

جمهورية العراق  
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي  
جامعة بابل

# **اثر الصياغة القانونية في القوة الملزمة لمستندات ما قبل التعاقد - دراسة مقارنة -**

رسالة مقدمة إلى مجلس كلية القانون /جامعة بابل  
وهي جزء من متطلبات نيل درجة الماجستير في  
القانون الخاص  
من قبل الطالب

علاء حسين علي عبد زاير شبع  
بإشراف الأستاذ المساعد الدكتور  
ميري كاظم عبيد الخيكاني

2008م

1429هـ

UNIVERSITY OF BABYLON  
COLLEGE OF LAW  
DEPARTMENT OF THE PRIVATE LAW

***EFFECT THE LEGALITY  
CONSTRUCTION IN THE BINDING  
SOURCE OF  
PRE-CONTRACT DOCUMENTS***  
**Comparative Study**

*A thesis submitted to the Council of College of Arts/  
University of Babylon in partial fulfillment of the  
requirements for Master Degree in law.*

***By:***

Ala'a Hussein Ali Zayer A. Shaba'a

***Supervised by:***

Assist. Dr. Meery Kadhum O. Al-Khegany

2007 A.D.

1428 A.H.

## المحتويات

| الموضوع                                                                                     | رقم الصفحة |
|---------------------------------------------------------------------------------------------|------------|
| المقدمة                                                                                     | 1-4        |
| الفصل الأول: ماهية الصياغة القانونية للقوة الملزمة لمستندات قبل التعاقد                     | 5-69       |
| المبحث الأول: التعريف بمستندات قبل التعاقد                                                  | 6-7        |
| المطلب الأول: مفهوم مستندات قبل التعاقد                                                     | 7-8        |
| الفرع الأول: المفهوم الضيق لمستندات قبل التعاقد                                             | 8-11       |
| الفرع الثاني: المفهوم الواسع لمستندات قبل التعاقد                                           | 11-15      |
| المطلب الثاني: أصول الصياغة القانونية لمستندات قبل التعاقد                                  | 15-16      |
| الفرع الأول: شروط الصياغة القانونية لمستندات قبل التعاقد                                    | 16-23      |
| الفرع الثاني: طرق الصياغة القانونية لمستندات قبل التعاقد                                    | 23-35      |
| المطلب الثالث: أشكال مستندات قبل التعاقد                                                    | 35-36      |
| الفرع الأول: مستندات قبل التعاقد الصادرة من أحد الأطراف (الخطابات الفردية)                  | 36-39      |
| الفرع الثاني: مستندات قبل التعاقد الصادرة من جميع الأطراف (الاتفاقات الثنائية أو المتعددة). | 39-43      |
| المبحث الثاني: فكرة القوة الملزمة لمستندات قبل التعاقد                                      | 44-45      |
| المطلب الأول: مدى القوة الملزمة لمستندات قبل التعاقد                                        | 45-46      |
| الفرع الأول: القيمة المعنوية (غير الملزمة) لمستندات قبل التعاقد                             | 46-49      |
| الفرع الثاني: القيمة القانونية (الملزمة) لمستندات قبل ا لتعاقد                              | 50-53      |
| المطلب الثاني: تقييد القوة الملزمة لمستندات قبل التعاقد                                     | 54-55      |
| الفرع الأول: التقييد القانوني للقوة الملزمة لمستندات قبل التعاقد                            | 55-61      |
| الفرع الثاني: التقييد الاتفاقي للقوة الملزمة لمستندات قبل التعاقد                           | 61-69      |

|           |                                                                                     |
|-----------|-------------------------------------------------------------------------------------|
| 71 – 70   | <b>الفصل الثاني: اساس الصياغة القانونية للقوة الملزمة لمستندات قبل التعاقد</b>      |
| 73 – 72   | المبحث الأول: الأساس الاتفاقي للصياغة القانونية للقوة الملزمة لمستندات قبل التعاقد  |
| 74 – 73   | المطلب الأول: نظريات الأساس الاتفاقي التقليدية                                      |
| 77 – 74   | الفرع الأول: نظرية العقد الحقيقي (المستقل)                                          |
| 82 – 78   | الفرع الثاني: نظرية العقد الضمني (المفترض)                                          |
| 84 – 83   | المطلب الثاني: نظريات الأساس الاتفاقي الحديثة (الاتفاقات المرحلية)                  |
| 91 – 85   | الفرع الأول: نظرية الاتفاق الجزئي                                                   |
| 101 – 91  | الفرع الثاني: نظرية الاتفاق المؤقت                                                  |
| 110 – 101 | الفرع الثالث: نظرية الاتفاق الإطاري                                                 |
| 112 – 111 | المبحث الثاني: الأساس القانوني للصياغة القانونية للقوة الملزمة لمستندات قبل التعاقد |
| 113 – 112 | المطلب الأول: نظريات الأساس القانوني التقليدية                                      |
| 118 – 113 | الفرع الأول: نظرية العمل غير المشروع                                                |
| 125 – 119 | الفرع الثاني: نظرية الإرادة المنفردة                                                |
| 127 – 125 | المطلب الثاني: نظريات الأساس القانوني الحديثة                                       |
| 133 – 128 | الفرع الأول: نظرية (مبدأ حسن النية قبل التعاقد)                                     |
| 140 – 134 | الفرع الثاني: نظرية الصياغة القانونية                                               |

|           |                                                                               |
|-----------|-------------------------------------------------------------------------------|
| 142 – 141 | الفصل الثالث: أحكام الصياغة القانونية للقوة الملزمة لمستندات قبل التعاقد      |
| 144 – 143 | المبحث الأول: الالتزامات المترتبة على الصياغة القانونية لمستندات قبل التعاقد  |
| 145 – 144 | المطلب الأول: الالتزامات الإيجابية                                            |
| 153 – 146 | الفرع الأول: الالتزام بالدخول في التفاوض                                      |
| 162 – 153 | الفرع الثاني: الالتزام بالاستمرار في التفاوض                                  |
| 177 – 162 | الفرع الثالث: الالتزام بتقديم المعلومات (الالتزام بالإعلام)                   |
| 179 – 177 | المطلب الثاني: الالتزامات السلبية                                             |
| 187 – 179 | الفرع الأول: الالتزام بعدم إفشاء المعلومات (الالتزام بالسرية)                 |
| 193 – 187 | الفرع الثاني: الالتزام بعدم التفاوض مع الغير مدة معينة (حظر التفاوض المتوازي) |
| 195 – 194 | المبحث الثاني: المسؤولية عن الإخلال بالصياغة القانونية لمستندات قبل التعاقد   |
| 196 – 195 | المطلب الأول: طبيعة المسؤولية المدنية                                         |
| 202 – 196 | الفرع الأول: المسؤولية العقدية (جزاء العقد)                                   |
| 211 – 202 | الفرع الثاني: المسؤولية التقصيرية (الفعل الضار)                               |
| 218 – 211 | الفرع الثاني: المسؤولية القانونية (الخاصة)                                    |
| 220 – 219 | المطلب الثاني: جزاء الإخلال بالصياغة القانونية لمستندات قبل التعاقد           |
| 232 – 220 | الفرع الأول: التعويض العيني                                                   |
| 248 – 232 | الفرع الثاني: التعويض بمقابل                                                  |
| 257 – 249 | الخاتمة:                                                                      |
| 283 – 258 | قائمة المصادر:                                                                |
| A.B       | ملخص الرسالة باللغة الانجليزية                                                |

## المقدمة

1- عنوان الموضوع: ينصرف عنوان الموضوع في مجال البحث ((اثر الصياغة القانونية في القوة الملزمة لمستندات ما قبل التعاقد))، إلى دراسة مدى اثر التجسيد المادي الذي تفصح عنه فحوى ألفاظ النصوص و مضمون عباراتها (الصياغة القانونية أو الهندسة القانونية)، في عنصر الإلزام الذي ينطيه القانون بأحد الأوضاع الناشئة في ظله (القوة الملزمة) للنوايا التعاقدية التي تمثل إحدى الإرادات المنفردة، أو تجمع بين اثنين أو أكثر، في إطار سعيها الجاد نحو التعاقد التي تتمظهر بكيانات ظاهرة ملموسة تعرف بدائرة التعامل القانوني بمصطلح (مستندات قبل التعاقد).

ومن ذلك فإن العرض في موضوع هذا البحث يقتصر على أحد أهم آثار الصياغة القانونية وهو انعكاسها على القيمة القانونية لمستندات التعاقد، خصوصاً في المرحلة السابقة على إبرام العقد، والتي أدت صياغاتها دوراً في ذلك نحاول تأصيله والتنبؤ به بما يعكسه هذا الأثر سلباً أو إيجاباً في مراحل إبرام العقود وتنفيذها. لاسيما، العقود المركبة والمعقدة منها مثل: (عقود القانون الوطني التي تشتمل على صفقات ضخمة أو عقود التجارة الدولية) التي تسبقها في الغالب. أصول تفاوضية تصدر خلالها العديد من المستندات والوثائق لاسيما في استكناه القوة الملزمة لهما إلا من خلال صيغتها القانونية التي تجسد إرادة موقعيها أو مصدرها في الارتباط التعاقدية من عدمه.

والسبيل في كل ذلك، هو التوسل ببعض المؤلفات القانونية التي صدرت حديثاً في نطاق الالتزام والمسؤولية، التي حظيت بها المرحلة السابقة على التعاقد، ومما افردته المشرع من تطبيقات وردت في النصوص القانونية اقتصر على المراحل التمهيدية للتعاقد، وما صدر في الجانب العملي من قرارات قضائية عن الاجتهاد تطرقت مباشرة، أو عرضاً للقيمة القانونية لبعض التعهدات ذات الصلة بالعلاقة التعاقدية.

2- أسباب اختيار موضوع البحث: (المشكلة القانونية): تكمن الأسباب القانونية التي حدثت بالباحث لاختيار عنوان (اثر الصياغة القانونية في القوة الملزمة لمستندات قبل التعاقد) موضوعاً جديراً بالبحث لهذه الرسالة، في ما أثارته مفرداته من مشاكل متعددة على مختلف الأصعدة القانونية، يكون عرضها على التوالي:

أولاً: على صعيد الفقه القانوني: إن ماورد من كتابات في الفقه القانوني المقارن - على ندرتها - حول موضوع (مستندات قبل التعاقد) انصرفت كل منها بدراسة مستقلة لأحد الجوانب القانونية التي يمكن أن تندرج تحت هذا العنوان، كدراستها بحد ذاتها، أو أصول صياغاتها القانونية، أو مدى القيمة القانونية أو المعنوية لهما، وهو استقلال، قد اخل بوحدة، هذا الموضوع ولا سبيل إلى الجزم به، في ظل الترابط العضوي لهذه المعطيات وتكميل بعضها للبعض الآخر.

ثانياً: على صعيد التنظيم التشريعي: يعد قصور التنظيم التشريعي للمرحلة السابقة على التعاقد وحصر نصوصه في الزاوية الضيقة منها (المرحلة الممهدة للتعاقد)، وفي ظل غياب تنظيمه للمراحل الأخرى (كمرحلة التفاوض أو المراحل الأخرى التي تسبقها) سبباً قانونياً آخر جعل بحث هذا الموضوع ضرورة ملحة لا بد منها في التعرض له، لاستكناه الحدود التي تقف عندها أدواته التشريعية حيث وصولها إلى نقطة الحرية التعاقدية وسلطانها في حقبة ما قبل التعاقد، وفيما إذا كانت تتعداها بدافع استقرار المعاملات وحماية الظاهر منها إلى أبعد من ذلك.

ثالثاً: أما على صعيد الاجتهاد القضائي، فإن القضاء هو الآخر لم يكن بمنأى عن الإشارة (ومن خلال قراراته محاكمه في مختلف درجاتها)، إلى ضرورة صحة الصياغة القانونية السليمة لمستندات التعاقد في المرحلة السابقة على العقد النهائي وان يقضي أيضاً بنبوت القوة الملزمة لها على حد سواء، إلا انه لم يقف على قاعدة واحدة تتكفل بتبيان مدى الرابط القانوني بين اثر الأولى (الصياغة القانونية) في المناط الإلزامي للأخيرة (مستندات قبل التعاقد) بل بقي متمسكاً بالقواعد العامة والكلية في التفسير التي لم تعنه ببسر في استجلاء النية المشتركة للموقعين أو المصدرين على تلك المستندات والوثائق.

3- غاية موضوع البحث وأهميته: إن استجلاء الغموض الذي يكتنف المستندات الموقعة أو الوثائق الصادرة في المرحلة السابقة على التعاقد والأثر المنعكس لأصول صياغتها القانونية في المناط الإلزامي لها، يعد الغاية الأساسية التي دفعت الباحث إلى الولوج في غمار هذا البحث، على ندرة المؤلفات القانونية المكتوبة حوله، لاسيما العربية منها، التي تخلو أو تكاد المكتبات القانونية المتخصصة من مؤلف واحد في الفقه العربي تطرق إلى هذا الموضوع من قريب، سوى بعض الإشارات المقتضبة التي دارت حوله من بعيد.

ويمكن أن يُلمس الغموض الذي أُلْمَ بالجوانب القانونية لهذا الموضوع من النواحي الآتية:  
فمن الناحية الأولى: إن شيوع تبادل المستندات والوثائق ماقبل التعاقدية في البعض من الأنظمة القانونية دون البعض الآخر منها، قد أُلْ إلى تباين بين في المفاهيم القانونية التي يمكن أن تُخلف هذه المستندات أو تلك الوثائق بها، والقيمة القانونية التي يمكن أن تضفى عليها وفقاً للقيمة التعاقدية التي تثبت للمفهوم ذاته في النظام القانوني السائد فيه.  
ومن الناحية الثانية، فإن التسليم بالقوة الملزمة للمستندات والوثائق ماقبل التعاقدية حسبما تقتضيه الصياغات القانونية لمضمون وفحوى عباراتها، كان الداعي الذي يستوجب بيان الأساس الذي يرتكن إليه في إضفاء عنصر الإلزام القانوني لها، وما سيقَ حولهُ من نظريات أُصَلت ثبوت القوة الملزمة بالاستناد عليه، وعلى حد سواء فيما إذا كان هذا الأساس اتفاقياً أم قانونياً.

وهو الأمر الآخر الذي مازال محل خلاف بين الأنظمة القانونية المختلفة أيضاً.  
فيما كانت الناحية الثالثة: من الغاية التي تنصب في مجال بحث هذا الموضوع، تكمن في استجلاء الغموض عن الأحكام القانونية التي قد تتمخض عن الالتزامات التعاقدية بمقتضى المستندات والوثائق ماقبل التعاقدية التي تضمنتها صياغاتها القانونية بالنص الواضح عليها وما يمكن أن ينهض من جزاء مدني عند الإخلال بها احتدم التباين في مواقف الأنظمة القانونية في أدواتها المختلفة حول ما يثبت لهذا الأخير من طبيعة وما ينتج من آثار يتم الاستهداء إليها من خلال الصياغات القانونية للمحررات التي تصب فيها مع مراعاة خصوصية المرحلة الواقعة فيها لكفالة ضمان تنفيذ الألتزامات التي تتضمنها فجميع هذه النواحي تشكل أهمية نظرية وعملية لاسبيل إلى إنكارها، لتأصيل الرأي الفقهي على هديها، وسد ثغرات قصور النصوص القانونية بها، أو التسبب الصحيح والموافق للقانون للقرارات القضائية بالاستناد عليها.

4- منهج دراسة موضوع البحث: إذا كان ولا بد من انتهاج الأسلوب المقارن- على صعوبته - في منهج دراسة موضوع هذا البحث، كنتيجة حتمية للتفاوت الحاد بين أقطاب الأنظمة الرئيسية في عالم القانون من لحظة انعقاد العقد.  
فإن استعراض موقف النظام القانوني العراقي (فقهياً وتشريعياً وقضائياً) يُد في طليعة ما يتعرض له الباحث في هذا المنهج على الرغم من النزر اليسير فيه من كتابات الفقه القانوني ونصوص المواد القانونية، سواء ما ورد منها في متن التشريع المدني العراقي أو ما استقلت به بعض النصوص في القوانين الخاصة الأخرى، ويصدق الأمر كذلك بالنسبة للقرارات القضائية الصادرة من الاجتهاد على مختلف درجات م حاكمه.

فيما تكون أقطاب الأنظمة القانونية الأخرى (كالنظام اللاتيني والنظام الأنجلوسكسوني والنظام الجرمانى) وما يدور في فلكها من القوانين العربية والغربية على حد سواء، وجه المقارنة العام ومنطلقها في إطار ما أسبقه حول هذا الموضوع من آراء فقهية أصلت له أو تقنيات تشريعية نصت عليه، أو قرارات قضائية صدرت تعزيزاً له.

5- خطة دراسة موضوع البحث: تُلمي ضرورة دراسة موضوع هذا البحث أن نطرحه وفق خطة علمية مقسمة إلى ثلاثة فصول رئيسية، نتناول في الأول منها ماهية الصياغة القانونية للقوة الملزمة لمستندات قبل التعاقد، أستعرض في المبحث الأول، التعريف بهذه المستندات من خلال تحديد المفاهيم القانونية (الموسعة أو المضيق) لها، ثم نحيط بأصول صياغتها القانونية من شروط يستلزم توافرها وطرق يجب إتباعها وانعكاسها في القيمة القانونية للوثيقة أو المستند التعاقدى الذي يَنْظُم في مرحلة ماقبل التعاقد. ولا يفوتنا أن نعرّج على أهم الأشكال التي يمكن أن تتخذها تبعاً لأحادية الإرادة أو تعدد الإرادات ألموقعه أو المصدرة لهذه الأوضاع المادية.

فيما نتعرض في المبحث الثاني من هذا الفصل إلى فكرة القوة الملزمة لمستندات قبل التعاقد ومدى ما يثبت لها من قيمة تعاقدية قد تبقى خارج الإطار القانوني وتكتسي بالقيمة المعنوية أو ما قد يدخل منها تحت لواء هذا الإطار لتصطبغ بالصبغة القانونية الملزمة.

ونتطرق في أخريّات هذا الفصل للمقيدات التي يمكن أن تحد من القوة الملزمة للمستندات والوثائق ماقبل التعاقدية، سواء كانت طوعاً لإرادة الأطراف ذواتهم أو كانت فرضاً عليهم طبقاً للنظام القانوني الذي يطبق على الموضوع ذات الصلة بالعلاقة التعاقدية.

ونطرحُ للبحث في الفصل الثاني أساس القوة الملزمة لمستندات ماقبل التعاقد من خلال اثر الصياغة القانونية في تحديده، نستعرض في المبحث الأول الأساس الاتفاقى وما سيقَ حوله من نظريات (تقليدياً وحديثاً) أسست للمناط الإلزامى

لهذه المستندات من خلال ما اتخذته صياغاتها القانونية من قوالب تدخل في الإطار الاتفاقي وبشكل اخص (نظرية العقد) منه.

في حين يكون باب استعراضنا في المبحث الثاني القرين الآخر للأساس السابق، ونقصد منه الأساس القانوني وما سبق حوله من نظريات (تقليدياً وحديثاً)، أسست للمناط الإلزامي لما ينتظمه الأطراف-أيضاً- في المرحلة السابقة على التعاقد من مستندات ووثائق من خلال فكرة الإلزام القانوني بالتعاقد (نظرية القانون).

ثم نصل في صفحات البحث إلى الفصل الثالث الذي نتناول فيه أحكام الصياغة القانونية للقوة الملزمة لمستندات ما قبل التعاقد، نستعرض في المبحث الأول منه، أهم الألتزامات القانونية الثابتة فيها، سواء ما اتخذ منها إتيان السلوك الايجابي لتنفيذها (الفعل) أو الركون إلى موقف سلبي محض (الامتناع) للقول بعدم مخالفتها.

فيما نستعرض في المبحث الثاني منه، الجزاء المدني (المسؤولية المدنية) التي يمكن أن تنهض عند الإخلال بهذه الألتزامات، وما قد تثبت له من طبيعة تلعب الصياغة القانونية دوراً مؤثراً في تحديدها، مع عدم إغفال التطرق إلى عناصر ذلك الجزاء (آثاره) ومدى انعكاس فحوى ومضمون العبارات الواردة في المستندات ما قبل التعاقدية، في الحكم بها. وأخيراً نختم موضوع هذا البحث بخاتمة موجزة نضمّن فيها أهم النتائج وأسانيدها التي خلصنا إليها نقدمها كتوصيات و مقترحات عسى أن تجد لها آذاناً صاغية في الألوان القريب بمشيئة الله تعالى.

والله من وراء القصد.

## الخاتمة

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على خاتم الأنبياء والمرسلين، سيدنا محمد صلى الله عليه وآله وآله  
الطيبين الطاهرين وصحبه المنتجبين، وبعد ...

وإذ نصل إلى نهاية المطاف من دراستنا لموضوع بحث (اثر الصياغة القانونية في القوة الملزمة لمستندات قبل التعاقد). لابد لنا فيما يلي من تسطير أبرز النتائج، التي تمخضت عنها، والتوصيات التي خلصنا إليها، والمقترحات التي نرى - بتواضع - انه لمن الجدير الأخذ بها.

### أولاً: النتائج.

1- إن الصياغة القانونية: وهي التجسيد المادي للإرادة التعاقدية وتقولبها في كيان مادي ملموس، تُعَلِّمُ المعيار الأساسي، الذي نرجدُ في تقرير ثبوت عنصر الإلزام القانوني أو نفيه، بالنسبة للمستندات الموقعة والوثائق الصادرة في المرحلة السابقة على العقد النهائي المنشود، إذ تعكس فحوى العبارات، ومضمون الألفاظ التي تُصاغ بها المستندات قبل التعاقدية، اتجاه النوايا التعاقدية للأطراف في إلزام نفسها من عدمه، فيما أمهرته من توقيعات في مستندات الخطابات الفردية، أو وثائق الاتفاقات (الثنائية أو المتعددة)، في مرحلة ما قبل التعاقد. وهو الأمر الذي تنبئنا إليه، مما حدانا إلى استعراض، الأصول التعاقدية، (الفن التعاقدية)، للصياغة القانونية بصورة عامة، من طرق يجب إتباعها وشروط يستلزم توافرها، واثرها في المناط الإلزامي للمستند الموقع أو الوثيقة الصادرة في مرحلة ما قبل التعاقد.

2- لم يحضَ مصطلح ((مستندات قبل التعاقد))، بمفهوم قانوني محدد أو واضح، بين مختلف الأوساط التعاقدية للأنظمة القانونية الرئيسية. بل على العكس من ذلك، فقد كان التباين فيها جلياً حول تحديد الهوية القانونية لهذه المستندات، وبما تمليه مواقف تلك الأنظمة من لحظة إبرام العقود وشرائطها. وتوزعت في ذلك، بين أنظمة قانونية (مضيق)، لمدى المفاهيم التي يمكن أن تستوعبها هذه المستندات، وهو ما يلمسُ بصفة عامة في أنظمة القانون الأنجلوسكسوني، الذي لا يُعد الاتفاق - أيّاً كانت طبيعته - فيه، ملزماً قانوناً، مالم تلتزم جميع العناصر الأساسية (الجوهرية) والثانوية لقيامه. وهذا هو الشأن ذاته بالنسبة لبعض القوانين العربية، التي تأثرت بالمنحى ذاته، وفي مقدمتها القانون المدني العراقي، إذ نصت المادة (1/86)، منه على إن: ((يطابق القبول الإيجاب إذا اتفق الطرفان على كل المسائل الجوهرية التي تفاوضا فيها. أما الاتفاق على بعض هذه المسائل فلا يكفي لالتزام الطرفين حتى لو اثبت هذا الاتفاق كتابه)). فيما تلت الفقرة (2) من المادة ذاتها، بالنص على إن: ((وإذا اتفق الطرفان على جميع المسائل الجوهرية في العقد واحتفظا بمسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد ولم يشترطا إن العقد يكون غير منعقد عند عدم الاتفاق على هذه المسائل، فيعتبر العقد قد تم، وإذا قام خلاف على المسائل التي لم يتم الاتفاق عليها فإن المحكمة تقضي فيها طبقاً لطبيعة الموضوع ولأحكام القانون والعرف والعدالة))، وظاهر الصياغة القانونية لنص المادة (86) من القانون المدني العراقي، بفقرتيها (1)، (2)، يُلْطَ ومن خلال، إيراد عبارة (كل) في نص الفقرة الأولى، وعبارة (جميع) في نص الفقرة الثانية، على تبني المفهوم الضيق بالنسبة للاتفاق النافذ والملزم قانوناً.

وكان سبيل هذا النظام والقوانين التي تدور في فلكه، في كل ذلك، هو تشدده في حماية الحرية التعاقدية وإعلاء سلطانه من المساس به، من خلال عدم زجها في الإطار التعاقدية الملزم، دون معطيات أو معايير (شخصية وموضوعية) صريحة تُلْ على ذلك. فيما كانت أنظمة القانون اللاتيني. (الأوروبية) والقوانين التي تنتمي إليها، أنظمة موسعة لمدى المفاهيم التي يمكن أن تستوعبها هذه المستندات، بتغليبها بالتطبيقات القانونية الواردة في نصوصها، والتي عالجتها التشريعات المدنية في هذه الأنظمة، ضمن المرحلة الممهدة للتعاقد، وهذا هو الحال بالنسبة لتطبيقات الوعد بالتعاقد الملزمة لجانب واحد والاتفاق الابتدائي الملزم للجانبين، وبعض الصور الحديثة للاتفاقات والخطابات التفاوضية، مثل خطابات النوايا - بصورها المتعددة ...، الاتفاقات المبدئية. الاتفاقات الإطارية، البرتوكولات الاتفاقية ...، وغيرها مستفادة هذه الأنظمة من الصياغة القانونية المرنة لفحوى نص المادة (1129) من القانون المدني الفرنسي، المتعلقة أصلاً بمحل الاتفاق والتي نصها كالآتي، ((الاتفاق يجب أن يكون له محل شيء محدد النوع على الأقل - وكمية هذا الشيء قد تكون غير

محددة، بشرط أن تكون قابلة للتحديد))، بالإضافة إلى عدم وجود قواعد أو أحكام خاصة للإيجاب والقبول في القانون المدني الفرنسي كذلك ما يؤيد تبني الاتجاه اللاتيني للمفهوم الواسع للمستندات قبل التعاقدية، هو النص الأخير للمادة (1589)، من القانون ذاته والتي نصها، ((الوعد بالبيع هو بيع، متى ما اتفق الطرفان على المبيع والثمن)). وكان سبيل هذه الأنظمة والقوانين التي تنتمي إليها، هو إقامة نوع معقول أو مقبول بين مبدأ الحرية التعاقدية، وتوفير حد أدنى من الضمانات لاستقرار المعاملات الظاهرة في مرحلة ما قبل التعاقد. وهو ما يؤيده الجانب الغالب من الأنظمة القانونية العربية.

3- إن تعدد الأشكال التي يمكن أن تصدر بها الوثائق ما قبل التعاقدية، أو توقع بمقتضاها المستندات السابقة على التعاقد، كان له الأثر الجلي في تطوير هذه الأوضاع الملموسة التي تعكس التجسيد المادي للإرادة التعاقدية – وفقاً للصياغة القانونية لها – بين خطابات فردية (تعهدات أو توصيات) صادرة من أحد الأطراف أو حتى من الغير، تختلف في مدى القوة الملزمة لها، تبعاً لصياغة عبارات الخطاب ذاته، التي قد تؤصل في حال ثبوته وفقاً لأحكام التعهد بالإرادة المنفردة (التصرف الانفرادي) أو وفقاً لأحكام الضمانات الشخصية (الكفالة)، فيما يكون تأصيلها له في حال انتقائه، وفق القواعد العامة في التوصيات العارية عن أي إلزام قانوني.

وبين اتفاقات ثنائية أو متعددة الأطراف، تعكس الصياغات القانونية لمضمون الالتزامات الثابتة في مستنداتها، الطبيعة القانونية لها، وتبعاً لذلك تحديد ما يثبت لها من وصف ملزم من عدمه. يؤصل في حال ثبوته وفقاً لأحكام القوة الملزمة للاتفاق (العقد)، فيما يكون تأصيله في حال انتقائه وفقاً لقواعد الاتفاقات الاجتماعية، التي تخرج عن نطاق القانون الخاص ومعاملاته المالية.

4- يكتسب العقد – بنص القانون. قوته الملزمة بمجرد تلاقي الإيجاب بالقبول، أما المستندات السابقة على التعاقد، كالمستندات السابقة على التفاوض (المستندات الدعائية) والمستندات التفاوضية، (شبه العقود)، فلم يرد نص بشأن قيمتها القانونية، خصوصاً لو خلت صياغتها من أي إشارة لذلك، أما المستندات اللاحقة على التفاوض والسابقة على إبرام العقد النهائي، (عقود ما قبل العقد)، فإن ورد نص بشأن قوتها الملزمة، فيظل التساؤل قائماً عن طبيعة العلاقة القانونية بينها وبين العقد النهائي؟ والتي تظل فيما اشرنا – رهينة بصياغة المستند ما قبل التعاقد وتحريره. وإن كان ما يربط بين هذه المستندات جميعاً، رباط واحد، وهو إنها تصدر في المرحلة ما قبل التعاقدية وتتفاوت في قيمتها القانونية، فمنها ما هو عديم القيمة، حيث لا وُلِدَ لا التزامات أدبية بحتة، ومنها ما يولد التزامات قانونية حقيقية، وليس في الإمكان ذكر أمثلة لهذه الطائفة أو تلك، حيث يترك تقدير هذا كله لرجل القانون، العالم بقواعد القانون والمُحِيط بأصول الصياغة.

5- كذلك لم يأل موقف الأنظمة أعلاه – من تقييد القوة الملزمة لمستندات ما قبل التعاقد، سواء كانت فرضاً بحكم القانون الواجب التطبيق على تنظيم المستند، أو تبعاً لطوع الإرادات التي استقلت بإنشائه، إلا إلى تباين واضح في إعمال أو إهمال هذه المقيدات، تبعاً لمصدرها المنشئ لها، (القانون أو الاتفاق).

ففي الوقت الذي يفرض النظام الانجلوسكسوني، لاسيما القانون الانجليزي فيه، مقيدات قانونية متعددة، لإعمال عنصر الإلزام القانوني، وبصورة أخص في مستندات الالتزامات ذات الطبيعة السلبية، في صياغاتها القانونية، ولا يعترف بمدى سلطان إرادة الأطراف في تقييد القوة الملزمة للمستندات في بعض الصور النافذة قانوناً منها، إلا إذا اتجهت نية الأطراف الحقيقية في ذلك، يخفف النظام اللاتيني، لاسيما القانون الفرنسي منه، من حدة المقيدات القانونية التي تحد من نفاذ القوة الملزمة لمثل هذه المستندات، ويحصرها في أضيق نطاق ممكن، ولا يشترط إلا النزر اليسير منها، مراعاةً لاستقرار المراكز القانونية في الحقبة ما قبل التعاقدية، في حين يوسع هذا النظام والقوانين التي تدور في فلكه، من دائرة القيود الإرادية التي يذللها الأطراف في مستندات قبل التعاقد باتفاق منهم في قصر عنصر الالتزام القانوني أوزع عندها منها. فيما كان النظام الجرمانى (المادي)، متوازناً في موقفه بشأن إعمال أو إهمال المقيدات التي تذييل بها المستندات ما قبل التعاقدية، وعلى السواء منها فيما كان فرضاً بقوة القانون، أم طوعاً لإرادة منظمها، إذ أنه وإن اشترط بعض المقيدات القانونية لنفاذ بعض الأوضاع التعاقدية القريبة من لحظة إبرام العقد النهائي، فإنه اعترف في الوقت ذاته بقدرة سلطان إرادة الأطراف على تقييد عنصر الإلزام القانوني، أو إرجاء نفاذه، تبعاً للصياغة القانونية لعبارات الخطاب الثابت فيه، وفي رأينا المتواضع نقول – إن الموقف في القانون المدني العراقي ذي النزعة الموضوعية المتأثرة بالفقه الإسلامي، كان قد

اشترط بعض القيود القانونية لتقرير عنصر الإلزام القانوني لبعض الأوضاع القريبة (التمهيدية)، من لحظة انعقاد العقد النهائي، والتي من أهمها قيدي (المدة) و (الشكل)، وهو ما أكدته المادة (91) في الفقرة (1)، منها، والتي نصت: ((الاتفاق الابتدائي الذي يتعهد بموجبه كلا المتعاقدين أو أحدهما بإبرام عقد مُعين في المستقبل لا يكون صحيحاً، إلا إذا حددت المسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه، والمدة التي يجب أن يبرم فيها))، فيما تلت الفقرة (2)، من المادة ذاتها، بأن (( فإذا اشترط القانون للعقد استيفاء شكل معين فهذا الشكل تجب مراعاته أيضاً في الاتفاق الابتدائي الذي يتضمن وعداً بإبرام هذا العقد)).

كذلك فإن المشرع المدني العراقي الموقر، لم يفته اعتبار بعض العناصر القانونية المميزة لذاتية التعاقد مثل (بيان الثمن)، في مستندات العرض، (الدعوة إلى التفاوض)، قيداً قانونياً لنفاذ القوة الملزمة لها، وهو ما نصت عليه المادة (1/81)، التي جاء فيها: ((يُعتبر عرض البضائع مع بيان ثمنها إيجاباً)). فيما كان موقف القانون ذاته بالنسبة للتحفظات الإرادية، لا يخرج عما هو ثابتٌ عليه من قواعد، في أعمال أو إهمال الشروط التقيدية التي تقترن بالتصرفات القانونية، بصورة عامة.

6- كذلك لم يخرج مجال البحث في أساس اثر الصياغة القانونية في القوة الملزمة لمستندات قبل التعاقد، عما هو مألوف من المصادر العامة للالتزامات، ينصرف هذا الأثر فيها إلى أساس أو آخر، تبعاً لأشكال الإرادة الموقعة على المستند ماقبل التعاقد، فتارة يميل الموقعون على هذه المستندات – من خلال الصياغات القانونية لها – إلى إضفاء عنصر الإلزام القانوني لهذه الكيانات المادية، على أساس الارتباط الاتفاقي وبعبارة قانونية اخص، على أساس فكرة الإلزام القانوني بالتعاقد، (العقد) فيما قد يشمر كلاهما أو أحدهما، إلى الميل في تقرير مدى القوة الملزمة لما يتم تحريره بينهم من مستندات ووثائق، نحو ما يحيطه القانون، من أوضاع مختلفة ولا اعتبارات شتى، بعنصر الإلزام التعاقد، ويخلع عليه أوصاف الواجب العام الذي يتعين مراعاته وعدم الإخلال بمبادئه المستقرة في النظام القانوني التي يتبناها. ولعل من أرجح هذه الأوضاع القانونية، التي يرى النظام القانوني حديثاً – انه لجدير من الاعتداد به في إضفاء أو سلب المناط الإلزامي للمستندات قبل التعاقدية، هو طريقة التجسيد المادي للالتزامات الثابتة فيها، وقولبتها بكيان مادي ملموس. (الهندسة القانونية) لاسيما في مجال التعاقدات التجارية الدولية، أو عقود القانون الوطني التي تشتمل على صفقات ضخمة، لا يكون سوى أصول الصياغة القانونية للمستندات الموقعة أو الوثائق الصادرة خلال التفاوض، من سبيل أخرى للتعرف على المقصود الأوفى للإطراف الساعية إلى التعاقد.

7- وإزاء مساس الأساس الاتفاقي، بنظرياته التقليدية، بمبدأ حرية الإرادة التعاقدية ومصادرة لسلطانها، تارة، أو عدم كفاية نظرياته الحديثة أو تبلورها بصورة واضحة لاستيعاب جميع الأنماط التعاقدية تارة أخرى، كانت أوجه القصور – ومن نواح متعددة – واضحة في هذا الأساس للتأسيس عليه حول اثر الصياغة القانونية في القوة الملزمة لمستندات قبل التعاقد.

كذلك كان الأساس القانوني، هو الآخر، ولاسيما النظريات التقليدية منه قد شابه القصور من أوجه متعددة، في بحث مدى اثر الصياغة القانونية في القوة الملزمة للمستندات قبل التعاقدية بالاستناد عليه. وان مافرضه الأولى (النظريات التقليدية)، لم يؤسس لمدى هذا الأثر بحد ذاته، مالم يقتصر به أوصاف قانونية أخرى. لذلك كان التأكيد على ضرورة الصياغة القانونية في التعويل عليها – باعتبارها أساساً قانونياً بحد ذاته – في استجلاء ثبوت الأثر الملزم من عدمه بالنسبة للقيمة التعاقدية للمستندات الصادرة في مرحلة ماقبل التعاقد، هي الوسيلة الملائمة في استكناه هذه النوايا واتجاه سلوكها في الدخول إلى ساحة التعاقد من عدمه، ومع ذلك فان هذا كله لايعني طرح القواعد العامة في التفسير جانباً، أو الخروج عنها في البحث عن النية المشتركة للطرفيين، متى ماكانت واضحة في الدلالة على ما تروم بمؤشر من الوضع المادي الثابتة فيه، والتنظيم المبوب لها لأحداث اثر قانوني معين، وان كان هذا الفرض لا يحصل إلا نادراً – من خلال استقراء الواقع العملي – إذ إن اغلب المعطيات التي تستلزمها محكمة الموضوع للجوء إلى القواعد العامة في التفسير على هديها – قد لاتتوفر في الصياغات القانونية المقتضبة لمثل هذه المستندات والوثائق الصادرة في مرحلة ماقبل التعاقد.

8- إن ما كان يختص به موضوع اثر الصياغة القانونية في القوة الملزمة لمستندات قبل التعاقد، من أحكام قانونية، انبرى في شقه الأول. عن جملة من الالتزامات التعاقدية ذي الوصف التقاوضي في معظمها، تتفاوت في طبيعتها ومدى إلزامها، تبعاً لصياغة الخطاب الذي يتضمنها، أو الوثيقة التي تصدرُ تجسيدا لها، في ظل عدم وجود نظام قانوني موحد ينظمها. بل حتى ما تباين منها في مدى القيمة التعاقدية الملزمة التي تثبت لها. في إطار المعاملات الدولية حسب القانون الواجب التطبيق عليه، كان معيار تفاوتها في ظله، هي الأصول المتعددة والمختلفة للصياغات القانونية للمستندات التي تثبت فيها.

فيما كان الشق الآخر، من هذه الأحكام – والذي انصرف إلى ماهية المسؤولية المدنية التي تنهض عند الإخلال بأصول الصياغة القانونية واثراها في القوة الملزمة لمستندات قبل التعاقد، قد قادنا إلى أن ننتهي بترجيح المسؤولية المدنية القانونية ذي الوصف الخاص، باعتبارها الجزء القانوني المناسب الذي ينهض عند الإخلال بمضمون الالتزامات التي تتضمنها الصياغات القانونية للمستندات والوثائق الصادرة فيها. وكان كل ذلك محاولة منا في موائمة ومسيرة الخصوصية التي تتمتع بها المسؤولية المدنية إلى تنهض في هذه الحقبة (مرحلة ما قبل التعاقد)، إذ قد لا يجد قاضي الموضوع حرجاً من تقريرها على سند من القانون.

9- وإذا ما ثبت الجزء المدني الذي ينهض عند تقرير المسؤولية المدنية بعد استجماعها لأركانها، كانت صور هذا الجزء، هي الأخرى ضمن ما عالجناه، في إطار أحكام اثر الصياغة القانونية في القوة الملزمة لمستندات قبل التعاقد، إذ يتبين من خلال ما عرضناه، في ثنايا بحثنا هذا، إن التعويض العيني، وهو الطريق الاعتيادي في جبر الضرر (الطريق الأصلي)، قد حظي بمجال ضيق للقول بجوازه على صعيد تأصيلات الآراء الفقهية، أو الحكم بتقريره، وإيراد تطبيقات عملية له، في قرارات وأحكام الاجتهادات القضائية، ومع ذلك فإننا لانسلم بسد الطريق مطلقاً – أياً كانت طبيعة الالتزام الثابت في الصياغة القانونية للمستند ما قبل التعاقد – أمام المضرور في المطالبة بالتعويض العيني كلما أمكن ذلك، وفقاً للشروط العامة التي تجيز الحكم بتقريره. بخلاف الأمر منه بالنسبة للصورة الأخرى من طرق الجزء المدني، وأقصد بها صورة التعويض بمقابل، (الطريق الاستثنائي)، وهو الطريق الاحتياطي في جبر الضرر الذي لحق بالمضرور، إذ كان لهذه الصورة، مجالاً واسعاً في تقرير جوازه والحكم به على مختلف الأصعدة القانونية، وأياً كان مصدر الالتزام الثابت في المستندات قبل التعاقد أو طبيعة المسؤولية المدنية الناجمة عن الإخلال به.

10- وفي الفرض الذي يثبت فيه هذا النوع الأخير من الأجزاء المدنية (التعويض بمقابل)، الذي يترتب بمناسبة المسؤولية الناجمة عن الإخلال بمضمون الصياغات القانونية للالتزامات الثابتة في المستندات قبل التعاقدية.

تناولنا بالبحث عناصر هذا الجزء (التعويض)، واثراها في مدى تقديره عند الحكم بجوازه، وإذا كنا قد سلمت مع الرأي الراجح في الفقه القانوني والتزام التوجه القضائي بالنسبة للعنصر الأول منه، وهو (الخسارة الحالية)، في اخذ هذا العنصر بعين الاعتبار عند تقدير التعويض المالي المقرر للمضرور.

فإننا لم نساير البعض منهم، بالنسبة للعنصر الآخر من هذا الجزء (التعويض)، والمقصود به عنصر (الكسب الفائت)، إذ لم تثبت على رأي واحد للقول بجواز تقديره من عدمه في ظل خصوصية مرحلة ما قبل التعاقد، بل اعتمدنا في تقدير ذلك على ظروف وملابسات كل حالة على حدة، أخذين بعين الاعتبار، عدة معطيات قانونية توجب علينا قول ذلك، كان من أهمها، الطبيعة القانونية للالتزام الثابت في المستند ما قبل التعاقد الذي يجسده، والتي تضافى عليه تلك الطبيعة أو غيرها، تبعاً للصياغات القانونية لفحوى عباراته أو مضمون ألفاظه، كذلك أيضاً موقع هذا المستند والالتزام الذي يتضمنه بالنسبة للعقد النهائي المنشود، اقتراباً أو ابتعاداً منه، بصرف النظر عن المعيار الذي يعتمد في ذلك، وبحسب القانون الواجب التطبيق في النظام القانوني السائد الذي يوقع المستند ما قبل التعاقد أو تصدر الوثيقة التقاوضية في ظله، بالإضافة إلى الوصف أو الشكل الذي يمكن أن يتمثل به عنصر هذا التعويض (الكسب الفائت)، ومدى اقتناع محكمة الموضوع. من خلال سلطتها التقديرية في تغطيته تعويضاً من عدمه.

وإذا كانت الصياغة القانونية لمستندات قبل التعاقد، تنعكس على مدى قوتها الملزمة، بما يترتب على ذلك من نتائج، فإن الصياغة المعيبة لها تفتح الباب لمنازعات محتملة في تفسير العقود وتنفيذها، وتجعل العلاقة التعاقدية، برمتها قلقاً، أو

مضطربة بما يلقي على المعهود إليه أمر الصياغة واجب مراعاة الدقة، والحذر، وعلى أن تأتي الصياغة، معبرة عن حقيقة إرادة أطراف العلاقة التعاقدية ولذا أثرنا التركيز على أصول الصياغة العقدية، وكيفية تحرير مستنداتها.

ونبهنا إلى معتقدات غير صحيحة، تسود صياغة المستندات قبل التعاقدية، منها، إن كل ما يتعلق بالمفاوضات، غير ملزم، مادام إن العقد النهائي، لم يتم التوقيع عليه، وإن المستندات السابقة على التعاقد بمنأى عن التأثير في التعاقد النهائي، وبأن التعاقد يغد تاماً ملزماً بمجرد تدوين العقد كتابة، والتوقيع عليه، وبأن وصف مستند ما، بأنه اتفاق أو تعهد، يعني أنه عقد ملزم بالضرورة، كما حذرنا من الخلط بين مستندات قبل التعاقد التي تصدر في فترات مختلفة بالنسبة للعقد النهائي المنشود.

ونؤوه – أخيراً – بأن أهمية الصياغة القانونية، تتعدى علاقات القانون الوطني، وتظهر واضحة في نطاق عقود التجارة الدولية. خصوصاً أن الشركات المتعددة الجنسية تتخذ من صياغة مستندات عقود نقل التكنولوجيا آلية لتكريس التبعية، والتخلف العلمي للبلدان النامية.

**ثانياً: التوصيات:** ويمكن أن نوجز في خاتمة هذه الدراسة، أهم التوصيات والنصائح، التي يتعين أن يراعيها المعهود إليه أمر الصياغة القانونية، من المفاوضين أو من غيرهم، بالنسبة للمستندات والوثائق في المرحلة السابقة على التعاقد.

1- لمن الجدير بالمستشار القانوني أو المحامي الذي يقوم بالصياغة لأي وثيقة قانونية أو مستند تعاقدي، أن يأخذ بعين الاعتبار أنه بجانب اختيار الكلمات الصحيحة والمناسبة. لابد أن يقوم بصياغة المستند أو الوثيقة، بما يعبر عن الرغبة لدى الأطراف في المستند أو عن الهدف ترمي إليه الوثيقة.

2- أنه لمن الأفضل أن يكون هناك تحديد واضح لما يريد الأطراف تحقيقه من إصدار الوثيقة أو توقيع المستند ما قبل التعاقد، كما إنه حري بالقانوني الذي يقوم بإعداد صيغة هذه المحررات، أن يسعى لمعرفة واكتشاف الغرض الذي يراد تحقيقه من إصدارها، وبالتالي إعطاءها القيمة القانونية بما يتلاءم والغرض المقصود.

3- ونجد إن هناك ضرورة حتمية تدعو إلى صياغة المستندات قبل التعاقدية بلغة سليمة تحول دون خلق غموض محير للمفسر الذي عليه تحديد ضرورة المرحلة التي ألزم أحد الأطراف الآخر بها. ويعني هذا أنه يجب تحديد نوع الخطاب أولاً، فإذا رغب مصدر الخطاب نفي القوة الإلزامية للمستند ما قبل التعاقد، فيجب أن لا تكون اللغة المستخدم فيه، لغة عقدية، أو توحى بالالتزام، كما يجب أن يتم الابتعاد عن صياغة الشكليات التي يتم استخدامها دائماً في العقود.

4- كذلك نوصي بالنأي عن ساحات القضاء وهيئات التحكيم، كلما استطاعت الأطراف الموقعة على المستندات التفاوضية، إلى ذلك سبيلاً. ويتطلب ذلك فضلاً عن الصياغة السليمة حسم كل مسألة شاردة أو غائبة، بقدر الإمكان، في العقد النهائي بعد مفاوضات متأنية، فكلما قلت احتمالات تدخل القضاء والمحكمين انخفضت النفقات غير المتوقعة (أتعاب المحامين، مصروفات قضائية، ... الخ) وازدهرت استثمارات كل من الطرفين، حيث أنه مما لا شك فيه إن تبادل الاتهامات، وتعطل الأعمال، وضياع الأموال، وفقدان السمعة الحسنة، هي النتيجة المنطقية لإعداد غير سليم للعقد أو صياغة رديئة لمستنداته، وفي الحالتين يقع الوزر على المتفاوضين وحدهم.

5- ونشير بأنه إذا كان نجاح المفاوضات في القيام بدورها، يتوقف على التزام طرفيها بمقتضيات مبدأ حسن النية قبل التعاقد، فأن هذا المبدأ يبدو أكثر خصوبة عندما تدور المباحثات في إطار الصياغة القانونية المحبوبة والجيدة للمستندات قبل التعاقدية. والواقع إن القضاء يقوم، في هذا الصدد بدور مهم، إذ أنه يركز على العلاقة التعاقدية ويعطي لها مضموناً يحقق به تنظيم أفضل لعلاقة المتفاوضين. ولعل ما عرضنا لدراسته بشأن الالتزامات الناشئة على عاتق كل طرف – بمقتضى الصياغات القانونية للمستندات قبل التعاقدية، من جانب أول، ثم الجزاءات التي يمكن توقيعها عن مخالفة هذه الالتزامات، من جانب ثان، ما يؤكد ذلك، ونحن في انتظار المزيد من تطبيقات القضاء التي تثيري الموضوع وتوضحه.

المختلفة، متوخين من ذلك غاية سامية له تنهض به إلى مصاف الأنظمة القانونية المتطورة في العالم.

XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX

## قائمة المصادر

## أولاً: المصادر باللغة العربية

## \* القرآن الكريم

## أ- الكتب القانونية.

- 1- د. إبراهيم أوصالي، حقيقة العيب الموجب للضمان وشروطه في عقد البيع، ط 1، دار الثقافة للطباعة والنشر، عمان-الأردن، 1988.
- 2- د. إبراهيم دسوقي أبو الليل، نظرية العقد غير اللازم، دراسة مقارنة معمقة في الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية، ط 1، منشورات مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، 1994.
- 3- د. أحمد الزقرد، الوجيز في عقد البيع في القانون المدني الكويتي، مطبوعات كلية الحقوق - جامعة الكويت، وحدة التأليف والترجمة والنشر، 1989.
- 4- د. أحمد السعيد الزقرد، اثر تغيير الظروف على تحديد مضمون الالتزام التعاقدية ط 1، منشورات المجلس العلمي، الكويت، 2001.
- 5- د. أحمد حشمت أبو ستيت، نظرية الالتزام في القانون المدني الجديد، مصادر الالتزام، ط 2، مطبعة مصر، 1954.
- 6- د. أحمد شرف الدين، أصول الصياغة القانونية للعقود، (تصميم العقد). ط 2، مطبعة أولاد وهبه حسان، الناشر. دار النهضة العربية، القاهرة - مصر، 1993.
- 7- د. أحمد شرف الدين، الأحكام العامة لعقد التأمين، دراسة مقارنة بين القانونين المصري والفرنسي، ط 3، مطبعة نادي القضاة الجديدة، القاهرة - مصر، 1988.
- 8- د. أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، مصادر الالتزام، 1989، بدون مكان طبع.
- 9- د. أحمد عبد الحميد عشوش، قانون العقد بين ثبات اليقين واعتبارات العدالة، ط 1، مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية - مصر، 1990.
- 10- د. أحمد عبد الكريم أبو شنب، شرح قانون العمل الجديد، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان - الأردن، 1999.
- 11- د. أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، - مفاوضات العقود الدولية - القانون الواجب التطبيق وأزمته، ط 1، دار النهضة العربية، القاهرة - مصر، 2005.
- 12- د. أحمد محمود سعد، نحو إرساء نظام قانوني لعقد المشورة المعلوماتية (المعالجة الآلية للبيانات بواسطة الحاسب الآلي -) ط 1، دار النهضة العربية، القاهرة - مصر، 1995.
- 13- أحمد نشأت، رسالة الإثبات في التعهدات، ط 6، دار الفكر الجامعي بالقاهرة، مصر، 1274 هـ/ 1955 م.
- 14- د. أسامة عبد الله قايد، الحماية الجنائية للحياة الخاصة وبنوك المعلومات، ط 3، دار النهضة العربية، القاهرة - مصر، 1994.
- 15- الأستاذ بهاء هلال دسوقي، قانون التجارة الدولية الجديد - دراسة تحليلية، LEX - MERCATORIA، القاهرة - مصر، 1993.
- 16- د. أسعد دياب، ضمان عيوب المبيع الخفية، ط 1، دار إقرأ، بيروت - لبنان، 1981.
- 17- د. إسماعيل غانم، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، مكتبة عبد الله وهبه القاهرة - مصر، 1966.
- 18- د. اكثم خولي، الصلح والهبة والوكالة، ط 5، مطبعة مصر، القاهرة - مصر، 1957.
- 19- د. أنور سلطان، العقود المسماة، شرح عقدي البيع والمقايضة، ط 3، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1980.
- 20- د. أنور سلطان، مصادر الالتزام، ط 2، مصر، 1958.
- 21- د. بدر جاسم اليعقوب، أصول الالتزام في القانون المدني الكويتي، ط 2، الكويت، 1989.
- 22- د. توفيق حسن فرج، أحكام الضمان (التأمين)، في القانون اللبناني والمقارن، ط 2، المكتب المصري الحديث، القاهرة - مصر، 1987.

- 23- جابر صابر طه، إقامة المسؤولية المدنية عن العمل غير المشروع على عنصر الضرر، ط2، منشورات جامعة صلاح الدين، 1984.
- 24- د. جابر محجوب علي، الجوانب القانونية للتأمين الجماعي، ط1، مجلس النشر العلمي، الكويت، 2002.
- 25- جاك غستان، المطول في القانون المدني، تكوين العقد، ترجمة منصور القاضي، ط1، المؤسسة الجامعة، بيروت - لبنان، 2000.
- 26- د. جلال احمد خليل، النظام القانوني لحماية الاختراعات ونقل التكنولوجيا للدول النامية، الكويت، 1983.
- 27- د. جلال علي العدوي، مبادئ الالتزامات، مصادر الالتزام، منشأة المعارف بالإسكندرية، مصر، 1997.
- 28- د. جلال محمد إبراهيم، التأمين وفقاً للقانون الكويتي، دراسة مقارنة مع القانونين المصري والفرنسي، الكويت، 1989.
- 29- د. جلال محمد، فكرة المعرفة الفنية والأساس القانوني لحمايتها، ط1، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية - مصر، 1995.
- 30- د. جمال عبد الرحمن محمد علي، الحجية القانونية للمستندات الالكترونية، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة - مصر، 2001.
- 31- د. جمال عبد الرحمن محمد علي، المسؤولية المدنية للتفاوض، ط2، دار النهضة العربية، القاهرة - مصر، 2003.
- 32- د. جمال فاخر النكاس، قانون العمل الكويتي والمقارن، جامعة الكويت، 1993.
- 33- د. حارث سليمان الفاروقي، المعجم القانوني، ط2، مكتبة لبنان، 1970.
- 34- د. حسام الدين كامل الأهواني، المبادئ العامة للتأمين، القاهرة - مصر، 1995.
- 35- د. حسام الدين كامل الأهواني، النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول، مصادر الالتزام، ط2، سنة 1995.
- 36- د. حسام الدين كامل الأهواني، شرح قانون العمل، مطبوعات جامعة الكويت، 1989.
- 37- د. حسام محمد عيسى، نقل التكنولوجيا - دراسة في الآليات القانونية للتبعية الدولية، ط1، دار المستقبل العربي، 1987.
- 38- د. حسن الحسن، التفاوض والعلاقات العامة، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت - لبنان، 1413هـ - 1993م.
- 39- د. حسن الخطيب، نطاق المسؤولية المدنية التقصيرية والعقدية، مطبعة حداد، البصرة، بدون سنة طبع.
- 40- د. حسن عبد الباسط جميعي، اثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد، دار النهضة العربية، القاهرة - مصر، 1991.
- 41- د. حسن عبد الباسط جميعي، اثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد، ظاهرة اختلال التوازن بين الالتزامات التعاقدية في ظل انتشار الشروط التعسفية: دراسة مقارنة بين القانون المصري وقانون دولة الإمارات العربية المتحدة والقوانين الأوروبية مع إشارة خاصة للقوانين الأنجلو أمريكية. دار النهضة العربية، القاهرة - مصر، 1996.
- 42- د. حسن عبد الباسط جميعي، النظرية العامة في الالتزامات، ج1، مصادر الالتزامات وفقاً لقانون المعاملات المدنية الاتحادية لدولة الإمارات العربية المتحدة، العين، جامعة الإمارات، كلية الشريعة والقانون، مذكرات بالأستئسل، 1990.
- 43- د. حسن عبد الباسط جميعي، شروط التخفيف والإعفاء من ضمان العيوب الخفية، جامعة الإمارات، كلية الشريعة والقانون، 1993.
- 44- د. حسن عكوش، المسؤولية المدنية في القانون المدني الجديد، ط1، مكتبة القاهرة الحديثة، مصر، 1957.
- 45- د. حسن علي الذنون، المبسوط في المسؤولية المدنية، بغداد، 2001.
- 46- د. حسن علي الذنون، النظرية العامة للالتزامات، أحكام الالتزام، مطبعة الجامعة المستنصرية، 1976.
- 47- د. حسن علي الذنون، و د. محمد سعيد الرحو، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، ج1، مصادر الالتزام، ج2، المسؤولية المدنية، دار وائل للنشر، عمان الأردن، 2002.

- 48- د. حسن علي الشاذلي، نظرية الشرط في الفقه الإسلامي والقانون، ط1، عالم الكتب. الإسكندرية – مصر، 1982.
- 49- د. حسين عامر و د. عبد الرحيم عامر، المسؤولية المدنية التقصيرية العقدية، ط2، دار المعارف بالإسكندرية، مصر، 1979.
- 50- د. حسين عامر، القوة الملزمة للعقد، ط1، مطبعة مصر – القاهرة، 1949.
- 51- د. حسين عامر، المسؤولية المدنية التقصيرية العقدية، ط1، مطبعة مصر، 1956.
- 52- د. حسين عبد العطيف حمدون، قانون العمل، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت – لبنان، 2005.
- 53- د. حلمي بهجت بدوي، أصول الالتزامات، ج1، نظرية العقد، ط2، مطبعة نوري، القاهرة – مصر، 1943.
- 54- د. حمدي عبد الرحمن، الوسيط في النظرية العامة للالتزام، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة – مصر، 1999.
- 55- د. حمدي عبد الرحمن، مصادر الالتزام، الجزء الأول – نظرية العقد، القاهرة – مصر، 1994.
- 56- د. حمزة حداد، قانون التجارة الدولية، الدار المتحدة للنشر، بيروت – لبنان، 1979.
- 57- د. خالد احمد عبد الحميد، فسخ عقد البيع الدولي للبضائع وفقاً لاتفاقية فينا لعام 1980، ط2، دار النهضة العربية، القاهرة – مصر، 2001.
- 58- خليل جريج، النظرية العامة للموجبات، ج2، ط2، 1958.
- 59- د. رجب كريم عبد الإله، التفاوض على العقد، ط3، دار النهضة العربية، القاهرة – مصر، 2000.
- 60- د. سامي بديع منصور، عنصر الثبات وعامل التغيير في العقد المدني في القانونيين اللبناني والفرنسي والمقارن، ط1، دار الفكر اللبناني، لبنان، 1987.
- 61- د. سعد حسين عبد ملحم الحلبوسي، التفاوض في العقود عبر شبكة الإنترنت بين القواعد العامة في نظرية الالتزام والضرورات العملية، ط1، بغداد، كلية الحقوق – جامعة النهرين، 2004.
- 62- د. سعدون العامري، الوجيز في شرح العقود المسماة، ج1، البيع والإيجار، ط3، مطبعة العاني، بغداد، 1974.
- 63- د. سعدون القشطيني، الشروط العامة لمقاولات أعمال الهندسة المدنية، ط2، مطبعة المعارف، بغداد، 1975.
- 64- د. سليمان مرقس. الوافي في شرح القانون المدني، نظرية العقد والإرادة المنفردة، ط4، دار النهضة العربية، القاهرة – مصر، 1987.
- 65- د. سليمان مرقس، الفعل الضار، ط2، القاهرة – مصر، 1956.
- 66- د. سليمان مرقس، شرح القانون المدني في الالتزامات، مصادر الالتزام واثارته وأوصافه وانتقاله وانتفاءه والنظرية العامة للإثبات، المطبعة العالمية، القاهرة – مصر، 1964.
- 67- د. سليمان مرقس، عقد الكفالة، مطبعة نهضة مصر، القاهرة – مصر، 1959.
- 68- د. سميحة القليوبي، شرح العقود التجارية، دار النهضة العربية، القاهرة – مصر، 1987.
- 69- د. سمير عبد السيد تناغو، التأمينات العينية، شركة الإسكندرية للطباعة والنشر، مصر، دون ذكر زمان الطبع.
- 70- د. سمير عبد السيد تناغو، النظرية العامة للقانون، ط3، منشأة المعارف بالإسكندرية، مصر، 1981.
- 71- د. السيد محمد السيد عمران، الأسس العامة في القانون، المدخل إلى القانون، نظرية الالتزام، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت – لبنان، 2002.
- 72- د. السيد محمد السيد عمران، الطبيعة القانونية لعقود المعلومات، مؤسسة الثقافة الجامعة، الإسكندرية – مصر، 1992.
- 73- د. السيد محمد السيد عمران، حماية المستهلك أثناء تكوين العقد، منشأة المعارف بالإسكندرية، مصر، 1987.
- 74- د. شمس الدين الوكيل، نظرية التأمينات في القانون المدني، ط2، منشأة المعارف بالإسكندرية، مصر، دون ذكر زمان الطبع.
- 75- شوقي وهبي ومهنى مشرفي، الصيغ القانونية للعقود الرسمية والعرفية، الطبعة الثامنة بلا مكان طبع، 1990.
- 76- الشيخ مصطفى احمد الزرقا، المدخل الفقهي العام، الجزء الثاني، الطبعة العاشرة، مطبعة طربين، دمشق – سورية، 1387هـ - 1968م.

- 77- شيشر وفيوت، قواعد الإيجاب والقبول في القانونين الانجليزي والسوداني، الطبعة الخامسة، نقله من الانجليزية إلى العربية، هنري رياض وكريم شفيق، نشر وتوزيع مكتبة النهضة السودانية، الخرطوم، طباعة دار الثقافة، بيروت - لبنان، 1967.
- 78- شيشر، فيوت، فيرمستون، أحكام الغلط ونسبية العقد في القانون الانجليزي، ترجمة وإعداد وترتيب هنري رياض، الناشران، دار الجبل، بيروت. لبنان، مكتبة خليفة عطية الخرطوم - السودان، 1981.
- 79- د. صاحب الفتلاوي، ضمان العيوب وتخلف المواصفات في عقود البيع، ط1، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان - الأردن، 1997.
- 80- د. صالح بن عبد الله بن عطف العوفي، المبادئ القانونية في صياغة عقود التجارة الدولية، ط1، معهد الإدارة العامة للبحوث، الرياض - المملكة العربية السعودية، 1998.
- 81- د. صالح صفاء خالص، الأعلام التجاري والمفاوضات التجارية الدولية، ط1، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1998.
- 82- د. صلاح الدين الناهي، الوجيز في النظرية العامة للالتزامات، مطبعة العاني، بغداد، 1950.
- 83- د. صلاح الدين زكي، تكوين الروابط العقدية فيما بين الغائبين، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة - مصر، 1963.
- 84- د. عاطف النقيب، نظرية العقد ط2، منشورات عويدات، بيروت - لبنان، 1988.
- 85- د. عامر قاسم القيسي، الحماية القانونية للمستهلك، دراسة في القانون المدني المقارن. ط2، الدار العلمية ودار الثقافة، عمان - الأردن، 2002.
- 86- د. عبد الباسط جميعي، نظرية الأوضاع الظاهرة وفقاً لقانون المعاملات المدنية الاتحادي لدولة الإمارات العربية المتحدة. العين: جامعة الإمارات - كلية الشريعة والقانون، 1990.
- 87- د. عبد الجبار ناجي الملا صالح، مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود، ط1، مطبعة اليرموك، بغداد، 1974، (أصل الكتاب رسالة ماجستير مقدمة إلى جامعة بغداد، 1973).
- 88- د. عبد الحكيم فوده، النسبية والغيرية في القانون المدني، دراسة عملية على ضوء الفقه وقضاء النقض، ط1 دار الفكر الجامعي، الإسكندرية. مصر، 1996.
- 89- د. عبد الحكيم فوده، الوعد والتمهيد للتعاقد، والعربون وعقد البيع الابتدائي، ط2، دار الكتب القانونية، القاهرة - مصر، 1992.
- 90- د. عبد الحميد الجمال، القانون والمعاملات ط2، الدار الجامعية للطباعة والنشر، القاهرة - مصر، 1987.
- 91- د. عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام وفقاً للقانون الكويتي، ج1، المصادر الإرادية، المجلد الثاني، مطبوعات جامعة الكويت، كلية الحقوق، الكويت. 1982.
- 92- د. عبد الحي حجازي، موجز النظرية العامة للالتزام، ج1، مصادر الالتزام، المطبعة العالمية، القاهرة - مصر، 1955.
- 93- د. عبد الرحمن عياد، أساس الالتزام العقدي، المكتب العصري الحديث للطباعة والنشر، الإسكندرية- مصر، 1972.
- 94- د. عبد الرزاق احمد السنهوري، الموجز في النظرية العامة للالتزامات، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة - مصر، 1938.
- 95- د. عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الأجزاء من (1) إلى (10)، ط3 الجديدة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت - لبنان، 2005.
- 96- د. عبد الرزاق احمد السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة بالفقه الغربي، ط2 الجديدة، مطبعة الحلبي الحقوقية، بيروت - لبنان، 2002.
- 97- د. عبد الرزاق احمد السنهوري، نظرية العقد، ج1، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة - مصر، 1934.
- 98- د. عبد الرشيد مأمون، عقد العلاج الطبي - بين النظرية والتطبيق=، ط3، دار النهضة العربية، القاهرة - مصر، 1986.

- 99- د. عبد السلام التونجي، التعاقد بين الغائبين في الشريعة والقانون، ط1، المنشأة العامة للنشر والتوزيع والإعلان، طرابلس - ليبيا، 1984.
- 100- د. عبد السلام ذهني، الالتزامات، النظرية العامة، مصر، بدون سنة طبع.
- 101- د. عبد العزيز فهمي، مدونة جوستينيان في الفقه الروماني، ط1، دار الكتاب المصري، القاهرة - مصر، 1946.
- 102- د. عبد العزيز مرسى، الجوانب القانونية لمرحلة التفاوض ذو الطابع العقدي، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة - مصر، 2005.
- 103- د. عبد الفتاح عبد الباقي، التأمينات الشخصية والعينية، دار الكتاب العربي بمصر، 1950.
- 104- د. عبد الفتاح عبد الباقي، مصادر الالتزام في القانون المدني الكويتي، (1) العقد والإرادة المنفردة، دون ذكر ناشر، 1983.
- 105- د. عبد الفتاح مراد، شرح العقود التجارية والمدنية، ط1، منشورات الصريحة الثقافية، مصر، 2005.
- 106- د. عبد القادر الشخيلي، فن الصياغة القانونية - فقهاً وتشريعاً وقضاءاً - ط2 والثالثة، دار الثقافة للطباعة والنشر، عمان - الأردن، 1995.
- 107- د. عبد المجيد الحكيم وعبد الباقي البكري وطه البشير، ج1، مصادر الالتزام، جامعة بغداد، 1986.
- 108- د. عبد المجيد الحكيم، الوجيز في شرح القانون المدني، ج1، مصادر الالتزام، ط2، شركة الطبع والنشر الأهلية بغداد، 1963.
- 109- د. عبد المجيد الحكيم، الوسيط في نظرية العقد، ج1، في انعقاد العقد، شركة الطبع والنشر الأهلية، بغداد، 1967.
- 110- د. عبد المعطي خيال، النظرية العامة للالتزام، إعداد د. محمود عبد المعطي خيال، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة - مصر، 1993.
- 111- د. عبد المنعم البدر اوي، النظرية العامة للالتزامات، ج1، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، بيروت - لبنان، 1968.
- 112- د. عبد المنعم فرج أصدده، مصادر الالتزام، دراسة في القانون اللبناني والقانون المصري، دار النهضة العربية، بيروت - لبنان، 1971.
- 113- د. عبد الناصر توفيق العطار، مصادر الالتزام الإرادية في قانون المعاملات المدنية الإماراتي، ط3، العين - جامعة الإمارات، كلية القانون والشريعة، 2000.
- 114- د. عبد الودود يحيى، الموجز في النظرية العامة للالتزام، القسم الأول مصادر الالتزام، ط2، دار النهضة العربية، القاهرة - مصر، 1987.
- 115- د. عبد الودود يحيى، الموجز في عقد التأمين، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة - مصر، 1986.
- 116- د. عدنان إبراهيم السرحان و د. نوري حمد خاطر، مصادر الحقوق الشخصية، ط1، دار الثقافة للطباعة والنشر، عمان - الأردن، 2000.
- 117- د. عصمت عبد المجيد و د. صبري حمد خاطر، الحماية القانونية للملكية الفكرية، ط1، بيت الحكمة، بغداد، 2001.
- 118- د. علي الهادي يونس العطافي، نظرية الالتزامات، الجزء الأول، العقد، الشركة المصرية للطباعة والنشر، القاهرة - مصر، 1396 هـ - 1976 م.
- 119- د. علي غالب الداوودي، شرح قانون العمل، دراسة مقارنة، ط2، دار الأوائل للطباعة والنشر، عمان - الأردن، 2001.
- 120- د. غنام محمد غنام، الحماية الجنائية لأسرار الأفراد لدى الموظف العام، ط3، دار النهضة العربية، القاهرة - مصر، 1988.
- 121- د. غني حسون طه، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، مطبعة المعارف، بغداد، 1971.
- 122- فؤاد العلواني و د. عبد الجمعة موسى الربيعي، الأحكام العامة في التفاوض والتعاقد، منشورات بيت الحكمة - بغداد، 2003.
- 123- فؤاد العلواني، صيغ التحكيم في سندات الشحن ومشارطات الإيجار، دار الثقافة القانونية، بغداد، 1992.

- 124- د. فايز رضوان، عقد الترخيص التجاري، ط1 - جامعة الإمارات العربية المتحدة - كلية القانون والشرعية، 1990.
- 125- د. فتحية قرّة، نظرية الأوضاع الظاهرة وأحكام الوضع الظاهر، مطبعة المعارف بالإسكندرية، مصر، بلا سنة طبع.
- 126- فريد فتّيان، مصادر الالتزام، مطبعة العاني، بغداد، 1956.
- 127- د. فيصل زكي عبد الواحد، المسؤولية المدنية في إطار الأسرة العقدية، ط2، بدون مكان طبع، 1992.
- 128- د. فينان محمد طاهر، مشكلة نقل التكنولوجيا - دراسة لبعض الأبعاد السياسية والاجتماعية، مطابع الهيئة المصرية العامة للكتاب، القاهرة - مصر، 1986.
- 129- د. كمال قاسم ثروت، شرح أحكام عقد البيع، ط1، مطبعة دار السلام، بغداد، 1973.
- 130- المحامي حسين المؤمن، نظرية الإثبات، المحررات، الجزء الثالث، ط3، مكتبة النهضة، بيروت - بغداد، 1975.
- 131- د. محسن شفيق، اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولي للبضائع، دراسة في قانون التجارة الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة - مصر، 1988.
- 132- د. محمد السعيد رشدي، التعاقد بوسائل الاتصال الحديث مع التركيز على البيع بواسطة التلفزيون، منشورات جامعة الكويت، لجنة التأليف والترجمة والنشر، 1999.
- 133- د. محمد المرسي زهرة، بيع المباني تحت الإنشاء، دراسة مقارنة في القانون المصري والفرنسي والكويتي، ط1، 1987. بدون مكان طبع.
- 134- د. محمد المنجي، عقد البيع الابتدائي، ط1، مطبعة أطلس، القاهرة - مصر، 1983.
- 135- د. محمد بدر الدين مصطفى زايد، المفاوضات الدولية، الهيئة المصرية العامة للكتاب، القاهرة - مصر، 1991.
- 136- د. محمد حسام محمود لطفي، المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض: دراسة في القانون المصري والفرنسي، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة - مصر، 1995.
- 137- د. محمد حسنين، الوجيز في الملكية الفكرية، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1993.
- 138- د. محمد حسين عبد العال، التنظيم الاتفاقي للمفاوضات العقدية، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة - مصر، 1998.
- 139- د. محمد حسين عبد العال، ضوابط الاحتجاج والمستندات العقدية، ط2، دار النهضة العربية، القاهرة - مصر، 1998.
- 140- د. محمد سمير الشرقاوي، العقود التجارية الدولية، دراسة خاصة لعقد البيع الدولي للبضائع، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة - مصر، 1992.
- 141- د. محمد شتا أبو سعد، الشرط كوصف للتراضي في القانون المدني المقارن والشرعية الإسلامية، عالم الكتب، 1981.
- 142- د. محمد شرعان، الخطر في عقد التأمين، منشأة المعارف بالإسكندرية، مصر، بلا سنة طبع.
- 143- د. محمد شكري سرور، مسؤولية المنتج عن الأضرار التي تسببها منتجاته الخطرة، دار الفكر العربي، القاهرة - مصر، 1983.
- 144- د. محمد عبد الظاهر حسين، الجوانب القانونية للمرحلة السابقة للتعاقد، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة - مصر، 2001 - 2002.
- 145- د. محمد عبد الظاهر حسين، تحديد الأثمان في العقود الأولية. دراسة في بعض الأنظمة القانونية، مطبوعات جامعة الكويت، 1988.
- 146- د. محمد عبد الظاهر حسين، عقد التأمين، ط3، دار النهضة العربية، القاهرة - مصر، 1995.
- 147- د. محمد علي عرفة، أهم العقود الصغيرة، الكتاب الثاني، التأمين، ط2، القاهرة - مصر، 1950.
- 148- د. محمد محمد أبو زيد، المفاوضات في الإطار التعاقدية - (صورها وأحكامها)، ط2، دار النهضة العربية، القاهرة - مصر، 1995.
- 149- د. محمد نصر الدين منصور، الحماية القانونية للعقود الابتدائية في البيوع العقارية، دار النهضة العربية، القاهرة - مصر، 1989.

- 150- د. محمود المظفر، مصادر الالتزام، الجزء الأول، نظرية العقد، ط2، دار حافظ للنشر والتوزيع، الرياض – المملكة العربية السعودية، 2007.
- 151- د. محمود جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية المدنية، ج1، مطبعة جامعة القاهرة، القاهرة – مصر، 1978.
- 152- د. محمود سعد الدين شريف، شرح القانون المدني العراقي، نظرية الالتزام، ج1، مصادر الالتزام، مطبعة العاني، بغداد، 1955.
- 153- د. محمود عبد المُعطي خيال، الوعد بالعقد، ط2، دار النهضة العربية، القاهرة – مصر، عام 1994.
- 154- د. محمود محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، مطبعة جامعة القاهرة، القاهرة – مصر، 1975.
- 155- د. محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات، القسم العام، ط2، دار النهضة العربية، القاهرة – مصر، 1988.
- 156- د. محي الدين إسماعيل علم الدين، منصة التحكيم التجاري الدولي، الجزء الأول، الأحكام الصادرة في خمسين قضية دولية صدرت من محكمة التحكيم العليا بغرفة التجارة في باريس، 1968.
- 157- المستشار احمد منير فهمي، دراسة مقارنة للأئحة عقود البيع التجارية الدولية الجديدة لعام 1990، (INCOTERMS)، ط1، مجلس الغرف التجارية والصناعية، الرياض – السعودية، 1412 هـ - 1991 م.
- 158- د. مصطفى احمد عبد الجواد، خطابات النوايا الصادرة عن الغير في مجال الائتمان، ط1، دار الفكر الجامعي بالإسكندرية، مصر، 2000.
- 159- د. مصطفى ألعوجي، القاعدة القانونية في القانون المدني، ط1، مؤسسة بحسون، بيروت – لبنان، 1992.
- 160- د. مصطفى ألعوجي، القانون المدني، الجزء الأول والثاني، العقد – المسؤولية المدنية، ط3، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت – لبنان، 2003.
- 161- د. مصطفى محمد الجمل، (أصول التأمين)، عقد الضمان. دراسة مقارنة للتشريع والفقه والقضاء في ضوء الأسس الفنية للتأمين، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت – لبنان، 1999.
- 162- د. مصطفى مرعي، المسؤولية المدنية في القانون المدني المصري، ط1، مطبعة الأعشى – القاهرة، مصر، 1944.
- 163- د. منصور مصطفى منصور، المصادر الإرادية للالتزام، مذكرات على الآلة الكاتبة، الكويت، 1978 – 1988.
- 164- د. منصور مصطفى منصور، مذكرات في القانون المدني، العقود المسماة، 1957.
- 165- ميشيل بدامون، العقد في القانون الألماني ط3، بيروت – لبنان، 1993.
- 166- د. نبيل إبراهيم سعد، الضمانات غير المسماة في القانون الخاص في نطاق قانون الالتزامات وفي نطاق قانون الأموال (دراسة مقارنة)، ط1، منشأة المعارف بالإسكندرية – مصر، 1991.
- 167- د. نبيل إبراهيم سعد، نحو قانون خاص بالائتمان، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت – لبنان، 1991.
- 168- د. نزيه محمد الصادق المهدي، الالتزام قبل التعاقد بالإدلاء بالبيانات المتعلقة بالعقد وتطبيقاته على بعض أنواع العقود، ((دراسة فقهية قضائية مقارنة)) ط1، دار النهضة العربية، القاهرة – مصر، 1982.
- 169- د. نعمان محمد خليل جمعة، أركان الظاهر كمصدر للحق، معهد البحوث والدراسات العربية، المنظمة العربية للتربية والثقافة والعلوم، القاهرة – مصر، 1977.
- 170- د. نعيم عطية، التعاقد الدولي وتجهيز مشروعات التنمية، الموسوعة القانونية (رقم 4)، 1997.
- 171- د. نوري حمد خاطر، عقود المعلوماتية، دراسة في المبادئ العامة في القانون المدني، دراسة موازنة، الدار العلمية الدولية ودار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان – الأردن، 2001.
- 172- د. هاني صلاح سري الدين، المفاوضات في العقود التجارية الدولية، ط3، دار النهضة العربية، القاهرة – مصر، 1998.
- 173- د. هاني محمد دويدار، نطاق احتكار المعرفة التكنولوجية بواسطة السرية، دار الجامعة الجديدة للنشر، 1996.
- 174- د. همام محمد محمود زهران، قانون العمل، ج1، عقد العمل الفردي، ط1، منشورات زين الحقوقية، بيروت – لبنان، 2001.

175- د. وليم سليمان قلادة، التعبير عن الإرادة في القانون المدني المصري، ط4، المطبعة التجارية الحديثة، القاهرة – مصر، 1955.



## ب - الرسائل والأطاريح الجامعية

- 1- احمد سلمان شهيب، الالتزام التعاقدى بالسرية، رسالة ماجستير، جامعة النهرين – كلية الحقوق، 2005.
- 2- اشواق عبد الرسول، القيود الواردة على التراضي، رسالة ماجستير، جامعة بابل – كلية القانون، 2005.
- 3- أواز سليمان دزه يي، الالتزام بالإدلاء بالمعلومات عند التعاقد، أطروحة دكتوراه، جامعة بغداد – كلية القانون، 2000.
- 4- جابر مهنة شبل، الالتزام بالمحافظة على سر المهنة، رسالة ماجستير، جامعة بغداد – كلية القانون، 1984.
- 5- حسن حنتوش رشيد ألحساوي، التعويض القضائي في نطاق المسؤولية العقدية، رسالة ماجستير، جامعة بغداد – كلية القانون، 1989 – 1990.
- 6- حسين عبد القادر معروف، فكرة الشكلية في العقود والتصرفات، أطروحة دكتوراه، جامعة بغداد، كلية القانون، 2004.
- 7- حمزة حداد، العقود النموذجية في قانون التجارة الدولية، (دراسة في البيع الدولي للبضائع)، أطروحة دكتوراه، جامعة القاهرة – كلية الحقوق، 1975.
- 8- رافد خلف هاشم، الحماية القانونية للجينات البشرية، أطروحة دكتوراه، جامعة النهرين، كلية الحقوق، 2005.
- 9- رشيد مجيد الربيعي، مبدأ حسن النية في تنفيذ الالتزامات الدولية، رسالة ماجستير، جامعة بغداد – كلية القانون، 1983.
- 10- رومان منير زيدان حداد، حسن النية في تكوين العقد، رسالة ماجستير، جامعة آل البيت – كلية الدراسات القانونية والفقهية، عمان – الأردن، 2000.
- 11- سعد واصف، التأمين من المسؤولية في عقد النقل، أطروحة دكتوراه، جامعة القاهرة – كلية الحقوق، 1958.
- 12- سلام منعم مشعل، الحماية القانونية للمعرفة التقنية، أطروحة دكتوراه، جامعة النهرين – كلية الحقوق، 2003.
- 13- سليمان براك دايع أجميلي، المفاوضات العقدية – دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، جامعة النهرين – كلية الحقوق، 1998.
- 14- صباح عريس عبد الرؤوف الدليمي، المسؤولية المدنية الناشئة عن الإخلال بالالتزام بالسرية، رسالة ماجستير، جامعة النهرين – كلية الحقوق، 2007.
- 15- صبري حمد خاطر، التصرف في المبيع قبل تنفيذ الالتزامات الناشئة عن عقد البيع، رسالة ماجستير، جامعة بغداد – كلية القانون، 1984.
- 16- صلاح الدين جمال الدين، عقود الدولة لنقل التكنولوجيا – دراسة في إطار القانون الدولي الخاص والقانون التجاري الدولي، رسالة ماجستير جامعة عين شمس – كلية الحقوق، 1993.
- 17- عباس زبون عبيد العبودي، التعاقد عن طريق وسائل الاتصال الفوري وحجيتها في الإثبات المدني، أطروحة دكتوراه، جامعة بغداد – كلية القانون، 1994.
- 18- عبد العزيز ألشمري، اتفاقات المسؤولية المدنية – دراسة مقارنة بين قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة والقانون المصري، أطروحة دكتوراه، جامعة القاهرة، كلية الحقوق، 2000.
- 19- عبد الوهاب علي الرومي، الاستحالة وأثرها على الالتزام العقدي، دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانوني المدني، أطروحة دكتوراه، جامعة القاهرة، مصر، 1994.
- 20- عدنان إبراهيم سرحان، الأوضاع الظاهرة، ومدى حمايتها في القانون العراقي والمقارن، رسالة ماجستير، جامعة بغداد – كلية القانون، 1986.
- 21- عزة محمود احمد خليل، مشكلات المسؤولية المدنية في مواجهة فيروس الحاسب: دراسة مقارنة في القانون المدني والشريعة الإسلامية، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1994.
- 22- علاء حسين علي الجو عاني، مبدأ حسن النية في تكوين العقود، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، جامعة النهرين – كلية الحقوق، 2002.
- 23- محمد الخطيب، سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون اليمني والمصري والفقه الإسلامي، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق – جامعة عين شمس، 1992.
- 24- محمد صديق محمد عبد الله، مجلس العقد، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، جامعة الموصل، كلية القانون، 2005.

- 25- محمود الكيلاني، عقود التجارة الدولية في مجال نقل التكنولوجيا، أطروحة دكتوراه، جامعة القاهرة، مجموعة الرسائل العلمية، القاهرة - مصر، 1988.
- 26- نداء كاظم المولى، الآثار القانونية لعقود نقل التكنولوجيا، أطروحة دكتوراه، جامعة بغداد - كلية القانون، 1996.
- 27- نصيره بو جمعة سعدي، عقود نقل التكنولوجيا في مجال التبادل الدولي، أطروحة دكتوراه، جامعة الإسكندرية - كلية الحقوق، 1987.
- 28- هدى عبد الله، النظام القانوني للفترة السابقة للتعاقد في القانون اللبناني والمقارن، الجزء الأول والجزء الثاني، أطروحة دكتوراه - الجامعة اللبنانية في بيروت، 1998 - 1999.
- 29- هيلان عدنان احمد محمد الجبوري، الاتفاقات السابقة على التعاقد - دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، جامعة النهرين - كلية الحقوق، 2004.

### ت - البحوث القانونية

- 1- د. إبراهيم الدسوقي أبو الليل، تعويض تفويت الفرصة (1)، مجلة الحقوق، العدد الثاني، السنة العاشرة، يونيو، 1986.
- 2- د. إبراهيم الدسوقي أبو الليل، المفهوم القانوني لإنقاص التصرفات القانونية، مجلة الحقوق، العدد الثالث، السنة الحادية عشرة، سبتمبر، 1987.
- 3- د. إبراهيم الدسوقي أبو الليل، تعويض تفويت الفرصة (2)، مجلة الحقوق، العدد الثاني، السنة العاشرة، سبتمبر، 1986.
- 4- د. إبراهيم الدسوقي أبو الليل، مجال وشروط إنقاص التصرفات القانونية، مجلة الحقوق، العدد الثاني، السنة الحادية عشرة، يونيو، 1987.
- 5- د. أبو زيد رضوان، قانون التجارة الدولية أو القانون التجاري الدولي، دراسة لفكرة Lexmecatoria، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، للسنة 35، العدد الأول، 1993.
- 6- د. احمد السعيد الزقرد، محاولة لإنقاذ العقود من الفسخ، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، العدد الثالث، السنة الرابعة عشرة، كلية الحقوق - جامعة المنصورة، 2001.
- 7- د. احمد السعيد الزقرد، نحو نظرية عامة لصياغة العقود - دراسة مقارنة في مدى القوة الملزمة لمستندات التعاقد، مجلة الحقوق، العدد الثالث، السنة الخامسة والعشرون، سبتمبر، 2001.
- 8- د. احمد السعيد الزقرد، أسس تقدير الثمن وفقاً لنص المادة (459) من القانون المدني الكويتي المعدلة بالقانون رقم 15/1996، مجلة الحقوق، العدد الثاني، السنة الثالثة والعشرون، يونيو، 1999.
- 9- د. احمد السعيد الزقرد، الحماية القانونية من الخداع الإعلاني في القانون الكويتي والمقارن، مجلة الحقوق، العدد الرابع، السنة التاسعة عشرة، ديسمبر، 1995.
- 10- د. احمد السعيد الزقرد، حق المشتري في إعادة النظر في عقود البيع بواسطة التلفزيون (ماهية البيع بالتلفزيون - وكيفية انعقاد العقد - حق المشتري في اعاده النظر - أحكامه - طبيعته القانونية) مجلة الحقوق، العدد الثالث، السنة التاسعة عشرة، سبتمبر، 1995.
- 11- د. احمد رفعت خفاجي، الخطأ تحت ستار الحقوق في القانون المصري، مجلة المحاماة، العدد الثالث، السنة الحادية والثلاثون، 1983.
- 12- د. احمد شوقي محمد عبد الرحمن، قواعد تفسير العقد الكاشفة عن النية المشتركة للمتعاقدين ومدى تأثير قواعد الإثبات عليها، مجموعة البحوث القانونية والاقتصادية، مجلة حقوق المنصورة، جامعة المنصورة - كلية الحقوق، 1977.
- 13- د. احمد ضاعن السمدان، النظام القانوني لحماية برامج الكمبيوتر، مجلة الحقوق، العدد الرابع، السنة الحادية عشرة، ديسمبر، 1987.
- 14- د. احمد عبد الرحمن الملحم، التقييد الأفقي للمنافسة مع التركيز على اتفاق تحديد الأسعار - (دراسة تحليلية مقارنة)، مجلة الحقوق، العدد الرابع، السنة التاسعة عشرة، ديسمبر، 1995.
- 15- د. احمد عبد الرحمن الملحم، نماذج العقود ووسائل مواجهة الشروط المجحفة فيها، مجلة الحقوق، الكويت، العدد الأول، السنة السادسة عشرة، مارس، 1992.

- 16- الأستاذ فايز الحاج شاهين، المسؤولية الناشئة عن قطع المحادثات في المرحلة السابقة على التعاقد، مجلة العدل، قسم الدراسات القانونية، جامعة بيروت – كلية الحقوق، العدد (11)، السنة العاشرة، 1979.
- 17- د. اسعد الكوراني، نظرية الحوادث الطارئة في التشريع المدني للبلاد العربية، مجلة المحاماة، العدد الأول، السنة (4).
- 18- د. إسماعيل محمد المحاقري، الحماية القانونية لعديم الخبرة من الشروط التعسفية، مجلة الحقوق، العدد الرابع، السنة الثلاثون، ذو الحجة 1427هـ، ديسمبر، 2006م.
- 19- د. اكثم خولي، صياغة اتفاق التحكيم، نشرة التحكيم التجاري الخليجي، العدد(7)، ديسمبر، 1997.
- 20- د. أنور احمد الفزيع، عقد المشورة في مجال الحصول على أنظمة حاسبات إلكترونية، مجلة الحقوق، العدد الثاني، السنة الثامنة عشرة، يونيو، 1994.
- 21- د. جابر محجوب علي، قواعد أخلاقيات المهنة، مفهومها، أساس إلزامه ونطاقه، مجلة الحقوق، العدد الثاني، السنة الثانية والعشرون، يونيو، 1998.
- 22- د. جمال فاخر النكاس، حماية المستهلك وأثرها على النظرية العامة للعقد في القانون الكويتي، مجلة الحقوق، العدد الثاني، السنة الثالثة عشرة، يونيو، 1989.
- 23- د. جمال فاخر النكاس، العقود والاتفاقيات الممهدة للتعاقد وأهمية التفرقة بين العقد والاتفاق في المراحل السابقة على العقد، مجلة الحقوق، العدد الأول، السنة العشرون، مارس، 1996.
- 24- د. حسام الدين كامل الأهواني، الاتجاهات الحديثة للقضاء الكويتي في مجال تعويض الأضرار الناشئة عن العمل غير المشروع، مجلة الحقوق، العدد الأول، السنة الثانية، يناير، 1978.
- 25- د. حسام الدين كامل الأهواني، حماية حقوق الملكية الفكرية في منظمة التجارة الدولية أثارها على الاقطار العربية، مجلة دراسات وبحوث الوطن العربي، الجامعة المستنصرية، العددان (6، 7)، بغداد، 1999.
- 26- د. حسن وجيه، مقدمة في علم التفاوض الاجتماعي والسياسي، سلسلة عالم المعرفة، عدد (190)، طبعة 1994، الكويت.
- 27- د. حلمي بهجت بدوي، أثار التصرفات الباطلة، ج1، مجلة القانون والاقتصاد، كلية الحقوق جامعة القاهرة، السنة الثالثة.
- 28- د. سميحة القليوبي، تقييم شروط التعاقد والالتزام بالضمان في عقود نقل التكنولوجيا، مجلة مصر المعاصرة، العدد (406)، السنة (77)، 1986.
- 29- صابر محمد عمار المحامي، المفاوضة في عقود التجارة الالكترونية، بحث منشور على شبكة الإنترنت، في الموقع الأتي:  
[WWW.Mohamoon.Com/montada/messagedetails.Asp?P.messageid=333-15k](http://WWW.Mohamoon.Com/montada/messagedetails.Asp?P.messageid=333-15k).
- 30- د. صبري حمد خاطر، الالتزام قبل التعاقد بتقديم المعلومات، مجلة العلوم القانونية، مج (11)، العدد (1)، السنة، 1996.
- 31- د. صبري حمد خاطر، الضمانات العقدية لنقل المعلومات، مجلة جامعة النهريين، كلية الحقوق، مج(3)، العدد (3)، السنة تموز، 1999.
- 32- د. صبري حمد خاطر، قطع المفاوضات العقدية، مجلة جامعة النهريين، كلية الحقوق، مج (1)، العدد (3)، السنة، كانون الأول، 1997.
- 33- د. طالب حسن موسى، صياغة عقود التجارة الدولية، مجلة جامعة مؤتة العدد الثالث، السنة السابعة، نيسان، 2002.
- 34- د. طعمه صغفك ألشمري، أحكام المنافسة غير المشروعة في القانون الكويتي، مجلة الحقوق العدد الأول، السنة التاسعة عشرة، مارس، 1995.
- 35- د. عبد الحفيظ بلقاضي، الوثائق الرسمية ومدى جدارتها بالحماية القانونية المقررة بناء على حق المؤلف – دراسة في القانون المقارن -، مجلة الحقوق، العدد الرابع، السنة السادسة والعشرون، شوال 1423هـ، ديسمبر، 2002م.
- 36- د. عصمت عبد المجيد بكر، فكرة الإلزام القانوني بالتعاقد وتطبيقاتها في القانون العراقي، مجلة القانون المقارن، العدد (13)، السنة (9)، 1981.

- 37- د. مجيد حميد العنبيكي، إنشاء العقد في القانون الانجليزي. مجلة جامعة النهرين – كلية الحقوق، مج (3)، العدد(3)، بغداد. 1999
- 38- د. مجيد حميد العنبيكي، مبادئ المسؤولية التقصيرية في القانون الانجليزي، الجزء الأول، صور الأخطاء المدنية مجلة بيت الحكمة، دراسات قانونية، العدد الأول، السنة الرابعة، 2002م.
- 39- د. مجيد حميد العنبيكي، معالجات الإخلال بالعقد في القانون الانجليزي، مجلة جامعة النهرين، كلية الحقوق، مج(5)، العدد(7)، آذار، 2001.
- 40- د. محمد المرسي زهرة، نطاق حجية الحكم الصادر في دعوى صحة ونفاذ التعاقد – (دراسة قضائية مقارنة) –، مجلة الحقوق، العدد الثالث، السنة التاسعة، سبتمبر، 1985.
- 41- د. محمد حسام محمود لطفي ((مدى أحقية متلقي الامتياز التجاري في التعويض عن عدم تجديد عقده)) مجلة المحاماة، العددان السابع والثامن، سبتمبر – اكتوبر، سنة 1991.
- 42- د. جمال فاخر النكاس، الاتجاه الموسع للتفسير القضائي للعقود والتصرفات (دراسة في قضاء التمييز الكويتي والقانون المقارن)، مجلة الحقوق العدد الثاني، السنة الثالثة والعشرون، يونيو، 1999.
- 43- د. محمد شكري سرور، موجز أحكام عقد البيع الدولي للبضائع وفقاً لاتفاقية فينا 1980، مجلة الحقوق العدد الثالث، السنة الثامنة عشرة، سبتمبر، 1994.
- 44- د. محمد عبد الظاهر حسين، الجوانب القانونية للمرحلة السابقة على التعاقد، مجلة الحقوق، العدد الثاني، السنة الثانية والعشرون، يونيو، 1998.
- 45- د. محمد نصر الدين منصور، المفاوضات الجماعية، مركز البحوث والدراسات القانونية والتدريب المهني القانوني، كلية الحقوق – جامعة القاهرة، 1993.
- 46- د. محمد يحيى المحاسنة، مدى كفاية نظام مشروعية العقد في القانون المقارن، مجلة الحقوق، العدد الأول، السنة السابعة والعشرون، مارس، 2003.
- 47- د. منذر حسين الفضل، التعهد بنقل ملكية عقار وموقف القضاء منه، مجلة الحقوقي، يصدرها اتحاد الحقوقيين العراقيين، السنة الخامسة عشرة، العدد (1-4)، 1983.
- 48- د. نبيل محمد احمد صبيح، بعض الجوانب القانونية لبطاقات الوفاء والائتمان المصرفية، مجلة الحقوق، العدد الأول، السنة السابعة والعشرون، مارس، 2003.
- 49- د. نزيه محمد الصادق المهدي، محاولة للتوفيق بين المذهبين الشخصي والموضوعي في الالتزام، مجلة القانون والاقتصاد، العدد (1 – 4)، السنة (2)، 1976.
- 50- د. الهادي السعيد عرفه، حسن النية في العقود التجارية في الشريعة الإسلامية والقانون المدني، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، العدد (1)، السنة (1)، 1986.
- 51- د. هاني صلاح سري الدين، الدليل القانوني للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي بشأن صياغة العقود الدولية لتشييد المنشآت الصناعية، مجلة الأحكام، عن مكتب المحامي علي الشلقاني، القاهرة – مصر، 1991.
- 52- د. هاني صلاح سري الدين، المفاوضات في العقود التجارية الدولية – دراسة مقارنة في القانونين المصري والإنجليزي، مجلة اتحاد الجامعات العربية للدراسات والبحوث القانونية، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، العدد الرابع، تشرين الأول، اكتوبر، 1996.
- 53- د. يزيد أنيس نصير، الارتباط بين الإيجاب والقبول في القانون الأردني والمقارن، مجلة الحقوق، العدد الثالث، السنة السابعة والعشرون، سبتمبر، 2003.
- 54- د. يزيد أنيس نصير، التطابق بين القبول والإيجاب في القانون الأردني والمقارن، مجلة الحقوق، العدد الرابع، السنة السابعة والعشرون، ديسمبر، 2003.
- 55- د. يزيد أنيس نصير، مرحلة ما قبل إبرام العقد – دراسة مقارنة، الجزء الأول والثاني، مجلة المنارة للدراسات القانونية، جامعة آل البيت مج(7)، العدد(3) السنة، تشرين الأول، 2001.

56- د. يعقوب يوسف صرخوه، خطاب الضمان المصرفي في القانون التجاري الكويتي، مجلة الحقوق، العدد الثالث، السنة السابعة عشرة، سبتمبر، 1993.

### ث: المجلات والدوريات والنشرات.

- 1- مجلة الحقوق، مجلس النشر العلمي - جامعة الكويت، 1977 - 2007.
- 2- مجلة جامعة النهريين - كلية الحقوق، 1996 - 1999.
- 3- مجلة بيت الحكمة - دراسات قانونية - مجلة فصلية علمية محكمة يصدرها قسم الدراسات القانونية في بيت الحكمة، بغداد، 2002.
- 4- مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، تصدرها كلية الحقوق في جامعة الإسكندرية، مصر، 1986.
- 5- مجلة القانون والاقتصاد، مجلة نصف سنوية تصدر عن جامعة القاهرة - كلية الحقوق، 1976.
- 6- مجلة الحقوق، مجلة قانونية يصدرها اتحاد الحقوقيين العراقيين، 1983.
- 7- مجلة دراسات وبحوث الوطن العربي، مجلة فصلية تصدر عن الجامعة المستنصرية، بغداد، 1999.
- 8- مجلة اتحاد الجامعات العربية للدراسات والبحوث القانونية، مجلة عملية محكمة تستضيفها وتصدرها، كلية الحقوق - جامعة القاهرة، نصف سنوية، 1996.
- 9- مجلة العدل اللبنانية - تصدر عن جامعة بيروت، كلية الحقوق، قسم الدراسات القانونية، 1979.
- 10- مجلة المحاماة، مجلة تعنى بالدراسات القانونية - صادرة من اتحاد المحامين العرب في مصر، القاهرة، 1977 - 1991.
- 11- مجلة مصر المعاصرة، تصدر عن الجمعية المصرية للاقتصاد السياسي والإحصاء والتشريع، القاهرة - مصر، 1986.
- 12- مجلة جامعة مؤتة، مجلة نصف سنوية تصدر عن المجمع العلمي في جامعة مؤتة، 2002.
- 13- مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، تصدر عن كلية القانون والسياسة، جامعة بغداد، 1986.
- 14- مجلة القضاء، تصدر عن نقابة المحامين العراقيين، مطبعة العاني، بغداد، 1968 - 1983.
- 15- مجلة المنارة، مجلة قانونية تصدر عن قسم الدراسات القانونية في جامعة آل البيت - كلية الحقوق، الأردن - عمان، 2001.
- 16- مجلة القانون المقارن، مجلة قانونية تصدر عن جمعية القانون المقارن العراقية، بغداد، (1980).
- 17- مجلة حقوق المنصورة، مجموعة البحوث القانونية والاقتصادية، جامعة المنصورة - كلية الحقوق، مصر، (1977).
- 18- نشرة التحكيم التجاري الخليجي، دبي - الإمارات العربية المتحدة (1997).
- 19- المجلة المصرية للقانون الدولي، تصدرها الجمعية المصرية للقانون الدولي، القاهرة - مصر، (1997).
- 20- الأصول والأعراف الموحدة للاعتمادات المستندية، غرفة التجارة الدولية، نشرتها رقم (400) ونشرتها رقم (500) المعدلة، (1993).
- 21- مجلة الشريعة والقانون، مجلة تعنى بالدراسات القانونية والشرعية - تصدرها جامعة الإمارات العربية المتحدة - كلية الشريعة والقانون، (1988).
- 22- مجلة الأحكام، مجلة قانونية تصدر عن مكتب المحامي علي الشلقاني، للاستشارات القانونية، القاهرة - مصر، (1991).
- 23- حولية كلية الشريعة والقانون والدراسات الإسلامية - جامعة قطر، ع(16)، (1998).

### ج - المقالات والتقارير والمؤتمرات.

- 1- د. احمد عبد الكريم سلامة، ((الإنترنت والقانون الدولي الخاص، فراق أم تلاق؟)) تقرير مقدم إلى مؤتمر ((القانون والكمبيوتر والإنترنت)) الذي نظمته كلية الشريعة والقانون بجامعة الإمارات العربية المتحدة، في الفترة من 1-3، مايو، 2000.
- 2- احمد يوسف خلاوي، الصياغة القانونية لوثائق التحكيم في منازعات التجارة الدولية، العدد الرابع، الرياض - السعودية، 2003.

3- الأستاذ صالح عصفور، دراسات في التفاوض التجاري الدولي، مقال منشور على شبكة الانترنت في الموقع الآتي:

[WWW. Studoeis in international laws/ Asfoor. Com.-](http://WWW.Studoeis.in.international.laws/Asfoor.Com)

4- أشرف محفوظ، صياغة العقود ومستنداتها، مقال منشور على شبكة الانترنت في موقع، مركز القوانين العربية، الآتي:

[WWW. Arblaws. Com.-](http://WWW.Arblaws.Com)

5- د. أمية علوان، ملاحظات حول القانون الواجب التطبيق على المسؤولية قبل التعاقدية عن قطع المفاوضات في العقود الدولية، تقرير مقدم إلى الأنظمة التعاقدية للقانون المدني ومقتضيات التجارة الدولية، معهد قانون الأعمال الدولي، كلية الحقوق – جامعة القاهرة – مصر (2-3 يناير 1993).

6- د. حسام الدين الأهواني، المفاوضات في الفترة قبل التعاقدية ومراحل إعداد العقد الدولي – تقرير مُقدم إلى ندوة الأنظمة التعاقدية للقانون المدني ومقتضيات التجارة الدولية، معهد قانون الأعمال الدولي – كلية الحقوق – جامعة القاهرة – مصر، (2 – 3 يناير 1993).

7- مجموعة التقارير التي قُدمتها الفقهاء من فرنسا وسويسرا – في مؤتمر جمعية أصدقاء هنري كابيتان – بعنوان حماية المستهلك – يوميات كندا، 1973.

8- د. محمد حسام محمود لطفي، استخدام وسائل الاتصال الحديثة في التفاوض على العقود وإبرامها، تقرير مقدم إلى المؤتمر السنوي للقانون – جامعة القاهرة، 1991.

#### ح - المحاضرات.

1- د. احمد السعيد الزقرد، البيع الدولي للبضائع في اتفاقية فيينا، 1980، محاضرة للطلاب المتدربين بالدورات التدريبية بكلية الحقوق – جامعة الكويت، 1995.

2- د. فتحي عبد الرحيم عبد الله، محاربة الغش في الأعمال القانونية، خلاصة محاضرات منشورة في مجلة الشريعة والقانون، كلية الشريعة والقانون – جامعة الإمارات العربية المتحدة، العدد (2)، السنة (3)، 1988.

3- د. ميري كاظم عبيد الخيگاني، حسن النية في تكوين العقد، مجموعة محاضرات أُلقيت على طلبة الدراسات العليا – قسم القانون الخاص، في كلية القانون – جامعة بابل، للعام 2005 – 2006.

**خ - القوانين والأنظمة والتعليمات**

- 1- القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1951.
- 2- القانون المدني المصري رقم (131) لسنة 1949.
- 3- قانون الموجبات والعقود اللبناني لسنة 1932.
- 4- القانون المدني الأردني رقم (43) لسنة 1976.
- 5- القانون المدني السوري رقم (84) لسنة 1949.
- 6- قانون الالتزامات والعقود المغربي رقم (364) لسنة 1965.
- 7- القانون المدني اليمني رقم (19) لسنة 1992.
- 8- القانون المدني الكويتي رقم (67) لسنة 1980.
- 9- القانون المدني الجزائري لسنة 1975.
- 10- مجلة الالتزامات والعقود التونسية لسنة 1906.
- 11- القانون المدني الليبي لسنة 1953.
- 12- القانون المدني الفرنسي لسنة 1804.
- 13- القانون المدني الايطالي لسنة 1942.
- 14- القانون المدني الألماني لسنة 1896.
- 15- القانون المدني السوداني لسنة 1971.
- 16- مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري/ ج.2.
- 17- المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الأردني، ج.1.
- 18- قانون المعاملات المدنية الإماراتية رقم (5) لسنة 1985.
- 19- قانون الشركات العراقي رقم (21) لسنة 1997.
- 20- قانون التجارة العراقي رقم (30) لسنة 1984.
- 21- قانون التجارة المصري رقم (17) لسنة 1999.
- 22- قانون المرافعات العراقي رقم (83) لسنة 1969.
- 23- قانون الإثبات العراقي رقم (107) لسنة 1979.
- 24- قانون العقوبات العراقي رقم (111) لسنة 1969.
- 25- قانون العقوبات المصري رقم (58) لسنة 1937.
- 26- قانون العمل العراقي رقم (71) لسنة 1987.
- 27- قانون الإثبات الكويتي رقم (39) لسنة 1980.
- 28- قانون العمل الموحد المصري رقم (12) لسنة 2003.
- 29- مدونة الضرائب الفرنسية، معدلة بقانون التمويل الصادر في 9 / 12 / 1963.
- 30- قانون عقد القرض الممهد لشراء العقار، الفرنسي الصادر في 13 / 7 / 1979.
- 31- قانون عقد الحجز الواقع على عقار (تحت التشييد أو الترميم) الفرنسي الصادر في 1967.
- 32- قانون الإجراءات الفرنسي، رقم (500) لسنة 1981.
- 33- قانون الاستهلاك العام الفرنسي، ط2، 1986.
- 34- قانون بيع البضائع الإنجليزي، لعام 1979.
- 35- قانون بنود العقد المجعفة الإنجليزي الصادر في عام 1977.
- 36- مدونة قانون التجارة الموحد للولايات المتحدة الأمريكية لعام، 1969.
- 37- قانون الملكية الفرنسي، لسنة 1994.
- 38- قانون العقوبات الفرنسي لسنة 1944.
- 39- قانون المحاماة العراقي رقم (173) لسنة 1965.

- 40- قانون المحاماة النظاميين الأردني رقم (11) لسنة 1965.
- 41- قانون العمل الأردني رقم (8) لسنة 1996.
- 42- قانون البيئات الأردني رقم (30) لسنة 1952.
- 43- قانون البيئات الفلسطيني رقم (3) لسنة 1947.
- 44- قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية المصري رقم (25) لسنة 1968.
- 45- قانون البيئات السوري لسنة 1974.
- 46- قانون أصول المحاكمات اللبناني الصادر في 16 / 3 / 1983.
- 47- القانون المدني اليوناني لسنة 1946.
- 48- القانون المدني النمساوي لسنة 1948.
- 49- القانون المدني البلجيكي لسنة 1942.
- 50- قانون الالتزامات السويسري لسنة 1881.
- 51- القانون الروماني/ المرسوم الخاص بإنشاء وتنظيم وإدارة الشركات المختلطة في جمهورية رومانيا الاشتراكية، الصادر في عام 1972.
- 52- قانون المنافسة غير المشروعة والأسرار التجارية الأردني رقم (15) لسنة 2000.
- 53- قانون الالتزامات التركي لسنة 1926.
- 54- قانون الالتزامات البولوني لسنة 1933.
- 55- القانون المدني الياباني لسنة 1986.
- 56- القانون المدني البرازيلي لسنة 1916.
- 57- القانون المدني البرتغالي 1867.
- 58- قرار مجلس قيادة الثورة. (المنحل). رقم (1198). في 11/2 / 1977، منشور في جريدة الوقائع العراقية، العدد (2621)، في 14 / 11 / 1977، وتعديلاته.

#### د - المواثيق والاتفاقيات الدولية:

- 1- الدليل القانوني للجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولية بشأن صياغة العقود الدولية، لتشييد المنشآت الصناعية، عام (1988)، النسخة العربية.
- 2- الوثائق الصادرة عن الأمم المتحدة المسماة:
  - \* مرشد تحرير العقد الدولي للاستشارات الهندسية والمساعدة الفنية لعام 1983. (فقرة 124).
  - \* مرشد تحرير العقود الدولية بين مجموعة الشركات لانجاز مشروع محدد (فقرة 18).
  - \* مرشد تحرير العقود الدولية للتعاقد الصناعي لعام 1976. (فقرة 13).
- 3- المبادئ المتعلقة بعقود التجارة الدولية التي أقرها المعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص بروما عام 1994.
- 4- اتفاقية المبادئ الأوروبية بخصوص العقد والتعاقد عام 1998.
- 5- اتفاقية البيع الدولي للبضائع (فيينا) لعام 1980.
- 6- اتفاقية السوق الأوروبية المشتركة (روما 1952) المادة (85).
- ذ - الأحكام والقرارات القضائية:

- 1- إبراهيم ألمشاهدي، المختار من قضاء التمييز - قسم القانون المدني والقوانين الخاصة، ج4، مطبعة الزمان، بغداد، 1421هـ - 2000م.
- 2- مجموعة الأحكام العنلية الأعداد (1-5) مطبعة العمال المركزية، بغداد، 1988.
- 3- النشرة القضائية، تصدر عن المكتب الفني بمحكمة التمييز العراقية، الأعداد (3 - 4) 1975، السنة الرابعة والخامسة.
- 4- المحامي هادي عزيز علي، التطبيقات القضائية في قضاء محكمة استئناف بغداد بصفتها التمييزية، (1)، تطبيقات قضائية لأحكام قرار مجلس قيادة الثورة (المنحل) ذي الرقم 1198، الصادر سنة 1977، المعدل، مطبعة الخليج العربي، بغداد، 1998.

- 5- المستشار أنور طلبية، القانون المدني مُعلقاً على نصوصه بآراء الفقه وأحكام القضاء، ج1، ط1، 1975.
- 6- فتحية قرّة، موسوعة قضاء النقض في المنازعات التجارية والبحرية والضرائب، منشأة المعارف بالإسكندرية، مصر، 1987.
- 7- مجموعة المكتب الفني لأحكام محكمة النقض المصرية، ابتداء من سنة 1951، ولحد الآن.
- 8- مجموعة أحكام النقض المصرية – محكمة النقض – المطبعة الأميرية الفرعية بدار القضاء العالي، الزرقاء – الأردن، ط 1975.
- 9- مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة النقض والإبرام في مصر. في المواد المدنية ج3 – 4، دار النشر للجامعات المصرية، 1973.
- 10- مجموعة القواعد القانونية – مجموعة عمر – تضم الأحكام التي قررتها محكمة النقض المصرية من 12 / 11 / 1931 لغاية 9 / 6 / 1946، جمع وترتيب الأستاذ، محمود عمر، في خمس مجلدات، دون سنة ومكان طبع.
- 11- حسن الفكهاني، الموسوعة الذهبية، الدار العربية للموسوعات، الإصدار المدني، ج4، 1980 – 1989.
- 12- سعيد شعله، مجموعة قرارات الطعن الصادرة من محكمة النقض المصرية للفترة 1957 – 1986، دار الولاء للطبع والتوزيع، طبعة (2)، 1989.
- 13- مجموعة مركز تصنيف الأحكام القضائية – لمحكمة الاستئناف العليا الكويتية – كلية الحقوق، تحت الرقم 24، سنة 1989.
- 14- مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة التمييز الكويتية، المجلد الثاني، يونيه، سنة 1996.
- 15- النشرة القضائية لمجموعة قرارات محكمة استئناف بيروت للسنوات 1955 – 1970.
- 16- موسوعة الدكتور إلياس ناصيف، العقود المدنية والتجارية، النشرة القضائية لسنة 1947.
- 17- مجموعة حاتم لأحكام محكمة استئناف بيروت والمحاكم الابتدائية للسنوات 1989 – 1992.
- 18- مجموعة باز لقرارات محكمة التمييز اللبنانية للسنوات 1983 – 1985.
- 19- مجلة المحامون الأردنية، تصدر عن نقابة المحامين الأردنية، العدد الخامس والسادس، السنة (58)، 1993.
- 20- مجلة العدل اللبنانية، العدد (2)، السنة التاسعة، ج2، 1997.
- 21- مجلة القضاة اللبنانية، السنة (22)، العدد (1)، 1989.
- 22- مجلة القضاء والقانون الكويتية، العدد الأول، السنة (14)، مايو، 1993.
- 23- مجلة القضاء والتشريع الإماراتية، دبي، العدد (27)، السنة الأولى، 1991.
- 24- مصنف الاجتهاد الدوري، لأحكام وقرارات المحاكم الفرنسية، دالوز، 1980 – 1991.
- 25- القرارات القضائية الصادرة من محكمة التمييز العراقية (غير المنشورة).

## ثانياً: المصادر باللغة الأجنبية.

## - المراجع باللغات الأجنبية

## - ouvrages generaux:

- 1- Bonassies, formation of contract, new york (1958).
- 2- Benabent (A) Droit civil, les obligations/ 6 em ed. 1997.
- 3- Bcngel (p) traite des obligations en droit Suisse, 1973.
- 4- Carbonnier (J) les obligations/ 13 ed/ 1988.
- 5- Chitty, on contracts – vol – general prinaples 27 th ed. 1994.
- 6- David (R) les contrats en droit anglais/ I.G.D.J. 1973.
- 7- Flour – L.J.L. Aubert, Droit civil/ les obligations n – l – L. actejuridique –5 emcd. 1993.
- 8- Ghestin (J) Droit civil, la formations du contrat, 3em ed – 1993.
- 9- Larroumet, Droit civil, les obligations/ 2em. Ed. 1997.
- 10- Malaurie et aynes, les contrats speciaux, 1997.
- 11- Mousseron (M) Teshnique contractuelle/ 1988.
- 12- Schmidt (J) Droit des contrats/ 5em ed 1989.

## - Jurisprudence

## - (الأحكام القضائية)

- cass – civ 24 – 2 – 1958. J.C.P. 1958: 2- 1086 – note carbonnier.
- \* parid lre ch. A. 28 sept. 1976. J.C.P 1978. II. 19910 obs. Robert (J).
- \* chamber commerciale 3 mai 1979 Bull. Civ. Iv. No 137 p. 108.
- cov 27 fev. 1985. II no 52 p.36.
- comm. Bruxelles. 13 ch.24 Juon 1985.J.T. du 12 Avril 1986 p.p. 236 – 240.
- Versailles 12 eme 21 Mai 1986 D. 1987. note Huet.
- comm. Bruxelles 16 eme ch. 3 fev. 1988. J.T.24 sept. 1988.pp. 516 – 517.
- cass. Com .23 mai 1989.J.C.P. 1989.E.1.?
- \* civ. 17 nov. 1993.J.C.P 1994.II22283 note H.perine marquet.
- \* cass. Soc. 1994 Bull.civ. IVno 2p. 55.
- \* cass – comm. 22fev – 1994 Bull. Civ Iv. N79 p.61.

## - قائمة المختصرات

E- Ann. Fac. Droit. :Annales de la Faculte de Droit.

- Art. :Article.
- Bull. Civ. :Bulletin des arrest de la chambere civile de la cour de cassation.
- C.Civ. :code civil.
- C.C.I. : chamber de commerce internationale.
- Cass. Soc. (soc) :cour de cassation – chamber sociale.
- Cass. Civ. (civ). : cour de cassation – chamber civile.
- Chron : chronique.
- Clunet : Journal de droit international.
- D. ou DS. : Recueil Dalloz.
- Doct. : Doctrine.
- D.P.C.I. : Drot et pratique de comer ce international.
- Ed. : Edition.
- Gaz. Pal :Gazette du palais.
- Intra : Ci – dessous.
- IR. (info – rap.) : Informations rapides.
- J.C.P.ed.G. : semaine Juridique ed Generale.
- J.C.P.ed.E. : semaine Juridique ed. Entreprise.
- Jurisp. Soc. : Jurisprudence sociale.
- L.G.D.J. : Librairie general de droit et de Jurisprudence.
- N. :Numero.
- Op. Cit. (precite): Opere ciato dans louverage cite.
- paris (ou autre ville): Aret rendu par la cour dapple de cette ville.
- p. : page.
- Rev. Arb. : Revue de larbitrage.
- S. : Sommaire.
- Somm. Comm. : Sommaire comments.
- Supra. : Ci – dessus.
- Trib. Gr. Inst. (T.G.I.): Tribunal de Grande Instanve.
- V. : Voyez.

# *EFFECT THE LEGALITY CONSTRUCTION IN THE BINDING FORCE OF PRE-CONTRACT DOCUMENTS*

*Comparison Study*

## **Abstract**

The content of the research in "Effect The Legality Construction in The Binding Force of Pre-contract Documents" is divided into an introduction dealing with the reason the research was chosen and the range of the research subject and finally the plan of the research subject and study.

Determining the nature of the binding force of pre-contract documents issued by one of the contractors or all of them during their endeavor to make a contract and before signing the final form, arouses the first matter which is necessary to be illustrated through the legal definition of these documents and determining the legal concepts (elaborated- abbreviated) of its terms. The knowing the principles of legal formations which must be organized carefully for the later significant effect in determining its obligation, and to avoid dispute which is likely to happen over it and its reflects in the stage of signing the contracts and implementing them as a result of defected formation.

The different forms that these issues could take according to the issuer or the issuers. (the statements agreements) needs to be dealt with whether through jurisprudential opinions or legal independent judgment or preparing the legal texts for it.

The determination of the basis of the binding force of pre-contract documents reveals the second issue which must be dealt with where it does not depend only on two major basis which are many

theories were based on that was used in rooting the legal obligation element for obligations in the documents and records for pre-contact stage.

By that, the base of contracting with its traditional theories (the theory of real contract and assumed contract) and its modern theories (the theory of partial contract and the temporary contract) was the first foundation which was discussed. While the legal foundation with its traditional theories (illegal work theory and responsibility of default and the theory of single will) and its modern theories (the concept of good will and the theory of legal formation) the second matter.

While the last question within the range of this research reveals the binding force of the pre-contract contracting documents. This is obvious in reviewing the most important legal commitments of one of the contractors or all of them or even others because of signing on these documents and dealing with it positively or taking a negative attitude to implement that. And to ensure the later, it is necessary to discuss the civil responsibility, the second aspect to study those subjects, through dealing with the nature of civil penalty in case the responsibility was indicated and the degree to which its effect matches until reaching a prologue including number of results and suggestions and recommendations we reached through the subject of the research.

## الفصل الأول

### ماهية الصياغة القانونية للقوة الملزمة لمستندات قبل التعاقد

إن استكناه ماهية الأثر القانوني الملزم الذي يترتب - وفقا للتجسيد الملموس - ( الصياغة القانونية) لما يتبادله الأطراف من محررات ومستندات في مرحلة ما قبل التعاقد وتحت اشكال ومسميات متعددة يقتضي بنا أن نخصص المبحث الأول في التمهيد لمستندات قبل التعاقد، للإحاطة الوجيزة بهذه الصور المادية للإرادات التعاقدية، عن طريق تعيين المفردات التي تستوعبها، من خلال التعريف بها واستعراض ما طرح حول تحديد هويتها من أنظمة مضيق وأخرى موسعة لمدى مفاهيمها القانونية، ثم التطرق الموجز لأصول صياغاتها القانونية من شروط يستلزم توافرها وطرق يجب إتباعها وأثر هذه الشروط والطرق في القوة التعاقدية الملزمة لها<sup>(1)</sup>.

بالإضافة إلى بحث الأشكال المختلفة التي يمكن أن تتخذها هذه المستندات وفقا لصياغاتها القانونية، سواء جاءت على شكل خطاب موقع عليه من احد الأطراف يصدره إلى الطرف المقابل له، أم اتخذت صورة اتفاق مهور بتوقيع جميع الأطراف<sup>(2)</sup>. ثم نخرج في المبحث الثاني على الشق الآخر من موضوع البحث، وهو تحديد فكرة القوة الملزمة لمستندات قبل التعاقد - تبعاً للصياغة القانونية - من خلال بحث مداها الإلزامي والمجال الذي يمتد إليه، سواء كان ذلك عند التقرير بالقيمة المعنوية لها (غير الملزمة) والتي تثبت لها في المجال الأخلاقي، أو عندما تفرض القيمة القانونية عليها (الملزمة) والتي تثبت لها في المجال القانوني. كذلك لا تقوتنا - أخيراً - الإشارة إلى القيود التي تحد من القوة الملزمة لهذه الوثائق والمستندات، سواء كانت هذه القيود طوعاً لإرادة منظمها أم فرضاً بقوة القانون، مع استظهار اثر الصياغة القانونية في كل ذلك أيضاً<sup>(3)</sup>.

(1) انظر: د. احمد شرف الدين، أصول الصياغة القانونية للعقود (تصميم العقد)، ط2، دار النهضة العربية، القاهرة - مصر، (1993)، ص43.

(2) انظر: د. هاني صلاح سري الدين، "المفاوضات في العقود التجارية الدولية"- دراسة مقارنة -، بحث منشور في مجلة اتحاد الجامعات العربية للدراسات والبحوث القانونية، كلية الحقوق - جامعة القاهرة، مصر، العدد الرابع، (1996)، ص103.

(3) انظر: د. احمد السعيد الزقرد، "نحو نظرية عامة لصياغة العقود، دراسة مقارنة في مدى القوة الملزمة لمستندات التعاقد"، بحث منشور في مجلة الحقوق، الكويت، العدد الثالث، السنة الخامسة والعشرون، (2001)، ص226.

## المبحث الأول

### التعريف بمستندات قبل التعاقد

انجر التباين بين مواقف الأنظمة القانونية المختلفة حول كيفية انعقاد العقد إلى تحديد الهوية القانونية للمستندات السابقة عليه<sup>(1)</sup>.

ففي الوقت الذي يعترف فيه الاتجاه اللاتيني بالصفة التعاقدية للوثائق والمستندات قبل التعاقدية، ويستطرد البحث فيها كعقود تمهيدية (تمهد للعقد النهائي)، ويستعرض أهم تطبيقاتها في تشريعاته المدنية (الوعد بالتعاقد - الاتفاق الابتدائي) بالإضافة إلى التطبيقات المختلفة لها في القوانين الخاصة<sup>(2)</sup>. يتردد الاتجاه الانجلوسكسوني في إسباغ التكييف التعاقدي لمستندات قبل التعاقد، فالقوانين التي تنتمي إلى هذا النظام ترفض الولوج إلى المنطقة العقدية ما دام طرفا المعاملة ما زالوا في مرحلة المساومة، فتعد المستندات والوثائق السابقة على العقد المنشود مجرد أعمال تحضيرية واستعدادات مادية للدخول في علاقة تعاقدية لم تكتمل عناصرها القانونية بعد، على نحو لا يمكن التسليم بإلزامها قانوناً<sup>(3)</sup>. ومن ذلك نقسم هذا المبحث على ثلاثة مطالب، نطرح في المطلب الأول منها مفهوم مستندات قبل التعاقد، ثم نحيط في المطلب الثاني بأصول صياغاتها القانونية، فيما يكون المطلب الثالث منصباً على أهم الأشكال التي يمكن أن تصدر أو توقع بها تلك المستندات والوثائق، وهو ما نعرضه تباعاً.

## المطلب الأول

### مفهوم مستندات قبل التعاقد

(1) للمقارنة بين اتجاهات الأنظمة القانونية من لحظة انعقاد العقد وشروطه، انظر: د. يزيد أنيس نصير، "التطابق بين القبول والإيجاب في القانون الأردني والمقارن"، بحث منشور في مجلة الحقوق، الكويت، العدد الرابع، السنة السابعة والعشرون، ذو القعدة - ديسمبر 1424هـ/2003م)، ص39؛ د. محمد محمد أبو زيد، المفاوضات في الإطار التعاقدي (صورها وأحكامها)، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة - مصر، ص7؛ د. حسام الدين الاهواني، النظرية العامة للالتزام، ج1، مصادر الالتزام، ط2، (1995)، ص77.

(2) Christian Larroumet. Droit civil. Tome III EConomica, 1990, p. 264.

نقلا عن: د. مصطفى العوجي، القانون المدني، ج1، نظرية العقد، ط3، بيروت، لبنان، مطبعة الحلبي الحقوقية، (2003)، ص204.

(3) انظر: د. حمدي عبد الرحمن، مصادر الالتزام، ج1، نظرية العقد، (1994)، ص126؛ د. محمود السيد عبد المعطي خيال، النظرية العامة للالتزام، ط2، (1993)، رقم (90)، ص122. ومن الفقه الغربي المقارن انظر:

William Fox, Internatational commercial Agreement khuwer law public, p.113.

نقلا عن: د. عبد المجيد العنبيكي، "قانون العقد في النظام الانكليزي"، بحث منشور في مجلة جامعة النهريين، مج3، العدد 3، بغداد، (1999)، ص73.

B. Lake, letters of Intent: a comparative examination English, us, French and west German law the George washington Journal of International law and Economics, 1984, p. 332.

نقلا عن: د. احمد شرف الدين، أصول الصياغة القانونية...، المصدر السابق، ص63؛ كذلك: د. احمد الزقرد، نحو نظرية عامة...، المصدر السابق، ص235.

لم يزل باب الجدل مفتوحاً على مصراعيه حول تحديد مفهوم قانوني معين للوثائق والمحركات التي ينظمها أو يوقعها الأطراف في المرحلة السابقة على إبرام العقد النهائي<sup>(1)</sup>. ففي الوقت الذي ضيق به جانب من الفقه القانوني التقليدي مفهوم هذه المستندات وقصرها على المحركات المثبتة للعقود التمهيدية التي نصت عليها التشريعات المدنية، أو تلك التي بقيت حبيسة النصوص القانونية الخاصة<sup>(2)</sup>.

أسبغ الفقه القانوني الحديث وصف مستندات قبل التعاقد على جميع الوثائق والمستندات التي تسبق المساحة الزمنية لانعقاد العقد النهائي، سواء أكانت هذه المحركات صادرة من أحد الأطراف إلى الآخر تحمل في ثناياها النية التعاقدية لذلك الطرف المصدر<sup>(3)</sup>، أم تظمان الطرف الآخر وتسوقه إلى العملية التفاوضية بعد وصول هذه التعهدات والضمانات التعاقدية إليه ممهورة بتوقيع مصوّها<sup>(4)</sup>، أو كانت تلك المحركات وليدة اتفاق ثنائي أو متعدد الأطراف يتم تنظيمه فيما بينهم أثناء التفاوض أو بعده حول العقد المزمع إبرامه، والتي اصطلاح الفقه القانوني الحديث على تسميتها بـ(شبه العقود)، تارة (وعقود ما قبل العقد) تارة أخرى<sup>(5)</sup>، ومن ذلك قسم هذا المطلب إلى فرعين، نتناول في الأول منها المفهوم الضيق لمستندات قبل التعاقد، ونستعرض في الثاني المفهوم الواسع لها.

## الفرع الأول

### المفهوم الضيق لمستندات قبل التعاقد

انصرف المفهوم الضيق لمستندات قبل التعاقد الذي تبناه الفقه القانوني التقليدي، إلى المحركات التي يتم تبادلها بين الأطراف في المرحلة الممهدة للتعاقد، كعقود تمهيدية تستلزم توافر الأركان العامة للعقد كي يتم انعقادها<sup>(6)</sup>، حيث استقر

(1) حيث تتباين هذه الأوضاع المادية (مستندات ما قبل التعاقد) بتباين العقود ذاتها ومراحل التطور التي طرأت على جوانبها القانونية المختلفة. للتفاصيل: انظر: د. نبيل إبراهيم سعد، الضمانات غير المسماة في القانون الخاص في نطاق قانون الالتزامات وفي نطاق قانون الأموال، (دراسة مقارنة)، ط1، منشأة المعارف، الإسكندرية - مصر، (1991)، ص147؛ د. محمد عبد الظاهر حسين، "الجوانب القانونية للمرحلة السابقة للتعاقد"، بحث منشور في مجلة الحقوق، السنة الثانية والعشرون، العدد الثاني يونيو (1998)، ص728؛ د. هاني صلاح سري الدين، "المفاوضات في العقود التجارية الدولية" المصدر السابق، ص103؛ وفي استعراض بعض المفاهيم القانونية لمستندات ووثائق ما قبل التعاقد في الأنظمة الغربية المقارنة. انظر: د. احمد الزقرد، "نحو نظرية عامة"، المصدر السابق، ص23؛ د. محمد حسام محمود لطفي، المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض، دراسة مقارنة في القانونين المصري والفرنسي، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة - مصر، (1995)، ص7-6.

(2) انظر: د. عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، مج1، ج1، مصادر الالتزام، ط3 الجديدة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان، (2005)، ف132 ص266؛ د. سليمان مرقس، مصادر الالتزام، (1960)، ف110، ص142؛ د. أنور سلطان، النظرية العامة للالتزام، ج1، مصادر الالتزام ف97، ص115؛ د. عبد الحي حجازي، مصادر الالتزام، ص377؛ د. عبد المنعم فرج الصدة، مصادر الالتزام ف104، ص129؛ د. جلال ألدوي، مبادئ الالتزامات، ص152؛ د. عبد الفتاح مراد، شرح العقود التجارية والمدنية، ط2، دار الصريحة الثقافية، القاهرة - مصر، (2005)، ص17.

(3) انظر: د. مصطفى محمد الجمال، السعي إلى التعاقد في القانون المقارن، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت - لبنان، (2002)، ص233؛ د. محمد محمد أبو زيد، المفاوضات في الإطار التعاقدية، المصدر السابق، ص3؛ مصطفى العوجي، القانون المدني، المصدر السابق، ص162؛ د. هدى عبد الله، النظام القانوني للفترة السابقة للتعاقد في القانون اللبناني والقانون المقارن، ج1، أطروحة دكتوراه، الجامعة اللبنانية، بيروت - لبنان، (1998-1999)، ص348.

(4) انظر: د. مصطفى احمد عبد الجواد، خطابات النوايا الصادرة عن الغير في مجال الائتمان، ط1، دار الفكر الجامعي بالإسكندرية - مصر، (2000)، ص7 والمصادر المشار إليها في هـ1-2، ص9.

(5) انظر: د. : د. احمد الزقرد، "نحو نظرية عامة"، المصدر السابق، ص279؛ احمد شرف الدين، أصول الصياغة القانونية للعقد، المصدر السابق، ص65؛ د. محمد إبراهيم دسوقي، الجوانب القانونية في إدارة المفاوضات وإبرام العقود، ط1، معهد الإدارة العامة، الرياض - السعودية، ص116.

(6) F. Collart Dutilleul; Des contrats pre paratoires a la vente de Limmeuble; Paris. 1988, p. 262 ets.

الرأي في الفقه الفرنسي الكلاسيكي إلى أن المفهوم القانوني للمستندات والوثائق التي ينظمها الأطراف في مرحلة ما قبل التعاقد ينحصر بمحررات العقود والاتفاقات التمهيدية التي تتسم بالصفة الوقتية أو تكون غير نافذة في أوان الحال لأسباب قانونية، فيدخل الفقه أعلاه مستندات الوعد بالتعاقد، العقد الابتدائي، مشارطة التفضيل... الخ في بوتقة مستندات قبل التعاقد ويصب تأكيده في ذات الوقت أن تأتي الصياغة القانونية لها مستوفاة لعناصر الصحة وأركان الوجود حتى يصح تسميتها عقوداً قانونية ملزمة، ولا يغير من ذلك أن قيمتها القانونية مؤقتة وتمهيدية بالنسبة للعقد النهائي<sup>(1)</sup>.

ولم يختلف الرعيل الأول من الفقه القانوني الانكليزي عن سابقه الفرنسي في قصر مفهوم المستندات قبل التعاقدية على تطبيقات العقود أو الاتفاقات التمهيدية، بل كان الأخير الأكثر تضيقاً لمفهومها قانوني و الأكثر تشدداً في إضفاء القوة الملزمة لوثائقها، وهو المنحى الغالب في أنظمة القانون الانجلوسكسوني، الذي لا يعد فيه الاتفاق أو العقد أياً كانت طبيعته (مؤقتاً أو نهائياً) نافذاً أو ملزماً ما لم يتم تحديد جميع العناصر الأساسية (الجهرية) والثانوية التي لا يتصور قيام العقد أو الاتفاق دون التوافق عليهما، ويعني ذلك في حالتنا أن تتضمن مستندات تلك العقود والاتفاقات وبصياغات قانونية واضحة لا تثير اللبس والغموض جميع معطيات العلاقة التعاقدية لاكتسابها المناط القانوني على نحو إلزامي، خصوصاً أن القاعدة في القانون الانكليزي كالفرنسي، حرية التعاقد وان بدا الأول أكثر تشدداً من الثاني<sup>(2)</sup>، ورغم غياب الفقه القانوني العربي من مفهوم الوثائق والمستندات قبل التعاقدية، فإن جدة بعض الكتابات الفقهية القانونية فيه - في الآونة الأخيرة - في خصوص مرحلة ما قبل التعاقد وتحديد طبيعة المسؤولية المدنية المترتبة فيها، تنم عن وقوف رجال هذا الفقه عند حد المفهوم التعاقدية الضيق الذي ظل حبيس التطبيقات الواردة في النصوص القانونية الخاصة، والقواعد العامة في نظرية العقد<sup>(3)</sup>، إذ وفق هذا المفهوم عالجت القوانين الوضعية هذه المستندات، من خلال وضع المبدأ العام لها في نصوص القوانين المدنية والنص على تطبيقاتها المختلفة في بعض التشريعات الخاصة، فبخصوص الوعد بالتعاقد والاتفاق الابتدائي نصت المادة (1/91) من القانون المدني العراقي على أن: ((الاتفاق الابتدائي الذي يتعهد بموجبه كلا المتعاقدين أو أحدهما بإبرام عقد معين في المستقبل لا يكون صحيحاً إلا إذا حددت المسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه والمدة التي يجب أن يبرم فيها))<sup>(4)</sup>. ومما ورد من التطبيقات القانونية لمستندات قبل التعاقد في القوانين الخاصة بمناسبة عقد العمل تحت التجربة، أو تحت الاختبار، نصت المادة (31) من قانون العمل المصري الموحد النافذ، رقم ( 12 لسنة 2003م) على أن: ((يجوز الاتفاق

د. عبد الحكيم فوده، الوعد والتمهيد للتعاقد والعربون وعقد البيع الابتدائي، ط2، دار الكتب القانونية، (1992)، ص79؛ د. عبد الفتاح عبد الباقي، مصادر الالتزام في القانون الكويتي، ج1، دار الكتاب الحديث، (1983)، بند 67، ص148.

