليل على ذلك أن الشركة الأم لا تسأل حتى وإن ارتكبت خطأ في بعض الأحوال طالما قام الفرع بسداد ديونه تجاه دائئه.

3 أن التزام الشركة الأم له في الحقيقة صفة تبعية تختفي خلف المسؤولية عن نتائج إفلاس الفرع، إذ أن قصد مرسل الخطاب، وبحسب نيّة طرفيه، يتمثل بصفة أساسية في أن يكون ضامنا للشركة الفرع الخاضعة لرقابته.

و لكن هذا الاتجاه لم يلق تأييدا من جانب الفقه حيث في هذا الصدد يميل الأستاذ مصطفى أحمد عبد الجواد إلى تفضيل الأخذ بفكرة المسؤولية العقدية عن الفعل الشخصي وهذا ما تبناه الرأي الغالب في الفقه والقضاء الفرنسي.²

و عن وصف تلك المسؤولية بأنها مظهر جديد للمسؤولية العقدية عن فعل الغير، ورغم أن هناك شبه إجماع في الفقه والقضاء الفرنسي على وجود مبدأ عام للمسؤولية العقدية عن فعل الغير لا يقتصر على الحالات المنصوص عليها صراحة في القانون، فيلاحظ أنه يصعب تبني قبول تلك المسؤولية في حالة الإخلال بالتزامات بعمل أو بالامتناع عن عمل الواردة بخطابات النوايا³ ، وذلك رغم وجهة الحجج العديدة التي ساقها الأستاذ Devèze ، نظرا للأسباب التالية:

أولاً: أن المسؤولية العقدية عن فعل الغير تقتض وجود عقدين أحدهما أصلي أو رئيسي والآخر تابع هدفه تنفيذ الالتزام الناشئ عن العقد الرئيسي، وتتخذ العلاقة بين العقدين أحد الشكلين:

¹ مصطفى أحمد عبد الجواد ، خطابات النوايا الصادرة من الغير في مجال الائتمان، المرجع السابق، ص 133 .

² نبيل إبراهيم سعد، الضمانات غير المسماة، المرجع السابق، ص. 157 .

³ مصطفى أحمد عبد الجواد، المرجع نفسه، ص. 135 .

- يتمثل أولها في المجموعة العقدية التي تنشأ من وجود عقد رئيسي وعقد من الباطن، ومثال ذلك عقد المقاوله الأصلي والذي ينشأ بمناسبة عقد مقاوله من الباطن، ومن ناحية أخرى هناك مجموعات عقدية تنشأ من عقود الاستخدام أو المعاونة المستقلة، وفي الحالتين يمكن تصور مسؤولية عقدية عن فعل الغير حيث يستعين المتعاقد الأصلي بشخص أو بأشخاص آخرين لمساعدته في تنفيذ التزامه أو الحلول محله في تنفيذه؛

و من الواضح أن المتطلبات السابقة اللازمة لإمكانية نشوء مسؤولية عقدية عن فعل الغير لا تتوفر في مجال خطابات النوايا التي تتضمن التزامات بعمل أو بالامتناع عن عمل، ذلك على الرغم من وجود عقدين أحدهما يتمثل في عقد القرض المبرم أو الذي سيبرم بين البنك وفرع الشركة، والآخر ينشأ عن خطاب النوايا الصادرة عن الشركة الأم والذي قبله البنك، لأنه يصعب تحديد العقد الأصلي والعقد التابع في هذه الحالة. و الواقع أن العقد الأصلي أو الرئيسي يجب أن يتضمن الالتزام الأصلي للمدين، والشركة الأم ملتزمة شخصيا بالدين وإنما الفرع هو المدين برد مبلغ القرض وفوائده، ومن ثم يمكن القول أن عقد القرض هو فقط الذي يمكن أن يشكل عقدا أصليا لأنه يحتوي على الالتزام الأساسي للفرع المدين، و بناء على ذلك لا يمكن القول بأن الشركة الأم تستعين بالفرع أو تحله محلها في الوفاء بالدين إذ هي لا تلتزم شخصيا بوفاء الدين وإنما يلتزم به الفرع المدين، و الشركة قد تساعده بوسائل متعددة لكي يفي بالتزاماته تجاه البنك الدائن¹.

- ومن ناحية أخرى قد لا تسأل الشركة الأم عن نتائج إخلال الفرع بالتزاماته تجاه البنك الدائن في بعض الحالات، خاصة إذا كانت قد التزمت في الخطاب بمجرد القيام بالوسائل الممكنة لمساعدة هذا الفرع على تنفيذ التزامه، وكان التزامها هذا يشكل التزاما ببذل عناية، وأثبتت أمام القضاء أنها لم تقصر في القيام بالوسائل الممكنة كالمساهمة في زيادة رأسمال الفرع، حيث أن القضاء قد يعفيها من سداد دين الفرع إذا لم يكن هذا الأخير قد سدده، ومن ثم يعفيها من المسؤولية الناشئة عن الخطاب، إذ لو كانت الشركة الأم مسؤولة مسؤولية عقدية عن فعل الفرع لأمكن إلزامها بسداد دين الفرع للبنك في هذه الحالة، وهو ما لا يؤيده الفقه على رأسهم Jacques Terray².

- ومن ناحية ثالثة فإن القضاء يشترط لمساءلة الشركة الأم ضرورة ثبوت خطأ واضح ومحدد ينسب إلى هذه الشركة، ولو كانت مسؤولة مسؤولية عقدية عن فعل الفرع، حيث أن نظام المسؤولية العقدية

¹-X. Barré, la lettre d'intention technique contractuelle et pratique bancaire, op.cit, p.56.

² Jacques Terray, La lettre de confort, rev.banque1980, art. préc., p.329.

عن فعل الغير يقتضي التركيز على خطأ الغير الذي استعان به المدين الأصلي في تنفيذ التزامه أو أحل محله في هذا التنفيذ¹.

-ومن ناحية رابعة، إن الشركة الأم حينما تسأل في مواجهة البنك الدائن عن سداد ديون الفرع ولو لم ترتكب أي خطأ، يرى الأستاذ Devèze أن ذلك يرجع تفسيره إلى فكرة الضمان التي تنشأ عن العديد من خطابات النوايا والتي تتضمن التزامات قانونية حقيقية بعمل أو بالامتناع عن عمل، وسواء نتج عنها التزامات بنتيجة أم اقتصر الأمر على مجرد التزامات بوسيلة، حيث تسأل الشركة الأم في مثل هذه الحالات استنادا إلى فكرة الضمان وليس استنادا إلى فكرة المسؤولية المبنية على خطأ، ولذا فإن المحاكم لا تتحدث عن فكرة الخطأ العقدي في هذه الفروض.

و جملة القول أنه لا يمكن الأخذ بفكرة المسؤولية العقدية عن فعل الغير في مجال خطابات النوايا المتضمنة التزاما بعمل أو بالامتناع عن عمل وإن كانت هنالك حالات ترتبط بفكرة الضمان بالمعنى الواسع دون البحث في نظام المسؤولية العقدية عن الفعل الشخصي ، أي أن الأمر يتعلق بالمسؤولية المزدوجة للخطابات المتضمنة التزاما بعمل أو بالامتناع وهذا ما يؤكد الطبيعة الذاتية والخاصة لخطابات النوايا في مجال الائتمان بصفة عامة حيث يمكن الجمع بين نظامي المسؤولية العقدية عن الفعل الشخصي والضمان بالمفهوم الواسع².

ثانيا: أركان المسؤولية العقدية عن الإخلال بالخطابات المتضمنة التزاما بعمل .

تخضع المسؤولية الناشئة عن خطابات النوايا التي تحتوي على التزامات قانونية بعمل أو بالامتناع عن عمل للقواعد العامة التي تحكم المسؤولية العقدية عن الفعل الشخصي، فيشترط لها توافر ثلاثة أركان وهي الخطأ والضرر وعلاقة السببية³، وذلك ما سوف يتم توضيحه على النحو التالي:

١- الخطأ :

من المسلم به أن الخطأ يعد ركنا أساسيا في المسؤولية العقدية ويجب توافره بداءة لإمكانية إلزام المدين بتنفيذ التزامه بطريق التعويض. ويجد هذا الاشتراط سنده في نصوص القانون التي تجعل المدين

¹ على فيلالي، الالتزامات، الفعل المستحق للتعويض، ط2، ج2، موفم للنشر، الجزائر 2007، ص.145.

² مصطفى أحمد عبد الجواد، خطابات النوايا الصادرة من الغير في مجال الائتمان، المرجع السابق، ص.139 .

³ خليل فيكتور تادرس، خطابات النوايا الصادرة من الشركات الأم لحساب أحد الفروع وقيمتها القانونية، المرجع السابق، ص. 67

مسؤولاً عن تعويض الضرر الذي لحق بالدائن نتيجة عدم قيام المدين بتنفيذ التزامه أو التأخر في تنفيذه ومنها نص المادتين¹ 175 و² 176 من القانون المدني الجزائري.

و يتمثل الخطأ العقدي في عدم قيام المدين بتنفيذ التزامه العقدي، أو التأخر في تنفيذه

أو قيامه بتنفيذ التزامه بطريقة غير مطابقة لما تم الاتفاق عليه أو غير محققة للهدف من العقد، وسواء أكان ذلك عمداً أو ترتب على إهمال، ويختلف معنى عدم التنفيذ بحسب موضوع الالتزام، فإذا كان المتعاقد قد تعهد بتحقيق نتيجة معينة، فإن عدم التنفيذ يتمثل في مجرد عدم تحقق النتيجة حتى ولو كان قد بذل كل جهده، دون جدوى في العمل على تحقيقها، بينما لو كان المتعاقد قد تعهد ببذل جهد معين دون التزام بتحقيق نتيجة هذا الجهد أو بالأحرى التزم بمجرد بذل عناية، فإن عدم التنفيذ يتمثل عندئذ في عدم بذل العناية اللازمة وفقاً للاتفاق أو القانون أو وفقاً لما تقتضيه طبيعة المعاملة³.

أما عن طريقة إثبات الخطأ العقدي، فتختلف بحسب طبيعة التزام المتعاقد، حيث يكون في وسع الدائن في الالتزام بنتيجة الناشئة عن العقد أن يثبت خطأ الملتزم بمجرد إثبات عدم تحقق النتيجة محل الاشتراط⁴، أما إذا كان التزام المدين يتمثل في مجرد بذل عناية، كان على الدائن أن يثبت عدم قيام المدين بالعناية اللازمة، وهو إثبات قد يكون أكثر صعوبة من إثبات مجرد عدم تحقق نتيجة معينة، ويجوز للمدين أن يثبت أن عدم تنفيذه لالتزامه أو التأخير في تنفيذه، إنما يرجع لسبب أجنبي لا يد له فيه.

وبتطبيق المبادئ السابقة على الخطأ العقدي لمن أصدر خطاب النوايا الذي يحتوي التزاماً بعمل أو بالامتناع عن عمل، يلاحظ أن عدم تنفيذ مصدر الخطاب لالتزامه أو التأخر في تنفيذه بطريقة تخالف ما تعهد به في الخطاب، كل ذلك يشكل إخلالاً بالتزامه ومن ثم يعد مخطئاً.

و يشترط القضاء وقوع خطأ واضح ومحدد ينسب للشركة الأم حتى يمكن إلزامها بالتعويض إذا توافرت أركان المسؤولية الأخرى، ولهذا يجب على القاضي الذي ينظر دعوى المسؤولية المرفوعة ضد الشركة الأم، أن يبحث في السلوك الصادر عنها وما إذا كان يشكل خطأ أم أنه لا يرقى لمرتبة الخطأ. وتطبيقاً لذلك قد ألغت محكمة النقض الفرنسية حكماً لمحكمة استئناف⁵ Lyon لأنه قد نسب إلى الشركة الأم

¹ المادة 175 ق.م.ج تنص على أنه: " إذا تم التنفيذ العيني ، أو أصر المدين على رفض التنفيذ حدد القاضي مقدار التعويض الذي يلزم به المدين مراعيًا في ذلك الضرر الذي أصاب الدائن والعنت الذي بدأ من المدين."

² المادة 176 ق.م.ج. تنص على أنه: "إذا استحال على المدين أن ينفذ الالتزام عيناً حكم عليه بتعويض الضرر الناجم عن عدم تنفيذ التزامه ، ما لم يثبت أن استحالة التنفيذ نشأت عن سبب لا يد له فيه ، ويكون الحكم كذلك إذا تأخر المدين في تنفيذ التزامه."

³ Laurent Aynès et autres, Eamy droit des sûretés, op.cit, p.145, pp.91.

⁴-Dominique Legeais , Sûretés et garanties du crédit ,op .cit ,p.312 .

⁵ -CA.Lyon, 07/07/1988.

الفصل الثاني النظام القانوني لخطابات النوايا

مصدرة خطاب النوايا محل النزاع خطأ دون أن تبحث المحكمة في مضمون الالتزام الوارد بالخطاب، ودون أن تحدد الخطأ المنسوب إلى الشركة الأم بطريقة واضحة.

و في هذا الحكم أكدت محكمة النقض المبدأ العام على إثبات عدم تنفيذ الالتزام بعمل، حيث قررت أن من يطالب بتعويض الضرر الناشئ عن عدم تنفيذ الالتزام بعمل، يجب عليه لكي يثبت خطأ المدين أن يقيم الدليل على طبيعة ومحتوى الالتزام¹ الذي يدعي أن المدين قد أحل به².

و إذا قامت الشركة الأم بتنفيذ التزامها الوارد بالخطاب، فلا يكون ثمة خطأ ينسب إليها. وتطبيقاً لذلك قضت محكمة باريس³ بعدم مسؤولية الشركة الأم تجاه البنك الدائن لفرعها، استناداً إلى أن الشركة قد قامت ببذل الجهد الذي تعهدت به للسماح لفرعها بالوفاء بالتزاماته تجاه البنك، ومن ثم فإن الشركة المذكورة قد قامت ببذل العناية اللازمة، وبالتالي لم يكن بوسعها بذل عناية أكثر من تلك التي قامت بها .

و على العكس من ذلك، فإن مجرد عدم قيام الشركة الأم بإمداد الفرع إلى ترتيب مسؤوليتها تجاه الدائن حداً ببعض الأحكام إلى ترتيب مسؤوليتها تجاه الدائن استناداً بأنها لم تقم بعمل اللازم. وعليه قضت المحكمة السالفة الذكر بإلزام الشركة الأم بدفع الدين كاملاً للدائن لإخلالها باتخاذ كل الوسائل اللازمة لتنفيذ التزامات الفرع.

¹ Ibrahim Najjar, (note) : Pour prouver la faute du défaut du débiteur d'une obligation de faire (lettre d'intention), la nature et le contenu de l'obligation doivent être établis ,Recueil Dalloz , P.53.

² -La logique de la responsabilité conduit à s'interroger sur le point de savoir sur qui pèse la charge de la preuve, de la faute ou de l'absence de faute de la société mère. Il n'est pas certain que la réponse puisse être uniquement recherchée dans la distinction entre obligation de moyen et de résultat, encore qu'il soit classiquement jugé qu'en présence d'une obligation de moyen, la banque doit faire la preuve de la faute de la société mère (Cass. com., 18 mai 2005, no 02-20.615, Bull. Joly Sociétés 2005, p. 274, note Barbièri J.-F.). On observera en premier lieu que le problème ne se pose que si la filiale est défaillante.

