

العقود والاتفاقيات الممهدة للتعاقد وأهمية التفرقة بين العقد والاتفاق في المرحلة السابقة على العقد

الدكتور جمال فاخر النكاس
أستاذ القانون المدني المساعد
كلية الحقوق - جامعة الكويت

(١) مقدمة عامة:

- أ - تقسيم العقود وأسس التقسيم.
- ب - الخلط بين العقد والاتفاق، وضرورة الفصل في مراحل التعاقد.
- ج - أساس الفصل بين العقد الممهّد والاتفاق الممهّد للعقد.
- د - هدف الدراسة وخطتها.

(٢) أ- تقسيم العقود وأسس التقسيم:

يحتل العقد مكانة السبق في ترتيب مصادر خلق الالتزام، فهو الأداة التي يستند إليها في المقام الأول، لتسهيل التبادل والتعامل بين الأفراد الطبيعيين والمعنويين، ليس على المستوى الداخلي للمجتمعات فحسب ولكن على مستوى التبادل الدولي أيضا. لذلك كرسه التشريعات المختلفة، ونظمته القوانين بالتفصيل الدقيق، وتفرغ شراح القانون وفقهاؤه لدراسته. فنتج عن ذلك تراث في شكل نظريات ومبادئ، تنصب على تعريف العقد وتحديد أركانه وشروطه وحياته وانتهائه، وتناقلت الأجيال هذا التراث وهذه المبادئ والنظريات بكل أمانة.

ولما كانت العقود مختلفة متنوعة، لتغطي أنواع التعامل والتبادل ومختلف العلاقات الاقتصادية والاجتماعية، فلقد ظهرت تقسيمات وتصنيفات عديدة، تسعى إلى تسهيل دراسة العقود، من خلال تحديد الأسس والخصائص التي تشكل القاسم المشترك لبعض الأنواع. فتعددت تقسيمات العقود بتعدد الأسس ذاتها، بين تقسيم اقتصادي وآخر اجتماعي وثالث قانوني ورابع عملي^(١). الخ، وتفرعت التقسيمات في داخل كل تقسيم، ولا سيما التقسيم القانوني، وبحسب الزمن اللازم لإبرام العقد وشكله وطبيعة الالتزامات التي يولدها، ولغير ذلك من المعايير والأسباب^(٢).

ويهمنا في هذا الإطار أحد التقسيمات التي ظهرت منذ زمن بعيد، ونعني بذلك التقسيم الذي يقوم على أساس التفرقة بين العقد والاتفاق، بشكل مبدئي^(٣)، حيث كان أنصار هذا التقسيم يفرقون بين العقد وهو التقاء إرادات تهدف إلى إنشاء

(١) يتبنى المشرع الكويتي التقسيم الذي يقوم على أساس التفرقة بين هدف العقد، وبين الشيء المعقود عليه، انظر القانون المدني، الكتاب الثاني، العقود المسماة المواد ٤٥٤ حتى ٨٠٩، كذلك، منصور مصطفى منصور، المصادر الإرادية للالتزام، مذكرات على الآلة الكاتبة، الكويت ١٩٨٧-١٩٨٨ ص ١٥، وبدر جاسم اليعقوب، أصول الالتزام في القانون المدني الكويتي، الطبعة الثانية ١٩٨٩، ص ١٩٥.

(٢) للتقسيمات في التشريعات المقارنة، في مصر، انظر، السنهاوري، نظرية العقد، دار الكتب ١٩٣٤. جميل الشرفاوي، مصادر الالتزام - التصرف القانوني، ١٩٧٤. أنور سلطان، العقود المسماة ١٩٥٢. منصور مصطفى منصور، مذكرات في القانون المدني، العقود المسماة، ١٩٥٧. عبدالحى حجازي، النظرية العامة للالتزام وفقا للقانون الكويتي، الجزء الأول، المصادر الإرادية للالتزام، المجلد الأول، نظرية الالتزام (تحليل العقد) باعتناء محمد الأنفي، جامعة الكويت ١٩٨٢، ص ٢٥١ وما بعدها، فكرة العقد وتعريفه في بعض التشريعات.

وفي فرنسا: J. Flour et J.-L. Aubert; Les obligations; l'acte Juridique. 5e éd. 1991. p.60.

B. Starck, H. Roland et L. Boyer; Les Contrats; 4e éd. 1991 No 86.

F. Collard Dutilleul et Ph. Delebecque; Contrats civils et commerciaux; 2° éd. 1993. p.21.

J.F. Overstarcke; Essai de classification des contrats spéciaux. Thèse, Paris 1969.

(٣) لعرض هذه التفرقة، انظر مصطفى منصور، المصادر الإرادية للالتزام، المرجع السابق ص ١٤ وكذلك بدر اليعقوب، المرجع السابق، ص ١٩٢، كذلك عبدالفتاح عبدالباقى، نظرية العقد والإرادة المنفردة، ١٩٨٤ ص ٣٤ وما بعدها.

H.L. Mazeaud, J. Mazeaud et F. Chabas; Leçons de droit civil; Tome II, 1er

Volume; Les obligations, Théorie générale; 1985, p.52.

كما يشير هذا المرجع إلى مؤلف Aubry et Raux في هذا الخصوص.

التزام، عن بعض الصور الأخرى لالتقاء الإرادات التي لا تهدف بالضرورة إلى إنشاء الالتزامات، وعلى الأخص الاتفاق. ففي حين أن العقد يولد بالضرورة التزامات تعاقدية بكل ما يتبع ذلك من آثار ترتبط بتنفيذ هذا الالتزام وبآثاره، فإن الاتفاق لا يولد بالضرورة التزامات من طبيعة عقدية، بل هي من طبيعة (شبه عقدية) أو «شبه تقصيرية» بحسب الأحوال^(١). وإذا كان هذا التقسيم لم يلق قبولا لدى معظم الفقه على اعتبار أنه لا يقوم على أسس قوية، إذ أن ما سبق ذكره لا يتفق مع ضرورات الواقع العملي، فضلا عن أن المشرع في ذلك الوقت، لم يكن يفرق بين العقد والاتفاق، فكلاهما يلعب ذات الدور في إنشاء الالتزامات وتعديلها وإلغائها، فكان أن هجر الفقه هذا التقسيم^(٢). واستقر العمل على استخدام مصطلح العقد للدلالة على كل التقاء للإرادات يهدف إلى إنشاء الآثار القانونية بشكل عام.

٣) ب - الخلط بين العقد والاتفاق، وضرورة الفصل في مراحل التعاقد:

في حين استقر العمل على استخدام مصطلح العقد بشكل موسع، فإن استخدام مصطلح الاتفاق انحصر في العلاقات الدولية والتجارية والعمالية، ولهدف لغوي مدرسي، حين تعريف العقود، فيقال بأن عقدا ما هو «اتفاق إرادتين أو أكثر... أو هو اتفاق على مال معين أو منفعة محددة... الخ». بل إن بعض التشريعات يخلط بين العقد والاتفاق في بعض الأحيان، فيستخدم مصطلح العقد للتدليل على أنواع من الاتفاقات. وهي حالة التشريع الكويتي، حين ينظم قانون العمل رقم ٣٨ لسنة ١٩٦٤ «عقود العمل الجماعية» (م٨٨) في حين أن المقصود هو «الاتفاقيات الجماعية»، التي ليس لها من الصفة العقدية إلا ما يرتبط بالتقاء إرادات أرباب العمل وإرادات العمال في سبيل تنظيم شئون العمال، وشئون

(١) في تعديل الالتزامات بشكل عام، انظر رسالة دكتوراة: A.GHOzi; La modification de l'obligation par la Volonté des parties L.G.D.J. Paris. 1980.

(٢) منصور مصطفى منصور، المرجع السابق ص١٤، بدر اليعقوب، المرجع السابق ص١٩٣.

المهنة^(١). ولا يعني ذلك بأن الخلط قائم في كل الحالات، فقد تنبه المشرع أحيانا لضرورة التفرقة بين العقد والاتفاق، ومن ذلك حين نظم المشرع الكويتي ما يسمى «بالصور الخاصة بالتعاقد»، كعقد الوعد بالتعاقد، (م ٧٢ و ٧٣)، وحيث يهتم المشرع الكويتي بتقسيم العقود بالنظر إلى دورها في مراحل التعاقد المختلفة^(٢). كذلك نجد الفقه الفرنسي المعاصر يذهب إلى ما هو أبعد من ذلك، فيستند بعضهم إلى التفرقة القديمة (عقد واتفاق) لتصنيف أنواع التقاء الإرادات، ولا سيما في المرحلة السابقة أو الممهدة للعقد^(٣). وبذلك تعددت التسميات لهذه الصور بين عقود (تمهيدية) وعقود (تحضيرية)، واتفاقيات «تمهيدية وتحضيرية»، والاتفاق في المراحل المختلفة من تكوين وحياة العقد^(٤).

(١) يقف العديد من الأسباب وراء تسمية هذه الأعمال بالاتفاقيات بدلا من العقود الجماعية، أهمها أن هذه الاتفاقيات تحتاج إلى تدخل الإدارة وتصديقها عليها لتصبح ملزمة، على عكس العقود التي تلزم أطرافها بقوتها الذاتية، كذلك تقوم هذه الاتفاقيات لتتنطبق على عقود العمل والعلاقات العمالية الفردية، فلا بد من عقد عمل لقيام علاقة العمل أولا، ولا تنشأ العلاقة العمالية عن الاتفاق الجماعي، وأخيرا، فإن خرق هذه الاتفاقية لا يؤدي إلى قيام المسؤولية العقدية للطرف غير الملتزم، وإنما مسؤوليته التقصيرية أو الجنائية بحسب الأحوال. انظر لمزيد من التفاصيل مؤلفنا: قانون العمل الكويتي المقارن. جامعة الكويت ١٩٩٣، ص ٢٧، ٢٨٤.

(٢) انظر، أحمد صفاء الدين العطيفي، القانون المدني الكويتي، مجموعة الأعمال التحضيرية، المجلد الثاني، مصادر الالتزام، المواد ٢٣١ حتى ٢٧٩، ص ٣٣١.

(٣) I. Najjar; L'accord de principe. Dalloz Sirey. 1990. 9° cahier. انظر Chron. XIII p.57

A.Viricel; Le droit des contrats de l'informatique' 1984. p.70

J. Schmidt; Négociation et conclusion de contrats. 1982. p.229 et.s

J. Ghestin; Traité de droit civil. La Formation du contrat, 3e éd 1990. p., 298.

في حين أن المشرع اللبناني، الذي تأثر بالفقه الفرنسي في هذا الشأن، يفرق بين العقد والاتفاق في إطار نص المادة ١٦٥ انظر، عاطف النقيب، نظرية العقد، بيروت، باريس، ١٩٨٨، الطبعة الأولى، ص ٣٩، وما بعدها، وعلى الأخص تعريف الاتفاق.

(٤) ومن الضروري أن ننبه إلى أن هذه التفرقة قد تقوم في المراحل الأخرى من حياة العقد إلا أننا سنحصر هذه الدراسة في مرحلة التكوين كما هو مبين في عنوان الدراسة.

٤ ج - أساس الفصل بين العقد الممهد والاتفاق الممهد:

إذا كان مؤيدو التقسيم الذي يقوم على الفصل بين العقد والاتفاق لم يتوصلوا إلى مبررات قوية لتكريس هذا الفصل في بدايات هذا القرن، فإن التطور الحديث للعقود وتقسيم بعضها إلى مراحل تسبق إبرامها، يفتح الباب أمام إمكانية بعث هذا التقسيم على أسس ومبررات تشريعية وعملية. فمن الناحية التشريعية، فإن المشرع في بعض الدول نظم العقود التمهيدية، وترك المجال مفتوحاً أمام الفقه والقضاء لتأكيد وجود اتفاقيات ممهدة للعقود، كما نظم أنواعاً من هذه الاتفاقيات بنصوص خاصة، كاتفاقيات العمل الجماعية^(١). ويستند المشرع في هذه الدول حين تكريس هذا التقسيم إلى أمرين:

الأمر الأول: نية الأطراف، حيث تتجه في حين إلى إبرام عقد تمهيدي، وفي حين آخر إلى مجرد الاتفاق وبشكل مبدئي على التفاوض تمهيداً للتعاقد، من دون أن يكون لدى أي من هذه الأطراف نية التعاقد حالياً. فتصر الأطراف في مثل تلك الحالات، مع التأكيد كتابة، على عدم قيام أي عقد في مرحلة التفاوض، بل إن كل ما يتم الاتفاق في شأنه في هذه المرحلة لا يعدو أن يكون اتفاقاً ممهداً.

الأمر الثاني: يرتبط بالمسؤولية المترتبة على عدم احترام أو عدم الالتزام بما تم التوصل إليه، فإن كنا أمام عقد تمهيدي، فإن المسؤولية تكون عقدية، بكل ما تعنيه هذه الصفة وما ترتبه من آثار في إثبات الخطأ والضرر وفي مدى التعويض^(٢). في حين أن خرق الاتفاق التمهيدي لا يثير المسؤولية العقدية، وإنما التقصيرية للطرف

(١) كالقوانين الفرنسي والمصري والكويتي، التي تنظم اتفاقية العمل الجماعية، وإن اختلفت في تسميتها.

انظر، جمال النكاس، قانون العمل الكويتي المقارن، ١٩٩٣، ص ٢٧ و ٢٨٤.

(٢) في أركان المسؤولية التقصيرية وآثارها، انظر

G.Viney, Traité de droit civil. Les obligations, La responsabilité, Effets, 1988.

غير الملتزم، وبكل ما يرتبه ذلك من آثار في إثبات وجود الالتزام والخطأ والضرر والرابطة بينهما، وفي مدى التعويض^(١).

ومن الناحية العملية، فإن تقسيم التصرفات القانونية السابقة على العقد إلى عقود واتفاقيات يتناسب مع متطلبات الكثير من العقود الحديثة. فكم من عقد في العمل يحتاج إلى عقد أو عقود أخرى تمهد له، ومن ذلك مثلاً شراء العقار الذي يمهد له بعقد قرض يتم من خلاله توفير المبلغ، أو جزء من المبلغ اللازم للوفاء بثمان العقار. وكم من عقد يمهد له باتفاق لا بعقد آخر، ويكون مؤدى هذا الاتفاق تأكيد التزام الأطراف بالتفاوض للوصول إلى العقد النهائي (كعقد بيع المؤسسات والشركات الكبرى)، أو يكون هدفه تدوين وتأكيد ما تم التوصل إليه في بعض مراحل التفاوض، بحيث يكون ذلك أساساً ينطلق منه إلى مراحل أخرى في سبيل الوصول في نهاية الأمر إلى العقد المقصود. وهذا هو حال عقد دراسات الكمبيوتر والتزويد بالأنظمة الإلكترونية مثلاً، فلا تتوافر عناصر العقد المقصود إلا من خلال هذه الاتفاقيات، فقد لا يبرم أي عقد في هذه المرحلة، لأن الأطراف ذاتها ترغب في الحفاظ على حريتها خالية من كل التزام عقدي.

٥ د - هدف الدراسة وخطتها:

تهدف هذه الدراسة كما يتضح من مقدمتها إلى تأكيد وترسيخ فكرة تقسيم صور إلتقاء الإرادات، وبشكل مبدئي، إلى عقود واتفاقيات في مرحلة التعاقد. وذلك بالانطلاق من ضرورة هذا التقسيم وجدواه العملية في وقتنا المعاصر، حيث ظهرت عقود كثيرة تنطوي على قدر كبير من التعقيد والتفاصيل، وبالنظر إلى أهمية هذه العقود المالية الكبيرة ودورها الفعال في التبادل التجاري والاقتصادي. من

(١) لأركان المسؤولية العقدية، انظر I.Najjar; op cit. p.57 et. s.

كذلك سليمان مرقص، الوافي في شرح القانون المدني، جزء (٢) الالتزامات، المجلد الأول، نظرية العقد والإرادة المنفردة، الطبعة ٤، القاهرة ١٩٨٧، ص ٥٤٠ وما بعدها. فيصل زكي عبدالواحد، المسؤولية المدنية في إطار الأسرة العقدية، الطبعة الثانية، ١٩٩٢ - ١٩٩٣ ص ١٤٧، شروط تطبيق المسؤولية العقدية.

ناحية أخرى، فإن هذه الدراسة تستند إلى عقود أهمها حديث نسبيا، مما سيدفعنا إلى دراسة بعض العقود بشيء من التفصيل لتحقيق هذا الهدف.

وعليه، فإن دراسة العقود والاتفاقيات التمهيدية ستكون في مبحثين اثنين وكما يلي:

المبحث الأول: العقود الممهدة للتعاقد، وينقسم إلى فرعين.

المبحث الثاني: الاتفاقيات الممهدة للتعاقد، وينقسم إلى فرعين أيضا.

المبحث الأول العقود الممهدة للتعاقد

(٦) تمهيد: تعريف العقد التمهيدي وتمييزه:

يلجأ أطراف العلاقة التعاقدية في بعض الحالات إلى إبرام عقود من شأنها أن تمهد للعقد النهائي المقصود (ومثال ذلك عقد القرض الذي يمهد لشراء العقار)، إذ أن إبرام العقد النهائي هذا (شراء العقار) غير ممكن عمليا وماديا من دون أن يتوافر المبلغ اللازم لدفع الثمن ومن خلال عقد القرض، الذي يساهم بذلك في تحقيق أهم الوسائل اللازمة للتعاقد. ومن ثم فإن الخلط بين العقد التمهيدي، كفكرة حديثة التنظيم القانوني، وغيره من العقود التي تسهل التعاقد، أمر وارد. فمن الضروري أن يتم تمييز هذه الصورة من التعاقد مثلا عن العقد الابتدائي (م من ٣١ حتى ٧٩ مدني)، إذ أن العقد الابتدائي هو العقد النهائي، كل ما في الأمر أن تسجيل العقد الابتدائي يحيله إلى عقد نهائي^(١).

(١) «علما بأن العلاقة بين المتعاقدين لا تستقر إلا بالعقد النهائي، ويكون المرجع الأخير لتحديد التزامات كل الأطراف»، انظر مجلة القضاء والقانون، السنة ١٤، العدد الثاني، ديسمبر ١٩٩٣ طعن بالتمييز رقم ١٩٨٦/٨ مدني، جلسة ١٩٨٦/١٢/٢٢ رقم ٨٩، ص ٣٣٣. ويرى بعض الفقه بأن العقد الابتدائي «عقد تمهيدي»، وليس نهائيا، لأن «به لا يكتمل الوجود القانوني للعقد المراد إبرامه». انظر إبراهيم الدسوقي أبو الليل، نظرية الالتزام، العقد والإرادة المنفردة، الكويت ١٩٩٥، ص ١٥٨.