(1) ويصطلح هذا الفقه (الفرنسي) على تسميتها بـ(عقود ما قبل العقد) ويعزو تمسكه بهذا المفهوم الضيق لسببين الأول: الاعتقاد بأن كل ما يتعلق بالمفاوضات قبل التوقيع على العقد النهائي، لا يعد ملزماً، والثاني: إن المشرع لم ينظم شبه العقود بأي نص تشريعي على عكس الحال بالنسبة للعقود النهائية وعقود ما قبل العقد. انظر في هذا الشأن: د. جمال فاخر النكاس، "العقود والاتفاقيات الممهدة للتعاقد وأهمية التفرقة بين العقد والاتفاق في المرحلة السابقة على العقد" بحث منشور في مجلة الحقوق، الكويت، العدد الأول، (1996)، ص145؛ د. احمد شرف الدين، أصول =الصياغة القانونية للعقد، المصدر السابق، ص75؛ د. محمد حسام محمود لطفي، المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض...، المصدر السابق، ص70.

(2) انظر: د. أمية علون، "ملاحظات حول القانون الواجب التطبيق على المسؤولية ما قبل التعاقدية عن قطع المفاوضات في العقود الدولية"، تقرير مقدم إلى ندوة الأنظمة التعاقدية للقانون المدني ومقتضيات التجارة الدولية، معهد قانون الأعمال الدولي، كلية الحقوق - جامعة القاهرة، مصر، 3-2 (1993)، ص3؛ د. هاني صلاح سري الدين، "المفاوضات في العقود التجارية الدولية"، المصدر السابق، ص106؛ د. إبراهيم دسوقي أبو الليل، نظرية العقد غير اللازم، دراسة مقارنة عميقة في الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية، منشورات مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، (1994)، ص79؛ شيشر وفيغوت، قواعد الإيجاب والقبول في القانونين الانكليزي والسوداني، ط5، نقله من الانجليزية إلى العربية هنري رياض وكرم شفيق، نشر وتوزيع مكتبة النهضة السودانية، الخرطوم، طباعة دار الثقافة، بيروت - لبنان، (1967)، ص68.

(3) انظر: د. محمد عبد الظاهر حسين، "الجوانب القانونية للمرحلة السابقة على التعاقد"، ط1، مكتبة النهضة العربية، القاهرة - مصر (2002)، ص81؛ د. محمد حسين عبد العال، ضوابط الاحتجاج والمستندات العقدية، ط2، مكتبة دار النهضة العربية، القاهرة - مصر، (1998)، ص147؛ د. جمال عبد الرحمن محمد علي، الحجة القانونية للمستندات الالكترونية، ط1، مكتبة دار النهضة العربية، القاهرة - مصر، (2001)، ص47؛ ومن الفقه الغربي المقارن: انظر:

-Simpson A. Innovation in Nineteen the Century contract law, 91 law Quarterly Review (1975), p. 247.

(4) ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى المادة (101) مصري (مطابق)، المادة (102) سوري (مطابق)، المادة (101) ليبي (مطابق)، المادة (105) الأردني (موافق)، اللبناني لا مقابل له.

بين رب العمل والعامل على تنظيم عقد عمل ابتدائي بينهما، ويحق لرب العمل أن يفسخ هذا العقد دون ما تعويض أو علم سابق، إذا استخدم الأجير على سبيل التجربة أو الاختبار، ولم يرض رب العمل خلال ثلاثة أشهر من تاريخ استخدامه<sup>(1)</sup>، كذلك نصت المادة (382) من القانون التجاري الكويتي النافذ، حول تطبيق خطابات الضمان الابتدائية أو المؤقتة على أن: ((خطاب الضمان الابتدائي تعهد أولي يصدر عن بنك بناء على طلب عميل له (الأمر) بدفع مبلغ معين أو قابل للتعين لشخص آخر (المستفيد)، دون قيد أو شرط إذا طلب منه ذلك خلال المدة المعينة في الخطاب، ويوضح في خطاب الضمان الغرض الذي صدر من أجله))<sup>(2)</sup>، وعلى صعيد القضاء، قضت محكمة النقض الفرنسية بصدد تحديد مفهوم مستندات التعاقد في المرحلة السابقة على إبرام العقد، بمناسبة دعوى احتج فيها المدعي (المشتري) في اعتبار أوراق الدعاية (الكتالوجات) التي تصدرها شركات المقاولات (البائعة)، لمبنى تحت الإنشاء، من بين المستندات المكونة للعقد ويلتزم البائع بما جاء فيها من مواصفات ويُطالب بتقرير المسؤولية العقدية للبائع لإخلاله بالالتزامات التعاقدية الثابتة بالمستندات التعاقدية. أجابت محكمة الموضوع بطلبات المدعي، فحكم على بائع البناء بالالتزام باحترام الالتزامات التي تضمنتها وثائقه الإعلانية وإلا كان مسؤولاً، مسؤولية تعاقدية بالتعويض عن مخالفة ما تضمنته الوثائق المذكورة من بيانات محددة. وعندما طعن المدعي عليه بالتمييز أمام محكمة النقض العليا، نقضت المحكمة الأخيرة الحكم وجاء في حيثيات قرارها: ((.... لذلك يغزو من الضروري التمييز، في المستندات ما قبل العقدية، بين تلك التي لا ترتب ارتباطاً تعاقدياً بين طرفيها، وبالتالي لا يتصور بناء مسؤولية عقدية على أساسها، وبين المستندات التي يمكن إلباسها الشكل التعاقدية الملزم ليرتّب مسؤولية عقدية لأحد أطرافها حال الإخلال بالتزاماته. ولا يكفي مستند ما بأنه تعاقدية ما لم يتصل بعناصر قريبة وشبيهة بالعقد))<sup>(3)</sup>. ومن هذا القرار عُدّ بعض الفقه القانوني قولهم بتبني القضاء الفرنسي - آنذاك - للمفهوم الضيق لمستندات قبل التعاقد<sup>(4)</sup>.

## الفرع الثاني

### المفهوم الواسع لمستندات قبل التعاقد

خرج الفقه القانوني الحديث وبتأييد من القضاء المقارن، عن دائرة الاتفاقات والعقود التمهيدية باعتبارها مفاهيم قانونية ضيقة لمستندات قبل التعاقد، إلى استكناه مفاهيم أخرى جديدة تستوعب ما ترخر به مرحلة ما قبل التعاقد من وثائق

(1) حيث لا يؤثر عقد العمل للتجربة تساؤلات مهمة ترتبط بطبيعته العقدية، إذ أن التشريعات المقارنة قد استقرت على اعتباره عقداً، انظر: نص المادة (12) عمل أهلي كويتي، المادة (2/74) عمل لبناني، المادة (33) عمل عراقي، وفي استعراض بعض مواقف التشريعات الأخرى. انظر: د. حسين عبد العطيف حمدون، قانون العمل، ط1، مطبعة زين الحقوقية، (2005)، ص275؛ د. همام محمد محمود زهران، قانون العمل، عقد العمل الفردي، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت - لبنان (2001)، هـ1، ص135-136؛ د. جمال فاخر النكاس، العقود والاتفاقيات... المصدر السابق، ص150.

(2) انظر: المذكرة الإيضاحية للقانون التجاري الكويتي رقم 68 لسنة (1980م)، فيما جاء نص المادة (287) من قانون التجارة العراقي رقم 30 لسنة (1984م)، قريباً من هذا النص إلا أنه لم يشر إلى الصفة الابتدائية صراحة لخطاب الضمان. أما المشرع التجاري في كل من الأردن وسوريا ولبنان فقد أغفل معالجة خطابات أو مستندات الضمان وأحال فيها إلى القانون المدني كغيرها من صور التعاقد التمهيدية التي لم تتحدد قواعدها في القانون التجاري بعد. للتفاصيل. انظر: د. يعقوب يوسف صروخة، العقود والاتفاقات الأساسية والممهدة لإصدار خطاب الضمان، عقد الأساس، وعقد فتح الاعتماد بالضمان، مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، (1993)، ص24.

(3) Civ 8 Fevrier 1984/Jcp 1984/ IV/ 1919.

وفي هذا القرار تلتفت المحكمة العليا نظر قضاة الموضوع إلى بيان العناصر الناقصة لاعتبار التعبير عن الإرادة ليس إيجاباً بالبيع. نقلاً عن: د. أحمد الزفرد، "نحو نظرية عامة لصياغة العقود..."، المصدر السابق، ص199.

(4) J. Schmidt; Negociation et conclusion decontrats 1982 p.256.

نقلاً عن: د. جمال فاخر النكاس، العقود والاتفاقيات... المصدر السابق، ص146.

ومستندات افرز واقع الحياة العملية شيوعها وعجت بها قاعات المحاكم وهيئات التحكيم<sup>(1)</sup>، فقد أيقن جانب من الفقه القانوني الحديث قصور النظرة الضيقة للمفاهيم التقليدية لمستندات قبل التعاقد، وعدم مواكبتها لما استجد من مراكز قانونية في المساحة الزمنية السابقة على إبرام العقد النهائي، دون الاقتصار فقط على ما ينشأ من مراكز في المراحل التمهيديّة لإبرامه<sup>(2)</sup> مما حداهم إلى تقصي البدايات الأولى لفكرة السعي إلى التعاقد، وتتبع هذه الفكرة من خلال التجسيد المادي لها الذي تعكسه وثائق ومستندات قبل التعاقد المثبتة للنوايا التعاقدية التي تكشف عن الإرادات القانونية لجميع الأطراف أو احدثهم بالدخول في علاقة تعاقدية ما زالت بعيدة الأمد وتحتاج إلى سقف زمني قد يطول أو يقصر لتجميع اكبر قدر من معطيات تلك العلاقة، وحتى لحظة إبرام العقد المنشود<sup>(3)</sup>. ومن هذا بدى أنصار المفهوم الواسع لوثائق ومستندات قبل التعاقد، من الكتيبات الدعائية والرسائل الإعلانية التي يصدرها احد الأطراف إلى الآخر كمحاولة نحو جذبه للتعاقد، والتي لا ترقى قيمتها القانونية إلى مرتبة التعبير البات والملزم عن الارادة (الإيجاب الملزم)، لافتقارها المقومات الأساسية له. باعتبارها تطبيقاً شائع التبادل من مستندات قبل التعاقد سواء ورد هذا التطبيق كإيجاب عام يفتقد إلى صفة الإلزام القانوني للبقاء عليه، أو كان محض دعوة تفاوضية إلى التعاقد<sup>(4)</sup>، أما بالنسبة لمستندات الاتفاقات الثنائية أو المتعددة الأطراف (الكونسرتيوم، الاتفاقات الإطارية) التي يتم عقدها في مرحلة ما قبل التعاقد والتي ادخلها الفقه القانوني الحديث في حيزية الوثائق ما قبل التعاقدية ووجدت لها تطبيقاً مطرداً على مستوى قرارات وأحكام القضاء في الآونة الأخيرة. فلم تجد لها حصراً يحيط بمصطلحاتها ومسمياتها، التي تتباين من وسط قانوني إلى آخر. ومع ذلك فإنه يمكن أن نلمس بعض هذه المسميات والمصطلحات التي حظيت بانتشار واسع بين مختلف الأنظمة القانونية، فيما يعرف (بخطابات النوايا)، الصادرة من الطرفين، اتفاقات المبادئ، الاتفاقات الشرفية أو الاتفاقات الأدبية، البروتوكولات الاتفاقية، مذكرات التفاهم... الخ<sup>(5)</sup>. إذ أدخلت هذه الاتفاقات في بوتقة المفهوم الواسع لمستندات قبل التعاقد وأثارت جدلاً فقهيًا وقضائياً لم يتم حسمه حتى الوقت الحالي، حول مدى ما تتمتع به من قيمة قانونية ملزمة، واثّر الصياغة القانونية لكياناتها المادية في ذلك، وهو ما نحاول تأصيله في ثنايا بحثنا هذا.

ولم يفت في أن يستوعب المفهوم الواسع لمستندات قبل التعاقد الخطابات الفردية التي يستقل احد الأطراف بتنظيمها ويمهرها بتوقيعه ليصدرها إلى الطرف الآخر تحت أشكال ومسميات مختلفة، كما هو شأن خطابات النوايا الصادرة من احد الأطراف، والتعهدات الشرفية التي يقطعها احدهما للآخر، وخطابات الراحة... وغيرها<sup>(6)</sup>، كذلك لا ضير في أن يكون

(1) د. عبد الحكيم فوده، الوعد والتمهيد للتعاقد والعربون وعقد البيع الابتدائي، المصدر السابق، ص 10-11.

(2) انظر: د. مصطفى محمد الجمال، السعي إلى التعاقد، المصدر السابق، ص 18؛ د. إبراهيم نجار، اتفاق المبدأ، مجموعة دالوز - سيري (1991)، ص 57-58.

I. Najjar L accord de principe; Dalloz, Sirey 1991; Chahier, chron. XIII. P. 57-58.

(3) جان مارك موسيرو - فن التعاقد - باريس، منشورات لوفيفر القانونية، (1988)، ص 77.

J. N. Mousseron Technique Contrastuelle edition juridiques Le Febvre, Paris, 1988, p.77.

=نقلاً عن: انظر: د. مصطفى محمد الجمال، السعي إلى التعاقد، المصدر نفسه، ص 338؛ د. حسام الدين الاهواني، النظرية العامة للالتزامات، ج1، مصادر الالتزام، ط2، دار النهضة العربية، القاهرة - مصر، (1995) بند 58، ص 128.

(4) انظر: جاك غستان، القانون المدني (الالتزامات)، تكوين العقد، باريس (1988)، بند 30، ص 238؛ د. حسام الدين الاهواني، النظرية العامة للالتزامات، المصدر السابق، ص 84؛ د. محمد عبد الظاهر حسين، "الجوانب القانونية للمرحلة السابقة على التعاقد"، المصدر السابق، ص 732؛ د. هدى عبد الله، النظام القانوني للمرحلة السابقة للتعاقد، ج1، المصدر السابق، ص 347؛ د. احمد الزقرد، "نحو نظرية عامة..." المصدر السابق، ص 278.

(5) انظر: د. مصطفى العوجي، القانون المدني، ج1، ص 207؛ د. جمال فاخر النكاس، العقود والاتفاقيات... المصدر السابق، ص 162؛ د. محمد عبد الظاهر حسين، "الجوانب القانونية للمرحلة السابقة على التعاقد"، المصدر السابق، ص 728؛ د. هاني صلاح سري الدين، "المفاوضات في العقود التجارية الدولية"، المصدر السابق، ص 100؛ انظر: د. محمد حسام محمود لطفي، المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض، المصدر السابق، ص 11.

(6) انظر: د. صالح بن عبد الله بن عطّاف العوفي، المبادئ القانونية في صياغة عقود التجارة الدولية، ط1، معهد الإدارة العامة، الرياض المملكة العربية - السعودية، (1998)، ص 73؛ د. محمد عبد الظاهر حسين، "الجوانب القانونية للمرحلة السابقة على التعاقد"، المصدر السابق،

مصدر المستندات المتضمنة لخطابات فردية من الغير (غير المتفاوضين). كما هو شأن خطابات المؤازرة أو المساندة وخطابات الضمان والتعهدات والتوصيات التعاقدية الصادرة من طرف أجنبي، يمت بعلاقة قانونية معينة لأحد الأطراف التي صدر هذا الخطاب لمصلحته<sup>(1)</sup>، ومما يجدر ملاحظته حول اغلب تطبيقات المفهوم الواسع لمستندات قبل التعاقد هو توزع هذه الأخيرة على طول المساحة الزمنية السابقة على إبرام العقد النهائي<sup>(2)</sup> ولا تقتصر على مدة معينة منها، بخلاف الأمر عليه في التطبيقات القانونية التي أوردها أنصار المفهوم الضيق لمستندات قبل التعاقد والتي ينحصر نطاقها في الفترة الزمنية القريبة من إبرام العقد. مما انعكس هذا الأمر على افتقار تطبيقات المفهوم الواسع لمستندات قبل التعاقد إلى خلفية تشريعية لم تشغل حيزاً لها بين نصوص القوانين المدنية. وهذا ما جعل أن تكون الدراسة البحثية لهذه المستندات، هي دراسة فقهية وقضائية في المقام الأول مع التوسل بالقواعد العامة في نظرية الالتزامات كسبيل وحيد للوصول إلى تأصيلها القانوني<sup>(3)</sup>.

أما القضاء فهو الآخر كان المعين الوفير الذي وردت منه التطبيقات العملية لمستندات قبل التعاقد على وفق المفهوم الواسع لها، ومن هذا كان للقضاء الفرنسي طفرة نوعية فيما أصدرته محاكمه على مختلف درجاتها من قرارات قضائية جعلت من مستندات قبل التعاقد تنوء بالثقل القانوني الملزم بين الأوساط القانونية المختلفة. حيث أوردت محاكم هذا القضاء من القرارات ما شملت الصور والأشكال المختلفة التي تتخذها مستندات ووثائق المرحلة ما قبل التعاقدية، فبشأن اعتبار المستندات الإعلانية من قبيل المستندات التعاقدية السابقة على إبرام العقد، قضت محكمة باريس في حكمها، بأن استهلاك السيارة من الطاقة "أو البنزين" يجب أن يكون متوافقاً مع ما ذكر في الرسائل الإعلانية التي أرسلها مصدرها (البائع)، قبل إبرام عقد البيع، وإلا كان مسؤولاً بالتعويض في مواجهة المتعاقد الآخر (المشتري)<sup>(4)</sup>، وبخصوص مستندات قبل التعاقد التي تعرف بخطابات النوايا، قضت محكمة النقض الفرنسية أيضاً بأن "...إن ما أثارته العملية المنوه عنها بمستندات تعاقدية، من اهتمام لدى مصدرها، هي اتفاقات تشكل في مجموعها النطاق الذي تصادف فيه خطابات النوايا بمعناها الدقيق،

ص7؛ برنو أوبتي - ارتباط الشرف - دالوز سيري - مقال دوري - ص107، نقلاً عن: انظر: د. مصطفى محمد الجمال، السعي إلى التعاقد، المصدر السابق، ص373؛ كذلك، انظر: من الفقه الغربي المقارن:

=Osman; f, Les principes généraux la lex mercatoria 1992, p.53.

نقلاً عن: د. هاني صلاح سري الدين، "المفاوضات في العقود التجارية الدولية"، المصدر السابق، ص103.

(1) انظر: د. مصطفى أحمد عبد الجواد، خطابات النوايا الصادرة عن الغير في مجال الائتمان، ط2، دار الفكر الجامعي بالإسكندرية، مصر (2000)، ص7؛ كذلك: د. نبيل إبراهيم سعد الضمانات غير المسماة، ط1، منشأة المعارف بالإسكندرية، مصر (2003)، ص146؛ انظر: د. محمد حسام محمود لطفي، المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض، المصدر السابق، ص56.

(2) فالبعض من الفقه القانوني العربي المعاصر، يقسم مستندات التعاقد في المرحلة السابقة على العقد إلى ثلاثة أقسام: الأول: مستندات ما قبل التفاوض (المستندات الإعلانية)، والثاني: المستندات المعاصرة للمفاوضات، (خطابات النوايا - الاتفاقات المبدئية - التعهدات الشرفية)، الثالث: المستندات الممهدة للتعاقد (مستندات الوعد بالتعاقد - الاتفاق الابتدائي - مشارطة التفضيل)، للتفاصيل. انظر: د. أحمد الزقرد، "نحو نظرية عامة..." المصدر السابق، ص209؛ د. جمال فاخر النكاس، العقود والاتفاقيات... المصدر السابق، ص138.

(3) في ما يذهب البعض من الفقه القانوني المقارن، بأن بعض عقود الاستهلاك التي يتم التوقيع عليها، ونظمتها قوانين الاستهلاك في فرنسا، هي مجرد مستندات اتفاقات مبدئية، فلا بد أن يمضي الموعود المحدد للحق في الرجوع عنها خلال موعدها. انظر: في تقنية خيار الرجوع في العقود الاستهلاكية:

J. Calais – Auloy; La Loi cur ledemarchage. P 267.

نقلاً عن: د. جمال فاخر النكاس، "حماية المستهلك وأثرها على النظرية العامة للعقد في القانون الكويتي والمقارن"، مجلة الحقوق، الكويت، العدد الثاني، السنة الثالثة عشرة، يونيو، (1989)، ص107؛ وللتقريب من هذا الرأي انظر: د. إبراهيم دسوقي أبو الليل، نظرية العقد غير الملزم، المصدر السابق، رقم 39، ص83.

(4) محكمة باريس 3 مايو، (1967) جازيت دي باليه، (1967)، ج2، حكم، منشور في مجلة البحوث القانونية والاقتصادية كلية الحقوق، جامعة المنصورة، العدد العاشر، مصر (1979)، ص97؛ وفي التطبيق على هذا القرار: انظر: أحمد السعيد الزقرد، "الحماية القانونية من الخداع الإعلاني في القانون الكويتي والمقارن" بحث منشور في مجلة الحقوق، العدد الرابع، السنة التاسعة عشرة، ديسمبر (1995)، الكويت، ص208.

باعتبارها تعبيراً عن نوع أو آخر من أنواع الاتفاقات السابقة على التعاقد<sup>(1)</sup>، وبمناسبة التعهدات الشرفية، انتهت الدائرة الاجتماعية في محكمة النقض الفرنسية "إلى أن التعهد الشرفي الوارد في المستند قبل التعاقد يمتخض عن التزام قانوني، برغم أن عبارات التعهد، صيغت بان المتعهد لديه النية بان يلتزم، اعتباراً بأنها مساوية تماماً للتحمل بالالتزام، ما دام مضمون التعهد واضح ومحدد"<sup>(2)</sup>.

وعلى الرغم من تشدد النظام الانجلوسكسوني لمبدأ الحرية التعاقدية وتشيعه فقها وقضاءً للمفهوم الضيق لمستندات قبل التعاقد. إلا انه ذهب في بعض قراراته وأحكامه الحديثة نسبياً إلى تبني المفهوم الواسع لها، وان قصر ذلك على مستندات قبل التعاقد التي تتضمن التزامات سلبية : (الالتزام عدم التفاوض مع الغير - التزام عدم الإفشاء بالسرية). حيث أنوه بحكم محكمة الاستئناف الانجليزية الذي قضت فيه، "...بأنه إذا اتفق أطراف التفاوض على أن يتمتع على أحدهما الدخول في مفاوضات موازية مع الغير لمدة محددة، فإن هذا الاتفاق يعد ملزماً من الناحية التعاقدية"<sup>(3)</sup>. وإلى ذكر موقف القضاء العربي من مستندات قبل التعاقد على وفق التصوير الحديث الذي درجت عليه، قضت محكمة النقض المصرية، بمناسبة خطاب نوايا تعاقد صدره مدير الشركة القابضة إلى أحد البنوك قبل أن يقوم الأخير بإقراض الفرع التابع للشركة (طالب المديونية) إلى أن "إن الحكم المطعون فيه إذا لم يعتبر الخطاب الصادر على أن مرسله، سيعمل ما في وسعه وبأن يبذل أقصى جهد لكي يكون المدين قادراً على سداد المديونية، هو خطاب تعاقد للتحمل بالالتزام ببذل عناية، وانه مجرد توصية عارية عن أي إلزام قانوني، دون قراءة واعية لعبارات الخطاب، فانه يكون متسماً بالقصور مما يتعين نقضه"<sup>(4)</sup>. ومن هذا أطمح للنظام القانوني المدني في العراق فقها وتشريعياً وقضائياً للحاق بركب الأنظمة القانونية المتطورة، وإيراد تطبيقات تعاقدية خاصة تضع الحجر الأساس في بناء الجوانب القانونية لمستندات قبل التعاقد، على وفق ما درجت عليه هذه الأخيرة في الوقت الحاضر.

## المطلب الثاني

### أصول الصياغة القانونية لمستندات قبل التعاقد (صحة الصياغة)

تتنصرف أهمية دراسة أصول الصياغة القانونية لمستندات قبل التعاقد إلى ما تعكسه الأولى (صحة الصياغة)، من جلي الأثر في المناط الإلزامي للثانية (المستندات والوثائق ما قبل التعاقدية)<sup>(5)</sup>، حيث تمثل فحوى عبارات ومضمون ألفاظ

(1) Com. 23 october 1990/ JCB 1991/ 211/ 21684.

نقلا عن: د. يزيد أنيس نصير، مرحلة ما قبل إبرام العقد (دراسة مقارنة)، ج2، (عقد التفاوض بحسن القانونية)، بحث منشور في مجلة المنارة، جامعة آل البيت، الأردن، العدد الثالث، (2001)، ص32.

(2) Cass. Com. 23 dec. 1968. RTDC. 1969. 555. 10 janv. 1972 JCP 1972. 17134.

نقلا عن: د. مصطفى ألجوجي، القانون المدني. نظرية العقد، ج1، المصدر السابق، ص228.

(3) Goode, R, (Reporti England) in Instiute ointernational Businss, aw and practice formation o contracts and pre – contractual Liability (1990) p.58.

نقلا عن د. أمية علوان، ملاحظات حول القانون الواجب التطبيق...، المصدر السابق، ص22.

(4) نقض مدني مصري في 15/3/1987، مجموعة أحكام النقض، سنة29، رقم 1137، ص755.

(5) انظر: د. احمد شرف الدين، أصول الصياغة القانونية...، المصدر السابق، ص66؛ د. طالب حسن موسى، صياغة عقود التجارة الدولية، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، العدد الثالث، السنة الثانية عشرة، جامعة مؤتة، المملكة الأردنية الهاشمية، (2002)، ص183.

المستندات والوثائق ما قبل التعاقدية المعيار القانوني الفصل، في تقرير القوة الملزمة لها، الذي خلصت إليه راجح الآراء الفقهية، وما استقرت عليه قرارات وأحكام المحاكم وهيئات التحكيم في العقد الأخير<sup>(1)</sup>. ومن واقع هذه الأهمية البالغة انصبت الجهود القانونية حديثاً إلى تحديد ضوابط وأسس للصياغة القانونية التعاقدية السليمة لاسيما، في إعداد مستندات ووثائق ما قبل التعاقد في عقود التجارة الدولية، وفي عقود القانون الوطني التي تشتمل على صفقات ضخمة. التي يتعين على المعهود إليه أمر الصياغة القانونية الإحاطة بها<sup>(2)</sup>. ومن ذلك ووفقاً للمبادئ العامة في صحة الصياغة القانونية وأثرها في القوة الملزمة لمستندات قبل التعاقد، فإنه يتعين توافر جملة من الشروط في صياغة المستندات والوثائق ما قبل التعاقدية، على نحو يكفل وجود تنظيم أو تبويب متناسق لإرادة الطرف أو الأطراف المنظمين للمحرر. يستدل من خلاله عن توجه هذه الإرادة أو تلك الإرادات في إضفاء أو سلب القوة الملزمة للمستند الذي تم التوقيع عليه<sup>(3)</sup>، وهذا هو الشق الأول من أصول (صحة) الصياغة القانونية لمستندات قبل التعاقد. فيما تأتي طرق الصياغة القانونية، أو صورها، الشق الثاني من أصول الفن التعاقدية<sup>(4)</sup> التي يستلزم إتباعها في تنظيم المستندات والوثائق ما قبل التعاقدية، وارتباط ذلك التنظيم بالمناط الإلزامي الذي قد ثبت لها أو ينتفي عنها<sup>(5)</sup>. وعليه نقسم هذا المطلب إلى الفرعين التاليين نستعرض في الأول منهما شروط الصياغة القانونية لمستندات قبل التعاقد، ونرجئ طرق الصياغة القانونية لمستندات قبل التعاقد إلى الفرع الثاني.

## الفرع الأول

### شروط الصياغة القانونية لمستندات قبل التعاقد

لا تعكس الصياغة القانونية لمستندات قبل التعاقد، الإرادة التي تتضمنها في ثنائياها واستقرارها بالقدر الذي يمكن من خلاله استكناه الأثر الملزم من عدمه، الذي اتجهت إليه هذه الأخيرة (الإرادة) عن طريق ما جسده من أوضاع مادية أثناء التفاوض أو قبل إبرام العقد النهائي، ما لم تثبت لها بعض الشروط التي يمكن عند استجماعها، استنباط الاتجاه الذي تقصده من جراء تنظيم هذه المستندات والوثائق<sup>(6)</sup>. وأياً كان مسلكها من ذلك سواء اتجهت إلى تقرير عنصر الإلزام القانوني

(1) انظر: د. احمد الزقرد، نحو نظرية عامة لصياغة العقود...، المصدر السابق، ص182؛ د. احمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، ج-1، مفاوضات العقود الدولية، المصدر السابق، ص73؛ وفي استعراض الآراء الفقهية الغربية المقارنة والقرارات القضائية الصادرة عن هيئات القضاء ولجان التحكيم. انظر: ص137 وص138 من هذه الرسالة.

(2) انظر: د. صالح بن عبد الله، المبادئ القانونية في صياغة عقود التجارة الدولية، المصدر السابق، ص145؛ اشرف محفوظ، أصول صياغة العقود ومستنداتها، مقال منشور على شبكة الانترنت، مركز القوانين العربية، ص21.  
www.Com. ARB LAWS. Com

ومن الفقه الغربي المقارن انظر:

- Tom Goldstein and Jethro k. Lieberman: the awyers Guide to writing well, (University of California press, - 1989). Pp 54-55.

(3) انظر: د. احمد شرف الدين، أصول الصياغة القانونية...، المصدر السابق، ص111؛ د. محمد إبراهيم دسوقي، الجوانب القانونية في إدارة المفاوضات...، المصدر السابق، بند 149، ص180؛ ومن الفقه الغربي المقارن انظر:

William Fox; op, cit; p.90.

(4) انظر: في أصول الصياغة القانونية للعقد، د. عبد القادر الشخيلي، فن الصياغة القانونية فقها وتشريعا وقضاء ط3، دار الثقافة للطباعة والنشر، عمان - الأردن، (1995)، ص162؛ د. سمير عبد السيد تناعو، النظرية العامة للقانون، ط2، منشأة المعارف بالإسكندرية، مصر (1982)، ص362.

(5) انظر: د. عبد الفتاح مراد، شرح العقود التجارية والمدنية، المصدر السابق، ص93؛ د. احمد الزقرد، نحو نظرية عامة لصياغة العقود...، المصدر السابق، ص186؛ د. طالب حسن موسى، صياغة عقود التجارة الدولية، المصدر السابق، ص187.

(6) انظر: د. حسام الدين الاهواني، المفاوضات في الفترة قبل التعاقدية ومراحل إعداد العقد الدولي، المصدر السابق، ص54؛ محمد إبراهيم دسوقي، الجوانب القانونية في إدارة المفاوضات...، المصدر السابق، بند 151، ص183.

وثبوتها لها، أو اتخذت سبيل نفي ذلك العنصر واستبعاده من دائرة التعامل التي صدر المستند ما قبل التعاقد تجسيدا ماديا لها. فان اشتراط الصياغة القانونية الواضحة، المحددة، الكاملة : هي شروط أساسية لا غناء عنها في استجلاء اثر القوة الملزمة لمستندات قبل التعاقد ، ووضعها في مكانها الصحيح على النحو الذي قصدته الإرادة أو الإيرادات المنظمة لها<sup>(1)</sup>.

### الشرط الأول: الصياغة الواضحة

يسلم الرأي الغالب من الفقه القانوني أن اشتراط الوضوح في الصياغة القانونية لمستندات قبل التعاقد هو من الأمور الضرورية التي يتعين على المعهود عليه أمر الصياغة مراعاتها<sup>(2)</sup>، حيث يذهب البعض من الفقه القانوني إلى القول بان استجلاء ثبوت اثر القوة الملزمة أو نفيها بالنسبة للمستندات قبل التعاقدية، يعتمد على درجة وضوح المحرر، في ضوء الأهداف التي يروم الأطراف خلال مرحلة ما قبل التعاقد تحقيقها من وراء تنظيمه<sup>(3)</sup>، وإذا كان الهدف من كتابة أي محرر هو توصيل فكرته إلى الآخرين فان الصياغة القانونية لمستندات قبل التعاقد تستهدف بصفة خاصة التعبير بوضوح عن الخطاب بين طرفيه أو أطرافه، حول موضوعه وشروطه، وبطريقة تنقل المعنى المراد كاملا على نحو لا تظهر معه الحاجة إلى البحث خارج هذا المستند أو الوثيقة عن الحلول للخلاف المحتمل بين تلك الأطراف الذي قد يثور، فيما لو ابرم العقد وبدأت خطوات تنفيذه<sup>(4)</sup>، كذلك يضيف البعض من الفقه القانوني في هذا الصدد، إلى ضرورة تطبيق مبدئين من المبادئ العامة التي ترعى سبل إبرام العقود وتكوينها. وهما مبدأ سلطان الإرادة، الذي مؤداه حرية أطراف التعاقد في تشكيل اتفاقهما على النحو الذي يريدانه، أما المبدأ الثاني فهو العقد شريعة المتعاقدين، فمؤداه ارتباط طرفيه بما وقع الاتفاق عليه، ولا يمكن التكهّن بان يؤدي هذا المبدآن عملهما، فضلا عن قيامهما أصلا، بدون أن يتوفر للوسط الذي يراد إعمالهما وإنتاج آثارهما فيه، الوضوح الكافي لاسيما أن الوسط الذي تسيح به المستندات والوثائق المراد صياغتها هو وسط (مرحلة) ما قبل التعاقد<sup>(5)</sup>، وبخلاف ذلك لا تكون الصياغة القانونية لمستندات قبل التعاقد، واضحة إذا استخدمت فيها عبارات غريبة أو كلمات مهجورة أو ألفاظ مستعارة من لغات أخرى غير لغة العقد الأصلي المراد إبرامه<sup>(6)</sup>. ولا شك أن غموض المستند ما قبل التعاقد وعدم وضوحه يؤدي إلى تفسيرات متعددة، وما يثور من مصاعب جمة عند اللجوء إلى قواعد التفسير، لغموض الإرادة في مرحلة ما قبل التعاقد التي قد لا تجدي نفعا فيها هذه القواعد للوقوف على مقصدها الحقيقي<sup>(7)</sup>، وفيما

(1) هذا ولم يتفق الفقه القانوني حول التسمية التي تطلق على هذه المفردات، ففي الحين الذي يذهب البعض إنها من سمات أو صفات الصياغة القانونية الجيدة، انظر: د. احمد شرف الدين، أصول الصياغة القانونية...، المصدر السابق، ص36؛ عبد الفتاح مراد، شرح العقود التجارية والمدنية، المصدر السابق، 95، يذهب البعض الآخر في حين آخر إلى اعتبارها شروط أساسية لا تقوم الصياغة القانونية لأي مستند أو وثيقة تعاقدية من دونها. ونشير بدورنا إلى تأييد هذا الاتجاه الأخير. انظر: د. احمد الزقرد، نحو نظرية عامة لصياغة العقود...، المصدر السابق، ص196؛ د. صالح بن عبد الله، المبادئ القانونية في صياغة عقود التجارة الدولية، المصدر السابق، ص156.

(2) انظر: د. صالح بن عبد الله، المبادئ القانونية في صياغة عقود التجارة الدولية، المصدر السابق، ص156؛ احمد السعيد الزقرد، "نحو نظرية عامة لصياغة العقود..."، المصدر السابق، ص197؛ د. عبد الفتاح مراد، شرح العقود التجارية والمدنية، المصدر السابق، ص96؛ د. احمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، ج1، المصدر السابق، ص77، ومن الفقه الغربي المقارن انظر:

Goldstein and Jethro – k. Lieberman, op. cit; pp. 171-175.

(3) انظر: د. احمد شرف الدين، أصول الصياغة القانونية...، المصدر السابق، ص43؛ د. هاني صلاح سري الدين، المفاوضات في العقود التجارية الدولية، المصدر السابق، ص104؛ د. سعد الحلوسي، التفاوض في العقود، المصدر السابق، ص43.

(4) انظر: د. حسام الدين الاهواني، النظرية العامة للالتزامات، المصدر السابق، بند 51، ص173؛ د. صالح بن عبد الله، المبادئ القانونية في صياغة عقود التجارة الدولية، المصدر السابق، ص143؛ اشرف محفوظ، أصول الصياغة للعقود ومستنداتها، المصدر السابق، ص4.

(5) انظر: د. احمد شرف الدين، أصول الصياغة القانونية...، المصدر السابق، ص45؛ د. صالح بن عبد الله، المبادئ القانونية في صياغة عقود التجارة الدولية، المصدر السابق، ص57.

(6) انظر: د. احمد الزقرد، نحو نظرية عامة لصياغة العقود...، المصدر السابق، ص197.

(7) انظر: د. عبد الفتاح مراد، شرح العقود التجارية والمدنية، المصدر السابق، ص33 وفي ذات المعنى انظر كذلك: د. احمد شرف الدين، أصول الصياغة القانونية...، المصدر السابق، ص46؛ وفي صعوبة استجلاء المقصد الحقيقي للإرادة الغامضة التي وقعت على المستندات والوثائق التعاقدية. انظر: د. جمال فاخر النكاس، "الاتجاه الموسع للتفسير القضائي للعقود والتصرفات"، بحث منشور في مجلة الحقوق،

جاءت به النصوص القانونية تأكيداً على شرط الصياغة القانونية الواضحة لمستندات قبل التعاقد، صدر القانون (1730) في إنجلترا، يحظر على المتعاقدين أو الموثقين القانونيين استخدام اللغة اللاتينية في الإجراءات القانونية عند التفاوض على العقود وإبرامها. إلا أنه تبين بعد فترة أنه لم يحقق الغرض منه، لذا صدر قانون آخر يسمح باستخدام الكلمات باللغة نفسها التي شاع استخدامها<sup>(1)</sup>، كذلك ما جاء في المادة (1) من القانون الفرنسي (31) ديسمبر (1975) التي تلزم المتعاقدين لكتابة مستندات قبل التعاقد بما في ذلك الإعلانات باللغة الفرنسية<sup>(2)</sup>، وفي ضرورة وضوح الوثائق ما قبل التعاقدية في مجال التطبيق العملي (ساحة القضاء)، قضت محكمة باريس في قرار لها، بأن وضوح عبارات التعهدات الشرفية التي قطعها الأطراف فيما بينهم أثناء تفاوضاتهم التعاقدية بإبرام العقد في أقرب وقت ممكن بعد اتخاذ الإجراءات اللازمة للتنفيذ، يعد أمراً لازماً لثبوت القيمة القانونية للاتفاقات التي تضمنتها من أجل ضمان ذلك<sup>(3)</sup>، وفي الشأن ذاته قضت محكمة النقض المصرية في قرار آخر جاء في حيثياته "...ومن ذلك تبين بأن صيغة المستند التعاقدية الذي وقعه الطرفان (المدعي والمدعى) قبل إبرام العقد، كان من الغموض الذي شابه مما أدى إلى إسقاطه كدليل على الارتباط التعاقدية على نحو إلزامي"<sup>(4)</sup>.

**الشرط الثاني: الصياغة المحددة،** من شروط الصياغة القانونية المهمة لمستندات قبل التعاقد أن تأتي محددة، وتكون كذلك إذا كانت معبرة عن المعنى الذي قصده مصدر الخطاب الانفرادي، أو الأطراف (الثنائية أو المتعددة) في المستند الاتفاقي<sup>(5)</sup>، ومن ذلك يوجه البعض من الفقه القانوني عنايته إلى ضرورة أن يكون القائم بالصياغة القانونية لهذه

الكويت، السنة الثالثة والعشرون، العدد الثاني، ربيع الأول (1420هـ)، يونيو، (1999م)، ص51؛ اشرف محفوظ، أصول صياغة العقود، المصدر السابق، ص3؛ د. طالب حسن موسى، صياغة عقود التجارة الدولية، المصدر السابق، ص184.

(1) انظر: النص الحرفي للمادة (2) من هذا القانون التي جاء نصها:

Stevens & (In the same language as hath been commonly used – in Glanville Williams learning the law –) London (1978) p.56.

(2) كذلك انظر: تعليمات رئيس الوزراء الفرنسي 12 أكتوبر (1982)، المجلة الفصلية للقانون التجاري، (1983) رقم 2، ص111؛ وتعليق هيمار وبولوك، انظر: جستان وديشي، المصدر السابق، بند 240، ص281، كما أن قوانين أخرى تتطلب الوضوح في الشروط؛ فالمادة (4) من مرسوم 24 آذار (1978) الفرنسي المتخذة تطبيقاً للمادة 35 من القانون الاستهلاكي الفرنسي حول الشروط المفترضة - أن يتم التذكير بشروط الضمان "بوضوح" وأن الضمان القانوني مستمر في أي فرضية كانت، للتفاصيل، انظر: د. إسماعيل محمد المحاقري، "الحماية القانونية لعدم الخبرة من الشروط التعسفية" بحث منشور في مجلة الحقوق، العدد الرابع، السنة الثلاثون، ذو الحجة (1427هـ)، ديسمبر (2006م)، الكويت، ص323.

(3) Baris 14 juin 1957 RTD. Civ. 1958/70 obs Mauzeaud (H. L) p.281.

كذلك، انظر: نقض 5/فبراير/1986/ بلتان/ 2/رقم 8، ص5؛ محكمة ليون 6يناير/ 1986/ ح س ب/ 17/ 1986، ص362؛ ونقض 3مايو/ 1979 - دالوز/ 1980/ ص262

كذلك قضت محكمة النقض الفرنسية بإبطال شروط شاذة مدرجة في مستند جرى وضعها بعناية لكي تكون غير واضحة، وغير مقروءة بحيث تمر غير ملحوظة في سرعة المصالحات. انظر: نقض مدني 28 نيسان 1971، مصنف الاجتهاد الدوري، (1972)، II رقم 1728، ص1102، مشار إليه من قبل: د. عامر قاسم القيسي، الحماية القانونية للمستهلك، دراسة في القانون المدني المقارن، الدار العلمية ودار الثقافة، عمان - الأردن، (2002)، ص230.

ومن تلك الأحكام أيضاً ما قضت به محكمة النقض الفرنسية في 16 تشرين الأول 1989م بأن عمل شركة Scpi عن طريق تحرير ملتبس إرادي لاتفاقي أول شباط (1967م)، ودفتر الشروط الملحق بها، وعن طريق صياغة خادعة ومتناقضة يعتبر تدليساً، نقض مدني فرنسي، النشرة المدنية III، (1986م)، رقم 2. I.R.D.M.، ص225؛ وقد مائل القضاء البلجيكي بين عدم ظهور هذه الشروط وبين صياغاتها بلغة غير اللغة المستخدمة عادة في مكان إبرام المستندات التعاقدية. للتفاصيل:

Cass – BELGE. 9-2-1973, Rev Cri – juris – 1974, p.187.

(4) نقض مدني مصري في 15/12/1991 أحكام النقض/ السنة 42/ ص853؛ وقريب من ذلك. انظر: نقض مدني مصري 9/5/1990/ أحكام النقض السنة 41/ العدد 2/ ص105.

(5) فيما يعبر البعض من الفقه القانوني عن الصياغة المحددة بشرط صحة الصياغة لخطورتها، للتفاصيل. انظر: د. احمد شرف الدين، أصول الصياغة القانونية للعقود...، المصدر السابق، ص48؛ وتفسير ذلك عند جستان وديشي أن ركن الرضا لا يتحقق دون أن تكون الصياغة صحيحة، انظر: جستان، المصدر السابق، بند 240، ص281.

المستندات والوثائق، على دراية تامة بمعنى كل كلمة يستخدمها لتؤدي الغرض المطلوب بأعلى درجة من الدقة. على نحو يظهر من خلاله القيمة الحقيقية التي خلعتها أحد الأطراف أو جميعهم على ما تم تنظيمه بينهم في المرحلة السابقة على التعاقد<sup>(1)</sup>، وتحقيقاً لشرط الصياغة المحددة، لا بد من تحديد معاني الاتصالات والمشاورات المتبادلة، التي تم عقدها حول موضوع التعاقد، وهل هي مجتمعة أو منفردة لها قيمة تعاقدية؟ وهل أياً منها يمكن أن ينشئ أو يدعم أي ادعاء بأنها تحتل ضمانات معينة؟ وهل هي مؤشر لتحديد المسؤولية؟<sup>(2)</sup>، ويستعرض البعض من الفقه القانوني، ما استنتج استخدامه من عبارات استقر الرأي في الصياغة المحددة على مدلولها، من نوع "ما لم يرد نص على خلاف ذلك"، "مع عدم الإخلال بـ"، "مع مراعاة"، "على سبيل المثال لا الحصر"، فإن ورود مثل هكذا عبارات في متن المستند ما قبل التعاقد لا يخل بشرط الصياغة المحددة بل يجسده<sup>(3)</sup>، وإذا كان تحديد الالتزام الثابت في المستند ما قبل التعاقد، يستلزم كلمات عدة للتعبير عن المعنى، وجب تحديد المعنى المراد الذي تنصرف إليه الإرادة الحقيقية لمصدر الخطاب، أو منظمي المستندات. ولا يجوز استخدام مرادفات عدة لمعنى واحد<sup>(4)</sup>، ومن النصوص القانونية في التشريعات المدنية التي تعرضت لضرورة الصياغة القانونية (المحددة) لمستندات قبل التعاقد، وعلى الأخص منها خطابات النوايا، هو ما قصت به المادة (63) من القانون المدني النمساوي التي جاء فيها: ((إن تحييد الأثر الملزم لخطاب النية "Intent" التعاقد، يستلزم النص على ذلك بأسلوب بارز ومحدد))<sup>(5)</sup>.

وتأكيداً على شرط تحديد الصياغة القانونية لما يرومه مصدرو المستندات والوثائق ما قبل التعاقدية فيما بينهم، واعتباره الشرط الأساسي من شرائط صحة الصياغة القانونية، اصدر القضاء الفرنسي العديد من القرارات بمناسبة التأكيد على صياغة النية التعاقدية في رسائل النوايا بصورة محددة، لا لبس فيها كشرط جوهري لزاميتها قانوناً<sup>(6)</sup>، ومن ذلك ما قصت به محكمة النقض الفرنسية في احد قراراتها، بان اشتمال رسائل النوايا التي أرسلها المرسل إلى المرسل إليه على العناصر الجوهرية للعلاقة التعاقدية المراد إبرامها بينهما، إلا إنها قصرت في أساليب أو طرق صياغاتها القانونية عن المعنى الحقيقي، لما يرومه المرسل من المرسل إليه، على وجه يصعب القول معه بوجود النية القانونية التعاقدية من جانب

(1) انظر: د. صالح بن عبد الله، المبادئ القانونية في صياغة عقود...، المصدر السابق، ص 79؛ د. عبد الفتاح مراد، شرح العقود التجارية والمدنية، المصدر السابق، ص 36.

(2) انظر: د. محمد إبراهيم دسوقي، الجوانب القانونية في إدارة المفاوضات...، المصدر السابق، بند 153، ص 187؛ د. صالح بن عبد الله، المبادئ القانونية في صياغة عقود...، المصدر السابق، ص 159.

(3) انظر: د. احمد الزقرد، نحو نظرية عامة لصياغة العقود...، المصدر السابق، ص 198.

(4) انظر: د. صالح بن عبد الله، المبادئ القانونية في صياغة عقود...، المصدر السابق، ص 164.

(5) Walfgang Hahnkanper: Boundary between Binding and Non-binding Nature of Letters of intent and paper presented at the 24th Biennial conference of the Internapional Bar As-Sociation, CANNES 20-25 September, 1992, p.19.

مشار إليه: د. صالح بن عبد الله، المبادئ القانونية في صياغة عقود...، المصدر السابق، ص 83، ومن أهم القوانين الصادرة في فرنسا التي نصت على ضرورة الصياغة المحددة ما فرضه القانون 28 كانون الثاني (1972م)، المتعلق بالسعي المصرفي المالي، بفرض مذكرة إعلام محددة ومختصرة، وبالنسبة لبرامج الادخار الخطيرة نظراً إلى التعهدات الطويلة تفرض تسليم بيان يحوي اعلانات مختلفة (م/2/16). كما يفرض في شأن الشركات التجارية والمدنية التي تدعو الجمهور للادخار، اعلانات في شكل مذكرات وإذاعات وتعاميم محددة. كما فرض القانون 22 كانون الأول (1972)، حول البيع والسعي إلى التعاقد في المنزل المكمل بالمرسوم رقم 784-73 بتاريخ 9 آب (1973)، محدد في العقد طبيعة الحاجات أو الخدمات المقترحة وخصائصها. (م/2-3) من مدونة قانون الاستهلاك، وفرض قانون 31 كانون الأول (1966م) المكمل بمرسوم 31 كانون الأول (1966) أن تذكر في بطاقات الرحلات سلسلة من الإيضاحات الدقيقة، تحدد شروط السفر والخدمات التابعة. كما أن قانون أول تموز (1971)، في شأن عقد التعليم الخاص (المسافي) فرض تحديدا لخدمة الإشراف التربوي، وتوصيات العمل والأعمال المعدة للتنفيذ وكذلك تصحيحها.

(6) انظر: في استعراض أحكام القضاء الفرنسي في ذلك: د. احمد الزقرد، نحو نظرية عامة لصياغة العقود...، المصدر السابق، ص 234-235؛ د. جمال فاخر النكاس، العقود والاتفاقيات الممهدة للتعاقد، المصدر السابق، ص 177؛ وفي =استعراض أحكام هذا القضاء والتعليق عليها. انظر: مارسيل فونتان، قانون العقود الدولية - خطابات النوايا، المصدر السابق، ص 48، كذلك: د. إبراهيم نجار - استغلال خطاب الثقة - المصدر السابق، ص 67.

مصدر رسائل النوايا التعاقدية، أو ردود المرسل إليه برسائل أخرى مقابلة، لافتقارها في أساليب صياغاتها القانونية التي جينت بها لصفة التحديد والتعيين، على وجه يمنع اللبس عنها ويجردها من عموميتها<sup>(1)</sup>.

**الشرط الثالث: الصياغة الكاملة** لا تعد الصياغة القانونية لمستندات قبل التعاقد تعبيراً عن حقيقة إرادة أطرافها، ما لم ترد على كافة عناصر هذه المستندات والوثائق بصورة كاملة في مجملها<sup>(2)</sup>. وفي واقع الأمر يرى البعض من الفقه القانوني، إن شرط الصياغة الكاملة لمستندات قبل التعاقد، ما هو إلا شرط نسبي يختلف مداه تبعاً للأشكال المتعددة التي يتم تنظيم هذه المستندات على مقتضاها، والتي عادة ما تفرضها المراحل المختلفة التي تتخللها دعوات إلى التفاوض، مفاوضات، اتفاقات تمهيدية، تقوم الأطراف الساعية إلى التعاقد خلالها في تنظيم أوضاع مادية في حقبة ما قبل إبرام العقد النهائي<sup>(3)</sup>، ففي إطار المستندات قبل التعاقدية، التي يتم انتظامها في المرحلة السابقة على التفاوض كـ(المستندات الإعلانية) مثلاً، فقد تتجرد الصياغات القانونية لهذه المستندات عن ذكر جميع تفاصيل العلاقة التعاقدية المزمع الدخول فيها. وهو الأمر الذي يحتفظ لهذه المستندات بالصفة الثابتة لها، وبالطبيعة القانونية التي تكيف على مقتضاها<sup>(4)</sup>، ولا يختلف الأمر كثيراً في خصوص مستندات قبل التعاقد التي يتم تبادلها في أثناء مرحلة التفاوض ذاتها، كمستندات الاتفاقات المبدئية، الاتفاقات الأبدية... وغيرها، إذ تفتقد هذه المستندات أيضاً إلى العديد من العناصر القانونية التي تميزها عن مفردات التعاقد الملزمة، وتخرج بها عن ساحة العقد النهائي المنشود التي تصدر المستندات والوثائق التفاوضية، في سبيل تيسير إبرامه<sup>(5)</sup>، في ما يختلف الأمر عليه بالنسبة لمستندات قبل التعاقد التي تصدر في المرحلة التمهيدية للعقد التي يجب أن تتضمن الصياغة القانونية لمستنداتها ووثائقها التعاقدية على كافة العناصر الجوهرية (في النظام اللاتيني)، أو الجوهرية والثانوية معا في آن واحد (في النظام الانجلوسكسوني). وهو ما يستتبع القول بتحقيق شرط **الصياغة** القانونية الشاملة بالنسبة للضرب الأخير من هذه المستندات<sup>(6)</sup>.

(1) Com. 23 octobre 1990/ JCT 1991/ II/21684 not ch. Larroumet. P.107;

وفي التعليق على هذا الحكم بنبه الفقيه الفرنسي (Larroumet) إلى توخي الدقة والتحديد والعناية الشديدة، في صياغة خطابات النوايا، بسبب ما يترتب عليها من نتائج خطيرة، وبحيث لا يترتب على الصياغة، أن يلتزم الموقع على الخطاب، بأكثر مما يريد.

(2) انظر: د. احمد الزقرد، نحو نظرية عامة لصياغة العقود...، المصدر السابق، ص198؛ د. محمد إبراهيم دسوقي، الجوانب القانونية في إدارة المفاوضات...، المصدر السابق، بند 56، ص188.

(3) انظر في هذا الرأي:

Mario Riccomagno, op;cit. P4.

كذلك انظر: د. صالح بن عبد الله، المبادئ القانونية في صياغة عقود...، المصدر السابق، ص73.

(4) وفي كثير من الحالات تتفق الأطراف الساعية إلى التعاقد على النقاط الرئيسية في المستند ما قبل التعاقد فقط دون التفاصيل، وذلك رغبة منهم في ترك هذه المرحلة - مرحلة التفاصيل - في علاقاتهم التعاقدية إلى مستشاريهم ليقوموا بتحديد صياغتها. إلا أنه يجب تحديد ما إذا كانت الإرادة القانونية للأطراف قد تلاقت على النقاط الرئيسية في المستند أو لا. انظر: د. صالح بن عبد الله، المبادئ القانونية في صياغة عقود...، المصدر السابق، ص83؛ د. احمد شرف الدين، أصول الصياغة القانونية للعقود...، المصدر السابق، ص64.

(5) وهي الاتفاقات والخطابات المعاصرة لمرحلة المفاوضات، والتي اصطلح بتسميتها في الفقه الفرنسي بـ(شبه العقود). للتفاصيل، انظر: د. مصطفى محمد الجمل، السعي إلى التعاقد، المصدر السابق، ص162؛ د. حسام الدين الاهواني، مصادر الالتزام، المصدر السابق، ص79؛ د. احمد شرف الدين، أصول الصياغة القانونية للعقود...، المصدر السابق، ص65؛ د. محمد حسام محمود لطفي، المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض، المصدر السابق، ص5-6.

(6) وهي الاتفاقات والخطابات، اللاحقة للتفاوض والسابقة على انعقاد العقد النهائي، والتي اصطلح بتسميتها في الفقه الفرنسي أيضاً بـ(عقود ما قبل العقد)؛ ومع استقرار الرأي في الفقه القانوني على ضرورة اشمال المستند ما قبل التعاقد في صياغته (الوعد بالتعاقد، مذكرة التغطية المؤقتة، الاتفاق الابتدائي...)، على كافة العناصر الجوهرية للعقد النهائي، إلا أن طبيعة هذه العقود وعلاقتها بالعقد النهائي، لم تزل محل خلاف فقهي وقضائي؛ للتفاصيل، انظر: د. احمد الزقرد، نحو نظرية عامة لصياغة العقود...، المصدر السابق، ص279؛ كذلك انظر: د. عبد الحكيم فودة، الوعد بالتعاقد والتمهيد للتعاقد والعربون وعقد البيع الابتدائي، المصدر السابق، ص15-16؛ د. محمد محمد أبو زيد، المفاوضات في الإطار التعاقدية، المصدر السابق، ص16.

فيما ذهب البعض الآخر من الفقه القانوني<sup>(1)</sup>، إلى أن شرط الصياغة القانونية الكاملة لمستندات ووثائق ما قبل التعاقد، هو شرط أساسي لا غنى عنه في شتى فترات مرحلة ما قبل التعاقد، وأياً كانت الأشكال التي يتم تنظيم المستندات والوثائق ما قبل التعاقدية على مقتضاها. إذ يجب وفقاً لهذا الرأي أن تتضمن الصياغة القانونية على كافة العناصر الجوهرية للمستند ما قبل التعاقد بحد ذاته، دون النظر إلى طبيعة هذه العناصر، وأثرها بالنسبة إلى العقد النهائي المنشود. حيث يبقى للمستند ما قبل التعاقد الكيان المستقل - عند صدوره - والقيمة التعاقدية التي يختلف مداها، وفقاً لما تنتهي إليه الصياغة القانونية لعبارة وألفاظ مضمونه، وبخلاف ذلك أي صياغة بعض العناصر واقتطاع العناصر الأخرى من المستندات قبل التعاقدية، يثير مشاكل جمة، من أهمها هو النزاع على القوة الملزمة لها<sup>(2)</sup>، ومما جاء في سياق النصوص القانونية التي تحسبت إلى أهمية شرط الصياغة القانونية الكاملة للمستندات والوثائق ما قبل التعاقدية، ما نصت عليه المادة (13) من القانون المدني الكندي التي جاء في مضمونها: (يجب أن تتضمن الصياغات القانونية الرسمية وغير الرسمية للمستندات السابقة على توقيع العقد النهائي، على جميع العناصر كافة المميزة للارتباط لاتفاقي الملزم)<sup>(3)</sup>. كما أن قرار 20 تشرين الثاني (1987م) الفرنسي الصادر تطبيقاً للمادة (11) من مرسوم 6 كانون الثاني (1985م) حيث فرض أن يرد في الموجز الأولي الذي يجب أن يسلمه المؤمن للضحية في وقت تسليمها عرضه في شأن التعويضات، "جميع البيانات الإلزامية كافة الواردة في العقد النموذجي الملحق" مع التحديد أن هذا العرض: "ينبغي أن يقوم في شكل واضح ومقروء" وأن يكون "مكتوباً بأحرف لا يقل ارتفاعها عن ارتفاع معين" وينص مستند مشروع العقد النموذجي في مستهله على أن "الاعلامات الكاملة هدفها أن، تشرح لكم ما يجب القيام به وكيف سيتم صرف التعويض"<sup>(4)</sup>، وحيال موقف القضاء من اشتراط الصياغة القانونية الكاملة، ما أصدرته المحكمة العليا (محكمة النقض الفرنسية)، في قرار لها لفتت فيه نظر قضاة الموضوع إلى بيان العناصر الناقصة في الصياغة القانونية للوثيقة ما قبل التعاقدية، لا اعتبار التعبير عن الإرادة، ليس إيجاباً بالبيع<sup>(5)</sup>.

## الفرع الثاني

(1) انظر: في هذا الرأي:

R.Dick, legal drafting, Toronto, 1985. op; cit. p.19.

وفي تأييد هذا الرأي واستعراضه. انظر: د. عبد الفتاح مراد، شرح العقود التجارية والمدنية، المصدر السابق، ص62؛ د. احمد شرف الدين، أصول الصياغة القانونية للعقود...، المصدر السابق، ص46.

(2) انظر: د. احمد الزقرد، نحو نظرية عامة لصياغة العقود...، المصدر السابق، ص291؛ غير أن خطورة الصياغة القانونية الناقصة لمستندات قبل التعاقد تتجلى في مجال الإثبات المدني، وذلك لاصطدام الصياغة القانونية مع قاعدة الإثبات المعروفة "إثبات ما يخالف الكتابة أو يجاوزها إلا بالكتابة". للتفاصيل. انظر: د. عبد الرزاق احمد السنهوري، الموجز في النظرية العامة للالتزامات (1938)، فقرة 674، ص704؛ حسين المؤمن، نظرية الإثبات، ج2، المحررات والأدلة الكتابية، مطبعة النهضة بغداد (1975)، ص446؛ د. عبد المنعم فرج الصده، الإثبات، المصدر السابق، ص216؛ وفي شأن الاستثناءات التي ترد على هذه القاعدة، انظر: د. عبد السلام ذهني، الأدلة، ج1، ط5، مطبعة الإسكندرية (بدون سنة طبع)، ص430؛ وفي النصوص القانونية انظر: المادة (79) إثبات عراقي، المادة (61) إثبات مصري، المادة (55) بينات سوري، المادة (153) أصول محاكمات مدنية لبناني؛ المادة (40) إثبات كويتي؛ المادة (1341) مدني فرنسي.

(3) Wilfred M, Estey: "legal opinions in commercia transactions", (But-terworths. Toronto, Canada. 1990).

(4) انظر: في استعراض أهم القوانين الصادرة في فرنسا: د. محمد عبد الظاهر حسين، الجوانب القانونية للمرحلة السابقة للتعاقد، المصدر السابق، ص76؛ د. إسماعيل محمد المحاقري، الحماية القانونية لعديم الخبرة من الشروط التعسفية، المصدر السابق، ص312.

(5) انظر: في قرار محكمة النقض الفرنسية (حكم مشار إليه سابقاً):

Civ 8 Fevrier 1984/ JCP 1984/ IV/ 1119.

وقضت أيضاً في قرار آخر لها، "بان الصياغة القانونية للمستند التعاقدية (الكتالوج) الذي تم التوقيع عليه بالأحرف الأولى في البيع بطريق المراسلة، كان بغرض تسهيل الحصول على انتماء بنكي، ولإقناع الأطراف المانحة للانتماء بجدية المفاوضات، وبأنها تفسر نحو غابتها من حيث إبرام العقد النهائي، انتظاراً للحصول على إذن، أو ترخيص من الجهات المختصة. فان التوقيع بالأحرف الأولى لا ينتج أثره في إلزام الموقع بأي التزام تعاقدية، اشتمل عليه المستند موضوع النزاع..."

-civ. 31 mai 1983/B. C. V/1/°n 159- p.138.

## طرق الصياغة القانونية لمستندات قبل التعاقد

لا تقل طرق، أو أساليب الصياغة القانونية لمستندات قبل التعاقد، شأنًا عن الأهمية من شروطها، لاسيما - في نطاق البحث - وهو اثر الأولى في القوة الملزمة للأخيرة. وإذا كانت الصياغة القانونية لأي وثيقة أو مستند تعاقدي (عموما) تهدف إلى قولبة إرادة الأطراف الساعية إلى التعاقد. وتجسيدها بصورة مادية وكيان خارجي ملموس<sup>(1)</sup>، إلا إنها ليس من المحتم أو الملزم قانونا أن تأتي الصياغات القانونية لمستندات قبل التعاقد، وفق طرق معينة أو محددة، يلزم مصدر الخطاب أو منظّموا المستندات بها<sup>(2)</sup>، بل تتعدد طرقها تبعًا لما تراه الإرادة أو الإرادات التي استقلت في صياغة المحرر أو أحوالت ذلك إلى الغير أو عمدت إلى صياغة جاهزة سلفًا، وهي في كل ذلك، تستهدي على ضوء معطيات عدة أو اعتبارات مختلفة<sup>(3)</sup>، يقف في أمامها مدى الإلزام التعاقدي (القانوني)، الذي تنوي هذه الإرادة أو تلك الإرادات، أن تنوء به أو تدرئه عنها من خلال اختيار انسب الطرق في الصياغة القانونية لمستندات قبل التعاقد لتحقيق غاياتها. أو قد يكون ذلك وقفا لما تمليه أو تفرضه الطبيعة القانونية للعقد المزمع إبرامه أو مفاوضاته، وأثرها في المستند ما قبل التعاقد لذلك العقد الذي قد توائمه طرقًا معينة من الصياغات القانونية دون سواها<sup>(4)</sup>، فالصياغة القانونية لمستندات قبل التعاقد، شأنها في الأعم الغالب شأن الصياغة القانونية للعقود، فقد تكون عامة تتعدد الأساليب التي تأخذها تبعًا لصرامة العبارات التي تأتي بها وجمود ألفاظها في الدلالة على تحديد العناصر التي تتضمنها، والتي يعد في طبيعتها عنصر الإلزام القانوني، وهو ما أطلق عليه بـ (الصياغة الجامدة)، فيما قد تكون صياغة العبارات التي يتضمنها المستند ما قبل التعاقد، فضفاضة ينطوي تحديدها على كثير من التقدير، في استكناه الأثر الملزم وجودًا أو عدمًا، وهي الصورة التي أطلق عليها بـ (الصياغة المرنة). وقد تأتي الصياغة القانونية العامة بين هذا وذاك (الجمود والمرونة) وهو ما أطلق عليه بـ (الصياغة المختلطة)<sup>(5)</sup>، أما الطريق الثاني الذي يمكن أن تسلكه الصياغة القانونية لمستندات قبل التعاقد، فهو ما أطلق عليه بـ (الصياغة بالأهداف) أو (الصياغة المسببة)، وبمقتضاها يتم تنظيم المستند ما قبل التعاقد، وتحديد أثره التعاقد في الإلزام القانوني من عدمه، تبعًا للأهداف أو الأسباب التي جسدها صياغته<sup>(6)</sup>، فيما يكون الطريق الأخير الذي نعرض عليه للصياغة القانونية لمستندات قبل التعاقد، والذي شاع استخدامه كثيرًا في الواقع العملي، هو ما يقتضي إتباع أسلوب الصياغة القانونية المعدة سلفًا من قبل أحد الأطراف (الأفراد)<sup>(7)</sup>، أو من قبل هيئات أو منظمات، تختص بصياغة العقود النموذجية وتحديد منطها الإلزامي تبعًا لذلك؛ وعلى التوالي نبحت كل طريق من طرق الصياغة القانونية لمستندات قبل التعاقد في النقاط الآتية:

(1) انظر: في هذا المعنى: د. حسام الدين الأهواني، النظرية العامة للالتزامات، المصدر السابق، بند 51، ص 271؛ د. احمد الزقرد، نحو نظرية عامة لصياغة العقود...، المصدر السابق، ص 178.

(2) باستثناء صيغ مستندات التعاقد التمهيدية الرسمية التي يتطلب القانون لصياغتها طرق معينة، وتتبع فيها إجراءات خاصة. للتفاصيل، انظر: شوقي وهبي ومهنى مشرفي، الصيغ القانونية للعقود الرسمية والعرفية، ط 8، (بلا مكان طبع) (1990)، ص 372.

(3) انظر: د. احمد شرف الدين، أصول الصياغة القانونية للعقود...، المصدر السابق، ص 45.

(4) د. عبد الفتاح مراد، شرح العقود التجارية والمدنية، المصدر السابق، ص 57؛ د. احمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، ج 1، المصدر السابق، ص 61؛ د. صالح بن عبد الله، المبادئ القانونية في صياغة عقود... المصدر السابق، ص 154؛ د. طالب حسن موسى، صياغة عقود التجارة الدولية، المصدر السابق، ص 188؛ ومن الفقه الغربي المقارن. انظر:

=William F. Foxm Gr. Op; cit; p. 119.

(5) انظر: د. احمد الزقرد، نحو نظرية عامة لصياغة العقود...، المصدر السابق، بند 9، ص 187؛ د. طالب حسن موسى، صياغة عقود التجارة الدولية، المصدر السابق، ص 189.

(6) انظر في ذلك: د. محمد إبراهيم دسوقي، الجوانب القانونية في إدارة المفاوضات...، المصدر السابق، بند 157، ص 191.

(7) انظر: في ذلك: د. صالح بن عبد الله، المبادئ القانونية في صياغة عقود... المصدر السابق، ص 147؛ فؤاد العلواني ود. عبد الجمعة موسى، الأحكام العامة في التفاوض والتعاقد، المصدر السابق، ص 38؛ د. محمد عبد الظاهر حسين، الجوانب القانونية للمرحلة السابقة للتعاقد، المصدر السابق، ص 753.

**أولاً: الصياغة العامة،** تُعد طريقة الصياغة القانونية العامة لمستندات قبل التعاقد الطريقة الأكثر ملائمة في صياغة المستندات والوثائق ما قبل التعاقدية البسيطة والأولية، التي تصدر في الخطوات الأولى من مرحلة ما قبل التعاقد، والتثبت من وجود نوايا تعاقدية لدى مصدرها<sup>(1)</sup>، سواء اتجهت نحو تقرير الأثر الملزم على عاتقها، وإلزامها بما تم تصديره من أوضاع مادية صدرت عنها من خلال ما وضعته من توقيعات على المستند الصادر عنها، أم ابتعدت بنفسها في ذلك عن جادة الإلزام القانوني بالتعاقد. ومن ذلك ينصرف مقتضى مفهوم الصياغة العامة، إلى صب بيانات المستند ما قبل التعاقدية (العناصر، البنود، .....، الملاحق، التواقيع)، على وفق التسلسل الاعتيادي في صياغة أي مستند أو وثيقة تعاقدية مستقلة<sup>(2)</sup>، أما بخصوص النص على ثبوت عنصر الإلزام القانوني، أو انتقائه في هذا النوع من الصياغات، فيذهب البعض من الفقه القانوني انه لا يمكن للقاضي أو المحكم، الاستدلال عليه أو افتراضه من دون النص الواضح، من قبل مصدر الخطاب، أو منظمو المستندات الاتفاقية أو المتعددة الأطراف على ذلك<sup>(3)</sup>. وعادة ما أسفرت التطبيقات المتعددة التي شاع تبادلها في الواقع العملي، لهذا النوع من الصياغة عن تذييل المستندات والوثائق ما قبل التعاقدية في أخرياتها إشارات تثبت ذلك الأثر أو تنفيه<sup>(4)</sup>، ومع ذلك فإن الرأي قد استقر في الفقه القانوني<sup>(5)</sup>، على التسليم بوجود صور شائعة يمكن أن تأخذها الصياغة القانونية العامة لمستندات قبل التعاقد، وهي كالآتي:

1- الصياغة الجامدة: قد تحرص الأطراف الساعية إلى التعاقد على تحديد مضمون مستندهم التعاقدية، في فترة ما قبل إبرام العقد النهائي، والتأكيد على ثبوت عنصر الإلزام القانوني له أو نفيه عنه، تبعاً لما يرغبون فيه، بشيء من الدقة والتعيين، وأفضل وسيلة لتحقيق ذلك، هو اللجوء لطريقة الصياغة القانونية الجامدة، التي تحدد أو تعبر عن الالتزامات الثابتة في المستندات والوثائق ما قبل التعاقدية، فضلاً عن تحديد القيمة القانونية لها، بطريقة قطعية وثابتة<sup>(6)</sup>، وتتحقق هذه الصورة من الصياغات بوسائل عدة منها: استخدام الأرقام والأعداد الحسابية أو اللجوء إلى أساليب الحصر والتحديد. والأولى (الأرقام والأعداد الحسابية) تستخدم أما لتحديد المواعيد أو التواريخ، أو تحديد الكميات، في حين تستخدم الثانية (أساليب الحصر والتحديد) لتحديد التزامات الأطراف إذا كانت متعددة، أو يتفرع عنها التزامات أخرى<sup>(7)</sup>. ويتربط على إتباع الطريقة الجامدة للصياغة القانونية العامة لمستندات قبل التعاقد نتيجة مفادها، أن النص على اثر القوة الملزمة (إيجاباً)

(1) انظر: د. صالح بن عبد الله، المبادئ القانونية في صياغة عقود... المصدر السابق، ص162؛ د. احمد شرف الدين، أصول الصياغة القانونية للعقود...، المصدر السابق، ص66؛ د. محمد إبراهيم دسوقي، الجوانب القانونية في إدارة المفاوضات...، المصدر السابق، بند 157، ص194؛ د. طالب حسن موسى، صياغة عقود التجارة الدولية، المصدر السابق، ص189؛ اشرف محفوظ، أصول صياغة العقود ومستنداتها، المصدر السابق، ص25؛ ومن الفقه الغربي المقارن انظر: R. Dick, legal drafting, op; cit; p.24.

(2) ويعرف البعض من الفقه القانوني الصياغة القانونية العامة، لمستندات قبل التعاقد: بأنها الصياغة الاسترالية، دون تسبب، للتفاصيل. انظر: د. احمد الزقرد، نحو نظرية عامة لصياغة العقود...، المصدر السابق، ص192؛ وفي استعراض تسلسل أقسام المستند وفق الصياغة العامة، انظر: د. احمد شرف الدين، أصول الصياغة القانونية للعقود...، المصدر السابق، ص115.

(3) انظر: د. صالح بن عبد الله، المبادئ القانونية في صياغة عقود...، المصدر السابق، ص80-161؛ د. هاني صلاح سري الدين، المفاوضات في العقود التجارية الدولية، المصدر السابق، ص104.

(4) ومن ابرز هذه التطبيقات، المستندات التي شاع تبادلها في العقود التجارية الدولية، أو في عقود القانون الوطني التي تشتمل على صفقات ضخمة، مثل خطابات النوايا التعاقدية، والبروتوكولات الاتفاقية، لاستعراض طرق الصياغات القانونية لهذه المستندات وأثرها في القوة الملزمة لها، انظر: د. جمال فاخر النكاس، العقود والاتفاقيات الممهدة للتعاقد، المصدر السابق، ص176-183؛ د. هدى عبد الله، النظام القانوني للمرحلة السابقة على التعاقد، المصدر السابق، ص349؛ د. محمد عبد الظاهر حسين، الجوانب القانونية للمرحلة السابقة للتعاقد، المصدر السابق، ص782.

J. p. Bertel; les lettres deintention Revue Banque no 895.

(5) انظر في ذلك: د. احمد الزقرد، نحو نظرية عامة لصياغة العقود...، المصدر السابق، ص186؛ د. محمد إبراهيم دسوقي، الجوانب القانونية في إدارة المفاوضات...، المصدر السابق، بند 147، ص178.

(6) انظر في ذلك: د. احمد الزقرد، نحو نظرية عامة لصياغة العقود...، المصدر السابق، ص187؛ ويرى البعض إنها الطريقة الملائمة لصياغة ضمانات التنفيذ قبل بدأ مرحلة التعاقد. للتفاصيل: انظر: اشرف محفوظ، أصول صياغة العقود ومستنداتها، المصدر السابق، ص27؛ د. طالب حسن موسى، صياغة عقود التجارة الدولية، المصدر السابق، ص190.

(7) د. احمد الزقرد، نحو نظرية عامة لصياغة العقود...، المصدر السابق، ص187؛ د. عبد الفتاح مراد، شرح العقود التجارية والمدنية، المصدر السابق، ص67؛ اشرف محفوظ، أصول صياغة العقود ومستنداتها، المصدر السابق، ص28.

أي بثبوتها، أو (سلباً)، أي بانتفائه. لا يترك للمحكمة أو المحكم، حال قيام نزاع حول مدى القيمة القانونية للمستند أو الوثيقة ما قبل التعاقدية، قدراً من الحرية، أو التقدير لظروف الواقع وملابساته<sup>(1)</sup>.

2- الصياغة المرنة: وبعبارة ما سبق، فقد تكون الصياغة القانونية العامة للمستندات والوثائق ما قبل التعاقدية، مرنة باستخدام ألفاظ وعبارات ينطوي تحديدها على كثير من التقدير، سواء تعلق الأمر في ذلك من وجه أول بمضمون الالتزام الثابت في المستند ما قبل التعاقد، أو تعلق الأمر في ذلك من وجه آخر بثبوت أثره الملزم من عدمه<sup>(2)</sup>. فمن الناحية الأولى، يعد الملزم بمقتضى المستند ما قبل التعاقد منفذاً لالتزامه، إذا تبين مراعاته المبادئ العامة التي ترعى الالتزامات التعاقدية، (كمبدأ حسن النية ما قبل التعاقد مثلاً)، أو بذل في سبيل ذلك العناية المطلوبة، وهي في الغالب عناية الرجل المعتاد<sup>(3)</sup>.

3- الصياغة المختلطة: (الجمع بين الجمود والمرونة)، إذا كان الالتزام الثابت في المستند ما قبل التعاقد لا يسلم بوجوده، ولا يعد ملزماً في أنظمة القانون اللاتيني إلا بالاتفاق على جميع العناصر الجوهرية والثانوية، التي ينزلها الأطراف الساعية إلى التعاقد منزلة العناصر الجوهرية من ناحية أولى<sup>(4)</sup>. أو بالاتفاق على جميع عناصره، الجوهرية والثانوية في أنظمة القانون الانجلوسكسوني من ناحية ثانية<sup>(5)</sup>، فإن طريق الصياغة القانونية العامة التي تأخذ صورة الجمود قد تناسب بعض عناصر المستندات قبل التعاقدية، وبعضها الآخر قد يتعين لصياغتها الطريقة المرنة<sup>(6)</sup>، ولذا تأتي الصياغة القانونية في معظم مستندات قبل التعاقد، جامعا للنوعين معاً، وهي فيما تسمى بـ (الصياغة المختلطة)<sup>(7)</sup>. ولا شيء جديد يخص هذا النمط من الصياغات القانونية للمستندات التعاقدية في مرحلة ما قبل توقيع العقد النهائي، بل هي مزيج من أصول الصياغة الجامدة، والمرنة التي ذكرناها آنفاً، سواء تعلق الأمر في ذلك في تحديد مضمون الالتزام الثابت في المستند ما قبل التعاقد، أو اقتصر الشأن على استجلاء ثبوت الأثر الملزم المترتب على توقيع المستند أو تصدير الوثيقة (الخطاب) من

(1) انظر في ذلك: د. محمد إبراهيم دسوقي، الجوانب القانونية في إدارة المفاوضات...، المصدر السابق؛ وعنده من ناحية أولى إن الصياغة القانونية الجامدة أقرب إلى الالتزام بتحقيق نتيجة؛ بند 149، ص 180؛ د. أحمد الزقرد، نحو نظرية عامة لصياغة العقود...، المصدر السابق، ص 189.

(2) د. محمد إبراهيم دسوقي، الجوانب القانونية في إدارة المفاوضات...، المصدر السابق؛ وعنده من ناحية ثانية إن الصياغة القانونية المرنة، أقرب إلى الالتزام ببذل وسيلة؛ بند 149، ص 180؛ د. أحمد الزقرد، نحو نظرية عامة لصياغة العقود...، المصدر السابق، ص 188؛ أشرف محفوظ، أصول صياغة العقود ومستنداتها، المصدر السابق، ص 30.

(3) انظر في ذلك: د. أحمد شرف الدين، أصول الصياغة القانونية للعقود...، المصدر السابق، ص 30؛ د. محمد حسين عبد العال، ضوابط الاحتجاج والمستندات العقدية، المصدر السابق، ص 90؛ د. محمد إبراهيم دسوقي، الجوانب القانونية في إدارة المفاوضات...، المصدر السابق، ص 185؛ د. محمد عبد الظاهر حسين، الجوانب القانونية للمرحلة السابقة على التعاقد، المصدر السابق، ص 756؛ د. نزيه محمد الصادق المهدي، الالتزام قبل التعاقد بالإدلاء بالمعلومات والبيانات المتعلقة بالعقد، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة - مصر، (1982)، ص 42.

(4) د. جمال فاخر النكاس، العقود والاتفاقيات الممهدة للتعاقد، المصدر السابق، ص 138؛ يزيد أنيس نصير، التطابق بين القبول والإيجاب، المصدر السابق، ص 119.

(5) د. هاني صلاح سري الدين، المفاوضات في العقود التجارية الدولية، المصدر السابق، ص 106-107؛ د. أحمد الزقرد، نحو نظرية عامة لصياغة العقود...، المصدر السابق، ص 258؛ د. عبد المجيد العنكي، العقد في القانون الانجليزي، المصدر السابق، ص 73.

(6) انظر في استعراض هذه الصورة والإشارة إلى بعض تطبيقاتها: د. أحمد الزقرد، نحو نظرية عامة لصياغة العقود...، المصدر السابق، ص 191؛ د. أحمد شرف الدين، أصول الصياغة القانونية للعقود...، المصدر السابق، ص 41.

(7) ويضيف البعض من الفقه القانوني، أن صياغة العناصر الجوهرية لمستند ما قبل التعاقد يجب أن تتم وفق طريقة الصياغة الجامدة، في حين تصاغ الالتزامات الثانوية والضمانات المتفرعة في هذه المستندات، بعبارات مرنة؛ للتفاصيل. انظر: د. محمد إبراهيم دسوقي، الجوانب القانونية في إدارة المفاوضات...، المصدر السابق، بند 157، ص 189؛ د. صالح بن عبد الله، المبادئ القانونية في صياغة عقود...، المصدر السابق، ص 76-77.

جهة، أو انتفاء ذلك الأثر لأي وضع من هذه الأوضاع الأخيرة، من جهة أخرى<sup>(1)</sup>.

**ثانيا: الصياغة بذكر أهداف التعاقد (المسببة)،** قد تتخذ الصياغة القانونية لمستندات قبل التعاقد، لاسيما في المستندات والوثائق المعقدة والمطولة، التي تصدر في إطار عقود التجارة الدولية، أو عقود القانون الوطني التي تشمل على صفقات ضخمة، شكل طريقة التسبب بالأهداف أو الأغراض، التي صدر ذلك المستند أو الوثيقة تجسيدا ماديا لها<sup>(2)</sup>، ومن ذلك يذهب البعض من الفقه القانوني إلى تحديد مفهوم الصياغة القانونية (المسببة)، بأنه انصراف أطراف المستند أو الوثيقة إلى بيان الغرض أو الهدف الذي يسعون الوصول إليه من تنظيم هذه المحررات، وفق آلية قانونية تبرز ذلك في المقدمة التمهيدية (الدباجة)، أو في أي موضع آخر من ثانيا المستند أو الوثيقة التي تم تنظيمها بينهم، فالغالب أن يتضمن المستند ما قبل التعاقد في مقدمته حيثيات استهلاكية، تبين الاعتبارات التي دفعت مصدر الخطاب أو منظمو المستندات الاتفاقية (الثنائية أو المتعددة الأطراف)، نحو السعي إلى إبرام العقد<sup>(3)</sup>، ولعل أهم ما لوحظ في صياغة الأهداف أو الأغراض التي من أجلها أو بسببها تم تنظيم المستندات والوثائق ما قبل التعاقدية، هو اقتران هذه الأسباب وعلاقتها بالأثر الذي يترتب على المستند أو الوثيقة، الذي يختلف مداه، تبعا للوصف الذي يخلع عليه، ووفقا لعبارات أهداف الصياغة القانونية التي يجيء فيها<sup>(4)</sup>. حيث يرى البعض من الفقه القانوني فيما أنه إذا تبين من الصياغة القانونية للأغراض أو الأهداف التي من أجلها تم تنظيم المستند ما قبل التعاقد، تشكل الأسباب الباعثة أو الدافعة إلى إبرام العقد النهائي، فإن هذا يدل على اتجاه إرادة الأطراف إلى الارتباط بالالتزام التعاقدية<sup>(5)</sup>، بخلاف الأمر عليه في ما لو تضمنت هذه الأغراض أو الأهداف (الأسباب) مجرد استعراض وصفي عام يبين الأغراض أو الأهداف التي يبتغي تحقيقها كل طرف، في ما إذا اقتضاها الآخر. بعد دراستها واستقصاء جدواها مع ما يروم تحقيقه من مصالح قبل توقيع العقد النهائي، فإن هذا يعني إن مصدر الخطاب ومنظمي مستندات قبل التعاقدية الأخرى تتخلف عندهم النية القانونية في الارتباط التعاقدية الملزم<sup>(6)</sup>. ومع ذلك فإن ارتباط طريقة الصياغة القانونية بالأهداف (المسببة)، مع الأثر الملزم للمستندات والوثائق ما قبل التعاقدية، ما هي

(1) انظر: د. احمد شرف الدين، أصول الصياغة القانونية للعقود...، المصدر السابق، ص74؛ د. احمد الزقرد، نحو نظرية عامة لصياغة العقود...، المصدر السابق، ص192؛ د. طالب حسن موسى، صياغة عقود التجارة الدولية، المصدر السابق، ص193.

(2) انظر: د. احمد الزقرد، نحو نظرية عامة لصياغة العقود...، المصدر السابق، ص191؛ اشرف محفوظ، أصول صياغة العقود ومستنداتها، المصدر السابق، ص5؛ د. محمد إبراهيم دسوقي، الجوانب القانونية في إدارة المفاوضات...، المصدر السابق، بند 150، ص182؛ ويسمى البعض من الفقه القانوني المقارن. مثل:

G, Lanville Williams : lerning the law/ Stevens London (1978)p. 58.

(3) انظر: موسيرون:

J.M. Mousseron/ Technique contractuelle eduition Juridiques le Febvre Paris (1988); p. 133. كذلك بلانكو. J.M. Mousseron/ Technique contractuelle eduition Juridiques le Febvre Paris (1988); p. 133. Doninique Blanco Negociet et redigerum. Contract international, Paris; (1993);p.88.

نقلا عن: د. احمد شرف الدين، أصول الصياغة القانونية للعقود...، المصدر السابق، ص127.

(4) انظر: د. صالح بن عبد الله، المبادئ القانونية في صياغة عقود...، المصدر السابق، ص76.

(5) انظر في هذا الرأي:

R. B. Lake& a. Draetta; op; cit, p. 224-225.

كما هو الحال في تلك المستندات التي توجد في ترتيبات ما قبل العطاء Agreement-bid-pre أو دمج الشركات، للتفاصيل، انظر: د. صالح بن عبد الله، المبادئ القانونية في صياغة عقود...، المصدر السابق، ص77؛ كذلك انظر في شأن صياغة الاتفاقات الأساسية (اتفاقات المبادئ للمشروعات المشتركة. الأستاذين: باتيستا وبارتيز Barthez Les Associations de Enterprises (Joine -Baptista etDurand 50.-Dentures) dans lecommerce internapionl Collection. FEDUCI. L.G.D.J.paris 1986; pp.49

مشار إليهما :د. حسام محمد عيسى، نقل التكنولوجيا، المصدر السابق، ص231.

(6) وتطبيقا للصياغة بالأهداف، فإن المتأمل في عقود الترخيص، يرى بأنها تبدأ عادة بتوضيح الهدف من إبرام العقد، فضلا عن التعريف بالمرخص له، ومدى الحاجة إلى الإفادة من المعرفة الفنية، ومدى خبرة مانح الترخيص في مجال النشاط المرخص به، والمراكز النموذجية التابعة له. للتفاصيل، انظر: د. فايز رضوان، عقد الترخيص التجاري، ط1، جامعة الإمارات العربية المتحدة، (1990)، ص140.

إلا قرينة بسيطة قابلة لإثبات العكس، لاسيما في ما إذا وجد في بنود هذه المستندات والوثائق ما يدحض ذلك<sup>(1)</sup>، ومن النصوص القانونية النادرة التي وردت في التشريعات الخاصة، التي ألزمت أطراف المستندات قبل التعاقدية، ببيان الأهداف والأغراض التعاقدية في ثنايا الصياغات القانونية لمحركاتهم هو ما نصت عليه المادة (12) من التشريع الروماني، (المرسوم الخاص بإنشاء وتنظيم الشركات المختلطة في عام 1972) بأنه : ((يجب أن يتضمن المستند التعاقدية، الذي يوقع قبل العقد تنظيماً تفصيلياً بشكل ومضمون وأهداف الاتفاق الأساسي للمشروع المشترك لنظام الشركة التي تتولى تشغيله))<sup>(2)</sup>. وفي خصوص موقف القضاء من الصياغة القانونية بالأهداف (المسببة)، قضت محكمة النقض الفرنسية في احد قراراتها، "بان الصياغة القانونية لمذكرة التفاهم (خطاب نوايا)، التي يوضحان بموجبه هدف المفاوضة، والنقاط التي تتناولها بصورة تفصيلية، تعد موجب تفاوضاً لهما، متى ما كانت عباراتها تنص صراحة على الالتزام، أو توجي به..."<sup>(3)</sup>. كما قضت محكمة بروج بأنه "لا يمكن للمحكمة أن تفهم من المبررات أو الأسباب التي جاءت في فحوى مستند خطاب النوايا الاتفاقي، القيمة التعاقدية - موضوع النزاع - التي ضمناها الأطراف الموقعة عليه"<sup>(4)</sup>.

**ثالثاً: الصياغة النمطية (الصياغة النموذجية)،** تُؤخذ الصياغة القانونية لمستندات قبل التعاقد في الاعتقاد الشائع على إنها التجسيد المادي لإرادة أطرافها وفقاً لما انتهت إليه الأصول التفاوضية بينهم<sup>(5)</sup>. فالصياغة - عندئذ - تعتبر تصديقاً من الطرفين أو الأطراف المتعددة، عما اتفق عليه من المفاوضات. ومن ذلك يذهب الرأي الراجح من الفقه القانوني<sup>(6)</sup>، أن المفاوضات تأتي في الترتيب في عملية التعاقد قبل صياغة المستندات والوثائق ما قبل التعاقدية، لاسيما في ما إذا اصطبغت هذه الأخيرة، بالصفة القانونية الملزمة، ومع ذلك فقد بزغ إلى الواقع العملي ضرباً من الصياغات القانونية لمستندات قبل التعاقد، ينعدم وجود أي أصول تفاوضية قبل تصديرها أو توقيعها أو على الأقل وجود هذه الأصول التفاوضية دون أن تكون الصياغة القانونية المختارة لهذه المستندات والوثائق ثمرة نتائجها. وهذا النوع من الصياغات القانونية هو ما أطلق عليه بـ (الصياغة النمطية أو النموذجية)<sup>(7)</sup>؛ وإذا كان ومن خلال المتتبع للواقع العملي (عقود الأطر العامة - عقود التجارة الدولية)، ينم على أن الصياغة القانونية (النمطية)، لمستندات قبل التعاقد تجد مكانها المألوف، باعتبارها ملاحق عقدية للعقود النموذجية التي يحيل إليها أو إلى شروطها العامة، أطراف العلاقة التعاقدية موضوع العقد المراد إبرامه بينهم<sup>(8)</sup>، فإنها أيضاً (وهو الفرض الذي يدخل في نطاق البحث) قد تنظم بوثائق و مستندات منفردة عن ذلك، يستقل بتنظيمها احد

(1) انظر: د. محمد إبراهيم دسوقي، الجوانب القانونية في إدارة المفاوضات...، المصدر السابق، بند 161، ص 197.

(2) Bulletin officiel de la Republique Socialiste de Roumanie, Bacarest. Le 2 Novembre (1972), ٥n 424.

(3) Conclusions de m. montanier, avocet general. Cass. Com. 21 dec (1987)/ JCP (1988) 21113.

(4) قرار المحكمة الابتدائية الفرنسية في بروج، تشرين الأول، (1989)، مجلة قصر العدل، (1990)، الاسبوع الأول، ص 202.

(5) انظر: في ذلك المعنى: د. احمد شرف الدين، أصول الصياغة القانونية للعقود...، المصدر السابق، ص 18؛ اشرف محفوظ، أصول صياغة العقود ومستنداتها، المصدر السابق، ص 26؛ د. عبد الفتاح مراد، شرح العقود التجارية والمدنية، المصدر السابق، ص 53.

(6) انظر: د. صالح بن عبد الله، المبادئ القانونية في صياغة عقود...، المصدر السابق، ص 143؛ د. حسن الحسن، التفاوض والعلاقات العامة، المصدر السابق، ص 12؛ د. محمد إبراهيم دسوقي، الجوانب القانونية في إدارة المفاوضات...، المصدر السابق، ص 25؛ د. محمد محمد أبو زيد، المفاوضات في الإطار التعاقدية، المصدر السابق، ص 52؛ د. احمد شرف الدين، أصول الصياغة القانونية للعقود...، المصدر السابق، ص 91-90؛ د. طالب حسن موسى، صياغة عقود التجارة الدولية، المصدر السابق، ص 173، باستثناء صياغة المستند ما قبل التعاقدية، الذي يتضمن شرط (إعادة التفاوض) الذي تتسم صياغته القانونية، بعد الأصول التفاوضية. للتفاصيل انظر: د. احمد شرف الدين، أصول الصياغة القانونية للعقود...، المصدر السابق، ص 91؛ د. صلاح الدين جمال الدين، عقود الدولة لنقل التكنولوجيا، المصدر السابق، ص 340.

(7) انظر: في استعراض هذه النماذج من صياغة المستندات قبل التعاقدية على مقتضى الصياغة النموذجية أو الشروط العامة: د. احمد عبد الحميد عشوش، قانون العقد...، المصدر السابق، ص 77؛ د. حمزة حداد، العقود النموذجية في القانون التجارية الدولية، (دراسة في البيع الدولي للبضائع)، أطروحة دكتوراه، القاهرة - مصر، (1975)، ص 94؛ =المستشار احمد منير فهمي، دراسة مقارنة للأئحة عقود البيع التجارية الدولية الجديدة لعام (1990)، (Incotrms)، مجلس الغرف التجارية والصناعية، السعودية، ط 1، (1412هـ/1991م)، ص 97.

(8) انظر: د. احمد شرف الدين، أصول الصياغة القانونية للعقود...، المصدر السابق، ص 105؛ د. حمزة حداد، قانون التجارة الدولي، ط 1، الدار المتحدة للنشر (1980)، ص 19، وفي صياغة وثائق التأمين النموذجية انظر: د. محمد عبد الظاهر حسين، الجوانب القانونية للمرحلة السابقة للتعاقد، المصدر السابق، ص 755؛ د. احمد شرف الدين، أصول الصياغة القانونية للعقود...، المصدر السابق، ص 109.

الأطراف، كما هو شأن الصياغة القانونية للمستندات الإعلانية (الكاتولوجات - الكتيبات - الملصقات)، التي ترد استقلالا عن أي عقود نموذجية قد تتضمنها، أو حتى عن أي أصول تفاوضية تسبقها<sup>(1)</sup>. كذلك يرى البعض من الفقه القانوني أن نماذج العقود ما هي إلا تطبيقاً ببناءً وواضحاً للصياغة القانونية لمستندات قبل التعاقد، على سند من القول، بأن اعتبار نموذج العقد الذي يستقل بصياغته، الطرف القوي (غالبا)، ذو طبيعة عقدية صرفة، أمرا لم يزل محل نظر في مختلف الأوساط القانونية<sup>(2)</sup>. ومع ذلك فإنه من المسلم به فقها وقضاء - علاوة عما سبق - أن نماذج المستندات قبل التعاقدية مثل: (مستندات العقد الابتدائي، وثائق التغطية المؤقتة، محررات عقد العمل تحت التجربة أو الاختبار، أوراق التحكيم.... وغيرها). هي انماذج من ضروب الصياغة القانونية النمطية لمستندات قبل التعاقد، مستقلة عن العقود النهائية التي تمهد لها، سواء كانت هذه الأخيرة بحد ذاتها عقود اعتيادية، أم نموذجية هي الأخرى<sup>(3)</sup>. وبخصوص ارتباط اثر الصياغة القانونية (النموذجية) لمستندات قبل التعاقد بالقوة الملزمة للأخيرة، فإن الرأي قد استقر في الفقه القانوني المقارن<sup>(4)</sup>، ومن خلال ما ساد في التطبيق العملي لمرحلة ما قبل التعاقد من ضمانات أساسية للحفاظ على مبدأ حرية التعاقد وسلطان الإرادة، على أن المستندات قبل التعاقدية التي تأتي صياغاتها وفق نماذج معدة سلفا لا يمكن التسليم بثبوت القيمة القانونية لها على وجه الإلزام، ما لم يتوفر في النموذج ما قبل التعاقد الشرطين الآتيين:

1- النص الصريح من قبل مُصوّر الخطاب أو مُرسل المستند، أو مُعد النموذج على اعتبار هذا المستند ذا قوة تعاقدية ملزمة.

2- أن ينتبه أو يعلم الطرف الآخر أو الأطراف المتعددة، من لم يشترك في الصياغة أو في أصولها التفاوضية، إلى البند الذي يتضمن المناط الإلزامي للمستند ما قبل التعاقد. على أنه لا تنطبق الصياغة النمطية أو تنتج أثرها الملزم، سواء عند التعاقد أو في المرحلة السابقة عليها، في بنودها أو شروطها التي تخالف القواعد الأمرة في التشريع الوطني. وتأكيدا لذلك وتفصيلا له، فإن شرط الثمن الذي يفرضه الصانع على بائع التجزئة Prix impose محظور بنص المادة (34) من

(1) انظر: د. احمد الزقرد، نحو نظرية عامة لصياغة العقود...، المصدر السابق، ص209؛ د. عبد الفتاح عبد الباقي، مصادر الالتزام في القانون الكويتي، المصدر السابق، بند 65، ص143، وفي عرض عيوب العقود النموذجية والشروط العامة انظر: د. عبد الفتاح عبد الباقي، مصادر الالتزام، المصدر السابق، ص144؛ د. مصطفى محمد الجمل، السعي إلى التعاقد، المصدر السابق، 94-95.

(2) انظر في ذلك الرأي: د. احمد عبد الرحمن الملحم، نماذج العقود ووسائل مواجهة الشروط المجحفة فيها، المصدر السابق، ص252؛ د. سعدون القشطيني، الشروط العامة لمقاولات أعمال الهندسة المدنية، ط2، مطبعة المعارف، بغداد، (1975)، ص4-5؛ وفي عرض بعض الآراء الفقهية المؤيدة لنفي الطبيعة التعاقدية عن هذا النوع من المستندات. انظر: فؤاد العلواني ود. عبد الجمعة موسى، الأحكام العامة في التفاوض، المصدر السابق، ص39؛ ومن الفقه الغربي المقارن. انظر: آلن سيب، الشروط العامة للتعاقد، دراسة معروضة إلى الفريد جوفيرد، كلية القانون في أكس، مرسيليا، ص621.

-Aaln Siab "International commercial Arbitration Jurisdiction Denied: the pyramid collapses (1986). Journal of Business law, (1986) p.87.

(3) د. احمد الزقرد، نحو نظرية عامة لصياغة العقود...، المصدر السابق، ص193؛ د. احمد شرف الدين، أصول الصياغة القانونية للعقود...، المصدر السابق، ص54؛ انظر: د. صالح بن عبد الله، المبادئ القانونية في صياغة عقود... المصدر السابق، ص135؛ د. عبد الفتاح مراد، شرح العقود التجارية والمدنية، المصدر السابق، ص64؛ د. جمال فاخر النكاس، العقود والاتفاقيات الممهدة للتعاقد، المصدر السابق، ص183؛ وهذا أيضا ما أكدته محكمة النقض المصرية في قرارها الذي جاء فيه "بأنه يمكن أن تتضمن وثيقة التأمين المؤقتة في صياغاتها شروطا تختلف عن وثيقة التأمين النهائية باعتبار الوثيقة الأولى مستندا تعاقديا أنموذجيا....". طعن رقم (1207)، لسنة 51 ق - 1/5، (1987) موسوعة قضاء النقض في المنازعات التجارية والبحرية والضرائب، إعداد: د. فتحية قره، منشأة المعارف بالإسكندرية - مصر، ص81.

(4) P.Callens & J. Joeteyn: the Boundary between Binding and Non- Binding; op; cit. p.14.

مشار إليهما: د. صالح بن عبد الله، المبادئ القانونية في صياغة عقود... المصدر السابق، ص83؛ وحول مبدأ حماية الرضائية وموقع العقود النموذجية منه، انظر: د. حسن المصري، العقود التجارية في القانون الكويتي والمصري والمقارن، ط1، مكتبة الصغار، الكويت، (1990)، ص48؛ بخلاف ذلك يرى البعض من الفقه القانوني المقارن: أن المستندات قبل التعاقدية (النموذجية)، تعد ملزمة ولو لم يطلع احد الأطراف، عند توقيعه النموذج على كافة شروطه، ما دام تم الاتفاق مسبقا على الإحالة إليها فهي لا تختلف عن القواعد المكملة في التشريع الوطني، التي يجوز للمتعاقدين الاتفاق على ما يخالف أحكامها، فإن لم يرد مثل هذا الاتفاق اعتبرت ملزمة انظر:

Terre, Simler, Lequeppe; op; cit. p. 157.

مشار إليه: د. احمد الزقرد، نحو نظرية عامة لصياغة العقود...، المصدر السابق، ص195.

القانون الفرنسي الصادر في أول ديسمبر 1986، فإن وجد في العقد النموذج أو الشروط العامة شرط اوبند، فرض فيه الصانع على البائع، البيع بسعر معين، تعين استبعاده كذلك وإذا تبين بان الشروط العامة التي أحيل إليها في التعاقد تشتمل على شرط تعسفي abusive-clause يمنح احد المتعاقدين، مزايا على حساب الآخر، تعين استبعاده في العقود التي تربط المهنيين في المستهلكين، بمقتضى نص المادة (38) من قانون 10 يناير 1987<sup>(1)</sup>، ومن ذلك يذهب البعض من الفقه القانوني، إلى توجيه من يقع عليه أمر الصياغة، أو يكون موكولا بها عبء الإلمام بالقواعد الأمرة في تشريعه الوطني، ليتسنى له انتقاء البنود التي لا تخالفها في العقود النموذجية أو الشروط العامة<sup>(2)</sup>، وفي ما عدا ذلك، تنطبق الصياغة النمطية، وتكون ملزمة قانونا، شريطة العلم بها أو قبولها على ما رأينا. والأصل أن تسليم المحرر التعاقد للموجه إليه الإيجاب قرينة على علم الأخير، ومن ثم على قبوله ما لم يثبت عكس ذلك<sup>(3)</sup>، وإذا خلت النصوص القانونية في التشريعات المدنية المقارنة من أدنى إشارة على الصياغة القانونية النمطية (النموذجية) لمستندات قبل التعاقد، وهو أمر طبيعي في ظل القصور التشريعي للمرحلة السابقة للتعاقد، فإنه من الجدير بالإشارة ما نظمته المشرع الانكليزي، في عام (1977)، والذي عرف بتشريع بنود العقد المجحفة<sup>(4)</sup>، الذي جاء متضمنا لاصطلاح نموذج العقد ومصطلح مشروع نموذج العقد، ولقد منح هذا القانون مكنة إبطال البنود غير المعقولة، إذا ثبت احد الأطراف تعامل بموجب نموذج عقد أو مشروع اعد مسبقا من الطرف الآخر. بيد أن المشرع الانكليزي لم يعرفه على وجه الدقة، رغبة منه في مد مفهومه إلى أوسع مدى ممكن، وهو ما انتهت إليه اللجنة الانجليزية والاسكتلندية المكلفة بوضع هذا القانون، من أن المحاكم قادرة على معرفة نماذج العقود ومشروعاتها<sup>(5)</sup>. وفي إطار النصوص القانونية العربية، من الصياغات النموذجية للعقود والتصرفات القانونية عموما، نصت المادة (147) من المشروع التمهيدي للقانون المصري على أن: ((إذا وضعت السلطة العامة، أو أي هيئة نظامية أخرى نموذجا لأحد العقود، فإن من يبرم هذا العقد ويحيل على النموذج بتقيد بالشروط الواردة فيه))<sup>(6)</sup>، ويبدو أن المشرع الكويتي في المادة (51) من القانون المدني رقم (67) لسنة 1980، يقرر صحة التعاقد وفقا لعقد نموذج، ما لم يثبت أي من الطرفين، عند حصول الاتفاق، انه لم يكن يعلم بأحكام العقد النموذج، ولم تتح له الفرصة في أن يعلم بها، حيث نصت المادة (1/51) على إن: ((إذا اتفق المتعاقدان على أن تسري في شؤونهما أحكام عقد نموذج أو لائحة نموذجية، سرت هذه الأحكام، ما لم يثبت أي منهما انه، عند حصول الاتفاق بينهما، لم يعلم بهذه الأحكام، ولم تتح له الفرصة في أن يعلم بها)).

(1) انظر في استعراض هذه القوانين: بيبير مالفيرني، الشروط العامة والعقود النموذجية للمنظمات المهنية، مكتبة القانون الخاص، (1987)، ص117، مشار إليه: جستان، الانعقاد، المصدر السابق، ص60 وما بعدها.

(2) انظر: د. احمد الزقرد، نحو نظرية عامة لصياغة العقود...، المصدر السابق، ص196؛ د. احمد شرف الدين، أصول الصياغة القانونية للعقود...، المصدر السابق، ص108؛ انظر: د. صالح بن عبد الله، المبادئ القانونية في صياغة عقود...، المصدر السابق، ص147.

(3) انظر: د. عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط، ج1، المصدر السابق، ص264؛ د. مصطفى محمد الجمال، السعي إلى التعاقد، المصدر السابق، ص58؛ د. مصطفى العوجي، القانون المدني، ج1، المصدر السابق، ص261؛ د. عبد السلام التونجي، التعاقد بين الغائبين، المصدر السابق، ص210؛ د. يزيد أنيس نصير، التطابق بين الإيجاب والقبول، المصدر السابق، ص97.

(4) Section 3 (1) unfair contract Terms Act (1977).

انظر في التعليق على هذا القانون: د. احمد عبد الرحمن الملحم، نماذج العقود...، المصدر السابق، ص254؛ كذلك انظر: د. صالح بن عبد الله، المبادئ القانونية في صياغة عقود...، المصدر السابق، ص169، ومن القوانين الأخرى التي تضمنت إشارات إلى الصياغة القانونية النموذجية لمستندات قبل التعاقد، هو القانون انكلترا وويلز، الذي استعمل اصطلاح (نماذج الشروط المكتوبة للتجارة).

"Written standard terms of Business"

للتفاصيل: د. احمد عبد الرحمن الملحم، نماذج العقود...، المصدر السابق، ص256.

(5) Law. Commission Report no 69 and Scottish law commission Reoport no39 Excemmmption Clauses, Second =Report, para 157.

في حين يرى البعض من الفقه القانوني بان، استجلاء الأثر الملزم للنماذج العقدية، بعد تنفيذ العقد، يكون من خلال التفسير، وهو تفسير هدفه إزالة التناقض بين شروط الطرفين الواردة في نموذجيهما، لتقدير مدى إلزامها. للتفاصيل. انظر: د. يزيد أنيس نصير، التطابق بين الإيجاب والقبول، المصدر السابق، ص140.

(6) انظر: د. عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط، ج1، المصدر السابق، ص251.

ونصت الفقرة الثانية من ذات المادة على إن: ((وإذا كانت أحكام العقد النموذج أو اللائحة النموذجية، التي لم يحصل العلم بها أساسية، بطل العقد، فإن كانت ثانوية، تولى القاضي حسم الخلاف في شأنها، وفقا لطبيعة المعاملة والعرف الجاري ومقتضيات العدالة))، وفحوى المادة (51) بفقرتيها (1) و(2)، يشير إلى اتفاق المتعاقدين على أن تسري في شؤونهما أحكام عقد نموذج، أي عقد يحقق مصالح لكل من الطرفين، ولم يستقل أحد الأطراف بإعداده. لذا أجاز المشرع لكلا الطرفين حق التنصل عند تنفيذ العقد في حال عدم العلم بأحكام العقد النموذج، عند حصول الاتفاق<sup>(1)</sup>، هذا ولا يتضمن القانون المدني العراقي نصا خاصا في تنظيم هذا الضرب من التعاقد، أما القضاء فهو الآخر قد حرص على نفي عنصر الإلزام القانوني عن المستندات والوثائق ما قبل التعاقدية، التي يتم تنظيمها وفق صياغات معدة سلفا من قبل أحد الأطراف، أو كان تنظيم ذات المستندات أو الوثائق قد تم بالاعتماد على صياغات نموذجية جاهزة في عقد معين من العقود يحال إليها عند تصدير الوثائق وتوقيع المستندات في مرحلة ما قبل التعاقد<sup>(2)</sup>، ومن ذلك ما جاء في أروقة المحاكم الفرنسية، حيث قضت محكمة النقض الفرنسية في حد قراراتها "...ولذلك طبقا لإحكام العرف التجاري، إن خطابات النوايا النموذجية التي اعتادت الشركة القابضة طبعها وتصديرها إلى البنوك لدعم أفرع لها، لتسهيل عملية الإقراض لا تعد وثيقة تعاقدية ملزمة، دون نص صريح من جانب مصدرها (الشركة القابضة)، التحمل بالالتزام الذي تتعين طبيعته القانونية وفق صياغة عبارات الخطاب"<sup>(3)</sup>. كذلك قضت المحكمة العليا في إنجلترا (مجلس اللوردات)، في خصوص المستندات السابقة على التعاقد، التي قامت بطلبها إحدى الشركات من الأخرى لدراسة العرض المقدم من الأخيرة، (وهي عروض بالتعاقد منظمة وفق صيغة اليوتبنو)، بأن هذا الطلب يخلو من أي قيمة قانونية ملزمة، وجاء في حيثيات قرارها "...ينبغي الأخذ بالبساطة في إنشاء المستندات، كي لا يشكل فهمها على العامة بأنها ملزمة بمجرد توقيعها، فيضيع الغرض عنها، بدلا من أن يتضح على حقيقته وينفذ"<sup>(4)</sup>.

## المطلب الثالث

### أشكال مستندات قبل التعاقد

من المسلم به، وفقا للقواعد العامة في نظرية الالتزام أن كل تصرف قانوني - بمعناه الدقيق - لا يمكن أن يستند في قيامه من دون وجود العامل الإرادي الذي يتجه به نحو إحداث اثر قانوني معين، وبمقتضى طبيعة ذلك التصرف، قد يستقل العامل الإرادي في إنشائه فيأخذ طبيعة التصرف الانفرادي، أو يشترك مع قرين آخر يقابله ويتوافق معه فيأخذ الشكل التعاقد<sup>(5)</sup>. ولما كانت مستندات قبل التعاقد، ما هي إلا قوالب وكيانات مادية، توضع فيها إحدى الإرادات القانونية، أو تكون مستوعبة لإرادتين أو أكثر ساعية نحو التعاقد<sup>(6)</sup>، فإن ما تأتي به هذه المستندات من أشكال قانونية تعاقدية قد انحصر

(1) انظر: د. احمد عبد الرحمن الملحم، نماذج العقود...، المصدر السابق، ص253؛ د. احمد الزقرد، نحو نظرية عامة لصياغة العقود...، المصدر السابق، ص195.

(2) وقد كان حرص القضاء في ذلك مبنيا لحماية الطرف الضعيف من الالتزام القانوني عند توقيعه على مستندات نموذجية، لم يتسنى له الاطلاع عليها، للتفاصيل انظر: د. احمد الزقرد، نحو نظرية عامة لصياغة العقود...، المصدر السابق، ص196؛ د. يزيد أنيس نصير، التطابق بين الإيجاب والقبول، المصدر السابق، ص120.

(3) نقض مدني فرنسي، 6ديسمبر (1989)/دالوز (1990)/ ح س ب/ (1990)/ 11/ 21001. ص312.

(4) Broom, s legal Maxims, 10th ed by kersley and cantab (1993) Sweet& Maxwell london.

(5) انظر في هذا المعنى: د. حسن عبد الباسط جميعي، النظرية العامة في الالتزامات، مصادر الالتزامات وفقا لقانون المعاملات المدنية الاتحادي لدولة الإمارات العربية المتحدة، العين، جامعة الإمارات، كلية الشريعة والقانون، مذكرات بالاستئسل (1990)، ص69.

(6) انظر: د. احمد الزقرد، نحو نظرية عامة لصياغة العقود...، المصدر السابق، ص185؛ د. حسام الدين الاهواني، النظرية العامة للالتزامات،

بين مستندات أحادية الإرادة، تأخذ من التعهدات والخطابات والرسائل الفردية الصادرة من احد الأطراف، في مرحلة ما قبل التعاقد، تطبيقات شاع تبادلها في الواقع العملي، وبين مستندات أخرى تشتمل فيها إرادتين أو أكثر<sup>(1)</sup>، لإنشاء اتفاق قانوني في مرحلة ما قبل التعاقد، تشكل الاتفاقات التعاقدية الابتدائية، الاتفاقات المبدئية، خطابات النوايا (الصادرة من الطرفين)، أهم تطبيقاتها التي افرز ذات الواقع (العملي) شيوعها أيضا<sup>(2)</sup>. وعلى كل حال، فإن تحديد القيمة القانونية لخطابات النوايا، وبحسبانها مستندات ووثائق (فردية - ثنائية) الأطراف يتم تحريرها وتبادلها قبيل وأثناء مرحلة المفاوضات في العقود المختلفة، يمكن الكشف عنها من خلال بحث حقيقة أشكالها التي تأتي بها واثار ذلك في صياغة عباراتها بألفاظ توحى بتبني عنصر الإلزام القانوني لها، وهذا يقتضي التعريف على أشكال مستندات قبل التعاقد وهو ما أعالجه فيما يلي .

## الفرع الأول

### الخطابات الفردية الصادرة من احد الأطراف

تتخذ غالبية المستندات التي تحرر في مرحلة ما قبل توقيع العقد النهائي، أشكال خطابات فردية يستقل بتنظيمها احد الأطراف وفقا للمصلحة التي يبتغيها، ويرسلها إلى الطرف الآخر الذي يروم الدخول معه في علاقة تعاقدية مستقبلية<sup>(3)</sup>، بغية لإضفاء القيمة القانونية، أو سلبها تبعاً لما توحى به الصياغة القانونية لعبارات الخطاب وألفاظ مضمونه على المستند المرسل في الأونة التي صدر فيها هذا الأخير<sup>(4)</sup>. ففي فرض أول تصدر هذه الخطابات، بغية التأكيد على جدية مرسلها في السعي إلى التعاقد، واثبات نيته في الارتباط التعاقدي القانوني مع الطرف الآخر، مسجلاً بذلك موقفاً مسبقاً للتعاقد، حتى لا تحصل مفاجآت لاحقة لم يكن في ذهن احد الأطراف توقعها، وتعد خطابات النوايا، (الصادرة من احد الأطراف)، خطابات المساندة، (الموازية)... الخ من التطبيقات العملية لمستندات هذا الفرض<sup>(5)</sup>. وعلى النقيض من ذلك - في الفرض الثاني - فقد تكون الغاية المتوخاة، من تحرير هذه الخطابات، هو التأكيد على نفي أي التزام القانوني قد يترتب خلال فترة المساومات والمناقشات التي دارت بين المتفاوضين في مرحلة ما قبل التعاقد، يكون من المحتمل أن يعول عليها احد الأطراف في رفع

المصدر السابق، ص83 وما بعدها؛ د. محمد حسام محمود لطفي، المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض، المصدر السابق، ص5.

(1) انظر: د. محمد حسين عبد العال، ضوابط الاحتجاج والمستندات العقدية، المصدر السابق، ص147؛ د. احمد شرف الدين، أصول الصياغة القانونية للعقود، المصدر السابق، ص59؛ د. هاني صلاح سري الدين، المفاوضات في العقود التجارية الدولية، المصدر السابق، ص103.

(2) هذا وقد استبعدنا التطرق في ثنايا بحثنا هذا إلى شكل مستندات قبل التعاقد التي ينظمها الأطراف المتعددة في ما بينهم قُبيل إبرامهم بعض العقود المركبة، مثل: (عقود كونسرتيوم، عقود تسليم مفتاح، عقود فرانشايز...)، وذلك لصلة هذه المستندات بالعقود التجارية الدولية الصرفة. للتفاصيل، انظر: د. هاني صلاح سري الدين، المفاوضات في العقود التجارية الدولية، المصدر السابق، ص123؛ د. صالح بن عبد الله، المبادئ القانونية في صياغة عقود التجارة الدولية، المصدر السابق، ص56؛ وحول مستندات الاتفاقات المتعددة الأطراف في عقود التجارة الدولية. انظر: د. هاني صلاح سري الدين، (بحث بالانجليزية):

Sarie-Eidin H., Consortia Agreements in the International industry with special Reference to Egypt Kluwer law international (1996); p.152.

(3) إذ يصدر هذا الشكل من المستندات قبل التعاقدية في شتى فترات المرحلة السابقة على التعاقد، ويكثر تصديرها في مرحلة ما قبل التفاوض، على وجه الخصوص، لتأخذ صور مستندات وخطابات الدعوة إلى ذلك. للتفاصيل، انظر: د. احمد الزقرد، نحو نظرية عامة لصياغة العقود...، المصدر السابق، ص238؛ د. محمد عبد الظاهر حسين، الجوانب القانونية للمرحلة السابقة للتعاقد، المصدر السابق، ص733.

(4) حيث تعد الصياغات القانونية التي تصاغ بها عبارات وألفاظ هذه المستندات، هي المعيار الفصل، في إضفاء أو سلب القوة الملزمة بالنسبة لهذا الشكل من المستندات قبل التعاقدية. للتفاصيل، انظر: د. احمد الزقرد، نحو نظرية عامة لصياغة العقود...، المصدر السابق، ص182؛ د. احمد شرف الدين، أصول الصياغة القانونية للعقود، المصدر السابق، ص73.

(5) انظر: د. مصطفى محمد الجمال، السعي إلى التعاقد، المصدر السابق، ص418؛ وفي مقاصد خطابات النوايا الانفرادية وأنواعها انظر: د. احمد عبد الكريم سلامة، القانون العقد الدولي، مفاوضات العقود الدولية - القانون الواجب التطبيق وأزمته، ط2، معهد الادارة العامة، الرياض - السعودية (1998)، ص36؛ وفي استعراض خطاب الموازنة أو المساندة من توصيات أو تعهدات تعاقدية، انظر: د. احمد عبد الجواد، خطابات النوايا... المصدر السابق، ص101؛ د. نبيل إبراهيم سعد، الضمانات غير المسماة... المصدر السابق، ص158.

دعوى المسؤولية المدنية، (تعاقدية - تقصيرية)، على مصدر هذه الخطابات<sup>(1)</sup>، ولتلافي هذا الأثر تدبيل هذه الخطابات بعبارة قانونية صريحة تنزع منها القيمة التعاقدية الملزمة. كما هو الشأن في بعض صور خطابات النوايا (الصادرة من احد الأطراف)، التعهدات الشرفية، الوعود الأدبية، التوصيات التعاقدية الصادرة من الغير. فجميع مستندات هذه الخطابات، غالبا ما تتضمن عبارات من نوع "إنها ليست عقدا"، أو "إنها غير ملزمة قانونا"، "الوثيقة ليست من طبيعة عقدية".... الخ<sup>(2)</sup>. وإذا كان الواقع العملي، قد كشف شيوع خطابات الفرض الثاني بتبادلها بين الأطراف، أكثر من خطابات الفرض الأول، فإن الرأي الغالب في الفقه القانوني لم يتردد في اعتبار العديد من هذه الخطابات، لها قيمة قانونية، باعتبارها إيجابا ملزما لمن صدرت عنه يلتزم المرسل بمقتضاها إذا ضرب لها اجل قانوني معلوم، وتضمنت بصياغتها القانونية على عناصر تتصف بالجهرية للعقد المزمع إبرامه، مع إرادة باتة نحو التعاقد<sup>(3)</sup>، في حين اتجه جانب آخر من الفقه القانوني المقارن، إلى أن الخطابات الصادرة من احد الأطراف إلى الآخر، ليس لها قيمة قانونية تعاقدية، ولا تدخل في نطاق الرابطة العقدية على سند من القول، بأنها محض مبالغة لا تخرج عن كونها تدليسا مباحا<sup>(4)</sup>. وإزاء عدم تعرض النصوص القانونية، لمثل هذه الخطابات أو لمدى قيمتها التعاقدية، فإن الغالبية العظمى من التشريعات المدنية، غلّفت هذه الخطابات بغلاف الوعد بالتعاقد الملزم لجانب واحد، أن تضمنت الصياغات القانونية لهذه الوثائق والمستندات المجسدة للخطابات التعاقدية، المسائل الجوهرية للعقد الموعود به، والمدة التي يتعين خلالها على الموعود له أن يبدي قبوله لخطاب الواعد. وبالتالي قطع المشرع دابر كل نزاع، قد يثور حول هذا الشكل من الخطابات بإضفاء القيمة التعاقدية عليها<sup>(5)</sup>. أما الموقف القضائي من هذا الضرب من المستندات، فقد تأرجح بين أحكام جردت الخطابات الفردية الصادرة في مرحلة ما قبل التعاقد، من احد المتعاقدين من قيمتها التعاقدية الملزمة، وهذا ما قضت به محكمة النقض المصرية، فأكدت في احد أحكامها، بأنه "إذا كان

(1) انظر: د. مصطفى العوجي، القانون المدني، العقد، ج1، المصدر السابق، ص221؛ د. صالح بن عبد الله، المبادئ القانونية في صياغة عقود التجارة الدولية، المصدر السابق، ص78.

(2) انظر فيما يتعلق بالكتيبات الإعلانية: د. عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط، ج1، المصدر السابق، ص221؛ د. احمد عبد الرحمن الملحم، نماذج العقود...، المصدر السابق، ص210؛ ويعد البعض المستند الاعلاني إيجابا، عند توفر النية الجازمة في إحداث الأثر القانوني. انظر في ذلك: د. عبد المجيد الحكيم، نظرية العقد، المصدر السابق، ص137؛ شيشر وفيوت، قواعد الإيجاب والقبول... المصدر السابق، ص18؛ فريد فتان، مصادر الالتزام، شرح مقارن على النصوص، ط3، مطبعة العاني، بغداد (1956-1957)، ص40؛ د. عبد الفتاح عبد الباقي، دروس في مصادر الالتزام، مطبعة نهضة مصر، (بدون سنة طبع)، ص81.

(3) انظر: د. محمد عبد الظاهر حسين، الجوانب القانونية للمرحلة السابقة للتعاقد، المصدر السابق، ص735؛ وفي شأن الإعلانات الثابتة والملصقات التي تلعب دورا مؤثرا في قانون العمل والتأمينات الاجتماعية، حيث تتمتع بقوة ملزمة في مواجهة من يتمسك بمحتواها، كما أن مخالفة تعليمات الأمن والسلامة المنصوص عليها في الإعلانات الثابتة للمشروع أو المنشأة يمكن أن يترتب عليها سقوط حق العامل في تعويض إصابة العمل ومصدر الإلزام بها هو العقد، فاللائحة التنظيمية للمشروع مكملة للعقد. انظر: د. حسام الدين الاهواني، شرح القانون العمل، المصدر السابق، هـ1، ص86؛ د. عبد السلام التونسي، التعاقد بين الغائبين، المصدر السابق، ص166؛ وفي إضفاء القوة الملزمة لبعض صور التعهدات الشرفية، التي تتضمن موجبات محددة بخلاف التعهدات الأدبية المحضة انظر: د. مصطفى العوجي، القانون المدني، العقد، ج1، المصدر السابق، ص228؛ د. مصطفى محمد الجمال، السعي إلى التعاقد، المصدر السابق، ص403؛ د. محمد نصر الدين منصور، "المفاوضات الجماعية" بحث منشور في كتاب بعنوان النظام القانوني للعاملين في مصر، مركز البحوث والدراسات القانونية والتدريب المهني، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، (1993)، ص199 وما بعدها.

(4) انظر: د. صالح بن عبد الله، المبادئ القانونية في صياغة عقود التجارة الدولية، المصدر السابق، ص76؛ د. احمد شرف الدين، أصول الصياغة القانونية للعقود، المصدر السابق، ص65؛ وفي استعراض بعض الآراء والأحكام القضائية، انظر: د. احمد الزقرد، نحو نظرية عامة لصياغة العقود...، المصدر السابق، ص215؛ د. حسام الدين الاهواني، النظرية العامة للالتزامات، ج1، المصدر السابق، ص83؛ ومن الفقه الفرنسي الرافض، لإضفاء أي قوة ملزمة لخطابات ما قبل التعاقد، ولا يدخلها في معنى الإيجاب أو يعدها وثيقة تعاقدية لها قيمة قانونية. انظر:

J. Shmidt. Nejoination etconclusion, du contract/ (1982) p.149; Lake, Letters of intent..., op; cit, n,59 et.s.

ومن الفقه العراقي المعاصر. انظر: د. سعد حسين عبد ملحم الحلبوسي "التفاوض في العقود عبر شبكة الانترنت، بين القواعد العامة في نظرية الالتزام والضرورات العملية، ط1، بغداد، كلية الحقوق، جامعة النهرين، (2004)، ص43؛ المحامي صابر محمد عمار، "المفاوضة في عقود التجارة الالكترونية"، بحث منشور على شبكة الانترنت، منتدى المحامين - اتحاد المحامين العرب. الموقع:

<http://www.Mohamoon.Com/Montada/ Messagedetails. Asp: p-Messageic1= 333-51 k>.

(5) وهي الخطابات الصادرة في المرحلة التمهيدية للتعاقد، ومن ابرز تطبيقاتها التشريعية خطابات (الوعد بالتعاقد). انظر: نص المادة (1589) من القانون المدني الفرنسي، والمادة (22) من القانون الالتزامات السويسري، والمادة (154) من القانون المدني الألماني، والمادة (91) من القانون المدني العراقي، والمادة (101) من القانون المدني المصري.

الحكم المطعون فيه قد رتب على أن الخطاب الصادر من شركة السيارات، يعد إيجاباً ملزماً لها. وإن طلب حجز السيارة المقدم من المطعون ضده الأول إلى الشركة الموزعة، يعد منه قبولاً للإيجاب الصادر من الشركة المنتجة، وإن العقد يكون قد تم بناءً على ذلك، فإن الحكم يكون قد حجب نفسه عن بحث ما تمسكت به الشركة الموزعة، من أن ما صدر عنها، لا يعدو أن يكون دعوة إلى التعاقد، وإن طلب حجز السيارة المقدم إلى الشركة الموزعة هو الذي يعد إيجاباً، وكذلك عن بحث إذا ما كان هذا الإيجاب قد صادف قبولاً انعقد به عقد بيع السيارة، موضوع النزاع، فإنه يكون مشوباً في قصور في التسبب، مما أدى به إلى خطأ في تطبيق القانون....<sup>(1)</sup> في حين اتجه الجانب الغالب، من قرارات وأحكام المحاكم الحديثة نسبياً إلى إضفاء القيمة القانونية الملزمة، على الخطابات الفردية الصادرة في مرحلة ما قبل التعاقد و الموقعة من احد الأطراف العاقدة في الدخول في العلاقة التعاقدية، ومن ذلك ما قضت به محكمة النقض الفرنسية (الدائرة التجارية)، في احد قراراتها بان ".... لما كان خطاب النوايا محض تعهد بالوفاء بالدين، أن لم يقم المدين بالسداد، فلا يخرج إذن عن معنى الكفالة"<sup>(2)</sup>. وعلى ذات المنحى قضت محكمة لندن، بمناسبة خطاب نوايا حرره احد الأطراف تضمن، عبارات من نوع ( we have the intention to be engaged ) أي (إن لدينا النية في الالتزام)، هو تعبير صريح عن إرادة الالتزام القانوني بعقد معين<sup>(3)</sup>. هذا ولم يلحظ في شأن القضاء العراقي وجود قرارات قضائية واضحة تعكس بيان الموقف الذي يؤيده، من مستندات قبل التعاقد التي تأخذ شكل الخطابات الفردية، أو تعرضه لبيان مدى قيمتها القانونية، سوى ما أورده القضاء المذكور، من تطبيقات اقتصرت على الخطابات التعاقدية لتطبيق الوعد بالتعاقد الملزم لجانب واحد، حيث قضت محكمة التمييز العراقية في احد قراراتها، "إن حقيقة المحرر الكتابي الذي بموجبه قطع الطرف الأول وعدا للطرف الثاني، بتوقيع عقد البيع النهائي بينهما خلال المدة المحددة فيه، لا يعدو أن يكون وعدا بالتعاقد، ملزماً لمن صدر عنه ذلك المحرر، ولا يوجد مسوغ قانوني لإلزام الطرف الثاني في إمضاء العقد أو تقرير المسؤولية المدنية، ما دام العدول الذي صدر من الطرف الآخر قد تم قبل وضع قبوله على ذات المحرر"<sup>(4)</sup>.

## الفرع الثاني

(1) نقض مدني مصري، 1976/3/12/ أحكام النقض سنة 25/ رقم 80/ ص492؛ وقرب من ذلك نقض مدني مصري = 1969/6/19/ أحكام النقض/ السنة 20/ رقم 159، ص1017؛ ويعلق بعض الفقه، على هذه الاقضية بالقول أن قضاء النقض في مصر، لم يزل يتحفظ من التوسع في الاستثناء في اعتبار الإعلان والعروض التعاقدية، في مرحلة ما قبل التعاقد، إيجاباً وإنما يكون دعوة إلى التفاوض. وهو بهذا يجاري حدود الحرية التعاقدية ولا يمس بسلطانها، كما انه يجاري الواقع العملي المتطور، فالقول بغير ذلك يعني فتح الباب على مصراعيه، لحالات لا حصر لها من الطلبات، أما أن يلتزم المعلن بالوفاء بها، وأما أن يلتزم بالتعويض، بما يؤدي إلى خسارة فادحة. انظر: د. احمد الزقرد، "محاولة لإنقاذ العقود من الفسخ" بحث منشور في مجلة البحوث القانونية والاقتصادية/ العدد الثالث، السنة الرابعة عشرة، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، عدد 1/ اكتوبر 2001، ص92.

(2) تمييز مدني فرنسي 1986/11/5/ مجموعة القواعد القانونية/ يونيو، (1996)/ رقم 2، ص58؛ و تمييز 1987/2/11/ مجلة القضاء والقانون السنة 15/ أكتوبر 1994/ رقم 34، ص128؛ في ما تواتر قضاء محكمة التمييز الكويتية، على أن في إثبات الرضاء بالكتابة، ضمان كافي لجعله صريحا، انظر مثلاً: تمييز 3/6/ رقم 1930، ص403، و تمييز 1984/4/20/ رقم 1416، ص274؛ وبان الكفالة في بيوع السيارات بالتقسيط يجب أن تكون مكتوبة وصريحة تمييز كويتي 1987/2/11/ رقم 1151، ص93.

(3) Thomas J; Aspects of Building coneracts: A Comparative View of English and French law in the light of Harnonisation, bh. D Thesis, Unidersity of London (1994) p.57.

نقلا عن: د. أمية علوان، ملاحظات حول القانون الواجب التطبيق...، المصدر السابق، هـ، ص11 وما بعدها؛ كذلك أورد ذات القرار: د. احمد الزقرد، نحو نظرية عامة لصياغة العقود...، المصدر السابق، ص236؛ وذكر عند: د. هاني صلاح سري الدين، المفاوضات في العقود التجارية الدولية، المصدر السابق، ص28.

(4) انظر: إبراهيم المشاهدي، معين القضاة، ط2، مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة التمييز، القسم الأول - الثاني - الثالث، المجلد الأول والثاني، مطبعة الزمان، بغداد، (1996)، ص43.

## الاتفاقات الثنائية الصادرة من الطرفين

ينظم الأطراف في إطار سعيهم الجاد نحو التعاقد، شكلاً آخر من مستندات قبل التعاقد، يكون مهوراً بتوقيع جميع تلك الأطراف، حيث تجسد هذه الأشكال التعاقدية من المستندات الصور المادية للاتفاق السابق على التعاقد الذي توافقت الإرادات القانونية عنده<sup>(1)</sup>، وعادة ما تكون الغاية المتوخاة من مثل هذه الاتفاقات، هو تقييد الحرية التعاقدية للأطراف الساعية إلى التعاقد في قطع المفاوضات أو الاستمرار فيها أو حتى الدخول إليها منذ البداية، وبالتالي ينقلب الالتزام بمقتضى هذه المستندات، من التزام قانوني عام إلى التزام تعاقدى ملزم، تنهض المسؤولية العقدية عند الإخلال به<sup>(2)</sup>، وتتعدد أنواع هذا الشكل من المستندات، من مستندات اتفاقات الدخول في التفاوض، ومستندات اتفاقات الاستمرار في المفاوضات العقدية، ومستندات الاتفاقات ما قبل التعاقدية بتقديم المعلومات، إضافة إلى مستندات الاتفاقات التقليدية، (الاتفاقات الابتدائية، الوعد بالتعاقد الملزم للجانبين، مذكرة التغطية المؤقتة، عقد العمل تحت التجربة أو الاختبار....). كمستندات لاتفاقات ثنائية أو متعددة الأطراف متضمنة للالتزامات القانونية ايجابية، إلى مستندات اتفاقات عدم التفاوض مع الغير لمدة محددة، ومستندات اتفاقات الالتزام بسرية المعلومات في مرحلة ما قبل التعاقد، كوثائق لاتفاقات أخرى ثنائية أو متعددة الأطراف متضمنة للالتزامات القانونية سلبية<sup>(3)</sup>، وإذا كان الفقه القانوني قد حسم الجدل الذي أثير حول الطبيعة القانونية لأغلب أنواع هذا الشكل من المستندات، باعتبارها مستندات تعاقدية بالمعنى الدقيق، وإن كانت تمهيدية للعقد النهائي، لاسيما التقليدية منها<sup>(4)</sup>، فإن الأنواع الأخرى منها لاسيما تلك التي تتصف بالحدث القانونية، أثارت جدلاً فقهيًا وتشريعياً وقضائياً لم يحسم حتى الآن. ففي الوقت الذي يسلم أنصار الفقه اللاتيني بالطبيعة العقدية لمستندات الاتفاقات الثنائية، أو المتعددة الأطراف في مرحلة ما قبل توقيع العقد النهائي<sup>(5)</sup>، يرفض فقهاء الاتجاه الانجلوسكسوني، ذلك القول تفادياً التعرض لمبدأ الحرية التعاقدية وسلطان الإرادة في المرحلة ما قبل التعاقدية<sup>(6)</sup>. ويصدق الأمر ذاته بالنسبة لموقف التشريعات القانونية المدنية من هذه الاتفاقات، فالعبرة وفقاً للمدرسة القانونية الفرنسية، وحيث يسود تعريف العقد، بأنه توافق إرادتين على ترتيب اثر قانوني، في اعتبار مستند ما عقداً، هو التعبير عن إرادة طرفيه في التعامل على أساس تعاقدى، وهو ما يحدث عندما يحرص طرفا اتفاق على إثباته في محرر وتذييله بتوقيعيهما. وهذا تماماً ما ينطبق على العديد من الاتفاقات الثنائية

(1) وتعد مستندات الاتفاقات المبدئية، ومستندات الاتفاقات الإطارية من أبرز صور مستندات قبل التعاقد الثنائية أو المتعددة الأطراف، للتفاصيل. انظر: د. احمد الزقرد، نحو نظرية عامة لصياغة العقود...، المصدر السابق، ص271؛ د. إبراهيم نجار، اتفاق المبدأ، المصدر السابق، ص60؛ د. محمد إبراهيم دسوقي، الجوانب القانونية في إدارة المفاوضات...، المصدر السابق، ص108؛ د. هدى عبد الله، النظام القانوني للفترة السابقة للتعاقد، ج2، العقد الإطار، المصدر السابق، ص68-69.

(2) انظر: د. مصطفى محمد الجمال، السعي إلى التعاقد، المصدر السابق، ص369؛ د. رجب كريم عبد الإله، التفاوض على العقد، ط2، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر (2000)، ص74؛ د. هاني صلاح سري الدين، المفاوضات في العقود التجارية الدولية، المصدر السابق، ص67؛ د. محمد محمد أبو زيد، المفاوضات في الإطار التعاقدى، المصدر السابق، ص67.

