

صياغة العقود التجارية

الأستاذ مصطفى عواضة

الأكاديمية العربية الدولية – منصة أعد

مقدمة

بادئ ذي بدء يجب الإشارة الى أهمية العقود والاتفاقيات القانونية في الحياة اليومية ولا سيما لرجال القانون وتقتضي طبيعة عمل القانونيين صياغة عدد من الأعمال القانونية مثل العقود والاتفاقيات القانونية ومذكرات التفاهم، ويتطلب كل هذه الأعمال مهارات عالية في فنون وأصول الصياغة والالتزام بعدد من المبادئ الأصولية عند صياغتها وذلك لضمان عدم خروجه من الغرض الذي أعدت من أجله ومنعا للمنازعات ذات الصلة بعملية الصياغة، من هنا يجب على رجل القانون أن يكون على علم ودراية بقواعد اللغة التي يصيغ بها -العقود والاتفاقيات القانونية ومذكرات التفاهم- أو أي عمل قانوني مكتوب، ولا يمكن للصياغة أن تستقيم دون أن تقوم على لغة قانونية صحيحة وسليمة ، وذلك لان كثير من الأفكار و المدلولات القانونية ليس لها ما يقابلها من مترادفات خاصة بها في اللغات الدارجة ، لذا لابد لمن يتولى الصياغة أن يعلم أن أي لفظ أو كلمة أو عبارة ترد في سياق -العقود والاتفاقيات القانونية ومذكرات التفاهم- أو أي كتابة قانونية أخرى إنما ترد وهي تحمل دلالة معينة وتعني شيئاً محدداً فلا ينبغي للصائغ القانوني أن يستسلم بسهولة لأي زعم بأن كلمة أو لفظاً ما قد ورد في السياق كمظهر بلاغي أو تجميل للعبارات أو إنه من المحسنات البديعية.

مقدمة

ترتيباً على ما سبق فإنه يجب على الصائغ القانوني الذي يتولى أي أمراً من أمور الصياغة أن يعمل على التدقيق في اختبار المصطلحات القانونية التي يعبر بها عن حقيقة المعنى المراد من اللفظ أو الكلمة أو الجملة أو العبارة أو حتى البند ككل، والاعتناء باختيار المفردات ، والتأني في اختيارها لتكون متطابقة ومتوافقة مع مدلولاتها الحقيقية و المراد منها، وكذا الموائمة بين الألفاظ التي يمكن أن يؤدي ظاهرها إلى أكثر من معنى أو إلى معاني متقاربة رغم أن لكل منها مدلوله الخاص وآثاره الخاصة به من حيث هو مصطلح قانوني بحت ؛ مثل أن يشير إلى "فساد العقد" وهو يقصد "بطلانه" أو يشير إلى "انعدامه" وهو يقصد "إنهاء العمل به" أو يشير إلى "انفساخ" العقد وهو يقصد "فسخ" العقد ، أو يشير إلى "القوة القاهرة" وهو يقصد "الظرف الطارئ".



الأكاديمية العربية الدولية
Arab International Academy

مقدمة

فإذا ما كان مدلول الإنهاء أو الانتهاء أو الفسخ أو الانفساخ أو الفساد أو البطلان أو الانعدام يقصد به زوال التصرف أو العمل القانوني في نهاية الأمر، إلا أن لكل لفظ من هذه الألفاظ مدلوله القانوني الخاص به والآثار التي يستقل بها عن المعنى الآخر، وكذا الأمر بين القوة القاهرة وبين الظرف الطارئ. ومن هنا فإنه لابد من مراعاة الدقة في عرض أو طرح الأفكار والتعبير عنها بحيث لا يتحول مدلول الكلمة إلى معنى غير المراد بها عند اتصالها بعلم الآخرين.

مقدمة

على صعيد الأعمال في محيط التجارة الدولية، أثبتت المعطيات العملية أن خبرة رجل القانون في صياغة العقود المحلية لا تكفي أبداً عندما يطلب منه الجلوس على طاولة المفاوضات لمناقشة وصياغة عقد ذو طابع دولي، فتكون النتيجة أن معظم عقود التنمية في الدول النامية تحوي عدداً من العيوب والثغرات مثل عدم مواجهة الاحتمالات الواردة في نصوص يتم إدراجها في العقد، وكذلك غياب التوازن بين طرفي العقد وعدم التعادل في الأداءات أو احتمال تغير أسعار المواد الخام أو عملة الوفاء.

لذا فإن من يسند إليه إدارة تعاقد وصياغة عقد ذو صبغة أو طبيعة دولية لابد أن يكون على علم واطلاع ودراية بالإجراءات والقواعد الدولية مثل النقل الدولي للبضائع، وأنواع البيوع الدولية والتأمين، وعمليات البنوك، والأسواق الدولية للسلع، والقروض الدولية فضلاً عن العملات الأجنبية وأسلوب تداولها وتحديد سعر صرفها والقيود التي ترد عليها، وأسلوب فض المنازعات الدولية، وقواعد الاختصاص القضائي، والقانوني والتحكيم الدولي ووسائل تنفيذ الأحكام الأجنبية في الدولة الأخرى وغيره من التفاصيل.

مقدمة

مفهوم العقود والاتفاقيات القانونية في اصطلاح الفقهاء الشرعيين هو ارتباط إيجاب بقبول على وجه مشروع يثبت أثره في محله.

والقانون الفرنسي عرف العقد بأنه العقد هو اتفاق يلتزم بموجبه شخص أو عدة أشخاص تجاه شخص آخر أو أكثر بإعطاء شيء أو بفعل شيء أو الامتناع عن فعل شيء.