كذلك يختلف العقد التمهيدي عن العقد المعلق على شرط، فالأخير هو العقد النهائي، وهو مقصود لذاته فلا يمهد لعقد آخر، كل ما في الأمر أن وجوده أو استمراره معلقان على تحقق شرط معين.

هذا، ويعكس الواقع العملي وجود العديد من صور العقد التمهيدي، منها ما هو معروف منذ أمد طويل كعقد العمل للتجربة ومذكرة التغطية التأمينية وعقد الوعد بالتعاقد، ومن هذه الصور ما هو حديث نسبياً، في نشأته ومن حيث التنظيم القانوني له، ومن ذلك عقد القرض الممهد لشراء العقار، وعقد الحجز الواقع على عقار تحت التشييد، ومن ثم سنقسم هذا البحث إلى فرعين، نتناول في الأول العقود القديمة، ونخصص الثاني للعقود الحديثة.

(٧) الفرع الأول: العقود التمهيدية القديمة:

تنظم التشريعات المختلفة ومنذ أمد طويل العديد من صور العقود التمهيدية، حيث تهمنا ثلاث صور منها، وهي على التوالي، الوعد بالتعاقد، ومذكرة التغطية التأمينية المؤقتة وعقد العمل للاختبار^(١).

(٨) أولاً: عقد الوعد بالتعاقد:

ينظم القانون المدني الوعد بالتعاقد (م ٧٢، ٧٣) من دون أية تفرقة بين الوعد الملزم للجانبين والوعد الملزم للجانب الواحد، ولكن في الوقت ذاته فإن المشرع الكويتي تبنى توجهاً يظهر منه بوضوح، أن الوعد بالعقد هو عقد قائم بذاته^(٢).

(١) أليست الخطبة عقداً ممهداً للزواج؟ أم هي اتفاق ممهد له؟ انظر المادة ٢ من قانون الأحوال الشخصية الكويتي رقم ٥١ لسنة ١٩٨٤، حيث تنص على عدم الالتزام بالزواج بسبب الخطبة. كذلك نص المادة ٥/أ منه التي تبين بأن العدول بغير مقتضى عن الخطبة لا يلزم الطرفين برد الهدايا، وقره «ب» من نفس المادة التي تلزم الطرف الآخر برد هذه الهدايا في الحالة التي يكون فيها العدول بمسوغ. وبهذا، فإن الخطبة، في اعتقادنا، لا تعدو كونها اتفاقاً ممهداً لعقد الزواج، دون أن تولد أي التزام من طبيعة عقدية. انظر كذلك، أحمد الغندور، الأحوال الشخصية في التشريع الإسلامي مع بيان قانون الأحوال الشخصية للقضاء في محاكم الكويت، ١٩٨٥ ص ٤٥.

(٢) كان قانون التجارة الكويتي القديم، والمتضمن لمدونة الالتزامات، قبل إلغائه، يفرق بين العقد الملزم للجانب الواحد والعقد الملزم للجانبين (م ١١٥) بخصوص الوعد بالتعاقد. انظر كذلك، عبدالحكيم فودة، الوعد والتمهيد للتعاقد والعربون وعقد البيع الابتدائي، القاهرة ١٩٩٢ ص ١٥.

«فلا بد من توافر شروط انعقاد وصحة الوعد ذاته، باعتباره عقداً، وإن كان ليس هو المقصود في النهاية»^(١) فلا ينعقد عقد الوعد إلا متى تم تعيين المسائل الجوهرية للعقد الموعد بإبرامه (كالبيع والضمن في البيع)، بل كذلك المدة التي يجب أن يبرم خلالها العقد الموعد بإبرامه (م ٧٢ مدني).

ولا بد في هذا الإطار من التفرقة بين الوعد الملزم للجانبين والوعد الملزم للجانب الواحد، إذ أن نكول أي من العاقدين في العقد الملزم لجانبين يرتب آثاراً قانونية عديدة أهمها إمكانية إلزام كل من الواعد والموعود له (وكلاهما كذلك) بإبرام العقد النهائي، تنفيذاً للالتزام كل منهما بما وعد^(٢). في حين أن العقد الملزم لجانب واحد يحمل في طياته تفرقة بين حالتين، الأولى تمثل في التزام الواعد وحده من دون أي التزام على الموعود له، بحيث يمكن إلزام الواعد فقط بإبرام العقد الموعد به، متى أبدى الموعود له رغبته بإبرامه، ولا يمكن إلزام الأخير بالعقد ولا إبداء رغبته حتى، فلا تترتب عليه أية تبعه ولو لم يبد رغبته في التعاقد من عدمه. وفي الحالة الثانية، يقابل التزام الواعد بما وعد التزام الموعود له بإبداء رغبته في إبرام العقد من عدمه، فإن لم يفعل فقد التأمين الذي يلتزم بإبداءه لدى الواعد، بل إن بعض الحالات يفقد فيها التأمين حتى لو أبدى رغبته في عدم التعاقد، على ألا يجبر في أي حال من الأحوال على إبرام العقد النهائي^(٣).

سنبحث فيما يلي القيمة التمهيدية لعقد الوعد بالتعاقد، ومن خلال تأكيد الصفة العقدية له، وفي إطار التمييز بين الوعد الملزم للجانب الواحد والوعد الملزم للجانبين:

(١) أحمد صفاء الدين العطيفي، المرجع السابق، ص ٣٤١.

(٢) إذ أن عقد الوعد الملزم للجانبين يجعل كلا منهما واعداً وموعوداً له في آن واحد.

J.Schmidt, op. cit p. 279

(٣)

٩ (أ) - الوعد بالتعاقد الملزم لجانب واحد:

إذا كان هدف الوعد بالتعاقد الملزم لجانب واحد «تسهيل إبرام العقد النهائي»^(١) فإنه يختلط في الواقع العملي بالعقد النهائي الموعود به وبالمفاوضات السابقة عليه، الأمر الذي يستلزم تمييزه عنهما، وكما يلي:

١ - اختلاف الوعد بالعقد الملزم لجانب واحد عن مرحلة المفاوضات:

حين تنص المادة ٧٣ مدني كويتي على ضرورة تعيين المسائل الجوهرية للعقد الموعود بإبرامه كشرط لانعقاد عقد الوعد بالتعاقد والمدة التي يجب خلالها إبرام العقد النهائي، فإنها تبين بشكل واضح الحدود التي تفصل بين الوعد كعقد، وبين مرحلة التفاوض، إذ أن تعيين هذه المسائل يعني أنه لا حاجة للتفاوض في شأنها من جديد. وفي ذلك ينبغي التأكيد على أن الوعد بذاته يمكن اعتباره إيجاباً، فلا ينعقد العقد النهائي بمجرد قبول الموعود له الوعد بالتعاقد، وإنما يلزم لقيام العقد النهائي أن يعبر الأخير عن نيته ورغبته في إبرام هذا العقد، معتمداً في ذلك على التزام الواعد الناشئ عن عقد الوعد بالعقد، الذي انصب قبول الموعود له عليه حين عبر عن إرادته أول مرة.

٢ - اختلاف الوعد بالعقد الملزم لجانب واحد عن العقد النهائي:

وفي ذلك تؤكد المادة ٧٣ مدني على الفصل بين عقد الوعد والعقد النهائي وذلك حين تنص على قيام عقد الوعد بالتعاقد بمجرد أن يرتضيه من صدر الوعد لصالحه واتصل رضاه بعلم الواعد، خلال المدة المحددة لبقاء الوعد (مع مراعاة الشروط الأخرى الواردة في م٧٢). وللحق، فإن عقد الوعد بالعقد الملزم لجانب واحد، يحمل في طياته خصائص العقد النهائي، فكأنه عقد معلق على شرط واقف، ألا وهو تعبير الموعود له عن رغبته في إبرام هذا العقد. بيد أن التحليل

(١) وهو يؤدي هذا الدور من خلال تأكيد التزام الواعد بإبرام العقد الموعود به، والحفاظ على هذا الالتزام لمدة محددة يتسنى للموعود له خلالها تنظيم أموره تمهيداً لإبداء رغبته في إبرام العقد النهائي، أي أن عقد الوعد الملزم لجانب واحد يقوم «للمحافظة على إيجاب الواعد لمدة محددة».

J.Ghestin, Op. Cit. p.100

الدقيق يعكس وجود العديد من الاختلافات بين العقدين، فمن ناحية ينحصر هدف الوعد بالتعاقد بإعطاء الخيار للموعد له في طلب إبرام العقد النهائي خلال مدة محددة يلتزم خلالها الواعد بالإبقاء على وعده^(١)، وفي حين أن إبرام العقد النهائي يولد التزامات مختلفة على عاتق الأطراف، من طبيعة معقدة، كتسليم المبيع والوفاء بالثمن... الخ، ولا يخضع كل ذلك لإرادة الموعد له وحده. وقد أكدت محكمة النقض الفرنسية في حكم لها عام ١٩٨٤، على الفصل بين عقد الوعد بالعقد الملزم لجانب واحد كعقد تمهيدي، والعقد المعلق على شرط واقف، على الرغم من اتجاه إرادة الأطراف إلى اعتبار عقد الوعد الملزم لجانب واحد، عقدا معلقا على شرط واقف^(٢).

من ناحية أخرى، قد يقوم الخلط بين عقد الوعد بالعقد الملزم لجانب واحد والعقد الابتدائي، كما نجده في مدونة الالتزام الكويتية الملغاة (قانون التجارة) حيث تشترط المادة ١١٥، أن يتم تحديد المسائل الجوهرية للعقد النهائي المراد إبرامه كأساس لصحة «الاتفاق المبدئي الذي يتعهد بموجبه كلا العاقلين أو أحدهما بإبرام عقد في المستقبل». وهو خلط لا مبرر له بالنظر إلى التفرقة الواضحة بين العقد الابتدائي وعقد الوعد بالتعاقد، فكان أن صحح المشرع هذا الوضع في القانون المدني الحالي ومن خلال الفصل الكامل بين عقد الوعد بالتعاقد والعقد الابتدائي.

وينبغي أن نبه إلى أن عقد الوعد الملزم لجانب واحد يخضع لشروط أساسية تفرضها التشريعات المقارنة، من دون أن يؤثر ذلك - وبأي حال - على صفته العقدية وهدفه كمعهد للعقد النهائي.

وأهم هذه الشروط ما ينصب على شكل الوعد، وفي ذلك يشترط القانون المصري (م ١٠١/٢ مدني) احترام ذات الشكل الذي يشترطه القانون للعقد النهائي

(١) وذلك ليتسنى للموعد له «تنظيم أموره» كطلب قرض للوفاء بثمان المبيع مثلا. انظر كذلك، ابراهيم الدسوقي أبو الليل، نظرية الالتزام، المرجع السابق ص ١٦٣.

(٢) لهذا الحكم، وللتعليق عليه انظر J.Ghestin; op. cit. p.305

بالنسبة لعقد الوعد بالتعاقد. كما يتطلب المشرع الفرنسي الشرط ذاته في بعض الحالات، كحالة عقد الوعد المتعلقة بعقار أو بأي مال آخر، في الحالات التي يكون فيها الوعد لوسيط في الصفقة، فيكون تسجيل هذا الوعد خلال ١٠ أيام من قبوله، حائلا من دون تحايل الوسطاء على الضرائب، فلا يتسنى لهم إخفاء دورهم وعمولتهم عن عملية الوساطة^(١).

وأخيرا، فإن نصوص القانون المدني الكويتي تعكس قناعة أكيدة بالطبيعة العقدية للوعد بالتعاقد، إذ تكتفي المادة ٧٣ بتوافر الإيجاب والقبول لقيام عقد الوعد بالتعاقد ولالتزام الواعد به، وهو أمر منطقي، فلا حاجة لحكم قضائي يقوم مقام هذا العقد، وكما تنص عليه بعض القوانين العربية (كالمصري م١٠٢ مدني)، وفي ذلك استقرار الفقه والقضاء في فرنسا، وبعد خلاف، على أن دور القاضي يقتصر على إجبار الواعد على إبرام العقد النهائي حين يرفض ذلك، ولا حاجة لتأكيد قيام عقد الوعد بالتعاقد من خلال قيام الحكم مقامه^(٢).

١٠ ب - الوعد بالتعاقد الملزم للجانبين:

على الرغم من أن نصوص القانون المدني الكويتي الحالي لا تشير إلى عقد الوعد الملزم للجانبين (على خلاف مدونة الالتزام القديمة «م١٥»)، فإن هذه الصورة قد حظيت باهتمام الفقه في الكويت والعالم العربي بشكل كبير^(٣). بيد أن النقاش الذي دار في فرنسا ولزمن طويل، حول طبيعة هذا العقد، يدفعنا إلى تخصيص شيء من الوقت لدراسة التفرقة بين عقد الوعد الملزم للجانبين والعقد

(١) انظر نص المادة ١٨٤٠ من مدونة الضرائب الفرنسية، معدلة بقانون التمويل الصادر في ١٩٦٣/١٢/١٩.

(٢) انظر J.Schmidt; op. cit. p.283. كذلك Cass. civ, 3^e chambre 3.11. 1983. j.C.P. 1984. p.12.

(٣) في عقد الوعد الملزم للجانبين، عبد الحكيم فودة، المرجع السابق ص١٧ وما بعدها. كذلك، عبدالفتاح عبدالباقي، نظرية العقد، المرجع السابق، ص٦٩ وما بعدها، وأيضا، عبدالمنعم البدرابي، النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني المصري، الجزء الأول، مصادر الالتزام، ١٩٨٩ ص٢٢٤ وما بعدها.

النهائي الموعود به، كما توصل إليها الفقه الفرنسي، ومن خلال عرض رأي الفقه التقليدي والفقه الحديث، وكما يلي:

*** الفقه التقليدي:** حسب توجه الفكر الكلاسيكي، فإن عقد الوعد الملزم للجانبين هو العقد النهائي، كل ما في الأمر أن تنفيذ هذا العقد معلق على شرط واقف^(١)، إذ أن الأطراف قد اتفقت على أساسيات العقد بشكل كامل (كالبيع والتمن في عقد البيع)، ولا تنقص إلا بعض الشروط القانونية (كالتوثيق من قبل كاتب العدل في البيوع العقارية)^(٢). وقد استند الفقه الكلاسيكي على نص المادة ١٥٨٩ من مدونة القانون المدني الفرنسي التي تنص على أن «الوعد بالبيع هو بيع متى اتفقت الأطراف على الشيء المبيع والتمن»^(٣)، إذن وقياسا على البيع، فإن أي اتفاق يحمل في طياته وعدا بالتعاقد، هو العقد النهائي، بشرط توافر أساسيات العقد، وكل ما في الأمر أنه عقد معلق على شرط.

*** الفقه المعاصر واعتبار الوعد بالتعاقد الملزم للجانبين عقد تمهيدي منفصل عن العقد النهائي:**

يرفض الفقه المعاصر، مستندا في ذلك إلى أحكام القضاء^(٤) الخلط بين الوعد بالتعاقد الملزم للجانبين والعقد النهائي، فمن الضروري أن تتم التفرقة بين العقد النهائي، وإن علق على شرط فهو عقد قائم ولكن تنفيذه مؤخر أو مهدد، وبين عقد الوعد بالتعاقد، الذي يمهد لعقد آخر هو المقصود في النهاية. علما بأن هذا العقد النهائي في هذه الحالة، وإن اكتملت عناصره الأساسية والثانوية فلا ترغب الأطراف في إبرامه حاليا^(٥). ووعيا من بعض الفقهاء المحدثين إلى صعوبة التفرقة بين الحالة التي يكون فيها العقد النهائي قائما ولكن تنفيذه معلق على شرط، والحالة التي يوجد فيها

(١) F.Collart Dutilleul; Des contrats préparatoires à la vente de l'immeuble; Paris 1988, p.62 et s.

(٢) Cass. civ. 3e. 14.1.1987. Dalloz. 1988. p.80. Note J.Schmidt. انظر:

(٣) Art. 1589. {La promesse de vente vaut vente, Lorsqu'il y a consentement réciproque des deux parties sur la chose et sur le prix}.

(٤) J.Ghestin; op. cit. p. 312. انظر في هذه الأحكام،

(٥) Ph.Malaurie et L.Aynès; Les contrats spéciaux. 1991 No 130.

عقد وعد بالتعاقد فقط، فإنهم يصرون على ضرورة الاستناد إلى عبارات الاتفاق ذاتها^(١). فنكون أمام عقد معلق على شرط متى ظهر جليا بأن، العقد النهائي قائم ولكن تنفيذه أو استمراره وبحسب الأحوال - معلق على شرط - في حين نكون أمام عقد وعد بالتعاقد ممهد للعقد النهائي في الحالة التي يفتقر فيها الاتفاق «للعنصر الأساسي أو أكثر» بالنسبة للموعد له بالذات، في العقد النهائي، أو الحالة التي يعبر فيها الأطراف بشكل واضح عن رغبتهم في عدم إبرام العقد النهائي، آتيا، إلى حين يبدي الموعد له رغبته في ذلك بالمستقبل. ومن دون أن يعني ذلك أن إرادة الأطراف هي المرجع الوحيد الذي يعتمد عليه، فللقضاء أن يقرر طبيعة مختلفة عما ذهب إليه الأطراف^(٢) متى كانت طبيعة الاتفاق ذاتها تحتم ذلك.

وبذلك نختتم الفرع الأول، وبعد أن بينا الطبيعة الخاصة لعقد الوعد الممهد للعقد النهائي، وميزناه عن هذا العقد وعن مرحلة المفاوضات السابقة للعقد النهائي.

(١١) ثانيا: مذكرة التغطية التأمينية الممهدة لعقد التأمين^(٣):

تنص م ٢/٧٧٩ مدني كويتي، على أن يتم عقد التأمين حتى قبل أن يتسلم المؤمن له الوثيقة في الحالة التي يسلم فيها المؤمن إلى المؤمن له «مذكرة التغطية

(١) J. Viatte; Les Effets attachés par Les parties à la signature de l'acte authentique. Journal des notaires 1980 art. 55688. p. 1089.

(٢) Cass. Civ, 3e; 21.10.1980. Gaz. pal. 26.2.1981. المادة ٧٢ مدني كويتي التي تتطلب الاتفاق على كل «المسائل الجوهرية» المتصلة بالعقد النهائي، للقول بقيام عقد الوعد بالعقد. إذ أن ما نقصده هنا، هو «العناصر الأساسية» للتعاقد بالنسبة للموعد له بالذات، كعدم توافر الثمن لديه آتيا، وبفرض احتمال أو تأكيد توافره في المستقبل، بحيث يتسنى له طلب إبرام العقد النهائي الموعد به.