(3) انظر: د. احمد شرف الدين، أصول الصياغة القانونية للعقود، المصدر السابق، ص88؛ د. محمد إبراهيم دسوقي، الجوانب القانونية في إدارة المفاوضات...، المصدر السابق، ص106؛ د. صبري حمد خاطر، "الالتزام قبل التعاقد بتقديم المعلومات"، مجلة العلوم القانونية، المجلد 11، العدد الأول، (1996)، ص169؛ د. عدنان إبراهيم السرحان ود. نوري =حمد خاطر، شرح القانون المدني، ج1، مصادر الحقوق الشخصية - الالتزامات، ط1، مطبعة دار الثقافة للنشر والتوزيع، مطابع الأرز، عمان - الأردن (2000)، ص90؛ د. محمد محمد أبو زيد، المفاوضات في الإطار التعاقدى، المصدر السابق، ص82.

(4) د. عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط، ج1، المصدر السابق، بند 133، ص267؛ د. أنور سلطان، مصادر الالتزام، المصدر السابق، ص135؛ د. عبد الحكيم فوده، الوعد والتمهيد للتعاقد والعربون، وعقد البيع الابتدائي، المصدر السابق، ص15-16؛ د. جمال فاخر النكاس، العقود والاتفاقيات الممهدة للتعاقد، المصدر السابق، ص139؛ د. محمد محمد أبو زيد، المفاوضات في الإطار التعاقدى، المصدر السابق، ص49.

(5) Christian Larroumet Drot cidil Tome III. Economica. (1990); p.264. et s.; J. GHestin. Traite De Droit civil. Le contrat. Formation L J D J. (1988). P.269 et nouvelle edition (1993).p 242.

(6) Owsia p formation of contract: A comparapiv study under English, French, Islamic and Iranian law (1994) p.320; J Delaume, Transnational contracts oceana, Booklet, 5. p28.

والمتعددة الأطراف التي تبرم تمهيدا للتعاقد النهائي<sup>(1)</sup>. وعلى العكس من ذلك فإن مدرسة القانون العام، وكما أسلفنا آنفاً، يسودها التردد حول إسباغ التكييف العقدي على اتفاقات ما قبل التعاقد، فالقوانين التي تنتمي إلى مدرسة القانون العام، ترفض الولوج إلى المنطقة العقدية، ما دام أطراف المعاملة ما زالوا في مرحلة المساومة أو المناقشة<sup>(2)</sup>، وهي لذلك تعطي أهمية كبيرة للشكليات بما فيها تحرير العقد. ولذلك فإن الاتجاه الغالب في القانون الانجليزي، لا يميل إلى اعتبار ما يجري تحريره في مرحلة المفاوضات، وحيث ما تزال فرص المساومة قائمة، عقداً<sup>(3)</sup>. أما في القانون الأمريكي، فإنه رغم انتسابه إلى مدرسة القانون العام، إلا أنه يختلف عن مذهب القانون الانجليزي فيما يتعلق بالقوة الملزمة لمستندات ما قبل المرحلة العقدية، فالأمر يتوقف على النوايا القانونية للأطراف، فإذا ثبت أن هؤلاء قد قصدوا من تحرير المستند، إثبات ما تم التوصل إليه من اتفاقات، فإن هذا يشكل عقداً دون حاجة إلى انتظار توقيع العقد النهائي<sup>(4)</sup>. وتثير هذه الاتفاقات في ظل التشريعات المدنية العربية إلى تحري قواعد ارتباط الإيجاب بالقبول، لإسباغ الصفة التعاقدية عليها، حيث تثير هذه الاتفاقات، على وجه الخصوص في القانون المدني العراقي تطبيق المادة (1/86)، التي تنص: ((يطابق القبول الإيجاب، إذا اتفق الطرفان على كل المسائل الجوهرية التي تفاوضا فيها. أما الاتفاق على بعض هذه المسائل فلا يكفي للالتزام الطرفين حتى لو اثبت هذا الاتفاق كتابة)). والمادة (2/86)، التي تنص على أن: ((إذا اتفق الطرفان على جميع المسائل الجوهرية في العقد واحتفظا بمسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد، ولم يشترطا أن العقد يكون غير منعقد عند عدم الاتفاق على هذه المسائل فيعتبر العقد قد تم، وإذا قام خلاف على المسائل التي لم يتم الاتفاق عليها فإن المحكمة تقضي فيها طبقاً لطبيعة الموضوع ولأحكام القانون والعرف والعدالة))<sup>(5)</sup>. وإلى الاختلاف بين قرارات وأحكام المحاكم، من الأشكال الاتفاقية،

(1) N. Fontaine; les contrats, internationaux a long. Terme in Etudes offert a Roger Honin, Balloz- Sirey paris, (1985), p 225.

نقلا عن: د. احمد شرف الدين، أصول الصياغة القانونية للعقود، المصدر السابق، ص74.

(2) حيث يعرف العقد في القانون الانجلوسكسوني، بأنه: "وعد أو مجموعة وعود قانونية ملزمة، نكت أي منها يعاقب عليه القانون، أو أن تنفيذه يعتبر بطريق أو بأخر التزاماً لا بدمنه". للتفاصيل. انظر:

Williston on contracts (3d Ed, 1957; p18).

نقلا عن: د. صالح بن عبد الله، المبادئ القانونية في صياغة عقود التجارة الدولية، المصدر السابق، ص115.

(3) انظر: د. يزيد أنيس نصير، التطابق بين الإيجاب والقبول، المصدر السابق، ص108؛ د. جمال فاخر النكاس، العقود والاتفاقيات الممهدة للتعاقد، المصدر السابق، ص136؛ د. عاطف النقيب، نظرية العقد، المصدر السابق، ص39.

- Common law: pennaigton, letters of intent 3 IntItrade and practice (1977); p 517.

حيث يفضل البعض ترجمتها بشرعة العامة، إعمالاً للأصل التاريخي لهذا المصطلح، الذي يعني القواعد التي تطبق على عامة الناس، دون النبلاء، وفقاً للاستخدام السائد لهذا المصطلح وقت ظهوره في إنجلترا، نقلاً عن: د. احمد شرف الدين، أصول الصياغة القانونية للعقود، المصدر السابق، ص76؛ كذلك. انظر: د. مصطفى محمد الجمال، السعي إلى التعاقد، المصدر السابق، ص19؛ وكذلك انظر: د. هاني صلاح سري الدين، المفاوضات في العقود التجارية الدولية، المصدر السابق، ص63؛ وكذلك انظر: د. احمد الزقرد، نحو نظرية عامة لصياغة العقود...، المصدر السابق، ص273؛ كذلك. انظر: د. صالح بن عبد الله، المبادئ القانونية في صياغة عقود التجارة الدولية، المصدر السابق، ص84.

(4) William Fox, International commercial Agreement. Op; cit p. 97.

نقلا عن: د. احمد شرف الدين، أصول الصياغة القانونية للعقود، المصدر السابق، ص77؛ كذلك انظر:

R. P lake& U. Draetta, op; cit, p. 175.

نقلا عن: د. صالح بن عبد الله، المبادئ القانونية في صياغة عقود التجارة الدولية، المصدر السابق، ص84.

(5) وطبقاً للنصوص المذكورة، فإن العقد يلزم أطرافه ويكون للقاضي سلطة تكملة العقد متى تم الاتفاق على كافة العناصر الجوهرية اللازمة لانعقاد العقد، وثبت عدم الاتفاق على المسائل الثانوية، ولا ينظر لتحديد ما هو جوهري أو ثانوي إلى العناصر الموضوعية فقط بل يجب البحث عن النية الحقيقية المشتركة للأطراف في ضوء ملائمتها وظروف التعاقد، وطبقاً لما جرى عليه العرف في العمل في شأن هذا النوع من العقود، للتفاصيل. انظر: د. عبد المجيد الحكيم والأستاذ عبد الباقي البكري والأستاذ محمد طه البشير، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي، ج1، مصادر الالتزام، ط2، بغداد، مطبعة وزارة التعليم العالي والبحث العلمي (1980)، ص42؛ د. عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط، ج1، المصدر السابق، ص232؛ د. أنور سلطان مصادر الالتزام، المصدر السابق، ص134. ومع ذلك فإننا نرى وجوب تفسير نص المادة (86) بفقرتها (1) و(2) تفسيراً ضيقاً، فالأصل هو توقف سلطان القاضي عند تفسير إرادة العاقد، دون تكملة

لمستندات قبل التعاقد، ذهبت محكمة النقض الفرنسية (الدوائر المجتمعة)، بمناسبة مدى لزوم تحديد الثمن في مستندات اتفاقات التوزيع الحصري، التي تشكل إحدى تطبيقات، ما يعرف بـ(اتفاق الإطار) من إن: "الاتفاق الأولي الابتدائي يمكن أن يسكت فيه عن تحديد الأثمان في العقود اللاحقة، أو أن ينص على قيام أحد الأطراف بتحديد، وان مثل هذا الاتفاق يكون اتفاقاً صحيحاً، ويأخذ شكله التعاقدية الملزم"<sup>(1)</sup>، في ما أيد القضاء الإنجليزي، وجهة النظر السابقة في الفقه والقانون الانجلوسكسوني، التي ترفض إضفاء الصفة التعاقدية على اتفاقات ما قبل التعاقد في العديد من الأحكام اللاحقة، وهو ما حظي بدعم مجلس اللوردات، وهو المحكمة العليا في إنجلترا في حكم حديث نسبياً، أكد فيه اللورد اكنر (Ackner)، "على أن اتفاق الالتزام بالتفاوض غير مؤكد ويخلو من أي صفة تعاقدية ملزمة"<sup>(2)</sup>. ومن الأحكام القضائية، التي صدرت من مجالس القضاء العربية في هذا الشأن، أيدت محكمة التمييز الكويتية، حكم محكمة الاستئناف العليا، الذي قضى برفض أسباب بطلان دعوى صحة ونفاذ التعاقد، الذي جاء فيه، "....إذ إن المحكمة في دعوى صحة ونفاذ العقد، لا تقف عند رفض أسباب البطلان التي توجه إلى الاتفاق الابتدائي فقط، بل إنها تجاوزت ذلك إلى البحث في عبارات الاتفاق، دون التقيد بالمعنى الحرفي لها. وان لا تقضي بصحته أو نفاذه، إلا إذا تحقق لها من المستندات المقدمة إليها، إن التصرف الذي تناوله المستند، هو اتفاق ذو طابع تعاقدية ملزم"<sup>(3)</sup>. وتجدر الإشارة أخيراً إن قضائنا في محكمة التمييز العراقية، قد تواتر على اعتبار التعهدات السابقة على البيع، بنقل ملكية عقار قبل تسجيله، هي عقود غير مسماة، ولكنها ملزمة للطرفين، فإذا أخل أحد المتعاقدين بها التزم بالتعويض أو بالتنفيذ العيني حسب الأحوال، وهذا الأخير ينشأ من مسؤولية تعاقدية<sup>(4)</sup>.

العقد على النحو الذي تنص عليه المادة (86)، من القانون المدني العراقي والنصوص القانونية المقارنة الأخرى، وبعبارة أخرى فإن نص المادة (86) لا يعدو إلا أن يكون استثناءً من قاعدة عامة ومن ثم لا يجوز التوسع فيه. انظر: المادة (95) مدني مصري، المادة (2/100) مدني أردني، المادة (178) موجبات وعقود لبناني، المادة (23) مدني تونسي، المادة (96) مدني سوري، المادة (95) مدني ليبي، المادة (52) مدني كويتي، المادة (65) مدني جزائري، الفصل (11) مدني مغربي، المادة (585) مدني أرجنتيني، المادة (2) من تقنين الالتزامات السويسري، المادة (2/16) من تقنين الالتزامات البولوني.

(1) الدوائر المجتمعة في محكمة النقض الفرنسية في 1995/12/1 - دالوز (1996) - القضاء، ص18؛ نقلاً عن: د. هدى عبد الله، النظام القانوني للفترة السابقة للتعاقد، ج2، العقد الإطار، المصدر السابق، ص182؛ وفي استعراض المزيد من قرارات هذا القضاء في ذات الشأن. انظر: د. احمد الزقرد، أسس تقدير الثمن...، المصدر السابق، ص917.

(2) Walford V. Miles (HOUSE OF LORDS), (1992) I. All ER; 453.

(3) تمييز مدني كويتي، (1) يونيه، مجلة القضاء والقانون، السنة عشرة، العدد الثاني، (1981)، ص233.

(4) لا استعراض قرارات قضائنا العراقي بهذا الشأن. انظر: د. منذر حسين الفضل، "التعهد بنقل ملكية عقار وموقف القضاء منه" بحث منشور في مجلة الحقوق بصدرها اتحاد الحقوقيين العراقيين، السنة الخامسة عشرة، العدد (4/1)، (1983)، ص42.

## المبحث الثاني

### فكرة القوة الملزمة لمستندات قبل التعاقد

درج الفكر القانوني إلى الربط المحكم بين تكوين العقد وبين فعاليته، ومن ثم تمتعه بقوة الإلزام القانوني المطلق، والقابلية للتنفيذ، والقول - تبعاً لذلك - بأن العقد يكتسب الفعالية وقوة الإلزام المطلق بمجرد انعقاده. لكن الحقيقة القانونية التي فرضتها فكرة التعاقد في إطار تكوين العقد على مراحل متتالية، التي اتجه الفكر القانوني الحديث على إقرارها، أكدت بأن ليس جميع العقود باتت تتكون في لحظة زمنية واحدة، وإنما صار تكوينها يستغرق فترة من الزمن تبدأ بقبول مبدئي لما يتم تصديره من خطابات مبيتة للنوايا التعاقدية لأحد الأطراف أو جميعهم، يمتنع على عنصر الإلزام القانوني النافذ، ولأسباب قانونية جمة (بحكم طبيعتها، أطرافها، المرحلة الواقعة فيها، الغاية المتوخاة منها... الخ)، أن يلحق بها. وتنتهي عند اكتمال ثبوت الصفة التعاقدية بمعناها الدقيق التي سوف يكون - حينئذ - عنصر الإلزام القانوني ثابتاً، وناظراً لها، في أوان الحال<sup>(1)</sup>. غير أن التسليم المجرد بالصفة التعاقدية لخطابات واتفاقات الفترة الزمنية الأولى، في مرحلة ما قبل التعاقد دون القول بعنصرها الإلزامي، أو الحيلولة دون نفاذ هذا العنصر في الحال بتعليقه على أوضاع قانونية مختلفة، لم يعد متماشياً مع الحقيقة القانونية في إطار فكرة التعاقد على تكوين العقد، على وفق التصوير الحديث لإقرارها. فلن يعد ضماناً قانونياً كافياً تطمأن إليه الأطراف العاقدة لاستقرار ما ينشأ بينهم من مراكز قانونية في حقبة ما قبل التعاقد التي تزخر بالمستندات والوثائق التي أظهرتها إلى حيز الوجود، وجعلتها مجالاً قانونياً يستحق الوقوف على تطبيقاته العملية المتعددة<sup>(2)</sup>، ولأجل بلوغ غاية تعقب فكرة القوة الملزمة لمستندات قبل التعاقد، فإن ذلك يقتضي الاستعانة أو التوسل بمدى امتداد إلزامها القانوني، أو ارتقاء مستوى قيمتها التعاقدية من خلال التقصي في مدى القوة الملزمة لمستندات قبل التعاقد في المطلب الأول ثم التطرق إلى أهم القيود التي تحد من قوتها الملزمة - أي كانت أشكالها -، في المطلب الثاني.

## المطلب الأول

### مدى القوة الملزمة لمستندات قبل التعاقد

(1) انظر في ذلك: (روهي "ج")، مساهمة في الدراسة النقدية لفكرة العقد، رسالة على الآلة الناسخة، ج2، (1965) بند 184، ص565، أشار إليه: د. نبيل إبراهيم سعد، نحو قانون خاص بالانتماء، ط1، مطبعة الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، سنة (1991) بند 267، ص397؛ كذلك انظر: فاسيل كريستيانس، مهلة التروي، النظرية القانونية والفعالية في حماية المستهلكين، دالوز وسيري، (1993) - التقارير الدورية - ص28 وما بعدها؛ ج كورني، حماية المستهلك وتنفيذ العقد في القانون الفرنسي، أعمال جمعية هنري كابيتان، (1973)، ص144؛ أشار إليه: انظر: د. مصطفى محمد الجمال، السعي إلى التعاقد، المصدر السابق، ص222؛ كذلك انظر في ذات الشأن: د. أحمد الزقرد، نحو نظرية عامة لصياغة العقود...، المصدر السابق، ص226.

(2) انظر: مارسيل فونتان، الأنظمة القانونية للقانون المدني ومقتضيات التجارة الدولية - فترة ما قبل التعاقد وتحضير العقد الدولي على مراحل، الأنظمة التعاقدية للقانون المدني ومقتضيات التجارة الدولية، معهد قانون الأعمال الدولي بكلية الحقوق بجامعة القاهرة، مصر، ص116؛ رينيه سافتيه، نظرية الالتزامات في القانون الخاص الاقتصادي، باريس، (1979)، بند 105، ص45، نقلاً عن: د. مصطفى العوجي، القانون المدني، العقد، ج1، المصدر السابق، ص149.

لم يقف الجدل القانوني، عند حد تقدير القوة الملزمة لوثائق ومستندات مرحلة ما قبل التعاقد فقط، بل ما زال باب الجدل مفتوحاً بين مشاربه المختلفة حول مدى القوة الملزمة التي يسبغها أحد الأطراف المصدرة للخطاب، وفقاً لمضمون عبارات وفحوى ألفاظ المستند أو الوثيقة ذاتها، أو جميع الأطراف الموقعة على الاتفاق بالنسبة لمستندات الخطابات والاتفاقات السابقة على التعاقد، التي لم يمت إليها التنظيم القانوني لا من قريب أو من بعيد<sup>(1)</sup>، بل بقيت قيمتها التعاقدية، تدور بين الفلك الأخلاقي أو الأدبي، (غير الإلزامي) الذي يخرجها من مجال الالتزام القانوني المدني، ويسلبها الوسائل الكفيلة للوفاء به. وبين الفلك القانوني، (الإلزامي) الذي تتمتع في ظله تلك المستندات، بقيمة قانونية ملزمة، تلقي على عاتق الملتزم أو الملتزمين بمقتضاها، تنفيذ الالتزامات التي ترتبها، وإلا كانوا مسؤولين عن ذلك تحت طائلة المسؤولية المدنية<sup>(2)</sup>. ولتحديد مدى ما تتمتع به مستندات قبل التعاقد من قوة ملزمة، تثبت لها الصفة التعاقدية القانونية، أو تنتفي عنها، نبحت القيمة المعنوية أو الأدبية (غير الملزمة) في الفرع الأول، ونرجئ البحث في القيمة القانونية التعاقدية (الملزمة) إلى الفرع الثاني.

## الفرع الأول

### القيمة المعنوية (غير الملزمة) لمستندات قبل التعاقد

يعد مجال الأخلاق والمجاملات الاجتماعية والأدبية ونواميس الضمير الشرفية، في العلاقات الخاصة والعامة المختلفة، الأصل التاريخي الأول الذي وجدت فيه الخطابات أو الاتفاقات الصادرة في مرحلة ما قبل التعاقد، تطبيقاً مُطرداً عليه عكسته الصياغات القانونية التي كانت تنظم بها مستندات تلك الخطابات أو الاتفاقات، وعلى النحو الذي يدل بوضوح على انتفاء النية التعاقدية في الارتباط القانوني بمعناه الدقيق<sup>(3)</sup>. حيث يكاد يكون الفقه القانوني في معظمه مجمعاً، على أن الوثائق والمستندات المتضمنة لخطابات وتعهدات شرفية أو اتفاقات أدبية أو خطابات نوايا تعاقدية واتفاقات مبدئية، لا تعدو أن تكون سوى وثائق مثبتة لوقائع مادية، أو لالتزامات طبيعية ليس لها نصيب من سمات التصرفات القانونية، التي تتجه فيها الإرادة نحو ترتيب أثر قانوني معين، يتكفل القانون بضمان تنفيذ الالتزامات الناشئة عنها<sup>(4)</sup>. وتتعدد البوادر التي تكمن

(1) إذ على الرغم من الدور الذي تلعبه المفاوضات والخطابات الفردية أو الاتفاقات المبدئية التي تتم خلالها، في فروع القانون المختلفة وسواء كانت على المستوى الداخلي أم على المستوى الدولي، والمكانة التي احتلتها على صعيد التجارة الدولية فإنه من النادر ما أن وجدت تشريعات أفردت تنظيمها خاصاً لهذه المرحلة السابقة على التعاقد ومستنداتها. ومن هذه التشريعات النادرة، تشريعات إيطالية واليونان ويوغسلافيا. ومع ذلك فإنها لم تشر صراحة إلى مدى القوة الملزمة لمستندات قبل التعاقد على وجه الخصوص. انظر: د. محمد عبد الظاهر حسين، الجوانب القانونية للمرحلة السابقة للتعاقد، المصدر السابق، ص 727؛ انظر: د. مصطفى محمد الجمال، السعي إلى التعاقد، المصدر السابق، ص 16.

(2) انظر: ميشيل بدامون، العقد في القانون الألماني، ط3، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان (1993)، ص 51؛ د. محمد حسام محمود لطفي، المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض، المصدر السابق، ص 8؛ د. محمد محمد أبو زيد، المفاوضات في الإطار التعاقدية، المصدر السابق، ص 30؛ ومن الفقه الغربي المقارن انظر:

Lake. Letters of intent. Op; cit. pp. 333-334.

(3) انظر: د. مصطفى محمد الجمال، السعي إلى التعاقد، المصدر السابق، ص 371-372؛ د. مصطفى ألجوجي، القانون المدني، العقد، ج1، المصدر السابق، ص 228؛ د. محمد محمد أبو زيد، المفاوضات في الإطار التعاقدية، المصدر السابق، ص 33.

Schmidt (J.) La negociation.... Op;cit. P. 245.

(4) د. عبد الرزاق احمد السنهاوري، الوسيط، ج1، المصدر السابق، ص 447؛ د. سمير تناعو ونيل سعد، النظرية العامة للالتزام، ج1، مصادر الالتزام، (1993)، ص 19؛ د. احمد شرف الدين، أصول الصياغة القانونية للعقود، المصدر السابق، ص 72؛ د. هاني صلاح سري الدين، المفاوضات في العقود التجارية الدولية، المصدر السابق، ص 103-104؛ وفي عرض آراء الفقه الغربي المقارن تأييداً لذلك انظر: د. احمد الزقرد، نحو نظرية عامة لصياغة العقود...، المصدر السابق، ص 282؛ د. صالح بن عبد الله، المبادئ القانونية في صياغة عقود التجارة الدولية، المصدر السابق، ص 73.

وراء اعتماد الأطراف الساعية إلى التعاقد، إلى تحديد مدى القوة الملزمة لمستندات خطاباتهم واتفاقاتهم الصادرة في مرحلة ما قبل التعاقد، بقيمة أخلاقية أو أدبية (معنوية) فقد يرجع سبب ذلك، في مخالفة التعهد أو الاتفاق للنظام العام والرغبة في إبقاء هذه المخالفة طي الكتمان، وقد يكون دافعا آخر يتعلق بمناسبة هذه الصورة لمركزهما، أو لظروف ممارستهما لنشاطهما، أو لظروف الوسط المهني الذي ينتميان إليه<sup>(1)</sup>. وفي الحالة الأولى سوف يكون التعهد الأخلاقي، أو الاتفاق الأدبي، باطلا في ما لو اعترف له بالصفة التعاقدية، على نحو لا يرتب معه الآثار القانونية المقررة لمثله من العقود الصحيحة. وهو ما يكاد يوصل إلى النتيجة ذاتها، التي يوصل إليها الاحتفاظ له بالقيمة الأخلاقية أو الأدبية، وإخراجه من دائرة العقد أو دائرة القانون في جملته. فتطبيقات هذه الحالة لا تكشف بوضوح كافي، موقف القانون الوضعي من القيمة الأخلاقية أو الأدبية لمستندات هذه الخطابات أو الاتفاقات. وبالحالة الثانية سوف لا يكون هناك مانع من تصحيح التعهد أو الاتفاق الأدبي أو الأخلاقي فيما لو اعتبر تعهدا أو عقدا قانونيا ملزما، على نحو يكون معه منتجا للآثار التي ترتبها العقود<sup>(2)</sup>. وأيا كان الغرض الحقيقي من وراء إضفاء القيمة الأخلاقية أو الأدبية (غير الإلزامية) على مستندات ووثائق المرحلة السابقة على التعاقد، فإن التساؤل يظل قائما عن مدى القوة الملزمة للتعهدات والخطابات والاتفاقات، في غير الأعمال المجانية وأعمال المجاملات، حيث تنظم مستندات ووثائق متعددة من أجل الدخول في علاقة اقتصادية تعاقدية. ولكنه في ذات الوقت دخولا يبتعد عن جادة القانون الوضعي، بعد تذييل المستند ما قبل التعاقد ما يفصح عن ذلك<sup>(3)</sup>! إن الإجابة عن التساؤل المطروح، وإن اقتربت في النظام اللاتيني، منه في النظام الانجلوسكسوني، إلا إنها في الأول، مرت مستندات قبل التعاقد التي تذييل بعبارات أدبية أو خلقية بتطور في الفقه أو القضاء أدى إلى ازدواج الموقف الذي تبناه كل منهما، خصوصا إذا كان الغرض منها استبعاد القضاء العادي، أو قضاء التحكيم من النظر في المنازعات المحتملة بصدها، قبل تسويتها وديا. فذهب رأي في الفقه المذكور إلى أن للتعهد الأخلاقي أو الشرفي، قوة الالتزام المعتمدة نفسها للعقد، شريطة أن تكون أسس التسوية الودية صريحة، ومحددة<sup>(4)</sup>. في حين اتجه الرأي الآخر إلى القول أنه لا يمكن لأطراف العلاقة التعاقدية بمجرد التوقيع على مستند ذو قيمة أخلاقية استبعاد القضاء العادي أو قضاء التحكيم. إذ أنه يصعب القول باتجاه إرادة الأطراف، إلى الالتزام لمجرد التوقيع على تعهد شرفي، لا قيمة قانونية له<sup>(5)</sup>. وحتى في غير نطاق التعهد الأخلاقي، أو الشرفي باستبعاد القضاء العادي، أو التحكيم عن حكم المنازعات. فقد اتجهت بعض الأحكام

(1) انظر: د. مصطفى محمد الجمال، السعي إلى التعاقد، المصدر السابق، ص388؛ د. جابر محجوب علي، "قواعد أخلاقيات المهنة، مفهومها، أساس إلزامها ونطاقها"، بحث منشور في مجلة الحقوق، العدد الثاني، السنة الثانية والعشرون، الكويت، يونيو (1998)، ص392.

(2) ومع ذلك فالأستاذ (أوبتي) يقدم لنا حالة فريدة يطلب البطلان أمام القضاء الفرنسي، يتعلق الأمر فيها بتعهد أخ بشرفه اتجاه أخته بالامتناع عن تملك الأموال المملوكة لأهم المشتركة بأقل من ثمن معين، بقصد ضمان عدم استفادته على حسابها من أموال الأم بطريق غير مباشر. ويذكر الأستاذ (أوبتي) إن دائرة العرائض لمحكمة النقض الفرنسية، قضت بأنه ليس هناك إنكار للعدالة، فيما انتهى إليه قضاء الموضوع من رفض الحكم ببطلان تصرف، سلم جميع الأطراف، بأنه مجرد تعهد شرفي لا يتضمن أي علاقة مدنية. وينبغي البعض من الفقه من عرض الأستاذ (أوبتي) إن طلب الحكم بالبطلان، كان منصبا على ذات التعهد الأدبي الذي ارتضاه الأخ، على نحو يفهم معه من حكم دائرة العرائض تسليمها بأن، الاتفاق الأدبي يظل بعيدا تماما عن دائرة القانون، تحقيقا لما قصد إليه أطرافه، بحيث لا يمكن للقضاء الحكم ببطلانه، ولو بناء على طلب أحد الخصوم، ولا يمكن له أن يحكم - من باب أولى - بتنفيذ الالتزامات المترتبة عليه جبرا على الطرف الممتنع عن التنفيذ. انظر في هذا الشأن برنو أوبتي، ارتباط الشرف، دالوز وسييري، مقال دوري بند60، ص107-108، تعليقه على قرار عرائض 1835/2/25، دالوز الدوري - 1838-1439. أشار إليه أوبتي في المقال نفسه؛ وفي انتقاد التعليق. انظر: د. مصطفى محمد الجمال، السعي إلى التعاقد، المصدر السابق، ص390؛ وفي الشأن ذاته. انظر: د. إبراهيم الدسوقي أبو الليل، "مجال وشروط إنقاص التصرفات القانونية"، بحث منشور، مجلة الحقوق، العدد الثاني، السنة الحادية عشرة شوال (1408هـ/يونيو 1987م)، الكويت، ص11.

(3) ومن هذا المنطلق كثيرا ما ينظم الطرفان علاقتهما التعاقدية باتفاقات يستقيان، آثارها في دائرة الآداب أو الأخلاق بعيدا عن دائرة القانون. وهذا هو الحال مثلا في الاتفاقات المعروفة في القانون الانجليزي باسم (Gentelment, agreemeats)، الاتفاقات الأدبية، وفي الاتفاقات المعروفة في قوانين القارة الأوروبية، باسم اتفاقات الشرف (engagement, d honneur). وهذا هو أيضا الحال في الاتفاقات التي يتوصل إليها الطرفان أثناء التفاوض، عندما يضيفان إلى المحرر المثبت لها، شرط الارتهان بالعقد، (subject to contract)، لمعنى أن الاتفاق الذي توصل إليه الطرفان، يتوقف على تمام العقد النهائي، أو عندما يضيفان إلى المحرر ما يفيد انتفاء القوة الملزمة عنه. وفي كل هذه الصور وأمثاله يؤثر التساؤل عن القيمة القانونية للاتفاق؟ وما إذا كان يظل خارج دائرة الإلزام القانوني، احتراماً لإرادة الطرفين؟، أو ما إذا كان يمكن إدخاله في دائرة هذا الإلزام رغما من هذه الإرادة؟ في موقف القانون المقارن من القيمة المعنوية لهذه الاتفاقات انظر: فيليب مالوري - لوران آينس - الالتزامات - (1995)، ص204؛ د. أحمد الزقرد، نحو نظرية عامة لصياغة العقود...، المصدر السابق، ص252، د. حسام الدين الاهواني، مصادر الالتزام، ج1، المصادر الإرادية، ط2، الكويت، (1992)، ص54.

(4) انظر: د. مصطفى ألعوي، القانون المدني، العقد، ج1، المصدر السابق، ص228.

(5) انظر: د. أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، قواعد تفسير العبارات الكاشفة عن النية المشتركة...، المصدر السابق، ص534.

الصادرة من القضاء الفرنسي، إلا أن التعهدات والخطابات ذي القيمة الأخلاقية أو الأدبية عموماً لا تتمخض عن أي التزام قانوني. وتأكيداً لذلك قضت محكمة النقض الفرنسية بأنه، لا يعد إنكاراً للعدالة، رفض المحكمة بطلان التصرف الذي لا يتضمن سوى تعهد شرفي، على سند من القول بعدم وجود أي علاقة تعاقدية في دعوى تتلخص وقائعها في مستند شرفي، حرره الأخ لشقيقاته بأنه لن يشتري أموال الأم بثمن أقل من القيمة الحقيقية المتفق عليها<sup>(1)</sup>. في ما انتهت معظم أحكام القضاء الفرنسي في الآونة الأخيرة، إلى أن المستند ما قبل التعاقد والمصطبغ بصيغة أخلاقية أو شرفية، يدخل في نطاق العقد، ويترتب مسؤولية المتعهد بتنفيذ ما ورد في تعهده، شريطة أن تكون عبارات التعهد محددة وواضحة. ووفقاً لذلك، قضت محكمة النقض الفرنسية، في حكم لاحق لها برفض حكم الاستئناف، كونه لم يصف قوة الإلزام على التعهد الشرفي الذي قطعه الزوج على نفسه بالإفناق على مطلته بعد الطلاق، اعتباراً بأن حكم الاستئناف لا يستند إلى أساس قانوني<sup>(2)</sup>. ولا جديد في هذا الشأن، بالنسبة لموقف القانون الانجليزي، الذي لا يعد المستند ما قبل التعاقد الأخلاقي أو الشرفي فيه ملزماً من الناحية القانونية، ولا يخضع لاختصاص المحاكم، ما لم يكن قد تم تنفيذ ما ورد فيه. وذلك لغياب عنصر جوهري من عناصر العقد، وهو التعبير عن الالتزام المنجز للاتفاق<sup>(3)</sup>. وقد تأكد هذا المعنى في قضية (روز وفرنك) وتتلخص وقائعها في أن شركة منحت شركة أخرى سلطة استبعاد تمثيلها في بلدة ما، وذكرت أن ذلك تعهد قانوني ملزم لها. رفض مجلس اللوردات، الاعتراف بوجود تعهد ذات قيمة قانونية ملزمة، وإن الصياغة القانونية للمستند الذي حررته الشركة الأولى إلى الثانية، لا يعدو أن يكون توصية أخلاقية عارية من أي التزام قانوني<sup>(4)</sup>. وفي قانون الالتزامات السويسري، فإن معيار الالتزام من عدمه، في تحديد مدى القوة الملزمة لمستندات قبل التعاقد، مرجعه صيغة النية القانونية لأطراف العلاقة. وأن ما يظل التساؤل قائماً، بصدد إثبات اتجاه النية القانونية للأطراف في الارتباط التعاقدية، ذو القيمة الخلقية أو الأدبية؟ ويترك الأمر في تقدير المسألة - في رأينا - لقاضي الموضوع<sup>(5)</sup>. وعلى صعيد النظام القانوني العربي (تشريعيًا وقضائيًا)، عموماً والعراقي على وجه الخصوص، فإنه لا تتمخض أي قوة تعاقدية ملزمة من المستندات السابقة على التعاقد، ذي الصفة الأخلاقية أو الأدبية. بل أن مثل هذه المستندات تخرج عن نطاق القانون الخاص، لابتعادها عن دائرة المعاملات المالية من الأصل. ولا تنضوي تحت فكرة الإلزام القانوني بالتعاقد<sup>(6)</sup>.

(1) انظر: القرار القضائي (سابق الإشارة إليه) الذي أورده برنو أوبتي - ارتباط الشرف، المصدر السابق، ص 48 من هذه الرسالة.

(2) في عرض القضاء المذكور انظر:

J. Schmidt. Droit des contrats; p.18; civ. 28 Novemder (1985)/ R T D; civ (1986)/ 739 obs. J moitre.

نقلاً عن: د. احمد الزقرد، نحو نظرية عامة لصياغة العقود...، المصدر السابق، ص 253؛ وقد ثار التساؤل أمام لجنة السوق الأوروبية المشتركة، عما إذا كان الاتفاق الأدبي الذي يحد من حرية المنافسة داخل دول السوق يشكل مخالفة للمادة (85) من القانون السوق الأوروبية المشتركة. وانتهت اللجنة بالفعل إلى مخالفته لها. وتوقيع الغرامات على أطراف الاتفاق. وتتلخص وقائع هذه القضية، في أن المنتجين الأساسيين لمادة (الكينين) ومشتقاتها اجتمع رأيهم على التحكم في إنتاجها وتجارها على المستوى العالمي. وسعى منهم إلى الإفلات من حكم المادة (85) التي تحرم الاتفاقيات المقيدة للمنافسة داخل دول السوق. فقد عمدوا إلى إبرام اتفاقات قانونية للتصدير وتحديد اقتصام السوق الخارجي. أما فيما يتعلق في السوق داخل دول السوق الأوروبية فقد اكتفوا بإبرام اتفاقات أدبية تعهدوا فيها بتطبيق الاتفاقات القانونية - سالف الذكر - داخل دول السوق ونصوا على أن مخالفتها - أي أن مخالفة الاتفاقات الأدبية - تعتبر مخالفة للاتفاقات القانونية. وعلى خضوع المنازعات الناشئة عن هذه الاتفاقات للحكيم. وقد اعتبرت لجنة السوق الأوروبية المشتركة المدعي أمامها قبل أطراف هذه الاتفاقات، إن الاتفاقات الأدبية التي أبرمها الأطراف، تشكل مخالفة لنص المادة (85) من اتفاقية السوق الأوروبية المشتركة وتستوجب توقيع الغرامات المقررة لهذه المخالفة. انظر: حكم لجنة = السوق الأوروبية المشتركة في 19/7/1969، مجلة القانون الدولي (1970)، المصدر السابق، نقلاً عن: د. احمد عبد الرحمن الملحم، "التقييد الأفقي للمنافسة مع التركيز على اتفاق تحديد الأسعار"، المصدر السابق، ص 67.

(3) انظر: . حسام الدين الاهواني، مصادر الالتزام، ج1، المصدر السابق، بند 54-55، ص 43.

(4) Feed products V pagnan, (1987). L. loyats Ref 601.

نقلاً عن: د. احمد الزقرد، نحو نظرية عامة لصياغة العقود...، المصدر السابق، ص 255.

(5) P. Bengel traite des obligations en droit Suisse (1973) p.158.

(6) انظر: د. عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط، ج1، المصدر السابق، ص 150-151؛ انظر: د. مصطفى محمد جمال، السعي إلى التعاقد، المصدر السابق، ص 402؛ د. عبد المجيد الحكيم وعبد الباقي البكري ومحمد طه البشير، الوجيز في نظرية الالتزام...، المصدر السابق، ص 20؛ وتأكيداً على أن المجاملات لا ترتب أي اثر قانوني، ذهبت محكمة النقض المصرية في أحد قراراتها إلى أن: "إن الضيف لا يعد مستأجراً للعين، ولا شريكاً للمستأجر الذي أبرم عقد الإيجار باسمه، ومن ثم لا تترتب آثار الإيجار في مواجهته، فليس له حق الانتفاع بالعين، يجابه به المستأجر، حتى ينفرد بهذا الانتفاع، وبأن إقامته هي على سبيل التسامح - من جانب المضيف - أن شاء أبقى عليها، وإن شاء

## الفرع الثاني

### القيمة القانونية (الملزمة) لمستندات قبل التعاقد

واجهت فكرة تحديد مدى القوة الملزمة لمستندات قبل التعاقد، من خلال القول بتقرير القيمة القانونية لها، وابلًا من آراء وقرارات النقد الفقهي والقضائية، باعتبارها فكرة هدامة تقضي على مبدأ الحرية التعاقدية وسلطان الإرادة الذي حرصت أدوات التنظيم القانوني المختلفة عدم المساس به مطلقاً<sup>(1)</sup>. وإزاء عدم القول بالقيمة القانونية لمستندات قبل التعاقد تارة، أو عدم كفاية القيمة المعنوية لها تارة أخرى، حاول الفقه القانوني الحديث بتأييد من القضاء، إقامة نوع معقول من الموازنة القانونية حفظت لمبدأ الحرية التعاقدية سلطانه، وأضفت القيمة القانونية على ما تنشأه الإرادات الساعية إلى التعاقد من أوضاع القانونية متعددة تستقر في مرحلة ما قبل التعاقد، حين تكشف الصياغات القانونية التي تأتي بها مستندات ووثائق هذه الأوضاع، كقرينة قانونية قاطعة غير قابلة لإثبات العكس على النية القانونية في الارتباط التعاقدية، مع فرض قيود قانونية صارمة و ضمانات تعاقدية معينة ينبغي مراعاتها لكفالة ذلك<sup>(2)</sup>. ولما كان الغرض الاعتيادي - الإيجابي - الذي يكمن من وراء تنظيم مستندات قبل التعاقد، هو الوصول في نهاية الأمر إلى علاقة تعاقدية مستجمعة لأركان و شرائط العقد بمعناه الدقيق<sup>(3)</sup>. وحيث أن مقتضى قاعدة العقد شريعة المتعاقدين، تفترض أن العقد قد نشأ صحيحاً ملزماً في الدائرة التي يجيزها القانون، حتى يلزم المتعاقدين بتنفيذ جميع ما اشتمل عليه<sup>(4)</sup>. فان التطور الفقهي والقضائي الذي انتهت إليه مختلف الأنظمة القانونية برغم التباين الحاد بين مواقفها من لحظة انعقاد العقد، قد أسفر عن تقرير القيمة القانونية لمستندات ووثائق مرحلة ما قبل التعاقد، لاسيما التفاوضية منها، وهو الأمر الذي يستدعي ثبوت القوة الملزمة لها<sup>(5)</sup>. إلا أنه ومع فرض التسليم بما

=أنهاها بغير التزام عليه". نقض مدني مصري 1990/6/21 مشار إليه في: د. حسام الدين الاهواني، مصادر الالتزام، ج-1، المصدر السابق، ه-1، ص46؛ كذلك انظر قرب من ذلك: نقض مدني مصري 1987/3/15 أحكام النقض/ السنة 29/ رقم 179/ ص755.

(1) إذ يعدها بعضهم من الفقه القانوني المقارن، بأنها مماثلة وتسويف للأركان العامة، والشرائط الخاصة، التي يجب بتوافرها الجزم بوجود علاقة تعاقدية، تلزم أطرافها بمقتضى تلك المعطيات. والقول بخلاف ذلك، والتقرير بالزامية الوثائق التي تتضمن جزءاً من معطيات العلاقة التعاقدية، (كمياً ونوعياً)، هو اقتطاع مما لا يقتطع منه، أو اجتزاء لما لا يقبل التجزئة. انظر: جان كريستيان سرنّا، رفض التعاقد، مكتبة القانون الخاص، العدد 35، ص208، نقلاً عن: د. فايز الحاج شاهين، في إطار محاضرات التدرج بتاريخ 1979/10/11، بعنوان "في المسؤولية السابقة للتعاقد عن قطع المفاوضات"، المنشورة في مجلة العدل، العدد الأول السنة الثانية، بيروت، لبنان، (1983)، ص18؛ د. حسام الدين الاهواني، المفاوضات في الفترة ما قبل التعاقدية...، المصدر السابق، ص12.

(2) انظر: د. احمد الزقرد، نحو نظرية عامة لصياغة العقود...، المصدر السابق، ص180؛ د. هاني صلاح سري الدين، المفاوضات في العقود التجارية الدولية، المصدر السابق، ص104؛ د. صالح بن عبد الله، المبادئ القانونية في صياغة عقود التجارة الدولية، المصدر السابق، ص75؛ ومن القضاء المؤيد لهذه الموازنة، قضت محكمة النقض المصرية في احد قراراتها، "...إن إقرار مبدأ الحرية التعاقدية واحترامه، يجب أن لا يصطدم مع الأوضاع القانونية المختلفة التي أوعزتها ثقة المبدأ المذكور...."، انظر: نقض مدني مصري 2002/6/27، مجموعة المكتب الفني لأحكام النقض المصرية/21، ص9.

(3) انظر: د. عبد العزيز المرسي، الجوانب القانونية لمرحلة التفاوض ذو الطابع التعاقدية، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، (2005)، ص67؛ د. محمد محمد أبو زيد، المفاوضات في الإطار التعاقدية، المصدر السابق، ص42.

(4) انظر: د. عبد الرزاق احمد السنهاوري، الوسيط، ج-1، المصدر السابق، ص697.

(5) انظر: د. مصطفى محمد الجمال، السعي إلى التعاقد، المصدر السابق، ص369؛ د. مصطفى ألعوجي، القانون المدني، العقد، ج1، المصدر السابق، ص200، ومن الفقه الغربي المقارن، انظر: رسالة مانينان، المصدر السابق، بند 16، ص24، وقارن مع: جستان، وديشي وعندهما أن الخلاف قد تم حسمه، باعتبار المستند التعاقدية في مرحلة ما قبل العقد هو وثيقة تعاقدية ذو قوة إلزامية، مشار إليه في: د. محمد حسين

انتهى إليه الفقه القانوني وقضاؤه من تقرير القيمة القانونية لمستندات قبل التعاقد، فإن الإجابة عن التساؤل المطروح حول مدى هذه القيمة وحدود قوتها الملزمة، لم يأل إلى التباين في آراء الفقه القانوني، حيث ذهب الرأي الأول: إلى القول بأن القيمة القانونية للوثائق السابقة على التعاقد التي تشكل مناط قوتها الملزمة، تختلف من وثيقة تعاقدية إلى أخرى. ويضيف هذا الرأي في معرض حجته، بأن مستندات مرحلة ما قبل التفاوض (كالمستندات الإعلانية) مثلا، لا ترقى بقيمتها القانونية إلى مرتبة ما يصدر من الأطراف العاقدة في مرحلة التفاوض ذاتها. من مستندات تعاقدية كـ (خطابات النوايا - اتفاقات المبادئ... الخ)، التي تواتر الفقه الفرنسي على اعتبارها عقودا مستقلة تسبق العقد النهائي، فرضتها الطبيعة القانونية لهذا الأخير. بل وحتى إن هذه الطائفة من العقود هي الأخرى لا ترقى بقيمتها التعاقدية إلى العقود التمهيدية والاتفاقات الأولية مثل: (عقد الوعد بالتعاقد، الاتفاق الابتدائي، مشارطة التفصيل... الخ)، التي حددت قيمتها التعاقدية بنصوص صريحة في القوانين، دون التقيد بالوصف القانوني الذي قد يخلعه أطرافها عليها<sup>(1)</sup>. أما الاتجاه الغالب في الفقه القانوني فقد أنكر هذا التمييز واعتبره مجانباً لصحيح القانون، الذي لا يوجد فيه حدود فاصلة بين مرحلة وأخرى من مراحل فترة ما قبل اقتران الإيجاب بالقبول، (مرحلة ما قبل التعاقد)، هذا من ناحية أولى. كذلك لم يعن الواقع العملي، الذي تنبثق منه الحاجة إلى تنظيم محررات سابقة على التعاقد إلى وجود مستندات خاصة تختلف قيمتها التعاقدية، تبعا للمرحلة التي تستقل بتنظيمها، دون سواها من ناحية أخرى<sup>(2)</sup>. ومما تجدر الإشارة إليه هو تأييدنا لهذا الاتجاه - ونضيف إليه إن القول بالقوة الملزمة لمستندات قبل التعاقد، تسليما بالقيمة القانونية لها يستدعي ذلك - أخذاً من القواعد العامة - تقرير القيمة التعاقدية لها على درجة واحدة من القوة الملزمة لشتى أنواع مستندات مرحلة ما قبل التعاقد التي وان اختلفت أشكالها أو تعددت أطرافها فإنها لم تزل محتفظة بهيكلها التعاقدية، شأنها شأن أي عقد أو اتفاق قانوني آخر، بصرف النظر عن طبيعته و بخلاف ذلك يعني - من وجهة النظر القانونية - التمييز بين القوة الملزمة، حتى بين العقود النهائية نفسها، وهذا ما لم يطرق على أبواب القانون<sup>(3)</sup>. أما عن ما جاءت به النصوص التشريعية حول القيمة القانونية لمستندات قبل التعاقد ، فلا جديد يُذكر عما أوردته التشريعات المدنية من مواد قانونية اقتصرت على تطبيقات العقود التمهيدية (عقود ما قبل العقد)<sup>(4)</sup>. وهو الأمر الذي أطلق يد القضاء في مد القيمة القانونية لمستندات قبل التعاقد، إلى أقصى مدى ممكن، تثبت لهذه المستندات في ظل القوة التعاقدية الملزمة. ومن ذلك ما قضت به محكمة النقض الفرنسية بمناسبة الفصل في النزاع الذي أثير بشأن مستند مثبت لبرتوكول اتفاقي نظم الأطراف في ما بينهم أثناء مرحلة التفاوض، بأن: "...إن الادعاء بعدم إلزامية هذا المستند التعاقدية، هو ما لا يستقيم مع ما يثبت للبرتوكولات الاتفاقية أو دونها من اتفاقات التفاوض الأخرى من قيمة القانونية ملزمة للجانبين التي تتضمن

عبد المال، ضوابط الاحتجاج والمستندات العقدية، المصدر السابق، ص351؛ د. صلاح الدين جمال الدين، عقود الدولة لنقل التكنولوجيا، دراسة في إطار القانون الدولي الخاص والقانون التجاري الدولي، رسالة جامعة عين شمس، مصر، (1993)، ص805.

(1) ذهب إلى هذا الرأي: د. احمد الزقرد، نحو نظرية عامة لصياغة العقود...، المصدر السابق، ص210؛ د. صلاح الدين زكي، تكون الروابط العقدية في ما بين الغائبين، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، (1963)، فقرة 53، ص80؛ د. حلمي بهجت بدوي، أصول الالتزامات (نظرية العقد)، ط2، مطبعة نوري، القاهرة، مصر (1943)، فقرة 61، ص95؛ د. حمزة حداد، قانون التجارة الدولية، الدار المتحدة للنشر، بيروت، لبنان (1979)، ص99-98؛ د. محمد محمد أبو زيد، المفاوضات في الإطار التعاقدية، المصدر السابق، ص41.

(2) إذ يذهب الرأي الغالب في الفقه القانوني، إن معيار التمييز الفصل الذي يعول عليه في تقرير القوة الملزمة لمستندات قبل التعاقد، هو الصياغة القانونية لخطابات واتفاقات هذه المرحلة، بصرف النظر عن بعدها أو اقترابها الزمني، من لحظة إبرام العقد النهائي. انظر: د. احمد شرف الدين، أصول الصياغة القانونية للعقود، المصدر السابق، ص64؛ د. هاني صلاح سري الدين، المفاوضات في العقود التجارية الدولية، المصدر السابق، ص104؛ انظر: د. مصطفى محمد الجمال، السعي إلى التعاقد، المصدر السابق، ص410؛ د. مصطفى العوجي، القانون المدني، العقد، ج1، المصدر السابق، ص226؛ د. احمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، المصدر السابق، ص32؛ د. صالح بن عبد الله، المبادئ القانونية في صياغة عقود التجارة الدولية، المصدر السابق، ص71؛ ومن الفقه الغربي المقارن. انظر: جان سدراس، الالتزام بالتفاوض، المصدر السابق، ص265.

(3) انظر: للتقريب من ذلك: د. حسين عامر، القوة الملزمة للعقد، ط1، مطبعة مصر، القاهرة، مصر (1949)، ص79؛ د. عصمت عبد المجيد، فكرة الإلزام القانوني بالتعاقد، المصدر السابق، ص14-15؛ ومن الفقه الغربي المقارن انظر: ريمون بيلو، القاعدة العامة في القوة الملزمة للعقد، رقم 32، ص352.

Raymond Baillod. De droit de repentir, REV. Ter. Dr. civ, (1984); p252, No-32.

(4) ومن القوانين المقارنة، التي اقتربت من النص الصريح على القيمة القانونية لمستندات قبل التعاقد. نصت المادة (9) من القانون كيوبك الفرنسي الصادر عام (1971) صراحة على أن: ((المستندات التي تعد جزءا من التعاقد تثبت لها القيمة القانونية. بحيث يلزم موقعيها بالوفاء بكل ما ورد بها من بيانات محددة)).

صياغاتها حزمة من شروط العقد النهائي وعناصره<sup>(1)</sup>، وتأكيدا على القوة الملزمة لمستندات قبل التعاقد وحرصا من القضاء على تنفيذ الالتزامات الثابتة فيها، هو ما قضت به محكمة الاستئناف الانجليزية في خصوص القضية المشهورة: (Carlill V. Carbolic Smoke Ball Co (1893) c.a.) والتي تتلخص وقائعها، في قيام احد المنتجين لنوع من الأدوية المسماة (the carbolic smoke ball) بتصدير مستندات إعلانية بالإضافة إلى الإعلان بالصحف عن هذا النوع من الدواء لعلاج الأنفلونزا، ووعد بجائزة مقدارها مائة جنيه استرليني، لأي شخص تأتية الأنفلونزا، بعد أن يشم هذا الدواء لمدة معينة. وأشار في الإعلان انه وضع مبلغ ألف جنيه استرليني في البنك الذي تتعامل معه الشركة المنتجة لهذا الدواء لإثبات مصداقيتها أمام العامة. وبعد أن قامت السيدة (Carlill) بشراء الدواء واستعماله المدة المحددة في المستند الإعلاني، وبالطريقة المبينة فيه لم تشعر بأي تحسن، بل إصابتها الأنفلونزا بعد أن صرفت مئة جنيه استرليني. وتقدمت بشكوى ضد الشركة المنتجة للدواء والمعلنة عنه، وحكمت محكمة الاستئناف لصالحها وكسبت القضية<sup>(2)</sup>. ومن القضاء المصري المؤيد للقيمة القانونية لمستندات قبل التعاقد، أصدرت محكمة النقض قرارا يقضي، بنقض حكم محكمة الموضوع الصادر بشأن المحرر التعاقد الذي أصدره أحد الطرفين قبل إبرام العقد، وجاء متضمنا في صياغته القانونية لجداول الكميات والنوعيات القياسية، كونه لم يضيفي القيمة القانونية التعاقدية الملزمة على المحرر، حيث جاء في حيثيات حكمها، "إن تجريد ما تم تحريره من وثيقة تعاقدية نظمها المدعى عليه (البائع) قبل التعاقد على بيع الأجهزة الالكترونية، والتي تضمنت في صياغاتها القانونية عرضا تفصيليا لجداول الكميات المطلوبة والنوعيات المحددة بمواصفات قياسية معينة، من قبل المشتري (المدعى). من عموم القيمة القانونية الملزمة، رغم النعي على هذا المحرر بالوصف التعاقدية، لاشتماله على عناصر من ذلك، فان هذا الحكم يكون قد شابه الخطأ في تطبيق القانون على واقعة الدعوى، ... الخ"<sup>(3)</sup>. ومن قرارات القضاء العراقي الحديثة في الشأن ذاته، صادقت محكمة التمييز العراقية على حكم محكمة الموضوع (البداء) الذي قضى بتقرير القيمة القانونية للتعهد الذي وقعه المتعهد بضمان تأمين وصول البضاعة عبر طرق آمنة، ولو قبل الاتفاق على عقد النقل، ما دام نص التعهد قد ورد في صيغته بصورة واضحة وصريحة في الملصقات والكتيبات الدعائية التي سلمها المتعهد إلى المتعهد له، والتي بمقتضاها شحن هذا الأخير البضائع إلى الأول<sup>(4)</sup>.

## المطلب الثاني

(1) نقض مدني فرنسي 15 يناير (1991) - دالوز، (1992)، رقم 53، ص 76، تعليق: د. إبراهيم نجار، المصدر السابق، ص 433.

(2) F. R. Davids: contract Law-Fifth Edition, (Sweet & Maxwell), (1986), p10- Barry Nicholas; op. cit; p(59\_63).

(3) نقض مدني مصري 1975/12/9 أحكام النقض/ السنة 26/ رقم 992/ ص 1593. وفي خصوص وثيقة الاتفاق الابتدائي على عقد الصلح. انظر: نقض مدني مصري 1967/1/26، طعن رقم 337/ لسنة 30 في المجموعة/ السنة 18 قاعدة رقم 35، ص 2225. وفي شأن الاتفاق الجزئي على عقد توزيع أفلام انظر: نقض مدني مصري 1983/3/29 طعن رقم 2880/ لسنة 49 في المجموعة، السنة 34، القاعدة 175، ص 851.

(4) قرار محكمة التمييز/ رقم 2/3457/ أ/ 2007 (غير منشور)، حيث طعن المدعي (مكتب تخليص الفهد) تمييزاً بأن ما أعلنه من تعهدات كان مقرونا بتحفظات متعلقة بالوضع الأمني للطرق. ومع ذلك فقد رأت المحكمة بأن مثل هذا التحفظ، لا يعدم القيمة القانونية للوثيقة التعاقدية التي كانت تتضمن بوضوح، وبدلالة لا تثير الشك على النية القانونية للالتزام بشكل تعاقدية ملزم.

## تقييد القوة الملزمة لمستندات قبل التعاقد

قد ترد على الوثائق والمستندات التي تنتظمها الأطراف الساعية إلى التعاقد، أثناء توجيه الدعوة إلى التفاوض، أو خلال المفاوضات ذاتها، أو حتى قبيل إبرامهم للعقد النهائي. جملة من القيود المختلفة فيما ما يخلع عليها من وصف تبعاً لمصدرها، (القانون أو الاتفاق)<sup>(1)</sup>. ففي فرض أول، قد تفرض هذه القيود من خلال التنظيم القانوني، الذي يحكم، أو من المفروض أن يحكم العملية التفاوضية أو التمهيدية لإبرام العقد. ويكون ذاته هو التنظيم الذي يجب تطبيق قواعده على عملية التعاقد ( القانون الواجب التطبيق) في لحظة إبرام العقد المنشود<sup>(2)</sup>، وفي الفرض الثاني فقد تصدر القيود التي تقييد القوة الملزمة لمستندات قبل التعاقد طوعاً لإرادة منظميها، من خلال اتفاق ثنائي أو متعدد الأطراف تتسم صياغة محرره بالوضوح والتحديد على ذلك<sup>(3)</sup>. ومن هذا يتجلى إن ما جاء في الفرضين أعلاه، لا يخرج عن قيود قانونية وأخرى اتفاقية تنزع في حال وجودها القيمة القانونية من مستندات قبل التعاقد وتجردها من القوة الملزمة لها، وبذا يكون التقييد القانوني والاتفاقي عنوانا الفرعيين التاليين

### الفرع الأول

#### التقييد القانوني للقوة الملزمة لمستندات قبل التعاقد

لم يكن النظام القانوني، بمنأى عن تقييد ما ينظمه الأطراف من تعهدات أو اتفاقات في المرحلة السابقة على التعاقد، بل تدخل المشرع ويقصد إقامة نوع من التوازن المقبول أو المعقول، بين مبدأ الحرية التعاقدية، الذي لا يلزم الأطراف بالتوصل إلى إبرام العقد النهائي، و توفير الحد الأدنى من الثقة والاستقرار والجدية في مرحلة ما قبل التعاقد. من خلال تقرير القوة الملزمة لمستندات ووثائق هذه المرحلة<sup>(4)</sup>. وهو ما يستتبع منه لتحقيق هذا الغرض، التقدير الدقيق لمدى وحدود القوة الملزمة التي يخلعها على مستند أو وثيقة تعاقدية معينة. فإذا ما وجد أن ما يتمتع به المستند ما قبل التعاقد من قيمة القانونية ملزمة، من شأنه مصادرة مبدأ الحرية التعاقدية وسلطان الإرادة، أو أن يحصرها في أضيق نطاق ممكن، أو

(1) انظر: د. احمد الزقرد، نحو نظرية عامة لصياغة العقود...، المصدر السابق، ص288؛ وهو بخلاف الأمر عليه في مستندات التعاقد النهائية التي لا يحد من قيمتها القانونية أو عنصرها الإلزامي أي مقيد اتفاقي، وان وجد عد باطلا. ولا يمكن التسليم أيضا بوجود قيود قانونية للمستندات العقدية، لتعلق الأمر فيها بآركان الانعقاد، أو شرائط النفاذ وال لزوم. وان وجدت تحدث استثناء، انظر: د. عصمت عبد المجيد، فكرة الإلزام القانوني بالتعاقد، المصدر السابق، ص17؛ د. إبراهيم دسوقي أبو الليل، نظرية العقد غير اللازم، المصدر السابق، ص39؛ د. حسن علي الشاذلي، نظرية الشرط في الفقه الإسلامي والقانون، ط1، عالم الكتب (1982)، ص47 وما بعدها.

(2) وهي بحسب الأصل شرائط قانونية لاكتساب المستند التمهيدي، صفته التعاقدية، تألوا إلى قيود ملزمة مفترضة بحسب الطابع التعاقدى للمستند الذي يجسد الاتفاق أو التعهد الذي يتضمنه، وبانتفاء شرط منها تنعدم القوة الملزمة عن المحرر التي يتضمنها، أو تنتقص منه للتفاصيل. انظر: د. جمال فاخر النكاس، العقود والاتفاقيات الممهدة للتعاقد، المصدر السابق، ص183؛ د. صالح بن عبد الله، المبادئ القانونية في صياغة عقود التجارة الدولية، المصدر السابق، ص192؛ د. احمد شرف الدين، أصول الصياغة القانونية للعقود، المصدر السابق، ص58.

(3) حيث يكثر في الواقع العملي شيوع مثل هذه المقيدات، والنص الصريح عليها في المستندات السابقة على التعاقد، عموماً، وعلى الأخص المستندات التفاوضية منها، التي تنبيل عبارات تحدد أو تنزع القوة الملزمة عنها، في طور تردد الإرادة المصدرة للخطاب وترتيبها، حتى معرفة الموقف الجاد للإرادة المقابلة لها. ويميل بعض الفقه على الاصطلاح بتسميتها، بـ(التحفظات). انظر: د. احمد الزقرد، نحو نظرية عامة لصياغة العقود...، المصدر السابق، ص221؛ د. حسام الدين الاخواني، النظرية العامة للالتزام، ج1...، المصدر السابق، ص84.

(4) للتفاصيل. انظر: د. محمد عبد الظاهر حسين، الجوانب القانونية للمرحلة السابقة للتعاقد، المصدر السابق، ص70؛ جاك جستان، المطول في القانون المدني الفرنسي، تكوين العقد، ترجمة منصور القاضي، ط1، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان (2000)، ص602؛ د. السيد محمد السيد عمران، حماية المستهلك أثناء تكوين العقد، منشأة المعارف بالإسكندرية، مصر (1983)، ص71.

يخالف مقصد الأطراف من تنظيمه، فإنه يبادر بتقييده بوافر من القيود القانونية المختلفة حول نفاذ عنصره الإلزامي، بالقدر الذي يضمن تحقيق الغاية الحقيقية المتوخاة من تحرير المستند، دون المساس بالمبادئ العامة التي يجب مراعاتها في إبرام العقود<sup>(1)</sup>. وابتداءً من المستندات التي يتم تحريرها في الفترة الأولى من مراحل ما قبل التعاقد (مرحلة ما قبل التفاوض) كالمستندات الإعلانية، والكتيبات الدعائية، ووثائق الوعد بالتفاوض، فقد اتجه جانب من الفقه القانوني، إلى القول بتقرير المشرع بعض التحفظات القانونية، حول القوة الملزمة لهذه المستندات وتقييدها في حدود المساحة الزمنية والمكانية الصادرة فيها. ومن ذلك تقييد القوة الملزمة، أو سلبها للمستندات الإعلانية إذا وجهت إلى أشخاص غير محددين من الجمهور<sup>(2)</sup>. كذلك يورد هذا الفقه، تقييدا قانونيا آخر، استخلصه من طبيعة العلاقة التعاقدية التي تروم الأطراف الساعية إلى التعاقد الدخول فيها، وهي أن المستند أو الوثيقة المنظمة في مرحلة ما قبل إبرام العقد، لا يكون لها أي قيمة قانونية أو حتى معنوية، إذا تجردت من ذكر العناصر التي يجب توافرها كحد أدنى، لوصف هذا المستند أو تلك الوثيقة بأنه تعاقدي<sup>(3)</sup>. هذا مع افتراض توفر النية القانونية في الالتزام الجادة للسعي إلى التعاقد في شتى أشكال المستندات ما قبل المرحلة التعاقدية. في حين يوسع الفقه القانوني من دائرة القيود القانونية في إطار المستندات المتبادلة بين الأطراف في مرحلة المفاوضات والمراحل التمهيديّة القريبة من لحظة إبرام العقد النهائي<sup>(4)</sup>، فبالنسبة للمستندات الصادرة في مرحلة التفاوض والتي تمثل الغالبية الكثيرة من مستندات ما قبل التعاقد، لم يجد اختلافاً فقهياً يذكر عليها حول ما تشترطه المبادئ العامة في القانون لتقييد مناطها الإلزامي أو سلبه بعد انقضاء ما حدد لها من سقف زمني، أو بعد ما وضعت لها من غاية ابتغتها إرادة الأطراف المنظمة لها، أو استحالة الوصول إليها من الأصل<sup>(5)</sup>. كما هو الشأن في مستندات اتفاقات المبادئ التي تتضمن التزاما بالدخول بالتفاوض أو الاستمرار فيه أو تقديم المعلومات خلاله إلى الطرف الآخر. فجميع هذه المستندات، يتم تقييد القوة الملزمة لها بمقتضى القانون، حال انخراط أحد الأطراف في الدخول بالتفاوض أو الاستمرار فيه على وفق ما يقتضيه مبدأ (حسن النية قبل التعاقد) و تقديم المعلومات العامة، أو حتى الخاصة التي يتم النص عليها في الوثيقة ما قبل التعاقدية أو

(1) كذلك فإن المشرع نفسه، قد يفرض المرحلة السابقة على التعاقد، بقواعد أمرة من النظام العام، من ذلك مثلاً، المادة (9) من قانون (12) يوليو 1971 في فرنسا، التي تفرض عدم انعقاد عقود التعليم بالمراسلة قبل مضي ستة أيام من تسلم الإيجاب. وإلا كان العقد باطلاً، وستة أيام في البيوع بالمراسلة، بمقتضى القانون (6) يناير 1988. وستة أيام في بيوع الموطن بقانون (22) ديسمبر 1972 المعدل بقانون (23) يونيو 1989. وستة أيام في القرض الاستهلاكي بقانون (10) يناير 1978. وتسعة أيام إذا كان العقد قرضاً عقارياً بقانون (13). يونيو، 1979 (المادة 7)؛ وتفاصيل أخرى انظر: د. أحمد الزقرد، "حق المشتري في إعادة النظر في عقود البيع بواسطة التلفاز"، بحث منشور في مجلة الحقوق، العدد الثالث، السنة التاسعة عشرة، الكويت، سبتمبر، (1995)، بند 44، ص 279.

(2) انظر: د. عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام، وفقاً للقانون الكويتي، ج1، مصادر الالتزام، المجلد الثاني، =باعتناء: د. محمد الألفي (1982)، ص 603؛ د. عبد المجيد الحكيم، الوسيط في نظرية العقد، ج1، ط3، بغداد، شركة الطبع والنشر الأهلية، (1967)، ص 137؛ فيما يعارض البعض من الفقه هذا النوع من التحفظات العمومية، التي لا تعد القوة الملزمة للمستندات الإعلانية. فالقاعدة عندهم، إن العرض الموجه للجمهور كالإيجاب الموجه لشخص محدد. ولا يعتبر الإيجاب الموجه للجمهور، غير ملزم، إلا إذا كان العقد المراد إبرامه يتعلق باعتبارات شخصية. في استعراض هذا الرأي و الرأي المخالف: انظر: د. إبراهيم دسوقي أبو الليل، نظرية العقد غير اللازم، المصدر السابق، ص 73؛ د. حسام الدين الاهواني، المصادر الإرادية للالتزام... المصدر السابق، ص 36؛ في حين نصت المادة (54) من القانون الموحد للبيع الدولي للبضائع، "اتفاقية فينا 11 ابرل 1980"، على أن الإعلان الموجه لجمهور لا يعنو أن يكون دعوة إلى التعاقد. انظر: د. محمد سمير الشرفاوي، العقود التجارية الدولية، دراسة خاصة لعقد البيع الدولي للبضائع، دار النهضة العربية، كلية الحقوق - جامعة القاهرة، مصر، 1993، ص 90؛ انظر. كذلك: د. خالد احمد عبد الحميد، فسخ عقد البيع الدولي للبضائع، وفقاً لاتفاقية فينا لعام (1980)، ط2، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، (2001)، ص 87.

(3) انظر: د. عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط، ج4، المجلد الأول، المصدر السابق، ص 47؛ د. حسام الدين الاهواني، مصادر الالتزام، ج1، المصدر السابق، ص 86؛ د. عبد الحي حجازي، مصادر الالتزام، ط1، (1995)، ص 191. والذي أشار إلى نص المادة (1336) في هذا الصدد؛ د. احمد شوقي محمد عبد الرحمن، مصادر الالتزام، سنة (1989)، ص 38؛ د. احمد الزقرد، الحماية القانونية من الخداع الاعلاني...، المصدر السابق، ص 211.

(4) إذ عدها الفقه المقارن عموماً، والفرنسي على وجه الخصوص، هي مستندات تعاقدية ناقصة، ويصطلح بتسمية المستندات المتبادلة بين الأطراف في مرحلة التفاوض، بـ(شبه العقود)، فيما يطلق مصطلح (عقود ما قبل العقد)، على المستندات التعاقد التمهيديّة. للتفاصيل انظر: ماليري، وأينس، الالتزامات، ط4، بند 351، ص 194. نقلاً عن: د. احمد الزقرد، نحو نظرية عامة لصياغة العقود...، المصدر السابق، ص 209؛

J. cedars L, obligation de negociern Rev/trim. Dr commercial et dr econonique (1985); p277.

(5) وذلك باعتبارها مستندات، مثبتة لاتفاقات سابقة على التعاقد، للتفاصيل. انظر: د. مصطفى محمد الجمال، السعي إلى التعاقد، المصدر السابق، ص 148؛ د. يزيد أنيس نصير، مرحلة ما قبل التعاقد، ج2، المصدر السابق، ص 206؛ وفي ضرورة اشتغال المستند التفاوضي على المسائل الأساسية، انظر: د. محمد محمد أبو زيد، المفاوضات في الإطار التعاقد، المصدر السابق، ص 39.

حتى استحالة تنفيذ هذه الالتزامات، لسبب أو آخر من الأسباب الخارجة عن إرادة منظمي هذه المستندات (القوة القاهرة، الحادث الفجائي... وغيرها)<sup>(1)</sup>. وبذا تفترق هذه الالتزامات المتولدة من مستندات اتفاقات وخطابات مرحلة ما قبل التعاقد عن الالتزامات التعاقدية التي يتحتم على الملتزم بها تنفيذها وفق ما اقتضته البنود الواردة في العقد. ولا يحد من قوتها الملزمة من أمر، سوى نظرية استحالة تنفيذ الالتزام التعاقدية التي ترتبط ارتباطاً وثيقاً بمجال المسؤولية العقدية من حيث كونها سبباً لانقضاء الالتزام<sup>(2)</sup>. وبعبارة أكثر جلاء يمكن القول، بأن الالتزام الثابت في المستند ما قبل التعاقد، يتم تقييد قوته الملزمة قانوناً، بمجرد عدم الاتفاق على إبرام العقد النهائي، سواء تم تنفيذ الالتزام الثابت فيه أو لم يتم تنفيذه. وهو بخلاف الأمر عليه في الالتزام التعاقدية بعد لحظة إبرام العقد النهائي الذي لا تبرأ ذمة المدين منه، إلا بالوفاء به وفق الطرق المعروفة في ذلك<sup>(3)</sup>. كذلك يضيف بعض الفقه القانوني تقييداً قانونياً آخراً يمكن أن يرد على مستندات قبل التعاقد التفاوضية، والذي تفرضه الطبيعة المؤقتة لهذه الأخيرة، وهو تقييد القوة الملزمة لمستندات الخطابات والاتفاقات الصادرة في مرحلة ما قبل التعاقد بحدود المدة المنصوص عليها في ذلك المستند<sup>(4)</sup>. فإذا جاوزت الالتزامات حدود هذا السقف الزمني المحدد لها، فلا مناط إلزامي يفرضه القانون في التمسك على تنفيذها. وهذا ما يلحظ بصفة خاصة في المستندات قبل التعاقدية المتضمنة للالتزامات سلبية يقع على عاتق أحد الأطراف أو جميعهم تنفيذها من خلال موجب الامتناع. وهذا هو شأن مستندات اتفاقات وتعهدات عدم الإفشاء بسرية المعلومات، أو عدم التفاوض مع الغير مدة محددة<sup>(5)</sup>. فإذا جاوزت المدة المنصوص عليها في هذه المستندات لن يكون لهذه الأخيرة إلا قيمة معنوية غير ملزمة في بعض الأحيان<sup>(6)</sup>. ولا تختلف مستندات العقود التمهيدية القريبة من لحظة إبرام العقد النهائي - في صياغتها - عن سابقتها، (المستندات التفاوضية) من حيث التقييد القانوني الذي يرد على مدى القوة الملزمة لها. وينطبق عليها ذات القيود القانونية التي ترد على هذه الأخيرة، إلا فيما يتعلق بالتنظيم التشريعي الذي أفصحت عنه النصوص القانونية بجلاء بالنسبة لتطبيقات مستندات التعاقد التمهيدية، مثل: (مستندات الاتفاق الابتدائي، مستندات الوعد بالتعاقد، مستندات عقد العمل تحت التجربة، وثيقة التغطية المؤقتة في

(1) وفي شأن القيود القانونية الواردة على هذه التطبيقات، انظر: د. إبراهيم نجار، اتفاق المبدأ، المصدر السابق، ص177؛ د. احمد الزقرد، نحو نظرية عامة لصياغة العقود...، المصدر السابق، ص270؛ د. جمال فاخر النكاس، العقود والاتفاقيات الممهدة للتعاقد، المصدر السابق، ص163؛ جستان، المطول في القانون المدني، العقد، ج1، المصدر السابق، ص249؛ د. هاني صلاح سري الدين، المفاوضات في العقود التجارية الدولية، المصدر السابق، ص63؛ د. صبري حمد خاطر، "الالتزام قبل التعاقد بتقديم المعلومات"، المصدر السابق، ص177؛ د. محمد إبراهيم دسوقي، الجوانب القانونية في إدارة المفاوضات...، المصدر السابق، ص79؛ د. حسام الدين الاهواني، النظرية العامة للالتزام...، المصدر السابق، ص112-113.

(2) انظر: د. عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط، ج1، المصدر السابق، ص819، وللتفاصيل انظر: د. عبد الوهاب علي الرومي، الاستحالة وأثرها على الالتزام العقدي، دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون المدني، أطروحة دكتوراه، جامعة القاهرة، مصر (1994)، ص321؛ د. اسعد الكوراني، نظرية الحوادث الطارئة في التشريع المدني للبلاد العربية، مجلة المحاماة، السنة الرابعة، العدد الأول، ص217؛ د. عبد الجبار ناجي الملا صالح، مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود، ط1، مطبعة اليرموك، بغداد، العراق، (1394هـ/1974م)، وأصل الكتاب رسالة ماجستير، مقدمة إلى جامعة بغداد (1973)، ص153.

(3) انظر: د. عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط، ج3، المصدر السابق، فقرة 352، ص630؛ د. محمد حسين عبد العال، ضوابط الاحتجاج والمستندات العقدية، المصدر السابق، ص315؛ د. محمد إبراهيم دسوقي، الجوانب القانونية في إدارة المفاوضات...، المصدر السابق، ص107.

(4) انظر: د. محمد إبراهيم دسوقي، الجوانب القانونية في إدارة المفاوضات...، المصدر السابق، ص114؛ د. عدنان إبراهيم السرحان ود. نوري حمد خاطر، مصادر الالتزام، المصدر السابق، فقرة 107، ص91؛ د. محمد حسام محمود لطفي، المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض، المصدر السابق، ص89.

(5) انظر: د. هاني صلاح سري الدين، المفاوضات في العقود التجارية الدولية، المصدر السابق، ص110-111؛ د. احمد الزقرد، نحو نظرية عامة لصياغة العقود...، المصدر السابق، ص277؛ وتكثر مثل هذه القيود القانونية، التي ترد في مستندات اتفاقات المبادئ السلبية في عقود نقل التكنولوجيا - كأحدى آليات حماية المعرفة الفنية وضمان عدم انتقالها إلى الآخرين -؛ للتفاصيل انظر: د. حسام محمد عيسى، نقل التكنولوجيا، دراسة في الآليات القانونية للتبعية الدولية، ط1، دار المستقبل العربي، القاهرة، مصر، (1987)، ص240.

(6) كما هو شأن بعض الالتزامات الإيجابية أيضاً، الثابتة في المستندات التفاوضية السابقة على التعاقد، مثل (مستند الاتفاق بالدخول في التفاوض)، أو البعض الآخر أيضاً من الالتزامات السلبية، مثل: (مستندات الالتزام بالسرية أثناء التفاوض، ومستندات عدم التفاوض مع الغير مدة محددة أثناء التفاوض)، للتفاصيل انظر: د. هاني صلاح سري الدين، المفاوضات في العقود التجارية الدولية، المصدر السابق، ص103؛ د. احمد الزقرد، نحو نظرية عامة لصياغة العقود...، المصدر السابق، ص277؛ د. محمد إبراهيم دسوقي، الجوانب القانونية في إدارة المفاوضات...، المصدر السابق، ص118؛ باستثناء الاتفاق في المستند ما قبل التعاقد الذي يقضي مضمونه بأن يبقى الالتزام الثابت فيه، فترة معينة حتى بعد فشل المفاوضات، للتفاصيل انظر: د. محمد محمد أبو زيد، المفاوضات في الإطار التعاقدية، المصدر السابق، ص89.

عقد التأمين...). فاستعراض التنظيم التشريعي الذي اختصت به مستندات التعاقد التمهيدية في مرحلة ما قبل إبرام العقد، يسفر عن جملة من القيود القانونية علاوة عما ذكر في المستندات والوثائق الصادر في مرحلة ما قبل التعاقد الأخرى<sup>(1)</sup>. تختص فيها هذه القوالب التعاقدية دون سواها، استلزمها المشرع لوجود هذه الأوضاع القانونية أو نفاذ القوة الملزمة لها. والتأكيد في ذات الوقت على الصفة التعاقدية الحقيقية لها، من خلال التسليم لها بوجود إرادتين قد اتجهتا نحو الارتباط القانوني الملزم، وان أُرجئ تلاحمهما التعاقد في ما بعد<sup>(2)</sup>. ويمكن استخلاص القيود القانونية التي تستقل بها مستندات التعاقد التمهيدية، باعتبارها عقود حقيقية مستجمة لأركان وشرائط الانعقاد، من نواحي متعددة، فمن الناحية الأولى وعن طريق مفهوم المخالفة في ضرورة اشتغال المستند أو الوثيقة ما قبل التعاقدية للاتفاق الابتدائي الملزم للجانبين، أو الوعد بالتعاقد الملزم لجانب واحد، أو باقي الصور التمهيدية الأخرى للاتفاقات الأولية. للعناصر الجوهرية للعقد المراد إبرامه<sup>(3)</sup>. ذهب بعض الفقه القانوني : إلى أن خلو مستند ذلك الاتفاق أو نقص وثيقة هذا الوعد، من العناصر الجوهرية للعقد المزمع إبرامه، يعد تقييدا قانونيا لإلزامية هذه المستندات والوثائق ما قبل التعاقدية، التي تمهد للعقد النهائي<sup>(4)</sup>. أما الناحية الثانية فتتجلى في تقييد القوة الملزمة لمستندات قبل التعاقد الممهدة للعقد النهائي قبل ابتداء الميعاد القانوني من إعلان الرغبة، بالنسبة لمستندات قبل التعاقد الملزمة لجانب واحد، مثل: (مستندات الوعد بالتعاقد، خطابات النوايا)، أو حلول الأجل بخصوص مستندات قبل التعاقد الملزمة للجانبين مثل: (مستندات الاتفاق الابتدائي، مستندات الاتفاق المبدئي...). في ما كانت الناحية الثالثة من الفروق، قد اختصت بمستندات التعاقد التمهيدية، التي يتطلب القانون فيها شكلا معيناً لتنظيمها، لا يفيد عنصر الإلزام القانوني فحسب عند عدم توفره، بل لا يوجد من الأساس - في بعض القوانين - دون اتخاذ مستند عقد الوعد أو الاتفاق الابتدائي، ذلك الشكل المطلوب<sup>(5)</sup>. وبالتطبيق لهذا الشأن، في نصوص مواد القانون المدني العراقي، وبعض القوانين المقارنة به، نصت المادة (91) مدني عراقي في فقرتها (1) على إن: ((الاتفاق الابتدائي الذي يتعهد بموجبه كلا المتعاقدين أو أحدهما بإبرام عقد معين في المستقبل، لا يكون صحيحاً إلا إذا حددت المسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه، والمدة التي يجب أن يبرم فيها))<sup>(6)</sup>. ونصت الفقرة (2) من ذات المادة، على أن: ((فإذا اشترط القانون للعقد

(1) انظر: د. احمد الزقرد، نحو نظرية عامة لصياغة العقود...، المصدر السابق، ص279؛ د. محمد حسين عبد العال، ضوابط الاحتجاج والمستندات العقدية، المصدر السابق، ص163؛ د. جمال فاخر النكاس، العقود والاتفاقيات الممهدة للتعاقد، المصدر السابق، ص138.

(2) انظر: د. احمد شرف الدين، أصول الصياغة القانونية للعقود، المصدر السابق، ص69.

(3) ويذهب البعض من الفقه القانوني، إن المسائل الجوهرية بالنسبة للاتفاقات السابقة على التعاقد، (التمهيدية)، التي تواجه تحت مسمى العناصر الأساسية تشمل طائفتين من المسائل: المسائل المحددة بذاتية العقد المزمع إبرامه، بين فصائل العقود وضوابطها. والتي تؤخذ دائماً بمعيار موضوعي. والمسائل الأخرى التي يرى الطرفان أو أحدهما، ضرورة الاتفاق عليها قبل الارتباط بالعقد، والتي تؤخذ دائماً بمعيار شخصي، ومن هنا شاع القول بأن العناصر الجوهرية للاتفاقات السابقة على التعاقد، تتحدد بإعمال المعيارين معاً، ولا يكفي بتحديددها، الأخذ بأحد هذين المعيارين دون الآخر. للتفاصيل. انظر: د. مصطفى محمد الجمال، السعي إلى التعاقد، المصدر السابق، ص128؛ د. حسام الدين الاهواني، المفاوضات في الفترة ما قبل التعاقدية...، المصدر السابق، ص33؛ د. يزيد أنيس نصير، الارتباط بين الإيجاب والقبول، المصدر السابق، ص108؛ -وحيال عرض موقف التشريعات المدنية المقارنة من التقييد القانوني، انظر: د. محمد محمد أبو زيد، المفاوضات في الإطار التعاقدية، المصدر السابق، ص37-38. فيما يرى البعض الآخر من الفقه القانوني أن استخلاص هذا القيد من عدمه، هو من سلطة القاضي الذي يستنتج من خلال البحث عن حل في المادة (3/1135) مدني فرنسي أو المادة (1367) مدني إيطالي اللتان تقضيان بتفسير المستند التعاقدية، وشرطه على النحو الذي يكون بمقتضاه بعض الأثر، بدلا من التفسير على المعنى الذي لا يكون له بمقتضاه اثر البتة. انظر: د. عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام، المصدر السابق، ص566؛ ومن الفقه الغربي المقارن:

Carbonnier, op; cit. p68.

(4) انظر: في ذلك: د. احمد الزقرد، نحو نظرية عامة لصياغة العقود...، المصدر السابق، ص279؛ د. صالح بن عبد الله، المبادئ القانونية في صياغة عقود التجارة الدولية، المصدر السابق، ص80؛ د. عبد الفتاح مراد، شرح العقود التجارية والمدنية، المصدر السابق، ص78؛ د. عبد المنعم بدر اوي، مصادر الالتزام، المصدر السابق، ص226؛ د. محمد محمد أبو زيد، المفاوضات في الإطار التعاقدية، المصدر السابق، ص43؛ ولاستعراض مواقف الاتجاهات القانونية من هذه القيود انظر: د. احمد شرف الدين، أصول الصياغة القانونية للعقود، المصدر السابق، ص74-75.

(5) انظر: د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط، ج1، المصدر السابق، ص254؛ د. جلال العدوي، مصادر الالتزام، المصدر السابق، ص226؛ د. جميل شرقاوي، مصادر الالتزام، المصدر السابق، ص239؛ د. أنور سلطان، مصادر الالتزام، المصدر السابق، ص228؛ د. عبد المنعم بدر اوي، مصادر الالتزام، المصدر السابق، ص226؛ حسين عبد القادر معروف، فكرة الشكلية في العقود والتصرفات، أطروحة دكتوراه قدمت إلى جامعة بغداد، كلية القانون، (2004م)، ص169-170.

(6) انظر: المادة (101) مدني مصري (مطابق)، والمادة (102)، مدني سوري (مطابق)، والمادة (105) مدني أردني (موافق)، والمادة (101) مدني ليبي (مطابق)، والمادة (69) مدني كويتي (موافق)، والمادة (179) موجبات وعقود لبناني (موافق)، والمادة (220) ملكية عقارية

شكل معين. فهذا الشكل تجب مراعاته أيضا في الاتفاق الابتدائي الذي يتضمن وعدا بإبرام هذا العقد<sup>(1)</sup>. وعلى مستوى الجانب العملي من التقييد القانوني للقوة الملزمة للمستندات قبل التعاقد، رفضت المحكمة الأمريكية العليا تنفيذ نموذج عقد بدعوى عدم توافر بديل (احتكار) وغموض عبارات نموذج العقد وغياب العناصر الجوهرية أو تنقصها في مستندات التفاوض أثناء التعاقد. وهكذا كان اهتمام المحكمة موجهًا إلى تقييد القوة الملزمة لعدم وضوح صياغة مستندات التفاوض وانتقاصها. ومن ثم، يغدو أن رفض القوة لملزمة لهذا النموذج، كان منصبا أساساً على عيب في إجراءات إبرام العقد، أو عدم وجود مستندات تفاوضية محددة بصورة واضحة بين المتعاقدين، الأمر الذي يقترح بتوافر الرضا لدى الطرف الضعيف<sup>(2)</sup>. وفي الشأن ذاته قضت محكمة النقض الفرنسية في قرار لها، لفت نظر قضاة الموضوع إلى بيان العناصر الناقصة في المستند ما قبل التعاقد، في التعبير عن الإرادة، ليس إيجاباً بالبيع<sup>(3)</sup>. وفي خصوص، (عقد بيع ابتدائي)، واقع على عقار، أبرم من دون أن يتضمن سنده في الجدول التفصيلي للمساحة أي إشارة إلى ذلك، احتج به في دعوى صحة ونفاذ التعاقد، نقضت محكمة التمييز الكويتية، حكم محكمة الموضوع، في تأسيس حكمها لصالح المشتري على مستند يخلو من العناصر الجوهرية للعقد المراد إبرامه، ورأت منه المحكمة الأولى، (محكمة التمييز) انه مستند يفتقد للقيمة القانونية الملزمة<sup>(4)</sup>. وهو الأمر الذي خلصت إليه محكمة النقض المصرية في قرارها الذي جاء في حيثياته، ".... انه لا يمكن استخلاص الإيجاب الضمني من فعل يحتمل احتمالات عدة، لا يمكن الترجيح بينها إلا بمرجح، كما هو الحال في تنظيم شخص مستند تعاقدية يتلخص مضمونه بإيداع مبالغ في حساب شخص آخر لحته على التعاقد، لا يمكن اعتباره إيجاباً بالشراء منه"<sup>(5)</sup>. في ما انتهت محكمة التمييز العراقية إلى عدم إضفاء أي قيمة قانونية ملزمة على سند التعهد (الوعد) بإبرام عقد رهن تجاري المقرر على المنقول (موضوع الدعوى) لتوثيق الدين المترتب على عمليات استيراد البضائع و

لبناني. ومن نصوص القوانين الغربية المقارنة انظر: المادة (22) من قانون الالتزامات السويسري، والمادة (62) من قانون الالتزامات البولوني، والمادة (1598) مدني فرنسي.

(1) انظر: المادة (2/101) مدني مصري مطابق، والمادة (2/102) مدني سوري (مطابق)، والمادة (2/105) مدني أردني (موافق)، والمادة (69) مدني كويتي (موافق) مكررة. كذلك انظر: نص المادة (1840) م مدونة الضرائب الفرنسية، والمعدلة بقانون التمويل الصادر 1963/12/19؛ كذلك انظر: نص المادة (2/9) من القانون الفرنسي الصادر (1979) المنظم لعقد القرض، الممهد لشراء العقار، كذلك انظر: نص المادة (15) من القانون الفرنسي الصادر (1967) المنظم لعقد الحجز الواقع على عقار، (تحت التشييد أو الترميم)، وللخلاف الفقهي والقضائي من قيد الشكل القانوني، بالنسبة لتطبيق الوعد بالتعاقد. انظر: حسين عبد القادر معروف، فكرة الشكلية... المصدر السابق، ص 170؛ أشواق =عبد الرسول، القيود الواردة على التراضي، رسالة ماجستير مقدمة إلى جامعة بابل، (2005)، ص 11.

(2) انظر: في قرار المحكمة في دعوى:

Henington B, Blomfield Moytors-Inc 23. N. J. 358, 161 A. 2d. 69, (1966).

وفي التعليق على هذا القرار انظر: د. احمد عبد الرحمن الملحم، نماذج العقود وسائل مواجهة الشروط...، المصدر السابق، ص 301.

(3) Civ 8 fevrrar, (1984)/ JCP (1984)/ IV/ 1191.

وحكمت محكمة النقض الفرنسية بذات الشأن أيضا، "بأنه لما كان قد تبين من مشروع التعهد لأحدى راقصات الأوبرا، انه لم يكن قد وقع عليه، واعتبرته الراقصة، رغم ذلك إيجاباً، وهو لا ينتج أثره إلا بعد التوقيع عليه. وحتى لو كان هذا المشروع قد وقع عليه من قبل الموظف المختص، فانه يبقى خاضعاً لشروط الموافقة من جانب الجهات المالية، وهو شرط لم يتحقق وبالتالي يكون في استطاعة قضاة الموضوع في غياب شرائط، انه لم يوجد أي عقد قد أبرم مع الراقصة، وبالتالي لا يمكن إجابة الراقصة إلى طلبها بالتعويض من عدم تنفيذ العقد المزعوم". انظر: في تفاصيل هذا الحكم:

-Soc. 17 octobre, (1973). Bciv 485. civ. 2Mai (1978)- D(1979)- 317. not. J.Schmiatt. p.247.

(4) انظر: تمييز مدني كويتي 1983/4/13، رقم (715)، ط 7، ص 122.

(5) انظر: نقض مدني مصري في 1941/4/8/ مجموعة عمر 5- بند 98، ص 290؛ إذ يعلق بعض الفقه القانوني في إطار التوجه الذي يحد، أن تتخذ المحكمة بهذا الخصوص، بالقول: (وتطبيق هذه المبادئ على الاتفاقات التمهيدية، أو الأولية فيجب بحث كل حالة على حدة فإذا ثبت للمحكمة أن المستند محل النزاع يقتصر دوره على تدوين، بعض الأمور التي اتفق عليها الأطراف خلال مرحلة معينة في التفاوض، والتأكيد على ثقتهم في إمكانية الاتفاق على نقاط تفصيلية أخرى في وقت لاحق، فإننا لا نكون بصدد عقد ملزم، بالرغم من وصف المستند بأنه اتفاق). انظر في هذا التعليق: د. هاني صلاح سري الدين، المفاوضات في العقود التجارية الدولية، المصدر السابق، ص 107.

تصديرها، لأنه لم يراع به الأوضاع المقررة قانوناً (التسليم - التسجيل) بمقتضى القانون المدني والقوانين الخاصة الأخرى<sup>(1)</sup>.

## الفرع الثاني

### التقييد الاتفاقي للقوة الملزمة لمستندات قبل التعاقد

كما يكون تقييد القوة الملزمة لمستندات ووثائق المرحلة ما قبل التعاقدية، بمحددات قانونية تفرضها أدوات التنظيم القانوني المختلفة، فإنه لا يمنع ذلك - من ناحية أخرى - من تقييد عنصر الإلزام القانوني الذي تتضمنه هذه المستندات أو الوثائق، بمقتضى تقييد إرادي من لدن أحد الأطراف أو كلاهما. اصطلاح عليه في الفقه القانوني تسمية التقييد الاتفاقي<sup>(2)</sup>. ولما بدى أعلاه، قد يثور التساؤل بصدد المستندات التي تشتمل على طبيعة العقد المراد إبرامه وعناصره الأساسية بصورة محددة وتفصيلية، لكنها تذيّل بعبارات من نوع، هذا المستند أو الوثيقة ليس له قيمة تعاقدية، أو ليس له سوى قيمة إرشادية. فهل يعني ذلك نزع القوة التعاقدية الملزمة عن مثل هذه المستندات والوثائق؟، الإجابة عن التساؤل المطروح، قسمت الفقه القانوني إلى ثلاثة اتجاهات. ذهب الاتجاه الأول<sup>(3)</sup>: إلى أن المستندات السابقة على التعاقد، تكتسب قيمة تعاقدية ملزمة بكل ما يترتب على ذلك من آثار، بمجرد أن يشتمل المستند على طبيعة العقد وعناصره الأساسية بدقة وتفصيل، بصرف النظر عن صياغته بعبارات وألفاظ يستفاد منها، بأن محرر المستند لا ينوي الارتباط بأي علاقة تعاقدية على وجه إلزامي، أو بأن المستند التعاقدية محض إرشاد، على سند من القول بأنه مما يتنافى مع المنطق القانوني، أن نذكر شيئاً، ونفعل في الوقت ذاته عكسه<sup>(4)</sup>. ويبرر أنصار هذا الاتجاه ما ذهبوا إليه، بأن تذيّل الخطابات الصادرة في مرحلة ما قبل التعاقد، بعبارة "ليس

(1) انظر: قرار محكمة التمييز العراقية، (هيئة موسعة)، رقم 93/ت/2006، في 17/2/2006م، (غير منشور).

(2) انظر: د. احمد الزقرد، نحو نظرية عامة لصياغة العقود...، المصدر السابق، ص226؛ د. احمد شرف الدين، أصول الصياغة القانونية للعقود، المصدر السابق، ص80-81؛ في ما أطلق عليه البعض من الفقه القانوني المقارن بالتحديد الإرادي، انظر: Berlioz 2, le contrat d'adhesion et latrotection du consommateur

=نقلا عن: د. احمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي...، المصدر السابق، ص59. كذلك انظر: مؤتمر جمعية القانون والتجارة 4/3 يونيو 1987، ص248؛ نقلا عن: د. احمد الزقرد، نحو نظرية عامة لصياغة العقود...، المصدر السابق، ص276؛ وما جاء في التقارير التي قدمها الفقهاء من فرنسا وسويسرا في مؤتمر جمعية أصدقاء هنري كاييتان، بعنوان حماية المستهلك/ يوميات كندا/ (1973)، ص19-20-21؛ كذلك جستان/ الانعقاد، المصدر السابق، بند 304، ص233/ جستان وديشي، البيع (1990)، المصدر السابق، ص283.

(3) انظر في هذا الرأي: د. حسام الدين الاهواني، المفاوضات في الفترة ما قبل التعاقدية...، المصدر السابق، ص13؛ د. إسماعيل محمد المحاقري، الحماية القانونية لعديم الخبرة...، المصدر السابق، ص307؛ كذلك انظر بشكل عام: د. محمد المرسي زهرة، بيع المباني تحت الإنشاء، دراسة مقارنة في القانون المصري والفرنسي والكويتي، ط1، (1987)، ص176؛ ومن الفقه الغربي المقارن. انظر: جستان، الانعقاد، المصدر السابق، بند 292، ص260؛ كذلك انظر: في الانتصار لهذا الرأي على وجه الخصوص:

V. Note STENNER (B) sous, cass- siv 13-7-1982, J. C.p., (1983), 2, 20026.

حيث قال: "إن على الواعد أن يخبر المشتري لحظة البيع، عن تلك الشروط والمواصفات غير الموجودة والتي تم الإعلان عنها. ويؤكد له إن هذا الإعلان لم يكن الهدف منه، سوى جذب المشتري إلى التعاقد، ولكن ما ورد بها ليس نهائياً، وإذا لم يفعل ذلك، قامت مسؤوليته عما ورد، بهذه المستندات الدعائية والتي تعد مصدر الالتزام بما ورد بها من بيانات ومواصفات..."، مشار إليه: د. محمد عبد الظاهر حسين، الجوانب =القانونية للمرحلة السابقة للتعاقد، المصدر السابق، ص17.

(4) لاسيما قاعدة "انه لا يقبل من احد قول يتنافى مع سابق سلوكه"، للتفصيل. انظر: د. حارث سليمان الفاروقي، المعجم القانوني، ط2، طبعة ونشر مكتبة لبنان، بيروت، (1970)، ص257، وهي القاعدة التي تتفق مع قول الشرعيين "من سعى في نقض ما تم على يديه، فسعيه مردود عليه"، الشيخ مصطفى احمد الزرقا، المدخل الفقهي العام، ج2، ص10-15؛ د. حسام الدين الاهواني، المفاوضات في الفترة ما قبل التعاقدية...، المصدر السابق، ص13-14؛ وفي عرض وتأييد الآراء الأخرى القائلة بأن إرادة محرر الخطاب عدم إعطاء تعهده، أي صفة

للمستند أو الوثيقة أي قيمة تعاقدية"، تخالف حقيقة ما اتجهت إليه إرادة المتلقي للوثيقة الإعلانية، أو المستند التعاقدية، أيًا كانت صورته سواء كان صادرا من أحد الأطراف، كما هو شأن المستندات والوثائق أو الملصقات الإعلانية، أو كما هو الحال في الصورة الغالبة لخطابات النوايا. أو كان صادر بالاشتراك من كلا الطرفين أو جميع الأطراف، كما هو الحال في مستندات الاتفاق الابتدائي واتفاقات المبادئ وغيرها. ففي هذه الأحوال يعول أحدهما أو كلاهما أو جميعهم، عما يرد في هذه المستندات من بيانات محددة ومفصلة عن طبيعة العقد المراد إبرامه وعناصره الأساسية، وليس لهذا الطرف أو تلك الأطراف (ثنائية - متعددة) أن يغيروا منها بعبارات من نوع، إن للمستند قيمة إرشادية فقط<sup>(1)</sup>. في حين رأى الاتجاه الثاني من الفقه القانوني: إلى أن التحفظ الوارد في الوثائق والمستندات المحررة قبل التوقيع على العقد النهائي، يعدم قيمتها التعاقدية الملزمة، ولا يلزم مصدر الخطاب أو موقعه بتنفيذ ما ورد به من معلومات. ومرد ذلك، إن الشخص لا يلتزم بغير إرادته المعلنة، التي أضفت على هذه الوثائق والمستندات القيمة الإرشادية، وابتعدت بها عن جادة القوة التعاقدية الملزمة، سواء تحقق ذلك عن طريق تحفظ وارد من إرادة أحادية، أو كان نتاج إرادتان مزدوجتان أو أكثر<sup>(2)</sup>. في ما جاء الاتجاه الثالث، (وهو الذي نؤيده)، توفيقا يعول على طبيعة المستند ما قبل التعاقدية، وشكل التقييد الإرادي الذي يرد عليه، في أعمال أو إهمال مقيّدات القوة الملزمة لمستندات قبل التعاقد<sup>(3)</sup>. وهو ما يستتبع القول باستعراض وتقصي كل حالة على حدة، فبالنسبة لطبيعة المستند ما قبل التعاقدية، يمكن القول بتقييد القوة الملزمة له في ما إذا كان هذا الأخير أحد ضروب المستندات أو الوثائق ما قبل التعاقدية التي يتم تنظيمها في المرحلة السابقة على التفاوض، كما هو شأن المستندات والوثائق الإعلانية ومستندات الوعد بالتفاوض أو الدعوة إليه<sup>(4)</sup>. حيث يضيف أنصار هذا الاتجاه، أنه لا مناص - في بعض الحالات -

القانونية بهذا الشأن لا تقف حائلا، دون قيام قاضي الموضوع بترتيب آثار القانونية عليه، كلما توافر الداعي إلى ذلك. للتفاصيل. انظر: د. مصطفى أحمد عبد الجواد، خطابات النوايا الصادرة عن الغير...، المصدر السابق، ص 24 وما بعدها؛ ويرى الأستاذ J. ghestin إن للرسائل الإعلانية، قيمة تمهيدية خاصة في ما تتضمنه من بيانات محدّد وتقصيلية وشارحة - وعندئذ - تكون ملزمة للمعلن بصرف النظر، عن ما تتضمنه من عبارات، تفيد أن قيمة الرسالة الإعلانية، إرشادية فقط، انظر. الأستاذ: جستان، العقد، المصدر السابق، بند 233، ص 304.

(1) ومن ذلك ما ذهب إليه، القضاء الفرنسي، إلى أن المستندات الدعائية (الكتالوجات)، عندما تكون محددة بدقة ومفصلة بما فيه الكفاية، تربط من حققها أو استعملها، وتلزمه بالشروط الواردة فيها، حتى ولو نصت على أنه، لا قيمة عقدية لها. نقض مدني فرنسي 9 آذار، 1988، النشرة المدنية III، رقم (53)، ص 30.

(2) انظر: د. أحمد شرف الدين، أصول الصياغة القانونية للعقود، المصدر السابق، ص 109؛ د. صالح بن عبد الله، المبادئ القانونية في صياغة عقود التجارة الدولية، المصدر السابق، ص 77؛ د. عبد الفتاح مراد، شرح العقود التجارية والمدنية، المصدر السابق، ص 136؛ د. محمد إبراهيم دسوقي، الجوانب القانونية في إدارة المفاوضات...، المصدر السابق، ص 27؛ ومن الفقه الغربي المقارن، الذي تزعم هذا الرأي. انظر: برنو سيلز، (Bruno Celice) التحفظات وعدم الرغبة في إبرام التصرفات القانونية، باريس، (1966)، رقم 411، ص 304.

(3) انظر: د. محمد عبد الظاهر حسين، الجوانب القانونية للمرحلة السابقة للتعاقد، المصدر السابق، ص 733؛ د. يزيد أنيس نصير، التطابق بين الإيجاب والقبول، المصدر السابق، ص 120-121؛ د. أحمد الزقرد، نحو نظرية عامة لصياغة العقود...، المصدر السابق، ص 229؛ ومن هنا ينبغي التفرقة بين التحفظ الشخصي، الذي يرد في مستندات التعاقد التي تبرم على اعتبارات شخصية، مثل: (المستندات عقد العمل تحت التجربة - وثيقة التغطية المؤقتة) في مرحلة ما قبل توقيع العقد، وبين التحفظ العام الذي قد يرد في كافة المستندات والوثائق ما قبل التعاقدية، والأول يعدم القيمة القانونية أو يقيدها، والثاني لا يؤثر في القيمة القانونية للمستند. للتفاصيل. انظر: J. chestin في المطول في القانون المدني بالاشتراك مع B. Desche، عقد البيع، (1990)، المصدر السابق، ص 111.

(4) أما بصدد مستندات (العرض)، الإيجاب التي تقترن بتحفظات، أو تعلق على شروط تنصب في مجملها على تقييد القوة الملزمة لما تتضمنه، أو تقصره على وحدة زمنية معينة، فقد احتدم الخلاف بين الفقه ونصوص التشريع =القضاء حول مدى نفاذ هذه القيود أو التحفظات أو الشروط وآثارها، وهو اختلاف لن نغول باستعراضه التزاما بموضوع البحث، لتعلقه بالخلاف الذي أثير حول المعيار القانوني للقوة الملزمة للإيجاب الملزم. للتفاصيل انظر: د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط، ج1، المصدر السابق، ص 221؛ د. عبد المجيد الحكيم، نظرية العقد، المصدر السابق، ص 136؛ انظر: د. مصطفى محمد الجمال، السعي إلى التعاقد، المصدر السابق، ص 44؛ وفي تقييد الإيجاب الملزم بنص تشريعي. انظر: د. إبراهيم دسوقي أبو الليل، نظرية العقد غير اللازم، المصدر السابق، ص 73؛ د. حسام الدين الاهواني، المصادر الإرادية للالتزام...، المصدر السابق، ص 36؛ د. إبراهيم دسوقي أبو الليل، مصادر الالتزام، المصدر السابق، ص 332؛ في ما لم تستعرض النصوص القانونية ذلك، انظر: المادة (84) مدني عراقي، والمادة (93) مدني مصري، والمادة (94) مدني سوري، والمادة (93) مدني ليبي، والمادة (179) مدني لبناني، والمادة (2/41) مدني كويتي، والمادة (2/4) من القانون الموحد للبيع الدولي للبضائع (اتفاقية فيينا). انظر: في الإيجاب المقترن بتحفظ "إلى حين نفاذ الكمية"، محكمة السين في 20 فبراير 1952، منشور في دالوز (1952)، ص 253. وأكس أن بروفانس في 6 ديسمبر، 1968، منشور في:

111, - 1- civ:RTD 9 m (1969), G. P. (1969) p353.

وإزاء تضارب الآراء الفقهية ونقص النصوص التشريعية، واختلاف مناهي القرارات القضائية، من مسألة اثر التحفظات التي ترد على مستندات العرض (الإيجاب)، فإننا نخلص ومن خلال استقراء الواقع العملي لمستندات قبل التعاقد إلى ترجيح الرأي الفقهي، والتوجه القضائي الذي يلتزم، إن التحفظات التي تدلّ بها مستندات ووثائق العرض (الإيجاب)، هي تحفظات عمومية، لا تعدم القوة الملزمة لها. للتفاصيل. انظر: د.

وعلى سبيل الاستثناء - من النظر إلى هذه النشرات الدعائية على إنها جزء من العقد وملزمة للطرفين وان اقترنت بتحفظ، بشرط توفر الأمور الآتية:

أولاً: أن تتضمن هذه النشرات بنوداً محددة واضحة عن الشيء المراد التعاقد عليه، بما يوحي بأنها تشكل مجموعة من الالتزامات أو التعهدات تلقى على عاتق من صدرت منه. أما إذا وردت في شكل عبارات إنشائية أو كلمات مدح وألفاظ تشويق أو إثارة أو ترغيب في التعاقد، فإن اعتبارها جزء من العقد، يصعب قبوله أو الدفاع عنه<sup>(1)</sup>.

ثانياً: أن يثبت بشكل أو بآخر، تأثر الطرف الآخر بهذه النشرات أو الكتيبات عند إبرام العقد، بمعنى أن يكون ما ورد بها من بنود أو مواصفات محل اعتبار عنده. وكانت تحت نظره عند تحديد بنود وشروط العقد المراد إبرامه بحيث يمكن القول بأنها كانت الدافع أو الباعث على التعاقد. فمن إبرم عقداً لشراء وحدة سكنية "تحت التشطيب"، معتداً في ذلك على ما عرضه عليه مالك هذه الوحدات من أن تشطيبها (لو كس) وإن هناك حديقة خاصة بالعمارة، وإن سوقاً تجارياً سوف يقام في المنطقة التي يقع فيها العقار، وإلى غير ذلك من الإغراءات البعيدة عن أركان عقد البيع ذاته. مما لا شك فيه إن مثل هذه بثير رغبة الطرف الآخر في إبرام العقد. وإن اقترنت بان قيمتها إرشادية فقط<sup>(2)</sup>.

ثالثاً: كما يتعين أن يشير الطرفان صراحة أو ضمناً إلى ما يثبت اطلاعهما على هذه الكتيبات الدعائية، وإنها كانت محل اعتبار عند إبرام العقد. ولا شك في أن عبء إثبات هذا الاطلاع وتلك الإشارة يقع على عاتق من له مصلحة في ذلك، وهو صاحب هذه النشرات، من خلال التدليل على اطلاع المتعاقد على الكتيب المتعلق بالشيء وارتضائه بما ورد به من بنود ومواصفات. كما قد يكون للمتعاقد الآخر مصلحة في إثبات وجود هذه الكتيبات وإنها كانت موضع اعتبار بالنسبة له عند إبرام العقد<sup>(3)</sup>.

أحمد الزقرد، حق المشتري في إعادة النظر، المصدر السابق، ص 193؛ د. محمد حسين عبد العال، ضوابط الاحتجاج والمستندات العقدية، المصدر السابق، ص 76؛ د. يزيد أنيس نصير، التطابق بين الإيجاب والقبول، المصدر السابق، ص 96-95، وهو المبدأ الذي وضعته محكمة النقض الفرنسية كذلك منذ زمن بعيد، وسار على هديه القضاء في مصر والكويت. حيث قالت محكمة النقض الفرنسية بالحرف الواحد:

[L. offer faite public lie pollicitant a legard: du premier accept ant dans les memes conditions quel, offer faite a personne d eternince] civ. 28 Novembre (1968), Bciv. III-n. 507, p389-Gp. (1969)-1- 95. com. 23 juin, (1965). Bm civ-III- 395, p363;

كذلك انظر: نقض مدني مصري 1964/1/23 طعن 53/ السنة 29/ رقم 22، ص 115؛ تمييز كويتي 1980/6/9، مجموعة القواعد القانونية، من 1980/4/1 إلى 1980/11/30، ص 24، وانظر كذلك: تمييز كويتي 1983/1/5 الطعن 82/ 73- تجاري، مجلة القضاء والقانون، السنة 1، العدد 2، اكتب بر (1985) رقم 47، ص 161؛ تمييز حقوق أردني، 83/583، مجلة نقابة المحامين، العدد الثالث، يونيه، (1984)، ص 1100.

(1) ومن ذلك: قضت محكمة النقض الفرنسية، بان: "إذا أعلنت إدارة إحدى القرى السياحية في الصحف بصورة محددة وتفصيلية عن أن المبالغ التي تقتضيها، تكون للقيام بأعمال محددة، فإنها تلزم عقدياً بالقيام بتلك الأعمال، وأي إخلال بذلك يؤدي إلى قيام المسؤولية العقدية لهذه الإدارة. كما تتعقد مسؤولية بائع الشاليهات الذي أوضح في الأوراق الدعائية أن إقامة فندق بالمركز التجاري يخل بخصوصية مشتري الشاليهات، وذلك إذا أقام فندقاً يخل =بالخصوصية. فالالتزام العقدي بالحفاظ على الخصوصية، وجد في الأوراق الدعائية التي تعتبر جزءاً من العقد، ولا يؤثر فيها مجرد تحفظات عمومية".

Cass-civ, 23-1-1979, D, 1980;p214.

(2) ومن ذلك: ما قضت به محكمة النقض الفرنسية أيضاً، بان "إذا جاء في كتيب أو كتالوج، تصدره شركة للمقاولات أو الترويج العقاري، مواصفات معينة "التشطيب"، فإن تلك المواصفات تكون ملزمة للشركة المتعاقدة، ولا يصح أن تتحلل من ذلك، بحجة إنها قد وردت في إعلان دعائي.

Cass-civ. 13-1-1982, precite; p502.

(3) لاسيما في الحالات التي تكتشف فيها أن هناك اختلافات بين محل العقد "الوحدة السكنية مثلاً" عند التسليم، وبين ما ورد بهذه الكتيبات من مواصفات وبنود. وإذا ثار خلاف حول اطلاع المتعاقد، أو عدم اطلاعه على هذه الكتيبات، أو حول مدى أخذه لهما في اعتباره عند التعاقد، فإن قاضي الموضوع يتولى حسم ذلك طبقاً للظروف المحيطة بالتعامل، وما قد يكون جرى عليه العرف. للتفاصيل. انظر: د. محمد عبد الظاهر حسين، الجوانب القانونية للمرحلة السابقة للتعاقد، المصدر السابق، ص 735؛ انظر: د. مصطفى محمد الجمال، السعي إلى التعاقد، المصدر السابق، ص 51؛ د. حسام الدين الاهواني، مصادر الالتزام...، المصدر السابق، ص 87؛ د. إسماعيل غانم، مصادر الالتزام،

ويصدق الحال ذاته بالنسبة للمستندات والوثائق ما قبل التعاقدية التي يتم تنظيمها خلال مرحلة التفاوض ذاتها، كما هو شأن (اتفاقات المبادئ، خطابات النوايا، تعهدات الشرف...) وعلى السواء فيما إذا اتخذ التقييد الإرادي فيها، صورته المألوفة بأن كان صادرا من منظمي هذه المستندات جميعهم أو استقل بإدراجه مصدر الخطاب وحده أو استقل احد أطراف مستندات الاتفاقات الثنائية أو المتعدد الأطراف في اشتراطه دون نظريه أو أقرانه الآخرين<sup>(1)</sup>. وكل ذلك يجد سنده في مبدأ حرية التعاقد وسلطان الإرادة في الحقبة السابقة على إبرام العقد النهائي. أما بخصوص المستندات قبل التعاقد اللاحقة للتفاوض والسابقة على انعقاد العقد النهائي (عقود ما قبل العقد) يصطدم التقييد ألتفاقي الذي لا يمكن بأي حال من الأحوال أن يرد عليها بقاعدة العقد شريعة المتعاقدين، التي تقف حائلا من ذلك<sup>(2)</sup>. وعلى فرض التسليم به جدلا، فلن يكون ذلك إلا تطبيقا لخيار الرجوع في مستندات قبل التعاقد الملزمة لجانب واحد<sup>(3)</sup> أو تطبيقا للفسخ ألتفاقي للعقود بإرادة أطرافها لمستندات قبل التعاقد الملزمة للجانبين<sup>(4)</sup>. وإذا كان مستوى النضج القانوني لأغلب التشريعات المدنية، لم يصل إلى حد تنظيم هذا الضرب من التقييد الذي يقصر عنصر الإلزام القانوني لمستندات قبل التعاقد من خلال ما يورده احد الأطراف أو كلاهما من عبارات تذييل بها هذه المستندات وتدل بوضوح على ذلك<sup>(5)</sup> ومن ذلك فقد وجدت في ثانيا بعض القوانين المقارنة، نصوصا تعرضت لأحد أهم تطبيقات مستندات ووثائق هذه المرحلة، وهي المستندات والوثائق والملصقات الإعلانية<sup>(6)</sup>. فقد نصت المادة (9) من القانون كيوبك الفرنسي (1971)، صراحة على أن المستندات الإعلانية، تعد جزءا من التعاقد بحيث يلتزم المعلن بالوفاء بكل ما ورد بها من بيانات محددة، بما في ذلك التزامه بتسليم شيء مطابق لما ورد بالرسالة الإعلانية، بصرف النظر عن أي تحفظ أو استثناء يقيّد من هذه البيانات<sup>(7)</sup>. كذلك نص المادة (122) من قانون ولاية لويزيانا بالولايات المتحدة الأمريكية، على أن المستندات والرسائل الإعلانية إيجاب إذا اشتملت على خصائص المبيع، حتى لو تخلفت نية الارتباط بالعقد من جانب المعلن. ونص القانون المدني البلجيكي في المادة (83) بشأن الإعلانات المدنية والتجارية على أن الوثائق والمستندات والملصقات الإعلانية، تدخل في المرحلة التمهيدية لإبرام العقد، ويسقط كل اتفاق، يقضي بنفي قوتها الملزمة، شريطة ألا يكون هذا الإعلان محل اعتبارات شخصية بالنسبة للمعلن والمتلقي<sup>(8)</sup>. واحتدم

المصدر السابق، رقم 63، ص115.

(1) هذا وتزخر مستندات قبل التعاقد في مرحلة المفاوضات، بالصورة المختلفة للتقييدات الاتفاقية، بصورة شبه عامة دون سواها من المستندات الأخرى، وهو ما عكسه الصياغات القانونية لها، للتفاصيل انظر: د. هاني صلاح سري الدين، المفاوضات في العقود التجارية الدولية، المصدر السابق، ص104؛ د. احمد شرف الدين، أصول الصياغة القانونية للعقود، المصدر السابق، ص70، انظر: د. مصطفى محمد الجمال، السعي إلى التعاقد، المصدر السابق، ص432؛ د. جمال فاخر النكاس، العقود والاتفاقيات الممهدة للتعاقد، المصدر السابق، ص174-183.

(2) انظر: د. محمد عبد الظاهر حسين، الجوانب القانونية للمرحلة السابقة للتعاقد، المصدر السابق، ص82؛ د. إبراهيم دسوقي أبو الليل، نظرية العقد غير اللازم، المصدر السابق، ص17؛ د. عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط، ج1، المصدر السابق، ص698.

(3) انظر: د. إبراهيم دسوقي أبو الليل، نظرية العقد غير اللازم، المصدر السابق، ص38؛ د. جميل شرقاوي، بطلان التصرف القانوني، المصدر السابق، ص308؛ د. محمد حسين عبد العال، ضوابط الاحتجاج والمستندات العقدية، المصدر السابق، ص79؛ ومن الجدير بالذكر الإشارة إلى الاختلاف البين بين التحفظ والشرط والتقييد من جهة، وبين خيار الرجوع عن التعاقد من جهة أخرى، للتفاصيل. انظر: د. إبراهيم دسوقي أبو الليل، نظرية العقد غير اللازم، المصدر نفسه، ص39، بالمقارنة مع: د. محمد شتا أبو سعد، الشرط كوصف للتراضي في القانون المدني المقارن والشريعة الإسلامية، عالم الكتب (1981)، ص78.

(4) انظر: د. احمد الزقرد، محاولة لإنقاذ العقود من الفسخ...، المصدر السابق، ص211؛ أو قد يكون تعديلا اتفاقيا فقط، كما هو شأن تعديل شروط العقد النهائي في العقد الابتدائي، أما لطبيعة المعاملة، وأما لتغيير الظروف التي ابرم في ظلها العقد الابتدائي، ومثال الأولى إجراء تعديل على حدود العقار مثلا، ومثال الثانية أن يتوفى المشتري ويرغب الورثة في كتابة العقد النهائي بأسمائهم، إذا لم يترتب على ذلك أضرار بمصالح البائع، للتفاصيل. انظر: د. عبد الفتاح عبد الباقي، مصادر الالتزام، المصدر السابق، ص158.

(5) إذ لم تزل معظم التشريعات المدنية تعتبر المستندات قبل التعاقدية، هي وثائق غير ملزمة قانونا، وهو (الأصل العام)، انظر في استعراض مواقف هذه التشريعات:

- Van ommeslaghe, " Rapport General" Articl Citee en ouvrage de la bonne foi, T.x.c III itec paris, (1992), 6; p32.

نقلا عن: د. صالح بن عبد الله، المبادئ القانونية في صياغة عقود التجارة الدولية، المصدر السابق، ص84.

(6) في استعراض التقييد ألتفاقي في نصوص القوانين المقارنة انظر: F. Labarthe / رقم 92، ص70، مشار إليه: د. احمد الزقرد، نحو نظرية عامة لصياغة العقود...، المصدر السابق، ص224.

(7) Boris Kozolchky: "the Emerging law of standby letters of credit and Bank Guarantees", Bol24 Arizona law Review, (1982); p185.

(8) P. Callens & G. Goeteyn; op, cit; p16.

الخلاف كذلك بين أحكام القضاء، من التقييد ألتفاقي للقوة الملزمة لمستندات قبل التعاقد<sup>(1)</sup>. ففي الوقت الذي أكدت فيه محكمة النقض الفرنسية ذلك، في دعوى تتلخص وقائعها في أن الشركة العمومية لتسويق اللحوم في الالزاس، (C.A.A) أبرمت على اثر مستندات ومنشورات تعاقدية، عقدا لشراء عدد من البوتيكات من شركة (J.13) تقع ضمن مركز تجاري عقاري كبير، تبين بان الشركة الأخيرة لم تنتهي سوى من انجاز عدد (15) بوتيكاً من (40) كان من المفترض أن تستغلها شركة (C.A.A) فما كان من المشتري سوى رفع دعوى بفسخ عقد البيع المبرم بينها وبين شركة (J.13)، بالاشتراك مع مسئول عن تسويق البوتيكات، وهي شركة (Sporec)، وتمسكت لذلك بمخالفة التعهدات الواردة في الوثائق الإعلانية التي كانت تروج لفخامة المشروع ومنافعه والقدرة على التسويق له، وحقيقة الأمران الوثائق المذكورة كانت تشتمل على صفحتين: الأولى، تتضمن بيانات محددة وكاملة عن المركز التجاري، بالإضافة إلى وصفه بأنه حديث وكامل ونشيط، وبه أربعين بوتيكاً (20م/30م) جاهزة لتسويق كل أصناف الأغذية، أما الصفحة الثانية فعبارة عن عرض اجرافيكي للمركز التجاري، دُيل بعبارة إن هذا الإعلان ليس له أي قيمة تعاقدية، وبأنه محض إبداع فني (Interpretation de L,artist) وفي 3 مايو 1994، صدر حكم استئناف باريس مؤكداً على أن الوثائق الإعلانية المذكورة ليس لها قيمة تعاقدية، ما لم تكن ملحقة بالبيع، أو أحال إليها أطراف العلاقة التعاقدية. إذ إنها لا تخرج عن كونها، أداة أو وسيلة لتنفيذ الالتزام بالإعلام ((de Renseig nement الذي يقع على عاتق المهنيين، لكن محكمة النقض رفضت الحكم مؤكدة على أن مستندات قبل التعاقد، ومن ضمنها الوثائق الإعلانية، تكتسب قيمتها القانونية وتدخل لذلك ضمن مراحل انعقاد العقود، على اعتبار إنها تؤثر بما تضمنته من بيانات محددة وتفصيلية في رضا المتلقي، الذي يعول عليها في إبرام العقد. ولذلك انتهت إلى مخالفة حكم الاستئناف لنص المادة (1134)، ونص المادة (1184)، من القانون المدني الفرنسي، حين قررت بان الوثائق الإعلانية لا قيمة تعاقدية لها في الدعوة المطروحة<sup>(2)</sup>. أما في القانون الانجليزي، فتجري المحاكم على التفرقة، في ما يرد بالمستند التعاقدى بين الشروط الشخصية subject of contract، والموضوعية object، والأولى دليل على نية عدم

كما أن محكمة النقض البلجيكية، قد فاقت مثيلتها الفرنسية في تقرير القوة الملزمة للمستندات والرسائل الإعلانية، وان اقترنت بتحفظات تعمد أو تقى من قوتها الإلزامية، بعد اشمالها على العناصر الأساسية للتعاقد، انظر في هذه الأحكام: Cass-Belge- 19-9-1983 pas. (1984). 1, cass-17-5-1990, Rec cr-jur Belge; p595: PAUL- Henry- DELVAUS: les contrats d,adhesion; op, cit; p80.

(1) ويعلق البعض من الفقه القانوني، على النعي باختلاف الموقف القضائي، إزاء التقييد ألتفاقي للقوة الملزمة لمستندات قبل التعاقد، بالقول: ((بان للقضاء أن يتفادى هذا التناقض فيما إذا اعتبر التقييد الذي يرد في صلب الوثيقة التعاقدية، في مرحلة ما قبل التعاقد، قد ورد على عناصر جوهرية أو ثانوية، مما تتضمنه الوثيقة في مجمل عناصرها، ولا يعدم التقييد ألتفاقي للقوة الملزمة أو يسلبها، إلا إذا تعلق بالأمر والعناصر الجوهرية...)). انظر: د. احمد الزقرد، محاولة لإنقاذ العقود من الفسخ...، المصدر السابق، ص112. وهو ما نؤيده أيضاً، وهكذا حكم بأنه، إذا رأت المحكمة أن العبارة المحررة في فكرة المدعي والموقع عليها من المدعى عليه. المتضمنة التزام الموقع، بان يبيع للمدعي الصنف المتيّن أنواعه وأوصافه فيها، ومقدار كل نوع منه، وثمنه تشمل كل البيانات اللازمة لتوافر أركان عقد البيع، ولو إنها مذيلة بعبارة، "وهذا لحين تحرير الشروط" ثم عرضت لتنفيذ هذا الاتفاق، فرأت أن نية المتعاقدين فيها تتعلق بباقي شروط البيع، ووضع ثمنه قد توضحت من الطريقة التي بينتها في حكمها، وقالت إنها ابتغاها طوال مدة تنفيذ هذا العقد، فإنها إذا استظهرت توافر أركان التعاقد من التعهد السابق المأخوذ على البائع، ومن تنفيذه جزئياً، وإذا استكملت شروط الاتفاق من العناصر الأخرى القائمة في الدعوى، تكون قد استخلصت ذلك مما ينتج، فلا يقدح مناقشتها فيه أمام محكمة النقض، لتعلقه بسلطة محكمة الموضوع في تقرير الوقائع":

-Paris,12 Decmbre (1983)- inedit-cit, par. J. M. Mousseron, technique contractuelle, ed F. Lefebvre.

(2) انظر: قرار محكمة النقض الفرنسية في :

-civ. 17 Jullet-1996/RTD, civ. 1997/نـ p119.

ومن الفقه المؤيد F. labarthe، المصدر السابق، بند 115، ص196، مشار إليه عند: د. احمد الزقرد، نحو نظرية عامة لصياغة العقود...، المصدر السابق، ص227؛ وفي دعوى أخرى، أكدت محكمة باريس بان للوثائق الإعلانية قيمة تعاقدية فيما تتضمنه من بيانات محددة، وتفصيلية، حتى وان اقترنت بتحفظ مفاده انه ليس لها سوى قيمة إرشادية. فهذا التحفظ لا يعدم ما ورد بها من تعهد. كما أن هذا التحفظ لا يكون صحيحاً، إذا جاء بعكس ما ورد في الإعلان أو قيد منه. انظر: محكمة باريس (الدائرة التجارية)، 28نوفمبر 1977، (غير منشور)، مشار إليه عند: د. احمد الزقرد، حق المشتري في إعادة النظر في عقود البيع بواسطة التلفاز...، المصدر السابق، ص190؛ ومن الأحكام القضائية التي قررت انعدام كل اثر لشرط التقييد في مستندات العربون، (كخيار للعدول عن التعاقد)، انظر: نقض مدني فرنسي 11مايو، 1976، دالوز 1978، ص269.

الارتباط القانوني الذي يعدم المستند أو الوثيقة أي قيمة قانونية<sup>(1)</sup>. بعكس ذلك ذهب بعض أحكام القضاء، بتأييد من بعض الفقه إلى أن وثائق ما قبل التعاقد، عموماً والمستندات الإعلانية والوثائق التفاوضية، على وجه الخصوص، محض مبالغة يجري عليها عرف التجار<sup>(2)</sup>، ويسمح بها القانون<sup>(3)</sup>، باعتبار إنها تدليس مباح وهي بهذا المعنى لا تلزم مصدرها بتنفيذ ما ورد بها من بيانات. ولا يغير من ذلك أن تشتمل صياغة الوثيقة ما قبل التعاقدية على تعهدات محددة وتفصيلية عن العقد المراد إبرامه، سواء دلت بتقييد اتفاقي يسلبها القيمة التعاقدية، أو لم تذيّل<sup>(4)</sup>. وتأكيداً لذلك قضت محاكم النقض والاستئناف الفرنسية، في مواطن متعددة من قراراتها التي جاء في حيثياتها: ((....إن العرض الذي يحمل في طياته ألفاظاً محددة بالبيع، يعتبر إيجاباً - مع افتراض توافر العناصر الأخرى.... ولا يؤثر في ذلك أن تذيّل العرض عبارات من نوع "إن هذا العرض لا يعتبر عقداً إلا إذا طابقه قبول" أو عبارات اقتراح بإيجاب، أو نداء بإيجاب Appel d'offer، أو عبارات من نوع "دون أي تعهد من جانبنا" أو "إن هذا العرض لا يعتبر وثيقة تعاقدية"<sup>(5)</sup>. وفي حكم لمحكمة النقض المصرية، إن العرض الذي يقيد بشرط الدفع فوراً، تفادياً لخطر المضاربة في البورصة يعدّ إيجاباً<sup>(6)</sup>.

(1) Oppetit-op; cit, p794.

(2) انظر: د. احمد الزقرد، الحماية القانونية من الخداع الإعلاني...، المصدر السابق، ص177؛ د. حسام الدين الاهواني، مصادر الالتزام...، ج1، المصدر السابق، بند 112، ص86؛ د. احمد شوقي عبد الرحمن، مصادر الالتزام، المصدر السابق، ص38؛ د. عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط، ج4، المصدر السابق، ص47؛ د. احمد الزقرد، حق المشتري في إعادة النظر في عقود البيع...، المصدر السابق، ص190؛ ومن الفقه الغربي المقارن المؤيد لهذا الاتجاه: جستان، =الانقذاد، المصدر السابق، بند 203، ص412.

(3) وقد نص القانون المدني الايطالي على ذلك، في المادة (1336) منه. للتفاصيل. انظر: د. عبد الحي حجازي، مصادر الالتزام، ط1، (1955)، ص191، والذي أشار إلى نص المادة المذكورة في هذا الصدد.

(4) Com.13 decembr (1994)/cont. conc. Cons. (1995); com. 48 obs. L. Leceneur. Con. 21 novembre (1972)/ G/ B/ (1973)/1, p135;

وفيه وردت عبارات الحكم صريحة على أن:

"le dépliant publicitaire n'était pas suggérant pour établir un accord de dolente".

(sans engagement de notre part)

(5) وهي عبارات مثل:

(Ne constitue pas Un document contractuel)

وعبارات من نوع:

انظر: محكمة استئناف أكس/ 14 ديسمبر 1983/ مجلة أحكام استئناف أكس 1983، رقم 3، ص38، ونقض 2 مايو 1989/ دالوز، 1989/ معلومات سريعة، ص162.

(6) نقض مدني مصري في 12/2/1958، سنة (9)، رقم 22، ص176.

## الفصل الثاني

### أساس الصياغة القانونية للقوة الملزمة لمستندات قبل التعاقد

يعد البحث عن الأساس الذي يركن إليه في تبرير ثبوت الصياغة القانونية للقوة الملزمة للوثائق والمستندات السابقة على التعاقد، في ظل غياب النص الواضح على ذلك، غاية في الاهمية من الناحيتين النظرية والعملية، فعلى المستوى النظري، فانه لا يمكن تقرير وجود فكرة الالتزام القانوني بالتعاقد، لأي تصرف من التصرفات، أو لأي واقعة من الوقائع (القانونية)، دون ربط تلك الفكرة بالمصدر الذي يستقي منه ذلك الوصف القانوني الملزم<sup>(1)</sup>، اما على المستوى العملي، فان تحديد طبيعة الأساس الإلزامي الذي تثبت منه القوة الملزمة، لأي وضع من الاوضاع القانونية المتعددة، يعد ضرورة عملية يتعين على رجل القانون، فقيها كان أو قاضيا، تأصيل رأيه الفقهي أو تسببب قراره القضائي للاستناد عليه<sup>(2)</sup>. وإذا كان القانون قد تكفل بوضع ترتيب متسلسل لمصادر الالتزامات (الارادية وغير الارادية) المختلفة، وأورد نظرية العقد في مطلعها، ثم نصّب نفسه المصدر الاخير المباشر لبعض منها وغير المباشر لبعضها الآخر<sup>(3)</sup>. فان المصادر القانونية العامة التي ينبني عليها أساس القوة الملزمة للمستندات التعاقدية في مرحلة ما قبل التعاقد، لا تخرج عن مصدر أول من العقد، وعن مصدر ثاني من القانون، كأسس عامة تضيي القوة الملزمة على مستندات قبل التعاقد أو تنزعها عنها<sup>(4)</sup>. إذ أن استقراء الواقع العملي الذي تنظم فيه مستندات قبل التعاقد - من خلال هندستها القانونية - (الصياغة) قد أسفر على أن جميع ما حظيت به هذه الاخيرة من تأصيلات فقهية وتسبببات قضائية، قد استند إلى أساس نظرية العقد بصورة المتعددة تارة، والتطبيقات المختلفة للقانون ومبادئه تارة أخرى، فان الأساس التعاقدي والأساس القانوني، يعدان الفلك العام، الذي دارت حوله جميع النظريات الفقهية، وصدرت على هديه أغلب الأحكام القضائية - ما قدم منها وما جد - التي حاولت التأسيس للقوة الملزمة لمستندات قبل التعاقد؛- وفقا لصياغاتها القانونية - وعلى هدي ذلك نتناول هذا الفصل في مبحثين، نفرد الأول منها بالبحث في نظريات الأساس التعاقدي (التقليدية والحديثة)، ونعرج في الثاني لأبرز ما سبق من نظريات انطوت تحت لواء الأساس القانوني، (تقليديا وحديثا) أيضا.

(1) انظر: د. عصمت عبد المجيد، فكرة الالتزام القانوني بالتعاقد، المصدر السابق، ص167؛ د. مصطفى العوجي، القاعدة القانونية في القانون المدني، مؤسسة بحسون، بيروت، لبنان، (1992)، ص231.

(2) انظر: عبد الناصر توفيق العطار، مصادر الالتزام الارادية في قانون المعاملات المدنية الاماراتي، ط2، العين، جامعة الامارات، (2000)، ص400.

(3) انظر: د. عبد المجيد الحكيم، والاستاذ عبد الباقي البكري، والاستاذ محمد طه البشير، الوجيز في نظرية الالتزام، ج2، المصدر السابق، ص305؛ انظر. كذلك: مجموعة الاعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، ج2، ص492.

(4) وهو ما ينطبق تماما على الترتيب الذي جاء به الاستاذ بلانيول، في ترتيب مصادر الالتزام المدني، للتفصيل. انظر: بلانيول، ج2، فقرة 811 رقم1، ص407؛ كذلك. انظر: د. عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط، ج1، المصدر السابق، ص136.

## المبحث الأول

### الأساس التعاقدي

وَجَدَ الأساس التعاقدي في تبرير الصياغة القانونية للقوة الملزمة لمستندات قبل التعاقد، صدىً واسعاً في الكتابات الفقهية التي تمسكت بأهداف النصوص القانونية التي أفردها المشرع والقرارات القضائية التي أوردتها القضاء، لتنظيم الجوانب القانونية المختلفة للعقود والاتفاقيات الممهدة لإبرام العقد النهائي<sup>(1)</sup>. ورغم انطلاق انصار هذا الأساس من فكرة التعاقد لتأصيل القوة الملزمة للمستند الاتفاقي الذي يتم تنظيمه قبل إبرام العقد المنشود، إلا أن النظرة الفقهية بصددتها توزعت إلى فريقين، الفريق الأول: (التقليدي) وهو الذي تقضي نظرياته الفقهية، بأن مناط تمتع الاتفاقات والتعهدات السابقة على التعاقد التي تعكسها المحررات المثبتة فيها، هو اعتبارها عقوداً بالمعنى الدقيق مستجمة للاركان والشرائط كافة<sup>(2)</sup>. الفريق الثاني (الحديث) وهو الذي تقضي نظرياته الفقهية، بأن جميع ما يتم تنظيمه من اتفاقات ثنائية أو متعددة الاطراف في مرحلة ما قبل إبرام العقد النهائي المنشود، هي اتفاقات مرحلية تقتقد إلى مقومات العقد بمعناه الدقيق، تكمن الغاية منها في وضع تنظيم آني في حدود النطاق الموضوعي أو الزمني أو كلاهما معاً، للمرحلة التي صدرت فيها<sup>(3)</sup>. وفي المطالبين التاليين نبحث هذين الاساسيين بشيء من التفصيل .

## المطلب الأول

### نظريات الأساس التعاقدي (التقليدية)

تمسك الفقه التقليدي في محاولاته للتأسيس لالزامية بعض التطبيقات السابقة على إبرام العقد النهائي التي تضمنتها التشريعات المدنية بنصوص قانونية صريحة بالنص عليها، بفكرة العقود المستقلة كأساس تعاقدي تنهل مثل هذه التطبيقات القوة الملزمة منه<sup>(4)</sup>.

