

# القانون الواجب التطبيق على خطابات النوايا بين التنظيم والفراغ القانوني

THE EXTENT OF THE EFFECTIVENESS OF PUBLIC ORDER AGAINST  
THE INTERNATIONAL COMMERCIAL ARBITRATION COURT

م.د. أرميض عبيد خلف  
جامعة تكريت - كلية التربية للبنات



## المستخلص:

مما لا شك فيه أن عالمية الاقتصاد والتجارة الدولية والانفتاح العالمي زاد من دخول أطراف عالمية في تعاقدات مع بعضهم البعض، كما أن كبر حجم وتعقيدات العمليات التجارية الدولية أدى إلى ازدياد الحاجة إلى استخدام الكثير من الخطابات بين التجار المتفاوضين سابقة على التعاقد. فمثلا في العقود الكبيرة مثل عقود إنشاء البنية التحتية وعقود بيع وتركيب المصانع وعقود الإنشاءات وعقود تسليم المفتاح وعقود نقل التقنية، فإن الوصول إلى اتفاق حول إبرام العقد يتطلب مئات الخطابات المحررة بعد قبول العرض بالتفاوض، لطول المدة التي يستغرقها إبرام العقد، وتركز تلك الخطابات على التأكيد على النية في التفاوض، وعلى جميع ما يتطلبه إبرام العقد النهائي من وسائل فنية وموافقات حكومية ودراسات ومناقشات ودخول طرف ثالث، والتزامات السرية والاعلام وعدم التفاوض مع الغير، فخطاب النية يُعد أحد المحررات أو المستندات التي يتم إعدادها قبل صياغة وثيقة العقد النهائية. وهذا الخطاب من المستندات التي يتوصل لها الأطراف ويتفقون عليها أثناء التفاوض أو خلال المرحلة الأخيرة التي تسبق عملية التوقيع على العقد النهائي، فخطاب النية يدل دلالة ضمنية على نية مستقبلية لتوقيع العقد، إلا أن المشكلة فيما لو لم يتوصل الأطراف إلى إبرام العقد النهائي، فما مصير خطاب النية، الذي يتضح من تسميته أنه يدل على عدم الالتزام، فما مصير تلك الخطابات التي صدرت والمناقشات والنفقات والوقت والجهد، تكاد تجمع أغلب الدول على انتفاء أي قيمة قانونية لتلك التصرفات سواء كانت فردية (صادرة بإرادة منفردة) أو ثنائية (بإرادتين)، واعتبارها وقائع مادية ملموسة، يترتب على الإخلال بها المسؤولية التقصيرية في حال أثبات وقوع الضرر من قبل الطرف المتضرر، ويتحدد وفق ذلك القانون الواجب التطبيق وفقا لأحكام الالتزامات غير التعاقدية، فخطابات النية أو وعود الشرف أو التوصيات التعاقدية أو الالتزامات الأدبية أياً كانت التسمية التي تطلق على تلك الخطابات فإنها تمثل المحور الأساسي للمفاوضات، والأخيرة لم تنظم قانوناً في التشريعات الوطنية والدولية لحد الآن تعاني من فراغ تشريعي رغم ترك بعض الدول مسألة تحديد مدى وجود التزام تعاقدية من عدمه إلى الفقه والقضاء.

## Abstract

Undoubtedly, the globalization of the economy and international trade and global openness increased the entry of international parties into contracts with each other, and the large size and complexity of international trade operations led to an increase in the need to use a lot of documents between contracting traders before the contract was concluded. For example, in the big contracts such as contracts for the construction of infrastructure, contracts for the sale and installation of factories, construction contracts, turnkey contracts and technology

transfer contracts, reaching an agreement on concluding the contract requires hundreds of letters written after accepting the offer by negotiation, for the length of time that it takes to conclude the contract, and these letters focus on confirmation The intention to negotiate, and all the technical means required for the conclusion of the final contract, government approvals, studies, discussions, third party entry, commitment to the media obligations, and non-negotiating with others. The letter of intent is one of the documents or documents that are prepared before drafting the final contract document. This letter is one of the documents that the parties reach and agree upon during negotiation or during the last stage that precedes the process of signing the final contract. The letter of intent, which is clear from its name, indicates that it is not obligatory, so what is the fate of those letters that were issued, the discussions, the expenditures, the time and the effort, almost all countries agree on the absence of any legal value for these actions, whether they are individual (issued by a single will) or bilateral (with two wills), and consider them Concrete material facts, the breach of which entails tort liability in the event that the damage is proven by the injured party, and the applicable law is determined in accordance with the provisions of non-contractual obligations, letters of intent, honor promises, contractual recommendations or moral obligations, whatever the name given to those The letters represent the main axis of the negotiations, and the latter has not been legally regulated in national and international legislation so far. It suffers from a legislative vacuum, although some countries have left the issue of determining the extent to which there is a Contractual obligation to the judicial authority.

## المقدمة

## أولاً: التعريف بموضوع البحث:

لعل افضل ما ندلل به على موضوع البحث في القانون الواجب التطبيق على خطابات النوايا التي تتداول في المرحلة قبل التعاقدية في العقود الدولية، أن العقود الدولية اصبحت عقود مركبة ولم تُعد بالبساطة التي كانت عليها من قبل والتي كان ينعقد العقد بمجرد الاتصال الفوري بين الإيجاب والقبول، بل بات يسبقها مشاورات كثيرة تأخذ وقتاً طويلاً يتبادل فيه الاطراف الآراء والمقترحات، وهذه المرحلة قبل التعاقدية هي المرحلة الفاصلة بين تكوين العقد والعقد النهائي، فهذه المرحلة اصبح لها شأن كبيراً وتشغل بال اطراف موضوع الدراسة فيما إذا كان هذا العقد الدولي يلبي احتياجاتهم، فالأطراف لديهم الحرية التعاقدية الكاملة في اي مرحلة من مراحل العقد سواء مرحلة قبل التعاقدية أو مرحلة التعاقد، لكن المرحلة التعاقدية هي التي تظهر فيها مطابقة الايجاب للقبول، أما المرحلة قبل التعاقدية هي تعبير عن رغبة الشخص في التعاقد ولا يصح أن تكون ارادة باطنية أو مسالة كامنة داخل النفس، بل لابد من تصرفات خارجية صريحة ومكتملة الشكلية حتى يصبغ عليها الطابع القانوني، فخطابات النوايا أو خطاب النية هي التي تعبر عن إرادة حقيقية للأطراف في الرغبة بالتعاقد، متى ما ظهرت للاعيان مكتوبة بطريقة لا تقبل الشك والتأويل، وكثيرا ما يقع الخلط بين النية والإرادة فيجعل منهما شيء واحداً، 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 عائداً 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 تعاقدية ، إذ أن الإرادة متوجهة إلى شخص آخر معين بخلاف النية التي هي قرار مع النفس غير متوجهة إلى شخص آخر.

## ثانياً: اهمية البحث:-

تتجلى اهمية البحث في تزايد المشكلات التي تثيرها المرحلة قبل التعاقدية، من خلال عدول احد الطرفين في أي وقت ودون أدنى مسؤولية أيا كان مسلكه في هذا العدول وأيا كان الضرر الذي لحق الطرف الاخر، وهذا ما ينسجم مع مبدأ الحرية التعاقدية في العلاقات الدولية الخاصة، لكن في المقابل لابد من توفر الامن لهذه الحرية التعاقدية، فالموضوع ينصب على عقود دولية تستغرق وقت طويلاً وجهد ونفقات كبيرة كعقود تشييد المطارات وبناء انفاق المترو وعقد تسليم المفتاح باليد وعقود الانشاءات اي العقود التي تتطلب تكاليف مالية باهضة، وهذا ما يكلف المتفاوض عليها سواء كان رؤساء شركات

او رجال اعمال تكاليف مالية كبيرة تتمثل في مصاريف السفر وتحديد مكان الاجتماع وطلب خبراء وفنيين، وهذه العملية تتخللها مراسلات وخطابات وهذه ما تعرف بخطابات النوايا او عهود الشرف، ويكون المتفاوض بحاجة الى ما يضمن له جدية التفاوض ويكفل له المحافظة على امواله ومجهوداته من الضياع خاصة وأن القانون لم ينظم هذه العملية بنصوص خاصة، وانما تركها للقضاء والذي لا يعبا عادة بالتفاوض، فالتوفيق بين عامل الحرية التعاقدية وعامل الامان يتطلب صياغة الخطابات او المراسلات الكتابية بصورة صريحة وواضحة للحفاظ على حقوقهما والتزامتهما.

### ثالثاً: إشكالية البحث:

إن اشكالية البحث تنطلق من عنوانه وهو القانون الواجب التطبيق على خطابات النوايا بين التنظيم والفراغ القانوني، فالفراغ التشريعي كان سائداً في المرحلة قبل التعاقدية أو ما تسمى مرحلة المفاوضات، فالتشريعات المقارنة لم تتصدى لهذه المسألة بالنصوص صريحة أو بالأحرى لم تنظمها اطلاقاً ولا تمنحها إي قيمة قانونية عند بعض الدول، فالبحت بهذا الموضوع جاء لمحاولة كشف التنظيم القانوني لخطابات النوايا في قوانين الدول وموقف القضاء والفقهاء القانوني من ذلك.

### رابعاً: منهجية البحث:

اعتمدنا في هذا البحث على المنهج التحليلي، وذلك بتحليل خطابات النوايا وبيان اسلوب صياغتها ومضمونها، من خلال البحث في المؤلفات العامة والتخصصية والقوانين المقارنة وشبكة الانترنت، واعتمدنا ايضا المنهج المقارن لبيان موقف التشريعات الوطنية بشأن التنظيم القانوني لخطابات النوايا، وما اذا كان هناك اختلاف فيما يتعلق بخطابات النوايا او تتفق تلك التشريعات على رؤية واحدة تجاه تلك الخطابات، وكذلك المنهج التأصيلي برد الفروع الى اصولها وذلك الرجوع الى النظريات العامة التي تحكم العقود سواء في القانون العراقي او غيره من القوانين الاخرى.

## المبحث الاول ماهية خطابات النوايا وقيمتها القانونية

### تمهيد وتقسيم:

إن التطور الصناعي والعمراني الكبير في العصر الحديث، اظهر العديد من العقود الدولية التي لم تكن مألوفة من قبل، كعقود البنى التحتية، وإنشاء مترو الانفاق، ومحطات الطاقة بنظام ال B.O.T ، والتي تتميز بالتعقيد وطول مدة تكوينها أو انعقادها، والتي يصعب معها ابرام العقد بمجرد الايجاب والقبول<sup>(١)</sup>، فهذه العقود تحتاج الى مفاوضات سابقة لانعقادها، وخطابات النوايا تُعد المحور الرئيسي لمفاوضات العقود الدولية، فهي مستندات بالغة التعقيد والتنوع في مضمونها، وسنقوم في هذا المبحث بتسليط الضوء على خطابات النوايا من حيث تعريفها ومضمونها وبيان صورها وخصائصها، ومن ثم قيمتها القانونية، وذلك في مطلبين، وعلى النحو التالي:-

### المطلب الاول: تعريف خطابات النوايا

خطابات النوايا مستندات مختلفة المضامين ومتنوعة الصور لا تجتمع في صيغة موضوعية واحدة، تختلط فيها فكرة الاخلاق بالقانون من حيث حسن النوايا في صيغة خطابات النوايا<sup>(٢)</sup>، وقد يتضمن خطاب النوايا مقترحات من أحد طرفي العقد المحتملين أو من كليهما، كما قد يتضمن تعهد أحدهما بأن يقوم بعمل معين، يتم تحرير تلك الخطابات في المرحلة السابقة على التوقيع النهائي على العقد. 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 نوايا<sup>(٣)</sup>، وهذه الخطابات بالغة التعقيد في عمومها، وهذا ما يعكس صعوبة تعريفها ، سوف نقوم بتسليط الضوء في هذا المطلب على مدى تضمين التشريعات الوطنية والدولية تعريف لخطابات النوايا، وكذلك بيان صورها وخصائصها وأساليب صياغتها، وعلى النحو التالي:

### الفرع الاول: تعريف خطابات النوايا

إن خطابات النوايا كما اسلفنا هي مستندات بالغة التنوع في فحواها ومضمونها، وهذا يعكس صعوبة تعريفها لاختلاف مضمونها من خطاب الى اخر، ولا يوجد خطاب

(١) إن حسن النية هي مسألة كامنة في النفس ولا يمكن التحقق منها، أما تسمية خطابات النوايا فيها نوع من التضليل والغموض واللبس فهي مسألة يتطلب البحث فيها في بحث خاص، ولكن قد يكون من اراد هذه التسمية ان تتسم خطابات النوايا بحسن النية أي أن يكون طرفا التفاوض لديهم حسن النية في التعامل من خلال مراسلاتهم المتبادلة من أجل ابرام عقد مستقبلي، فالخطابات تعبر عن حقيقة الشخص في ابرام العقد، ينظر في ذلك، د. عقيل فاضل حمد الدهان، منذر ابراهيم حسين، الاطار القانوني لعقد التفاوض الالكتروني، بحث منشور في مجلة جامعة ال البيت عليهم السلام ، العدد، ص ٥٥.