(٣) يتبنى بعض الفقه الفرنسي تصنيفا خاصا للعقود الممهدة للتعاقد، يأخذ في عين الاعتبار الطبيعة المؤقتة لبعض صورها، كعقد العمل للاختبار ومذكرة التغطية التأمينية، وواقع الأمر أن هذه العقود جميعها مؤقتة، تلعب دورها إلى حين تقرير العقد النهائي، انظر: J.Schmidt; op. cit.p.256.

المؤقتة^(١)، وبذلك نظم المشرع الكويتي صورة وحيدة من صور مذكرة التغطية التأمينية التي توجد في العمل، وهي صورة المذكرة المؤقتة، في حين يعكس الواقع العملي في التأمين وجود صورة أخرى مهمة، يقدم من خلالها المؤمن تغطية تأمينية خلال مرحلة التفاوض على عقد التأمين وإلى حين تمام العقد النهائي أو العدول عنه. ولا جدال في هذه الصورة، بوجود عقد تأمين مستقل ومؤقت، يوقر من خلاله المؤمن تغطية تأمينية لطالب التأمين وبمقابل محدد، وذلك لفترة محددة تنتهي بتحديد مصير العقد التأميني المطلوب. وقد استقر الفقه على أن هذا العقد من طبيعة خاصة، ترتبط بالهدف من إبرامه، فهو يلعب دوراً مهماً في التمهيد لعقد التأمين النهائي، وينفصل عنه بشكل تام^(٢)، وهو أمر لم ينتبه إليه المشرع الكويتي في إطار القانون المدني، حيث يعالج صورة وحيدة كما رأينا، تستخدم فيها مذكرة التغطية المؤقتة كوسيلة لإثبات وجود العقد النهائي، وإلى أن يتم تسليم الوثيقة النهائية، في حين لم تعالج الصورة الثانية بأي نص. ولا جدال في أن المشرع الكويتي قد تأثر بالخلط القائم في العمل بين الصورتين، حيث يستخدم ذات المصطلح (بالعربية وبالفرنسية) للدلالة على الصورتين، على الرغم من الاختلافات التي تقوم بين الصورتين من حيث العناصر والهدف، كما رأينا - وعليه، فإن النظام القانوني الذي تخضع له مذكرة التغطية التأمينية التي تستخدم للإثبات (م ٧٧٩/٢ مدني)، ولا سيما من حيث الشروط الشكلية اللازم توافرها في هذه المذكرة حتى تؤدي دورها في الإثبات^(٣)، لا ينطبق على مذكرة التأمين المؤقتة كعقد مهاد للعقد

(١) انظر مادة ٣/٧٧٩ التي تحرص على إبراز دور هذه الصورة في إثبات وجود العقد النهائي، انظر كذلك جلال محمد إبراهيم، التأمين وفقاً للقانون الكويتي دراسة مقارنة مع القانونين المصري والفرنسي، الكويت، ١٩٨٩ ص ٥٠٨ وما بعدها.

(٢) انظر، Yvonne Lambert-Faivre; Droit des assurances. 1990. p.146 ets. M. Piccard et A. Besson; Les assurances terrestres; Tome I. 50 éd. 1982. p. 95 et No 58, 434. حسام محمود لطفي، الأحكام العامة، لعقد التأمين دراسة مقارنة بين القانونين المصري والفرنسي، القاهرة ١٩٨٨، ص ١٥٣ وما بعدها.

(٣) في هذه الشروط، انظر جلال محمد إبراهيم، المرجع السابق ص ٥٠٩.

النهائي. بل تخضع المذكرة في الصورة الثانية لذات الأحكام العامة التي يخضع لها أي عقد تأمين وباعتبارها عقد تأمين مستقلاً قائماً بذاته، كل ما في الأمر أنه مؤقت ويمهد لعقد آخر نهائي. ولتأكيد استقلال عقد التأمين المؤقت هذا عن العقد النهائي، فإن بعض الفقه يطلق عليه تسمية (التأمين المؤقت، أو اتفاق التأمين التمهيدي) لتأكيد كونه عقد تأمين، فلا ينفي توقيت هذا العقد مبدأ استقلاله عن عقد التأمين النهائي، فضلاً عن أن الرأي الراجح في الفقه يرى ضرورة استمرار هذا العقد إلى أن تنتهي المدة التي يحددها العاقدان لاستمراره (شهر واحد)، ما لم يتوصل العاقدان إلى الاتفاق على العقد النهائي قبل انتهاء موعد العقد التمهيدي^(١)، فإنه ينتهي في هذه الحالة تلقائياً لانتهاء الغرض من وجوده. في حين أن عدم التوصل إلى اتفاق خلال هذه المدة، سواء كان ذلك بسبب الرفض من قبل المؤمن أو المؤمن له، فإن عقد التأمين التمهيدي، وفقاً للرأي الراجح فقهاً، يستمر إلى حين انتهاء مدته التي حددها العاقدان، أو ينتهي بالاتفاق على إنهائه^(٢).

وقد تدق التفرقة بين نوعي (المذكرة) السابقين في بعض الحالات، فيكون اللجوء إلى عبارات المذكرة ذاتها وإلى ظروف الحال لتحديد طبيعة المذكرة محل البحث، فقد تكون عبارات المذكرة ذاتها واضحة الدلالة على دورها، وإلا فإن المقابل الذي يلتزم به المؤمن له خير معين في تحديد إرادة المتعاقدين، فهي حين تتجه إلى عقد تأمين «مؤقت تمهيدي»، فإن المقابل يحسب على أساس هذه المدة فقط، في حين أن المقابل في المذكرة التأمينية التي تستخدم للإثبات، يمثل قسطاً من أقساط التأمين النهائي^(٣).

وقد يختلط عقد التأمين التمهيدي بعقد التأمين النهائي ذاته، في الحالات التي يتفق فيها الطرفان على الإبقاء على ذات الشروط التي تضمنها عقد التأمين التمهيدي، للعقد النهائي. فيقال بأن عقد التأمين المؤقت قد «تحول» أو تغيرت

Y. Lambert.- Faivre; op cit. p. 146 et s.

(١) انظر للآراء وللمدة،

(٢) وليس للمؤمن بأي حال أن ينهي بإرادته المنفردة، فهو عقد مستقل وقائم بذاته.

(٣) انظر أحمد شرف الدين، أحكام التأمين في القانون والقضاء، الكويت ١٩٨٣ ص ١٣٩.

طبيعته، من عقد مؤقت إلى عقد دائم أو نهائي، مع الاعتداد بتغير التزامات الأطراف تبعاً لذلك^(١)، وحتى يتم ذلك التحول فلا بد من صدور تعبير واضح عن إرادة الأطراف بهذا التحول، مما يعني أننا أمام عقد تأمين جديد. فضلاً عن أن تحول العقد يعني تغييراً أكيداً وجذرياً للالتزامات كلا العاقلين، من حيث المدى الكمي والزمني، وإن ظلت معايير الحساب ذاتها، إذ أن الزمن الذي يقاس على أساسه التزام الأطراف، وهو عنصر مهم في عقد التأمين ولا شك، يتغير بشكل جذري، كل ذلك عدا عن الأثر الذي يحدثه تغيير عنصر الزمن هذا في طبيعة الخطر المؤمن منه، حيث إن احتمال تطور هذا الخطر زيادة أو نقصان، يكبر كلما زادت مدة العقد.

محصلة ما سبق أن مذكرة التغطية التي تنطوي على عقد تمهيدي، ينبغي أن تعالج كعقد تأمين مستقل، وإن كان هدفها توفير غطاء تأميني لطالب التأمين ولفترة محددة وقصيرة. إذ يحتفظ هذا العقد التمهيدي باستقلاله التام عن عقد التأمين النهائي، وبفرض تحقق الخطر المؤمن منه خلال مرحلة التفاوض وقبل إبرام العقد النهائي، ينشط التزام المؤمن بتعويض المؤمن له، بالاستناد إلى العقد التمهيدي. كما ينتهي هذا العقد بواحد من سببين، فإما لأن الأطراف قد توصلت إلى عقد نهائي فلا جدوى للعقد التمهيدي، وإما بانتهاء المدة التي حددت ابتداء لاستمراره، وهو الأجل الطبيعي لهذا العقد، من دون أن يحول ذلك دون الاتفاق على تجديده لمدة مماثلة أو مغايرة، ليتسنى للأطراف المزيد من الوقت لضبط كل التفاصيل والأمور التي ترتبط بالعقد النهائي.

وبذلك تنتقل إلى الصورة الثالثة من العقود التمهيدية، أي عقد العمل للتجربة.

(١) لتحول العقود وتغير طبيعتها، انظر رسالة دكتوراة، A.Ghozi; op. cit. p.101 et s. مع ضرورة التفرقة بين هذا النوع من تحول العقد، وتحول العقد الباطل إلى عقد صحيح كما تنظمه المادة ١٩١ مدني كويتي.

١٢ - عقد العمل للتجربة أو للاختبار كعقد تمهيدي:

من المهن والحرف ما يتطلب كفاءة وتأهيلا وخبرة من نوع خاص، فلا يتسنى لرب العمل تشغيل العامل من دون أن يختبره، بل إن العامل نفسه قد تكون له مصلحة في تجربة العمل الذي يعرضه رب العمل، للتأكد من ملائمة ظروف أدائه وساعات القيام به لظروفه العائلية والشخصية. لذلك ظهر نوع من العقود العمالية ازدادت أهميته في الآونة الأخيرة، هدفه التمهيد لعقد العمل النهائي، ويتفق فيه على مدة محددة لتجربة العامل، ويكون الخيار فيه لرب العمل والعامل، بعدم الاستمرار في العلاقة العمالية دون قيد أو تبعه، أو إبرام عقد نهائي في حالة نجاح التجربة. ولقد نظمت التشريعات المختلفة هذا العقد بحيث يخضع للأحكام القانونية التي تحمي العمال، كما عُنيت بتحديد فترة زمنية معقولة تكفي لتجربة العامل بشكل جدي^(١)، ومنع المشرع في الكويت ومصر إعادة التجربة، فلا تمدد هذه المدة أو تجدد، حتى لا يخفي رب العمل عقد عمل حقيقي تحت ستار التجربة، فيحرم العامل بذلك من بعض المزايا التي ترتبط بعقد العمل، وعلى وجه الخصوص مكافأة نهاية الخدمة (م ٥٤ عمل أهلي كويتي، ١٨ نفطي).

ولا يثير عقد العمل للتجربة تساؤلات مهمة ترتبط بطبيعته العقدية، حيث استقرت التشريعات المقارنة على ذلك، كما استقر الفقه على معالجته مستقلا عن عقد العمل، وباعتباره عقدا ممهدا له. بيد أن بعض التساؤلات قد تنور في الحالات التي يتفق فيها رب العمل والعامل على استمرار العلاقة العمالية، وبفرض نجاح التجربة، حول مصير عقد التجربة وتمييزه عن عقد العمل النهائي ويكون حسم ذلك من خلال التفرقة بين فرضين:

الأول: أن تستمر العلاقة بين الطرفين وفقا لذات الشروط التي تم تحديدها

(١) وهي وفقا للمادة ١٦ عمل أهلي كويتي ١٠٠ يوم، ووفقا للمادة ٣١ عمل مصري ٣ شهور، في حين يبيح المشرع الفرنسي للعاقدين تحديد هذه المدة على أن تكون معقولة، كما يبيح تمديدتها وتجديدها.

في عقد العمل للتجربة، علماً بأن شرط المدة يتغير، فيتحول العقد إلى عقد محدد المدة أو غير محدد المدة، مما يعني بأننا أمام عقد جديد في هذه الحالة ومن دون حاجة للكتابة أو للإخطار في ظل أحكام قانون العمل الكويتي الحالي^(١).

ومن الضروري تأكيد هذه النتيجة، إذ أن تحول عقد العمل التمهيدي إلى عقد عمل نهائي يخضع لأحكام قانون العمل كلها يشكل ضماناً أكيدة للعامل، فضلاً عن كونه نتيجة منطقية لنجاح التجربة، فلا يتسنى لرب العمل أن ينهي العقد الجديد متذرعاً بعدم نجاح التجربة^(٢). وعليه التزام بدفع مكافأة نهاية الخدمة متى توافرت شروطها، إذ أن استقلال عقد التجربة، كعقد ممهّد، عن عقد العمل النهائي لا يحول دون حساب مدته في مكافأة نهاية الخدمة.

الفرض الثاني: أن يعود العاقدان إلى التفاوض على شروط جديدة للعقد الجديد بعد نجاح التجربة، مما يؤكد استقلال العقد الجديد عن عقد التجربة، مع ضرورة حساب مدته في مكافأة نهاية الخدمة.

ولا يفوتنا أن ننوه بأن فرض عدم نجاح التجربة قائم، ليتنهي بذلك عقد التجربة بشكل مبسر أو بحلول أجله، دون أن يتطلع العاقدان إلى عقد عمل ثابت، وفي ذلك تأكيد لاستقلال عقد التجربة ودوره كممهّد.

١٣) خلاصة الفرع الأول:

حظيت الصور الثلاث السابقة من العقود التمهيدية باهتمام المشرع والفقه في الدول المختلفة ومن بينها الكويت، من دون أن يتم التأكيد على دورها في التمهيد لعقد نهائي في كل الحالات، ومن دون أن ترسم الحدود الفاصلة بين هذه العقود

(١) ولا يشير التحول أية مشكلة في القانون الكويتي، إذ أن عقد العمل الأصلي بحد ذاته لا يشترط فيه أن يكون مكتوباً (م ١٢ عمل أهلي).

(٢) انظر مؤلفنا، قانون العمل الكويتي المقارن ١٩٩٣، ص ٨٢، وعلى وجه الخصوص المراجع الأخرى المشار إليها في هامش الصفحة.

والعقود النهائية بشكل واضح. ولا يعني ذلك بأن هذه العقود مجهولة أو منسية في العمل، كل ما في الأمر أن بعض الخلط يقوم في شأنها، فتختلط تارة بالعقد النهائي ذاته، وتارة أخرى ببعض الصور الأخرى من العقود. وحقيقة الأمر أنها طائفة مستقلة من خلال دورها الممهد لغيرها، فلا بد من دراستها وتنظيمها على هذا الأساس.

(١٤) الفرع الثاني: العقود الحديثة الممهدة للتعاقد:

في مواجهة ما سبق من عقود، تقوم عقود أخرى تمهيدية، يمكن وصفها بأنها عقود حديثة، ليس بالنظر إلى نشأتها فهي عقود معروفة منذ أمد طويل، ولكن باعتبار التنظيم التشريعي الحديث لبعضها، في بعض القوانين المقارنة التي كرست دورها كعقود ممهدة لغيرها، فربطتها بهذه العقود بشكل أو بآخر.

ولقد نظم المشرع الفرنسي أنواعاً مهمة من هذه العقود التمهيدية في السنوات الأخيرة، وعلى الأخص منها عقد القرض الممهد لشراء العقار (قانون ١٣/٧/١٩٧٩)^(١)، وعقد الحجز الواقع على عقار تحت التشييد (قانون ٣/١/١٩٦٧ وتعديلاته)^(٢)، باعتبار طبيعتها التمهيدية، ومن خلال ربطها بالعقود النهائية، فتتناول كلا من هذين العقدين على التوالي تحت عنوان منفصل:

(١٥) أولاً - عقد القرض الممهد لشراء العقار:

يلجأ المتطلع إلى التملك العقاري إلى اقتراض مبالغ مختلفة في بعض الحالات وذلك لتغطية الثمن اللازم للشراء، كما قد يلجأ إلى عقود أخرى (كالتأمين

(١) ويأتي هذا القانون في إطار الجهود التي يبذلها المشرع الفرنسي لحماية المستهلكين، في هذه الجهود، انظر بحثنا، حماية المستهلك وأثرها على النظرية العامة للعقد في القانون الكويتي، مجلة الحقوق، السنة ١٣ العدد الثاني، يونيو ١٩٨٩، ص ٦٣ وما بعدها.

(٢) في هذا القانون، انظر: A.Thibierge; La Nouvelle réglementation des ventes d'immeubles à construire; Rev, éco. et ch. immob. 1968, 4.

لضمان الوفاء بالثمن). ومن الواضح أن عقد القرض الذي يهمننا يرتبط ارتباطاً وثيقاً بعقد شراء العقار من الناحية العملية، على نحو دفع بالمشرع الفرنسي إلى تكريس هذه الرابطة تشريعياً في إطار قانون ١٩٧٩، وقد هدف المشرع الفرنسي من خلال هذه الرابطة إلى تكريس حماية المستهلك المقترض، يستوي في ذلك أن يكون شخصاً طبيعياً أو معنوياً^(١)، حيث تقوم هذه الحماية من خلال وضع عدد من الضمانات لصالح المستهلك المقترض، والتي تستند إلى تأكيد الطبيعة التمهيدية لعقد القرض، وتعمل على توثيق الرابطة القانونية بينه وبين عقد شراء العقار، وهو العقد النهائي المقصود.

في سبيل إظهار المعالجة التشريعية الخاصة لعقد القرض التمهيدي في القانون الفرنسي، فإننا سنتناول أولاً إبرام هذا العقد وتنفيذه وأثر عدم تنفيذه في قانون ١٩٧٩، لندرس فيما بعد الرابطة التي يقيمها هذا القانون بين عقد القرض وعقد شراء العقار، وحدود هذه الرابطة التي تحول دون اندماجهما بشكل تام.

١٥ أ- التنظيم الخاص لعقد القرض الممهد لشراء العقار في قانون ١٩٧٩ :

سبق وأن أشرنا إلى أن المشرع الفرنسي قد نظم عقد القرض هذا من خلال الرغبة في حماية المستهلك المقترض، فكانت سلسلة من الشروط والإجراءات التي ترتبط بتقنية إبرام عقد القرض من ناحية، وتنفيذه من ناحية أخرى وكما يلي:

١ - إبرام عقد القرض: ينظم قانون ١٩٧٩ العديد من الإجراءات التي ترتبط ببداية مراحل إبرام عقد القرض، وهي فترة الإعلانات التي تنشرها وتذيعها مؤسسات الإقراض والائتمان، فجعل لها شروطاً وشكلاً خاصاً. كما أخضع المشرع الفرنسي «العرض» الذي تتقدم به هذه المؤسسات لمن يتقدم لها من طالبي

(١) انظر تشريعات حماية المستهلك المقترض في فرنسا: I.Fedlallah et autrs, Le droit du crédit au consommateur; Litec 1982. D.Ferrier; Les dispositions d'ordre public visant à préserver la réflexion des cocontractants; Dalloz 1980; Chron. p. 177. محمد المرسى زهرة، بيع المباني تحت الإنشاء، جامعة الكويت ١٩٨٩، ص ٤٠٥ وما بعدها، الطبيعة القانونية للعقد التمهيدي.