(1) إذ وردت جميع التطبيقات القانونية، لمثل هذه المراحل التمهيدية في التعاقد، ضمن النظرية العامة للعقد. انظر: د. عبد الرزاق احمد السنهاوري، الوسيط، ج1، المصدر السابق، ص265، ومؤلفه، نظرية العقد، المصدر السابق، ص261؛ د. عبد الحكيم فوده، الوعد بالتعاقد والتمهيد للتعاقد والعربون وعقد البيع الابتدائي، ط1، القاهرة، مصر، (1992)، ص14-15.

(2) انظر: د. عبد الرزاق احمد السنهاوري، الوسيط، ج1، المصدر السابق، ص268؛ د. انور سلطان، مصادر الالتزام، المصدر السابق، ص136؛ عبد الفتاح عبد الباقي، نظرية العقد والارادة المنفردة، المصدر السابق، ص177؛ د. حسن علي الذنون ود. محمد سعيد الرحو، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، ج1، المصدر السابق، ص80.

(3) انظر: د. هدى عبد الله، النظام القانوني للفترة السابقة للتعاقد، ج2، العقد الاطراف، المصدر السابق، ص279؛ انظر: د. مصطفى محمد الجمال، السعي إلى التعاقد، المصدر السابق، ص113؛ د. ابراهيم الدسوقي أبو الليل، نظرية الالتزام، العقد والارادة المنفردة، الكويت، (1995م)، ص158؛ ومن الفقه الغربي المقارن، انظر: G.S.Chmidt; op.cit. p.265.

(4) وفي الوقت ذاته يؤكد الفقه الصفة التمهيدية لها بالنسبة إلى العقد النهائي؛ انظر: د. عبد الرزاق احمد السنهاوري، الوسيط، ج1، المصدر السابق، ص286؛ د. خليل جريج، النظرية العامة للموجبات، ج2، ط2 (1985م)، ص115؛ ومن الفقه الغربي المقارنة انظر: J.G.cestin; op.cit. p.312.

ويعرض الفقه المذكور (التقليدي) في هذا المقام قوله: فيما يعني باستقلالية هذه العقود هو الاستقلال القانوني في اركان وشروط ابرامها عن العقود النهائية، وإن اشتركت مع هذه الأخيرة في ذوات اطرافها أنفسهم أو في الموضوع ذاته المتعاقد عنه، وبعبارة أدق ما هي إلا عقود كاملة<sup>(1)</sup>. إذ وجد انصار المذهب التقليدي في الفقه القانوني، من نظرية العقد الحقيقي ما يؤيد ما ذهب اليه راجح آرائهم الفقهية وما استقرت عليه غالبية قراراتهم واحكامهم القضائية في التأسيس لالزامية الوثائق والمستندات التعاقدية السابقة على ابرام العقد النهائي، لاسيما في المرحلة الممهدة للتعاقد<sup>(2)</sup>.

وإزاء الانتقادات التي وُجّهت إلى نظرية العقد الحقيقي وما قيل بصدد إنها كادت تقضي على مبدأ الحرية التعاقدية وتشكل مصادرة لسلطان ارادتها وعدم استيعابها للبعض الآخر من الاتفاقات السابقة للتعاقد فإنه سرعان ما التف الجانب الآخر من الفقه القانوني الكلاسيكي إلى نظرية فقهية أخرى لا تخرج من النطاق التعاقدى ايضا بل تقوم عليه ولكنها تكون أخف وطأة على المبادئ السائدة في العقود، وقد انتهوا في البحث عن ضالّتهم تلك، إلى نظرية العقد الضمني (اتفاق التفاوض) أو نظرية العقد المفترض كما يطلق عليها بعضهم<sup>(3)</sup>.

## الفرع الأول

### نظرية العقد الحقيقي

ترجع جذور هذه النظرية في تاريخ الفكر القانوني إلى المبدأ القائل، بأن الالتزام الذي يتولد عن عمل قانوني مشترك لا يكون مصدره، إلا عقداً، أي توافق إرادتين. وهي قاعدة ورثها القانون الفرنسي من تقاليد القانون الروماني والقانون الفرنسي القديم. وُعممت على قوانين الاتجاه اللاتيني<sup>(4)</sup>. ومن هذا الأصل كانت بداية قول الفقه القانوني ذي المنحى الكلاسيكي، بأن أساس أي التزام يتمخض بمناسبة نشوء علاقة قانونية تشتمل على معطيات تعاقدية أو اتفاقية لا يمكن أن يكون إلا عقداً، أو بمعنى أوسع - كما يراه بعضهم - (اتفاقاً قانونياً)<sup>(5)</sup>. ويسوغ أنصار هذه النظرية آراءهم بالقول، إنه يجب عند استقصاء البحث عن مفهوم قانوني معين وتحديد الوصف الصحيح له، أن ينظر إلى المفهوم ذاته من دون التوقف على ما سينتج في المستقبل من آثار قانونية معينة التي قد ثبت لها الوجود أو ينتقي عنها، تبعاً للظروف والملازمات المختلفة التي تحيط بذلك المفهوم<sup>(6)</sup>. وعلى المحاكم كذلك أن تعدل عن الوصف القانوني الذي خلعه الاطراف على المستند المتضمن

(1) انظر: د. جلال احمد خليل، النظام القانوني لحماية الاختراعات ونقل التكنولوجيا للدول النامية، عقود الدراسات والمشورة الاولى، الكويت، (1983م)، ص324 وما بعدها.

(2) حول الطبيعة العقدية لعقود الوعد بالتعاقد، والاتفاق الابتدائي، انظر: عبد الحكيم فودة، المصدر السابق، ص17 وما بعدها؛ د. عبد الفتاح عبد الباقي، نظرية العقد، المصدر السابق، ص69 وما بعدها؛ د. عبد المنعم البداروي، النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني المصري، ج1، مصادر الالتزام، (1989م)، ص224؛ وحول الأساس التعاقدى لمذكرة التغطية التأمينية الممهدة لعقد التأمين. انظر: د. جلال محمد ابراهيم، التأمين وفقاً للقانون الكويتي، دراسة مقارنة مع القانونين المصري والفرنسي، الكويت، (1989م)، ص508؛ د. محمد حسام محمود لطفي، المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض، المصدر السابق، د. محمد حسام محمود لطفي، الاحكام العامة لعقد التأمين، دراسة مقارنة بين القانونين المصري والفرنسي، القاهرة، مصر، (1988م)، ص153؛ وفي شأن طبيعة عقد العمل تحت التجربة، انظر: د. جمال فاخر النكاس، قانون العمل الكويتي المقارن، (1993م)، المصدر السابق، ص82.

(3) وُجدت هذه النظرية للتأسيس لالزامية الاتفاقات التفاوضية على وجه التحديد، للتفاصيل. انظر: د. عبد الرزاق احمد السنهاوري، نظرية العقد، المصدر السابق، ص662؛ د. محمد جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية المدنية، ج1، القاهرة، مصر، (1978م)، ص119؛ د. حلمي بهجت بدوي، آثار التصرفات الباطلة، مجلة القانون والاقتصاد، السنة الثالثة، العدد الثاني، ص384.

(4) انظر: د. عبد الرزاق احمد السنهاوري، الوسيط، ج2، آثار الالتزام، المصدر السابق، ص1444.

(5) انظر: د. جمال فاخر النكاس، العقود والاتفاقيات الممهدة للتعاقد، المصدر السابق، ص134؛ د. عاطف النقيب، نظرية العقد، المصدر السابق، ص39؛ د. مصطفى العوجي، القانون المدني، العقد، ج1، المصدر السابق، ص199.

(6) G.cestin, La promesse unilaterale deviente, dont i optin ne peutetre leve qu. qeres le de ces du promettant est – elle un pacte sur succession future. D.1970 ch.p.89 ets. J.F.Lusseau, des problemes actuels poses par la vente:immobilire/RTD civ (1977);p.183. F.Collart Dutilleul; Des contrats preparatoires la .Vente de .promesse – unilaterale de. نقلا عن: د. احمد الزقرد، نحو نظرية عامة لصياغة العقود...، المصدر السابق، ص281؛ كذلك. انظر: F.Collart Dutilleul; Des contrats preparatoires la .Vente de .Immeuble. Paris(1988),p.217. نقلا عن: د. جمال فاخر النكاس، العقود والاتفاقيات الممهدة للتعاقد، المصدر السابق، ص145.

اتفاقهم على شيء معين، ومن ثم إعطائه الوصف الصحيح الذي يتفق مع مضمونه. على الوجه الذي يجعل للاتفاق أثر<sup>(1)</sup>. وفي إطار مستندات قبل التعاقد عموماً، ومستندات الاتفاقات التمهيدية على وجه الخصوص، فإن مستندات الوعد بالتعاقد سواء كانت ملزمة لجانب واحد أم لجانبين، ما هي إلا عقود حقيقية توافرت فيها الأركان العامة للعقد من رضا ومحل وسبب، وإن كان إنتاج أثرها القانوني يتوقف على ابداء الرغبة في الأول أو حلول الميعاد في الثاني، وكذلك الحال بالنسبة إلى مستندات قبل التعاقد الأخرى، كمستندات عقد العمل تحت التجربة أو تحت الاختبار ووثيقة التأمين المؤقتة (مستندات المفهوم الضيق)<sup>(2)</sup>. وهذا هو الشأن أيضاً بالنسبة إلى بعض خطابات النوايا (في الفقه الانجلوسكسوني) واتفاقات المبادئ (في الفقه اللاتيني) فكلها تعد عقوداً حقيقية، لاشتغالها على الأركان الأساسية (الجوهرية) للعقد النهائي (مستندات المفهوم الواسع)<sup>(3)</sup>. وإذا كانت النصوص القانونية تنظم مستندات قبل التعاقد - من حيث المبدأ - كعقود مستقلة بحد ذاتها، وعلى هذا الأساس تثبت القوة الملزمة لها، فإنها قد تباينت وحسب الاتجاه الذي يسودها حيال ذلك، فالقوانين التي تسودها النزعة اللاتينية، وفي مقدمتها مدرسة القوانين الفرنسية<sup>(4)</sup> لم تشترط سوى توافر العناصر الجوهرية للعقد المراد إبرامه، بالإضافة إلى تحديد عنصر المدة في بعض أنواع هذه المستندات، ولا يمس بالصفة التعاقدية لها أرجاء الاتفاق على بعض المسائل التفصيلية عند إبرام العقد النهائي، وفي مطلع هذه القوانين القانون المدني العراقي، التي نصت المادة (1/91) منه على أن: ((الاتفاق الابتدائي الذي يتعهد بموجبه كلا المتعاقدين أو أحدهما بإبرام عقد معين في المستقبل، لا يكون صحيحاً إلا إذا حددت المسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه، والمدة التي يجب أن يبرم فيها))<sup>(5)</sup>. بخلاف الأمر عليه في قوانين الاتجاه الانجلوسكسوني، التي لا ينعقد العقد في ظلها ما لم يتم الاتفاق الكامل على جميع العناصر الجوهرية والثانوية للعقد المرام إبرامه<sup>(6)</sup>. وإذا تم الانتقال إلى القانون الانجليزي كأحد أقطاب هذا الاتجاه الأخير، فلا ينعقد العقد فيه - كقاعدة عامة - إلا إذا تحققت المحكمة من توافر شروط ثلاثة، فنجد أن الشرط الأول هو اتجاه نية الأطراف القاطعة للدخول في عقد ملزم. أما الشرط الثاني، فهو أن يتفق الأطراف على الشروط الأساسية اللازمة لانعقاد العقد (ويقصد بالشروط الأساسية في هذا المقام تلك الشروط التي لا يتصور تنفيذ العقد محل النزاع بدون الاتفاق عليها). فيما يتلخص مضمون الشرط الثالث هو أن تكون شروط الاتفاق التعاقدية محققة ومؤكدة، وبتطبيق هذه الشروط مجتمعة على الاتفاقات التمهيدية أو الأولية، فإنه يجب بحث كل حالة على حدة. فإذا ثبت للمحكمة أن المستند محل النزاع يقتصر دوره على تدوين بعض الأمور التي اتفق عليها

(1) انظر: د. احمد شرف الدين، أصول الصياغة القانونية للعقود، المصدر السابق، ص17؛ د. محمد محمد أبو زيد، المفاوضات في الإطار التعاقدية، المصدر السابق، ص34؛ موسيرون، الفن التعاقدية، المصدر السابق، ص73؛ د. عبد الرزاق احمد السنهاوري، الوسيط، ج1، المصدر السابق، بند(388)، ص664.

(2) للتفاصيل. انظر: د. عبد الرزاق احمد السنهاوري، نظرية العقد، المصدر السابق، ص318؛ د. جميل شرقاوي، مصادر الالتزام، التصرف القانوني، (1974م)، ص154؛ د. أنور سلطان، العقود المسماة، (1952م)، ص417؛ د. منصور مصطفى منصور، مذكرات في القانون المدني، العقود المسماة، ص113؛ د. عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام وفقاً للقانون الكويتي، ج1، المصادر الإرادية للالتزام، المجلد الأول، نظرية الالتزام (تحليل العقد) باعتناء الدكتور محمد الألفي، جامعة الكويت، (1983م)، ص215؛ د. منصور مصطفى منصور، المصادر الإرادية للالتزام، المصدر السابق، ص15؛ د. بدر جاسم يعقوب، مصادر الالتزام، المصدر السابق، ص192؛ د. عبد الفتاح عبد الباقي، نظرية العقد والإرادة المنفردة، (1984م)، ص34؛ د. حمدي عبد الرحمن، مصادر الالتزام، ج1، نظرية العقد، (1993م)، ص223.

(3) اعتمدنا بصفة أساسية حول هذا الرأي على ما هو مشار إليه في مؤلف الأستاذ مارسيل فونتان، العقود الدولية، تحليل وتحرير الشروط، الفصل الأول المخصص لخطابات النوايا، المصدر السابق، ص45، مشار إليه في: د. احمد الزقرد، نحو نظرية عامة لصياغة العقود...، المصدر السابق، ص88، كذلك أشار إليه. انظر: د. مصطفى محمد الجمال، السعي إلى التعاقد، المصدر السابق، ص406؛ د. ابراهيم نجار، اتفاق المبدأ، المصدر السابق، ص60.

(4) انظر: نص المادة (1589) من مدونة القانون المدني الفرنسي، التي تنص على أن: ((الوعد بالبيع هو بيع، متى اتفقت الأطراف على المبيع والثمن)). إذن وقياساً على البيع، فإن أي اتفاق يحمل في طبيعته وعداً بالتعاقد، هو العقد النهائي ذاته بشرط توافر أساسيات العقد. للتفاصيل. انظر: PH. Malaurie et L. Aynes; Les contrats speciaux. (1991), no30, p.87. نقلاً عن: د. جمال فاخر النكاس، العقود والاتفاقيات المهمة للتعاقد، المصدر السابق، ص145.

(5) انظر: المادة (1/91) من القانون المدني العراقي، رقم(40) لسنة 1951م، النافذ.

(6) انظر: د. يزيد أنيس نصير، التطابق بين الإيجاب والقبول، المصدر السابق، ص106؛ وهذا ما يمكن استخلاصه من نص المادة الثامنة من قانون بيع البضائع الانجليزي لعام 1979م، وبذات المنحى أيضاً نصت المادة(33) من مدونة العقد الثانية في قانون الولايات المتحدة الأمريكية، والمادة(2/204) من القانون التجاري الموحد للولايات المتحدة الأمريكية، للتفاصيل. انظر: Pagean S.P.A. v.Feed products (1987)2 Liouds Rep 661.66.

خلال مرحلة معينة من التفاوض والتأكيد على ثقتهم في امكانية الاتفاق على نقاط تفصيلية اخرى في وقت لاحق. فلا نكون بصدد عقد ملزم بالرغم من وصف المستند بأنه اتفاق<sup>(1)</sup>. وفي جميع الاحوال يمكن لأطراف مثل هذه الاتفاقات التمهيدية، في ظل القانون الانجليزي تجنب الدخول في أي علاقة تعاقدية ملزمة بمجرد النص على أن العقد سيكون محلا لاتفاق نهائي لاحق. (حيث لا تمثل مستندات الاتفاقات التمهيدية ذات البنود المفتوحة، على هذا النحو عقدا ملزما في القانون الانجليزي)<sup>(2)</sup>. واذا ما انتهينا إلى موقف القضاء من الأساس التعاقدى للقوة الملزمة لمستندات قبل التعاقد، لاسيما موقفه من اعتبارها عقود حقيقية، يثبت لها الالتزام القانوني على هذا الأساس. فانه وان حاول جاهدا من خلال قراراته إلى اقامة نوع من التوازن المقبول أو المعقول، بين مبدأ الحرية التعاقدية (الذي لا يلزم الاطراف للتوصل إلى ابرام العقد النهائي) وبين توفير الحد الأدنى من الثقة والاستقرار والجدية في مرحلة ما قبل التعاقد (تقرير مسؤولية المخالف التعاقدية ولو لم يقترن به خطأ أو تقصيرا)، إلا أن هذه المجارة المتعارضة اوقعته في تناقضات عكستها القرارات القضائية التي اصدرتها المحاكم في هذا الشأن<sup>(3)</sup>. فبينما قضت محكمة النقض المصرية في احد قراراتها على "...إن ما يتناوله الاطراف خلال مرحلة المفاوضات من مستندات اتفاقية، ليست إلا عملا ماديا لا يترتب عليها بذاتها أي اثر قانوني ملزم، فكل متفاوض حر في قطع المفاوضات في الوقت الذي يريده، دون أن يتعرض لأي مسؤولية"<sup>(4)</sup>. في حين اصدر القضاء الفرنسي، على الرغم من اعلائه لمبدأ حرية التعاقد، العديد من القرارات القضائية التي أسست القوة الملزمة لمستندات قبل التعاقد، باعتبارها عقودا حقيقية، ومن ذلك ما قضت محكمة النقض الفرنسية في احد قراراتها، بأنه: "إذا اعلنت ادارة احدى القرى السياحية في الصحف بصورة محددة وتفصيلية عن أن المبالغ التي تقتضيها تكون للقيام باعمال محددة. فانها تلزم على أساس العقد بالقيام بتلك الاعمال واي اخلال بذلك يؤدي إلى قيام المسؤولية العقدية لهذه الادارة"<sup>(5)</sup>. في حين قضت محكمة استئناف فرساى تأكيدا على ذات الشأن، على أن "إن موقع كتاب مساندة، لا يلتزم به أدبيا فقط، بل قانونيا بما يعادل الكفالة، لاسيما متى قبل من المرسل اليه، وموجب التزامه بذلك هو العقد"<sup>(6)</sup>. فيما تمسك القضاء الانجليزي بمسلك فقهه وتشريعه الرافضين لاعتبار الالتزامات الثابتة في مستندات قبل التعاقد، عقودا حقيقية<sup>(7)</sup>. وعلى الرغم من التأييد الذي حظيت به هذه

(1) انظر: د. احمد الزقرد، نحو نظرية عامة لصياغة العقود...، المصدر السابق، ص258؛ د. احمد شرف الدين، اصول الصياغة القانونية للعقود، المصدر السابق، ص76؛ د. صالح بن عبد الله، المبادئ القانونية في صياغة عقود التجارة الدولية، المصدر السابق، ص71؛ د. محمد عبد الظاهر حسين، الجوانب القانونية للمرحلة السابقة للتعاقد، المصدر السابق، ص728.

(2) انظر: د. هاني صلاح سري الدين، المفاوضات في العقود التجارية الدولية، المصدر السابق، ص63. ومن الفقه الغربي المقارن. انظر:

Rosdale. V Denny (1921), 1 ch57,60. chilling worth V. Esch (1924), 1 ch97 Granca v. Gbarro (1947) kib854. p13.

نقلا عن: د. هاني صلاح سري الدين، المفاوضات في العقود التجارية الدولية، (المؤلف)، المصدر السابق، ص125.

(3) انظر: في تقويم الاقضية الصادرة من القضاء المصري، الانجليزي، الفرنسي، والمقارنة بينها. د. هاني صلاح سري الدين، المفاوضات في العقود التجارية الدولية، المصدر السابق، ص122؛ د. احمد الزقرد، نحو نظرية عامة لصياغة العقود...، المصدر السابق، ص174؛ د. محمد حسام محمود لطفي، المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض، المصدر السابق، ص26؛ وفي منهج محكمة النقض المصرية في تفسير القوة الملزمة للعقد. انظر: د. عبد الفتاح مراد، شرح العقود التجارية والمدنية، المصدر السابق، ص99.

(4) نقض مدني مصري 1967/2/9 احكام النقض، سنة 18/ رقم 19، ص334.

(5) نقض مدني فرنسي 18مايو/ 1966/ بالتان مدني/1/ رقم 308، ص202 نقلا عن: د. احمد الزقرد، نحو نظرية عامة لصياغة العقود...، المصدر السابق، ص213، (قرار مكرر).

(6) محكمة فرساى 9 فبراير 1989/ دالوز 1989/ قضاء/ ص439؛ نقلا عن: د. ابراهيم نجار، استغلال خطاب الثقة، المصدر السابق، ص352.

(7) انظر في هذا الشأن: مجموعة الاحكام القضائية التي اصدرها مجلس اللوردات (المحكمة العليا)، ومنها:

. Walford v miles . [ 1992) ALL E.R 453 (house of Lords). 59 ] . كذلك انظر: pitt v.phh asset management ltd (1993). 4 ALL E.R. p961.

مشار اليها من قبل: د. هاني صلاح سري الدين، المفاوضات في العقود التجارية الدولية، المصدر السابق، ص127؛ هذا وقد ساير القضاء الالمانى، القضاء الانجليزي في رفضه اضعاف القوة الملزمة للوثائق التعاقدية إذا لم تكتمل عناصرها الجوهرية والثانوية معا. انظر: في هذا الشأن قرار المحكمة الاتحادية العليا في المانية، الذي جاء في حثياته، "...ولهذا فان وثيقة اتفاقية التجديد التعاقدى لمشارطة ايجار، تعد باطللة

النظرية على الصعيد الفقهي، إلا أن تعرضها المباشر لمبدأ الحرية التعاقدية وسلطان الإرادة في فترة ما قبل صدور الإيجاب أو اقترانه بالقبول، بالإضافة إلى قصور تأسيسها التعاقدية عن استيعاب جميع أشكال مستندات قبل التعاقد، لاسيما تلك التي تأخذ شكل الخطابات والتعهدات الفردية. وغياب السند التشريعي لهذا الأساس، هي جملة من الأسباب التي جعلت من هذه النظرية لم تجد لها تبنيًا كافيًا على صعيد التشريع والقضاء في الأنظمة القانونية الأخرى<sup>(1)</sup>.

## الفرع الثاني نظرية العقد الضمني

على الرغم من وحدة الأساس الذي ترتبط به هذه النظرية مع سابقتها، في تبرير ثبوت الصياغة القانونية للقوة الملزمة لما تتضمنه مستندات قبل التعاقد من التزامات قانونية، فإن هذه النظرية كانت أخف وطأة وأقل تعرضًا بالمساس بمبدأ سلطان الإرادة والحرية التعاقدية. وتستند هذه النظرية في جذورها الأولى، إلى ما قاله الفقيه الألماني إيرنج (Ihering) بصدد وجود عقد ابتدائي في مرحلة المفاوضات العقدية. وتعتبر هذه النظرية أساسًا لما يسمى - فيما بعد - بعقود أو اتفاقات التفاوض<sup>(2)</sup>. وإذا كان الأصل القانوني لهذه النظرية، كان لبيان مسؤولية المتفاوض عن الخطأ الذي يقترفه أثناء التعاقد ومحاولة لادخاله في حظيرة المسؤولية التعاقدية عن طريق فكرة (الخطأ عند تكوين العقد). فإن هذه النظرية، قد أخذت - في ما بعد - أساسًا صالحًا أصل عليه الفقهاء التقليديون الالتزامات التي تتمخض عن المفاوضات العقدية، والمستندات المثبتة للاتفاقات المبرمة أثناء قيامها<sup>(3)</sup>. حيث ينشأ عقد ضمني بين المتفاوضين يكون بمقتضاه ان يضمن كل متفاوض صحة الدخول في العلاقة التعاقدية، ويُبال الطرف المخلّ تعويض الطرف الآخر إذا كان سبب البطلان آتياً من جهة الأول، أما كيف ينشأ هذا العقد الضمني بين الطرفين؟ فيجيب انصار هذه النظرية، بالقول: أن الإيجاب الصادر أثناء التفاوض يمكن تحليله إلى إيجابين، أما الإيجاب الأول فموضوعه إبرام العقد بين الطرفين، وأما الإيجاب الثاني فيكمن موضوعه في ضمان صحة التعاقد<sup>(4)</sup> ولما كان هذا الأخير متمخضاً لمصلحة الموجب له فإنه لا يشترط صدور قبول صريح منه. بل ان سكوتة

لأنها لم تتضمن الشروط التعاقدية الكافية للقول بالزماما....". وقد انتهت المحكمة إلى أن هناك فجوة في الالتزامات التعاقدية للطرفين، لا يمكن تحديدها. وبالتالي اعتبار الاتفاق قائماً. انظر:

BGH27. 1.1971, BGHZ55, 248.

(1) انظر: د. صالح بن عبد الله، المبادئ القانونية في صياغة عقود التجارة الدولية، المصدر السابق، هـ24، ص84؛ د. احمد شرف الدين، اصول الصياغة القانونية للعقود، المصدر السابق، ص87؛ شيشر وفيوت، قواعد الإيجاب والقبول في القانون الانجليزي... المصدر السابق، ص31.

(2) انظر: د. عبد الرزاق احمد السنهاوري، الوسيط، ج1، المصدر السابق، ص554؛ د. عبد المنعم فرج الصده، مصادر الالتزام، (1969)، المصدر السابق، ص306؛ د. محمود جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية المدنية، المصدر السابق، رقم 28، ص118؛ وفي عرض هذه النظرية مفصلاً وجذوراً انظر:

Mazeaud, et, Tune, traite Theorique et pratique de La responsabalite civile/6em ed (1965); p292;

نقلا عن: د. بنزيه محمد الصادق المهدي، الالتزام بالإدلاء بالبيانات قبل التعاقد، المصدر السابق، ص344.

وفي تسمية هذه النظرية "نظرية التقصير عند انعقاد العقد" انظر: د. حلمي بهجت بدوي، آثار التصرفات الباطلة، المصدر السابق، رقم11، ص386؛ وفي عرض هذه النظرية والنظريات الثانوية المستمدة منها، انظر: د. محمد حسام محمود لطفي، المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض، المصدر السابق، ص34-44.

(3) انظر: د. صبري حمد خاطر، "قطع المفاوضات العقدية"، المصدر السابق، ص130؛ د. محمد عبد الظاهر حسين، الجوانب القانونية للمرحلة السابقة للتعاقد، المصدر السابق، ص767؛ سليمان براك دايج الجميلي، المفاوضات العقدية، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية النهدين للحقوق، جامعة النهدين، (1998)، ص42 - 43.

(1) انظر: د. عبد الرزاق احمد السنهاوري، نظرية العقد، المصدر السابق، ص198. فيما يرى البعض الآخر أن أساس هذا العقد الضمني، هو الالتزام باليقظة عند التعاقد، انظر: د. محمد حسام محمود لطفي، المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض، المصدر السابق، ص38.

كاف لإبرام اتفاق ضمني بين الطرفين<sup>(1)</sup> وعليه فالمفاوض الذي يقطع المفاوضات لسبب غير مشروع أو يخرق الالتزامات الثابتة في المستندات قبل التعاقدية، يكون قد اخل بهذا الاتفاق أو العقد الضمني، ومن ثم يُسأل مسؤولية عقدية عن تعويض الضرر.<sup>(2)</sup> إذاً فالمفاوضات ووفقاً لهذه النظرية ليست عديمة الأثر، وإنما ينشأ عنها التزامات مختلفة، استناداً إلى التصرف القانوني الذي يوجد بين المتفاوضين والذي ينبغي عدم الأخلاخل به<sup>(3)</sup>.

لكن مثل هذا الأثر لا ينشأ، إلا بعد صدور إرادة باتة بالتعاقد، أما قبل ذلك، فلا يوجد مثل هذا الاتفاق الضمني، ومن ثم لا يوجد، أي التزام قانوني بالأستمرار فيه. وبعبارة أخرى، أن المفاوضات والمستندات المتبادلة أثناءها بين الأطراف، تبقى خاضعة لمبدأ الحرية التعاقدية وسلطان الإرادة، حيث أن كل متفاوض حر في الرجوع عنها، متى ما شاء، ولا يُسأل مدنياً عن هذا الرجوع<sup>(4)</sup>.

هذا وتؤيد بعض الآراء الفقهية المعاصرة، الأخذ بهذه النظرية وتعتبر مستندات الدخول في التفاوض أو الأستمرار فيه أو عدم التفاوض مع الغير أو عدم الإقضاء بالمعلومات التفاوضية ((الالتزامات الإيجابية والسلبية)) كلها عقود ضمنية، اتفق عليها الأطراف خلال مرحلة المفاوضات ويكون مناط الالتزام الوارد فيها على ذلك الأساس<sup>(5)</sup>.

أما الفقه الفرنسي فإنه وإن كان مترعماً للأتجاه الرافض لنظرية عقد الضمان، كأساس تعاقدية ملزم لمستندات قبل التعاقد، إلا أن آراء كبار فقهاء قد نمّت إلى تأكيدهم بما جاء في هذه النظرية وبصورة غير مباشرة من خلال تغليفهم لمستندات قبل التعاقد مثل : (خطابات النوايا، تعهدات الشرف، اتفاقات المبادئ، ... الخ) بغلاف شبه العقود، كذلك غلف أنصار هذه النظرية مستندات العقود والاتفاقات التمهيدية مثل : (الوعد بالتعاقد، الاتفاق الابتدائي، مشاركة التفضيل، ... الخ) بغلاف عقود ما قبل العقد<sup>(6)</sup>.

ويعلق أحد رجالات الفقه القانوني العربي بالقول على موقف الفقه الفرنسي هذا : ((بأنه موقف غير دقيق، لأن الفقه الفرنسي قد نبذ هذه النظرية لأنها ذات نزعة جرمانية، على الرغم مما جنت إليه من تبرير كان منسجماً والتوافق الكبير مع توجهاته في عدم التعرض للحرية التعاقدية وسلطان الإرادة وهو الأمر الذي جعله يرفضها ظاهراً ويسلم بها مضموناً))<sup>(7)</sup>.

(2) في تأصيل الاتفاقات المبدئية على وفق نظرية الاتفاق أو العقد الضمني، انظر: دومولب وجستان :

-Demolombe. course de Droit civil positif français III. Section 49 eite par I.p.234. Ghestin. op. cit p.229 note 72.

نقلاً عن: د. مصطفى العوجي، القانوني المدني، ج1، المصدر السابق، ص244.

(3) انظر: د. أحمد الزقرد، نحو نظرية عامة لصياغة العقود، المصدر السابق، ص256؛ د. أحمد شرف الدين، أصول الصياغة القانونية للعقود، المصدر السابق، ص89؛ د. محمد حسام محمود لطفي، المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض، المصدر السابق، ص38.

(4) انظر: د. محمود جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية المدنية، المصدر السابق، ص133 – 134؛ د. سعد حسين الحلوسي، التفاوض في العقود عبر شبكة الأنترنت ....، المصدر السابق، ص37، هيلان عدنان أحمد محمد الجبوري، الاتفاقات السابقة على التعاقد، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية الحقوق – جامعة النهرين، (2004م)، ص69.

(5) انظر في هذا الرأي: د. جميل الشرقاوي، النظرية العامة للالتزام، المصدر السابق، فقرة 58، ص277، د. أنور سلطان، النظرية العامة للالتزام، المصدر السابق، ص125، د. عبد السلام التونجي، التعاقد بين الغائبين، المصدر السابق، ص164، ومن الفقه الغربي المقارن. انظر: بلانيول وريبير وإسمان، ج1، المصدر السابق، فقرة 133، ص176.

(1) انظر د. عدنان إبراهيم السرحان و د. نوري حمد خاطر، مصادر الالتزام، المصدر السابق، ص90، د. محمد إبراهيم دسوقي، الجوانب القانونية في إدارة المفاوضات ...، المصدر السابق، ص30، فيما يعتبرها البعض من الفقه القانوني ((خطأ أثناء التعاقد ..))، انظر: د. عبد الحي حجازي، مصادر الالتزام ج2، المصدر السابق، ص160.

(2) انظر: د. حسين عامر و د. عبد الرحيم عامر، المسؤولية المدنية، ط2، القاهرة، 1979، ص39، ومن الفقه الغربي المقارن، انظر:

Viney, Les obligations, op. cit, p. 229, J.cedras Le obligation de negooiar, op.cit 265,281, Presque – contrats, awants conbrtat: L.Aynes Les obligations, paris, 1985,p.126.

نقلاً عن: د. أحمد شرف الدين، أصول الصياغة القانونية للعقود، المصدر السابق، ص65. كذلك نقلاً عن: د. أحمد الزقرد، نحو نظرية عامة لصياغة العقود، المصدر السابق، ص279.

(3) انظر: د. أمية علوان، ملاحظات حول القانون الواجب التطبيق على المسؤولية قبل التعاقدية عن قطع المفاوضات في العقود الدولية، المصدر السابق، ص9.

أما استعراض موقف النصوص القانونية من هذه النظرية – فإنه وكما اسلفت فيما مضى – ان اعتبار مستندات من قبل التعاقد، بمقتضى نظرية العقد المفترض، هي عقود ضمنية، لضمان صحة التعاقد واستمراره فقد جاءت النصوص القانونية في التشريعات المدنية، خالية من أي إشارة على ذلك وهو أمرٌ طبيعي في ظل غياب التنظيم التشريعي لهذه المرحلة عموماً<sup>(1)</sup>.

ويلاحظ أنه على الرغم، من شيوع هذه النظرية بين الأوساط القانونية المختلفة في الفقه القانوني المقارن، إلا ان انصارها قد وقعوا في تناقض بين اعتبار ما سيتم توقيعه في مرحلة ما قبل التعاقد من اتفاقات، هي عقود ضمنية تلزم اطرافها بما جاء فيها وبين الأثر المترتب على هذه العقود والاتفاقيات كعقود تفاوضية تنتج اثارها على هذا الأساس او تلك الصفة وهي اثار مترتبة من عقد او اتفاق باطل بقدر ما يكون هذا البطلان متعلق بشرط او ركن في العقد او الاتفاق أياً كانت طبيعته<sup>(2)</sup>.

هذا وقد وجد القضاء عموماً<sup>(3)</sup> والفرنسي منه على وجه الخصوص، من نظرية العقد الضمني ما يدفع الحرج عنهم الذي سببته نظرية العقد الحقيقي<sup>(4)</sup>. - السابقة الذكر - إذ جاء منحى الأجتهد (القضاء) من مسألة القوة الملزمة لمستندات قبل التعاقد، لاسيما القوة الملزمة للاتفاق الأدبي أمام القضاء الفرنسي في مجال الشركات. وكانت المناسبة لذلك هو ابرام اتفاق على حوالة قدر من اسهم إحدى شركات المساهمة، يُكَنُّ المحال اليه من التحكم في مصير الشركة ارفق به تعهد ادبي من المحال اليه الأسهم باستمرار الشركة واستمرار العاملين في اعمالهم، لكن المُحال اليه لم يلبث ان انخرط في سلسلة من الأعمال التي ترمي في النهاية الى تصفية الشركة وتقسيماتها.

وقد رفع المحيل دعوى موضوعية، طلب فيها الحكم ببطلان الحوالة وفي تصفية الشركة انتظاراً للحكم في دعوى البطلان، فاجابته المحكمة في طلبه، فلما طعن على الحكم الصادر باتخاذ هذه الإجراءات التحفظية بالنقض، قضت محكمة النقض بان تعهد المُحال اليه في اتفاق ادبي بضمان بقاء الشركة له صفة عقدية مفترضة تعظم قوته الملزمة.

(4) وهي نتيجة أكيدة، لتعلق هذه النظرية (نظرية العقد الضمني) بتأصيل القوة الملزمة للمستندات التفاوضية دون غيرها، إذ يوجد في القانون النمساوي ما يسمى مبدأ (culpain – contrahendo) الذي يقضي، بان أي طرف من اطراف العقد المحتمل ابرامه ((العقد الضمني)) يكون مسؤولاً فقط عن الضرر، وليس عن التنفيذ، وذلك في الحالات الآتية:

أ - الأخفاق في كشف بعض الصفات لموضوع العقد او الكشف عن العقبات التي ادت الى ترك العقد، وهو اخفاق محدد للتحذير والعواقب.

ب - الأحجام بدون سبب عن توقيع العقد، بعد ان قاد الطرف الآخر الى الاعتقاد الحقيقي بان التعاقد سوف يتم، للتفاصيل انظر: د. صالح بن عبد الله، المبادئ القانونية في صياغة عقود التجارة الدولية، المصدر السابق، ص85، كذلك ينوه البعض من الفقه القانوني، بأن المشرع المدني الألماني، قد اخذ بتطبيقات، لهذه النظرية يذكر منها على سبيل المثل، المادتان (122) و (307)، حيث اخذ منهما بفكرة التعويض عن المصلحة السلبية، بما لا يتجاوز مع المصلحة الإيجابية. للتفاصيل انظر: د. حلمي بهجت بدوي، اثار التصرفات الباطلة، المصدر السابق، رقم 38، ص389. فيما ورد النص في الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، ((ان نظرية الخطأ عند تكوين العقد، نظرية ألمانية غير دقيقة يُحسن عدم الأخذ بها)). انظر: الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، ج2، ص263.

(1) فمستندات قبل التعاقد وان كان الأثر المترتب على الأخلال بها، يتمثل بالتعويض، فإن الواقع العملي، (احكام القضاء) لم يترح من تقرير التعويض العيني للالتزام الثابت فيها عن مخالفته. وهذا ما لا يمكن قبوله على أساس نظرية العقد المفترض، الذي يمثل التعويض الخاص في العقد الباطل فيكون عن المصلحة السلبية، كذلك فان الأثر المترتب على القول، بأن أساس القوة الملزمة لمستندات قبل التعاقد هو العقد الضمني، يعني الجزم، بان محل الالتزام الوارد في هذه المستندات، وهو ذاته محل العقد النهائي.

فإذا كان الأول باطلاً، فان ذلك يستتبع بطلان العقد النهائي وهذه نتيجة غير مقبولة أيضاً، لأن محل عقود التفاوض هي غير محل العقد الممهد له وأن كان محل العقد الضمني هو ذاته محل العقد النهائي. في استعراض نقد هذه النظرية، انظر: د. محمد عبد الظاهر حسين، الجوانب القاذونية للمرحلة السابقة للتعاقد، المصدر السابق، هامش رقم2، ص767، كذلك. انظر: د. محمد حسام محمود لطفي، المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض، المصدر السابق، ص42 – 43.

(2) انظر في ذلك: الحكم القديم لمحكمة كولينا الألمانية في فرانكفورت، استعراض: د. حلمي بهجت بدوي، المصدر السابق، رقم11، ص486.

(3) كذلك يميل القضاء المذكور، (الفرنسي) ايضاً، الى التأسيس القانوني للقوة الملزمة للأيجاب المقترن بأجل على نظرية العقد الضمني، وبراهها الأرجح، من نظرية الإرادة المنفردة، وطبقاً لذلك، رأى القضاء الفرنسي ان: ((الأيجاب المقرون بأجل يلزم الموجب طوال هذا الأجل، سواء تحدد الأجل ضمناً او صراحة، وان أساس هذا الالتزام، ان هناك عقداً يتم بين الموجب والطرف الآخر، يلزم الأول، إلا يعدل عن ايجابه، المدة المحددة، وقد تم العقد بقبول ضمني من الطرف الآخر، او بسكوته لأن هذا الأجل في مصلحته))، محكمة النقض الفرنسية في 28 شباط 1870، دالوز، 1871 – 1 – 61. كذلك في استعراض القضاء الفرنسي في هذا الشأن، انظر: د. مصطفى العوجي، القانوني المدني، ج1، العقد، المصدر السابق، ص245.

ومن هذا المنطلق فقد ايدت محكمة الاستئناف فيما قضت به من اجراءات تحفظية لضمان بقاء الشركة، حتى تمام الفصل في دعوى البطلان<sup>(1)</sup>. وكشأن النظرية السابقة عليها، لم تسلم نظرية العقد المفترض من وابل السهام النقدية التي وجهت اليها باعتبارها تقوم على الافتراض من حيث نشوء التصرف القانوني، فاي اتفاق لا بد لنشونه من انصراف ارادة اطرافه الى احداث الأثر المترتب عليه وهنا من الصعب الجزم بانصراف نيه الطرفين المتفاوضين الى انشاء مثل هذا الأثر فالموجب عندما يصدر ارادة بآنة بالتعاقد، فانه لا يبغي شيئاً آخرأ غير ابرام العقد النهائي. ولا يخطر في باله الألتزام التعاقدي الملزم قانوناً قبل ذلك.

كذلك ليس كل ايجاب بضمان صحة التعاقد يكون دائماً في مصلحة الموجب له، حتى يعقد سكوته قبولاً ضمناً لهذا الأيجاب، ذلك ان قطع المفاوضة او سبب البطلان قد يكون أتيأ من جهته هو (الأخير) فكيف يكون من مصلحة التزامه بتعويض الضرر الناجم عن ذلك<sup>(2)</sup>؟.

وأخيراً ان هذه النظرية تتصور ان سبب البطلان او قطع المفاوضات او الأخلال بالألتزامات الثابتة في المستندات قبل التعاقدية لا يكون إلا بعد الأيجاب، وهي وبعبارة اخرى لاتعالج الأخطاء التي تقع قبل ذلك، ولا تؤسس لألزامية الوثائق والمستندات السابقة على ذلك الأيجاب ومن ثم فأن المفاوض يكون في حل من امره قبل تصدير إرادته الأولى<sup>(3)</sup>.

وعلى هذا ، فنحن - نرى مع الراي الراجح-، بأنه لا يمكن التسليم بهذه النظرية كأساس تعاقدية لألزامية الصياغة القانونية للقوة الملزمة لمستندات ووثائق ما قبل التعاقد، أياً كانت اشكالها الأنفاقية وإن كانت حسنة هذه النظرية انها تجعل قيوداً يسيرة على مبدأ الحرية التعاقدية. إذ أن هذه القيود لا تنشئ إلا بعد مرحلة التعاقد وليس قبلها.

## المطلب الثاني

### نظريات الأساسيات التعاقدية الحديثة

#### (الاتفاقات المرحلية)

تعد نظريات الاتفاقات المرحلية، من احدث وأكثر النظريات الفقهية رواجاً التي سبقت حول تبرير عنصر الألتزام التعاقدية للصياغة القانونية لمستندات قبل التعاقد على أساس اتفاقي، تفرضه الطبيعة القانونية لبعض العقود التي تتكون من جملة كيانات عقدية يصلح لأن يكون كلاً منها عقداً او اتفاقاً قائماً بذاته<sup>(4)</sup>.

فمستندات قبل التعاقد، ووفق تصوير هذه النظريات، هي اتفاقات تنصب على جزء من الغاية التي يبتغيها الطرفان من العقد المنشود او تحقق هذه الغاية بصفة وقتية إحتياطية انتظاراً لتمام الاتفاق على هذا العقد او قد تكون اتفاقات إطارية

(1) نقض تجاري فرنسي 10 / 1 / 1972. الموسوعة الدورية (J. C. P). 1972 - 2 - 17134 - تعليق Gyom. دالوز، 1972 مختصر 180، نقلاً عن: د. مصطفى محمد الجمال، السعي الى التعاقد، المصدر السابق، ص 397.

(2) انظر: في عرض ونقد هذه النظرية، د. عبد الرزاق احمد السنهاوري، نظرية العقد، المصدر السابق، ص 622، د. محمود جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية المدنية، المصدر السابق، ص 119، د. حلمي بهجت بدوي، اثار التصرفات الباطلة، مجلة القانون والاقتصاد، السنة الثالثة، العدد الثاني، ص 384. د. محمد حسام محمود لطفي، المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض، المصدر السابق، ص 41 - 42.

(3) إذ يبدو قصور هذه النظرية واضحاً في عدم احاطتها بالجوانب القانونية للمستندات من قبل التعاقدية التي تصدر قبل الأيجاب وان المشكلة الحقيقية تكمن في تأصيل أساسها الألزامي، قبل وصولها، الى مرحلة هذا الأخير، (الأيجاب). للتفاصيل، انظر: د. أحمد السعيد الزقرد، نحو نظرية عامة لصياغة العقود، المصدر السابق، ص 181.

(1) لاسيما فيما يتعلق بظاهرة العقود الكبيرة المعقدة والمركبة، التي تشكل احدى عوامل التحول الجاري في منهج دراسة تكوين العقد ومنوال التعاقد. للتفاصيل، انظر: د. مصطفى محمد الجمال، السعي الى التعاقد، المصدر السابق، ص 10، د. محمد محمد ابو زيد، المفاوضات في الأطار التعاقدية، المصدر السابق، ص 36.

عامّة تجمع بين هاتين الغايتين في أن واحده ولكنها في الوقت ذاته مستندات ممهدة لاتفاقات نهائية تحقق التزاماً بين الطرفين في حدود النطاق الموضوعي (الكمي) أو النطاق الزمني (المؤقت) المتفق عليه. أو يتم الجمع بين النطائين (الموضوعي – الزمني) في ان واحد ضمن أطر عامّة تتسوعب مجموعة من حزمة الاتفاقات المرحلية (التنفيذية أو التطبيقية) التي تشكل كلاً منها بحد ذاتها، عقوداً نهائية تم الاتفاق المسبق على خطوطها العريضة وملاحها في الاتفاق الأطاري العام. وفي الحالة الأولى، يمكن الحديث عن اتفاقات جزئية، وفي الحالة الثانية، يمكن الحديث عن اتفاقات مؤقتة، فيما يستتبع في الحالة الثالثة، الحديث عن اتفاقات اطارية عامّة<sup>(1)</sup>.

ومن خلال هذه الاتفاقات والمستندات الثابتة فيها اوجد الفقه القانوني الحديث نظرية العقد الجزئي تارة، كأساسي اتفاقي تستمد مستندات قبل التعاقد قوتها القانونية منه، وتارة اخرى تمسكوبحسب طبيعة العقد النهائي بنظرية العقد مؤقت، كأساس اتفاقي اخر تستند مستندات قبل التعاقد في قوتها الملزمة عليه، في حين تمسك بين التارة الأولى والأخرى بنظرية الاتفاق الأطاري العام، كأساس اتفاقي جامع لالزامية المستندات والوثائق الصادرة في المرحلة السابقة على التعاقد. وإزاء هذه الأسس الاتفاقية واختلافها سوف نتطرق في الفروع التالية، الى كل منها، حسب النظريات ذات الحداث النسبية التي تضمنتها بشيء من التفصيل.

(2) انظر: د. مصطفى محمد الجمال، السعي الى التعاقد، المصدر السابق، ص314، د. هدى عبد الله، النظام القانوني للفترة السابقة للتعاقد .....، ج2، العقد الاطار، المصدر السابق، ص279.

## الفرع الأول

### نظرية الاتفاق الجزئي

يتكون العقد من مجموعة من العناصر والشروط التي تخضع جميعاً للتفاوض وقد يصل المتفاوضون الى الاتفاق على بعضها، قبل البعض الآخر فيكون هناك اتفاق جزئي على ماتم حسمُ بينهما من المسائل<sup>(1)</sup>. ويثور التساؤل عن القيمة القانونية لهذا الاتفاق الذي يجسده الأطراف في مستندات ووثائق مادية مختلف كل نظام قانوني عن آخر في تسميتها؟ وقبل الأجابة عن مدى القيمة التعاقدية الملزمة للعقد أو الاتفاق الجزئي، تجدرُ الإشارة الى ان ليس جميع ما يتم حسمه من شروط وعناصر تمت بالقرب للعقد النهائي تُعد عقوداً جزئية بالنسبة لهذا الأخير. فيخرج من نطاق هذه الطائفة من العقود، فيما إذا ما كانت العناصر والشروط التي صارت موضع اتفاق هي شروط ثانوية لا تشكل كياناً عقدياً قائماً بذاته. كما لو اتفق الطرفان على تأجيل عنصر (الثمن) حال كونهما لم يصلا بعد الى الاتفاق على قيمته<sup>(2)</sup>.

وبالمثل إذا كانت هذه الشروط تشكل كياناً عقدياً تابعاً يستند الى قيام كيان آخر اصلي هو المقصود لم يتم الاتفاق عليه. كما لو اتفق الطرفان على التحكيم في شأن العقد المنشود او على نظام معين لمراجعة وتطويعه لبعض الظروف المتوقعة او غير المتوقعة حالة كون الاتفاق على العقد الذي اتفق على التحكيم بشأنه او على مراجعته مازال محلاً للتفاوض<sup>(3)</sup>. في مثل هذه الحالة لا يكون للاتفاق الذي يتم على بعض العناصر والشروط أي اثر قانوني، سواء كانت لا تكون من الأصل كياناً عقدياً او كانت تكون كياناً عقدياً لا يقوم بذاته استقلالاً عن أي كيان عقدي اصلي آخر<sup>(4)</sup>. لكن الصعوبة تثور عندما يتم الاتفاق على بعض العناصر المطروحة للتفاوض وتكون هذه العناصر التي حصل الاتفاق عليها كافية لتكوين كيان عقدي اصلي قابل لانتاج اثار قانونية استقلالاً عن بقية العناصر التي لم يتم ان يتوصل الطرفان الى الاتفاق عليها وهذا هو الحال عندما يتم الاتفاق على العناصر الجوهرية للعقد المراد ابرامه، دون التوصل الى الاتفاق على بقية عناصره التبعية كما هو الشأن الغالب لمستندات قبل التعاقد<sup>(5)</sup>.

وهذا هو الحال ايضاً، فيما لو تعلق الأمر بعقد من العقود البسيطة تتعدد محالهُ كعقد بيع او إيجار، يرد على جملة اشياء وتم الاتفاق على ثمن او أجره بعضها، او عقد مقاوله يرد على جملة اشياء وتم الاتفاق على مقابل واحد او اكثر منها. مع بقاء الثمن او الأجرة او المقابل بالنسبة للأشياء او الأعمال الأخرى محلاً للتفاوض. فهل يكون لمثل هذا لاتفاق قيمة قانونية استقلالاً عن ثمن مقابل العناصر الأخرى التي يواجه الطرفان التعاقد عليها؟<sup>(6)</sup>، وبالمثل إذا كان العقد النهائي يتكون

(1) فإذا كان العقد النهائي يتكون من عدة عمليات فنية او قانونية، فقد يجد الطرفان، انه من المناسب او من الضروري في بعض الأحيان، حسم كل جزء او كل مرحلة من العلاقة بينهما، بعقد مستقل، بغرض، تسهيل الوصول الى تغطية شاملة لهذه العلاقة، بمجموعة من المستندات، تكون الكيان المادي لهذه العقود، فيما تنعى بالسابقة للتعاقد، بالنسبة للعقد النهائي، للتفاصيل. انظر: د. محمد ابراهيم دسوقي، الجوانب القانونية في ادارة المفاوضات و ابرام العقود، المصدر السابق، ص111.

(2) انظر في هذا الشأن: د. محمد عبد الظاهر حسين، تحديد الأثمان في العقود الأولية، - دراسة في بعض الأنظمة القانونية، مطبوعات جامعة الكويت، 1988، ص56.

(3) انظر: د. اكثم الخولي، صياغة اتفاق التحكيم، نشرة التحكيم التجاري الخليجي، العدد 7 (ديسمبر) ، (1997م) ص7، ومن الفقه الغربي المقارن، انظر:

E.stone, K.slade, special considerrttions in international lincensiny agreement the transnational Lawyer., 1988, P.P 176 – 177.

(4) فإذا لم تنصرف ارادة الطرفين الى حسم مسألة جزئية بصفة مستقلة، بل ظهر من خلال المفاوضات انهما يتفقان، في الرأي، على مسألة، تلو الأخرى، دون قصد الاتفاق إلا في اطار العقد النهائي، فلا نكون هنا، بصدد عقود جزئية، لها آثارها المنفصلة. للتفاصيل. انظر: د. محمد ابراهيم دسوقي، الجوانب القانونية في ادارة المفاوضات ... ، المصدر السابق، ص112.

(1) انظر: في فكرة العناصر المميزة، لذاتية التعاقد: د. حسام الدين كامل الأهواني، المفاوضات في الفترة قبل التعاقدية ....., المصدر السابق، ص29، د. محمد محمد ابو زيد، المفاوضات في الأطار التعاقدية، المصدر السابق، ص50.

(2) كذلك، قد تقع الاتفاقات الجزئية، فيما بين غير اطراف العقد النهائي، إذا كان ابرام هذا العقد، اونفاذه يتوقف على التعاقد، مع غير اطرافه. ونجد مثلاً لهذه الحالة في الترتيبات التعاقدية، المتعلقة بالتصدير، مثل التسهيلات الائتمانية، وضمان ائتمان الصادرات. وهذه الترتيبات، تتخذ فيما بين احد اطراف التصدير والغير مثل البنوك، ومؤسسات ضمان الصادرات، ونلاحظ في هذه الحزمه التعاقدية، الارتباط بين اجزائها، رغم استقلالها الفني والقانوني، إذ ان انعقاد او نفاذ أي منهما، يتوقف على ابرام العقود الأخرى، فمثلاً يتوقف، ابرام عقد التصدير، اونفاذه على حصول المصدر او المستورد، على تمويل بنكي، وقيام المستفيد من الائتمان، بابرام عقد ضمان ائتمان صادرات، للتفاصيل، انظر:

من جملة كيانات عقدية يصلح كل منها لأن يكون عقداً قائماً بذاته إذا ما حصل الاتفاق عليه منفرداً كما يحصل كثيراً في مستندات خطابات النوايا واتفاقات المبادئ واتفاقات الأطار في مجال العقود غير المسماة لاسيما، العقود الكبيرة المركبة منها وفي العقود التي تكون جزءاً من مجموعة عقدية أشمل تهدف الى تحقيق عملية اقتصادية واحدة<sup>(1)</sup>.

وهذا هو الحال مثلاً في التعاقد على تسليم مصنع في حالة تشغيل كامل بما يتطلبه ذلك من إقامة مبانٍ وتوريد آلات ومعدات ومواد أولية أو تركيبها أو تجربتها وتدريب العاملين عليها. فإذا ما حصل اتفاق على بعض هذه العناصر أو العمليات مع بقاء الخلاف قائماً حول البعض الآخر فهل يكون للاتفاق الذي تحقق بالفعل أي قيمة تعاقدية قانونية ملزمة<sup>(2)</sup>؟ وهذا هو الحال أيضاً في عقود النقل المتتابع بوسائل نقل مختلفة، التي تلزم لتوصيل البضاعة الى مقصدها النهائي عندما يتم الاتفاق على القرض دون الرهن أو الكفالة أو يتم الاتفاق على الرهن أو الكفالة دون الاتفاق على القرض. فهل فيكون للاتفاق الذي تحقق بالفعل ايضاً قيمة قانونية وتعاقدية الزامية<sup>(3)</sup>؟ تكفلت نظرية العقود الجزئية التي نادى بها معظم الفقه القانوني الحديث بالأجابة عن جميع هذه التساؤلات. وجزمت الأمر بتقرير القوة الملزمة لمستندات هذه الاتفاقات بوصفها طائفة من العقود المرحلية التي تنصب على النطاق الموضوعي (الكمي) للعقد النهائي<sup>(4)</sup>. فيعد أنصار هذه النظرية ان اغلب الأشكال التي يمكن ان تأتي بها مستندات قبل التعاقد ماهي إلا صور مادية وتجسيد ظاهر لعقود واتفاقات جزئية تكتسب المناط القانوني لها على هذا الأساس التعاقدي طالما ان القوة الملزمة لتلك الوثائق او المستندات سوف تقتصر على العناصر والشروط التي جرى الجزم بها من قبل الأطراف العاقدة من خلال التراضي البات الصادر من احدهم او من جميعهم دون ان ينجر عنصر الالتزام القانوني الى بقية العناصر التي مازالت محل تفاوض بين الأطراف والتي تلعب الارادة التعاقدية لهم قدراً واسعاً من الحرية والسلطان في توجيهها الوجهة التي تقتضيها مصلحة العاقدين<sup>(5)</sup>.

وإذا كانت التشريعات المدنية، لم تفرد نصوصاً قانونية خاصة تؤسس القوة الملزمة لمستندات التعاقد وشروطها في المرحلة ما قبل التعاقدية على نظرية العقد الجزئي، فأن بعض هذه التشريعات وحسب النظام القانوني الذي تنتمي إليه لم تجد في تبرير القيمة التعاقدية الملزمة، لجانب من مستندات المراحل التمهيديّة للتعاقد، إلا هذه النظرية كأساس ملزم قانوناً لها،

موسيرون، الفن التعاقدي، المصدر السابق، ص82، نقلاً عن: د. احمد شرف الدين، اصول الصياغة القانونية للعقود، المصدر السابق، ص103.

(3) انظر: د. مصطفى محمد الجمال، السعي الى التعاقد، المصدر السابق، ص316، د. احمد شرف الدين، اصول الصياغة القانونية للعقود، المصدر السابق، ص101.

(4) إذ ان العمل في مجال التجارة الدولية، يعرف حالات للاتفاقات الجزئية ومستنداتها، التي يصرح، لاحد اطرافها، المبادرة في تنفيذها، قبل التوصل الى اتفاق نهائي. وهو ما يسمح فيها، لاحدهما، في حالة موافقته على ماورد في الخطاب، من نقاط أساسية للتعاقد النهائي المحتمل، بالبداية في تنفيذه وهكذا يمثل، خطاب النوايا، في مثل هذه الحالة، مستنداً تعاقدياً جزئياً يسبق ابرام العقد النهائي، وهو مايسمح، رغم الاتفاق على عدم قابلية العملية محل التفاوض، للجزئية بفصل جزء منها، سواء فيما يتعلق بالتعاقد، او فيما يتعلق بتنفيذه. ولا شك ان هذا التطور، الذي شهدته التجارة الدولية، يمثل انحرافاً عن النظرة التقليدية للعقود، إذ يأتي تنفيذها بعد تكوينها النهائي، ومع ذلك فان البعض من الفقه القانوني، يذهب الى انه، من اليسير تأصيل هذا الانحراف، في ضوء احكام القانون المدني، =شريطة الاتفاق على امكانية، فصل اجزاء العملية المركبة من حيث التفاوض والتعاقد بشأنها، للتفاصيل. انظر: د. حمزة حداد، قانون التجارة الدولي، بيروت، لبنان. (1980م)، ص49، د. محمد حسين عبد العال، التنظيم الاتفاقي للمفاوضات العقدية، المصدر السابق، ص342.

(1) انظر: د. مصطفى محمد الجمال، السعي الى التعاقد، المصدر السابق، ص316 – 317.

(2) انظر: د. مصطفى محمد الجمال، السعي الى التعاقد، المصدر السابق، ص320، د. محمد ابراهيم دسوقي، الجوانب القانونية في ادارة المفاوضات ....، المصدر السابق، ص213؛ د. مصطفى العوجي، القانون المدني، ج1، العقد، المصدر السابق، ص200؛ د. أحمد شرف الدين، أصول الصياغة القانونية، المصدر السابق، ص101، د. هاني صلاح سري الدين، المفاوضات في العقود التجارية الدولية، المصدر السابق، ص105، المحامي صابر محمد عمار، المفاوضات في عقود التجارة الالكترونية، المصدر السابق، ص11، ومن الفقه الغربي المقارن. انظر: فونتين، قانون العقود الدولية، المصدر السابق، ص29.

Jaeques Ghestin, Traite de Droit civil. Le cotract: formation LBDJ. 1988. p249. et.s.

ومن فقهاء العراقي المعاصر. انظر: د. سعد الحلبوسي، التفاوض في العقود ....، المصدر السابق، ص42.

(3) انظر: د. احمد الزقرد، نحو نظرية عامة لصياغة العقود، المصدر السابق، ص270، د. ابراهيم دسوقي ابو الليل، نظرية الالتزام، العقد والارادة المنفردة، الكويت، 1995، ص159، د. محمد حسين عبد العال، ضوابط الاحتجاج والمستندات العقدية، المصدر السابق، ص211. كذلك يرى: د. ابراهيم نجار، ان البروتوكولات الاتفاقية، باعتبارها، احدى انواع، الاتفاقات المبدئية، ماهي سوى اتفاقات جزئية، تُبرم في سبيل الوصول الى انعقاد العقد النهائي، للتفاصيل. انظر: د. ابراهيم نجار، اتفاق المبدأ، المصدر السابق، ص66.

على مقتضى الطبيعة الاتفاقية لها. ففي الوقت الذي نصت فيه المادة (1101) من القانون المدني الفرنسي، على أن : ((العقد هو اتفاق بين شخص أو عدة اشخاص، تجاه شخص أو عدة اشخاص لاداء شيء، أو عمل شيء، أو الأمتناع عنه)). للتعريف العام بالعقد. اضافت المادة (1134) من القانون ذاته (الفرنسي) على النص بأن : ((ان الاتفاقات المعقودة على وجه قانوني والتي تتضمن بعض العناصر والشروط , تعتبر شرعة لمن صدرت عنه<sup>(1)</sup>). كذلك يذهب رأي في الفقه القانوني المقارن عبر تفسير نص المادة (165) من قانون الموجبات والعقود اللبناني، التي تنص على أن : ((الاتفاق هو كل التناهم مشيئة واخرى، لانتاج مفاعيل قانونية)). الى ان الاتفاق، هو توافق عام بين الارادات قد لا يتضمن، سوى بعض العناصر المكونة لمفاعيل قانونية، دون البعض الآخر. إذ إن الألتنام الحاصل بين مشيئتين بغية انتاج مفاعيل (أثار) قانونية يوصلنا الى اعتبار ان العقد يشكل احد هذه المفاعيل<sup>(2)</sup>. وكذلك الحال بالنسبة للقوانين الأوروبية الأكثر حداثة كما هو الشأن في القانون المدني البولوني في مادته الحادية والستين وقانون الألتزامات السويسرية في مادته الثانية. ففي ظل هذين القانونين، يعد الاتفاق على بعض العناصر الجوهرية للعقد المراد ابرامه عقداً جزئياً كافياً لابرام العقد بمعناه الدقيق مادام الطرفان لم يعلقا انعقاده على تمام الاتفاق على المسائل التفصيلية او الشروط التي لا تشكل عنصراً جوهرياً فيه. فإذا اتفق الطرفان فيما بعد على هذه المسائل والشروط، فان هذا الاتفاق لا يكون منشأ للعقد. وانما يكون مكملاً لعقد قائم بالفعل من قبل التوصل اليه<sup>(3)</sup>.

(1) إذ يعد الاتفاق على بعض الشروط والعناصر، اتفاقاً قانونياً ملزماً ، وان انتقص لبعض منها، إذ ان سد النقص، بالنسبة للشروط غير الجوهرية، سيتم من خلال تطبيق القواعد التكميلية Just – dispositum ، المعمول بها في القانون المدني الفرنسي، وكذلك بتطبيق المبادئ العامة (droit – commun)، السائدة فيه، كما يمكن اللجوء الى الاعراف والممارسات التجارية، لهذا الغرض، للتفاصيل. انظر: د. يزيد انيس نصير، التطابق بين القبول والایجاب ...، المصدر السابق، ص108.

(2) ومع ذلك، فقد يكون ذلك الاتفاق ملزماً ، بالنسبة لما تضمنه من بعض تلك العناصر، وتنهض مسؤولية قانونية (تعاقدية)، فيما إذا حصل اخلال حولها. ولا تنتفي، بالقول، بأن المفاعيل التي تنتجها، مثل هذه الاتفاقات، قد لا تؤدي بالحتم، على انبرام العقد، انظر: د. عاطف النقيب، نظرية العقد، المصدر السابق، ص40 – 41، د. مصطفى العوجي، القانون المدني، ج1 العقد ، المصدر السابق، ص200.

(3) انظر في هذا المعنى: الفريد (ريج) La punctuation، مساهمة في دراسة التكوين المتتابع للعقد، مجموعة الدراسات المهداة للأستاذ، الفريد جوفير، ص595، نقلاً عن: د. مصطفى العوجي، القانون المدني، ج1، العقد، المصدر السابق، ص168.

في حين رفضت – الجانب الآخر من القوانين- وبمقتضى مواقفها من انعقاد العقد، نظرية العقد الجزئي كأساس ملزم لمستندات الاتفاقات التي تبرم قبل انعقاد العقد النهائي<sup>(1)</sup>.

إذ ينص القانون المدني الألماني في المادة (154) فيه على أن : ((أن العقد لا ينعقد إلا بالاتفاق على جميع المسائل الجوهرية، التي يتعين الاتفاق عليها، ولو كان ذلك وفقاً للتعبير عن الإرادة الصادر من أحد الطرفين دون الآخر، ويضيف لذلك، أن الاتفاق على بعض المسائل الخاصة، لا يكفي للزام الطرفين، حتى ولو اتبع هذا الاتفاق بتحرير مشروع مكتوب))<sup>(2)</sup>. ومن ثم فالعقد، لا ينعقد في القانون الألماني، إلا بالاتفاق على كافة العناصر المطروحة للمناقشة من قبل الطرفين معاً أو من قبل أحدهما. ولا يكفي لانعقاده ثبوت تمام الاتفاق على ما يكون جوهرياً أو أساسياً من هذه العناصر. واثبات تمام الاتفاق على هذه العناصر الجوهرية أو الأساسية في وثيقة مكتوبة، لا يعدو أن يكون تسجيلاً للعناصر التي صارت محل اتفاق جزئي بين الطرفين تنظيماً لعملية التفاوض وتوجيهاً لها، نحو العناصر الأخرى المتبقية ولو كانت تتعلق بمسائل تفصيلية غير رئيسية، والعقد لا يولد قانوناً إلا بتمام الاتفاق على هذه العناصر الأخيرة. فإذا لم يتوصل الطرفان إلى اتفاق عليها، فإن العقد لا يقوم من الأصل ولا يكون للاتفاق الجزئي الثابت في المستند ما قبل التعاقد على كافة العناصر الجوهرية دوراً في حكم علاقة الطرفين. حتى ولو كان هذا الاتفاق مدوناً كتابة، وموقعاً من أحد الطرفين أو كلاهما. فمثل هذا الاتفاق لا تكون له سوى قيمة معنوية، وهي قيمة الاتفاقات السابقة على التعاقد<sup>(3)</sup>.

وهذا وقد حاولت محكمة النقض الفرنسية جاهدة بعد ذلك إلقاء مزيداً من الضوء على الطريق الذي شقه الفقه القانوني الفرنسي، من تقرير القوة الملزمة لمستندات الاتفاقات السابقة على التعاقد، فيما تقضي به صياغاتها القانونية تبعاً لذلك. على أساس الاتفاق الجزئي. إذ قضت في حكمها الصادر في 22 يناير، 1991 في مناسبة قضية تتعلق في اتفاقات الأطار لعقود التوزيع حصري على أن : ((... اتفاقات التوزيع التي يكون محلها تأمين حصر منتجات أحد طرفيها في الطرف الآخر والتي تقتصر أساساً على إنشاء التزامات بعمل. أساسها اتفاقات جزئية ملزمة قانوناً لا تختلط بعقود البيع الدورية التي تضعها موضوع التطبيق، التي هي أساساً التزامات باعطاء)). وانتهت لذلك إلى نقض حكم، قضى بطلان عقد توريد، حصري لعدم تحديد الثمن<sup>(4)</sup>. ورغم التأييد الذي حظيت به هذه النظرية في تأسيس القيمة التعاقدية للاتفاقات التي تبرم في المساحة الزمنية التي تسبق العقد النهائي على فكرة الاتفاق الجزئي، إلا أنها تعرضت لانتقادات عديدة كان من أهمها إن انصارها قد عمموا الأخذ بها في جميع مستندات التعاقد التفاوضية والتمهيدية، لكافة أنواع العقود دونما تمييز بين العقود البسيطة والمركبة أو العقود المسماة أو غير المسماة. بالرغم من أن تطبيق هذه النظرية قد يصعب أو يضيق – من الناحية

(1) وتثير هذه الاتفاقات، في ظل القانون المدني المصري، تطبيق المادة (95) من التقنين المدني المصري، والتي تنص، على أنه: ((إذا اتفق الطرفان على المسائل الجوهرية في العقد، واحتفظا بمسائل تفصيلية يتفقان عليها، فيما بعد، ولم يشترطا أن العقد، لا يتم إلا عند الاتفاق عليها، اعتبر العقد قد تم، وإذا قام خلاف على المسائل التي لم يتم الاتفاق عليه، فإن المحكمة تقضي، في ذلك طبقاً لطبيعة المعاملة ولأحكام القانون والعرف والعدالة)). إذ يعلّق بعض الفقه القانوني المصري، على نص هذه المادة، بأن المشرع، قد أورد قرينة بسيطة، وهي عدم اتجاه إرادة الأطراف التعاقدية، في الدخول بعلاقة ملزمة، بمقتضى الاتفاق الجزئي، قبل أن يتم توقيع الاتفاق النهائي. للتفاصيل. انظر: د. محمد حسام محمود لطفى، المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض، المصدر السابق، ص70، د. هاني صلاح سري الدين، المفاوضات في العقود التجارية الدولية، المصدر السابق، ص106، د. محمد محمد أبو زيد، المفاوضات في الأطار التعاقدية، المصدر السابق، ص48.

(2) انظر: د. يزيد أنيس نصير، التوافق بين القبول والأيجاب ...، المصدر السابق، ص109.

(3) انظر: ميشيل بدامون، العقد في القانون الألماني، 1993، المصدر السابق، ص37، وتطبيقاً لذلك، قضت محكمة النقض المصرية، برفض دعوى صحة التعاقد، عندما تبين لها، عدم اتفاق الطرفين على العين المبيعة، وأن ماجرى بينهما، كان مجرد، عن أعمال تحضيرية، لم تنته باتفاق ملزم، بأي صفة، وأن تضمن التعهد، جزءاً من العناصر الأخرى، لعقد البيع، انظر: نقض مدني مصري 19/ 1 / 1950 / الطعن/ رقم 88/ لسنة 18 ق – مجموعة أحكام النقض – س1 – رقم 56، ص203، وقریباً من ذلك جاء حكم التحكيم الصادر من غرفة التجارة الدولية، في 26 أكتوبر، 1979، والذي عوّف عقد المفاوضة – بأنه عقد، لم يتحدد موضوعه. إلا بطريقة جزئية، لا تكفي في جميع الأحوال، لانعقاده ومن ثم لا لزامه قانوناً للتفاصيل. انظر:

-Sentence chamber de commerce international dans L'affaire no 3131 Le 26 octobre (1979). R.arb. (1983): pp.525 – 531. comn. Goldman.

مشار إليه عند: د. محمد محمد أبو زيد، المفاوضات في الأطار التعاقدية، المصدر السابق، ص12.

(1) انظر: لوران ليفيز، تعليق على نقض تجاري فرنسي 29/ 1 / 1991 J.C.P. 1991 – 2 – 21751، ومشار إليه في: د. محمد عبد الظاهر حسين، مشكلة تحديد الأتمان في العقود الأولية، المصدر السابق، ص97.

العملية – على بعض العقود البسيطة التي تقوم في لحظات انية. وكذلك لاتجد هذه النظرية تطبيقات قانونية لها في العقود المسماة التي حدّ المشرع الأركان والشروط التي تكتسب – عند تحققها – مفاعيلها (أثارها)، القوة التعاقدية الملزمة<sup>(1)</sup>. بالإضافة على ذلك، ان هذه النظرية قد اغفلت في بداياتها الأولى، التمييز بين العناصر والشروط التي يمكن ان تكون قابلة للانفصال عن العناصر الأخرى التي مازالت محل تفاوض اوخلاف، فانها في الحالة الأولى فقط يمكن ان تكون عقداً قائماً بذاته، يتحقق له الوجود القانوني بمجرد تحقق هذا الاتفاق<sup>(2)</sup>.

واخيراً يؤخذ على هذه النظرية ايضاً، قصورها في استيعاب جميع اشكال مستندات قبل التعاقد، لاسيما المستندات التي تأخذ شكل الخطابات الفردية الصادرة من احد الأطراف.

## الفرع الثاني نظرية العقد المؤقت

تشكل فكرة الاتفاقات المؤقتة او العقود الوقفية الهيكل الآخر من نظرية العقود المرحلية التي تنصب على فترة وقتية معينة من النطاق الزمني للعقد النهائي. فقد تمتد المفاوضات والمستندات الصادرة اثناءها لاسابيع او لأشهر اوحتى لسنوات، وخلال هذه الفترة كثيراً ما يحتاج الطرفان الى اقامة علاقة انية مؤقتة بينهما انتظاراً لانتهاء المفاوضات وابرار العقد النهائي المنشود المنشئ لعلاقتهم المستمرة. وهو مايتحقق عن طريق ابرار اتفاقات مؤقتة تتباين في نطاقها الزمني بتباين طبيعة العقود ذاتها<sup>(3)</sup>. فقد تكون هذه الاتفاقات محددة المدة، تنتهي لمدة معينة او لمدة التفاوض. وهي اتفاقات تنهض الحاجة اليها عندما يكون احد الأطراف او كليهما راعياً في المرور بمرحلة تجريبية للتأكد من تحقيق العقد النهائي لأهدافه<sup>(4)</sup>. او يكون احدهما في حاجة الى الارتباط العاجل مع الطرف الآخر لايحتمل الانتظار الى حين الاتفاق النهائي على العقد المنشود او في حاجة الى مجرد التأكد من جدية المفاوضات فيبرم مع الآخر اتفاقاً مؤقتاً على عدم التفاوض مع الغير

(2) ويميز (غستان)، بين الاتفاق المبدئي والعقد الجزئية، التي تتضمن التزامات محددة، كالموضوع والتمن في عقد البيع، ولكن تبقى غير كافية لانعقاد العقد النهائي، إذ ان احد الطرفين او كليهما، اشترط تحقق شرط او ظرف معين، يعتبره أساسياً لابرار العقد النهائي، للتفاصيل. انظر:

Jacques Ghestin. Traite de Droit Civil Le Contrat: formation LGDJ. 1988: p.249 et.s.

(3) انظر: د. مصطفى محمد الجمال، السعي الى التعاقد، المصدر السابق، ص319، د. محمد ابراهيم دسوقي، الجوانب القانونية في ادارة المفاوضات، المصدر السابق، ص112، د. ابراهيم دسوقي ابوالليل، العقد غير اللازم، المصدر السابق، ص25، ويعلق احد الفقه في القانون في هذا المقام، بان المشرع يتدخل احياناً لحماية حرية احد الطرفين، بان يجعل رضاه بالعقد غير بات وغير نهائي، وان تضمن العقد على جملة من العناصر الجوهرية، او يخلع عليه ذات الوصف، خلال مدة يحددها من تاريخ التعاقد بحيث يعتبر العقد كأن لم يكن، إذا لم يؤكد ارادته في الالتزام بعد فوات هذه المدة، وفي هذه الحالة الأخيرة، يكون المشرع، قد اضافى على ارادة الطرف المتمتع بالحماية وصف الأرادة غير الباتة او غير النهائية، او على الأقل غير المنتجة لاثارها. على نحو ينزل معه الاتفاق المبرم بين الطرفين، بقوة القانون، من منزلة العقد النهائي المنشود، الى منزلة الاتفاق المرحلي المبدئي، وهو اتفاق غير نافذ او غير لازم – بحسب الأحوال – ولايصبح نافذاً اولازماً، إلا بتأكيد الطرف المحمي ارادته، بعد استكمال العناصر الناقصة، او بعد انقضاء المهلة، وهذه الحالات ايضاً هي من طائفة الاتفاقات الجزئية. للتفاصيل، انظر: د. ابراهيم نجار، اتفاقات المبدأ، المصدر السابق، ص66.

(1) انظر: د. مصطفى محمد الجمال، السعي الى التعاقد، المصدر السابق، ص329، د. محمد ابراهيم دسوقي الجوانب القانونية في ادارة المفاوضات ...، المصدر السابق، ص 114 – 115، ومن الفقه الغربي المقارن، انظر:

Alain Ghozi: La modification de lobl:gation paris , 1980 , ets.

(2) فمن المتصور، ان نصادف النوع الأول من الاتفاقات محدودة المدة مثل اتفاقات التجربة في كثير من العقود، مثال ذلك، ان يتعلق الأمر، بعقد توزيع منتجات معينة، بين المنتج والموزع، فيلجأ الطرفان، الى ابرار عقد مؤقت، يزود المنتج بمقتضاه الموزع بكمية معينة من المنتج، حتى يتمكن الموزع من اختبار السوق، ويتمكن المنتج من اختبار قدره الموزع على التوزيع. للتفاصيل انظر: د. هدى عبد الله، النظام القانوني للفترة السابقة للتعاقد، ج2، العقد الأطار، المصدر السابق، ص288. كذلك انظر: د. عبد الرحمن عياد، أساس الالتزام العقدي، دار النهضة العربية العربية، القاهرة، مصر، 1972، ص156.

مدة معينة (مثلاً) يجسده المستند ما قبل التعاقد الثابت فيه بقدر كفاية مُدته لوصول المفاوضات الى نتائجها المأمولة وهي ابرام العقد النهائي المنشود او بالعكس<sup>(1)</sup>، وقد يأخذ مثل هذا الاتفاق الإطار التعاقدية<sup>(2)</sup>.

ولا تنفك الاتفاقات محدودة المدة عند هذا النوع او الضرب من العقود بل افرز الواقع العملي لاسيما في مجال عقود الخدمات، ضرباً من الاتفاقات تلي حاجة عاجلة لا حد الطرفين كما لو تعلق الأمر، بالتفاوض على عقد صيانة مستمر وكانت اللالات والأجهزة محل التعاقد في حاجة الى عملية صيانة عاجلة<sup>(3)</sup>. كذلك يمكن ان نصادف مثل هذا الاتفاق المؤقت في بداية المفاوضات العقدية ومستنداتها بصفة عامة، عندما يلزم احد الطرفين او كلاهما بمقتضى مستند ما قبل تعاقدية يتم التوقيع عليه بعدم التفاوض مع الغير خلال مدة معينة حتى تتاح الفرصة لتحقيق الغرض المقصود من التفاوض، وهو ابرام العقد النهائي بين الطرفين<sup>(4)</sup>.

وأياً كان الهدف من وراء الاتفاقات المؤقتة السالفة الذكر، فهي وعلى وفق الرأي الراجح في الفقه القانوني، عقود ملزمة لاحد طرفيها او كلاهما للمدة المحددة لها. وهي بذلك لا تكون صحيحة، إلا إذا توافرت فيها الأركان العامة للعقد وشرائطه، واخصها تحديد عناصر الاتفاق الجوهرية، كالعمل والأجر في مستندات عقد العمل تحت التجربة او الاختبار، وكالخطر وقسط التأمين ومبلغ التأمين في مذكرة التغطية المؤقتة<sup>(5)</sup>. ومن خلال جميع هذه الأنواع المختلفة من الاتفاقات المؤقتة وتطبيقها على العديد من الصور العملية لمستندات وثائق الاتفاقات السابقة على التعاقد اتجهت اغلب اراء الفقه القانوني المقارن الحديث الى القول : بأن اتفاقات ما قبل التعاقد والمستندات الثابتة فيها من خلال صياغاتها القانونية، هي عقود مؤقتة تستمد القيمة التعاقدية الملزمة ضمن النطاق الزمني للاتفاق الذي تستمر فيه<sup>(6)</sup>.

ويعزز انصار هذه النظرية حججهم القانونية بالقول: ان جميع الاتفاقات التي تبرم في مرحلة ما قبل ابرام العقد النهائي او توقيعها وتعكسها الصياغة القانونية للمحررات التي تثبت كيانها المادي، ماهي إلا اتفاقات تعاقدية موصوفة، بمدد زمنية محددة تتباين بتباين موقع المستند ما قبل التعاقد من لحظة ابرام العقد، هذا بالإضافة الى ما يكشفه استقراء

(1) انظر: د. عدنان ابراهيم السرحان و د. نوري حمد خاطر، مصادر الحقوق الشخصية، المصدر السابق، ص 91، فقرة (107)؛ د. هاني صلاح سري الدين، المفاوضات في العقود التجارية الدولية، المصدر السابق، ص 23، د. احمد الزقرد، نحو نظرية عامة لصياغة العقود...، المصدر السابق، ص 277.

(2) انظر: د. محمد محمد ابو زيد، المفاوضات في الأطار التعاقدية، المصدر السابق، ص 87.

(3) ومثال ذلك ان يرغب طالب التأجير، في التأكد من ملائمة العين المطروحة للأيجار لتحقيق اهدافه، قبل الأقدام على استجارها، لمدة طويلة، فيبرم الطرفان عقد ايجار مؤقت، قبل الارتباط بعقد الأيجار النهائي. على ان هذا النوع من العقود المؤقتة، يجد تطبيقاً تشريعياً له في مجال عقود العمل، إذا يرتبط العامل ورب العمل في البداية عادة، بعقد عمل تحت التجربة او تحت الاختبار، ينشئ من الالتزامات على عاتق طرفيه، ما ينشئ عقد العمل، إذا ما كانت نتيجة التجربة او الاختبار ايجابية، بالنسبة للطرفين، واما بانتهاء العقد المؤقت، دون الاتفاق على عقد العمل، إذ كانت سلبية، للتفاصيل. انظر: د. مصطفى محمد الجمال، السعي الى التعاقد، المصدر السابق، ص 330. د. هدى عبد الله، العقد الأطار، ج 2، المصدر السابق، ص 288، Sinay، عقد العمل تحت التجربة، مجلة القانون الاجتماعي، ص 65.

(4) كذلك بعد الاتفاق على الالتزام، بالمحافظة على سرية المعلومات، القرين الآخر، للاتفاق المؤقت، بعدم التفاوض مع الغير مدة محددة، انظر: د. سلام منعم مشعل، الحماية القانونية للمعرفة التقنية، اطروحة دكتوراه، مقدمة الى جامعة النهرين، كلية الحقوق، (2003)، ص 81، صباح عريس عبد الروؤف الدليمي، المسؤولية المدنية الناشئة عن الأخلال بالالتزام بالسرية، المصدر السابق، ص 59، د. محمد محمد ابو زيد، المفاوضات في الأطار التعاقدية، المصدر السابق، ص 88، د. محمد حسام محمود لطفي، المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض، المصدر السابق، ص 30.

(5) وهذا النوع من المستندات، بعد من العقود المؤقتة الأخرى، التي تجد لها تطبيقاً تشريعياً، فيما يعرف بمذكرة التغطية المؤقتة، التي يصدرها المؤمن للمؤمن له، خلال فترة التفاوض، على عقد التأمين، للتفاصيل. انظر: د. جمال فاخر النكاس، العقود، والاتفاقيات الممهدة للتعاقد، المصدر السابق، ص 147، د. حسام محمد محمود لطفي، الأحكام العامة لعقد التأمين، المصدر السابق، ص 154، د. عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط، ج 7، المجلد الثاني، المصدر السابق، بند 581، ص 1497، د. احمد شرف الدين، احكام التأمين، الطبعة الأولى، (طبعة نادي القضاة)، القاهرة - مصر، سنة 1991م، رقم 108، ص 92، وفي خصوص عقد العمل تحت التجربة او الاختبار، انظر: د. جمال فاخر النكاس، قانون العمل الكويتي المقارن 1993، ص 82، د. علي غالب الداودي، شرح قانون العمل، دراسة مقارنة، الطبعة الثانية، عمان، الأردن، 2001م، ص 103، د. احمد عبد الكريم ابو شنب، شرح قانون العمل الجديد، عمان، الأردن، 1999، ص 156.

(1) انظر: د. مصطفى محمد الجمال، السعي الى التعاقد، المصدر السابق، ص 327، د. عاطف النقيب، نظرية العقد، منشورات عويدات، ط 1، 1988م، ص 146، د. محمد ابراهيم دسوقي، الجوانب القانونية في ادارة المفاوضات...، المصدر السابق، ص 115، ومن الفقه الغربي المقارن، يقول كريستيان لارومييه، بان :((العقد التمهيدي، هو عقد مؤقت وسابق غايته التهيئة لابرام عقد نهائي)). ويميز لارومييه، بين عدة عقود، تتصف بانها عقود مؤقتة، من بينها، العقد المنظم للمفاوضات، او عقد الأفضلية وعقد التخصيص. للتفاصيل. انظر:

الصياغات القانونية للمستندات و الوثائق ما قبل التعاقدية التي تدبيل عبارات والفاظ تعكس بوضوح الطابع الزمني المؤقت لها ضمن الحدود التي صدرت فيها<sup>(1)</sup>. لكن اهم تساؤل قد وجه الى أنصار هذه النظرية (نظرية العقد المؤقت) هو كيف يتم تحديد النطاق الزمني، الذي ينتهي عنده الاتفاق المؤقت ويبدأ بعد ذلك أعمال العقد النهائي؟ وفيما إذا كان هو تاريخ ابرامه (العقد النهائي) ام هو تاريخ ابرام العقد المؤقت (العقد التمهيدي)؟

لم يجد بعض ممن انتصر لهذه النظرية من الفقه القانوني، عوناً تشريعياً واضحاً للأجابة على هذا التساؤل<sup>(2)</sup>. ومع ذلك فالحلول التي تأخذ بها في بعض الصور توحى باتجاهه الى الاعتداد بتاريخ ابرام العقد المؤقت على نحو يكون معه للعقد النهائي اثر رجعي<sup>(3)</sup>.

وهذا هو الشأن ايضاً في عقد العمل تحت التجربة او الاختبار، إذ تحتسب مدة العمل تحت التجربة او الاختبار ضمن مدة اقدمية العامل وضمن المدة التي تستحق عنها الأجازة المدفوعة والأجر ولذلك يُقال - من هذه الزاوية - بأنه : (لا يكون هناك عقدان متتابعان، وإنما عقد واحد يتأكد بالتدريج مع مضي مدة التجربة، ولا يكون هناك أي فارق في الطبيعة بين العقود خلال هذه المدة وبعدها)<sup>(4)</sup>. فيما يرى البعض الآخر: انه وأمام انعدام المؤشر على ارادة المشرع في غير هذه الحالة، فان مرجع الأمر يكون هو إرادة الطرفين، فكثيراً ما يُحدد الطرفان في العقد النهائي صراحة التاريخ الذي يبدأ منه تنفيذ، سواء أكان هو تاريخ إبرامه ام كان هو تاريخ ابرام العقد المؤقت او كان تاريخاً لاحقاً لهذين التاريخين معاً<sup>(5)</sup>، وهذا ما يحدث في عقد التأمين، إذ تعني وثيقة التأمين الأصلية بالنص على نفاذه اعتباراً من تاريخ محدد بيوم معين وساعة معينة، او يتعلق نفاذه على دفع القسط الأول ولتحديد تاريخ نفاذ هذه الوثيقة على هذا النحو له اهمية في حسم، ما قد يثور في المستقبل - من نزاع - حول تاريخ استحقاق الأقساط وما يترتب على هذا التأخر في دفعها من اثار حول تجدد العقد من عدمه<sup>(6)</sup>. وقد ذهب البعض من الفقه القانوني : الى ان الأصل الواجب الاعمال في حالة غياب الاتفاق المخالف هو ارتداد اثر وثيقة التأمين الأصلية الى تاريخ ابرام عقد التأمين المحدد المدة (المؤقت) المتمثل في وثيقة التغطية المؤقتة<sup>(7)</sup>، لكن

(2) انظر: د. احمد شرف الدين، اصول الصياغة القانونية للعقود، المصدر السابق، ص92، د. احمد السعيد الزقرد، نحو نظرية عامة لصياغة العقود ...، المصدر السابق، ص279، ومن الفقه الغربي المقارن. انظر:

=W.Peter. Arbitration and renegotiation of international investments agreements Nordrecht. 1986, P. 169.

(3) إذ تتفاوت المعالجة التشريعية من هذه المسألة، بحسب طبيعة التطبيقات القانونية، التي تعالجها، كلاً على حدة، وإذا كانت التشريعات المدنية، قد جزمت الأمر بالنسبة، لتطبيقي، الوعد بالتعاقد الملزم لجانب واحد، والاتفاق الابتدائي الملزم للجانبين، باعتبارهما عقدين مهمدين وموقتين بالنسبة للعقد النهائي، يبدأ أعمال احكام هذا الأخير، من وقت ابداء الرغبة بالنسبة للتطبيق الأول، (الوعد بالتعاقد) او حلول الأجل، بالنسبة للتطبيقات القانونية الأخرى، للتفاصيل. انظر: د. حسن علي الذنون ود. محمد سعيد الرحو، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، ج1، مصادر الالتزام، الطبعة الأولى، دار وائل للنشر والطباعة. (2002م)، ص82، د. مصطفى محمد الجمال ود. عبد الحميد الجمال، القانون والمعاملات، الدار الجامعة للطباعة ، (1987)، ص226، د. عبد الفتاح عبد الباقي، مصادر الالتزام، المصدر السابق، ص184 - 185.

(1) إذ يذهب البعض من الفقه القانوني، ان المشرع، يتوسع بالأثر الرجعي، أي بتاريخ ابرام العقد المؤقت، في التطبيقات الخاصة، بالاتفاقات السابقة على التعاقد الثابتة في المستندات التفاوضية، مثل اتفاقات الدخول في التفاوض والاستمرار فيه، او اتفاقات عدم التفاوض مع الغير مدة محددة واتفاقات عدم الأشفاء بالسرية، واتفاقات التفاوض بحسن نية، وإذا كانت المعالجة التشريعية، لهذه الاتفاقات، لاتجد مكاناً لها في نصوص مواد القوانين المدنية، فانها، كانت محل اهتمام المشرع بالنسبة للقوانين الخاصة، لاسيما قوانين حقوق الملكية الفكرية، والقوانين الخاصة، بتنظيم الحماية المدنية، لعقود المعرفة الفنية، مثل عقود نقل التكنولوجيا، او ادخال تحسينات عليها، للتفاصيل، انظر: د. السيد محمد السيد عمران، الطبيعة القانونية لعقود لمعلومات، مؤسسة الثقافة الجامعية، 1992، ص79، د. هاني محمد دويدار، نطاق احتكار المعرفة التكنولوجية، بواسطة السرية، 1996، ص107.

(2) انظر: في هذا المعنى، د. هدى عبد الله، النظام القانوني للفترة السابقة للتعاقد، ج2، العقد الإطار، المصدر السابق، ص289 - 290، موسيرون، الفن التعاقد، المصدر السابق، ص76، Siany، عقد العمل تحت التجربة، المصدر السابق، ص66 - 67.

(3) انظر: د. مصطفى محمد الجمال، السعي الى التعاقد، المصدر السابق، ص334، د. جمال فاخر النكاس، العقود، والاتفاقيات الممهدة للتعاقد ...، المصدر السابق، ص146، ومن الفقه الغربي المقارن. انظر:

J.Schmit :op.cit, p256.

(4) انظر: د. مصطفى محمد الجمال، (اصول التأمين) - عقد الضمان - دراسة مقارنة للتشريع والفقه والقضاء في ضوء الأسس الفنية للتأمين، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 1999، ص208.

(5) انظر: د. عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط، ج7، المصدر السابق، هامش (2)، ص1185، د. محمد علي عرفة، احكام التأمين، المصدر السابق، ص121، د. عبد الودود يحيى، الموجز في عقد التأمين، المصدر السابق، ص127.

البعض الآخر منه يرى ان هذا الارتداد يتعارض مع المنطق القانوني السليم، بما يعنيه في ان مذكرة التغطية المؤقتة، تعتبر عقداً معلقاً على شرط واقف، هو قبول المؤمن للتعاقد بصفة نهائية خلافاً للحقيقة من كونها تعاقداً مؤقتاً نافذاً او ملزماً لمدة محدودة ينتهي بانتهاء أجله والقبول النهائي ليس شرطاً واقفاً لالتزام ما، وانما هو عنصر في تعاقد جديد يمثل توقيع العقد النهائي<sup>(1)</sup>، غير انه يبدو لنا انه لا محل للتعارض المقول به من ناحية المنطق القانوني العام، ذلك انه يمكن القول بان مذكرة التغطية المؤقتة باعتبارها مستند ماقبل تعاقد، ماهي إلا عقداً مؤقتاً ومعلقاً على شرط فاسخ، وهو ابرام الوثيقة النهائية. وفي هذا التصوير تكون وثيقة المذكرة المؤقتة ملزمة لاطرافها منذ ابرامها<sup>(2)</sup>. فاذا انتهى الأمر بفرض التعاقد النهائي تخلف الشرط الفاسخ واستمرت المذكرة المؤقتة ملزمة طوال المدة المحددة لها. إما إذا انتهى الأمر بتوقيع الوثيقة النهائية فيتحقق الشرط، ويزول اثر المذكرة المؤقتة، وزوال اثر هذه المذكرة لا يتضمن أي خطر على المؤمن له طالما كان الغرض منها هو سريان الوثيقة الأصلية باثر رجعي يرتد الى تاريخ سريان المذكرة المؤقتة ذاتها<sup>(3)</sup>.

لكن الوثيقة الأصلية قد تحدد شروطاً لنفاذها لم ترد في وثيقة التغطية المؤقتة ولم يكن المؤمن له يعلم بها وقت تسلمه الوثيقة المؤقتة، كأن تُعلق الوثيقة النهائية نفاذ التأمين على دفع القسط الأول. وفي هذه الحالة يظل التأمين سارياً طوال مدة الوثيقة المؤقتة كاملة، حتى ولولم يكن المستأمن قد قام بدفع القسط الأول خلال هذه المدة فاذا انتهت مدتها، دون قيام المستأمن بدفعه صار التأمين غير نافذ، إعتباراً من تاريخ انتهاء مدة الوثيقة المؤقتة حتى يقوم المستأمن بالدفع<sup>(4)</sup>. ويكون أساس التزام المستأمن في الدفع خلال فترة الوثيقة المؤقتة هو اتفاق التأمين المؤقت الذي ابرم مع المؤمن وجسدها - لكل منهما - من خلال صياغاته القانونية في مستند ماقبل تعاقد، اصطلاح الفقه القانوني على تسميته بـ(وثيقة التغطية المؤقتة)<sup>(5)</sup>.

ومما رجح كفة هذه النظرية عن سابقتها، هو تجاوزها للانتقاد الذي اوهن نظرية العقد الجزئي من الأخذ بها، وهو قصورها من استيعاب عدداً كبيراً من اتفاقات ماقبل التعاقد خاصة تلك التي تخلو من العناصر الأساسية للتعاقد<sup>(6)</sup>. ولشمولية وامتداد تطبيقاتها القانونية على العديد من المستندات التعاقدية التمهيدية<sup>(7)</sup>، كذلك ملائمتها للعديد من الاتفاقات التحضيرية التي تُعقد في مجال الدراسات الفنية والاقتصادية اللازمة لتنفيذ المشروعات التعاقدية الكبيرة<sup>(8)</sup>.

(1) انظر: د. جلال محمد ابراهيم، التأمين وفقاً للقانون الكويتي، المصدر السابق، ص511، د. احمد شرف الدين، احكام التأمين، المصدر السابق، ص93.

(2) انظر: د. مصطفى محمد الجمال، اصول التأمين، المصدر السابق، ص206، د. توفيق فرج، احكام الضمان، (التأمين). المصدر السابق، ص279.

(3) انظر: نيكولاس جاكوب، وثائق التأمين، 1996، ص85 - 86، تعليقه على نقض مدني فرنسي، تاريخ ورقم، R.G.T 1969 /5 /721، 1969، ص529، نقلاً عن: د. مصطفى محمد الجمال، اصول التأمين، المصدر السابق، ص207 - 208، Y.Lambert faivre, op, cit, 146. P- نقلاً عن: د. جمال فاخر النكاس، العقود والاتفاقيات الممهدة...، المصدر السابق، ص148.

(4) انظر: د. عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط، ج7، المصدر السابق، ص1209، د. توفيق حسن فرج، احكام الضمان، (التأمين)، المصدر السابق، ص399، د. احمد شرف الدين، احكام التأمين، المصدر السابق، ص134 وما بعدها.

(5) وهكذا، فان تحديد اتجاه العلاقة، بين العقد المؤقت والعقد النهائي، يعتمد، على صياغة العقد المؤقت. إما إذا كانت هذه الصياغة غير واضحة فان تحديد طبيعة ومهمة العقد المؤقت، يمكن ان يكون محلاً للخلاف. والراجح في شأن مذكرة التغطية المؤقتة، اعتبارها، دليلاً مؤقتاً، على تمام العقد النهائي، ومن ذلك كانت المادة، (2 /1049) من المشروع التمهيدي للقانون المدني المصري، تنص على انه: ((إذا لم تكن نية الطرفين من كتابة المذكرة واضحة، أعتبرت، هذه المذكرة بمثابة دليل مؤقت على حصول التعاقد نهائياً)). للتفاصيل، انظر: د. احمد شرف الدين، اصول الصياغة القانونية للعقود، المصدر السابق، ص95، وفي شأن طبيعة مذكرة التبصير، واهمية صياغتها القانونية في عقد التأمين. انظر: د. جابر محبوب علي، الجوانب القانونية للتأمين الجماعي، الطبعة الثانية، مجلس النشر العلمي، الكويت، 2002، ص170 وما بعدها.

(1) واخصها مستندات الاتفاقات المبدئية، التي تتعلق بالاصول التفاوضية، (شبه العقود) للعقد المزمع ابرامه في المستقبل، ولو لم تصل بعد الى شروطه التعاقدية. للتفاصيل، انظر: د. ابراهيم نجار، اتفاق المبدأ المصدر السابق، ص61.

(2) وهي المستندات اللاحقة للتفاوض والسابقة على ابرام العقد النهائي المنشود، (عقود ماقبل العقد)، انظر: د. احمد الزقرد، نحو نظرية عامة لصياغة العقود، المصدر السابق، ص279.

(3) انظر: د. محمد ابراهيم دسوقي، الجوانب القانونية في ادارة المفاوضات وابرام العقود، المصدر السابق، ص109، د. محمد محمد ابو زيد، المفاوضات في الاطار التعاقدية، المصدر السابق، ص48، ولدور الاتفاقات المؤقتة، واهميتها، في اطار متطلبات التجارة الدولية، انظر: د. صلاح الدين جمال الدين، عقود الدولة لنقل التكنولوجيا، دراسة في اطار القانون الدولي الخاص والقانون التجاري الدولي، رسالة جامعة عين شمس، القاهرة - مصر، 1993، ص805.

فقد يتم اسناد هذه الدراسات الى الطرف الذي يجري التفاوض معه على تنفيذ المشروع بمقتضى اتفاق خاص بها يكون سابقاً على الاتفاق على هذا العقد، وفي هذه الحالة يعتبر الاتفاق على القيام بالدراسات المطلوبة بمثابة اتفاق تحضيري مؤقت نسبة الى العقد المنشود الذي يجري التفاوض عليه او نسبة الى هذا التفاوض ذاته، ويستمد الألتزام القانوني بمقتضى هذه الصفة (المؤقتة) وهو ينتهي بتنفيذه من طرفيه سواء تم الاتفاق على المشروع اولم يتم هذا الاتفاق، لكن الدراسات التي تمت في اطاره يظل لها دورها في تفسير وتكملة العقد الأصلي المنشود، في حالة التوصل الى إبرامه نظراً لأن اطراف هذا العقد هم اطراف الاتفاق المؤقت التحضيري وان نتائج تنفيذ هذا الأخير يكون لها دور أساسي في تحديد الألتزامات الناشئة من العقد الأصلي النهائي على عاتق الطرفين<sup>(1)</sup>.

ولم تقف حدود هذه النظرية على هذه الاتفاقات فحسب، بل تمتد لتشمل الاتفاقات المتعلقة بتبادل المعلومات، ويعرض الفقه القانوني في هذا المقام للاتفاقات الفرعية التي تبرم بمناسبة التفاوض على عقود نقل التكنولوجيا، بصفة عامة وعقود نقل الدراية الفنية (know how) بصفة خاصة. ففي التفاوض على هذه العقود يلزم الراغب في الحصول على التكنولوجيا محل التفاوض، التعرف على اسرارها مقدماً، حتى يتمكن من تقرير كفاءتها وكفايتها لتحقيق اهدافه<sup>(2)</sup>، لكن صاحب التكنولوجيا يجد نفسه عرضاً لخطر ذبوعها واستعمالها من قبل الطرف الآخر، دون مقابل في حالة اخفاق المفاوضات وعدم التوصل الى العقد النهائي المنشود، وتغلباً على هذا التناقض في المصالح وحرصاً على بلوغ عملية التفاوض اهدافها، يلجأ الطرفان الى ابرام اتفاق فرعي يسمح للراغب في التكنولوجيا بالحصول على المعلومات التي تطمئن على مستقبل مشروعه في مقابل تعهده، بعدم كشف هذه المعلومات لغيره وعدم استعمالها من قبله في حال عدم التوصل الى الاتفاق النهائي على عقد نقل التكنولوجيا<sup>(3)</sup> ومثل هذا الاتفاق يكون شبيهاً بالاتفاق التمهيدي المؤقت، من وجه بالنظر الى ان الغرض منه ينتهي بمجرد ابرام العقد النهائي لايحل الراغب في الحصول على التكنولوجيا من التزامه في الحفاظ على سرية المفاوضات، فعدم ابرام العقد النهائي لايحل الراغب في الحصول على التكنولوجيا من التزامه في الحفاظ على سرية المعلومات التي توصل اليها تنفيذاً للاتفاق ولا بالتزامه بعدم استخدامها لحساب نفسه<sup>(4)</sup>.

(4) انظر: د. مصطفى محمد الجمال، السعي الى التعاقد، المصدر السابق، ص336، د. احمد شرف الدين، اصول الصياغة القانونية للعقود، (العقود التحضيرية)، المصدر السابق، ص88، د. مصطفى العوجي، القانون المدني، ج1، العقد، المصدر السابق، ص211.

(5) ولتحقيق هذه الغاية، يقوم الطرفان على تنظيم اتفاق مؤقت بينهما، يجسده المستند ما قبل التعاقد، الذي يتلخص مضمون عنصره الألتزامي، بالدخول بالتفاوض، تجنباً لمغبة الألتزام التعاقد النهائي، قبل التأكد، من مدى فائدة، واهمية المعلومات، او البيانات، التي يمكن ان يقدمها، احدهما للآخر، وهذا هو الاتفاق على الدخول بالتفاوض، بمعناه الواسع، للتفاصيل. انظر: د. هاني صلاح سري الدين، المفاوضات في العقود، المصدر السابق، ص98، د. كريم رجب عبد =الاله، التفاوض على العقد، المصدر السابق، ص114، د. مصطفى محمد الجمال، السعي الى التعاقد، المصدر السابق، ص339 – 340، د. محمد محمد ابو زيد، المفاوضات في الأطار التعاقد، المصدر السابق، ص67.

(1) وقد تكون المستندات قبل التعاقدية، التي ينتظمها الأطراف في اطار سعيهم نحو التعاقد، منظمة لألتزامات خاصة، تفرضها طبيعة المفاوضات للعقد المراد ابرامه. وتتعدد صور واشكال هذه المستندات، حسب ما تتضمنه من التزامات قانونية، تفرض على كلا الموقعين عليها او احدهم. هذا وقد افرز الواقع العملي شيوع بعضها، مثل مستندات الألتزام بالأعلام او الألتزام بالتبصير والتحذير، والألتزام بتقديم المشورة والألتزام بالتعاون، كنوع من المستندات المنتظمة لألتزامات ذات طبيعة ايجابية (الفعل)، تتسم بصفة التأقيت، فيما يكون الضرب الآخر منها مستندات ووثائق سابقة على التعاقد، منتظمة لألتزامات ذات طبيعة سلبية، (الامتناع) تتسم بالصفة المؤقتة ايضاً. والتي تمثل بالألتزام بالسرية، والألتزام بعدم التفاوض مع الغير مدة محددة ترد على ماشاع تنظيمه، او تبداً له، في اغلب العقود على وجه العموم، ومعظم العقود الفنية والمعلوماتية على وجه الخصوص، للتفاصيل. انظر: اواز سليمان دزه بي، الألتزام بتقديم المعلومات، المصدر السابق، ص165، د. سهير منتصر، الألتزام بالتبصير، دار النهضة العربية، القاهرة – مصر، 1990، ص166، د. محمد شكري سرور، مسؤولية المنتج على الأضرار التي تسببها منتجاته الخطرة، القاهرة مصر، 1983، دار الفكر العربي، ص22، د. محمد ابراهيم دسوقي، الجوانب القانونية في ادارة المفاوضات وابرام العقود ...، المصدر السابق، ص114، د. عدنان ابراهيم السرحان، د. نوري حمد خاطر، مصادر الحقوق الشخصية، المصدر السابق، ص92، د. محسن شفيق، نقل التكنولوجيا من الناحية القانونية، المصدر السابق، ص63، وفي شأن الألتزام المشترك (السلبى – الأيجابي)، الألتزام بالتعاون، في مرحلة المفاوضات، انظر: د. حسام الدين الأهواني، النظرية العامة للألتزامات، ج1، المصدر السابق، ص75، د. محمد محمد ابو زيد، المفاوضات في الأطار التعاقد، المصدر السابق، ص94، د. محمد حسام محمود لطفي، المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض، المصدر السابق، ص28.

(2) اما في حالة نجاح المفاوضات، وابرام العقد النهائي، فان العقد الأخير، يحل محل العقد المؤقت، ولكن في حين يبقى الألتزام بالسرية، سارياً، فان الألتزام بعدم استخدام التقنية ينقضي، لان الغاية من العقد النهائي هو تمكين المرخص من هذا الاستغلال، وحماية لسرية المعلومات، التي يحصل عليها المتلقي، يجري النص في الاتفاق المؤقت، على انه إذا لم يتوصل الطرفان الى اتفاق نهائي، بشأن المعرفة الفنية، الى تاريخ محدد، فان المتلقي يلتزم، بان يرد للمالك، كل ما تحصل عليه من مستندات، ولا يجوز له، ان يحتفظ بصورة منها، كما يلتزم، بان يرد كل الرسومات والتصميمات، والحفظ، التي اجراها بمعرفته، إذا كان من شأنها، الأفضاح، عن بعض عناصر التقنية، او المعرفة الفنية، للتفاصيل. انظر: د. محمد محمد ابو زيد، المفاوضات في الأطار التعاقد، المصدر السابق، ص89، سلام منعم مشعل، الحماية القانونية للمعرفة التقنية، المصدر السابق، ص216، نداء كاظم المولى، الآثار القانونية لعقود نقل التكنولوجيا، اطروحة دكتوراه، كلية القانون، جامعة بغداد، 1996،

وفي التنظيم التشريعي وجدت نظرية العقد المؤقت تطبيقات متعددة امتدت لتشمل جميع الصور التقليدية لاتفاقات ما قبل التعاقد والمستندات الثابتة فيها، كذلك واغلب الصور التعاقدية لمستندات قبل التعاقد الحديثة. ولا ضير في عدم الإشارة الى ذلك بالنص الصريح عليها. ومن ذلك مانصت عليه المادة (91) في عجز الفقرة (1) من القانون المدني العراقي الخاصة بالاتفاق الابتدائي التمهيدي للتعاقد، والتي جاء نصها : ((الاتفاق الابتدائي الذي يتعهد بموجبه كلا المتعاقدين او احدهما بأبرام عقد معين في المستقبل، لا يكون صحيحاً إلا إذا حُدثت المسائل الجوهرية للعقد المراد ابرامه والمدة التي يجب ان يبرم فيها))<sup>(1)</sup>. كذلك نصت المادة (1049) في فقرتها الثانية (2) من القانون المدني المصري بخصوص وثيقة التغطية المؤقتة، إذ جاء نصها كالآتي: ((ومع ذلك قد يُستفاد من الظروف التي كتبت فيها المذكرة، ان الطرفين لم يقصدا بها، إلا ان يكون اتفاقهما مؤقتاً...))<sup>(2)</sup>. وفي القانون المدني الفرنسي يُضيف المشرع الفرنسي عقد الحجز الواقع على عقار تحت التشييد او الترميم، بانه عقد مؤقت وذلك حين يتم تنظيم هذا العقد في قانون (1967) إذ نصت المادة (L.261) منه : ((فهو التعاقد الذي يحجز بمقتضاه بائع العقار او بانيه جزءاً من العقار او كله مدة زمنية معلومة لقاء تأمين يؤديه الراغب في الشراء))<sup>(3)</sup>.

هذا ويتردد الفقه القانوني الفرنسي بين اعتبار هذا العقد المؤقت، هو من تطبيقات الوعد بالتعاقد<sup>(4)</sup>. فيما يرى البعض الآخر، ماهو إلا - شرط افضلية في التعاقد -<sup>(5)</sup>. وكذلك الشأن في احكام القضاء، إذ وان لم تشر، هذه الأحكام مباشرة بان مستندات قبل التعاقد هي عقود مؤقتة ومناطق الالتزام بها، هو الاتفاق المحدد المدة (الزمني) فان تأكيدها على عنصر الفترة الزمنية في هذه الاتفاقات يعُدُّ مؤشراً على الصفة المؤقتة لها، وتأكيداً على ذلك وتفصيلاً له قضت محكمة النقض (المصرية) في قرارها الصادر بتاريخ 18/ 9/ 1999 بان : ((...يبقى الالتزام بسرية المعلومات، وعدم استخدامها بمقتضى الاتفاق محدود المدة قائماً، حتى في حالة فشل المفاوضات التي كانت قد جرت الى تاريخ حلول المدة المعينة في الاتفاق...))<sup>(6)</sup>.

ص125، د. حسام محمد عيسى، نقل التكنولوجيا، المصدر السابق، ص168، د. جلال وفاء محمدين، فكرة المعرفة الفنية والاساس القانوني لحمايتها، الاسكندرية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية - مصر، (1995م)، ص71.

(1) القانون المدني العراقي رقم (40)، لسنة (1951)، النافذ.

(2) القانون المدني المصري رقم (131)، لسنة (1948) النافذ.

(3) قانون 3/ 1/ 1967 الفرنسي النافذ وتعديلاته. كذلك انظر: في شأن عقد القرض المؤقت، الممهد لشراء العقار، المنظم في قانون رقم 13/ 7/ 1979، الفرنسي النافذ وتعديلاته.

(4) انظر: في ذلك .

Schmidt, op. cit, p.253 AViricel Le droit des contrats op, cit, p.70.

نقلاً عن: د. جمال فاخر النكاس، العقود والاتفاقيات الممهدة ...، المصدر السابق، ص146 – 147.

(5) انظر: لهذه الأراء ما يلي :

R.saint. Alary, La Vente dimmeuble construire et Lobligation .J.C.P.68GI.ed 2146.N7.

وفي شرط الأفضلية للطبيعة القانونية، للعقد التمهيدي، انظر :

-M.Voirin,Lepacte de preference.J.C.P. 1954. II92.

وفي نقد هذه الأراء، انظر :

J.L.Bergels, Les contrats preliminaires de reservation dans Les J.C.P.74,ed GL. 266.

نقلاً عن: د. محمد المرسي زهرة، بيع المباني تحت الإنشاء، جامعة الكويت، (1989)، ص405 وما بعدها.

(1) انظر: نقض مدني مصري 18/ 9/ 1999، احكام النقض س33/ رقم 13، ص50.

أما القرارات الصادرة من محكمة باريس، فقد ذهبت الى أبعد من ذلك، إذ قضت في أحد قراراتها بأن: ((تحدد فترة الالتزام بالموجب التمهيدي بزمان الاتفاق الوقتي الذي يوقعه الأفراد بينهم))<sup>(1)</sup>. ويرى أحد الفقهاء تعليقاً على هذا الحكم، ان القضاء الفرنسي يميل الى اعتبار جميع العقود والاتفاقيات التفاوضية (شبه العقود) او التمهيدية (عقود ما قبل العقد) ماهي إلا عقود واتفاقيات مؤقتة، وبالتالي لاجابة الى البحث عن أساس ملزم لها خارج حدود النطاق التعاقدية<sup>(2)</sup>.

وبحسب توجه الفكر الكلاسيكي، فان عقد الوعد الملزم للجانبين هو العقد النهائي وكل مافي الأمر ان تنفيذ هذا العقد معلق عل شرط واقف إذ ان الأطراف قد اتفقت على أساسيات العقد بشكل كامل (كالمبيع والثلث في عقد البيع) ولا تنقص إلا بعض الشروط القانونية (كالتوثيق من قبل الكاتب العدل في البيوع العقارية) مثلاً. وقد استند الفقه الكلاسيكي على نص المادة (1589) من مدونه القانون المدني الفرنسي، التي تنص على ان: ((الوعد بالمبيع هو بيع، متى اتفقت الأطراف على الشيء المبيع والثلث)). اذن وقياساً على البيع ايضاً، فان أي اتفاق يحمل في طياته وعداً بالتعاقد هو العقد النهائي بشرط توافر أساسيات العقد وكل ما في الأمر انه عقد معلق على شرط<sup>(3)</sup>. في حين يرفض الفقه المعاصر مستنداً في ذلك الى احكام القضاء الخلط بين الوعد بالتعاقد الملزم للجانبين والعقد النهائي فمن الضروري ان تتم التفرقة بين العقد النهائي وان علق على شرط فهو عقد قائم، ولكن تنفيذه مؤخر او مهدد وبين الوعد بالتعاقد الذي يُعهد لعقد آخر هو المقصود في النهاية، علماً بأن هذا العقد النهائي، في هذه الحالة وان اتمت عناصره الأساسية والثانوية فلا ترغب الأطراف في ابرامه حالياً<sup>(4)</sup>.

ووعياً من بعض الفقهاء المحدثين الى صعوبة التفرقة بين الحالة التي يكون فيها العقد النهائي قائماً، لكن تنفيذه معلق على شرط، والحالة التي يوجد فيها عقد وعد بالتعاقد فقط، متى ظهر جلياً، من خلال الاستناد الى عبارات الاتفاق ذاتها، بان العقد النهائي قائم ولكن تنفيذه او استمراره وبحسب الأحوال معلق على شرط، في حين نكون امام عقد وعد بالتعاقد مهدد للعقد النهائي في الحالة التي يفتقر فيها الاتفاق ((لعنصر أساسي او اكثر)) بالنسبة للموعد له بالذات في العقد النهائي او الحالة التي يُعبر فيها الأطراف بشكل واضح عن رغبتهم في عدم ابرام العقد النهائي أنياً، الى حين ان يبدي الموعد له رغبته في ذلك بالمستقبل ومن دون ان يعني ذلك ان ارادة الأطراف هي المرجع الوحيد الذي يُعتمد عليه للقضاء ان يقرر طبيعة مختلفة عن ذهب اليه الأطراف متى كانت طبيعة الاتفاق تحتم ذلك<sup>(5)</sup>. وبخضع هذا التكييف لرقابة المحاكم العليا<sup>(6)</sup>.

ويختلف الحال عليه عما ذكر سابقاً في النظام الأنجليزي (فقهاً وقضاءً) فان مستندات العقود المؤقتة كثيراً ما تقتنر

(2) انظر: قضاء مدني فرنسي، محكمة استئناف باريس، 18 ديسمبر، 1987، دالوز 1989/قضاء/ص439، مشار اليه في: د. حسام الدين الأهواني، تقريره في ندوة القانون المدني ...، المصدر السابق، ص12.

(3) انظر: د. حسام الدين الأهواني، تقرير في ندوة القانون المدني ومتطلبات التجارة الدولية، المصدر نفسه، ص13. وبخلاف ذلك انظر: د. عبد الحى حجازي، رسالته في عقد المدة او العقد المستمر، والدوري التنفيذ، القاهرة - مصر، 1950، ص72، د. ابراهيم دسوقي ابو الليل، نظرية العقد غير اللازم، المصدر السابق، ص25.

(4) انظر: د. جمال فاخر النكاس، العقود والاتفاقيات الممهدة للتعاقد ...، المصدر السابق، ص146، د. محمد ابراهيم دسوقي، الجوانب القانونية في ادارة المفاوضات و ابرام العقود ...، المصدر السابق، ص116 - 117. إذ ورد نص المادة بالفرنسية كالآتي:

Art :1589 (La promesse de vente vaut vente, Lorsqu. Ilya consentern ent reciproque des deux parties sar La chose et sur Le prix) cass civ. 3e 14 . 1987. Dalloz, 1988, p.80 Note J.schmidt.

(1) في استعراض التفرقة، بين الوعد بالتعاقد، الملزم للجانبين، والعقد النهائي، انظر: د. عبد الحكيم فوده، الوعد بالتعاقد والعربون وعقد البيع الابتدائي، المصدر السابق، ص16 - 17، د. عبد الفتاح عبد الباقي، النظرية العامة للالتزامات، ج1، مصادر الالتزام، المصدر السابق، ص244، ومن الفقه الغربي المقارن انظر:

J.Ghestin, op. cit, p.312.

Ph. Malaurie etL. Aynes Les contrats speciaux. 1990 no 130, p.186.

(2) انظر: د. محمد المنجي، عقد البيع الابتدائي، مطبعة اطلس، الطبعة الأولى، القاهرة - مصر، 1983، ص5، د. عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط، ج1، المصدر السابق، ص276، د. عبد المجيد الحكيم، الوسيط في نظرية العقد، المصدر السابق، ص194، د. احمد السعيد الزقرد، الوجيز في عقد البيع، في القانون المدني الكويتي، مطبوعات كلية الحقوق، جامعة الكويت، بند 93، ص70، خليل جريج، النظرية العامة للموجبات، الجزء الثاني، المصدر السابق، ص117، د. محمد محمد ابو زيد، المفاوضات في الأطار التعاقدية، المصدر السابق، ص34.

(3) انظر: نقض مدني مصري 1982/1/11/س33/ط/رقم 16، ص57.

بالاتفاقيات الممهدة لشراء العقارات في بريطانيا , إذ ان المشتريين عادة لا يرغبون بالزام انفسهم إلا بعد استشارة طرف ثالث كمحامٍ اوخبير مثلاً وغالباً ما يُعد القضاء ان هذه العقود المؤقتة، تُعد مانعاً من ابرام او توقيع مستند العقد النهائي<sup>(1)</sup>. وفي احدى القضايا كان الاتفاق ينص على انه : ((اتفاق مؤقت)) الى ان يتم صياغة اتفاق قانوني - بواسطة محامي - يشتمل على جميع ما اتفق عليه الطرفان ويتم توقيعه من قبلهما .لقد اعلنت محكمة الاستئناف الانجليزية ان عبارة ((اتفاق مؤقت)) الواردة في الوثيقة التعاقدية تعني ان نية الطرفين قد انصرفت الى اعتبار الوثيقة ملزمة سلفاً على ان يتم استبدالها بعقد رسمي وبشكل عام فان عبارة الاتفاق المؤقت يُعد قرينة بسيطة على عدم انصراف نية الطرفين الى الالتزام مباشرة باتفاقهما. وبناء على هذا الأساس، فان هذا الاتفاق المؤقت يمنع تطابق القبول والأيجاب<sup>(2)</sup>.

### الفرع الثالث نظرية الاتفاق الأطاري

لما كانت النظرية العامة للاتفاقات المرحلية السابقة على التعاقد بشقها الأول (نظرية الاتفاق الجزئي) قد انصببت على جزء من الغاية التي ابتغاها الأطراف من العقد المنشود والالتزام بها. او بشقها الآخر (نظرية الاتفاق المؤقت) التي حققت هذه الغاية بصفة وقتية احتياطية والالتزام بها أيضاً انتظاراً لتمام الاتفاق على هذا العقد<sup>(3)</sup>. فان نظرية الاتفاق الأطاري السابق على التعاقد قد جمعت بين هاتين الغايتين وضمان تحقيقهما باعتبارها المناط الأُلزامي للالتزامات القانونية الثابتة في المستندات والوثائق ما قبل التعاقدية<sup>(4)</sup>.

ويُعد النظام القانوني اللاتيني، لاسيما الفقه والقضاء الفرنسيين منه الرائد الأول والمبتدع لجذور هذه النظرية التي فرضتها الطبيعة القانونية لبعض العقود، وعلى الخصوص تلك التي تنتمي الى الحزمة التعاقدية المركبة وتلحقها الصفة الدورية في مراحل انعقادها وتنفيذها على حد سواء. وان كان الفرض الأول (دورية الانعقاد) وهو من يميزها عن سائر العقود المستمرة الأخرى التي لا يلحقها الوصف الأخير إلا في مراحل تنفيذها<sup>(5)</sup>.

(4) انظر: فيفوت، وفيرمستون، قانون العقد، 1987، ص38.

Fifoot and furmstons Law of contracts, II The ed Butterworth, ELBS. 1987, p.83.p.s

Atiyah, An Introduetion to the Law of contract. 5 th ed clarendon pp65. 669. cheshire.

(1) انظر: في استعراض تفاصيل هذه القضية:

Branca V.cibarro (1947), K.B.854.

وفي خصوص الاتفاق المؤقت، حول تأجير منزل، انظر قضية:

Winn. V.Bull (1877) 7ch. D.29.

نقلاً عن: د. يزيد انيس نصير، التطابق بين القبول والأيجاب، المصدر السابق، ص94.

(2) انظر: د. هدى عبد الله، النظام القانوني للفترة السابقة على العقد، ج1، المصدر السابق، ص274، د. مصطفى محمد الجمال، السعي الى التعاقد، المصدر السابق ص314، وفي استعراض فكرة او نظرية (punctuation)، باعتبارها مصدراً لنشوء علاقة تعاقدية، تفرض التزاماً تعاقدياً بالتفاوض، انظر: د. محمد محمد ابو زيد، المفاوضات في الأطار التعاقدية، المصدر السابق، ص36.

(3) انظر: جورج فيرا سامي، القيمة القانونية لاتفاقات الأطر - عقود التبعية - مكتبة القانون الخاص، باريس، 1986، بند 119، ص89. مشار اليه من قبل: د. هدى عبد الله، النظام القانوني للفترة السابقة للتعاقد، ج2، المصدر السابق، ص69 - 70. ويُعد هذا الأساس (punktation)، (بالألمانية)، هو السائد في اغلب الأنظمة القانونية في الوقت الحالي، بما فيها النظام الجرمانى، على الأخص. للتفاصيل، انظر:

M. Ralphe LAKe, Letters of intent op, cit, p. 33.

(1) انظر: د. محمد ابراهيم دسوقي، الجوانب القانونية في ادارة المفاوضات، المصدر السابق، ص110، د. مصطفى محمد الجمال، السعي الى التعاقد، المصدر السابق، ص280، ومن الفقه الغربي المقارن، انظر:

ومن هنا فقد أظهر الواقع العملي الى حيز الوجود، قالباً تعاقدياً جديداً من الاتفاقات المنظمة للتعاقد التي تضع أطر عامة لغيرها من الاتفاقات التطبيقية الأخرى (الفردية، الجماعية) وتحدد الإسس التي بمقتضاها يتم بحث مدى الآثار (الالتزامات) الثابتة في المستندات والوثائق ماقبل التعاقدية التي تصدر خلالها. على نحو يكفل لاطرافه تحقيق معاملاتهم المتكررة على امتداد الزمن دون الحاجة الى الاتفاق مُقدماً على العناصر الجوهرية لكل من هذه المعاملات في التو واللحظة<sup>(1)</sup>. إن هذا القالب الاتفاقي هو ما يسميه الفقه القانوني بتسميات متعددة، لعل من أشهرها هو ما اصطلح عليه بالعقد الأطار بالنظر الى ان الغاية منه وضع إطار عقدي ملزم للمعاملات المستقبلية بين طرفيه التي يتفق على بعض المسائل فيها من خلال ما يتم تنظيمه من مستندات ووثائق تكرر وجود هذه الاتفاقات وتحدد الالتزامات التي يمكن ان تنشئ عنها<sup>(2)</sup>. هذا وقد ساهمت ظاهرة التركيز والنمطية التي ينحو اليها الإنتاج المعاصر في انشاء مستندات خلال اتفاقات الأطار بما تؤيدان اليه من كثرة العقود وتوحيد شروطها على نحو مكن من تضمين مستندات اتفاقات الأطار شروطاً وصيغاً عامة قابلة للتطبيق على المعاملات المستقبلية بين الأطراف، بصرف النظر عن اختلاف اجزاء عناصرها او اوقات تحقق شروطها<sup>(3)</sup>. ومن ذلك فقد أثير التساؤل عن مدى صلاحية الاتفاق المنظم للتعاقد وصوره المتعددة في اعتباره المناط الألزامي للمستندات والوثائق ماقبل التعاقدية بأشكالها المختلفة ايضاً. التي تنظم تجسيدا مادياً للاتفاقات الأطارية السابقة على التعاقد؟. لم تتوحد كلمة الفقه القانوني للأجابة عن التساؤل المطروح حيال ذلك وتعددت اراءه فيما يلي:

إذ يذهب الرأي الأول من الفقه القانوني<sup>(4)</sup>، وانطلاقاً من الهدف الذاتي الذي يسعى اليه منظمو مستندات الاتفاقات الأطارية، بانه مجرد تيسير ابرام وتنفيذ العقود المطبقة او المنفذة له عند الحاجة الى ابرامها، بوضع منوال لابرار كل منها يعين كيفية طلب السلعة او الخدمة وكيفية الرد على هذا الطلب وما قد يحتاجه كل منها من نماذج نمطية ترد عليها ووضع الشروط الحاكمة لتنفيذها كموايد التسليم ومكانه وكيفية الوفاء بالثمن والشروط المتعلقة بالمسؤولية عن العيوب، ونحوها. وليس من الأهداف الذاتية للاتفاق المنظم إلزام احد الطرفين او كليهما بالتعاقد او بابرار عقد تطبيقي، فيما إذا مارغب الطرف الآخر فيه وهو على أي حال لا يتضمن بالضرورة تحديداً كافياً لكافة العناصر الجوهرية للعقد التطبيقي الوارد مباشرة على السلعة او الخدمة، لصعوبة او استحالة هذا التحديد عند ابرامه<sup>(5)</sup>.

ومن ثم، فمستند اتفاق الأطار، ليس في ذاته مستند وعد بالتعاقد، وانما هو مستند اتفاقي متميز عنه في اهدافه، ومحتواه<sup>(6)</sup>. ومع ذلك يضيف هذا الرأي بالقول : ان ذلك لا يمنع بالطبع من ان يتضمن مستند الاتفاق المنظم للتعاقد (الاتفاق

-Mousseron (J.M) Technique contractuelle, N125, p.66. Schmidt (J) Negociation et conclulsion de contrats. Dalloz. 1982. N432.p.230.

(2) انظر: د. احمد شرف الدين، اصول الصياغة القانونية للعقود، المصدر السابق، بند 55، ص105، د. محسن شفيق، اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولي للبضائع .. ، المصدر السابق، بند 12، ص90. وفي مجال شيوع مستندات اتفاقات الأطار ومجالات استخدامها، انظر: د. سميحة القليوبي، تقييم شروط التعاقد والالتزام بالضمان، المصدر السابق، ص586، وانظر: في فكرة مجموعة العقود في مجال التعاقد من الباطن، في الفقه الغربي المقارن:

Teyssie, (B) Les groupes de contrats paris L.G.D.J, 1975. p.47.

(3) انظر: د. محمد محمد ابو زيد، المفاوضات في الأطار التعاقدية، المصدر السابق، ص23، هيلان عدنان محمد، الاتفاقات السابقة على التعاقد، المصدر السابق، ص90، وما بعدها، د. يزيد انيس نصير، مرحلة ماقبل التعاقد، ج2، المصدر السابق، ص59.

(4) انظر: د. مصطفى محمد الجمال، السعي الى التعاقد، المصدر السابق، ص281، د. هدى عبد الله، النظام القانوني للفترة .... ج2، العقد الأطار، المصدر السابق، ص72 – 73.

(1) انظر: في تزعّم هذا الرأي (موسيرون) :

Mausseron , Technique Contractuelle op. cit, N132 p.68.

وفي تأييد هذا الرأي ومناصريته، انظر: د. مصطفى محمد الجمال، السعي الى التعاقد ،المصدر السابق، ص283، د. يزيد انيس نصير، مرحلة ما قبل التعاقد، ج2، المصدر السابق، ص59 – 60.

(2) انظر: د. محمد ابراهيم دسوقي، الجوانب القانونية في ادارة المفاوضات، المصدر السابق، ص110، د. فيصل زكي عبد الواحد، المسؤولية المدنية في إطار الأسرة العقدية، دار الثقافة الجامعية، 1992، ص192.

(3) انظر: د. محمد محمد ابو زيد، المفاوضات في الأطار التعاقدية، المصدر السابق، ص26، هيلان عدنان احمد، الاتفاقات السابقة على التعاقد، المصدر السابق، ص92، وفي تأييد هذه الطبيعة الخاصة، لاتفاقات الأطار، وتمييزها من الأوضاع الأخرى، انظر:

الأطاري (العناصر الجوهرية للعقود التطبيقية المنفذة له؛ وهذا مايمكن ان يوجد في مستندات ووثائق اتفاقات التوزيع الحصري التي تلزم الموزع بتوفير إحتياجات التاجر، وتلزم التاجر بعدم التعامل مع غير الموزع المتعاقد معه، إذا ماتضمن المستند الاتفاقي مقدماً على كافة العناصر الجوهرية للعقود التطبيقية المقصودة وخصصها ثمن السلعة او مقابل الخدمة، بصفة عامة. وفي هذه الحالة يكون هناك مستند او وثيقة وعد بالتعاقد، منفرداً كان او متبادلاً، بحسب الأحوال<sup>(1)</sup>. ومع ذلك لكن هذا الوعد يظل متميزاً عن اتفاق الأطار، وبعبارة اخرى فالوعد بالتعاقد، في هذه الحالة يكون بمثابة اتفاق مُستقل يُضاف الى اتفاق الأطار دون ان يغيّر من حقيقته الذاتية<sup>(2)</sup>. فاذا تعلق الأمر باتفاق إطار يواجه عقود توريد فليس هناك من ضرورة لتحديد الثمن فيه، وليس هناك من ضرورة للاتفاق على التزام احد الطرفين او كليهما بابرار عقود التوريد إذا مارغب الآخر في ابرامها، لكن ليس هناك مايمنع من تحديد الثمن في الاتفاق المنظم للتعاقد وفي هذه الحالة لا تكون هناك صعوبة في القول بوجود وعد بالتعاقد من احد الطرفين او من كليهما مضاف الى الاتفاق المنظم للتعاقد (الاتفاق الإطاري) وينتهي هذا الرأي الى القول : ان مستند الاتفاق المنظم للتعاقد لا يكون ملزماً بذاته ان لم يكن مقترناً بالوعد بالتعاقد ويكون المناط الألزامي الذي يسبغ على ذلك المستند من خلال القوة الملزمة لهذا الأخير دون السابق عليه<sup>(3)</sup>.

فيما يعارض الرأي الثاني من الفقه القانوني - سابقه - ويذهب الى القول، بان مستندات قبل التعاقد في اشكالها المختلفة، تجد أساسها الاتفاقي الملزم باعتبارها اتفاقات إطارية تصدق عليها الصور المتعددة التي يمكن ان تأتي بها هذه الأخيرة<sup>(4)</sup>.

ومن ذلك فالاتفاق الجماعي الذي يعد الصورة الأولى من صور الاتفاقات المنظمة للتعاقد (الاتفاقات الأطارية) هو اتفاق يربط مجموعة من الأفراد بصفتهم الجماعية بفرد او مجموعة اخرى من الأفراد بصفتهم الجماعية. وهذا الأمر الذي يصدق ذاته بالنسبة لمستندات قبل التعاقد الثنائية او المتعددة الأطراف التي تجد لها تطبيقاً مُطرداً في عقود القانون الوطني، التي تشتمل على صفقات ضخمة، او عقود التجارة الدولية، بصفة عامة، لاسيما ذات الطابع الإداري منها مثل : ((عقود الكونسيتروم، عقود تسليم مفتاح، عقود البوت (BOT)، ((<sup>(5)</sup>.

أما الاتفاق الأطاري الفردي والذي يعد الصورة الأخرى من الاتفاقات المنظمة للتعاقد (الاتفاقات الأطارية السابقة على التعاقد)، فهو اتفاق يربط شخصاً طبيعياً او معنوياً بشخص اخر طبيعي او معنوي، وهو ما يصدق عليه الحال، ايضاً

Schmidt (j). Negociation et Conclusion de contrs, op, cit. N245, p229.

(4) انظر: د. مصطفى محمد جمال، السعي الى التعاقد، المصدر السابق، ص284، د. محمد محمد ابو زيد، المفاوضات في الأطار التعاقدية، المصدر السابق، ص27.

(2) وينتقد البعض من الفقه القانوني، اعتبار مستندات، اتفاق الأطار، نوعاً من الوعد بالتعاقد، لأن اعتبارها كذلك، يعني قيام عقود التطبيق، بمطلق إرادة الموعود له في حين ان قيامها، يتطلب موافقة الطرفين، فضلاً عن ان اتفاق الأطار، قد لا يتضمن اتفاق على جميع المسائل الجوهرية، في عقود التنفيذ، او ما يسمى بعقود التطبيق: انظر: د. محمد ابراهيم دسوقي، الجوانب القانونية في ادارة المفاوضات ...، المصدر السابق، ص109 - 110.

(3) انظر: د. مصطفى محمد جمال، السعي الى التعاقد، المصدر السابق، ص284، كذلك يرى البعض من الفقه القانوني، ان الأطراف، تدعم قوة الاتفاق المنظم للتعاقد (الاتفاق الأطار) من خلال صياغته، على شكل وعد بالتفضيل، للتفاصيل. انظر: د. محمد محمد ابو زيد، المفاوضات في الأطار التعاقدية، المصدر السابق، ص27، وهو ما يعبر عنه البعض من الفقه القانوني المقارن: ((بطريقة الألزام غير المباشرة))، انظر: في ذلك:

Mousseron et suebe, op, cit, p.92.

(4) انظر: لهذا الرأي وتزعمه:

Andre Viriceli Le droit des de linformatioque. N118, p79.

وفي تأييده انظر:

Schmidt (j) op, cit, p. 240, N450.

وفي عرض هذه الآراء وتأييدها، انظر: د. هدى عبد الله، النظام القانوني للفترة ....، ج2، العقد الأطار، المصدر السابق، ص83 - 84.