كما يعرف العقد في اصطلاح الفقهاء القانونيين بأنه توافق إرادتين على إنشاء التزام أو على نقله أو اتفاق إرادتين على إنشاء حق، أو على نقله، أو على إنهائه.

لم يجر العمل على أن تتولى القوانين -الأنظمة- تبني تعريفاً محدداً لما يمكن أن يعد "عقداً" لما قد يترتب على تبني تعريف محدد من مشكلات تطفو على السطح في الحياة العملية والواقع العملي.

مقدمة

لذا فقد جرى العمل في مختلف المدارس القانونية والأنظمة القضائية على ترك مهمة تحديد تعريف أو مفهوم "العقد" لفقهاء القانون ومن بعده القضاء.

بصفة عامة يمكن تعريف العقد بأنه كل ما يعزم المرء على فعله أو يشترطه على نفسه أي يعقد لنفسه أو لغيره على فعله والوفاء به بإرادته وعزمه على وجه الإلزام.

بهذا فإن مفردة "العقد" تطلق على ما يترتب على التقاء إرادتين لإحداث أثر على محل وقد عرفه البعض بأنه "ربط أجزاء التصرف بالإيجاب والقبول" وعرفه آخرون بأنه "ارتباط الإيجاب بالقبول الإلزامي".



الأكاديمية العربية الدولية
Arab International Academy

مقدمة

أما مجلة الأحكام العدلية فقد عرفته بأنه " التزام المتعاقدين وتعهدهما أمراً، وهو ارتباط الإيجاب بالقبول.

وقد اتفق فقهاء القانون – بصفة عامة- على أن العقد هو: توافق أو التقاء إرادتين أو أكثر على إحداث أثر قانوني معين، سواء بالإنشاء أو النقل أو التعديل أو الإنهاء.



مقدمة

إن الصياغة القانونية للعقد هي الوسيلة التي يجرى بمقتضاها نقل التفكير القانوني من الحيز الداخلي الرغبة الى الحيز الخارجي العقد ، لذا فإنهما التعبير بما يريده الطرفين بطريقة تنقل المعنى المراد تأسيس أو إقامة علاقة بينهما ، وكلما التزمت الصياغة بالأصول التي تكفل تحقيق هذا الهدف كلما تضاعف احتمال نشوء منازعات بين طرفي العقد ، لذا فإن الصياغة القانونية السليمة تساعد في تحقيق هذه الرغبة عن طريق تجنب نقاط الخلاف ومحاولة تصحيحها عند صياغة العقد إلى تطابق الكلمات مع المفاهيم المراد التعبير عنها بشكل قانوني صحيح.

مقدمة

صياغة العقود لا تقف عند النواحي الشكلية من ضبط وتدقيق المصطلحات والعبارات وملاحظة الجوانب اللغوية وتصنيف أحكامها و ترتيبها في اتساق و وضوح بما يكفل للعقد الدقة و حسن الصياغة وكمال التنسيق بل الصياغة تعني مراجعة بنود مشروع العقد وتشمل أيضا الإجراءات التي سبقته وجميع ما يعد جزءاً منه للوقوف على مدى مطابقتها لحكم الأنظمة و القوانين ومدى تأثيرها على صحة العقد وتنقيته من المخالفات التي شابت بنوده و ابرامه وذلك تحسباً للوقوع في خطأ قانوني قد يؤثر لا محالة على تنفيذ العقد وهو ما يستتبع تبصير السلطة المختصة به بغية تداركها في حينه وبما يتعين اتباعه لتفادي ذلك لسلامة الإجراءات تحقيقاً للغاية المرجاة من ابرام العقد.



الأكاديمية العربية الدولية
Arab International Academy

مقدمة

من المهارات الموضوعية التي يجب توافرها في صياغة العقود تحديد طبيعة شروط التعاقد و تحليلها و معرفة اساسياتها و مصادرها و معرفة ما يخص الجهات الإدارية المتعاقدة من حيث الحقوق المالية للمتعاقد وبيان التزامات المتعاقد و طرق تنفيذها و الحقوق و الالتزامات من الجهة الأخرى المتعاقد معها السلطات الإدارية اجراءات التسليم الابتدائية والنهائية تسوية الحقوق و الالتزامات من قبل الإدارة مع المتعاقد معها واستبيان الضمانات بعد التنفيذ وفقا لشروط القانون واستنتاج الوسائل المستهدفة من ابرام العقد التي تتوقف على أهميته وطبيعته وأيضا معرفة ما توضحه التقارير و المذكرات التي تم اعدادها من قبل الجهات المتخصصة والمعنية التي تظهر حاجتها للتعاقد.



الأكاديمية العربية الدولية
Arab International Academy

مقدمة

ومن المهارات الشخصية التي يجب توافرها في صائغ العقود الالمام التام بلغة التعاقد و العلم والدراية بالقوانين والأنظمة واللوائح التي تنظم مسألة العقد وسعة الأفق والتأمل في الوقائع التي تم الاتفاق عليها والنظر في ما قد يحدث في المستقبل من احتمالات و توفير سبل و وسائل تفادي المشاكل بالنص على مسائل عدم اكتمال التنفيذ والالغاء المبكر للعقد والنص أيضا على وسائل فض المنازعات.