القروض، لشكل خاص محدد المحتوى، بحيث تتوافر لطالب القرض كل المعلومات اللازمة والمؤثرة في قراره، كما حدد المشرع زمنا معيناً يلتزم خلاله المؤسسة بالإبقاء على عرضها قائماً، فيتسنى لطالب القرض دراسته بشكل واف. بل إن المشرع الفرنسي أخضع القبول من جانب الأخير لشروط شكلية من حيث التوقيع، وحدد زمناً معيناً^(١) لا يصح القبول قبل انقضائه، لمخالفته لشرط متعلق بالنظام العام^(٢).

ومن الواضح أن كل ما سبق من شروط وإجراءات إنما يرتبط بالطبيعة التمهيدية لعقد القرض، إذ أن هدف طالب القرض في نهاية الأمر هو تمويل عقد شراء العقار، ومن ثم فإن كل خطوة يخطوها ترتبط بهذا الهدف النهائي.

٢ - تنفيذ عقد القرض: متى أبرم عقد القرض - فإن تنفيذ هذا العقد يرتبط بإبرام عقد شراء العقار، وهي نتيجة طبيعية، فما جدوى القرض متى لم يتحقق عقد الشراء، مع ذلك، ينبغي أن نميز بين فرضين في هذا الخصوص، نفرق فيهما بين الحالة التي يتم فيها عقد القرض وينفذ، والحالة التي لا يتم فيها تنفيذ عقد القرض بفعل طالب القرض ذاته:

*** تمام القرض وتنفيذه:** ويعني ذلك التزام كل طرف بما عليه، أي أن تضع مؤسسة الائتمان القرض تحت تصرف المقترض، في حين يلتزم الأخير بسداد الأقساط وفقاً لما تم الاتفاق عليه، ويظل مصير القرض معلقاً رغم ذلك على النتيجة التي يتم التوصل إليها في خصوص عقد الشراء.

*** عدم تنفيذ القرض بفعل المقترض:** تختلف أسباب عدم التنفيذ من جانب

(١) يحدد نص المادة ٢/٧ من قانون ١٩٧٩ هذه المدة بثلاثين يوماً.

(٢) يتحفظ بعض شراح القانون الفرنسي على هذا البطان على أساس ضرورة التفرقة بين الحالات المختلفة، M.Santacreu; La Protection de l'emprunteur immobilier. Loi du 13.7.1979; 1982. p.92 ets. Ponton - Grillet; Le contrat de réservation. D. 1991 Chron. 26. p. 111.

المقترض وتنوع، فمنها ما يرجع إلى بعض الصعوبات المالية، ومنها ما يرتبط برغبته في الرجوع عن الصفقة ككل، بمبرر مقبول أو بدونه.

وفي كلتا الحالتين يتوقف التزام مؤسسة الائتمان بالوفاء ببقية مبالغ القرض في حالة عدم أدائها دفعة واحدة، كما أن لهذه المؤسسة أن توقع بعض الجزاءات على المقترض في الحالة التي يكون فيها عدوله بغير مبرر معقول. فلها أن تطالب بإرجاع القرض مع احتساب الفوائد عن الفترة التي انقضت، أو أن تتمسك باستمرار القرض إلى حين أجله، كما لها أن تطالب بتعويض عما تكبدته من نفقات في سبيل إبرام عقد القرض في حالة نقضه، كل ذلك مع التحفظ بخصوص هذه الجزاءات في الحالات التي يفيد فيها المقترض من مهلة قانونية أو قضائية للوفاء بالقرض^(١).

فإذا تم عقد القرض دون أية عقبة، فلا يعني ذلك تمام العملية كلها، إذ أن عقد القرض يخدم عقد شراء العقار، مما يعني أن استمراره أو نقضه يرتبطان بمصير عقد الشراء من خلال رابطة يقيمها المشرع الفرنسي^(٢)، وهو ما سنتناوله فيما يلي.

١٧ ب - الرابطة بين عقد القرض وعقد الشراء، وحدودها:

يبدأ هذا الارتباط بالظهور من خلال المهلة التي يمنحها المشرع الفرنسي لطالب القرض للتفكير بالعرض الذي تقدمه مؤسسة الائتمان، وباعتبار عقد شراء العقار، أي في إطار العملية كلها. بيد أن الارتباط يتأكد من خلال الرابطة القانونية التي يقرها قانون ١٩٧٩ بين عقد القرض وعقد الشراء، في إطار ما يسمى «بالاعتماد المتبادل» بين هذين العقدين، ويتلخص هذا الاعتماد فيما يقرره نص ٣/٦ من قانون ١٩٧٩/٧/١٣ من بطلان عقد الشراء في حالة بطلان عقد القرض بطلاناً مطلقاً. وقد ثار التساؤل حول

M.Santacreu; op. cit. p.111

(١) لهذه العقوبات، انظر،

(٢) انظر كذلك نص ٩ من القانون الفرنسي لسنة ١٩٧٩، الذي يقيم رابطة قانونية بين القروض المختلفة التي يلجأ إليها المشتري لتمويل عملية شراء العقار.

إمكانية تطبيق نصوص القانون رقم ٢٢-٧٨ الصادر في ١٠/١/١٩٧٨، ولا سيما نص م/٩٢ الذي يقرر وبشكل عام «بطلان عقد القرض في حالة عدم تنفيذ العقد النهائي» أي في حالة بطلان عقد الشراء ذاته، مما يؤدي إلى تكريس الرابطة بين العقدين وتطبيقها بشكل تام. بيد أن قانون ١٩٧٨ يستهدف حالات عامة للاقتراض، في حين يستهدف قانون ١٩٧٩ حالة القرض الممهد لشراء العقار دون غيره وبشكل خاص، ومن ثم ينبغي تقديم الخاص على العام، فلا يكون البطلان إلا في الحالة الوحيدة التي أشرنا إليها (نص م/٣٦ من قانون ١٩٧٩) وهي حالة البطلان المطلق لعقد القرض، وبذلك تكون الرابطة في حدود مبنية، فلا يكون بطلان كل منهما مرتبطاً ببطلان الآخر إلا في حالة البطلان المطلق. وبذلك تنحصر الرابطة بين العقدين في إطار ثلاثة فروض، بحسب مصير كل عقد، وكما يلي^(١):

الفرض الأول: أن يؤدي بطلان عقد القرض إلى رده إلى عدم، أي حالة البطلان المطلق، فيؤدي ذلك بالضرورة إلى بطلان عقد الشراء ولو تم.

الفرض الثاني: أن يتم إبطال عقد القرض بسبب يرجع إلى خطأ من جانب المقترض أو من جانب مؤسسة الائتمان، وبفرض تمام إبرام عقد الشراء، فإنه لا يبطل تبعاً لذلك، بل يظل قائماً لما فيه مصلحة الطرفين (ونعني بمصلحة الطرفين، عدم الحاجة إلى اللجوء إلى إبرام عقد شراء جديد بما يكلفه ذلك من جهد ووقت ونفقات كأتعاب كاتب العدل ورسوم التسجيل). بل يظل الخيار أمامهما في الاستمرار في عقد الشراء، ومن خلال لجوء المشتري إلى مؤسسة ائتمان أخرى لاقتراض ما يلزم للوفاء بالثمن، أو المطالبة بإبطال عقد الشراء متى لم يكن ذلك ممكناً.

الفرض الثالث: هو أن يتقرر إبطال عقد الشراء ذاته، لسبب يرتبط بالأهلية أو بالإرادة أو غير ذلك من الأسباب، فلا يعني ذلك بطلان عقد القرض بشكل تلقائي فيظل قائماً، إلى أن يطلب المقترض إبطاله، إن رأى ذلك.

M.Santacreu; op cit. p. 129.

(١) لهذه الفروض

خلاصة القول، إن المشرع الفرنسي يقيم رابطة قانونية بين عقد القرض وعقد الشراء، ولكنه لا يدفع بها إلى أبعد مدى، وإنما يحصرها في إطار فرض وحيد، مع التفرقة بين الحالات المختلفة، وحسبما يتوافق ومصالح الأطراف، وفي ذلك تتجلى المعالجة التشريعية الخاصة لعقد القرض كعقد تمهيدي، حظي بتنظيم قانوني خاص.

١٨) ثانياً: عقد الحجز الواقع على عقار (تحت التشييد أو الترميم):

يصف المشرع الفرنسي عقد الحجز الواقع على عقار تحت التشييد أو الترميم بأنه عقد تمهيدي، وذلك حين تنظيم هذا العقد في قانون ١٩٦٧، وفي ذلك دلالة واضحة على أن كل القواعد والشروط الخاصة بهذا العقد تأخذ طابعاً يخدم هذه الصفة.

وواقع الأمر أن اللجوء إلى عقد الحجز هذا إنما يخدم بائع العقار ذاته والمشتري أو الحاجز، فالباقي أو البائع ومن خلال الحجز، يستطيع أن يقف على إمكانية البيع في المستقبل، بالإضافة إلى ما يتحصل لديه من مبالغ كمقابل للحجز، فيمضي في تنفيذ البناء باطمئنان^(١). في حين يفيد الحاجز من الحجز ذاته، ومن إمكانية الرجوع عن الصفقة والتضحية بمقابل الحجز، وقد يسترده متى كان سبب الرجوع ينسب إلى البائع أو الباني (لعدم مطابقة مواصفات البناء بعد تنفيذه لما اتفق عليه عند الحجز مثلاً).

وقد نظم المشرع الفرنسي هذا العقد استجابة لمتطلبات الواقع العملي، وباعتبار الطبيعة التمهيدية لعقد الحجز، من دون أن يحسم هذا التنظيم النقاش القانوني الدائر حول طبيعة هذا العقد وآثاره. وبذلك ندرس الطبيعة القانونية لهذا العقد التمهيدي أولاً، ثم ندرس آثاره فيما بعد.

(١) وفي الحالات التي يلجأ فيها الباني للاقتراض لإتمام عملية البناء، فإن وجود الحاجزين يشكل ضماناً إضافية لمؤسسات الائتمان، بسبب تضاعف احتمال نجاح عملية الاستثمار من خلال التشييد والبيع.

١٩ أ- الطبيعة القانونية لعقد الحجز (صعوبة التعريف):

منذ أن أضاف المشرع الفرنسي وبموجب قانون ١٩٦٧ تعديلا على نص المادة (L.261) من مدونة البناء الفرنسية، استحدث بموجبه تنظيما خاصا لعقد الحجز الواقع على عقار تحت التشييد أو الترميم، فإن الفقه الفرنسي لم يستقر على تعريف محدد وخصائص محددة لعقد الحجز هذا^(١). ففي حين لم يعرفه المشرع، فإن بعض الفقه يعرفه بالاستناد إلى هدفه، فهو العقد الذي يمهّد لشراء العقار أو بيعه، في حين يعرفه البعض الآخر من خلال عناصره، فهو العقد الذي يحجز بموجبه بائع العقار أو بانيه جزءاً من العقار أو كله مدة معلومة، لقاء تأمين يؤديه الراغب في الشراء، وقد انعكس هذا الخلاف على الجهود التي تبذل لتحديد طبيعة هذا العقد ومحتواه.

* فرأي يرى فيه عقد وعد بالتعاقد ملزم لجانب واحد، فيخضع تبعاً لذلك إلى نص المادة 1840/a من مدونة الضرائب الفرنسية، لأن البائع إنما يعد الراغب في الشراء بأن يبيعه جزءاً من المبنى أو كله، متى أبدى الأخير رغبته في ذلك بعد انتهاء عملية البناء أو في فترة زمنية معينة^(٢). ولكن هذا الرأي منتقد للعديد من الأسباب، أهمها ما يرتبط بعدم تحديد الثمن والعقار المبيع تحديداً دقيقاً في إطار عقد الحجز، بينما ينبغي أن يتم ذلك وبشكل دقيق في عقد الوعد بالبيع. إذ أن تحديد هذه الأشياء في عقد الحجز متعذر ابتداء وقبل انتهاء العمليات، ولا يكون إلا على سبيل التذليل وبالتقريب، ومن الطبيعي أن تتغير عناصر البناء والثمن، تبعاً لتغير الأسعار وثمن مواد البناء وغير ذلك^(٣).

* ورأي ثان، يرى في هذا العقد شرط «أفضلية في التعاقد»، فيتمتع الراغب

(١) لصعوبة التعريف، انظر Michel Dagot; La Vente d'immeuble à construire; 1983. p.109

(٢) انظر بند رقم ٩ من هذه الدراسة لخصائص عقد الوعد بالعقد الملزم لجانب واحد.

(٣) للانتقادات، انظر Ch. Mouly; Le nouveau droit de crédit immobilier. Loi du 13.7.1979. 1980, p.77. ets.

في الشراء بموجبه بأولوية عند انتهاء البناء وعرضه للبيع^(١)، ولكن هذا الرأي منتقد أيضا، ولسببين اثنين:

الأول: أن شرط الأفضلية يفترض وجود الشيء محل الأفضلية، وهو أمر غير متوافر في حالة البناء تحت التشييد.

الثاني: أن شرط الأفضلية يفترض وجود احتمال التنافس بين العديد من الأشخاص الراغبين في الشراء، وهو فرض لا يشمل كل حالات الحجز الواقع على عقار^(٢).

* ورأي ثالث يربطه بعقد البيع، بحيث تكون له طبيعة مشتركة، فمن ناحية فإن عقد الحجز هو عقد ممهّد لعقد البيع، ومن ناحية أخرى هو عقد يحضر للعقد النهائي لأنه يتضمن أهم عناصره، أي المبيع والثمن. ولكن هذا التعريف لا يحدد بشكل دقيق طبيعة عقد الحجز، فيظل الغموض قائما في شأنها، ومن ثم فإن تكييفه وتنظيمه سيختلف من حالة لأخرى، وحسب تحديد عناصر العقد النهائي في طيات عقد الحجز، مع أن عقد الحجز من طبيعة واحدة ويخضع لذات القانون، أي قانون ١٩٦٧^(٣).

وللحق، فإن أدق الآراء هو ذلك الرأي الذي يعترف بالطبيعة المستقلة لعقد الحجز باعتبار دوره كمهّد لعقد آخر هو عقد البيع، وهو الرأي الذي تبناه محكمة النقض الفرنسية^(٤)، ويؤيد هذا الرأي كتابات الفقه التي تناوله بشكل مستقل، وفقا للتنظيم التشريعي الخاص في إطار قانون ١٩٦٧. ومن الضروري ألا يخلط عقد الحجز بعقد الوعد الملزم للجانب الواحد، فلكل هدف مختلف يستند

(١) انظر لهذا الرأي، R.Saint-Alary; La vente d'immeuble à construire et l'obligation de garantie à raison des vices de construction. J.C.P. 68 éd G.I. 2146. N°. 7.

(٢) في شرط الأفضلية انظر، M.Voirin, Le pacte de préférence. J.C.P. 1954. II,92

(٣) انظر في هذا الرأي ونقده J.L.Bergel; Les contrats preliminaires de réservation dans les ventes d'immeuble à construire, unité ou dualisme? J.C.P. 74; éd. G.I. 2669.

(٤) انظر في هذا الحكم Cass. civ. 3e, 27.10.1975. Dalloz 1976, 97. note F.Franck

إلى طبيعة العملية ذاتها، ولا سيما أن عقد الوعد الملزم لجانب واحد لا يحمل في طبيعته إلا القليل من احتمال «الغرر»، في حين أن عقد الحجز الوارد على عقار ينطوي على قدر مهم منها، حسبما تسفر عنه عملية البناء وتكلفتها النهائية^(١).

٢٠ ب - آثار عقد الحجز:

تنحصر آثار عقد الحجز بالالتزامات التي يولدها على عاتق أطرافه، وبالنتائج المترتبة على خرق أي من هذه الالتزامات، وكما يلي:

١- التزامات الراغب في الشراء: يرتبط جل التزامات الراغب في الشراء بالتزامه الأساسي بالوفاء بمقابل الحجز، أي التأمين، الذي يحكمه العديد من الشروط الشكلية، وعلى الرغم من أن المشرع لم ينص على الالتزام بالتأمين في قانون ١٩٦٧، إلا أن القانون ينظم هذا التأمين بشكل كامل^(٢). ومن ذلك المادة 261-15 في هذا الخصوص والتي تنص على ألا يتم أدائه إلا بعد إتمام التوقيع على عقد الحجز، ومن خلال شيك لحساب البائع الحاجز (وليس نقدا) لدى مؤسسة مالية أو لدى كاتب العدل (art R.261-29)، وعلى أن تتحدد قيمة التأمين بسقف أعلى (art L. 261-28) يقاس على أساس ٥٪ من الثمن التقديري الذي تم تدوينه في عقد الحجز^(٣). ويتقرر مصير هذا التأمين من خلال فروض ثلاثة:

* فإما أن يتم عقد البيع بعد انتهاء أعمال البناء، فيستخدم مبلغ التأمين كجزء من الثمن ككل (art L 261-68).

* وقد لا يتم عقد البيع بفعل البائع الحاجز، فعليه أن يرد التأمين للراغب في الشراء، وذلك في موعد معقول (art L. 261-15).

(١) انظر بند رقم ٩ من هذه الدراسة.

(٢) R.Saint-Alary; Le droit de construction, 1982. P.335.

(٣) انظر للتفاصيل،

(٣) انظر للأداء بالشيك Y.Salats; Paiement par chèque. Bull. const. supp. Note. No 232, août

1971. p. 114. ولا يجوز التصرف بمبلغ التأمين أو الحجز عليه إلى أن يتقرر مصير عقد

البيع (art L. 261-28).

* وقد لا يتم عقد البيع بسبب ينسب إلى الراغب في الشراء (كما لو تخلص عن الصفقة أو لم ينجح في توفير الثمن)، ففي هذه الحالة، فإن الرأي الغالب في الفقه الفرنسي يرى بأنه يفقد التأمين، إذ لا خطأ ينسب للبائع في هذه الحالة، والقول بغير ذلك يفقد عقد الحجز جانباً مهماً من قيمته العملية، ومن الضمان الذي يتمتع به البائع الحاجز^(١).