(5) انظر: د. هاني صلاح سري الدين، المفاوضات في العقود التجارية الدولية، المصدر السابق، ص99، د. محسن شفيق، اتفاقية الأمم المتحدة، المصدر السابق، بند 13، ص10 - 11.

بالنسبة لمستندات الخطابات أو الاتفاقات الفردية أو الثنائية. مثل: ((اتفاقات الأمتياز، اتفاقات الترخيص (الفرانشيز (franchise)) (1).

وإما بصدد، الصعوبة التي واجهت انصار هذا الرأي وهي اصطدام القوة الملزمة لمستندات الاتفاقات الأطارية، لاسيما الجماعية منها بالقاعدة العامة التي توجب نسبية اثار العقود على اطرافها دون غيرهم (2). فيجب مؤيدوا هذا الرأي، بانه لا صعوبة في تطبيق هذه القاعدة على مستندات اتفاقات الأطار، كلما كان أطراف العقود المطبقة أو المنفذة له هم ذاتهم اطراف اتفاق الأطار. وفي هذه الحالة يكون اتفاق الأطار والمستند الذي يتضمه قاصراً على تنظيم العلاقة بين طرفيه ولا تثار صعوبة في خضوع العقود التطبيقية التي تبرم بينهما، فيما بعد لاحكامه (3).

لكن الأمر لا يجري في معظم الأحيان على هذا النحو، ففي مستندات الاتفاقات الجماعية قد يختلف طرفا اتفاق الأطار عن طرفي العقود التطبيقية وقد يكون احد الطرفين طرفاً في هذه العقود، بينما يكون طرفها الآخر اجنبياً عنها، وفي العقود الفردية، الأصل ان يكون اطراف اتفاق الأطار هم اطراف العقود التطبيقية - وكما اسلف - وبين اجنبي عنه، وفي الحالتين تبدد الصعوبة في اخضاع مستندات قبل التعاقد التي تجسد العقود التطبيقية في أساسها الملزم لنظرية الاتفاق الأطاري في ظل مبدأ نسبية اثار العقود، اذ يرى البعض من الفقه القانوني (4): انه يكفي للتغلب على هذه الصعوبة الالتجاء الى فكرة النيابة من قبل احد طرفي اتفاق الأطار عن الطرف المقابل لثمة في العقود التطبيقية كلما امكن استظهار هذه النيابة، فيما يرى البعض الآخر (5): انه يكفي في التغلب عليها الالتجاء الى فكرة اشتراط طرف في مستند الاتفاق الأطاري لمصلحة الغير الطرف في العقود التطبيقية.

لكن أياً من هذه الآليات، قد لا تقدم حلاً شاملاً لمختلف الفروض. فقد لا تتوفر شروط النيابة وقد يتعلق الأمر بالالتزام وليس بحق، لاتجدي في الزام اطراف العقود التطبيقية به فكرة الاشتراط التي يقتصر اثرها على الحقوق دون الالتزامات، ولذلك يرى البعض من الفقه القانوني المقارن - وهو الراجح - بحق، انه لامناص من التسليم بان انطباق اتفاقات الأطار والتزاماتها القانونية الثابتة في مستندات قبل التعاقد، التي تتضمن عقوداً مبرمة بين غير اطرافها، يؤدّل احد مظاهر الخروج على مبدأ نسبية اثار العقود، ينظم الى مظاهره الأخرى في التطور القانوني المعاصر (6). وقد يكون المغزى الحقيقي لهذا التطور بتطبيقاته المختلفة هو أن القانون المعاصر يتجه الى التخلي عن المعيار التقليدي لتحديد اطراف الاتفاق أو العقد

(1) انظر: في عرض هذه الصورة من الاتفاقات الأطارية، د. مصطفى محمد الجمال السعي الى التعاقد، المصدر السابق، ص288، د. محمد حسام محمود لطفي، مدى أحقية متلقي الأمتياز التجاري في التعويض عن عدم تجديد عقده، بحث منشور في مجلة المحاماة، العددان السابع والثامن، سبتمبر، اكتوبر، سنة 1991، ص113، ومن الفقه الغربي المقارن، انظر: جورج فيراسامي، عقود التبعية، المصدر السابق، بند 120، ص93.

(2) انظر: د. عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط، ج1، المصدر السابق، ص595، د. عبد الحكيم فودة، النسبية والغيرية في القانون المدني، دراسة عملية على ضوء الفقه وقضاء النقض، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية - مصر، 1996، ص33.

(3) انظر: د. هدى عبد الله، النظام القانوني للفترة ...، المصدر السابق، ص91، د. مصطفى محمد الجمال، السعي الى التعاقد، المصدر السابق، ص290 - 291، ومن ذلك يذهب البعض من الفقه القانوني المقارن، الى القول: ((وإذا كان للأطراف الحرية، في ابرام عقد التطبيق، او عدم ابرامه، إلا انهم اذا ما ابرموا، فانهم ملتزمون بمراعاة الشروط الواردة بمستندات اتفاقات الأطار، إذ ليس لهم ان يتنازعا حول هذه الشروط اثناء تفاوضهم على ابرام عقود التطبيق (اللاحقة)). للتفاصيل، انظر:

Andre Viricil: Le droit ..... p, cit, N1186p.79.

مشار اليه عند: د. محمد محمد ابو زيد، المفاوضات في الأطار التعاقدية، المصدر السابق، ص28.

(4) انظر: في هذا الرأي، بولود ديليان، والأن فرونزانو، عقد الأطار فيما وراء التناقضات، المجلة الفصلية للقانون التجاري، 1996، ص179، مشار اليه: د. محمد عبد الظاهر حسين، مشكلة تحديد الأثمان ...، المصدر السابق، ص99، وهو الرأي، الذي ايده - كذلك - جورج فيراسامي، عقود التبعية، المصدر السابق، بند 120، ص91.

(5) لاسيما، فيما يتعلق، بعنصر الثمن، بالنسبة للعقود التطبيقية، في تعزيز هذا الرأي، انظر ماليري، واينس، العقود الخاصة، 1988، بند 203، ص128، مشار اليها في: د. احمد الزقرد، اسس تقدير الثمن ...، المصدر السابق، ص913.

(6) وهو خروج استثنائي ينظم الى بعض المظاهر الأخرى في ذلك مثل: (شروط القصر - التوزيع المتكامل - التموين الحصري) وغيرها مما أفرزته ظاهرة التتابع في تكوين العقود و ابرامها، انظر: في ذلك. د. مصطفى محمد الجمال، السعي الى التعاقد، المصدر السابق، ص219، د. احمد الزقرد، اسس تقدير الثمن ...، المصدر السابق، ص917. د. سميحة القليوبي، تقييم شروط التعاقد ...، المصدر السابق، بند 127، ص193.

و، القائمة على التعبير عن ارادة الالتزام به لصالح معيار اخر ذي طابع اقتصادي يعتمد على المصلحة التي يسعى العقد الى توفيرها لشخص او اشخاص اخرين بصرف النظر عن اشتراكه او اشتراكهم في ابرامه وبالتالي الألتزام قانوناً به<sup>(1)</sup>.

فيما جاء الرأي الثالث، من الفقه القانوني (والذي نؤيده) توفيقاً بالقول: ان اتفاق الأطراف، قد لا يتضمن بالضرورة وبحسب هدفه الذاتي التزاماً بالتعاقد يقع على احد طرفيه او عليهما معاً، إذا مارغب الآخر فيه، ولكنه يمكن ان يتضمن مثل هذا الألتزام أيضاً<sup>(2)</sup>. ولذلك فانه يتعين التمييز بين فرضين، الفرض الأول: وهو الفرض الذي قد لا يتضمن فيه الاتفاق المنظم للتعاقد – من خلال صياغاته القانونية – التزاماً بالتعاقد يقع على اطرافه احدهما او كلاهما او جميعهم، وفي هذا الفرض يكون الألتزام القانوني، بمقتضى مستندات قبل التعاقد متروكاً لحرية الطرفين ويكون تحديد العناصر الجوهرية لهذه العقود متروكاً لحيثهما بالمثل، على نحو لا يلزم مع تحديد هذه العناصر والألتزام بها إلا عند ابرام كل من هذه العقود وبمناسبة ابرامه<sup>(3)</sup>.

الفرض الثاني: وهو الفرض الذي يتضمن فيه اتفاق الأطراف – من خلال صياغته القانونية – أيضاً، التزاماً بالتعاقد واقعاً على احد اطرافه او كلاهما او جميعهم<sup>(4)</sup>. وفي هذا الفرض لا تكون هناك صعوبة في القول بوجود وعد بالتعاقد من جانب من يكون هذا الألتزام واقعاً عليه، كلما كانت كافة العناصر الجوهرية للعقود المنشودة (للعقود التطبيقية والتنفيذية). معينة او على الأقل قابلة للتعين، ولكن الصعوبة تظهر كلما خلا مستند الاتفاق المنظم للتعاقد من احد هذه العناصر الجوهرية، كعنصر الثمن مثلاً، وذلك ان الوعد بالتعاقد لا يكون غير ملزم فحسب، بل يكون باطلاً في هذه الحالة كذلك، ويترتب على بطلانه، علاوة على ذلك بطلان اتفاق الأطراف ذاته وانعدام قوته الملزمة كلما تبين ان الألتزام بالتعاقد كان هو الدافع الباعث الطرف الدائن في الألتزام الى ابرام اتفاق الأطراف والألتزام القانوني به<sup>(5)</sup>.

(1) وهو معيار اقتصادي فرضته اليات التعاقد المتبعة حديثاً التي يتعذر على جميع الأطراف الاشتراك فيها عن طريق مباشر، او انها تتمكن من ذلك، ولكنها تفضل، وفقاً لما تقضي بها مصالحها الارتباط التعاقد غير المباشر، من خلال التوسل بمن يمثلها في ذلك، كوسيلة لابرار اكبر قدر من الصفقات التجارية في ان واحد. للتفاصيل. انظر: د. محمد السعيد رشدي، التعاقد بوسائل الاتصال الحديثة ...، المصدر السابق، ص 21. او كوسيلة من وسائل فرص التعاقد التي يلتزم بها الأطراف العاقدة والأطراف في الأثر، على حد سواء، كما هو شأن: مفاوضات العمل الجماعي والاتفاقات الأدبية في الأوساط المهنية من خلال المنظمات، للتفاصيل. انظر: د. مصطفى محمد جمال، السعي الى التعاقد، المصدر السابق، ص 373، د. محمد نصر الدين منصور، المفاوضات الجماعية، المصدر السابق، ص 1993.

(2) انظر: في تزعم هذا الرأي: الفقيه الفرنسي شيمديت.

=Schmidt. (j). Negociation et conclusion de contrats, op, cit. N432. p. 230.

(3) وهو في هذه الحالة، كما يراه البعض من الفقه القانوني، لا يعود ان يكون إلا عقد مفاوضة، (اتفاق مبدئي) حول ابرام عقد لاحق، لم تتحدد بعد، شروطه وعناصره الأساسية او الثانوية، للتفاصيل، انظر: د. محمد محمد ابو زيد المفاوضات في الأطراف التعاقدية، المصدر السابق، ص 258، د. جمال فاخر النكاس، العقود والاتفاقيات الممهدة للتعاقد ..، المصدر السابق، ص 157.

وهو ما يؤيده البعض من الفقه الغربي المقارن: انظر:

F.Laberthe, op, cit. p. 138.

وهو الذي يرى، بوجود عقد اطارى عام، وان انتقص لبعض عناصر التنفيذ، كذلك في اعتبار الاتفاق المبدئي، (اتفاقات المبادئ)، نوعاً من الاتفاقيات اطارية انظر:

Najjar, Laccoard de Principe, op, cit, p66.

(4) انظر: د. محمد محمد ابو زيد، المفاوضات في الأطراف التعاقدية، المصدر السابق، ص 26، د. احمد شرف الدين، اصول الصياغة القانونية للعقود، المصدر السابق، ص 84، ومن الفقه الغربي المقارن، انظر:

Mousseron. Technique contractuelle N132.p.68.

(5) انظر: في ذلك، جستان في:

Ghestin: Droit civil . Le Contract. P. 532.

=نقلاً عن: د. يزيد انيس نصير، مرحلة ما قبل التعاقد، ج 2، المصدر السابق، ص 59. وفي هذه الحالة، لن يكون السبب، (الباعث الدافع لاطراف التعاقد) موحداً، وهو ابرام العقد النهائي، للتفاصيل. انظر: د. محمد يحيى المحاسنة، مدى كفاية نظام مشروعية العقد في القانون المقارن، المصدر السابق، ص 193، هيلان عدنان محمد، الاتفاقات السابقة على التعاقد، المصدر السابق، ص 41.

وتلك نتيجة من شأنها ان تعوق اتفاقات الأطار عن اداء وظيفتها في تنظيم التعامل بين اطرافه في الحياة الاقتصادية المعاصرة وكفالة ثبوت عنصر الألزام القانوني للاوضاع المادية (المستندات) التي تكون مؤشراً على ذلك، على نحو وجه جهود الفقه والقضاء الى محاولة صياغة الأدوات الفنية اللازمة لتفاديها.

وإذا كان الاتفاق المنظم للتعاقد (اتفاق الأطار) بحد ذاته، لم يجد له تنظيمًا معمول به في النصوص القانونية التي تنظم المعاملات المدنية والتجارية على السواء. وهو الأمر المسلم به من قبل المشرعين باعتبار الاتفاق المظم للتعاقد (الاتفاقات الأطارية) عقدًا صحيحاً وملزماً يُعدّ خروجاً عن المبدأ العام في اركان العقود وشرائطها لجهالة محالها لجهالة مانعة من تعيينه (فاحشة) (1)، فان القضاء المقارن عموماً، والفرنسي منه على وجه الخصوص – وعلى الرغم – مما اصدره من بعض الأحكام القضائية في البداية الأولى لظهور نظرية الاتفاق الأطار في التعامل التي قررت بطلان هذا النوع من الاتفاقات المرحلية وانعدام الأثر الملزم لها (2). فان اقصية قراراته الأخرى، لاسيما تلك التي صدرت في شأن مستندات الاتفاقات التمهيدية في العقود الطويلة الأجل او الزمنية والتي تنطبق عليها اثار عقد البيع كاتفاقات التوزيع الحصري او اتفاقات الامتياز التجاري مع شرط القصر، قد انتهت الى تقرير مناطها الألزامي باعتبارها اتفاقات اطارية منظمة للتعاقد المستقبلي وضمان تنفيذه (3). ومن ذلك ما قضت به محكمة النقض الفرنسية في احد قراراتها، الذي جاء في حيثياته : (... ان ماتضمنته الوثيقة التعاقدية التي تُعدّ جزءاً من الاتفاق التنظيمي العام الذي يحكم علاقة المنتج بالموزعين والتجار من شروط وموجبات ثم الاتفاق عليها في التعاملات السابقة التي كانت قد جرت بينهم وتنفيذها وفقاً لذلك، باستثناء موجباتهم المتعلقة بالكمية المطلوبة من الإنتاج والسعر المقرر لكل دفعة توريد انتاجية يتم الانتهاء منها ويلقي على عاتق الموزع موجب توريدها، فانها تكون محلاً للتقدير حسب ما هو سائر في التعامل الجاري ....، فان مانتهت اليه محكمة الموضوع من الزامية هذه الوثيقة بالشروط والموجبات المنصوص عليها في الاتفاق المسبق - الاتفاق المنظم للتعاقد - لا يُعدّ خروجاً من اجتهادها عما هو مُقرر قانوناً) (4).

كما يُعدّ القضاء الألماني من الاقصية الأخرى التي تمسكت بالزامية المستندات والوثائق التي تصدر في خصوص الاتفاقات الأطارية العامة التي تسبق العقود التطبيقية النهائية مستفاداً هذا القضاء (الألماني) من نصوص مواد قانونه المدني

(1) انظر: في استعراض، ونقد موقف التشريعات المدنية المقارنة، من أساس الألتزام بمقتضى فكرة الاتفاق الأطاري، د. هدى عبد الله، النظام القانوني للفترة السابقة ...، ج2، العقد الأطار، المصدر السابق، ص341 – 342.

(2) انظر: احكام الدوائر المجتمعة، لمحكمة النقض الفرنسية، اذ رفضت فكرة الألتزام القانوني بمقتضى مجموعة العقود المجتمعة، (الاتفاق الأطاري).

12. Juillet 1991 – D. 1991.J.P. 549. obs Ghestin.-

T.D.Civ – 1991 – p. 750. Ni1. obs. Jourdin.-

T.D.Civ – 1992 – P. 90. No 10. obs. Mestre.-

مشار الى هذه الأحكام، واحكام اخرى في : د. محمد محمد ابو زيد، المفاوضات في الأطار التعاقدى، المصدر السابق، ص26، هيلان عدنان محمد، الاتفاقات السابقة على التعاقد، المصدر السابق، ص92.

(3) ولذا فلا تتطلب المحكمة، لصحة عقد الأطار، والزامه، ان يكون متضمناً لاسس تحديد الثمن في عقود التطبيق. للتفاصيل. انظر: في ذلك :

Malaurie (ph) et Aynes (L). Droit – Les obligation ed – 1992 – cujas. No. 353. p193.

(4) نقض تجاري فرنسي 21 / 7 / 1992، دالوز سيرى، 1993، رقم 35 – أ، ص251، مشار اليه في: د. مصطفى محمد الجمال، السعي الى التعاقد، المصدر السابق، ص298، انظر: كذلك في بعض الأحكام، حول التسليم بفكرة الألتزام، بمقتضى مجموعة العقود في مجال التعاقد من الباطن :

Cass – 8 – 3 – 1988. J.C.P – 1988 – 2 – 2107 obs. Jourdain.

T.D.Civ – 1988 .p. 741 obs. Mestre.

J.C.P. 1988 . P74.

مُشار إليها في: د. محمد محمد ابو زيد، المفاوضات في الأطار التعاقدى، المصدر السابق، ص25.

المادة (315) و(316) والتي تتضمن اسساً واسعة لتقدير الثمن، لاسيما في اتفاقات الامتيازات التجارية، سواء اقترنت بشرط القصر اولم تقترن به، ومن ذلك ما قضت به محكمة العدل الفدرالية في قرار لها حكم فيه بالقيمة التعاقدية الملزمة لوثيقة اتفاقية تضمنت التزام مشروع التوليد الكهربائي ومشروع توزيع الكهرباء للمستهلكين الذين ارتبطا بعقد تمويل كهربائي على ان الثمن في هذا العقد قبل تنفيذه سوف يتم وفق نسبة معينة من عقود الأستهلاك التي سيبرمها المشروع الأخير مباشرة مع المستهلكين طبقاً لفاتورة الكهرباء ولا يحق للمشروع الأول المطالبة باكثر من هذه النسبة الثابتة في الوثيقة التعاقدية السابقة على عقد التمويل<sup>(1)</sup>. وقريب من هذا الشأن نرى انه لمن المناسب ان نستعرض ما قضت به محكمة النقض المصرية في احد قراراتها الذي جاء في حيثياته : (( .... إذا كانت المحكمة قد تبينت من اقوال طرفي الخصومة ومناقشتها بالجلسة ومن مختلف المستندات والفواتير والدفاتر المقدمة، ان التعامل بين الطرفين قد جرى عن طريق البيع على الوجه (البيع بالكونترات) وانه قد جرى كذلك بأطراد على قاعدة الفواتير المفتوحة ((أي تسليم البضاعة مع التراخي في دفع الثمن)) وان الصفقة محل النزاع أدرجت ضمن ماتم بينهما من معاملات سابقة على أساس هذه الطريقة وانه لم يحصل باتفاق خاص على استثناء هذه الصفقة من ذلك الطريق (الكونتر) او تلك القاعدة (الفواتير المفتوحة)، فلا مخالفة لذلك في القانون، إذا هي اجرت على الصفقة المذكورة حكم ما اتفق عيه الطرفان في الاتفاق المسبق العام، فلا عليها اذاً إن هي اطرحت العرف التجاري اخذاً، بالاتفاق المذكور))<sup>(2)</sup>. ومن جانبي أ نا أؤيد نظرية الاتفاق الأطاري (المنظم للتعاقد) السابق على التعاقد وأراها الأرجح من بين النظريات الاتفاقية المرحلية الأخرى التي سيقى للتأسيس للأزمية المستندات الموقعة في المرحلة ما قبل العقدية لاسيما عندما تتضمن الصياغات القانونية للاتفاق المنظم للتعاقد على ما يوجب الالتزام بمستنداته التي تصدر تجسيدا للعقود المطبقة او المنفذة له.

خصوصاً بعد ان إتضح جلياً، ان مجال هذه الأخيرة هو المجال التعاقدى ذات الحزمة العقدية المركبة والتي غالباً ما تسبقها اتفاقات تفاوضية عامة منظمة لها تتفق الأطراف الساعية الى التعاقد عليها خلال مرحلة التفاوض، دون حاجة الى بحثها مرة اخرى او التساوم والمناقشة عليها من جديد في العلاقات التعاقدية المقبلة.

(1) انظر: قرار المحكمة الفيدرالية الألمانية في، 2 أكتوبر، 1991، منشور في :

L.ex prience Allemand – RIDC – 1997 – Not. 178 – et 179 – p. 175.

مشار اليه عند : د. احمد الزقرد، اسس تقدير الثمن ...، المصدر السابق، ص921.

(2) انظر: نقض مدني مصري في 4/ 12/ 1947، مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة النقض، ج1، رقم 147، ص369، وقريب من ذلك. انظر أيضاً : نقض مدني مصري في 27/ 6/ 1957، احكام النقض، رقم 17، س8، ص226.

## المبحث الثاني

### الأساس القانوني للصياغة القانونية للقوة الملزمة لمستندات قبل التعاقد

أوهنت الانتقادات العديدة التي وُجّهت لنظريات الأساس التعاقدية، لاسيما التقليدية منها بفكرة هذا الأساس ككل، وتجاوزت معارضة انصار مبدأ سلطان الإرادة الى نظرياته الحديثة، إذ تشكل فكرة الالتزام القانوني بالتعاقد قبل لحظة الأيجاب البات (الملزم) وفقاً لانصار المبدأ الأخير قيداً على سلطان حرية الإرادة التعاقدية وتقويضاً للمبدأ الذي بنيت عليه، وهو الاعتراف بحرية الإرادة في المساحة الزمنية التي تسبق لحظة إبرام العقد وانتفاء عنصر الالتزام القانوني لقهرها على السعي الى التعاقد دون طواعيه وإختيار، وبخلافه لن تكون هذه الإرادة سليمة من الناحية القانونية من العيوب التي تنخر فيها<sup>(1)</sup>. إلا انه اجابة عن التساؤل المطروح حول السند القانوني الذي تثبت بمقتضاه القوة الملزمة لمستندات قبل التعاقد وتقديراً لهوة فكرة التعاقد الواسعة، اتجه الجانب الآخر من الفقه القانوني متمسكاً بالقواعد العامة في القانون التي تؤسس فكرة الالتزام الذي ير دُعلى ما ينشئ من تصرفات ووقائع (حسب تكييف النظام القانوني الذي يحكمها) التي تقع في المرحلة السابقة على التعاقد، الى فكرة الجزاء المدني التي تنهض عند الأضرار بالأخرين وتوجب المسؤولية التقصيرية على مرتكب الفعل الضار وعلى وفق هذا الأساس طوّع بعض الفقه القانوني نظرية العمل غير المشروع كأساس ملزم للمستندات الموقعة والوثائق الصادرة في مرحلة ما قبل التعاقد<sup>(2)</sup>.

فيما وجد البعض الآخر من الفقه القانوني الذي يساير سابقه في الاستناد الى الأساس القانوني لتحديد القوة الملزمة، لما يصدره احد المتعاقدين او كلاهما من تجسيدات مادية (مستندات، ووثائق) في فترة ما قبل إبرام العقد من نظرية الإرادة المنفردة وتطبيقاتها، سنداً قانونياً اخرأ يمكن التأسيس للقوة الملزمة لتلك المستندات والوثائق التعاقدية بالاستناد عليه<sup>(3)</sup>. ومع وجهة حجج هاتين النظريتين ورجاحتها ومالقيها من تأييد فقهي وسند تشريعي والتزام قضائي، إلا ان محاولات الأخذ بها في ظل التطور القانوني الذي ألم بالجوانب القانونية المختلفة للمرحلة السابقة على التعاقد، قد انبرى عن صعوبات جمّة في ذلك، كان من دواعيه ظهور نظريات تأصيلية حديثة ساهمت على قدم وساق وعلى قدر امكانيتها في التذليل من بعض تلك الصعوبات. وهو ما كان سبباً للنعي على النظريات الأولى بالتقليدية.

فما لبثت حادثة الفكر القانوني، مواكبة لعوامل التحول التي طرأت على النظام القانوني للعقود، من نظام العقود البسيطة الأنية الأنعقاد الى نظام العقود المركبة المعلوماتية والفنية، ان تطرح. في محاولات الأولى، نظرية مبدأ - حسن النيةما قبل التعاقد - في تكوين العقود، كمبدأ قانوني عام ينجر من مرحلة تنفيذ العقود الى مرحلة تكوينها، وبمقتضاه يلتزم الموقع على الوثيقة او المستند ما قبل التعاقد بمضمون محرره وعدم الأخلال به<sup>(4)</sup>.

(1) انظر: في هذا المعنى، جان سرنا - رفض التعاقد - مكتبة القانون الخاص، باريس 1965، ص158 وما بعدها، جورج ليبير، القاعدة الخلقية، المصدر السابق، ص127، وقريب من ذلك. انظر: د. صلاح الدين زكي، تكوين الروابط العقدية فيما بين الغائبين، المصدر السابق، الفقرة 54، ص88.

(2) انظر: الأستاذ. فايز الحاج شاهين، النظام القانوني للفترة السابقة على التعاقد، المصدر السابق، ص114، د. جميل الشرقاوي، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة - مصر، 1995، ص477، وما بعدها، د. عبد الودود يحيى، الموجز في النظرية العامة للالتزامات، القسم الأول، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة - مصر، سنة (1994م)، ص232، د. عبد الفتاح عبد الباقي، مصادر الالتزام في قانون التجارة الكويتي، ج1، نظرية العقد، المصدر السابق، ص287.

(3) انظر: د. وليم سليمان قلادة، التعبير عن الإرادة في القانون المدني المصري، ط2، المطبعة التجارية الحديثة، القاهرة - مصر، (1955م)، فقرة 3، ص69.

Worms La volonté unilatérale comme source de obligations, These. Paris, 1891. P.165 , ets-

AUBERT , op. cit, p.108.-

(4) انظر: د. هاني صلاح سري الدين، المفاوضات في العقود التجارية الدولية ..، المصدر السابق، ص112 - 113، د. نزيه الصادق المهدي، الالتزام قبل التعاقد بالأدلاء بالبيانات، المصدر السابق، ص62، د. محمود الكيلاني، عقود التجارة الدولية في مجال نقل التكنولوجيا، مجموعة الرسائل العلمية، (1988م)، ص121، د. محمد محمد ابو زيد المفاوضات في الأطار التعاقدية، المصدر السابق، ص77، د. جميل الشرقاوي، النظرية العامة للالتزام، ج1، المصدر السابق، رقم (33)، ص135، ومن الفقه الغربي المؤيد انظر:

وان تعول في محاولتها الأخرى (نظرية الصياغة القانونية) على فحوى عبارات والفاظ مضمون المستندات والوثائق ما قبل التعاقدية التي صيغت بأعلى مستوى من الوضوح للتدليل بالزاميتها التعاقدية أو العكس، كأساس قانوني – يضفي القوة الملزمة أو يسلبها بالنسبة لها، في مرحلة ما قبل إبرام العقد النهائي<sup>(1)</sup>.  
وعليه، نفرد المطلب الأول لبحث نظريتي العمل غير المشروع ((المسؤولية التقصيرية)) ونظرية الإرادة المنفردة (التعهد) اللتان اقتصر انصارهما فيهما على تطويع محدد ومقتضب لأصل نظريات موعلة في القدم، عرضها الرعيل الأول من الفقه القانوني وعالجتها التشريعات المدنية، كمصادر عامة للالتزامات، فيما يكون المطلب الثاني مجال بحث نظريات الاتجاه الحديث التي تبنتها الاتجاهات الفقهية في وقتنا الحاضر بتأييد من القضاء وتعزيز من بعض القوانين المدنية المقارنة.

## الفرع الأول نظرية العمل غير المشروع

لم تكن المنادة بنظرية العمل غير المشروع ((المسؤولية التقصيرية)) عموماً، وفي مجال المرحلة السابقة على التعاقد على وجه الخصوص، من جانب بعض الفقه القانوني التقليدي بدافع إيجاد أساس قانوني لتبرير القيمة القانونية الملزمة لمستندات هذه المرحلة، بقدر ما كانت تأكيداً على نفي الصفة التعاقدية عن ما يتبادل الأطراف من خطابات وما يبرمونه من اتفاقات سابقة على العقد النهائي المنشود<sup>(2)</sup>. بل إن هذه النظرية ذاتها قد أوجدها رجالات من الفقه القانوني الذين تشيعوا لمبدأ سلطان الإرادة وحريتها كتبرير لقولهم بتقرير المسؤولية التقصيرية، كجزء يفرضه القانون عند الأخلاخل بالالتزامات التي تنشئ قبل إبرام التعاقد النهائي وتجسدها الصياغات القانونية للمستندات والوثائق التي تتضمنها<sup>(3)</sup>.

F.Dpoitral, La responsubi – iteen cas de repture de Negocional/R.BN.534 – Janvier 1993. p76.

(1) فقد عرض لها الفقه القانوني المقارن، في ثنايا المؤلفات العامة، انظر: في هذا الشأن:

J.Ghestin, Traite de Droit civil – La formation du contract – 3em ed 1994 . p364 – N406. Terre Simler et Lequette Droit civile, Les obligations. 5cm. Ed/1993/p. 95, N 52. Jchmidt droidt droit des contrats/ 5 cm ed (1980), p. 147. ets.

ومن الفقه الأنجليزي المؤيد، انظر:

p. Bonassies. Formation of contract – New – yourk – 1968/V1/485.-

Brown, The contract to Negotiate. Athing write in water? Journal of Business, Law. (1992) lp. 354.-

مشار إليه في: د. حسام الدين الأهواني، النظرية العامة للالتزامات، المصدر السابق، بند 51، ص 67، د. أحمد الزقرد، نحو نظرية عامة لصياغة العقود، المصدر السابق، ص 178، د. أحمد شرف الدين، أصول الصياغة القانونية للعقود، المصدر السابق، ص 59، د. صالح بن عبد الله، المبادئ القانونية في صياغة عقود...، المصدر السابق، ص 74 – 75.

(2) وهذه هي النتيجة الطبيعية، لما أورده الفقه التقليدي من القول، بأن المرحلة السابقة على التعاقد، بما تتضمنه من أصول تفاوضية، ومستندات مثبتة للنوايا التعاقدية، ماهي إلا وقائع مادية، لا يترتب عليها، أي اثر قانوني، للتفاصيل. انظر: د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط، ج1، المصدر السابق، فقرة (100)، ص 221، د. اسماعيل غانم، النظرية العامة للالتزام، المصدر السابق، فقرة، 93، ص 105، د. عبد المجيد الحكيم، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، المصدر السابق، فقرة، 58، ص 106.

(3) انظر: د. حسام الدين الأهواني، النظرية العامة للالتزامات، ج 1، مصادر الالتزام، المصدر السابق، ص 77، فايز الحاج شاهين، المسؤولية الناشئة عن قطع المحادثات، المصدر السابق، ص 19، وفي عرض بعض آراء الفقه القانوني الغربي المقارن وتأييدها. انظر: د. محمد محمد أبو زيد، المفاوضات في الإطار التعاقد، المصدر السابق، ص 5، د. محمد عبد الظاهر حسين، الجوانب القانونية للمرحلة السابقة للتعاقد، المصدر السابق، ص 92، د. محمد حسام محمود لطفي، المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض، المصدر السابق، ص 76.

فوفقاً لهذه النظرية، ان قطع المفاوضات او العدول عنها لا يترتب في ذاته مسؤولية من قام بقطعها او العدول عنها، إلا اذا كان ذلك دون مسوغ مشروع. ففي هذه الحالة يصبح مصدرراً للمسؤولية على أساس العمل غير المشروع إذا اقترن بالعدول او لحقه خطأ او اساءة .. أي إذا اقترن الخطأ بالعدول في الوقت ذاته<sup>(1)</sup>. ومن ذلك أيضاً قطع المفاوضات والأخلال بالالتزام الثابت في مستنداتها بينهما بعد الأتتراب من العقد النهائي او بعد تحديد ميعاد للتوقيع على ذلك العقد، او لحق الخطأ العدول عن التفاوض بما في ذلك، التشهير او الأساءة الى المتفاوض او اقتضاء اسرار<sup>(2)</sup>.

كذلك يعدّ عملاً غير مشروع – وفقاً لهذه النظرية – الخطابات التي يصدرها احد الأطراف الساعية الى التعاقد الى الآخر متضمنة بيانات غير صحيحة توهم الطرف الآخر وتغريه على الدخول في التفاوض او توقيع المستندات الصادرة اثناءه، وبالتالي تكتسب مستندات اتفاقات التفاوض وخطاباته القوة الملزمة في ظل الجزاء المدني العام عند استجماع أركان<sup>(3)</sup>.

فمجرد العدول او التشهير او الأساءة وهي (صور الخطأ) لا تكفي لنهوض هذا الجزاء، مالم تكتمل الأركان الأخرى لئمن ضرر يُلحق بالطرف الآخر وعلاقة سببية تربط بين ماصدر من المخطئ، وبين الضرر الناجم من خطئه ، ووجه الضرر في العدول عن التفاوض، قد يكون تكبد الطرف المقابل نفقات وتكاليف انفقها هذا الأخير او قد يكون ضياع فرصة على الطرف الآخر في إبرام العقد، ويمكن طلب التعويض عن ضياع الفرصة وإن لم تكن مؤكدة الوقوع<sup>(4)</sup>. ولا يشترط لقيام المسؤولية عن العدول في التفاوض او الأخلال بوثائقه التعاقدية ثبوت قصد العادل في الأضرار بالطرف الآخر ((المتفاوض)) بل يكفي ان يقتدر العدول او يلحق به خطأ او تقصير او اساءة او تشهير<sup>(5)</sup>.

أما علاقة السببية، فتقتضي ان يكون خطأ مَصْرُ الخطاب او موقع المستند ماقبل التعاقد، سبباً اورث الطرف الآخر مالحقته من اضرار مادية او معنوية، وبعبارة أخرى ان تكون خسارة احد المتفاوضيين او فوات كسبفاتجاً عن الطرف الآخر المقابل له<sup>(6)</sup>. وهذا ولم يقف انصار هذه النظرية عند ماتمسكوا به من القواعد العامة في القانون، بل عززوا أساس نظريتهم بماورد فيه من نصوص قانونية خاصة ايضاً، ففي الوقت الذي يذهب فيه انصار هذه النظرية الى ان مرحلة ماقبل التعاقد بما تتضمنه من اتفاقات وخطابات تجسدها المستندات الثابتة فيها، ماهي إلا وقائع مادية يُكفّ إلا خلال بها بانه خطأ

(1) انظر: د. عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط، ج1، بند (100)، ص207، سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، المصدر السابق، ص174، د. عبد المنعم بدر اوي النظرية العامة للالتزامات، المصدر السابق، ص186، د. جلال العدوي، =الموجز في مصادر الالتزام، المصدر السابق، ص84، د. ابراهيم دسوقي ابو الليل، نظرية الالتزام، المصدر السابق، ص105، د. حمدي عبد الرحمن، مصادر الالتزام، المصدر السابق، ص189.

(2) انظر: د. محمد ابراهيم دسوقي، الجوانب القانونية في ادارة المفاوضات، ابرام العقود، المصدر السابق، ص16.

(3) انظر: في ذلك تفصيلاً J.schmidt، في المسؤولية عن الخطأ أساس الالتزام في المرحلة السابقة على التعاقد، المجلة الفصلية للقانون المدني، (1974)، ص46، وخاصة ص51، كذلك. انظر: F.D.Poitrima، في المسؤولية عن قطع المفاوضات، مجلة البنوك، ع 534 – يناير، (1993م)، نقلاً عن: د. احمد الزقرد، نحو نظرية عامة لصياغة العقود، المصدر السابق، ص265.

(4) انظر: د. صبري حمد خاطر، قطع المفاوضات العقدية، المصدر السابق، ص132، د. مجيد حميد العنكي، مبادئ المسؤولية التقصيرية في القانون الأنجلزي، ج1، صورة الأخطاء المدنية، مجلة بيت الحكمة، دراسات قانونية، العدد الأول، 2002، ص112، وفي شأن الضرر ماقبل التعاقد، وتعويضه، انظر: د. سعدون العامري، تعويض الضرر في المسؤولية التقصيرية، مركز البحوث القانونية، وزارة العدل، بغداد، 1981، ص13، د. عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام ، المصدر السابق، ص569، د. سعد حسين الحلوسي، التفاوض في العقود، المصدر السابق، ص51 – 52، وفي شأن التعويض، عن تقويت الفرصة، انظر: د. حسن علي الذنون، المبسوط في المسؤولية المدنية، ج1، المصدر السابق، ص164، د. ابراهيم دسوقي ابو الليل، ((تعويض تقويت الفرصة))، القسم الأول، بحث منشور في مجلة الحقوق، الكويت، العدد الثالث، السنة الثانية والعشرون، 1992، ص85.

(5) انظر: د. صبري حمد خاطر، قطع المفاوضات العقدية، المصدر السابق، ص124، د. محمود جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية المدنية، المصدر السابق، ص142، د. سليمان مرقس، مصادر الالتزام، ج2، المسؤولية المدنية، ص92، المصدر السابق، بخلاف ذلك الفقه والقضاء الفرنسي. انظر:

-Civ – 1 – 30 et. 1972. Bull – III. N491. p.359.

(6) انظر: د. محمد عبد الظاهر حسين، الجوانب القانونية للمرحلة السابقة على التعاقد، المصدر السابق، ص772، د. نزيه محمد الصادق المهدي، الالتزام قبل التعاقد بالادلاء بالبيانات، المصدر السابق، ص320.

تقصري لا عقدي، مفاده الأخلاخل بالواجب العام بعدم الأضرار بالأخرين<sup>(1)</sup>. فان قولهم هذا يتفق والنصوص القانونية التي استبعت الصفة التعاقدية عن الخطأ الذي يصدر من الأطراف في فترة مرحلة ما قبل التعاقد واقتصر عليه في مرحلة ابرام العقد<sup>(2)</sup>.

فيلاحظ في نصوص القانون المدني العراقي على وجه الخصوص، ان الخطأ إذا حدث نتيجة نقض الأيجاب الملزم، فانه يعتبر بمثابة خطأ عقدي<sup>(3)</sup>.

اما نقض الأيجاب القائم، فلا كيف بأنه خطأ مالم يقترب به تعسف اوساء وبذلك يكون خطأ تقصرياً<sup>(4)</sup>. اما القانون المدني الفرنسي ولريادة فقهاه بالمناداة بهذه النظرية، فقد اصفى وصف الخطأ التقصري على كل اخلاخل يسبق اقتران الأيجاب بالقبول، وبعبارة اخرى ان هذا القانون يعتبر نقض الأيجاب الملزم خطأ تقصرياً ايضاً، وهذا مانصت عليه المادة(1382) منه على : ((واذا ان الأيجاب مادام غير كاف بالزام من اصدرة، فانه بصورة عامة يكن نقضه مادام لم يتم قبوله بصورة نافذة)). ولا الحكم كذلك كثيراً في نص المادة (1382) من ذات القانون التي تنص : ((إذا كان التراجع عن الأيجاب ممكناً، مادام لم يقبل، فانه مع ذلك يبقى قائماً إذا التزم الموجب بعدم التراجع عنه خلال مدة معينة)). إذ يورد بعض الفقه الفرنسي وقضائه، تعليقاً على نصوص هذه المواد<sup>(5)</sup> بالقول : ((بيد ان التزام الموجب في هذا النص، لم يُفسر على انه يصبح طرفاً في رابطة التزام وانما يقصد به ان الموجب إذا سحب الأيجاب في ظروف معينة تترتب عليه نتائج قانونية معينة مثل سحب الأيجاب بعد قيام المفاوضات بغية قطعها، فهو في ذلك الوقت، يُعد خطأ تترتب عليه تطبيق احكام المسؤولية (( التقصيرية))<sup>(6)</sup>. وإذا وصلنا الى المجال العملي لهذه النظرية، نجد ان القضاء كان معيناً وفيراً لاحكام

(1) انظر: د. مصطفى العوجي، القانون المدني، ج 1، العقد، تعليقه على المادة (256) موجبات لبناني، المصدر السابق، ص166، الأستاذ. فايز الحاج شاهين، المسؤولية السابقة للتعاقد، الناشئة عن قطع المحادثات، المصدر السابق، ص13 – 14، وفي مبنى المسؤولية من عدم الجدية في التفاوض، او الأخلاخل بمستنداتها، او قطعها دون مبرر مشروع. انظر:

Joanna Schmidt. La snuction de La ets. Precontract. Precontractuelle in RTDC. 1974. p.46. ets. Precontract.-

R. salirlilis. Dela responsabilite precontractuelle in, R.T.D.C., 1907, p697.ets. -

(2) مع استثناء المرحلة الممهدة للتعاقد، ومستنداتها، فان النصوص القانونية، تعالجها، ضمن مراحل انعقاد العقد، لتعلقها بالعقد النهائي المنشود، انظر: د. احمد الزقرد، نحو نظرية عامة .. المصدر السابق، ص279، د. احمد شرف الدين، اصول الصياغة القانونية للعقود، المصدر السابق، ص92.

(3) انظر: د. صبري حمد خاطر، قطع المفاوضات العقدية، المصدر السابق، ص128، فريد فتیان، مصادر الألتزام، شرح مقارن على النصوص، المصدر السابق، ص42. د. حسن الخطيب، نطاق المسؤولية المدنية، المصدر السابق، ص341.

(4) إذ نصت المادة (84) من القانون المدني العراقي على ان : ((إذا حدد الموجب ميعاداً للقبول، التزم بايجابه، الى ان ينقضي هذا الميعاد)). انظر: في التعليق على نص هذه المادة، د. محمود سعد الدين شريف، شرح القانون المدني العراقي، المصدر السابق، ص154 – 155، وفي القانون المدني العراقي ايضاً عالج المشرع حالات الرجوع عن الأيجاب القائم، فالمادة (82) من قانوننا نصت، على انه :((المتعاقدان بالخيار، الى اخر المجلس فلو رجع الموجب بعد الأيجاب وقبل القبول او صدر من احد المتعاقدين قول او فعل يدل على الأعراض، يبطل الأيجاب ولا عبرة بالقبول الواقع بعد ذلك .))، وظاهر، هذه النصوص، إن الموجب يتمتع بالحرية الكاملة، في التراجع عن الأيجاب، مادام يصدر دون تحديد مدة له، ومادام القبول، لم يصدر بعد. ومع ذلك يرى البعض، ان الأمر، ليس كذلك، فالتراجع عن الأيجاب، يؤدي الى بطلانه، على وفق احكام القانون فلا يمكن ابرام عقد إذا تراجع الموجب عما صدر عنه من الأرادة، بيد انه ذلك، لا يمنع من تكييف سلوك الموجب، على انه خطأ، إذا كان التراجع عن الأيجاب، يخل بالتزامه الثابت في المستند ما قبل التعاقد بالاستمرار في المفاوضات، هذا الألتزام الذي يجد مصدره في الثقة المشروعة في التعاقد، للتفاصيل. انظر: د. صبري حمد خاطر، =قطع المفاوضات العقدية، المصدر السابق، ص131، سليمان براك دايج، المفاوضات العقدية، المصدر السابق، ص97، فريد فتیان، مصادر الألتزام، المصدر السابق، ص44، محمد صديق محمد عبد الله، مجلس العقد، المصدر السابق، ص14.

(5) انظر: نصوص المواد (1382) – (1383) من القانون المدني الفرنسي الصادر، (1804). ويعزو بعض الفقه القانوني، بان التفسير الواسع، لنصوص القانون المدني الفرنسي، من قبل الفقه والقضاء، هو عدم وجود نصوص، خاصة بالأيجاب. والقبول، تقضي بشروط تطابقهما، او اقترانهما،=إذ ان ماهو مطلوب، لابرام العقد، هو وجود اتفاق، بين الطرفين، بمقتضى المادة (1101) من القانون المدني الفرنسي، والتي نصها بالفرنسية كالآتي:

((Art: 1101 (Le contra test une convention par laquelle une on plusieurs personnes sobligent, envers une on plusieurs personnes sobligent, envers une ou plusieurs autres, adonner, affaire on ane pas faire quelque chise)) GRipert et.J Boulanger. Op, cit, 1957, p. 134.

نقلاً عن: د. يزيد انيس نصير، التطابق بين القبول والأيجاب، المصدر السابق، ص95.

(6) انظر: في التعليق على نصوص هذه المواد فقهاً وقضاً:

رسخت جذورها، حتى وصفت بانها نظرية قضائية الأصل، سجلت محكمة النقض الفرنسية من خلال قرارها قصب السبق فيها وسارت على حذوها قرارات واحكام المحاكم الأخرى<sup>(1)</sup>. ومن ذلك ما حصل في قضية عرضت امام القضاء الفرنسي، فاعتبرت محكمة النقض الفرنسية بقرارها الصادر في 1998 / 1 / 6 : ((.... ان ايهام بائعي عقار بان بإمكان المشتري دفع الثمن من خلال خطابات تعهدية موقعة من الشاري كاتماً عنهم اثناء المفاوضات السريعة التي تمت معهم على شراء العقار بمبلغ تسعين مليون فرنك فرنسي، بانه بحاجة للاستدانة او لتوفير ضمانه مصرفية وكان قد طلب منهم عدم تأجير طابق بكامله للغير، ومن ثم امتناعه عن التعاقد بحجة عدم توفر المال لديه يشكل خطأ متصلاً سببياً بالأضرار التي لحقت بالمفاوضين الآخرين، أي البائعين المحتملين وهذا الخطأ يترتب مسؤولية تقصيرية عليه نتيجة للكتمان الخادع واعطاء معلومات خاطئة. وبالتالي صدقت محكمة التمييز قرار محكمة الاستئناف الذي الزمه بدفع مبلغ نصف مليون فرنك فرنسي، كتعويض عن الأضرار التي لحقت بالمفاوضين الآخرين))<sup>(2)</sup>.

كذلك قضت محكمة النقض المصرية في المنحى ذاته في عدة احكام قضائية كان من بينها، ما اصدرته هذه المحكمة من قرار في 1968 / 3 / 28 في قضية هيئة البترول وشركة الملاحة، ومما جاء في حيثيات قرارها : ((.... ان استخلاص الحكم باسباب سائغة، بان المكاتبات المتبادلة بين هيئة البترول وشركة الملاحة لاتعدو ان تكون مرحلة تمهيد لعقد بحري وان تصرفات سكرتير عام الهيئة التي تقتضيها عملية التعاقد، تعد انحرافاً عن السلوك المألوف في الظروف التي صدرت فيها، ومن ثم تعد خطأ تقصيرياً، لأن عدم انعقاد العقد لا اثر له في قيام المسؤولية ..))<sup>(3)</sup>. ومع كل ما حظيت به هذه النظرية من تأييد من الفقه والقضاء التقليدي إذ أن الأخذ بها من المبادئ العادلة، لانها تكفل في تعويض المضرور من قطع المفاوضات او العدول عنها، إذ اقترن بالعدول خطأ او إساءة او تشهير وتنتفي بانتفاء هذه الأوصاف. وتضفي قيمة قانونية ملزمة لاتفاقات التفاوض وخطاباته<sup>(4)</sup>.

Flour (j) et Aabert, (J.L) Les obligations, Paris 1975. P. 106, Bull. Eiv. III. P209, Demolombe, op, cit, p229.

مشار اليه: د. محمد حسام محمود لطفي، المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض، المصدر السابق، ص118، د. مصطفى العوجي، القانون المدني، ج1، العقد، المصدر السابق، ص244، وفي القضاء. انظر: قرار محكمة كولمر:

Colmar 4 Fev. 1936. D.H. 1936, p. 187.

مشار اليه عند: د. صبري حمد خاطر، قطع المفاوضات العقدية، المصدر السابق، ص128، سليمان براك دايع، المفاوضات العقدية، المصدر السابق، ص92.

(1) فمعيار أساس الألتزام، بمقتضى وثائق ومستندات الفترة ما قبل التعاقدية، في نظر المحاكم الفرنسية، اما مخالفة الألتزام القانوني الوارد فيها، دون مبرر، مما يشكل خطأ تقصيرياً، واما قطع المفاوضات، التي التزم الطرفان، بمقتضى مستندات الأستمرار فيها، دون سبب، او بصورة مفاجئة، مما يشكل أيضاً خطأ تقصيرياً، للتفاصيل. انظر:

Cass. Com22 fevrier 1994 J.C.P, 1994.IV.1123. et, RTDC.1994.850.obs mestre.-

= Cass. Civ I, ch. Janvier 1998. J.C.P. 1998. II 10066. Note Bertrand Fages.-

(2) وانظر كذلك

cass . Civ. 3 oct. 1972. BII. N. 491. -

=C. Appel Bordeaux. 24 Juin. 1997. eite dans La note Fages sous Larret Precesent Jurisdatu N042515.-

نقلاً عن: د. مصطفى العوجي، القانون المدني، ج1، العقد، ص245.

(3) انظر: نقض مدني مصري، 1968 / 3 / 28، احكام النقض، س7، رقم 19، ص642، ومن الأحكام القضائية الأخرى الصادرة من محكمة النقض المصرية في الشأن ذاته، انظر نقض مدني مصري في 1939 / 1 / 15، الطعن رقم 57، سنة 8ق، نقض مدني مصري في 1966 / 1 / 27، مجموعة احكام النقض، س17، رقم 24، ص182، نقض مدني مصري في 1967 / 2 / 29، مج احكام النقض، س18، رقم 52، ص334، نقض مدني مصري في 19 من يناير، سنة، 1950، مجموعة المكتب الفني، س24، رقم 56، ص203.

(4) إذ يكمن أساس الألتزام القانوني، بمقتضى هذه النظرية، من وجهة نظر بعض الفقه القانوني، في انها ترتد في الحقيقة الى ترداد الواجب العام في التزام الحيطة والحذر في السلوك . للتفاصيل. انظر: د. ابراهيم نجار، اتفاق المبدأ، المصدر السابق، ص220 – 221، د. نبيل ابراهيم سعد، خطابات النوايا الصادرة من الغير ..، المصدر السابق، ص151، وما بعدها. وقد تأكد هذا المبدأ، في بعض احكام التحكيم التجاري الدولي، ومن ذلك الحكم الصادر في قضية:

A.G.&, AItre V.The Government Qatar

إلا ان العدول في ذاته او مخالفة الالتزام الثابت في وثائق ومستندات قبل التعاقد لا يترتب أي مسؤولية على العادل او المخالف من دون خطأ يصدر من احدهما ويبقى الطرف الآخر (المتفاوض) عارياً عن الحماية ولاقيمة قانونية ملزمة لما يحتج به من وثائق مثبتة لتقدم خطوات مفاوضات ومناقشة من التزامات خلالها، بالرغم من انه قد تكبد مصروفات وبذل الجهد طوال فترة المفاوضات<sup>(1)</sup>. فصحيح ان المفاوضات ومستنداتها، لا ترقى بقيمتها القانونية الملزمة الى مرتبة الأيجاب الذي يوحي هذا الأخير الى الطرف الآخر بابرام العقد، وبذا لا ضرر لو عدل عنها المتفاوض الآخر، لكن الضرر من العدول عن التفاوض في ذاته ، يبدو واضحاً إذا كانت الأخيرة شاقة او معقدة، وقُعت خلالها العديد من المستندات والمحركات المثبتة لاتفاقات تعاقدية ثنائية او متعددة الأطراف او كانت تأخذ شكل الخطابات الفردية التي يصدرها احد الأطراف الساعية الى التعاقد الى الآخر وامتدت زمناً طويلاً ترتبت بمناسبتها العديد من الالتزامات المختلفة (الأيجابية او السلبية) أساسها ما قرب التوصل منها الى ابرام العقد النهائي، ثم يفاجأ بان المتفاوض الآخر قد عدل عنها وترفض دعوى المضرور بالتعويض، مادام ان العدول لم يقترب او يلحقه خطأ او اساءة<sup>(2)</sup>.

فالمسؤولية التقصيرية لا تنطبق على العدول في ذاته، بل على ما يصاحبه او يلحق به من خطأ وبالتالي يجد الطرف المضرور ان ما يحتج به من مستندات ووثائق تعاقدية وان كانت موقعة من الطرف المخل، لقيمة قانونية ملزمة لها<sup>(3)</sup>.

## الفرع الثاني نظرية الإرادة المنفردة

اتجهت طائفة أخرى من الفقه القانوني التقليدي، من اللذين انتصروا لنظرية الإرادة المنفردة وقرروا بقدرتها على انشاء الالتزامات الى تأسيس عنصر الالتزام القانوني الذي تتضمنه الصياغات القانونية للخطابات والاتفاقات الثابتة في المستندات والوثائق السابقة على العقد النهائي على أساس نظرية التعهد بالإرادة المنفردة<sup>(4)</sup>.

=إذ اكدت هيئة التحكيم: على ان رفض الاقتراحات المثبتة، في المستندات الأولية، والاقتراحات المقدمة من المدعي، وقطع المفاوضات، من قبل المدعي عليه، لا يعدّ خطأ مستوجباً للمسؤولية، يلتزم الأخير بها طالما ان هذا العدول، او الرفض، كان مبرراً، طبقاً للمبادئ العامة في العمل التجاري الدولي. هذا الحكم منشور في :

=15. year Book of Commercial Arbitration. (1990). P.38

(1) انظر: د. احمد الزقرد، نحو نظرية عامة لصياغة العقود، المصدر السابق، ص268، د. محمد حسام محمود لطفي، المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض، المصدر السابق، ص65، د. محمد ابو زيد، المفاوضات في الإطار التعاقدية، المصدر السابق، ص79، د. حسام الدين الأهواني، المفاوضات في المرحلة السابقة على التعاقد ومراحل اعداد العقد الدولي، المصدر السابق، ص10.

(2) انظر: د. محمد ابراهيم دسوقي، الجوانب القانونية في دارة المفاوضات، المصدر السابق، ص16، إذ يرى البعض من الفقه القانوني، ان أساس الالتزام، يعود في مراحل ما قبل التعاقد، الى فكرة الالتزام القانوني العام، مثل واجب الالتزام بالقواعد العامة العادلة في التعاون في التفاوض، للتفاصيل. انظر: د. محمد حسام محمود لطفي، المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض، المصدر السابق، ص76، د. حسام الدين الأهواني، المفاوضات في المرحلة السابقة للتعاقد، المصدر السابق، ص12.

(3) انظر: د. هاني صلاح سري الدين، المفاوضات في العقود التجارية الدولية ...، المصدر السابق، ص102، د. محمد حسين عبد العال، ضوابط الاحتجاج والمستندات العقدية، المصدر السابق، ص215، د. محمد حسام محمود لطفي، المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض، المصدر السابق، ص78.

(4) وفي أساس القوة الملزمة للمستندات الاعلانية وفق هذه النظرية، انظر: د. حسام الدين الأهواني، المفاوضات في الفترة ما قبل التعاقدية، المصدر السابق، ص16.

وقد تزعم هذه الطائفة، الفقيه الفرنسي (ورمز- worms). إذ يرى ان المفاوض يمكن ان يلتزم بالمفاوضات إذا ما أعلن عن إرادته المنفردة في ذلك تعهداً بصورة مادية واضحة<sup>(1)</sup>. وقد استمد نظريته هذه من القانون الروماني، إذ كانت من الأصول التعاقدية في ظل هذا القانون حالات يلتزم فيها الشخص بمجرد الإعلان عن إرادته، دونما حاجة لقبول شخص آخر<sup>(2)</sup>. ومن ثم يرى ان المفاوض يلزم بالمفاوضة إذا ما أعلن عن الأيجاب ويلتزم بعدم الرجوع عنه ويبرر هذا الفقيه كثيراً من الألتزامات بمقتضى ذلك، كالتزام سكك الحديد بنقل المسافرين وفق شروط البطاقة واستمرارها على هذه الشروط في مواجهة كل من يقبل النقل وكذلك مسؤولية صاحب الفندق الذي يصدر دعوات تعاقدية او يعلق ملصقات اعلانية عن رفضه التعاقد مع المسافرين<sup>(3)</sup>.

ولما كانت مرحلة ما قبل التعاقد عموماً، ومرحلة الدعوة الى التفاوض ومرحلة المفاوضات على وجه الخصوص، تزخر بالتعهدات والخطابات التي يصدرها احد الأطراف الى الآخر في إطار سعيهم الجاد نحو التعاقد، فقد استند انصار هذه النظرية الى فكرة التعهد بالأرادة المنفردة، كأساس قانوني يرجع اليه في تأصيل عنصر الإلزام الذي تنطاط به الصياغة القانونية لمستندات ووثائق المرحلة السابقة على التعاقد<sup>(4)</sup>. وقد عزز انصار هذه النظرية الأساس القانوني الذي استندوا عليه، من خلال جملة من الحجج الواقعية والقانونية<sup>(5)</sup>.

py(m)Droit du Tourisme : 13m ed 1893, preface. J. Boulouis. Op, cit. p. 252.-

كذلك راجع ملاحظات F.Labarthe على :

com. 17 Juin 1897/Jcp 1897: / 17/ (1756) - .

ورسالتها انفة الذكر، ط1، J.G.D.L / بند 138، ص154.

وتعليق A. planquel على:

Civ.2avril, 1879.G.p. 1880/1/p.213

نقلاً عن: د. احمد الزقرد، نحو نظرية لصياغة العقود، المصدر السابق، ص217، وفي الإشارة الى هذه المصادر والمصادر الفرنسية الأخرى، انظر: كذلك، د. حسام الدين الأهواني، المفاوضات في الفترة ما قبل التعاقدية، المصدر السابق، ص19، د. مصطفى محمد الجمال السعي الى التعاقد، المصدر السابق، ص73، د. سليمان مرقس، نظرية العقد، 1956، ص109، د. صبري حمد خاطر، قطع المفاوضات العقدية، المصدر السابق، ص126.

(1) وفي تفسير القوة، الملزمة للتعبيرات التعاقدية والأيجاب انظر:

WORMS. La Volonte unilaterale Comme Souvce de obligations. These. Paris. 1891. p. 165. ets. AUBERT, op, cit, p. 108.

نقلاً عن: د. صبري حمد خاطر، قطع المفاوضات العقدية، المصدر السابق، ص125، سليمان براك دايج، المفاوضات العقدية، المصدر السابق، ص46.

(2) إذ كانت الألتزامات الكتابية، في العهد الروماني القديم، ومن خلال كتابه مخصوصة من الملتمزم، تنشئ بذمته التزاماً للغير، وكان يطلق على هذه الكتابية المنشئة للالتزام ((ثبت المطلوبات)). للتفاصيل، انظر: د. عبد العزيز فهمي، مدونة جوستينيان في الفقه الروماني، الطبعة الأولى، دار الكتاب العربي، القاهرة - مصر، 1946، ص224.

(3) انظر: د. احمد الزقرد، نحو نظرية عامة لصياغة العقود، المصدر السابق، ص207، جاك غستان، المطول في القانون المدني، تكوين العقد، ج1، المصدر السابق، ص415.

(4) انظر: د. امية علوان، ملاحظات حول القانون الواجب التطبيق، المصدر السابق، ص15، د. هاني صلاح سري الدين، المفاوضات في العقود التجارية الدولية، المصدر السابق، ص100.

(5) إذ انتصر لهذه النظرية من الفقه الفرنسي والألماني التقليدي على حد سواء انظر: ديموج، الألتزامات، ج1، فقرة 18، ص32، سالي، الألتزامات، فقرة 138، ص216، ورمز (worms) رسالة من باريس سنة (1891)، ص602، جيهير (Guilhaire) رسالة من رن سنة (1901)، ص87، إلياس (Elias) رسالة من باريس، (1909)، فقرة 17، ص52، تالاندييه (Tallandier) رسالة من تالوز، سنة (1912)، ص97، كولد برج (coldberg) رسالة من ناسني سنة (1913)، ص118، مارسكو (maresco) رسالة من باريس، سنة (1951)، ص72، اشار الى هذه المصادر في الألتزامات القانونية، التي تستند الى الأرادة المنفردة، د. عبد الرزاق احمد السنهاوري، الوسيط، ج1، مج2، ص114، ولنفس المؤلف، نظرية العقد، فقرة 180، ص185، وفي قدرة هذه النظرية في التأسيس للالتزامات ما قبل التعاقدية وانتقادها، إذ اشار الى بعض المصادر القانونية والأحكام القضائية، انظر: الأستاذ. فايز الحاج شاهين، المسؤولية ما قبل التعاقدية، المصدر السابق، ص35.

فمن الحجج الواقعية التي قالوا بها، هي طبيعة مرحلة ما قبل التعاقد والفترة التعاقدية التي قد تتضمنها قبل إبرام وتوقيع العقد النهائي، كفترة الدعوة الى التعاقد ((العرض)) اوفترة المفاوضات التي تزخر بمستندات ووثائق استقلت بها إرادة احد الأطراف تنظيمياً وصدرتها الى ارادة الطرف المقابل الآخر للتيقن من مدى جدية هذه الأخيرة على الاقتران بها وان كان للارادة الأولى (المصدرة للخطاب) مجرد بصيص أمل في اقناعها على التعاقد، فانها لاتستطيع التملص من التزامها حتى يتبين موقف الإرادة المقابلة لها<sup>(1)</sup>.

اذ ان الموقف الذي تثبت عليه الإرادة الأولى والموقف الذي تفصح عنه الإرادة المقابلة لها، هو الموقف المادي المتعلق بالمفاوضات، ولا يقصد منه موقف هذه الإرادات ذاته من العقد النهائي المنشود، إذ يبقى لهذه الإرادات - في الحالة الأخيرة - الحرية الكاملة في تقرير موقفها من العقد النهائي بناءً على ماتم تسجيله والتوصل اليه من المفاوضات ومستنداتها، وحسب مصلحة كل منها من هذه الأخير<sup>(2)</sup>. اما الحجة الثانية، التي تنتمي الى الحال الواقعي، فهي مستمدة مما تزخر به مرحلة ما قبل التعاقد لاسيما في العروض والمفاوضات التي يفصل بين اطرافها بعد جغرافي كبير، من مستندات ورسائل تمهيدية ترسلها ارادة احادية الى اخرى متكبدة نفقات وتكاليف ايصالها الى من يقابلها، فان الإرادة المصدرة لهذه الوثائق سوف تكون ملزمة بتبيان ومناقشة ما ارسلته من توصيات وتعهدات (حسب الصياغة القانونية لعبارة الخطاب المرسل) وأساس التزامها بذلك هو تصرفها القانوني الأنفرادي<sup>(3)</sup>. في حين كانت الحجة القانونية التي استندت عليها هذه النظرية، قد بُنيت على الطبيعة القانونية لبعض اشكال وصور مستندات قبل التعاقد التي سلّمت بعض التشريعات المدنية بقوتها الملزمة على هذا الأساس، كما هو الحال في (مستندات العروض وخطابات النوايا والتعهدات الشرفية والاتفاقات التفاوضية) في بعض القوانين المقارنة مثل : (القانون السويسري، القانون الفرنسي، القانون النمساوي، القانون الأمريكي)<sup>(4)</sup>.

كذلك يعزز انصار هذه النظرية مذهبوا اليه بحجة قانونية اخرى مفادها ان الخطابات الصادرة، في مرحلة ما قبل التعاقد، أياً كانت صورها (خطابات او اتفاقات) تجسدها مستندات موقع عليها ووثائق مكتوبة، تكون موقعة من احد الأطراف او ممهورة بتوقيع كل منهما كما انها أيضاً تكون مقترنه باجل محدد تنتهي بحلوله المفاوضات ويدخل الطرفان

(1) انظر: د. عبد الرزاق احمد السنهاوري، ج1، الوسيط، المصدر السابق، ص1449، د. وليم سليمان قلادة، التعبير عن الإرادة في القانون المدني، المصدر السابق، ف53، ص167.

(2) انظر: د. مصطفى محمد الجمال، السعي الى التعاقد، المصدر السابق، ص414، د. رجب كريم عبد اللاه، التفاوض على العقد، المصدر السابق، ص211، د. مصطفى العوجي، القانون المدني، ج1، العقد، المصدر السابق، ص166، سليمان براك دايع، المفاوضات العقدية، المصدر السابق، ص47.

(3) انظر: د. جمال فاخر النكاس، العقود والاتفاقيات الممهدة للتعاقد ..، المصدر السابق، ص164، د. احمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، مفاوضاته وازمته، المصدر السابق، ص218، ومن الفقه الغربي المقارن، انظر:

M. fontaine, op. cit, p. 46.-

نقلاً عن د. احمد شرف الدين، اصول الصياغة القانونية للعقود، المصدر السابق، ص72.

F. Labethei, op, cit. p.141, Lake. R& Dreatta, p.353 – 354.-

فيما يعارض الفقيه، SALEILLES، اعتبار الإرادة المنفردة، أساس القوة الملزمة، في مرحلة ما قبل التعاقد وهو على حد قوله: ((لكان معنى ذلك، ان نأخذ باليسار، مامنحاه باليمين، وفي هذا انتهاك للتقاليد التجارية، والأمان والعدالة في مجال التجارة)). انظر.

saleilles, Dela responsabilit, op. cit. p. p.742 – 743.-

(4)

Burry Nicholas: French Law of contract. P. 63 – 65. Batterworth London, 1982. – p. Bengel traite de - obligations en droit saisse: 1973. p

وفي استعراض موقف هذه القوانين ونصوصها انظر:

د. احمد شرف الدين، اصول الصياغة القانونية للعقود، المصدر السابق، ص89، د. صالح بن عبد الله، المبادئ القانونية في صياغة...، المصدر السابق، ص84 – 85.

الى ساحة التعاقد مما يعني بالمحصلة ان الشروط العامة لنظرية الأرادة المنفردة قد وجدت في هذه المستندات وبالتالي سوف تكون الأولى أساساً قانونياً ملزماً لها<sup>(1)</sup>.

وعلى صعيد التشريع لم تحض هذه النظرية في اطار مرحلة ما قبل التعاقد بنصيب من النصوص القانونية، سوى في تطبيق وحيد ورد في نصوص التشريعات المدنية وهو تطبيق الأيجاب الملزم<sup>(2)</sup>. بل وان حتى النصوص القانونية في هذه التشريعات التي تناولت بالنص على هذا الأيجاب الملزم، لم تنص بصريح العبارة على ان أساس القوة الملزمة له، يجدها في نظرية الأرادة المنفردة، بل فتح هذا التطبيق باب الجدل بين مشارب الفقه القانوني والقضاء المدني حول سنده التشريعي<sup>(3)</sup>.

فمن رأي أول<sup>(4)</sup> في الفقه القانوني، قد ذهب ان أساس التزام الموجب بعدم عدوله عن ايجابه ان حدد بمدة معينة، يرجع الى فكرة الاتفاق الضمني الذي ابرمه الموجب مع الموجب له، فيما ذهب الرأي الثاني<sup>(5)</sup> الى القول : بأن أساس التزام الموجب، هو المسؤولية التقصيرية ويتمثل الخطأ - كما ذكرنا سابقاً - وفق هذا الرأي في واقعة الأيجاب ذاتها على اعتبار ان

(1) انظر : مجموعة التقارير التي قدمها الفقهاء من فرنسا وسويسرا في مؤتمر جمعية اصداقاء هنري كابيتان، بعنوان حماية المستهلك، يوميات كندا، 1973، ص19، وما بعدها.

Worms, op. cit, p. 165. 179.

نقلاً عن: د. محمد حسين عبد العال، ضوابط الأحتجاج والمستندات العقدية، المصدر السابق، ص52. وقد انفرد المشروع الفرنسي الإيطالي، بعقد فصل خاص للأرادة المنفردة، باعتبارها مصدراً عاماً للالتزام، ففرض في المادة (60) منه، بان الأرادة المنفردة، إذا كانت مكتوبة، واقتربت بأجل محدد، تلزم صاحبها، بمجرد وصولها الى علم من توجهت اليه ولم يرفضها، وتنطبق على الأرادة المنفردة، القواعد التي تنطبق على العقد، عدا القواعد المتعلقة بضرورة توافق الأرادتين، لانشاء الألتزامات، للتفاصيل. انظر: د. عبد الرزاق احمد السنهاوري، الوسيط ج2، هامش (2)، ص1451، وكان المشروع التمهيدي للقانون المدني المصري، ينص في المادة (228) منه على ما يأتي: ((إذا كان الوعد الصادر من جانب واحد مكتوباً، وكان لمدة معينة، فإن هذا الوعد يلزم صاحبه من الوقت الذي يصل فيه، الى علم، من وجه اليه، مادام هذا لم يرفضه)). للتفاصيل: انظر: مجموعة الأعمال التحضيرية من القانون المدني المصري (2)، هامش (1)، ص383، انظر: ايضاً في هذا المعنى: نصوص القوانين، المادة (184) من قانوننا المدني العراقي، المادة (165) مدني لبناني، المادة (148) موجبات وعقود لبناني.

(2) انظر: نصوص المواد القانونية، ومنها، المادة (84) من قانوننا المدني العراقي، المادة (93) مدني مصري، المادة (41/2) مدني كويتي، المادة (33) مجلة الألتزامات والعقود التونسية، المادة (29) من قانون الألتزامات والعقود المغربي، المادة (94) من القانون المدني السوري، المادة (283) من القانون المدني الأردني، ومن القوانين العربية المقارنة انظر: المواد (147) و (148) من التشريع المدني الألماني، المادة (154) من القانون المدني البرتغالي، المادة (2/5) من المشروع الفرنسي الإيطالي، اما الأيجاب بصورته العامة فيندرج في الرأي الراجح، ضمن مرحلة ما قبل التعاقد، (مرحلة تكوين العقد) وهو ما قال عنه بلانيول وبولانجييه: (هو المشروع الذي يوجهه احد الأشخاص الى اخر للتعاقد بشروط معينة). انظر: بلانيول وبولانجييه، ج2، المصدر السابق، ف328، ص354، د. احمد حشمت ابو سنيت، نظرية الألتزام، المصدر السابق، ص78، اما اقحامنا لمستندات الأيجاب الملزم ضمن اطار مستندات قبل التعاقد، فكان لما املتته الضرورة العملية لها وشيوع تضمينها لوصاف قانونية مختلفة (كالاجل - العناصر الجوهرية) او ما فرضته طبيعة التعامل، كما (هو الحال في بعض البيوع الدولية). للتفاصيل. انظر: د. محمود سمير الشرفاوي، العقود التجارية الدولية المصدر السابق، ص93، د. عبد السلام التونجي، التعاقد بين الغائبين، المصدر السابق، ص163، د. احمد الزقرد، البيع الدولي للبضائع في اتفاقية فينا، محاضرة للطلاب المتدربين بالدورات التدريبية، بكلية الحقوق، جامعة الكويت، 1995، ص15، اما القوانين التي نصت الى لزوم الأيجاب الصادر بالمراسلة، بلا تحديد اجل، انا يبقى ملزماً الى الوقت المناسب، او وصول الجواب في مثل ذلك عادة، ومن هذه القوانين، القانون المدني المصري، (م2/93)، القانون المدني السوري (م2/94)، القانون المدني الليبي (م2/93)، القانون التونسي (المادة34)، القانون اللبناني - موجبات وعقود (م3/79)، القانون المدني التركي (م5/251)، القانون المدني الروسي (م132)، القانون المدني البرازيلي (م2/1081)، القانون المدني الصيني (م127)، القانون المدني البولوني (م2/63)، ولا مقابل لذلك في قانوننا المدني العراقي.

(3) انظر: في عرض اراء الفقه، واقتضية المحاكم من هذا الخلاف، د. عبد الرزاق احمد السنهاوري، نظرية العقد، المصدر السابق، ف(242)، ص244.

(4) انظر: د. عبد الحي حجازي، مصادر الألتزام، المصدر السابق، ص613، د. حشمت ابو سنيت، مصادر الألتزام، المصدر السابق، ص414، ف404، د. حلمي بهجت بدوي، اثار التصرفات الباطلة، المصدر السابق، فقرة 75، ص78، د. انور سلطان، مصادر الألتزام، ص127، المصدر السابق، د. محمد كامل مرسي، المصادر غير العقدية، المصدر السابق، ص275، د. عبد المنعم فرج الصدة، مصادر الألتزام، المصدر السابق، ص306.

(5) انظر: د. جميل الشرفاوي، النظرية العامة للالتزام، المصدر السابق، ف(58)، ص277، هيك، الألتزامات، ج7، ف12-13، ص17، نقلاً عن: د. عبد الرزاق احمد السنهاوري، نظرية العقد، المصدر السابق، ص244، د. مصطفى العوجي، القانون المدني، العقد، ج1، المصدر السابق، ص245، وهو كذلك ما تبناه بعض الفقه الغربي المقارن. انظر:

Voir Ripertet Boulanger. Traite elementarire de Droit civil. 1949, Tome IIN334. p218. -

J. Ghestin op, cit. p. N 217.p. 197, etmalaurie Aynes, op. cit. N214, p. 202.-

اعلان الموجب الأيجاب لم يتصف بالجدية الكافية، في حين يذهب البعض<sup>(1)</sup> من انصار هذا الرأي، الى ان الموجب وان لم يلزم بالأيجاب تعاقدياً إلا انه لايجوز له ان يتعسف باستعمال حريته في الرجوع عن الأيجاب قبل انقضاء مُدته، فيما اتجه الرأي الثالث من الفقه القانوني، الى ان أساس الزامية الأيجاب الملزم هو الإرادة المنفردة للموجب، إذ وصل انصار هذا الرأي الى ذلك من خلال تحليل اثر الإرادة، فقالوا : انه إذا كان العقد يلزم طرفيه فما ذلك، إلا نتيجة لسلطان الإرادة وقدرتها على إلزام صاحبها، فالقوة الملزمة للعقد ليست ناشئة من اقتران الإرادتين، بل من قدرة إرادة كل من الطرفين على إلزام صاحبها، إذ ان التزامات كل من الطرفين ما هي الا نتيجة لإرادة الملزم ويكون مجموع الالتزامات الناشئة عن العقد في ذمة الطرفين نتيجة لمجموع الإرادتين<sup>(2)</sup> فالقوة الملزمة للعقد النهائي، انما هي نتيجة لقوة الإرادة قانوناً، فيجوز للإرادة المنفردة ان تلزم صاحبها<sup>(3)</sup>، وبناء على ذلك يمكن ان تتجه إرادة الموجب المنفردة الى إلزامه بالبقاء على ايجابه خلال مدة معينة فينشأ في ذمته التزام قانوني بعدم العدول عن الأيجاب<sup>(4)</sup>.

ومن القضاء الحديث المؤيد لهذه النظرية، قضت محكمة النقض الفرنسية في دعوى تتلخص وقائعها في ان وكالة للسياحة والسفر، طلبت من المدعي عليها وابنها دفع ثمن تذاكر السفر، نتيجة قيامهما بالغاء الرحلة، بزعم ان الألغاء قد تأخر عن المعيار المحدد بكتالوج الرحلة، فأكدت محكمة النقض بان الكتالوج والوثائق الأعلانية عموماً، تلزم المدعي (وكالة السياحة والسفر) لا المدعي عليهما العميل، وقالت المحكمة بان مايرد في الكتالوج وعد التعاقد بالإرادة المنفردة يلزم الواعد لا الموعد له، فان عدل جاز ايجابه على تنفيذ العقد النهائي<sup>(5)</sup>. وعلى الأساس ذاته، قضت محكمة النقض المصرية، في حكمها الصادر في 13 / 1 / 1949 بان : ((... ارسال المدعي الى المدعي عليه خطاباً عن مناقصة توريد لتقديم عطائه وتقديم المتعي عليه العطاء مصحوباً بعينة واستعداده لتقديم التأمين النهائي، عند رسو العطاء، وقبول المدعي عطائه للعينة ومطالبة بالتوريد وتوقيع مستند العقد النهائي وثبوت ان المدعي عليه، هو الذي قدم عطائه، كعرض مستجد ومستقل عن المناقصة، فان هذا العرض، يعد ايجاباً ملزماً من قبل الأخير انتجته إرادته المنفردة ينعقد به العقد ويلتزم المدعي عليه بالتعويض عند عدم التنفيذ))<sup>(6)</sup>.

وعلى الرغم من ملائمة هذه النظرية لبعض اشكال مستندات قبل التعاقد، لاسيما تلك المحررات التي يتبادلها الأطراف في اولى مراحل التفاوض<sup>(7)</sup>، فإنها قد انهالت بوابل من سهام النقد الفقهي والقضائية بالنسبة لمستندات الاتفاقات الممهدة للتعاقد، كمستندات الوعد بالتعاقد والاتفاق الأبتدائي وغيرها من الصور الأخرى، وان الأخذ بها كما يقول احد

(1) انظر: د. احمد رفعت خفاجي، الخطأ تحت ستار الحقوق، بحث منشور في مجلة المحاماة، العدد الثالث، السنة الحادية والثلاثون، (1983م)، ص151، د. محمد حسام محمود لطفي، المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض، المصدر السابق، ص77.

(2) انظر: في عرض اراء هذا الاتجاه، وتقويمها، د. عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط، ج1، مج2، المصدر السابق، ص1444. ومن الفقه الغربي المقارن، انظر: مارني ورينو، القانون المدني، الألتزامات، 1965، بند103، ص85، فيل وترويه، القانون المدني، الألتزامات، الطبعة الثالثة، 1986، ص163 ومابعداها، نقلاً عن: مصطفى محمد الجمال، السعي الى التعاقد المصدر السابق، ص75.

(3) انظر: سالي، في تعليقه على المادة (794) مدني الماني، في خصوص الإرادة المنفردة المنشئة لالتزام السند لحامله، بتكفيفه له، بانه عقد مجرد (Contract abstrait). للتفاصيل. انظر: ميشيل بدامون، العقد في القانون الألماني، المصدر السابق، ص51، وما بعدها.

(4) انظر: د. حسن علي الذنون، المبسوط في المسؤولية المدنية، ج1، المصدر السابق، ف(125)، ص92، د. عبد الرزاق احمد السنهوري، نظرية العقد، المصدر السابق، ف(98)، ص127، د. اسماعيل غانم، مصادر الألتزام، المصدر السابق، ف(60)، ص109 – 110.

(5) إذ قالت المحكمة بان مايرد في الكتالوج، وعد بالتعاقد بالإرادة المنفردة يلزم الواعد لا الموعد له، فان عدل جاز ايجابه على تنفيذ العقد النهائي.

civ. 28. mars, 1995, D. 1995/434. not, Dagranelabbe.

كذلك في الشأن ذاته، انظر: حكم محكمة باريس في، 11 يونية، 1977، جازيت دي باليه – مختصرات – اشار اليه وايده: د. حسام الدين الأهواني، النظرية العامة للألتزامات، مصادر الألتزام، ج1، المصدر السابق، ص84.

(6) نقض مدني مصري في 13 / 1 / 1949، الفكاهاني، ج7، رقم (1395)، ص694.

(7) وخصها، المستندات والوثائق الأعلانية، للتفاصيل. انظر: د. احمد شرف الدين، اصول الصياغة القانونية للعقود، المصدر السابق، ص109، د. احمد الزقرد، نحو نظرية عامة لصياغة العقود، المصدر السابق، ص210، او مستندات (الوعد بالتفاوض). في استحداث هذا المصطلح، انظر: د. مصطفى العوجي، القانون المدني، ج1 العقد المصدر السابق، ص218 – 219.

الفقهاء بانه : ((اقضاء للنظرية العامة للعقد، وعودة الى الوراء في تمجيد النظرية التي ابتدعها الألمان ..))<sup>(1)</sup>. اصف الى ذلك ان هذه النظرية، قد رفضها السواد الغالب من الفقه القانوني والأرادة التعاقدية في مرحلة جادة للزام نفسها قانونا عند التعاقد، فكيف تُقبل في مرحلة ما قبل التعاقد، التي مازالت التعبيرات التعاقدية فيها في طور النوايا الأولية؟ وان انتقلت هذه الأخيرة الى طور الأرادي، فان المجال الذي تصدر فيه هذه الإرادات، غالباً ما يتسم بالمناورة والمماطلة نتيجة حتمية، لحريتها المطلقة العنان في هذه المرحلة الأخيرة<sup>(2)</sup>.

## المطلب الثاني

### نظريات الأساس القانوني الحديثة

لم تخرج النظريات التقليدية للأساس القانوني التي سبقت في تأصيل الصياغة القانونية للقوة الملزمة لمستندات قبل التعاقد عن فلك المصادر العامة للالتزامات، إذ بقي انصار هذه النظريات وبدافع الانتصار لمنحى انظمتهم التعاقدية يدوروا في مجال تلك المصادر مطوعين صفتها الإلزامية على ماينشاءه احد الأطراف او جميعهم من اوضاع قانونية تسبق اللحظات القريبة من الارتباط القانوني للارادات التعاقدية مع بعضها للبعض الآخر<sup>(3)</sup>. ومع نهايات القرن الماضي وحتى بدايات القرن الحالي، جاءت النظريات الحديثة للأساس القانوني، وفي ظل بعض التطور الذي طرأ على الجوانب القانونية لمرحلة ما قبل التعاقد، عموماً ومرحلة المفاوضات على وجه الخصوص مستوحاة من للاوضاع المختلفة التي ينشأها الأطراف في اللحظات الأنية والبعيدة - على حد سواء - التي تسبق زمن انعقاد العقد النهائي<sup>(4)</sup>.

متخذةً هذه النظريات ذات الحداثة النسبية، من شرف التعامل والثقة المشروعة والأمانة التي تخلقها الإرادات المتقابلة احدهما تجاه الأخرى، أساساً قانونياً ملزماً، لما تتضمنه هذه المراحل من مستندات مثبتة للخطابات والاتفاقات التي تحدث خلالها، من خلال نظرية اشتملت على مبدأ عام يقتضيه القانون ويوجبه في شتى مراحل انعقاد العقود وتنفيذها

(1) انظر: الأستاذ. فايز الحاج شاهين، المسؤولية السابقة للتعاقد عن قطع المحادثات، المصدر السابق، ص23.

(2) فغالباً ما تنسج المستندات المثبتة للاتفاقات والتعهدات السابقة على التعاقد، بسمة غموض اتجاه الإرادة في الدخول في علاقة تعاقدية ملزمة من عدمه، إذ ان السواد الأعظم من مستندات قبل التعاقد قد لا يتضمن سوى ثبوت نوايا تعاقدية، لدى منظمي الاتفاق، او مُصدر الخطاب، لا ترقى الى مرتبة الإرادات التعاقدية، وان تجسدت في كيان مادي ملموس، وامهرت بتوقيع شخصها، كما تثير امكانية تصدير خطابات وتعهدات، او توصيات بالتعاقد او بكفالاته الصادرة من الغير عن العلاقة التعاقدية المزمع ابرامها مستقبلاً، مسألة الطبيعة القانونية، لهذه المستندات وفيما إذا كانت يمكن اعتبارها كفالة من عدمه ايضاً - لذلك تأتي الصياغة القانونية لهذه المستندات والوثائق في غاية الأهمية، من حيث اعتبارها، المعيار الأساسي، في تقويم اتجاه النية التعاقدية، وتظهرها بمظهر إرادة واضحة وساعية نحو احداث اثر قانوني معين، للتفاصيل. انظر: د. احمد شرف الدين، اصول الصياغة القانونية للعقود، المصدر السابق، ص79، د. مصطفى محمد الجمال، السعي الى التعاقد، المصدر السابق، ص396، د. مصطفى العوجي، القانون المدني، ج1، العقد، المصدر السابق، ص220، د. مصطفى احمد عبد الجواد، خطابات النوايا الصادرة من الغير، المصدر السابق، ص97 - 101، د. نبيل ابراهيم سعد، الضمانات غير المسماة، المصدر السابق، ص146 - 159، د. ديفيز، على مشارف الكفالة، خطابات الضمان والضمانات المستقلة - J.c.p.ede- 1992، مقال دوري، ص27، وفي خصوص اعتبارها التزاماً قانونياً، يقترب من الكفالة او يبتعد عنها، انظر: د. سليمان مرقس، عقد الكفالة، 1959، ص5-6، د. سمير تناغو التأمينات الشخصية والعينية، 1984، بند 7، ص8.

(3) ففي الوقت الذي حرص فيه، انصار مبدأ الحرية التعاقدية، وسلطان الإرادة، نفي الصفة التعاقدية للاتفاقات السابقة على التعاقد، او التقرير بقوتها الملزمة على حد سواء وفق هذا الأساس (الاتجاه الأنجلوسكوني)، تمسك انصار فكرة التعاقب في اطار تكوين العقد، ومكنه اكتساب الفعالية والالزام القانوني لاحد المكونات العقدية او الوسائل الممهدة =لهذه الأخيرة، بثبوت الصفة التعاقدية للاتفاقات والتعهدات السابقة على التعاقد(الاتجاه اللاتيني).للتفاصيل. انظر: اعمال جمعية هنري كابيتان حماية المستهلك وتنفيذ العقد، المصدر السابق، ص144، د. مصطفى محمد الجمال السعي الى التعاقد، المصدر السابق، ص222، د. صالح بن عبد الله، المبادئ القانونية في صياغة عقود، المصدر السابق، ص85، د. هاني صلاح سري الدين، المفاوضات في العقود التجارية الدولية، المصدر السابق، ص101، ومن الفقه الغربي المقارن. انظر:

Lake, op. cit. p343&u. Dreatte , op. cit. P.p.221 – 222.

(4) انظر: د. احمد شرف الدين، اصول الصياغة القانونية للعقود، المصدر السابق، ص83، د. احمد الزقرد، نحو نظرية عامة لصياغة العقود، المصدر السابق، ص177، د. حسام الدين الأهواني، المفاوضات في الفترة ما قبل التعاقد ..، المصدر السابق، بند (51)، ص69، د. محمد ابراهيم دسوقي، الجوانب القانونية...، المصدر السابق، ص89، د. جمال فاخر النكاس العقود والاتفاقيات الممهدة ..، المصدر السابق، ص133، د. =محمد حسين عبد العال، التنظيم الاتفاقي للمفاوضات العقدية، المصدر السابق، ص239، د. رجب كريم عبد الاله، التفاوض على العقد، المصدر السابق، ف(82)، ص311.

عموماً، قوامه حسن نية الأرادة المتعاقدة، وهو المبدأ الذي أصطلح على تسميته بمبدأ حسن النية، الحاكم العام في تنفيذ العقود، ومبدأ حسن النية ما قبل التعاقد الحاكم الخاص في تكوينها<sup>(1)</sup>. هذا من ناحية أولى، ومن أخرى، كان لغموض اتجاه الأرادة وصعوبة استجلاء موقفها في خضم مرحلة وان ظهرت منها الأرادة العاقدة الى العالم الخارجي، إلا انه ظهور قلق وقد ينتهي الى زوال إذا لم يتحقق لها اكبر قدر من المصلحة يمكن ان تنتز عنها من الأرادة الأخرى التي تنوي الارتباط معها، وفي الوقت ذاته تخفف من الألتزامات التعاقدية التي تقع على عاتقها، في حين تغلظ التزمات من يقابلها من ارادة او ارادات اخرى، تحت مظلة قصور الجوانب القانونية لهذه المرحلة وعدم معالجة التشريعات المدنية لها<sup>(2)</sup>.

وإزاء كل ذلك ومن الناحية الأخرى، توجهت حادثة فكر الفقه القانوني وقضاءه، الى أساس قانوني جديد، يتخذ من تنظيم الأرادة وتبويبها في كيان مادي ملموس، أساساً ملزماً يضيف القوة الملزمة او ينزعها من المستندات الموقعة او الوثائق الصادرة في المرحلة السابقة على التعاقد، تبعاً للبراهات التي يأتي بها ذلك الكيان<sup>(3)</sup>. ومن هذا كانت نظرية الصياغة القانونية لمستندات قبل التعاقد، تعد النظرية الأخرى التي انتهت اليها حادثة الفقه القانوني بتأييد من القضاء في الوقت الحاضر، في التأسيس للقوة الملزمة لمستندات قبل التعاقد<sup>(4)</sup>. ولاستعراض نظريات الأساس القانوني الحديثة، نتكلم في الفرع الأول عن نظرية (مبدأ حسن النية ما قبل التعاقد)، فيما تكون نظرية (الصياغة القانونية)، مجال البحث في الفرع الثاني.

(1) انظر: د. عدنان ابراهيم السرحان، د. نوري حمد خاطر، مصادر الحقوق الشخصية، المصدر السابق، ف(106) ص89، د. محمد ابراهيم دسوقي، الجوانب القانونية في ادارة المفاوضات ابرام العقود، المصدر السابق، ص81، د. السيد محمد اليماني (حسن النية في العقود التجارية، الألتزام) بالإيضاح عن الحقائق الأساسية للتعاقد، دراسة مقارنة في القانون الأميركي، دون ناشر، (1985م)، ف(20)، ص21، د. محمد السيد عمران، حماية المستهلك اثناء تكوين العقد، المصدر السابق، ص30، رومان منير زيدان، حسن النية في تكوين العقد، المصدر السابق، ص16، علاء حسين الجوعاني، حسن النية في تكوين العقود، المصدر السابق، ص19.

(2) انظر: د. محمد حسام محمود لطفي، المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض، المصدر السابق، ص302، د. صالح بن عبد الله، المبادئ القانونية ..، المصدر السابق، ص75، د. احمد شرف الدين، اصول الصياغة القانونية للعقود، المصدر السابق، ص73، د. احمد الزقرد، نحو نظرية عامة لصياغة العقود، المصدر السابق، ص182، وفي اثر الصياغة في تحديد القيمة القانونية لمستندات التعاقد، في احكام القضاء والتعليقات عليه. انظر:

= soc. 24 mai 1985. Jcp. 1985/11/ 10868,not J. carbonnier, civ 3mai 1997, p.272. D.-

civ 17 may 1979/1980/IR262.-

T.R.D. civ/1987/ 156 ocs.-

Com. 21 decembre 1987/J.C.P/ 1988/II/2III3note montanier. J.het.-

Tomom Paris 16 Jain 1986/D 1987./somp.297.-

Basseuri civ 23 Jul, 1979. G.P.25dec. 1979./panorama.-

نقلاً عن: د. احمد الزقرد، نحو نظرية عامة لصياغة العقود، المصدر السابق، ص182 – 183.

(3) أثرتنا تعبير الصياغة القانونية لمستندات قبل التعاقد، وفقاً لما ارتأه البعض من رجالات فقهاء القانوني العربي. انظر: د. حسام الدين الأهواني، المفاوضات في الفترة ما قبل التعاقدية، المصدر السابق، بند 51، ص82، د. محمد ابراهيم دسوقي، الجوانب القانونية في ادارة المفاوضات ...، المصدر السابق، ص94، بند 53، د. احمد الزقرد، نحو نظرية عامة لصياغة العقود، المصدر السابق، ص178، د. هاني صلاح سري الدين، المفاوضات في العقود التجارية الدولية، المصدر السابق، ص104، د. احمد شرف الدين، اصول الصياغة القانونية للعقود، المصدر السابق، ص14، د. محمد حسام محمود لطفي، المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض، المصدر السابق، ص8، فيما عبر عنه البعض من الفقه الغربي المقارن المبتدع لهذه النظرية، بالهندسة القانونية او (التصميم القانوني). انظر:

Larchiticture juridique Mousserin, op, cit. p.397.

u.Trochu, op. Cit, p. 231.

ويوميات :

(4) كذلك يمتد دور الصياغة من تحديد القوة الملزمة للوثائق او المستندات المعاصرة او اللاحقة على المفاوضات الى بيان مدى الألتزامات الواردة بالعقد النهائي، ونطاقها، الى هذا – فوثائق ما قبل التعاقد – على ماسنرى هي. وسيلة مهمة لتفسير بنود العقد في مرحلة تنفيذه، للتفاصيل. انظر: د. حسن الحسن، التفاوض والعلاقات العامة، بلا رقم طبعة، المؤسسة الجامعية، للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت – لبنان، (1993)، ص11 – 12، د. صالح بن عبد الله، المبادئ القانونية في صياغة عقود التجارة الدولية، المصدر السابق، ص149، د. جمال فاخر النكاس، الاتجاه الموسع للتفسير القضائي، مجلة الحقوق الكويتية، السنة الثالثة والعشرون، العدد الثاني، ربيع الأول 1420 هـ - يونيو 1999م، ص51، د. عبد الفتاح مراد، شرح العقود التجارية والمدنية، المصدر السابق، ص143.

## الفرع الأول

### نظرية (مبدأ حسن النية ما قبل التعاقد)

بين تأييد الأنظمة اللاتينية ورفض الأنظمة الأنجلوسكسونية، تأرجح مبدأ حسن النية ما قبل التعاقد، ليكون نظرية قانونية أخرجها بعض الفقه القانوني الحديث، بتأييد من القضاء، كي يمثل حدوداً فاصلة، تجد الحرية التعاقدية في فترة المراحل السابقة على التعاقد عندها، حدها<sup>(1)</sup>.

وقد أوضح القائلون بهذه النظرية، أن الالتزامات التي تتضمنها، وثائق ومستندات الخطابات والاتفاقات التي يتم تبادلها بين أحد الأطراف الساعية إلى التعاقد، أو من قبلهم معاً، في مرحلة ما قبل التعاقد، تجد الزامها القانوني بما يجب أن يسود هذه المرحلة من ثقة وشرف وأمانة في التعامل<sup>(2)</sup>.

وهي المفردات القانونية التي تجتمع بين دفتي المبدأ العام، الذي يقضي بمراعاة حسن النية في التعاقد، ذلك المبدأ العام الذي نادى إليه أغلب الفقه القانوني والقضاء المعاصر وكد على ضرورة وجوده في شتى مراحل التعاقد<sup>(3)</sup>. واعتبرته التشريعات المدنية وبنصوص صريحة واجباً قانونياً عند تنفيذ العقود يجب مراعاته<sup>(4)</sup>. أما بصدد التبرير القانوني الذي أتى به انصار هذه النظرية فإنه تجلّى في ردع الإرادة من الغش وتقويم سلوكها في مرحلة من مراحل العلاقة التعاقدية لها وزناً ثقيلاً بما تنوء به من اتفاقات وتعهدات، قد لا يكتب للعقد النهائي الوجود له من دونها<sup>(5)</sup>.

(1) انظر: د. صالح بن عبد الله، المبادئ القانونية في صياغة عقود التجارة الدولية، المصدر السابق، ص 84، د. مصطفى محمد الجمال، السعي إلى التعاقد، المصدر السابق، ص 19 – 20، د. نزيه محمد الصادق المهدي، الالتزام قبل التعاقد بالأدلاء بالبيانات، المصدر السابق، ص 58، د. يزيد أنيس نصير، مرحلة ما قبل التعاقد، عقد التفاوض بحسن نية، المصدر السابق، ص 14، رومان منير زيدان، حسن النية في تكوين العقد، المصدر السابق، ص 13.

ومن الفقه الغربي المقارن، انظر: بوييه، الالتزام بالأدلاء بالبيانات عند إبرام العقد، المصدر السابق، رقم (15)، ص 28.

(2) انظر: د. هاني صلاح سري الدين، المفاوضات في العقود التجارية الدولية المصدر السابق، ص 113، د. عدنان إبراهيم السرحان و د. نوري حمد خاطر، مصادر الحقوق الشخصية، المصدر السابق، ص 89، د. محمد إبراهيم دسوقي، الجوانب القانونية في إدارة المفاوضات وإبرام العقود، المصدر السابق، ص 88، د. محمد محمد أبو زيد، المفاوضات في الأطر التعاقدية، المصدر السابق، ص 76، ومن الفقه الغربي المقارن. انظر:

= Patrice – Jourdain "Raport Francais" in La bonne foi. Qdit. Henri: Capitant. Op, cit, p. 125.-

(3) وهذا ما كان له الدور المهم، في ادخال مبدأ حسن النية، الذي لم يعد فكرة أخلاقية محض، إلى حيز النظام القانوني، في شتى مراحل إبرام العقود، وتنفيذها، في تأصيل مبدأ حسن النية وضروراته، انظر: د. الهادي السعيد عرفة، حسن النية في العقود، في الشريعة الإسلامية، والقانون المدني، بحث منشور، في مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، العدد (1)، (س1)، 1986، ص 151، د. حسين عامر، التعسف في استعمال الحق والغاء العقود، المصدر السابق، ص 34، عبد الجبار ناجي الملا صالح، مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود المصدر السابق، ص 7، رشيد مجيد الربيعي، مبدأ حسن النية في تنفيذ الالتزامات الدولية، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية القانون، والسياسة جامعة بغداد، 1983، ص 86، د. سامي بديع منصور، عنصر الثبات وعامل التغيير، المصدر السابق، ص 453، د. جميل الشرفاوي، النظرية العامة للالتزام، أحكام الالتزام، ص 24، ومن القضاء. انظر: نقض مدني مصري، 27 يناير، مجموعة المكتب الفني، رقم 24، 1966، ص 182.

(4) انظر: نصوص المواد: (150) مدني عراقي، (148) مدني مصري، (149) مدني سوري، (148) مدني ليبي، (231) مدني اردني، (221) موجبات وعقود لبناني، والنصوص (152، 197) مدني كويتي، والقوانين الغربية المقارنة، ومنها، (2/1134) مدني فرنسي، المواد (157، 116، 122، 123) مدني الماني، المواد (25، 26) التزامات سويسري.

(5) انظر: د. هاني صلاح سري الدين، المفاوضات في العقود، المصدر السابق، ص 113، د. محمد عبد الظاهر حسين، الجوانب القانونية للمرحلة السابقة على التعاقد، المصدر السابق، ص 66، د. جمال فاخر النكاس، العقود والاتفاقيات الممهدة، المصدر السابق، ص 164، د. حسام الدين الأهواني، النظرية العامة للالتزام، المصدر السابق، ص 164 – 165، انظر: للتطور الفقهي الفرنسي من هذه النظرية:

J. Schmidt, La sanction de la fuute precontractuelle, Rev trim dr. 1974. p4. ets.-

J. Cehas, lo bigation de negociier. Rev. trim. Dr comp. 1985, p.265.-

بالإضافة الى غياب التنظيم التشريعي للجوانب القانونية لهذه المرحلة وبغية الحفاظ على إستقرار الأوضاع التي قد تنشأ في تلك الحقبة الزمنية، فإنه لمن الضروري تقييد الإرادة التعاقدية بالثقة المشروعة التي خلقتها في مواجهة الإرادة او الأرادات المقابلة لها والتي عوّلت عليها هذه الأخيرة، ومن خلال حسن نيتها وصفاء سجيبتها في التوقيع على الخطاب الوارد إليها<sup>(1)</sup>. وإذا كان الواضح من الأساس الذي بنيت عليه هذه النظرية، انه يُعبر عن تراجع ملموس لمبدأ سلطان الإرادة ومبدأ حرية المنافسة، فإن الاستجابة اليه يفترض تقدماً لسلطان القانون الموضوعي في مجال التعامل ودوره في رد سلطان الإرادة وحرية المنافسة وما تعنيه من حرية التعاقد الى الحدود التي تسمح بها القيم العليا في المجتمع<sup>(2)</sup>. وهذا ما تجدر ملاحظته بصفة خاصة في بلاد القارة الأوروبية وفي النظم العربية الدائرة في فلكها<sup>(3)</sup>.

أما البلاد الأنجلوسكسونية القائمة على القانون العرفي، فقد ظلت بعيدة عن هذا الأساس، وهذا ما يرجع الى اختلاف الأصول الفلسفية التي تستند اليها النظم القانونية في احدى المجموعتين، عن الأصول الفلسفية التي تستند اليها في المجموعة الأخرى، فالنظم الأنجلوسكسونية تجعل مبدأ حرية التعاقد، وما يترتب عليه من حرية التفاوض وحرية اختيار المتعاقد الآخر مبدأ مطلقاً، ينبع إطلاقه من ذاتية النظام الرأسمالي القائم على حرية المنافسة، فهذه المنافسة معناها احتفاظ كل طرف بحريته في اختيار من سيتعاقد معه حتى لحظة ابرام العقد النهائي المنشود. دون أن يحد من هذه الحرية المطلقة، سبق السعي الى التعاقد مع طرف آخر بعينه وبعبارة أخرى فالحرية هي الطريق الى تحقيق المنافسة الكاملة وضمان اكبر نفع يمكن أن يحقق من ورائها<sup>(4)</sup>. ولذلك فالنظم الأنجلوسكسونية تترك العنان للمتفاوضين دون أي مسؤولية عليهم حتى ابرام العقد النهائي المنشود، ولاتقبل بصفة عامة تقييد هذه الحرية من خلال الاعتراف بالقوة الملزمة لمستند إتفاق او وثيقة تعهد، سابقاً على العقد المنشود، او من خلال الاعتراف بالمسؤولية عن قطع المفاوضات او الانسحاب منها، تحت ستار مبدأ أو آخر، كمبدأ حسن النية او مبدأ الثقة والأمانة في التعامل<sup>(5)</sup>.

(1) انظر: د. عبد الرحمن عباد، أساس الالتزام العقدي، المصدر السابق، ص99، د. وليم سليمان قلادة، التعبير عن الإرادة، المصدر السابق، ف(37) ص129، وفي ظهور نظرية الثقة، باعتبارها النظرية الأقرب في تحديد معيار مبدأ حسن النية في تكوين العقود والأساس القانوني، لاصولها التفاوضية، انظر: د. عبد الحكيم فودة، تفسير العقد، المصدر السابق، ف(79)، ص139، د. حسام الدين الأهواني، النظرية العامة للالتزامات، ج1، ص43-44. ويرى آخرون - قريباً من ذلك - إن أساس الالتزام ما قبل التعاقد، ان يصدره العرف المألوف في التعامل، او طبيعة العقد ذاتها، التي تفترض قدراً كبيراً، من الثقة والأمانة بين المتعاقدين، ليس فقط في تنفيذ العقد، بل عند ابرامه ايضاً، كما هو الحال في التفاوض حول عقود الوكالة وعقود الشركة وعقود الأسرة. للتفاصيل. انظر: د. جميل الشرفاوي، مصادر الالتزام، المصدر السابق، ف(33) ص135، د. محمد لبيب شنب، دروس في نظرية الالتزام، المصدر السابق، ص144، د. عبد الودود يحيى، مصادر الالتزام، المصدر السابق، ص85.

(2) في تأييد هذه النظرية، انظر: مارسيل فونتان، قانون العقود الدولية، المصدر السابق، ص109، د. مصطفى محمد الجمال، السعي الى التعاقد، المصدر السابق، ص18.

(3) للمقارنة بين مواقف الأنظمة القانونية، واقطابها من نظرية (مبدأ حسن النية قبل التعاقد)، كأساس قانوني ملزم للالتزامات التي تتضمنها المستندات والوثائق ما قبل التعاقدية، انظر: د. احمد الزقرد، نحو نظرية عامة لصياغة العقود، المصدر السابق، ص246، د. احمد شرف الدين، اصول الصياغة القانونية للعقود، المصدر السابق، ص89، د. مصطفى محمد الجمال السعي الى التعاقد، المصدر السابق، ص19، د. محمد محمد ابو زيد، المفاوضات في الأطار التعاقدية، المصدر السابق، ص78، جاك جستان، تكوين العقد، المصدر السابق، بند 605، ص590.

(4) وفي عبارات، اقرب الى منطق الأدب منها الى القانون يقول البعض، عن المبدأ العام بمراعاة حسن النية في التفاوض ومستنداته، بأنه: بحر بلا شاطئ، انظر:

Van de Nmensbrugyhe, migrations. Juradique de La bonne foi. D.I.G., 1999. p. 246.-

وعند (Brown)، فقيه القانون الإنجليزي، انه كتابة على الماء .

((Athing write in water)): Brown. 1. The Contraet to Negatiode J. of, Business Law (1992), p. 345.

إذ لا يصح، ان تتأسس مسؤولية المخل بالالتزام الثابت، بالمستند ما قبل التعاقدية، او العادل عن المفاوضات، على مبدأ عام، الفقه والقضاء عليه، الى هذا فليس في القانون الإنجليزي مبدأ عام بمراعاة: حسن النية في عملية التفاوض، في حين انه، في فقه قانون التجارة الدولية، يمكن ان يقوم هذا المبدأ، اثناء تنفيذ، عقد البيع الدولي للبضائع، وفقاً للمادة (7)، من اتفاقية فيينا (11) ابريل 1980، او حتى في تفسير العقد، انما يصعب القول بارتداد مليوسس الزامية خطابات ومستندات مرحلة ما قبل التعاقد، للتفاصيل. انظر: د. محسن شفيق اتفاقية الأمم المتحدة للبيع، المصدر السابق، بند 42، ص30، د. احمد الزقرد، نحو نظرية عامة لصياغة العقود، المصدر السابق، ص264.

(5) انظر: د. محمد حسين عبد العال، ضوابط الاحتجاج والمستندات العقدية، المصدر السابق، ص123، د. هاني صلاح سري الدين، المفاوضات في العقود التجارية الدولية، المصدر السابق، ص102.

أما نظم القارة الأوروبية والنظم الأخرى المستمدة منها، فهي وإن كانت تتبنى مبدأ حرية التعاقد، وحرية المفاوضات، باعتبارها من المسلمات في المجتمعات الرأسمالية القائمة على حرية المنافسة إلا أنها تجد في هذه المجتمعات ما يرد هذه الحرية أو تلك إلى نصابها الصحيح، فحرية المنافسة، تجد حدها الطبيعي في فكرة المنافسة غير المشروعة<sup>(1)</sup>. وبالمثل فحرية التعاقد وحرية اختيار المتعاقد الآخر تجدها حدها في فكرة الرفض أو الانسحاب غير المشروع (التعسف في استعمال الحق) وهذا ما يوصل إلى مسؤولية المفاوض عن التبعات التي يقطعها على نفسه خلال المفاوضات وإلى مسؤوليته عن سلوكه خلالها، كلما كان هذا السلوك مجانباً لمبادئ السلوك المستقرة، كمبدأ حسن النية، ومبدأ الثقة والأمانة في التعامل مع الغير<sup>(2)</sup>.

ومن حيث عدم استغلال هذه النظرية لحيز لها في ثنايا النصوص التشريعية في القوانين المدنية، وعدم الإشارة من قبل هذه الأخيرة لامن قريب أو من بعيد إلى مناهجها الألفي<sup>(3)</sup>.

فأنه أمر بد يهي استوجبه الطبيعة القانونية لمبدئها الذي ضاقت المحاولات والجهود بالتوصل إلى مفهوم محدّد<sup>(4)</sup>. إذ بقيت التشريعات المدنية تعالج كل حالة على حدة تدخل ضمن نطاق ذلك المبدأ العام<sup>(1)</sup>. فان كل ما تضمنته نصوص

(1) انظر: د. مصطفى محمد الجمال، السعي إلى التعاقد، المصدر السابق، ص20، د. مصطفى العوجي، القانون المدني، ج1، العقد، المصدر السابق، 226.

(2) انظر: د. حسام الدين الأهواني، المفاوضات في الفترة ما قبل التعاقدية ...، المصدر السابق، ص12، د. محمد محمد أبو زيد، المفاوضات في الأطار التعاقدية، المصدر السابق، ص78.

(3) على أن ذلك لا يعني، وجود بعض الأشارات الصريحة، في نصوص التشريعات المدنية لهذا المبدأ في السواد الأعظم منها، باعتبارها إحدى الضمانات التعاقدية، لضمان صحة التراضي – في حدها الأدنى –، كما هو الحال في القانون الإنجليزي، الذي أخذ بفكرة النفوذ غير الواجب، أو النفوذ المعنوي، بمعنى استغلال المتعاقد، ما في المتعاقد الآخر، من نقص اجتماعي أو نفسي أو اقتصادي، والسيطرة على تفكيره، بدرجة تجعل إرادته غير مختارة، وفلسفة هذا العامل المؤثرة على صحة العقد، تقترب من الفلسفة التي تقوم عليها فكرة الاستغلال المتمثلة بحماية الثقة المشروعة في المعاملات، من خلال الالتزام بمبدأ حسن النية في ذلك، انظر: د. مجيد حميد العنكي، العوامل المؤثرة على صحة العقد في القانون الإنجليزي، المصدر السابق، ص94، ومبادئ العقد في القانون الإنجليزي لنفس المؤلف، ص94، د. فتحي عبد الرحيم عبد الله، محاربة الغش في الأعمال القانونية، خلاصة محاضرة منشورة، في مجلة الشريعة والقانون، كلية الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، (ع)، (1988م)، ص217. ومن بين هذه القوانين، كذلك القانون الأيرلندي، الذي استخدم مبدأ حسن النية، لتنظيم المراكز القانونية التي تنشأ عن تكوين العقد.

Mattlhas: E.storme, rapport neer land ais. Articl, cite en ouvrage de la Bonne Foi, R.xcIII, Litec, puris, 1992, N. 1.p.p 136 – 146.

ومثله القانون المدني السويسري، والقانون المدني النافذ لكيبك .

Van immelaghe , op. eit. N. 69. p. 32.

انظر: المادة (1335) من القانون المدني النافذ لكيبك. أشار إليها المصدر نفسه.

Van ommelaghe, op. cit N.70. p. 33.

وبعض هذه القوانين أشارت صراحة، إلى مرحلة المفاوضات، والزمّت المتفاوض، بمراعاة حسن النية فيها، منها القانون المدني الإيطالي في المواد (1337 – 1338) أشار إليه.

RodoLfo sacco: Rapport Italien op, cit p.p. 135 – 136

نقلاً عن: د. صالح بن عبد الله، المبادئ القانونية في صياغة ..، المصدر السابق، ص84. فيما اقتصر القوانين الغالبة، ومنها القانون المدني الفرنسي والقانون المدني العراقي والقانون المدني المصري والقانون المدني الكويتي ... الخ، على التزام المتعاقد بحسن النية في تنفيذ العقود، فأساس القاعدة مارود في المادة (1139 / 3) مدني فرنسي، والمادة (150 / 1) مدني عراقي، والمادة (148) مدني مصري، والمادة (197) مدني كويتي، هو وجوب مراعاة حسن النية في تنفيذ العقود، فالقاعدة، إذن تتعلق بمرحلة التنفيذ لا الانعقاد، وحتى لو سلمنا جدلاً، بأنها تتعلق بإبرام العقد، فهي لا ترتد لحكم مرحلة المفاوضات، التي لا تلزم، وفقاً لهذه القوانين، المتفاوضين، أخذاً من مبدأ حرية إبرام العقود، بإبرام العقد النهائي، أما القانون الأميركي، فإنه يؤدّ التشريع الوحيد الذي أقر، مبدأ حسن النية، كمبدأ عام، يجب الالتزام به في تكوين العقود، وتنفيذها، لاسيما بعد صدور القانون التجاري الموحد، الذي فرض حسن النية في جميع المراحل التي تتم، وفقاً له، انظر: المادة (203) من الفصل الأول من القانون التجاري الموحد للولايات المتحدة الأمريكية، أشار إليه: د. السيد محمد اليماني، المصدر السابق، هامش (3)، ص2.

(4) ومن ذلك يذهب استاذنا الدكتور، ميري كاظم عبيد، إلى القول: ((بأن مبدأ حسن النية، هو مبدأ عائم وصفه موضوعية تخلع على مراحل تكوين العقود وتنفيذها، بصور مختلفة ...)). انظر: د. ميري كاظم عبيد، حسن النية في تكوين العقد، مجموعة محاضرات، القيت على طلبية الدراسات العليا، في كلية القانون – القسم الخاص – جامعة بابل، للعام 2005 – 2006، في حين اصّل من جانب من الفقه القانوني. مبدأ حسن النية، وفق قاعدة ((انه لا يقبل من اجدقول يتنافى مع سابق سلوكه)). وهي القاعدة، التي تتفق مع قول الشرعيين: ((من سعى في نقض

التشريعات المدنية من اشارات الى المبدأ المذكور في مرحلة تكوين وتنفيذ العقود، لم تعالجه هذه التشريعات، إلا باعتباره صفة قانونية (إيجابية – سلبية) يستوجب القانون خلعها على تنفيذ الالتزامات الناشئة من العقد، لا باعتباره أساساً قانونياً تستمد منه الالتزامات التعاقدية، سواءً كانت في المرحلة السابقة على التعاقد واللاحقة عليها، التي تقع على عاتق الطرفين أو كلاهما قوتها الملزمة منه، إذ بالنسبة لهذه الآثار القانونية الأخيرة، لن يكون لها إلا العقد مصدراً مباشراً عاماً يمدّها بالالتزام القانوني ويرتب المسؤولية التعاقدية، كجزء المخالفة لأحكامها<sup>(2)</sup>.

وعلى الرغم من وجود ما يؤيد هذه النظرية على صعيد الاجتهاد القضائي اللاتيني، بصورة عامة، والفرنسي منه على وجه الخصوص<sup>(3)</sup>.

فأنها وفي الوقت ذاته جُوبهت برفض شديد من قبل اقصية النظام الانجلوسكسوني، لاسيما من قبل القضاء الانجليزي<sup>(4)</sup>.

إذ في الوقت الذي قضت فيه محكمة استئناف (بورديو) الفرنسية، بأن : ((.... ان مخالفة الالتزام المحدد بالمستند التفاوضي على احوالة تقدير الثمن الى طرف ثالث من احد المتبايعين، من دون مبرر معقول، امر يتنافى ومبدأ حسن النية السائد في التفاوض، فان ذلك يلتزم بالتعويض، لمخالفته مبدأ قانونياً نافذاً...))<sup>(5)</sup>.

كان للقضاء الانجليزي رأي آخر من ذلك، إذ انتهى مجلس اللوردات، وهو المحكمة العليا في إنجلترا، في حكم حديث له نسبياً، على ان الالتزام بالتفاوض بحسن نية، هو التزام غير مؤكد، ويخلو من أي صفة قانونية ملزمة<sup>(6)</sup>.

وموقف القضاء الانجليزي، في هذا الخصوص – في نظرنا – يستحق النقد، وذلك لان التزام الإرادة التعاقدية في مرحلة التفاوض أو أي مرحلة أخرى تسبق لحظة إبرام العقد النهائي وتوقيعه، يجد أساسه بما خلقتة، من ثقة مشروعة اطمأنت إليها الإرادة أو الارادات المقابلة والزمّت نفسها هي الأخرى بالتزامات مستقلة تجاه الإرادة الأولى<sup>(7)</sup>. ولا يمكن رد هذا التقابل في الالتزامات إلا على مقتضى مبدأ حسن النية ما قبل التعاقد الذي عولت كلاً من هذه الارادات الساعية الى

ماتم على يديه، فسعيه مردود عليه))، انظر: د. حارث سليمان الفاروقي المعجم القانوني، الطبعة الثانية، مكتبة لبنان، بيروت - لبنان، 1970، ص275، الشيخ. مصطفى احمد الزرقا، المدخل الفقهي العام، ج2، الطبعة العاشرة، مطبعة طربين، دمشق - سوريا، 1387هـ - 2968م، ص10 - 15.

(1) إذ ان مبدأ حسن النية في المفاوضات العقدية، عن مبدأ حسن النية بالنسبة لحائز الثمار أو مبدأ حسن النية وفق قاعدة ((الحيازة في المنقول سند الملكية)). وغيرها من صور مبدأ حسن النية الأخرى، للتفاصيل، انظر: د. نعمان خليل جمعة، اركان الظاهر، المصدر السابق، ف(32)، ص127، د. فتحية قرّة، نظرية الأوضاع الظاهرة، المصدر السابق، ص102.

(2) انظر: د. حسين عامر، القوة الملزمة للعقد، المصدر السابق، ص53، د. مصطفى العوجي، القانون المدني، ج1، العقد، المصدر السابق، ص732، د. محمد محمد ابو زيد، المفاوضات في الأطار التعاقدية، المصدر السابق، ص80.

(3) إذ يميل القضاء الفرنسي، الى التأسيس، لالزامية الوثائق والمستندات قبل التعاقدية على أساس شرف التعامل، مع التشدد، فيما يُدخله، بالمبدأ العام، بمراعاة حسن النية في التفاوض: انظر ملاحظات J. mestrer، على حُكم فرساي، مارس، 1992، ص259، حكم سابق الإشارة اليه، نقلاً عن: د. احمد الزقرد، نحو نظرية عامة لصياغة العقود، المصدر السابق، ص260.

(4) وكما أكد اللورد – اكندر – Ackner، فان القانون الانجليزي، لايفرض التزاماً عاماً بالتفاوض، بحُسن نية وانما، يحق لاي طرف من اطراف التفاوض، اتباع مايراء ملائماً من الوسائل، التي تؤدي الى تحقيق مصلحة الخاصة، طالما انه يتقاضي، خداع او غش الطرف الآخر، فكل طرف من اطراف التفاوض، متى ارتأى ان ذلك في مصلحته ان يهدد بقطع المفاوضات، أو الانسحاب منها، وذلك بهدف الحصول على شروط وعروض افضل، وحمل الطرف الآخر، على تقديم اكبر قدر ممكن من التنازلات. وفي هذا الخصوص، يضيف: ان مبدأ حسن النية قبل التعاقدية – من وجهة نظر القانون الانجليزي – غير صالح للتطبيق، ولا يتمشى مع ما تقتضيه مصالح اطراف التفاوض، للتفاصيل، انظر: في التعليق على موقف القضاء الانجليزي، د. هاني صلاح سري الدين، المفاوضات في العقود ..، المصدر السابق، هامش (34)، ص74.

(5) انظر: حكم محكمة (بورديو) في 1978/2/6، سيري 1978 - 2 - 2، 287. واحكام اخرى مقاربة مثل: حكم محكمة ديجون، في 1982/2 - 238، وحكم محكمة اورليان في 1984/9/13، سيري، 1986 - 1 - 1، 108، اشار اليها: جان كريستيان سرنا في مؤلفه، رفض التعاقد، المصدر السابق، ص192.

(6) انظر:

Walford .V. Milesi (1992) AII.E.R: 453 (house(59) of lords).-

(7) انظر: د. وليم سليمان قلادة، التعبير عن الإرادة في القانون المدني، المصدر السابق، ف(104)، ص226، د. توفيق حسن فرج، مصادر الالتزام، المصدر السابق، ف(61)، هامش (6)، ص166.

التعاقد وجوده في الأخرى<sup>(1)</sup>. والقول بخلاف ذلك يعني فسخ المجال امام تلك الإرادات او احداها بصدور السلوك المعيب منها (الغش او التدليس) دون طائل للمسؤولية عليها<sup>(2)</sup>. على سَ ثَدَمَن القول، بان فترة توقيع الارادات للمستندات التي تضمنتها او الوثائق التي صُدِّرَتْ بها، قد وقع في المرحلة السابقة على التعاقد<sup>(3)</sup>.

## الفرع الثاني نظرية الصياغة القانونية

تمخضت حداثة الفقه القانوني والقضاء المقارن، إزاء التفاوت الحاد بين مواقف النظم الرئيسية في عالم القانون من مشكلة مدى القوة الملزمة لمستندات قبل التعاقد والبحث عن ايجاد أساس ملزم لها، عن نظرية قانونية حافظت على جميع ما جاءت به تلك النظم من مبادئ راسخة حيال موقفها الثابت من النظرية العامة للعقد، وفي الوقت ذاته اوجدت الحل الامثل، لما أثير من مشاكل وتسؤولات حول أساس الزامية الوثائق والمكاتبات المتبادلة في مرحلة ما قبل التعاقد دون التأثير الجذري بتفاوت النظم اعلاه، التي وُقِّعت تلك المستندات او صُدِّرَتْ هذه الوثائق في ظلها<sup>(4)</sup>.

ومن ذلك ذهب طائفة من الفقه القانوني المقارن الحديث الى التحويل على فحوى ومضمون ما تشتمل عليه المستندات المثبتة للاتفاقات والخطابات الصادرة في مرحلة ما قبل التعاقد، وفيما إذا كانت عبارات هذا الفحوى، او الفاظ ذلك المضمون، توحى الى الزام جدي أنشئته الإرادة الموقعة على المستند، او كانت تلك العبارات، لا تعدو ان تكون مجرد تعبير عابر، يخلو من أي صفة الزامية تدل على نية الارتباط القانوني، وهذا ما اتخذه الفقه – المذكور – أساساً قانونياً للزامية ما ينظم من مستندات في الفترة السابقة لابرام العقد النهائي تحت عنوان او مصطلح (الصياغة القانونية)<sup>(5)</sup>. أما الجذور الأولى لهذه النظرية فقد ظهرت في الأوساط الأنجلوسكسونية بمناسبة تقرير القوة الملزمة لضرب من مستندات قبل

(1) انظر: د. ابراهيم نجار، اتفاق المبدأ المصدر السابق، ص109، وفي تأييد (مبدأ حسن النية) كأساس للالتزام، بمبادئ الشرف التجاري، انظر: د. سميحة القليوبي تقييم شروط التعاقد والالتزام بالضمان، المصدر السابق، ص111.

(2) انظر: د. فتحي عبد الرحيم عبد الله، محاربة الغش في الأعمال القانونية، المصدر السابق، ص266، عدنان ابراهيم السرحان، الأوضاع الظاهرة ومدى حمايتها في القانون العراقي والمقارن، رسالة ماجستير، مقدمة الى كلية القانون، جامعة بغداد، 1986، ص78.

(3) انظر: د. محمد عبد الظاهر حسين، الجوانب القانونية للمرحلة السابقة للتعاقد، المصدر السابق، ص743، د. حسام الدين الأهواني، النظرية العامة للالتزامات، ج1، مصادر الالتزام، المصدر السابق، ص164.

(4) إذ حظيت هذه النظرية، بتأييد الفقه و القضاء الحديث، في النظامين اللاتيني والأنجلوسكسوني، وتجاوزت أهميتها العملية والقانونية، مستوى اعداد مستندات التعاقد، في مرحلة ما قبل ابرام العقد النهائي، نطاق عقود القانون الوطني، التي تشتمل على صفقات ضخمة، الى عقود التجارة الدولية، التي تمر، بمرحل متعددة من المفاوضات، تصدر خلالها مستندات او محررات مكتوبة، ومشروعات تعاقد وبروتوكولات اتفاقية، واتفاقات تمهيدية ... الخ. للتفاصيل. انظر: د. احمد الزقرد، نحو نظرية عامة لصياغة العقود .. المصدر السابق، ص179، د. محمد حسام محمود لطفي، المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض، المصدر السابق، ص7 – 8، د. محمد محمد ابو زيد، المفاوضات في الأطار التعاقدية، المصدر السابق، ص33، د. طالب حسن موسى، صياغة عقود التجارة الدولية، المصدر السابق، ص183. ومن الفقه الغربي المقارن. انظر:

J. Schmidt: Negociation et conclusion du contract 1982: p. 98.-

Le samction de La fauti – pre contracruelle R.T.D.C. in. 1971. p.46.-

A.Vialard. 1. offer publique eu contract/ R.T.D.C in 1971: p. 750.-

Mosseron: (m) Le duree dans la Formation du contract – colloque Jouffert: 1974: p. 50.-

(5) انظر: د. احمد الزقرد، نحو نظرية عامة لصياغة العقود .. المصدر السابق، ص178، د. احمد شرف الدين، اصول الصياغة القانونية للعقود، المصدر السابق، ص73، د. محمد ابراهيم دسوقي، الجوانب القانونية في ادارة المفاوضات، المصدر السابق، بند 149، ص179، د. حسام الدين الأهواني، المفاوضات قبل التعاقدية، المصدر السابق، ص128، د. عبد الفتاح عبد الباقي، مصادر الالتزام في القانون الكويتي، المصدر السابق، بند 65، ص142.

التعاقد، أطلق عليه بـ(خطابات النوايا التعاقدية) (1). ومن ثم تلقفها الفقه القانوني - حديثاً - للبناء على أساسها القانوني، لألزامية الأشكال المختلفة لمستندات قبل التعاقد، على سند من القول، بوحدة الغاية والأهداف التي تبتغي تحقيقها خطابات النوايا مع ماترمي الاتفاقات والتعهدات التي يتبادلها الأطراف الساعية الى التعاقد تحقيقها ايضاً، وهو انجاح المفاوضات والوصول بها الى نهايتها تمهيداً لابرار العقد النهائي المنشود(2).

إلا ان هذه النظرية وبحكم طبيعة أساسها القانوني الذي يعتمد على التنظيم القانوني للإرادة وتجسيدها في كيان مادي ملموس (الهندسة القانونية) يتمثل بما تعكسه الفاظ المستند ومضمون عباراته، فإنه يخرج من مجال تطبيقها ما يتبادلته الأطراف من محررات لا تنطوي صياغاتها على وجود نية حقيقية للارتباط التعاقدية وانما تم تبادلها بناءً على اعمال مجاملات اخلاقية او اواصر عائلية او حتى علاقات اقتصادية اودعتها ثقة التعامل التجاري، فصدرت على شكل توصيات عارية عن أي التزام تعاقدي محدد(3). فيما فسحت مجال تطبيقها على معظم المستندات المثبتة لاتفاقات وخطابات ما قبل التعاقد (الصادرة من احد الأطراف او من كليهما) وامتد نطاقها الى الاتفاقات التفاوضية الممهدة للعقد النهائي والتي يصطلح عليها في الفقه القانوني الفرنسي، تسمية (عقود ما قبل العقد) والتي تجد تطبيقاً لها في مستندات الوعد بالتعاقد والاتفاق الابتدائي والوعد بالتفصيل في قانوننا المدني العراقي، وسائر التشريعات المدنية الأخرى(4).

وبمناسبة أعمال مبادئ نظرية الصياغة القانونية لمستندات التعاقد التمهيدية، جاء التساؤل مطروحاً على مؤيدي هذه النظرية القانونية حول طبيعة المعيار المقول به الذي يعكسه الأساس القانوني لهذه النظرية، وبعبارة أخرى هل يعول على صياغة نية الالتزام المجردة، دون الاعتداد بصياغات البيانات الأخرى التي تتضمنها الوثيقة ما قبل التعاقدية او المستندات الموقعة في المرحلة السابقة على التعاقد النهائي؟ ام تكون العبرة بصياغة العناصر الموضوعية الأخرى التي تتضمنها الوثيقة او المستندات قبل التعاقدية؟ ام يكون الاعتداد بالمعياريين (الشخصي والموضوعي) معاً(5)؟.

أجاب مؤيدوا هذه النظرية، وبرغبة منهم لاستقطاب انصار لهم من المذهبين الشخصي والموضوعي معاً من النظرية العامة للالتزام وبهدف احتواء الخلاف بين الأنظمة القانونية ولغاية التقريب بينها، بأنه يكون الاعتداد في هذه الأحوال بالمعياريين معاً، على سند من القول منهم، بأنه لايمكن تصور نشوء التزام تعاقدي، أيأ كان موقعه او مصدره

(1) انظر: د. محمد عبد الظاهر حسين، الجوانب القانونية للمرحلة السابقة للتعاقد، المصدر السابق، ص728.

(2) انظر: د. صالح بن عبد الله، المبادئ القانونية في صياغة عقود التجارة الدولية، المصدر السابق، ص84، د. هاني صلاح سري الدين، المفاوضات في العقود التجارية الدولية، المصدر السابق، ص103، د. سعد الحلبوسي، التفاوض في العقود، المصدر السابق، ص43، المحامي صابر محمد عمار، المفاوضة في العقود، المصدر السابق، ص11 - 12.

(3) كذلك فان المراسلات ومحاضر اجتماعات المفاوضات، لا تعتبر جزءاً من التعاقد، وإن كانت تفيد في تفسيره، هذا مع مراعاة، ان هذه المراسلات والمحاضر، قد لا تتضمن الإشارة الى اتفاق طرفي المفاوضات، بالنسبة لمسألة محددة، وفي هذه الحالة يصعب الادعاء، بعكس ما اتفق عليه عند تفسير العقد. للتفاصيل. انظر: د. احمد شرف الدين، اصول الصياغة القانونية للعقود، المصدر السابق، ص60 - 61، د. احمد الزقرد، نحو نظرية عامة لصياغة العقود، المصدر السابق، ص225.

(4) انظر: لاروميه. القانون. الالتزامات. 1990، ص264، فيما يرى البعض الآخر من الفقه القانوني، ان نطاقها يمتد ليشمل العقود التمهيدية القديمة، منها الوعد بالتعاقد، ومذكرة التغطية المؤقتة، وعقد العمل تحت التجربة او الاختبار، وعقود تمهيدية حديثة، منها عقد القرض الممهد لشراء العقار، وعقد الحجز الواقع على العقار والاتفاقيات والعقود الأخرى الممهدة لعقود الحاسب الآلي، للتفاصيل. انظر: د. جمال فاخر النكاس، العقود الاتفاقيات الممهدة ..، المصدر السابق، ص152، د. احمد الزقرد، نحو نظرية عامة لصياغة العقود، المصدر السابق، ص179، د. جلال احمد خليل، النظام القانوني لحماية الاختراعات ونقل التكنولوجيا، المصدر السابق، ص342.

(5) إذ لم تزل، مشكلة تحديد المعيار، الذي يعول عليه للتقرير بالقوة الملزمة، للمستندات والوثائق السابقة على التعاقد، لم تحسم حتى الوقت الحاضر، لاسيما في حالة، اشتغال المستند ما قبل التعاقد على المعيارين القانونيين (الشخصي والموضوعي) بصورة متناقضة وهذا ما يجسده الواقع العملي عموماً والدولي على وجه الخصوص، في اشتغال الوثيقة ما قبل التعاقدية (خطابات النوايا - اتفاقات المبادئ) على العناصر الأساسية للعقد المزمع ابرامه، لكنها تذييل بعبارات تخلع عنها الوصف التعاقدية الملزم. للتفاصيل. انظر: د. جمال فاخر النكاس، العقود والاتفاقيات الممهدة للتعاقد، المصدر السابق، ص176، د. ابراهيم نجار، اتفاق المبدأ، المصدر السابق، ص71، وفي موقف القضاء الفرنسي من هذه التعهدات المتعارضة. انظر:

A.Viricel: op: cit. P. 72. ets.-

0في حين لا يقر القضاء الكويتي، ذات الاهمية، لهذه التعهدات المتناقضة، انظر: طعن كويتي. التمييز رقم 152، 82 تجاري، جلسة 23 / 3 / 1983، منشور في مجموعة القواعد القانونية التي اقرتها محكمة التمييز (الكويتية) خلال الفترة 1 / 10 / 1979، وحتى 31 / 12 / 1985، في المواد المدنية والتجارية، والاحوال الشخصية والعائلية، القسم الأول، المجلد الثاني، يناير 1994، رقم (3)، (المرحلة السابقة على التعاقد لا ترتب في الاصل اثرأ قانونياً)، ص289.

(تعاقدياً أو سابقاً على العقد) من دون وجود إرادة جازمة تعاقدية للتحمل به بالإضافة الى وجود معطيات موضوع ذلك الالتزام والتي تتمثل بعناصر العقد المزمع إبرامه في المستقبل وفي حالة انعدام وجود احدهما أو غموضه، تكون العبرة بالصياغة القانونية لعناصر المعيار الآخر المتبقية، أي كانت طبيعتها، شخصية كانت أم موضوعية (مادية) (1).

ولما كان المعيار الأول (الشخصي) في مرحلة ما قبل التعاقد، في معظم الحالات قد تطغى عليه صفة الغموض لسلطان الإرادة الواسع في هذه المرحلة وظهورها القلق والمتردد (غير الواضح). فإن التطبيقات القانونية والعملية لنظرية الصياغة القانونية، قد أسفرت عن الأعتداد بالمعيار الآخر (الموضوعي) للتعويل على اشتغال الوثيقة التعاقدية للعناصر اللازمة للتعاقد بصورة محددة وواضحة للتقرير بقوتها الملزمة من عهده (2). على أن ذلك لا يعني استبعاد أثر الصياغة القانونية للمعيار الشخصي من نطاق هذه النظرية – نهائياً – إذ يبقى لهذا المعيار في حالة وضوح صياغاته أهمية كبيرة، تتجلى في تحديد طبيعة الالتزام الوارد في المستند ما قبل التعاقد، بعد التسليم بثبوته بدلالة المعيار الأول (الموضوعي) (3). فصياغة نية الالتزام التعاقدية بعبارات من نوع، مثلاً: ((إن المتفاوض سيبدل كل ما في وسعه، أو بأن يبذل الغير قصارى جهده، لكي يكون المدين قادراً على سداد المديونية)) هو التزام قانوني ببذل وسيلة، فيما تكون صياغة الوثيقة التعاقدية بعبارات من نوع، مثلاً: ((على أن يأخذ الغير على عاتقه، قيام المدين بالوفاء بما ترتب على ذلك من نتائج)) هو التزام قانوني بتحقيق نتيجة (4).

و أما إذا كانت هذه النظرية قد وجدت لها ظهيراً من النصوص القانونية تقوي سندها التشريعي، فقد نصت المادة (1) من القانون الفرنسي الصادر في 31 ديسمبر 1975 على أن: ((لا تكون مستندات التعاقد الزامية قانونياً، إلا إذا جاءت الصيغة القانونية لها تدل بشكل واضح على التقابل)). ومن النصوص التشريعية الفرنسية أيضاً، مانصت عليه المادة (9) من قانون جمعية المهن المصرفية في (30) أكتوبر (1973) والتي جاء نصها كالآتي: ((يكون تصنيف التعهدات و التوصيات التي تصدرها الشركات القابضة للبنوك سبق اجراء التعاقد وتمهيداً له، وفقاً لما تفضي اليه عبارات المستندات الثابتة فيها)) (5).

فيما اكتفى البعض الآخر من التشريعات المدنية بمجرد النص العابر على أهمية الصياغة القانونية لشروط التعاقد ورتبت الجزاء القانوني لمخالفتها (6). ومن ذلك مانصت عليه المادة (985) في الفقرتين (3) ، (4) بخصوص وثيقة عقد

(1) انظر: د. احمد شوقي عبد الرحمن، قواعد التفسير الكاشفة، المصدر السابق، ص33، د. حسام الدين الاهواني، المفاوضات في الفترة ما قبل التعاقدية، المصدر السابق، ص135، د. هاني صلاح سري الدين، المفاوضات في العقود التجارية الدولية، المصدر السابق، ص104، د. صالح بن عبد الله، المبادئ القانونية في صياغة عقود التجارة الدولية، المصدر السابق، ص80، د. محمد محمد ابو زيد، المفاوضات في الاطار التعاقدية، المصدر السابق، ص30.

