**جامعة وهران**

**كلية الحقوق و العلوم السياسية**

**العام الجامعي: 2020 – 2021**

**محاضرات في مادة تقنية تحرير العقود لطلبة ماستر1 قانون الأعمال**

**من اعداد الأستاذ داودي ابراهيم**

**ويلاحظ هنا أن أسس وأساليب صياغة عقود التجارة الدولية منها ما يتعلق بالشكل ومنها ما يتعلق بالموضوع،**

* **الصياغة شكلا :**

**يقصد بها كتابة العقد و لا يهم ان تكون الكتابة على دعامة ورقية و هي ما يطلق عليها بالكتابة التقليدية او تكون الكتابة بواسطة الحاسوب و هي ما يطلق عليها بالكتابة الكترونية .**

* **الكتابة التقليدية (1)**

**عادة ما تكون الكتابة على دعامة ورقية في العقود سواء كانت مدنيــــــة او تجارية و بالرغم من إن في المادة التجارية يسود ما يسمى بمبدأ الرضائية غير انه في بعض الحالات تشترط الكتابة في العقود التجارية لا سيما عقد الشركة و السندات التجارية .**

**- لغة العقد :**

**لغة العقد تدخل ايضا في ما يسمى بالصياغة شكلا .**

**ففي عقود التجارية الدولية قد يكون المتعاقدين من جنسيتين مختلفتين فان ان يختار لغة احدهما او لغة اخرى .**

**و تلعب لغة العقد دورا هاما في تفادي مشكلة تفسير العقد .**

* **الصياغة مضمونا :**

**جرت العادة على تقسيم العقد الى ثلاث اجزاء و هي :**

* **مقدمة - متن - بنود .**
* **1) المقدمة :**

**المفاوضات والاتفاقات الأولية بين أطراف العقد وعلاقة العقد بالاتفاقيات الأخرى، ويشعر المتعاقدون بضرورة وجودها في عقدهم دون أن تشكل بندا من بنوده.**

**و للمقدمة دورا هاما في استظهار تبيان هدف المتعاقدين من ابرام العقد عنها ظاهر نصوص العقد مما يسهل عملية التفسير والتنفيذ.**

**(1)- اجلنا الكلام عن الكتابة الالكترونية لما بعد ، (عند التطرق لفقرة اثبات العقد ) .**

**يبدأ الأطراف عقدهم بالتعريف بأنفسهم وممثليهم الموقعين على العقد وصلاحياتهم في توقيعه، وهنا يجب ذكر أسماء المتعاقدين .**

**الأهداف المبتغاة من العقد: ينص في المقدمة على الأهداف المبتغاة من كتابتها، وهذه الأهداف قد تكون متعلقة بأحد أو جميع المتعاقدين أو بشخص ثالث لتوضح له بعض النقاط المرتبطة بالعقد، وهذه الأهداف تختلف من عقد لآخر بحسب موضوع العقد وأطرافه.**

* **متن العقد (1)**

**وهو الجزء الرئيسي من العقد و فيه تدرج شروط وأحكام وبنود العقد المعبرة عن الحقوق والالتزامات المتبادلة للطرفين، ضمانات العقد، والقانون الواجب التطبيق والمحكمة المختصة بنظر النزاع أو جهة التحكيم.**

**ومثل هذه الالتزامات تبين ما يقع على عاتق كل طرف والغاية منه، وقد تشكل هذه الالتزامات أكثر بنود العد دقة وحاجة إلى الوضوح، إذ أنه يتوجب إيراد كل عاقد بصورة تفصيلية تبتعد عن التجهيل وتريح العاقدين من التأويل والتفسير، وعادة ما ينصح بصياغة التزامات الأطراف بصورة مبسطة تمكن كل شخص يقرأها من فهم مقاصد كل طرف حتى وإن كان غير مطلع على الخلفية التي صيغ على أثرها العقد.**