٢- التزامات البائع الحاجز: يلتزم البائع الحاجز بإعطاء الراغب في الشراء معلومات وافية ودقيقة عن العقار وذلك تحت طائلة إبطال عقد الحجز متى قصر في شيء من ذلك (قانون ١٣/٧/١٩٧٩)، كما يلتزم بأمرين اثنين حرص قانون ١٩٦٧ على التأكيد عليهما، وهما:

أولاً: الالتزام بحجز العقار أو جزء منه لحساب الراغب في الشراء، وذلك للأجل المحدد في عقد الحجز (art L 261-15)، ومتى أخل البائع بهذا الالتزام، التزم برد مبالغ التأمين للراغب في الشراء، مع مسؤوليته عن التعويض عن كل ضرر يصيب الراغب في الشراء من جراء ذلك^(٢) الإخلال من دون أن يجبر على تشييد البناء لتنفيذ التزامه، وعلى التقيد بالموصفات التي عرضها على الراغب في الشراء، فله أن يغير فيها، مع تحمله تبعه كل ذلك.

وثانياً: يلتزم البائع بإخطار الراغب في الشراء متى انتهت أعمال البناء وعزم على البيع، ويقوم الإعلان عن هذه النية مقام الإيجاب^(٣)، ومن الضروري أن تؤكد على أن أي من الطرفين لا يستطيع أن يلزم الطرف الآخر بإبرام عقد البيع النهائي، فما عقد الحجز إلا ممهد ومسهل لإبرام هذا العقد، من دون أن يعني ذلك بأن الرجوع عن عقد الحجز حق لكلا الطرفين دون أية تبعه، كما رأيناه.

وبهذا ننهي الفرع الثاني من المبحث الأول، لنختتم بذلك هذا المبحث الذي

M. Dagot; op. cit. p. 187.

(١) انظر لآثار خطأ البائع،

M. Dagot; p. 194

(٢) في مدى التعويض، انظر الحكم الذي أشار إليه،

(٣) انظر المادة (261-30) التي تبين كيفية هذا الإخطار وآثاره.

كرسناه لدراسة طائفة العقود التمهيدية من خلال عرض بعض العقود التقليدية وبعض العقود الحديثة التنظيم، وبذلك نتقل إلى دراسة المبحث الثاني الذي سينصب على الاتفاقيات الممهدة للتعاقد، لنبرز من خلال ذلك الاختلافات التي تقوم بين العقود التمهيدية والاتفاقيات التمهيدية.

المبحث الثاني الاتفاقيات الممهدة للتعاقد

(٢١) التعريف بالاتفاق التمهيدي:

يعالج بعض الفقه الاتفاقيات التمهيدية أو الممهدة للتعاقد تحت تسمية «العقود الممهدة للعقد النهائي»، مع التمييز بين الصور المختلفة لهذه الاتفاقيات^(١). بيد أن الآونة الأخيرة شهدت تفرقة أكيدة بين هذه الاتفاقيات والعقود الممهدة للتعاقد، وذلك انطلاقاً من أساسين اثنين، وهما عدم توافر الطبيعة العقدية لهذه الاتفاقيات، وانعدام الآثار العقدية لها، وعلى الرغم من فائدة هذه الاتفاقيات للتعامل، فإن التنظيم القانوني يعجز عن تطويقها وملاحقتها، بسبب سرعة تطورها وتنوع صورها، مما دفع بالقضاء والفقه وبالأستناد إلى القواعد العامة للالتزام إلى خلق نظام خاص بها، يحفظ لها استقلالها وقيمتها العملية، ولتدعيم التزام الأطراف بها، هذا الالتزام الذي يحفظ للاتفاقيات قيمتها العملية والقانونية.

(١) يطلق بعض الفقه تسمية العقد على هذه التصرفات دون تردد، انظر مثلاً: J. Schmidt, op. cit. p. 229 في حين يستخدم بعض الفقه مصطلح العقد تارة ومصطلح الاتفاق تارة أخرى، دون تمييز، انظر: F. Laberthe. la notion de document contractuel; L. G.D.J. 1994.P. 135. كذلك، ابراهيم الدسوقي أبو الليل، العقد غير اللازم، دراسة مقارنة معمقة في الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية، جامعة الكويت - ١٩٩٤. ص ٢٤ وما بعدها، لبيان التطورات الحديثة في العملية التعاقدية، وأثر الحاجة إلى التروي في التعاقد على تقنية إبرام العقود وقوتها الملزمة.

ويمكن أن نرد هذه الاتفاقيات، وعلى أساس الفرض المدرسي البحث، إلى نوعين:

الأول: هو الاتفاق المبدئي على التفاوض والتعاقد، بحسن نية.

الثاني: الاتفاق حول بعض جزئيات العقد أو العقود المزمع إبرامها.

فتتناول كل نوع في فرع مستقل.

(٢٢) الفرع الأول: الاتفاق المبدئي على التفاوض أو التعاقد:

استقر الفقه منذ زمن بعيد على اعتبار العقد «اتفاق نهائي» يدل على رغبة الأطراف في إنشاء الالتزامات، ولكن التطبيق اليومي يظهر وجود العديد من الحالات التي تصر فيها الأطراف على التفاوض فترة زمنية طويلة، للوصول إلى العقد النهائي، الذي لا يتم التوقيع عليه إلا بعد أن يتفق على كل ما يحتويه بشكل كامل. بل إن طبيعة العقد ذاته قد تدفع الأطراف إلى التفاوض مدة طويلة، إما لأن هذه الطبيعة معقدة بسبب تعقيد محل العقد ذاته (كعقود التكنولوجيا)، أو لأن العقد النهائي يترتب بظروف وبشروط قانونية واقتصادية وعملية لا بد من تحقيقها قبل إتمام هذا العقد. ولنا أن نتصور دقة المفاوضات وتعقيدها في العقود الكبيرة، ك شراء أو بيع الطائرات والسفن، والتزويد بمولدات الطاقة الكهربائية أو الذرية وبمصانعها، فهي لا تتم بين ليلة وضحاها، بل يلزم لضبط تفاصيلها وعناصرها لقاءات وتنقلات ودراسات وتأهيل خاص، لتمد بذلك فترة التفاوض لزمن طويل. كما أن الموجب له في العقود المهمة يتكبد نفقات كبيرة لدراسة العروض التي تقدم له، كنفقات السفر والتعاقد مع الخبراء لدراسة هذه العروض وغير ذلك، مع اعتبار ما يتكبده الموجب ذاته لصياغة هذه العروض والترويج لها. لذلك يغلب أن يتم التفاوض على هذه العقود على مراحل أو على دفعات، بحيث ترتبط كل مرحلة وكل دفعة سابقتها وبلاحقتها، علما بأنها ستؤدي في النهاية إلى عقد واحد.

فما مصير كل المراحل المختلفة التي تسبق العقد، وما الذي يضمن لكل

طرف استمرار الطرف أو الأطراف الأخرى في العملية العقدية، في غياب الالتزام التعاقدي؟

لم يجد الفقه والقضاء بدا من الرجوع إلى القواعد العامة للالتزام للقول بوجود التزام عام ينتج عن مبدأ «حسن النية في التعامل»^(١)، الذي وإن لم يولد أي التزام تعاقدي، فإنه يولد التزاماً على عاتق الأطراف بالتفاوض بحسن النية، وبضرورة احترام مصالح الأطراف الأخرى، مع الاختلاف حول طبيعته، وإن غلبت عليها صفة الالتزام «شبه التعاقدي» كما يحلو لبعض الفقه الفرنسي تسميته^(٢). وقد ازدادت أهمية هذا الالتزام بسبب تزايد العقود المهمة وما صاحب ذلك من تزايد

(١) لا يتضمن القانون المدني الكويتي إشارة خاصة لمثل هذا الالتزام، بيد أن نص م ١٩٧ يشير إلى ضرورة تنفيذ العقد طبقاً لما يتضمنه من أحكام، وبطريقة تتفق مع ما يقتضيه حسن النية وشرف التعامل. ومن الضروري أن يوسع نطاق هذه المادة ليشمل كل مراحل العقد، وتنفيذ كل التزام أيا كان مصدره. ومن الملاحظ أن قضاء التمييز الكويتي يستخدم مصطلحات «العقد والاتفاق والمشاركة» للدلالة على كل صور التقاء الإرادات دون تمييز ودون التأكيد على وجود التزام بالتفاوض بحسن نية، في بعض صور التقاء الإرادات، انظر مجموعة الأحكام الآتية:

(١) طعن بالتمييز رقم ٤٥ - ١٩٧٣ تجاري، بجلسة ١٩٧٥/٥/٢١، كذلك طعن بالتمييز رقم ١١ - ١٩٧٤ تجاري، بجلسة ١٩٧٤/١/١١، وأيضاً طعن بالتمييز رقم ٦١ - ١٩٧٦ تجاري بجلسة ١٩٧٧/٦/٢٧، منشورة في مجموعة المبادئ التي قررتها محكمة التمييز (الكويتية) في المدة من ١٩٧٢/١١/١ حتى ١٩٧٩/١٠/١ ص ١٩٠ و١٩١ الأرقام ١٢، ١٤ و٢٠.

(٢) طعن بالتمييز رقم ١٨٠/١٩٨٤ بجلسة ١٩٨٤/١١/٢١، مجلة القضاء والقانون (الكويتية)، السنة ١٢، العدد ٣ يونيو ١٩٨٨، ص ٦٣.

(٣) طعن بالتمييز رقم ٢٣٥/١٩٨٤، بجلسة ١٩٨٥/٦/١٢، مجلة القضاء والقانون (الكويتية)، السنة ١٣، العدد ٢ مارس ١٩٩٠، ص ٢٦١.

(٢) انظر للتطور الفقهي والقضائي في هذا الخصوص

J. Schmidt; la sanction de la faute précontractuelle; Rev. trim. dr. civ. 1974 p. 46 et s.

J. Mestre, L'évolution des contrats en droit privé français, in l'évolution contemporaine du droit des contrats. Journées Savatier; 1985. 1986. p. 52.

F. Laberthe; op. cit. p. 128.

وانظر للتطور في القانون الألماني،

J. Cèchas; L'obligation de négocier; Rev. trim. dr. comp. 1985; P. 265.

الاتفاقات الممهدة للتعاقد، ولا سيما أن الفقه والقضاء يتجهان إلى تأكيد الاتفاق على التفاوض وعلى دوره كحام لمصالح كل الأطراف من تعسف الأطراف الأخرى، في إطار مرحلة التفاوض.

سنتناول فيما يلي مفهوم هذا الاتفاق وقوته الملزمة وآفاق تطوره تحت العنوان الأول، لندرس وبشيء من التفصيل فيما بعد دوره في عقود الحاسب الآلي وذلك لتبيين أهميته في الواقع العملي، تحت العنوان التالي.

(٢٣) أولاً: مفهوم الاتفاق المبدئي، آثاره وتطوره:

ينعكس تعقيد بعض العقود الكبيرة وتكلفتها على سلوك أطراف العلاقة التعاقدية، فينطبع التعبير عن الإرادة بطابع التحفظ، على الرغم من رغبة كل الأطراف في إبرام العقد. إذ أن كل الأطراف تريد التعاقد، ولكن دون اندفاع، ومن خلال المرور بالعديد من المراحل والإجراءات، وبعد القيام بالدراسات والترتيبات اللازمة، ونتيجة لذلك، فإن إبرام العقد يتأخر، وتمتد مرحلة المفاوضات إلى ما لا نهاية.

ويؤدي تأخير إبرام العقد إلى قيام احتمال تغير بعض العناصر التي تم الاتفاق عليها في مراحل العملية التعاقدية، وعليه فلا بد من أن يركن كل طرف إلى عدم تغير موقف الطرف الآخر بخصوص ما تم الاتفاق في شأنه، ولا يكفي أن يعتمد في ذلك على حسن نية كل طرف، بل كرس القضاء والفقه والعمل مبدأ «الالتزام بالاستمرار بالتفاوض بحسن نية»، على أساس من التقاء الإرادات الصريح أو الضمني، وتحت طائلة الجزاء المدني في الحالات التي يخرق فيها هذا الالتزام دون مبرر معقول. كل ما سبق يؤدي إلى طرح العديد من التساؤلات في خصوص هذا الالتزام، أهمها:-

١ - متى يمكن القول بوجود هذا الالتزام، أي بوجود اتفاق مبدئي على التفاوض؟

٢ - ما مدى هذا الالتزام، وما هي آثاره؟

٣ - ماذا عن مستقبل هذه الاتفاقيات، وأين سيكون موقعها بين مصادر خلق الالتزام؟
للإجابة عن هذه التساؤلات، سنقسم النقاش إلى ثلاث نقاط، وكما يلي:-

١ - قيام الاتفاق المبدئي على التفاوض:

وإن ظهر التردد لدى بعض الفقه الفرنسي المعاصر في شأن الاتفاق المبدئي على التفاوض أو التعاقد، فقد استقر الفقه على وجوده وأهميته في العمل، بالاستناد إلى أحكام القضاء التي تؤكد وجوده، وإلى بعض التشريعات الفرنسية التي تلجأ إليه^(١).

ويؤكد بعض شراح القانون الفرنسي على وجود مبدأ راسخ في القضاء الفرنسي منذ حكم ١٩٥٨/٣/٢٨، وعلى ضرورة اعتبار الاتفاق الذي يقوم بين الأطراف على التفاوض بحسن نية مقيداً لهذه الأطراف، بيد أنه لا يعدو أن يكون «اتفاقاً مبدئياً وليس التزاماً عقدياً لا عودة عنه»^(٢)، حسب تعبير البعض من هؤلاء الشراح.

وقد تأكد هذا المبدأ من خلال العديد من الأحكام التي أعقبت ذلك الحكم، إلى أن صدر حكم في ١٩٨٩/١٢/١٩^(٣)، جاء فيه أن الاتفاق المبدئي المعقود بين نقابة عمالية ورب العمل على تخفيض ساعات العمل وبشكل تدريجي، لا يلزم رب العمل «إلا ببذل عناية خاصة عند التفاوض»، وذلك كخطوة ممهدة لإبرام الاتفاق الجماعي.. حيث إن الأطراف قد اتفقت على «التزام بالتفاوض» حول تحديد ساعات العمل الأسبوعي^(٤).

I. Najjar; op. cit. p. 60.

(١) انظر

(٢) لهذا الحكم، J. Schmidt, p. 62 note J. Schmidt, 1991; Dalloz كذلك. I. Najjar; op. cit. p. 58. J. Ghestin; op. cit. p. 317.

(٣) لهذه الأحكام، انظر A. Viricel; op. cit. p. 72 et s. وعلى الأخص Rennes, 9.7.1975. Dalloz; Note J. Schmidt 1976 p. 417.

(٤) في حين أن عدم تنفيذ هذا الاتفاق الجماعي لا ينسب إلى خطأ من جانب رب العمل، بل للظروف الاقتصادية، J. Ghestin; op. cit. p. 317.

ومن خلال هذا الحكم يتضح أن الاتفاق المبدئي على التفاوض يولد التزاما «ببذل عناية» هدفه الاستمرار بالتفاوض لحين الوصول إلى العقد النهائي، من دون أن يعني ذلك بأن عدم التوصل إلى هذا العقد يثير مسؤولية أي طرف، عدا الحالات التي يخرق فيها أحد الأطراف التزامه ببذل عناية خاصة عند التفاوض في سبيل الوصول إلى العقد، ومن دون مبرر معقول.

كذلك يرى بعض الفقه الفرنسي أن المشرع الفرنسي، وفي إطار تشريعات حماية المستهلك، يستخدم تقنية الاتفاق المبدئي كوسيلة لتحقيق هذه الحماية^(١).

فهو يعتبر بعض عقود الاستهلاك التي تم التوقيع عليها، بحسب رأي بعض الفقه، مجرد اتفاقيات مبدئية، فلا بد أن يمضي الموعد المحدد للحق في الرجوع عنها خلال موعد محدد^(٢).

وبذلك يرى بعض الفقه أن هذه العقود الاستهلاكية قد تحولت إلى مجرد اتفاقات مبدئية، فلا بد أن يمضي الموعد المحدد للحق في الرجوع عنها، ودون رجوع من قبل المستهلك لتصبح عقودا نهائية. وبسبب عدم التزام المستهلك بها على الأقل، فإن بعض الفقه يرى فيها عقودا من درجة أدنى، فليس لها قوة ملزمة إلا في مواجهة أحد الأطراف^(٣).

٢- مدى الالتزام المبدئي بالتفاوض وآثاره:

يصعب القول بوجود أي التزام عقدي في هذه المرحلة من المفاوضات، ومن

(١) انظر في وسائل الحماية، بحثنا حماية المستهلك... ص ١٠٧.

(٢) انظر في تقنية خيار الرجوع في العقود الاستهلاكية J. Calais-Auloy; La Loi sur le démarchage à domicile et la protection des consommateurs. Dalloz, 1973. Chron. 266.

N. Gavalda; La protection de l'emprunteur en matière de crédit immobilier; Dalloz. 1980. Chron. 211.

I. Najjar, op. cit. p.64.

(٣) لهذا الرأي، J. Calais-Auloy; La Loi sur le démarchage. op. cit. p.267. وللتقريب من هذا الرأي، انظر، إبراهيم الدسوقي أبو الليل، العقد غير اللازم، دراسة مقارنة معمقة في الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية، ١٩٩٤، رقم ٣٩ ورقم ٩٩.

ثم فإن بعض الفقه الفرنسي يستخدم مصطلح avant-Contrat أو ما يمكن ترجمته بالالتزام السابق على العقد، للدلالة على طبيعة هذا الالتزام ومصدر نشأته. وواقع الأمر أن الالتزام المبدئي بالتفاوض ينشأ عن الاتفاق المبدئي عليه، إلا أن هذا الاتفاق ليس سببه الوحيد، إذ تفرضه طبيعة التعامل أو العقد ذاتها، كما يؤكد القضاء والمشرع وجود هذا الالتزام في بعض الحالات كما رأينا عند دراسة قيام هذا الاتفاق. وينعكس كل ذلك على قوة هذا الالتزام ومداه، هذه القوة التي يردّها القضاء إلى الالتزام العام بالتعاقد أو التفاوض بحسن نية^(١)، لتبرير نشأة التزام ببذل عناية من طبيعة خاصة، ليؤدي خرق هذا الالتزام إلى قيام مسؤولية من نوع خاص، تقبّع بين المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية^(٢)، فيعوض على أساسها من يخرق هذا الالتزام، الطرف الآخر عما يصيبه من ضرر من جراء ذلك، وعلى الأخص الأضرار التي تنجم عن «تفويت فرصة التعاقد»^(٣).