(2) لاسيما المعيار الموضوعي من نوع، ((العناصر الجوهرية)). للتفاصيل، انظر: د. حسام الدين الاهواني المفاوضات في الفترة قبل التعاقدية..، المصدر السابق، ص23، د. محمد محمد ابو زيد، المفاوضات في الاطار التعاقدية، المصدر السابق، ص39.

(3) والى الموقف القضائي، من ذلك، قضت محكمة النقض المصرية، في تحديد مدى الالتزام في العقد الابتدائي. ((لا يكون العقد الابتدائي ملزماً، إلا إذا اشتملت صيغته على طبيعة العقد، وعناصره الأساسية))، وبذلك، فالعقد الابتدائي لبيع عقار، يجب أن يشتمل على ماهية العقار المبيع، ((كمساحته، وموقعه، أو حدوده)) ثم الثمن، فإذا لم يتم الاتفاق على المسائل الجوهرية، فإن العقد الابتدائي لا ينعقد)). انظر: نقض مدني مصري في (2/10/1982)، احكام النقض/س33/رقم 157، ص568، تعليق د. عبد الفتاح عبد الباقي، مصادر الالتزام ..، المصدر السابق، هامش (2)، ص150، د. احمد شرف الدين، اصول الصياغة القانونية للعقود، المصدر السابق، ص43، وهو كذلك ما اكدته نص المادة (1/150) من القانون المدني المصري، التي تنص، ((إذا كانت عبارة العقد واضحة. فلا يجوز الانحراف عنها، عن طريق تفسيرها، للتعرف على ارادة المتعاقدين)). انظر: كذلك نص المادة (1/193) مدني كويتي، فيما لا يوجد نص مقابل لهذه المواد في القانون المدني العراقي. انظر: في التعليق القضائي على هذه المواد، حسن الفكاهي، الموسوعة الذهبية، المصدر السابق، القاعدة رقم (1110)، ص738.

(4) انظر: د. احمد الزقرد، نحو نظرية عامة لصياغة العقود ..، المصدر السابق، ص244، د. صالح بن عبد الله، المبادئ القانونية في صياغة عقود التجارة الدولية، المصدر السابق، ص71، د. مصطفى العوجي، القانون المدني، ج1، العقد، المصدر السابق، ص322، د. مصطفى محمد الجمال، السعي الى التعاقد، المصدر السابق، ص346، د. مصطفى احمد عبد الجواد، خطابات النوايا الصادرة عن الغير، المصدر السابق، ص102، ومن القضاء الفرنسي، انظر: نقض مدني فرنسي 16/6/1986. دالوز، مختصر - 297 - ملاحظات فاسبر، ص196.

(5) ومن القوانين الخاصة، التي صدرت في فرنسا، تأكيداً على أهمية الصياغة القانونية، قبل لحظة الارتباط النهائي بالعقد: انظر: قانون (24) اذار (1952) المعدل بقانون اول تموز (1971) المتعلق بالائتمان، في أن تذكر قبل العقد، مبلغ القرض، وتاريخ تحقيقة، وكيفية التسديدات، المتوجبة على المكاتب، قبل تخصيص القرض، بصياغات قانونية واضحة وصريحة.

(6) إذ قريباً من ذلك، نص التعليق، على المادة (39) من المذكرة الأيضاحية للقانون المدني الكويتي، التي جاء فيها، ((تكون المستندات الاعلانية إيجاباً، إذا اشتملت بصياغته على طبيعة العقد المراد إبرامه، وعناصره الأساسية، بصورة محددة وتفصيلية، ولمحكمة الموضوع، السلطة

التأمين، من القانون المدني العراقي، التي نصت المادة (985) منه على ان : ((يقع باطلاً كل مايرد في وثيقة التأمين من الشروط الأتية)). وأوردت الفقرة (3) بالنص : ((كل شرط مطبوع، لم يبرز بشكل ظاهر، وكان متعلقاً بحالة من الأحوال التي تؤدي الى البطلان او السقوط)). فيما تلت ذلك الفقرة (4) بالنص على ان : ((شرط التحكيم، إذا ورد في الوثيقة بين شروطها العامة المطبوعة، لافي صورة اتفاق خاص منفصل عن الشروط العامة))<sup>(1)</sup>. ومن الأراء الفقهية، والنصوص القانونية، الى صدى هذه النظرية في قرارات القضاء الحديث، فانه يمكن القول بأن التأييد القضائي الحديث الذي حظيت به نظرية الصياغة القانونية تجاوز تأييده لاي نظرية اخرى سواها، إذ ان الأجتهااد القضائي وفي احكام عديدة بسط أساس هذه النظرية (نظرية الصياغة القانونية) - في مرحلة ما قبل التعاقد - على النظريات الأخرى السابقة عليها، وعلى السواء منها بين نظريات الأساس التعاقدي او نظريات الأساس القانوني<sup>(2)</sup>. وتأكيداً على التبنى القضائي الحديث لنظرية الصياغة القانونية، قضت المحكمة العليا الفيدرالية الأميركية في القضية المشهورة (بنز اويل - جيتي) التي تدفعنا اهميتها الى سرد وقائعها، إذ تتلخص تفاصيلها في توصل شركة (بنز اويل) مع المساهمين الرئيسيين في شركة (جيتي) الى مذكرة اتفاق تمهيدية، بشأن دخول الأولى كشريك في الثانية، وقد تضمنت هذه المذكرة في صياغاتها القانونية شرطاً يتطلب اعتمادها من مجلس ادارة شركة (جيتي) وهو الأمر الذي تحقق، ومن ثم قام الطرفان بنشر اعلان دعائي عن ابرام اتفاق مبدئي، ذيل بعبارة: ((يتعهد الطرفان بتوقيع العقد النهائي، بعد انتهاء المفاوضات مباشرة)). وقد حدثت مفاجأة بعد يومين من هذا الاعلان، إذ أعلن عن قيام شركة (تكساكو) بشراء شركة (جيتي) وبعد سلسلة من الأجراءات القضائية، قامت شركة (بنز اويل) برفع دعوى امام محاكم تكساس لمطالبة شركة (جيتي) بتعويض قدره عشرة مليار دولار، اضافة الى مطالبة شركة (تكساكو) بمبلغ مليار

التقديرية، في التعرف على حقيقة المستند الاعلاني، واستظهار مدلوله، مما تضمنه عباراته، على ضوء الظروف التي احاطت بتحريره، وما يكون قد عاصره من اتفاقات، عن موضوع التعاقد))، فيما كانت المادة (1049/2) من المشروع التمهيدي للقانون المصري، تنص، على انه: ((إذا لم تكن نية الطرفين من كتابة المذكرة واضحة، اعتبرت هذه المذكرة بمثابة دليل مؤقت، على حصول التعاقد، نهائياً)). ومن ذلك ايضاً، اجمعت بعض القوانين الفرنسية، ان تحرر بعض الشروط، باحرف بارزة وظاهرة، فالشروط الخطرة، على وجه الخصوص والمتعلقة بالبطلان او الاستحقاق، او مدة العقد. او التعويض بسبب فسخ العقد، يجب في هذه الصور، ان تحرر الشروط باحرف ظاهرة تماماً. للتفاصيل، انظر: قانون (13) يوليو (1930) الفرنسي، وقرار 20 تشرين الثاني (1987) الفرنسي، الصادر تطبيقاً للمادة (115) من مرسوم (6) كانون الثاني، (1986) الفرنسي، كذلك يفرض قانون (28) كانون الثاني، (1972م) المتعلق بالسعي المصرفي المالي، بفرض مذكرة اعلام سابقة على التعاقد. مختصرة. واما بالنسبة لبرامج الإدخال الخطيرة، نظراً الى التعهدات الطويلة، تفرض تسليم بيان يحوي اعلانات مختلفة (16م/2). كما يفرض في شأن الشركات التجارية والمدنية، التي تدعو الجمهور للانخار - اعلانات سابقة له، في شكل مذكرات وإذاعات وتعاميم، في حين يفرض قانون (22) كانون الأول (1972) حول البيع والسعي الى التعاقد للعميل في المنزل، المكمل بالمرسوم، رقم 73، 784، بتاريخ 9 آب، 1973، محدداً قبل العقد، طبيعة الحاجات، والخدمات المقترحة، وخصائصها، (م/2 -3)، من مدونة قانون الاستهلاك، وفرض قانون (31) كانون الأول (1966) المكمل لمرسوم، 31 كانون الأول، (1966) ان تذكر في بطاقات الرحلات، سلسلة من الأيضاحات الدقيقة الصياغة، تحدد شروط السفر والخدمات التابعة.

(1) انظر: نصوص المواد، (750) مدني مصري، المادة (1069) مدني يمني، المادة (120) مدني سوادني، المادة (924) مدني سوري، إذ يُلق بعض الفقه القانوني على موقف هذه التشريعات، ومواد نصوصها، بأنها تذهب، الى توجه عنصر الإلزام القانوني الى شكل الصياغة للوثيقة التعاقدية، للتفاصيل. انظر: د. احمد شرف الدين، اصول الصياغة القانونية للعقود، المصدر السابق، ص13، د. احمد الزقرد، نحو نظرية عامة لصياغة العقود، المصدر السابق، ص202، د. اسماعيل محمد المحاقري، الحماية القانونية لعديم الخبرة من الشروط التعسفية، المصدر السابق، ص318.

(2) من امثلة تطبيق نظرية الصياغة القانونية على مقتضى نظريات الأساس القانوني، كنظرية العمل غير المشروع، حكم محكمة النقض الفرنسية، (الدائرة التجارية). اعتبار ان المسؤولية التقصيرية الناشئة من تحرير المستند ما قبل = التعاقد، اندس فيه، ضمن الشروط المطبوعة، شرط جزائي باطل، أساسها الوسيلة الاحتياطية، التي جاءت بها صياغة الشرط، التي خدعت الطرف الآخر، انظر: في هذا الحكم.

Com . 5mars: 1974/B/civ/III/N.78:p.63.-

فيما ذهبت محكمة التمييز الكويتية في قرارها الصادر، 6/ 3/ 1984، تمييز كويتي، رقم 139، (غير منشور)، بان : ((ان تقرير مسؤولية مصدر الخطاب التعاقدي، (وهو الشركة القابضة)، تجاه (البنك الدائن) حول سداد الدين للأخير، كانت مؤسسة على الصياغة القانونية لخطابات النوايا التعاقدية، الذي اشتمل، على عبارات من نوع، (نتعهد بالوفاء عن المدين، ان لم يقم بالسداد). فانها تقيد التعبير الصريح عن الالتزام، بكفالة الدين المضمون)). كما قضت محكمة النقض المصرية، في قرار لها، ورد فيه: ((ان الالتزام بمقتضى المحرر الأولي، لعقد بيع العقار، (العقد الأبتدائي) هو تعهد تعاقدى لنقل ملكية ذلك العقار، متى تبين من خلال صياغته، انه قد استكمل عناصر واركاب العقد النهائي، وان انتقص فرضه، ما يتطلب القانون المعاصر، وجوب التسجيل لنقل الملكية، او لتقرير أي حق عيني اخر على العقار)). انظر: نقض مدني مصري، في 26/ 12/ 1964، مجموعة عمر / 5/ رقم 128، ص282، تعليق، د. عبد الفتاح عبد الباقي، مصادر الالتزام، المصدر السابق، بند 67، ص148.

دولار، كتعويض لتحريضها شركة (جيتي) على الإخلال بالالتزامات التعاقدية التي تضمنتها المذكرة السابقة على التعاقد<sup>(1)</sup>.

أصدرت المحكمة العليا حكمها بالتعويض بمبلغ ثلاثة مليارات دولار لشركة (بنزاويل) من شركة (جيتي) على أساس الإخلال بالتزام قانوني وهو خرق التعهد الصريح بصياغاته القانونية بالتعاقد وتوقيع العقد النهائي الذي ورد في الإعلان الدعائي الصادر من الشركتين الذي إسم بجلاء الالتزام التعاقدية ووضوحه، فيما حكمت المحكمة على شركة تكساكو بتعويض قدرة واحد مليار دولار على أساس مسؤوليتها التقصيرية في تحريض شركة (جيتي) وقد تأيد هذا الحكم بالاستئناف<sup>(2)</sup>. كذلك أصدر قضاء النقض المصري عدة أحكام قضائية تؤكد على التزام قاضي الموضوع بدراسة الصياغة القانونية للمستندات المطروحة عليه لتحديد قوتها الملزمة<sup>(3)</sup>، و من الجدير بالإشارة - القول ان ما طرحته نظرية الصياغة القانونية لمستندات قبل التعاقد من مبادئ تُعد الأكثر انطباقاً و تماشياً في التأسيس للقوة الملزمة لما يتبادلها الأطراف من وثائق ومستندات في مرحلة ما قبل أبرام العقد النهائي. كذلك يُسجل قصب السبق لهذه النظرية على التوفيق في موقفها المحايد بين ما جاء في المذاهب الشخصية والمادية من افكار و الجمع بين معياريين مختلفين وتكميل احدهما بالآخر عند اجتماعهما، واخيراً لا بد من القول من ان نظرية الصياغة القانونية لمستندات قبل التعاقد تمثل حالياً واقعياً لحالات غموض الإرادة المختلفة واتجاهات نواياها غير المستقرة في مرحلة لعلاقة، لا يمكن التكهّن بمستقبلها حتى من قبل أطرافها أنفسهم.

(1) إذ جاء في صياغة خطاب نوايا تعاقدية آخر، وُقِعَ بين شركة (جيتي وتكساكو) عبارة، ان تكون شركة (تكساكو - Texaco) مسؤولة وحدها قانوناً، عن هذه الصفقة في مواجهة الغير، وهو ما رأته المحكمة تحريضاً واضحاً منها لشركة (جيتي) واقترت بمسؤوليتها التقصيرية على أساس ذلك ايضاً. للتفاصيل. انظر:

- CHAMY; Laffaire: TexAco – PenzoIL op: cit: p. 168-

(2) انظر: في هذا الحكم وتفاصيله :

- Pennzoil: Inc.V. Texaco, IncP: 729. S.W. 2d 768. (Tex. Eiv. App. 1987)-

مشار الى هذا الحكم وتفصيلاته مع التعليقات عليه في: د. محمد حسام محمود لطفي، المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض، المصدر السابق، ص74، د. صالح بن عبد الله، المبادئ القانونية في صياغة عقود التجارة الدولية، المصدر السابق، ص86، د. احمد شرف الدين، اصول الصياغة القانونية للعقود، المصدر السابق، ص78، د. احمد الزقرد، نحو نظرية عامة لصياغة العقود، المصدر السابق، ص182.

(3) وفي ارتباط الالتزامات الواردة، بخطاب الضمان البنكي الاولي، بأسلوب صياغته، انظر: نقض مدني مصري، 22 / 12 / 1980، الفكهاني، ملحق (2)، رقم 207، ص177، كذلك. انظر: في شأن مكاتبات متبادلة، بين هيئة البترول، وشركة الملاحة: نقض مدني مصري في 28 مارس سنة 1968 / مجموعة المكتب الفني، س19، رقم 95، ص642، وانظر: في شأن تكييف ائصال تسلم مبلغ تأمين للدلالة على قبول متلقي الإئصال، مشترياً لقطعة ارض فضاء، مجرد اعمال تحضيرية لم تنتهي باتفاق ملزم للطرفين، إذ ان الطرفين اختلفا على ساحة المبيع، وحدوده، مما يمنع تلاقي الارادتين، وانعقاد العقد. انظر: نقض مدني مصري في 19 / يناير / 1950، مجموعة المكتب الفني، س2، رقم 56، س203، وانظر: تطبيقاً ثالثاً، بشأن مشروع لعقد بيع، في نقض مدني مصري، 9 من ديسمبر، مجموعة المكتب الفني، س26، رقم 299، ص1593.

## الفصل الثالث

### أحكام الصياغة القانونية للقوة الملزمة لمستندات قبل التعاقد

يتجرد موضوع كل بحث عموماً، ولاسيما موضوع البحث القانوني على الاخص، من الفائدة العملية التي تمثل الغاية الرئيسية لبحثه، إذا لم ينتج أحكاماً قانونية فرضتها المقدمات الأولى في بداية ذلك البحث، وحتى نهاية مطافها الذي تمخض عن ولادة تلك الأحكام.

وفي مجال الموضوع لأثر الصياغة القانونية في القوة الملزمة لمستندات قبل التعاقد، وتأكيداً على القول - بان الدراسة - ضمن نطاق هذا الموضوع، ليست بالدراسة القانونية العقيمة، اقتضت الضرورة البحثية للموضوع، ان نخصص الفصل الثالث والأخير منه، مجالاً لبحث أهم الأحكام القانونية الوليدة مما تتضمنه الصياغات القانونية (الهندسة القانونية) لمستندات قبل التعاقد من خطابات واتفاقات تفرض وحسب طبيعة المعاملة الاقتصادية، التزامات تعاقدية مختلفة، يقتضي بعضها إتيان الفعل أو السلوك الإيجابي لتنفيذها فيما يقتضي البعض الآخر منها اتخاذ موقف سلبي محض من الملزم للقول بعدم الإخلال بها. وهذا هو الجانب الأول من الأحكام القانونية التي ينتجها الأثر العام للصياغة القانونية في القوة الملزمة للمستندات والوثائق الصادرة في الفترة ما قبل التعاقدية<sup>(1)</sup>.

أما الجانب الآخر من الأحكام - اعلاه - فانه يستوجب استطراد البحث في المسؤولية المدنية أو الجزاء القانوني الذي يكفل الوفاء بالالتزامات التي تتضمنها الصياغات القانونية للمستندات قبل التعاقدية وذلك من خلال تحديد طبيعة هذه المسؤولية او ذلك الجزاء والتعرض لآثارهما (عناصرهما)، من الناحية القانونية المدنية ((التنفيذ العيني، التنفيذ بمقابل)) بعد تقرير قيامهما للتعرف على مدى انطباق شرائطهما، في التعويض عن الضرر المترتب بمناسبة الأخلال بمضمون الالتزام الوارد في المستند ما قبل التعاقد.

وهذا ما سنبينه في المبحثين التاليين، إذ نفرد المبحث الأول منها، لبيان الالتزامات القانونية المختلفة التي ترتبها مستندات قبل التعاقد، فيما نتناول بالمبحث الثاني المسؤولية المدنية (الجزاء القانوني) المترتبة عن الأخلال بمضمون الالتزامات الثابتة في المستندات والوثائق ما قبل التعاقدية<sup>(2)</sup>.

(1) انظر: د. هاني صلاح سري الدين، المفاوضات في العقود التجارية الدولية ... المصدر السابق، ص107، د. احمد الزقرد، نحو نظرية عامة لصياغة العقود ... المصدر السابق، ص271، د. امية علوان، القانون الواجب التطبيق على المسؤولية قبل التعاقدية، المصدر السابق، ص3، د. محمد حسام محمود لطفي، المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض، المصدر السابق، ص14، د. احمد شرف الدين، اصول الصياغة القانونية للعقود ... المصدر السابق، بند (32)، ص68، د. محمد محمد ابو زيد، المفاوضات في الأطار التعاقدية، المصدر السابق، ص98.

(2) انظر: د. امية علوان، القانون الواجب التطبيق على المسؤولية قبل التعاقدية ... المصدر السابق، ص5، الأستاذ. فايز الحاج شاهين، المسؤولية السابقة للتعاقد ... المصدر السابق، ص21، د. محمد عبد الظاهر حسين، الجوانب القانونية للمرحلة السابقة للتعاقد، المصدر السابق، ص766، د. محمد حسام محمود لطفي، المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض، المصدر السابق، ص34.

## المبحث الأول

### الالتزامات المترتبة على الصياغة القانونية لمستندات قبل التعاقد

بعد ان انتهينا من استعراض التأسيس القانوني لألزامية الوثائق والمستندات التي يصدرها احد الأطراف او جميعهم لآخر قبل ابرام العقد النهائي وتوقيعه. وتم الخلوص بقيمة قانونية تعاقدية ملزمة لهذه المستندات. بصرف النظر عن طبيعة الأساس الذي بُني عليه ذلك الالتزام القانوني، كان إلزاماً منطقياً بعد ذلك ان نحدد ماهية القانونية للالتزامات الناشئة بمقتضى ما تتضمنه الصياغة القانونية للمستندات قبل التعاقدية من تعهدات واتفاقات ومن خلال ما تفرضه هذه الصياغات على احد الاطراف او جميعهم وتبعاً للطبيعة القانونية لمعاملة العقد النهائي، سواء كان ذلك عن طريق القيام بسلوك (فعل) ايجابي خلال مرحلة التفاوض او أي مرحلة اخرى سابقة على التعاقد او كان ذلك عن طريق اتخاذ موقف سلبي محض حيالها، ليكون ذلك الطرف او تلك الأطراف قد نفذوا ماقيده بهم الوضع المادي لأراداتهم التعاقدية التي وقّعت على المستند من قبل التعاقد الذي يتضمن بصياغته عنصر الإلزام القانوني<sup>(1)</sup>.

وأياً كانت طبيعة المعاملة النهائية، فان المستندات المثبتة لخطابات او تعهدات او اتفاقات سابقة عليها او ممهدة لها، لا تعدو ان تخرج من التزامات ايجابية، واخرى سلبية، يُلقى على عاتق الملزم بها القيام بتنفيذها، ضمن اطار سقف زمني معين، يبدأ من الوهلة الأولى لسعيه الى التعاقد، وحتى اللحظات النهائية التي تسبق ابرام العقد النهائي المنشود<sup>(2)</sup>. ووفقاً لذلك، نستعرض في المطلب الأول، الالتزامات التعاقدية القانونية ذات الطبيعة الإيجابية ونرجئ البحث في الالتزامات القانونية ذي الوصف السلبي الى المبحث الثاني .

## المطلب الأول

### الالتزامات التعاقدية الإيجابية

تحدّد طبيعة العقد المزمع ابرامه سلفاً ، والمفاوضات الدائرة بشأنه جملة من الالتزامات التعاقدية العامة التي يتعين على احد المتفاوضين او كلاهما تنفيذها ضماناً لانجاح المفاوضات وبلوغاً بها الى نهايتها من انعقاد العقد النهائي المنشود، إلا ان الأطراف الساعية الى التعاقد وفي حالات متعددة لاكتفي بالتعويل فقط على الالتزامات التعاقدية العامة (الاعتيادية) في ذلك لانعدام الضمانات القانونية الكافية في مرحلة ما قبل التعاقد للسير قدماً في سعيها التعاقد، إذ تحرص هذه الأطراف على خلق ضمانات تعاقدية وقانونية ذي وصف خاص في فترة معينة. وتوغل في الحيلة والحذر من خلال النص الواضح

(1) انظر: د. محمد حسام محمود لطفي، المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض، المصدر السابق، ص14، هذا ويطلق البعض من الفقه القانوني، على الالتزامات المتمخضة من المستندات قبل التعاقدية، بـ(عقود التفاوض). ان استجعت الأركان العامة للعقد المنشود، فيما يرتأي البعض الآخر، بان مصطلح اتفاقات التفاوض. هو الأكثر انطباقاً على مضمونها، للمقارنه في ذلك، انظر: د. مصطفى محمد الجمال، السعي الى التعاقد، المصدر السابق، ص236، د. احمد شرف الدين، اصول الصياغة القانونية للعقود، المصدر السابق، ص88 – 89، صابر محمد عمار، المفاوضات في عقود التجارة الإلكترونية، المصدر السابق، ص100، د. سعد عبد ملحم الحلبوسي، التفاوض في العقود، المصدر السابق، ص40، د. ابراهيم نجار، اتفاق المبدأ، المصدر السابق، ص62 – 63، ومن الفقه الغربي المقارن، انظر: جان سدراس، الالتزام بالتفاوض، المصدر السابق، ص267.

(2) إذ تتخذ الالتزامات الثابتة في المستندات قبل التعاقدية، السابقة على التفاوض، مثل: (المستندات الأعلانية، مستندات الوعد بالتفاوض). اشكال مستندات التزامات إيجابية دائماً، بخلاف الأمر عليه، بالنسبة للالتزامات التي تتمخض عن المستندات التفاوضية، التي تكون حيناً ايجابية، وحياناً أخرى سلبية، وان كشف الواقع العملي، شيوع هذه الأخيرة، في مرحلة التفاوض، كضمان لعدم الأخلال بأصوله، للتفاصيل. انظر: د. محمد حسين عبد العال، ضوابط الاحتجاج والمستندات العقدية، المصدر السابق، ص67، د. احمد الزقرد، نحو نظرية عامة لصياغة العقود، المصدر السابق، ص232.

والصريح (الصياغة القانونية) على هذه الضمانات التي يتم توثيقها في المستند ماقبل التعاقد الذي قد يثور حولها وسهولة لاثبات مضمونها<sup>(1)</sup>.

ومن هذه الالتزامات القانونية ماقبل التعاقدية التي ترتبط فيما بعد (بعد انعقاد العقد النهائي) بالالتزامات التعاقدية الناشئة من العقد وتكون الأولى جزءاً لا يتجزأ من الأخرى طبقاً للصياغة القانونية للمستندات الثابتة فيها، هي الالتزامات التي تفرض على احد المتفاوضين او كلاهما بالقيام بفعل معين تجاه الآخر او تجاه بعضهم البعض. والتي أصطلح في الفقه القانوني بتسميتها (الالتزامات الإيجابية)<sup>(2)</sup>.

ولما كان حصر الالتزامات الإيجابية أياً كان مصدرها القانوني او التعاقدية الذي يفرضها أمرٌ يصعب الوصول اليه لحرية الإرادة وسلطانها في انشاء الالتزامات المختلفة وفقاً لما ترغب فيه عموماً واعتبار الالتزامات الإيجابية التي تتضمنها مستندات قبل التعاقد من المبادئ العامة التي يتعين مراعاتها ولو دون النص عليها على وجه الخصوص<sup>(3)</sup>. فان الاستعراض في هذا المجال، سوف يقتصر على ضرب من الالتزامات الإيجابية الخاصة التي أطردها في الواقع العملية النص عليها في صلب الوثائق والمستندات الصادرة في المرحلة السابقة على التعاقد، لتكون موضوعاً محدداً لهذه الكيانات المادية، وتكون الأخيرة اوضاع ظاهرة لاثباتها وتحديد مناطقها الإلزامي تبعاً للصياغة القانونية التي تأتي بها<sup>(4)</sup>.

ومن اهم الالتزامات الإيجابية الخاصة التي تفصح عنا الأستقرارات العملية للمستندات والوثائق ماقبل التعاقدية - لاسيما في مجال العقود الفنية والمعلوماتية - هي كل من الالتزام بالدخول في التفاوض والالتزام بالأستمرار في التفاوض - كالتراميين ايجابيين - خاصيين بمرحلة المفاوضات التعاقدية<sup>(5)</sup>، ثم الالتزام ماقبل التعاقدية بتقديم المعلومات كاللزام

(1) انظر: د. مصطفى محمد الجمال، السعي الى التعاقد، المصدر السابق، ص241، د. صالح بن عبد الله، المبادئ القانونية في صياغة عقود التجارة الدولية، المصدر السابق، ص217.

(2) إذ تكون المستندات قبل التعاقدية، السابقة على التفاوض، مثل: (المستندات الاعلانية، مستندات الوعد بالتفاوض ... وغيرها) ملزمة لاحد الأطراف وهو مصدرها او موقعها. بخلاف الأمر عليه، بالنسبة للمستندات قبل التعاقدية الأخرى، التي تكون ملزمة لجانبا واحدا وللجانبيين، وفقاً لطبيعة العقد المزمع ابرامه، مع ذلك فلم يتخرج البعض من الفقه القانوني والقضاء من التأسيس لالزامية المستندات الملزمة لجانبا واحدا على اساس تعاقدية، شأنها شأن المستندات التفاوضية او التمهيدية. للتفاصيل. انظر:

py(m) Droitdu Tourisme/3emed: 1993/pre face: j.Boulouis: p.252.-

نقلاً عن: د. احمد الزقرد، نحو نظرية عامة لصياغة العقود، المصدر السابق، ص219، وفي القضاء إذ قيل بان مايرد في الكاتولوج، وعد بالتعاقد بالارادة المنفردة يلزم الواعد لا الموعد له، فان عدل جاز اجباره على تنفيذ العقد النهائي: انظر: جازيت، دي باليه، 1980، المصدر السابق، ص7، نقلاً عن: د. احمد شرف الدين، اصول الصياغة القانونية للعقود ...، المصدر السابق، ص65، كذلك انظر: حكم الدائرة التجارية، محكمة باريس، في 28/ نوفمبر، 1977، إذ تؤسس المحكمة قوة الاعلان الملزمة على الوعد بالتعاقد.

(3) إذ يبقى للارادة التعاقدية حرية العنان المطلقة في تنظيم مستندات تعاقدية في المرحلة السابقة على توقيع العقد النهائي، تضمنها التزامات شتى، تكفل ضمان سعيها نحو التعاقد، شريطة ان لاتصطدم بالنظام العام او الآداب، وان تتم وفقاً لمقتضيات مبدأ حسن النية، ومن الالتزامات الإيجابية التي شاع النص عليها في المستندات السابقة على التعاقد، في نطاق التبادل التجاري عموماً، والدولي على وجه الخصوص، هي الالتزام بالتعاون، الالتزام بالاعتدال والاستقامة، الالتزام بالنصيحة، الالتزام بالأعلام ... الخ. للتفاصيل، انظر: د. هاني صلاح سري الدين المفاوضات في العقود التجارية الدولية ...، المصدر السابق، ص113 - 114، د. حسام الدين الأهواني، المفاوضات في الفترة ماقبل التعاقدية، المصدر السابق، هامش (20)، ص42، د. نزيه محمد الصادق المهدي الالتزام قبل التعاقد بالادلاء بالبيانات ...، المصدر السابق، ص7، د. محمد حسام محمود لطفي، المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض، المصدر السابق، ص14-15، د. محمد محمد ابو زيد، المفاوضات في الأطار التعاقدية، المصدر السابق، ص67.

(4) وهي التي أصطلح بتسميتها في الفقه القانوني، مستندات الأتفاقيات المبدئية الإيجابية، للتفاصيل. انظر: د. ابراهيم نجار، اتفاق المبدأ، المصدر السابق، ص57، د. مصطفى العوجي، القانون المدني، العقد، ج1، المصدر السابق، ص208، د. احمد الزقرد، نحو نظرية عامة لصياغة العقود ...، المصدر السابق، ص217.

(5) انظر: د. جمال فاخر النكاس، العقود والأتفاقيات الممهدة للتعاقد ...، المصدر السابق، ص163، د. جلال احمد خليل، النظام القانوني لحماية الأختراعات، المصدر السابق، ص323، ومالهذه الألتزامات من مكانة على مستوى المعاملات الدولية، انظر:

M.Fontaine: Les contrats: internationaux: along terme in Etudes offertes a Roger Hinin, Dalloz Paris 1985. P. - 225.

الفصل الثالث ..... أحكام الصياغة القانونية للقوة الملزمة لمستندات قبل التعاقد

قانوني ايجابي يتمتع بخصوصية النص عليه في المستندات والوثائق التفاوضية وعمومية وجوده في شتى المستندات والوثائق التعاقدية الأخرى الصادرة في المرحلة السابقة على التعاقد<sup>(1)</sup>.

---

(1) انظر: جاك غستان, تكوين العقد, المصدر السابق , ص498, د. محمد عبد الظاهر حسين, الجوانب القانونية للمرحلة السابقة للتعاقد, المصدر السابق , ص76, د. نزيه محمد الصادق المهدي الالتزام قبل التعاقد , المصدر السابق , ص61.

## الفرع الأول

### الالتزام بالدخول في التفاوض

يتمتع أطراف التفاوض - كمبدأ عام - بالحرية في عدم الدخول في مفاوضات تعاقدية من أساسه أو العدول عنها طالما أن هذا العدول لم يقترب بخطأ، ومن هذا فقد يتعهد أحد أطراف المفاوضات أو يتفق كلاهما على تقييد هذه الحرية وذلك بالالتزام بالدخول في مفاوضات مع الطرف الآخر، ويتمثل الهدف من مثل هذه التعهد أو الاتفاق في الالتزام في التفاوض وليس إبرام العقد محل التفاوض ذاته<sup>(1)</sup>. فالأثر الأساسي لهذا الالتزام هو تحويل الالتزام بالتفاوض من مجرد التزام عام يتجرد من الطبيعة القانونية ويخضع إلى مبدأ حرية التعاقد إلى التزام محدد له صفة قانونية وتعاقدية ملزمة<sup>(2)</sup>. وإذا كان من الناحية القانونية لا يوجد ما يحول من أن يتخذ الالتزام بالدخول في التفاوض شكل الخطابات الصادرة من الطرفين إلى الآخر<sup>(3)</sup>.

أو حتى من الغير، فإن الصورة الغالبة التي أفرزها الواقع العملي هي أن يكون مستند هذا الالتزام الإيجابي أو الوثيقة الصادرة بشأنه وليدة اتفاق كلا الطرفين الساعين إلى الارتباط بالعقد النهائي ولذا تُعد اتفاقات الدخول في التفاوض، التي اصطلح الفقه القانوني الحديث على تسميتها باتفاقات المبادئ من أبرز المصاديق القانونية لمثل هذا الالتزام الإيجابي الملزم للطرفين<sup>(4)</sup>.

وعليه يمكن للأطراف توقيع اتفاق مبادئ مضمونه الدخول في عملية التفاوض بقصد إبرام عقد ما ومثل هذا الاتفاق المبدئي، يُعدّ عقداً يلزم الموقع عليه بتنفيذ ما ورد به، فإذا تم التوصل إلى إبرام العقد النهائي، كان المستند - وبمقتضى صياغته القانونية - الذي يشتمل على الاتفاق المبدئي وثيقة سابقة على التعاقد، قد تكون جزءاً لا يتجزأ من العقد أو مكملته له فإن أريد خلاف ذلك، تعين النص عليه في الوثيقة أو المستند ذاته<sup>(5)</sup>.

إن يلفت البعض من الفقه القانوني - النظر - إلى أن الاتفاق المبدئي على الدخول في عملية المفاوضات لا يترتب عليه أي التزام بالتوصل إلى إبرام العقد محل التفاوض، وإنما يقتصر أثره على التزام الأطراف بالدخول في المفاوضات.

(1) انظر: د. هاني صلاح سري الدين، المفاوضات في العقود التجارية الدولية، المصدر السابق، ص 63، د. محمد إبراهيم دسوقي، الجوانب القانونية في إدارة المفاوضات، المصدر السابق، ص 109، د. يزيد أنيس نصير، مرحلة ما قبل العقد، ج 1، المصدر السابق، ص 13، د. محمد محمد أبو زيد، المفاوضات في الأطار التعاقدية، المصدر السابق، ص 69، ومن الفقه الغربي المقارن، انظر:

Jean sidras Le obligation par conferece revae trimester pour le droit commereial et le droit economie. P. 265.-

(2) فالأصل إذن: أن الالتزام بالدخول في التفاوض، هو أثر مترتب من عقد ملزم، مادام أنه قد اشتمل بصياغته القانونية على طبيعة العقد، وعناصره الأساسية، للتفاصيل. انظر: د. أحمد الزقرد، نحو نظرية عامة لصياغة العقود، المصدر السابق، ص 272، د. أحمد شرف الدين، أصول الصياغة القانونية للعقود، المصدر السابق، ص 88.

(3) انظر: د. عبد المنعم البدر، النظرية العامة للالتزامات، المصدر السابق، بند 141، ص 198، د. محمد إبراهيم دسوقي، الجوانب القانونية في إدارة المفاوضات، المصدر السابق، ص 107.

(4) إذ يلاحظ على اتفاقات المبادئ، للدخول في التفاوض مايلي، أولاً: أنها بلغت دوراً مهماً في انقاذ المفاوضات ذاتها، أو الوصول بها إلى غايتها، من حيث إبرام العقد النهائي، وإن اختلف الفقه القانوني في الحالة الأخيرة، بشأن إذا ما كان اتفاق المبادئ، يترتب التزاماً بتحقيق نتيجة، أو ببذل عناية، انظر: د. محمد محمد أبو زيد، المفاوضات في الأطار التعاقدية، المصدر السابق، ص 71، د. محمد إبراهيم دسوقي، الجوانب القانونية في إدارة المفاوضات، المصدر السابق، ص 107، ثانياً: أن تحديد قيمتها القانونية التعاقدية، يتوقف على طريقة صياغتها القانونية، وهو الفرض الذي يهمننا بالدرجة الأساس، أي بالنظر إلى اشتمال الوثيقة أو المستند، الذي يتضمن الاتفاق المبدئي على العناصر الأساسية للعقد المراد إبرامه، وعلى طبيعته في القانون الفرنسي، أو اشتماله على العناصر الأساسية والثانوية في القانون الإنجليزي، للتفاصيل. انظر: د. إبراهيم نجار، اتفاق المبدأ، المصدر السابق، ص 59، د. أحمد الزقرد، نحو نظرية عامة لصياغة العقود، المصدر السابق، ص 258، فيما يرى البعض الآخر من الفقه القانوني، أن الخطابات الصادرة من أحد الأطراف، للبدء في التفاوض، لا تعدو أن تكون دعوة إلى التعاقد، غير ملزمة لمصوّها، انظر: د. حمدي عبد الرحمن، مصادر الالتزام، المصدر السابق، ص 186، فيما يرى البعض الآخر إلى أن الالتزام بالدخول في التفاوض، قد يبدأ عقب توجبه إيجاب بات، بالمعنى الصحيح من أحد الأطراف، إلا أن الموجه إليه الإيجاب يعارض بعض ماتضمنه هذا الإيجاب، دون أن يقدم بإيجاب بات من ناحيته، وهنا يسقط الإيجاب، ويبقى الطرفان في دائرة التفاوض، انظر: في ذلك، د. محمد لييب شنب، الوجيز في مصادر الالتزام، المصدر السابق، ص 120.

(5) انظر: د. أحمد شرف الدين، أصول الصياغة القانونية للعقود، المصدر السابق، ص 59، د. أحمد الزقرد، نحو نظرية عامة لصياغة العقود، المصدر السابق، ص 273، د. صالح بن عبد الله، المبادئ القانونية في صياغة عقود التجارة الدولية، المصدر السابق، ص 80.

وبعبارة أخرى، فإنه يقلب حرية الأطراف بالدخول في الأصول التفاوضية، أو العدول عنها، الى التزام محدد له صفة تعاقدية<sup>(1)</sup>. فإذا اقترن الاتفاق المبدئي على الدخول في المفاوضات بمدة محددة، تعين على الأطراف بدء المفاوضات فعلاً خلال المدة المذكورة، وانما تنثور الصعوبة، بصدد تحديد الوقت الذي تبدأ فيه المفاوضات، خصوصاً إذا سبقتها أعمال تحضيرية واعداد مستندات أو وثائق أو اجراء دراسات تمهيدية وهي مسألة تُترك تقديرها لمحكمة الموضوع، طبقاً لظروف كل حالة وملابساتها على حدة<sup>(2)</sup>.

فإذا تبين ان احد المتفاوضين قد اخل بالتزامه المشروع في بدء المفاوضات، عُذ مُخلاً بالتزام تعاقدية مصدره اتفاق المبادئ يخول الطرف الآخر (المتفاوض) برفع دعوى التعويض، انما لايجوز الحكم بالتنفيذ العيني أي إجباره على الدخول فعلاً في المفاوضات لعدم تحقق شرائط التنفيذ العيني<sup>(3)</sup>.

ومع ذلك فان الفقه القانوني لم يتفق على رأي واحد حول التسليم بالقوة الملزمة لمستندات الالتزام بالدخول في التفاوض.

إذ ذهب الرأي الأول: الى رفض تقرير القوة الملزمة للالتزام بالدخول في التفاوض، لاسيما الالتزام الناشئ من اتفاق ثنائي الطرفين، على سند من القول بان التوافق المبدئي على مُطلق التفاوض على عقد من العقود ومن دون تحديد للاعمال التي يلتزم الطرفان القيام بها في إطار التفاوض، لا يكون منشأً للالتزام بالتفاوض بالمعنى الدقيق وتكون قيمته محصورة في ترديد الواجب العام، بمراعاة حسن النية واحترام الثقة المشروعة الذي يفرضه النظام القانوني على كل متفاوض<sup>(4)</sup>. أما الرأي الآخر، فقد ذهب الى القول: الى انه لكي يكون مثل هذا المستند ماقبل التعاقد متضمناً للالتزام الدخول في التفاوض بالمعنى الدقيق، فانه يتعين ان يتضمن تحديداً لاطار التفاوض ومضمونه او يتضمن على الأقل تحديد إجراءات معينة تمكّن من تحديده<sup>(5)</sup>. ومن هذا المنطلق فانه يمكن وفقاً لهذا الرأي، التمييز بين حالتين او مجموعتين من الفروض.

**الحالة الأولى:** هي حالة عدم وجود تعامل سابق بين الطرفين يتصل به التفاوض المزمع مباشرته بينهما. في هذه الحالة يصعب القول بان مجرد توافق الطرفين او احدهما على التفاوض دون تحديد مضمون خاص محدد للاتفاق او التعهد يمثل التزاماً قانونياً ملزماً لهما بالتفاوض<sup>(6)</sup>. وبعبارة أخرى، ففي هذه الحالة حالة عدم وجود تعامل سابق بين الطرفين يتصل به تعهد او اتفاق الدخول في التفاوض يكون الالتزام المجرد على الدخول في عملية المفاوضات، خاضعاً لمبدأ حرية التعاقد الذي يحكم مرحلة التفاوض او السعي الى التعاقد<sup>(7)</sup>. أما **الحالة الثانية:** فهي حالة وجود تعامل سابق بين

(1) انظر: د. مصطفى العوجي، القانون المدني، العقد، ج1، المصدر السابق، ص209، د. محمد عبد الظاهر حسين، الجوانب القانونية للمرحلة السابقة للتعاقد، المصدر السابق، ص768، د. هاني صلاح سري الدين، المفاوضات في العقود التجارية الدولية، المصدر السابق، ص108.

(2) انظر: د. احمد الزقرد، نحو نظرية عامة لصياغة العقود، المصدر السابق، ص273، د. احمد شرف الدين، اصول الصياغة القانونية للعقود، المصدر السابق، ص91، د. جمال فاخر النكاس، العقود والاتفاقيات الممهدة للتعاقد، المصدر السابق، ص170 - 171.

(3) انظر: د. ابراهيم نجار، اتفاق المبدأ، المصدر السابق، ص57، د. محمد حسام محمود لطفي، المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض، المصدر السابق، ص175.

(4) انظر: د. مصطفى محمد الجمال، السعي الى التعاقد، المصدر السابق، ص239، د. محمد محمد ابو زيد، المفاوضات في الأطار التعاقدية، المصدر السابق، ص73، د. رجب كريم عبد الاله، التفاوض على العقد، المصدر السابق، ص200، ومن الفقه الغربي المقارن، انظر: جان جاك موسيرون، الفن التعاقدية، المصدر السابق، ص513، جان سدراس، الالتزام بالتفاوض، المصدر السابق، ص278، بند 51.

(5) انظر: د. هاني صلاح سري الدين، المفاوضات في العقود التجارية الدولية، المصدر السابق، ص108، د. محمد ابراهيم دسوقي، الجوانب القانونية في ادارة المفاوضات، المصدر السابق، ص110، وفي بيان عدم كفاية سلطان الارادة في انشاء الالتزامات ماقبل التعاقدية. انظر: د. عبد الرحمن عياد، اساس الالتزام العقدي، المصدر السابق، ص334، ومن الفقه الغربي المقارن، انظر: جونا شيمدت، المفاوضات وابرار العقود، المصدر السابق، دالوز، 1982، ص102.

(6) كذلك يصدق الحال ذاته، فيما لو وجد تعامل سابق بين الطرفين، إلا انه لايمت بصلة بموضوع التعاقد الجديد، او يخص التفاوض على الصفقة المراد إبرامها، انظر: د. رجب كريم عبد الاله، التفاوض على العقد، المصدر السابق، ص216، د. محمد محمد ابو زيد، المفاوضات في الأطار التعاقدية، المصدر السابق، ص71.

(7) انظر: د. مصطفى محمد الجمال، السعي الى التعاقد، المصدر السابق، ص242.

الطرفيين واتصال مستند الالتزام بالدخول في التفاوض بهذا التعامل<sup>(1)</sup>. ومثال ذلك، ما إذا اتفقا طرفا عقد من العقود على الدخول في التفاوض بشأن تجديده مدة أخرى قبل انتهاء مدته بفترة معينة<sup>(2)</sup>.

في هذه الحالة يكون هناك تعهد حقيقي أو اتفاق نافذ وملزم قانوناً دون حاجة الى وجود منوال معين للتفاوض وكافٍ لإقامة التزام خاص على أحد الطرفين أو كلاهما بالأنخراط في التفاوض بناء على طلب الطرف الآخر ومن الواضح انه في هذه الحالة يكون هناك اساس مُحدّد وواضح ينافي بالالتزام بالدخول في التفاوض بدء المفاوضات والمناقشات حوله بالإضافة الى تحديد لحظة بداية تلك المفاوضات وانتهائها، ولولم يتم توقيع الوثيقة النهائية مادام الأطراف قد اتفقوا على الأساسيات<sup>(3)</sup>. فيما انتهى الرأي الثالث، والأخير: الى الجزم بتقرير القوة الملزمة للالتزام بالدخول في التفاوض سواء كان مُصدر ذلك الالتزام هو الإرادة المنفردة لأحد المتفاوضين أو كان مصدره الاتفاق المبدئي بينهما فالأصل اذن - وفقاً لهذا الرأي - ان الالتزام بالدخول في عملية المفاوضات، هو عقد ملزم مادام قد اشتمل بصياغته القانونية على طبيعة العقد وعناصره الأساسية وبذا يجوز اجبار المتفاوضين على تنفيذ ماورد به (أي الدخول في عملية المفاوضات فعلاً) وليس ابرام العقد النهائي محل التفاوض<sup>(4)</sup>. ويكفي لاعتبار الاتفاق المذكور اشتماله على العناصر الأساسية في نظر الاتجاه اللاتيني ومنه إذا اتفق الطرفان على جميع المسائل الجوهرية في العقد واحتفظا بمسائل ثانوية يتفقان عليها - فيما بعد - ولم يشترطا ان العقد لا يتم عند عدم الاتفاق عليها، فان المحكمة تقضي فيها طبقاً لطبيعة المعاملة ولأحكام القانون والعرف والعدالة<sup>(5)</sup>.

- ومن الجدير بالإشارة ان هذا الرأي الفقهي في القانون، نراه هو الرأي الأقرب للقواعد العامة في نظرية الالتزام في ضوء الطبيعة القانونية للالتزام بالدخول في التفاوض، التي انتهت اليها اغلب اراء الفقه القانوني بانها التزام بنتيجة وهي الدخول في التفاوض وبالتالي يجبر الملتزم على تنفيذ ما التزم به إذا كان ذلك ممكناً<sup>(6)</sup>. ولا يوجد في قانوننا المدني العراقي ما يحول دون نفاذ مثل هذا الاتفاق أو التعهد، متى تحققت له الشروط الموضوعية اللازمة من (الرضا - المحل - السبب)<sup>(7)</sup>. ولا يوجد كذلك ما يلزم بأن يتخذ مستند أو وثيقة ذلك (التعهد أو الاتفاق) شكل مُحدد حتى ولو كان العقد محل التفاوض من العقود الشكلية، إذ ان محل الالتزام هو التفاوض وليس ابرام العقد اوحى الوعد بابرامه، ومتى فشلت المفاوضات بالرغم من الالتزام بالتفاوض، فلا يكون أي من الأطراف مسؤولاً عن فشل التفاوض أما إذا كان اخفاق المفاوضات نتيجة

(1) وتتجسد تطبيقات، هذه الحالة، فيما يسمى، (بعقد الأطار العام)، الذي يفرض وجود تعاملات اقتصادية سابقة، بين اطرافه، لضمان انعقاد هذا الأخير. للتفاصيل. انظر: د. محمد ابراهيم دسوقي، الجوانب القانونية في ادارة المفاوضات و ابرام العقود، المصدر السابق، ص109.

(2) او كحالة توصل الملتزم بنقل التكنولوجيا، بعد التعاقد الى تحسينات جديدة، ورغبة الطرف الآخر في الافادة منها، او كحالة رغبة المتعاقد، على تركيب شبكة حاسبات اليه، الى توسعة الشبكة، او تعديلها. او كحالة توسع نشاط المورد اليه واحتياجاته الى كميات اضافية من المواد الأولية، للتفاصيل، انظر: د. هدى عبد الله، النظام القانوني للفترة السابقة للتعاقد، ج1، المصدر السابق، ص79.

(3) انظر: د. محمد ابراهيم دسوقي، الجوانب القانونية في ادارة المفاوضات، المصدر السابق، ص108، د. حسام الدين الأهواني، المفاوضات في الفترة ما قبل التعاقدية، المصدر السابق، بند 91، ص76.

(4) انظر: في تأييد هذا الرأي، د. احمد الزقرد، نحو نظرية عامة لصياغة العقود، المصدر السابق، ص272، د. محمد محمد ابو زيد، المفاوضات في الأطار التعاقدية، المصدر السابق، ص72 - 73، د. صالح بن عبد الله، المبادئ القانونية في صياغة عقود التجارة الدولية، المصدر السابق، ص70 - 71، د. احمد شرف الدين، اصول الصياغة القانونية للعقود، المصدر السابق، ص63، د. مصطفى العوجي، القانون المدني، ج1، العقد، المصدر السابق، ص222، د. محمد حسين عبد العال، التنظيم الاتفاقي للمفاوضات العقدية، المصدر السابق، ص198.

(5) انظر: فونتين، قانون العقود الدولية، المصدر السابق، ص35، كذلك: انظر: M. Baccarei Dol. Silence et rcticence. Ga. Pal 1953. IDoctrine. P. 24.-

إذ يعتبر الاتفاق قد تكون، ولو لم يتم توقيع المستند النهائي للعقد محل التفاوض، مادام الأطراف قد اتفقوا على الأساسيات (العناصر الجوهرية). نقلاً عن: د. محمد ابراهيم دسوقي، الجوانب القانونية في إدارة المفاوضات، المصدر السابق، ص106.

(6) إذ يسلم الرأي الراجح في الفقه القانوني، ان الالتزام بالدخول في التفاوض، هو التزام بتحقيق غاية نسبة الى عقد التفاوض ذاته، فيما لا يكون إلا مجرد التزام ببذل عناية، بمناسبة علاقته بالعقد النهائي المنشود، للتفاصيل. انظر: د. ابراهيم نجار، اتفاق المبدأ، المصدر السابق، ص58، د. محمد ابراهيم دسوقي، الجوانب القانونية في ادارة المفاوضات، المصدر السابق، ص107، د. محمد محمد ابو زيد، المفاوضات في الأطار التعاقدية، المصدر السابق، ص75.

(7) ومن ذلك نصت المادة (1/86) من قانوننا المدني العراقي، على ان: ((يطابق القبول الايجاب إذا اتفق الطرفان على كل المسائل الجوهرية التي تفاوضا فيها. اما الاتفاق على بعض هذه المسائل فلا يكفي لالتزام الطرفين، حتى لو اثبت هذا الاتفاق كتابة)). وتلت الفقرة (2) من المادة ذاتها بالنص على ان: ((وإذا اتفق الطرفان على جميع المسائل الجوهرية في العقد، واحتفظا بمسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد، ولم يشترطا ان العقد يكون غير منعقد، عند عدم الاتفاق على هذه المسائل، فيعتبر العقد قد تم، وإذا قام خلاف على المسائل التي لم يتم الاتفاق عليها، فان المحكمة تقضي فيها طبقاً لطبيعة الموضوع، ولأحكام القانون والعرف والعدالة)). ومن النصوص المقارنة الأخرى. انظر: المادة (141) مدني اماراتي، المادة (2/100) مدني اردني، المادة (95) مدني مصري، المادة (96) مدني سوري، المادة (95) مدني ليبي.

خطأ أحد الأطراف، مثل قطع المفاوضات فجاءة ودون عذر مقبول قبل انتهاء المدة المحددة في اتفاق التفاوض، فيكون هذا الطرف المخطئ مسؤولاً مسؤولية (تعاقدية أو تقصيرية) حسب المصدر الذي نشأ بمقتضاه الالتزام بالدخول في التفاوض<sup>(1)</sup>. ويجوز الاتفاق على الأعفاء من هذه المسؤولية أو التخفيف منها. فيما عدا أحوال الغش أو الخطأ الجسيم الصادر من المدين شخصياً - طبقاً للقواعد العامة - (2). - وكما سيأتي بيانه، فإن التنفيذ العيني في هذه الأحوال يكون غير ممكن، إذ لا يتصور إلزام المدين بإبرام العقد النهائي، محل التفاوض - فكما ذكرنا أنفاً - فإنه يتمثل محل الالتزام في تعهد أو اتفاق التفاوض الثابت في المستند ما قبل التعاقد هو في الالتزام بالدخول في المفاوضة وليس في إبرام العقد أو حتى الوعد به<sup>(3)</sup>.

أما إذا انتقلنا إلى القانون الإنجليزي والقوانين التي تدور في فلكه فإننا نجد أن الوضع يختلف عن الوضع السالف ذكره في القوانين اللاتينية كلياً في هذا الخصوص، فاتفاق الدخول في التفاوض ليست له أي صفة الزامية ولا يعد التزاماً نافذاً في ظل القانون الإنجليزي<sup>(4)</sup>. وعلى حد قول اللورد (دننج) فإن الاتفاق بالدخول في التفاوض يتجرد من أي قيمة قانونية تعاقدية في القانون الإنجليزي فلا يعد هذا الاتفاق ومستنداته الثابت فيها في نظر القانون الإنجليزي واضح المعالم أو مؤكد من حيث اثره إذ يصعب معاً على المحكمة تقدير التعويض الناتج عن مخالفة أحكامه إذ أنه لا يمكن التحقق عملاً إذا كانت المفاوضات ستكلل بالنجاح أم لا حتى ولو لم تكن هناك مخالفة لأحكام الالتزام، فالقاعدة في القانون الإنجليزي أن لكل طرف أن يسعى إلى تحقيق مصالحه الخاصة على النحو الذي يراه دون أن يلتزم بالتفاوض ولا يكون مسؤولاً طالما أنه لم يرتكب غشاً أو تدليساً<sup>(5)</sup>.

أما القضاء، فهو الآخر لم يكن أقل اختلافاً في موقفه من سابقه (الفقه القانوني والتشريع) من تقرير صحة الالتزام التعاقدية الأيجابية بالدخول في التفاوض تارةً، ومن انكار وجوده ونفاذه القانوني على حد سواء، تارة أخرى.

(1) انظر: د. أمية علوان، القانون الواجب التطبيق على المسؤولية قبل التعاقدية، المصدر السابق، ص3، الأستاذ. فايز الحاج شاهين، المسؤولية السابقة للتعاقد الناشئة عن قطع المفاوضات، المصدر السابق، ص42.

(2) انظر: د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط، ج1، المصدر السابق ص1107، د. سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، ج2، المصدر السابق، ص640، د. مصطفى مرعي، المسؤولية المدنية في القانون المصري، الطبعة الثانية، مطبعة الأعتد، القاهرة - مصر (1944م)، ص330 - 331، د. حسن عكوش، المسؤولية المدنية في القانون المدني الجديد، الطبعة الأولى، مكتبة القاهرة الحديثة، القاهرة - مصر (1957م)، ص195، وبخصوص مدى الأعفاء من المسؤولية المدنية في مرحلة ما قبل التعاقد، انظر: د. محمد حسين عبد العال، التنظيم الاتفاقي للمفاوضات العقدية، المصدر السابق، ص269، د. هاني صلاح سري الدين، المفاوضات في العقود التجارية الدولية، المصدر السابق، ص120، د. محمد حسام محمود لطفي، المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض، المصدر السابق، ص75 - 76.

(3) كذلك يجب التنبيه، من عدم الخلط، بين الامتناع من الأساس في الدخول في التفاوض رغم وجود الالتزام، هنا يمكن القول بالتنفيذ العيني، لأن محل الالتزام سوف يكون هو الدخول في التفاوض، وبين قطع التفاوض أو الإخلال به، هنا لا يمكن القول، بالتنفيذ العيني، لأن محل الالتزام سوف يختلف، والقول بالتنفيذ العيني في الحالة الأخيرة، يعني إجبار المتفاوضين على إبرام العقد النهائي. انظر: د. رجب كريم عبد الله، التفاوض على العقد، المصدر السابق، ص197، د. محمد محمد أبو زيد، المفاوضات في الأطر التعاقدية، المصدر السابق، ص70.

(4) انظر:

Good: R(Report: England in Instiute of inter national Business law and practice for mation of contracts and pre. - Contractual liability (1990) p. 58.

نقلاً عن: د. هاني صلاح سري الدين، المفاوضات في العقود التجارية الدولية، المصدر السابق، ص109، وهناك بعض القوانين، مثل القانون النمساوي، الذي يغرف كلمة (intent) بالنسبة لخطاب النوايا في الدخول في التفاوض، بأنها دليل على تحييد الأثر الملزم لخطاب النية، كذلك هو الحال بالنسبة للقانون البلجيكي، للتفاصيل. انظر:

p. callens G. Goetyen op. cit. P. 16.-

لاستعراض اغلب اتجاهات القوانين الغربية المقارنة، من موقفها، من الوثائق والمستندات قبل التعاقدية، التي تتضمن التزاماً بالدخول في التفاوض، انظر: د. صالح بن عبد الله، المبادئ القانونية في صياغة عقود التجارة الدولية، المصدر السابق، ص84.

(5) انظر:

Lord - Denning Brothers & Co.ltd.V.Roy Bowles (1973). P. 274.-

نقلاً عن: د. هاني صلاح سري الدين، المفاوضات في العقود التجارية الدولية، المصدر السابق، ص109 - 110.

إذ ففي الوقت الذي ايدت فيه محكمة النقض الفرنسية مبدأ القوة الملزمة للاتفاق السابق على التعاقد<sup>(1)</sup> في حكمها الصادر من الدائرة الاجتماعية في 19/12/1989 والذي تتلخص وقائعه، في ان اتفاقاً أبرم في 4/1/1982، بين صاحب عمل وبين تنظيمات نقابية عمالية حول تخفيض ساعات العمل والأجور وبمقتضى هذا الاتفاق تراضى الطرفان على تخفيض ساعات العمل تدريجياً من (40) ساعة الى (37) اسبوعياً، قبل 1/12/1982، دون تخفيض في الأجور، لكن الاتفاق الذي كان قد وقع من الطرفين قد نص علاوة على ذلك على ان يلتزم الأطراف بالدخول في التفاوض لبحث التدابير التي يمكن اتخاذها فيما يتعلق بساعات العمل الأسبوعية كما ان النص على ان تخفيض ساعات العمل الى (35) ساعة اسبوعياً هو هدف يتعين الوصول اليه بالنسبة لجميع العاملين في عام 1985 وعندما رفض صاحب العمل إجراء هذا التخفيض الأخير، بدون مقابل في الأجور رفعت التنظيمات النقابية الامر الى القضاء مطالبة ا لزامه بتنفيذ تعهده الكتابي، بتخفيض ساعات العمل الى (35) ساعة اعتباراً من عام (1985) عن طريق الغرامة التهديدية، وقد استجابت محكمة الموضوع الى الطلب مؤكدة التزام صاحب العمل تعاقدياً بالشرط الذي يتضمنه الاتفاق التزاماً قاطعاً لامجال للتحلل منه وان هذا الالتزام، هو التزام بتحقيق نتيجة وليس مجرد التزام ببذل وسيلة إلا ان الدائرة الاجتماعية في محكمة النقض الفرنسية نقضت الحكم مؤكدة ان الشرط المتنازع عليه ليس إلا اتفاق مبادئ على الدخول في التفاوض للوصول الى تخفيض مدة العمل الأسبوعي ويثبت له المناط القانوني الالزامي بهذه الصفة لابقصته التزاماً مستقلاً وإن محكمة الاستئناف بما قررت من انهم التزموا بتحقيق نتيجة، وهي تخفيض ساعات العمل تكون قد خالفت المبدأ المشار اليه<sup>(2)</sup>.

في حين كان للقضاء الإنجليزي رأي مناهض من ذلك لاسيما في قضية (Walfrod. V.Miles) المشهورة إذ ذهب اللورد (اكز) (Ackner) الى القول فيها بان الالتزام ما قبل التعاقد بالدخول في التفاوض غير مؤكد ويخلو من أي قيمة تعاقدية ملزمة والمقصود بانه غير مؤكد أي لا يعرف بداية الالتزام او نهايته على اوجه الدقة كما ان أثره غامضة تقبل التأويل<sup>(3)</sup>.

(1) انظر: نقض مدني فرنسي، دالوز، 1991، 62، تعليق شيمدت ز الويسكي. R.T.D.C. - 330، ملاحظات J. mestre، ص317. ومن الأحكام القضائية الأخرى الصادرة من القضاء المدني الفرنسي بهذا الخصوص، انظر: حكم (الدائرة المدنية) في 8/10/1963، رقم 419، ص359، وحكمها كذلك في 16/4/1973، رقم 287، ص207، وحكم الدائرة الاجتماعية في 19/12/1989، رقم 395، ص189، مشار الى هذه الأحكام عند: د. مصطفى محمد جمال، السعي الى التعاقد، المصدر السابق، ص264، د. ابراهيم نجار، اتفاق المبدأ، المصدر السابق، ص62، د. جمال فاخر النكاس، العقود والاتفاقيات الممهدة، المصدر السابق، ص166.

(2) ومن القرارات القضائية الفرنسية الحديثة الصادرة في هذا الشأن، هو قرار محكمة النقض الفرنسية في 9/11/2001، رقم 782، ص158، الذي قضت فيه: ((.... بان الاتفاق المبدئي، الذي توافق عليه الطرفان، توثيقاً لتحديد بدء المفاوضات بينهم من حيث تحديد عنصر الزمان وعنصر المكان، لا يلبث، إلا ان يكون اتفاقاً قانونياً بينهم باعتباره تعاقداً على الالتزام بالتفاوض، حول عقداً، أقتضت ضرورة انبرامه، ان يسبقه مشاورات ومناقشات، وان كانت لا تنتهي بالضرورة الى العقد النهائي، فان الدخول فيها بمقتضى النص الصريح الثابت في الوثيقة المحررة يغد موجباً قانونياً ملزماً ..)). انظر: حكم الدائرة التجارية، دالوز - 2001، 175، J.C.P. - 2001، 21679، ملاحظات جورج فيراسماي، المصدر السابق، ص368، نقلاً عن: د. يزيد أنيس نصير، مرحلة ما قبل التعاقد، ج2، المصدر السابق، ص222، ومن الأحكام القريبة من ذلك، التي تعرضت لمسألة بدء وافتتاح المفاوضات، حكم صادر من محكمة النقض الفرنسية، في (15) مايو، (1992)، وتتحصل وقائع في نزاع باستقالة مندوب عام لشركة التأمين، ثم قيام شركة التأمين بتعيين من يقوم مقامه، دون ان تنتظر الفترة التي يحق خلالها لهذا المندوب من ان يقترح على الشركة من خلفه ُ وقد ايدت محكمة النقض، حكم محكمة الموضوع الذي قضى بخطأ مسلك شركة التأمين، بأن اضاءة فرصة المندوب، في ان يفتح المفاوضات، ويقترح على الشركة الشخص الذي تعتمده وتعامله بشروط افضل. انظر:

= cass. Civ: 15mai 1992. Bull. eivII. No 143: p.71. R.T.D. civ: 1993. P. 344. obs. Mestre.-

نقلاً عن: د. محمد محمد ابو زيد المفاوضات في الأطار التعاقدى المصدر السابق، ص70، ومن قضاء النقض المصري، المؤيد للقوة الملزمة للالتزام بالدخول في التفاوض، انظر: نقض مدني مصري في 29/1/1967/ احكام النقض س18، ص215.

(3) وتتلخص وقائع هذه القضية، بأن احد المستأجرين، في مشاركة تأجير سفينة، كان قد اتفق، مع مالك السفينة الأصلي، على مناقشة إمكانية تجديد المشاركة، مدة اخرى ببذل الأيجار ذاته للمدة الماضية إلا ان مالك السفينة الأصلي تردد في تجديد المشاركة، ورفض الدخول في التفاوض مع المستأجر، الا ببذل ايجار جديد. للتفاصيل. انظر:

Walford. VMiles (House of lords) (1992) 1.AII.ER 453. -

انظر: في التعليق على هذا القرار وموقف القضاء الإنجليزي من مستندات اتفاق الالتزام بالدخول في التفاوض، د. هاني صلاح سري الدين، المفاوضات في العقود التجارية الدولية، المصدر السابق، هامش (34) ص74، د. احمد الزقرد، نحو نظرية عامة لصياغة العقود، المصدر السابق، ص274، شيشر وفيغوت، قواعد الأيجاب والقبول في القانونين الإنجليزي والسوداني، ترجمة هنري رياض، وكرم شفيق، المصدر السابق ص34 - 35، في حين يختلف مبدأ القوة الملزمة واثر الصياغة القانونية فيها، بالنسبة لخطاب النوايا بالدخول في المفاوضات، في النظام الأمريكي، عنه في النظام البريطاني، ففي النظام البريطاني، يمكن ان يثبت القوة الملزمة لهذا المبدأ فقط للعقد الموجود، بينما في

## الفرع الثاني الالتزام بالاستمرار في التفاوض

كان للانسحاب الكيدي، التعسفي من طاولة المفاوضات لاسيما، بعد تقرير الالتزام التعاقدى بالدخول في التفاوض، ومايصاحب ذلك من ضرر محقق لاحد الأطراف التي يتكبد دعاء الوصول الى الطرف الآخر والتحمل بالالتزامات التعاقدية القانونية المختلفة لتنفيذ التزامه الأول (الالتزام بالدخول في التفاوض) ان دعته الحاجة الملحة بغية لتحقيق الاستقرار والأطمئنان في قيام احد الأطراف الساعية الى التعاقد او كلاهما بتضمين مستندات ووثائق خطاباتهم واتفاقاتهم التعاقدية في المرحلة السابقة على التعاقد لالتزام قانوني - تعاقدى - إيجابى اخر، يلزم طرفه او اطرافه بالاستمرار بالاصول التفاوضية التي بدأوا فيها<sup>(1)</sup>. فيكون هذا الالتزام الأخير باعثاً على جدية المساومات والمناقشات التي تدور بين الأطراف في تلك المرحلة، بالإضافة الى كونه مؤشراً قانونياً لتقييم معقولية مواقف المتفاوضين التي يكونوا ثابتين عليها في حالة وجود مثل هذا الالتزام بنص صريح في المستند ما قبل التعاقدى وحالة الاحتجاج به كالتزام عام يجدها أساساً في الاعتدال والاستقامة والثقة المشروعة التي يجمعها مبدأ حسن النية بين طياته، ومما يتنافى وحسن النية قطع المفاوضات او العدول عنها، في وقت غير ملائم او بقصد الأضرار بالطرف او الأطراف الأخرى المتفاوضة<sup>(2)</sup>. ومن ذلك كان الالتزام بالاستمرار في التفاوض، يفرض على احد الأطراف او جميعهم بذل كل مافي وسعهم من جهود بمقتضى القانون، وحسب طبيعة العقد المتفاوض بشأنه وصولاً الى الغاية الحقيقية التي ابتغاها الأطراف عند اقدامهم على الدخول في التفاوض ابتداءً، سواء تمخضت هذه الغاية من موقف ايجابى يتمثل بابرام العقد النهائي وتوقيعها وانتهت الى موقف سلبي يتمثل في وصول المفاوضات وحسب المصلحة الاقتصادية لاطرافها الى طريق مسدود وعدم ابرام العقد النهائي محل التفاوض<sup>(3)</sup>. إذ فلا يعد اخلاً بالالتزام ما قبل التعاقدى في الاستمرار في التفاوض، او خرقاً لبنود المستندات او الوثائق الثابت فيها إذا لم تستقر المفاوضات عن ابرام العقد النهائي المنشود<sup>(4)</sup>.

فالالتزام بالاستمرار في التفاوض الثابت في المستند ما قبل التعاقدى على وفق الرأي الراجح في الفقه القانوني والاجتهاد والقضائي المعاصرين، لا يعدو ان يكون إلا التزاماً ببذل وسيلة، سواء وصلت الاصول التفاوضية الى لحظة

---

النظام الأمريكى يلحظ ان المحاكم الأمريكية، مستعدة لتطبيق مسؤولية ما قبل التعاقد، بصفة عامة، اكثر من المحاكم الانجليزية، للتفاصيل. انظر: د. صالح بن عبد الله، المبادئ القانونية في صياغة عقود التجارة الدولية، المصدر السابق، ص73، د. احمد شرف الدين، اصول الصياغة القانونية للعقود المصدر السابق، ص76 - 77.

(1) انظر: د. احمد الزقرد، نحو نظرية عامة لصياغة العقود ... المصدر السابق، ص276، د. عدنان ابراهيم السرحان و د. نوري حمد خاطر، مصادر الحقوق الشخصية، المصدر السابق، ف(107) ص90، د. احمد شرف الدين، اصول الصياغة القانونية للعقود، المصدر السابق، ص90 د. محمد محمد ابو زيد، المفاوضات في الأطار التعاقدى، المصدر السابق، ص73.

(2) اذ فيما يتعلق بالمقصود، بالالتزام بالاستمرار في التفاوض، فلا يعني ذلك الاستمرار المادي ولكن هو السلوك العادي في اثناء المفاوضات، بعدم اتخاذ موقف سلبي محض، او حتى اثاره العقبات، التي تحول دون تقدم المفاوضات، مثل تقديم مقترحات شاذة، غير مقبولة وهكذا ..، للتفاصيل. انظر: د. محمد ابراهيم دسوقي، الجوانب القانونية، في ادارة المفاوضات و ابرام العقود ... المصدر السابق، ص108، د. محمد حسام محمود لطفى، المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض، المصدر السابق، ص29، سليمان براك دايع، المفاوضات العقدية، المصدر السابق، ص52، ومن الفقه الغربى المقارن انظر:

Patrice Jourdain op. cit p.p. 126 - 127.-

(3) انظر: د. جمال فاخر النكاس، العقود والاتفاقيات الممهدة للتعاقد، المصدر السابق، ص168، د. احمد عبد الحميد عشوش، قانون العقد، بين ثبات اليقين واعتبارات العدالة، مؤسسة شباب الجامعة الأسكندرية- مصر، (1990) ص75 - 81، د. محمد حسين عبد العال، التنظيم الاتفاقي للمفاوضات العقدية، المصدر السابق، ص25، هيلان عدنان احمد، الاتفاقات السابقة على التعاقد، المصدر السابق، ص107.

(4) انظر: فؤاد العلوانى، د. عبد جمعة موسى الربيعي، الاحكام العامة في التفاوض والتعاقد، المصدر السابق، ص23، د. محمد عبد الظاهر حسين، الجوانب القانونية للمرحلة السابقة للتعاقد، المصدر السابق، ص768، د. يزيد انيس نصير، مرحلة ما قبل التعاقد، ج2، المصدر السابق، ص215.

التعاقد النهائي او انقطعت قبل ذلك<sup>(1)</sup>. وبالتالي يرفض الفقه القانوني الحديث<sup>(2)</sup> - ونحن معفي التأييد - مذهب اليه بعض الفقه القانوني من القول بأن الالتزام باستمرار المفاوضات هو التزام بتحقيق غاية<sup>(3)</sup>. لاسيما عندما يتم تنظيم المفاوضات العقدية باطار اتفاق تفوضي سابق على التعاقد على سند من القول منهم بأن هذا الاتفاق يحقق ثقة اكبر لدى الطرفين باعتباره خطوة جادة لابرار العقد النهائي إلا ان هذا الرأي لا يمكن الأخذ به لان من شأنه هدم مبدأ الحرية التعاقدية وسلطانها إذ فقد يرى أحد الطرفين بان العقد المراد ابرامه لا يناسبه من الناحية الفنية والأقتصادية والزامه بالاستمرار في المفاوضات حتى نهايتها هو مصادرة بنية ونكوص واضح لسلطان وحرية ارادته التعاقدية<sup>(4)</sup>.

وإذا نبذنا الولوج في الخلاف الفقهي الذي أثير حول الأساس القانوني للالتزام التعاقدية بالاستمرار في التفاوض وانتهيت مع الفقه القانوني الغالب بالتعويل لتأسيس القوة الملزمة لمستندات ووثائق هذا الالتزام وفقاً للمبدأ العام في الثقة المشروعة والإمانة في التعامل وهي المفردات القانونية لما يعرف في مرحلة ما قبل التعاقد بمبدأ حسن النية في مرحلة قبل التعاقد<sup>(5)</sup>. فان التأسيس وفق هذا المبدأ في اطار المستندات والوثائق ما قبل التعاقدية التي تعكس صياغتها القانونية نية الارتباط التعاقدية بجلاء لا يعد من الضمانات الكافية لاصطباغ الالتزام الإيجابي الخاص بالاستمرار بالتفاوض بصفة قانونية تعاقدية ملزمة او اضافة الصفة الاتفاقية على التعهدات او الاتفاقات المنشئة له

هذا بالإضافة الى ان المبدأ المذكور - وكما اسلفنا فيما مضى - هو من المبادئ القانونية العامة التي ضاقت المحاولات الفقهية والقضائية من حصر من يندرج تحتها يخرج عنه من مفاهيم قانونية، تتفاوت الأنظمة القانونية المختلفة في مواقفها حيال اعتبارها ضمن مفاهيم ذلك المبدأ من عدمه وأن كان مجال تطبيقه في المرحلة السابقة على التعاقد فكيف اذن يمكن القول بتأسيس المناط الإلزامي الذي تتضمنه تلك المفاهيم بالتأصيل القانوني لمبدأ حسن النية ما قبل التعاقدية<sup>(6)</sup>.

(1) انظر: د. صبري حمد خاطر، قطع المفاوضات العقدية، المصدر السابق، ص131، د. سعد عبد ملحم الحلبوسي، التفاوض في العقود...، المصدر السابق، ص29، سليمان براك دايج، المفاوضات العقدية، المصدر السابق، ص56، المحامي. صابر محمد عمار، التفاوض في عقود التجارة الالكترونية، المصدر السابق، ص9، وعلى صعيد القضاء الحديث. انظر:

cassi 19 mai: 1992. paris /in Ghestin op. cit p. 317.-

=كذلك حول طبيعة الالتزام بالتفاوض والاستمرار فيه، انظر: نقض مدني مصري: 4 فبراير، 1998، مجموعة المكتب الفني، س32، رقم 355، ص538.

(2) انظر: د. مصطفى محمد الجمال، السعي الى التعاقد، المصدر السابق، ص244، د. محمد ابراهيم دسوقي، الجوانب القانونية في ادارة المفاوضات...، المصدر السابق، ص107، د. مصطفى العوجي القانون المدني ج1، العقد المصدر السابق، ص177، د. حسام الدين الأهواني، النظرية العامة للالتزامات، المصدر السابق، بند 138، ص114. ومن الفقه الغربي المقارن. انظر:

Patrice: Jourdain op. cit p.p. 127 – 128.-

(3) فيما يرى البعض من الفقه القانوني، ان مستند الالتزام بالاستمرار في التفاوض، هو التزام بتحقيق غاية، إلا انها ليست ابرام العقد النهائي، بل هي عدم الأخلال باصول التفاوض، للتفاصيل. انظر: د. هاني صلاح سري الدين، المفاوضات في العقود التجارية الدولية، المصدر السابق، ص109، د. محمد محمد ابو زيد، المفاوضات في الأطار التعاقدية، المصدر السابق، ص75.

(4) انظر: د. مصطفى محمد الجمال، السعي الى التعاقد، المصدر السابق، ص24، د. يزيد انيس نصير، مرحلة ما قبل التعاقد، ج2، المصدر السابق، ص207، د. حسام الدين الأهواني، النظرية العامة للالتزامات، المصدر السابق، ص80، د. عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، المصدر السابق، ص594.

(5) انظر: د. محمود الكيلاني، عقود التجارة الدولية، المصدر السابق، ص199، د. حسام الدين الأهواني، المفاوضات في الفترة ما قبل التعاقدية، المصدر السابق، ص13، د. صبري حمد خاطر، قطع المفاوضات العقدية، المصدر السابق، ص133، د. ياسين محمد الجبوري، المبسوط في شرح القانون المدني، المصدر السابق، ص197، رومان منير زيدان، حسن النية في تكوين العقد، المصدر السابق، ص16، علاء حسين علي الجوعاني، حسن النية في تكوين العقود، المصدر السابق، ص22، د. عباس زبون العبودي، التعاقد عن طريق وسائل الاتصال الفوري وحجيتها في الأثبات المدني، اطروحة دكتوراه، مقدمة الى كلية القانون - جامعة بغداد، 1992، ص74.

(6) انظر: د. احمد الزقرد، نحو نظرية عامة لصياغة العقود، المصدر السابق، ص246، د. صالح بن عبد الله، المبادئ القانونية في صياغة...، المصدر السابق، ص73، هذا وقد حاول البعض من الفقه القانوني الغربي المقارن، وفي مقدمتهم الفقيه الفرنسي. ((saleilles)) التخصيص من حدة عمومية هذا المبدأ والتأسيس القانوني عليه، من خلال ربط وجود هذا الالتزام بتقديم المفاوضات، فكلماً كانت الاخيرة، في مرحلة

لذلك ووفقاً لما انتهى إليه الراجح في الفقه القانوني الحديث، فإن نظرية الصياغة القانونية لفحوى ومضمون الخطابات والاتفاقات ما قبل التعاقدية التي تتضمنها المستندات الثابتة فيها، تُعَدُّ من أصلح الأسس القانونية التي استند عليها في إضفاء القوة التعاقدية الملزمة أو سلبها بالنسبة لمستندات قبل التعاقد على وجه العموم ومستندات ووثائق الالتزام بالاستمرار في التفاوض على وجه خاص<sup>(1)</sup>. ومن ذلك كان من اللازم أن تتضمن الصياغات القانونية للمستندات الخاصة بهذا الالتزام الإيجابي نصاً واضحاً وصريحاً لموضوع العلاقة التعاقدية المتفاوض بشأنها وتحديد الأصول التفاوضية التي ينبغي على مصدري هذه المستندات، عدم الأخلاخل بها أثناء سريان المفاوضات<sup>(2)</sup>. هذا بالإضافة إلى تعيين الفترة الزمنية، التي يلزم بمقتضاها الطرفان بالاستمرار في التفاوض، سواء تم تحديدها، بوحدة زمنية معينة تنتهي بحلول أجلها، مثلاً: (اسبوع، شهر، سنة ..) أو يكون ذلك قبل هذه الوحدات أو بعدها عن طريق تعيين تاريخ معين يتعلق به العقد المزمع إبرامه في المستقبل. فيما قد يتم أيضاً تحديدها بمدة قانونية معقولة، وفقاً لما تفرضه طبيعة العقد المتفاوض بشأنه تجدد حدها عن بلوغ الأطراف في إطار سعيهم التفاوضي إلى نقطة معينة يتوافقان إليها أو يفترقان عليها<sup>(3)</sup>. وفي الحالة الأولى يمكن القول بأن لحظة إبرام العقد النهائي قد بدأت بالفعل<sup>(4)</sup>. فيما يستتبع القول في الحالة الثانية بانصراف كل متفاوض إلى شأنه الخاص<sup>(5)</sup>. هذا وتجدر الإشارة إلى أن المستند ما قبل التعاقد الذي يجد مضمونه في التزام أحد المتفاوضين أو كلاهما بالاستمرار في التفاوض غالباً ما يتضمن في طياته جملة من الالتزامات الأخرى اللازمة لتحقيق هذا الالتزام الأخير، وتُعد في الوقت ذاته من الأصول التفاوضية التي ينبغي عدم الأخلاخل بها أثناء سريان المفاوضات ومنها على سبيل المثال: الالتزام بتقديم المعلومات اللازمة للتعاقد (الالتزام بالأعلام) الالتزام بسرية المعلومات والبيانات وعدم إفشائها التي قد يكشف عنها أثناء قيام العملية التفاوضية والالتزام كذلك بعدم التفاوض مع الغير قبل انتهاء المدة الثابتة في مستند الاستمرار في التفاوض أو خلال أي مدة معينة أخرى<sup>(6)</sup>.

مقدمة، اتمتع على الطرفين قطعاً بشكل غير مشروع، وإذ أن من مقتضى مبدأ حسن النية، احترام الثقة والالتزام بالامانة، وما يخل بالثقة ويجانب الامانة، قطع المفاوضات، دون مبرر مشروع، بعد ان شارفت على نهايتها وحانت لحظة إبرام العقد النهائي، انظر:

Saleilles De la Responsibilite pre contractuelle ReV. Time dr. civ 1967. p226. ets.-

نقلاً عن: د. رجب كريم عبد اللاله، التفاوض على العقد، المصدر السابق، ص46، وقريب من ذلك، د. مصطفى العوجي، القانون المدني، ج1، المصدر السابق، ص167.

(1) انظر: د. احمد الزقرد، نحو نظرية عامة لصياغة العقود ... المصدر السابق، ص276، د. احمد شرف الدين اصول الصياغة القانونية للعقود، المصدر السابق، ص64، د. هاني صلاح سري الدين، المفاوضات في العقود التجارية الدولية، المصدر السابق، ص104.

(2) انظر: د. صالح بن عبد الله، المبادئ القانونية في صياغة عقود التجارة الدولية، المصدر السابق، ص76، د. محمد ابراهيم دسوقي، الجوانب القانونية في ادارة المفاوضات وإبرام العقود، المصدر السابق، ص95، د. محمد محمد ابو زيد، المفاوضات في الأطار التعاقدية، المصدر السابق، ص74.

(3) انظر: د. صالح خالص، الاعلام التجاري والمفاوضات التجارية الدولية، الطبعة الاولى، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1998، ص87، د. يزيد انيس نصير، مرحلة ما قبل التعاقد، ج2، المصدر السابق، ص210، د. جمال فاخر النكاس، العقود والاتفاقيات الممهدة للتعاقد، المصدر السابق، ص170.

(4) شريطة، ان تكون النقطة التي توصلوا الي التوافق عليها، أثناء التفاوض، من العناصر الجوهرية للعقد المزمع إبرامه، للتفاصيل. انظر: د. مصطفى محمد الجمال، السعي الى التعاقد، المصدر السابق، ص123، د. رجب كريم عبد اللاله، التفاوض على العقد، المصدر السابق، ص42، د. محمد محمد ابو زيد، المفاوضات في الأطار التعاقدية، المصدر السابق، ص50.

(5) إذ ان على من يتخلى عن المفاوضات، ان يبرر ذلك بسبب معقول، وتكون للقضاء سلطة التقدير، للقول بأن الوصول قد اضحى غير ممكن، وقد يسأل من تخلى عن التفاوض رغم وجود نص الالتزام بالاستمرار فيه، دون نقاش جدي، او دون طرح عروض مقابلة، بما معناه، ان سلوك كل طرف، خلال مرحلة المفاوضات، ينبغي، ان يعكس ((نية حقيقية وجدية)) في الوصول للعقد النهائي، للتفاصيل: انظر: بول هنري انتونماتي و جاك رانيو، اعمال موجهة في قانون الالتزامات، الموضوع، رقم (1)، فكرة العقد، اتفاق المبدأ على الاستمرار في التفاوض، تعليق على حكم الدائرة الاجتماعية، لمحكمة النقض الفرنسية، في 10/ 12/ 1989، نقلاً عن: د. مصطفى محمد الجمال، السعي الى التعاقد، المصدر السابق، ص267، ومن الفقه الغربي المقارن، انظر:

A. Reig: op.Cit. p. 604.-

نقلاً عن: د. جمال فاخر النكاس، العقود والاتفاقيات الممهدة للتعاقد ... المصدر السابق، ص171.

(6) فيما تكون الالتزامات التعاقدية العامة الأخرى في مرحلة التفاوض، من مكونات الأصول التفاوضية للالتزام بالاستمرار في التفاوض، التي من اهم تطبيقاتها، الالتزام بالتعاون، الالتزام بالجدية والاستقامة والاعتدال ... الخ، للتفاصيل. انظر: د. محمد حسام محمود لطفي، المسؤولية

وإذا كانت النصوص القانونية في التشريعات المدنية بالنسبة للغالبية الكبيرة منها<sup>(1)</sup> تخلو من أي إشارة صريحة النص على الالتزام بالاستمرار في التفاوض، فإن ذلك لم يمنع وحسب رأي جانب من الفقه القانوني من اعتبار بعض التطبيقات العملية لعقود أو اتفاقات الالتزام بالتفاوض مثل الاتفاق على تكملة مانقص من عناصر العقد في وقت لاحق، أو الاتفاق على أن: ((يحدد الطرفان الثمن في وقت لاحق)) فيفسر ذلك بأنه اتفاق على الاستمرار بالتفاوض حول الثمن في وقت لاحق<sup>(2)</sup>. ومن ذلك أيضاً الاتفاق في العقد على المسائل الجوهرية كافة مع الإشارة إلى اعتبار مسألة معينة من المسائل الثانوية أصلاً بمثابة مسألة يجب الاتفاق عليها، فيفسر ذلك بالاتفاق على الالتزام بالاستمرار في التفاوض حول هذه المسألة أيضاً<sup>(3)</sup>.

---

المدنية في مرحلة التفاوض، المصدر السابق ص 16 – 17، د. نزيه محمد الصادق المهدي، الالتزام قبل التعاقد بالادلاء ...، المصدر السابق ص 33، د. محمد محمد أبو زيد، المفاوضات في الأطار التعاقد، المصدر السابق ص 94.

(1) فيما يشير البعض من الفقه القانوني المقارن، بوجود بعض التشريعات المدنية، التي تضمنت، نصوصاً خاصة بالالتزام بالاستمرار في التفاوض: انظر:

M.E.Allan FARNSWORTH. General Report in formation of contract.p. 29.-

contractual liability: op. cit p. 155.- HONDIUS: pre-

حيث يشير سيادتهم، إلى بعض الدول، التي لديها في تشريعاتها المدنية، تنظيمات للالتزام بالتفاوض وهي اليونان، وإيطاليا، وإسرائيل، وبوغسلافيا، نقلاً عن: د. محمد حسام محمود لطفي، المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض، المصدر السابق ص 16 .

(2) انظر: د. محمد إبراهيم دسوقي، الجوانب القانونية في إدارة المفاوضات وإبرام العقود ...، المصدر السابق ص 106، سليمان براك، المفاوضات العقدية، المصدر السابق ص 135، د. محمد عبد الظاهر حسين، تحديد الأثمان في العقود الأولية ...، المصدر السابق ص 56.

(3) انظر: د. هاني صلاح سري الدين، المفاوضات في العقود التجارية الدولية ...، المصدر السابق ص 106، د. مصطفى محمد الجمال، السعي إلى التعاقد، المصدر السابق ص 187، د. إبراهيم نجار، اتفاق المبدأ، المصدر السابق ص 63، د. محمد محمد أبو زيد، المفاوضات في الأطار التعاقد، المصدر السابق ص 75.

أما الجانب الآخر من الفقه القانوني، لاسيما الفرنسي منه فقد جزم الأمر وانتهى الى ان ماجاءت به نص المادة (1592) في عجزها من قانونهم المدني الفرنسي النافذ التي نصها: ((... بان العقد لا يوجد مالم يحدد الغير الثمن)) ما هو إلا تجسيدا للاتفاق السابق على التعاقد ينصرف مفهومه الى التزام كل منهما او احدهما بالتفاوض والاستمرار فيه حتى يتم تعيين هذا الغير<sup>(1)</sup>. وفي شأن استعراض الموقف القضائي من الالتزام بالاستمرار في التفاوض ومدى القوة الملزمة للمستندات التي تتضمنها الصياغة القانونية لهذه الأخيرة في الأولى، قضت محكمة النقض الفرنسية: ((... على انه يشكل خطأ، رفض الاستمرار بمتابعة المفاوضات، رغم وجود وثيقة تعاقدية محددة في صياغاتها في الالتزام بمتابعتها وبعد مفاوضات طويلة كانت توحى بان العقد سَوْ مُوْم)).<sup>(2)</sup>

وفي الصدد ذاته، قررت هيئة التحكيم في حكم صادر عن غرفة التجارة الدولية في القضية رقم (3131) في (26) اكتوبر، 1979 بان : ((مستند الاتفاق على التفاوض، يولد تعهداً تعاقدياً بمتابعة التفاوض والاستمرار فيه))<sup>(3)</sup>. كما اعتبرت محكمة استئناف بيروت المدنية في احد قراراتها، بان الالتزام بالاستمرار في التفاوض هو التزام تعاقدى، ذو قوة قانونية ملزمة، إذا قضت بـ : ((... انه إذا كانت المباحثات التمهيدية بشأن تلزيم اعمال بلاط من شأنها في الظروف التي حصلت فيها، بالنظر الى مقام بين الفريقين المتباحثين من اتفاقات سابقة على التعاقد يتلخص مضمون التزامهما المثبت في السند التعاقدى بالالتزام بعدم قطع المفاوضات، ان تولد لدى الملزم الموعود لهُ، الاعتقاد المشروع بان الالتزام أيل اليه، لا محالة، فان انقلاب الطرف الآخر عليه، دون مبرر معقول وثابت وُتَب عليه المسؤولية تجاه الملزم له))<sup>(4)</sup>. وازافت المحكمة ان لهذه المسؤولية مظهرين، الأول: ان تأميل المستأنف بأخذ الالتزام عَرَّ ضُلهُجُود ونفقات من أجل الالتزام بمتابعة المفاوضات دون فائدة او دون جدوى الثاني: ان تبديل موقف المستأنف عليه من المستأنف بان (اعطى الالتزام لشخص اخر) بينما عَوّل عليه المستأنف كان تبديلاً غير مُبرّر للبتة.

ولكن المحكمة (المذكورة) عمدت الى توزيع المسؤولية، محملة الملزم جزءاً منها، باعتبار انه مع توالي الايام كان عليه: ((ان يستعيد في عقله القضية التي كانت تشغله فيعرض لكافة الاحتمالات ويحاط لما قد يطرأ من تقلبات على وضع ركز عليه، فعمل على توفير ما يضمن له النتيجة المقصودة او يتوقف عن متابعة القيام بتحضيرات بالامكان ان لا تبلغ غايتها، ... وحيث ان استمراره فيها، بعد الفترات الاولى السابقة على التعاقد، من دون ان يستحصل على التزام صريح

(1) وعلى هذا الاتجاه، اغلب الفقه القانوني الفرنسي، بينما يرى، بلانبول و ريبير، الالتزامات، بند 318، ص287، بانه لا يوجد بيع في الفرض المذكور، وانما عقد غير مسمى، يفرض على المتعاقدين معاً، التزاماً بإبرام العقد، بثمن يحدده طرف ثالث، بينما، ذكرت الأستاذة إيزابيل كوربيزييه، الالتزامات، ص775، بانه: في هذا الفرض تعاقد بالبيع غير مكتمل وما زال الطرفان ملتزمان بالتفاوض عليه (ناقص – imperfect). فيما يرى جستان وديشي، عقد البيع، المصدر السابق، بند 286، ص432 وكذلك ماليري واينس، الالتزامات، بند 204، هامش 141، ص153، بانه: اتفاق على الالتزام في التفاوض، لاستعراض هذه الاراء، وراء مقارنة اخرى، انظر: د. احمد السعيد الزقرد اسس تقدير الثمن ... المصدر السابق، ص936.

وكذلك هو الحال بالنسبة لاتجاهات الفقه القانوني المقارن وقضاءه في الانظمة الأخرى، انظر:

Frison. Roche op. cit. R.T.D.civ. 1992 – 269. p. 87.-

D.Legeais – op: cit p. 517. J.C.P. 1992: 1 – 135.-

F.Leduc op: cit. J.C.P. 1992 – 1 – 3631.-

(2) انظر: قرار محكمة النقض الفرنسية في:

Szalewske: op. cit: P. 235.- cass. Civ. 19 Janv. 1977. 593 Note Schmidt. -

مشار اليه في: د. مصطفى العوجي، القانون المدني، ج1، العقد، المصدر السابق، ص171.

(3) انظر: في هذا الحكم مايلى:

- Sentence chambre de commerce internationale dans l'affaire No 3131: Le 26 octobre: 1969. R.arb. 1983. - p.p.525 – 513. comm. Goldman.

(4) انظر: قرار محكمة استئناف بيروت المدينة، قرار مدني، رقم 632، بتاريخ، 25 / 4 / 1968، النشرة القضائية، 1970، ص449.

وجازم في صيغته القانونية، من قبل المستأنف عليه يُرد إلى قلة في الحرص والتبصر لديه، يُسأل بسببها عن استمرار وضع، أو تفاقم خسارة، يشكو منها، فيكون بالتالي مشتركاً في المسؤولية عما لحق به من أضرار<sup>(1)</sup>.

فيما كانت قد عُرضت قضية مماثلة أخرى للقضية الأولى، أمام محكمة استئناف بوردو الفرنسية، فاعتبرت هذه المحكمة في قرارها الصادر بتاريخ 1997/6/24 بأن اقدام شركة على التفاوض وتوقيعها في صحيفة تعاقدية ظهر في صيغتها موجب الالتزام بالاستمرار فيه مع مالك العقار حول استئجارها عقاره، شريطة أن يخرج المستأجرين منه، ومن ثم بعد قيامه باخراج المستأجرين، امتنعت الشركة المتفاوضة، دون مبرر عن الاستئجار متذرة بحدوث مشاكل شخصية بين اعضاءها، يشكل خطأ عقدياً، يترتب المسؤولية التعاقدية على عاتق الشركة لا عتقادها عن التعاقد، دون مبرر مشروع، وقد تعرض المالك لاضرار مادية تلزم الشركة التي قطعت المفاوضات التعويضية عنها<sup>(2)</sup>. وكذلك هو الحال في قرار محكمة النقض المصرية الذي صدر في قضية تتعلق لشركة لم تستثمر براءة اختراع طيلة اربع (4) سنوات بسبب التزامها بالاستمرار في التفاوض مع شركة أخرى لم تؤدي المفاوضات الى نتيجة بسبب قطع الأخيرة، ذلك رغم تعهداتها الكتابي بصياغات قانونية واضحة – بأن العدول عن المفاوضات لن يكون إلا لسبب معين حدد في التعهد، ثم قطعتها لسبب اخر، غير السبب المذكور<sup>(3)</sup>. وفيما تقدم يمكن القول، ان هذه القرارات القضائية تبين الاساس القانوني لالزام المتفاوضين بمدى الالتزام الوارد في مضمون سندهم التعاقدية والذي ينصرف مفهومه الى الالتزام التعاقدية بالاستمرار في التفاوض وتشكل نموذجاً للمسؤولية التي تترتب على عاتق المفاوض الذي يقطع المفاوضات دون مبرر او يعتكف عن التعاقد دون سبب مشروع، بعد ان اوصل المفاوض او المتفاوضين الآخرين الى عتبة ابرام العقد<sup>(4)</sup>.

وإذ كانت المحاكم على مختلف درجاتها تميل الى تحميل المفاوض الذي قطع المفاوضات او اخل بالتزامه الثابت في المستند ما قبل التعاقدية بالاستمرار فيها دون مبرر مشروع، او قاد المفاوضات بصورة غير جدية المسؤولية المدنية لتصرفه الخاطئ (تقصيرية كانت ام تعاقدية) إلا انها تتشدد في اقامة هذه المسؤولية حرصاً على حرية التعاقد وسلطان الأرادة في تقرير ذلك من خلال عدم الالتزام بما لا يرغب الفرد به كنتيجة لمبادرته الى التفاوض<sup>(5)</sup>.

(1) إذ يعلق احد الفقهاء على قرار هذه المحكمة بالقول: ((ان قرار محكمة الاستئناف، فيما ذهب اليه في الشق الثاني، يكون قد رتب على عاتق كل مفاوض موجب التنبيه الى تصرفات المفاوض الآخر، حتى إذا وجد بانها، تنبئ باتجاهه، الى عدم التفاوض، امتنع عن متابعة الجهود للوصول الى عقد نهائي، فان ايجاد مثل هذا الموجب على عاتق المفاوض مُستغرب، إذ يعني وجوب قطع المفاوضات، عندما تبدو انها غير أيلة الى العقد النهائي، مع ان المفاوضات والموجبات الخاصة بالاستمرار فيها الثابتة في مستنداتها، هي اصلاً لحمل الفريق الآخر على التعاقد، من خلال المناقشة، وتبادل العروض والعرض المضاد، ومن ثم، فان مثل هذا التصرف، يمكن ان يؤدي بالفريق الآخر، الى اعتباره قطعاً غير مبرر للمفاوضات، مما يترتب المسؤولية عليه، لذلك نجد ان مقررته المحكمة، لهذه الجهة، لا يجدها سنداً في القانون او في التعامل)).

انظر: في التعليق على هذا القرار (اعلاه)، ونقده، د. مصطفى العوجي، القانون المدني، ج1، العقد، المصدر السابق، ص172.

(2) انظر: قرار محكمة بوردو في:

C. Appel Bordeaux 24 Juin 1997 cite dans la nite Fages sius larret precedent. Jurisdate. N. 042515 p. 331.-

=نقلاً عن: د. محمد حسين عبد العال، التنظيم الاتفاقي للمفاوضات العقدية، المصدر السابق، ص169.

(3) انظر: نقض مدني مصري في، 27 يناير/ 1966، مجموعة المكتب الفني، س17، رقم 24، ص182.

(4) انظر: د. امية علوان، ملاحظات حول المسؤولية ما قبل التعاقدية، المصدر السابق، ص32، د. محمد عبد الظاهر حسين، الجوانب القانونية للمرحلة السابقة للتعاقد، المصدر السابق، ص768، د. محمد حسام محمود لطفي، المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض، المصدر السابق، ص33، د. محمد محمد ابو زيد، المفاوضات في الأطار التعاقدية، المصدر السابق، ص74.

(5) وتأكيداً على ذلك، قضت محكمة النقض السورية في قرارها الصادر، بتاريخ 1993 / 5 / 2: ((ان استدراج العروض، وإجراء مفاوضات مع ممثل احدى الماركات، ومن ثم اخذ مهله للتفكير، فطرات ظروف، أدت الى استدراج عروض جديدة، اشترك فيها صاحب الماركة، التي كانت قد انتقبت، لايلزم من استدراج العروض مع هذا الأخير، طالما، انه استطاع الشراء، بأسعار افضل من ممثل ماركة أخرى، ولايمكن نسبة خطأ اليه في خياره هذا، إذ لم يتجاوز حقه في التعاقد مع الغير)). نقض حقوق مدني سوري، 93 / 407، مجلة المحامون، العدد الخامس والسادس، السنة 58، 1993، ص484. وكانت كذلك، محكمة جبل لبنان، في قرارها الصادر، بتاريخ 1992 / 4 / 23، قد اعتبرت بان الاتصالات التمهيدية ووثائقها وكتبها المتبادلة، بشأن بيع شقة للسكن، غير ملزمة للطرفين، انظر: قرارها منشور في مجلة العدل العدد الثاني، السنة السادسة، رقم 7، 1992، ص249.

وفي الشأن ذاته، خلصت محكمة التمييز الكويتية، الى عدم الحكم بابرام عقد بيع بين المتعاقدين، بسبب عدم الاتفاق على الثمن، علماً بانها ألزمت الطرف الراغب في الشراء، بوفاء مقابل ريع السيارة، محل عقد البيع، لقاء استخدامه لها، فترة معينة، هي فترة التفاوض، انظر: طعن

وفي كل حال يجب ان يكون الضرر ثابتاً واكيداً<sup>(1)</sup>. لذلك اعتبرت محكمة التمييز (النقض) الفرنسية وكذلك مجلس الشورى الفرنسي، ان اصابة مدير شركة بحادث سيارة حال دون متابعة المفاوضات مع شركة اخرى لا يشكل ضرراً اكيداً، بل محتمل<sup>(2)</sup>.

### الفرع الثالث الالتزام بتقديم المعلومات

يبدو للوهلة الأولى، ان الالتزام ما قبل التعاقد بتقديم المعلومات او الادلاء بها، يعد من الالتزامات العامة التي يستوجب على احد الأطراف الساعية الى التعاقد او كلاهما الإفصاح عنها تفرضه الطبيعة الفنية والمعلوماتية لبعض العقود المتفاوض على ابرامها<sup>(3)</sup>. إلا ان الأمر اعلاه ان كان يصدق في مرحلة التعاقد او حتى مرحلة التفاوض او المراحل التمهيدية على عقد من العقود التي تجاوزت مرحلة المساومات والمفاوضات الأولية وثبتت لها الكيان التعاقدى الإلزامي ضمن الاطار الاتفاقي الذي يتخذه المستند المثبت للالتزام بالاعلام. بحيث يستطيع احد الاطراف او جميعهم ومن خلال مايسود مرحلة التعاقد او المراحل التمهيدية القريبة اليها من ضمانات قانونية كافية، اثبات اخلال الطرف الآخر بالالتزام بتقديم المعلومات الضرورية للعقد المبرم بينهم. والمطالبة بعدم نفاذ العقد في مواجهته او حتى ابطاله<sup>(4)</sup>، فانه ليس من السهولة ذاتها في المرحلة ما قبل التعاقدية (المرحلة السابقة على التفاوض، المرحلة المعاصرة للتفاوض) التي تجد فيها الارادة مجالاً واسعاً، لتنفذ منه ما يصدّر منها من مناورات خداعية او لتمرر غشها وتدليسها المبطن بالحرية التعاقدية، عبر ساحاتها<sup>(5)</sup>.

بالتمييز مدني كويتي، رقم 3/ 1986، مدني بجلسة 12/ 5/ 1986، مجلة القضاء والقانون الكويتية، السنة 14، العدد الاول - مايو، 1993، ص365.

(1) اما لجهة تقدير الأضرار، التي يمكن الحكم بالتعويض عنها، فقد اعتبرت محكمة استئناف باريس، ان تقديم العروض والخرائط، يعتبر من مرفقات العرض، ولا مجال للتعويض عنها في حالة قطع المفاوضات، لانها جزء من نفقات الشركة العامة، التي تتحملها في كل حال، للوصول الى التعاقد مع الغير، انظر: في ذلك.

cass: paris 7 mars 1912. Gp. 1912. 2.210.-

نقلاً عن: د. مصطفى العوجي، القانون المدني، ج1، العقد، المصدر السابق، ص174.

(2) انظر: في ذلك ما يلي:

cass. Civ: 12 Juin. 1987.J.C.P. 1987.IV. 286 et R.T.D.C: 1988.N 103. obs. Mestre et. G.E.13mai: 1987 D.1987. - Som. 430. obs: Ternegre.

نقلاً عن: د. احمد الزقرد، نحو نظرية عامة لصياغة العقود... المصدر السابق، ص278؛ فيما اقرت محكمة النقض الفرنسية، للمهندس، بحق المطالبة، ببطلان تعاقبه، لقاء تنظيم الخرائط، والعروض، في حال لم يصل مع الزبون الى ابرام العقد، انظر:

cas.com. D.P. 1933. 2. 98 et note minvielle. Op. cit. p. 157.-

(3) انظر: د. محمد ابراهيم دسوقي، الجوانب القانونية في ادارة المفاوضات ... المصدر السابق، ص76، د. نزيه محمد الصادق المهدي، الالتزام قبل التعاقد بالادلاء بالبيانات، المصدر السابق، ص38، د. صبري حمد خاطر، الالتزام قبل التعاقد بتقديم المعلومات، المصدر السابق، ص167، د. محمد محمد ابو زيد، المفاوضات في الاطار التعاقدى، المصدر السابق، ص95.

(4) إذ تكفل النصوص الواردة في التقنين المدني، والمتعلقة بالتعريض، او التدليس، كما يطلق عليه، في الفقه الإسلامي كعيب من عيوب الرضا، في العقود، نموذجاً لحماية المتعاقد، في مرحلة التعاقد. للتفاصيل، انظر: د. محمد عبد الظاهر حسين الجوانب القانونية للمرحلة السابقة للتعاقد، المصدر السابق، ص739، د. عبد الرزاق احمد السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة بالفقه الغربي، ج1، المصدر السابق، ص75، د. عبد الفتاح عبد الباقي، مصادر الالتزام، المصدر السابق، ص325.

(5) انظر: د. مصطفى محمد الجمال، السعي الى التعاقد، المصدر السابق، ص11، د. محمد عبد الظاهر حسين، الجوانب القانونية للمرحلة السابقة للتعاقد، المصدر السابق، ص745، د. اسماعيل محمد المحافري، الحماية القانونية لعديم الخبرة من الشروط التعسفية، المصدر السابق، ص315.

ومن ذلك، كان النص على الالتزام الإيجابي بتقديم المعلومات، أمراً كثيراً الورود في المستندات قبل التعاقدية، سواء جاء النص على هذا الالتزام في البدايات الأولى للتفاوض، كمؤشر على جدية الأطراف العاقدة بالدخول في المفاوضات<sup>(1)</sup>. أو أُرجئ، حتى النهايات الأخيرة لها وقبل لحظة إبرام العقد النهائي، لاسيما إذا تعلقَت المعلومات بكشف الأسرار الفنية التي يحتكرها أحد الأطراف (الملتزم بتقديم المعلومات)، فإن هذا الأخير لن يقوم بتزويد الطرف المتفاوض معه بالمعلومات التي تفضي إلى كشف تلك الأسرار، إلا بعد أن تكون المفاوضات قد قطعت أشواطاً متقدمة، نحو إبرام العقد النهائي<sup>(2)</sup>. وتجسيد ذلك بمستندات تعهدية أو اتفاقات تمهيدية تحظى بحماية قانونية تعاقدية مباشرة، من لدن التشريعات الخاصة، كما هو شأن، قوانين حماية الملكية الفكرية وبراءات الاختراع، أو كان داخلاً ضمن المعالجة التشريعية للقوانين المدنية، كما هو الحال في تطبيقات الوعد بالتعاقد والوعد بالتفضيل (مشارطة التفضيل) والاتفاق الابتدائي ... وغيرها<sup>(3)</sup>.

وفي إطار تحديد مضمون الالتزام الإيجابي الخاص بتقديم المعلومات في المرحلة ما قبل التعاقدية، تواتر الفقه القانوني الحديث على القول: بأن هذا الالتزام ينشأ في مرحلة المفاوضات العقدية ليلتزم المدين به بتقديم المعلومات الضرورية للدائن بالالتزام بالأعلام بمقتضى التعهد أو الاتفاق الثابت في المستند ما قبل التعاقد الذي تجسده الصياغة القانونية لفحوى عبارته ومضمون الفاظه في ذلك. والمعلومات المقصودة في هذا السياق، هي المعلومات التي تؤثر في الرضا. بمعنى أن المتعاقد الذي لم يُزود بها ما كان ليرم العقد، فيما لو علم بها، أو على الأقل لا يبرم بالشروط ذاتها التي تم بها التعاقد بدون الالتزام بالأعلام وتنفيذه<sup>(4)</sup>. ومن ذلك عَرَفَ البعض من الفقه القانوني المقارن<sup>(5)</sup>. الالتزام قبل التعاقد بتقديم المعلومات بأنه: ((الالتزام الذي بواسطته يذُبه أحد أطراف العقد الطرف الآخر عن مخاطر التعاقد ومنافعه، فيجعله على بينة من ظروف التعاقد ليكون خياره بالتعاقد قائماً على معرفة تامة بسبب التزامه))<sup>(6)</sup>.

وفي نطاق عقد البيع، بينَ الفقيه الفرنسي ((جستان - GHESTIN)) أن التزام البائع قبل البيع بتقديم المعلومات للمشتري بالقول: أن ((البائع الذي يعلم، أو من واجبه أن يعلم، بحكم طبيعة مهنته، واقعة يعرف أهميتها بالنسبة للمشتري، يلتزم بإخبار المشتري بها، إذا كان يستحيل على المشتري، أن يعلم بها لنفسه)). ويعتبر هذا الفقيه إن الالتزام موجود أيضاً قبل البيع إذا كان البائع قد كسب ثقة المشتري بمعلومات غير صحيحة زوده بها<sup>(7)</sup>.

(1) كما هو الحال في تضمين المستندات السابقة على التفاوض، كالمستندات الاعلانية مثلاً، بالمعلومات اللازمة، حول موضوع التعاقد، للتفاصيل. انظر: د. محمد شكري سرور، مسؤولية المنتج عن الأضرار التي تسببها منتجاته الخطرة، المصدر السابق، ف(7)، ص12، د. أحمد الزقرد، الحماية القانونية من الخداع الاعلاني، المصدر السابق، ص260 - 261.

(2) انظر: د. محمد حسام محمود لطفي، الحماية القانونية لبرامج الحاسب الإلكتروني، دار الثقافة للطباعة والنشر، القاهرة - مصر، (1987)، ص31، صباح عريس عبد الرؤوف جمعة الدليمي، المسؤولية المدنية الناشئة عن الأخلال بالالتزام بالسرية، رسالة ماجستير مقدمة إلى جامعة النهريين - بغداد، 2007، ص60، د. محمد محمد أبو زيد، المفاوضات في الاطار التعاقدية، المصدر السابق، ص89.

(3) انظر: د. محسن شفيق، عقود نقل التكنولوجيا ... المصدر السابق، ص63، د. أحمد الزقرد، نحو نظرية عامة لصياغة العقود ... المصدر السابق، ص278، د. سعد عبد ملحم الحلبوسي، التفاوض في العقود، المصدر السابق، ص36، د. مصطفى العوجي، القانون المدني، ج1، العقد، المصدر السابق، ص212.

(4) انظر: د. حمدي عبد الرحمن، الوسيط في النظرية العامة للالتزام، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة - مصر، 1999، ص230 - 232، د. صبري حمد خاطر، الالتزام قبل التعاقدية بتقديم المعلومات، المصدر السابق، ص169، د. محمد حسام محمود لطفي، المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض، المصدر السابق، ص18 - 19.

(5) انظر: في هذا التعريف :

LE TOURNEAU (ph) la responsabilite civil 1987. 3ed D.M.N278 .p. 427.-

نقلاً عن: د. نزيه محمد الصادق المهدي، الالتزام قبل التعاقدية بالادلاء، المصدر السابق، ص16، وقريب من هذا التعريف، انظر: د. مصطفى محمد الجمال، السعي إلى التعاقد، المصدر السابق، ص14.

(6) لاستعراض التعاريف الأخرى التي أوردها البعض من الفقه القانوني، حول الالتزام قبل التعاقدية بتقديم المعلومات، انظر: د. نزيه محمد الصادق المهدي، الالتزام قبل التعاقدية بالادلاء بالبيانات ... المصدر السابق، ص7 - 15، د. حسام الدين الأهواني، المفاوضات في الفترة قبل التعاقدية، المصدر السابق، رقم 43، ص17. د. سهير منتصر الالتزام بالتبصير، المصدر السابق، ص6 - 7.

(7) انظر: جستان في مايلي :

GHESTIN Conformite ct garanties op. cit.p.131.-



وبتلخيص مما تقدم - يبدو لنا - ان الالتزام ما قبل التعاقد بتقديم المعلومات يمكن تعريفه بالالتزام الذي ينشئ في مرحلة ما قبل التعاقد والذي يفرض على كل طرف فيها وحتى على الغير يعلم او ينبغي ان يعلم بمعلومات او بيانات تتعلق بعملية التعاقد النهائية المزمع ابرامها، ان يزود الطرف الآخر او الأطراف الأخرى، ممن لا يعلم منهم اولى بأماكنه العلم بتلك المعلومات والبيانات<sup>(1)</sup>.

هذا وقد انجر بساط الاختلاف الفقهي والقضائي من الاسس العامة التي اسست للقوة الملزمة للالتزامات القانونية التفاوضية الناشئة في المرحلة ما قبل التعاقدية الى هذا الالتزام الخاص منها إذ لم يتفق الفقه القانوني في الاستقرار على رأي واحد بشأن تحديد اساس الالتزام ما قبل التعاقد بتقديم المعلومات الثابت في المستندات والوثائق الصادرة في مرحلة ما قبل التعاقد، اذ يلاحظ اكثر من رأي بهذا الصدد<sup>(2)</sup>.

فمن رأي اول يرد الفقيه الفرنسي<sup>(3)</sup> (GAL Ais ANloy) الالتزام ما قبل التعاقد بتقديم المعلومات الى مبدأ حسن النية فهذا الالتزام قائم - طبقاً لهذا الرأي - على اساس مبدأ حسن النية، فاذا لم يزود أحد المتعاقدين نظيره المتعاقد الآخر بالمعلومات الضرورية حول التعاقد المزمع ابرامه مع قرينه فإن ذلك يخالف مبدأ حسن النية عموماً ومبدأ حسن النية قبل التعاقد على وجه الخصوص، على النحو الذي نصت عليه المادة (1134) من القانون المدني الفرنسي. فهذا المبدأ محدد بصورة تكفي للقول انه مصدر مباشر واساس للالتزام ما قبل التعاقد بتقديم المعلومات وان الاستناد اليه يكفي لتحديد مضمون هذا الالتزام بما يلائم دوره في حماية الرضا<sup>(4)</sup>. وعليه فقد عكس هذا الرأي بعض قرارات القضاء الفرنسي، ومن ذلك ما قضت به محكمة استئناف باريس في احد قراراتها بانه : ((الى جانب النصوص القانونية، يفرض حسن النية في التعاقد، واجباً تكميلياً بالصدق يتمثل بتزويد كل طرف، حتى قبل انعقاد العقد، الطرف الآخر، بكل المسائل التي هي محل اهتمامه ..))<sup>(5)</sup>.

(1) وعلى وفق هذا التعريف، يمكن عرض بعض الأمثلة، التي أوردها الفقه القانوني وطبقها اقصية القضاء، على هذا الالتزام، ومثال ذلك، فالشخص الذي يشتري سيارة من صاحب معرض يكون دائناً للآخر، قبل التعاقد، بالالتزام محل المعلومات الخاصة بحالة السيارة، كنوعها وتاريخ صنعها، وكفاتها الخ، وكل ما يتعلق بالغاية المتوخاة التي من أجلها تعاقد المشتري على شرائها، انظر: في ذلك، مجلس الشورى اللبناني، قرار 12 / 3 / 1964، العقود المدنية والتجارية، النشرة الثالثة، 1965، ص 163، موسوعة د. الياس ناصيف، الجزء الأول، رقم 14، ص 494، وفي عقود نقل التكنولوجيا، على الناقل، ان يزود المتعاقد، في مرحلة المفاوضات العقدية بالمعلومات اللازمة، لاستخدام التكنولوجيا، على وفق الغرض من نقلها اليه، للتفاصيل. انظر: د. حسام محمد عيسى، نقل التكنولوجيا ... المصدر السابق، ص 358، وفي امتداد نطاق هذا الالتزام الى الأشياء المبتكرة، او حديثة الاستعمال، انظر: د. نزيه محمد الصادق المهدي، الالتزام قبل التعاقد بالادلاء بالبيانات، المصدر السابق، ص 149.

(2) بخلاف الأمر عليه، فيما لو نص القانون على الالتزام بتقديم المعلومات، او كانت طبيعة العقد المزمع ابرامه (المتفاوض بشأنه). كعقد التأمين مثلاً، تقتضي ذلك، ان يكون هذا الالتزام الأخير تعاقدياً، وليس سابقاً عليه، للتفاصيل، انظر: د. محمد عبد الظاهر حسين، الجوانب القانونية للمرحلة السابقة للتعاقد ... المصدر السابق، ص 38، أواز سليمان دزه يه، الالتزام بالادلاء بالمعلومات عند التعاقد، المصدر السابق، ص 165.

(3) انظر:

G.Ais. AUloy Droit de la consummation D.1980.p. 102. N. 68.-

ومن الفقه العربي المؤيد لهذا الرأي، انظر: د. مصطفى العوجي، القانون المدني، ج 1، العقد، المصدر السابق، ص 187، د. محمد شرعان، الخطر في عقد التأمين، منشأة المعارف بالاسكندرية، مصر، بلا سنة طبع، ف(49)، ص 66، د. محمد حسام محمود لطفي، المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض، المصدر السابق، ص 22، وهو رأي الفقيه الفرنسي، دي جوجلار، الالتزام بالادلاء بالبيانات في العقود، المجلة الفصلية للقانون المدني، 1945، ص 3، مشار اليه: د. نزيه محمد الصادق المهدي، الالتزام قبل التعاقد بالادلاء ... المصدر السابق، ص 59.

(4) انظر: د. صبري حمد خاطر، الالتزام قبل التعاقد بتقديم المعلومات، المصدر السابق، ص 180، د. سهير منتصر الالتزام بالتبصير، المصدر السابق، ص 5، د. محمد محمد ابو زيد، المفاوضات في الأطار التعاقدية، المصدر السابق، ص 95.

(5) انظر: قرار محكمة استئناف باريس في :

paris: cass: 21. Nov 1935 D – 1976 p50. N324.-

اشار اليه: د. صبري حمد خاطر، الالتزام قبل التعاقد، بتقديم المعلومات، المصدر السابق، ص 173.

فيما ذهب الرأي الثاني من الفقه القانوني وهو رأي الفقيه الفرنسي (STARCK - ستارك)<sup>(1)</sup>: ان الأساس الأكثر قرباً من ظاهرة الالتزام ما قبل التعاقد بتقديم المعلومات والالتزام التعاقدية للقانوني للمستندات الثابت فيها، هو ذو وجهان، الوجه الأول أساس مشتق من التدليس - dol - وهذا مايستنبط من سلوك أحد الأطراف في العقد من تزويد الطرف أو الأطراف الأخرى بالمعلومات أو البيانات، أو بأمر معين لو كان يعرفه الآخرون لامتنعوا عن التعاقد. ويضيف هذا الرأي، بانه متى ما سلمنا، بوجود تدليس، فان ذلك يبين بصورة غير مباشرة وجود التزام ما قبل التعاقد بتقديم المعلومات اذ من الصحيح ان كل متعاقد يحاول حماية مصلحته، إلا ان مبدأ حسن النية يستلزم بالمقابل قدراً من التصريح بالمعلومات قبل ان يرتبط المتعاقد بالعلاقة التعاقدية المزمع ابرامها<sup>(2)</sup>. ويثور ذلك على وجه الخصوص، عندما لا توجد مساواة بين الأطراف الساعية الى التعاقد، سواء تفوق احدهم على الآخر اقتصادياً أو نتيجة الخبرة المهنية أو الكفاءة فاذا لم يزود المدين بالمعلومات بمقتضى المستند الموقع عليه أو الوثيقة الصادرة منه أو من خلال الصياغة القانونية للالتزام الثابت فيها دائئاً بالمعلومات والبيانات الضرورية، فانه - حينئذ - يرتكب بذلك مناورات تدليسية<sup>(3)</sup>.

وهذا ماقتضت به محكمة باريس أيضاً في قرار آخر لها<sup>(4)</sup> جاء فيه: ((... ومما لا شك فيه ان على البائع، ان يزود عمليه (Client) بالمعلومات الضرورية حول الوضع الحقيقي للسيارة من الناحية الميكانيكية لتمكينه من التعاقد وهو على بينة تامة من سبب التعاقد، وإلا فإن البائع يرتكب في حالة سكوتة مناورات تدليسية)).

الوجه الثاني: أساس يتعلق بالتعويض عن هذا الضرر الذي ينشئ عن الأخلال بالالتزام ما قبل التعاقد بتقديم المعلومات، فالتعويض عن هذا الضرر لا يخرج ان يكون تكميلياً يضاف الى ابطال العقد، وبغض النظر عما يصيب الرضا من عيوب وفي كلا الحالتين يستمد هذا الالتزام والمستندات الثابت فيها أساساً من المادة (1382) من القانون المدني الفرنسي والتي تدخل في نطاق احكام المسؤولية التقصيرية<sup>(5)</sup>. ودعماً لرأيه يورد (ستارك) ومن يؤيده بعض الأمثلة من تطبيقات القضاء الفرنسي ومن ذلك قضية مريض أجري له فحص شعاعي<sup>(6)</sup>، فأصيب في اليوم التالي بمرض

(1) انظر: ستارك، الالتزامات، المصدر السابق، ص 93.

STARCK: op. cit. P. 93.-

وفي الفقه القانوني العربي، نلاحظ، ان الفقه المصري، كان صريحاً في الاعتراف بوجود الالتزام بالأفضاء بمعلومات معينة الى المتعاقد قبل العقد، ويرى انصار هذا الفقه، ان هذا الالتزام، هو أساس اعتبار الكتمان تدليساً، للتفاصيل. انظر: د. جميل الشرقاوي، مصادر الالتزام، المصدر السابق، ص 135، د. عبد المنعم البدر، مصادر الالتزام، المصدر السابق، ص 271، ويرى آخرون ان أساس هذا الالتزام، ان يصدره العرف المألوف في التعامل، أو تفرضه طبيعة العقد النهائي ذاتها، التي تقتض قدر كبيراً من الثقة والأمانة، بين المتعاقدين، ليس فقط، عند تنفيذ العقد، بل عند ابرامه ايضاً، كما هو الحال في عقود الوكالة وعقود الشركات وعقود الأسرة، د. نزيه محمد الصادق المهدي، الالتزام قبل التعاقد بالادلاء ...، المصدر السابق، ص 66، هامش (103)، د. محمد لبيب شنب، دروس في مصادر الالتزام، المصدر السابق، ص 162، د. توفيق حسن فرج، مصادر الالتزام، المصدر السابق، ص 144، د. عبد الودود يحيى، مصادر الالتزام، المصدر السابق، ص 85، د. عبد المنعم فرج الصدة، مصادر الالتزام، المصدر السابق، ص 200، أما د. عبد الرزاق احمد السنهوري، فقد وضع معياراً عاماً في مصدر هذا الالتزام، يتمثل في القاعدة القانونية العامة، التي تقتضي، بعدم جواز الغش، للتفاصيل. انظر: د. عبد الرزاق احمد السنهوري الوسيط، ج 2، المصدر السابق، ص 427، د. احمد سلامة، مصادر الالتزام، المصدر السابق، ص 131.

(2) انظر: جاك غستان، تكوين العقد، المصدر السابق، ص 498، د. محمد عبد الظاهر حسين، الجوانب القانونية للمرحلة السابقة على التعاقد، المصدر السابق، ص 76.

(3) انظر: د. نزيه محمد الصادق المهدي، الالتزام قبل التعاقد بالادلاء بالبيانات، المصدر السابق، ص 266 - 267، د. محمود جمال الدين زكي، الوجيز في نظرية الالتزامات، 1978، رقم (80) ص 142.

(4) انظر: قرار محكمة إستئناف باريس في:

cass - com paris 2 mars: 1977. cite. Pur: luc. BIHL op cit: p.128.-

(5) انظر: في تقييم هذا الرأي، د. محمد عبد الظاهر حسين، الجوانب القانونية للمرحلة السابقة للتعاقد، المصدر السابق، ص 767، وفي تأييده، انظر: د. نزيه محمد الصادق المهدي، الالتزام قبل التعاقد بالادلاء بالبيانات، المصدر السابق، ص 238 - 239.

(6) انظر: قرار محكمة النقض الفرنسية في:

civ. Cim levL B Fiv 1985 N.e.p. G.5 N: 203388. (cite par STARCK: op cit p.74).-

نقلاً عن: د. محمد علي عمران، الالتزام بضمان السلامة، 1980، المصدر السابق، ص 89.

(hemipresi) تحول فيما بعد الى مرض الفالج، وقد صدر قرار محكمة الموضوع مقررًا بمسؤولية الطبيب المختص بالأشعة لعدم تحققه من حالة المريض الذي كان يشك بوجود انسداد أو ضيق في أوعيته الدموية وقد صادقت محكمة النقض الفرنسية على القرار، استناداً الى أن الطبيب: (باهماله في التحقق من حالة المريض، أهمل في الحصول على المعلومات الخاصة بهذه الحالة). فالطبيب طبقاً لما خلصت اليه المحكمة كان عليه واجب العلم بحالة المريض لاعلام الأخير عن طريق علاجه وايضاً قضت محكمة النقض الفرنسية في قرار آخر لها بالرأي ذاته، إذ أقرت بمسؤولية الطبيب المدنية الذي اتخذ قراره وبتوقيعه على مستند تعهدي بأجراء فحوصات شعاعية للمريض في حين أن نسبة الخطر كانت كافية لتحمل الطبيب الذي لم يكن يجهلها التزاماً باعلام المريض أو ممثله عن النتائج المحتملة على نحو يتيح المقارنة بين الغاية من المعالجة وبين المخاطر التي يتعرض لها المريض<sup>(1)</sup>.

أما الرأي الثالث، فقد كان للفقهاء الفرنسي جستان (CHESTIN): الذي يعتبر أن الالتزام ما قبل التعاقد بتقديم المعلومات، هو التزام مستقل وبالتالي لايرد الى أي نظام قانوني قائم معين - فعلى رغم حداثة هذا الالتزام - وأنه إلتزام ينشأ في مرحلة ما قبل التعاقد عموماً ومرحلة المفاوضات على وجه الخصوص، إلا أن إستقلاله ضروري لاعطاء سلطة تقديرية للقضاء لتحقيق التوازن العقدي بعد إبرام العقد وذلك من خلال العناصر المكونة لهذا العقد ذاته عن طريق النص عليه - وبصياغات قانونية واضحة- في المستندات والوثائق الصادرة في مراحل التفاوض على هذا الأخير (العقد)<sup>(2)</sup>. فيما

(1) انظر: قرار محكمة النقض الفرنسية في:

cass: civ: ler 29 mai 1984: (citenpar op. cit. Pp. 94 – 95.-

ويضيف (ستارك) ومن معه، أنه الى جانب العقد الطبي، والا لزامات بالاعلام الواجبة خلال التفاوض، عليه، قد وردت عدة قرارات قضائية أخرى، عداً فيها الإخلال بالالتزام بتقديم المعلومات ما قبل التعاقد، لاسيما الالتزام المثبت في مستند أو وثيقة تحريرية مكتوبة بصياغة قانونية، واضحة على الالتزام بالاعلام، خطأ يستوجب المسؤولية المدنية، انظر: ستارك، الالتزامات، المصدر السابق، ص95، دول، التطبيقات القضائية الحديثة للالتزام الطبيب بالافضاء بالمعلومات 1972، ص249.

ومن تلك القرارات القضائية، قرار قضى، بمسؤولية المنتج الذي لم يزود المشتري بالمعلومات عن طريقة استخدام الانتاج، الذي وضعه. أي المنتج في التداول، رغم النص الواضح عليه في كاتلوج، ذلك المنتج، انظر: في ذلك نقض مدني فرنسي في 14، فبراير، 1973، جازيت دي باليه، تعليق دول عليه، المصدر السابق، ص229.

نقلاً عن: د. نزيه محمد الصادق المهدي، الالتزام قبل التعاقد بالادلاء، المصدر السابق، ص231 - ومن الفقه الغربي المقارن المؤيد لهذا الرأي - بالإضافة الى منادته بالتمييز، بين التدليس الأصلي، (الدافع)، والتدليس غير الأصلي، (العارض). انظر: ((اليس))، الالتزام بالادلاء بالبيانات في العقود، الرسالة السابقة، 1975، رقم 225، ص199.

وبالتطبيق لهذه الآراء، فقد صدرت عدة احكام قضائية، غير حالات العقود الطبية، توجب الالتزام بموجب الأعلام وتقرر المسؤولية المدنية عند مخالفة مستنداته، ومن ذلك قرار قضى بمسؤولية البائع الذي باع مواد خاصة بالتبليط، دون أن ينبه المشتري العادي، عن النوعية التي اختارها، والتحذيرات اللازمة، نتيجة استخدام، هذه المواد، رغم وجود اتفاق صريح فيها، على تزويده بالمعلومات، انظر: نقض مدني فرنسي، 24 حزيران، 1971، النشرة المدنية، III، رقم 406، ص288، مشار اليه عند: د. سهير منتصر، الالتزام بالتبصير، المصدر السابق، ص101 - 103، وايضاً قرار حاكم الشركات المتخصصة بالأصباغ، مسؤوليتها، لعدم تزويدها المشتري بالمعلومات، عن مكونات هذه الأصباغ. نقض تجاري فرنسي في 19 تموز، 1966، رقم 369، ص324، مشار اليه عند: د. اسماعيل محمد المحافري، الحماية القانونية لقديم الخبرة من الشروط التعسفية، المصدر السابق، ص319، كذلك ورد قرار آخر بمسؤولية منظم سباق الدرجات، لاخلاله بالتزامه بتقديم المعلومات الخاصة بالتبصير والتحذير بظروف السير في المنافسة، انظر: نقض مدني فرنسي 4 تشرين الأول، 1977م، النشرة المدنية، I، رقم 351، ص279، مجلة قصر العدل، 11 آب، 1978، ص416. وقد رأت المحكمة: (أن يُنتلزم واجب النصيحة أو التحذير بدلاً من مجرد توفير المعلومات، فيما يتعلق بعدم ملائمة العقد، من المطلوب للمنطقة المعنية، ولا ينتج معرفة المسؤولية عقدياً أو تقصيرية، سابقة للتعاقد، إلا خلال تحديد طبيعة هذا الالتزام..).

(2) انظر: جستان. الأنقاد، المصدر السابق، ص116 - 117، ولذلك يرى البعض من الفقه القانوني، أن الالتزام ما قبل التعاقد: بالادلاء بالبيانات المتعلقة بالعقد. هو أقوى وسيلة قانونية، يمكن أن تمنح للمتعاقد الضعيف لتحقيق =التوازن العقدي لحظة إبرام العقد، انظر: لوкас دي لسيك، الالتزام بالادلاء بالمعلومات، المقال السابق، رقم (7)، ص309، مشار اليه: د. نزيه محمد الصادق المهدي، الالتزام بالادلاء، المصدر السابق، ص70،

GHESTIN conforme et garanties op. cit. P. 116 – 117.-

في استعراض هذا الرأي، انظر: د. احمد محمود سعد، نحو ارساء نظام قانوني لعقد المشورة المعلوماتية (المعالجة الآلية للبيانات بواسطة الحاسب الآلي)، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة - مصر، 1995، ف(28)، ص122، كذلك اشار الى الرأي ذاته، وايده د. صبري حمد خاطر، الالتزام ما قبل التعاقد بتقديم المعلومات، المصدر السابق، ص176 - 177.

ذهب الرأي الرابع، للفقهاء الفرنسي (Lac – BIHL) <sup>(1)</sup> ان اساس الالتزام ما قبل التعاقد بتقديم المعلومات يختلف حسبما إذا كان يتعلق بعقد البيع او العقود الأخرى، فبالنسبة لعقد البيع يستند هذا الالتزام الى المادة (1602) من القانون المدني الفرنسي، والتي تنص على ان : ((البائع ملزم ان يبين بوضوح مايلتزم به وكل اتفاق مبهم او غامض يفسر لمصلحة المشتري)) وكذلك المادة (1641) مدني فرنسي الخاصة بضمان العيوب الخفية في البيع<sup>(2)</sup>، إذ ذهب هذا الفقيه الى ان إلزام البائع بضمان العيب الخفي يتضمن بذاته إلزامه بإعلام المشتري بهذا العيب عند إبرام العقد، كاول خطوة من خطوات تنفيذ التزامه بضمان، واما بالنسبة للعقود الأخرى فان الالتزام ما قبل التعاقد له نظام مستقل ويترتب على الأخلال به ان يكون نفاذ العقد محل نزاع، وهذا دون ان يؤثر ذلك على تطبيق المادة (1382) من القانون المدني الفرنسي وبعبارة اخرى أي تطبيق أحكام المسؤولية التقصيرية للتعويض عن الضرر الناشئ عن الأخلال بهذا الالتزام<sup>(3)</sup>.

وإزاء ما طرح من جملة من الآراء الفقهية القانونية التي حاولت تأصيل التأسيس القانوني للقوة الملزمة للالتزام ما قبل التعاقد بالاعلام، نخلص الى ان هذا الالتزام ينشأ في المرحلة السابقة على التعاقد عموماً ويتجسد كالالتزام قانوني – تعاقد، واضح المعالم عن طريق الصياغة القانونية لمستنداته في مرحلة المفاوضات العقدية على وجه الخصوص<sup>(4)</sup>. وبالتالي قد يقع الأخلال بالالتزام الثابت في مستنداته في هذه المرحلة وقد يؤدي الأخلال بها الى قطع المفاوضات دون إبرام العقد ومن ثم لا يمكن رده الى التدليس الذي ينصب على الرضا باعتباره ركناً في التعاقد كما ان لهذا الالتزام شروطه الخاصة به والتي تختلف عن شروط التدليس او الكتمان التدليسي بصورة ادق<sup>(5)</sup>. ولا نعتقد كذلك ان يكون لهذا الالتزام اكثر من أساس، فلا يبدو ذلك منطقياً لان تغيير الأساس يقود الى تغيير في جوهر الالتزام ذاته، وأيضاً لا يمكن اعتبار هذا الالتزام ذا اساس ذو طبيعة خاصة بالنسبة لعقد البيع المزمع ابرامه استناداً الى احكام المادة(1602) من القانون المدني الفرنسي، لان هذه المادة لا تطبق على جميع المراحل التي يمر بها عقد البيع، خاصة مرحلة التفاوض وتكوين العقد. من هنا فان هذا الرأي لا ينسجم مع وضع مبدأ عام لهذا الالتزام<sup>(6)</sup>.

ولما تقدم أعلاه نخلص – أيضاً - الى ان اساس الالتزام ما قبل التعاقد بتقديم المعلومات والبيانات يعتمد على اسلوب الصياغة القانونية – التعاقدية للمستند ما قبل التعاقد الثابت فيه ومدى اشتمال هذا الأخير على معطيات توجي بانه تعاقد نافذ او بخلاف ذلك بانه مجرد واجب قانوني عام بثبت او ينتفي حسب طبيعة العقد المتفاوض بشأنه في حال عدم اشتمال الوثيقة ما قبل التعاقدية على اية اشارة اليه. واما بالنسبة لشروط هذا الالتزام فقد كان التباين بين مواقف الفقه القانوني وقضاءه جلياً منها ولم يكن منطلق هذا التباين من عدم، وانما هو نتيجة للطبيعة القانونية للعقد المتفاوض بشأنه من ناحية

(1) انظر : (ليك بيليه) :

Lac – BIHL op. cit pp. 128 – 129.-

نقلًا عن: د. صبري حمد خاطر، الالتزام ما قبل التعاقد بتقديم المعلومات، المصدر السابق، ص 175 – 176.