Par ailleurs, en présence de lettre imposant à la société-mère de faire le nécessaire pour que la filiale puisse faire face à ses engagements, il faudrait, croyons-nous, présumer la faute de l'auteur de la lettre à partir de la constatation de la défaillance de la filiale, la preuve contraire de l'absence de faute incombant donc à la société-mère (Cass. com., 19 avr. 2005, no 03-11.567, Bull. Joly Sociétés 2005, p. 270, note Barbiéri J.-F. ; Cass. com., 18 avr. 2000, no 97-19.043, Bull. civ. IV, no 78, Cah. D. aff. 2000, AJ, p. 257, obs. Faddoul, Banque et droit 2000, no 70, p. 53, obs. Rontchevsky N.). Le plus souvent, une faute étant établie (par exemple, le désengagement brutal de la société-mère, Cass. com., 19 mars 1991, no 89-16.464, Bull. civ. IV, no 110, RD bancaire et bourse 1991, p. 151, obs. Contamine-Raynaud M., Bull. Joly Sociétés 1991, p. 523, note Le Cannu P., D. 1992, jur., p. 53, note Najjar I., ou le caractère tardif du soutien, Cass. com., 26 janv. 1999, no 97-10.003, Bull. civ. IV, no 31), il importe peu que l'auteur de la lettre fasse état de toutes les diligences par ailleurs accomplies. S'agissant encore d'obligation de moyens, la chambre commerciale de la Cour de cassation a considéré que l'obligation de la société-mère comportait des limites découlant de l'autonomie de sa filiale (Cass. com., 17 oct. 1995, no 93-20.459, Dr. & patr. 1996, no 35, p. 87, obs. Saint-Alary B.). voir Marie-pierre BEVIÈRE et autres, Lamy droit de financement , Wolters Kluwer –France-2010, p.3911.

³ Fr. Paris :1.-03-1989-D.S-1989-I.R, 143.

و يتم تحديد الخطأ الذي ينسب إلى مصدر الخطاب بطريقة موضوعية أو مجردة، ومن ثم يتم تقدير الخطأ دونما نظر إلى الظروف الشخصية الخاصة بمصدر الخطاب، ولهذا قضي بإدانة مصدر الخطاب الملتزم ببذل عناية، دون الاستجابة لإدعائه المتمثل في أنه كان يستحيل عليه القيام بأي عمل إضافي علاوة على ما قام به.

ويجب على الغير الذي قبل الخطاب، أن يثبت خطأ مصدر الخطاب، لإمكانية مساءلته بالتعويض¹، غير أن إثبات الخطأ يكون سهلا في حالة الالتزام بنتيجة، وقد يكون صعبا في حالة الالتزام بوسيلة²، حيث أن الخطأ يفترض في الحالة الأولى بمجرد عدم تحقق النتيجة أي مجرد عدم قيام الفرع بسداد الدين، اللهم إلا إذا كان لدى الشركة الأم مصدرة الخطاب سببا أجنبيا كقوة القاهرة حالت دون تحقيق نتيجة، ويتمتع قاضي الموضوع بسلطة تقديرية في مجال إثبات الخطأ³.

ب الضرر: يعد الضرر ركنا أساسيا في المسؤولية المدنية بصفة عامة، وبدون حدوث الضرر لا يمكن إلزام المخطئ بالتعويض، وهذا ما استقر عليه الفقه والقضاء، ومن ثم لا يتصور قيام مسؤولية مدنية في حال عدم ثبوت الضرر⁴.

و الضرر هو الأذى الذي يصيب مال المضرور أو نفسه، فهو إذا يشكّل مساسا بمصلحة مالية أو معنوية للمضرور، وسواء تعلق الأمر بالضرر المادي في الحالة الأولى، وبالضرر الأدبي في الحالة الثانية، ويشترط في الحالتين أن يكون الضرر محققا بأن يكون قد وقع فعلا أو كان وقوعه في المستقبل أمرا حتميا، أما إذا كان وقوع الضرر مجرد احتمال، فلا يعتبر ضررا محققا ومن ثم لا يعوّض عنه، كما يجب أن يكون الضرر الذي يعوّض عنه في المسؤولية العقدية متوقعا عادة وقت التعاقد، وهو يقاس بمعيار موضوعي وليس بمعيار شخصي.

و يشمل الضرر ما لحق الدائن من خسارة وما فاتته من كسب، على أن تقويت الفرصة قد يشكّل ضررا ويجوز التعويض عنه، إذا كانت الفرصة أمرا احتماليا، إلا أن تقويتها أمرا محققا، ويخضع تقدير الضرر لسلطة محكمة الموضوع، مع خضوعها لرقابة محكمة النقض فيما يتعلق بتعيين العناصر المكونة قانونا للضرر والتي يجب أن تدخل في حساب التعويض، لأنها من مسائل القانون⁵.

¹ Jérôme Bonnard, droit des sociétés, op.cit, p.156 .

²-X. Barré, op.cit , p.291.

³-Laurent Aynès et autres , Lamy droit des sûretés , op.cit ,p.145, pp.91.

⁴ Christophe Albiges -Marie Pierre Dumant Lefrand ,op.cit, p.194.

⁵ Christophe Albiges -Marie Pierre Dumant Lefrand , droit des sûretés, op.cit, p.194.

و يقتصر التعويض على الضرر المباشر فقط أي الذي يعتبر نتيجة طبيعية لعدم قيام المدين بتنفيذ التزامه أو التأخر في تنفيذه، وهو يعتبر كذلك إذا لم يكن في استطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول، وبمعنى آخر يعد الضرر مباشراً إذا كان من الممكن تفاديه إذا استخدمت العناية المطلوبة.

كما يقتصر التزام الشركة الأم على تعويض الضرر الذي كان من الممكن توقعه عادة وقت التعاقد، شريطة ألا تكون الشركة المذكورة قد ارتكبت غشا أو خطأ جسيماً، إذ تلتزم في هذه الحالة بتعويض كل الضرر سواء أكان متوقفاً أو غير متوقع، وقد تلتزم الشركة الأم مصدرة الخطاب بالتعويض في مواجهة البنك الدائن عن الضرر المتمثل في تفويت فرصة سداد الدين من قبل الفرع في الميعاد المحدد فيما لو كانت الشركة قد قامت بتنفيذ التزاماتها الواردة في الخطاب.

وقد يصعب تحديد عناصر الضرر في بعض الحالات التي تلتزم فيها الشركة الأم بالتزام أو التزامات محددة كالالتزام بإعلام الدائن قبل التنازل عن حصتها في رأسمال الفرع أو التزامها بالمساهمة في زيادة رأسماله، حيث يلاحظ أنه من الصعب تحديد الضرر الحقيقي بدقة والذي ينشأ عن الخطأ، ولا يكون دائماً مساوياً للمبلغ الذي لم يقر الفرع بدفعه.

ويقع على عاتق الدائن عبء إثبات الضرر وقد يشكل مجرد عدم قيام الفرع بسداد الدين ضرراً يستحق التعويض¹.

ويتمتع قاضي الموضوع بسلطة تقدير وقوع الضرر، أو نفيه، العناصر المكونة له، شريطة أن يكون تقديره مبنيًا على أسباب سائغة لها ما يبررها من واقع أوراق الدعوى وملابساتها².

ج علاقة السببية:

لا يكفي صدور الخطأ من المدين ووقوع الضرر للدائن، وإنما يجب أن يكون الضرر نتيجة الخطأ، أو بعبارة أخرى يجب أن يرتبط الخطأ بالضرر برابطة سببية بأن يكون الخطأ هو سبب الضرر³، ويجد اشتراط علاقة السببية بصفة عامة مصدره بطريقة ضمنية في بعض النصوص القانونية التي تتحدث عن خطأ سبب ضرراً للغير.

و يترتب على اشتراط السببية، عدم إمكانية إلزام مرتكب الخطأ بالتعويض إذا كان الضرر قد نشأ عن سبب أجنبي لا يد له فيه كالقوة القاهرة مثلا، وعلى العكس يمكن إلزام المخطأ بالتعويض إذا كان

¹ Jérôme Bonnard, op.cit , p.157.

² Christophe Albiges- Marie Pierre Dumant Lefrand, op.cit , p.194.

³ - L. Aynès et autres, Lamy droit des sûretés, op.cit , p.145, pp.91.

تسبب بخطئه في إحداث الضرر، وتطبيقاً لذلك يجب أن يكون الضرر قد نشأ عن عدم تنفيذ الالتزام أو التأخر في تنفيذه في المسؤولية العقدية .

و إذا تعددت الأضرار، فلا يعوّض إلا عن الضرر المباشر الناتج عن الخطأ، ومن ناحية أخرى إذا تعددت الأسباب التي أدت إلى حدوث الضرر .

فلا يعتدّ إلا بالسبب الكافي والمنتج، أو السبب الذي أسهم في إحداث الضرر على نحو معتبر قانوناً ويتمتع قاضي الموضوع بسلطة استخلاص أو نفي علاقة السببية بشرط أن يكون استخلاصه سائغاً.

وفي مجال المسؤولية المدنية الناشئة عن خطابات النوايا أو الثقة التي تتضمن التزامات بعمل أو بالامتناع عن عمل، يجب أن يكون خطأ مصدر الخطاب هو الذي سبب الضرر أو ساهم في إحداثه، وبعبارة أخرى يجب أن يكون عدم استيفاء الدائن لحقه قد نتج عن خطأ الشركة الأم، فإذا ثبت أنّ الضرر قد نشأ عن سبب أجنبي لا يد لها فيه، فلا يجوز إلزامها بالتعويض في هذه الحالة.

و يقع على عاتق الدائن عبء إثبات رابطة السببية بين الخطأ الصادر عن الشركة الأم والضرر الحادث، وهو إثبات ربما يكون صعباً إذا تعلق الأمر بالتزام بوسيلة، ويكون أكثر سهولة في حالة الالتزام بنتيجة، إذ يكفي المستفيد (المرسل إليه الخطاب) إثبات عدم تحقق النتيجة المرجوة لإثارة مسؤولية الشركة الأم¹.

المطلب الثالث

آثار المسؤولية المدنية عن الإخلال بخطابات النوايا

لا شكّ أنه متى رفعت دعوى المسؤولية ضد مرسل الخطاب ، سوف يحاول هذا الأخير إثارة الدفوع التي يراها مناسبة لنفي المسؤولية الملقاة على عاتقه (الفرع الأول)، فإذا هو فشل ذلك وانعقدت مسؤوليته كان ملزماً بتعويض الدائن عن الأضرار التي أصابته جراء عدم تنفيذ الالتزام أو عدم تسديد الدين ، و يثور التساؤل حول حق مصدر الخطاب في الرجوع على المدين الفرع لاسترداد ما دفعه إذا قام بدفع الدين للدائن أو جزءاً منه بناء على حكم صدر بإلزامه بهذا الدفع (الفرع الثاني) .

¹ خليل فيكتور تادرس، خطابات النوايا الصادرة من الشركات الأم لحساب أحد الفروع وقيمتها القانونية، المرجع السابق، ص.84..

الفرع الأول

دفع المسؤولية

إذا رفعت دعوى المسؤولية ضد مصدر الخطاب ، كيف يمكن لهذا الأخير أن يدفع عن نفسه هذه المسؤولية ؟

أولاً: الأسباب العامة لدفع المسؤولية أو الإعفاء منها

جدير بالذكر بداءة أنه يجوز الاتفاق على إعفاء المدين من أية مسؤولية تترتب على عدم تنفيذ التزامه التعاقدى أو التأخر في تنفيذه إلا ما ينشأ عن غشه أو عن خطئه الجسيم ، ومن ثم يجوز لمصدر الخطاب أن يتمسك بهذا الاتفاق لدفع دعوى المسؤولية المرفوعة ضده .

ويمكن أيضاً لمصدر الخطاب أن يدفع عن نفسه دعوى المسؤولية وفقاً لقواعد المسؤولية وفقاً للقواعد العامة ، حيث يجوز له أن يثبت أن الضرر قد نشأ عن سبب أجنبي لا يد له فيه ، كحادث مفاجئ أو قوة قاهرة أو خطأ المضرور أو الغير ، ما لم يوجد نص أو اتفاق على غير ذلك .

ويعترف القضاء بأن القوة القاهرة أو الحادث المفاجئ تعفى مصدر الخطاب من المسؤولية، بيد أنه يشترط لذلك أن تتوافر في الحادث شروط وصفات القوة القاهرة والتي تتمثل في ضرورة أن يكون للحادث شروط وصفات القوة القاهرة والتي تتمثل في ضرورة أن يكون الحادث قد نشأ بسبب لا يد للمدين فيه، وألا يكون من الممكن توقعه، وألا يكون من الممكن دفعه¹.

وقد ذهبت المحكمة التجارية لمدينة (Dinant) في حكمها الصادر بتاريخ 27/05/1987² إلى أن إفلاس الفرع المدين بعد بضعة أشهر من إصدار خطاب النوايا، لا يعد من قبيل القوة، ومن ثم لا تعفى الشركة الأم من مسؤوليتها تجاه الدائن، ولذا فقد ألزمتها المحكمة بالتعويض³.

ويشترط أيضاً لإمكانية استفاضة مصدر الخطاب من القوة القاهرة التي طرأت، أن يكون قد أوفى بالتزامه، ما لم يكن الخطاب قد تضمن تحفظاً ضمناً يتعلق بمضمون التزام مصدر الخطاب في حالة حدوث قوة قاهرة .

¹ تطبيقاً لذلك لا يعد من قبيل القوة القاهرة الصعوبات المالية التي تواجه الشركة الفرع، حيث حينما صدر خطاب النوايا إنما كان مشمولاً بتوقع كافة الظروف ، على العكس من ذلك يعد من قبيل القوة القاهرة وجود تحكم في سوق الصرف مما يمنع الشركة الأم ويحول دون تقديم المساعدة المالية للفرع .، انظر خليل فيكتور تادرس ، خطابات النوايا الصادرة من الشركات الأم لحساب أحد الفروع وقيمتها القانونية، المرجع السابق، ص. 85 .

² Tr .com.de Dinant :26-5-1986-Rev.Banque1988-P.29.

³ مصطفى أحمد عبد الجواد، المرجع السابق، ص153 .

وقد ذهبت محكمة النقض الفرنسية في أحد أحكامها، إلى أن إداء الشركة الأم باستحالة القيام بأي عمل آخر علاوة على ما قامت به، يصبح عديم الجدوى في ظل وجود خطأ واضح ينسب لهذه الشركة، ذلك لأن المدين بالتزام عقدي لا يعفى من المسؤولية بمجرد أن تنفيذ الالتزام قد أصبح صعبا عن الوضع الذي كان يتوقعه.