أركان العقد

وللعقد أركان أساسية لا تقوم الا بهم:

-الركن الأول الرضا

-الركن الثاني محل العقد

-الركن الثالث: السبب

أركان العقد الركن الأول الرضا

وهو تطابق الإرادتين في العقد أو تطابق الإيجاب والقبول أو ما يقوم مقامهما في الدلالة وينعقد العقد بالتراضي، أي بتطابق الإيجاب والقبول، والتراضي هو أساس انعقاده ويشمل أصل العقد جميع الأمور الجوهرية التي يعطيها المتعاقدان أهمية خاصة.

ومن أحكام التراضي الإيجاب والقبول والتعبير عن الإرادة يكون باللفظ وبالكتابة وبالإشارة المتداولة عرفاً، كما يكون باتخاذ موقف لا تدع ظروف الحال شكاً في دلالاته على حقيقة المقصود.

ويجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمنياً إذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على أن يكون صريحاً ولا يعد السكوت المجرد من حيث المبدأ تعبيراً عن الإرادة لا إيجاباً ولا قبولاً وذلك لأن الإرادة حركة أما السكوت فسكون .

أركان العقد الركن الأول الرضا

هذا الأمر مطلق بالنسبة للإيجاب لأنه هو الإرادة المبتدأة التي تكون الشق الأول من العقد فلا بد من أن يدل عليها عمل إيجابي أما بالنسبة للقبول فإن السكوت قد يعد قبولاً وذلك على سبيل الاستثناء يعد السكوت قبولاً في ثلاث حالات وهي:

الحالة الأولى إذا كان هناك تعامل سابق بين المتعاقدين واتصل الإيجاب بهذا التعامل مثل - إرسال بضاعة بشكل دوري.

الحالة الثانية إذا كانت طبيعة المعاملة تدل على أن الموجب لم يكن ينتظر جواباً من القابل.

الحالة الثالثة إذا كان في الإيجاب نفعاً محضاً للموجه إليه كالإيجاب في هبة المنقول.

أركان العقد

الركن الثاني محل العقد

وهو المعقود عليه ويمكن أن يكون عيناً كالمبيع أو عملاً، أو حقاً. والمحل هو المبيع والتمن في البيع، والانتفاع بالمأجور والأجرة في الإيجار والموهوب في الهبة والمرهون في الرهن، والدين المكفول به في عقد الكفالة.

أركان العقد

الركن الثالث السبب

وهو "كل حادث ربط به المشرع أمراً آخر وجوداً وعدماً، وهو خارج عن ماهيته." وهذا يعني أن وجود السبب يستلزم وجود المسبب، وعدمه يستلزم عدم المسبب. والمثال على ذلك إتلاف مال الغير سبب لضمانه وتعويضه، والقرابة سبب للإرث.

ومن علامة السبب أن يضاف غالباً حكمه المسبب عنه، كقولنا: التزامات العقد، وضمان الإتلاف، وعقوبة الجريمة: فالعقد والإتلاف والجريمة هي أسباب لما أضيف إليها.

وفي بعض الأحيان تسمى العلة سبباً والعلة هي نوع خاص من السبب، حيث إنها السبب الظاهر المناسبة الذي يبني عليه الشارع الحكم بالإسكار مثلاً علة في تحريم الخمر والعدوان على مال الغير بالإتلاف علة في تضمين المتلف.

وبالتالي فإن العقد يلا يتم الا بتوفر أركانه الثلاث من رضا ومحل وسبب.

المرحلة السابقة للتعاقد تحضير التفاوض

يمكن تعريف التفاوض بأنه تبادل الاقتراحات والمساومات والمكاتبات والتقارير و الدراسات الفنية بل والاستشارات القانونية التي يتبادلها أطراف التفاوض ليكون كل منهما على بينة من أفضل الأشكال القانونية التي تحقق مصلحة الأطراف وللتعرف على ما يسفر عنه الاتفاق من حقوق و التزامات لطرفيه.

و تركز الدراسة في هذا الإطار على مرحلة التفاوض للتمهيد لإبرام العقد إذ أن هذه المرحلة تتطلب التدقيق في مسائل مختلفة بشأن العقد مثل مواعيد التوريد والتنفيذ والأسعار وشروط مراجعة العقد وضمان حسن التنفيذ ويتم في هذه المرحلة عدد هائل من العمليات مثل القيام بأعمال تحضيرية ونصوص فنية ودراسات اقتصادية ..

المرحلة السابقة للتعاقد تحضير التفاوض

ويتسع مفهوم المفاوضة لتشمل المقترحات الأولية التي يبدئها أحد الطرفين كإعلان الرغبة في التعاقد ولو لم يصل إلى حد الإيجاب الكامل والمقترحات المضادة التي قد يتقدم بها الطرف الآخر ، والمناقشات التي تتم بينهما شفاهية أو كتابية ، مباشرة أو غير مباشرة ، كذلك شتى المعلومات والدراسات الفنية والاقتصادية والقانونية المتبادلة بين الطرفين شرط أن يتم ذلك بقصد التوصل إلى أفضل إطار عقدي لصيانة عالقتهم وتحديد حقوق التزامات كال منهما. في حين لا تعتبر كذلك الدراسات التي يقوم بها كل طرف على حدة بقرة التقوية موقفه في المفاوضة في التعاقد.

أن إدارة المفاوضات السابقة على التعاقد محكومة بمبادئ أساسية إبرازها حرية الفرقاء في الدخول في مفاوضات وحرّياتهم بالسير قدما بتلك المفاوضات والوصول بها إلى النهاية المرجوة وهي إبرام العقد.