٣ - مستقبل الاتفاق المبدئي على التفاوض:

انطلاقاً من الزخم الفقهي الحالي، وبلاستناد إلى موقف القضاء والمشرع، فلا بد من تأكيد أهمية الاتفاق المبدئي على التفاوض، ولا سيما أن أهميته في العمل ما فتأت تتزايد، ولن يغير النقاش أو الخلاف حول طبيعته ومداه في ذلك من شيء، فلقد استقر هذا الاتفاق كمهد للعقود في العمل، على المستوى الدولي^(٤) والداخلي، فلا بد من

(١) في هذه الأحكام، انظر هامش رقم ٦٨، ٦٩ من هذه الدراسة.

(٢) لطبيعة هذا الالتزام extra-Contractuelle، انظر F.Laberthe; op. cit. p.130. في حين يرى بعض الفقه أنه من طبيعة عقدية، مع شيء من الخصوصية ومنهم Ghestin; op. cit. p.317 وهو رأي منتقد بسبب عدم وجود عقد نهائي في هذه المرحلة، F.Laberthe; p.131.

(٣) في تفويت الفرصة، حكم Cass. civ. 3e, 16.4.1973, Bull. civ. III, No. 287. p.207 كذلك، محكمة التمييز الكويتية، حكم في الطعن رقم ١٩٨١/٢٣٤ تجاري، جلسة ١٧/٣/١٩٨٢، مجلة القضاء والقانون، السنة ١١، العدد الأول، فبراير ١٩٨٥، ص ٨٨. وانظر، إبراهيم الدسوقي أبو الليل، تعويض تفويت الفرصة، مجلة الحقوق، السنة ١٠، العدد ٢ يونية ١٩٨٦ والعدد ٣ سبتمبر ١٩٨٦.

(٤) في أهميته في العقود الدولية، انظر A.Fontaine; {Synthèse des travaux du groupe du travail sur les lettres d'intention dans la négociation des Contrats internationaux}. Rev. dr. et de pratique du commerce inter. 1977. Tome III, No 2 p.105.

تكريسه وتحسينه، ويكون ذلك من خلال التنظيم التشريعي لبعض صور الدارجة في العمل. وينبغي في هذا الخصوص أن نعترف بأن هذه المهمة شاقة، بسبب تنوع صور هذا الاتفاق في العمل واختلافها من حيث المصدر والطبيعة والآثار^(١) واختلاف آراء الفقه في شأنه.

إلا أن دراسة هذا الاتفاق والالتزام الناشئ عنه في إطار بعض أنواع العقود والتعاملات، تسهل مهمة الوقوف على طبيعته، والتعرف على مصدره وضبط آثاره. وقد كان لنا الخيار بين دراسة الاتفاق المبدئي كمعهد للعقود الدولية، وبين دراسته كمعهد لبعض العقود التقنية، وعلى الأخص عقود الكمبيوتر أو الحاسب الآلي، فأثرنا دراسة النوع الثاني لما ينطوي عليه من انضباط واستقرار، وكما سنراه فيما يلي.

(٢٤) ثانياً: الاتفاق المبدئي على التفاوض في إطار عقود الحاسب الآلي:

تنطوي عقود الحاسب الآلي على أهمية علمية وعملية كبيرة، إذ تمثل نموذجاً للعقود التي يمهّد لها باتفاقيات مختلفة، ويلعب الاتفاق على التفاوض دوراً مهماً في إبرامها.

إذ أن هذه العقود تستدعي في الكثير من الأحيان إبرام عقود تمهيدية، واتفاقيات وبروتوكولات مختلفة، مبدئية وجزئية، كل ذلك لضبط تفاصيلها وتحديد كيفية تنفيذ ما تحويه من مراحل وما يرتبط بها من متطلبات آنية ومستقبلية^(٢).

وفي هذا الخضم، يحتل الاتفاق المبدئي على التفاوض طبيعة خاصة، ويلعب دوراً مهماً، ولا سيما في المراحل الأولية من المفاوضات، إذ لا يبرم عقد التوريد

(١) بخصوص التفرقة بين هذا الاتفاق وغيره، وبين مجمل التصرفات التي تتم في المرحلة السابقة على العقد، انظر، كذلك، حسام الدين كامل الأهواني، مصادر الالتزام، القاهرة، ١٩٩١ ص ٨٠ وما بعدها.

(٢) انظر لتعريف العقود المؤقتة ولدورها J.Schmidt; Négociation et conclusion.. op. cit. p.256.

بالحاسب الآلي وبأنظمة الكمبيوتر على عجلة، وإنما تسبقه دراسات ميدانية وعملية، وتطرح في شأنه عروض تعاقد مختلفة، مما يكبد نفقات لا بد من تحديد من يتحمل بعينها... إلخ، وإذا كانت فترة المفاوضات في إطار عقود الحاسب الآلي تحمل في طياتها العديد من التصرفات القانونية، فإن التصنيف الأولي لهذه التصرفات يردها بشكل أساسي إلى اتفاق مبدئي على التفاوض من ناحية، وإلى عقود تمهيدية وشروط خاصة (كشروط الأفضلية)^(١) من ناحية أخرى، وهو ما سندرسه فيما يلي.

(٢٥) ١ - الاتفاق المبدئي على التفاوض :

بالنظر إلى تعقيد عقود الحاسب الآلي، فلا بد من تأكيد وجود التزام عام وثابت بأن يستمر الأطراف بالتفاوض ويحسن نية، للوصول إلى العقد النهائي، من دون أن يعني ذلك، كما سبق أن ذكرنا، الالتزام بتحقيق هذا العقد كنتيجة حتمية، وإنما يكون ذلك على سبيل الالتزام ببذل عناية، وهي العناية التي يتطلبها إبرام عقد الحاسب الآلي.

ويقصد بذلك بشكل أساسي، الجدية في التفاوض للوصول إلى العقد النهائي، وبذل الجهد وإجراء الدراسات المختلفة في سبيل ذلك، فإن تعذر الوصول إلى هذا العقد، فإن على من يتخلى عن المفاوضات أن يبرر ذلك بسبب مقبول «وتكون للقضاء سلطة التقدير للقول بأن الوصول قد أضحى غير ممكن»^(٢) «وقد يعاقب من تخلى عن التفاوض دون نقاش جدي، أو دون طرح عروض

(١) للعقود والشروط التي تتخلل العملية التعاقدية في إطار عقود الحاسب الآلي Y. Rebloud; Les contrats de recherche 1976. J.M. Mousseron et A. Seube; A propos des contrats d'assistance et Fournitures. Dalloz. 1973. Chron. 28.

(٢) وذلك نتيجة طبيعية بالنظر إلى تقسيم إبرام العقد لعدة مراحل، انظر A.Reig; La ponctuation, contribution à l'étude de la Formation Successive du contrat. Mélanges Juffaret. p.604.

مقابلة»^(١). . بما معناه أن سلوك كل طرف خلال مرحلة المفاوضات، ينبغي أن يعكس «نية حقيقية وجدية» في الوصول للعقد النهائي.

ويكون ذلك ابتداء منذ أول اتصال يتم بين الأطراف، وعند طلب العروض أو تقديمها أو دراستها، ليستمر ذلك خلال كل المراحل المختلفة من المفاوضات، كما يشمل ذلك ضرورة تزويد الطرف الآخر بما يلزم من معلومات وحقائق، لتسهيل مهمته في دراسة الصفقة، تمهيداً لتحديد موقفه خلال المراحل المختلفة.

وهذا هو الهدف الأساسي من تأكيد وجود الاتفاق المبدئي على التفاوض في عقود الكمبيوتر وكل العقود التي تشابهه في طبيعتها، وبذلك يتم دفع فرص نجاح المفاوضات إلى أقصى مدى ممكن، فإن ظل احتمال عدم إبرام العقد النهائي قائماً، إلا أن هذا الاحتمال يتم تحجيمه إلى حد كبير من خلال الاتفاق المبدئي على التفاوض.

ويتبقى تساؤل أخير يدور حول شكل هذا الاتفاق، فهل هناك حاجة للكتابة للقول بوجوده؟ من الواضح أن اشتراط وجود الكتابة للقول بوجود هذا الاتفاق يحد بشكل كبير من وجود هذا الاتفاق، وعليه، فلا بد من القول بإمكانية وجوده في كل الحالات التي تعكس ظروف المفاوضات وطبيعة العقد المزمع إبرامه، ضرورة وجوده والالتزام به، وبالنظر إلى ضرورته وأهميته في عقود الحاسب الآلي والعقود التقنية الأخرى. وبعد، فإن القول بوجود هذا الاتفاق ولو لم يتفق الأطراف صراحة على وجوده، يلبي حاجة الواقع العملي إليه، كما يؤكد الطبيعة المتميزة لهذا الاتفاق والطبيعة الخاصة لما يتولد عنه من التزامات^(٢).

(٢٦) ٢ - الاتفاقات والعقود الأخرى الممهدة لعقود الحاسب الآلي :

لا يكفي مجرد القول بوجود اتفاق مبدئي على التفاوض في إطار عقود الحاسب الآلي لضبط جميع مراحل وأركان المفاوضات، بل يلجأ أطراف العلاقة

A.Reig; op. cit. p. 604

(١)

(٢) لهذه الطبيعة انظر فقرة ٢٢ من هذه الدراسة وهامش ٦٦.

إلى إبرام اتفاقيات وعقود، تتولد عنها التزامات مختلفة. فيظهر من ذلك وبوضوح، أن الأطراف لا تنوي إبرام العقد النهائي أو لا تستطيع ذلك، إلا من خلال هذه الاتفاقيات وهذه العقود الممهدة، كما أن الأطراف تظهر نيتها الحقيقية في التفاوض وفي الاجتهاد في سبيل الوصول إلى العقد النهائي.

هذا، ويعكس الواقع العملي وجود العديد من الاتفاقيات والعقود الممهدة لعقد الحاسب الآلي، ومن هذه الاتفاقيات والعقود ما ينصب على تدوين الالتزام المبدئي بالتفاوض بحسن نية، ومنها ما يكرس لضبط أمور مالية وتفاصيل فنية، وتحديد واجبات ودور كل طرف. ومن أهم هذه العقود والاتفاقيات التمهيدية نجد:

أ - عقود الدراسات والمشورة الأولية التي تمهد لعقد التوريد بالحاسب الآلي^(١)، وفيها يلتزم مكتب استشاري أو المزود بنظام الحاسب الآلي بالقيام بدراسات ميدانية واقتصادية تنصب حول جدوى وإمكانية وتكلفة النظام الآلي المطلوب، في أجل محدد، لقاء مقابل يلتزم به طالب التوريد بالنظام. وهي التزامات من طبيعة عقدية بحتة، يؤدي الإخلال بها إلى قيام المسؤولية العقدية للطرف المخل^(٢) وإن كانت تلعب دورها إلى جانب الاتفاق المبدئي على التفاوض، والاتفاقيات الأخرى التي ستناولها فيما يلي.

(٢٨) ب. الاتفاقيات الأخرى الممهدة لعقد الحاسب الآلي:

جرى العمل على تسمية هذه الاتفاقيات «بالتعهدات»، ويقصد بها الوعود التي يعطيها كل طرف للطرف الآخر، من دون أن ترقى هذه الوعود إلى درجة الوعد بالتعاقد الملزم للجانبين أو لجانب واحد، بل تنحصر هذه التعهدات في إطار

(١) انظر لهذا العقد ولغيره من العقود الممهدة لعقود الحاسب الآلي، A. Viricel; op. cit. p. 80 ets.

(٢) لعقود الحاسب الآلي، انظر، جلال أحمد خليل، النظام القانوني لحماية الاختراعات ونقل التكنولوجيا إلى الدول النامية، الكويت، ١٩٨٣، ص ٣٢٤ وما بعدها.

الاتفاق المبدئي على التعاقد أو الاستمرار فيه، وذلك لتأكيد هذا الاتفاق، وليبيان النية الصادقة والجادة في سبيل إتمام العقد النهائي.

ومن هذه الاتفاقات أو التعهدات:

* - التعهد الذي يصدر عن المزود بالكمبيوتر لصالح طالب التزود، وذلك بأن يقترح عليه في المستقبل عقود صيانة وإصلاح مستمرة، من دون أن يؤدي هذا التعهد إلى التزام المزود بأي من ذلك بشكل ثابت، كل ما في الأمر أن هذا التعهد يخدم إتمام العقد النهائي ويسهل الوصول إليه. فإن لم يتقدم بأي اقتراح في المستقبل، فإنه لا يكون مسؤولاً لمجرد عدم قيامه بذلك، وإنما تكون مسؤوليته متى ثبت بأنه خرق الالتزام العام بالتفاوض بحسن نية^(١)، فيدخل خرقه للوعد والأضرار التي نجمت عنه في إثبات الضرر الذي أصاب طالب التزود وفي تحديد مده.

* - وهناك التعهد الذي يعطيه طالب التزود للمزود، بأن تكون الأفضلية للأخير في الحالات التي يلجأ فيها طالب التزود إلى توسعة النظام وتطويره، أو في الحالات التي يقرر فيها عدم حاجته للكمبيوتر حالياً، ولكن في المستقبل. وكالتعهد السابق، فإن هذا التعهد لا يثير مسؤولية طالب التزود عند لجوئه لغير المزود المتعهد لصالحه، إذ يخدم هذا التعهد المفاوضات الحالية ويهدف إلى دفعها بشكل أساسي، ولكن متى خرق طالب التزود التزامه بالتفاوض بحسن نية، ساهم خرقه لهذا التعهد في إثبات الضرر الذي يصيب المزود في تحديد مده^(٢).

ولا نرى مجالا للخلط بين هذه التعهدات وبين الوعد بالتعاقد بأي حال، إذ أن التمييز بينهما لا يحتاج لجهد كبير، ففي حين تهدف هذه التعهدات إلى ضبط عناصر العلاقة التعاقدية ودفع العاقلين إلى الاستمرار فيها، ومن دون أن يصدر فيها

(١) يصعب قبول مسؤولية المتعهد عن مجرد خرق هذا الالتزام، انظر.

J.M. Mousseron; op. cit. p. 520.

R. Savatier; la promesse du contrat. 62e congrès des notaires de France, l'avant contrat 1964.

(٢) فتسهم هذه التعهدات في ضبط العقد المستقبلي بشكل مهم، انظر،

P. Durand; la tendance à la stabilité du rapport contractuel.. 1959. p. 109 et. s.

إيجاب وقبول، فإن عقد الوعد بالتعاقد يفترض وجود عقد، تتحدد من خلاله بالضرورة عناصر العقد النهائي الموعود بإبرامه. إضافة إلى أن عقد الوعد بالتعاقد يلزم الواعد لفترة زمنية محددة، في حين أن هذه التعهدات لا تعرف مثل ذلك التحديد. كذلك تقترب هذه التعهدات من شروط الأفضلية في التعاقد، إلا إن هذه الشروط تفترض تحديد العقد المزمع إبرامه بشكل دقيق أيضاً، وهو ما لا يتوافر في هذه التعهدات^(١).

(٢٩) خلاصة الفرع الأول:-

يذهب الفقه المعاصر إلى تقرير وجود التزام عام بالتعاقد بحسن نية، ينشأ عن إلتقاء إرادات أطراف المفاوضات، خلال فترة المفاوضات ذاتها. كما يتجه القضاء إلى تأكيد وجود مثل هذا الالتزام في الحالات التي لا يوجد فيها عقد واضح من شأنه أن يولد مسئولية عقدية، في الحالات التي يقطع فيها أحد الأطراف العملية التعاقدية من دون مبرر معقول، وللحق فإن هذا الالتزام لم تتحدد طبيعته وآثاره بشكل دقيق بعد، إلا أن القضاء يخضع ذلك لظروف كل حالة، ويستعين بما تم من أعمال وما تم التصريح به من وعود وتعهدات^(٢). وبعد، فإن التردد في شأن الاتفاق المبدئي على التعاقد أو التفاوض والالتزامات التي تنشأ عنه، ليس إلا نتيجة طبيعية لتأخير إبرام العقد النهائي، وعدم رغبة الأطراف في الالتزام بهذا العقد قبل أن تتضح معالمه بشكل تام. هذه الرغبة التي تعكس قناعة الأطراف بالتعاقد، مع حاجتها لفسحة كبيرة من الوقت لضبط كل

(١) للفرقة بين هذه التعهدات والوعد بالتعاقد انظر J.M. Mousseron, op. cit. p. 520 وبينها وبين شرط الأفضلية، M. Voirin; le pacte de préférence. op. cit. p. 93.

(٢) انظر لموقف القضاء الفرنسي من هذه التعهدات، A. Viricel; op. cit. p. 72 et s. في حين لا يقر القضاء الكويتي ذات الأهمية لهذه التعهدات. انظر طعن بالتمييز رقم ٨٢/١٥٢ تجاري، بجلسة ١٩٨٣/٣/٢٣، منشور في مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة التمييز (الكويتية) خلال الفترة من ١٩٧٩/١٠/١ حتى ١٩٨٥/١٢/٣١، المواد المدنية والتجارية والأحوال الشخصية والعمالية، القسم الأول، المجلد الثاني، يناير ١٩٩٤ ص - ٢٨٩، رقم ٣، «المراحل السابقة على التعاقد لا ترتب في الأصل أثراً قانونياً».

العناصر الداخلية والخارجية بالنسبة للعلاقة التعاقدية، وذلك أمر منطقي ومشروع، فمن المفضل أن يكون التريث عند التعاقد، لا أن يكون التردد في شأن تنفيذ الالتزامات التي تنشأ عن العقد بعد إبرامه.

(٣٠) الفرع الثاني: الاتفاق المبدئي حول بعض جزئيات العقد:

يتخلل المفاوضات الطويلة والمعقدة في بعض الحالات، اتفاق أو اتفاقيات ثابتة حول بعض جزئيات العقد المزمع إبرامه، فيحرص الأطراف على تدوين ما تم الاتفاق بشأنه، حفاظاً على المصالح المختلفة، من دون أن يعني ذلك قيام أية علاقة تعاقدية في هذه المرحلة، بل ينشأ من هذا التدوين ما يسمى بالاتفاقيات حول بعض الجزئيات. ويشهد العديد من العقود المعقدة والمهمة، كعقود نقل التكنولوجيا^(١)، قيام العديد من الاتفاقيات على الجزئيات ولا سيما في الحالات التي تطول فيها فترة المفاوضات، فيجزأ العقد إلى مراحل، ومتى توصل أطراف العلاقة التعاقدية إلى إبرام العقد النهائي، اكتسبت هذه الاتفاقيات الطبيعة العقدية باعتبارها جزءاً من العقد النهائي، وإن لم يتوصل الأطراف إلى الاتفاق حول العقد النهائي، فإن ذلك لا يعني بأن هذه الاتفاقيات تفقد كل قيمة قانونية^(٢)، وفي ذلك الخصوص يتجه الفقه إلى القول بأن هذه الاتفاقيات تولد التزامات من طبيعة خاصة، شبه عقدية، فيمكن أن يسأل من يخرق هذه الالتزامات عن الأضرار التي تتولد عن ذلك، ولكن لا يلزم أي طرف بإبرام العقد النهائي بأي ثمن^(٣).