و على العكس من ذلك، فقد اعتبرت محكمة باريس¹ أن الشركة الأم مصدره الخطاب قد نفذت التزامها ببذل عناية، ولم يكن بوسعها أن تفعل المزيد وإلا كانت ستتعرض هي نفسها للإفلاس، ومن ثم فقد أعتفت الشركة من المسؤولية عن الضرر الذي أصاب الدائن والمتمثل في عدم استيفائه للدين الذي له قبل الفرع، والواقع أن المحكمة ذهبت إلى إعفاء الشركة الأم من المسؤولية استنادا إلى أنها لم ترتكب خطأ، إذ نفذت ما كان يجب عليها عمله، ولم تكن تستطيع الاسترسال في دعم الفرع لأن ذلك كان يفوق ميزانيتها وكان سيعرضها لشهر الإفلاس²، ويثور التساؤل في هذا الصدد فيما إذا كان القصد في تجنب الإفلاس سببا أجنبيا أو بالأحرى قوة قاهرة تعفي الشركة الأم مصدره الخطاب؟

لا شك أن الإجابة تكون بالنفي، ولكن لماذا لم تلزم المحكمة السالف الذكر في حكمها المذكور الشركة الأم بتعويض البنك الدائن عن الضرر الذي أصابه؟

في الواقع، يعتقد الأستاذ مصطفى أحمد عبد الجواد أن تبرير الحكم السالف الذكر لا يحتاج إلى أدنى عناء، ذلك أنه يبدو من حيثيات الحكم ومنطوقه أن المحكمة قد كيّفت التزام الشركة الأم الوارد بالخطاب على أنه مجرد التزام ببذل عناية وليس التزام بتحقيق نتيجة ولقد رفضت المحكمة الحكم ضدها بالتعويض ذلك لتخلف ركن الخطأ في جانب هذه الأخيرة³.

ومن ناحية أخرى، تستطيع الشركة الأم أن ترتكن إلى فعل الدائن نفسه (المضروب) قد ساهم في إحداث الضرر توصلا إلى الإعفاء الجزئي من المسؤولية، كأن تتمسك الشركة الأم التي دعمت ميزانية الفرع لتمكينه من سداد ديون البنك الدائن بفعل المضروب لدفع المسؤولية عن عانقها، شريطة أن تتوفر في فعل الدائن الشروط المتطلبية في فعل المضروب بصفة عامة، وأهمها ألا يكون فعل المضروب هو الذي سبب الضرر حتى يمكن إعفاء المدعى عليه من المسؤولية، وأن يكون غير ممكن توقعه ولا يستطاع دفعه وفقا لما ذهب إليه القضاء الفرنسي، وإذا ما ساهم فعل المضروب مع خطأ الشركة الأم في إحداث الضرر

¹-Paris :10-30-1989.précité.

² خليل فيكتور تادرس، خطابات النوايا الصادرة من الشركات الأم لحساب أحد الفروع وقيمتها القانونية، المرجع السابق، ص.69 .

³ مصطفى أحمد عبد الجواد، خطابات النوايا الصادرة من الغير لمجال الانتماء، المرجع السابق، ص.156 .

كان من اللازم أن يشكّل فعل المضرور خطأ، وتتوّع المسؤولية بينهما بحسب مساهمة كل منهما في إحداث الضرر، وتتوزع المسؤولية بينهما بحسب مساهمة كل منهما في إحداث الضرر.

و بالمثل، يجوز للشركة الأم أن تستند إلى خطأ الغير لنفي علاقة السببية بين خطئها والضرر الناتج، كأن تتمسك بأنها رغم دعمها للفرع ماليا كما تعهدت في الخطاب، إلا أنّ هذا الأخير قد أخطأ بمماطلته في سداد الدين حتى أصبح عاجزا عن سداه¹، وإذا اشترك خطأ الشركة الأم مع خطأ الفرع في إحداث الضرر، توزعت المسؤولية بينهما بنسبة اشتراك كل منهما في إحداث الضرر. تبقى مسألة على جانب كبير من الأهمية ألا وهي: مدى جواز تمسك الشركة الأم بعدم مشروعية إصدار خطاب النوايا المنسوب صدوره إليها، توصلا للتخلص من دعوى التعويض المرفوعة ضدها من قبل البنك الدائن؟

على ما يبدو، هناك إلى جانب الأسباب العامة السابق ذكرها والتي يمكن للشركة الأم أن تدفع بها دعوى المسؤولية الناشئة عن الخطاب، بعض الدفوع الخاصة التي يمكن أن تتحجج بها هذه الأخيرة لا سيما إذا كانت الشركة تجارية. وهو ما يدفع بالباحثة إلى التطرق إليها بنوع من التفصيل.

ثانيا: الأسباب الخاصة لدفع المسؤولية الناشئة عن خطابات النوايا الصادرة عن الشركات التجارية.

و يمكن أن يثار ذلك في فرضين، الأول يتعلق بمدى جواز الاستناد إلى بعض القواعد القانونية التي تنظم عملية إعطاء الكفالات والضمانات لدفع المسؤولية، والثاني يدور حول مسألة مدى جواز تمسك الشركة الأم مصدرة الخطاب بالدفوع التي يحق للكفيل التمسك بها.

الفرض الأول: مدى جواز الاستناد إلى القواعد القانونية المتعلقة بمنح الكفالات والضمانات في إصدار خطابات الثقة بواسطة الشركات التجارية.

لا شك أن عملية منح الكفالات تدرج في الأصل تحت عمليات البنوك إذا صدرت عن شركة تجارية مساهمة. ولهذا فقد نظم القانون الفرنسي هذا الوضع السائد في مجال مؤسسات التمويل، ولم يهتم المشرع بتنظيم الكفالات والضمانات الصادرة عن الشركات التجارية الأخرى التي لا تعمل في مجال التمويل إلا بصورة جزئية. وقد أخذ المشرع الجزائري مثل نظيره المشرع الفرنسي بعين الاعتبار العلاقات المالية القائمة بين مختلف الشركات المكوّنة للتجمّعات وشعر بضرورتها الاقتصادية في حياة هذا الأخير فبعدما حرم إبرام الكفالات لفائدة الغير بموجب نص المادة 3/628، إلا أنه أجازها إذا تعلّق الأمر بالتجمّعات حيث بعد أن أكد قانون النقد والقرض الصادر في 2003/08/26 على مبدأ احتكار البنوك

¹ خليل فيكتور تادرس، خطابات النوايا الصادرة من الشركات الأم لحساب احد الفروع وقيمتها القانونية، المرجع السابق، ص. 85.

لممارسة الأعمال المصرفية بصفة اعتبارية ، أجاز للشركة¹ أن تقوم بعمليات خزينة مع الشركات لها بصفة مباشرة أو غير مباشرة مساهمات في رأسمال تخول لإحداها سلطة الرقابة على الأخرى .

وكان قانون 24 يوليو 1966 في فرنسا يشترط، ضرورة الحصول على إذن مسبق من مجلس إدارة الشركة المساهمة وذلك بموجب المادة 98 من هذا القانون²، (حلت محلها المادة 225 35 من قانون التجارة الفرنسي) قبل إعطاء كفالات أو ضمانات أو ضمانات احتياطية باسم الشركة المساهمة³.

وهكذا يشترط المشرع الفرنسي ضرورة الحصول على إذن مسبق من مجلس إدارة الشركة المساهمة قبل إصدار كفالات أو ضمانات أو ضمانات احتياطية⁴ باسم الشركة⁵ ، ويستثنى من ذلك الشركات المساهمة التي تعمل في مجالي البنوك والتمويل بصفة عامة حيث لا يشترط القانون الحصول على هذا الإذن، نظرا لأن طبيعة نشاط الشركات الأخيرة يركز بصفة أساسية على منح القروض والكفالات والضمانات .

وبيّن نظام الشركة مدى سلطة مجلس الإدارة في إجراء القروض باسم الشركة أو عقد الكفالات أما إذا خلا نظام الشركة من هذا التحديد ، فإنه يجوز للمجلس القيام بها طالما كان ذلك في نطاق غرض الشركة ولتحقيق هذا الغرض⁶. كما يجوز للجمعية العامة تقييد سلطة المجلس إذا ما رأّت ذلك، فضلا عن ضرورة تقييد مجلس الإدارة بما نص عليه القانون.

والسؤال المطروح، هل يسري اشتراط الإذن بالنسبة لإصدار خطابات النوايا في مجال الانتماء ؟

٢ عن اشتراط الإذن

يجب الملاحظة بأن اللجوء إلى خطابات النوايا قد تم في الواقع العملي بهدف التهرب من القواعد الملزمة الواجبة التطبيق على الكفالة، والتي تشترط الحصول على إذن مجلس الإدارة، وكذا الإفلات من

¹ بموسات عيد الوهاب ، التجمعات، محاضرات أقيمت على طلبية الماستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان. 2011 .

² ميشال جرمان، المطول في القانون التجاري (الشركات التجارية)، ج1، مجلد2، ط1، مجد للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت2007، ص.602 .

³ C. Pomart, art. cit, p.19.

⁴ L'autorisation doit être donner préalablement à la signature de l'acte de garantie.

Le conseil de l'administration peut donner l'autorisation au cas par cas , ce qui lui permet de contrôler lui-même l'octroi de la garanties. Il peut aussi donner une délégation au P-DG ou au directeur général, en fixant un montant global au delà duquel le dirigeant ne saurait engager la société(art .R225-28).Dans ce cas, le conseil d'administration peut également déterminer un plafond pour chaque garantie individuellement consentie. Dans l'hypothèse d'une délégation donnée par au P-DG ou au directeur général, celui -ci peut à son tour déléguer le pouvoir qui lui a été confié(art. R225-28, al 4) Jean -Pierre Casimir, Michel Germain, Dirigeants de sociétés, Groupes Revues Fiduciaire-France 2007, p.150.

⁵ Bruno Dondro, art. cit, p. 405.

⁶-Véronique Magnier, Droit des sociétés ,éd. Dalloz-2002,p.267.

الفصل الثاني النظام القانوني لخطابات النوايا

تطبيق القواعد المتعلقة بوجود ذكر الكفالات والضمانات الاحتياطية والضمانات الممنوحة بواسطة الشركة، في ملاحق ميزانية تلك الشركة.

واختلفت آراء الفقه والقضاء الفرنسي حول مسألة اشتراط الإذن بالنسبة لعملية إصدار خطابات النوايا باسم الشركة المساهمة في مجال الائتمان. وقبل الخوض في هذه الآراء ثمة ملاحظتان:

الملاحظة الأولى: أن خطابات النوايا التي تقتصر على مجرد التوصية لا يشترط لإصدارها الحصول على إذن مجلس إدارة الشركة لأن هذا النوع من الخطابات لا تتضمن أي التزام قانوني محدد ولا يكون هناك جزاء قانوني يترتب على مخالفتها، ومن ثم لا تعتبر من قبيل الكفالات أو الضمانات المشار إليها.

كما يوجد شبه إجماع فقهي على اشتراط الإذن فيما يتعلق بخطابات النوايا المتضمنة كفالات مقنعة أو مستترة، إذ تخضع هذه الخطابات لنفس الأحكام الواجبة التطبيق على الكفالة الصريحة. وبناء على ذلك يمكن للشركة الأم، في حالة عدم حصول المدير أو رئيس مجلس الإدارة على إذن سابق من هذا المجلس قبل إصدار خطاب النوايا الذي ينشأ عنه كفالة مقنعة، أن تتمسك بعدم مشروعية إصدار هذا الخطاب المنسوب للشركة، توصلًا إلى التخلص من مسؤوليتها الناشئة عن الخطاب.

الملاحظة الثانية: تتمثل في تقرير أن مشكلة عدم الحصول على الإذن وعدم مراعاة القواعد الخاصة بإصدار الكفالات أو الضمانات باسم الشركة بصفة عامة، إنما تثور بصفة أساسية بالنسبة لخطابات النوايا التي تتضمن التزامات بعمل أو بالامتناع عن عمل، وفي هذا المجال كان اختلاف الفقه والقضاء¹.

¹ وحول موقف الفقه والقضاء بخصوص مدى اشتراط إذن مجلس الإدارة بالنسبة للخطابات التي تتضمن التزامات بعمل أو بالامتناع عن عمل، فإنه كان يوجد ثلاثة اتجاهات وهي كالتالي:

الاتجاه الأول: عدم اشتراط إذن مجلس الإدارة لسريان الالتزامات الناشئة عن خطابات النوايا في مواجهة الشركة الأم. ذهبت محكمة باريس التجارية في حكمها الصادر بتاريخ 1981/10/27 إلى استبعاد تطبيق حكم المادة 98 على المنازعة الناشئة عن خطاب نوايا أصدرته شركة أم مساهمة لصالح البنك الدائن لفرعها، وذلك رغم أن الخطاب، وباعتراف المحكمة، قد أنشأ التزاما بتحقيق نتيجة يتقفل كاهل الشركة الأم. ولقد استتدت المحكمة في رفض اشتراط الحصول على إذن مجلس إدارة الشركة قبل إصدار خطاب النوايا المذكور، إلى حجة مفادها، أن إصدار الخطاب في هذا الواقعة يعد عملا عاديا وشائعا يدخل ضمن أعمال الإدارة المعتادة أكثر من كونه يشكل ضمانا محددًا، وبالتالي يجب أن يخرج عن نطاق قانون 1966/07/24، ورغم أن المحكمة تعترف من حيث المبدأ بإمكانية تطبيق هذا الاشتراط على خطابات النوايا خاصة تلك التي تنشأ عنها التزامات بنتيجة إلا أنها قد رفضت تطبيق هذا الاشتراط على الخطاب محل المنازعة استنادًا إلى الحجة المذكورة والمستمدة من واقع ظروف إصدار الخطاب وعباراته ومضمونه .

غير أن محكمة النقض الفرنسية قد نقضت هذا الحكم بموجب حكمها الصادر في 1998/12/07، حيث جاء فيه يتمتع الفرع بشخصية معنوية مستقلة عن الشخصية المعنوية للشركة الأم، ويترتب على ذلك أن الكفالات والضمانات الاحتياطية والضمانات التي تعطي لصالح الفرع بواسطة الشركة الأم بدون الحصول على إذن مجلس إدارة الشركة، لا يمكن الاحتجاج بها ضد الشركة الأخيرة، وبالتالي فإن محكمة الاستئناف قد خالفت نص المادة 98، لذا فإن حكمها يستوجب النقض .

الاتجاه الثاني: اشتراط إذن مجلس الإدارة فقط في حالة الالتزام بنتيجة الناشئ عن الخطاب.

ويبدو واضحا أنه بعد صدور المرسوم التشريعي رقم 2006/346 المؤرخ في 2006/03/23 بتكليفه لخطابات النوايا على كونها تأمينات شخصية تسري عليها كل الأحكام المتعلقة بالضمانات، لم يعد هناك مجال للشك في ضرورة اشتراط حصول رئيس مجلس إدارة شركة المساهمة أو من يمثله أو مجلس المديرين على إذن مجلس الإدارة أو مجلس المراقبة¹، سواء تعلق الأمر بخطاب نوايا يتضمن التزاما قانونيا بعمل أو بالامتناع عن عمل، وسواء أكان مضمون الالتزام بذل عناية أو تحقيق نتيجة².

خلاصة القول إذن أنه يشترط لسريان الالتزامات الناشئة عن خطابات النوايا المتضمنة التزامات بعمل أو بالامتناع عن عمل في مواجهة الشركة الأم، إذن سابق من مجلس إدارة الشركة قبل إصدار الخطاب، وتطبق بعض الاشتراطات الأخرى الخاصة بالكفالات والضمانات في هذا المجال، لا سيما الاشتراط الخاص بضرورة تدوين خطابات النوايا في ملاحق الميزانية السنوية للشركة³.

ولكن ما هو الجزاء المترتب على تخلف إذن مجلس الإدارة؟ وهل يفقد الدائن حق الرجوع ضد الشركة الأم وضد المدير أو رئيس مجلس الإدارة الذي أصدر الخطاب باسم الشركة.