الأكاديمية العربية الدولية
Arab International Academy

المرحلة السابقة للتعاقد تحضير التفاوض

ويمكننا القول بأن القواعد العامة في القانون المدني تكفلت بتنظيم مرحلة المفاوضات إلى حد ما ، فعلى الرغم من أنه مبدأ حرية التعاقد الساري يرفض كل تدخل قانوني. في العلاقات قبل التعاقد ، إلا ان دواعي الاستقرار وما يفرضه حسن النية من مراعاة الأمانة والثقة ، يجعل هذا التدخل أمرا الزما لضمان التوفيق بين مصالح الطرفين . ولا تبدو أيضا الأمور في الواقع العملي على هذا الشكل البسيط ، اذ تبدأ المفاوضات عادة بدعوة يوجهها أحد الأطراف إلى الآخر لإبرام عقد ما ، فيوافق المدعو للتفاوض أو لا يوافق فهو أمر مرده لإرادتها المنفردة ولا التزام عليه .

هذه الدعوة للتفاوض لا تعتبر إيجابا بالمعنى القانوني ما لم تتضمن العناصر الجوهرية للعقد المراد إبرامه ولا تثور مشكلة أيضا إذا اسفرت المفاوضات عن إيجاب بالمعنى القانوني ، صادفه قبول مطابق ، ففي هذه الحالة ينشأ العقد ويعتبر ملزما لأطرافه.

المرحلة السابقة للتعاقد تحضير التفاوض

ان الدخول في المفاوضات يتطلب من من يخوضها أن يتقيد ببعض الإعتبارات الأساسية للوصول إلى النتيجة المرجوة دون مواجهة أي مشكلة وهذه الإلتزامات هي:

أولاً : الإلتزام بحسن النية

أن الدور الذي تؤديه النية في تحركها الإرادي في مرحلة التفاوض يرتبط بالأخلاق ارتباطاً وثيقاً ، وهو ما أدى إلى ظهور مبدأ ان الغش يفسد كل ما يقوم عليه ومقتضاه أنها التزمات إيجابية على عاتق أحد المتعاقدين بأن يتعاون مع الآخر بما يحقق له الرضاء بأن يدلي إليه بكافة تفاصيل العقد المراد إبرامه ؛ أي أن الفكرة التقليدية كانت ذات طبيعة سلبية تتمثل في عدم الغش والخداع او التظليل في حين أن الأفكار الوليدة أفكار إيجابية وهذا ما من شأنه أن يخلق أساس قانوني للمسؤولية وهو ضرورة إستناد المعاملات إلى الأمانة والإخلاص والثقة التعاقدية.

المرحلة السابقة للتعاقد تحضير التفاوض

ثانيا : الإلتزام باليقظة

يلتزم كل مفوض بأن يسعى إلى العلم بكل ما هو لازم وضروري ومن شأنه التأثير على قراره بالتعاقد أم رفضه ، ويتحمل المفاوض المسؤولية إذا ثبت أنه كان بوسعه الوصول إلى المعلومات الهامة و الضرورية.

ثالثا : الإلتزام بالإدلاء بالبيانات

مقتضاه أن يقدم المفاوض إلى الطرف الآخر معلومات جادة عن مدى ملائمة العملية المقترحة من كل النواحي ، خاصة إذا كانت العملية تحتاج إلى تخصص ، ومن ثم تتعدد المسؤولية إذا وقع الضرر استنادا إلى أن المخالف قد استغل الثقة التي منحها له الطرف الآخر، و للإلتزام بإعلام المستهلك و إمداد هذه البيانات والمعلومات دورا هاما في حماية رضاء هذا الأخير الذي لا يتمكن بسبب ضعف مركزة العقدي من الوصول إليها.

المرحلة السابقة للتعاقد تحضير التفاوض

رابعاً : الإلتزام بالشفافية

ومقتضاه التزام كل طرف بأن لا يقدم إلى الآخر أية معلومات غير صحيحة أو غير حقيقية من شأنها أن تؤدي إلى التعاقد وهو يعني الإمتناع عن كل ما من شأنه إشاعة آمال كاذبة تبعث بالثقة الزائفة لدى الطرف الآخر في جدية المفاوضات ، وعدم التفاوض لمجرد التسلية أو الدعاية أو استطلاع السوق دون وجود نية حقيقية في التعاقد أو قطع المفاوضات أو الإنسحاب منها على نحو مفاجئ أو بصورة تعسفية أو إجراء مفاوضات موازية مع الغير بشأن ذات الصفقة دون إخطار الطرف الآخر أو على نحو يضر به.

المرحلة السابقة للتعاقد تحضير التفاوض

خامسا : الإلتزام بالسرية

يعتبر عنصر السرية من أهم الإلتزامات التي يحرص عليها الأطراف سواء تم التعاقد أم لا، والمقصود بالسرية ليس مجرد إجراء المفاوضات في كتمان وغير علانية بل السرية في المعلومات الفنية او الهندسية او الكيمياوية وغيرها ... فمرحلة المفاوضات تتيح لكل طرف معرفة معلومات عن الطرف الآخر سواء لناحية مركزه المالي أو الصعوبات التي يتعرض لها وهي تستلزم أن لا يستغل ما تحصل عليه من معلومات وهو يعني التزام كل المفاوض باعتبار أن كل ما حصل عليه من معلومات كأن لم تكن ولا يجوز له استخدامها . ونظرا لأهمية هذا الإلتزام فقد يتطلب الطرفان في بعض العقود الهامة ضمانات لحفظ العناصر السرية في المفاوضات مثل التعهد الكتابي المسبق أو الإقتصار على التعهد الأدبي أو سداد مبلغ نقدي قبل الدخول في المفاوضة .