**ومن الأهمية كذلك وضع الآثار التي تترتب كجزاء على عدم قيام أي من العاقدين بتنفيذ التزاماته أو التأخر في تنفيذها.**

**- ضمانات العقد (2)**

**إن ضمانات العقد متنوعة فهي تعتمد على ما يريده المتعاقد فلو كان المتعاقد هو المستورد فإن مصلحته تقضي بأن يفرض على المورد ما يضمن قيامه بالتنفيذ وفق ما جاء بالعقد، فيطلب منه مثلا الحصول على شهادة التفتيش أو شهادة المنشأ، في حين لا تشكل هذه الشهادة أية ميزة بالنسبة للمورد الذي من مصلحته أن لا يلتزم بأن تكون البضاعة من بلد معين، وعليه يمكن الإشارة إلى بعض الأمثلة العملية التي يمكن أن ترد عند صياغة العقد باعتبار أنها ضمانا للطرفين أو لأحدهما وهي:**

**(1)- انظر بالتفصيل في هذا الموضوع و ما يليه . فراش فهيمة ، القراعد الفنية في صياغة عقود التجارة الدولية ، مذكرة ماستر تخصص ادارة اعمال جامعة خميس مليانة ، كلية الحقوق و العلوم الادارية ، العام الجامعي 2013 – 2014 .**

**(2) – فراش فهيمة ، المرجع السابق .**

**- الشرط الجزائي : CLAUSE PENALE**

**هو عبارة عن تعويض اتفاقي تمييزا له عن التعويض القضائي، وهو ضمان تابع فهو أحد التزامات العقد، فهو ليس التزاما أصليا فلو بطل العقد بطل هذا الضمان بالتبعية، وهذا الضمان ليس التزاما بديلا فلا يملك المدين أن يختار أداء التعويض الاتفاقي ليتفادى التنفيذ العيني للعقد ما دام الأخير ممكنا، كما لا يملك الدائن أن يختار التعويض الاتفاقي ما دام المدين أبدى استعداده للتنفيذ العيني، والجدير بالذكر أنه يمكن تجزئة هذا الضمان في العقد الواحد.**

* **خطاب الضمان:**

**وهذا ضمان آخر يمكن اللجوء إليه في عدة حالات منها، عندما يلزم المستورد بسداد مقدمة من الثمن قبل أن يستلم البضاعة وقبل أن يباشر المورد في تنفيذ أي التزام، فيفضل أن يشترط على المورد تقديم هذا الخطاب لضمان المقدمة المدفوعة مسبقا، ويطلب هذا الخطاب أيضا من المتعاقد كضمان لتنفيذ التزاماته وفق شروط العقد مما يتيح للمتعاقد الآخر طلب صرف الخطاب كــــــلا أو جزءا في أي وقت يرى فيه وجود تماطل في التنفيذ أو مخالفة فيه ودون حاجة إلى الرجوع إلى المحاكم أو التحكيم (1).**

* **شهادة المطابقة:**

**و هذا ما يعرف بشهادة التفتيش، وتفيد هذه الشهادة بأن البضاعة قد تم صنعها بالأسلوب الفني المناسب ومطابقة لشروط العقد المبرم بين الطرفين، ولا تصدر هذه الشهادة إلا بعد إتمام كافة الإجراءات، ويفضل تحديد الجهة التي يجب أن تصدر عنها هذه الشهادة وتحديدها تحديدا نافيا للجهالة.**

* **مستند الشحن النظيف المشحون:**

**و يعني هذا المستند أنه لا يحمل أي عبارة أو ملاحظة تعلن عن وجود عيب في البضاعة أو في تعبئتها، وأن البضاعة قد تم تحميلها على واسطة النقل التي ستقوم بإيصالها إلى المستورد**.

**(1) – فراش فهيمة ، المرجع السابق**

* **المنازعات :**

**تتميز عقود التجارة الدولية بأنها تتضمن بندا حول كيفية حل المنازعات التي تنشأ عن هذه العقود وبشيوع وجود مثل هذا البند، ومن أكثر ما ينص عليه هذا البند هو إحالة الخلاف إلى التحكيم التجاري الدولي، حيث يعتبر من المصادر المهمة لقانون التجارة الدولية، وأحيانا يتبع المتعاقدون الصياغة المرنة عند تحرير هذا الشرط كما لو جاء على النحو الآتي: " يخضع التحكيم لقواعد غرفة التجارة الدولية" إن مثل هذه الصياغة تعني أن المتعاقدين قررا ترك كافة التفاصيل إلى ماهو منصوص عليه في نظام هذه الغرفة.**