ب جزاء تخلف الإذن أو عدم صحته:

إذا لم يكن المدير أو رئيس مجلس الإدارة الذي أصدر خطاب النوايا باسم الشركة قد حصل على إذن من مجلس الإدارة، فإنه في ظل قانون 1966 الفرنسي (المادة 98 المذكور أعلاه)، لم يكن من الممكن الاحتجاج بالكفالات والضمانات الاحتياطية في مواجهة الشركة⁴، ونفس الحل أخذ به قانون التجارة الفرنسي بموجب نص المادة 35 225، وينطبق هذا الأمر أيضا على خطابات النوايا. وحتى

لم يكتب النجاح للاتجاه الأول سواء في الفقه أو في القضاء، حيث يذهب الفقه وبشايعة القضاء إلى إمكانية تطبيق نص المادة 98 الذي يشترط سبق الحصول على إذن مجلس الإدارة قبل إصدار الخطاب.

بيد أن فريقا من الفقه الفرنسي، وتؤيده بعض أحكام القضاء، يذهب إلى اشتراط الإذن في حالة الالتزام الناشئ عن الخطاب، وبالتالي لا يشترط الإذن إذا كان الالتزام الناشئ عن الخطاب لا يشكل إلا مجرد التزام بوسيلة أو ببذل عناية، وكذلك لا يشترط إلحاق الخطاب بميزانية الشركة الأم¹.

الاتجاه الثالث: يذهب الرأي الراجح في الفقه الفرنسي إلى ضرورة إخضاع كل خطابات النوايا التي ينتج عنها التزامات بعمل أو بالامتناع عن عمل، في مجال الائتمان لحكم المادة 35 225 الفقرة 4، حيث يشترط لسريانها في مواجهة الشركة سبق الحصول على إذن مجلس الإدارة بصرف النظر عن طبيعة الالتزامات الناشئة عنها، سواء أكانت تشكل التزامات بنتيجة أم أنها لا تعدو أن تكون التزامات بوسيلة.

ويخلص أنصار هذا الاتجاه السائد في الفقه الفرنسي، إلى ضرورة تطبيق نص المادة 35 225 الفقرة 4 في كل حالة ينشأ فيها عن الخطاب التزام قانوني بما في ذلك الالتزام بعمل أو بالامتناع عن عمل، وأيا كانت صفة الالتزام الناشئ عن الخطاب¹.

أنظر: مصطفى أحمد عبد الجواد، المرجع السابق، ص164.

¹-Philippe Merle, Droit commercial(sociétés commerciales), 13.Ed, Dalloz-2009-France, p.458.

²-Maurice Cauzian et autres, manuel droit des sociétés, op. cit, p. 682.

³-Dominique Légeais, Garanties, lettre d'intention, lettre donnant naissance à une obligation de résultat, RTD.com, 2010, p.773.

⁴ Claude. Champaud, Didier Danet, (note) lettre d'intention, Nécessité d'une autorisation du conseil d'administration. Faute du promettant, indemnisation du bénéficiaire (CA. Paris, 1^o Ch.B. 16 oct.1998, banque. Worms c/sté Financière de participation industrielle, RTD com1999, p.120.

الفصل الثاني النظام القانوني لخطابات النوايا

بالنسبة للشركة المساهمة المزودة بمجلس مديرين، حيث يعود لمجلس المراقبة الإذن بإعطاء الكفالات والضمانات، إلا أن تكون الشركة مستثمرة مؤسّسة مصرفية أو مالية (المادة 225 68، الفقرة 2 من قانون التجارة- قانون 1966، المادة 128، الفقرة 2 مرسوم 1967، المادة 113)¹، ومن ثم جاز للشركة الأم أن تتمسك بتطبيق هذا الجزاء في مواجهة البنك الدائن للفرع لكي تتخلص من دعوى المسؤولية².

و ذهب القضاء الفرنسي إلى تطبيق هذا الجزاء في حالات كثيرة وأعفى الشركة الأم من دفع التعويض المتمثل في سداد الدين أو ما تبقى منه للبنك الدائن استنادا إلى عدم حصول مدير الشركة على إذن سابق من مجلس الإدارة قبل إصدار الخطاب.

فكان هذا الجزاء يطبق أيضا في حالة عدم صحة الإذن أو تجاوز المدير لحدود الإذن أيضا لأن عدم صحة الإذن أو التجاوز بمثابة تخلف الإذن.

و انتقد بعض الفقهاء في فرنسا نوعية الجزاء المنصوص عليه في المادة 98 من قانون 1966 فقرة 4، (حاليا المادة 225 35 من قانون التجارة الفرنسي) الذي برأيهم لم يكن يتفق مع الحقيقة وأنه كان من الأفضل أن يكون الجزاء هو البطلان، لأن تخلف الإذن يعني تخلف رضا الشركة الأم الذي صدر الخطاب باسمها، في حين ذهب البعض إلى تأييد الجزاء المنصوص عليه في المادة 98 السالفة الذكر، غير أن محكمة النقض الفرنسية فصلت فيه بصراحة وقضت بعدم جواز الاحتجاج في مواجهة الشركة بالخطاب أو الضمان الصادر عن رئيس مجلس الإدارة دون إذن صريح من هذا الأخير³. وتجدر الملاحظة أن المشرع الجزائري يرتب على تخلف الإذن في حالة إصدار الرئيس لكفالات أو ضمانات باسم الشركة البطلان المطلق لمخالفة قاعدة أمره بصريح نص المادة 628/3 من ق.ت.ج⁴ وهذا بخلاف المشرع الفرنسي.

و رغم أنه لا يجوز للشركة ولا للشركاء التمسك بالبطلان في مواجهة الغير حسن النية، إلا أن الرأي منعقد على أنه لا يجوز للدائن أن يستند إلى نظرية الوكالة الظاهرة لتبرير عدم علمه بتخلف الإذن

¹ ميشال جرمان، المطول في القانون التجاري (الشركات التجارية)، المرجع السابق، ص. 641.

² Raymond Bailod, les lettres d'intention, op.cit, p.548.

³ Le défaut d'autorisation. A défaut d'autorisation par le conseil d'administration. La caution donnée par le PDG ou le directeur général exède ses pouvoirs légaux et ne peut engager la société. La jurisprudence a hésité entre la nullité et l'inopposabilité jusqu'à ce que la cour de cassation opte pour l'inopposabilité, conformément à la lettre des textes. (Cass.com.11 juillet 1988, Bull july 1988, p.666, note le Cannu, sur une critique sur l'inopposabilité, Micha Goudet, JCP1998, éd., p.840.). La cour de cassation a confirmé cette option à plusieurs reprises (cass.com.8 déc. 1998, RTD Com, 1999, p.445, note Petit et Reinhard : Cass.com.24 mars 2004, RJDA2004, n846, Banque et droit juillet-aout2004, obs.Rontchevsky). voir : Jean -Pierre Casimir, Michel Germain, dirigeant des sociétés, op.cit, p.151.

⁴ المادة 628/3 ق.ت.ج: "... يحظر تحت طائلة البطلان المطلق على القائمين بإدارة الشركة أن يعقدوا على أي وجه من الوجوه قروضا لدى

الشركة أو أن يحصلوا منها على فتح حساب جاري لهم على المكشوف أو بطريقة أخرى، كما يحظر عليهم أن يجعلوا منها كفيلا أو ضامنا احتياطيا لالتزاماتهم تجاه الغير وعلى مندوبي الحسابات أن يقدموا للجمعية العامة تقريرا خاصا عن الاتفاقيات التي رخص بها المجلس".

أو عدم صحته، إذ كان يجب على هذا الدائن التحقق من صدور إذن مجلس الإدارة والتأكد من أن المدير يتصرف في حدود الإذن¹.

وهذا التنظيم مطبّق حتى عندما تتوخّى الشركة الأم كفالة ديون الفرع، أو عندما يكفل الفرع ديون شركة أخرى من الجماعة نفسها، حتى مع موافقة الشركة الأم².

و لمعرفة ما إذا كان الخطاب قد صدر عن مدير الشركة بصفته ممثلاً لها، أم أنه صدر عن المدير بصفته الشخصية، ذهبت محكمة فرساي إلى أنه يجب في حالة النزاع، فحص محتوى الخطاب لمعرفة قصد أطرافه³.

و إذا تمسكت الشركة الأم بعدم جواز الاحتجاج ضدها بالالتزام الوارد بالخطاب لتخلف إذن مجلس الإدارة على النحو السابق، فهل يحرم الدائن من التعويض مطلقاً في حالة الإخلال بالالتزام؟

مما لا شكّ فيه أن مسؤولية المدير الشخصية كانت تطرح على بساط البحث في هذه الحالة، وكان الرأي يجمع على أن المدير يعدّ مخطئاً ويلزم بتعويض الدائن على أساس قواعد المسؤولية التقصيرية بشرط إثبات خطأ شخصي ينسب إليه، وأن يكون هذا الخطأ واضحاً ومستقلاً عن الخطأ في التسيير وكذا إثبات الضرر وعلاقة السببية⁴.

وقد ذهبت محكمة النقض الفرنسية إلى أن هذه المسؤولية من طبيعة خاصة تختلف عن المسؤوليتين العقدية والتقصيرية⁵، ويتحدد الخطأ فيها بإحدى الصور الثلاث المحددة على سبيل الحصر استناداً إلى المادتين 52، 244 من قانون 1966/07/24 وهي: مخالفة القوانين المنظمة للشركات أو مخالفة اللوائح أو الخطأ في الإدارة أو التسيير، وأن الخطأ يجب أن يثبت ضدّ المدير شخصياً، وأن يكون مستقلاً عن إبرام العقد وتنفيذه .

¹ Philippe Merle, droit commercial(sociétés commerciales), op.cit, p.459.

² ميشال جرمان، المطول في القانون التجاري، (الشركات التجارية) ، ترجمة منصور القاضي وسليم حداد، ج1، مجلد2، ط1 ، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت2007، ص.604.

³ -Trib. de Versailles :5-5-1988 , JCP. Éd.G 1988, 11, 21112, obs. pierre Estoup.

⁴ مصطفى أحمد عبد الجواد، خطابات النوايا الصادرة من الغير في مجال الائتمان، المرجع السابق، ص. 182.

⁵ Cass.com :28-4-1998 précité.

و في حالة تجاوز المدير نطاق السلطات الممنوحة له، ذهبت محكمة النقض الفرنسية إلى أنه لا يمكن للدائن الإدعاء بالجهل بالحدود القانونية لسلطات المدير أو رئيس مجلس الإدارة وأيد غالبية الفقهاء هذا الحل¹.

وعند ارتكاب المدير أو رئيس مجلس الإدارة خطأ يستوجب مسؤوليته وجب على الدائن رفع دعوى التعويض ضد المدير أو رئيس مجلس الإدارة خلال ثلاث سنوات وفقاً للمادة 244 من قانون 1966/07/24. وبالتالي لا تخضع الدعوى لحكم القواعد العامة في التقادم وتسري مدة التقادم الثلاثي اعتباراً من تاريخ حدوث الفعل الضار أو اكتشافه وفقاً لنص المادة 247 من قانون 1966، لا في حالة الغش.

و تطبيقاً لذلك، ذهبت محكمة باريس² إلى رفض القضاء للدائن بالتعويض ضد رئيس مجلس إدارة الشركة استناداً إلى التقادم الثلاثي المنصوص عليه في المادة 247 من قانون 1966/07/24، طالما لم يثبت الدائن أن الرئيس أو المدير قد استخدم وسائل احتيالية من شأنها أن تجعل الدائن يعتقد أن الرئيس لم يتجاوز صلاحياته، أو إذا لم يثبت أيضاً أنه قد أخفى حقيقة سلطاته³.

لقد قرّرت محكمة النقض الفرنسية، بعد اعتراف بعض الأحكام الصادرة عن قضاة الأساس بمسؤولية المدير الذي تجاوز سلطاته، أن خطأ المدير في هذا الوضع غير قابل للفصل عن وظائفه وأن مسؤوليته بالتالي غير قائمة، و يمكن تصوّر في المستقبل، أن الشركة هي التي تضطلع بعمل المدير الذي أصبح غير مسؤول تجاه الغير، ولن تكون الشركة بالتأكيد ملزمة بالضمان، غير أن الشروط التي بموجبها تم إعطاؤها يمكن أن تجعل الشركة مسؤولة تقصيرياً، ويجب التثبت من الإذن في الأشكال المقررة لمحاضر مجلس الإدارة⁴.

الفرض الثاني: مدى جواز استناد الشركة إلى الدفوع الخاصة بالكفيل. يذهب رأي في الفقه الفرنسي⁵ إلى أنه يجوز للشركة الأم أن تستند إلى الصفة التبعية لالتزامها الناشئ عن الخطاب وتمسك بالتالي بسقوط

¹ Paris.3 nov.1999, Bull. Joly2000, P.266, n54(communiqué du PV du conseil d'administration) ;Paris, 3 mars 2000, Bull Joly2000, p.697, n163, J-F Barbière.

² Paris :31-5-1989-précité-note. Vasseur.

³ مصطفى أحمد عبد الجواد، خطابات النوايا الصادرة من الغير في مجال الائتمان، المرجع السابق، ص.183.

⁴ ميشال جرمان، المطول في القانون التجاري (الشركات التجارية)، المرجع السابق، ص.604.

⁵ A l'instar des professeurs Cabrillac et Mouly, il est possible de considérer que les lettres d'intentions sont accessoires de l'opération principale, l'obligation de l'émetteur n'existant qu'en garantie de celle du débiteur principal, l'existence de l'obligation de l'émetteur est alors soumise à la règle de l'accessoire, celui-ci pouvant en conséquence soulever toutes les exceptions attachées à la dette garantie. Voir Ch. Albige, M.P. Dumant-Lefrand, op. cit, p. 196.

التزامها إذا كان دين الفرع قد سقط بمضي المدة. كما يحق لها التمسك بسقوط التزامها إذا كان التزام الفرع باطلا.

و بصفة عامة يجوز للشركة الأم أن تتمسك في مواجهة الدائن بكافة الدفوع التي كان يحق للفرع التمسك بها.

و فضلا عن ذلك، فإنه يمكن للشركة الأم مصدره الخطاب أن تتمسك بسقوط التزامها بصفة أصلية، سواء لانتهاء مدته، أو لفسخ الاتفاق المنشئ للالتزام من جانب واحد إذا كانت غير محددة المدة من جانب الشركة الأم، إذا كانت عبارات الخطاب تعطيها هذا الحق، وبناء عليه لا تسأل الشركة عن الإخلال الحادث من قبل الفرع بعد انتهاء المدة أو الفسخ.

الفرع الثاني

التعويض عن المسؤولية ومدى جواز رجوع مصدر الخطاب على المدين .

متى توافرت أركان مسؤولية الشركة الأم أو مصدرا لخطاب أيا كان ولم يكن هذا الأخير قد تمسك بسبب للإعفاء من المسؤولية أو بوسيلة من وسائل دفعها، انعقدت مسؤوليته عن تعويض الضرر الذي أصاب الدائن. ويثار التساؤل حول حق مصدر الخطاب في الرجوع على المدين لاسترداد ما دفعه من تعويض.

و هكذا يقتضي الأمر إلقاء الضوء على هاتين النقطتين.

أولا: حدود التعويض عن المسؤولية.