المرحلة السابقة للتعاقد تحضير التفاوض

وبشكل عام فإن هذه المرحلة تتم بعيدا عن نظر القانونيين وهذا ما يمكن أن يعرض المفاوض في مخاطر وبلغنا عنها لذلك فإنه من المفضل أن يقوم المفاوض منذ البدء في الإستعانة بمحام للدخول في هذه المرحلة ولكنه لا بد من الإشارة بأنه لا يجب على المحامي من جهته أن يحضر هذه المرحلة بمفرده دون التنسيق مع موكله وإشراكه في التحضير لها والأخذ بمهاراته وخبراته الفنية بحسب طبيعة العقد المنوي إبرامه.

المرحلة السابقة للتعاقد تأمين سلامة التفاوض

يتعلق الأمر بتحديد الإطار القانوني للتفاوض للوصول إلى الهدف المرجو بهذا المعنى لا بد من تعيين أو تحديد شكل ومضمون المبادرة التي يتم طرحها .

فالعرض ممكن أن يأخذ شكل عرض كامل الأوصاف لبيع السلعة أو خدمة ، يتم توجيهه إلى الفريق الآخر بحيث لا ينقص سوى موافقة هذا الأخير عليه ليصبح العقد منجز أو يقوم هذا الأخير بطرح عرض مقابل يدخل الطرفان في مناقشة البنود المتحفظ عليها من قبل الفريقين . كما يمكن أن يأخذ العرض شكل طرح على العموم أو إعلان تجاري وبكل حال من الأحوال وأن كان شكله تطرح يجب أن يكون واضحاً وشفافاً . وفي كل الأحوال فإنه في حال قام فريق آخر بقبول الطرح دون أي تحفظات فإن العارض عليه أن يلتزم به عرض وأن لا يتراجع فيه بدون عذر مقبول تحت طائلة المسؤولية التقصيرية .

المرحلة السابقة للتعاقد تأمين سلامة التفاوض

وهنا يطرح السؤال عن طبيعة هذه الإتفاقات المبدئية فهل يمكن اعتبارها عقدا؟

لذا علينا تحديد طبيعة هذه الإتفاقات التمهيديّة بحسب مضمونه فإذا كان الإتفاق واضحا ويحدد الإلتزامات على كل من الفريقين بشكل دقيق فنكون أمام عقد . أما في حال كان التعبير عن الإرادة غير واضحة أو في حال صرح الفريقين بشكل علني بعدم التزامهم اتجاه بعضهما باي التزام من أي نوع كان نتيجة الدخول في هذه المفاوضات فلا يجوز توصيف الإتفاق التمهيدي بأنه عقد. وفي هذا الإطار فإننا نميز بين نوعين من الإتفاقات المبدئية :

الفئة الأولى : وهذا النوع من الإتفاقات يتعلق مباشرة بمرحلة إبرام العقد النهائي بهدف تيسيرها.

الفئة الثانية : لا تتناول سوى مفاوضات العقد النهائي بالمعنى الدقيق.

المرحلة السابقة للتعاقد نهاية التفاوض

تنتهي المفاوضات اما عند إبرام عقد نهائي بين الطرفين أو قطع تلك المفاوضات دون الوصول إلى أي اتفاق بين المتفاوضين . إلا ان قطع المفاوضات يمكن أن يكون سبب نزاع قضائي بين الفرقاء . فقطع المفاوضات بصورة تعسفية يؤدي إلى ترتيب مسؤولية قانونية على كاهل مسببها ويلزمه بدفع بدل العطل وضرر للفريق الآخر. فلا يمكن في مثل هذه الحالة الإلتزام بتنفيذ العيني طالما أن الفرقاء لم يصل إلى اتفاق ملزم ، فالعقد في مثل هذه الحالة ولد ميتا ولا يمكن ترتيب مفاعيل قانونية عليه .



الأكاديمية العربية الدولية
Arab International Academy

المرحلة السابقة للتعاقد نهاية التفاوض

تنتهي المفاوضات اما عند إبرام عقد نهائي بين الطرفين أو قطع تلك المفاوضات دون الوصول إلى أي اتفاق بين المتفاوضين . إلا ان قطع المفاوضات يمكن أن يكون سبب نزاع قضائي بين الفرقاء . فقطع المفاوضات بصورة تعسفية يؤدي إلى ترتيب مسؤولية قانونية على كاهل مسببها ويلزمه بدفع بدل العطل وضرر للفريق الآخر. فلا يمكن في مثل هذه الحالة الإلتزام بتنفيذ العيني طالما أن الفرقاء لم يصل إلى اتفاق ملزم ، فالعقد في مثل هذه الحالة ولد ميتا ولا يمكن ترتيب مفاعيل قانونية عليه .

ولا يختلف الأمر فيما لو كانت قد قطعت شوطا طويلاً وتوصل الفرقة إلى إبرام اتفاقيات تمهيدية بينهم فإنه وإن كانت المسؤولية في هذه الحالة مسؤولية عقدية ، إلى أن محل العقد هو التفاوض ومن ثم يستحيل إجبار المدين على المفاوضه أو اختيار من يمثلها فيها جبرا . كما لا يتصور أن يحل القضاء محل إرادة الأطراف في إبرام العقد.