(٢) ينظر في ذلك، مها محسن علي السقا، مبدأ حسن النية في مفاوضات عقود التجارة الدولية، ط ١، ٢٠١٦، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، ص ٣٢.

(٣) ينظر في ذلك، محمد عبد الظاهر حسين، الجوانب القانونية للمرحلة السابقة على التعاقد، مجلة الحقوق الكويتية، ع ٢ (مجلس النشر العلمي)، جامعة الكويت، ١٩٩٨، ص ٢٥.



واحد يشمل خطاب معين وبذلك سميت خطابات النوايا<sup>(٤)</sup>، فالتشريعات الوطنية لم تضع أو لم تشر بالأصل تعريف للمرحلة قبل التعاقدية التي تسمى مرحلة المفاوضات التي يمكن من خلالها ايجاد تعريف لخطابات النوايا، وكذلك القواعد الموضوعية الاتفاقية الدولية التي وردت في اتفاقتي لاهاي ١٩٦٤ واتفاقية فيينا ١٩٨٠ لم تتطرق اصلا الى تعريف المرحلة قبل التعاقدية (المفاوضات) حتى يمكن وضع تعريف لخطابات النوايا، فخطابات النوايا يصعب تعريفها فهي تختلف من قانون الى آخر، بل ومن متعاقد الى اخر، حتى أن الاحكام القضائية سواء على مستوى التشريعات المقارنة أو أحكام التحكيم الدولية<sup>(٥)</sup> لم تتضمن هي الاخرى تعريفا لخطابات النوايا.

إلا أن في نهاية المطاف نجد محاولات من بعض الفقه لتعريف خطابات النوايا<sup>(٦)</sup> فعرفها بعض الفقه من خلال الدور المناط بها بانها وسيلة اثبات ما تم بين الاطراف في مرحلة المفاوضات « فخطابات النوايا هي الوسيلة التي يتأكد بها ما تم الاتفاق عليه في المفاوضات ومن ثم عدم امكانية العدول عنه.

ويذهب البعض الاخر إلى تعريف خطابات النوايا بانها « خطابات يحدد فيها احد الطرفين للآخر مسألة حالية او مستقبلية في المفاوضات تبدو في تقديره هامة، بما يقتضي التحوط لها بمستند مكتوب<sup>(٧)</sup> وذهب جانب اخر من الفقه الى تعريفه بما يتناسب مع مسماه بانه « مستند مكتوب يوجه من طرف يرغب في التعاقد على أمر معين إلى الطرف الاخر يعرب فيه عن رغبته تلك، وي طرح فيها الخطوط العريضة للعقد المستقبل المزمع إبرامه ويدعو الى التفاوض والدخول في مفاوضات حولها<sup>(٨)</sup> ويمكن تقديم تعريف له بانه (وثيقة مكتوبة قبل العقد النهائي تعكس الاتفاقات أو الفهم المبدئي لطرف أو اكثر من اطراف التعاقد التجاري بغية الدخول في عقد مستقبلي)<sup>(٩)</sup> ويمكن من جانبنا تعريفها بانها « مستند مكتوب ينطوي على توجه طرف الى طرف اخر للبحث في امر معين بغية الوصول الى ابرام عقد نهائي من خلال التباحث حول المسائل التي يدور حولها العقد بغية ابرامه». وبالتالي فان المستند الذي لا يتضمن ما يفيد ابداء الرغبة في التعاقد ، ولا ينطوي على النقاط الاساسية للتعاقد ولا يرسم الخطوط العريضة المستقبلية لعملية التعاقد، ولا يشتمل على دعوة الطرف الاخر للالتقاء والجلوس سويا للتداول حولها، لا يعتبر خطاباً للنوايا بل يسمى باسمه.

(٤) ينظر في ذلك، د. أحمد عبد الكريم سلامة، النظام القانوني لمفاوضات العقود الدولية، مجلة الامن والقانون اكااديمية شرطة دبي، السنة الحادية عشر، العدد الاول يناير، ٢٠٠٣، ص ١٠.

(٥) ينظر في ذلك، مها محسن علي السقا، مصدر سابق، ص ٦٨.

(٦) راجع في ذلك، د. وائل حمدي احمد، حسن النية في البيوع الدولية، دار الفكر والقانون، المنصورة، ٢٠١٠، ص ٣٤٥.

(٧) ينظر في ذلك، د. ابو العلا النمر، مفاوضات عقود التجارة الدولية، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية القاهرة، ٢٠٠٢،

(٨) راجع في ذلك، أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي (مفاوضات العقود الدولية، قانون الارادة وأزمته)، دار النهضة العربية القاهرة، ص ٣٤.

(٩) هذا التعريف اكثر ملاءمة وموضوعية لهذه الخطابات، للمزيد في ذلك راجع د. وائل حمدي أحمد، مصدر سابق ص ٣٤٥.



## الفرع الثاني: صور خطابات النوايا وخصائصها وصياغتها

تتخذ خطابات النوايا العديد من الصور، وتتمتع بجملة من الخصائص نوجزها من خلال الفقرتين التاليتين :-

أولاً:- صور خطابات النوايا:- قد يتبادل اطراف التفاوض العديد من خطابات النوايا خلال المرحلة قبل التعاقدية تتخذ العديد من المسميات بتعدد اغراضها ومعانيها واختلاف مضمونها وصورها، فعلى سبيل المثال لا الحصر:-

١. خطاب إستعلاي تبادلي:- حيث يقتصر على مجرد طلب معلومات أو الرد على استفسارات محددة بشأن العملية التعاقدية، فهو يعبر رغبة بمشروع تلك العملية دون اي نية في الدخول بالمفاوضات<sup>(١٠)</sup>.

٢. خطاب للدعوة للبدء في التفاوض:- إن الراغب في التعاقد كثيرا ما يقوم بتوجيه دعوة إلى شخص معين أو إلى أفراد الجمهور، يعلن فيها عن رغبته في التفاوض بشأن هذا العقد تمهيدا 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 فيه<sup>(١١)</sup> ويقتصر فيه التفاوض على الشروط الخاصة والمسائل التفصيلية النوعية والمتغيرة واطهار النية الجادة في التعامل من خلال اتخاذ التدابير اللازمة كالحصول على موافقة الجهات الحكومية والمؤسسات المصرفية لتمويل المشروع.

٣. خطاب الاتفاق المبدئي الحر:- هو الاتفاق الذي يتم توجيهه خلال المفاوضات، ويثبت فيه اتفاق الطرفين على بعض الالتزامات التي تكون مستقلة عن تلك الواردة في العقد النهائي المزمع إبرامه، كالخطاب الذي يتضمن الاتفاق على عدم قطع المفاوضات دون سبب معقول، وعدم افشاء الاسرار حول ما يدور من دراسات للجوانب المالية والفنية والتنفيذية للصفقة، وكذلك الخطابات التي تتضمن عدم الدخول في مفاوضات موازية، والالتزام بالتحكيم.

٤. خطاب الاتفاق المبدئي التعاقدية: هو الخطاب الذي يصدر بعد مرحلة كبيرة من المفاوضات تم التوصل فيها الى أمور ونقاط أساسية او تصور لمشروع تفاصيل العقد النهائي، وهذا ما يطلق عليه مذكرة التفاهم أو مذكرة الاتفاق<sup>(١٢)</sup> ويحرص من يصدر منه الخطاب على التأكيد على أن ذلك غير ملزم للطرفين إلا بعد توقيع العقد النهائي او استيفاء بعض الشروط او حدوث امر معين مثل الحصول على تسهيل ائتماني او قرض معين او استغلال براءة الاختراع أو الاتفاق مع الموردين للبدء في تصنيع أو تصميم المعدات أو الآلات.

٥. خطاب مشروع العقد النهائي: وهو الخطاب الذي يأتي بعد التوصل لتصور

(١٠) ينظر في ذلك، د. محمد حسين منصور، العقود الدولية، دار الجامعة الجديد للنشر الاسكندرية، ٢٠٠٩، ص ٤٢.

(١١) ينظر في ذلك، ماجي سعاد، خطابات النوايا كوسيلة قانونية لتأمين تنفيذ الالتزامات «دراسة تأصيلية تحليلية مقارنة»، رسالة ماجستير، مقدمة الى كلية الحقوق والعلوم السياسية - جامعة ابو بكر بلقايد- تلمسان، ص ١٣.

(١٢) راجع، د. محمد حسين منصور، العقود الدولية، مصدر سابق، ص ٤٣.

كامل لمشروع معين وبنود العقد النهائي، غير أن التوقيع على العقد النهائي والبدء في تنفيذه معلق على بعض الشروط أو حدوث أمر معين. وهذا ما يحدث في شأن عقود نقل التكنولوجيا، والتنقيب على الثروات الطبيعية، لا يتم التوقيع على العقد النهائي وتنفيذه إلا بعد الحصول على التراخيص الخاصة باستغلال براءة الاختراع أو المعرفة الفنية، والتراخيص الإدارية لمباشرة النشاط والدخول الى الموقع، أو الحصول على تسهيل ائتماني أو قرض من إحدى المؤسسات المالية<sup>(١٣)</sup>.

ثانيا: خصائص خطابات النوايا: إن خطابات النوايا رغم تعدد اشكالها، وكذلك تباين تفاصيل مضمونها إلا أنها تشترك في جملة من الخصائص نوجزها من خلال النقاط التالية:

١. خطابات النوايا تأخذ شكل مستند مكتوب، رغم اختلاف اشكالها ومضامينها، فلا يمكن أن تتم شفاهه، فالعبرة بالكتابة لتحديد مضمون المحتوى من حيث أهميته من عدمه.
٢. خطابات النوايا أو المستندات قبل التعاقدية في مجملها تلخيص للخطوات أو النقاط الرئيسية التي استقر عليها اطراف التفاوض<sup>(١٤)</sup> دون أن يؤثر ذلك على امكانية الغائها كليا أو تعديلها في المرحلة المستقبلية.
٣. خطابات النوايا هي التي تحدد امكانية قطع المفاوضات وفق ما تحويه من مضمون، لان تقوم على مبدأ حرية الاطراف في العملية التعاقدية.
٤. خطابات النوايا لا يترتب عليها مسؤولية تعاقدية، كونها لا ترتقي إلى مستوى العقد، إلا انها تستلزم التعامل بحسن نية من كل الطرفين.

### الفرع الثالث: صياغة خطابات النوايا

في ظل عدم وجود تعريف وتنظيم قانوني محدد لخطابات النوايا لحد الان. وليس من السهل وضع تنظيم قانوني لها، فأن صيغ خطابات النوايا تلعب دور في تفسير النية الحقيقية للطرفين وجديتها، وهذه تسهم في تسهيل عملية التفاوض وطمأنة الطرف المتلقي للخطاب بجدية تعامله وأنه يرغب في التعاقد على انجاز المشروع، وخطاب النوايا قد يستخدم لوضع الاطار العام للمفاوضات بالإضافة الى تحقيق أهداف اخرى عديدة تختلف باختلاف الظروف وموضوع التعاقد. أيا كانت التسمية التي تطلق على خطابات النوايا<sup>(١٥)</sup> فلا بد من مراعاة عدة أمور عند صياغة خطابات النوايا وهي:

أولاً: يجب أن يتضمن الخطاب تحديداً واضحاً للموضوع الذي يريد الأطراف الاتفاق عليه والهدف الذي يراد تحقيقه من إصداره.

(١٣) ينظر في ذلك، د. أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، مصدر سابق، ص ٤٢ وما بعدها.