**- الملاحق :**

**وهي عبارة عن وثائق مرفقة بالعقد، وتتضمن بعض الأحكام التفصيلية أو تنظم بعض المسائل الفنية المتعلقة بموضوعه، كالرسومات والمقايسات والمواصفات الفنية، ويتولى الفنيون عادة إعداد هذه الوثائق، ولا يثور أدنى شك في أن هذه الملاحق تعتبر جزءا مكملا للعقد وتتمتع بنفس القوة الملزمة التي يتمتع بها المنطوق والأحكام (1)**

**يتبع ان شاء الله**

1. **– فراش فهيمة ، المرجع السابق.**

**تقديم العقد او مدى إمكانية إدراج البنود**

* **المقصود بتقديم العقد :**

**إعداده في وثيقة وحيدة Unique إذ قد يحدث ان يكون العقد مرفق بعدة وثائق.(1)**

**و يمكن لطرفي أو أطراف العقد، عند تحرير العقد أن يدرجوا عدّة بنود CLAUSE أهميتها ما يسمى ببند des quatre coins Clause و البنود سيأتي شرحه لاحقا .**

**و بنود العقد متعددة و لكن اشهرها من حيث الاستعمال، بند حسن النية، بند القانون الواجب التطبيق Electio-juris، بند (شرط) التحكيم و بند أو شرط coins4 و المقصود بهذا البند أو هذا الشرط :**

* **و هو ما يشبه في القانون الانجليزي بما تسمى Subject to Contrat و الذي يستبعد القوة الإلزامية للاتفاقات المنجزة أثناء المفاوضات .(2)**

**و مهما كانت نوعية أو طبيعة هذه البنود ينبغي أن تكون واضحة، منتظمة و خالية من كل غموض.**

* **1) البنود الواضحة :**

**تقدر هذه البنود حسب دقتها و بالنظر إلى تحريرها بصفة ظاهرة و سهلة القراءة فالدقة تجنب كل غموض للمعنى المراد، كما تجنب تدخل القاضي لتفسير بنود العقد الذي قد يخالف ما أراده الأطراف أي تدخل القاضي عن طريق التفسير قد يؤدي إلى تحريف طبيعة العقد .**

**أمام بنود واضحة لا يستطيع القاضي تفسيرها كما يتوجب عليه تطبيقهــــا و إلا خرق مبدأ " العقد شريعة المتعاقدين " المنصوص عليه بالمادة 106 من القانون المدني الجزائري ، و خرق المادة 111 فقرة الاولى من نفس القانون التي تنص.**

**إذا كانت عبارة العقد واضحة فلا يجوز الانحراف عنها من طريق تأويلها للتصرف على إرادة المتعاقدين...".**

**(1)- هذه الوثائق تكون قد اعدت اثناء مرحلة التفاوض و مثالها المراسلات ، وثائق الاشهاد ، المخطاطات ، الفاتورات و المحاضر الخ..**

**(2)- انظروا زناكي**

**هذا و ينبغي على المتعاقدين التأكد من عدم إدراج بنود غير شرعية و إلا توجب على القاضي استبعادها .**

* **2) البنود المنتظمة : Clause ordonnées**

**من مصلحة أطراف العقد الا تكون البنود مبعثرة فالواجب أن تكون وفق خطة محكمة فيجب أن تدرج البنود الخاصة بالشيء ( محل العقد ) و الثمن تحت هذا العنوان و تلك الخاصة بمدة العقد تحت ان العنوان و هكذا .....**

* **3) البنود الخالية من الغموض :**

**قد يحدث ان تكون البنود الدقيقة غامضة و ذلك بسبب سوء التحرير لذلك ينصح التقييد بالمبادئ المفروضة على محرر العقد كتفادي مثلا التحرير المطول أو الخلط في العبارات القانونية .**