الأكاديمية العربية الدولية
Arab International Academy

صياغة العقود التجارية

لا يوجد تعريف محدد للعقود التجارية، فهي تحتوي على نفس أركان العقود المدنية، وهي (الرضا، المحل، السبب)، ولكن واقعياً هناك ما يميز صياغة العقود التجارية، وهذا ما سنتعرف عليه، والذي سنبدأه بالتعرف على أهمية الصياغة في العقود التجارية؛ فصياغة العقود التجارية وسيلة لا غنى عنها في عالم التجارة، بداية من الشركات العملاقة ومروراً بالشركات الناشئة الصغيرة والمتوسطة ووصولاً إلى التجار أو الأفراد الذين يعملون في التجارة.

فلم يكن مصطلح صياغة عقود تجارية معروفاً في التجارة في العصور القديمة ولأن التجارة أحد أهم وسائل الكسب المشروع، فقد ارتاد الأشخاص الأعمال التجارية منذ زمن بعيد.

ولكن كانت أغلب معاملاتهم تتم بشكل شفوي ولم يكن لصياغة العقود أهمية لديهم، ولكن بعد ما رآه التجار من إخلال في الالتزامات وتهرب من المسؤوليات، وما قد واجهوه من المشاكل؛ حثهم على إدراك أهمية صياغة العقود التجارية، وأصبحت أغلبية معاملاتهم تتم بطريقة الصياغة.



الأكاديمية العربية الدولية
Arab International Academy

صياغة العقود التجارية

من الصعب وضع تعريف معين للعقود التجارية أو إخضاعها الى تحديد ، ذلك أن كل عقد وارد في القانون المدني من الجائز استخدامه في ميدان التجارة ، ولا يمكن حصر كافة التعهدات التي يتبادلها التجار. غير أن العقد قد يكتسب الصفة التجارية بتطبيق أحد المعايير المقررة للعمل التجاري. وطبقا لنظرية الأعمال التجارية بالتبعية فإن العقد يعتبر تجاريا إذا أبرمه تاجر لحاجات تجارية ، وقد يكون العقد عملا مختلطا ، أي تجاريا بالنسبة لطرف ومدنيا بالنسبة للآخر على النحو المعروف في نظرية الأعمال التجارية.

صياغة العقود التجارية

فيكون العقد تجارياً في حالتين:

١- إذا كان محله عملاً تجارياً أصلياً، سواء أكان منفرداً، مثل شراء المنقول بقصد بيعه، أعمال البنوك والصرافين، وتحرير الأوراق التجارية، أعمال السمسرة، وأعمال التجارة البحرية، أو كان أصلياً في نطاق مشروع، مثل: مشروعات الصناعة، والنقل، والتوريد، والوكالة بالعمولة، إنشاء المباني.

٢- إذا كان القائم بالعمل تاجراً ولخدمة تجارية، أي الأعمال التجارية بالتعبية، حيث تعد جميع العقود والتعهدات التي ينطبق عليها هذا الوصف عقوداً تجارية.

يترتب على إسباغ الصفة التجارية على العقد أثر واحد، وهو خضوع هذا العقد لأحكام القانون التجاري مما ينتج عن ذلك نتائج مهمة، منها تقصير مدة عدم سماع الدعوى الناتجة عن عقد تجاري، أيضاً الاتجاه نحو تدويل قواعد قانون التجارة وتوحيدها في صيغ نموذجية.

صياغة العقود التجارية

وبرغم صعوبة تعريف العقود التجارية فإنه من المستقر تمييزها بخصائص ثالث وهي الرضائية ، وطابع المعاوضة ، وورودها دائماً على المنقول.

١-عقود رضائية، حيث يكفي لانعقادها ارتباطها بالإيجاب والقبول وتوافقهما على المسائل الجوهرية للعقد، والأصل هو الرضائية.

٢-عقود معاوضة، وهي العقود التي يأخذ فيها كل من المتعاقدين مقابلاً لما يعطي، ونقيضها العقود التبرعية ، لكن التاجر يسعى دائماً لتحقيق الأرباح، فكرة التبادلية في العقود "المعاوضة" تفترض بالضرورة أن يكون العقد ملزماً للجانبين، فيصبح كل منهما دائماً ومديناً بالوقت نفسه



الأكاديمية العربية الدولية
Arab International Academy

صياغة العقود التجارية

٣- أنها عقود ترد على المنقولات أو خدمات، أما التعامل في العقارات فيخرج من نطاق القانون التجاري والسبب في ذلك ان القانون التجاري نشأ عرفياً بين التجار، وكان يعتمد على تدويل الثروة المنقولة، أما العقارات فقد كانت ملكاً للإقطاعيين، وينظم الأحكام التجارية المتعلقة بها قانون خاص، هو القانون الخاص،

لكن بدأت تتقلص شيئاً فشيئاً إثر توجه بعض القوانين التجارية إلى الاعتراف بتجارية التعاملات العقارية إذا تمت بقصد المضاربة وتحقيق الربح.

صياغة العقود التجارية

لصياغة عقد تجاري قوي و متني و قانوني يجب على من يقوم بالصياغة الإنتباه إلى أدق التفاصيل التي تفيده أثناء البدء بعملية الصياغة و التي سنوردها تباعاً.

البند الأول : مرحلة الإعداد:

الإلمام بشكل وافي ودقيق بأهداف الأطراف من التعاقد يجب أن يسبق صياغة هذه الوثيقة خطوة أوليه : التحضير والإعداد . وفي مرحلة الإعداد لابد من البحث عن السبب والهدف من الإتفاق، بعبارة أخرى، لابد من معرفة وفهم مصالح وموقف الشركة وتحديد أهدافها وذلك من خلال عملية البحث عن المعلومات والإستفسار من أصحاب المصلحة في الملف عن الغاية المرجوة من هذا العقد. وهذا الأمر يمكننا من معرفة أي نوع من العقود يتوجب علينا ننظم بين الفرقاء.