(2) إذ يذهب البعض من الفقه القانوني، من اللذين انتصروا لهذا الرأي في شقه الأول، إن اساس الالتزام ما قبل التعاقد بتقديم المعلومات ومناطق القوة الملزمة للمستندات الثابت فيها، مشتق من فكرة ضمان العيوب الخفية، وذلك من خلال تقريب مسألة عدم الاعلام، من مسألة اخفاء العيب في محل عقد البيع، إذ يكون للدائن المضرور الرجوع على المدين بدعوى ضمان العيب الخفي، للتفاصيل، انظر: د. علي سيد حسن، الالتزام بالسلامة في عقد البيع، الطبعة الأولى، 1994، ص 100، د. حسن عبد الباسط الجميحي، شروط التخفيف والأعفاء من ضمان العيوب الخفية، 1993، المصدر السابق، ص 191. وفي عرض هذا الرأي وتقويمه، انظر: د. نزيه محمد الصادق المهدي الالتزام قبل التعاقد بالأدلاء ...، المصدر السابق، ص 111.

(3) وذلك باعتبارها واجباً قانونياً عاماً، يتلخص مضمونه، بعدم الأضرار بالآخرين، للتفاصيل. انظر: د. مصطفى العوجي، القانون المدني، ج1، العقد، المصدر السابق، ص 184.

(4) انظر: د. هاني صلاح سري الدين، المفاوضات في العقود التجارية الدولية ...، المصدر السابق، ص 115، د. محمد محمد ابو زيد، المفاوضات في الأقطار التعاقدية، المصدر السابق، ص 95، د. وفاء حلمي ابو جميل، الالتزام بالتعاون، المصدر السابق، ص 166.

(5) وفي مدى عدم اعتبار الادلاء بالمعلومات اللازمة تدليساً في حالات معينة، في عقود الضمان والتأمين، انظر: د. محمد عبد الظاهر حسين، الجوانب القانونية للمرحلة السابقة للتعاقد المصدر السابق، ص 742، د. محمد عبد الظاهر حسين، عقد التأمين، الطبعة الاولى، دار النهضة العربية، القاهرة – مصر، 1995، ص 74.

(6) إذ ان حكم هذه المادة، يقتصر على مرحلة تنفيذ العقد وتفسيره، دون تكوينه، ولا يختلف الشأن كذلك، بالنسبة للعقود الأخرى، التي فرضت القوانين المدنية الفرنسية، موجب الرد، وكشف كل ما يمكن، - باي صفة كانت - اعاقه الممارسة الحرة للحقوق، التي اكتسبها المضمون، إذ عليه اعطاء المتعاقد الآخر المعلومات اللازمة عن الوضع القانوني لها، كالمادة، (1707) فرنسي في شأن المقايضة، والمادة (3/1719) فيما يتعلق بالإيجار، والمادة (3/1843) مدني فرنسي بالنسبة الى مقدمة عين الشركة وصفات الشيء المادية، والمادة (1792) فرنسي من ايجار المباني، والمادة (1918) فرنسي، بالنسبة الى عارية الاستعمال، والمادة (1898) فرنسي، فيما يخص بقرض الأستهلاك .. الخ، للتفاصيل. انظر: د. اسماعيل محمد المحاقري، الحماية القانونية لعدم الخبرة من الشروط التعسفية، المصدر السابق، ص 316 – 317.

ونتيجة ثانية للطبيعة القانونية للمستند ما قبل التعاقد الذي نص على ذلك الالتزام من ناحية أخرى<sup>(1)</sup>. إلا أن المستتب في كتابات البعض من الفقه القانوني المعاصر واستكناه تأييد القضاء الحديث<sup>(2)</sup> يفضي إلى القول بوجود جملة من الشروط اللازم تحققها لنشوء الالتزام ما قبل التعاقد بتقديم المعلومات وإذا كان السبيل إلى حصرها يصعب للأسباب التي تم ذكرها - فيما سلف - فإن من هذه الشروط علم الدائن بالمعلومات وبالمقابل جهل المدين بها وأن تكون ذات أهمية بالقدر الذي تكون به ضرورية، هي شرائط قانونية جامعة لنشوء هذا الالتزام واكتساب مستنداته الفعالية الإلزامية، وأن لم تكن مانعة لغيرها - بمقتضى طبيعة هذا الالتزام - من دخول شرائط أخرى خاصة معها، التي يعد في طبيعتها، في إطار الصياغة القانونية وأثرها في القوة الملزمة للمستندات قبل التعاقدية، هو النص على الالتزام بتقديم المعلومات، بوصفه التزاماً إيجابياً خاصاً تتضمنه المستندات والوثائق الصادرة في المرحلة السابقة على التعاقد<sup>(3)</sup>. وبذلك نستعرض بإيجاز هذه الشروط إلى لابد من تحققها لكي ينشئ الالتزام ما قبل التعاقد الثابت في المستند ما قبل التعاقد بالنص عليه في صياغة قانونية واضحة، باعتباره التزاماً إيجابياً خاصاً في المرحلة التي وُقِعَ المستند أو صُوِّتَت الوثيقة التعاقدية فيها.

**الشرط الأول:** علم المدين بالمعلومات. يجب أن يكون المدين بتقديم المعلومات على علم بها، فمن نافلة القول أن لا يوجه اللوم إليه لعدم إدلائه بمعلومات يجهلها - ومع ذلك - فإن مجرد الجهل بالمعلومات، لا يكون عذراً عن عدم تنفيذ الالتزام في جميع الأحوال فمهمة المتعاقد قد لا تعفيه من ضرورة تزويده بمعلومات معينة<sup>(4)</sup>.

وفي ذلك يقول الفقيه الفرنسي جستان ((GHESIIN)) بصدد التزام البائع قبل البيع بتقديم المعلومات بأن: ((أن هذا الالتزام لا ينصب على الأمور التي يعرفها البائعون فقط وإنما ينشأ هذا الالتزام أيضاً عندما يتعامل المهني فعليه واجب التزود بالمعلومات لكي يتمكن من تنفيذ التزامه بتقديم المعلومات))<sup>(5)</sup>. وقد أقرت محكمة النقض الفرنسية في قضائها المعاصر هذا المبدأ، إذ حكمت بأنه: ((يقع على عاتق الدائن بالالتزام بالأفضاء بالمعلومات ما قبل التعاقد، عبء إثبات

(1) ومما لا شك فيه، أن الالتزام بالأفضاء ما قبل التعاقد، ليس بالالتزام المطلق، وإنما يجب دراسة كل حالة على حدة، ومراعاة لمقتضيات التنافس في التجارة الدولية، وكذلك مراعاة مدى التوازن بين القدرة الفنية والمالية، لأطراف التفاوض. للتفاصيل، انظر: د. هاني صلاح سري الدين، المفاوضات في العقود التجارية الدولية... المصدر السابق، ص 115، د. صالح بن عبد الله، المبادئ القانونية في صياغة عقود التجارة الدولية، المصدر السابق، ص 92 - 93، د. محمد حسام محمود لطفي، المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض، المصدر السابق، ص 22، د. محمد محمد أبو زيد المفاوضات في الأطر التعاقدية، المصدر السابق، ص 95.

(2) انظر: د. محمد حسام محمود لطفي، المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض، المصدر السابق، ص 23، د. نزيه محمد الصادق المهدي، الالتزام قبل التعاقد بالادلاء... المصدر السابق، ص 80، د. صبري حمد خاطر، الالتزام قبل التعاقد بتقديم المعلومات، المصدر السابق، ص 176.

(3) انظر: د. محمد حسين عبد العال، ضوابط الاحتجاج والمستندات العقدية، المصدر السابق، ص 33، د. أحمد الزقرد، نحو نظرية عامة لصياغة العقود... المصدر السابق، ص 261 - 262، د. صالح بن عبد الله، المبادئ القانونية في صياغة عقود التجارة الدولية، المصدر السابق، ص 78.

(4) انظر: د. صبري حمد خاطر، الالتزام قبل التعاقد بتقديم المعلومات، المصدر السابق، ص 177، نزيه محمد الصادق المهدي، الالتزام قبل التعاقد بالادلاء... المصدر السابق، ص 239، د. سهير منتصر، الالتزام بالتبصير، المصدر السابق، ص 6، وفي ضرورة علم المدين (المستأمن) بالمعلومات في إطار عقد التأمين، انظر: د. عبد الرزاق أحمد السهوري، الوسيط، في عقود الغرر والتأمين، ج 7، المصدر السابق، بند 615، ص 1253، د. عبد المنعم البدر، عقد التأمين، المصدر السابق، رقم 127، ص 172، د. عبد الودود يحيى، الالتزام باعلان الخطر في التأمين، المصدر السابق، ص 83، د. نزيه محمد الصادق المهدي، عقد التأمين، المصدر السابق، ص 255.

(5) انظر: جستان، الانعقاد، المصدر السابق، ص 718.

GHESTIN: Note. D. 1971. op cit.p. 718.-

=ومن ذلك يذهب البعض من الفقه القانوني، أن معيار ((الرجل المعتاد)) يطبق إذا كان المدين شخصاً عادياً، أما إذا كان المدين شخصاً مهنيّاً أو حرفياً، يتعاقد في مجال مهنته، كالمحامي أو الطبيب، أو البائع المحترف، (كبايع السيارات المستعملة)، فإن المعيار يختلف ليصبح معيار الرجل المهني الموضوع في نفس ظروف المدين، بل أن الفقه المذكور، قد ذهب إلى التخفيف من عبء الإثبات على الدائن بالالتزام، عن طريق القول بوجود قرينة افتراض علم المهني أو المحترف بالبيانات المطلوبة، وبأنه تخلفها على إرضاء المتعاقد، وتؤدي هذه القرينة، إلى اعتباره سيء النية، وبذلك قد يصل الأمر، إلى إعفاء الدائن بالالتزام، من عبء إثبات الخطأ التقصيري، المتمثل في عدم ادلاء هذا المهني بالبيانات قبل التعاقدية، للتفاصيل، انظر: د. نزيه محمد الصادق المهدي، الالتزام ما قبل التعاقد بالادلاء... المصدر السابق، ص 318، د. محمود جمال الدين زكي، الوجيز في النظرية العامة للالتزامات، المصدر السابق، رقم (80)، ص 142.

علم الطرف الآخر بالبيانات اللازمة ..<sup>(1)</sup> ومن التطبيقات العملية الأخرى التي وردت بهذا الشأن أيضاً ما جاء في أحد القرارات القضائية البلجيكية بأن المتعاقدين عند البيع كان يجهلان الرهن المثقلة به السيارة، بيد أن ذلك لا يعتبر مبرراً للتخلص من الالتزام بتقديم المعلومات إذ كان على البائع أن يتزود بالمعلومات الخاصة بالوضع القانوني للسيارة قبل أن يزج بها في التعامل وبما أنه لم يفعل ذلك فإنه أهمل وهذا الأهمال هو الذي الحق الضرر بالمشتري<sup>(2)</sup>.

ويلاحظ مما تقدم في أعلاه، أنه لا يكفي جهل المدين بالمعلومات أو البيانات الواجب الإدلاء بها للتخلص من الالتزام وإنما يكون عليه في حالات معينة، وعلى وجه الخصوص عندما يكون مهنيًا أو حرفيًا يتعامل مع شخص عادي واجب العلم متى كان ذلك في مقدوره طبقاً لطبيعة التعامل الجاري والعرف<sup>(3)</sup>، بيد أن هذا الحكم لا يؤخذ على إطلاقه، فلا يتحمل المدين عبء هذا الالتزام إذا كان جهله مشروعاً، كما هو الحال عندما يروم الدائن الحصول على شيء معين لاستعماله الخاص ولم يخبر المدين أنه لم يروم سوى مثل هذا الاستعمال أو كان الدائن يعطي أهمية خاصة لصفة معينة استثنائية تشذ عن الوضع العادي أو المألوف<sup>(4)</sup>. وكذلك هو الحال أيضاً فيما لو سلك الدائن سلوكاً جَعَلَ المدين أو حملته على الاعتقاد أنه يعلم بمالم يخبره به الدائن من معلومات أو بيانات، ففي هذه الحالة لا ينشئ الالتزام أيضاً<sup>(5)</sup>.

**الشرط الثاني:** جهل الدائن (الملتزم له) بالمعلومات. من الشروط العامة للالتزام ما قبل التعاقد بتقديم المعلومات أو الإدلاء بالبيانات أن يجهل الدائن إياها، فلا يلزم المدين بتقديم معلومات أو الأفضاء ببيانات لدائن أو ملتزم له سبق علمه بها<sup>(6)</sup>. ويثور التساؤل بهذا الصدد فيما أنه إذا كان المدين (الملتزم) لا يتحمل هذا الالتزام عندما يكون الدائن على علم بالمعلومات والبيانات فهل يلزم لتقديمها إذا لم يعلم الدائن بها؟ ولكن كان بإمكانه الحصول أو الوصول إليها؟ وبعبارة أخرى هل يشترط أن يكون جهل الدائن (الملتزم له) بالمعلومات أو البيانات مشروعاً؟

(1) انظر: قرار محكمة النقض الفرنسية، نقض مدني فرنسي في 21 أكتوبر، 1974، الموسوعة الفقهية الدورية، 1975 - 2 - 18176. نقلاً عن: د. نزيه محمد الصادق المهدي، الالتزام قبل التعاقد بالادلاء ... المصدر السابق، ص 243.

(2) انظر: قرار محكمة النقض البلجيكية، وتعليق جستار عليه في:

cass - Belge - 43 - 5 - 1978. Rev - crnt - Juris - Belge. 1980. p. 577. (2arrets) note: Ghestin: Droit civile - contract no 457. p. 373.

نقلاً عن: صبري حمد خاطر، الالتزام قبل التعاقد ... المصدر السابق، ص 178، ومن تطبيقات هذا المبدأ أيضاً ما قضت به المحكمة السويسرية الفيدرالية العليا، من أن عدم قيام ممثلي البنك خلال المفاوضات بإعلام العميل، بأن التوقيع على عقد القرض يستوجب موافقة المركز الرئيسي، يعد إخلالاً بالالتزام بالأفضاء ما قبل التعاقد، وبناء عليه ألزمت المحكمة، البنك بسداد كل النفقات، التي تكبدها العميل، وما ترتب من ضياع الوقت خلال المفاوضات: للتفاصيل، انظر:

Escophon: AG.V Bank in langenthal bandesgericht. Switz 105; B.G.R. 1175. 80. 128. J.T. 166. 70. (1979)-

نقلاً عن: د. هاني صلاح سري الدين، المفاوضات في العقود التجارية الدولية ... المصدر السابق، ص 115.

(3) انظر: د. محمد عبد الظاهر حسين، الجوانب القانونية للمرحلة السابقة للتعاقد، المصدر السابق، ص 769، د. نزيه محمد الصادق المهدي، الالتزام ما قبل التعاقد بتقديم المعلومات، المصدر السابق، ص 210، وهذا ما يقرره بوضوح شراح القانون المدني الفرنسي، وعلى رأسهم الأستاذ جستار، الالتزامات، المصدر السابق، رقم 504، ص 409، بوييه الالتزام بالادلاء بالبيانات، المصدر السابق، رقم 233، ص 322.

(4) انظر: د. مصطفى العوجي، القانون المدني، ج 1، العقد، المصدر السابق، ص 191، د. محمد عبد الظاهر حسين، الجوانب القانونية للمرحلة السابقة للتعاقد، المصدر السابق، ص 764، د. نزيه محمد الصادق المهدي، الالتزام قبل التعاقد بالادلاء ... المصدر السابق، ص 253، د. محمد حسام محمود لطفي، المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض، المصدر السابق، ص 19.

(5) كما هو الحال، كذلك، فيما لو طلب الدائن ومن خلال صفقة تعاقدية أخرى مع المدين بالمعلومات، أجزاء أخرى متممة، أو مكملّة للبضاعة التي طلبها في الصفقة الأولى منه ... للتفاصيل، انظر: د. نزيه محمد الصادق المهدي، الالتزام قبل التعاقد بالادلاء ... المصدر السابق، ص 254.

(6) انظر: د. صاحب الفتاوي، ضمان العيوب وتخلّف المواصفات في عقود البيع، الطبعة الأولى، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان الأردن، 1997، ص 94، د. محمد حسام محمود لطفي، الأحكام العامة لعقد التأمين، دار الثقافة للطباعة والنشر، القاهرة - مصر، 1988، ص 179. هذا واعتبر البعض من الفقه القانوني الغربي المقارن، أن الالتزام بالاعلام بكل شيء من قبيل التزييد، ومفقر إلى حد كبير إلى الواقعية، انظر: في ذلك.

DERAINS et AUTRES op: cit p. 11.-

نقلاً عن: د. محمد حسام محمود لطفي، المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض، المصدر السابق، ص 20.

المألوف انه على الأطراف الساعية الى التعاقد التزود بالمعلومات اللازمة للعلاقة التعاقدية خلال مرحلة التفاوض عليها قبل ان يرتبطوا بعقد يتحملون ما ينشأ عنه من التزامات وما سيكتسبونه من حقوق منه، ومن هنا إذا كان بإمكان الدائن الحصول على المعلومات والبيانات اللازمة ببذل جهد معقول، فإن المدين (الملتزم) لا يتحمل تنفيذ الالتزام قبل التعاقد بتقديم هذه المعلومات والبيانات حتى وان كانت ضرورية لصدور رضا مستتير من الدائن<sup>(1)</sup>. فإذا كان كلا طرفي العقد يمارسان حرفة واحدة بإمكان كل منهما الحصول على المعلومات الضرورية للتعامل بينهما، فإن جهل احدهما بهذه المعلومات ليس هناك ما يبرره بوصف الجهل بها في هذه الحالة انه غير مشروع واستلزام صفة المشروعية في جهل الدائن، يُفترض معرفة العرف السائد في التعامل ومدى انتشار المعلومات الخاصة بمرحل التعاقد من عدمه وفيما إذا كان يفترض في الدائن (الملتزم له) قبل التعاقد العلم بحكم طبيعة مهنته او حرفته ا وصاف محل التعاقد المتفاوض حولها وكيفية الاستفادة من المعلومات والبيانات المقدمة عن ذلك<sup>(2)</sup>. كما هو الحال في نطاق استخدام الكمبيوتر فما قيل بهذا الشأن انه يفترض في الشركة التي تستورد كميات من هذا الجهاز ان تكون لديها معلومات كافية حول نوعيته ومواصفاته وطريقة استخدامه قبل الأقدام على شرائه<sup>(3)</sup>.

وبصورة عامة، فإن المعيار الذي تقاس به مشروعية جهل الدائن (الملتزم له) بالمعلومات اللازمة للتعاقد هو معيار (تصرف الشخص او الرجل المعتاد). فإذا كان الرجل المعتاد في تصرفه لا يجهل هذه المعلومات لو حل محل الدائن (الملتزم له) - فحينئذ - لا يكون جهل الدائن مشروعاً، اما لو حصل العكس فالجهل مشروع. وينشئ بذلك على عاتق المدين (الملتزم) الالتزام ما قبل التعاقد بتقديم المعلومات والبيانات الذي يجسده - ومن خلال الصياغة القانونية لنصوصه - المستند ما قبل التعاقد الثابت فيه<sup>(4)</sup>.

**الشرط الثالث:** ان تكون المعلومات اللازم الادلاء بها ضرورية للتعاقد. لا يلتزم المدين (الملتزم) بتقديم المعلومات او البيانات، أي كان نوعها او طبيعتها او اثرها مالم تكن هذه المعلومات من الأهمية بالنسبة للتعاقد المتفاوض في شأنه. فمن

(1) إذ ان، ووفقاً للرأي الراجح في الفقه القانوني، ان معيار العلم، من عدمه، هو معيار موضوعي لا شخصي. للتفاصيل، انظر: د. ابراهيم الصالحي، حقيقة العيب الموجب للضمان وشروطه في عقد البيع، الطبعة الأولى، 1988، ص 181، وفي تفصيل الأعتبارات التي تجعل جهل الدائن مشروعاً في مرحلة التفاوض، انظر: د. نزيه محمد الصادق المهدي، الالتزام قبل التعاقد بالادلاء بالمعلومات، المصدر السابق، ص 84 - 85، د. محمد محمد ابو زيد، المفاوضات في الأطار التعاقدية، المصدر السابق، ص 94.

(2) انظر: د. عبد المنعم البدر اوي، مصادر الالتزام، المصدر السابق، رقم 196، ص 271، د. حسن عبد الباسط الجميعة، شروط التخفيف والأعفاء من العيوب... المصدر السابق، ص 22، د. مصطفى العوجي، القانون المدني، ج 1، العقد، المصدر السابق، ص 192، هذا وقد صاغت محكمة النقض الفرنسية، هذا الاتجاه في صورة مبدأ عام يقضي: ((بانه اذا كان من الممكن التساهل مع المكتسب، إذا كان شخصاً عادياً غير محترف فإنه على العكس بالنسبة للمحترف، إذ يعتبر جهل في هذا الصدد غير مغتفر)). انظر: نقض مدني فرنسي في 4 ديسمبر، سنة 1950، بلتان مدني - 2 - 261، رقم 325، نقلاً عن: د. نزيه محمد الصادق المهدي، الالتزام قبل التعاقد بالادلاء... المصدر السابق، ص 165، وتبعاً لذلك استبعدت محكمة النقض الفرنسية - أيضاً - في هذين القرارين:

cass. E: v.25 Jain: 1980 Gp. 1980. 2. som. 570. -

cass. Com. 16 fev. 1982. D. 1982. IR. 496. note vasseur.-

مسؤولية صانع او موزع مواد خطرة، بصورة كاملة بالنظر لجهالة الشاري غير المشروعة. كما استبعدت المحكمة ذاتها، المسؤولية بصورة جزئية في القرار التالي:

cass. Civ. Dec. 1975 (2arrets) J.CP. 1977. 18588. note malincaud. D. 1978. 205: note R. savatier.-

مشار الى هذه الأحكام واحكام اخرى في: د. مصطفى العوجي، القانون المدني، ج 1، العقد، المصدر السابق، ص 191.

(3) انظر: د. انور احمد الفزيع، عقد المشورة في مجال الحصول على انظمة حاسبات الكترونية، بحث منشور في مجلة الحقوق، العدد الثاني، السنة الثانية عشرة، يونيو، 1994، ص 120.

(4) انظر: د. صبري حمد خاطر، الالتزام قبل التعاقد بتقديم المعلومات، المصدر السابق، ص 180، وفي استعراض المعيار الموضوعي او الشخصي والمفاضلة بينهما حول اساس مشروعية جهل الدائن، بالمعلومات، انظر: د. اسعد دياب، ضمان عيوب المبيع الخفية، دار إقرأ، بيروت - لبنان، 1981، ص 87، وما بعدها، د. نزيه محمد الصادق المهدي، الالتزام قبل التعاقد بالادلاء بالبيانات... المصدر السابق، ص 112.

شروط التزام المدين (الملتزم) ان تكون المعلومات والبيانات المنصوص عليها في المستند او الوثيقة ما قبل التعاقدية ضرورية للتعاقد وتكون المعلومات ضرورية بالنسبة للتعاقد المزمع ابرامه من جهتين<sup>(1)</sup>.

الجهة الأولى: ضرورة المعلومات والبيانات بالنسبة للمفاوضات العقدية: قد لايزود المدين (الملتزم) في مرحلة المفاوضات العقدية، الدائن (الملتزم له) بالمعلومات والبيانات اللازم الافضاء بها خلال مفاوضاته العقدية، او قد يواصل هذه المفاوضات فيفاجأ فيما بعد، بعدم امكانية ابرام العقد كأن يوجد شرط يمنع المدين بالمعلومات من التصرف ولم يفصح عنه للدائن بها وبالتالي فأن عدم تنفيذ الالتزام ما قبل التعاقد بتقديم المعلومات لا يؤدي الى صدور رضا تعاقدية معيب فحسب، وإنما يحول دون صدور هذا الرضا من الأصل، فلا يَرَمُ العقد المتفاوض بشأنه - عندئذ - او قد يؤدي على الأقل الى ان يبذل الدائن جهوداً غير مجدية في مرحلة المفاوضات العقدية<sup>(2)</sup>. وأمثلة ذلك كثيرة ومنها عقود نقل التكنولوجيا، اذ قد يؤدي احتفاظ المدين (المورد) بالمعلومات الضرورية لاستخدامها من قبل الدائن (المستورد) الى انصراف هذا الأخير عن التعاقد او تحفظه عليه، كما ان ومن ناحية اخرى، ان التعهد السابق على التعاقد بنقل ملكية عقار في القانون المدني العراقي قد يشمل على اخلال المتعهد بالتزامه بتقديم المعلومات المتعلقة بالعين محل التصرف إذا أخفى المتعهد عن المتعهد له حالة العقار من جهة عدم جواز التصرف فيه خلال مدة معينة او أخفى عنه أي معلومات اخرى قد تمنع هذا الأخير من الاستفادة بالعين العقارية محل التصرف<sup>(3)</sup>، أما إذا لم تكن المعلومات ضرورية للتعاقد فان المدين (الملتزم) لا يكون قد أخل بالتزامه بتقديمها، حتى ان قطعت المفاوضات او حصل الاخلال بالمستندات المتبادلة اثناءها لهذا السبب او ذاك، ولم يتم إبرام العقد المتفاوض بشأنه، وهذه مسألة تترك تقديرها للقضاء<sup>(4)</sup>.

ثانياً: ضرورة المعلومات الملتزم بها لصدور رضا مستتير. تعتبر ضرورة المعلومات بالنسبة لصدور هذا الرضا، على اساس ان الدائن (الملتزم له) لو كان يعلم بها لم يبرم العقد، او يبرمهُ ولكن بشروط تختلف عن الشروط التي كان سيتعاقد بها في العقد المزمع ابرامه فيما لو ان المدين (الملتزم) نفذ التزامه ما قبل التعاقد بالادلاء بالمعلومات والبيانات المنصوص عليها في المستندات والوثائق الصادرة في المرحلة السابقة على التعاقد<sup>(5)</sup>. فإبرام العقد المتفاوض في شأنه لا يعني بالضرورة صدور رضا مستتير عن الدائن بالالتزام مادام المدين (الملتزم) لم ينفذ التزامه بالادلاء بالمعلومات

(1) انظر: د. صبري حمد خاطر، الالتزام قبل التعاقد بتقديم المعلومات ... المصدر السابق، ص180، د. سهير منتصر، الالتزام بالتبصير، المصدر السابق، ص7، د. نزيه محمد الصادق المهدي، الالتزام قبل التعاقد بالادلاء بالبيانات، المصدر السابق، ص243، ويجدر التنويه بحكم لاحدى هيئات التحكيم، عقد تفرقة مهمة، بين الالتزام بالاعلام التفاوضي، بكل شيء، (toutreceler) والالتزام بالاعلام، بما يصاحب العقد محل التفاوض، من ظروف وملابسات واقعية وقانونية ضرورية فقط، فقد ألغت لجنة (Adhoc) في 3 من مايو، سنة 1985، بمركز تسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمار، حكماً صدر، عن المركز في 21 من اكتوبر، سنة 1983، بشأن نزاع، بين (KLockner) وحكومة الكاميرون استناداً الى ان القانون المدني الفرنسي الواجب التطبيق على النزاع، لا يبرر، الزام الطرف المتفاوض، نظراً لما يتوافر من ثقة بين الاطراف، باتباع اسلوب صريح، (Franche)، ومستقيم (Loyal)، وبرئ (candied). وأشارت اللجنة، الى ان فرض، مثل هذا الالتزام يقتضي وضع شروط وحدود للاخذ به، وتطبيقه، يكون في مقدمتها، ان يكون الاعلام منصباً على مسائل ضرورية، وجوهرية حول موضوع التعاقد، انظر في ذلك:

CIRDI: Centre International pour le Reglement des Differends Relatif Aux. Investissement.-

مشار اليه عند: د. محمد حسام محمود لطفي، المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض، المصدر السابق، ص19 - 20.

(2) انظر: د. صبري حمد خاطر، الالتزام ما قبل التعاقد ... المصدر السابق، ص181، سليمان براك، المفاوضات العقدية، المصدر السابق، ص68، رومان منير زيدان، حسن النية في تكوين العقد، المصدر السابق، ص30، علاء حسين علي الجوعاني، حسن النية في تكوين العقد، المصدر السابق، ص32، اواز سليمان دزة يي، الالتزام التعاقد بالادلاء ... المصدر السابق، ص164.

(3) هذا المثال وغيره من الأمثلة المشابهة له، يرد في قرارات القضاء العراقي، بيد انه لم يبحث، عما إذا كان يوجد التزام بتقديم المعلومات او لا، وأمل من خلال الإشارة البسيطة هذه في ثنايا هذا البحث، ان يكون هذا الالتزام، محل عناية القضاء العراقي الموقر، انظر على سبيل المثال، قرار رقم 510، حقوقية، 1981، للتفاصيل. انظر: د. منذر الفضل، التعهد بنقل ملكية عقار، المصدر السابق، ص154، د. صبري حمد خاطر، التصرف في المبيع قبل تنفيذ الالتزامات الناشئة من عقد البيع، رسالة ماجستير، جامعة بغداد - 1984، ص53.

(4) انظر: د. جلال احمد خليل، النظام القانوني لحماية الاختراعات ونقل التكنولوجيا الى الدول النامية، المصدر السابق، ص319، د. سعد الحلبوسي، التفاوض في العقود، المصدر السابق، ص31.

(5) انظر: د. صبري حمد خاطر، الالتزام ما قبل التعاقد، المصدر السابق، ص180، د. نزيه محمد الصادق المهدي، الالتزام قبل التعاقد بالادلاء ... المصدر السابق، ص40، د. عبد الرحمن العدوي، ((تحذير شامل من عمليات نقل الأعضاء))، بحث منشور في مجلة منبر الإسلام، السنة 51، العدد 18، شعبان 1413هـ، فبراير 1993، ص85، د. عبد الرشيد مأمون، عقد العلاج الطبي، بين النظرية والتطبيق، دار النهضة العربية، القاهرة - مصر 1996، ص19 وما بعدها.

المنصوص عليه في المستند الموقع منه، فالإخلال بالالتزام بالادلاء بالمعلومات والبيانات إذا وقع قبل التعاقد يؤثر في الرضا عند تكوين العقد ويجعل منه رضا تعاقدى ناقص أو بعبارة أدق رضا (غير مستنير) (1).

**الشرط الرابع:** النص الواضح على الالتزام ما قبل التعاقدى بتقديم المعلومات. لما كنت قد عالجت هذا الضرب من الالتزامات التعاقدية الإيجابية التي تتمخض عن المستندات الموقعة في مرحلة ما قبل التعاقد، باعتباره التزاماً قانونياً خاصاً، فالخصوصية تعني في هذا المجال هوان يكون هذا الالتزام قد ورد بصياغات قانونية واضحة وبعبارة لا لبس فيها بالنسبة لفحوى والفاظ مضمونه، ومن حيث نطاقه الزمني (2) وإذا كان قد تم التطرق إلى مضمون المعلومات الواجب الادلاء بها والثابتة في المستند ما قبل التعاقدى في طيات الشرط الثالث من شروط هذا الالتزام، فإن تحديد غطاءه الزمني (الفترة المعينة) أمر جوهري تحدده الصياغات القانونية للعبارة الواردة في التعهد أو الاتفاق الثابت في المستند ما قبل التعاقدى، إذ لا يلزم المدين (الملتزم) بالمعلومات بتقديمها في شتى مراحل المساحة الزمنية السابقة على إبرام العقد النهائي المنشود بل ينحصر نطاق التزامه بالادلاء بالمعلومات أو البيانات في المرحلة التي صدرت فيها وثيقة الخطاب ما قبل التعاقدى بالاعلام أو المستند للاتفاق المبدئي الذي وُقِعَ للغرض ذاته (3).

ومع ذلك فقد يلتزم المدين (الملتزم) بالمعلومات بتقديمها طيلة فترة المساومات والمناقشات (المفاوضات) وحتى اللحظات النهائية لإبرام العقد النهائي المنشود. وهي الفروض التي تجد تطبيقات لها، في إطار ادخال التحسينات في عقود نقل التكنولوجيا (4)، أو عندما تحدث تغييرات جوهريّة على المعلومات والبيانات التي سبق وان تبادلها المتفاوضون فيحتم على المدين (الملتزم) بالادلاء بها - عندئذ - بتقديمها إلى الدائن (الملتزم له) (5). وإلا عُدَّ مخالفاً بالالتزام ما قبل التعاقدى الناشئ بمقتضى العقد أو الاتفاق الثابت في المستندات والوثائق الصادرة بين الأطراف المتفاوضة - في المرحلة السابقة على التعاقد - من خلال الصياغة القانونية لها.

## المطلب الثاني

### الالتزامات التعاقدية السلبية

تجد الالتزامات التعاقدية التي تفرض على أحد الأطراف الساعية إلى التعاقد أو كليهما اتخاذ موقف سلبي محض خلال المرحلة السابقة على التعاقد، تطبيقات قانونية متعددة تتضمنها الصياغات القانونية للمستندات المختلفة الصادرة في المرحلة الأخيرة، إذ تعد هذه الطائفة من الالتزامات التعاقدية ضرباً من الضمانات الأساسية التي تدفع المتفاوضين إلى

(1) انظر: د. نزيه محمد الصادق المهدي، الالتزام قبل التعاقدى بالادلاء ...، المصدر السابق، ص 42، د. سهير منتصر، الالتزام بالتبصير، المصدر السابق، ص 5، د. محمد عبد الظاهر حسين، الجوانب القانونية للمرحلة السابقة للتعاقد، المصدر السابق، ص 42، لاسيما، إذا كان مصدر هذا الالتزام، بمقتضى القانون، أو حسن النية، أو الاتفاق، انظر: د. جميل الشرفاوي، النظرية العامة للالتزام، ج 1، المصادر العامة للالتزام، المصدر السابق، رقم 33، ص 135.

(2) انظر: د. احمد شرف الدين، اصول الصياغة القانونية للعقود، المصدر السابق، ص 90، د. صالح بن عبد الله، المبادئ القانونية في صياغة عقود التجارة الدولية، المصدر السابق، ص 93، د. هاني صلاح سري الدين، المفاوضات في العقود = التجارية الدولية، المصدر السابق، ص 116، د. محمد حسام محمود لطفي، المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض، المصدر السابق، ص 28.

(3) انظر: د. احمد الزقرد، نحو نظرية عامة لصياغة العقود، المصدر السابق، ص 262، د. صبري حمد خاطر، الضمانات العقدية لنقل المعلومات، مجلة جامعة النهريين، مج (1)، العدد الثالث، كانون الأول، 1997، ص 47.

(4) انظر: د. نوري حمد خاطر، عقود المعلوماتية، دراسة في المبادئ العامة في القانون المدني، دراسة موازنة، الدار العلمية الدولية ودار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان - الأردن، 2001، ص 63، نداء كاظم المولى، الآثار القانونية لعقود نقل التكنولوجيا، المصدر السابق، ص 102، د. سميرة القلوبى، تقييم شروط التعاقد والالتزام بالضمان في عقود نقل التكنولوجيا، مجلة مصر المعاصرة، العدد (406)، السنة (77)، 1986، ص 113.

(5) انظر: د. احمد الزقرد، أثر تغيير الظروف على تحديد مضمون الالتزام التعاقدى، الطبعة الأولى، منشورات جامعة الكويت، 2001، ص 216، وفي إدراج شرط الاعلام قبل التعاقدى، الثابت في المستندات التعاقدية، انظر: د. محمد محمد ابو زيد، المفاوضات في الأطار التعاقدى، المصدر السابق، ص 95، د. حسام الدين الأهواني، مصادر الالتزام، ج 1، المصادر الارادية، المصدر السابق، ص 54.

خوض غمار العملية التفاوضية في المرحلة السابقة على التعاقد دون تردد أو خشية من إلحاق الضرر بهم من جراء فشل تلك المساومات والمناقشات (المفاوضات) وعلى السواء فيما إذا ما كان اخفاق العملية التفاوضية ناجماً عن استغلال وتعسف احد المتفاوضين في قطعها أو العدول عنها أو كان نتيجة طبيعية لحرية الارادة التعاقدية وسلطانها في ابرام العقد من عدمه<sup>(1)</sup>. وإذا كان من اهم ما يثير مخاوف المتفاوضين في حال عدم انعقاد العقد عند فشل المفاوضات هو استغلال احد الأطراف لما حصل عليه من معلومات وبيانات اقتضت الأصول التفاوضية – استناداً الى مبدأ حسن النية – الإفصاح عنها استغلالاً مخالفاً للمبدأ الأخير من شأنه إلحاق الضرر بالطرف المفصح عنها، لذلك فإن تضمين الاطراف الساعية الى التعاقد مستنداتهم ووثائقهم ماقبل التعاقدية التزاماً سلبياً خاصاً بالنص على الالتزام بالسرية، يعد ضمانه قانونية أكيدة لضمان صحة التعاقد يُخرج واجب الحفاظ على المعلومات والبيانات التي وصلت الى علم احد الاطراف، وعدم استغلالها من دائرة الضمير والوعود الشرفية أو التعهدات الادبية الى حيز الالتزام المدني القانوني. وفي الوقت ذاته يشكل النص الواضح من خلال الصياغة القانونية لمستندات ووثائق هذا الالتزام قيداً قانونياً نافذاً على السلطان المطلق للارادة وحريتها التعاقدية في مرحلة لم تزل تعاني من ندرة الضمانات القانونية التي ترسخ استقرارها<sup>(2)</sup>. كذلك ومن ناحية اخرى لا يقل النص على الالتزام السلبى الآخر في المرحلة ماقبل التعاقدية بعدم التفاوض مع الغير اهمية من الالتزام السلبى الاول (الالتزام بالسرية)، بل يُعد الالتزام بالامتناع عن التفاوض مع الغير مدة محددة اهم وسيلة من وسائل ضمان تحقيق الالتزام بالسرية لما ينطوي على الدخول في مفاوضات متوازية مع الغير، في خصوص العقد ذاته من اختلال في مراكز المتفاوضين نتيجة اتخاذ احدهم أو كلاهما من اصول التفاوض والحرية في العدول عنه مهنة لاحتراق التضارب التعاقدى وكشف الاسرار الفنية التي تنتهي الى الاضرار بالطرف المقابل أو الغير<sup>(3)</sup>.

ومن ذلك كان الاول: الالتزام بالحفاظ على سرية المعلومات والبيانات والثاني: الالتزام بعدم التفاوض مع الغير مدة محددة التزامين سلبيين خاصيين، أسفر الواقع العملي – لخطورتهما – عن شيوع النص عليهما في إطار الصياغات القانونية للمستندات والوثائق ماقبل التعاقدية التي ينتظمها الاطراف الساعية الى التعاقد فيما بينهم والتي تمثل هذه الأخيرة الصورة المادية لنواياهم التعاقدية<sup>(4)</sup>. وللاستعراض الموجز لمضمون هذين الالتزامين واثار الصياغة القانونية في مناهجها الالزامي نخصص الفرع الاول، لبحث الالتزام بسرية المعلومات في مرحلة ماقبل التعاقد، فيما يكون الالتزام بعدم التفاوض مع الغير مدة محددة، مجالاً لبحث الفرع الثاني.

(1) انظر: د. مصطفى محمد الجمال، السعي الى التعاقد، المصدر السابق، ص237، د. ابراهيم نجار، اتفاق المبدأ، المصدر السابق، ص68، ومن البعض من الفقه القانوني، التي يعتبرها من الالتزامات المكملّة أو المساعدة للالتزامات التعاقدية الايجابية، انظر: د. محمد محمد ابو زيد المفاوضات في الأطار التعاقدى، المصدر السابق، ص82، فيما يعتبرها البعض الأخر من تطبيقات (اتفاقات المبادئ السلبية)، الالتزام ماقبل التعاقد بالاستقامة، انظر: د. محمد حسام محمود لطفي، المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض، المصدر السابق، ص27.

(2) انظر: د. مصطفى العوجي، القانون المدني، ج1، العقد، المصدر السابق، ص198، هيلان عدنان الجبوري، الاتفاقات السابقة على التعاقد، ص73، هذا ولا يشترط العلانية لاخلال المتفاوض بهذا الالتزام، اذ يكفي اطلاع الغير عليه، بسبب الطرف المفصح له، للتفاصيل. انظر: احمد سلمان شهيب، الالتزام التعاقدى بالسرية، المصدر السابق، ص104، جابر مهنة شبل، الالتزام بالمحافظة على سر المهنة، المصدر السابق، ص124، د. محمد حسام محمود لطفي، المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض، المصدر السابق، ص31.

(3) انظر: د. محمد ابراهيم الدسوقي، الجوانب القانونية للمرحلة السابقة على التعاقد و ابرام العقود ...، المصدر السابق، ص114 – 115، ومن الفقه الغربي المقارن. انظر:

Mousseron (J) Technique contractuelle op. cit. P54.-

(4) انظر: د. احمد الزقرد، نحو نظرية عامة لصياغة العقود، المصدر السابق، ص276 – 277، د. صالح بن عبد الله، المبادئ القانونية في صياغة عقود التجارة الدولية، المصدر السابق، ص74، د. محمد حسام محمود لطفي، المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض، المصدر السابق، هامش (97)، ص31.

## الفرع الاول الالتزام بالسرية

يتلخص مضمون هذا الالتزام السليبي في مرحلة ما قبل التعاقد، بامتناع احد اطراف التفاوض او كلاهما عن الافشاء لما اتصل علمهم به من بيانات ومعلومات بمناسبة العقد المزمع ابرامه في المستقبل<sup>(1)</sup>. فقد يتبادل اطراف التفاوض العديد من البيانات والمعلومات المهمة ذات الطابع الفني والتجاري<sup>(2)</sup>. وهنا تبدو اهمية مستندات ووثائق تعهدات (خطابات) واتفاقات الالتزام بعدم الافشاء بالسرية، اذ تهدف مثل هذه المستندات - ومن خلال صياغاتها القانونية - الى منع أي طرف من أطراف التفاوض من الافصاح عما تم تبادلته خلال التفاوض الى الغير او استخدام هذه البيانات او المعلومات من قبل أي من الاطراف لحسابه الشخصي دون الاستئذان المسبق من صاحب هذه المعلومات والبيانات<sup>(3)</sup>.

وتحقق مثل هذه التعهدات والاتفاقات التعاقدية من خلال المستندات والوثائق الثابتة فيها الحماية القانونية التعاقدية للمعلومات والبيانات، خاصة في الأحوال التي لا تُعد فيها هذه المعلومات والبيانات الفنية محلاً لحقوق الملكية الفكرية بحسب طبيعتها ومن ثم لا تكون بحسب الأصل محلاً للحماية القانونية طبقاً لقوانين وانظمة حماية الملكية الفكرية<sup>(4)</sup>. والسؤال الذي يطرح في هذا الصدد، هل يمتد نطاق الالتزام بالسرية (التعهد او الاتفاق) الثابت في المستندات والوثائق السابقة على التعاقد، الى جميع المعلومات والبيانات التي تبادلها الأطراف بمناسبة التفاوض على العقد المزمع ابرامه ام يتناول طائفة معينة منها؟ يكاد الفقه القانوني في معظمه ان يكون متفقاً على ان نطاق الالتزام بالمحافظة على سرية المعلومات، يقتصر على نوعين منها، النوع الاول : يشمل المعلومات التي اسبغ عليها صاحبها طابع السرية، والنوع الثاني: يشمل المعلومات التي تكون غير قابلة للنشر والاعلان بطبيعتها<sup>(5)</sup>.

إلا ان تحديد نطاق المعلومات التي ترد في المستند ما قبل التعاقد الذي يتضمن التزاماً بالحفاظ على سريتها لم يزل جدلاً قائماً بين مشارب الفقه القانوني الحديث، ففيما يتعلق بالنوع الاول من المعلومات الواجب الحافظ على سريتها، وهي تلك التي اسبغ عليها صاحبها (المُفَصِّح) ذلك الطابع، ذهب الرأي الاول (المضيق) من الفقه القانوني: الى قصر هذه السرية

(1) انظر: د. هاني صلاح سري الدين، المفاوضات في العقود التجارية الدولية، المصدر السابق، ص111، د. محمد ابراهيم دسوقي، الجوانب القانونية للمرحلة السابقة للتعاقد ومراحل ابرام العقود ... المصدر السابق، ص96، د. مصطفى محمد الجمال، السعي الى التعاقد، المصدر السابق، ص414، د. مصطفى العوجي، القانون المدني، ج1، العقد، المصدر السابق، ص198.

(2) انظر: صابر محمد عمار، المفاوضات في عقود التجارة الالكترونية، المصدر السابق، ص10، سعد الحلبوسي، التفاوض في العقود، المصدر السابق، ص33، د. محمد حسام محمود لطفي، المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض، المصدر السابق، ص32، د. محمد محمد ابو زيد، المفاوضات في الأطار التعاقدية، المصدر السابق، ص87.

(3) انظر: د. احمد شرف الدين، اصول الصياغة القانونية للعقود، المصدر السابق، ص97، د. احمد عيسى، نقل التكنولوجيا ... المصدر السابق، ص134، د. نصيره بو جمعة سعدي، عقود نقل التكنولوجيا في مجال التبادل الدولي، اطروحة دكتوراه، حقوق - اسكندرية، مصر، 1987، ص83، ومن الفقه الغربي المقارن. انظر:

J.D elueze le contrat international de licence de know – how. Masson Paris 1988 p.37.-

(4) انظر: د. محمد حسنين، الوجيز في الملكية الفكرية، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1985، ص68، د. حسام الدين كامل الأهواني، حماية حقوق الملكية الفكرية في منظمة التجارة الدولية واثارها على الاقطار العربية، مجلة دراسات وبحوث الوطن العربي، الجامعة المستنصرية، العبدان، (6)، (7) بغداد، 1999، ص114، د. احمد السمدان، النظام القانوني لحماية برامج الكمبيوتر، بحث منشور في مجلة الحقوق، العدد الرابع، السنة الحادية عشرة، ربيع الثاني، ديسمبر 1987، ص16 – 17.

(5) انظر: د. محمد ابراهيم دسوقي، الجوانب القانونية في ادارة المفاوضات و ابرام العقود ... المصدر السابق، ص98 – 99، د. محسن شفيق، نقل التكنولوجيا ... المصدر السابق، ص63، د. هاني صلاح سري الدين، المفاوضات في العقود ... المصدر السابق، ص111 – 112، د. رافد خلف هاشم، الحماية القانونية للجينات البشرية، اطروحة دكتوراه، جامعة النهريين، كلية الحقوق، (2005)، ص78، سليمان براك، المفاوضات العقدية، المصدر السابق، ص75، صباح عريس، المسؤولية المدنية الناشئة عن الاخلال بالالتزام بالسرية، المصدر السابق، ص55.

على المعلومات التي كشفها ذوي الشأن حصراً، والتي يثبت في إعلانها ضرر للغير والمعيار العام في كل ذلك، هو الثقة المتبادلة التي قامت بين الطرفين بمناسبة العقد المزمع إبرامه في الأوان القريب<sup>(1)</sup>.

- فيما ذهب الرأي الثاني من الفقه القانوني: الى ان المعلومات التي تكون محلاً للحماية التعاقدية هي المعلومات التي لم تعد لاطلاع الغير عليها وانما تم الافصاح عنها تبعاً لمقتضيات الاصول التفاوضية المبنية على اساس الثقة ومبدأ حسن النوايا للطراف المتفاوضة، ومن ذلك الرسوم والبحوث والتصميمات والدراسات التي أعدت بمناسبة العقد المزمع إبرامه، فهذه المعلومات والبيانات الأخيرة تأخذ طابع السرية باعتبار انها لم تغد لاطلاع الغير عليها ويكون في افشائها خطأ تقصيري يتعرض من افشائها للحكم عليه - كمبدأ عام بالتعويض - كما ان استغلالها لحساب احد المتفاوضين لنفسه او لحساب الغير يؤدي الى تطبيق احكام الأثرء بلاسبب ، فيحكم على من حقق ائراء من وراء ذلك بالتعويض<sup>(2)</sup>.

أما الرأي الثالث من الفقه القانوني: فقد جاء موسعاً لمفهوم المعلومات والبيانات التي يسبغ عليها صاحبها (المُفصح عنها) طابع السرية. فسرية المعلومات والبيانات التعاقدية - وفقاً لهذا الرأي - تشمل بالإضافة الى المعلومات والبيانات الفنية التي أُفصح عنها، تلك المعلومات والبيانات الأخرى التي تحمل الصفة ذاتها والتي تتسم بصفة الجدية، بغض النظر فيما إذا كانت قد وصلت الى علم احد الطرفين بالمصادفة او التحري او الفحص، وامثلة ذلك كثيرة ومنها: سوء حالة المصنع او تدهور المركز المالي لاحد المتفاوضين او تقرير من البنك بانه يتعرض لازمة مالية وغيرها من الحالات الأخرى، فالطرف المفاوض الذي علم بذلك لم يتيسر له هذا العلم إلا بمناسبة مفاوضات العقد ومستنداتها التعاقدية التي تدل ومن خلال طريقة صياغاتها القانونية على عدم الافشاء بالمعلومات التي تكون ثابتة فيها فلا يجوز له (المتفاوض) اذن، الأفضاء بها بغير موافقة صاحب الشأن<sup>(3)</sup>. وإذا كان الفقه القانوني عموماً في أرائه السالفة الذكر، يجعل المعيار العام في ذلك وان تباين في النص الصريح على ذلك هو الثقة المتبادلة، التي قامت بين الطرفين بمناسبة مفاوضات العقد المزمع إبرامه في القريب<sup>(4)</sup>، فاننا نقول ومن خلال تأييدنا لبعض الآراء الفقهية القانونية، ان هذا المعيار القانوني، اذا كان يصلح لتبرير القوة الملزمة للالتزام بالسرية بوصفه التزاماً عاماً فان المعيار القانوني الدقيق بتأييد الجانب الغالب من الفقه القانوني الذي يجب ان يؤخذ به لتحديد نطاق هذا الالتزام ومناطق ما يتمتع به من قيمة تعاقدية ملزمة، هو التحري عن عنصر الصياغة القانونية

(1) ومن ذلك الحالة المالية للمنشأة، فقد يطلب احد الطرفين تسهيلات ائتمانية، او قرضاً او يلعن انه سيسعى للاندماج في مؤسسة اخرى، توقيماً للانهيار المالي وهو اذ يعلن ذلك للطرف الآخر، فانه يثق به، بان لن يستغل ذلك ضده، ومن ثم تأخذ هذه المعلومات طابع السرية. ومن ذلك ايضاً الحالة الفنية للمنشأة، فقد يكون الغرض من العقد، الذي يسعى الطرفان الى إبرامه، التغلب على مشكلات فنية في التصنيع، او في الادارة، او في وسائل الانتاج، فيفهم من الافصاح عن هذه المشكلات، ان من يعانيتها، لا يريد الاعلان عنها، انظر: د. محمد ابراهيم دسوقي، الجوانب القانونية في ادارة المفاوضات ... المصدر السابق، ص98، د. محمد محمد ابو زيد، المفاوضات في الاطار التعاقدية، المصدر السابق، هامش (206)، ص89، د. محمد حسام محمود لطفي، المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض، المصدر السابق، ص31.

(2) انظر في هذا الرأي ما يلي:

Weill et Terre: Droit civil. Les obligations. No 818. et. S.-

مشار اليه عند: د. محمد ابراهيم دسوقي، الجوانب القانونية في ادارة المفاوضات، المصدر السابق، ص103، وفي تأييد هذا الرأي ايضاً، انظر: د. مصطفى محمد جمال، السعي الى التعاقد، المصدر السابق، ص415، د. مصطفى العوجي، القانون المدني، ج1، العقد، المصدر السابق، ص198.

(3) انظر: في هذا ترغم هذا الرأي:

= Gavalda: le Secr des affaires. Melanges offertes asavatier (R) . 1965. p. 291.-

نقلاً عن: د. محمد ابراهيم دسوقي، الجوانب القانونية في ادارة المفاوضات، المصدر السابق، ص103 وفي الانتصار لهذا الرأي كذلك، انظر:

R.B.Lake & u. Draetta; op. cit; p 226. 227.-

نقلاً عن: صالح بن عبد الله، المبادئ القانونية في صياغة عقود التجارة الدولية، المصدر السابق، ص78.

(4) انظر: د. محمد ابراهيم دسوقي، الجوانب القانونية في ادارة المفاوضات ... المصدر السابق، ص98، د. جلال محمدين، فكرة المعرفة الفنية والاساس القانوني لحمايتها، المصدر السابق، ص104، وفي التأسيس لهذا الالتزام عندما يكون في اطار تعاقدية، عن طريق فكرة تكملة العقد، انظر: د. محمد محمد ابو زيد، المفاوضات في الاطار التعاقدية، المصدر السابق، ص91، د. حسام الدين الأهواني، النظرية العامة للالتزامات، المصدر السابق، ص301، د. جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية المدنية، ج1، المصدر السابق، ص162 - 163، د. عبد الحى ججاري، النظرية العامة للالتزام، المصدر السابق، ص275.

للمستند ما قبل التعاقد الذي يجسد الكيان المادي للالتزام السلبي الثابت فيه<sup>(1)</sup>. وفيما يتعلق بالنوع الثاني من المعلومات والبيانات: وهي التي تكون سرية بطبيعتها<sup>(2)</sup> فتشمل كل المسائل التي يكون من شأن إعلانها بغير موافقة صاحب الشأن (المفصح عنها) ان تحدث ضرراً مادياً أو ادبياً، فيدخل ضمن ذلك المعلومات والبيانات ذات الطابع الشخصي، فهذه الأخيرة هي أمور واقعية ومشروعة، ولكن الاعلان عنها يؤدي الى إيذاء الشعور، وقد يضر بالمركز التجاري في السوق ومن ذلك مثلاً: ان يعلم المفاوض ان المالكة لاغلب اسهم الشركة امرأة تربطها برئيس الشركة علاقة زواج مشروعة ولكنها غير معروفة او منتشرة، او يعلم احد المتفاوضين ان السبب الرئيسي لابرار العقد المتفاوض بشأنه هو الخلاف بين المديرين من الأقارب<sup>(3)</sup>.

ويدخل في إطار الالتزام بالسرية ايضاً كل المعلومات والبيانات التي علمها احد الأطراف من الآخر بمناسبة المفاوضات ذاتها، عن اسعار التكلفة ووسائل خفض تكاليف الانتاج وخطط الانتاج المستقبلية ووسائل الدعاية غير المباشرة<sup>(4)</sup>. على ان المستند ما قبل التعاقد الذي يتضمن بالنص الواضح - من خلال صياغاته القانونية - على الالتزام بالسرية لا يشمل المسائل غير المشروعة مثل: التهرب من الضرائب او التهريب الجمركي او الاحتكارات المحظورة او المسائل الصورية الظاهرة التي تُخفي هدفاً غير مشروع<sup>(5)</sup>. ولكن خروج مثل هذه المسائل من اطار المستند ما قبل التعاقد في الالتزام بالسرية لا يعني ان الطرف الذي علم بها قد اصبح مطلق الحرية في الأفضاء بها الى الكافة او الى وسائل الاعلام ولكن يقتصر ذلك على الأفضاء بها الى السلطات العامة متى كانت تشكل جريمة جنائية، وكان القانون يوجب عليه كمواطن عادي الابلاغ عنها او طلبت هذه السلطات شهادته بشأنها<sup>(6)</sup>.

ويخرج ايضاً عن الالتزام بالسرية، كل المعلومات التي افضى بها صاحبها الى وسائل الاعلان لتعلن على الكافة إذ هو بذلك يكون قد ازال عنها بنفسه طابع السرية<sup>(7)</sup>. هذا وتزخر نصوص القوانين العامة والخاصة ببيان الحالات التي يعتبر فيها الشخص مؤتمناً على مآلقاه من معلومات وبيانات بمناسبة التعاقد أو غيره. إذ فلا يجوز له الكشف عنها مالم يكن الأمر متعلقاً بارتكاب جريمة، ومن ذلك الموظفون العموميون فيما يتلقونه من معلومات بمناسبة عملهم مثل: موظفي الجمارك والضرائب والأحصاء، ومن ذلك ايضاً المحامون والاطباء ... وغيرهم، من الذين يؤتمنون على اسرار عملائهم<sup>(8)</sup>.

(1) انظر: د. احمد شرف الدين، اصول الصياغة القانونية للعقود المصدر السابق، ص 98 - 99. د. صالح بن عبد الله، المبادئ القانونية في صياغة عقود التجارة الدولية، المصدر السابق، ص 78، د. احمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، المصدر السابق، ص 37.

(2) انظر: د. هاني صلاح سري الدين، المفاوضات في العقود التجارية الدولية، المصدر السابق، ص 111، د. محمد حسام محمود لطفي، المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض، المصدر السابق، ص 31 - 32، د. سعد الحلوسى، التفاوض في العقود، المصدر السابق، ص 36.

(3) ويدخل في ذلك ايضاً، كل المسائل الصحية مثل الأمراض التي يعاني منها احد من المديرين او المتفاوضين او غيرهم، فهذه مسائل لايجوز الأفضاء بها في مرحلة التفاوض، إلا بموافقة صاحب الشأن، باعتبار ان الحق في الخصوصية، يمنع الغير من اقتحام اسرار الشخص والكشف عنها.

=للتفاصيل. انظر: د. محمد ابراهيم دسوقي، الجوانب القانونية، في ادارة المفاوضات وابرار العقود المصدر السابق، ص 99 - 100.

(4) انظر: د. مصطفى محمد الجمال، السعي الى التعاقد، المصدر السابق، ص 416، د. نصيرة بو جمعة، عقود نقل التكنولوجيا في مجال التبادل الدولي، المصدر السابق، ص 305 - 306، هيلان عدنان الجبوري، الاتفاقات السابقة على التعاقد، المصدر السابق، ص 122.

(5) انظر: د. محمد ابراهيم دسوقي، الجوانب القانونية في ادارة المفاوضات وابرار العقود ... المصدر السابق، ص 100، د. محمد حسين عبد العال، ضوابط الاحتجاج والمستندات العقدية، المصدر السابق، ص 72.

(6) انظر: د. اسامة عبد الله قايد، الحماية الجنائية للحياة الخاصة وبنوك المعلومات، ط 3، دار النهضة العربية، القاهرة - مصر، 1994، ص 97، د. غنام محمد غنام، الحماية الجنائية لاسرار الافراد لدى الموظف العام، ط 1، دار النهضة العربية، القاهرة - مصر، 1988، ص 21. د. محمد محمد ابو زيد، المفاوضات في الاطار التعاقدية، المصدر السابق، ص 90، صباح عريس، المسؤولية المدنية الناشئة عن الاخلال بالالتزام بالسرية، المصدر السابق، ص 128.

(7) انظر: د. محمد ابراهيم دسوقي، الجوانب القانونية في ادارة المفاوضات، المصدر السابق، ص 99 - 100، رومان منير زيدان، حسن النية في تكوين العقد، المصدر السابق، ص 27، صباح عريس، المسؤولية المدنية الناشئة عن الاخلال بالالتزام بالسرية، المصدر السابق، ص 138.

(8) ومن امثلة النصوص القانونية المختلفة، التي نصت على الالتزام بالسرية، المادة (909هـ) من القانون المدني العراقي، التي تلزم العامل، بان يحتفظ باسرار رب العمل الصناعية والتجارية، حتى بعد انقضاء عقد العمل، وهذا الالتزام نفسه قرره المادة (35/ اولاً) من قانون العمل العراقي النافذ، رقم (71) لسنة (1987) بنصها على انه: ((يحظر على العامل، ان يفشي الاسرار التي يطلع عليها، بحكم عمله، حتى بعد تركه العمل) كذلك انظر، المادة (685د) من القانون المدني =المصري النافذ، رقم (131) لسنة (1948)، والمادة (814) من القانون المدني

وبالإضافة الى كل ماتقدم فإن هناك نصوصاً قانونية عامة في قوانين العقوبات تجعل الأفضاء بالمعلومات التي يحرصُ الغير على اخفائها جريمة مغايب عليها واما باعتبار ذلك جريمة افشاء للاسرار المؤتمن عليها واما باعتباره نوعاً من القذف والتشهير اذا كان من شأن هذا الأفضاء بالمعلومات ان يحط من قدر الشخص بين الناس<sup>(1)</sup>. ومن الناحية المدنية كذلك لايجوز ايضاً افشاء الأسرار كوسيلة للاثبات، مادام الشخص مؤتمناً عليها بموجب اتفاقات وتعهيدات ذات اطار تعاقدي<sup>(2)</sup>. او قد يوجد مثل هذا الالتزام بالسرية من ناحية اخرى من خلال نص صريح يرد في مستندات العرض او الايجاب اوفي وثائق الدعوة الى التعاقد او في أي خطاب تعاقدي اخر لاحق على مرحلة التفاوض وعندئذ، يعتبر التزاماً تعاقدياً نافذاً، بعدم الأفضاء مادام قد تم أدراجه في نصوص الاتفاق او العقد (ايّاً كانت طبيعته) المبرم بين الطرفين<sup>(3)</sup>.

ولكن يبق الأمر في بعض الأحيان اذا لم يوجد نص في القانون او في العقد يقضي بالزام من تلقى معلومات او بيانات بمناسبة العقد المزمع ابرامه وخصوصاً في مرحلة المفاوضات للعقود التي لم تتم بعدم الإفشاء بها او الكشف عنها للغير فهل يظل هذا الالتزام قائماً برغم عدم وجود نص قانوني او اتفاقي يستند عليه؟

لم تتوحد الكلمة في الفقه القانوني في الاجابة عن هذا التساؤل ايضاً. فقد ذهب الاتجاه الاول منه<sup>(4)</sup> اجابة عن ذلك بان المتفاوض يتمتع عليه الافشاء بالمعلومات والبيانات التي علمها من الطرف الآخر اثناء المفاوضات التعاقدية استناداً الى احكام المسؤولية التقصيرية، فالخطأ التقصيري يتمثل في الأخلال بالواجب العام الذي يقضي بعدم الانحراف عن المسلك المعتاد للرجل العادي عند التعامل مع الغير والرجل العادي لايفشي الاسرار التي علمها بمناسبة مفاوضات العقد الدائرة بينه وبين قريبه ولايفضي بها حتى الى الغير ولايستغلها لحساب نفسه، وما دام معيار الرجل المعتاد في هذه الأحوال يقوم على اعتبار اخلاقي الى جانب الاعتبار المادي (الموضوعي) فان الطرف الملتزم (المتفاوض) يبقى ملتزماً بالسرية على اساس الاعتبار الاول عند غياب النص على ذلك<sup>(5)</sup>.

- فيما ذهب الرأي الآخر من الفقه القانوني (وهو الذي نؤيده) :الى ان الالتزام في المحافظة على سرية المعلومات والبيانات في اطار المستندات والوثائق ما قبل التعاقدية التي حصل عليها احد الأطراف الساعية الى التعاقد من الاخر او

الاردني، رقم (8) لسنة (1996)م، والمادة (66، 67) من قانون الاثبات المصري، رقم (25) لسنة (1968) النافذ، والمادة (60/4) من قانون المحامين النظاميين الأردني، رقم (11) لسنة (1968) النافذ، والمادة (46) من قانون المحاماة العراقي النافذ، رقم (173) لسنة (1965).

(1) انظر: د. محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات، القسم العام، الطبعة الثالثة، دار النهضة العربية، 1988، القاهرة - مصر، ص752، د. محمود محمود مصطفى، شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، الطبعة الثانية، مطبعة جامعة القاهرة، القاهرة - مصر، (1975)، ص339، د. غنام محمد غنام، الحماية الجنائية لأسرار ...، المصدر السابق، ص150، وفي نصوص القوانين الجزائية، انظر، المادة (437) من قانون العقوبات العراقي، رقم (111) لسنة (1969) المعدل النافذ، والمادة (378) من قانون العقوبات الفرنسي، لسنة (1944) النافذ، والمادة (310) من قانون العقوبات المصري رقم (58) لسنة (1970) النافذ.

(2) اذ يغلب الالتزام السليبي بالحفاظ على السرية، من الناحية المدنية، على الالتزام او الواجب الايجابي في اداء الشهادة، انظر: المادة (123) من قانون المرافعات العراقي، رقم (83) لسنة (1969) المعدل النافذ، والمادة (66) من قانون الاثبات العراقي، رقم (107) لسنة (1979) المعدل النافذ، للتفاصيل والمقارنة، انظر: د. فوزية عبد العزيز الشمري، اتفاقات المسؤولية المدنية، دراسة مقارنة بين قانون المعاملات المدنية لدولة الامارات المتحدة والقانون المصري، جامعة القاهرة - كلية الحقوق، القاهرة - مصر، اطروحة دكتوراه، 2000، ص233، د. محمد محمد ابو زيد، المفاوضات في الاطار التعاقدي، المصدر السابق، ص92.

(3) انظر: د. عصمت عبد المجيد و د. صبري حمد خاطر، الحماية القانونية للملكية الفكرية، ط1، بغداد، بيت الحكمة، (2001) م، ص239، د. مصطفى محمد الجمال، السعي الى التعاقد، المصدر السابق، ص415.

(4) انظر: د. محمد ابراهيم دسوقي، الجوانب القانونية في ادارة المفاوضات ...، المصدر السابق، ص98، د. محمد حسام محمود لطفي، المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض، المصدر السابق، ص31، صابر محمد عمار، التفاوض في العقود، المصدر السابق، ص34، ومن الفقه الغربي المقارن، انظر: د. احمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، المصدر السابق، ص114.

VANOMM ESAL GHE: (p) . op; cit. N15. p. 29.-

نقلاً عن: سليمان براك دايج، المفاوضات العقدية، المصدر السابق، ص74.

(5) هذا ويذهب رأي اخر مقارب للرأي اعلاه، في ان الالتزام في المحافظة على سرية المعلومات يكون التزاماً قانونياً عاماً، سواء ورد نص بشأنه ام لم يرد، لان هذا الالتزام، هو من مقتضيات مبدأ حسن النية، الذي يوجب على الأطراف، بذل مافي وسعهم، بصدق وامانة في سبيل الحرص على عدم انتقال المعلومات الى الغير، للتفاصيل، انظر: د. محمود الكيلاني، عقود التجارة الدولية، المصدر السابق، ص220، رومان منير زيدان حداد، حسن النية في تكوين العقد، المصدر السابق، ص24، د. محمد محمد ابو زيد، المفاوضات في الاطار التعاقدي، المصدر السابق، ص92.

كلاهما، في مرحلة ما قبل الارتباط التعاقدية الملزم (مرحلة التفاوض) لا يكون التزاماً خاصاً سلبياً ذي قيمة قانونية مالم ينص عليه وبصياغات قانونية واضحة لا تثير أي لبس أو شك على تقرير ذلك الالتزام الثابت في المستندات قبل التعاقدية. اذ لا يقف اثر الصياغة القانونية لمستندات ووثائق الالتزام بالحفاظ على السرية على القول بتقرير وجوده فقط<sup>(1)</sup>، بل ان استجلاء الطبيعة القانونية لهذا الالتزام - أيضاً - لا يمكن تحديدها دون قراءة واعية لعبارات المستند ما قبل التعاقدية الذي يلزم موقعه بالسرية<sup>(2)</sup>.

ومع ندرة القرارات القضائية المقارنة الصادرة بمناسبة الالتزامات بالسرية الثابتة في المستندات والوثائق ما قبل التعاقدية، كان لمحكمة التمييز اللبنانية في قرارها الصادر بتاريخ 1996 مايؤيد فيه القوة الملزمة لمستندات هذا الالتزام السلبى اذ قضت هذه المحكمة بتقرير عنصر الإلزام القانوني بصفته التعاقدية على وثيقة موقعة من قبل المرخص له إنشاء قيام التفاوض بينه وبين المرخص والتي يتخلص مضمون صيغتها بامتناع الاول عن الكشف عن المعلومات التي افضى بها هذا الاخير له او استغلاله لها واستعمالها لحسابه الشخصي<sup>(3)</sup>. ومن الأحكام القضائية الصادرة من القضاء الاميركي حول هذا الشأن أيضاً قضية (calain. Vproetwr and Gamble covp) والتي تتلخص وقائعها بان السيدة (calanis) ارسلت الى شركة (proeter) خطاباً تخبرهم فيه عن فكرة توصلت لها السيدة المذكورة من شأنها تطوير مسحوق تنظيف الملابس. وهي عبارة عن تركيبة من المسحوق العادي مضافاً اليها مسحوق (Blue) الذي يجعل اللون الابيض ناصعاً ويمنعهم من الاصفرار ولكن الشركة (proeter) ردت بالاعتذار لكونها استخدمت افكاراً مشابهة دون ان تجدي نفعاً، وبعد ذلك ظهر في الاسواق مسحوق تنظيف جديد<sup>(4)</sup> يحمل اسم (Blue - chear) وكان بناءً على الفكرة التي قدمتها السيدة المذكورة في خطابها الذي حقق نجاحاً تجارياً كبيراً، وعليه قامت هذه السيدة برفع دعوى على شركة (proeter) وعلى اساس انها اثرت على حساب السيدة مستغلة في ذلك العلاقة التفاوضية التي نشأت بينهما وقد ذهبت المحكمة الى اعتبار الشركة مُخلة بالتزامها بالسرية اذ ان السيدة ماكانت لتكشف عن سر التركيبة الا لغرض تحصيل نفع مادي من الشركة وهو ما عكسته الصياغة القانونية للخطاب الصادر من السيدة والوارد الى الشركة حول الموضوع. (كعقد مثلاً) فاقامت المحكمة التزام الشركة على اساس قانوني ومسؤولية الشركة مسؤولية تقصيرية، وفي ذلك تأييد لفكرة تأسيس الالتزام بالسرية في مرحلة المفاوضات - في حالة عدم وجود تفاهق صريح - بين المتفاوضين، على اساس القانون، ولم تبعد بعض الأحكام القضائية الصادرة من القضاء الفرنسي عن جادة هذا المنحى في تأسيس القوة الملزمة لمستندات قبل التعاقد بالالتزام في السرية. أيضاً<sup>(5)</sup>. وبالرغم من عدم وجود شرائط خاصة في شأن هذا الالتزام فيلزم طبقاً للقواعد العامة للمسؤولية المدنية

(1) لذلك يلزم تحري الدقة، عند صياغة مستندات ووثائق هذه التعهدات والاتفاقات، فعلى سبيل المثال، فان الاتفاق على ان: ((يقوم كل طرف ببذل قصارى جهده للمحافظة على سرية المعلومات المتبادلة)) يفيد القول ان الالتزام بالسرية، لا يعدو إلا ان يكون التزام ببذل عناية، وليس التزاماً بتحقيق نتيجة، ونرى عند الغموض، تفسير الالتزام بالسرية، على انه التزام بتحقيق نتيجة، وفقاً لقاعدة الشك يفسر لمصلحة المدين، للتفاصيل. انظر: د. احمد الزقرد، نحو نظرية عامة لصياغة العقود... المصدر السابق، ص244، د. هاني صلاح سري الدين، المفاوضات في العقود التجارية الدولية، المصدر السابق، ص111، د. احمد شرف الدين، اصول الصياغة القانونية للعقود، المصدر السابق، ص74، د. محمد حسام محمود لطفي، المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض، المصدر السابق، ص32.

(2) اذ يسلم البعض من الفقه القانوني، وفقاً لطبيعة الالتزام بالحفاظ على السرية، بانه التزام سلبى فتكون طبيعته تبعاً لذلك بان التزام بتحقيق نتيجة، للتفاصيل. انظر: د. محمد ابراهيم دسوقي الجوانب القانونية، في ادارة المفاوضات و ابرام العقود، المصدر السابق، ص97، د. مصطفى محمد الجمال، السعي الى التعاقد، المصدر السابق، ص414، د. مصطفى العوجي، القانون المدني، ج1، العقد، المصدر السابق، ص208.

(3) انظر: قرار محكمة التمييز اللبنانية بتاريخ، 30/ 6/ 1996، النشرة القضائية، لمحكمة التمييز اللبنانية، العدد التاسع، 1996 - 1997، رقم 564، ص947.

(4) انظر: حكم المحكمة الفيدرالية الاميركية العليا، في هذه القضية بتاريخ، 1992، رقم 2010:

Calanis v.proeter and Gmble (ovp). 1992/ 2010.

مشار إليها في: سلام منعم مشعل، الحماية القانونية للمعرفة التقنية، المصدر السابق، ص129.

(5) انظر: من هذه القرارات الصادرة من القضاء الفرنسي :

C.A.Paris; 19 nov. 1976. D.I.R; p. 279 et cass. Com.30oct. 1978. Bull. Iv. N208. p. 282.-

(تقصيرية كانت أو تعاقدية) وحسب طبيعة المعلومات وبيانات التعاقد المزمع إبرامه، توافر ثلاثة شروط لقيامها في هذا الخصوص، وهي<sup>(1)</sup>.

- 1- يجب ان تكون البيانات والمعلومات سرية ومحلاً للحماية على نحو أسلفنا الإشارة اليه.
- 2- يجب ان يكون استخدام هذه البيانات او المعلومات او الافصاح عنها قد تمّ بالمخالفة لاحكام الاتفاق او التعهد وبدون ترخيص مسبق من صاحب الحق عليها.
- 3- يجب ثبوت الضرر الناجم عن هذا الاستخدام او الافشاء.

ويجري قضاء التحكيم على ترتيب مسؤولية من يكشف من طرفي التفاوض عن اسرار الطرف الآخر على اساس الاخلال بالتزام عقدي طالماً وجد - ومن خلال الصياغة القانونية - مستند اتفاقي على ذلك<sup>(2)</sup>. وقد شدد على اهمية احترام واجب الحفاظ على سرية المعلومات التي يتم الافشاء بها أثناء المفاوضات مجموعة مبادئ عقود التجارة الدولية، التي اعتمدها المعهد الدولي لتوحيد القانون الخاصة بروما عام 1994. فقد نص البند (16) من المادة الثانية على ان: ((يلتزم الطرف الذي يتلقى أثناء المفاوضات، معلومة معينة ذات طابع سري من الطرف الاخر، وسواء أبرم العقد ام لم يبرم، بعدم إفشائها او استخدامها بغير حق لاغراض شخصية، ويرتب الاخلال بهذا الواجب تعويضاً يشمل في هذه الحالة المنافع التي كان سيحصل عليها الطرف الآخر))<sup>(3)</sup>. والباقي ان النص يجعل من الحفاظ على سرية المعلومات مبدأ عاماً وواجب عام يلتزم به الاطراف في مواجهة بعضهم البعض دون حاجة الى نص صريح عليه بحيث ان الاخلال به يترتب الحق في التعويض لصاحب تلك الاسرار وهو تعويض يشمل المنافع التي حصل عليها الطرف الاخر من استخدام او افشاء تلك الاسرار، كل ذلك حسب احكام القانون الواجب التطبيق على عقد المفاوضة والصياغات القانونية لمستنداته<sup>(4)</sup>.

## الفرع الثاني

### الالتزام بعدم التفاوض مع الغير لمدة معينة

يمثل التزام ما قبل التعاقد بعدم التفاوض مع الغير لمدة محددة، الصنو الاخر من الالتزامات التعاقدية السلبية الخاصة التي يضمنها الاطراف الساعية الى التعاقد فيما يتم تبادلهم من مستندات ووثائق خلال مرحلة ما قبل التعاقد عموماً وخلال فترة العملية التفاوضية على وجه الخصوص، إذ لا يعد قيام احد اطراف التفاوض بالدخول في مفاوضات تعاقدية متوازية - أي في نفس الوقت - مع اكثر من طرف في شأن ذات العقد المزمع إبرامه - كمبدأ عام - أمراً مخالفاً

(1) انظر: د. هاني صلاح سري الدين، المفاوضات في العقود التجارية الدولية، المصدر السابق، ص112، د. محمد محمد ابو زيد، المفاوضات في الأطار التعاقدية، المصدر السابق، ص92، د. احمد الزقرد نحو نظرية عامة لصياغة العقود، المصدر السابق، ص277 - 278، د. احمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، المصدر السابق، ص116.

(2) انظر: قضاء التحكيم في قضية:

CH.LE STANG: Existe - t - il une responsabilite precontractuelle? J.C.P. 1978 - 2 - 12735.-

(3) وجاء بالنص الايطالي: لهذا البند، ما يلي:

((Quil yait ou non conclusion du contract la paptive qui. Au cours des negociations recoit une iformationa titre confidential par lautre partie est tenue de ne pas la dirulguer ni lutiliser de facan indue ades fins personnelles le manquement ace devoir est susceptible de donner le manquement ace devoir est susceptible de donner lieu aune indmnte comprenant le cas echeant le benefice qu en awra retire lautre Partie)).

انظر: SUCHANKOVA: مبادئ عقود التجارة الدولية، المصدر السابق، ص698.

(4) انظر: د. احمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي...، المصدر السابق، ص115.

لمقتضيات مبدأ حسن النية في التفاوض<sup>(1)</sup>. ولتجنب هذا الأثر والعمل على انجاح التفاوض والتعجيل به نحو إبرام العقد، قد يتعهد أحد الأطراف أو يتفق كلاهما على أن يمتنع على أحدهما أو عليهما جميعاً، الدخول في مفاوضات متوازية مع الغير في خصوص العقد ذاته وفي الوقت ذاته الذي لم تزل المفاوضات الأولى حوله قائمة بشأنه، ومن باب أولى الامتناع عن إبرام عقد مع الغير لمدة معينة وحتى تنقطع المفاوضات الدائرة بينهم<sup>(2)</sup>. إذ يتمثل محل هذا الالتزام في واجب سلبي تعاقدي خاص بعدم التفاوض (عدم القيام بعمل) لفترة محددة وإذا كانت الصورة العملية للمستندات قبل التعاقدية المجسدة للالتزام عدم التفاوض مع الغير وهي اتخاذ شكل اتفاق مبدئي يرتب التزاماً تعاقدياً سلبياً على عاتق كلا المتفاوضين أو أحدهما بعدم التفاوض مع الغير بشأن الصفقة موضوع المفاوضات مدة محددة، هي المدة اللازمة للتوصل إلى اتفاق على جميع بنود العقد المراد إبرامه، أو هي المدة التي يمكن بعدها قطع المفاوضات أو العدول عنها<sup>(3)</sup>. فإن لم تحدّد مدة يلتزم المدين خلال سريانها بعدم التفاوض مع الغير، أمكن لمحكمة الموضوع - أخذاً من القواعد العامة في نظرية الالتزام - في انظمة القانون اللاتيني تحديد المدة المعقولة طبقاً لطبيعة المعاملة وما جرى عليه العرف<sup>(4)</sup>.

أما في انظمة القانون الانجلوسكوني، فلا يعد التعهد أو الاتفاق بعدم التفاوض مع الغير الثابت في المستند ما قبل التعاقد نافذاً أو ملزماً ما لم تتحدد مدة الالتزام بالامتناع عن التفاوض مع الغير بصورة واضحة وصريحة<sup>(5)</sup> لاسيما، في المستندات المجسدة لاتفاقات مبدئية حول هذا الشأن إعتباراً بأن العقد لا ينعقد ما لم يتم الاتفاق على عناصره الأساسية والثانوية التي لا يتصور قيام العقد من دون الاتفاق عليها بما في ذلك في حالتنا - مدة الالتزام بالامتناع عن التفاوض مع الغير - إذ يستحيل تغييرها على المدين (الملتزم) تحديد الوقت الذي يمكنه بعد ذلك قطع المفاوضات مع الدائن (الملتزم له) والشروع فيها مع الغير. كذلك يستحيل أيضاً على المحكمة التحقق من وجود مبرر معقول لقطع المفاوضات مع الدائن (الملتزم له) خصوصاً أن القاعدة في القانون الانجليزي كالفرنسي حرية التعاقد وإن بدا الأول أكثر تشدداً من الثاني<sup>(6)</sup>.

(1) انظر: د. هاني صلاح سري الدين، المفاوضات في العقود التجارية الدولية، المصدر السابق، ص 110، د. احمد الزقرد، نحو نظرية عامة لصياغة العقود، المصدر السابق، ص 277، د. احمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، المصدر السابق، ص 110 - 111.

(2) انظر: د. محمد ابراهيم دسوقي، الجوانب القانونية في ادارة المفاوضات وايرام العقود، المصدر السابق، ص 114، د. محمد محمد ابو زيد، المفاوضات في الأطار التعاقدية، المصدر السابق، ص 83، وفي اعتبار هذا الالتزام أحد تطبيقات الالتزام بالاستقامة "الشفافية"، انظر: د. محمد حسام محمود لطفى، المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض، المصدر السابق، ص 27. ومن الفقه الغربي المقارن. انظر:

Schmedti (J) Negociation et conclusion; op. cit p. 73.-

N. LEVRAT: Le droit applicable; op. cit. p. 94.-

BLANCO: (D): op; cit. pp. 37 - 47.-

(3) انظر: د. محمد محمد ابو زيد، المفاوضات في الأطار التعاقدية، المصدر السابق، ص 84، د. ابراهيم نجار، اتفاق المبدأ، المصدر السابق، ص 96، د. احمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، المصدر السابق، ص 112، وكما يطلق عليها البعض، خطاب النية التعاقدية بعدم التفاوض. للتفاصيل. انظر: د. صالح بن عبد الله، المبادئ القانونية في صياغة عقود التجارة الدولية، المصدر السابق، ص 80 - 81.

(4) انظر: د. احمد الزقرد، نحو نظرية عامة لصياغة العقود ... المصدر السابق، ص 277، د. احمد شرف الدين، اصول الصياغة القانونية للعقود، المصدر السابق، ص 76.

(5) فالقاعدة في القانون الانجليزي، أن مثل هذه الاتفاقات، تكون نافذة وملزمة تعاقدياً، بشرط أن يحدد الاتفاق أو التعهد، من خلال المستند الذي ينتظمه المدة التي يلتزم خلالها، أي من الأطراف أو جميعهم، بعدم الدخول في تفاوض أو عقد مع الغير، فإذا جاء الاتفاق خالياً من تحديده مدة معينة، فلا يلزم أي من أطرافه، للتفاصيل، انظر: د. هاني صلاح سري الدين، المفاوضات في العقود التجارية الدولية، المصدر السابق، ص 110، د. احمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، المصدر السابق، ص 112، وهذا ما قضى به القضاء الانجليزي حديثاً، انظر:

pitt V.PH.H.Asset Management: Ltd (1993) 4 All ER. 961.

كذلك انظر: (حكم سالف الإشارة إليه) في:

Walford. V.Miles (1992) AC 128.-

(6) انظر: د. احمد الزقرد، نحو نظرية عامة لصياغة العقود ... المصدر السابق، ص 277، د. احمد شرف الدين، اصول الصياغة القانونية للعقود، المصدر السابق، ص 92، د. صالح بن عبد الله، المبادئ القانونية في صياغة عقود التجارة الدولية، المصدر السابق، ص 84، د. احمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، المصدر السابق، ص 113، ومن الفقه القانوني الغربي المقارن، انظر:

Mausseron: Technique contractuelle; op. cit.p54.-

وكشأن تعهدات واتفاقات ما قبل التعاقد الاخرى الثابتة في المستندات والوثائق ذات الصلة بالعلاقة التعاقدية (الاجابية او السلبية). لا يوجد في القانون المدني العراقي<sup>(1)</sup> ما يحول دون نفاذ مثل هذه التعهدات والاتفاقات التفاوضية او التمهيدية متى تحققت كافة الشروط الموضوعية اللازمة للدخول في علاقة تعاقدية ملزمة قانوناً كذلك لا يحول دون نفاذ هذه التعهدات او الاتفاقات عدم تحديد مدة معينة يمتنع خلالها على المدين (الملتزم) بالتفاوض مع الغير، اذ يكون لقاضي الموضوع او المحكم في هذه الحالة - طبقاً للقواعد العامة - تحديد المدة المعقولة، وفقاً لطبيعة المعاملة وما جرى عليه العرف باعتبارها اتفاقات تمهيدية لمرحلة التعاقد النهائية<sup>(2)</sup>. ولكن هل يشترط النص صراحة في الصياغة القانونية للمستند ما قبل التعاقد على الالتزام السلبي بعدم التفاوض مع الغير مدة محددة؟ ام ان هذا الالتزام هو التزام قانوني عام تفرضه الطبيعة التعاقدية الخاصة لمفاوضات العقد المزمع ابرامه؟. يذهب الرأي الراجح في الفقه القانوني الى ان هذا الالتزام لا يوجد دون النص عليه صراحة من خلال الصياغات القانونية الواضحة لعبارة مستندات اتفاقات المبادئ التفاوضية وحتى دون النص عليه في الصياغات القانونية لمستندات التعهدات الفردية الصادرة من احد الاطراف الى الاخر بعدم الدخول في مفاوضات موازية مع الغير، كما يجب ان يتم التحديد الدقيق للمدة المحظور خلالها اجراء المفاوضات الموازية وكذلك للموضوع الذي يحظر فيه التفاوض الموازي<sup>(3)</sup>. ويترتب على اتجاه هذا الرأي عدة اثار قانونية نذكر منها: ان دخول احد المتفاوضين في مفاوضات متوازية مع الغير اثناء سير المفاوضات الاولى يعد حَقاً تعاقدياً يبيح القانون في إطار الحرية التعاقدية وسلطان الأرادة التي يتمتع بها المتفاوضون خلال مرحلة التفاوض إذا لم تقضي بخلاف ذلك العبارات الواردة في الصياغة القانونية للمستند ما قبل التعاقد الذي يُسَدِّد ذلك الالتزام<sup>(4)</sup>.

في حين يمتد الأثر الثاني المترتب على الرأي اعلاه: الى ان المسؤولية المترتبة على من يدخل في مفاوضات متوازية مع الغير - في حالة عدم وجود صياغة قانونية بالنص على الالتزام - لا يمكن ان تكون إلا مسؤولية تقصيرية يرجع قيامها في معظم الاحيان الى نظرية التعسف باستعمال الحق<sup>(5)</sup>. وهذا بخلاف الأمر عليه في حالة وجود نص في المستند او الوثيقة التعاقدية يقضي بتقرير الالتزام السلبي بعدم التفاوض مع الغير، فالمسؤولية المترتبة على من يخالف

FONTAINE: international law contracts; op. cit. Pp. 25 – 38. -

CHATILLON: Buisnees international law; op cit. P. 137.-

(1) انظر: د. حسن علي الذنون و د. محمد سعيد الرحو، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، المصدر السابق، ص 81، سعد الحلبيسي، التفاوض في العقود ... المصدر السابق، ص 42. وفي التأسيس لهذه التعهدات والاتفاقات على القواعد العامة، انظر: د. عبد المجيد الحكيم، الوسيط في نظرية العقد، المصدر السابق، ص 194.

(2) اذ ان الاتفاق، او التعهد السلبي، بعدم التفاوض مع الغير، كما يرى البعض من الفقه القانوني، ماهو الا وعد بالتعاقد، ملزم لجانب واحد او لجانبيين، او اتفاق ابتدائي يتلخص مضمونه، بالالتزام الواعد في مستند الوعد بالتعاقد الملزم لجانب واحد، او التزام الواعد والموعود له في ان واحد في مستند الاتفاق الابتدائي، بعدم التفاوض خلال مدة محددة مع الغير، في خصوص المفاوضات السارية بينهما، ولا يشترط تحديد هذه المدة صراحة، اذ يمكن الاستدلال عليها، ان وردت بصياغات قانونية بصورة ضمنية، للتفاصيل. انظر: د. هاني صلاح سري الدين، المفاوضات في العقود التجارية الدولية، المصدر السابق، ص 110، فيما ينزاع البعض الآخر في اعتبارها كذلك، ويرى انها اتفاقات مبدئية، تتعلق بالاصول التفاوضية، ولاتمت لعناصر العقد النهائي، بآية صلة، للتفاصيل. انظر: د. احمد الزقرد، نحو نظرية عامة لصياغة العقود المصدر السابق، ص 256، د. ابراهيم النجار، اتفاق المبدأ، المصدر السابق، ص 57، د. احمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، المصدر السابق، ص 43.

(3) انظر: د. محمد محمد ابو زيد، المفاوضات في الأطار التعاقدية، المصدر السابق، ص 84، د. محمد حسام محمود لطفي، المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض، المصدر السابق، ص 27، د. عدنان ابراهيم السرحان و د. نوري حمد خاطر، مصادر الحقوق الشخصية ... المصدر السابق، ص 112، رومان منير زيدان، حسن النية في تكوين العقد، المصدر السابق، ص 28.

(4) اذ يعلق البعض من الفقه القانوني على ذلك بالقول: ((... وإذا ما افترضنا ان الانخراط في المفاوضات يولد بذاته اتفاقاً على مواصلة التفاوض، بما يوجبه مبدأ حسن النية قبل التعاقد، فان مثل هذا الاتفاق لا يولد بذاته، التزاماً بقصر التفاوض على الطرف الاخر في المفاوضات، اذ ان القول بغير ذلك معناه في الحقيقة، مصادرة حرية التعاقد، وحرية المناقشة من اساسها، ومن هنا تظهر فائدة، مثل هذا الخطاب، الذي لزم صاحبه بعدم التفاوض مع الغير خلال فترة المفاوضات العقدية ...)). انظر: د. مصطفى محمد الجمال، السعي الى التعاقد، المصدر السابق، ص 413 – 414.

(5) انظر: د. عبد الفتاح عبد الباقي، مصادر الالتزام في قانون التجارة الكويتي، المصدر السابق، ص 287، د. مصطفى العوجي، القانون المدني، ج 1، العقد، المصدر السابق، ص 198، وفي التمييز في الطبيعة، عند ورود هذا الالتزام في اطار تعاقدية ام في اطار غير تعاقدية، انظر: د. محمد محمد ابو زيد، المفاوضات في الأطار التعاقدية، المصدر السابق، ص 86، وفي التعويل في تحديد الطبيعة القانونية لهذا الالتزام، على القانون الواجب التطبيق، انظر: د. احمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، المصدر السابق، ص 113.

الاتفاق أو التعهد الواردين في الوثائق والمستندات قبل التعاقدية ماهي إلا مسؤولية ناجمة عن الاخلال بعقد تفاوضي ملزم. وفيما كانت النتيجة أو الأثر الثالث الذي يترتب على الرأي السالف الذكر<sup>(1)</sup>: تفضي الى تغيير الطبيعة القانونية للالتزام السلبي ما قبل التعاقد بعدم التفاوض مع الغير مدة محددة بحسب المصو العام المنشئ له. فاذا كان النص على هذا الالتزام هو مصدر تعاقدى خاص (التعهد أو الاتفاق السابقان على التعاقد) فان الطبيعة القانونية بلا شك لهذا الالتزام سوف تكون انه التزام بتحقيق نتيجة<sup>(2)</sup>.

على خلاف الأمر منه فيما لو استسقي هذا الالتزام من المبادئ العامة في الثقة المشروعة وحماية الظاهر من المعاملات وعدم المساس بمبدأ حسن النية في تكوين العقود واصلوها التفاوضية فبالنالي سوف يكون التزاماً تعاقدياً ايجابياً للقيام بعمل تقف حدوده عند بلئ العناية اللازمة من قبل المدين (الملتزم) لتفيذه وليس التزاماً بالامتناع عن عمل (الالتزام سلبي) وهو اتخاذ الحيلة اللازمة لمنع الاضرار بالغير<sup>(3)</sup>. وعلى صعيد ساحة القضاء كان للمحاكم الانجليزية<sup>(4)</sup> قصد سبق في تقرير القوة الملزمة لمستندات الاتفاق المبدئي الذي يفرض الالتزام الثابت فيها ومن خلال صياغاته القانونية على عاتق كلا المتفاوضين واجباً سلبياً بعدم التفاوض مع الغير خلال مدة محددة. اذ قضى مجلس اللوردات ( المحكمة العليا في انجلترا ) بمناسبة مفاوضات تعاقدية كانت تجري بين مجموعتين من الشركات على عملية بيع لحصص بعض الشركاء في المجموعة الاولى وبعض العلامات التجارية الخاصة بها الى المجموعة الثانية وفي اطار هذه المفاوضات تكتت المجموعة الاولى التي تقف في مركز المفاوض على البيع الى المجموعة الثانية التي تقف في مركز المفاوض على الشراء مستنداً اتفاقاً معبرة من خلال صياغاته القانونية عن التزامها ما قبل التعاقد بعدم التفاوض مع الغير على الصفقة المتفاوض حولها خلال مدة معينة حتى تتيح لها دراسة امكانية اتمام العملية المبتغاة. اذ رأى المجلس المذكور (المحكمة) ان مثل هذا الخطاب يمكن النظر اليه بحسبانه يتضمن التزاماً تعاقدياً بأرادة منفردة، كما يمكن النظر اليه ايضاً بحسبانه ايجاباً متمخضاً لمصلحة من هو موجه اليه على نحو يعتبر مجرد سكوت هذا الاخير عن الرد بمثابة قبول ينعقد به الاتفاق المولد للالتزام ما قبل التعاقد السلبي بعدم التفاوض مع الغير مدة محددة<sup>(5)</sup>. وقد عرضت على محكمة استئناف فرساي وقائع نزاع، اصدت بشأنها حكماً في (5) مارس (1992) يلقي الضوء على هذا الالتزام وتقودنا اهميته الى عرضه تفصيلاً. اذ تتلخص وقائع النزاع في ان احدى الشركات الفرنسية (Gallauy) دخلت مع احدى الشركات البلجيكية (Alvat) في مفاوضات بغرض ابرام عقد بمقتضاه تتنازل الأولى للثانية عن 70% من الحصص التي تملكها باحد فروعها ولهذا الغرض فقد تقابل ممثلوا هاتين الشركتين عدة مرات كما تبادلوا العديد من المستندات التي تثبت الاتفاق على الثمن، إلا انه عبر احد الأجماعات

(1) انظر: د. محمد محمد ابو زيد، المفاوضات في الأطار التعاقدى، المصدر السابق، ص84، د. احمد الزقرد، نحو نظرية عامة لصياغة العقود، المصدر السابق، ص75، د. محمد عبد الظاهر حسين، الجوانب القانونية للمرحلة السابقة للتعاقد، المصدر السابق، ص768، د. احمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، المصدر السابق، ص111.

(2) اذ يكفي للطرف المضروب، ان يثبت قيام الطرف الآخر، بهذا التفاوض المحظور، ليثبت الأخلال بهذا الالتزام، للتفاصيل. انظر: د. محمد ابراهيم دسوقي، الجوانب القانونية في ادارة المفاوضات وابرام العقود ... المصدر السابق، ص115، د. مصطفى محمد الجمال، السعي الى التعاقد، المصدر السابق، ص413.

(3) انظر: د. رجب كريم عبد الاله، التفاوض على العقد، المصدر السابق، ص152، د. عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط، ج2، اثار الالتزام، المصدر السابق، ص797، رومان منير زيدان، حسن النية في تكوين العقد، المصدر السابق، ص29.

(4) إذ يكون من المستحيل على المدين، في نظر مجلس اللوردات الإنجليزي، عند عدم الاتفاق على مدة معينة تحديد الوقت الذي يحق له فيه الانسحاب من التفاوض مع الدائن، والدخول في مفاوضة، او حتى التعاقد مع الغير، كما سيبصعب على المحكمة في هذه الأحوال التحقق، مما اذا كان هناك لدى المدين، (الملتزم) استناداً الى معيار شخصي، سبب وجيه للانسحاب من التفاوض. وتعكس الاحكام الصادرة من القضاء الانجليزي اهمية الحرص على المحافظة على مبدأ حرية العدول عن المفاوضة والتحرر من مستندات التفاوضية، كلما امكن ذلك، للتفاصيل. انظر: د. هاني صلاح سري الدين، المفاوضات في العقود التجارية الدولية ... المصدر السابق، ص111 - 112، د. احمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي ... المصدر السابق، ص51.

(5) انظر: قرار المحكمة العليا في انجلترا، (مجلس اللوردات) - (حكم سابق الاشارة اليه) في القضية :

pitt:v. ptlhasset management lts (1993) 4 All ER. 961-

وهو ما عبر عنه اللورد (دننج) (Lord (Denning)، ايجاب وقبول متعاقبين.

George Mitchell (chester hall) ltd. Vfinney lick seed ltd. (Hiuse of lords) . (1983) 28. 803.-

المنعقدة بين ممثلي هاتين الشركتين علمت الشركة البلجيكية ان الشركة الفرنسية اجرت مفاوضات موازية على نفس العملية مع شركة انجليزية منافسة ولذا قررت الشركة البلجيكية انهاء التفاوض ورفعت الأمر امام القضاء مطالبة بصفة اصلية التنفيذ العيني الجبري وهو التنازل عن الحصص. حيث ادعت ان العقد انعقد كما طالبت بصفة احتياطية بالزام الشركتين الفرنسية والانجليزية بتعويض الأضرار التي لحقتها بسبب الخطأ المرتكب من جانبها اثناء سير المفاوضات وقد وافقت محكمة (نانتير) التجارية على هذه الطلبات، إلا ان محكمة استئناف فرساي لم تؤيدها فيما قضت به، فمن الناحية الاولى وبعد ان اكدت محكمة استئناف فرساي وجود اتفاق مبادئ على الثمن لاحظت ان بعض المسائل بقيت دون حسم وقدرت المحكمة على ضوء الملابسات المحيطة بالتفاوض ان هذه المسائل ليست مسائل ثانوية كما أعتت الشركة البلجيكية ولذا انتهت المحكمة الى عدم اعتبار العقد النهائي منعقداً. ومن الناحية الثانية وهذا هو ما يهمننا بالدرجة الاولى في خصوص الجزئية التي نعالجها اكدت المحكمة على عدم وجود تعهد من جانب الشركة الفرنسية يلزمها بالامتناع عن التفاوض مع غير الشركة البلجيكية في خصوص التنازل عن الحصص محل النزاع، وذكرت المحكمة انه لو كانت الشركة البلجيكية تود احتكار التفاوض مع الشركة الفرنسية فكان يجب عليها ان تطلب عمل بروتكول اتفاق توقع عليه الشركة الفرنسية يلزمها بالامتناع عن التفاوض الموازي مع غيرها والواقع ان الشركة - كما اكدت المحكمة - لم تقم بهذا الأجراء بل ذهبت المحكمة ابعد من ذلك حيث كشفت من خلال ظروف وملابسات التفاوض عن ان الشركة الفرنسية وهي المبادرة بالتفاوض كانت قد وجهت الدعوة الى الشركات بصفة عامة وكانت الصياغة القانونية لدعوتها للتفاوض موسومة بـ(البحث عن شريك) هذه الظروف والصياغات القانونية الدقيقة قادت المحكمة الى عدم اعتبار الشركة الفرنسية مخطئة عندما اجرت مفاوضات موازية مع أي شركة اخرى كالشركة الانجليزية مثلاً<sup>(1)</sup>.

(1) انظر: حكم محكمة فرساي في: (5) مارس (1992)، وتفاصيله كالآتي :

Versailles. 12 ech – Mars Bull. Joly – 1992 – 636 – note J.Schmidt R.T. eiv 1002; p. 752 obs Mestre.-

تعليق: د. محمد محمد ابو زيد، المفاوضات في الإطار التعاقدى، المصدر السابق، ص 86 – 87، وقد أورد ذات القرار وعلق عليه: د. احمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي ..، المصدر السابق، هامش رقم (4)، ص 111 – 112.

## المبحث الثاني

### المسؤولية الناشئة عن الإخلال بمضمون الصياغة القانونية لمستندات قبل التعاقد

لا تجدي القيمة القانونية الملزمة نفعاً، لاي وثيقة او مستند ذوات الصلة بالعلاقة التعاقدية وسواء تم توقيعهما او تصديرهما خلال فترة التعاقد النهائية اوفي المرحلة السابقة عليها، مالم يتقرر الأثر القانوني السلبي المناسب (الجزاء) الذي يترتب عند الإخلال بالالتزام الثابت فيهما<sup>(1)</sup>. ولما كانت الصياغة القانونية لمستندات قبل التعاقد – وفقاً لما انتهينا اليه – المعيار الراجح في تقرير القيمة القانونية للالتزامات الثابتة في هذه المستندات والوثائق باعتبارها الهندسة القانونية في تنظيم الارادة وتجسيدها في كيان مادي ملموس، بصرف النظر عن اساسها الملزم سواء كان تعاقدياً ام دونه، فلا بد اذن من ان تنهض مسؤولية المخل بالالتزامات الواردة في مضمونها التي يكون قد خالفها احد المتفاوضين دون مبرر مشروع. لذلك كان تحديد الطبيعة القانونية للمسؤولية المدنية الناجمة عن الإخلال بالالتزامات الثابتة في المستندات والوثائق ما قبل التعاقدية غاية في الأهمية، من حيث عدة جوانب قانونية تنهض عند حصر نطاقها وتتعلق بمدى الجزاء المدني الذي تفرضه في حال قيامها عند تحقق استجماع الاركان العامة لها من (خطأ و ضرر وعلاقة سببية بينهما)<sup>(2)</sup>.

كذلك فان التعرض لاثار هذه المسؤولية او عناصر ذلك الجزاء يُعدّ أمراً لازماً للوقوف عليه لاسيما في ظل خصوصية مرحلة ما قبل التعاقد التي يكاد فيها الطريق الاعتيادي (التنفيذ العيني) الذي يترتب عند قيامها من المستحيل القول به لبعض صور الالتزامات الثابتة في المستندات قبل التعاقدية، او من الصعب عملياً تحقيقه بالنسبة للصور الأخرى من الالتزامات الثابتة في هذه المستندات<sup>(3)</sup>. - عندئذ - فهل ينحصر الأمر بالاثار الاحتياطي الأخر (التنفيذ بمقابل)؟. وهو الطريق الاستثنائي لجبر الضرر الذي لحق احد المتفاوضين نتيجة لاخلال قريئها بالالتزام الثابت في المستند ما قبل التعاقد الذي وقّع عليه بصياغة قانونية واضحة تدلل على الرغبة في الارتباط التعاقدية بمعناه اللزامي.

وعلى هدي ماتقدم، نقسم هذا المبحث الى مطلبين، نستعرض في المطلب الاول منه طبيعة المسؤولية المدنية الناشئة عن الإخلال بالالتزامات الثابتة في المستندات والوثائق ما قبل التعاقدية، ونرجئ البحث في المطلب الثاني لاثار (عناصر) هذه المسؤولية ايأ كانت طبيعتها (جزاء مدني عام – جزاء العقد – جزاء قانوني خاص) في مرحلة ما قبل التعاقد<sup>(4)</sup>.

(1) أنظر: د. امية علوان، ملاحظات حول المسؤولية قبل التعاقدية ... المصدر السابق، ص13، د. محمد حسام محمود لطفي، المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض، المصدر السابق، ص11.

(2) أنظر: د. حسام الدين الأهواني، المفاوضات في الفترة قبل التعاقدية ... المصدر السابق، د. احمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي ... المصدر السابق، ص116 – 117.

(3) في استعراض آثار المسؤولية المدنية، وعناصرها في مرحلة التفاوض، انظر: د. محمد حسين عبد العال، التنظيم الاتفاقي للمفاوضات العقدية ... المصدر السابق، ص326، د. محمد عبد الظاهر حسين، الجوانب القانونية للمرحلة السابقة على التعاقد، المصدر السابق، ص768، د. صبري حمد خاطر، قطع المفاوضات العقدية، المصدر السابق، ص133، د. نزيه محمد الصادق المهدي، الالتزام قبل التعاقد بالادلاء، المصدر السابق، ص289.

(4) اما بالنسبة لمبدأ (الخبرة بين المسؤولين، التقصيرية والعقدية). فلن نؤغل في اقامه في ثنايا بحثنا هذا، وذلك لعدم خروج هذا المبدأ، عما هو مستقر عليه في مرحلة التعاقد النهائية ومرحلة ما قبل التعاقد، على حد سواء، اذ ان جميع تفصيلاته وشروطه والاختلافات القائمة بشأنه، لا تتطوي على اختلافين في المرحلتين، للتفاصيل. انظر: د. هاني صلاح سري الدين، المفاوضات في العقود التجارية الدولية، المصدر السابق، ص120 – 121، د. محمد حسام محمود لطفي، المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض، المصدر السابق، ص79، د. محمد جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية المدنية، ج1، المصدر السابق، رقم 59، ص472 – 473، وفي جواز الخبرة من عدمها في مرحلة التعاقد، انظر: د. عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط، ج1، مج2، ص1060، د. محمد لبيب شنب، المسؤولية عن الأشياء، دراسة في القانون المدني المصري مقارناً بالقانون الفرنسي، مكتبة النهضة المصرية، القاهرة – مصر، رقم 177، ص198، د. حسام الدين كامل الأهواني النظرية العامة للالتزامات، القسم الأول، مصادر الالتزام، المصدر السابق، رقم 142، ص226. وفي استعراض مشكلة الخبرة بين المسؤولين في القضاء، انظر: نقض مدني مصري في 25 من فبراير سنة 1965، مجموعة المكتب الفني، س16، رقم 35، ص220، ونقض مدني مصري في 16 من ابريل سنة 1968، مجموعة المكتب الفني، س19، رقم 110، ص111، ونقض مدني مصري في 27 من يناير سنة 1981، مجموعة المكتب الفني، س32، رقم 355، ص70.

## المطلب الأول

### طبيعة المسؤولية المدنية الناشئة عن الإخلال بالالتزامات الثابتة في مستندات قبل التعاقد

تأرجح الخلاف القانوني - في بداياته الأولى - في مختلف الأصعدة الفقهية والتشريعية والقضائية، بين من كان مقررًا بان المسؤولية المدنية الناشئة عن الإخلال بالالتزامات الثابتة - من خلال صياغاتها القانونية - في المستندات والوثائق الصادرة في مرحلة ما قبل التعاقد ليست سوى مسؤولية تقصيرية ناجمة عن فعل التعدي الذي يصدر من أحد الأطراف الساعية إلى التعاقد ويلحقُ ضرراً بالطرف المقابل له مع اختلاف التأسيس القانوني لهذه المسؤولية الذي يردُّ تارة إلى نظرية التعسف باستعمال الحق أو أخرى إلى مخالفة مقتضيات مبدأ حسن النية في مرحلة ما قبل التعاقد<sup>(1)</sup>.

وبين اتجاه آخر كان مقررًا بان هذا الضرب من المسؤولية، ما هو إلا مسؤولية تعاقدية ناجمة عن الإخلال بالتعهد أو الاتفاق السابق على التعاقد<sup>(2)</sup> مع الاختلاف أيضاً في التأسيس التعاقدية لهذه المسؤولية على وفق ماتم استعراضه في الأساس الاتفاقي للقوة الملزمة لمستندات قبل التعاقد، ومع ازدياد الاهتمام بالجوانب القانونية لاصول التفاوض ومبادئ المفاوضات العقدية في العقد الأخير، كانت المحاولات القانونية لاسيما على صعيد الفقه والقضاء مع جمود واضح من لدن التشريعات المدنية تحاول اضعاف نوعاً من الاستقلال والذاتية القانونية للمسؤولية المدنية التي تنهض في اطار مرحلة ما قبل التعاقد، من خلال ذهاب اتجاه ثالث من الانظمة القانونية الى التقرير بانها مسؤولية قانونية خاصة<sup>(3)</sup>. وعلى التوالي نقسم

(1) وهذا هو الرأي السائد، في الانظمة القانونية الرئيسية، وهو ماعليه النظام الانجلوسكسوني، والغالب من النظام اللاتيني، وهو ماتؤيده الانظمة القانونية العربية ايضاً: للتفاصيل. انظر:

Hedley Byrne & co. ltd; VHeller & parteners ltd (1964). A.C. 465 Box V.mid land Bank ltd. (1979) 2 lioyds - Re.p. 391. crossan v.ward Bracewell (1988). 130. N:l.j. 849.

ومن الفقه القانوني العربي واستعراضاته، انظر:

د. محمد حسام محمود لطفي، المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض، المصدر السابق، ص34، د. صالح بن عبد الله، المبادئ القانونية في صياغة عقود التجارة الدولية، المصدر السابق، ص84، د. احمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، المصدر السابق، ص57.

(2) وهو ما استقر عليه الاتجاه الغالب في النظام الجرمانى، للتفاصيل. انظر:

Draetta & lake letters of Intent and pre. Contractual liability International Business haw Journal (1993). p . p. - 85 - 86.

مشار اليه في: د. هاني صلاح سري الدين، المفاوضات في العقود التجارية الدولية، المصدر السابق، ص124، وفي عرض انصار هذا الاتجاه ايضاً، انظر: د. صالح بن عبد الله، المبادئ القانونية في صياغة عقود التجارة الدولية، المصدر السابق، ص84 - 85، د. احمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، المصدر السابق، ص55.

(3) وهو ماتبنأه الجانب الاخر، من النظام اللاتيني، وبعض الاراء الفقهية والاجتهادات القضائية في الانظمة القانونية الاخرى، كالنظام الايطالي والنمسوي، للتفاصيل. انظر:

F.haberthe; &xtra. Contractuell op. cit. P. 130.-

W. HAHNKAMPER: Nature of letters of intent ... op cit. P. 13.-

مشار اليها في: الاستاذ. فايز الحاج شاهين، والمسؤولية السابقة للتعاقد، المصدر السابق، ص21، د. احمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، المصدر السابق، ص56، فيما يرى البعض من الفقه القانوني قريباً من ذلك - ان المسؤولية في هذه المرحلة، هي من طبيعة عقدية مع شيء من الخصوصية، للتفاصيل. انظر: د. جمال فاخر النكاس، العقود والاتفاقيات الممهدة للتعاقد، المصدر السابق، ص168، ومن الفقه الغربي المقارن، انظر:

Ghestin: contract; op: cit. 317.-

هذا المطلب الى الفروع الثلاثة الآتية: مخصّصين الفرع الاول منه للمسؤولية التقصيرية والفرع الثاني للمسؤولية العقدية، فيما يكون الفرع الثالث والاخير مجال الكلام عن المسؤولية القانونية الخاصة.

## الفرع الأول

### المسؤولية التقصيرية (الفعل الضار)

أحرز الاتجاه القانوني القائل : بان طبيعة المسؤولية المدنية في المرحلة السابقة على التعاقد تكون مسؤولية تقصيرية التثقل الأكبر في مختلف الانظمة القانونية. وان كان السبب الحقيقي الذي يكمن من وراء تبني هذه الطبيعة القانونية لا يرجع الى التأصيل الدقيق لهذه المسؤولية بقدر ما يكون الهدف او الغرض منه هو تفادي التعرض بالمساس لمبدأ الحرية التعاقدية وسلطان الارادة في تلك الحقبة التعاقدية غير المستقرة<sup>(1)</sup>. اذ فقد تشبّع الرأي الغالب في الفقه القانوني الى القول: بان المسؤولية المدنية الناشئة عن الاخلال بالالتزام الثابت في المستندات والوثائق ماقبل التعاقدية، هي مسؤولية تقصيرية تقوم بحكم القانون الذي يجعل المسؤولية عن الخطأ في مرحلة التفاوض تقوم على اساس الضمان وتحمل التبعية او بصفة عامة عن التقصير في تنفيذ الالتزام ماقبل التعاقد الثابت من خلال صياغاتها القانونية في المستند التفاوضي، فهذه المسؤولية تستوجب التعويض كآثر ناتج عن مخالفة ماهو ثابت من التزامات إتفاقية قانونية تجسدها الصياغة القانونية في المستندات قبل التعاقدية من الوقائع المادية والتصرفات القانونية التي تنشأ عنها تلك الالتزامات دون العقد<sup>(2)</sup>. وينطلق انصار هذا الاتجاه<sup>(3)</sup> من حقيقة قانونية راسخة وهي عدم وجود عقد اثناء مرحلة ماقبل التعاقد عموماً وفي مرحلة المفاوضات على وجه الخصوص، وان تجسد التصرف القانوني من خلال صياغته القانونية في مستند موقع او وثيقة صادرة من احد الاطراف المتفاوضة او كلاهما. كذلك يتمسك بعض انصار هذا الاتجاه العام<sup>(4)</sup> بقاعدة: (ان مايسبق العقد يخرج من نطاقه) ولا تطبق احكام المسؤولية العقدية إلا إذا كانا بصدد اخلال بالالتزام ثابت في مستند ذي اطار تعاقدى او اتفاقي ملزم، ومن ثم لا يبقى امام مؤيدي هذا الاتجاه إلا القول بالمسؤولية التقصيرية لجبر الاضرار التي تلحق المتفاوض من جراء الاخلال بمضمون التزام المستند ماقبل التعاقد.

غير ان انصار هذا الاتجاه وان اتفقوا عند نقطة الشروع هذه إلا انهم لم يخلوا من اختلاف في بيان الاساس القانوني السليم حول هذه النظرية ويمكن استعراض ثلاثة آراء في الفقه القانوني بهذا الخصوص، اذ يذهب الرأي الاول منه<sup>(5)</sup>: الى

(1) انظر: الأستاذ. فايز الحاج شاهين، في المسؤولية السابقة للتعاقد الناشئة عن قطع المحادثات، المصدر السابق، ص12-13، د. محمد حسام محمود لطفي، المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض، المصدر السابق، ص58، د. محمد عبد الظاهر حسين، الجوانب القانونية للمرحلة السابقة للتعاقد، المصدر السابق، ص92، د. نزيه محمد الصادق المهدي، الالتزام قبل التعاقد بالادلاء بالبيانات، المصدر السابق، ص311 ومن الفقه الغربي القانوني المقارن، انظر: سالي، المسؤولية قبل التعاقدية، المجلة الفصلية للقانون المدني، 1970، ص697.

(2) انظر: د. جميل الشرقاوي، مصادر الالتزام، المصدر السابق، ص477، ومابعدها، د. عبد الودود يحيى، الموجز في النظرية العامة للالتزامات، القسم الاول، مصادر الالتزام، المصدر السابق، ص232، د. عبد الفتاح عبد الباقي، مصادر الالتزام، الجزء الاول-نظرية العقد، المصدر السابق، ص288، د. محمد ابراهيم دسوقي، الجوانب القانونية في ادارة المفاوضات، المصدر السابق، ص16، د. هاني صلاح سري الدين، المفاوضات في العقود التجارية الدولية، المصدر السابق، ص98، ومن الفقه الغربي المقارن، انظر:

VINEY. Traite ... op. cit no 197; le Toarneau la responsabilite civile; op. cit no 184; p.70.-

وفي ادخال المسؤولية (شبه التقصيرية) في مرحلة التفاوض ضمن دائرة المسؤولية التقصيرية، انظر: حكم محكمة باريس في (14) ديسمبر، 1961، الموسوعة الفقهية الدورية، 1962 - 2 - رقم 12547. تعليق سافتيه، نقلاً عن: د. نزيه محمد الصادق المهدي، الالتزام قبل التعاقد بالادلاء، المصدر السابق، ص309.

(3) انظر: د. محمد عبد الظاهر حسين، الجوانب القانونية للمرحلة السابقة للتعاقد، المصدر السابق، ص767، د. غني حسون طه، مصادر الالتزام، المصدر السابق، ص419.

(4) انظر: د. حسن الخطيب، نطاق المسؤولية المدنية التقصيرية والمسؤولية التعاقدية، ط2، مطبعة حداد، البصرة، 1986، ص339، د. صبري حمد خاطر، قطع المفاوضات العقدية، المصدر السابق، ص130 - 131.

(5) انظر: د. حسين عامر، المسؤولية المدنية، ط(1)، مطبعة مصر، القاهرة - مصر، (1956) م، ص50، د. صلاح الدين زكي، تكوين الروابط العقدية فيما بين الغائبين، المصدر السابق، ص54، ص81، هذا وقد شبه الأستاذ الدكتور حسام الدين الأهواني هذا السلوك بالخطيب، الذي يتغيب فجأة بدون عذر مبرر من حضور حفل قرانه، بعد اتمام كافة الترتيبات اللازمة، للتفاصيل، انظر: د. حسام الدين الأهواني، المفاوضات في الفترة قبل التعاقدية، المصدر السابق، هامش (20)، ص29، ومن الفقه الغربي المقارن، انظر:

ان اساس المسؤولية التقصيرية في هذه الحالة هو نظرية التعسف باستعمال الحق، ومرد ذلك ان الرضا بالتفاوض وتجسيده من خلال الصياغة القانونية الواضحة في المستند التفاوضي يفترض استمرار المتفاوض عليه الى ان يبلغ الهدف منه وهو ابرام العقد النهائي المنشود مالم يظهر خلاف ذلك في المصالح الاقتصادية وفق العروض التعاقدية المتقابلة وذلك استناداً الى مبدأ حسن النية قبل التعاقد الذي يفترض ان يتصرف كل متفاوض بما ينسجم ومقتضياته فاذا انسحب احد المتفاوضين عن المفاوضة او اخل بمضمون الالتزام الثابت في مستنداتها دون ان يكون الدافع الى هذا الانسحاب مصلحة مشروعة، فانه يكون قد تعسف في استعمال حقه واستوجب عليه التعويض<sup>(1)</sup> اما الرأي الثاني المقترح عن الاتجاه العام فقد ذهب : الى ان اساس المسؤولية التقصيرية الناشئة عن الاخلال بالالتزامات الثابتة في المستندات التفاوضية هو نظرية الفضالة، على اعتبار ان من يوقع على مستند تفاوضي او يصدر وثيقة الى الاخر لاستقطابه نحو التعاقد مثل : مستندات الدعوة الى التفاوض، هو فضولي يدير شأنها لرب العمل الذي اصدر اليه ذلك الخطاب او التعهد، فاذا ما فشلت المفاوضات فانه يستطيع الرجوع على الاخير بدعوى الفضالة لتعويض ما انفق من مصروفات وتكاليف سواء انفق هذه المصروفات في اصدار ذلك الخطاب او في ايصاله<sup>(2)</sup>. فيما ذهب الرأي الثالث من الاتجاه السالف الذكر: الى القول بان اساس هذه المسؤولية، هو نظرية تحمل التبعة في السعي الى التعاقد<sup>(3)</sup>. إذ ان كل طرف يسعى الى التعاقد فانه يتحمل تبعة الاضرار التي تنتج ايأ كان مسببها سواء اكان الغير ام الطرف الاخر وايأ كانت الاسباب التي حالت دون ابرام العقد النهائي المنشود حتى ولو ظلت هذه الاسباب مجهولة او غير معروفة. ذلك اذ ان النشاط التعاقدى يتضمن للقائمين به أخطاراً عديدة ويكفي حدوث بعضها ليكون البادئ به مسؤولاً عنه إلا إذا كان الضرر ناشئاً عن خطأ المضرور ذاته كمن يقدم على التعاقد مع علمه باستحالة موضوعه، اذ ليس على المضرور وفق هذا الرأي إلا اثبات الضرر الذي اصابه وان هذا الضرر هو نتيجة توقيعه على مستندات ووثائق تفاوضية التزم بها ومن خلال صياغتها القانونية ومع ذلك فانها لم توصله الى ابرام العقد النهائي

Ghestin: formation of the contract op; cit. P. 176.-

وفي عرض بعض اراء الفقه القانوني المقارن الاخرى، انظر: د. محمد حسام محمود لطفي، المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض، المصدر السابق، ص59.

(1) انظر: في هذا الرأي :

STARCK ROLAND et BoyER. Obligation; op. cit. No 1774. p.746.-

كما لم يتردد الفقه القانوني البلجيكي في تأييد هذا الاتجاه، فأكدت الأستاذة:

VANWIJCK – ALEXANDRE.-

على ان الخطأ التقصيري، يتمثل اما في الاخلال بالثقة في الطرف الاخر.. من جانب، اوفي القطع الفجائي استناداً الى حجج واهية ( vains pretexts)، او لمجرد نزوة (purecaprice)، او بغرض انتقام (venagance) او مضايقة المتفاوض الاخر. ( Embarasser son partenaore)، الى غير ذلك من صور التعسف في استعمال الحق.. من جانب اخر، نقلاً عن: د. محمد حسام محمود لطفي، المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض، المصدر السابق، ص61 – 62.

(2) وهو رأي الفقيه :

Thon: Droit civil: les obligations Dalloz 5e .Tes. 1993. p. 102.-

نقلاً عن: د. محمود جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية المدنية، المصدر السابق، هامش رقم (60)، ص132، كذلك انظر: د. صبري حمد خاطر، قطع المفاوضات العقدية، المصدر السابق، ص131.

(3) انظر: في هذا الرأي الفقهاء:

Saleilles; Dela Responsabilite; op. cit. P. 226 ets.-

نقلاً عن: د. محمود جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية المدنية، المصدر السابق، ص132، سليمان براك، المفاوضات العقدية، المصدر السابق، ص83. كذلك انظر في الشأن ذاته :

(WINDSHEID) well and willenserklärung Arvhiv fur die zivilischen praxis T. 63. N. FXIII. 1880; p. 72. ets. -

نقلاً عن: د. محمد حسام محمود لطفي، المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض، المصدر السابق، هـ(124)، ص44.

المنشود حتى يحصل على التعويض لما اصابه من اضرار. بغض النظر، عما إذا كان نظيره الموقع على ذات المستندات والوثائق التفاوضية قد ارتكب خطأ من عدمه<sup>(1)</sup>.

ومع خلو النصوص القانونية من ادنى إشارة على تقرير المسؤولية التقصيرية عند الاخلال بالمستندات والوثائق الصادرة في المرحلة ما قبل التعاقدية إذا لم تكن هذه المستندات مستجمة لاركان الاتفاق التفاوضي او لم تكن تجسيدا للمفاوضات القائمة في اطار تعاقدية، يذهب البعض من الفقه القانوني المدني<sup>(2)</sup>، الى القول: بوجود صدق لهذه المسؤولية في نصوص القوانين المقارنة ومنها نصوص مواد القانون المدني العراقي تأسيساً على القواعد العامة وضماناً لحرية الارادة التعاقدية وسلطانها قبل الارتباط التعاقدية الملزم إذ يدخل - وفقاً لهذا الرأي - الاخلال بالالتزامات ما قبل التعاقدية التي تجسدها الصياغات القانونية للمستندات الثابتة فيها وتلحق ضرراً بأحد الاطراف الساعية الى التعاقد، في بوثقة الاحكام المشتركة للافعال غير المشروعة، وهو عين مانصت عليه المادة (204) من قانوننا المدني العراقي التي نصها: ((كل تعدد يصيب الغير باي ضرر اخر، غير ما ذكر في المواد السابقة يستوجب التعويض))<sup>(3)</sup>. ومن الجدير بالاشارة - إننا نؤيد - صحة هذا الرأي الفقهي، ونراه الاقرب الى صحيح القانون على سند من القول ان احكام هذه المسؤولية هي وحدها التي تطبق عند عدم وجود مركز قانوني ذات طبيعة تعاقدية نهائية. وبصدد موقف القضاء من تقرير المسؤولية التقصيرية الناشئة في مرحلة ما قبل التعاقد، عموماً والناجمة عن الاخلال بالمستندات والوثائق التفاوضية الصادرة فيها على وجه الخصوص، فقد كان للقضاء الفرنسي<sup>(4)</sup> معيناً وقيراً من القرارات القضائية التي اتخذت هذا المنحى. ومن القضاء الفرنسي

(1) إذ يكون ذلك وفقاً لمبدأ (culpa in contrahendo) الذي يقضي، بان أي طرف من اطراف التفاوض على العقد، يكون مسؤولاً عن الضرر فقط، للتفاصيل. انظر:

COHERIER Des obligations naissant des pourparlers ... op. cit N. 32. p. 67.-

نقلاً عن: د. محمد حسام محمود لطفي، المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض، المصدر السابق، ص45،

Wolfgang Hahnkamper; op. cit. P.45-

نقلاً عن: د. صالح بن عبد الله، المبادئ القانونية في صياغة عقود التجارة الدولية، المصدر السابق، ص85، د. احمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، المصدر السابق، ص55، د. محمود جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية المدنية، رقم 29، هامش رقم (60)، ص132.

(2) انظر: د. عدنان ابراهيم السرحان، د. نوري حمد خاطر، مصادر الحقوق الشخصية، المصدر السابق، ص91 - 92، د. سعد الحلبوسي، التفاوض في العقود ..، المصدر السابق، ص52.

(3) ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الاخرى، المادة (163) مدني مصري، والمادة (164) مدني سوري، والمادة (166) مدني لبيبي، والمادة (156) موجبات وعقود لبناني، والمادة (227) مدني كويتي، ولما كان الغالب هكذا، هو مبدأ حرية المفاوضات وعدم ترتيب مسؤولية على قطعها، إلا في حالة سوء النية، والتعسف، وتقوم المسؤولية على اساس الخطأ التقصيري، فمن الطبيعي ان تتجه مبادئ المعهد الدولي الخاص، الموضوع عام (1994) بخصوص عقود التجارة الدولية، الى الاخذ بهذا الاتجاه الغالب، فقد نصت الفقرة الثانية من البند (15) من المادة الثانية، على انه: ((ومع ذلك فان الطرف الذي يتصرف بسوء نية، في مسلكه او قطع المفاوضات، يكون مسؤولاً عن الضرر الذي يسببه للطرف الاخر)). وقد ضربت الفقرة (3) من البند (15) من ذات المادة، مثلاً لسوء النية في قطع المفاوضات بقولها: ((ويعتبر سوء النية خصوصاً الطرف الذي يفتتح او يتابع السير في المفاوضات، وهو يعلم، ان ليس لديه النية للوصول الى اتفاق)). للتفاصيل. انظر: د. احمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، المصدر السابق، ص95.

(4) انظر: من هذه الاحكام القضائية مثلاً ّ

Civ. 3 octobre; 1972/ B. civ/ N 491.-

Com. 11. Janvire; 1984/J.C.P. 1984/IV/86.-

Com. 20 mai; 1980/ B.C: V; IV/N212.-

Com. 29 Norembre: 1960/ J.C.P/ 1961/I/152.=

كذلك انظر، حول هذا الشأن: قرار محكمة استئناف (Nimes) نيم، في 13 مايو، 1932، دالوز الاسبوعي، 1932، ص404، أشير اليه من قبل: د. محمود جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية المدنية، المصدر السابق، ص138، وفي استعراض بعض الاحكام القضائية المقارنة، انظر: د. محمد حسام محمود لطفي، المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض، المصدر السابق، ص59، ولعل القضية المشهورة في هذا الشأن. هي ما قضت به محكمة النقض الفرنسية في قرارها الصادر بتاريخ 20 مارس 1973، في قضية تتلخص وقائعها، في قيام احد رجال الأعمال بالدخول في مفاوضات جادة مع موزع، لمعدات اميركية في فرنسا، بهدف شراء هذه المعدات، وقام رجل الأعمال بتلبية متطلبات الموزع، كما قام بزيارة على نفقته الخاصة للمصنع في الولايات المتحدة الاميركية، وبعد وصول المفاوضات الى مراحلها النهائية، قام الموزع فجأة، بانهاء المفاوضات، ودون مبرر او عذر مقبول. وقد اكدت محكمة النقض على ان مثل هذا السلوك يخالف ما تقتضيه متطلبات حسن النية كما

الى القضاء المصري، حيث قضت محكمة النقض المصري في قرارها الصادر في عام 1968م بمناسبة المكاتبات الاولى التفاوضية التي حررها الطرفان حول زمان ومكان المفاوضات المزمع قيامها بينهما والذي قضى بتحميل الطرف الذي خالف هذه الالتزامات دون مبرر مشروع او معقول بعد ما الحق بالطرف الاخر اضراراً مادية ومعنوية اصابتهن جراء اخلال الطرف المتفاوض الاول - المسؤولية التقصيرية - (الجزء المدني العام) لفعله غير المشروع الذي تسبب في الحاق تلك الاضرار<sup>(1)</sup>. وفي قرار اخر لمحكمة الاستئناف الكويتية صدر حول الشأن ذاته قضت فيه، بان : ((لابد لتمام العقد من صدور إيجاب من أي من المتعاقدين يعقبه قبول مطابق له من المتعاقد الاخر ومن يصدر منه الايجاب لا يستقر به الرأي في العادة على ان يصدر ايجاباً باتاً، إلا بعد مفاوضات والقانون لا يرتب في الاصل على هذه المفاوضات اثاراً قانونياً ملزماً فكل متفاوض حر في قطع المفاوضات في الوقت الذي يريد ولا مسؤولية على من عدل بل هو لا يكلف باثبات انه عدل لسبب جدي وليست المفاوضات إلا عملاً مادياً لا يلزم أحداً على ان العدول عن المفاوضات قد يرتب مسؤولية على من قطعها إذا اقترن العدول بخطأ منه ولكن المسؤولية ليست تعاقدية مبنية على العدول، بل هي مسؤولية تقصيرية مبنية على الخطأ والمكلف باثبات الخطأ هو الطرف الاخر الذي اصابه ضرر من العدول. لذلك فان الوثائق المتبادلة وان اشارت من خلال صيغتها الى اسعار بعض المواد، إلا انها لم تتضمن باقي الشروط الجوهرية التي تكون محلاً للدراسة بين الطرفين قبل ابرام العقد النهائي مثل مدة التنفيذ و ضمانات كل من الطرفين وموافقة صاحب العمل على تنفيذ المستنفاة من الأعمال، الأمر الذي يتأكد به ان مدار بين الطرفين لم يخرج عن حيز المفاوضات وبالتالي فالجزء الذي سوف يكون مفروض هو الجزء المدني التقصيري<sup>(2)</sup>)).

## الفرع الثاني المسؤولية العقدية (جزاء العقد)

ان ما كانت تزخر به مرحلة ما قبل التعاقد من اتفاقات ثنائية او تعهدات فردية هي من عوامل تعزيز الجانب القانوني المقرر بان المسؤولية المدنية (الجزاء) الناجمة عن الاخلال بالالتزام الناشئ في هذه المرحلة الأخيرة (المرحلة

ان هذا العدول غير مبرر، لا يعدو في حقيقة الامر، إلا ان يكون تعسفاً في استعمال الحق يستوجب مسؤولية صاحبه عن تعويض الطرف الاخر، كافة النفقات التي تكبدها، خلال مرحلة التفاوض، انظر:

Cass. Civ. Com; 20 mars; 1973 Bull. Eiv. IV. No. 93.-

مشار اليه في: د. هاني صلاح سري الدين، المفاوضات في العقود التجارية الدولية، المصدر السابق، ص114. كذلك، انظر: قضية (بوليفال ساندوز). امام محكمة استئناف فرساي، في 21 ديسمبر، 1995.

Cour d'appel de Versailles (12 ech). 21 septembre; 1995; affaire dte civile poleval. G.Sarl laboratoires sandoz in - R.J.D.A 1996. 2. No. 178.

نقلاً عن: د. احمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي ... المصدر السابق، ص118.

(1) انظر: طعن مدني مصري، رقم 5/ 1986، مدني جلسة 21/ 4/ 1986، مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة التمييز، القسم الثاني، المجلد الثاني، يونيو، 1986، ص253، ومن القرارات الأخرى الصادرة من قضاء النقض المدني المصري في ذات الشأن، انظر:

- نقض مدني مصري، في 26/ 3/ 1981، احكام النقض، رقم 698، لسنة 1982، ص436.

- نقض مدني مصري، في 9 من ديسمبر، سنة 1975، مجموعة المكتب الفني، س26، رقم 229، ص1593.

- نقض مدني مصري، في 28 من مارس، سنة 1968، مجموعة المكتب الفني، س19، رقم 95، ص642.

- نقض مدني مصري، في 9، من فبراير، سنة 1967، مجموعة المكتب الفني، س18، رقم 52، ص334. (قرار سابق الاشارة اليه).

- نقض مدني مصري، في 27 من يناير، سنة 1966، مجموعة المكتب الفني، س17، رقم 24، ص182.

(2) انظر: قرار محكمة الاستئناف العليا الكويتية - الدائرة التجارية الاولى في 23 جمادى الآخرة 1409هـ الموافق 1989/1/30م، (قرار منشور في مركز تصنيف الاحكام القضائية بكلية الحقوق - جامعة الكويت) تحت الرقم 1374، ص1112. وفي المعنى نفسه جاء حكم محكمة الاستئناف العليا - الدائرة التجارية الثانية في 17 جمادى الآخرة 1409، الموافق 1989/1/24، منشور في المركز ذاته، تحت الرقم 52، ص1143.

السابقة على التعاقد) ما هي الا مسؤولية تعاقدية. (جزء العقد)<sup>(1)</sup>. اضع على ذلك فان ارتفاع صدى الاراء الفقهية وبعض القرارات القضائية بصدد ترسيخ الطبيعة التعاقدية للاوضاع القانونية المختلفة التي تنهض في المرحلة السابقة على التعاقد وتطبيعها داخل الاطار التعاقدى لاسيما فيما يسمى منها بالاتفاقات المبدئية وظهور فكرة العقود والاتفاقات التفاوضية التي تلزم اطرافها - من خلال الصياغات القانونية لمستنداتها - بالتزامات شتى تصب في مجملها على بلوغ الغاية الرئيسة من وراء قصد السعي الى التعاقد، إلا وهي ابرام العقد النهائي المنشود<sup>(2)</sup>.

وعلاوة على كل ما تقدم، كانت دوافع حماية الثقة المشروعة واستقرار الظاهر في المعاملات وتحقيق التوازن في حده الأدنى (المقبول والمعقول) بينها وبين الحرية التعاقدية وسلطان الارادة وانسجاماً ومقتضيات مبدأ حسن النية قبل التعاقد في اصول التفاوض وتكوين العقود، لاسيما بعد تطور النظام القانوني للمرحلة السابقة على التعاقد، وعلى الاخص منها مرحلة المفاوضات وتشعب العلائق القانونية والاقتصادية التي تتضمنها هذه الأخيرة وعلى طول الفترة الزمنية التي تتخللها. ان تقوي اسانيد هذا الجانب من الانظمة القانونية المقررة للطبيعة التعاقدية للجزاء المدني<sup>(3)</sup>. (جزء العقد) المترتب نتيجة الاخلال بالالتزامات التي تنشأ خلال الحقبة الزمنية التي تسبق ابرام العقد النهائي وينهض بمناسبة عدم احترام او عدم الالتزام بما تم التوصل اليه في العقود والاتفاقيات التمهيدية. وفي اطار المستندات والوثائق السابقة على التعاقد التي تمثل الصورة المادية (الهندسة القانونية) للعديد من الاتفاقات والتعهدات تلك التي يصدرها كلا الطرفين او احدهما للاخر<sup>(4)</sup>.