**توجد عدّة بنود يمكن للأطراف إدراجها في العقد و لكن ارتأينا الكلام عن بند بالغ الاهمية و هو :**

* **بند ذو الزوايا الاربع Clause des quatre coins :**

**كل المراحل التي يمر عليها العقد قبل ان يبرم يمكن ان نسميها تاريخ العقد و عند بداية تحرير العقد يعتمد او يستند المحرر على مجموعة من البنود التي يدرجها ضمن العقد و من ضمن هذه البنود يحرص المحرر على ادراج ما يسمى بالبند ذو الاربع زوايا Clause des quatre coins (1) و الذي يهدف الى حصر العقد من زواياه الاربع بمعنى انه بموجب هذا البند كل ما قبل في مرحلة ما قبل التحرير، يعتبر كأن لم يكن، أو بالأحرى تعتبر كل المفاوضات و المحادثات السابقة لمرحلة ما قبل التحرير مجردة من كل قوة إلزامية أي لا يعتد بها من قبل الطرفين، بـــــل و ان هؤلاء لا يمكنه الاحتجاج بها او الرجوع إليها في حالة النزاع .**

* **أهمية هذا البند :**

**ان هذا البند يجعل من العقد منتوج نهائي فهذا البند يقلل إن لم نقل يقضي على كل المنازعات.كما انه يقضي على الغموض المتعلقة بالمفاوضات ، و يقضي او يجنب الصعوبات المرتبطة بالوثائق الاشهارية.**

**و يجد هذا البند مجاله في :**

* **العقود الدولية و لكن قد يوجد في العقود المحلية خاصة تلك العقود التي طالت فيها مرحلة التفاوض.**
* **إذا أردنا ان نشبه هذا البند نقول انه ( هذا البند ) يلعب دور المطهر بحيث ينظف العقد من غموض او شك او مفاوضات سابقة أي ان هذا البند يشبه الحاجز لانه يضع حذ بين المفاوضات السابقة و العقد المحرر .**

**و يرى الفقه المتخصص في مجال عقود التجارة الدولية ان بند الزوايا الاربع يتخذ احدى الصورتين.**

* **الصورة الاولى : البند ذو الاربع الزوايا الخفيف .**

**يهدف هذا البند الى استحالى اتنتاج او اضافة التزامات اضافية عن طريق ما قيل في المفاوضات السابقة .**

* **الصورة الثانية : البند ذو الاربع الزوايا المركز .**

**و هو الذي لا يسمح للقاضي في حالة النزاع ان يفسر العقد الغامض عن طريق استعمال عناصر موجودة في المفاوضات السابقة.**

**و عليه يمكن القول ان البند ذو الزوايا الاربع الخفيف يمر بمرحلتين :**

* **المرحلة الاولى : كل تعهد سابق يعتبر ملغى و المفاوضات لا تعتبر مصدر الالتزامات .**
* **المرحلة الثانية : كل الوثائق المعتمد عليها أثناء مرحلة التفاوض ليست لها أي قيمة قانونية .**

**أما عن صحة هذا البند فانه لا يدع أي شك لصحته ففي نظر الفقه و القضاء أن هذا البند صحيح.**

**كما انه مقبول بصفة صريحة من طرف التقنينات و على رأسها الأمر المؤرخ في 10/02/2016 المعدل للقانون المدني الفرنسي الذي يشير إلى أن هدف هذا البند هو لا يمكن استنتاج التزامات إضافية من المفاوضات.**

* **تحذير :**

**بالرغم من صحة هذا البند الا ان الفقه يحذر من تعارضه مع :**

* **المادة 107 فقرة 2 من القانون المدني الجزائري و التي تنص :**

**" .... و لا يقتصر العقد على الزام المتعاقد بما ورد فيه فحسب ، بل يتناوف ايضا ما هو من مستلزماته وفقا للقانون و العرف و العدالة بحسب طبيعة الالتزام "**

* **كما ان استعمال هذا البند يصطدم بإشكاليات عقود الاستهلاك التي تهدف الى حماية المستهلك لذلك لا يمكن التوافق بين هذا البند من جهة و الحماية القانونية المقررة للمستهلك من جهة أخرى، لذلك ينصح الفقه بعدم ادراج البند في عقود الاستهلاك .**

*يتبع ان شاء الله*

*الاستاذ داودي ابراهيم*