صياغة العقود التجارية

البند الثاني : الإلمام بالبند و الأحكام ذات الصلة:

لابد من معرفة العناصر المختلفة التي يجب أن تظهر في العقد : وصف دقيق لموضوع العقد، تعريف بعض المصطلحات لتجنب الغموض، وقد نقل الملكية، تبعة المخاطر، تقدير أو تحديد الأسعار، تعيين الطرف المكلف بدفع الضرائب والرسوم، الضمانات، مدة العقد، إنهاء العقد، القانون واجب التطبيق، أساليب حل الخلافات، البنود الجزائية...

على سبيل المثال في ما يتعلق ببند تحديد الأسعار، يجب تحديد أسعار السلع أو الخدمات بشكل واضح سواء كانت الأسعار ثابتة أو متغيرة او على الأقل تبيان طريقة تعيين الأسعار في وقت لاحق بصورة واضحة . كذلك لابد من تحديد العملة المعمول بها . من المهم أيضا إدراج بند يبين طريقة وشروط الدفع ووقته ومكان و الفائدة المترتبة على التأخر في السداد.

صياغة العقود التجارية

بالنسبة للشرط المتعلق بالضرائب، يجب أن ينص العقد على مسؤولية كل طرف من الأطراف بشأن فرض ونفع الضرائب الرسوم أو غيرها من الأعباء المرتبطة بالخدمات المشمولة بالعقد، وذلك وفقا للقانون الضريبي المعمول به .

أما بالنسبة للضمانات ، من الأفضل أن يندرج في العقد فصل خاص يبين بشكل واضح الضمانات والكفالت بصورة اتفاقية . وعليه، في ما يتعلق بتحديد المسؤولية، يحبذ أن يتضمن العقد بناء يتناول الضمانات(ضمان العيوب الخفية)المقدمة من قبل المصنع ومسؤولياته وكذلك مسؤولية الناقل والموزع والمستورد... كذلك يمكن أدرج بنود تحدد المسؤولية التعاقدية وضمان سالمة و القيود والإستثناءات على مسؤولية البائع او الحالات التي لا يكفل فيها البائع عيوب المبيع . على الرغم من هذه الأحكام ، فإنه شرط الضمان غالبا ما ينطوي على نزاع بين الطرفين، وبالتالي يجب التنبؤ بالضبط ما سوف تكون عليه طبيعة ومدى ضمانات والقيود والإستثناءات .

صياغة العقود التجارية

البند الثالث : التأكد من اهلية المتعاقدين و صلاحية التوقيع.

وهذا يعني إقرار الأطراف بأهليتهما الشرعية والنظامية للتعاقد والإتفاق والإلتزام، حيث يلزم التأكد جيدا من صلاحيات المتعاقد في إبرام وتوقيع العقد ويزداد هذا الحرص بالنسبة للا وكيل حيث يتعين عليه الإطلاع جيدا على الوكالة الشرعية في حال ما إذا كانت النيابة الإتفاقية وذلك بأن تتضمن الوكالة الصلاحيات التي تخوله التوقيع على العقد المراد إبرامه من حيث الموضوع و القيمة المالية وغيره، كما يلزم التأكد من سريان هذه الوكالة، ومن مخاطر عدم توفر الصفحة للوكيل هي تبرأ الأصل من العقد المحرر وبالتالي انتفاء مسؤوليته استنادا إلى عدم صلاحية الوكيل في إبرام العقد .

صياغة العقود التجارية

البند الرابع : هويات وبيانات أطراف العقد

تمثل البيانات المطلوبه ذكر رقم السجل التجاري للشخص المعنوي ورقم الهوية الوطنية للشخص الطبيعي لتفادي أي ازدواجية قد تحصل في تشابه الأسماء وكذلك لتسهيل عملية اتخاذ الإجراءات التحفظية والتنفيذية في حق الطرف المدين، حيث تساعد بيانات الهوية على الإسراع في اتخاذ هذه الإجراءات . ونضيف في هذا السياق أيضا أن النص على العنوان الكامل لأطراف العقد مهم جدا ويساعد عند التقاضي ويساعد عند تنفيذ الأحكام.

صياغة العقود التجارية

البند الخامس : الإشراف إدارة مرحلة وتكوين العقد

تظهر أهمية عملية التوثيق والإشراف بشكل جلي عند إعداد العقد أو خلال المفاوضات اللاحقة التي تأتي بعد الإعداد . في عملية التوثيق والإشراف تصبح بالحصول على مختلف المناقشات التجارية بشكل سريع و التنسيق فيما بينها . إضافة إلى ذلك، يمكن لهذا الأسلوب حماية المستشار القانوني، فإنه يعطيه وسيلة لتسجيل المعلومات والآراء والتعليقات التي أدلت بها الشركة العميل في ما يتعلق بسبب والهدف من العقد من جهة، ومن جهة أخرى، تمكنه من تدوين الملاحظات والتعليقات التي جرت بين الطرفين خلال المحادثات والمفاوضات .