إذا انعقدت مسؤولية مصدر الخطاب، كان ملزما بتعويض الدائن عن الأضرار التي أصابته جراء عدم تنفيذ الالتزام أو عدم سداد الدين. ومما سبق الإشارة إليه أن التعويض يتم على أساس المسؤولية العقدية، ومن ثم يكون عن الضرر المباشر المتوقع فقط، ما عدا في حالة الخطأ الجسيم الناشئ عن المستفيد أو عن التدليس¹.

ويشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة وما فاتته من كسب، و يجوز للقاضي أن يدخل تفويت الفرصة في الاعتبار عند تقدير التعويض ويشترط لاستحقاق التعويض أن يكون الدائن قد قام باعذار المدين ما لم يقض الاتفاق بخلاف ذلك وفقا لقواعد المسؤولية العقدية .

¹ خليل فيكتور تادرس ، خطابات النوايا الصادرة من الشركات الأم لحساب أحد الفروع وقيمتها القانونية، المرجع السابق، ص. 86 .

وبخصوص مبلغ التعويض، فليس بالضرورة أن يكون مساويا لمبلغ الدين أو الجزء الذي لم يدفع منه بواسطة الفرع، وإن كان القضاء في الغالب يقضي بتعويض مساو لمبلغ الدين كاملا بما في ذلك ملحقاته¹، ومع هذا فهناك أحكام قضت بتعويض جزئي مساو للمبلغ المتبقي من الدين والذي لم يتم الفرع المدين بدفعه².

وفي هذا يختلف التعويض المقضي به في حالة المسؤولية الناشئة عن خطابات النوايا التي تتضمن التزامات قانونية بعمل أو بالامتناع عن عمل، عن حالة الكفالة التي يمكن أن تنشأ عن بعض خطابات النوايا، حيث يلتزم مصدرا لخطاب في الحالة الأخيرة بالحلول محل المدين في الوفاء بالدين أو بما تبقى منه في كل الأحوال.

و يجب ألا يتجاوز التعويض مبلغ الدين وملحقاته والذي كان يجب على المدين دفعه، في جميع الأحوال. ويستند هذا الحل إلى أن الضرر الذي أصاب الدائن يتمثل في عدم استيفاء الدين وملحقاته³، وبالتالي يجب أن يكون التعويض مساويا للضرر الحادث على الأكثر أو بالقدر الكافي لجبر الضرر⁴، وليس أزيد من مقدار الضرر، مع إدخال عنصر تقويت الفرصة في الحساب أيضا. وفي جميع الحالات يجب أن لا يكون التعويض سبيلا لإثراء الدائن على حساب مصدر الخطاب بلا سبب، ويتمتع قاضي الموضوع بسلطة تقديرية في هذا الصدد، بشرط أن يكون حكمه مبنيا على أسباب سائغة تكفي لتبريره⁵.

و يلاحظ البعض أنه في حالة التنفيذ الاختياري للالتزام الوارد بخطاب النوايا من جانب الشركة الأم، خاصة إذا كان يشكل التزاما بوسيلة، فإن الأموال التي تدعم بها ميزانية فرعها، تفيد كل دائني الفرع بما في ذلك الدائن الذي صدر خطاب النوايا لمصلحته، وذلك في حالة تصفية أموال الفرع، حيث يدخل البنك الدائن جنبا إلى جنب مع باقي الدائنين ولا يفضل عليهم وبالتالي قد يتعرض لفقد جزء كبير من دينه،

¹-Marie-pierre, BEVIERE et autres , Lamy droit de financement, op.cit, p.3913.

² Cass.Com ;17/05/2011,N09-16186.Note :Stéphana Brena, Intensité et sanction de l'obligation du souscripteur d'une lettre d'intention, Bull. Joly Entreprises en Difficultés, 01/11/2011, N05, P.323 .

³-Cass. com., 17 déc. 2002, no 00-22.094, RD bancaire et fin. 2003, p. 258, obs. Cerles A.

⁴-Cass. com., 6 mai 2003, no 00-22.045, JCP G 2003, I, n° 1985, obs. Simler

⁵-conformément au droit commun de la responsabilité, l'émetteur de la lettre d'intention devra verser des dommages – intérêts d'un montant équivalent de son obligation. Les dommages-intérêts ne seront donc pas nécessairement égaux au montant de la dette garantie. Ce ne sera le cas que si le préjudice souffert par le bénéficiaire de la lettre est égal à cette dette. Or généralement, il ne consistera qu'en la perte d'une chance que le débiteur initial ait exécuté sa dette, si l'émetteur avait respecté les engagements pris dans la lettre. En conséquence, et en théorie, le montant de réparation due pourra donc être inférieur, soit supérieur, soit égal à la dette garantie.

D'où l'importance du choix des termes employés dans une lettre d'intention car les conséquences en matière de régime applicable à l'engagement sont distinctes selon qu'il s'agit d'un cautionnement ou d'une obligation de faire qui peut la conduire à verser une somme supérieure à celle de la dette du débiteur garanti. Toutefois, en pratique, il est rarement supérieur en raison de l'article 1150 du code civil français qui limite la réparation aux dommages contractuels prévisibles, et rarement inférieur, les juridictions ayant tendance à se caler sur le montant de la dette restée impayée. Ch. Albiges et M.P. Dumont-Lefrand, op.cit, p. 198.

اللهم إلا إذا قامت الشركة الأم بدفع الدين مباشرة للبنك من تلقاء نفسها، إذ في هذه الحالة يحصل البنك على حقه كاملا بعيدا عن مزاحمة باقي دائني الفرع، وتكون الشركة الأم قد أوفت بالتزاماتها تجاه البنك فتضمن عدم رجوعه عليها¹.

و إذا قام مصدر الخطاب بدفع الدين للدائن أو بدفع المتبقي من الدين بناء على حكم صدر بإلزامه بهذا الدفع على سبيل التعويض، فهل يحق لمصدر الخطاب أن يرجع على المدين² لاسترداد ما دفعه، وعلى أي أساس³ ؟

إجابة على هذا السؤال، ذهب الفقه الفرنسي⁴ إلى أنه يمكن لمصدر الخطاب أن يرجع على المدين لاسترداد ما دفعه للدائن، وذلك استنادا إلى العلاقة العقدية إذا كان مصدر الخطاب قد أصدر الخطاب المتضمن للالتزام بناء على طلب المدين كما في حالة الكفالة، وهذا ما تقضي به صراحة المادة 2305فقرة 1 من القانون المدني الفرنسي ، أو تأسيسا على فكرة إدارة الأعمال، أو بناء على فكرة الحلول القانوني والتي لا يمكن استبعادها طالما أن الأمر يتعلّق بسداد دين شخصي في ذمة المدين، حيث يظل مدينا في نفس الوقت لمصدر الخطاب⁵.

و قد يثير مبدأ الرجوع في حدّ ذاته بعض المشكلات، خاصة إذا كان مصدر الخطاب مرتبطا به شخصيا، كرقابة فرعه، أو إعلام الدائن بالتنازل عن أسهمه، فإذا ما تم إلزام مصدر الخطاب بالتعويض لعدم قيامه بتنفيذ الالتزام المذكور، فهل يحق له الرجوع ضد المدين لاسترداد ما دفعه ؟.

¹ مصطفى أحمد عبد الجواد ، خطابات النوايا الصادرة من الغير في مجال الائتمان، المرجع السابق، ص.187.

² يقصد بالرجوع ، المطالبة القضائية، فلا يجوز للدائن أن يرفع الدعوى على المدين ، ويحصل على حكم ضده بإلزامه بالوفاء ، إذ لا يكفي إضرار الدائن للمدين ، حتى يمكنه أن يرجع بعد ذلك على الكفيل، ويترتب على ذلك أن المطالبة الودية لا تعد رجوعا بالمعنى الذي اشترطه النص ، ويستنتى من ذلك حالة ما إذا أفلس المدين ، فإنه لا يجوز للدائن أن يرجع على المدين بمعنى أن لا يتخذ أي إجراء فردي في مواجهته، وإنما عليه التقدم في التفليسة حتى يمكنه بعد ذلك أن يرجع على الكفيل وحده، ويستنتى من ذلك أيضا حالة ما إذا كان لدى الدائن سندا صالحا للتنفيذ عليه إذ أنه ليس في حاجة إلى أن يرفع دعوى على مدينه ، وإنما يكفي أن يكلف الدائن المدين بالوفاء ويعتبر هذا الإجراء في ذاته رجوعا كافيا على المدين. انظر السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، ج10، دار إحياء التراث العربي ، بيروت، لبنان ، ص .44.

³-Ch. Albiges et M.P. Dumont Lefrand, droit des sûretés, Ibid, p.198.

⁴-(v. notamment Simler Ph ; Cautionnement et garanties autonomes, Litec 3 éd. ;2000, n1027 ; Simler Ph et Delebecque Ph ; droit civil, les sûretés, la publicité foncière, Dalloz, 4 éd., 2004, n328.)L.Aynès, Lamy droit des sûretés, op.cit, p.145, pp.95.

⁵ مصطفى أحمد عبد الجواد، المرجع السابق، ص.188 .

يجيب البعض على ذلك بالإيجاب استنادا إلى أن الالتزام المذكور يشكل ضمانا، ويحق بالتالي للضامن أن يرجع على المدين لاسترداد ما دفعه للدائن، فضلا عن أن محكمة النقض الفرنسية تتيح حق الرجوع في الوقت الحالي في كل حالة يتم فيها دفع دين الغير دون أن يكون الموفي قد ألزم بذلك قضاء¹.

وذهب الأستاذ Jean Devèze بحق إلى أن حق الرجوع بعد دفع الدين يندر حدوثه بلا شك في الواقع العملي إذ لا يوجد أي حكم قضائي منشور يتعلّق بهذا الحق . أما عن حق الرجوع في حالة الكفالات المقنّعة الواردة في بعض خطابات النوايا يلتزم مصدر الخطاب الذي يتضمن كفالة مقنّعة بدفع الدين أو جزء منه للدائن، وبالنتيجة فإن حقه في الرجوع ضد المدين لاسترداد ما دفعه أمر مؤكد.

ويتم الرجوع في هذه الحالة بناء على دعوى الحلول إذا كان قد سدد الدين كله للدائن أو كان قد سدد جزءا من الدين، وفي هذه الحالة لا يجوز للكفيل أن يرجع بما وفاه إلا بعد أن يستوفي الدائن كل حقه من المدين². وبالتالي يحل الكفيل محل الدائن فيما كان له من حقوق قبل المدين، ويشمل ذلك ما للحقوق من خصائص، وما يلحقها من توابع، وما يكفلها من تأمينات، وما يرد عليها من دفع . ويكون الحلول بالقدر الذي أداه من ماله من حل محل الدائن³، وهذا ما نصت عليه المادة 671 من القانون المدني الجزائري بقولها :

"إذا وفى الكفيل الدين كان له أن يحل محل الدائن في جميع ما له من حقوق تجاه المدين ، ولكن إذا لم يوف إلا بعض الدين فلا يرجع بما وفاه إلا بعد أن يستوفي الدائن كل حقه من المدين . " وهذه الدعوى ما هي إلا تطبيق للقواعد العامة في الوفاء مع الحلول المنصوص عليها في المادة 261 من القانون المدني الجزائري إذا جاءت صريحة على أنه: "إذا قام بالوفاء شخص غير المدين، حل الموفي محل الدائن الذي استوفى حقه... " وكذلك المادة 264 من ذات القانون⁴.

كما يحق للكفيل أن يرجع على المدين بناء على دعوى شخصية⁵ و هي "دعوى الكفالة" متى توافرت شروطها⁶ ونصت عليها المادة 670 من القانون المدني الجزائري ومقابلة لنص المادة 798 مدني مصري على أنه: "يجب على الكفيل أن يخبر المدين قبل أن يقوم بالوفاء أي بوفاء الدين وإلا سقط حقه في

¹ R. Baillod, RTD Com1992, p.549.

² زاهية سي يوسف، عقد الكفالة ، المرجع السابق، ص.92 .

³ خليل فيكتور تادرس، المرجع السابق، ص 92 .

⁴ تقضي المادة 264 من القانون المدني الجزائري : " من حل محل الدائن قانونا أو اتفاقا كان له حقه بما لهذا الحق من خصائص وما يلحقه من توابع وما يكفله من تأمينات ، وما يرد عليه من دفع، ويكون هذا الحلول بالقدر الذي أداه من ماله من حل محل الدائن . "

⁵ حسني محمود عبد الدايم ، الكفالة كتأمين شخصي للحقوق ، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية 2009 ، ص . 355 . .

⁶ مصطفى عبد الجواد حجازي، عقد الكفالة في القانون المدني ، المرجع السابق، ص. 141 وما يليها .

الرجوع على المدين إذا كان قد وفى الدين أو كانت عنده وقت الاستحقاق أسباب تقضي ببطلان الدين أو انقضائه.

فإذا لم يعارض المدين في الوفاء ، بقي للكفيل الحق في الرجوع عليه ولو كان المدين قد دفع الدين أو كانت لديه أسباب تقضي ببطلانه أو انقضائه."

و تنصّ المادة 672 من القانون المدني الجزائري وتقابلها المادة 800 مدني مصري على أنه : "يكون للكفيل أن يرجع على المدين سواء كانت الكفالة قد عقدت بعلمه أو بغير علمه ."

و تكون دعوى الكفالة مقبولة في كل الأحوال متى كانت :

4 الكفالة عقدت لمصلحة المدين ودون معارضته،

2 الكفيل قد وفى بكل الدين أو بجزء منه.

3 أجل الدين قد حل بالنسبة للمدين.

4 الوفاء لا يكون قد حصل بخطأ من الكفيل¹.

هذا ويرجع الكفيل على المدين بأصل الدين والفوائد، وكذا المصروفات التي أنفقها الكفيل²، كما يجوز له المطالبة بتعويض تكميلي إذا تجاوز الضرر الذي لحقه من هذه الفوائد³.

هذا مع الإشارة إلى أن القانون الفرنسي قد أوجب على الدائن أن يسلم الكفيل وقت وفائه الدين المستندات اللازمة لاستعمال حقه في الرجوع.

¹ ملاحظة : الكفيل يمكن أن يرجع على الدائن إذا كان قد دفع بطريق الخطأ، وذلك بموجب قواعد رد ما دفع بغير حق.

المادة 143 فقرة 2 من القانون المدني الجزائري والتي تقضي بأنه : " على كل من تسلم على سبيل الوفاء ما ليس مستحقاً له وجب عليه رده."

² تنص المادة 672 سالفه الذكر في فقرتها الثانية : " غير أنه فيما يخص المصروفات لا يرجع الكفيل إلا الذي دفعه من وقت إخبار المدين الأصلي بالإجراءات التي اتخذت ضده"

³ يرجع الكفيل في الدعوى الشخصية بأصل الدين والمصروفات والفوائد وكذلك بالتعويضات، تنص على ذلك المادة 672 من القانون المدني الجزائري المقابلة لنص المادة 800 من القانون المدني المصري ، إلا أن هنالك فرقاً بين النصين ، فالنص الجزائري لم يتحدث عن الفوائد بخلاف القانون المصري ، انظر زاوية سي يوسف ، عقد الكفالة ، المرجع السابق ، ص 89 .