ومن أهم صور الاتفاقيات الجزئية المدونة في الواقع العملي، هناك ما يسمى برسائل النوايا، وما يعرف بالبروتوكولات الاتفاقية، حيث يلجأ إلى هاتين الصورتين لتسهيل مهمة الأطراف في التفاوض، وذلك من خلال تدوين ما تم الاتفاق في

(١) كذلك عقود بيع المصانع، والمؤسسات وغيرها انظر، J. Ghestin; op cit. p. 319 et. s.

(٢) في قيمتها القانونية، انظر، F. laberthe; op. cit. p. 137 et s.

(٣) فلا عقد يلزم، في هذه المرحلة أي من الأطراف بذلك، A.Viricel; op. cit. p. 79.

J.Ghestin; op. cit. p. 319

شأنه من جزئيات العقد في مراحل المفاوضات المختلفة. وبذلك تختلف هذه الاتفاقيات المدونة عن غيرها من الأوراق والمدونات الأخرى التي تتخلل مراحل التعاقد المختلفة، كالكتيبات الدعائية التي تهدف لجذب أحد الأطراف إلى التعاقد، والوثائق النموذجية التي تتضمن الشروط العامة (في التأمين مثلاً)^(١) وغير ذلك من الوثائق والأوراق التي تسعى إلى تحقيق أهداف أخرى، تختلف عن هدف الاتفاقيات الجزئية كما رأينا.

نتناول فيما يلي، بشيء من التفصيل رسائل النوايا والبروتوكولات الاتفاقية كل تحت عنوان مستقل، لنعرف كل صورة منها، ولنبين الآثار القانونية التي تنبع من هذه الاتفاقيات على الجزئيات.

(٣١) أولاً: رسائل النوايا:

يلجأ بعض أطراف المفاوضات في بعض العقود، ولا سيما التي تتم بين أطراف يفصل بينها بعد جغرافي كبير، إلى تبادل ما يعرف برسائل النوايا خلال فترة المفاوضات، وذلك لتدوين ما تم التوصل إليه من خلال ما تم من مفاوضات. ويرى بعض الفقه أن رسائل النوايا هذه تمثل «تقنية تفاوضية من طبيعة خاصة»، حيث إن المرسل يضع تحت تصرف المرسل إليه وثائق، متى وافق الأخير على ما جاء فيها، كان ذلك لمصلحة المرسل، فهو يطمئن بذلك إلى عدم العودة لبحث ما جاء فيها ويتفرغ للتخصيص للمراحل المقبلة من المفاوضات^(٢). فكان أحد الأطراف يدون ما تم الاتفاق عليه من أجزاء، ويضع ما دونه تحت تصرف الطرف الآخر، فإن وقع الأخير، فلا عودة لبحث ما تم تدوينه. ومن الضروري التأكيد على أن وجود هذه الرسائل يعني عدم وجود أي عقد في هذه المرحلة من المفاوضات^(٣)، فهي مجرد «علامات أو إشارات» يتم من خلالها تحديد المراحل التي تم تجاوزها

(١) حسام الدين الأهواني، المرجع السابق، ص ٨٢ وما بعدها.

(٢) M. Fontaine; op. cit. p.46

(٣) F.Laberthe; op. cit. p.141.

من المفاوضات، فلا يكون الرجوع إليها دون أن يشير ذلك مسئولية الطرف الذي يرغب في هذا الرجوع^(١).

هذا، ويمكن أن يخلط بين رسائل النوايا كاتفاقيات جزئية، وبين نوع آخر من التصرفات القانونية يحمل ذات التسمية، ومجاله المعاملات المصرفية، كذلك يمكن أن يخلط بين رسائل النوايا التي تهمنا وبين بعض التصرفات القانونية التي تتم خلال مرحلة المفاوضات. فیدفعنا ذلك إلى عرض أسباب التمييز بين رسائل النوايا وغيرها من التصرفات، لنعرض فيما بعد للآثار القانونية التي تنشأ عن هذه الرسائل.

(٣٢) أ - تمييز رسائل النوايا عن غيرها من التصرفات المشابهة:

* رسائل النوايا للتفاوض ورسائل النوايا المصرفية:

تختلف رسائل النوايا كاتفاقيات ممهدة للتعاقد عن رسائل النوايا المصرفية، وهي الرسالة التي يوجهها البنك الأم إلى الطرف الذي يتعامل مع البنك الفرع، وفيها يلتزم البنك المرسل بتغطية الفرع^(٢)، في إطار عملية محددة ومبالغ محسوبة ولفترة زمنية معينة.

وقد اختلف الفقه في تحديد طبيعة رسائل البنوك هذه، فتارة تُعامل على أنها نوع من الكفالة، وتارة تُعامل على أنها تعهد من نوع خاص^(٣)، بيد أن كلتا الحالتين تميزه عن رسائل النوايا التي تتم خلال المفاوضات. لذلك يستخدم بعض الفقه مصطلح مذكرة التغطية المصرفية أو مصطلح «رسائل الضمان» حيث يضمن البنك الأم البنك الفرع ويؤكد ملاءته^(٤).

(١) J. Ghestin; op cit p.319.

(٢) J.P. Bertel; Les lettres d'intention; Revue Banque. 1986. انظر
No. 895.

(٣) M. de Vitta; la jurisprudence en matière de lettres انظر
d'intention, Goz. Pal. 1987, 2o sem. p.667.

(٤) I. Najjar وبذلك يتأكد استقلال هذه الرسائل عن رسائل النوايا التي تهمنا، انظر
L'autonomie de la lettre de confort; Dalloz 1989; Chron. 217

* رسائل النوايا والاتفاق المبدئي على التفاوض :

لا يثير تمييز هذين النوعين من الاتفاقيات الممهدة الكثير من الصعوبات، ففي حين تعكس رسائل النوايا بعض الأجزاء التي تم الاتفاق في شأنها، فإن الاتفاق المبدئي ينصب على المفاوضات ككل ولا يختص بجزء منها دون غيره^(١). ولا يؤثر في هذه التفرقة وحدة الهدف بينهما، فكلاهما يقوم لتأكيد الاستمرار في العملية التفاوضية.

* رسائل النوايا والأوراق التي يتم تداولها خلال مراحل التعاقد :

من الضروري أن يتم تمييز رسائل النوايا كاتفاقيات من طبيعة خاصة عن غيرها من الأوراق التي يتم تداولها خلال العملية التعاقدية، كأوراق الدعاية والإعلان والملاحق العقدية وغيرها. فمن هذه الأوراق ما يحتوي على مجرد معلومات هدفها بيان طبيعة السلعة كملاحق العقد، فيحتاج إلى اتفاق عقدي في شأنها. ولكي تتضح طبيعة رسائل النوايا ودورها في عملية المفاوضات، فإننا نحيل القارئ إلى دراسة بعض صور هذه الرسائل في العقود الكبيرة، كعقد شراء شركة مثقلة بالديون^(٢)، وعقد التوريد بمصنع جاهز للتشغيل، وعقد يتعلق بشراء مصنع للسيارات أو لإنتاج كل ما يتعلق بصناعة الطيران^(٣).

ومن الواضح أن الصفقات السابقة تنصب على عقود معقدة، تتم على مراحل ودفعات، وتحتاج لمفاوضات شاقة وطويلة ومكلفة. كما أن هذه الصفقات تتم على نطاق دولي في الغالب من الحالات، فتحكمها قواعد المعاملات التجارية التي تنظم العلاقات بين «أطراف متعددة الجنسيات، لتأخذ بعين الاعتبار البعد الجغرافي الذي يفصل بين هذه الأطراف»، وهذا ما يزيد في أهمية رسائل النوايا.

I. Najjar; L'accord de principe. op. cit. p.66.

(١) للتفرقة

(٢) انظر، حكم في شأنها، Com. 29.5.1990; Bull. civ. IV no. 157 et s. Dalloz 1990. IR 151.

J.Ghestin, op. cit. p.319.

(٣) لبعض الأمثلة الأخرى، انظر

(٣٣) ب- الآثار القانونية لرسائل النوايا :

يرى بعض الفقه أن رسائل النوايا من طبيعة عقدية، إذ يوقع عليها أطراف العلاقة، فتنتج بذلك التزاما عقديا مؤداه الاستمرار بالتفاوض^(١)، فهي عقود تمهيدية. ولكن هذا التحليل منتقد^(٢)، إذ أن الأطراف ذاتها تحرص في الواقع العملي على النص على عدم وجود أي عقد، في هذه المرحلة، بل تحمل هذه الرسائل وبشكل واضح عبارة «ليست عقد» أو عبارة «وثيقة ليست من طبيعة عقدية». فلا بد من نفي الطبيعة العقدية لهذه الرسائل تلبية لرغبة الأطراف ذاتها، واستجابة لمتطلبات الواقع العملي الذي يتجه إلى مجرد ضبط المفاوضات في هذه المرحلة لا القول بوجود عقد.

ومن ثم فإن القوة الملزمة لهذه الرسائل والآثار التي تولدها، ينبغي أن يتم بحثها إما بالاستناد إلى التحليل التقليدي للمراحل السابقة على العقد، ومن خلال نظرية الالتزام، شبه التعاقدية «أو السابق للعقد»، وهي «نظرية إهرنج»، وهو ما يرفضه الفقه الفرنسي حين يؤكد على أن مجرد التفاوض لا يمكن أن يولد التزاما من طبيعة عقدية أو شبه عقدية^(٣). أو أن يتم بحثها من خلال نظرية المسؤولية التقصيرية التي ترتبط بالعملية العقدية، السائدة لدى الفقه الفرنسي، والتي نجدها. فإذا كانت الأطراف ترفض وجود أي عقد في هذه المرحلة، فإنها تحرص في الوقت ذاته على الالتزام بالاستمرار في التفاوض، فيتم تدوين هذه الرسائل وتبادلها لتأكيد وجود الالتزام بالتفاوض بحسن نية، ولتسهيل إثباته في الحالات التي يقطع فيها أحد الأطراف هذه المفاوضات، دون مبرر معقول^(٤). فكأن رسائل النوايا يتم تبادلها لتكون وسيلة إضافية لضمان استمرار المفاوضات وجديتها، ومن خلال تأكيد وجود مسؤولية تقصيرية على عاتق من يتخلى عنها، فتشبع حاجة الأطراف إلى

J.Schmidt; op. cit. p.229. F.Laberthe; op. cit. p.147.

(١) لهذا الرأي

J. Ghestin, op. cit. p.147.

(٢) للنقد، انظر

A.Lande: La reconnaissance par le Juge de l'existence d'un contrat, رسالة دكتوراة، انظر،

Aix Marseille III; 1992 No 846.

J.Schmidt op cit. p. 16

(٤) لدور رسائل النوايا،

الأمان في هذه المرحلة. ويكون إثبات هذه المسؤولية من خلال إثبات تخلي أحد الأطراف عن المفاوضات بغير مبرر معقول^(١)، وإثبات حصول الضرر بالطرف أو الأطراف الأخرى نتيجة لذلك، أي إثبات رابطة السببية^(٢). وينعكس كل ذلك على آثار المسؤولية عن خرق الاتفاق الذي يتم من خلال رسائل النوايا، فيكون التعويض على أساس المسؤولية التقصيرية، ليشمل كل الأضرار التي تلحق بالطرف المتضرر من قطع المفاوضات، أي النفقات التي تكبدها بشكل أساسي. ذلك بالإضافة إلى تعويض فرصة «الكسب الفائت»، وهو ما استقر عليه الفقه والقضاء الفرنسي، «فلا حاجة في مثل هذه الحالة.. إلى الخروج عن المبدأ العام في التعويض عن الأضرار في إطار المسؤولية التقصيرية».. «وهو توجه التزم به محكمة النقض الفرنسية»^(٣).

(٣٤) ثانياً: البروتوكولات الاتفاقية:

تدق التفرقة في بعض الحالات بين البروتوكولات الاتفاقية ورسائل النوايا السابقة، فكلاهما مكتوب، وكلاهما يتضمن جزئيات تم الاتفاق في شأنها، في سبيل الوصول إلى العقد النهائي. ولكن بعض الفقه يشير إلى ضرورة التفرقة بين الاثنين من خلال معيارين أساسيين^(٤):

*** المعيار الأول،** يكمن في الهدف من إبرام كل منهما، حيث إن البروتوكول الاتفاقي يتضمن أجزاء كبيرة من العقد النهائي، بل يكاد يتضمن العناصر الأساسية كلها، عدا بعض الأجزاء، التي تتصل بشروط تنفيذ العقد، وبالشروط الجزائية التي

(١) ويرى بعض الفقه وبحق، أن لا حاجة للقول بوجود نية الإضرار بالطرف الآخر في هذه الحالة، إذ أن كسر المفاوضات بذاته والضرر الذي يلحق الطرف الآخر يبرر مسؤولية الطرف المتخلي، انظر
F.Laberthe; op. cit. p.130.

(٢) انظر Ph. Malaurie et L.Aynès; Les obligations; 4e éd. Paris 1993 p.209 et s.

(٣) انظر G. Viney; Les obligations; op. cit. p.232.

(٤) انظر للخلط وللمعايير التفرقة I.Najjar; op. cit. p.66 et s.

تطبق في حالة خرق أي التزام تعاقدى^(١). في حين تحتوي رسائل النوايا على بعض عناصر العقد إذ أن الوصول إلى البروتوكولات يرتبط بقطع مراحل أكبر من مرحلة المفاوضات وذلك مقارنة بالمراحل التي تم اجتيازها للوصول إلى رسائل النوايا.

*** المعيار الثاني،** يرتبط بشكل كل منهما، حيث إن رسائل النوايا يتم تبادلها بمبادرة من أحد الأطراف، فتأخذ الشكل الذي يراه هذا الطرف، في حين أن البروتوكولات لها شكل نموذجي، وتحدد عناصرها بمعرفة جميع الأطراف ويتم التوقيع عليها في آن واحد من قبل جميع الأطراف.

كذلك يختلف الفقه في شأن تعريف البروتوكولات وتحديد طبيعتها القانونية كما هو الحال بالنسبة لرسائل النوايا، وهو ما سنعرض له فيما يلي:

(٣٥) أ- مفهوم البروتوكول الاتفاقي وأهميته العملية:

في حين يختلف الفقه في شأن الطبيعة القانونية لهذا الاتفاق، فإن مصدره لا يشير الخلافات، حيث نشأ في أحضان القانون العام، ابتداء بالقانون الدبلوماسي، ومروراً بالقانون الإداري، ليستقر ضمن أحكام القانون الخاص المنظمة للعمل والتعامل التجاري^(٢).

ففي إطار قانون العمل جرى العرف على استخدام مصطلح «بروتوكول اتفاقي»، للدلالة على الاتفاقيات المبدئية التي يتوصل إليها أطراف المفاوضات العمالية، والتي تسبق التوقيع على «اتفاق جماعي» ملزم لهذه الأطراف. وما اللجوء إلى تسمية هذه الاتفاقيات المبدئية بالبروتوكولات، إلا للدلالة على عدم وجود أي

F.Laberthe; op. cit. p.137 et 167.

(١) لمحتويات هذه الرسائل وصياغتها انظر

(٢) يستخدم مصطلح بروتوكول للدلالة على محاضر الاجتماعات، ولقد فضلنا استخدام مصطلح بروتوكول للدلالة على هذه الاتفاقيات منعاً لأي خلط بينها وبين محاضر الاجتماعات.

التزام ثابت في هذه المرحلة من المفاوضات العمالية، فلا يكون الالتزام إلا بعد التوقيع على الاتفاق الجماعي واعتماده من قبل الجهات المختصة^(١).

وفي إطار التعامل التجاري، يستخدم مصطلح بروتوكول بشكل واسع في التعامل بين التجار والشركات التجارية، وذلك للدلالة على العديد من الاتفاقيات المبدئية التي تسبق العقود التجارية المهمة والكبيرة القيمة، كعقود دمج الشركات وعقود التوريد والتسويق^(٢).

هذا، ويسوق الفقه تعريفين مختلفين للبروتوكول الاتفاقي، يعتمد كل منهما على محتوى البروتوكول والهدف من إبرامه، حيث يرى البعض من الفقهاء «أنه عقد حقيقي ملزم للجانبين، فهو يحمل في طياته الشروط الأساسية للعقد الرئيسي (النهائي)، فيمثل هدفا تم الوصول إليه، وإن افترق لبعض التفاصيل التي ترتبط بكيفية تنفيذه...»^(٣) في حين يرى البعض الآخر من الفقه بأنه «اتفاق على التفاوض في شأن عقد»... وهو تعريف أقرب إلى الحقيقة^(٤)، حيث إن التعريف الأول حين يؤكد وجود العقد مع القول بنقص بعض عناصره يؤدي إلى تناقض بين، فلا عقد إلا باكتمال عناصره، إضافة إلى أن نية الأطراف في هذه المرحلة لا تتجه إلى قبول وجود العقد، عدا عن صعوبة قياس أهمية العناصر غير المتوافرة حاليا، إذ أن الأطراف قد تقيم لها وزنا كبيرا^(٥). أو قد تختلف في شأنها فلا يقوم العقد بأي شكل! من ناحية أخرى، ينبغي أن يفرق بين العقود التي جرى العمل على تسميتها «بالبروتوكولات»، وهي عقود تامة تولد التزامات عقدية، عن البروتوكولات الاتفاقية التي

(١) يفضل بعض شراح قانون العمل استخدام مصطلح «اتفاق حسم النزاع» على مصطلح «بروتوكول»، انظر: G.H. Camerlynck et G.Lyon-Caen; Droit du travail; 13 éd. 1986. p.995.

J.P.Chauchard, Les accords de fin de conflit. In La négociation dans l'entreprise; Droit social; Numéro spécial, November 1982. p.678.

(٢) في البروتوكولات في القانون التجاري، انظر، M.Chadfeux; les fusions de sociétés. 1991. p.37.

G. Cornu; Vocabulaire juridique; Ass. H. Capitant. 1987

F.laberthe; op. cit. p. 138.

(٣) انظر لهذا التعريف،

(٤) ولا يمكن الاستناد إلى نص المادة ١٥٨٣ مدني فرنسي كما رأينا، فلا بد من توافر كافة عناصر العقد النهائي للقول بوجوده، انظر، A. Viricel; op. cit. P. 99.