(١٤) ينظر في ذلك، مها محسن علي السقا، مصدر سابق، ص ٧٠-٧١.

(١٥) ينظر في ذلك، د. ابو العلا على ابو العلا النمر، مصدر سابق، ص ٧٦.

- ثانياً: يجب أن يحتوي خطاب النوايا على الإيضاحات الآتية:
١. مدة سريان الخطاب. فوضع مدة لنهاية الخطاب يدل على النية الحقيقية لمصدره في التوصل الى اتفاق.
  ٢. تحديد طبيعة ونوع العمل المراد عليه بوضوح ناف للجهالة.
  ٣. يجب أن يحدد الخطاب بوضوح ما يجب اتخاذه بالنسبة لما تم انجازه من العمل المتفق عليه في حالة انتهاء الخطاب او انتهاء مدته<sup>(١٦)</sup>.

ثالثاً: ضرورة صياغة وكتابة خطاب النوايا بلغة سليمة وواضحة بعيدة عن أي لبس أو غموض ويقضي ذلك مراعاة ما يأتي:

١. تحديد نوع الخطاب، وهذا مرتبط بتحديد نوع وطبيعة العقد المراد الاتفاق عليه.
٢. تحديد القوة الإلزامية لخطاب النوايا، وهذا تترتب عليه مسؤولية الطرفين حول ما يدور من التزامات بينهما مستمدة من مبدأ حسن النية الذي يعد من المبادئ الأساسية في التعاملات الدولية<sup>(١٧)</sup>.

وبالتالي فإن خطابات النوايا في حقيقتها هي تعبير عن إثبات الالتزام الذي تم الاتفاق عليه في وثائق مكتوبة بغرض عدم التوصل منه، وهذا ما يقتضي الالتزام به في كل المراحل التي تمر بها خطابات النوايا منذ الاخطار بخطاب النية نحو البدء بالمفاوضات حتى الوصول الى التصور النهائي لنصوص وبنود العقد المراد إبرامه، ومن خلال صياغة نموذج خطابات النوايا يمكن إثبات القيمة القانونية لخطابات النوايا ومدى إلزاميتها للطرفين، وهذا ما سوف نسلط عليه الضوء في المطلب القادم.

### المطلب الثاني: القيمة القانونية لخطابات النوايا

إن القيمة القانونية لخطابات النوايا تتطلب البحث في مضمون كل خطاب من خطابات النوايا، فخطابات النوايا لا بد أن تكون عرضه للتحخيص للكشف عن معانيها ومدلولاتها، وخصوصاً ما يتعلق منها بالدلالة اللغوية، والدلالة اللغوية الغاية منها التعرف على النية المستقبلية لدى من يصدر منه خطاب النوايا، إلا أن ما يفيدنا في الخصوص هو الكشف عن المدلول القانوني لخطابات النوايا في إطار علاقات القانون الدولي الخاص، من خلال دور ارادة الاطراف والتشريعات القانونية والدولية في تحديدها قيمتها القانونية، وهذا ما سوف نسلط الضوء عليه عن النحو التالي:

#### الفرع الاول: دور ارادة الاطراف في تحديد القيمة القانونية لخطابات النوايا

في ظل عدم وجود تنظيم قانوني في كل دول العالم لحد الآن تدخل في نطاق دائرته خطابات النوايا، فإن إثبات قيمتها القانونية يمكن استنتاجه من خلال تحليل صيغة خطابات النوايا التي يصدرها الاطراف وبيان مضمونها رغم تعدد اشكالها ومحتواها، فغالباً ما تكون صيغة تلك الخطابات يعترها اللبس والغموض وعدم الوضوح ويغلب عليها

(١٦) راجع في ذلك، د. ابو العلا النمر، المصدر السابق، ص ٧٧.

(١٧) ينظر في ذلك، أحمد عبد الكريم سلامة، العقد الدولي، مصدر سابق، ص ٤٤، وبنفس المعنى د. وائل حمدي أحمد، حسن النية في البيوع الدولية، مصدر سابق، ص ٣٤٥.

طابع العمومية وعدم الدقة ، مما يصعب مهمة التكييف القانوني لهذه الخطابات، وهذا يُعد امراً طبيعياً لأن خطابات النوايا ما هي إلا مراحل تمهيدية لبدء في المفاوضات، خاصة أن الاشكال المختلفة لهذه الخطابات ليس محلاً لقواعد قانونية تنظمها بذاتها سواء بالقانون العام أو القانون الخاص<sup>(١٨)</sup>. إلا أن خطابات النوايا لها قيمة قانونية ملزمة من حيث الاثبات، فهي وسيلة اثبات لما تحتويه من التزامات للطرفين كونها تمثل صمام أمان وعصب المفاوضات، فهذه الخطابات تمثل محور المفاوضات الدائرة بشأن العقد المزمع ابرامه، وبدونها لا يمكن القول بوجود مفاوضات، إلا أن جانب من الفقه يجردها من كل قيمة الزامية قانونية ومعنوية، ويلحقها بالمفاوضات بالقول بانها « تستمد قوتها القانونية من النظرة التشريعية للمفاوضات في التشريعات المقارنة».

فخطابات النوايا تأخذ شكلاً إلزامياً إذا تضمنت التزامات محددة، أو كشفت عباراته عن اتفاق على مسائل معينة، هنا نكون بصدد اتفاق مبدئي *de Principe un accord* يحدد إطار عملية التفاوض ومبادئها، مثل الالتزام بالمحافظة على السرية المعلومات المتبادلة<sup>(١٩)</sup> ومواصلة المفاوضات بحسن نية<sup>(٢٠)</sup> وحظر الدخول في مفاوضات مع الغير بخصوص موضوع التفاوض خلال مدة محددة<sup>(٢١)</sup>. وتترتب المسؤولية عند الاخلال بالالتزامات الناشئة عن هذه الاتفاقات.

فإرادة الطرفين بتحديد صيغ خطابات النوايا، ومضامينها، والالتزامات الناشئة عنها وفق ما سبق ذكره في هذا الفرع تتمتع بسيادة *Souverainete* واستقلال *Autonomie* ، فإرادة الطرفين هي المشرع لمختلف بنود العقد حسبما تتلاقى مصالح الاطراف، وبالتالي تشكل قواعد قانونية خاصة تشكل في مجموعها القانون التعاقدى الذي ينظم علاقات وروابط الاطراف، ويشبه القانون الصادر عن البرلمان<sup>(٢٢)</sup> ويتمتع الاطراف باستقلال في ذلك، فلا يخضع الاطراف لغير ما تمليه عليه المصالح والمنافع المشتركة، مع التحفظ الخاص بعدم الارتطام بمقتضيات المصلحة العامة والنظام العام.

فإرادة محرر خطاب النوايا، وسلوك الطرف الاخر ممكن أن تحسم مشكلة القيمة القانونية وفقاً لإرادة الطرفين من ناحية القوة القانونية الملزمة. فقد تتضمن خطابات النوايا الدعوة إلى التفاوض فيكون مضمون هذا الخطاب لا يتضمن قيمة قانونية ما لم يتصل به خطاب مقابل بقبول الدعوة إلى التفاوض، وهذا قد يكون خطاب النوايا رفضاً للتفاوض مع العميل، وينبغي توخي الحذر الشديد عند صياغة خطابات النوايا، من حيث استخدام ألفاظ واضحة ومحددة تدل بشكل واضح على أن الأمر يتعلق بمجرد دعوة الى التفاوض

(١٨) ينظر في ذلك، د. هاني صلاح سرى الدين، المفاوضات في العقود التجارية الدولية، دراسة مقارنة في القانون الانجليزي والمصري، دار النهضة العربية القاهرة، ١٩٩٧، ص ١٣.

(١٩) «جميع المعلومات التي كشف عنها أو تم توفيرها من قبل أحد الاطراف إلى الطرف الأخر، سواء كانت شفوية أو مكتوبة، وتتعلق بمناقشات موضوع الاتفاق، تعتبر معلومات سرية وحقاً من حقوق الطرف الذي يكشف عنها ويتعهد الطرف المتلقي لهذه المعلومات بعدم افشائها للغير، كما يتعهد بعدم استعمالها في أي عمل سوى تحليل وتقييم مصلحته في العقد المزمع الدخول فيه، ويلتزم بالمحافظة عليها وحمايتها بنفس المستوى الذي يحافظ به على حقوقه الخاصة، راجع في ذلك، د. ابو العلا النمر، مصدر سابق، ص ٧٨.

(٢٠) راجع في ذلك، محمد حسين منصور، مصدر سابق، ص ٤٤.

(٢١) ينظر في ذلك، هاني صلاح سرى الدين، مصدر سابق، ص ١٩.

(٢٢) ينظر في ذلك، أحمد عبد الكريم، العقد الدولي، مصدر سابق، ص ٤٦.

لا تحمل أي جانب إلزامي لمصدرها، أن أسلوب صياغة خطاب النوايا هو الذي يحدد رغبة الاطراف في أن يكون هذا الخطاب ملزماً قانوناً لمصدره من عدمه<sup>(٢٣)</sup>. واسلوب صياغة خطابات النوايا غالباً ما يشوبه عدم الدقة والوضوح لان من يتولى تحرير هذه الخطابات المسؤولون التنفيذيون في المشروعات من مديرين ومهندسين، دون الاستعانة برجال القانون<sup>(٢٤)</sup>، وما هو ما يلقي على عاتق رجل القانون عبئاً ثقيلاً في سبيل التعرف على القيمة القانونية خطابات النوايا ومدى التزامها القانونية من عدمه.

### الفرع الثاني: دور التشريعات الوطنية في تحديد القيمة القانونية لخطابات النوايا

اختلفت التشريعات الوطنية والدولية في تحديد القيمة القانونية لخطابات النوايا تلك الخطابات الغير واضحة المعالم القانونية، فقد ذهبت بعض الدول الى عدم الاعتراف للمرحلة قبل التعاقدية بأي قيمة قانونية ملزمة والتي تعد خطابات النوايا المحور الرئيسي لها، فقد ذهب القانون الانجليزي الى تجريد خطابات النوايا من أي قيمة قانونية، فالقانون الانجليزي لا يوجد فيه أي تنظيم قانوني للمرحلة قبل التعاقدية أو ما تسمى بمرحلة المفاوضات وكل ما يدور في فلك المفاوضات من خطابات ، وقبل التوصل لاتفاق حقيقي وكل الوثائق تعد خرج دائرة التنظيم القانوني<sup>(٢٥)</sup> فالقضاء الانجليزي لا يختلف مع قانونه بهذا الصدد من حيث عدم الاعتراف بالمسؤولية قبل التعاقدية وكل ما يتداول من محررات أو مستندات مكتوبة اثناء المفاوضات.

ففي قضية تتلخص وقائعها في أن احدى الشركات الهندسية قد أرسلت خطابات نوايا إلى شركة أخرى تخبرها برغبتها في التعاقد معها ، وأخطرتها ببدا الأعمال معها دون انتظار، وعلى إثر خلاف بين الطرفين، ورفع الأمر إلى القضاء، قررت المحكمة المختصة أنه لم ينشأ عن خطاب النوايا ، من الطرف الاول أي التزام تعاقدي ، رغم بدء تنفيذ الأعمال من قبل الطرف الاخر .

أما في القانون الامريكي فانه يعتقد 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 عقدا دون حاجة إلى انتظار توقيع العقد النهائي، بل يعتبره وثيقة ملزمة وقابلة للتنفيذ إذا تضمن تحقق شرط معين وقع بالفعل مثل النص على ذلك الخطاب على أنه لا يعد تعاقدًا نهائيًا إلا إذا دافعت جهة الإدارة على المعاملة بشأنه، أو إذا وافق بنك محدد على شروط التمويل المقترحة .وفي نفس هذا المعنى صدر حكم قضائي في الولايات المتحدة الأمريكية في ١٤ / ١١ / ١٩٨٥، بالتعويض على شركة من أكبر شركات البترول الأمريكية (تكساكو)<sup>(٢٦)</sup>، 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،

(٢٣) ينظر في ذلك، ابو العلا النمر، مصدر سابق، ص ٧٧.

(٢٤) راجع في ذلك، محمد حسين منصور، مصدر سابق، ص ٤٥.

(٢٥) ينظر في ذلك، مها محسن علي السقا، مصدر سابق، ص ٨٤.