والواقع أن حق رجوع مصدر الخطاب على المدين يظلّ فرضاً نظرياً بحثاً في غالب الأحوال وقلماً يتحقّق في الواقع العملي، ذلك لأن إثارة مسؤولية الشركة الأم وإلزامها بالتعويض والذي قد يكون مساوياً لأصل الدين، إنما يفترض إفلاس الفرع المدين، وفي مثل هذه الحالة إن ما دفعته الشركة الأم يكون معرضاً لخطر الضياع وعدم إمكانية استرداده، ومن ثم فإن خطابات النوايا في مجال الائتمان قد تنشأ عنها مخاطر شبيهة بتلك التي تنشأ في حالتها الكفالة والضمانات الاحتياطية، وهو ما يقتضي الحرص واليقظة عند صياغة هذه الخطابات¹.

¹ مصطفى أحمد عبد الجواد، المرجع السابق، ص. 193.

خاتمة

خاتمة

يتبين من خلاصة العرض السابق أن خطابات النوايا كانت ثمرة تطور الوسائل الفنية للتعاقد و التي بلغت ذروتها خلال رده من الزمان و استقرت عند نقطة الثبات في نطاق قانون التأمينات، حيث برزت بشكل واضح على مستوى العلاقات التجارية الدولية و أصبح من الصعب تجاهلها بالرغم من طبيعتها غير الشكلية و خضوعها لمبدأ حرية التعاقد و ما يمليه سلطان الإرادة على الأطراف، لا سيما في المفاوضات التعاقدية. و نشأة الآلية كما سبق كانت بهدف الحفاظ الأطراف على أكبر قدر من الحرية في التعاقد أو في عدم التعاقد دون ترتيب أية مسؤولية على عاتقهم .

غير أن ظهور المنازعات المتكررة بشأنها، تحديدا بسبب الغموض وعدم الدقة في صياغتها دفع بالقضاء إلى التدخل شيئا فشيئا في إعادة تكييفها، حيث أكبر مثال على ذلك العقود الشرفية في علاقات الأعمال ، أصبح هدف المحاكم الفرنسية هو إعادة توصيف مثل هذه العقود والإعتراف لها بمضمون العقود الحقيقية أين أصبح من الممكن أن يكون الالتزام الناشئ عنها ذو قيمة قانونية ومن الممكن الإدعاء به. و هذا إن صح القول غير موافق لنظرية استقلال الإرادة كما تقدم شرحه عموما وفي هذا دلالة واضحة على إنتقال التفاوض على العقد من نظام "حرية مطلقة" إلى نظام "حرية مقيدة أو مراقبة". و لا يبدو ذلك غريبا لأن التشريعات التي أغفلت في فترة من الفترات المرحلة السابقة على التعاقد شعرت بضرورة التدخل من أجل تسميتها لما لها من قيمة و أثر بالنسبة لمعاملات الأفراد.

فلم يعد ينبغي التعويل على العنوان المعطى لخطابات النوايا بل أصبح الأولى في تقرير قوة الإلتزام و طبيعته بالنظر إليها هو تحليل الألفاظ و العبارات المستخدمة و يعد ذلك من أكبر التحديات التي تواجه مبدأ سلطان الإرادة .

و إذا كانت الإستخدامات الحديثة لخطابات النوايا قد تجاوزت الإطار التفاوضي إلى مجال الإلتزام و القروض من أجل اجتناب الصيغ و الأشكال الجامدة التي تميزت بها عمليات منح الضمانات و الكفالات ..الخ و بالتالي حتى تسمح لأصحابها بالإفلات من الشروط و الشكليات المتطلبة لإعطاء الضمانات سواء ما تعلق منها بصفته الشخصية أو بصفته الوظيفية، و مثال ذلك خطاب التوصية. ففي الغالب يفترض أن صاحب الخطاب سيحترم توقيعه و بصفة خاصة إذا كان صاحب شهرة و يسار.

و لكن التجربة قد دلت على أنه عندما يكون مبلغ الإلتزام كبيرا فإن الحجج المنمقة ستتغلب على النوايا الحسنة. في الحقيقة إن الأمر يتعلق بصراع مشروع لأن كل من الدائنين و المدينين أرادوا

تجنب الصيغ و الأشكال الجامدة و ما يجب توضيحه في هذا الصدد أنه لم يعد خطاب النوايا يتعلق بمجرد التزام اخلاقي غير قابل للتنفيذ الجبري ، فقد تأكدت الطبيعة القانونية لخطابات النوايا في النطاق التعاقدى من خلال العبارات و الألفاظ المستخدمة بما يتجاوز نطاق الإلتزام بالإرادة المنفردة، مما يجعل الضمان أكثر واقعية ، و أكثر من مجرد حسن سيرة و سلوك . هذا وقد تتضمن خطابات أخرى في صياغتها التزاما حقيقيا بالوفاء محل المدين الأصلي و تمثل في الحقيقة كفالات مقنعة. وهذا التنوع سببه غياب التنظيم التشريعي للألية و عدم حصرها في قالب معين .

غير أن المشرع الفرنسي بتدخله مؤخرا بتقرير إدراج خطابات النوايا ضمن خانة التأمينات الشخصية قد وضع حدا لمستقبل الآلية و ذلك باخضاعها لاجراءات الشهر و العلانية خاصة تلك المتعلقة بأحكام القانون التجاري في مواجهة الشركات التجارية ، بحيث أصبح من اللازم نشرها في ميزانية الشركة المصدرة لها بعد أن كان اللجوء إليها سببا لتفادي هذا الإجراء لإظهار الحالة الجيدة للشركة و حتى لا تضعف أصولها أو تنقص بتحريرها لهذه الورقة . أكثر من ذلك صار لا بد على المسير في الشركة أن يحصل مسبقا على إذن بإصدارها من مجلس الإدارة أو مجلس المراقبة شأنها في ذلك شأن الكفالة .

ففي خضم هذه الاجراءات و المتطلبات الشكلية ماذا بقي لخطابات النوايا من ميزات حتى يلجأ إليها المتعاملون ؟ هذا ما يوحى في الحقيقة إلى اختفاء عاجل أو أجل لهذه الآلية من ساحة التأمينات و التي تميزت ببساطتها و مرونتها و ابتعادها عن الشكلية ، و إن كان هذا الأمر لايعني بتاتا خطابات التوصية فهذه الأخيرة تعد بالأبدية .

حيث هذا لا يقدر من أهمية الموضوع بالنسبة للقانون الجزائري، فربما تظهر منازعات في المستقبل على الصعيد القضائي الجزائري بعد تزايدها في مجال التجارة الدولية و العلاقات بين الشركات التجارية في ظل السياسة التشريعية المشجعة للاستثمارات الأجنبية ، و لا يهم في هذا الصدد في نظر الباحثة تدخل المشرع لتصنيفها في مساق العقود المسماة في أحكام القانون المدني بقدر ما يهم تخصص القاضي أو رجل القانون عموما و في معرفته لما يسمى في القانون الخاص بخطابات النوايا حتى يتمكن من الجزم بطبيعتها القانونية و الآثار المترتبة عنها فيما بين الفرقاء و هي مهمة صعبة يستقل بها هذا الأخير تحت رقابة المحكمة العليا .

و في الختام تبقى تلك محاولة بسيطة لتسليط الضوء على موضوع عملي و هام برز على الساحة العملية خارج أي تنظيم تشريعي و الله سبحانه و تعالى تسأل الباحثة ، أن ينتفع بهذا البحث و أن تعم فوائده على البحوث العلمية اللاحقة، فإن كانت قد أصابت فله سبحانه و تعالى الحمد و المنة، و إن كانت الأخرى فحسبها صدق اجتهادها ، و لله الحمد من قبل و من بعد.

تم بحمد الله و فضله

قائمة المراجع

أولاً المراجع العامة:

± باللغة العربية:

- أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، الدراسات البحثية في نظرية العقد في الفقه والقضاء المصري والفرنسي، منشأة المعارف الإسكندرية جلال حزي وشركاه 2006، ص.365 .
- أحمد شرف الدين، أصول الصياغة القانونية، مطبعة أبناء وهبة 1993، ص.77 .
- بلحاج العربي، الإطار القانوني للمرحلة السابقة على إبرام العقد (دراسة مقارنة)، دار وائل للنشر بدون ذكر البلد، 2010.
- بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام، الجزء الثاني، الطبعة الرابعة، دار المطبوعات الجامعية، الجزائر 2007.
- بيار كاتالا، مشروع تمهيدي لتعديل قانون الالتزامات والتقاد في القانون المدني الفرنسي، ط1 مجد المؤسسة الجامعية للنشر والتوزيع، بيروت ، لبنان 2009.
- جاك غستان، المطول في القانون المدني (تكوين العقد)، ترجمة منصور القاضي ، ط 3، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع ، بيروت، لبنان 2008.
- جنيفي فيني ، المطول في القانون المدني (مدخل إلى المسؤولية)، إشراف جاك غستان ،ترجمة عبد الأمير إبراهيم شمس الدين ، ط1، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع بيروت -لبنان . 2011 .
- حسن علي الذنون، المبسوط في شرح القانون المدني (الضرر)، أشرف على تنقيحه أحمد سعيد الرحو ط1، دار وائل للنشر، عمان، الأردن 2006 .
- حسني المصري، اندماج الشركات وانقسامها، دار الكتب القانونية، مصر، المحلّة الكبرى، 2007.
- حسني محمود عبد الدايم ، الكفالة كتأمين شخصي للحقوق، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية 2009.
- خليل أحمد حسن قدارة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، ج1، ط 2، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005.
- رجب كريم عبد اللاه، التفاوض على العقد، دراسة تأصيلية تحليلية مقارنة، دار النهضة العربية القاهرة 2000.
- رمضان أبو السعود، التأمينات الشخصية والعينية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية 2006.
- رمضان أبو السعود، أشرف عبد العليم الرفاعي، الاختصاص القضائي الدولي، دار الكتب القانونية مصر المحلّة الكبرى 2006.
- زاهية سي يوسف، عقد الكفالة، ط 3، الأمل للنشر والطباعة والتوزيع، الجزائر 2004.

- شيرزاد عزيز سليمان، حسن النية في إبرام العقد (دراسة في ضوء القوانين الداخلية والاتفاقات الدولية) ط 1، دار دجلة، عمان، الأردن 2008 .
- صلاح الدين جمال الدين ، تنازع القوانين (دراسة مقارنة) بين الشريعة والقانون، دار الفكر الجامعي الاسكندرية 2007.
- الطيب بلولة ، قانون الشركات، ترجمة محمد بن بوزة ، منشورات بارتي، الجزائر، 2008.
- عباس العبودي، التعاقد عن طريق وسائل الاتصال الفوري وحجبتها في الإثبات المدني (دراسة مقارنة مكتبة الثقافة للنشر والتوزيع عمان 1997.
- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام ، مصادر الالتزام المجلد الأول، دار إحياء التراث العربي بيروت، د.د.
- عبد المنعم موسى إبراهيم، حسن النية في العقود (دراسة مقارنة)، منشورات زين الحقوقية، بيروت لبنان 2006.
- عدنان إبراهيم السرحان، نوري حمد خاطر، شرح القانون المدني، مصادر الحقوق الشخصية الالتزامات (دراسة مقارنة)، دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان 2008.
- علاء عزيز حميد الجبور، عقد الترخيص (دراسة مقارنة)، الدار العلمية الدولية للنشر، الأردن 2003.
- علي علي سليمان، مصادر الالتزام، دار المطبوعات الجامعية، الجزائر 2006.
- علي فيلالي، الالتزامات، الفعل المستحق للتعويض، ط 2، ج 2، موفم للنشر، الجزائر 2007.
- علي فيلالي، مقدّمة في القانون، موفم للنشر و التوزيع، الجزائر 2005 .
- ماجد مزيم، شركة الهولدينغ (في جوانبها القانونية والاقتصادية والمالية المصرفية والضرائبية) منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان 2002 .
- محمد تقيّة، الإرادة المنفردة كمصدر للالتزام، الديوان الوطني للأشغال التربوية 1992.
- محمد حسنين، الوجيز في نظرية القانون (في القانون الوضعي الجزائري)، المؤسسة الوطنية للكتاب الجزائر 1986 .
- محمد حسين منصور، العقود الدولية، بدون ذكر الطبعة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية 2006.
- مصطفى العوجي ، القانون المدني (نظرية العقد)، ج 1، ط 1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان 1995 .
- مصطفى العوجي، القانون المدني (المسؤولية المدنية)، ج 2، ط 2، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان 2004.
- مصطفى عبد الجواد حجازي، عقد الكفالة في القانون المدني، دار الكتب القانونية، مصر المحلة الكبرى 2006.

- مصطفى محمد الجمال ، السعي إلى التعاقد في القانون المقارن، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية بيروت، لبنان، 2002.
- منير محمد الجنبهي، ممدوح محمد الجنبهي، استخدام الخطابات الإلكترونية في العقود الدولية ، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية 2006.
- موحد إسعاد، القانون الدولي الخاص، الجزء الأول (قواعد التنازع)، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر 1989.
- ميشال جرمان، المطول في القانون التجاري، (الشركات التجارية)، ترجمة منصور القاضي وسليم حداد، ج1، مجلد2، ط1، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت 2007.
- نبيل إبراهيم سعد، التأمينات الشخصية التبعية وغير التبعية، دار الجامعة الجديدة للنشر، 2005.
- نبيل إبراهيم سعد، الضمانات غير المسماة، الضمانات غير المسماة، ط2، منشأة المعارف، جلال حزي وشركاه، الاسكندرية 2000.

المراجع المتخصصة:

- خليل فيكتور تادرس، خطابات النوايا الصادرة من الشركات الأم لحساب أحد الفروع وقيمتها القانونية دار النهضة العربية، القاهرة 2007.
- سمير عبد السميع الأودن، خطابات النوايا في مرحلة التفاوض على العقد، منشأة المعارف (جلال حزي وشركاه)، الاسكندرية 2005.
- مصطفى أحمد عبد الجواد، خطابات النوايا الصادرة عن الغير في مجال الائتمان، دار الفكر الجامعي الإسكندرية، 2000.

المذكرات:

- براهامي فايزة ، التزامات الأطراف في المرحلة السابقة على التعاقد ،مذكرة لنيل شهادة الماجستير تخصص قانون العقود والمسؤولية ،جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان 2008- 2009 .

المقالات و البحوث:

- إبراهيم الدسوقي أبو الليل، تعويض تفويت الفرصة، مجلة الحقوق الكويتية، ع3 ، مجلس النشر العلمي جامعة الكويت 1986 ، ص 81 .
- أحمد السعيد الزرّقد، نحو نظرية عامة لصياغة العقود (دراسة مقارنة في مدى القوة الملزمة لمستندات التعاقد) ، بحث منشور في مجلة الحقوق الكويتية، ع (2) ، مجلس النشر العلمي جامعة الكويت 2001 ص. 236 .