تھمنا، والتي يوقع عليها في مراحل المفاوضات تمهيداً لإبرام العقد النهائي. ويرجع السبب في الخلط إلى استخدام ذات المصطلح، ومصدره اللغة الانجليزية، والتطبيق العملي في القانونين الأمريكي والانجليزي، علماً بأن العقود التي تتم في هذين البلدين، تسبقها بروتوكولات اتفاقية من هذا النوع، مع إضافة محددة تدل دلالة واضحة على عدم وجود أية قيمة عقدية لهذه البروتوكولات وعلى دورها في التمهيد لإبرام العقد النهائي، كعبارة «يخضع للدراسة» وعبارة «يخضع للمفاوضات»، وهي عبارات تدل على عدم وجود أي عقد في هذه المرحلة، بل مجرد اتفاق ممهّد^(١).

(٣٦) - ب - آثار البروتوكول الاتفاقي :-

في رأي بعض الفقهاء، وهو الذي يرى في البروتوكول عقداً، أن القيمة القانونية والآثار التي تتولد عن هذا البروتوكول لا تختلف عن آثار أي عقد آخر، فليس لأي من الأطراف أن يرجع عنه دون أن تثور مسؤوليته العقدية^(٢).

في حين يرى الرأي الآخر، أن هذه البروتوكولات، وهي تصرفات سابقة على العقد، فإنها لا تولد إلا مسؤولية تقصيرية في غياب العقد^(٣)، وهو رأي منطقي يتمشى مع إرادة الأطراف ذاتها، في عدم إبرام أي عقد في هذه المرحلة، مع الالتزام بالاستمرار بالتفاوض بحسن نية ووفقاً لما تم من خطوات سابقة. كما يفيد الطرف المتضرر من قطع المفاوضات، من وجود البروتوكولات، حين يكون في صدد إثبات الأضرار التي تنجم عن قيام الطرف الآخر بقطع المفاوضات دون مبرر معقول. ولا مجال للحديث عن التزامات عقدية في هذه المرحلة، إلا في الحالات التي ينص فيها صراحة في البروتوكول ذاته على وجود بعض الالتزامات العقدية الملزمة لجانب واحد أو للجانبين، وهو أمر وارد في بعض مراحل المفاوضات السابقة لبعض العقود، ولا سيما عقود نقل التكنولوجيا^(٤).

F. laberthe; op. cit. p. 180 ets.

(١) لهذه العبارات ودلالاتها، انظر،

I. Najjar: op. cit. p. 67.

(٢) لهذا الرأي، انظر،

F. Laberthe; p. 164.

(٣) لهذا الرأي، انظر،

G. Pevitchin; la lettre d'intention, droit et pratique du commerce international; انظر، (٤)

1979, p. 49 et. Suiv.

(٣٧) خلاصة الفرع الثاني :-

تلجأ الأطراف في المفاوضات إلى رسائل النوايا والبروتوكولات الاتفاقية السابقة لتأكيد الجدية في التعاقد وإبراز النية الحقيقية للأطراف في الوصول إلى العقد النهائي، ولتدوين ما تم من مراحل المفاوضات. فيسهل هذا التدوين مهمة الأطراف في إثبات الجهد الذي تم بذله في المراحل السابقة، والنفقات التي بذلتها الأطراف، ويكون ذلك سنداً لإثبات مسئولية الطرف الذي يتخلى عن التفاوض من دون مبرر معقول، وعلى أساس المسئولية التقصيرية. وما لجوء الأطراف لهذه الاتفاقات إلا دليل على رغبتها في التمهّل بالتعاقد، مع جديتها في التعاقد، والاحتفاظ بطريق للعودة متى كان لهذه العودة مبرر جدي.

(٣٨) خاتمة الدراسة :

يفرض الواقع العملي في وقتنا المعاصر، اللجوء إلى تصنيف خاص لصور التقاء الإرادات يقوم على التفرقة بين العقد والاتفاق. فبعد أن هجر الفقه، ولزمن طويل، هذه التفرقة، فإن العقود الحديثة المعقدة، تفرض العودة إلى هذا التقسيم. وتلك نتيجة طبيعية، بالنظر إلى تطور العملية التعاقدية وضرورة التروي وعدم الاندفاع إلى التوقيع على العقد، يستوي أن يكون هذا التروي بهدف حماية المستهلك في العقود البسيطة والعقود متوسطة الأهمية، أو أن يكون التروي بسبب ضخامة المبالغ والمصالح التي ترتبط بالعقود كبيرة القيمة، كعقود نقل التكنولوجيا، فيتأخر قيام العقد إلى أبعد موعد ممكن، بإرادة المشرع حيناً (بهدف حماية المستهلك)، أو بإرادة الأطراف ذاتها حيناً آخر (بسبب تعقيد العقد ذاته)، ويكون اللجوء إلى تقنية الاتفاق لضبط المفاوضات ولحماية مصالح الأطراف من الآثار السيئة التي تنجم عن قطع المفاوضات من دون مبرر.

ولا بد من الاعتراف بأن تأصيل التزام الأطراف في مرحلة المفاوضات ليس بالأمر السهل، حيث رأينا مدى اختلاف الفقه في شأنه، إلا أن تأكيد وجود الالتزام هو هدف جماعي وعام. وتظل أقرب النظريات إلى القبول، النظرية التي تنادي

بتأكيد التزام الأطراف في هذه المرحلة على أساس «شبه تعاقدية»، أي من خلال التزام من طبيعة مدنية يرتبط بالمفاوضات العقدية، ويرتب آثار المسؤولية التقصيرية عند خرقه.

ونعود مرة أخرى إلى الواقع العملي للعقود، لنجد تقسيما جديدا للتصرفات القانونية التي تقوم في مرحلة التعاقد، أساسه التفرقة بين العقود الممهدة والتصرفات الممهدة، وكما يلي:-

*** أولاً: العقود الممهدة للتعاقد:** وهي عقود تامة وقائمة، كل ما في الأمر أنها تمهد لغيرها، وتنقسم بدورها إلى قسمين:-

أ - عقود تقليدية، نظمها المشرع منذ زمن بعيد بالنظر إلى طبيعتها التمهيدية، كعقد الوعد بالتعاقد، وعقد العمل للتجربة ومذكرة التغطية التأمينية.

ب - عقود حديثة باعتبار التنظيم القانوني، حيث نظمها المشرع في بعض الدول منذ زمن ليس ببعيد، ولا سيما في مجال الاستهلاك كعقد القرض الاستهلاكي وعقد التأمين المرتبط به.

*** ثانيا: الاتفاقيات الممهدة للتعاقد:-**

التي تنتج عن تلاقي إرادات الأطراف، ولكنها ليست عقوداً، فلا تتولد عن خرقها إلا مسؤولية تقصيرية وتنقسم بدورها إلى قسمين:-

أ - الاتفاق المبدئي على التفاوض، الذي يهدف إلى خلق التزام بالتفاوض بحسن نية وببذل الجهد في سبيل الوصول إلى العقد النهائي، ويتولد عن خرقه مسؤولية تقصيرية (شبه عقدية).

ب - الاتفاق حول الجزئيات، الذي يتم خلال مراحل التفاوض المختلفة، لتدوين ما تم الاتفاق عليه من جزئيات العقد وعناصره، ولا يتولد عنه إلا مسؤولية تقصيرية (شبه عقدية) أيضاً، يسهل إثباتها من خلال وجود المدونات (كرسائل النوايا والبروتوكولات) التي تحتوي على عناصر الاتفاق الجزئي.

وبعد، فإن القول بوجود عقد أو التزام عقدي في الوقت الذي ترفض فيه أطراف المفاوضات ذاتها وجود أي عقد، أمر يتنافى مع المنطق القانوني السليم، فلا يمكن حتى للقاضي أن يقرر وجود عقد لا يريده الأطراف، وإن كانت له حرية تفسير عناصر العقد وتحديد طبيعته، إن وجد^(١).

ولا بد من التأكيد على دور القضاء في ترسيخ هذا التقسيم، استجابة لمطالب الواقع العملي في التفرقة بين التصرفات السابقة على العقد، وفي تأصيل الاتفاقيات الممهدة للتعاقد وتعميم دورها.

(١) إذا كان القاضي يتمتع بالحرية في تفسير العقد ومن خلال عباراته، فإنه لا يتمتع بذات الحرية للقول بوجود عقد لمجرد اتفاق أطراف المفاوضات على بعض أجزاء العقد في كل الحالات، انظر، A. laude; Thèse précitée; No 246. كذلك انظر، طعن بالتميز رقم ١٩٨٦/٣ مدني، بجلسة ١٩٨٦/٥/١٢، مجلة القضاء والقانون (الكويتية)، السنة ١٤، العدد الأول، مايو ١٩٩٣ ص ٣٦٥، وفيه خلصت المحكمة إلى عدم إبرام عقد بيع بين المتعاقدين بسبب عدم الاتفاق على الثمن، علما بأنها ألزمت الطرف الراغب في الشراء بوفاء مقابل ريع السيارة محل عقد البيع لقاء استخدامه لها لفترة زمنية معينة.

قائمة المراجع

أولاً: باللغة العربية:

- ١ - إبراهيم الدسوقي أبو الليل، تعويض تفويت الفرصة، مجلة الحقوق، السنة ١٠، العددان ٣ و ٢، يونيو وسبتمبر ١٩٨٦.
- ٢ - إبراهيم الدسوقي أبو الليل، العقد غير اللازم، دراسة مقارنة معمقة في الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية، جامعة الكويت، ١٩٩٤.
- ٣ - إبراهيم الدسوقي أبو الليل، نظرية الالتزام، العقد والإرادة المنفردة، والتصرف القانوني، الكويت ١٩٩٥.
- ٤ - أحمد شرف الدين، أحكام التأمين في القانون والقضاء، دراسة مقارنة، مطبوعات جامعة الكويت ١٩٨٣.
- ٥ - أحمد صفاء الدين العطيفي، القانون المدني الكويتي، مجموعة الأعمال التحضيرية، المجلد الثاني، مصادر الالتزام، المواد من ٣١ حتى ٢٧٩.
- ٦ - أحمد الغندور، الأحوال الشخصية في التشريع الإسلامي، مع بيان قانون الأحوال الشخصية للقضاء في محاكم الكويت، ١٩٨٥.
- ٧ - أنور سلطان، العقود المسماة، ١٩٥٢.
- ٨ - بدر جاسم اليعقوب، أصول الالتزام في القانون المدني الكويتي، الطبعة الثانية، الكويت ١٩٨٩.
- ٩ - جلال أحمد خليل، النظام القانوني لحماية الاختراعات ونقل التكنولوجيا إلى الدول النامية، الكويت ١٩٨٣.
- ١٠ - جلال محمد إبراهيم، التأمين وفقاً للقانون الكويتي، دراسة مقارنة مع القانونين المصري والفرنسي، الكويت، ١٩٨٩.

- ١١- جمال فاخر النكاس، حماية المستهلك وأثرها على النظرية العامة للعقد في القانون الكويتي، مجلة الحقوق، السنة ١٣، العدد الثاني، يونيو ١٩٨٩.
- ١٢- جمال فاخر النكاس، قانون العمل الكويتي المقارن، جامعة الكويت، ١٩٩٣.
- ١٣- جميل الشرقاوي، مصادر الالتزام. التصرف القانوني، ١٩٧٤.
- ١٤- حسام الدين كامل الأهواني، مصادر الالتزام، ١٩٩١، القاهرة.
- ١٥- سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، جزء ٢، الالتزامات، المجلد الأول، نظرية العقد والإرادة المنفردة، الطبعة ٤، ١٩٨٧.
- ١٦- فيصل زكي عبدالوحد، المسؤولية المدنية في إطار الأسرة العقدية، الطبعة الثانية ١٩٩٢ - ١٩٩٣.
- ١٧- عاطف النقيب، نظرية العقد، بيروت - باريس، الطبعة الأولى ١٩٨٨.
- ١٨- عبدالحكيم فوده، الوعد والتمهيد للتعاقد والعربون وعقد البيع الابتدائي، القاهرة ١٩٩٢.
- ١٩- عبدالحكي حجازي، النظرية العامة للالتزام وفقا للقانون الكويتي، دراسة مقارنة، الجزء الأول، المصادر الإرادية، المجلد الأول، نظرية الالتزام (تحليل العقد)، باعتناء محمد الألفي - الكويت ١٩٨٢.
- ٢٠- عبدالرزاق السنهوري، نظرية العقد، دار الكتب المصرية، ١٩٣٤.
- ٢١- عبدالفتاح عبدالباقي، نظرية العقد والإرادة المنفردة ١٩٨٤.
- ٢٢- عبدالمنعم البدرابي، النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني المصري، الجزء الأول، مصادر الالتزام ١٩٨٩.
- ٢٣- محمد حسام محمود لطفي، الأحكام العامة لعقد التأمين، دراسة مقارنة بين القانونين المصري والفرنسي، القاهرة، ١٩٨٨.
- ٢٤- محمد المرسي زهرة، بيع المباني تحت الإنشاء، جامعة الكويت ١٩٨٩.
- ٢٥- منصور مصطفى منصور، مذكرات في القانون المدني، العقود المسماة ١٩٥٧.

1. **J. L. Bergel:**
Les contrats préliminaires de réservation dans les ventes d'immeuble à construire; Unité ou dualisme ? J. C. P., 74 éd. G.I. 2669.
2. **J - P. Bertel:**
Les lettres d'intention; Rev. Banque; 1986, NO. 895.
3. **J. Calais - Auloy**
La loi sur le démarchage à domicile et la protection des consommateurs, Dalloz, 1973, Chron.66.
4. **J. Calais - Auloy:**
Droit de la consommation, 3e édition, 1992.
5. **J-P. Cauchard:**
Les accords de fin de conflit, in la négociation dans l'entreprise; Droit social; numéro spécial, Novembre 1982, P. 678.
6. **J. Cedras:**
L'obligation de négocier, Rev. trim. dr. comp. 1985, P. 265.
7. **M. Dagot**
La vente d'immeuble à construire; Paris, 1983.
8. **M. De Vita**
La jurisprudence en matière de lettres d'intention, G. P., 1987, 20 sem ; P. 667.
9. **P. Durand:**
La tendance à la stabilité du rapport contractuel; 1959.
10. **I. Fadolallah et Autres:**
Le droit du crédit au consommateur, Litec, 1982.
11. **D. Férrier:**
Les dispositions d'ordre public visant à préserver la réflexion des contractants., Dalloz, 1980. Chron. P.177.
12. **J. Flour et J - L. Aubert:**
Les obligations; l'acte juridique, 5 éd, Paris, 1991.
13. **A. Fontaine:**
Synthèse des travaux du groupe de travail sur les lettres d'intention dans les négociations des contrats internationaux. Rev. dr. et de pratique de commerce internationale, 1977, T.3, No.2.
14. **J. Ghestin:**
Traité de droit civil; la formation du contrat ; 30 édition, L.G. D.J., Paris, 1990.

15. **Alain Ghazi:**
La modification de l'obligation par la volonté des parties; Thèse, L.G.D.J., Paris, 1980.
16. **Françoise Laberthe:**
La notion de document contractuel; L. G. D. J., Paris, 1994.
17. **Yvonne Lambert - Faivre:**
Droit des assurances., Paris, 1990.
18. **A. Laude :**
La reconnaissance par le juge de l'existence d'un contrat; Thèse, Aix Marseille III, 1992.
19. **Ph. Malaurie et L. Aynès:**
Les contrats spéciaux; Paris, 1991.
20. **Ph. Malaurie et L. Aynès:**
Les obligations, 4e éd., 1993.
21. **H. Mazeaud, J. Mazeaud et F. Chabas :**
Leçons de droit civil, Tome II, 1er volume, Les obligations, théorie générale, Paris, 1985.
22. **J. Mestre:**
L'évolution des contrats en droit privé français, in l'évolution contemporaine du droit des contrats; Journées Savatier; 1985, P.U.F., 1986, P.52.
23. **Ch. Mouly:**
Le nouveau droit du crédit immobilier ; Loi du 13/7/1979; Paris, 1980.
24. **J - M. Mousseron et A. Seube:**
A propos des contrats d'assistance et de fournitures; Dalloz, 1973; Chron. 28.
25. **J- M. Mousseron:**
La durée dans la formation des contrats; Mélanges Juffaret, 1974, P. 511 ets.
26. **I. Najjar:**
L'autonomie de lettre de confort; Dalloz, 1989; Chron. 217.
27. **I. Najjar:**
L'accord de principe; Dalloz, Sirey; 1991; 90 Cahier, Chron. XIII. P. 57.
28. **J-F.Overstarke:**
Essai de classification des contrats spéciaux, thèse, Paris, 1969.
29. **M. Piccard et A. Besson:**
Les assurances terrestres; Tome. I, 50 édition., 1982.

30. **Ponton-Grillet:**
Le contrat de réservation, D. 1991, Chron. 26.
31. **Y. Rebloud:**
Les contrats de recherche, 1976.
32. **A. Reig:**
"La ponctuation", Contribution à l'étude de la formation successive du contrat., Mélanges Juffaret, P. 600 et S.
33. **R. Saint-Alary:**
La vente d'immeuble à construire et l'obligation de garantie à raison des vices de construction, J.C.P., 68 éd, G.I.; 2146, No.7.
34. **Y. Salats:**
Païement par chèque; Bull. Cons. Sup., Note No. 232; août 1971, P. 114.
35. **M. Santacreu;**
La protection de l'emprunteur immobilier., Loi du 13.7 1979 ; Paris, 1982.
36. **R. Savatier:**
La promesse du contrat, 62e congrès des notaires de France, L'avant- contrat, 1964,
37. **J. Schmidt:**
La sanction de la faute précontractuelle; Rev. trim. dr. civ., 1974, P. 46.
38. **Joanna Schmidt:**
Négociation et conclusion de contrats; Paris, 1982.
39. **B. Starck, H. Roland et L. Boyer:**
Les Obligations; Les Contrats, 4 éd, Paris, 1991.
40. **C. Thibierge:**
La nouvelle réglementation des ventes d'immeubles à construire; Rev. éco. et dr. immob. 1968, 4.
41. **J. Viatte:**
Les effets attachés par les parties à la signature de l'acte authentique; Journal des notaires., 1980., art. 55688, P. 1089.
42. **G. Viney:**
Traité de droit civil ; Les obligations, La responsabilité, effets; Paris, 1988.
43. **A. Viricel:**
Le droit des contrats de l'informatique; Paris, 1984.
44. **M. Voirin:**
Le pacte de préférence; J. C. P.; 1954, I, II, 92.