(٢٦) راجع في ذلك، ماجي سعاد، مصدر سابق، ص ٥٧. وينفس المعنى ،ينظر في ذلك، د. وائل حمدي، مصدر سابق

ص ٣٤٧.



وكانت معلقة على موافقة مجلس إدارة الشركة جيتي مع علمها بتوقيع مذكرة الاتفاق، فقد رأَت المحكمة في هذا الإتفاق إتفاقاً ملزماً لأطرافه والزمّت شركة تكساكو بدفع تعويض بلغت قيمته ١٠ مليار دولار أمريكي، خفض بعد الإستئناف إلى مليار دولار فوجه الإلزام هنا حتى ولو كان في المرحلة التمهيدية للتعاقد النهائي، ولكن متى وضع التوقيع على الإتفاق يصبح نافذاً، وكثير 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. فهنا اعتبرت خطابات النوايا المحور الاساسي لعملية التفاوض وتستمد قيمتها القانونية من النظرة التشريعية للمفاوضات، لان من خلالها يتم اثبات المفاوضات، وهذا ما يخالف ما ذهب اليه جانب من الفقه الذي جردها الاخير من القيمة القانونية والمعنوية<sup>(٢٧)</sup>.

أما في القانون الفرنسي فقد سكت حيال هذه المشكلة ، فلم يتضمن نصا 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. فقد انطلق المشرع من مبدأ الحرية التعاقدية، فالأطراف لهم الحق في الاستمرار في مواصلة المفاوضات أو قطعها دون أن يترتب على ذلك أية مسؤولية قانونية لعدم الزامية خطابات النوايا، فأن الإرادة التعاقدية هي التي تستطيع الدخول انشاء التزامات تعاقدية والدخول في دائرة المسؤولية العقدية المنظمة قانوناً، كما تستطيع أن تبقى حرة طليقة لا تفرض التزاما على صاحبها<sup>(٢٨)</sup>.

ولقد عنى المشرع الفرنسي بإيجاد حل لهذه المشكلة، وانتهى إلى أن الاتفاق 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 ١٥٨٣ من القانون المدني الفرنسي التي تقضي بأنه «يعتبر البيع تاما بين الطرفين بمجرد الاتفاق على الشيء المبيع والثمن» . 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 الاتفاق على هذه المسائل»<sup>(٢٩)</sup>.

تثير خطابات النوايا في ظل التشريعات المدنية العربية إلى تحري قواعد ارتباط الإيجاب بالقبول، لإسباغ الصفة التعاقدية عليها، فقد ذهب المشرع المصري على غرار ما ذهب اليه المشرع الفرنسي، بعدم إضفاء الصفة القانونية على المرحلة قبل التعاقدية وعدم تنظيمها في تشريعه، وقد جاءت المادة ٩٥ من القانون المدني المصري رقم

(٢٧) ينظر في ذلك، د. وائل حمدي أحمد، مصدر سابق، ص ٣٤٧.

(٢٨) ينظر في ذلك، د. أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، مصدر سابق، ص ٥٧.

(٢٩) ينظر في ذلك، رجب كريم عبد اللاه، التفاوض على العقد، دراسة تأصيلية تحليلية مقارنة، دار النهضة العربية القاهرة، ٢٠٠٠، ص ٥٢٧.

١٣١ لسنة ١٩٤٨ متفقة مع ٢٥٨٣ من القانون الفرنسي<sup>(٣٠)</sup> اما في القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١، فإن تطبيق المادة (١/٨٦) والمادة (٢/٨٦) منسجمة مع القانون الفرنسي والمصري<sup>(٣١)</sup>. الملاحظ على نصوص المواد السابقة في التشريعات الوطنية المختلفة، تطلبت الاتفاق على جميع المسائل الجوهرية كأن يتفقا في عقد البيع على المبيع والثمن ويؤجلان الاتفاق على المسائل الثانوية الاخرى كمكان التسليم وميعاده ونفقاته وكيفية الوفا بالثمن..... الخ. والذي يبرر تطبيق تلك المواد هو أن ارادة الاطراف قد اتجهت الى اعتبار العقد قد انعقد حتى لو قام خلاف بينهما فيما بعد على المسائل الثانوية المرجأة فهما قد اعتبرا أن هذه المسائل لا تحول دون انعقاد العقد وهو أمد يملكانه طبقاً لمبدأ سلطان الارادة ولا عائق يحول دون ذلك قانوناً متى توافرت للعقد عناصره الجوهرية اللازمة قانوناً لإتمام العقد<sup>(٣٢)</sup> وطبقاً لما جاء بنصوص التشريعات الوطنية سلفة الذكر، فإن الاتفاق يلزم اطرافه ويكون للقاضي سلطة تكملة العقد متى ما تم الاتفاق على كافة العناصر الجوهرية اللازمة لانعقاد العقد.

إلا اننا نرى من جانبنا أن ما ذهبت اليه التشريعات الوطنية هو اعطاء تفسير موسع، فلا بد من عدم التوسع وأن تفسر تلك النصوص تفسيرات ضيقة، فالأصل هو توقف سلطان القاضي عند تفسير ارادة العاقدين دون تكملة العقد على النحو الذي تضمنته التشريعات الوطنية كالمادة ٢/٨٦ من القانون المدني العراقي والمادة ٩٥ من القانون المدني المصري، وبعبارة اخرى فإن نص المادة ٢/٨٦ والمادة ٩٥ من القانونين العراقي والمصري، لا يعدو إلا أن يكونا استثناء من قاعدة عامة، ومن ثم لا يجوز التوسع فيهن، وخاصة في اطار العقود التجارية الدولية (التي تبلغ قيمتها عشرات بل ومئات الملايين من الدولارات)<sup>(٣٣)</sup> فإن هناك العديد من الامور التي يجب اعتبارها من الامور الجوهرية - والتي قد لا تبدو كذلك لأول وهلة، من ذلك تحديد القانون الواجب التطبيق، أو وسيلة تسوية النزاع التي تعد من المسائل الجوهرية في إطار العقود التجارية الدولية. ومن ناحية اخرى فإنه في الاحوال التي يثبت فيها أن المسائل المعلقة كانت محلاً للمفاوضة، ولكن أرجأ المفاوضات البت فيها الى وقت لاحق، فإنه يجب تفسير ذلك الموقف على انه قرينه على عدم اتجاه ارادتهم إلى الدخول في علاقات تعاقدية ملزمة، وبعبارة اخرى فإن الاتفاق على ضرورة توقيع اتفاق نهائي كامل يجب تفسيره في إطار

(٣٠) إذ تنص المادة ٩٥ من القانون المدني المصري «إذا اتفق الطرفان على جميع المسائل الجوهرية في العقد اعتبر انهما قد أرادا الالتزام نهائياً حتى لو احتفظ ببعض المسائل الثانوية وعند عدم الاتفاق على هذه المسائل فإن القاضي يفصل فيها طبقاً لطبيعة المعاملة».

(٣١) إذ تنص المادة (١/٨٦) « يطابق القبول الإيجاب، إذا اتفق الطرفان على كل المسائل الجوهرية التي تتفاوض فيها. أما الاتفاق على بعض هذه المسائل فلا يكفي للالتزام الطرفين حتى لو اثبت هذا الاتفاق كتابة». والمادة (٢/٨٦)، التي تنص على أن: « إذا اتفق الطرفان على جميع المسائل الجوهرية في العقد واحتفظا بمسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد، ولم يشترط أن العقد يكون غير منعقد عند عدم الاتفاق على هذه المسائل فيعتبر العقد قد تم، وإذا قام خلاف على المسائل التي لم يتم الاتفاق عليها فإن المحكمة تقضي فيها طبقاً لطبيعة الموضوع ولأحكام القانون والعرف والعدالة».

(٣٢) ينظر في ذلك، د. عبد العزيز المرسى حمود، الجوانب القانونية لمرحلة التفاوض ذو الطابع التعاقدية «دراسة مقارنة»، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة المنوفية، العدد العشرون السنة العاشرة، اكتوبر، ٢٠٠١، ص ٢٥٧.

(٣٣) ينظر في ذلك، د. محمد حسام لطفي، المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض، دراسة في القانونين المصري والفرنسي، القاهرة، ١٩٩٥، ص ٧٠.



العلاقات التعاقدية الدولية على انه مجرد قرينه بسيطة على انه لم تتجه إرادة الاطراف الى الدخول في علاقة تعاقدية ملزمة إلى حين توقيع هذا الاتفاق النهائي.

### الفرع الثالث: دور التشريعات الدولية في تحديد القيمة القانونية لخطابات النوايا

إن التشريعات الدولية لم تواكب التطور الذي لحق عملية إبرام العقود الدولية، وخصوصاً المرحلة السابقة على تكوين العقد الدولي، والتي تمثل المحور الاساسي للعملية التعاقدية، فاتفاقية فيينا الخاصة بالبيوع التجارية الدولية ١٩٨٠ التي تمثل تنظيمًا موضوعياً موحداً، خلت من اي تنظيم موحدة لخطابات النوايا، فاتفاقية فيينا ١٩٨٠ قد تركت مسألة تنظيم العملية قبل التعاقدية إلى الأطراف، ولم تواكب الاتفاقية لتطورات التجارة الدولية والتي يتطلب غالباً انعقاد العقد فيها الى فترة طويلة من المفاوضات وتبادل الخطابات والمستندات اضافة الى مجموعة من الاتصالات المكثفة التي غالباً ما تنتهي الى إبرام العقد النهائي، ولم تؤول الاتفاقية إلى هذا التطور اية اهمية، واعتقدت النظرية التقليدية في الايجاب والقبول لانعقاد العقد، هذا من ناحية، ومن ناحية اخرى فإن الاتفاقية لم تفرض على المتفاوضين الالتزام بحسن النية في خطاباتهم المتبادلة خلال المفاوضات، بل انها لم تتطرق إلى تنظيم عام للحالات التي تقوم فيها المسؤولية قبل العقدية. ومع ذلك، فلم يرى واضعوا الاتفاقية أن مثل هذه الامور تمثل عقبة حقيقية في ظل تطبيق احكام الاتفاقية، ذلك أن قواعد الايجاب والقبول التقليدية تعد مناسبة تماماً للتعامل مع بيوع البضائع التي تتم في حدود الدولة اي في اطار المعاملات الداخلية الوطنية البحتة، وأن غياب نص موضوعي موحد يتعامل بدقة مع العملية قبل التعاقدية في احكام الاتفاقية، لا يُعد أمر غريباً، ويرجع ذلك إلى أن التطبيقات الخاصة بهذا النوع من المسؤولية تُعد أمر غير متفق عليه حتى بين التشريعات الوطنية سابقة الذكر.

ويتمتع الأطراف في الحرية الكاملة في الاتفاق على الحقوق والواجبات التي تحكم تلك العملية<sup>(٣٤)</sup>، وهذا ما يتماشى مع مبدأ سلطان الإرادة، والقول بأن موضوع المسؤولية قبل التعاقدية يقع خارج نطاق الاتفاقية لا يمنع كما قلنا الأطراف من تنظيم عملية التفاوض، وبهذا لا تختلف الاتفاقية عن القوانين المحلية في فسح المجال للأطراف في تنظيم عملية التفاوض، وتحديد حقوقهم والتزاماتهم.

(٣٤) ينظر في ذلك، بلال عبد المطلب بدوي، مبدأ حسن النية في مرحلة المفاوضات قبل التعاقدية في عقود التجارة الدولية «دراسة مقارنة»، رسالة دكتوراه مقدمة الى كلية الحقوق، جامعة عين شمس، ٢٠٠١، ص ٣٦٩.

## المبحث الثاني التنظيم القانوني لخطابات النوايا

### تمهيد وتقسيم:

إن خطابات النوايا كما أوضحناها مستند مكتوب صادر عن يملكه، و«خطاب النوايا» الذي هو في الحقيقة صورة من صور العقد، حيث يعبر عن تلاقي إرادتين حول المسائل الأساسية المتعلقة بصفقة ما، وفق إرادتهما ونيتهما المباشرة، فخطاب النوايا هو تصرف ارادي ينطلق من مبدأ الحرية التعاقدية في التعاقد من عدمه، وفي مجال العقود الدولية يكون خطاب النوايا تصرفاً قانونياً عابراً للحدود، ويتصل بنظام قانوني لأكثر من دولة<sup>(٣٥)</sup>، فلا 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 ويرتب له آثاره. كذلك ينطبق الأمر على خطابات النوايا، سواء تعلق الأمر بالخطابات الصادرة في إطار المفاوضات الممهدة للتعاقد أو أي خطابات أخرى تحمل نفس المعنى.