- أحمد عبد الكريم سلامة، النظام القانوني لمفاوضات العقود الدولية، بحث منشور في موقع الدليل الإلكتروني للقانون العربي : [Http://www.F-Law.net/law/show_thead.php?p=4400](http://www.F-Law.net/law/show_thead.php?p=4400) . ص.4، 5.
- بوخيرة حسين، مداخلة بعنوان (الإعتماد الإجاري كآلية لدعم المؤسسات الصغيرة و المتوسطة) الوطني حول عقود الأعمال و دورها في تطوير الاقتصاد الجزائري، جامعة عبد الرحمان ميرة ، بجاية ، يومس 16 17 481.
- جمال فاخر النكاس، الاتجاه الموسع للتفسير القضائي للعقود والتصرفات (دراسة في قضاء التمييز الكويتي والقانون المقارن)، مجلة الحقوق الكويتية، السنة الثالثة والعشرين ،ع(2)، مجلس النشر العلمي جامعة الكويت 1999، رقم 01، ص.17.
- جمال فاخر النكاس، العقود والاتفاقيات الممهدة للتعاقد وأهميّة التفارقة بين العقد والاتفاق في المرحلة السابقة على التعاقد، بحث منشور في مجلة الحقوق الكويتية، ع(1) ، مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت 1996، ص. 178
- شريف محمد غنّام، مدى مسؤولية الشركة الأم الأجنبية عن ديون شركتها الوليدة المصرية (دراسة في بعض جوانب الإفلاس الدولي لمجموعة الشركات المتعددة الجنسيات)، مجلة الحقوق الكويتية ، العدد 1 جامعة الكويت سنة 2003، ص. 330.
- عمر سالم محمد ، الطبيعة القانونية للمسؤولية السابقة على التعاقد، بحث منشور على الموقع : [Http://www.ao-ocademy.org/...](http://www.ao-ocademy.org/...) ، ص.22 .
- عمرو أحمد حسبو ، مراجعة عادل الطبطبائي، التطور الحديث لعقود ابرام المرافق العامة طبقا لنظام B.O.T (دراسة مقارنة)، مجلة الحقوق الكويتية، ع(3)، مجلس النشر العلمي، الكويت 2002، ص.399 .
- عيبوط محند و اعلي، مداخلة بعنوان خصوصية عقود الأعمال الدولية في القانون الجزائري ملتقى وطني حول عقود الأعمال و دورها في تطوير الاقتصاد الجزائري، جامعة عبد الرحمان ميرة - بجاية يومي 16 17 2012 390.
- محمد عبد الظاهر حسين، الجوانب القانونية للمرحلة السابقة على التعاقد ، مجلة الحقوق الكويتية ع(2) مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت 1998، ص. 733.

المحاضرات:

- بموسات عبد الوهّاب ، التجمعات، محاضرات أقيمت على طلبية الماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان. 2011 .

القواميس:

- حنّا غالب ، كنز اللغة العربية (موسوعة في المترادفات والأضداد والتعابير)، معجم المعاني الشامل للألفاظ التي تصاغ بها تلك المعاني مرتبة حسب مفهومها وفكرتها والتداعي الذهني الذي يرافقها، ط1، مكتبة لبنان ناشرون، بيروت، لبنان 2003 .

القوانين:

أ- القوانين الداخلية:

- الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق ل26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني المعدل و المتمم.
- الأمر رقم 59/75 المؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق ل27 سبتمبر 1975 والمتضمن القانون التجاري المعدل و المتمم.
- الأمر رقم 156/66 المؤرخ في 18 يوليو 1966 المتضمن قانون العقوبات المعدل و المتمم.
- ¹ الأمر رقم 03/01 المؤرخ في أول جمادى الثانية عام 1422 الموافق ل20 غشت سنة 2001 المتعلق بتطوير بالاستثمار (المعدل و المتمم).
- الأمر رقم 06/03 الصادر في 19 يوليو 2003 المتعلق بحقوق المؤلف و الحقوق المجاورة.
- الأمر رقم 07/03 المؤرخ في 19 يوليو 2003 المتعلق ببراءات الاختراع.
- الأمر رقم 02/04 المؤرخ في 23/06/2004 المتعلق بالممارسات التجارية.
- قانون النقد و القرض الصادر في 26/08/2003 المعدل و المتمم في 2010.

ب- القوانين الأجنبية:

- القانون المدني المصري لسنة 1949
- القانون المدني الألماني لسنة 1900 (GBG)
- القانون المدني السويسري لسنة 1907 .
- القانون المدني اليوناني
- القانون المدني الإيطالي لسنة 1942
- القانون المدني الإنجليزي
- القانون المدني الأمريكي

Les ouvrages généraux :

- Christophe Albiges, Marie –Pierre Dument- Lefrand, Droit des sûretés, 2^{ème} édition, Dalloz, 2009.
- Jean Baptiste Auroux, Audilio Gonzales Aguilar, Romain Perray, Lamy droit de l’informatique et des réseaux, wolters Kluwer, France2008.
- Laurent Aynès et autres, Lamy Droit des sûretés, collection Lamy droit civil – Wolters Kluwer France –Mars 2009.
- Laurent Aynès, Pierre Crocq, Les sûretés - La publicité foncière, 4 Ed, Defrenois Lextenso 2009.
- Marie-pierre BEVIERE et autres, Lamy droit de financement, Wolters Kluwer –France-2010.
- Bernard Beignier, l’honneur et le droit, LGDJ, 1995.
- Jérôme Bonnard, droit des sociétés.7 Ed, Hachette supérieur, France2010.
- Philippe Bourmaleaux et autres, formulaire commenté droit des affaires, Wolters Kluwer -france2009.
- Maurice Cozian, Alain Viander, Florence Deboissy, Manuel de droit des sociétés ,22^{ème} Ed, Lexisnexis, Litec, Paris 2010.
- Jean –Pierre Casimir, Michel Germain, Dirigeants de sociétés, Groupes Revues Fiduciaire-France 2007.
- Bruno Dondero, Droit des sociétés, Dalloz, France 2009.
- Bertrand. Fages et autres, Lamy droit du contrat, Wolters Kluwer France 2009.
- Jérôme François, Les sûretés personnelles, Tome 7, Economica, 2004.
- Dominique Legeais, sûretés et garanties du crédit, 7 Ed, L.G.D.L- LExtenso 2009.
- Philippe. le Tourneau et autres, Droit de la responsabilité et des contrats, 7^{ème} Ed, Dalloz, 2008.
- Michel Lelart, le système monétaire international, 6 Ed, La découverte, Paris 2006.
- Véronique Magnier, Droit des sociétés, Ed. Dalloz-2002, p.267.
- Philippe Merle, Droit commercial (sociétés commerciales), 13.Ed, Dalloz-France-2009.
- Jacques Mestre et autres, Lamy sociétés commercial, wolters Kluwer, france2011.
- Jean Marc Mousseron, Technique contractuelle, Francis Lefebvre-Edition, paris 1988.
- David Ruzié, droit international Public, 14 éd. Dalloz 1999, p.15.
- Philippe Simler, Cautionnement et garanties autonomes, 2 Ed, Litec-Paris 99.
- PH. Simler, peut –on substituer la promesse de porte-fort à certaines lettres d’intention :
- François Xavier Testu, contrats d’affaires, Dalloz 2010

Les ouvrages spéciaux :

- X. Barré, La lettre d’intention, technique contractuelle et pratique bancaire, Economica, 1995.

Les thèses :

- Bemoussat Abdelouahab, Le contrat de produit en main – Contribution à l’étude d’une technique juridique pour l’industrialisation de l’Algérie, Thèse de Doctorat, Université de Rennes I, France, 1988.

Les articles :

- Alexis ALBARIAN, de l'impératif de liberté précontractuelle dans le contentieux de la rupture des pourparlers précontractuels, RDAI, N3, 2010, p.252 et s.
- G.ALPA, Le contrat individuel et sa définition, RID comp, n 2, avril-juin 1988, p.337.
- Jean-André Albertini, les mots qui vous engagent..., Recueil Dalloz 2004, p.230.
- Jean –Jacques Ansault, de la distinction entre un cautionnement et une lettre d'intention, RLDC 2011,n 88, p.49.
- Annie Bac, La lettre d'intention ou le dilemme liberté /sécurité, rev. Dr. & patr. , 1999, dossier n° 67.
- Raymond Baillod, Les lettres d'intentions, RTD Com. 1992, p. 547.
- J.F. Barbièrie, Forme et preuve de l'autorisation d'un cautionnement par le conseil d'administration d'une SA : la retranscription du procès- verbal d'autorisation sur le registre spécial n'est pas nécessaire à la validité de la garantie, Bull. Joly Sociétés, 1juin 2001 n6, p.608.
- J.F. Barbièrie, Encore la lettre d'intention et sa cohorte de difficulté : en l'occurrence, la qualification de la garantie et la preuve de l'autorisation, Bull. Joly .Sociétés, 01mars 2005, n°3, p. 366.
- Jean François Barbièri, note : lettre de confort dites « d'intention » : variations de terminologie et d'intensité, Bull Joly sociétés, nov 2005, n11, p.1227.
- Jean- Pierre Bertrel, Les lettres d'intentions, rev .de banque N 465, p.895
- Cédric Bernat, Des promesses équivoques, les lettres d'intention, filed Under : droit des sûretés, in : cedricbernat@19-16.
- Bernard Beignier, La conduite des négociations, RTD com, 1998, p.463.
- Stéphana Brena, Intensité et sanction de l'obligation du souscripteur d'une lettre d'intention, Bull. Joly Entreprises en Difficultés, 01/11/2011, N05, P.323.
- Patrick Blanchard, offre et acceptation dans la négociation du contrat international (Réflexions comparative, RDAI, N01, 2008, p.5.
- Michel Cabrillac, Etablissement du crédit :(Paris 1^{er} ch. A., 13 janv. 1998, *Spie Batignolles et autres c/ C^{ie} du BTP*), RTD Com. 1998 p. 390.
- Annes Cytermann, R. C .D. I. P, Ed. 1993, p.692
- Claude. Champaud, Didier Danet, (note) lettre d'intention, Nécessité d'une autorisation du conseil d'administration. Faute du promettant, indemnisation du bénéficiaire (CA. Paris, 1^{er} Ch.B. 16 oct.1998, banque. Worms c/sté Financière de participation industrielle, RTD com1999, p.120..
- Bruno Dondro, Réflexions sur les mécanismes d'autorisation des sûretés et garanties par les sociétés anonymes, Recueil Dalloz 2004, p. 406
- Bruno Dondero, la valeur d'une lettre d'intention, Recueil Dalloz 2011, p.284.
- Jean Devèze, Aux frontières du cautionnement : lettres d'intention et garanties indépendantes, JCP E-1992, chrn, p.29.
- Philippe Dupichaut, l'efficacité économique de droit des sûretés personnelles, LPA, 14 avril 2010, n74, p.3.
- Aurélie DUFFY, La constitutionnalisation de la liberté contractuelle, RDP, 20 juin 2006, n 6, p.15-69.
- Bénédicte Fauvarque- Cosson, l'estoppel, concept étrange et pénétrant, RDC, 01 octobre 2006, N 04, p.1279.

-
- Dorothee Gallois-Cochet, Garanties autonomes et lettres d'intention, RLDA, Wolters Kluwer, France (mars) 2007, N7, p.68.
 - Anja HUBER, Laurence NICOLAS-VULLIERME, l'accord des volontés dans le contrat de vente internationale : CVIM, codes civils Français et Allemand et code de commerce des Etats-Unis, RDAI, n6, 2005, p.820.
 - V.Heuzé, la formation du contrat selon la CVIM : Quelques difficultés, RDAI, n3/4, 2001, p.280.
 - Jérôme Huet, les contrats commerciaux internationaux et les nouveaux principes d'unidroit – une nouvelle Lex Mercatoria, LPA, 10 novembre 1995, n 35, p.8.
 - S .Jambart, Les lettres d'intentions sont –elles mortes ?, Bull. Joly sociétés, 01juin2007, n° 6, p. 669.
 - Xavier Lagarde, Rupture des pourparlers : la période précontractuelle donne peu de droits ., Bull. Joly sociétés, 01 mai 2009, n 05, p.477.
 - Marie Lamoureux, Les déclarations d'intention en droit privé, RLDC du 01/04/2008, n 48, p.10.
 - Jean Michel et Anker Sorensen, Points-Clés de la négociation et de la rédaction de la lettre d'intention, JCP E semaine juridique, Ed. Entreprise 2002, p.1184.
 - Jean –Marc Loncle et Jean-Yves Trochon, la phase des pourparlers dans les contrats internationaux, RDAI/N1, 1997, p.13.
 - Paul Le Cannu, les lettres d'intentions conquises par le code civil, RTD Com.2006, p. 421.
 - Laurent Leveneur, la liberté contractuelle en droit privé : les notions de base (autonomie de la volonté, liberté contractuelle, capacité...), AJDA 1998, p.676.
 - Dominique Legeais, Garanties, lettre d'intention, lettre donnant naissance à une obligation de résultat, RTD.com, 2010, p.773.
 - Denis Mazeaud, la bonne foi : en arrière toute ? , Recueil Dalloz 2006, p. 761.
 - Michel Menjuq, Convention de Bruxelles du 27/09/1968 et lieu d'exécution d'une lettre d'intention, Bull. Joly sociétés, 01/05/2001, n° 5, P.516.
 - Ch. Meyer, Les lettres d'intention, Droit des sociétés, juris-classeur édition, mars 2000, p. 6.
 - Jacques Mestre, la période précontractuelle et la formation du contrat (le style qui parle de cette communication a été conservé), LPA, 05 mai 2000 n 90, p.07.
 - Jacques Mestre, de quelques protocoles., RTD Civ. 1999, p.831.
 - B. Monacier, lettres d'intentions de l'engagement d'honneur au cautionnement déguisé (lettre d'intention: présentation), dossier n° 67, rev. droit et patrimoine, 1999, p. 45.
 - Michel Montanier, la lettre d'intention, Rapp.C.Cass.1987, p. 74.
 - R. MONZER, Les effets de la mondialisation sur la responsabilité précontractuelle, régime juridique romano germaniques et anglo-saxons, RID comp, n 3/2007 .p.538.
 - Pierre. Mousseron, conduites des négociations contractuelles et responsabilité civile délictuelle, RTD .Com. 1998 p. 243.
 - Ibrahim Najjar, l'accord de principe, recueil Dalloz, p.57.
 - Ibrahim Najjar, (note) : Pour prouver la faute du défaut du débiteur d'une obligation de faire (lettre d'intention), la nature et le contenu de l'obligation doivent être établis, Recueil Dalloz, P.53.
 - Ibrahim Najjar, l'autonomie de la lettre de confort, Dalloz-1989, chron. p.220.
 - Deshayes Olivier, Les frais de négociations constituent-ils un préjudice réparable après la rupture fautive des pourparlers ?, l'essentiel du Droit des contrats ,01 mars 2011, n3, p.5.