صياغة العقود التجارية

البند السادس: مقدمة العقد

كما هو الحال بالنسبة للعقود التقليدية ، كثيرا ما يستهل العقد التجاري أحكامه في ديباجة تشير إلى أهدافه وإلى خبرة الأطراف في موضوع العقد، وتؤكد أحيانا نية الطرفين في التعاون، وإقامة علاقات تجارية فيما بينهم، ومثل هذه العبارات تعد بالأصل جزءا من العقد ومثال على ذلك: "حيث أن الفريق الأول شركة متخصصة بإعداد برامج كمبيوتر للمصارف، وحيث أن الفريق الثاني مصرف فإنه يحتاج إلى جهة متخصصة لإنتاج مثل هذا البرنامج لخدمتهم في مجال عملهم".

صياغة العقود التجارية

البند السابع : أهم البنود الخاصة بالنسبة للعقود التجارية

أ-السرية وعدم الإفشاء

لا يتطلب إبرام وتنفيذ غالبية العقود قدرا من السرية ،اما لخصوصية موضوع العقد، أو لإعتبارات أخرى . ولتحقيق مبدأ السرية وعدم إفشاء، انه يلزم النص على ذلك صراحة في العقد ويمكن أن يشمل هذا النص تعريف المعلومات والبيانات التي تعد بالنسبة لطرفي العقد معلومات سرية لا يجوز إفشاؤها للغير ويمكن إضافة بعض الإستثناءات لذلك، كما يمكن توضيح الحالات التي لا تعد فيها المعلومات سرية ولا يشملها نطاق المادة، كما يشمل نص السرية أن يكون شرط السرية قائما ليس فقط فترة العقد وإنما بعد انتهاء العقد لمدة يحددها العقد المحرر ، وتجدر الإشارة إلى أن عدم النص الصريح على مبدأ السرية وعدم الإفشاء يجعل الباب مفتوحا إلى تسرب اسرار عمل طرفا العقد واسرار بعض المسائل الفنية التي تخص العقد .

صياغة العقود التجارية

ب- بند الفسخ والإنهاء

نظراً للطبيعة الإقتصادية للأعمال التجارية فإن البند الذي يُحدد حالات فسخ وإنهاء العقد أحد أهم البنود الخاصة في صياغة العقود التجارية.

ويتضمن بند الفسخ والإنهاء:

الحالات التي يجوز فيها فسخ العقد و الحالات التي يجب فيها فسخ العقد.

حالات الفسخ باتفاق الأطراف، حالات الفسخ بالإرادة المنفردة و حالات الفسخ المباشر.

تحديد الآثار المترتبة على الفسخ.

صياغة العقود التجارية

ج-بند يُحدد القانون الواجب التطبيق

غالبا ما يظهر هذا البند بشكل أكبر في صياغة العقود التجارية الدولية، والتي لا يكون أطرافها من نفس الدولة، وبالتالي يقوم الأطراف بالاتفاق على قانون واحد للتطبيق على العقد، حتى يتجنبوا تنازع القوانين.

وقد يعود اختيار القانون الواجب التطبيق في صياغة العقود التجارية إلى المكان الذي سينفذ فيه العقد، قانون دولة أحد الأطراف، أو قانون دولة مشتركة.

صياغة العقود التجارية

د-بند خاص بتحديد وسائل فض النزاع

قد يرى الأطراف أن وسائل فض النزاع البديلة كالوساطة أو التحكيم أفضل بالنسبة لطبيعة المعاملة بينهم، ولأن اللجوء على هذه الوسائل أمر اختياري ولا يتم إلا باتفاق الأطراف، فغالباً ما يفضل الأطراف النص عليه وقت صياغة العقود التجارية، لتجنب محاولة الاتفاق فيما بعد لاختيار أحد هذه الوسائل.

فإن لم يقرم الأطراف بتحديد وسيلة فض النزاع الاختيارية كالتحكيم في العقد؛ فإنهم ملزمون باللجوء إلى القضاء في حالة نشوء نزاع عن العقد، ولا يجوز لهم مخالفة ذلك إلا بعقد اتفاق منفصل لاختيار الوسيلة الاختيارية لفض المنازعات، كاتفاقية التحكيم.

صياغة العقود التجارية

البند الثامن : حقوق الملكية الفكرية وبراءات الاختراع

أهمية النص على هذه المادة تكمن في الحماية التي توفرها لطرفي العقد في حال الإدعاء من الغير بأن موضوع تنفيذ العقد يعتدي على حقوق و براءات مسجلة باسم الغير . ولهذا يتم النص في عقود الترخيص وتقنية المعلومات والخدمات وغيرها بأن الحقوق وبراءات الاختراع اللازمة كافة و المقدمة في العقد ملك لي مقدمها ولا تعتدي على حقوق وبراءات مسجلة للآخرين فيه يحمي الأطراف أنفسهم من أي شكوى أو دعوة أو مطالبة في هذا الخصوص .

صياغة العقود التجارية

البند التاسع: تأكد أن العقد ملزم قانوناً

قد يحتوي العقد على خطأ ما أو يفتقر لعنصر أساسي، مما يجعله قابلاً للإبطال أو يكون باطلاً بطلان مطلق، مما يُسبب العديد من المشاكل لأطرافه، وخصوصاً في الأعمال التجارية فضلاً عن خسارة المال أو خسارة عملك بأكمله.

ولذلك لتجنب هذه المشاكل من البداية ننصح بالإستعانة بمحامي ليساعدك في صياغة العقود التجارية الخاصة بك، بما يضمن لك الحصول على عقد مُتقن ملزم قانونية.



الأكاديمية العربية الدولية
Arab International Academy

شكراً على حسن إنصاتكم، آملاً لكم التوفيق و النجاح الدائم