فخطابات النوايا ليست مشروع في الهواء، وإنما هي تصرفات متبادلة بين طرفين لا تتجرد من الصفة القانونية، على الرغم من الخلاف الذي احتدم حول القيمة القانونية لهذه الخطابات في التشريعات الوطنية والدولية، فهي تصرفات تتم تحت عباءة القانون، إذ بمجرد دخول الطرفين في التفاوض فإنهما لا يعودا من الغير، وإنما تتكون بينهما علاقة قانونية خاصة، تنشئ على عاتقهما التزامات تبادلية معينة، فلا بد من تنظيم قانوني ينظمها، ويرتب المسؤولية على الاخلال بها والقانون الواجب التطبيق على ذلك الاخلال، وسوف نستعرض كيفية تحديد القانون الواجب التطبيق على خطابات النوايا، والمسؤولية عن الاخلال بخطابات النوايا والقانون الواجب التطبيق، وعلى النحو التالي:-

### المطلب الاول: تحديد القانون الواجب التطبيق على خطابات النوايا

مما لا شك فيه أن خطابات النوايا مستندات بالغة التعقيد كما اسلفنا، تستمد قوتها القانونية من مضمونها وصياغتها، فهي ليس لها مفهوم قانوني محدد وواضح إلا بالرجوع إلى محتواها، وهذه مسألة ليست بالسهلة، بل تعترها التساؤلات والتفسيرات المتضاربة ليست من جانب الطرفين فحسب، بل من جانب المحكمة التي تنظر في المنازعة، عندما يدعي احد الطرفين بان الطرف الاخر أخل بالتزام ناشئ عن ذلك الخطاب<sup>(٣٦)</sup>.

فالتساؤل المطروح هو مسألة تحديد القانون الواجب التطبيق على تلك الخطابات في حال الاخلال بما اتفق عليه الاطراف أو بما ورد بمضمون خطابات النوايا، فالإجابة على هذا التساؤل، أن خطابات لا تختلف على اي تصرفات ارادية أخرى، فالحرية التعاقدية تمتد في اطار العلاقات الدولية إلى الاتفاق على تحديد القانون الذي تخضع

(٣٥) ينظر في ذلك، د. أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي «مفاوضات العقود الدولية- قانون الإرادة وازمته»، مصدر سابق، ص ٤٨.

(٣٦) ينظر في ذلك، ماجي سعاد، مصدر سابق، ص ١٢٥.

له تصرفاتهم وفقاً لمبدأ سلطان الإرادة، أما في حالة سكوت الأطراف عن اختيار القانون الذي يخضع له تصرفهم القانوني، فيتم تحديده وفقاً لقاعدة الإسناد في قانون دولة القاضي المنظور أمامه النزاع، وبناءً على تكييفه للعلاقة وفق قانونه الوطني يتم إسنادها إلى قاعدة الإسناد المناسبة التي تقع تحت طائفتها تلك العلاقة، وسوف نستعرض هذا على النحو التالي:

### الفرع الأول: التحديد الإرادي للقانون الواجب التطبيق على خطابات النوايا

إن القانون الواجب هو بمثابة الأداة التي يتم بناءً عليها تنظيم التزامات الطرفين وتحديد مدى صحتها وصحة شروطها، ومتى ما كان القانون المختار ملائماً كان التصرف له قدر أكبر من النجاح والتنفيذ، ولتحديد القانون الواجب التطبيق أهمية كبيرة سواء لدى الأطراف أو لدى القضاء والتحكيم<sup>(٣٧)</sup>، عندما يدعى من وجه إليه الخطاب بأن الطرف الآخر قد أخل بالالتزامات الواردة بالخطاب، وخصوصاً إذا ادعى أن الأمر يتعلق بالتزام تعاقدي أو اتفاقي ناشئ عن ذلك الخطاب، ويثبت أنه تم الاتفاق على نقاط ومسائل محددة من العقد النهائي وذلك خلال عملية التفاوض، ويطلب بترتب المسؤولية القانونية على الإخلال بالتزام عقدي<sup>(٣٨)</sup> ولما كانت خطابات النوايا هي تصرفات قانونية إرادية، فإنها تخضع للنظرية العامة للالتزامات العقدية، ولما كانت الأخيرة تعطي لطرفي العقد باختيار القانون الذي يحكم تصرفاتهم بإرادتهما الحرة، فالقانون الذي يختاره أطراف التفاوض صراحة أو ضمناً، أو قانون محل إعداد وتحرير الخطاب، أو قانون الموطن المشترك (م ١/٢٥) من القانون المدني العراقي<sup>(٣٩)</sup> هو القانون الذي يتوقف عليه صحة التصرف القانوني وبطلانه. وعلى ذلك إذا أشارت قاعدة الإسناد المشار إليها باختصاص قانون دولة أجنبية، فإن هذا القانون هو الذي يحكم القيمة القانونية لخطاب النوايا.

فالتحديد الإرادي هو يعني أن إرادة الطرفين هي المشرع لكل بنود ونصوص العقد، ووفقاً لما تمليه مصالحتهم، فسيادة الإرادة تعني سيادة الأطراف في خلق قانون إرادة بمباركة القوانين الوطنية، إذ نصت المادة ١/١٩ « من القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨ المعدل «يسري على الالتزامات التعاقدية. قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا موطناً، فإن اختلفا موطناً سري قانون الدولة التي تم فيها العقد. هذا ما لم يتفق المتعاقدان أو يتبين من الظروف أن قانوناً آخر هو الذي يراد تطبيقه»<sup>(٤٠)</sup> والتشريعات الدولية لا تختلف بذلك عن القوانين الوطنية في السماح لإرادة الأطراف باختيار القانون الذي يحكم تصرفاتهم<sup>(٤١)</sup> ويتمتع الأطراف في تحديد

(٣٧) ينظر في ذلك، محمد احمد حسن محمود الشربيني، النظام القانوني للعقد الدولي، رسالة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق، جامعة عين شمس، ٢٠٠٨، ص ٥٥٨.

(٣٨) راجع في ذلك، د. أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، مصدر سابق، ص ٤٧.

(٣٩) يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها المواطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا موطناً فإذا اختلفا يسري قانون الدولة التي تم فيها العقد، هذا ما لم يتفق المتعاقدان أو يتبين من الظروف أن قانوناً آخر يراد تطبيقه».

(٤٠) وقد ذهب على غرار ذلك ذهب المشرع الجزائري إذ نصت على ذلك صراحة المادة ١٨ من القانون المدني الجزائري رقم ٧٥ لسنة ١٩٧٥ المعدل والتي جاء فيها «يسري على الالتزامات التعاقدية القانون المختار من المتعاقدين إذا كانت له صلة حقيقية بالمتعاقد أو بالعقد. وفي حالة عدم إمكان ذلك يطبق قانون الموطن المشترك أو الجنسية المشتركة. وفي حالة عدم إمكان ذلك، يطبق قانون محل إبرام العقد».

(٤١) إذ نصت المادة ٣ من اتفاقية روما ١٩٨٠ المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية « يخضع =

القانون الواجب التطبيق باستقلال تام بحيث لا يمكن لاحد أن يملي عليهم ارادته، فإرادة الاطراف تعلق على غيرها فيما يتعلق بالمصالح المشتركة بين طرفي الالتزام، ولا توجد اية صعوبة إذ ما اتفق الأطراف على تنظيم أحكام المسؤولية قبل التعاقدية في اتفقاتهم إذ تنطبق هذه الأحكام طالما لا تتعارض مع النظام العام في الأنظمة الوطنية<sup>(٤٢)</sup> وبذلك نجد أن قانون الارادة قد استقر في مختلف التشريعات الوطنية والدولية.

## الفرع الثاني: سكوت الارادة عن تحديد القانون الواجب التطبيق على خطابات النوايا

إن ثبوت الصفة الدولية لخطابات النوايا، ينشئ حقاً للأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على تصرفهم الارادي، إلا أن في بعض الحالات لا يتم اختيار القانون الواجب التطبيق من قبل الاطراف، الأمر الذي يثير إشكالية في تحديد القانون الواجب التطبيق، وحرصاً من المشرع الوطني على تنظيم التصرفات الارادية وضمان حقوق الافراد في العلاقات المشوبة بعنصر اجنبي، شرع الى تنظيمها بقواعد اسناد يستند اليها القاضي في تحديد القانون الواجب التطبيق على العلاقة المعروضة امامه<sup>(٤٣)</sup>.

إن المشرع العراقي نظم تلك المسألة في المادة (٢٥/١ ق.م) والتي تنص على « يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها المواطن المشترك للمتعاقدين اذا اتحدا موطناً فإذا اختلفا يسري قانون الدولة التي تم فيها العقد، هذا ما لم يتفق المتعاقدان أو يتبين من الظروف أن قانوناً آخر يراد تطبيقه». ولا يختلف مشرعو الدول عن المشرع العراقي في تحديد المعايير التي تحدد القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية والتي تدخل خطابات النوايا في نطاقها كونها تصرفات ارادية ترتب عليها التزامات بين ارادتين حول تصرف معين، فالمشرع المصري نظمها في المادة (١٩/١ ق.م)، والمشرع الجزائري ذهب على غرار ذلك في المادة ١٨ من القانون المدني الجزائري، والمشرع الاردني في المادة (٢٠/١) من القانون المدني رقم (٤٣) لسنة ١٩٧٦ نص على « يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها المواطن المشترك للمتعاقدين اذا اتحدا موطناً فإذا اختلفا يسري قانون الدولة التي تم فيها العقد، هذا ما لم يتفق المتعاقدان على غير ذلك». بمقتضى هذه النصوص التي وردت في التشريعات الوطنية للدول والتي اتحد مشرعوها في تحديد المعايير التي يستند عليها القاضي الوطني المعروض عليه النزاع لتحديد القانون الواجب التطبيق، فعلى القاضي الالتزام بالبحث عن ارادة الطرفين الصريحة والضمنية فيما اذا كانت قد حددت

=العقد للقانون الذي يختاره الاطراف هذا الاختيار يتعين ان يكون صحيحاً، ويجوز ان يستخلص بطريقة مؤكدة من شروط العقد او من الظروف المحيطة به ويمكن للأطراف اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد أو على جزء منه»، وكذلك نصت على ذلك اتفاقية لاهاي ١٩٥٥ بشأن القانون الواجب التطبيق على المنقولات المادية اذ تنص المادة (٢) من الاتفاقية « يخضع البيع للقانون الداخلي الذي يختاره الطرفان» واتفاقية لاهاي في ٢٢ ديسمبر ١٩٨٦ بشأن القانون الواجب التطبيق على عقد البيع الدولي للبضائع ضمن الشطر الاول من المادة (٧) والتي تقضي يخضع العقد للقانون الذي يختاره طرفا العقد على ان يكون هذا الاختيار قد صدر صحيحاً او يستنتج من عبارات العقد».

(٤٢) ينظر في ذلك، بلال عبد المطلب بدوي، مصدر سابق، ص ٣٧٠.

(٤٣) ينظر في ذلك، أحمد حميد الانباري، سكوت الإرادة عن تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي «دراسة مقارنة»، رسالة مقدمة الى كلية الحقوق، جامعة الشرق الاوسط، ٢٠١٧، ص ٢.



القانون الواجب التطبيق على التزاماتهم الإرادية، وفي حال لم يتوصل القاضي لذلك اي انعدمت الارادة الصريحة والضمنية، فإنه يقوم بتطبيق الضابطين أو المعيارين بالتدرج ، فالضابط الاول: قانون الموطن المشترك للأطراف، إذ اتحد موطننا، ثانياً، إذا اختلفا موطن المتعاقدين طبق قانون الدولة التي ابرم فيها العقد.