- B. Oppetit, « L'engagement d'honneur », D.1979, p.107.
- Cathy Pomart, La lettre d'intention après l'ordonnance du 23 mars 2006 relative aux sûretés, LPA, 27 mars 2008, n° 63, p. 20.
- Didier Poracchia, Lettre d'intention –obligation de résultat,(jurisprudence et législation ,Rev. Dr. & patr. , 2002, p.107
- Philippe Puech, Xavier Vamparys, Quelques éléments sur les clauses d'exclusivités dans les accords préliminaires de cession de droits sociaux, Bull Joly. sociétés, 01 décembre 2008, N 12, p.1040.
- Sébastien Praicheux, sûretés financières, Répertoire de droit des sociétés, Dalloz 2011.p .110
- Stéphane Prigent, La réforme du droit des sûretés, une avancée sur la voie de la modernisation, étude de l'ordonnance n° 2006-346, AJDI 2006, p. 346.
- Yannik. Piette, mystères et paradoxes des lettres de confort, Bull .Joly 2003, p.528.
- Guy. Robin, le principe de la bonne foi dans les contrats internationaux, RDAI/IBLJ, N06, 2005, p.705.
- Eid. Rawach, la portée des clauses tendent à exclure le rôle des documents précontractuels dans l'interprétation du contrat, Recueil Dalloz 2001, p.223.
- Jean Michel Reversac, Anker Sorensen, Cession d'entreprise: points clés de la négociation et de la rédaction de la lettre d'intention, JCP(E) semaine juridique, Edition Entreprise, 2002, p. 1184.
- Isabelle RIASSETTO, Le porte-fort d'exécution, une garantie à la recherche de son caractère, RLDC, 01/01/2006. N 26, p. 44.
- Nicolas Rontchevsky, Réforme du droit des sûretés par l'ordonnance n° 2006-346, dispositions relatives aux sûretés personnelles, Recueil Dalloz 2006, p. 1303.
- Bertrand Saint –Alary, Crédits et Sûretés, Sources et Droit Privé général « jurisprudence », Rev. Dr. & Patr. , 1999 N74, p.33.
- Joanna. Schmidt. La Sanction de la faute pré- contractuelle, RTD.civ, 1974, p.46 et s.
- Joanna Schmidt, la période précontractuelle en droit français, R.I.D.C, N2, avril-juin1990, p.547.
- Johanna Schmidt, les lettres d'intentions, RDAI, N3/4, 2002, p.257.
- Jean Stoufflet, la reconnaissance par l'ordonnance du 23 mars 2006 de deux types de garanties issues de la pratique : la garantie autonome et la lettre d'intention. Rev.des sociétés 2006, p.473.
- Jacques Terray, la lettres de confort, Rev.Banque1980, p.329.
- Martina SUCHANKOVA, Les principes d'unidroit et la responsabilité précontractuelle en cas d'échec des négociations, RDAI, n6, 1997, p.691.
- Laurent Vandomme, la négociation des contrats internationaux, RDAI, N5, 2003, p.492.
- Nancy. Vignal, L'attraction de l'engagement d'honneur dans le giron de droit: la morale des affaires a son honneur, art. n° 40, publié le 01/07/2007, RLDC, version cédérom, wolters Kluwer France 2009.p.04.

Juris-classeur :

- Juris-Classeur Contrats - Distribution, Fasc. 1820 : INGÉNIERIE ET TRANSFERTS DE MAÎTRISE INDUSTRIELLE. – Conception, I. - Élaboration du contrat, B. - Aboutissement des négociations, 1° Contrats préparatoires, Document 9 sur 18 .:
- [ttp : w.w.w.lexisnexis.com.ezproxy.univ-perp.fr/fr/droit/delivery/pr...](http://w.w.w.lexisnexis.com.ezproxy.univ-perp.fr/fr/droit/delivery/pr...)

-
- Juris Classeur Notarial Formulaire > V° Sociétés > Fasc. C-84 : DROIT GÉNÉRAL DES SOCIÉTÉS. – Sociétés et garanties personnelles. – Garantie à première demande et lettres d'intention. – Commentaires > II. - Lettre d'intention.

Cote : 04,2007, valable sur le site internet :

<http://www.lexisnexis.com.ezproxy.univ-perp.fr/fr/droit/delivery/pr..>

Les dictionnaires :

- Jean–Pierre Scarano, dictionnaire de droit des obligations ,Ellipses Edition, 1999.

Les textes législatifs :

- Le code civil français du 1804.
- L'ordonnance n 2006-346 du 23 mars 2006 concernant la réforme de droit des les sûretés.
- La loi n 66-537 du 24 juillet 1966. Sur les sociétés commerciales telle que modifiée notamment par la loi du 1^{er} mars 1984.
- La loi du 15 mai 2001 (NRE)
- Le code de commerce français.
- Le code monétaire et financier français.
- Le code de consommation français fruit de la loi N98-657 du 29 juillet 1998.

Les conventions internationales :

- La convention de Bretton –Wood du juillet 1944 sur l'adoption du Gold exchange standart.
- convention de Bruxelles du 27 septembre 1968, concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matières civile et commerciale.
- convention de Vienne concernant les ventes internationales des marchandises (CVIM).
- La convention de Rome du 19/06/1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles.
- Les Principes d'Unidroit relatifs aux contrats du commerce international, publiés en1994 par l'institut international pour l'unification du droit privé, organisation intergouvernementale indépendante dont le siège est à Rome et dont la vocation est d'étudier les moyens d'harmoniser et de coordonner le droit privé.

Thèses :

- Caterini Florence, Pre-contractual obligations in France and United-states (Comparative Analysis), LLM theses and essays , Digital Commons@University of Georgia school of law 2005, p.46.

Articles :

- Gabriele Capecchi, Nature and enforceability of a letter of intent Under Italian Law (Nature et applicabilité de la lettre d'intention en droit Italien), IBLJ, N2, 2004, p. 156.
- Amin Dawes, Damages Under CISG and Unidroit Principles, journal of law, Academic publication council, Kuwait university1999, p.11.
- Filip DELY , Law and practice of drafting international contracts(la pratique de la rédaction des contrats internationaux), IBLJ, N3/4 , 2002 , p.461.
- Mariana Fantelli Stellini -Manuel Borla, letters of intent and other precontractual agreements, A vailable on internet at :
- [Http :www.bmalegal. ch/.../download.php?...letters/20%...](http://www.bmalegal.ch/.../download.php?...letters/20%...)
- Michael Furmston, Letters of intent, valable sur le site internet : WWW.chynasympium.com, p.2

الفهرس

الفهرس

1	مقدمة
8	الفصل الأول
8	الطبيعة القانونية لخطابات النوايا
9	المبحث الأول
9	خطابات النوايا الصادرة عن أطراف التفاوض على العقد المنشود
11	المطلب الأول
11	معطيات وأبعاد خطابات النوايا في نطاق التفاوض على العقد المنشود
11	الفرع الأول
11	مضمون الفكرة وجوهرها
15	الفرع الثاني
15	وضع خطابات النوايا من المفاهيم القريبة منها
29	الفرع الثالث
29	تطبيقات حول خطابات النوايا وحدودها
33	المطلب الثاني
33	حكم خطابات النوايا في التشريعات المقارنة
33	الفرع الأول
33	حكم خطابات النوايا في التشريع الإنجليزي
35	الفرع الثاني
35	حكم خطابات النوايا في التشريع الفرنسي
39	الفرع الثالث
39	حكم خطابات النوايا في التشريع الجزائري
41	المطلب الثالث

41	مسألة التكييف القانوني لخطابات النوايا.
41	الفرع الأول
41	خطابات تنطوي على مجرد الإعلان عن نوايا ليس لها قيمة قانونية(خطابات إستعلامات خطابات الدعوة إلى التفاوض أو التفاوض)
46	الفرع الثاني
46	خطابات تنطوي على نية الإلتزام الفعلي بالتفاوض (اتفاقات مبدئية)
50	الفرع الثالث
50	خطابات تنطوي على تصور لمشروع العقد النهائي(معلقا على إستيفاء بعض الشروط أو حدوث أمر معين غالبا إتفاقات مرحلية)
58	الفرع الرابع
58	خطابات تنطوي على تأكيد إنعقاد العقد وعلى نفاذه الفوري بصفة نهائية
60	المبحث الثاني
60	خطابات النوايا الصادرة عن الغير في مجال الائتمان
62	المطلب الأول
62	تأصيل خطابات النوايا (خطابات الثقة) في مجال الائتمان
63	الفرع الأول
63	خطابات النوايا أو الثقة مصطلح وافد في التشريع الفرنسي
74	الفرع الثاني
74	الآلية غير متداولة في التشريع الجزائري
78	المطلب الثاني
78	تمييز خطابات النوايا عن غيرها من الأنظمة المشابهة
79	الفرع الأول
79	وضع خطابات الثقة من الاشتراط لمصلحة الغير la stipulation pour autrui
81	الفرع الثاني

81	وضع خطابات النّوايا من التّعهد عن الغير
84	الفرع الثالث
84	وضع خطابات النّوايا من الكفالة
87	الفرع الرابع
87	الخلط الدّارج بين خطابات النّوايا وخطابات الثّقة
89	المطلب الثالث
89	تكييف خطابات الثّقة حسب طبيعة الالتزام الناشئ بها
90	الفرع الأول
90	خطابات النّوايا الأدبية (خطابات التوصية)
98	الفرع الثاني
98	خطابات النّوايا المتضمّنة التزاما ببذل عناية (خطابات التّعهد بأعمال داعمة للمدين)
105	الفرع الثالث
105	خطابات النوايا المتضمّنة التزاما بتحقيق نتيجة (خطابات الضمان)
113	الفرع الرابع
113	خطابات التّعهد بالوفاء عن المدين (خطابات نوايا في شكل كفالات مستترة)
121	الفصل الثاني
121	النظام القانوني لخطابات النوايا
121	المبحث الأول
121	النّظام القانوني لخطابات النّوايا الصّادرة عن أطراف التّفاوض
122	القيود الواردة على نفاذ خطابات النّوايا في مواجهة أطراف التّفاوض
122	الفرع الأول
122	أهليّة التّوقيع على خطاب النوايا و صحته

124	الفرع الثاني
124	القانون الواجب التطبيق على خطابات النوايا
127	الفرع الثالث
127	التزامات أطراف التفاوض الثابتة في خطابات النوايا
140	المطلب الثاني
140	النظام القانوني للمسؤولية المدنية عن الإخلال بخطابات النوايا
150	الفرع الأول
150	المسؤولية التقصيرية كجزاء على الإخلال بمبدأ حسن النية في التفاوض
155	الفرع الثاني
155	المسؤولية العقدية كجزاء عن الإخلال باتفاق التفاوض
161	الفرع الثالث
161	مسألة الخيرة بين المسؤوليتين
164	المطلب الثالث
164	آثار المسؤولية الناتجة عن الإخلال بخطابات النوايا
165	الفرع الأول
165	التنفيذ العيني الجبري
167	الفرع الثاني
167	التنفيذ بطريق التعويض أو التنفيذ بمقابل
175	المبحث الرابع
175	النظام القانوني لخطابات النوايا الصادرة عن الغير في مجال الائتمان
175	المطلب الأول
175	فاعلية خطابات النوايا
176	الفرع الأول

176	الشروط المتعلقة بصحة خطابات النوايا
180	الفرع الثاني
180	القانون الواجب التطبيق على خطابات النوايا
183	الفرع الثالث
183	الالتزامات الملقاة على عاتق أطراف الالتزام الثابت في خطاب النوايا
186	المطلب الثاني
186	النظام القانوني للمسؤولية الناشئة عن الإخلال بخطابات النوايا في مجال الائتمان
186	الفرع الأول
186	النظام القانوني للمسؤولية الناشئة عن خطابات التوصية
190	الفرع الثاني
190	النظام القانوني للمسؤولية الناشئة عن الإخلال بالخطابات المتضمنة التزامات قانونية بعمل
190	(أو بالامتناع عن عمل)
201	المطلب الثالث
201	آثار المسؤولية المدنية عن الإخلال بخطابات النوايا
202	الفرع الأول
202	دفع المسؤولية
211	الفرع الثاني
211	التعويض عن المسؤولية ومدى جواز رجوع مصدر الخطاب على المدين
217	خاتمة
221	قائمة المراجع
232	الفهرس

ملخص:

ظهرت خطابات النوايا في العلاقات التجارية بعيدا عن أي تنظيم تشريعي ، موضعها الطبيعي كان في المفاوضات التي تتم بالمراسلة حيث اعتاد رجال الأعمال على تسميتها مجرد " خطابات نوايا" أو "عهود شرف" للإعراب عن نية الالتزام من الناحية الأخلاقية بحكم الثقة التي تفرض احترام الممثلين لحياة الأعمال لأخلاقية شديدة في الكلام المعطى تأسيسا على كلمة الشرف و السمعة التي تسود دنيا الأعمال. غير أن الاستخدامات الحديثة لها قد تجاوزت النطاق التفاوضي و تعدته إلى مجال الحصول على الائتمان و القروض البنكية من قبل الشركات التجارية و بدأت تطلق عليها تسميات أخرى كخطابات التوصية أو خطابات المساندة أو خطابات المؤازرة...الخ. في الواقع إن مظهر العبارات المستخدمة من قبل الموقع على خطاب النوايا و ما يوحي به يتنوع إلى ما لا نهاية، فقد يتجرد من كل قيمة قانونية كما و قد يبلغ أقصى درجات الالتزام كالكفالة أو يتدرج بينهما. مما قد يترتب عليه نتائج خطيرة و التي تتعارض مع طبيعته غير الشكلية و استناره في مجرد خطاب نوايا.

الكلمات المفتاحية: خطاب نوايا -تعهد شرف -اتفاق تمهيدي -تأمين شخصي -الالتزام الطبيعي -الالتزام قانوني -مسؤولية -تقصيرية-عقدية.

Résumé :

Les lettres d'intention sont apparues dans les relations commerciales loin de tout règlement législatif. Leur place naturelle relevait des négociations qui se déroulent par la correspondance puisque les hommes d'affaires se sont habitués à les nommer de « simple lettre d'intention » ou « des engagements d'honneur » pour exprimer l'intention d'engagement du côté moral selon la confiance du respect des représentants de la vie des affaires, d'une forte moralité dans le discours basé sur la parole d'honneur et du prestige qui règne dans le monde des affaires. Cependant, leurs usages modernes ont dépassé le cadre des négociations et sont passés au domaine de l'obtention de la créance et des crédits bancaires par les sociétés commerciales, d'autres dénominations leur sont données telles que « lettres de recommandation », « Lettres d'appui » ou "lettres de soutien...etc. En réalité l'aspect des expressions employées par le signataire de la lettre d'intention et ce dont elle s'inspire est diversifiée à l'infini, il se peut qu'elle soit dépourvue de toute valeur juridique comme elle pourrait atteindre le degré maximum de l'engagement tel que dans le cautionnement ou elle peut se graduer entre les deux.

Sur quoi, elle engendrait des résultats dangereux qui s'opposeraient avec sa nature informelle en se dérobant dans une simple « lettre d'intention ».

Les mots clés : lettre d'intention-engagement d'honneur-accord préliminaire-sûreté personnelle-obligation naturelle-obligation juridique -responsabilité-délictuelle-contractuelle.

Abstract :

Letters of intent in the business relations appeared far from any legislative regulation. Their natural place concerned negotiations which take place by the correspondance because the businessmen became used to name them of « simple letters of intent » or « commitments of honour » to express the intention of commitment of coast moral in relation to the confidence of the respect for the representatives of the life of the business to the strong morality in the speech on the basis of the world of honour and of the prestige which reigns in the business world . However their modern uses exceeded the bounds of the negotiations and crossed in the domain of obtaining of the debt and Bank credits by trading companie, other appellations their are given such as « letters of recommandation » or « letters of support »etc.

In reality the aspect of the expressions used by the signatory of the letter intent and what she is inspired is diversified in the infinity . IT can be deprived from any legal value as it could reach the maximum degree of the commitment such as in suretyship or it can range between the two.

On what, she engendered dangerous results which oppose with her informal nature and it's appearance as only a « letter of intent ».

Key words : Letter of intent , commitment of honour , preliminary agreement , personnel surety , natural obligation , legal obligation, responsibility, delictual, contractual.