اما فيما يتعلق بالتشريعات الدولية جاء في اتفاقية روما ١٩٨٠ فإنه « في الحدود التي لم يتم فيها اختيار القانون واجب التطبيق على العقد... فيسري على العقد قانون البلد الذي له به أكثر الروابط وثوقاً<sup>(٤٤)</sup>. وهو الحكم الذي نقله القانون الخاص الالمانى(م٢٨/١ مدني) والسويسري(م١١٧/١) فهنا يبحث القاضي في حال انعدمت الارادة الصريحة وتعذر الكشف عن ارادة الاطراف الضمنية عن القانون الواجب التطبيق الذي يرتبط بالعقد على نحو وثيق وجدي<sup>(٤٥)</sup>.

خطابات النوايا في مجال التعامل الدولي تتطلب تحديد القانون الواجب التطبيق على شكلها وموضوعها، فخطابات النوايا تصرفاً قانونياً عابراً للحدود ويتصل بالنظام القانوني لأكثر من دولة، وهو ما يقود بالضرورة إلى تنازع القوانين حول الشكل الذي ينبغي أن يفرغ فيه. فهل نظم المشرع تلك المسألة أم تركها للقواعد العامة في مجال تنازع القوانين؟

تخضع مسألة شكل خطاب النوايا للقاعدة العامة في حال تنازع القوانين في مسائل الشكل عموماً، وهي التي تقرر خضوع الشكل لقانون المحل فالخطاب الذي يحرر أو يعد في العراق يخضع في شكله إلى القانون العراقي<sup>(٤٦)</sup> 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 المشتركة<sup>(٤٧)</sup> 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 العراقي صراحة في المادة (١٨/٢٥) والمشرع المصري في نص المادة (١/١٩) مدني مصري وتقابلها المادة (١٨) من القانون المدني الجزائري سألغة الذكر. وعلى ذلك إذا أشارت قاعدة الإسناد المشار

(٤٤) المادة (٤) من الاتفاقية.

(٤٥) ينظر في ذلك، د. أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، مصدر سابق، ص ١٩٦-١٩٧.

(٤٦) إذ نصت المادة (٢٦) من القانون المدني العراقي على « تخضع العقود في شكلها لقانون الدولة التي تمت فيها».

(٤٧) ويلاحظ ان اتفاقية روما في تحديد القانون الذي يخضع له شكل العقد لا تختلف عن ما نصت عليه المادة (٢٠) من القانون المدني المصري «العقود ما بين الاحياء تخضع في شكلها لقانون البلد الذي تمت فيه، ويجوز أيضاً أن تخضع للقانون الذي يسري علي أحكامها الموضوعية، كما يجوز أن تخضع لقانون موطن المتعاقدين أو قانونهما الوطني المشترك» الا ان المشرع العراقي اتجه الى عدم التوسع بالقانون الواجب التطبيق على شكل العقد، وإنما أوجب خضوعه الى قانون محل الإبرام فقط، على عكس ما ذهب اليه اتفاقية روما والمشرع المصري اللذان اخضعا شكل التصرف الى اكثر من ضابط كالخضوع للقانون الذي يسري على الاحكام الموضوعية وقانون موطن المتعاقدين أو قانونهما الوطني المشترك.

إليها باختصاص قانون دولة أجنبية، فإن هذا القانون هو الذي يحكم القيمة القانونية لخطاب النوايا هذا فيما يتعلق بالقانون الواجب التطبيق على الجوانب الموضوعية في خطابات النوايا اي مضمونها ومحتواها. وتختلف القوانين الأجنبية في هذا الشأن، حيث لا يعترف، جانب منها، لخطاب النوايا بأي قوة إلزامية، أو طبيعة تعاقدية، وهذا على خلاف البعض الآخر<sup>(٤٨)</sup>.

### المطلب الثاني: المسؤولية عن الإخلال بخطابات النوايا والقانون الواجب التطبيق

إن خطابات النوايا كما اسلفنا تصرفات ارادية تخضع لمبدأ حرية الاطراف في التعاقد، إلا أن المرحلة قبل التعاقدية، لم ترقى الى مستوى الالتزام التعاقدية، وقد أهملت أغلب الدول وضع نصوص قانونية ترتب المسؤولية التعاقدية عند الاخلال بخطابات النوايا التي تُعد المحور الاساسي في عملية التفاوض قبل التعاقد وتدخل ضمن نطاقها<sup>(٤٩)</sup>، ونظراً لأن المسؤولية قبل التعاقدية تحتل مكانا بين المسؤولية التقصيرية والمسؤولية العقدية، فلا زال النقاش دائراً حول وضع المسؤولية قبل التعاقدية في التقسيم الثنائي بين العقد والفعل الضار الذي اتبعته، ويدور النقاش حول أثر ذلك على ملائمة تطبيق الحل المخصصة للمسؤولية العقدية أو التقصيرية على المسؤولية قبل التعاقدية وتثور الأهمية لهذا النقاش في عبء الإثبات والقانون واجب التطبيق نظراً لاختلاف الحلول الخاصة بها حسب طبيعة المسؤولية المطروحة، اختلف الفقه في طبيعة تلك المسؤولية التي تقع على عاتق الطرف المخل، والتي يترتب على توافرها في حق احد الطرفين أن يعرض الطرف الاخر عن ذلك الضرر الذي لحق به، ولكن لأي نوع من انواع المسؤولية يخضع لها الطرف المخطئ، هل للمسؤولية العقدية ام التقصيرية أم لمسؤولية اخرى، حتى يمكن اخضاع لطائفة معينة، ومن ثم اسنادها لقانون الواجب التطبيق، هذا ما نتطرق اليه:

### الفرع الاول: المسؤولية العقدية المترتبة على الاخلال بخطابات النوايا والقانون الواجب التطبيق

إن دخول خطابات النوايا ضمن عملية التفاوض، يعني أن تلك الخطابات تعد هي اداة المفاوضات والوسيلة التي يتم من خلالها معرفة مدى اخلال هذا الطرف أو ذاك بالتزامه، إلا أن الإخلال بهذا الخطاب قبل التعاقد محل خلاف، فذهب بعض الفقهاء الى القول بأن المسؤولية التي تترتب على الاخلال بالتزامات قبل العقدية هي مسؤولية عقدية<sup>(٥٠)</sup> ويتزعم هذا الاتجاه اهزيج والذي يرى أن المسؤولية التي قد تنشأ عن قطع المفاوضات قبل العقدية ما هي الا مسؤولية عقدية على اساس وجود اتفاق ضمني بين المتعاقدين، أي وجود عقد ابتدائي في المفاوضات قبل العقدية والاخلال بهذا العقد يؤدي الى قيام المسؤولية العقدية، وهذا ما اخذه به الفقه الالمانى والسويسري<sup>(٥١)</sup>.

(٤٨) ينظر في ذلك، ماجي سعاد، مصدر سابق، ص ١٢٧.

(٤٩) ينظر في ذلك، حياة محمد ابو النجا، الالتزام بالتفاوض في عقود التجارة الدولية، رسالة دكتوراه مقدمة الى كلية الحقوق، جامعة المنصورة، ٢٠٠٤، ص ٧٨.

(٥٠) ينظر في ذلك، نورت جمعة الهسنيانى، التعاقد بواسطة الشبكة الالكترونية(الانترنت) وحماية المستهلك، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، ٢٠١٤، ص ٨٦.

(٥١) إن القانونين الالمانى والسويسري يتجهان إلى البعد عن التكيف التقصيري للمسؤولية الناشئة عن الاخلال بالمرحلة =

وهناك رأي آخر ضمن نفس الاتجاه يرى بأن الدعوة الى التفاوض تتضمن توكيلاً ضمناً باتخاذ كل الاعمال اللازمة في سبيل ابرام العقد، وبذلك يجب أن لم يتم إبرام العقد التعويض عن كل المصروفات التي انفقت في سبيل تنفيذ الوكالة<sup>(٥٢)</sup>.

أما ما يشير اليه الواقع العملي من تعدد وتنوع في خطابات النوايا واختلاف مسمياتها، فأنها لا تخرج عن كونها وثائق متبادلة، دون تعريف محدد لها، فأنه من المتصور أن يحدث بين الأطراف تنازع بشأن ما اذا كان تفاوضهما يتم في إطار تعاقدية أم يتم خارج الإطار التعاقدية.

فقد يتمسك احد الأطراف - وغالباً هو ذلك الذي صدر عنه المستند محل التفسير - بأن المستند لا يتضمن ما يفيد إلزامه على التفاوض، أما الطرف الاخر المرسل إليه المستند، فأنه يتمسك بأن للمستند قيمة قانونية تصل الى حد اعتبار من صدر عنه ملتزماً بالتفاوض حول عناصر العقد المراد إبرامه.

وحسماً لهذا النزاع فإن الفقه يفرق بين فرضين<sup>(٥٣)</sup> الفرض الاول: وفيه قد يكون مضمون خطاب النوايا مجرد طلب معلومات أو اسئلة أو تبادل استفسارات بخصوص عناصر العقد المراد إبرامه. بحيث يكون لا يعدو الامر في النهاية سوى مجرد اهتمام بمشروع التعاقد. وهذا يعني أن المفاوضات تجري في إطار واسع من الحرية أن تسبغ علاقة المتفاوضين بالصفة العقدية. غاية الأمر هو إمكان المساءلة في قطع المفاوضات بطريقة تعسفية<sup>(٥٤)</sup> الفرض الثاني: وفيه يأتي خطاب النوايا معبراً عن وجود ارتباط تعاقدية بين طرفي المفاوضات، بحيث يتضمن محتوى المستند إرادة الدخول في المفاوضات مع الالتزام بالسعي نحو إبرام العقد النهائي.

الواقع أن هذه التفرقة تتفق مع احكام القوانين المقارنة، ومنها القانون الفرنسي، والقوانين العربية الاخرى المستوحاة احكامها منه كالقانون المدني المصري والعراقي والكويتي والاردني والجزائري، فالعقد يستلزم اتجاه الإرادة المشتركة إلى إحداث أثر قانوني أياً كان هذا الأثر، وتقدير وجود الإرادة الدالة على انعقاد العقد، وبالتالي دخول العلاقة دائرة القانون أو الدالة على ابقاء العلاقة خارج نطاق القانون. مسألة تتوقف على البحث في النية الحقيقية للطرفين وفقاً للقواعد العامة التفسير<sup>(٥٥)</sup>.

فخطابات النوايا هي التي يمكن من خلالها اسباغ الطابع العقدي على المرحلة قبل التعاقدية، فمضمون خطاب النوايا من خلال البحث يمكن التحقق من وجود التزام

=قبل التعاقدية، بحيث إذا أخل أحد اطراف التفاوض بما يجب عليه أمكن مساءلته على أساس فكرة في تكوين العقد، راجع في ذلك، حياة محمد ابو النجا، مصدر سابق، ص ٧٧، وبنفس المعنى ينظر، د. حسام الدين كامل الأهواني، المفاوضات في الفترة قبل التعاقدية ومراحل إعداد العقد الدولي، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، العدد الثاني، يوليو لسنة ١٩٩٦، السنة الثامنة والثلاثون، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، ص ٤١.

(٥٢) راجع في ذلك، مها محسن السقا، مصدر سابق، ص ١٣٢.

(٥٣) راجع في ذلك:

\*Cedras (Jena) L'obligation de negocier . Rve. T. D. com .1985 p.275 et.ss.

\* Filali Osman , les principes Generaux de la lex Mercatoria ed .L.G.D.J.1992 P.53 et s.s.

(٥٤) راجع في ذلك، د. محمد ابو زيد، المفاوضات في الاطار التعاقدية(صورها وأحكامها)، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، العدد الاول، السنة السابعة والاربعون، يناير ٢٠٠٥، كلية الحقوق، جامعة عين شمس ، ص ٢١.

(٥٥) المصدر السابق، نفس الصفحة.



عقدي بين الطرفين من عدمه، ومسألة تحديد الالتزام العقدي من عدمه، تقع على عاتق المتفاوضين والقاضي، فالمتفاوضين وفقاً لقانون الإرادة يمكن لهم النص في مستنداتهم على عدم ترتيب أي أثر قانوني على المرحلة قبل التعاقدية وما يدور فيها من خطابات متبادلة<sup>(٥٦)</sup>، ولهم تضمينها التزامات متبادلة ترتب المسؤولية العقدية، وللقاضي تكيف العلاقة في حال عدم وجود اتفاق بين الطرفين، وتحديد المسؤولية المترتبة عليها، وتحديد قاعدة الأسناد، ومن ثم تحديد القانون الواجب التطبيق<sup>(٥٧)</sup>. ولما كانت المسؤولية العقدية تتطلب وجود اتفاق فإن على القاضي التحقق من وجود إرادتين متطابقتين، حتى يتسنى له تكيف العلاقة على أنها علاقة عقدية، ومسألة التكيف تخضع لقانون دولة القاضي في القضايا التي تتنازع فيها القوانين لمعرفة القانون الواجب التطبيق، وهذا ما ذهب إليه القانون المدني العراقي المصري واغلب القوانين الأخرى<sup>(٥٨)</sup>. ومسألة التكيف في هذه المرحلة تواجه صعوبة لدى القاضي، والسبب في ذلك قد يرجع إلى قصور التنظيم القانوني لهذه المرحلة في الكثير من النظم القانونية، وإذا ثبت وجود التزام عقدي ناشئ عن تطابق إرادتين على أحداث أثر قانوني، كانت مهمة القاضي سهلة، إذ يعتبر العلاقة بين الطرفين في هذه الحالة علاقة تعاقدية، ومن ثم يطبق على النزاع قاعدة الأسناد الخاصة بالقانون الواجب التطبيق على العقود بصفة عامة.

في هذا الشأن تنص المادة (٢٥/١ ق.م.ع) والتي تنص على « يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها المواطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدنا موطناً فإذا اختلفا يسري قانون الدولة التي تم فيها العقد، هذا ما لم يتفق المتعاقدان أو يتبين من الظروف أن قانوناً آخر يراد تطبيقه» تقابلها نص المادة ١/١٩ من القانون المدني المصري. ويستفاد من هذا النص أن المشرع قرر عدة ضوابط يستعين بها القاضي لتحديد القانون الواجب التطبيق على العقد هي: ضابط الاختيار الصريح أو الضمني لقانون الواجب التطبيق من قبل الأطراف، وهذا هو قانون الإرادة، الضابط الثاني هو ضابط المواطن المشترك للمتعاقدين، والضابط الآخر هو محل الأبرام إذا تخلف ضابط المواطن المشترك.

فالأصل هو تطبيق قانون الإرادة الصريحة أو الضمنية فهو الذي سيحدد لنا القيمة القانونية والآثار المترتبة على الإخلال بالالتزام العقدي في التفاوض، وفي المقام الثاني يستعان بالضوابط الاحتياطية التي تعين لنا القانون المختص الذي يحدد القيمة القانونية لهذه العقود. ويتعين مراعاة بعض التحديدات الهامة بصدد أعمال قانون الإرادة في مرحلة التفاوض العقدية، إذ تخرج من نطاق قانون الإرادة الاتفاقات التي ترد على عقار تخضع

(٥٦) إذ يرى الفقه الفرنسي أن بعض الالتزامات لا تنص على التزامات محددة وواضحة، بل يقرر الأطراف صراحة أن هذا الاتفاق لا يرتب التزاماً قانونياً، فهذه الالتزامات لا يسري عليها مفهوم العقد بالمعنى الدقيق وفقاً لنص المادة ١١٠١ من القانون المدني الفرنسي، فالعقد يفترض وجود التزامات محددة من جانب واتفاقاً على العناصر الجوهرية للعقد من جانب آخر، واستناداً لتوافر هذين العنصرين، يمكن للقضاء أن يحدد ما إذا كان يوجد عقد من عدمه، ومسلك الأطراف يعد أمراً جوهرياً في تكوين القرار الذي يتخذه القضاء في هذا الشأن.

(٥٧) ينظر في ذلك، د. أبو العلا النمر، مصدر سابق، ص ١٧٦.

(٥٨) إذ تنص المادة ١٠ (ق.م.ع) على أن « القانون المصري هو المرجع في تكيف العلاقات عندما يطلب تحديد نوع هذه العلاقات في قضية تتنازع فيها القوانين لمعرفة القانون الواجب التطبيق من بينهما».

لقانون موقع العقار<sup>(٥٩)</sup> كما يخرج من مجال قانون الإرادة أهلية التعاقد وشكل العقد، وهذا ما ذهب اليه المشرع العراقي والمصري<sup>(٦٠)</sup>. اما بالنسبة لمشرعو الدول الغربية ، نجد أن التكييف التعاقدى في القانون الالمانى، فإن المسؤولية المترتبة على الاخلال بالالتزامات قبل التعاقدية خلال المرحلة قبل التعاقدية، تخضع لقاعدة التنازع الخاصة بالعقود الدولية المنصوص عليها في المادة ٢٧ وما بعدها من القانون المدني الألماني المعدل عام ١٩٨٦، غير أنه لما كان العقد لم يبرم في مرحلة المفاوضات، فإن المسؤولية تخضع للقانون الذي كان ينبغي تطبيقه لو أن العقد كان قد أبرم<sup>(٦١)</sup> وفي جميع الاحوال فإن من سلطة القاضي أو المحكم البحث في خطابات النوايا لاستخلاص وجود اتفاق حقيقي ملزم لطرفيه بالتفاوض يرتب المسؤولية العقدية، وذلك من خلال البحث في مضمون خطاب النية، وعبء الاثبات يقع على عاتق طرفي العقد والجهة القضائية التي تنظر النزاع، وهذه مسألة تقديرية يقوم بها القاضي، وبالتالي تخضع لرقابة محكمة التمييز في العراق أو محكمة النقض في مصر.

### الفرع الثاني: المسؤولية التقصيرية المترتبة على الاخلال بخطابات النوايا والقانون الواجب التطبيق

إن الاخلال الذي تترتب عليه المسؤولية التقصيرية لابد أن يكون مستقل استقلال تام عن العدول، فالخطابات التي تتضمن قطع للمفاوضات لا يترتب عليه مسؤولية تقصيرية، وإنما تترتب المسؤولية عن توفر الخطأ من جراء ذلك، فالخطأ الذي يصاحب العدول هو الذي يرتب المسؤولية التقصيرية ، وبهذا يكون الخطأ الذي تقوم عليه المسؤولية التقصيرية مستقلاً استقلالاً تاماً عن مسألة العدول عن الاستمرار بالتفاوض؛ إلا اذا كان العدول متعسفاً أو صدرت منه أفعال تتنافى مع حسن النية أو يشكل سلوكاً خطأً<sup>(٦٢)</sup> ونجد أن الفقه الحديث<sup>(٦٣)</sup> يفرق في هذا الصدد بين صورتين من صور التفاوض على ابرام العقد، فإن المستندات التي لا توجد اتفاق من الجانبين تعتبر وقائع مادية لا يترتب عليها التزام الا ما يقضيه مبدأ التفاوض بحسن النية ويترتب عليها تعويض المضرور وفقاً لقواعد المسؤولية التقصيرية، أما خطابات النوايا التي تتضمن التزامات متبادلة (اتفاق) فيمثل الاخير مصدر هذا الالتزام ويكون الالتزام تبادلي دائن ومدين. وهذا ما يؤيده القضاء الفرنسي إذ اقرت محكمة النقض الفرنسية مبدأ أن المضرور من خطأ

(٥٩) اذ نصت المادة ٢/٢٥ (ق.م.ع) على أن قانون موقع العقار هو الذي يسري على العقود التي ابرمت بشأنه» وتقابلها المادة ٢/١٩ (ق.م.م) والتي تنص على أن « قانون العقار هو القانون الذي يسري على العقود التي ابرمت في شأن هذا العقار »

(٦٠) اذ تنص المادة ١/١٨ من (ق.م.ع) على « الاهلية تسري عليها قانون الدولة التي ينتمي اليها الشخص بجنسيته.» اما المشرع المصري لا يختلف عن ما ذهب اليه المشرع العراقي من حيث سريان قانون الدولة التي ينتمي اليها الشخص بجنسيته، وهذا ما نصت عليه المادة ١١ (ق.م.م) « الحالة المدنية للأشخاص وأهليتهم يسري عليها قانون الدولة التي ينتمون إليها بجنسيتهم» أما شكل العقد فقد نصت المادة ٢٦ (ق.م.ع) وتنص « تخضع العقود في شكلها لقانون الدولة التي تمت فيها» يقابلها نص المادة ٢٠ (ق.م.م) « العقود ما بين الحياء تخضع في شكلها لقانون البلد الذي تمت فيها...»

(٦١) ينظر في ذلك، د. ابو العلا النمر، مصدر سابق، ص ١٨٩.

(٦٢) ينظر في ذلك، مها محسن علي، مصدر سابق، ص ١٣٧.

(٦٣) ينظر في ذلك، حياة محمد ابو النجا، مصدر سابق، ص ٧٩.

وقع في المرحلة السابقة على إبرام العقد، له الحق في المطالبة بالتعويض على أساس المسؤولية التقصيرية<sup>(٦٤)</sup>، وذلك إعمالاً لنص المادة ١٣٨٢ من القانون المدني الفرنسي. وقد اكدت محكمة النقض الفرنسية مبدأ هاماً فيما يتعلق بسوء النية أو نية الاضرار بالطرف الاخر في خطابات النوايا أو المستندات المتبادلة بين الطرفين في المرحلة قبل التعاقدية كشرط لتأسيس المسؤولية التقصيرية، وقد أوضحت المحكمة أن سوء النية لا يُعد عنصراً ضرورياً لانعقاد هذه المسؤولية، وإنما يكفي لأن يتصرف المتفاوض بخفه؛ حتى يتوافر في مسلكه ركن الخطأ ويتحمل المسؤولية عن تعويض الأضرار التي أصابت الطرف الاخر<sup>(٦٥)</sup> وتتلخص وقائع قضية في قيام شركتين (أ) و(ب) في الدخول في مفاوضات من أجل إبرام عقد بيع آلة تصنع المواسير من الإسمنت تنتجها شركة أمريكية، وتعتبر الشركة (ب) الوكيل المعتمد لتوزيع هذا المنتج في فرنسا وأثناء التفاوض قامت الشركة (أ) الراغبة في شراء هذه الآلة بإرسال مندوب لها إلى الولايات المتحدة الأمريكية بنفقات من جانبها لمعاينة تشغيل الآلة على الطبيعة ثم طلبت الشركة الأمريكية (ب) الوكيل المعتمد معلومات إضافية لتختار على ضوءها النوع المناسب من الآلة، ولكن الشركة (ب) بدلا من تسليم البيانات المطلوبة التي وصلتها من الشركة الأمريكية قامت ببيع الآلة إلى شركة أخرى منافسة وقطعت المفاوضات<sup>(٦٦)</sup>. وتُعد المسؤولية عن قطع المفاوضات في هذه القضية مسؤولية تقصيرية لعدم وجود اتفاق تفاوض، ذلك لأن المفاوضات قطعت دون مبرر ودون عذر مشروع وفجأة ومن جانب واحد.

وهذا ما ذهب اليه ايضا محكمة النقض المصرية بأن ما يدور في المرحلة قبل التعاقدية من مستندات ليست إلا عملاً مادياً، ولا يترتب عليها أية أثر قانوني فكل متفاوض حر في قطع المفاوضات في الوقت الذي يريد دون أن يتعرض لأي مسؤولية أو يطالب ببيان المبرر العدول، ولا يترتب هذا العدول مسؤولية على من عدل إلا اذا اقترن به خطأ تتحقق معه المسؤولية التقصيرية إذا نتج عنه ضرر بالطرف الأخر المتفاوض، وعبء إثبات ذلك الخطأ وهذا الضرر يقع على عاتق ذاك الطرف، ومن ثم فلا يجوز اعتبار العدول عن التفاوض بذاته ملزم للتعويض بل لا بد من تحقق أركان المسؤولية التقصيرية من خطأ وضرر وعلاقة سببيه<sup>(٦٧)</sup> ويقع على عاتق الطرف المضرور مدعي المسؤولية عبء إثبات الخطأ<sup>(٦٨)</sup>.

اما القضاء العراقي لم يظهر لنا وجود قرارات قضائية تتضمن الحكم في خطابات النوايا، سوى ما أورده القضاء المذكور، من تطبيقات اقتصرت على الخطابات التعاقدية لتطبيق الوعد بالتعاقد الملزم لجانب واحد، حيث قضت محكمة التمييز العراقية في احد قراراتها، إن حقيقة المستند الكتابي الذي بموجبه قطع الطرف الأول وعدا للطرف الثاني، بتوقيع عقد البيع النهائي بينهما خلال المدة المحددة فيه، لا يعدو أن يكون وعداً بالتعاقد،

(٦٤) ينظر في ذلك، د. رجب كريم عبد اللاه، مصدر سابق، ٢٩٩.

(٦٥) راجع في ذلك، د. ابو العلا النمر، مصدر سابق، ص ١٩٣.

(٦٦) راجع في ذلك:

Cass com 22 fev , 1994 : revue de jurisprudence de droit des affaires , 1994, p 611 no , 765.

(٦٧) ينظر في ذلك، د. ابو العلا النمر، المصدر السابق، ص ١٩٥.

(٦٨) ينظر في ذلك، محمد ابو زيد، مصدر سابق، ص ٤.

ملزمًا لمن صدر عنه ذلك المحرر، ولا يوجد مسوغ قانوني لإلزام الطرف الثاني في إمضاء العقد أو تقرير المسؤولية المدنية، ما دام العدول الذي صدر من الطرف الآخر قد تم قبل وضع قبوله على ذات المحرر<sup>(٦٩)</sup>، فالقضاء العراقي لم يرتب على خطابات النوايا التزامات من جانب واحد، وبذلك تكون بمنأى عن المسؤولية التعاقدية، ولا بد من خضوعها الى احكام المسؤولية التقصيرية.

اما موقف القوانين المقارنة<sup>(٧٠)</sup> كالقانون المدني العراقي والمصري والجزائري والكويتي من هذه المسألة، هو غياب أي نص قانوني في هذه القوانين ينظم خطابات النوايا التي تعد محور وعصب عملية التفاوض، وبها يتم أثبات التفاوض، وعدم الاعتراف لها بأي قيمة قانونية سواء كانت وردت بالتزام عقدي ام لم ترد، فإن الاخلال بها يرتب المسؤولية التقصيرية على اساس فكرة اثبات الخطأ، ويقع عبء الاثبات على المضرور، لأنها اعمال مادية لا يترتب عليها الزام قانوني، وعدم التنظيم لا يقتصر فقط على القوانين العربية فقد بل امتد ذلك الى القوانين الغربية كالقانون الانكليزي الذي جرد تلك الخطابات وكل ما يدور بعملية التفاوض من أية اهمية، والوثائق والخطابات تقع خارج دائرة او نطاق القانون<sup>(٧١)</sup>.

اما ما يتعلق بمسألة تحديد القانون الواجب التطبيق على هذه الحالات التي تعتبر التزامات غير تعاقدية، فإن تحديد القانون الواجب التطبيق يتوقف على تكييف العلاقة بين الطرفين، وفقا لسائد في القانون العراقي فإن خطابات النوايا في مرحلة المفاوضات تُعد مجرد عمل مادي، وبالتالي يطبق عليها قاعدة الإسناد الخاصة بالتزامات غير التعاقدية. وقد نصت المادة ١/٢٧ (ق.م.ع) «الالتزامات غير التعاقدية يسري عليها قانون الدولة التي حدثت فيها الواقعة المنشئة للالتزام». ٢- على انه لا تسري احكام الفقرة السابقة فيما يتعلق بالالتزامات الناشئة من العمل غير المشروع على الوقائع التي تحدث في الخارج وتكون مشروعة في العراق وان عدت غير مشروعة في البلد الذي وقعت فيه» وكذلك الحال بالنسبة للمشرع المصري في المادة ٢١ من (ق.م.م)<sup>(٧٢)</sup>.

إن التحديد بأن هذه العلاقة تخضع للقواعد العامة في الالتزامات غير العقدية، مرجع الى التكييف القانوني الذي يخضع إلى قانون القاضي، وهذا ما نصت عليه المادة (١٧) من (ق.م.ع)<sup>(٧٣)</sup> والمادة (١٠) من (ق.م.م)، والمقصود بالتكييف هنا التكييف الاولي السابق على معرفة قاعدة الاسناد، وهو التكييف الذي يؤدي الى وضع المسألة محل النزاع ضمن طائفة قانونية تختص بحكمها قاعدة اسناد معينة، أما التكييفات اللاحقة والموضوعية التي يقتضيها التطبيق الصحيح للقانون الأجنبي المختص، فإنها

(٦٩) ينظر في ذلك، إبراهيم المشاهدي، معين القضاة، ط٢، مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة التمييز، القسم الأول. الثاني. الثالث، المجلد الأول والثاني، مطبعة الزمان، بغداد، ١٩٩٦، ص٤٣.

(٧٠) ينظر في ذلك، ماجي سعاد، مصدر سابق، ص١٤٩.

(٧١) ينظر في ذلك، د. وائل حمدي احمد، مصدر سابق، ص٣٤٧.

(٧٢) اذ تنص المادة ٢١ على ١- «يسري علي التزامات غير التعاقدية قانون البلد الذي وقع فيه الفعل المنشئ للالتزام»

٢- «علي أنه فيما يتعلق بال الناشئة عن الفعل الضار، لا تسري أحكام الفقرة السابقة علي الوقائع التي تحدث في الخارج وتكون مشروعة في مصر وان كانت تعد غير مشروعة في البلد الذي وقعت فيه».

(٧٣) المادة ١٧/ ١- « القانون العراقي هو المرجع في تكييف العلاقات عندما يطلب تحديد نوع هذه العلاقات في قضية تتنازع فيها القوانين لمعرفة القانون الواجب تطبيقه من بينها».

تخضع لهذا القانون نفسه وليس لقانون القاضي المعروض عليه النزاع. ويلاحظ أن فكرة النظام العام قد تحول دون إعمال القانون الواجب التطبيق، ومثال على ذلك قانون البلد الأجنبي الذي وقع فيه قطع المفاوضات يعتبر العدول في حد ذاته موجبا للمسؤولية، أي يعتبر عملاً غير مشروع إذ أنه في هذا الفرض يستبعد تطبيق القانون الأجنبي، ويسري على النزاع القانون المصري لأن العدول في حد ذاته يعتبر عملاً مشروعاً في القانون المصري والعراقي استناداً إلى مبدأ حرية التعاقد، مالم يقترن هذا العدول بخطأ يرتكبه المفاوض الذي عدل ويكون مستقلاً عن العدول في حد ذاته<sup>(٧٤)</sup>.

(٧٤) المادة ٢/٢٧ من القانون المدني العراقي، والمادة ٢/٢١ من القانون المدني المصري.



## خاتمة البحث

من خلال دراستنا لهذا الموضوع (القانون الواجب التطبيق على خطابات النوايا بين التنظيم والفرغ التشريعي) توصلنا الى جملة من النتائج والتوصيات نوجزها على النحو التالي:  
أولاً: النتائج:

١. توحد موقف المشرعين العراقي والمصري أغلب مشرعو الدول حيال خطابات النوايا، لم نجد تنظيماً قانونياً لهذه الخطابات، ولم تأخذ بها محكمة النقض المصرية إذ جردتها من كل قيمة قانونية، هذا ولم نلاحظ في تطبيقات المحاكم العراقية وجود احكام قضائية واضحة تعالج موقفه من المستندات التي يتبادلها الاطراف قبل التعاقد التي تأخذ شكل الخطابات الفردية، أو تعرضه لبيان مدى قيمتها القانونية، وهذا نقص تشريعي واضح في النصوص القانونية، وما أدى اليه هذا الفراغ التشريعي من جهود مضنية بذلت من جانب الفقه في محاولة لتغلب عليه، وربما هذا الدافع الحقيقي من اختيار بحثنا.
٢. خطابات النوايا تخضع لمبدأ حرية التعاقد « مبدأ العقد شريعة المتعاقدين » إذ يمثل الاساس الذي يضيف عليها الصفة القانونية، ويرتب التزام سواء بإرادة منفردة أو بإرادتين متطابقتين، أو عدم ترتب التزام، وفقاً لما اتجهت اليه ارادتهم، مع اختلاف مشرعو الدول في الاخذ بذلك.
٣. صياغة خطابات النوايا، وضبطها يقع على عاتق اطراف التفاوض، فما تتضمنه يكون خاضع للسلطة التقديرية للقاضي المعروض عليه النزاع، لتكييف العلاقة وتحديد طبيعتها القانونية والقانون الواجب التطبيق والاثار القانونية المترتبة عليها.
٤. اغفال المتعاقدين عن صياغة خطابات النوايا على نحو غير تعاقدية، يجعلها ليس لها أي دور، سوى دوراً تفسيرياً لبنود العقد، وللقاضي وللمحكم السلطة التقديرية في اللجوء إليها في تفسير العقد أو طرحها جانباً.
٥. مصطلح خطابات النوايا يشمل كل ما يدور بين اطراف التفاوض من مذكرات وتفاهات وخطابات ولا يخضع لصيغة موضوعية واحدة.
٦. اختلفت الدول بشأن الاعتراف لمستندات (خطابات النوايا) التي تتم في المرحلة قبل التعاقدية بأي قيمة قانونية سواء صدرت عن طريق اتفاق أو بدون اتفاق، واعتبرتها مجرد وقائع مادية ولا يترتب عليها اثر قانوني استناداً الى مبدأ الحرية التعاقدية كالمشروع العراقي والمصري والجزائري، تاركة المسألة للفقه والقضاء، أما في بعض تشريعات الدول الغربية كالتشريع الفرنسي فقد ميزت بين وجود اتفاق من عدمه، ففي حالة تضمن خطاب النوايا التزام على طرفيه، فإنه يترتب اثرًا قانونياً ويخضعه للقواعد العامة للمسؤولية العقدية، أما اذا كان غير مصحوب باتفاق فلا يترتب عليها اثر قانوني، وإنما يترتب

عليها المسؤولية التقصيرية على أساس أثبات الخطأ، وتخضع للقواعد العامة للمسؤولية التقصيرية.

### ثانياً: التوصيات:

١. نوصي مشرعو الدول وبالأخص المشرع العراقي على وضع تنظيم قانوني لخطابات النوايا التي تمثل محور العملية قبل التعاقدية، وإدخالها في النطاق التشريعي القانوني، وعدم تركها إلى اجتهادات الفقه والقضاء، بل لابد من ضمان توفير نظام قانوني يكفل الحماية القانونية الفعالة لكل طرف. لما تمثله هذه المرحلة من اهمية بالنسبة للأطراف في العقود التي تستغرق وقتاً طويلاً لإبرامها وجهد ونفقات سفر والاستعانة بخبراء، فأحد المتفاوضين قد يستغل عدم وجود تنظيم قانوني لهذه المرحلة مما يدفعه بعدم التفاوض بحسن النية أو قطع المفاوضات دون مبرر مما يلحق الضرر بالطرف الاخر.
٢. إن ضرورة ودواعي الاستقرار وما يفرضه مفهوم حسن النية وأمانة التعامل، يجعل التدخل القانوني أمر ضرورياً لوضع تنظيم قانوني لخطابات النوايا محور عملية التفاوض، وذلك لضمان الانسجام والتوفيق بين مصالح طرفي التفاوض.
٣. نوصي اطراف التفاوض بضرورة استخدام المصطلحات والعبارات الاكثر دقة ووضوحاً للتعبير عن رأيهم، فالنزاع دائماً ما يأتي من رداءة الصياغة وعدم أحكام السيطرة على المفاهيم المراد تبينها، ووضع ما تم الاتفاق عليه في إطار عقدي ملزم للطرفين لسد أي باب يمكن أن يفتح المشاكل عليهم، وهنا لابد من تدخل رجال القانون عند اعداد خطابات أو مستندات النوايا في مرحلة التفاوض، لما يتمتعون به من قدره عالية على احكام الصياغة ومراعاة احكام القانون، وبالتالي تلافي النزاعات في المستقبل.
٤. نوصي الاطراف بضرورة الدقة في اختيار القانون الذي يحكم الخلافات التي قد تنشأ بينهم، لان القوانين تتباين في احكامها وموقفها تجاه المرحلة قبل التعاقدية وما يدور فيها من مستندات (خطابات النوايا)، فإن اختيار الاطراف لاحد هذه القوانين يختلف عن اختيارهم لقانون اخر، فبعض القوانين كما اسلفنا لا تعترف بالمرحلة قبل التعاقدية جملة وتفصيلاً ولا ترتب عليها اية التزام قانوني كالقانون الانكليزي، والبعض الاخر يقيم المسؤولية على اساس فكرة الخطأ في تكوين العقد على هذه المرحلة كالقانون الالمانى.