اذ يذهب البعض من الفقه القانوني<sup>(5)</sup> الى القول : بان المسؤولية التعاقدية في مرحلة التفاوض تعد الاقرب إنطباقاً والاكثر ملائمة من غيرها من الاجزية الاخرى باعتبارها الجزء المدني المناسب لتقرير مسؤولية المخل بالالتزامات التعاقدية في مرحلة ما قبل ابرام العقد النهائي التي تجسدها الصياغات القانونية للمستندات والوثائق الصادرة في المرحلة الاخيرة، ويحتج انصار هذا الاتجاه بالقول: في ان الواقع العملي الذي توقع وتصدر فيه الصورة المختلفة للصياغات القانونية للمستندات قبل التعاقدية قد اسفر عن اتخاذها اشكال وقوالب اتفاقية تمت بالقرب من العقود النهائية بمعناها القانوني الدقيق، وهو ما درج عليه الفقه القانوني واقضية الاجتهاد الحديث بتسميته (شبه العقود) بالنسبة للاتفاقات والتعهدات التي تبرم في المرحلة المعاصرة للمفاوضات او تسميته (بعقود ما قبل التعاقد) بالنسبة للاتفاقات والتعهدات التي تبرم في المرحلة اللاحقة للتفاوض والسابقة على انعقاد العقد النهائي<sup>(6)</sup>.

(1) انظر: د. امية علوان، ملاحظات حول المسؤولية قبل التعاقدية، المصدر السابق، ص13، د. محمد عبد الظاهر حسين، الجوانب القانونية للمرحلة السابقة للتعاقد، المصدر السابق، ص766. اذ تعتقد المسؤولية العقدية، للمفاوض، كلما امكن وجود مستند تعاقدى محصلة تطابق الاجاب مع القبول، بين الاطراف، أما لتنظيم عملية التفاوض، وأما لرصد النقاط، التي تم حسمها، بالفعل تفاوضاً، فاذا كان هناك اتفاقاً ينظم عملية التفاوض، انعقدت مسؤولية المتفاوض، دون جدال على اساس هذا الاتفاق، وكانت المسؤولية عقدية، للتفاصيل. انظر: د. محمد حسام محمود لطفي، المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض، المصدر السابق، رقم 31، ص13.

(2) انظر: د. محمد محمد ابو زيد، المفاوضات في الاطار التعاقدى، المصدر السابق، ص99، د. محمد حسام محمود لطفي المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض، المصدر السابق، ص70، د. مصطفى محمد الجمال، السعي الى التعاقد، المصدر السابق، ص43، د. مصطفى العوجي، القانون المدني، ج1، العقد، المصدر السابق، ص308. وفي التعويل على القانون الواجب التطبيق، لتحديد اركان المسؤولية العقدية في مرحلة التفاوض، انظر: د. احمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، المصدر السابق، ص117. ومن القضاء الفرنسي المؤيد للمسؤولية التعاقدية في مرحلة التفاوض، انظر:

cass. Civ. 16 avril; 1973. som; 101. et. j. Cedars le obligation de negocier: R.T.D. com. 1985. p . 250.-

(3) انظر: د. احمد الزقرد، نحو نظرية عامة لصياغة العقود ...، المصدر السابق، ص278، د. رجب كريم عبد اللاله، التفاوض على العقد، المصدر السابق، ص311، د. محمد حسين عبد العال، التنظيم الاتفاقي للمفاوضات العقدية، المصدر السابق، ص216، د. عدنان ابراهيم السرحان و د. نوري حمد خاطر، مصادر الحقوق الشخصية، المصدر السابق، ف(107)، ص90، سليمان براك، المفاوضات العقدية، المصدر السابق، ص84، علاء حسين علي الجوعاني، حسن النية في تكوين العقود، المصدر السابق، ص19 - 20.

(4) انظر: د. فيصل زكي عبد الواحد، المسؤولية المدنية في اطار الاسرة العقدية، ط2، 1992، ص147، د. محمد عبد الظاهر حسين، الجوانب القانونية للمرحلة السابقة للتعاقد، المصدر السابق، ص94، د. ابراهيم النجار، اتفاق المبدأ، المصدر السابق، ص57.

(5) انظر: د. احمد الزقرد، نحو نظرية عامة لصياغة العقود ...، المصدر السابق، ص279، د. احمد شرف الدين، اصول الصياغة القانونية للعقود، المصدر السابق، ص89، د. جمال فاخر النكاس، العقود والاتفاقيات الممهدة للتعاقد، المصدر السابق، ص137، د. محمد محمد ابو زيد، المفاوضات في الاطار التعاقدى، المصدر السابق، ص98.

(6) انظر: د. هاني صلاح سري الدين، المفاوضات في العقود التجارية الدولية، المصدر السابق، ص99، د. محمد حسين عبد العال، التنظيم الاتفاقي للمفاوضات العقدية، المصدر السابق، ص156، ومن الفقه القانوني من يعتبرها في حالات استثنائية، مسؤولية تعاقدية، لاسيما اذا كان الاخلال ناشئ عن تعهد او اتفاق مبدئي حول التفاوض، انظر: د. محمد عبد الظاهر حسين، الجوانب القانونية للمرحلة السابقة للتعاقد،

هذا ولم يتفق الفقه القانوني عند تقرير الطبيعة القانونية التعاقدية للمسؤولية المدنية المترتبة في اطار مرحلة ما قبل التعاقد عموماً ومرحلة المفاوضات العقدية والمراحل التمهيدية اللاحقة عليها على وجه الخصوص على اساس تعاقدى موحد وثابت لتقرير قيامها، بل توزعت الاراء الفقهية لتأصيل ذلك الاساس، الى اقوال مختلفة كما هو الشأن في المسؤولية السابقة عليها. (التقصيرية)<sup>(1)</sup>. اذ ذهب الرأي الاول في الفقه القانوني، الى القول : بان اساس هذه المسؤولية التعاقدية هو فكرة العقد الضمني او بتعبير ادق فكرة الاخلال بالتعهد الضمني ولا جديد هنا في هذا الشأن عما ذكرناه - انفا - عند استعراضنا لرأي الفقيه الالماني أيبيرنج (IHERING). وبالتالي فإذا ما اخل أي طرف من الاطراف باصول التفاوض او في الالتزامات المتولدة من مستنداته او في المرحلة الممهدة للتعاقد ومستنداتها ايضاً ، فإنه يُسئل عن التعويض سواء كان عينياً او بمقابل، وفق احكام المسؤولية العقدية، أي ان اخلال المفاوض بالمفاوضات او في المرحلة التمهيدية للتعاقد يشكل اخلالاً بالتزام عقدي نافذ وملزم<sup>(2)</sup>.

اما الرأي الثاني من الفقه القانوني<sup>(3)</sup> فقد أسس لقيام المسؤولية التعاقدية في مرحلة ما قبل التعاقد (مرحلة التفاوض) على اساس ذي طبيعة مشتركة (تعاقدية - قانونية) . وهو ان اخلال الموجب بايجابه بعد تصديره وعلم الموجب له وقبل صدور هذا القبول من هذا الاخير يؤدي الى مسؤولية مُصدر الوثيقة او موقع المستندات التعاقدية وهو الموجب استناداً الى التزامه بارادته المنفردة التي اعلن عنها بجلاء من خلال الصياغات القانونية للمستندات التي صدرتها والتي تتمتع بالتزامه في الابقاء على الايجاب حتى يتسنى للموجب له بعد ذلك قبوله او رفضه فاخلاق الموجب بايجابه في هذه الحالة يشكل اخلالاً بالتزام تعاقدى مصدره الارادة المنفردة . ومن ثم يُسأل مسؤولية عقدية عن تعويض ما ينشأ عن هذا الاخلال من ضرر. لكن هذا الرأي لم يلق قبولاً لدى الراجح من الفقه القانوني عموماً ولدى اغلب الفقه القانوني الفرنسي الذي ضرب صفحاً عن ذلك ومال الى نظرية التعاقد على وجه الخصوص، وذلك لان الارادة المنفردة في القانون الفرنسي ليست مصدرراً للالتزام وفقاً للرأي الراجح إلا في حالات استثنائية، ومن هنا فان المسؤولية العقدية لا تثور إلا اذا كنا بصدد اخلال بالتزام قانوني مصدره عقد صحيح<sup>(4)</sup>.

المصدر السابق ، ص113، د. محمد حسام محمود لطفي، المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض، المصدر السابق ، ص68، د. عبد المعطي خيال، النظرية العامة للالتزام، المصدر السابق ، رقم 21، ص41، وفي اعتبار الاتفاق التفاوضي. (عقد التفاوض)، من مستلزمات العقد النهائي، =والمسؤولية الناجمة عن الاخلال به، هي مسؤولية تعاقدية، انظر: د. احمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، المصدر السابق ، ص116.

(1) هذا وقد حظي التأصيل التعاقدى، للمسؤولية المدنية في مرحلة ما قبل التعاقد، في خصوص الاخلال بالالتزامات الثابتة في المستندات، والوثائق التعاقدية في مرحلة التفاوض، بتأييد فقهي وقضائي حديثين، وذلك باعتبار ان هذه الوثائق والمستندات هي جزء لا يتجزأ من العقد النهائي المزمع ابرامه، باعتبارها من الملاحق العقدية، بعد ابرام العقود وقبل تنفيذها تلعب دوراً مهماً في تفسيرها وتكملها، للتفاصيل. انظر: د. احمد الزقرد، نحو نظرية عامة لصياغة العقود، المصدر السابق ، ص204، د. احمد شرف الدين، اصول الصياغة القانونية للعقود، المصدر السابق ، بند 15، ص128، د. حسام الدين الأهواني، المفاوضات في الفترة قبل التعاقدية ، المصدر السابق ، رقم 56، ص23 - 24، د. محمد حسام محمود لطفي، المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض، المصدر السابق ، ص69 - 70، ومن الفقه القانوني الغربي وقضاءه. انظر: كاربونييه، ملاحظاته على نقض اجتماعي فرنسي في 24/2/85، الأسبوع القانوني، 1985 - 2 - 10868، ص941.

(2) انظر: د. عبد الرزاق احمد السنهاوري، نظرية العقد، المصدر السابق ، ص622، د. حلمي بهجت بدوي، اثار التصرفات الباطلة، المصدر السابق ، ص392، د. حسين عامر، القوة الملزمة للعقد ، المصدر السابق ، ص284، د. محمود جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية المدنية، المصدر السابق ، رقم 29، هامش 63، ص133، د. عبد المنعم فرج الصدة، مصادر الالتزام، ج1، المصدر السابق ، ص306، د. سعد الحلوسى، التفاوض في العقود، المصدر السابق ، ص37، وفي استعراض هذه النظرية مفصلاً، انظر: د. محمد حسام محمود لطفي، المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض، المصدر السابق ، ص34 - 35.

(3) انظر: في استعراض هذا الرأي وتأييده، د. حسن علي الذنون، المبسوط في المسؤولية المدنية ج1، المصدر السابق ، ص124، ص91، سليمان براك دايج، المفاوضات العقدية، المصدر السابق ، ص85، د. مصطفى العوجي، القانون المدني، العقد ج1، المصدر السابق ، ص234، د. عاطف النقيب، نظرية العقد، المصدر السابق ، ص123 - 124، وتعتمد هذه الاراء الفقهية، على ماقاله المؤلف الفرنسي (دومولب) ومن معه، بان هنالك عقداً ابتدائياً تم بصورة ضمنية بين الموجب، ومن وجه اليه الايجاب، ولاشك ان هذه النظرية قائمة على فرضية متخيلة اكثر من واقعية. للتفاصيل. انظر:

Demolombe. cours de Droit civil (positif francais. T. II Section. 49 cite par) p. 182.; Ghestin; op. cit. Note 72. - p. 229.

Gabrielle FAGGELLA: DEI periodi; op; cit .p . 271. ets.-

(4) انظر: د. سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، ج2، الالتزامات ، المجلد الاول، نظرية العقد، والارادة المنفردة، المصدر السابق ، ص109 - 110، مصطفى محمد الجمال، السعي الى التعاقد، المصدر السابق ، ص74، لذلك فان الفقه المدني الفرنسي، يميل الى اعتبار

أما الرأي الثالث في الفقه القانوني<sup>(1)</sup>. فقد ارتأى القول : بمسؤولية المفاوض التعاقدية عن الإخلال بالاصول التفاوضية والصياغات القانونية لمستنداتها على اساس فكرة الوكالة، فعند صاحب هذا الرأي الفقهي ان مستندات الدعوة الى التفاوض تتضمن توكيلاً باتخاذ الاجراءات اللازمة لابرار العقد المتفاوض بشأنه. فان لم يبرم ذلك العقد فانه - وفقاً لهذا الرأي - يجب تعويض النفقات والمصروفات التي صرفت في سبيل ابرار الوكالة وتنفيذها، لكن هذا الرأي الفقهي منتقد من عدة نواحي، اذ انه قائم على الافتراض أيضاً كسابقه، فالوكالة عقد ولكي يبرم هذا العقد لابد من توافق الارادتين على العناصر الجوهرية للعقد المزمع ابرامه بحد ذاته ولاشك ان طبيعة العقد المراد ابرامه عنصر جوهري فيه إذ لابد ان تلقتي إرادة الطرفين على تحديد طبيعة العقد ومن وجه الدعوة الى التفاوض من خلال مستنداته أنما قصد الدخول في مفاوضات او الاستمرار فيها حسب مضمون صياغة الالتزام الثابت في المستند ماقبل التعاقد ولم يقصد توكيل من وجهت اليه الدعوة باتخاذ الاجراءات اللازمة للتعاقد<sup>(2)</sup> فالتفاوض وحسب تعريفات البعض من الفقه القانوني هو مشاركة الطرفين في المناقشات والمساومات ومن ثم تحديد شروط التعاقد وفقاً لما يرتضيه<sup>(3)</sup>. وهو بهذا المعنى اذن لا يقصد به ان يقوم احد الطرفين بتوكيل الآخر باتخاذ اجراءات التعاقد اللازمة له لذا فان هذا الرأي منتقد على هذا الاساس ولا يمكن الأخذ به<sup>(4)</sup>. فيما حاول الرأي الرابع في الفقه القانوني<sup>(5)</sup> تجاوز الانتقادات اعلاه فقال: بفكرة الضمان، ومرد ذلك هو قيام هذه الفكرة على مبدأ العدالة ومصدرها ارادة المتفاوضين، اذ ينشأ اتفاق تعاقدي بمجرد ان تبدأ المفاوضات بناءً على دعوى يتم

حرق الاتفاق التمهيدي، لايثير المسؤولية العقدية وانما التقصيرية للطرف الملتزم، وبكل ما يرتبه ذلك من اثار، في اثبات وجود الالتزام، والخطأ والضرر والرابطة بينهما، وفي مدى التعويض. للتفاصيل. انظر: د. سليمان مرقس، المصدر نفسه، ص540 وما بعدها، د. جمال فاخر النكاس، العقود والاتفاقيات الممهدة للتعاقد، المصدر السابق، ص180، ومن الفقه الغربي المقارن، انظر:

ph. Malaurie et L.Aynes; les obligations; 4e ed. Paris 1993 p. 209 ets.-

G. Viney; Les obligations; op. cit. P. 232.-

(1) انظر: هذا الرأي للفقيه السويسري (س. كنكر) :

Schenker. F: pre contractual liability in swiss law Swiss Report/ XIIIth international Congress of comparative - law (montreal 19 – 24 aout 1990) Schulthess pokygraphischer Verlag Zurivh 1990. pp 89: 101.

وفي استعراض تفصيلاته، انظر: د. محمود جمال زكي، مشكلات المسؤولية المدنية، المصدر السابق، ص132، د. صبري حمد خاطر، قطع المفاوضات العقدية، المصدر السابق، ص130، سليمان براك دايج، المفاوضات العقدية، المصدر السابق، ص82.

(2) انظر: د. عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط، ج7، مج1، المصدر السابق، ص393، د. محمد علي عرفه، التأمين والعقود الصغيرة، ط2، 1950، ص385 – 359؛ د. اكثم خولي، الصلح والهبة والوكالة، 1957، ص159، د. عبد الباسط جميعي، نظرية الأوضاع الظاهرة، المصدر السابق، ص380.

(3) انظر: د. حسن الحسن، التفاوض والعلاقات العامة. المصدر السابق، ص11، د. احمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، المصدر السابق، ص64، د. محمد محمد ابو زيد، المفاوضات في الاطار التعاقدية، المصدر السابق، ص11، فؤاد العلواني و. د. عيد جمعة موسى الربيعي، الاحكام العامة في التفاوض، المصدر السابق، ص13، ومن الفقه الغربي المقارن. انظر:

mark k.&Rick M. SCHOENfJELD op; cit p. 29. -

نقلاً عن: د. محمد بدر الدين مصطفى، المفاوضات الدولية، المصدر السابق، ص229.

(4) ويذهب البعض من الفقه القانوني، في استعراض نقده، على القول، بان اساس المسؤولية المدنية العقدية، هو عقد الوكالة، هو قول محل نظر، لان الوكالة، لا تكون إلا في التصرفات القانونية، لهذا فان الطرف المفاوضات في مرحلة التفاوض او المرحلة التمهيدية لا يعدو كلاً، انظر: د. عبد السلام التونجي، التعاقد بين الغائبين، المصدر السابق، ص179، فيما يأخذ البعض الآخر على هذا الرأي، اقتضاه على مستندات ماقبل التفاوض، (المستندات الاعلانية) دون =المستندات الاخرى الصادرة في مرحلة ماقبل التعاقد، مثل المستندات التفاوضية او مستندات، ووثائق الاتفاقات التمهيدية، انظر: د. احمد الزقرد، نحو نظرية عامة لصياغة العقود، المصدر السابق، ص229.

(5) انظر: في هذا الرأي، لنظرية المستشار الايطالي (فيجل) :

Gabrielle FAGGELLA. Dele periode precontracttvali op; cit. P.217.-

وفي شرح هذه النظرية، انظر: د. صلاح الدين زكي، تكوين الروابط العقدية، المصدر السابق، ص82، د. محمود جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية المدنية، رقم 28، ص118. د. نزيه محمد الصادق المهدي، الالتزام قبل التعاقد بالادلاء بالبيانات، المصدر السابق، ص302، وفي عرض هذه النظرية وانتقادها. انظر: د. محمد حسام محمود لطفي، المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض، المصدر السابق، ص47.

قبولها، فهذا - الاتفاق الاولي - هو مصدر الضمان المتبادل الذي يكون مصدر المسؤولية التعاقدية في مرحلة التفاوض وما ينجم عن اخلال بالالتزامات الثابتة في المستندات والوثائق الصادرة فيها، ذلك انه ينطوي على شرط ضمني يتعهد بمقتضاه كل طرف بان يستمر في المفاوضات ولا يقطعها تعسفياً او حتى التزمه في البداية للدخول فيها حتى تؤدي غرضها النهائي، سواء كان ايجابياً بأبرام العقد محل التفاوض او سلبياً بانصراف كل متفاوض الى شأنه والرجوع الى ادراجه<sup>(1)</sup>.

ولما كان مصدر هذا الضمان هو الاتفاق او التعهد التفاوضي اياً كانت المرحلة التي صدر فيها فانه يشترط فيه ان لا يكون باطلاً لمخالفته النظام العام والاداب ، والا بطل هذا الضمان ببطلان مصدره ويكون كذلك اذا كان الهدف من التفاوض او مستنداته الوصول الى نتيجة يحرمها القانون كما ان هذا الاتفاق او التعهد مصدر الضمان ينعقد موقوفاً او قابلاً للابطال - بحسب الاحوال - والقانون الواجب التطبيق عليه اذا ما كان احد الطرفين قاصراً ويستطيع القاصر ان يقطع المفاوضات او يخل بالالتزامات الثابتة في مستنداتها في كل وقت وان يصل الى تقرير مبدأ عدم مسؤوليته بابطال شرط الضمان هذا، وبذلك تندفع تلك النتيجة الغريبة التي كنا سنصل اليها لو قلنا بالمسؤولية التقصيرية في مرحلة ما قبل التعاقد، حيث يسأل القاصر عن تعويض الاضرار اذا ما اخل بالاصول والمستندات التفاوضية التي تعكس بصياغاتها القانونية القوة الملزمة لها في حين انه لا يسأل فيما لو ان العقد أبرم ونفضه لقصر<sup>(2)</sup>. بيد ان هذا الرأي لم يسلم من المأخذ أيضاً، فهو منتقد من عدة نواح قانونية. فهو من الناحية الاولى يفترض الى أي نص قانوني يعضده ولم تقض به اقصية المحاكم وهيئات التحكيم<sup>(3)</sup>. وهو من ناحية ثانية يفسر اردة الطرفين الساعين الى التعاقد تفسيراً لا سند لهُمن الواقع العملي ، اذ لا يمكن وفقاً للقواعد العامة في التفسير اتجاه هذه الارادات للوصول الى نتيجة لم يقصد الطرفان بلوغها<sup>(4)</sup> ومن الناحية الثالثة، ما هي الاجابة القانونية عن التساؤل الذي يطرح فيما لو اخفى القاصر نقص أهليته عن الغير او الطرف الاخر بطرق احتيالية أي جعلهم يتوهموا بتمام أهليته فهل يستطيع القاصر - عندئذ - ان يصل الى عدم تقرير مسؤوليته التعاقدية في

(1) اذ جاء في هذا الرأي، ان المفاوضات، تشترك بناءً على دعوة الى التعاقد يتم قبولها، وهذا هو الاتفاق الذي يعتبر مصدر الضمان المتبادل في المفاوضات، والذي هو سند المسؤولية، اذ ينطوي على شرط ضمني، يتعهد كل متفاوض بموجبه تجاه الاخر، بان يستمر في المفاوضات ولا يقطعها تعسفياً، حتى يتحقق الموقف النهائي منها، والالتزام بالتعويض، عن فوات هذا الغرض، ويختلف هذا التعويض حسب كل مرحلة من مراحل فترة ما قبل التعاقد: للتفاصيل. انظر:

COHERIER Des obligations naissant des pourparlers ... op; cit; p. 100.-

وفي استعراض مقتطفات من هذه النظرية والتعليق عليها، انظر: د. صبري حمد خاطر، قطع المفاوضات العقدية، المصدر السابق ، ص130، د. سعد عبد ملحم الحلوسي، التفاوض في العقود، المصدر السابق ، ص38، سليمان براك، المفاوضات العقدية، المصدر السابق ، ص43 - 44.

(2) انظر: د. صلاح الدين زكي، تكوين الروابط العقدية، المصدر السابق ، ص83، سليمان براك دايج، المفاوضات العقدية، المصدر السابق ، ص45، د. احمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، المصدر السابق ، ص123، د. محمد حسام محمود لطفي، المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض ، المصدر السابق ، ص56، ومن الفقه الغربي المقارن، انظر:

SALEILLES; De la responsabilité contractuelle; op; cit. pp . 735 - 736.-

(3) اذ ان هذا الضمان التعاقدية، هو مجرد افتراض وتخيل، لاسند لهفي النظام القانوني تشريعياً وقضائياً، للتفاصيل. انظر: د. محمد عبد الظاهر حسين، الجوانب القانونية للمرحلة السابقة للتعاقد، المصدر السابق ، ص767، د. رجب كريم عبد الله، التفاوض على العقد، المصدر السابق ، ص216، د. محمد حسام محمود لطفي، المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض، المصدر السابق ، ص57.

(4) اذ ان الاتفاق التفاوضي، لا يبرم دون توافقي ارادتين، فلا يجوز افتراضه او فرضه فاذا كُف قطع المفاوضات او الاخلال بمضمون صياغات الالتزامات الثابتة في مستنداتها، أنه خطأ، فهذا الخطأ يقع قبل ابرام العقد، ومن ثم من المستحيل، تطبيق نظام العقد عليه، كما ان الدعوة الى التفاوض وان قبلت، فان ذلك لا يعد اتفاقاً، وذلك لانعدام الارادة، علاوة على انعدام اركان الاتفاق ذاته، (المحل، السبب) وتعيينها، بما يعني عدم احداث أي اثر قانوني بمعنى الالتزام. للتفاصيل. انظر:

د. حمدي عبد الرحمن، مصادر الالتزام، المصدر السابق ، ص186، د. محمد محمد ابو زيد، المفاوضات في الاطار التعاقدية، المصدر السابق ، ص71، د. محمد حسام محمود لطفي، المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض، المصدر السابق ، ص58، وفي تزعم هذا الانتقاد في الفقه الغربي المقارن. انظر:

V.viney; op. cit. p . 222 - 223; Schmidt la sanction de la faute avérée; p. 46 ets.-

نقلاً عن: د. صبري حمد خاطر، قطع المفاوضات العقدية، المصدر السابق ، ص130.

مرحلة التفاوض بإبطاله شرط الضمان هذا؟<sup>(1)</sup>. وإزاء جميع هذه الآراء الفقهية وفي محاولة في الحداثة القانونية لمراعاة خصوصية المسؤولية المدنية الناجمة عن الإخلال بمضمون الالتزامات الثابتة في الصياغات القانونية لمستندات الاتفاقات والتعهدات ما قبل التعاقدية قرر البعض من الفقه القانوني الحديث<sup>(2)</sup>، بتأييد من القضاء، بالتأسيس للمسؤولية المدنية التعاقدية من خلال تطويع نظرية الصياغة القانونية للوثائق والمستندات قبل التعاقدية - وفقاً لهذا الرأي - بأنه يدخل في إطار الجزاء المدني التعاقدية الصياغات القانونية لبنود الشروط الجزائية الثابتة في المستندات والوثائق ذوات الصلة بالعلاقة التعاقدية متى ماجأت متضمنة ومحددة بوضوح بالنص على صور الإخلال بالالتزام الثابت فيها واعتبار هذا الإخلال قد تم جزءاً في إطار تعاقدية تم التكهّن المسبق باحتمال وقوعه<sup>(3)</sup>. وفيما عدا ذلك، فإذا نصت عبارات الصياغة القانونية للمستندات قبل التعاقدية على إشارات عامة وعابرة في تغطية أي تعديصيب أحد الأطراف الموقعة على هذه المستندات بأي ضرر، فإن انصار هذا الرأي يخرجون المسؤولية المدنية من إطارها التعاقدية ويبحثون على مدى إمكانية قيامها على أساس الفعل الضار (المسؤولية التقصيرية)<sup>(4)</sup>. - ونحن بدورنا - نميل إلى ترجيح هذا التوجه الحديث في الفقه القانوني وأقضية الأجهاد المقارن لمواءمته والخصوصية القانونية للمستندات قبل التعاقدية، كما أن الأخذ به هو تغليب للجانب الظاهر من الإرادة التعاقدية التي يعد السبيل الوحيد في تقويم سلوكها الخاطيء في مرحلة تقع خارج الارتباط التعاقدية النهائي. وإذا كانت المسؤولية المدنية التعاقدية قد وجدت لها مكاناً في بعض النصوص المتفرقة في القوانين المدنية أو كانت قد شغلت حيزاً لها في ثنايا التشريعات الخاصة باعتبارها جزءاً تعاقدياً ناجماً عن الإخلال بالالتزامات التعاقدية في صياغة مستندات الاتفاقات والتعهدات الابتدائية مثل : (الاتفاق الابتدائي أو العقد الابتدائي، التعهد بنقل ملكية عقار، مذكرة التغطية المؤقتة في عقد التأمين، عقد العمل تحت التجربة أو الاختبار ... وغيرها)<sup>(5)</sup>. وتأكيداً على ذلك نصت المادة (1127) من القانون المدني العراقي، على أن : ((التعهد بنقل ملكية عقار، يقتصر على الالتزام بالتعويض إذا ما اخل أحد الطرفين بتعهده، سواء اشترط

(1) وعليه يصبح القاصر سيء النية، مما يلزم حماية الطرف الآخر، للتفاصيل. انظر: د. حسام الدين ناصيف، حماية المتعاقد الحسن النية مع صاحب الوضع المظاهر، المصدر السابق، ص25، د. أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، المصدر السابق، ص108.

(2) انظر: في هذا الآراء .

= J. Ghestin; Traite de Droit civil – la formation du contract. 3 em. Ed – 1994. N406. N. 604. p. 346; Terre - Simleret lequette op; cit. p. 95 J.schmedt; op; cit. P. 137.

ومن فقهاء القانوني العربي. انظر: د. محمد حسام محمود لطفي، المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض، المصدر السابق، ص72 – 73، د. أحمد الزقرد، نحو نظرية عامة لصياغة العقود، المصدر السابق، ص182، د. أحمد شرف الدين، أصول الصياغة القانونية للعقود، المصدر السابق، ص73، د. أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، المصدر السابق، ص34 – 35، د. صالح بن عبد الله، المبادئ القانونية في صياغة عقود التجارة الدولية، المصدر السابق، ص75، ومن التطبيق العملي، المؤيد لتقرير المسؤولية المدنية التعاقدية، على أساس الصياغة القانونية للخطاب أو المستند التعاقدية في مرحلة ما قبل التعاقد، انظر: في القضاء الفرنسي، نقض مدني فرنسي 3 مايو 1979/ دالوز، 1980، 57، I.R، ص262، ومدني فرنسي 23 يوليو، 1979، جازيت دي باليه ص412، ومدني فرنسي 9 ديسمبر/ 1979/ مجلة بانوراما، رقم 175، ص247.

(3) ومنها أيضاً، الشروط التعاقدية، المعفية أو المقيدة من المسؤولية التي يغلب تضمينها في المستندات الاعلانية، والملصقات والكاتولوجات، للتفاصيل، انظر: د. أحمد الزقرد، نحو نظرية عامة لصياغة العقود، المصدر السابق، ص202، د. حسام الدين الأهواني، المفاوضات في الفترة قبل التعاقدية، المصدر السابق، ص9.

(4) إذ يستثنى من ذلك، وجود اتفاقات، غير ملزمة بذاتها، من خلال فحوى صياغاتها القانونية، تعاقدياً، وهي التي يسميها العميد (كاربونيه Carbonnier) الـ non – droit غير الملزمة، للتفاصيل. انظر:

Garbonnier: Flexible droit/ 8em ed 1995/ L.G.D.J/ p.23. ets.-

نقلاً عن: د. أحمد الزقرد، نحو نظرية عامة لصياغة العقود، المصدر السابق، ص181، د. حسام الدين الأهواني، المفاوضات في الفترة قبل التعاقدية، المصدر السابق، ص17 – 18.

(5) وطبقاً لهذا النص، تكون المسؤولية التعاقدية، مصدر التعويض، عن الإخلال بالتعهد، بنقل ملكية العقار، للتفاصيل انظر: د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط، ج4، ص439، د. غني حسون طه، الوجيز في العقود، المصدر السابق، ص222، د. كمال قاسم ثروت، شرح أحكام عقد البيع، المصدر السابق، ص122، د. صبري حمد خاطر، التصرف في المبيع قبل تنفيذ الالتزامات الناشئة عن عقد البيع، المصدر السابق، ص56 – 57، د. محمد المرسى زهرة، نطاق حجية الحكم الصادر في دعوى صحة ونفاذ التعاقد، المصدر السابق، ص195، وللمقارنة بين مواقف التشريعات المدنية في التعهدات السابقة على التعاقد مثل: (التعهد بنقل ملكية عقار. دعوى صحة نفاذ التعاقد)، ومدى قيمتها القانونية الملزمة، انظر: المواقف المختلفة لهذه التشريعات من انتقال ملكية العقار ومنها، المادة (508) مدني عراقي، والمادة (428) مدني مصري، والمادة (466) مدني كويتي.

التعويض في التعهد ام لم يشترط)). ومع ذلك فان الجزاء المدني الناجم من الاخلال بالالتزامات الثابتة في المستندات التفاوضية وما قبلها من المستندات قبل التعاقدية الاخرى لم يجد له سنداً تشريعياً بعد<sup>(1)</sup>. فيما تبني الاجتهاد القضائي، في بعض اقصيته لفكرة الجزاء المدني التعاقدية (جزاء العقد) في شأن الاخلال بالالتزامات التعاقدية ذي الطبيعة الاتفاقية التي تفرضها المستندات التفاوضية<sup>(2)</sup>.

ومن ذلك، ماقتضت به الدائرة التجارية بمحكمة (بروكسل)<sup>(3)</sup>: بأن مستند الاتفاق المبدئي على التفاوض بحسن نية يولد التزاماً تعاقدياً في مواجهة من قطع المفاوضات وانتهت الى تقرير الجزاء التعاقدية على مخالفة الالتزام المذكور. كذلك قضت محكمة النقض المصرية في الشأن ذاته<sup>(4)</sup> اذ جاء في احد قراراتها بان: ((اذا كان الاساس القانوني في المفاوضات السابقة على التعاقد، هو حرية قطع هذه المفاوضات في اية لحظة فأن ذلك لا يكون مقبولاً اذا كانت الاعمال التحضيرية والمحركات المتبادلة قد اخذت وقتاً طويلاً وانها كانت شديدة الجدية بدرجة تبعث على الاعتقاد - بشكل قانوني - لدى كل طرف في المفاوضات بان الاخر جاد في التعاقد فان قطع المفاوضات بعد ذلك من جانب احد الطرفين - وبسبب الخلاف حول بعض النفقات - يكون بلا شك خطأ ذو طابع عقدي تنهض المسؤولية التعاقدية عليه لانه يسبب ضرراً ويعطي للطرف الاخر الحق في المطالبة بالتعويض)).

### الفرع الثالث المسؤولية القانونية (الخاصة)

انصبحت الجهود الفقهية القانونية - حديثاً - بتأييد من بعض القرارات القضائية الصادرة في الاذنيال الاخيرة من هذا القرن على بلورة فكرة المسؤولية المدنية الناجمة عن قطع المفاوضات العقدية هي مسؤولية مدنية ذو طبيعة خاصة ( suis

(1) اذ لا يغير من ذلك، ان بعض التشريعات، عالجت مشكلات المسؤولية الناجمة عن قطع المفاوضات، على نحو مبتور، كما هو الحال في جانب من القوانين الاوربية، كالقانون المدني الايطالي، لعام (1942)، الذي تكلم فقط على ضرورة التزام =حسن النية في المفاوضات عموماً (م1337)، والقانون المدني اليوناني لعام (1946) م (197، 198). فلم يزل السواد الاعظم من التشريعات المدنية، تعتبر ان المفاوضات على ما تستغرقه من جهد، ونفقات غير ملزمة لاي من المتفاوضين، اخذاً بمبدأ حرية ابرام العقود وبناءً عليه، يصح العدول عنها، دون أي مسؤولية تعاقدية، من العدول في ذاته، عدأ ما قد يرتبه من اضرار للطرف الاخر: للتفاصيل. انظر: د. محمد حسين عبد العال، التنظيم الاتفاقي للمفاوضات العقدية، المصدر السابق، ص222، د. احمد الزقرد، نحو نظرية عامة لصياغة العقود، المصدر السابق، ص230، د. عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني، ج2، احكام الالتزام، 1967، ص37 - 38، وفي مبدأ حرية المفاوضات في العقود الدولية، انظر: د. احمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، المصدر السابق، ص88.

(2) اذ نحى النظام القضائي، وفي احكام قضائية حديثة نسبياً، بتقرير المسؤولية العقدية، على عاتق المخل بالالتزام المتولد، عن عقد تفاوضي التزم بمقتضاه، بعد ان ارسل الى الطرف الاخر، خطابات تأكيد، ورسائل نوايا، تؤكد عزمه النهائي من خلال صياغتها القانونية في ابرام العقد، بعد التفاوض على بعض المسائل التفصيلية التي تتعلق بامور التنفيذ، ومنها انظر: حكم محكمة النقض الفرنسية في :

- com. 29. 5. 1990; Bull. Eiv.IV no. 157 ets. Dalloz. 1990. IR 151.-

نقلأ عن: د. محمد محمد ابو زيد، المفاوضات في الاطار التعاقدية، المصدر السابق، ص50.

(3) وذلك في دعوى تتلخص وقائعها: في شركتين، توصلتا الى اتفاق مبادئ بالتفاوض بحسن نية على شراء دار نشر من صاحبها، ثم قام هذا الاخير مع ذلك بابرام الصفقة مع شخص ثالث، عدت المحكمة، ان صاحب الدار قد عدل عن المفاوضات، واخل بذلك بالتزام تعاقدية بالاستمرار في التفاوض بحسن نية الثابت في الصياغة القانونية للاتفاق المبدئي الموقع بين الشركتين وصاحب الدار، وقد انتهت المحكمة، الى ان قطع المفاوضات بذاته، لا يرتب المسؤولية، إعمالاً لمبدأ الحرية التعاقدية، انما تقوم المسؤولية التعاقدية عن قطع المفاوضات لمخالفتها التزام عقدي اشتمل عليه - بوضوح - اتفاق المبادئ بالتفاوض بحسن نية، انظر: قرار محكمة بروكسل. (الدائرة التجارية)، في 24 يناير، 1985، في فونتين، قانون العقود الدولية، ط1، 1989، ص52، مشار اليه عند: د. احمد الزقرد، نحو نظرية عامة لصياغة العقود، المصدر السابق، ص275، كذلك اورد ذات الحكم وعلق عليه: د. احمد شرف الدين، اصول الصياغة القانونية للعقود، المصدر السابق، ص75، ومن القرارات الأخرى القريبة من هذا الشأن، انظر: قرار حكم القضاء الاسترالي في قضية (والتون) 1988 / 7 / 22، التي اسس للمسؤولية مقابل التعاقدية على اساس العقد الضمني، للتفاصيل، انظر: د. انيس نصير، مرحلة ما قبل ابرام العقد، ج1، المصدر السابق، ص227.

(4) انظر: نقض مدني مصري في 16 / 8 / 1996، مج احكام النقض، س49، رقم 239، ص312، وقد جاء في تعليق البعض من الفقه القانوني على هذا الحكم بالقول : ((انه اعتمد على الوضع الظاهر واسس عليه المسؤولية التعاقدية، وان هذا الحكم شديد الخطورة، لانه توصل الى الزام الطرفين بالتعاقد عندما تصل المفاوضات بينهما الى مرحلة معينة تجسد جديتها الوثائق الموقعة من لدن اطرافها، والأقامت مسؤولية المتسبب في عدم التعاقد))، انظر: د. محمد عبد الظاهر حسين، الجوانب القانونية للمرحلة السابقة للتعاقد، المصدر السابق، ص98.

(generis). يميزها انها تنشأ في نطاق المفاوضات التي يشترك فيها الاشخاص باراداتهم في سبيل ابرام العقد النهائي المنشود<sup>(1)</sup>. فالارادة التعاقدية في الاصول التفاوضية وإن لم تنصرف الى الالتزام، الا ان ذلك لايعني ان المفاوضات ليست قائمة على التوقع وانما هي - كقاعدة عامة - كذلك ومن خلالها يتم تكوين العقد لذلك، فالاخلال بمضمون الصياغات للالتزامات الثابتة في المستندات التفاوضية يسبق ابرام العقد وان لم يدخل في نطاقه اذ انه لايمكن معالجة هذا الاخلال بموجب احكام المسؤولية المدنية العامة (التقصيرية او العقدية) دون ان تأخذ بنظر الاعتبار هذه الخصوصية التي تتمتع بها الصياغات القانونية للمستندات قبل التعاقدية<sup>(2)</sup>. ومن هذا المنطلق يذهب البعض من الفقه القانوني المعاصر<sup>(3)</sup> : ان المسؤولية المدنية عن قطع المفاوضات او الاخلال بمضمون صياغات الالتزامات الثابتة في مستنداتها التفاوضية، هي مسؤولية ما قبل التعاقد (Laresponsabilite – precontract) اذ ظهرت هذه المسؤولية لمعالجة الاخطاء التي تحصل قبل التعاقد بمالها من خصوصية . وبمناسبة ذلك تشير الاستاذة (فيني) من الفقه القانوني الفرنسي الى الميل نحو توسيع تطبيق احكام هذه المسؤولية<sup>(4)</sup>. ولكي تتحقق المسؤولية القانونية (الخاصة) عن الاخلال بالمفاوضات او قطعها او مخالفة الصياغات القانونية لمضمون الالتزامات الثابتة في مستنداتها ووثائقها التفاوضية<sup>(5)</sup>، لا بد من تحقق الاركان العامة للمسؤولية المدنية فيما نبجتها - هنا - بالقدر الذي تتميز به المسؤولية ما قبل التعاقدية. (الخاصة).

**اولاً الخطأ<sup>(6)</sup> :** لا يتحقق الخطأ السابق عن التعاقد لمجرد قطع المفاوضات او العدول عنها او الاخلال بماتفرضه الصياغات القانونية للالتزامات الثابتة في مستنداتها من افعال ايجابية او مواقف سلبية، بل لا بد من تكييف كل ذلك على انه خطأ، ويكون كذلك عندما يؤدي هذا القطع او العدول او الاخلال بالمساس بالثقة المشروعة الناشئة عن الاصول التفاوضية

(1) انظر: د. امية علوان، ملاحظات حول المسؤولية قبل التعاقدية، المصدر السابق، ص180، د. جمال فاخر النكاس، العقود والاتفاقيات الممهدة للتعاقد، المصدر السابق، ص168. ومن الفقه القانوني الغربي المقارن المترجم لهذا الرأي، انظر:

= D.DREYER Switzerland Report in Formation of contracts and precontractual liability; op. cit; pp. 69 – 70.-

نقلاً عن: د. محمد حسام محمود لطفي، المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض، المصدر السابق، هامش(175)، ص67.

(2) وفي طبيعة الالتزام بالتفاوض، والمسؤولية الخاصة المترتبة عليه، بصورة عامة، انظر:

F.Laberthe; extra – contractuelle: op. cit. p.130.-

فيما يرى البعض من الفقه القانوني ان المسؤولية المترتبة عن الاخلال بالالتزام المبدئي بالتفاوض، من طبيعة عقدية مع شيء من الخصوصية، ومنهم الأستاذ (جستان) :

Ghestin; op; cit. P. 317.-

(3) انظر: د. صبري حمد خاطر، قطع المفاوضات العقدية، المصدر السابق، ص131، سعد الحلبوسي، التفاوض في العقود، المصدر السابق، ص49، سليمان براك دايح، المفاوضات العقدية، المصدر السابق، ص19.

(4) انظر: في هذا الرأي، الأستاذة (فيني)، والاستاذ(لاروميه).

Viney; les obligations; op. cit; p. 230. ets.-

Comp. larroumet (ch.): droit civil; tIII les obligations paris; 1985. p. 212.-

(5) انظر: د. احمد الزقرد، نحو نظرية عامة لصياغة العقود، المصدر السابق، ص268، د. جمال فاخر النكاس، العقود والاتفاقيات الممهدة للتعاقد، المصدر السابق، ص180.

(6) انظر: جونا شميدت: في تعريف الخطأ السابق على التعاقد، الذي يعرفه بأنه الخطأ الذي يقع من قبل احد المتفاوضين قبل ارتباط الايجاب مع القبول.

Schmidtia; (j). negociation: op. cit. P. 112.-

كذلك انظر: د. محمد حسام محمود لطفي، المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض، المصدر السابق، ص77، سليمان براك، المفاوضات العقدية، المصدر السابق، ص97.

التي يحكمها مبدأ حسن النية ما قبل التعاقد أو يهدد الظاهر في حماية استقرار المعاملات أو يناقض فحوى ومضمون الصياغات القانونية التي صيغت بها عبارات والفاظ المستند ما قبل التعاقد أو الوثيقة التفاوضية<sup>(1)</sup>.

**ثانياً: الضرر<sup>(2)</sup>:** يغلب أن يكون الضرر الناجم في إطار مرحلة ما قبل التعاقد عموماً أو عن قطع المفاوضات العقدية أو الإخلال بها أو مخالفة مضمون الصياغات القانونية للالتزامات الثابتة في مستنداتها على وجه الخصوص - مادياً - يتمثل بالخسارة التي يتعرض لها الطرف الساعي إلى التعاقد أو المتفاوض في محاولته لإبرام العقد النهائي المنشود<sup>(3)</sup>. ومن ذلك النفقات التي بذلت لأعداد مشروع العقد بما فيها أجور الدراسات التي أجريت لهذا الغرض وأجرة المخازن وأجور الوسطاء ومصاريف السفر من مكان إلى آخر لمعاينة الأشياء التي تجري الأصول التفاوضية بشأنها ورسوم البريد لإيصال المستندات والوثائق التفاوضية المثبتة لخطابات النوايا التعاقدية والاتفاقات المبدئية وأجور أصول صياغاتها والاستشارات القانونية حول ذلك، سواء كانت على شكل تعهدات تعاقدية توجي بالالتزام القانوني، أو كانت مجرد توصيات عارية عن أي صفة الزامية<sup>(4)</sup>.

ومع ذلك فقد يتفاقم الضرر الناجم في إطار المرحلة السابقة على التعاقد نطاق الخسارة المادية ويترجم ذلك باعتماد أحد الأطراف الساعية إلى التعاقد على ثقته المشروعة والمعقولة بالأصول التفاوضية وماستؤول إليه المفاوضات من إبرام العقد النهائي المنشود، فيرتب نشاطه التجاري على وفق ذلك ويبرم عقداً أو صفقات أخرى بالاعتماد على نشاطه السابق ثم يضطر فجأة إلى إعادة تنظيم نشاطه مرة أخرى نتيجة الإخلال بالأصول التفاوضية ومخالفة الالتزامات التعاقدية الثابتة من خلال الصياغات القانونية في مستندات التفاوض وأوراقه. بل أكثر من ذلك قد لا يستطيع تنفيذ التزاماته الناشئة من العقد الجديد بناءً على ثقته بما سبق من مفاوضات مما يؤدي في نهاية المطاف إلى المساس بسمعته وضعف أتمثانه التجاري<sup>(5)</sup>. وللضرر بوصفه ركناً في المسؤولية المدنية المترتبة في مرحلة ما قبل التعاقد والناجمة عن الإخلال بمضمون الصياغات القانونية للالتزامات الثابتة في المستندات التفاوضية، شروط خاصة بالمسؤولية القانونية نعرضها بإيجاز كالآتي.

(1) انظر: د. صبري حمد خاطر، قطع المفاوضات العقدية، المصدر السابق، ص 131، د. صالح بن عبد الله، المبادئ القانونية في صياغة عقود التجارة الدولية، المصدر السابق، ص 84، د. نزيه محمد الصادق المهدي، الالتزام قبل التعاقد بالأدلاء، المصدر السابق، ص 315.

(2) إذ أن الضرر، هو أحد العناصر الرئيسية في المسؤولية المدنية، أي كانت طبيعتها، ويكون كذلك في المسؤولية القانونية (الخاصة) الناشئة في مرحلة ما قبل التعاقد، ولا يخرج عن معناه المؤلف في مرحلة التعاقد. للتفاصيل. انظر: د. حسن علي الذنون، المبسوط في المسؤولية المدنية، ج 1، المصدر السابق، ص 155، سعدون العامري، تعويض الضرر في المسؤولية التقصيرية، المصدر السابق، ص 5، جابر صابر طه، إقامة المسؤولية المدنية عن العمل غير المشروع على عنصر الضرر، ط 2، منشورات جامعة صلاح الدين، 1984، ص 104، د. محمد محمد أبو زيد، المفاوضات في الإطار التعاقدية، المصدر السابق، ص 113، د. محمد حسام محمود لطفي، المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض، المصدر السابق، ص 89.

(3) انظر: د. صبري حمد خاطر، قطع المفاوضات العقدية، المصدر السابق، ص 131، سليمان براك، المفاوضات العقدية، المصدر السابق، ص 51، د. أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، المصدر السابق، ص 120.

(4) ومن ذلك التعويض عن الضرر المادي، الذي حكم القضاء الفرنسي بتعويضه، الذي تمثل بنفقات السفر إلى الولايات المتحدة الأميركية، ونفقات الإقامة لمعاينة مكائن بقصد شرائها. انظر: د. محمد عبد الظاهر حسين، الجوانب = القانونية للمرحلة السابقة للتعاقد، المصدر السابق، ص 771، د. هاني صلاح سري الدين، المفاوضات في العقود التجارية الدولية، المصدر السابق، ص 114، د. محمد حسام محمود لطفي، المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض، المصدر السابق، ص 91، د. محمد محمد أبو زيد، المفاوضات في الإطار التعاقدية، المصدر السابق، ص 91.

V.Com: 20; 1 mars: 1972. (precitee); p. 128.-

مشار إليه: د. حسام الدين الأهواني، المفاوضات في الفترة قبل التعاقدية، المصدر السابق، ص 20.

(5) انظر: د. صبري حمد خاطر، قطع المفاوضات العقدية، المصدر السابق، ص 132، د. محمد عبد الظاهر حسين، الجوانب القانونية للمرحلة السابقة على التعاقد، المصدر السابق، ص 771، د. رجب كريم عبد اللاله، التفاوض على العقد، المصدر السابق، ص 311، د. نزيه محمد الصادق المهدي، الالتزام قبل التعاقد بالأدلاء، المصدر السابق، ص 320، د. محمد حسام محمود لطفي، المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض، المصدر السابق، ص 99، د. محمد محمد أبو زيد، المفاوضات في الإطار التعاقدية، المصدر السابق، ص 121، فيما يناهض البعض، وصف الضرر ما قبل التعاقد بأنه ضرر أدبي، وعلى فرض التسليم به كذلك، فإنه لا يعوض لأنه ضرر غير مباشر. للتفاصيل. انظر: سليمان براك، المفاوضات العقدية، المصدر السابق، ص 102.

1- ان يصيب الضرر مصلحة سلبية مشروعة<sup>(1)</sup>: يجب ان يصيب الضرر مصلحة مشروعة للطرف الساعي الى التعاقد الذي وقّع على المستند ماقبل التعاقد او المتفاوض الذي اصدر الوثيقة التفاوضية ويميز في هذا السياق بين المصلحة السلبية<sup>(2)</sup> والمقصود بها ماكان يحصل عليه المتفاوض فيما لو لم تحصل لديه بسبب المفاوضات والصياغات القانونية لمستنداتها التي تعكس القوة الملزمة للالتزامات الثابتة فيها الثقة بان العقد محل التفاوض سوف يبرم، فالضرر الذي يعوض هو الضرر الذي يمس هذه المصلحة، أي بمعنى الخسارة التي تكبدها الموقع على المستندات قبل التعاقدية او المتفاوض المصدر للوثيقة التفاوضية في سبيل ابرام العقد النهائي المنشود<sup>(3)</sup>. اما الضرر الذي يصيب المصلحة الايجابية لهما بمعنى ما فاتهما من كسب كان سيحصلان عليه لو ان العقد النهائي كان قد أبرم، فيذهب الرأي الراجح في الفقه القانوني : ان لا تعويض عنه اذ يبدو لهذا البعض ونحن معه - ان هذا التمييز بين المصلحتين منطقي لان ابرام العقد النهائي (المتفاوض بشأنه) كنتيجة تترتب على الاصول التفاوضية امر احتمالي، فالمفاوضات قد تنتهي عند حلول اجلها الثابت في الصياغة القانونية للمستندات والوثائق التفاوضية او عند حلول اجل معقول دون ان يبرم ذلك العقد او حتى قد يقطعها احد الاطراف الساعية الى التعاقد او احد المتفاوضين دون ان يكيف هذا القطع بانه خطأ، ومن ثم فان الضرر الذي يمس بالمصلحة الايجابية بالمعنى السالف الذكر لايعوض.

2- ان لا يكون الضرر ماقبل التعاقد ناشئاً عن المنافسة المشروعة<sup>(4)</sup>. ظهر هذا الشرط الى حيز الوجود القانوني من خلال البحث عن الحلول العملية في قرارات القضاء الفرنسي وكان ذلك حينما رفض هذا القضاء<sup>(5)</sup> طلب احد الحرفيين بالتعويض عن نفقات التصاميم الذي رفضه بعض زبائنه، وعلّة ذلك ان لعبة المنافسة التجارية تستلزم ان يكون من بين النفقات العامة التي تتطلبها المفاوضات هي نفقات (ا لتصاميم) حتى وان لم تؤد المفاوضات الى ابرام العقد. وقد ورد في حيثيات هذا القرار القضائي بان: ((المخططات والتصاميم والكتلوجات ليست إلا ملحقات للايجاب الذي تضمن توضيحاً كافياً للفائدة عنها والنفقات التي تستلزمها هي من النفقات العامة التي تلزم بانفاقها ألغرف التجارية او الصناعية في سبيل المنافسة))<sup>(6)</sup>.

(1) انظر: د. مصطفى محمد الجمال، السعي الى التعاقد، المصدر السابق، ص248، د. احمد الزقرد، نحو نظرية عامة لصياغة العقود، المصدر السابق، ص268 – 269، د. محمد حسام محمود لطفي، المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض، المصدر السابق، ص98، د. محمد عبد الظاهر حسين، الجوانب القانونية للمرحلة السابقة للتعاقد، المصدر السابق، ص99 – 100.

(2) انظر: د. عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزامات، ج1، مصادر الالتزام، المصدر السابق، ص595، د. احمد شرف الدين، اصول الصياغة القانونية للعقود، المصدر السابق، ص79، د. محمد محمد ابو زيد، المفاوضات في الاطار التعاقدية، المصدر السابق، ص105، ومن الفقه الغربي المقارن. انظر:

Schmidt (j) negociation ... op: cit. P. 189.-

مشار اليه في: سليمان براك، المفاوضات العقدية، ص103.

(3) انظر: د. صبري حمد خاطر، قطع المفاوضات العقدية، المصدر السابق، ص132، د. سعد الحلبوسي، التفاوض في العقود، المصدر السابق، ص51، د. جمال فاخر النكاس، العقود والاتفاقيات الممهدة للتعاقد، المصدر السابق، ص168، د. احمد الزقرد، نحو نظرية عامة لصياغة العقود، المصدر السابق، ص267.

(4) انظر: د. صبري حمد خاطر، قطع المفاوضات العقدية، المصدر السابق، ص132، سليمان براك، المفاوضات العقدية، المصدر السابق، ص105، د. محمد حسام محمود لطفي، المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض، المصدر السابق، ص91.

(5) انظر: في التعليق على هذا الحكم.

Schmidt (j). negociation et conclusion de contrat; op: cit; p. 548.-

كذلك انظر: بصورة خاصة مايلى :

SAVATIER. Traite (TomeI). Op; cit. no 115.p . 140.-

وتنوه سيادتها، بان الغالب ان ينظم الاطراف سداد هذه المصروفات، عند عدم ابرام عقد إستدعى إعداداً مكلفاً لملفات ودراسات، وانظر في نفس المعنى: د. حسام الدين الأهواني، المفاوضات في الفترة قبل التعاقدية، المصدر السابق، رقم 28، ص12، د. محمد حسام محمود لطفي، المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض، المصدر السابق، ص91 – 92.

(6) انظر: في هذا القرار، قضاء محكمة النقض الفرنسية في: 7 مارس، 1989.

3- ان يكون الضرر متوقعاً<sup>(1)</sup>: ان التسليم بحقيقة ان المفاوضات والمستندات الصادرة تجسيدا لها ليست مجرد وقائع مادية من قبل تأييد جانب من الفقه القانوني وقرارات القضاء الحديث، وانما يساهم فيها المتفاوضون باراداتهم يستلزم القول منهم بان يكون الضرر الناجم عن الاخلال بمضمون الصياغات القانونية للالتزامات الثابتة في مستنداتها ووثائقها التفاوضية متوقعاً اذ ان المفاوضات تمهد للعقد النهائي وتسبق ابرامه وتنصب على محاولة تكوينه ومن ثم فأنها تقترب من ذلك العقد من حيث كونها قائمة على التوقع ومن ثم لايجوز كما يعتقد البعض<sup>(2)</sup> التوسع في التعويض ليشمل الضرر غير المتوقع. بيد ان ذلك لا يمنع من تعويض الضرر ما قبل التعاقد غير المتوقع اذا لم ينجم عن قطع المفاوضات او العدول عنها او مخالفة مضمون الصياغات القانونية للالتزامات الثابتة في مستنداتها ذاته، وانما عن خطأ تقصيري (خطأ او غش جسيم) يقع بمناسبة ذلك او يقترب منه، لان مثل هذا الخطأ الاخير يخضع للقواعد العامة في المسؤولية التقصيرية<sup>(3)</sup>.

**ثالثاً: العلاقة السببية<sup>(4)</sup>:** من نافلة القول ان الضرر ما قبل التعاقد يجب ان يكون ناجماً نتيجة لقطع المفاوضات او العدول عنها او الاخلال بمضمون الصياغات القانونية للالتزامات الثابتة في مستنداتها. فاذا انقطعت العلاقة السببية لسبب اجنبي فليس ثمة مسؤولية عن هذا القطع اما اذا قطع الطرف الساعي الى التعاقد او المتفاوض المفاوضات او اخل بالالتزام الثابت في مستنداتها، فيلاحظ فيما اذا كان هذه الفعل قد قطع العلاقة السببية من خلال المقارنة بين قطع المفاوضات العقدية او الاسباب الاخرى التي تؤدي الى النتيجة ذاتها كـ(العدول او الاخلال) والضرر كأن يكون هو السبب الوحيد لقطعها، فليس ثمة مسؤولية مدنية لانقطاع العلاقة السببية نتيجة هذا الفعل، اما إذا لم يكن هذا الفعل هو السبب الوحيد لقطعها وانما يشترك مع سبب اخر يتعلق بالتفاوض الاخر او الموقع المقابل على المستند ما قبل التعاقد فتطبق - حينئذ - القواعد العامة المتعلقة بالاشتراك في الخطأ<sup>(5)</sup>. ومن التطبيقات العملية الواردة بهذا الشأن، قيام احد المتفاوضين بعرض ابرام عقد جديد وبشرط مختلف عن مشروع العقد الذي تدار المفاوضات بشأنه الامر الذي ادى الى قطع المفاوضات. وقد قضي في ذلك ان العلاقة السببية في هذه الواقعة انقطعت بين فعل قطع المفاوضات والضرر الذي اصاب المتفاوض من جراء ذلك مادام قبل

Com. 7. mars: 1989/ J.C.P. 1989/ 21316.-

وملاحظات Reinhard عليه، ص472، نقلاً عن: د. صبري حمد خاطر، قطع المفاوضات العقدية، المصدر السابق، ص133.

(1) انظر: د. يزيد انيس نصير، مرحلة ما قبل التعاقد، ج1، المصدر السابق، ص209، د. مصطفى محمد الجمال، السعي الى التعاقد، المصدر السابق، ص9، سليمان براك، المفاوضات العقدية، المصدر السابق، ص136، هيلان عدنان الجبوري، الاتفاقات السابقة على التعاقد، المصدر السابق، ص13، د. محمد محمد ابو زيد، المفاوضات في الأطار التعاقدية، المصدر السابق، ص107، د. محمد حسام محمود لطفي، المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض، المصدر السابق، ص88، ومن القرارات القضائية حول الشأن ذاته انظر: قرار محكمة استئناف بيروت المدنية في 16 / 11 / 1994، والذي جاء فيه: (( ... ولا يمس بمبدأ حرية التعاقد، انتاج مفاعيل قانونية، في مرحلة المحادثات، تم تحديدها من الاطراف، خلال سيرها ... )) . قرار منشور في النشرة القضائية المدنية، مجموعة حاتم، رقم 23/ ج2، 1994، ص144 - 145.

(2) اذ يتم التعويض عن الضرر المتوقع فقط، في مرحلة ما قبل التعاقد، وهذه احدي الخصائص التي ينفرد بها الضرر خلال هذه الحقبة للتفاصيل، انظر: فايز الحاج شاهين، المسؤولية الناشئة عن قطع المحادثات، المصدر السابق، ص13، د. صبري حمد خاطر، قطع المفاوضات العقدية، المصدر السابق، ص132، د. سعد عبد ملحم الحلوسي، التفاوض في العقود، المصدر السابق، ص52، بخلاف ذلك، انظر: د. محمد حسام محمود لطفي، المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض، المصدر السابق، ص105.

(3) لاسيما في حالي الغش والخطأ الجسيم، للتفاصيل، انظر: د. محمد حسين عبد العال، التنظيم الاتفاقي للمفاوضات العقدية، المصدر السابق، ص263، د. رجب كريم عبد اللاله، التفاوض على العقد، المصدر السابق، ص321، د. عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط، ج1، مج2، ف(452)، ص770 - 771، د. حسن علي الذنون، الميسوط في المسؤولية المدنية، المصدر السابق، ف(340)، ص242، د. محمد حسام محمود لطفي، المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض، المصدر السابق، ص88 - 89.

(4) انظر: د. صبري حمد خاطر، قطع المفاوضات العقدية، المصدر السابق، ص133، د. محمد عبد الظاهر حسين، الجوانب القانونية للمرحلة السابقة للتعاقد، المصدر السابق، ص772، د. نزيه محمد الصادق المهدي، الالتزام قبل التعاقد بالادلاء، المصدر السابق، ص321، د. جميل الشرفاوي، مصادر الالتزام، 1981، المصدر السابق، ص394، فيما يرى البعض، ان اعتبار، رابطة السببية، في مرحلة ما قبل التعاقد، او في المراحل التمهيدية للعقد، ركناً من اركان المسؤولية المدنية الناشئة في تلك المراحل، هو نوع من التحليل والتفصيل، وكان يمكن عدم اعتبارها ركناً مستقلاً، باعتبار ان السببية، وصف يلحق بالخطأ الموصوف، بأنه المسبب للضرر، والذي تقوم على اساسه المسؤولية المدنية في مرحلة ما قبل التعاقد، للتفاصيل، انظر: د. سعد واصف، التأمين من المسؤولية في عقد النقل، اطروحة دكتوراه، القاهرة - مصر، 1958، ص99.

(5) انظر: بصدد الخطأ المشترك بصورة عامة، د. سمير عبد السيد تتاعو، نظرية الالتزام، الاسكندرية، 1975، ص310، د. عبد المجيد الحكيم، مصادر الالتزام، ط5، بغداد، 1977، ص544.

العرض وأبرم العقد الجديد<sup>(1)</sup>. وإذا كانت النصوص المدنية لمعظم الانظمة القانونية - لاسيما العربية منها - لم ترقى بعد الى تنظيم هذا النوع من الاجزىة المدنية التي تتسم بطابع الخصوصية لتغطية الضرر الناجم في مرحلة ما قبل التعاقد او تبويب شروط خاصة لقيامه<sup>(2)</sup>. فقد كان للاجتهاد القضائي الدور المهم في ارساء قواعد هذه المسؤولية بما اصدره من احكام في المنازعات التي تثور بشأن الاخلال بالمفاوضات العقدية والالتزامات الثابتة في المستندات التفاوضية<sup>(3)</sup>. ومن ذلك، فقد انتهى قضاء المحكمة الفيدرالية العليا في المانيا الى تأسيس المسؤولية في المرحلة السابقة على التعاقد على علاقة قانونية خاصة أساسها الثقة والامانة المتبادلة وتنشأ هذه العلاقة بالدخول في المفاوضات او عند توقيع المستندات قبل التعاقدية التي تلزم اطرافها بمقتضى الصياغات القانونية لها بمراعاة واجب العناية والدقة والانصاف - قانوناً - ورتب مسؤولية الطرف الذي يقطع المفاوضات من خلال الاخلال بمضمون الالتزامات الثابتة في خطابات النوايا التعاقدية بدون سبب معقول على اساس المسؤولية ما قبل التعاقدية التي تنهض بقوة القانون<sup>(4)</sup> كما ألزمت المحاكم التابعة للنظام الجرمانى الطرف الذي تسبب عمداً او باهمال في ايهام الطرف الاخر بان العقد في سبيل ابرامه رغم انه كان يعلم او كان من المفروض عليه ان يعلم استحالة هذا الابرام منذ البداية، بالتعويض<sup>(5)</sup>. فيما نعى البعض من الفقه القانوني العربي على هذا الحكم: بانه تخبط واضح بين احكام المسؤوليةين ((التقصيرية تارة والعقدية تارة اخرى))<sup>(6)</sup>.

ومن ماذكر فيما تقدم، فانه من الجدير بالاشارة القول: اننا نذهب مع الرأي الراجح في الفقه القانوني ان هذه الطبيعة القانونية الخاصة للمسؤولية المدنية الناشئة في اطار مرحلة التفاوض في تعويض الضرر ما قبل التعاقدى لاسيما الضرر الناجم عن الاخلال بمضمون الصياغات القانونية للالتزامات الثابتة في المستندات والوثائق التفاوضية، هي المسؤولية المدنية الاقرب الى حال واقع المرحلة السابقة على التعاقد والمستندات الصادرة بشأنها، والتي مازال الفقه القانوني والاجتهاد القضائي مختلف الرأي والتطبيق - حتى الآن - حولها<sup>(7)</sup>. وان سلمنا مع البعض منهم، بان ذلك يعتمد في نهاية

(1) انظر: قرار محكمة النقض الفرنسية والتعليق عليه :

Comp et: V.com; 9Fev. 1981; D. 1982. 5. p. 42; not Schmidt. P. 215.-

(2) باستثناء النظامين (الاميركي والجرمانى)، اللذين نجد فيهما، ان المحاكم الاميركية والجرمانية، مستعدتا، لتطبيق المسؤولية القانونية، في مرحلة ما قبل التعاقد، اذ ان وجود، خطاب النية، وفق هذين النظامين، يكرس المسؤولية الموجودة بموجب القانون وهذا في بعض الحالات قد يكون السبب الرئيسي، لنشوء المسؤولية، على اساس ذاته (القانون). للتفاصيل. انظر: د. صالح بن عبد الله، المبادئ القانونية في صياغة عقود التجارة الدولية، المصدر السابق، ص84، د. احمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، المصدر السابق، ص52 - 54. ومن الفقه الغربي المقارن، انظر:

A.MARTIN: lestoppe en Droit international; op. cit. p.79.-

=P. POIOTET: Developpement recents recents de la theorie op; cit. P. 363.-

(3) انظر: في هذا الخصوص، نقض مدني ايطالي في 12/ 6 (يوليو)، 1959، برقم 1789، وكذلك الحكم الصادر، في 4/ 4 (ابريل)، 1960 برقم 759، اشار اليها: د. عبد الحي حجازي، مصادر الالتزام، المصدر السابق، ص596، انظر: كذلك حكم محكمة التحكيم الدولية الصادر في 21 مايو، 1985، في النزاع بين المملكة العربية السعودية وفرنسا، اشار اليه: د. محي الدين اسماعيل علم الدين، منصة التحكيم التجارية الدولي، ج1، شركة مطابع الطناني، بدون مكان للنشر، 1986، ص219.

(4) انظر: في استعراض قرار المحكمة الفيدرالية العليا في المانيا، والتعليق عليه:

Strauch et Neumann – ladetermination des prox et acutres prestations en droit all emand des contrats. D.part - comint. 1980. p 378.

مشار اليه من قبل: د. محمد عبد الظاهر حسين، الجوانب القانونية للمرحلة السابقة للتعاقد، المصدر السابق، ص767.

(5) انظر: في استعراض موقف القضاء الالمانى والبعض من قراراته الاخرى، حول المسؤولية القانونية الناشئة عن قطع المفاوضات، ولاسيما قراراتها الصادرة في الأعوام (1954) و (1960): د. يزيد انيس نصير، مرحلة ما قبل التعاقد، ج1، =المصدر السابق، ص25 - 216، فؤاد العلواني، و د. عبد جمعة موسى الربيعي، الاحكام العامة في التفاوض والتعاقد، المصدر السابق، ص25.

(6) انظر: د. امية علوان، ملاحظات حول القانون الواجب التطبيق على المسؤولية قبل التعاقدية، المصدر السابق، ص42.

(7) وهو ما يتنباه البعض من الفقه القانوني الحديث في اراءه. في اعتبار المسؤولية المدنية في مرحلة ما قبل التعاقد، هي مسؤولية قانونية خاصة، وهو ما ينسجم مع الموازنه بين حرية الارادة التعاقدية وسلطانها، من جهة، وضرورة الاستقرار والجدية في مرحلة التفاوض من جهة اخرى.

المطاف على اثر الصياغة القانونية فيما تتضمنه المستندات الموقعة والوثائق الصادرة في المرحلة ما قبل التعاقدية من التزامات قانونية مختلفة يمت البعض منها الى الطبيعة الاتفاقية من التصرفات القانونية، فيما يكون البعض الآخر منها واجباً عاماً يفرض الالتزام بحدوده، وان انعدم النص صراحة على تفصيلاته اما البعض الآخر منها فقد يأتي بين هذا وذاك لضرورات عملية مختطاً لنفسه طبيعة قانونية خاصة تُخلع عليه حسب القانون الواجب التطبيق، او تفرضها الصياغات القانونية – تبعا لذلك - التي تصاغ بها مستندات ووثائق أي اتفاق او تعهد خطابي للنوايا التعاقدية او أي وضع قانوني آخر تجد جميعاً نطاقها في إطار المرحلة السابقة على التعاقد<sup>(1)</sup>

## المطلب الثاني

### جزاء الاخلال بالصياغات القانونية للالتزامات الثابتة

#### في مستندات قبل التعاقد

إن اثر المسؤولية المدنية (الجزاء) وإياً كانت طبيعتها (تقصيرية او عقدية او حتى مسؤولية قانونية خاصة) هو التعويض<sup>(2)</sup>. وتثور مسألة التعويض في هذا الصدد تبعاً لنوعه، فيما اذا كان تعويضاً عينياً (الطريق الاصلي) ام تعويضاً بمقابل (الطريق الاحتياطي)<sup>(3)</sup>، ومع ذلك فان الاثر المترتب على قيام المسؤولية المدنية الناجمة عن الاخلال بمضمون الصياغات القانونية للالتزامات الثابتة في المستندات والوثائق ما قبل التعاقدية وان كان جزءاً مشتركاً في قواعده العامة لقيامه، مع الاحكام القانونية الاخرى لاثار قيام الجزاء المدني في صورتيه المألوفة (الجزاء التقصيري والجزاء العقدي)<sup>(4)</sup> إلا أن هذا الجزاء قد نُعي عليه بتغاير ملحوظ لاسيما فيما يتعلق بجواز الحكم بطريقه الاعتيادي في جبر الضرر ما قبل التعاقد (التعويض العيني) الذي وان تم التسليم – من الناحية النظرية من وجهة القانون بامكان الحكم بجوازه، كانت الناحية العملية من الوجهة ذاتها عائقاً يصطدم او يستحيل به القول في سبيل ذلك<sup>(5)</sup>. كذلك ومن ناحية اخرى كان للاجتهاد

للتفاصيل. انظر: د. احمد الزقرد، نحو نظرية عامة لصياغة العقود، المصدر السابق، ص269، د. يزيد انيس نصير، مرحلة ما قبل ابرام العقد، ج2، المصدر السابق، ص222، د. مصطفى محمد جمال، السعي الى التعاقد، المصدر السابق، ص168، هذا وقد سار القضاء الاميركي في بعض اقصيته، على هذا النحو ايضاً، انظر: في ذلك قضية (هوفمان)، مشار إليها: في فواد العلواني و د. عبد جمعة موسى الربيعي، الاحكام العامة في التفاوض والتعاقد، المصدر السابق، ص27، فيما يرى البعض في تعليقه على حكم (قضية تكساكو – بنزاويل) – السالفة الذكر. بان القضاء الاميركي، قد اسس المسؤولية المدنية، على اساس قانوني، لمخالفة ذلك لمبدأ حسن النية والتعامل بانصاف ونزاهة، انظر: د. احمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، المصدر السابق، ص53.

(1) اذ تنهض مسؤولية المخل بالالتزامات الثابتة في المستندات قبل التعاقدية، إياً كانت طبيعتها القانونية (سلبية او ايجابية) على اساس قانوني خاص. متى تبين للمحكمة المرفوع امامها النزاع، او وفقاً لما تراه هيئة التحكيم، ان الصياغات القانونية للخطابات الصادرة، قبل ابرام العقد النهائي، قد اعزت ثقة لدى الاطراف العاقدة، بجدية التعهدات والاتفاقات المبدئية، (المفتوحة)، التي توصل تلك الاطراف الى ما يبتغوه من لحظة ولوجهم بالدخول في التفاوض على العلاقة التعاقدية بمقتضى الالتزام الواضح الثابت في الصياغة القانونية للمستندات قبل التعاقدية، وحتى وصولهم الى عتبة ابرام العقد النهائي المنشود. للتفاصيل. انظر: د. احمد شرف الدين، اصول الصياغة القانونية للعقود، المصدر السابق، ص83، د. احمد الزقرد، نحو نظرية عامة لصياغة العقود، المصدر السابق، ص236، د. هاني صلاح سري الدين، المفاوضات في العقود التجارية الدولية، المصدر السابق، ص104، د. محمد حسام محمود لطفي، المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض، المصدر السابق، ص101 – 102، د. محمد محمد ابو زيد، المفاوضات في الاطار التعاقدية، المصدر السابق، ص117 – 118، د. احمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، المصدر السابق، ص57.

(2) انظر: د. عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط، ج2، اثار الالتزام، المصدر السابق، ص1037، د. محمد عبد الظاهر حسين، الجوانب القانونية للمرحلة السابقة للتعاقد، المصدر السابق، ص773، د. محمود جمال الدين زكي، مشكلات = المسؤولية المدنية، المصدر السابق، رقم (364) ص728، وفي القواعد العامة للمسؤولية المدنية، انظر: الاستاذ. مصطفى مرعي، المسؤولية المدنية، المصدر السابق، ص333، د. احمد حشمت ابو ستيت، مصادر الالتزام، المصدر السابق، ص345، د. سليمان مرقس، الفعل الضار، المصدر السابق، ص55.

(3) انظر: د. صبري حمد خاطر، قطع المفاوضات العقدية، المصدر السابق، ص133، د. جمال عبد الرحمن محمد علي، المسؤولية المدنية للتفاوض، المصدر السابق، ص318، د. نزيه محمد الصادق المهدي، الالتزام قبل التعاقد بالادلاء، المصدر السابق، ص300، د. محمد محمد ابو زيد، المفاوضات، في الاطار التعاقدية، المصدر السابق، ص98.

(4) انظر: د. محمد حسام محمود لطفي، المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض، المصدر السابق، ص183، د. احمد الزقرد، نحو نظرية عامة لصياغة العقود، المصدر السابق، ص268، د. محمد عبد الظاهر حسين، الجوانب القانونية للمرحلة السابقة للتعاقد، المصدر السابق، ص773 – 774.

(5) اذ يلاحظ في هذا الاطار انه، اذا كان التنفيذ العيني، هو الاصل في المسؤولية العقدية، فعلى النقيض من ذلك، لا يكون لهذا الضرب من التنفيذ، وهو يقتضي اعادة الحال الى ما كانت عليه، كهدم حائطٍ بغير حق، الا منزلة الاستثناء في نطاق المسؤولية التقصيرية، فالتنفيذ بمقابل، أي

القضائي الحديث الدور الاساسي في ترسيخها، وهي ان الاثر المترتب على قيام المسؤولية ماقبل التعاقدية قد استقل ومن خلال مافرضته الخصوصية التي يتمتع بها باحكام قانونية خاصة اختصت بها عناصره اللزم توافرها جميعها او واحد منها من خسارة حلت بالتفاوض او كسب فات الموقع على المستند ماقبل التعاقد او مُصدّر الوثيقة التفاوضية والذي بقي ملتزماً بما قيده الصياغات القانونية للاوضاع المادية التي انشأها فيما اخل المتفاوض او الموقع الاخر المقابل له بالتراماته فان الواقع العملي في التتبع لاحكام القضاء – كما سيلاحظ- ينم عن ندرة اجتماع هذين العنصرين في تقدير التعويض أياً كان طريقه أكثر مترتب على الجزاء المدني الذي ينهض في المساحة الزمنية التي تسبق ابرام العقد النهائي المنشود<sup>(1)</sup>.

## الفرع الاول التعويض العيني

أثار التعويض العيني الذي ينهض كأثر للجزاء المدني الذي ينجم عند تحقق اركان المسؤولية المدنية المترتبة نتيجة الاخلال بالاصول التفاوضية او مخالفة مضمون الصياغات القانونية للالتزامات الثابتة في مستنداتها او وثائقها جديلاً واسعاً في اراء الفقه القانوني واقضية الاجتهاد القضائي حول مدى امكانية الحكم بجوازه<sup>(2)</sup>. ففي ساحة الفقه القانوني توزعت الآراء الفقهية بين من كان مقررراً لجواز الحكم بالتعويض العيني وبين آخر معارض بشدة القول عليه بالجواز فيما عوّل الرأي الثالث (التوفيقي) القول بجواز الحكم به من عدمه على طبيعة الالتزام الثابت في المستندات والوثائق ماقبل التعاقدية التي تعكسها اصول الصياغة القانونية لها، اذ ذهب الاتجاه الاول<sup>(3)</sup> الى القول : بأمكانية الحكم بالتعويض العيني لأجبار

عن طريق التعويض المالي، هو القاعدة العامة في المسؤولية التصديرية، والاصل في التعويض، ان يكون مبلغاً من المال، للتفاصيل، انظر: مجموعة الاعمال التحضيرية للتقنين المدني المصري، ج3، المصدر السابق، ص396، اما التعويض العيني في اطار مرحلة ماقبل التعاقد، فغالباً لايجدي نفعاً في جبر الاضرار التي لحقت بالاطراف الساعية الى التعاقد، او قد يستحيل الحكم به، لعدم اكتمال شرائطه، للتفاصيل، انظر:

Jean cedars le obligation; op: cit. P. 265&281. -

مشار اليه: د. مصطفى العوجي، القانون المدني، ج1، العقد، المصدر السابق، ص177، كذلك انظر: روبيه، دراسة في المسؤولية قبل التعاقد، رسالة من ليون، فرنسا، 1911، ص40، نقلاً عن: د. نزيه محمد الصادق المهدي، الالتزام قبل التعاقد بالادلة، المصدر السابق، ص301، وهو ماتواثر عليه السواد الأعظم من اقضية المحاكم، في استعراض هذه الأحكام، انظر: مارسيل فونتان، قانون العقود الدولية، المصدر السابق، ص52، د. احمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، المصدر السابق، ص119 – 120.

(1) انظر: من هذه الاحكام:

waddamss; pre – contractual Duties of in cane p. stapetin (1991) p.239.-

pitt. V. PHH. Asset managerment ltd (1993) 4 AII ER.-

(حكم سابق الأثر اليه)، انظر: في استعراض هذه الأحكام، د. هاني صلاح سري الدين، المفاوضات في العقود التجارية الدولية، المصدر السابق، ص120، د. احمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، المصدر السابق، ص122.

(2) وما اطلق يد العنان، للفقه القانوني، والاجتهادي القضائي، في الاختلاف حول ذلك، هو عدم وجود تنظيم تشريعي خاص للجزاء المدني الذي يترتب بمناسبة نهوض المسؤولية ماقبل التعاقدية، في ظل القصور القانوني الذي تعانيه المرحلة الأخيرة، للتفاصيل، انظر: د. محمد عبد الظاهر حسين، الجوانب القانونية للمرحلة السابقة للتعاقد، المصدر السابق، ص728، د. مصطفى محمد الجمال، السعي الى التعاقد، المصدر السابق، ص246، د. صالح بن عبد الله، المبادئ القانونية في صياغة عقود التجارة الدولية، المصدر السابق، ص72، د. جمال عبد الرحمن محمد علي، المسؤولية المدنية للتفاوض، المصدر السابق، ص321.

(3) انظر: في تزعم هذا الرأي مايلي :

V. weill (A); Droit civil. Les obligation 4 en ed 1986 No. 835 – p. 335.-

نقلاً عن: د. صبري حمد خاطر، قطع المفاوضات العقدية، المصدر السابق، ص133، وفي تأييده من الفقه القانوني العربي، انظر: د. محمد محمد ابو زيد، المفاوضات في الاطار التعاقدية، المصدر السابق، ص102 – 103، سليمان براك، المفاوضات العقدية، المصدر السابق، ص109، د. محمد حسين عبد العال، التنظيم الاتفاقي للمفاوضات العقدية، المصدر السابق، ص307، هيلان عدنان الجبوري، الاتفاقات السابقة على التعاقد، المصدر السابق، ص125، رومان منير زيدان، حسن النية في تكوين العقد، المصدر السابق، ص19.

الطرف المخطئ (تعاقدياً أو تقصيرياً أو قانونياً) على القيام بتنفيذ الالتزام الثابت في المستند ماقبل التعاقد وفقاً لما تقتضي به الصياغة القانونية لمضمون عبارته، بصرف النظر عن الطبيعة القانونية لاجزاء المدني الذي تكيفه محكمة الموضوع تأسيساً على المصدر العام المنشئ للالتزامات ماقبل التعاقدية وفقاً لما تنتهي اليه فتاعاتها، والمقصود بالتعويض العيني في اطار هذا السياق هو ان يعتبر الاتفاق محل التفاوض او الخطاب الذي جرى تصديره في المرحلة السابقة على التعاقد، او أي وضع قانوني اخر (تعهدات تعاقدية - رسائل نوايا ..) يصدر في مرحلة ماقبل ابرام العقد النهائي المنشود، ويكون ثابتاً بوضوح في الصياغات القانونية للمستندات والوثائق ماقبل التعاقدية ذات الصلة بالعلاقة التعاقدية المزمع ابرامها في المستقبل والذي حال قطع المفاوضات او الاخلال بالالتزامات الثابتة في مستنداتها - دون انعقادها - منعقداً جبراً على ارادة الطرف المخطئ<sup>(1)</sup>. واذا كانت هذه الفروض القانونية الاخيرة تتفق والحال ماهو عليه في اعتبار هذه الالتزامات موجبات قانونية خاصة من اصل تعاقدي (الاتفاق العام على التفاوض). ولا يتصور ان لاتكون المسؤولية المدنية (الجزاء) التي تنهض بمناسبة الاخلال بها إلا على هذا الوصف ايضاً<sup>(2)</sup>.

فأن ذلك النوع من طرق جبر الأضرار (التعويض العيني) يمتد نطاقه ايضاً لجبر الضرر الذي يسببه الغير، اوحى احد الأطراف الساعية الى التعاقد عندما يوقع مستندات او يصدر وثائق ماقبل تعاقدية تخرج من الاطار التعاقدية للمفاوضات نتيجة لما يصدر منهم من تعه سواء كان بقصد منهم او باهمال ويلحق ضرراً بالآخرين وعلى السواء أكان ذلك الضرر تولد نتيجة التعسف في قطع المفاوضات دون مبرر معقول او مشروع او كان نتيجة اخرى للاخلال البني في اصولها التفاوضية او مخالفة الالتزامات الثابتة في مضمون الصياغات القانونية لمستنداتها، وفي هذه الفروض الاخيرة التي ترد في اصولها القانونية الى فكرة الخطأ التقصيري (الفعل الضار) الذي يصدر من احد المتفاوضين المصدريين للوثيقة التفاوضية او من قبل احد الموقعين على المستند ماقبل التعاقد، ويلحق ضرراً بالقرين الآخر الذي تفاوض معه، او كان قد وقع بالاشتراك وياه على ذات المستند المدلل بالالتزام الناشئ بينهما<sup>(3)</sup>.

يتخذ - عندئذ - الطريق الاعتيادي من طريق التنفيذ الجبري (التعويض العيني) صورته المألوفة في جبر الضرر، والتي في الغالب تحصل باعادة الحال الى ما كانت عليه<sup>(4)</sup>.

والسؤال الذي يُطرح في هذا الصدد هل يجدي ارجاع الحال الى ماكانت عليه في اطار مرحلة ماقبل التعاقد نفعاً بعد الحاق الضرر باحد الأطراف المفاوضة او الموقعة على المستندات قبل التعاقدية بعد تكبد الطرف المضطر النفقات والمبالغ التي اقتضاها للدخول في التفاوض او توقيع مستنداته؟ تعذرت الاجابة الواضحة في ذلك على من تبني الرأي القانوني في الفقه المدني بجواز الحكم بالتنفيذ العيني في اطار المسؤولية التقصيرية الناجمة عن الاخلال بالالتزامات الناشئة

(1) انظر: د. محمد محمد ابو زيد، المفاوضات في الاطار التعاقدية، المصدر السابق، ص99، د. محمد عبد الظاهر حسين، الجوانب القانونية للمرحلة السابقة للتعاقد، المصدر السابق، ص773، د. محمد حسين عبد العال، التنظيم الاتفاقي للمفاوضات العقدية، المصدر السابق، ص232.

(2) ومن ذلك، فيما لو قطعت المفاوضات، او اخل بالالتزامات الثابتة في مستنداتها، نتيجة نقض الايجاب، فان من وجه اليه الايجاب، يعرض عيناً، عن طريق اعتبار الاتفاق التمهيدي او عقد الوعد، منعقداً جبراً على ارادة الموجب. الذي نقض الايجاب، الذي يؤكد التزامه الصياغة القانونية الواضحة للمستند الذي وقع عليه، على اعتبار ان تصدير الايجاب التفاوضي او الايجاب في عقد الوعد بالتعاقد او الاتفاقي الابتدائي وغيرها من الاوضاع التمهيدية للتعاقد، التي تتضمن بصيغاتها مدة معينة لانعقاد العقد النهائي. ثم حُلِّلْ لآخر (الموجب له) المطالبة بالتنفيذ العيني، للتفاصيل، انظر: د. صبري حمد خاطر، قطع المفاوضات العقدية، المصدر السابق، ص126، د. حسام الدين الأهواني، المفاوضات في الفترة قبل التعاقدية، المصدر السابق، رقم 28، ص12.

(3) انظر: د. احمد الزقرد، نحو نظرية عامة لصياغة العقود، المصدر السابق، ص268، د. محمد عبد الظاهر حسين، الجوانب القانونية للمرحلة السابقة للتعاقد، المصدر السابق، ص103، د. حسام الدين الأهواني، المفاوضات في الفترة قبل التعاقدية، المصدر السابق، رقم 29، ص13، ومن الفقه الغربي المقارن، انظر: جان سدرا، الالتزام بالتفاوض، المصدر السابق، بند 268، ص280، نقلاً عن: د. مصطفى محمد الجمال، السعي الى التعاقد، المصدر السابق، ص238.

(4) اذ يصبح التنفيذ العيني، - في الأحوال اعلاه - مستحيلاً، ولكن يجوز تقرير التعويض العيني بازالة ماقع مخالفاً للالتزام، للتفاصيل، انظر: د. عبد الرزاق احمد السنيهوري، الوسيط، ج2، اثار الالتزام، المصدر السابق، ص760، ويؤكد البعض من الفقه القانوني على جواز التعويض العيني، ومن ذلك، منع الطرف المخل من الافشاء بالمعلومات، التي اطلع عليها بمناسبة التفاوض على العقد، او نشرها او استخدامها، للتفاصيل، انظر: د. هاني صلاح سري الدين، المفاوضات في العقود التجارية الدولية، المصدر السابق، ص24، صباح عريس الدليمي، المسؤولية المدنية الناجمة عن الاخلال بالالتزام بالسرية، المصدر السابق، ص108، وفي الحكم بالتعويض العيني على اساس المنافسة غير المشروعة، في مرحلة التفاوض، انظر: د. محمد حسام محمود لطفي، المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض، المصدر السابق، ص31.

في مرحلة ما قبل التعاقد على الرغم من وجهة الحجج القانونية التي اسندها انصار هذه الرأي في سبيل ذلك. اذ تشبث رأي في الفقه القانوني<sup>(1)</sup>: بان فكرة التنفيذ العيني في اطار الجزاء المدني العام (المسؤولية التقصيرية) ترجع الى المبدأ القائل: بأن الاصل ان من احدث ضرراً للغير ان يجبره عيناً، ومن هذا الاصل كان للفقه الفرنسي<sup>(2)</sup> الدور الرائد في القول بجواز الحكم بالتنفيذ العيني على اساس المسؤولية المدنية الناجمة عن العمل غير المشروع الذي احدثه الطرف المفاوض والذي تمثل بقطع المفاوضات او الاخلال بالصياغات القانونية لمضمون الالتزامات الثابتة في مستنداتها بصورة تعسفية ودون أي مبرر معقول، اذ يرفض الفقه القانوني (المذكور) ماتقدم<sup>(3)</sup>، القول بان التنفيذ العيني في نطاق المسؤولية السابقة على التعاقد والذي قد يتمثل بابرام الاتفاق او التعهد محل التفاوض من جهة اولى، او بابرام العقد النهائي ذاته من جهة اخرى (كما لو كان المستند ما قبل التعاقد مثبت لوضع قانونية قريبة من ذلك العقد (تمهيدية) كما هو الحال في (عقود ما قبل العقد وشبه العقود) بانه اساس تعاقدية تأتي على وفقه الصياغة القانونية للقوة الملزمة لمستندات قبل التعاقد لأنه وكما - اسلفنا سابقاً - فان اغلب الفقه الفرنسي يرفض تطبيق قواعد المسؤولية التعاقدية (الخاصة) عند الاخلال بمضمون الصياغات القانونية للالتزامات الثابتة في مستندات قبل التعاقد<sup>(4)</sup>. ويجد هذا الرأي الفقهي سنداً في التشريع من خلال النصوص القانونية العامة التي تسمح للدائن متى كان التنفيذ العيني ممكناً - في حال تحقق شروطه - ان يطالب به بغض النظر عن وقوع الالتزام محل المستند الموقع عليه في اطار مرحلة التعاقد او في المرحلة السابقة عليها<sup>(5)</sup>.

ويبدو للبعض من الفقه القانوني المعاصر<sup>(6)</sup> إن القول: بالتعويض العيني عن قطع المفاوضات او الاخلال بمضمون الصياغات القانونية للالتزامات الثابتة في مستنداتها التفاوضية لم يلاق قبولاً، بل واضعفت سهام النقد الموجهة اليه، فابتداءً لا يمكن ان يؤخذ بالتعويض العيني إلا بعد صدور الايجاب وذلك لانه ليس في يد القاضي قبل ذلك تحديد شروط العقد او الاتفاق لاسيما الجوهرية منها الذي يراد به ان يعقد جبراً على إرادة المتفاوض او الموقع على المستند ما قبل التفاوضي المجسد للاتفاق الثابت فيه، اذ ان سلطة القاضي (المحكمة) مهما بلغت من القوة والسلطان لا يمكن ان تحل بدل محل إرادة

(1) انظر: في ذلك، بلانيول وريبير ورودان، مصادر الالتزامات، 7، فقرة 783، ص416، بيدان ولاجار، الالتزامات، 7، فقرة 439، ص319، أشار الى هذه المصادر عند: د. عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط، ج2، اثار الالتزام، المصدر السابق، ص762، كذلك في استعراض هذا الرأي، انظر: د. محمد حسام محمود لطفي، المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض، المصدر السابق، ص83.

(2) انظر: تفصيلاً في ذلك (J. Schmidt) في المسؤولية عن الخطأ في المرحلة السابقة على التعاقد، المصدر السابق، ص47 - 51، (F.D.Poitrimal) في المسؤولية عن قطع المفاوضات، المصدر السابق، ص27، وفي استعراض تفصيلات هذا الرأي، يقبل البعض اللجوء الى التنفيذ العيني، اذا استحال ايجاد اسلوب اخر، مناسب لجبر ما وقع من ضرر انظر: في ذلك.

J.L.AUBERT; Notions et role de l'offre; op; cit. N134. p.III. ets.-

نقلاً عن: د. محمد حسام محمود لطفي، المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض، المصدر السابق، ص84. فيما يؤكد البعض الآخر، من انصار الرأي ذاته، على امكانية الحكم بالتنفيذ العيني، اذا ما اعتبرنا العدول مشكلاً لخطأ تقصيري، انظر: في ذلك.

Vanwijck - AKLEXANDRD; la reparation; op; cit. P. 94.-

نقلاً عن: د. محمد حسام محمود لطفي، المصدر السابق، ص85.

(3) انظر: د. احمد الزقرد، نحو نظرية عامة لصياغة العقود، المصدر السابق، ص256، د. يزيد انيس نصير، مرحلة ما قبل التعاقد، ج2، المصدر السابق، ص222، د. مصطفى العوجي، القانون المدني، ج1، العقد، المصدر السابق، ص167.

(4) اذ يرجح الفقه الفرنسي، كفة القول، ان الاخلال بهذه الالتزامات، استناداً الى الواجب العام، بمراعاة مبدأ حسن النية قبل التعاقد، للتفاصيل. انظر:

Schmidt: (j): Lasanction de fute precontractuelle: op: cit. p.51 - 52.-

مشار اليه: د. احمد الزقرد، نحو نظرية عامة لصياغة العقود، المصدر السابق، ص267، وقريب من ذلك، د. مصطفى محمد الجمال، السعي الى التعاقد، المصدر السابق، ص249.

CEDRAS; Lobligation de negociar; op; cit no. 88. p.p. 280 - 282.-

نقلاً عن: د. محمد حسام محمود لطفي، المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض، المصدر السابق، ص84، ويستثنى من كل ذلك تنظيم الصياغة القانونية للمستند ما قبل التعاقد، بصورة اتفاق مبدئي، بمراعاة حسن النية او الاتفاق بالوثيقة السابقة على التعاقد، على الالتزام بالتعاون وما يتفرع عنه، اذ يكون التعويض في هذه الأصول، عندئذ، على اساس المسؤولية التعاقدية، للتفاصيل، انظر: احمد الزقرد، نحو نظرية عامة لصياغة العقود، المصدر السابق، ص272، د. محمد محمد ابو زيد، المفاوضات في الاطار التعاقدية، المصدر السابق، ص100.

(5) انظر: نصوص المواد القانونية، ومنها، المادتان، (203 و 215) مدني مصري، والمادة (204) مدني سوري، والمادة (206) مدني ليبي، والمادة (249) موجبات وعقود لبناني، والمادة (284) مدني كويتي.

(6) انظر: د. صبري حمد خاطر، قطع المفاوضات العقدية، المصدر السابق، ص135، د. سعد الحلبوسي، التفاوض في العقود، المصدر السابق، ص47، سليمان براك دايج، المفاوضات العقدية، ص109.

الطرفيين لابرار عقد لم تلتق الارادتان بشكل قطعي في سبيل إنعقاد القول بخلاف ذلك يز عزع مفهوم التعاقد وحرية برمته فاذا كان العقد قوامه ارادة متجهة نحو احداث اثر قانوني فكيف يعقد بدونها(1)؟ .

اما بصدد الاشارة الى القضاء الفرنسي انه قد اخذ بمبدأ التعويض العيني، فيذهب انصار هذا الرأي : الى ان ذلك ليس صحيحاً، تبعاً لما يقول الفقيه الفرنسي شيمدت (schmidt) (2) لان القضاء الفرنسي ذاته لا يحكم بالتعويض العيني، إلا بعد ان يتجلى له ان نقض الايجاب او رفض التعاقد حصل بعد اقتران القبول بالإيجاب، سواء كان ذلك في اطار الاتفاق محل التفاوض ذاته، ام امتد الى نطاق العقد النهائي المنشود، أي بعد ابرام العقد، وهو ما يشير الى ذلك صراحة تارة وأخرى لا يبينه في حيثيات قراره الامر الذي يختلط على البعض فيظن منهم ان القضاء (المذكور) الفرنسي اخذ بمبدأ التعويض العيني في اطار مرحلة ما قبل التعاقد(3). والمتتبع لامكانية التنفيذ العيني في نصوص القوانين المدنية مثل : نص المادة (246/ 1) من القانون المدني العراقي، والتي نصها كالآتي : ((يجبر المدين على تنفيذ التزامه تنفيذاً عينياً، متى كان ذلك ممكناً)). او غيرها من النصوص القانونية المقارنة الأخرى بها . يرى انها لم تشترط لقيام الدائن في ان يطلب الحكم بالتنفيذ العيني ان يكون اساس الالتزام الذي يكون دائناً فيه ويكون غريمه الآخر مدينا به مصدراً قانونياً معيناً دون سواه من المصاير العامة للالتزامات(4).

وفي ساحة القضاء كان لهذا الرأي ما يعززه من قرارات قضائية حكمت بالتنفيذ العيني بمقتضى الالتزام الوارد في الصياغة القانونية للمستندات والوثائق ما قبل التعاقدية مع تبانيها في تسبب احكامها(5). ومن ذلك ماجاء في احد قرارات محكمة النقض الفرنسية والذي قضى في حيثياته : (( بان قطع احد الأطراف للمفاوضات التي تم الاتفاق عليها بمقتضى نموذج مستند تفاوضي - مؤدسلاً - يتمخض محل التزامه الثابت فيه بالاستمرار في التفاوض كان موجباً قانونياً لخيار الطرف الآخر بين تعويضه عيناً او بمقابل لاخلال ذلك الطرف ببنود مستند الاتفاق التفاوضي الصريحة (...)) (6).

(1) انظر: د. محمد علي الخطيب، سلطة القاضي في تعديل العقد، المصدر السابق، ص 338 - 339، د. محمد حسام محمود لطفي، المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض، المصدر السابق، ص 86، ومن الفقه الغربي المقارن، انظر:

Viney: les obligations; op. cit p. 33.-

(2) انظر: في ذلك، جونا شيميدت :

Schmidt (j) ngociation et conclusion decontrats: op; cit. P. 119.-

(3) انظر: قرار محكمة استئناف (ريك) الفرنسية، في:

Cass: Req. 28 Janr; 1924; D.11. 1942. N116. p. 121.-

(4) اذ يستعرض البعض من الفقه القانوني، انتصاراً لمبدأ التعويض العيني في مرحلة ما قبل التعاقد على اساس المسؤولية التقصيرية، وفي باب تعليقه على، (المادة 1249) موجبات وعقود لبناني، بالقول: ((ان استظهار موجبات قانونية في مرحلة المحادثات، والمناقشات، يرتب امكانية القول بالتنفيذ العيني بصورته التعويضية - وهو الأصل - ولو لم يكن اساس هذه الموجبات مفاعيل اتفاقية ذات اطر تعاقدية، و انما على اساس الضرر الناجم عن جرم او شبه جرم ..)). للتفاصيل. انظر: الأستاذ. فايز الحاج شاهين، في المسؤولية الناشئة عن قطع المحادثات، المصدر السابق، ص 19.

(5) فتارة يكون مبنى التعويض العيني في مرحلة ما قبل التعاقد، على اساس اتفاقي، وهو المبنى الغالب في الاحكام القضائية الصادرة بشأن التعهدات والعقود الابتدائية، مثل: ( التعهد بنقل ملكية عقار، في القانون العراقي )، والعقد الابتدائي ودعوى صحة ونفاذ التعاقد في القانونين المصري والكويتي، انظر: برهام عطا الله، ((دعوى صحة التعاقد=على البيع)). الاسكندرية - مصر، 1983، ص 22، د. محمد المنجي، عقد البيع الابتدائي وجريمة البيع لاكثر من واحد في مجال الاسكان، الاسكندرية - مصر، 1983 - 1984، ص 315، ومابعداها، وتارة اخرى يكون مبنى التعويض العيني في المرحلة ذاتها على اساس المسؤولية التقصيرية، وهو المبنى النادر، كما هو الشأن في الاخلال بالاصول التفاوضية، مثل، اذاعة الاسرار، والتفاوض الموازي مع الغير، فالمطالبة بالتعويض، ان أمكن استناداً الى هذا الواجب العام، تتطلب اثبات المدعي بالتعويض خطأ محدد في جانب المدعى عليه بالتعويض، للتفاصيل، انظر: د. احمد الزقرد، نحو نظرية عامة لصياغة العقود، المصدر السابق، ص 266، د. مصطفى محمد الجمال السعي الى التعاقد، المصدر السابق، ص 249.

(6) انظر: قرار محكمة النقض الفرنسية في :

cass: (I) civ; 15 Janvier: 1991/D.1992./53.not najjar. P. 64.-

كذلك ماورد عن المحكمة ذاتها، (محكمة النقض الفرنسية) في قضية قطع المفاوضات فيها المفاوضات، وزعم انه نقض الايجاب، بل وتعاقد مع الغير، بشأن محل المفاوضات الاولى، وقد استبعدت المحكمة تعاقد المتفاوض مع الغير، اذ لم ترى ذلك جدياً، ثم قررت ان العقد قد ابرم، مع المتفاوض الآخر، الذي كان الايجاب قد وجه اليه ابتداءً، للتفاصيل. انظر:

فيما جاء صدور قرار مجلس قيادة الثورة، (المنحل) ذي الرقم (1198) في 11/2/1977 اساساً قانونياً للقضاء المدني العراقي في الحكم بالتعويض العيني كجزء مدني يترتب نتيجة الاخلال بالالتزام الوارد بالتعهد بنقل ملكية العقار (إذا استوفى الشروط القانونية الأخرى التي حددها القرار اعلاه) <sup>(1)</sup>. وتأكيداً لذلك وتفضيلاً له ماقتضت به محكمة التمييز العراقية في المصادقة على قرار محكمة الاستئناف والذي جاء في حثياته: ((لدى التدقيق والمداولة، وجد ان الحكم المميز صحيح وموافق للقانون، حيث ان الشروط القانونية لتمليك العقار موضوع الدعوى قد توافرت جميعها، اخذاً بمبدأ التنفيذ العيني للتعهد المذكور ...)) <sup>(2)</sup>.

في حين ذهب الرأي الثاني: وهو الرأي الذي يؤيده الجانب الغالب في الفقه القانوني <sup>(3)</sup> في مناهضته للرأي الاول - الذي سبق - : الى انكار امكانية الحكم بالتعويض العيني، كجزء مدني بالنسبة للاخلال الناجم وضرره عن مخالفة الالتزامات الثابتة فيما يتبادلها الاطراف اثناء تفاوضهم او غيرها من عروض تعاقدية تجسدها الصياغات القانونية للمستندات قبل التعاقدية حتى وان تضمنت مثل هذه المستندات التفاوضية او العروض التعاقدية العناصر الجوهرية للعقد المزمع ابرامه او للاتفاق محل التفاوض ذاته . فالعبرة وفقاً لما ذهب اليه انصار هذا الرأي هي بالنية الحقيقية للاطراف الساعية الى التعاقد في التحمل بالالتزام في ضوء ملابسات وظروف التعاقد <sup>(4)</sup>. وتأييداً لذلك يعلق الدكتور امية علوان بهذا

V. civ; 8 oct: 1958; Bull. 11; n. 413. p. 33.-

مشار اليه: د. صبري حمد خاطر، قطع المفاوضات العقدية، المصدر السابق، ص133، وفي قرار اخر لمحكمة النقض الفرنسية، جاء فيه: ((ان التزام موقع الخطاب بالقيام بدعم انتمان المدين يلقي على عاتقه عبء المسؤولية، بتنفيذ ماتعهد به عينيًا، والالتزام، بتعويض الدائن اعمالاً للقواعد العامة في القانون المدني، وما جاء في نطاق المادة (1142) منه،)). انظر:

c.v. 25. mars: 1983./7180.J.C.P. N216. p. 2104.-

وماقتضت به محكمة النقض الفرنسية، ايضاً، في احد قراراتها، فقد ألغى محكمة استئناف فرنسية الوعد ببيع فرن كهربائي، لعدم قيام البائعة بتنفيذ الاعلام قبل التعاقد الثابت في مستندات البيع، بان عملها يتطلب تياراً مثلاً، لم يكن متوفراً، ضمن نطاق محل اقامتها، انظر: في ذلك :

C.A ppe Saint de la Reunion: 26 Jonv. 1993. J.C.P. 1994. 22299. Note. R.Gourgou. p. 1102.-

مشار اليه من قبل: د. مصطفى العوجي، القانون المدني، الجزء الأول، العقد، المصدر السابق، ص197.

(1) انظر: في ذلك، قرار مجلس قيادة الثورة (المنحل) ذي الرقم (1198) منشور في جريدة الوقائع العراقية، تحت العدد، (2621) في 14/11/1977، في الفقرة (ب) منه، وتعديلاتها، بمقتضى القرار المرقم، (1426) في تفصيل ذلك، راجع مجلة القضاء، العدد (1، 2، 3، 4)، السنة الأربعون، 1985، ص39.

(2) انظر: قرار محكمة التمييز العراقية، ذي الرقم 712، في 13/11/2006، رقم الاضبارة 51، مدنية ثانية، (2006). قرار تسلسل 196، (غير منشور). فيما كانت دعوى صحة ونفاذ التعاقد، المعمول بها في القضاء المصري، والكويتي، وسيلة تمنح للمشتري او البائع، كلاً حسب مصلحته، على تنفيذ التزامه ما قبل التعاقد، كنقل الملكية مثلاً، طالما كان ذلك ممكناً، في القرارات القضائية الصادرة حول هذا الشأن. انظر: نقض مدني مصري (الدائرة المدنية) 29 مارس، 1979، مجموعة احكام النقض، السنة 30، ص976، ومن القضاء الكويتي، راجع، تمييز كويتي، طعن رقم 167، 1982، تجاري، جلسة 22، يونيه، 1983م، مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة التمييز الكويتية، رقم 952، ص10204.

(3) انظر: د. محمد حسام محمود لطفي، المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض السابق، ص86، د. صبري حمد خاطر، قطع المفاوضات العقدية، المصدر السابق، ص133، د. سعد الحلبوسي، التفاوض في العقود، المصدر السابق، ص46، وفي استحالة اجبار المدين على التفاوض عينيًا، انظر: د. محمد لبيب شنب، دروس في نظرية الالتزام، المصدر السابق، ص103 - 104، د. جميل الشراوي، النظرية العامة للالتزام، ج2، احكام الالتزام، المصدر السابق، رقم 8، ص24، د. سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، المصدر السابق، ص174.

(4) انظر: د. مصطفى محمد الجمال، السعي الى التعاقد، المصدر السابق، ص106، د. رجب كريم عبد اللاله، التفاوض على العقد، المصدر السابق، ص319، د. احمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، المصدر السابق، ص119، د. محمد عبد الظاهر حسين، الجوانب القانونية للمرحلة السابقة للتعاقد، المصدر السابق، ص104، ومن الفقه الغربي المقارن، انظر:

J.schmidt: la sanction op; cit. P. 46. etss.-

ph. Malanrie la Aynes. Droit civil les obligations – de. 1992 ed. Cujas p. 67. no. 1021.-

وفي اعتبار فسخ التفاوض، كجزء قانوني اخر، انظر: د. محمد محمد ابو زيد، المفاوضات في الاطار التعاقدية المصدر السابق، ص114، وفي اعتبار البطالان هو الجزاء المناسب للاخلال بمضمون التصرفات القانونية (كتعويض عيني سلبي). ومنها الالتزام قبل التعاقد بالادلاء بالبيانات، انظر: د. نزيه محمد الصادق المهدي الالتزام قبل التعاقد بالادلاء، المصدر السابق، ص360 - 361، د. جميل شراوي، بطلان التصرف القانوني، المصدر السابق، ص197.

الصدد : (ان القول بإمكانة التنفيذ العيني للالتزامات الثابتة في مستندات التعاقد خصوصاً في المرحلة السابقة على إبرام العقد، هو فرض نظري محض يواجه صعوبات جمة عند تطبيقه على أرض الواقع)<sup>(1)</sup>.

ويبرر هذا الرأي حججه القانونية التي ساقها على سند من القول بان : مستندات قبل التعاقد ومن خلال ماتبيئته الصياغة القانونية لها في اغلب صورها (مستندات اعلانية، اتفاقات مبادئ، خطابات نوايا ... الخ) هي مستندات تعاقدية تقتصر الى نية الالتزام الانية في الارتباطات التعاقدية الملزمة قانوناً وان جواز التعويض العيني الذي يحكم به القاضي (المحكمة) هو بخلاف ما ارتضته الارادة (الموقعة) المشتركة للطرفين في تأجيل تنفيذه الى وقت لاحق<sup>(2)</sup>. كذلك يرد انصار الرأي الرافض بقبول الحكم بالتنفيذ العيني كأثر يترتب لجبر الضرر ما قبل التعاقد بالقول: بان التعميم الذي استنبطه انصار الاتجاه الاول من خلال الاستناد الى النصوص القانونية التي تناولت تنظيم التنفيذ العيني وتحديد شروطه بانه تعميم غير سليم ولا ينطبق على اغلب الصور الشائعة لمستندات قبل التعاقد لاسيما المستندات والوثائق التفاوضية منها ذات الصياغات القانونية للالتزامات السلبية مثل: (مستندات عدم التفاوض مع الغير - مستندات عدم الأفضاء بالسرية) او البعض الآخر من المستندات ذات الصياغات القانونية للالتزامات الايجابية مثل: (مستندات الالتزام بالاستمرار في التفاوض)، اذ فلا يجدي التعويض العيني شيئاً بعد الاخلال بمضمون الصياغة القانونية للالتزام الثابت في مثل هذه النوع من المستندات<sup>(3)</sup>.

وفي ظل النظام القانوني المدني العراقي يذهب بعض الفقهاء<sup>(4)</sup>: الى عدم امكانية الاخذ بمبدأ التعويض العيني في هذا الخصوص وإلا تُرك ابرام العقد النهائي او الاتفاق محل التفاوض اياً كانت طبيعته القانونية (سلبياً او ايجابياً) لمحض سلطة القاضي وهذا من الناحية القانونية وطبقاً لمبدأ الحرية التعاقدية وسلطانها لايجوز. ولكن مادام المشرع قد اقر مبدأ الايجاب الملزم فان هذا الايجاب إذا صدر صحيحاً من خلال الصياغة القانونية للمستند الذي يتضمنه، فانه يبقى قائماً خلال المدة التي حددت له فاذا حاول الموجب نقضه باي وسيلة، فان ذلك لا يؤثر في صلاحية الايجاب، فان صدر القبول خلال هذه المدة يجد ايجاباً يصلح لان يقترن به، ومن ثم يمكن القول بانعقاد العقد النهائي او الاتفاق محل التفاوض لتلاقي ارادتين اولهما : ارادة الموجب الذي لم يستطع نقض الايجاب الصادر عنه وثانيهما : ارادة القبول الصادرة من الطرف المقابل له، فان عدل الاول وكانت شروط التنفيذ العيني قد توافرت فلا يحول - عندئذ - القول بجواز التنفيذ العيني للعقد محل النزاع، وحيال موقف القضاء الرافض لجواز مبدأ التعويض العيني في اطار مرحلة ما قبل التعاقد الذي يترتب كآثر للجزاء المدني الذي ينهض للاخلال بمضمون الصياغات القانونية للمستندات الصادرة في هذه المرحلة الاخيرة ، فقد تصدر القضاء الانجليزي الاتجاه الرافض في الحكم بالتنفيذ العيني للالتزامات الثابتة في الصياغة القانونية لمستندات قبل التعاقد وخصها مستندات الالتزام بالدخول في التفاوض. وتأكيداً لذلك وتفصيلاً له فقد اصدر مجلس اللوردات الانجليزي (وهو المحكمة

(1) انظر: د. امية علوان، ملاحظات حول القانون الواجب التطبيق على المسؤولية قبل التعاقدية ...، المصدر السابق ، ص33.

(2) انظر: د. محمد محمد ابو زيد، المفاوضات في التعاقد، المصدر السابق ، ص50، د. محمد حسين عبد العال، ضوابط الاحتجاج والمستندات العقدية، المصدر السابق ، ص307، د. جمال فاخر النكاس، العقود والاتفاقيات الممهدة للتعاقد، المصدر السابق ، ص180، ومع ذلك، يرى البعض من القضاء الفرنسي ان ذلك لايعني ان ارادة الاطراف. هي المرجع الوحيد الذي يعتمد عليه، فللقضاء ان يقرر طبيعة مختلفة عما ذهب اليه الاطراف، متى ماكانت طبيعة الاتفاق تحتم ذلك، انظر:

- cass: civ; 12. 10 – 1980. Gaz. Pal. 26. 2 – 1981.

نقلاً عن: د. احمد الزقرد ، الحماية القانونية من الخداع الاعلاني...، المصدر السابق ، ص213.

(3) ومن ذلك، فان التنفيذ العيني، يحتاج الى سند تشريعي صريح، لجواز الحكم به، علاوة عن توفر شرائطه الاخرى، في مرحلة ما قبل التعاقد، او على الأقل في مرحلة التفاوض، وهو ما لم يصل اليه التنظيم التشريعي الى حد الان، انظر: د. محمد عبد الظاهر حسين، الجوانب القانونية للمرحلة السابقة للتعاقد، المصدر السابق ، ص111، د. رجب كريم عبد اللاه، التفاوض على العقد، المصدر السابق ، ص344، د. صبري حمد خاطر، الالتزام قبل التعاقد بتقديم المعلومات، المصدر السابق ، ص184، ومع ذلك فقد احتج البعض من الفقه القانوني بوجود سند تشريعي، بالنسبة لمستندات قبل التعاقد التمهيدية، مثل: (مستندات الوعد بالتعاقد والاتفاق الابتدائي، ومذكرة التغطية المؤقتة)، للتفاصيل انظر: د. احمد الزقرد، نحو نظرية عامة لصياغة العقود ...، المصدر السابق ، ص279، د. عبد المعطي خيال، الوعد بالتعاقد، المصدر السابق ، رقم 197، ص211، د. جمال فاخر النكاس، العقود والاتفاقيات الممهدة، المصدر السابق ، ص140.

(4) انظر: د. صبري حمد خاطر، قطع المفاوضات العقدية، المصدر السابق ، ص133، د. سعد عبد ملحم الحلوسي، التفاوض في العقود، المصدر السابق ، ص47.

العليا في انكلترا) العديد من الاحكام القضائية التي اكدت فيها ان الالتزام ما قبل التعاقد بمقتضى الصياغات القانونية لمستندات التفاوض هو التزام غير مؤكد ويخلو من أي صفة تعاقدية ملزمة لا يمكن قهر الموقع عليه بتنفيذ<sup>(1)</sup>. وقد اكدت محكمة بروكسل التجارية كذلك على استحالة التنفيذ العيني، لا اعلان مبادئ (Accord – de principe) واكدت ان ماضع هو ((فرصة للتعاقد)) وليس العقد نفسه<sup>(2)</sup>. وفي الشأن ذاته قضت محكمة النقض المصرية بمناسبة مستند مثبت لمشروع عقد بيع على ان: ((ان مشروع عقد البيع، لا يكون ملزماً لأي من الطرفين، ويستطيع كل منهما الامتناع عن ابرام العقد، ولا يجوز للطرف الاخر إجباره على ذلك عن طريق القضاء))<sup>(3)</sup>.

اما الرأي الثالث من الفقه القانوني<sup>(4)</sup>، (التوفيقي) وهو الذي نؤيده، فقد جاء وسطاً بين الرأيين السابقين عليه إذ انه يعول على طبيعة الالتزام ومداه والصياغات القانونية للوسائل المادية الثابت فيها ذلك الالتزام للقول: بجواز الحكم بالتنفيذ العيني من عدمه. ولما كانت الالتزامات المدنية اياً كان مصدرها العام من مصادر الالتزامات، تنقسم فيما تنقسم اليه من التزام بتحقيق غاية واخر ببذل عناية وان الالتزام بنقل حق عيني هو دائماً التزام بتحقيق غاية وكذلك الحال في شأن الالتزام بالامتناع عن عمل، في حين يكون الالتزام بالقيام بعمل تارة التزام بتحقيق غاية واخرى ببذل وسيلة<sup>(5)</sup>.

فإن هذا التقسيم تماماً ينطبق على ذات ما تتضمنه الصياغات القانونية للمستندات السابقة على التعاقد من التزامات تعاقدية ثابتة فيها اذ يجد التعويض عن طريق التنفيذ العيني سبيل في الصياغات القانونية لمستندات قبل التعاقد التي تتضمن التزاماً ببذل عناية. كما هو الشأن في مستندات الدخول في التفاوض التي يجوز فيها اجبار المتفاوضين على تنفيذ ما ورد

(1) انظر: من هذه الاحكام:

Walford. V. Miles: (1992) . 1AIIER. 453.-

(حكم سابق الاشارة اليه). وبخصوص مستندات عدم التفاوض مع الغير، واستحالة تنفيذ الالتزام الثابت عينياً، انظر: قرار المحكمة العليا (مجلس اللوردات) في:

=pitt. V. PHH. Asset Managerment: ltd; (1993) 4 AII. ER.-

(حكم سابق الاشارة اليه ايضاً). وفي استعراض موقف هذا القضاء، انظر: د. هاني صلاح سري الدين، المفاوضات في العقود التجارية الدولية، المصدر السابق، ص 120، د. احمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، المصدر السابق، ص 51، لاسيما الحكم في الخلاف بين الشركات الهندسية، عام 1996.

(2) انظر: في هذا الحكم:

Trib. Com. Braxelles (13e. ch) 24 Juin 1985. Journal des Tribunaux 1986. p. 239. ets. Notamment. P. 239.-

نقلًا عن: د. محمد حسام محمود لطفي، المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض، المصدر السابق، ص 85، ومن القضاء الفرنسي، قريباً من ذلك، ما اصدرته محكمة النقض الفرنسية بشأن مستند لوعد بالافضلية يتطلب التفاوض بغية ابرام عقد معين، في استحالة نفاذه عيناً، للتفاصيل، انظر:

cass: com . 7 mars: 1989. J.C.P. 1989. N21316. Note Reinhard; p. 145.-

مشار اليه: د. مصطفى العوجي، القانون المدني، ج1، العقد، المصدر السابق، ص 213.

(3) انظر: نقض مدني مصري في 12/9/1975، مجموعة المكتب الفني لاحكام النقض المصرية، ص 26، ج 2، ص 1593، وهذا ماقرته محكمة التمييز اللبنانية، غرفتها الثانية، في قرارها الصادر في 26 كانون الثاني، سنة 1995، رقم (3)، مجلة العدل، سنة 1997، العدد (17)، ج 2، ص 124.

(4) انظر: في تزعّم هذا الرأي:

F.Laberthe; op: cit. P. 137. et. 167.-

وفي تأييده. انظر: د. مصطفى محمد الجمال، السعي الى التعاقد، المصدر السابق، ص 247، ويذهب قريب من هذا الرأي، د. محمد ابراهيم دسوقي، الجوانب القانونية في ادارة المفاوضات، المصدر السابق، ص 106، د. احمد شرف الدين، اصول الصياغة القانونية للعقود، المصدر السابق، ص 86، د. صالح بن عبد الله، المبادئ القانونية في صياغة عقود التجارة الدولية، المصدر السابق، ص 69 – 70، د. احمد الزقرد، نحو نظرية عامة لصياغة العقود، المصدر السابق، ص 236.

(5) انظر: د. عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط، ج 2، اثار الالتزام، المصدر السابق، ص 779، د. فتحي عبد الرحيم عبد الله و د. احمد شوقي محمد عبد الرحمن، شرح النظرية العامة للالتزام - الكتاب الثاني، المصدر السابق، ص 13 – 14.

فيها، أي الدخول في عملية التفاوض فعلاً، وليس إبرام العقد أو الاتفاق محل التفاوض<sup>(1)</sup>. على خلاف الأمر منه بالنسبة للصياغات القانونية للمستندات قبل التعاقدية المتضمنة التزامات تعاقدية بتحقيق غاية وخصها الصياغات القانونية لمستندات قبل التعاقد ذات الالتزامات السلبية<sup>(2)</sup>. أو بعض المستندات والوثائق التفاوضية الأخرى التي تتضمن التزامات ببذل عناية يكون اللجوء لجبر الضرر الناجم عن مخالفتها عن طريق التعويض العيني مستحيلاً، كما هو الحال فيما لو قام الملتزم بمقتضى الصياغة القانونية لمستندات الالتزام بالاستمرار في المفاوضات باتخاذ السلوك المعتاد والحيطة اللازمة في التفاوض ولكن الأصول التفاوضية - حسب مصلحة أطرافها - لم تنتهي إلى إبرام العقد النهائي المنشود<sup>(3)</sup>. ومع ذلك فقد ذهب البعض من الفقه القانوني إلى القول: بأنه من المتصور الحكم بالتعويض العيني كجزاء مدني للاخلال بتنفيذ الالتزام الذي نصت عليه الصياغة القانونية في مستندات قبل التعاقد ولو كان هذا الالتزام هو التزام بتحقيق غاية كلاً ما أمكن ذلك، كما هو الحال، بالنسبة في مخالفة أحد المتفاوضين للالتزامه ما قبل التعاقد في الإدلاء بالمعلومات اللازمة عند التفاوض<sup>(4)</sup>.

وفيما يخص السند التشريعي لتعزيز هذا الرأي فيتمسك انصاره بجميع النصوص القانونية التي افردتها المشرع بالنص على جواز الحكم بالتنفيذ العيني على سند من القول منهم بأن المشرع ذاته قد اعتمد معيار طبيعة الالتزام في سبيل ذلك وأبان عنه في أولى شرائط الطريق الاعتيادي لطلب التعويض الجبري (التعويض العيني) والمتمثل بشرط الإمكان بالإضافة إلى الشروط القانونية الأخرى<sup>(5)</sup>. وإذا كان هذا الرأي لم يجد له من التطبيقات القضائية ما يخص شأنه، إلا نادراً فليس الأمر يعني لمجانبة ما أورده للتطبيق العملي أو اصطدامه معه بل أن لا يعدو أن يكون تمسكاً بالقواعد العامة في

(1) انظر: د. هاني صلاح سري الدين، المفاوضات في العقود التجارية الدولية، المصدر السابق، ص 109، د. أحمد الزقرد، نحو نظرية عامة لصياغة العقود، المصدر السابق، ص 272، د. محمد محمد أبو زيد، المفاوضات في الأطر التعاقدية، المصدر السابق، ص 100.

(2) مثال ذلك، مستندات الالتزام بالسرية، التي ينتظمها الأطراف في أثناء تفاوضاتهم ومستندات الالتزام بعدم التفاوض الموازي مع الغير، مدة محددة، إذ يكشف الواقع العملي عن صعوبة أو استحالة التعويض العيني، في معظم الأحيان، عن الاخلال بها، للتفاصيل. انظر: د. نعيم عطية، التعاقد الدولي، المصدر السابق، ص 110 - 111، د. أحمد الزقرد، نحو نظرية عامة لصياغة العقود، المصدر السابق، ص 277، د. أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، المصدر السابق، ص 119.

(3) ومع ذلك تذهب بعض الآراء الفقهية الفردية في القانون، إلى القول، بأن التعويض العيني المترتب نتيجة الاخلال بالصياغة القانونية لمستندات قبل التعاقد التي تتضمن التزاماً بالقيام بعمل، مثل مستندات الالتزام بالتفاوض، التي تتضمن شقين، الأول، التراضي في الدخول بالمفاوضات، وهو التزام بتحقيق غاية، بحيث يمكن المطالبة بالتنفيذ العيني في حالة الاخلال التين والتسفس غير المشروع في رفض هذا الالتزام، واعتبار أن عقد أو اتفاق التفاوض قد أبرم، وبالتالي يعفى الدائن فيما بعد - من عبء الإثبات، إذ أن المسؤولية الناجمة عن الاخلال بالغير سوف تكون عقيدة يتحمل المدين عبء إثبات أنه قام بالتزامه المنصوص عليه في المستند ما قبل التعاقد، (الاتفاقي). أما الشق الثاني، والذي يتضمن الاستمرار في التفاوض، وهو التزام ببذل عناية، فإنه لا يتصور تنفيذ الاخلال الناجم عنه عيناً، لماله من مساس بحرية المدين، (الملتزم) أولاً، ولاستحالة تحقيقه ثانياً، للتفاصيل. انظر: د. محمد إبراهيم دسوقي، الجوانب القانونية في إدارة المفاوضات، المصدر السابق، ص 107، ومن الفقه الغربي المقارن، انظر:

M.Boccara. Del silence et reticence: op cit. p. 91 - 101.-

(4) انظر: د. محمد عبد الظاهر حسين، الجوانب القانونية للمرحلة السابقة للتعاقد، المصدر السابق، ص 760، د. صبري حمد خاطر، الالتزام قبل التعاقد بتقديم المعلومات، المصدر السابق، ص 185، د. نزيه محمد الصادق المهدي، الالتزام قبل التعاقد بتقديم المعلومات، المصدر السابق، ص 40، بخلاف ذلك ترى الأستاذة فيني (VINEY) أن التعويض بهذه الصورة، (التعويض العيني) لا يؤدي إلى إصلاح الضرر فحسب، وإنما يؤدي إلى إثراء الدائن على حساب المدين، فبدلاً من أن يعرض عما أصابه من ضرر نتيجة عدم تزويده بالمعلومات اللازمة عن مضمون التعاقد، سيثرى عن مضمون تعاقد جديد، إثراءً ما كان سيحصل عليه، طبقاً للمجرى العادي للأمر، انظر:

VINEY; op; cit; p. 235.-

(5) وهذا ما أكدته الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، وذلك بصدد أحكام المادة (1/203) من القانون المدني المصري، انظر: مجموعة الأعمال التحضيرية، المصدر السابق، ج 2، ص 535، وقد نظم المشرع العراقي في المادتين (253، 254) والمشرع المصري في المادة (213)، والمشرع الكويتي في المادة (292) من القوانين المدنية، وسيلة مالية، وهي الغرامات التهديدية لحمل المدين المتعنت على تنفيذ التزامه عندما يكون قادراً عليه، وذلك في الجمع بين التنفيذ العيني وبين التعويض النقدي، لجبرر مالحقه من ضرر، انظر: بخصوص شروط التنفيذ العيني، ووسائل إكراه المدين عليه، د. أنور سلطان الموجز في النظرية العامة للالتزام، المصدر السابق، ص 44، د. عبد المجيد الحكيم والأستاذ عبد الباقي البكري والأستاذ محمد طه البشير القانون المدني، ج 2، المصدر السابق، ص 16 - 19، هيلان عدنان الجبوري، الاتفاقات السابقة على التعاقد، المصدر السابق، ص 125، وفي تأكيد جواز الحكم بالغرامة التهديدية على المتفاوض المخل بالتزامه التفاوضي، انظر: د. محمد محمد أبو زيد، المفاوضات في الأطر التعاقدية، المصدر السابق، ص 100، وفي عدم اعتبارها الوسيلة الملزمة في جبر الأضرار التفاوضية أو لدفع الممتنع عن التفاوض إلى القيام بالتزامه، انظر: د. أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، المصدر السابق، ص 120.

الالتزامات التي قد لا يشير إليها الاجتهاد القضائي في حيثياته قرارته أو تسببات احكامه<sup>(1)</sup>. إلا إن حكماً صادراً من محكمة استئناف باريس في 28 سبتمبر 1976، يمكن ان يلقي الضوء على هذا الموضوع. وتتعلق الوقائع بعقد توريد كمية من زيت المازوت بين شركة (E.D.F.) الفرنسية وشركة شل الفرنسية، وكان العقد يتضمن في صياغته القانونية بنداً يلزم الطرفين بالتفاوض حول تعديل ثمن الطن في حالة ارتفاع الاسعار أو انخفاضها عن حد معين (6 فرنك) بالنظر الى الثمن الاساسي المتفق عليه في العقد، وعقب حرب أكتوبر، وحيث ارتفعت اسعار البترول، كان ولا بد ان يتفاوض الطرفان حول تعديل الثمن، وهذا ما قد حدث بالفعل، إلا ان المفاوضات لم تنجح ووصل الأمر الى محكمة استئناف باريس، وقد استندت المحكمة على الصياغة القانونية للشرط الذي يلزم الاطراف بالتفاوض لتعديل العقد عند ارتفاع الاسعار أو انخفاضها، ورأت فيه إتجاه نية الاطراف الى تهيئة العقد مع الظروف المستجدة، كما لاحظت ان الطرفين لم يستغلا بعد الامكانيات المتاحة لتحقيق هذا التعديل، ومن هنا قضت المحكمة قبل أن تفصل في الموضوع بالزام الطرفين بالتفاوض كمحاولة للتوصل الى اتفاق. ورأت المحكمة ان يجري هذا التفاوض تحت رعاية مراقب جدير بأن يقدم للطرفين مساعدة في التوصل الى تفاهم يؤدي الى تعديل العقد بما يتلائم مع الظروف الجديدة على ان يكون للمحكمة في حالة فشل المفاوضات ان تقضي، على ضوء المفاوضات والحلول المقترحة، إما بإبطال العقد، أو تفرض تعديلاً<sup>(2)</sup>. على ضوء هذا الحكم، نؤكد على قولنا بان : الأجبار على تنفيذ الالتزام بالتفاوض، مسألة يجب ان تترك لتقدير قاضي الموضوع، حسب طبيعة الالتزام ذاته حيث يلزم تلمسه لمدى العلاقة السائدة بين الاطراف، ومدى جدوى دعوته لهم بالتشاور والتفاهم. ولنتابع في هذا الصدد ماسوف تطالعنا به احكام القضاء في المستقبل.

## الفرع الثاني التعويض بمقابل

لما كان التعويض بمقابل (التنفيذ غير المباشر) يتناول كل التزام أياً كان مصدره<sup>(3)</sup> فإن بحثه في اطار المسؤولية المدنية (الجزاء) التي تنهض في المرحلة السابقة على التعاقد يتميزُ باهمية خاصة تفرسها الحالات المتعددة التي توجب اللجوء اليه. وعلى السواء فيما اذا كانت هذه الحالات تقف على قدم المساواة مع التعويض العيني، أو غيرها من الحالات الاخرى التي تكون استثناءً من الأول ويكون الأخير طريقها الوحيد، إلا فيما يتعلق ببعض الأحكام الخاصة بشرائط الضرر ومدى تقدير تعويضه التي تتباين بحسب الوصف القانوني الذي يخلعه قاضي الموضوع على الجزاء المدني<sup>(4)</sup>. فمن الناحية الاولى فإن التعويض بمقابل في نطاق المسؤولية المدنية (الجزاء) والتي تكيف على اساس تعاقدية والناجمة عن الاخلال بالصياغات القانونية للالتزامات التي تفرسها الاتفاقات المبدئية أو خطابات النوايا ... وغيرها وتكون ثابتة في المستندات والوثائق ما قبل التعاقدية مؤداه: ان يكون الطرف المخل مسؤولاً مسؤولية تعاقدية عن تعويض الطرف الآخر عن الضرر المتوقع فقط (مبدأ التعويض العادل) ويُبال عن الضرر غير المتوقع في حال ارتكابه غشاً أو خطأ جسيماً

(1) اذ يتم اللجوء الى التعويض العيني، وحتى التنفيذ العيني فيما لو كان ذلك مناسباً وملائماً لطبيعة الالتزام الوارد في الصياغات القانونية للمستندات قبل التعاقدية، للتفاصيل، انظر: د. هاني صلاح سري الدين، المفاوضات في العقود التجارية الدولية، المصدر السابق، ص120، د. احمد شرف الدين، اصول الصياغة القانونية للعقود، المصدر السابق، ص90.

(2) انظر: في هذا الحكم، محكمة استئناف باريس في: 28، سبتمبر، 1976.

Parisa; 1rech1. A. 28 sept. 1976 J.C.P. 1978. II. 18810. obs. J. Robert.-

وفي التعليق على هذا الحكم، انظر: د. محمد محمد ابو زيد، المفاوضات في الاطار التعاقدية، المصدر السابق، ص101.

(3) انظر: د. عبد الرزاق احمد السهوري، الوسيط، ج2، اثار الالتزام، المصدر السابق، ص824، د. محمد حسام محمود لطفي، المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض، المصدر السابق، ص87، د. محمد محمد ابو زيد، المفاوضات في الاطار التعاقدية، المصدر السابق، ص103.

(4) انظر: د. محمد عبد الظاهر حسين، الجوانب القانونية للمرحلة السابقة للتعاقد، المصدر السابق، ص770، د. صبري حمد خاطر، قطع المفاوضات العقدية، المصدر السابق، ص134، د. مصطفى محمد الجمال، السعي الى التعاقد، المصدر السابق، ص247، د. احمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، المصدر السابق، ص120.

ويطلق على هذا التعويض - في الحالة الأخيرة - بمبدأ التعويض الكامل<sup>(1)</sup>. والسؤال الذي يثور بهذا الصدد. هل يطبق جزاء التعويض بمقابل (الكامل أو العادل) على الاضرار المتحققة نتيجة الاخلال بالصياغات القانونية للالتزامات التي ترتبها الاتفاقات والخطابات الثابتة في المستندات قبل التعاقدية؟. وبعبارة أخرى هل يجب ان يشتمل التعويض ضمن هذا الاطار على مالحق المتضرر من خسارة وما فاتهم من كسب<sup>(2)</sup>؟ فصلت بعض الآراء الفقهية في القانون<sup>(3)</sup> المسألة على نحو التمييز بين عناصر التعويض للذين يتمثلان بـ (الكسب الفائت والخسارة المحققة). اذ ذهبت اقوالهم الى الاجابة بالنفي بالنسبة للعنصر الاول (الكسب الفائت) الذي يمثل الوجه الاول للضرر ما قبل التعاقد والذى يصيب المصلحة الايجابية للطرف المضرور وهو الربح المادي الذي كان يتوقع الحصول عليه فيما لو ابرم العقد النهائي المنشود او الاتفاق محل التفاوض. وكانت حجته القانونية في ذلك ان الحكم بالتعويض بمقابل عن حرمان هذا الربح وفقدان مزاياه المأمولة، معناه الحكم بابرام العقد النهائي او الاتفاق محل التفاوض ذاتهما والتعويض عن عدم الوفاء بالالتزامات التعاقدية الناشئة عنهما، وهذا يخالف حقيقة ان العقد النهائي او الاتفاق محل التفاوض (الثابت في المستندات التفاوضية في مرحلة ما قبل التعاقد) لم يبرم بعد. لعدم تراضي ارادة الطرفين عليهما بشكل جازم، وان مافرضته الصياغات القانونية بالنسبة للاتفاق محل التفاوض في مستنداته ما قبل التعاقدية، لايعود ان يكون التزاماً بالقيام بعمل او الامتناع عنه - حسب طبيعة الالتزام - دون ان يقصد من ذلك ابرام الاتفاق محل التفاوض، لذلك فلا يجوز مطلقاً - وفق هذا الرأي - ان تحل في ذلك ارادة القاضي (المحكمة) محل ارادة

(1) انظر: د. صبري حمد خاطر، قطع المفاوضات العقدية، المصدر السابق، ص135، د. جمال فاخر النكاس، العقود والاتفاقيات الممهدة للتعاقد، المصدر السابق، ص180، د. مصطفى العوجي، القانون المدني، ج2، المسؤولية المدنية، المصدر السابق، ص670، د. ابراهيم نجار، استغلال خطاب الثقة، المصدر السابق، ص220 - 221، د. نبيل ابراهيم سعد، الضمانات غير المسماة، المصدر السابق، ص151، د. حسام الدين الأهواني، مصادر الالتزام، المصادر غير الادارية، المصدر السابق، رقم 34، ص33، خليل جريج، النظرية العامة للموجبات، ج4، 1966، ص11، ومع ذلك فاننا نسلم مع الرأي الراجح في الفقه القانوني، ان التعويض بمقابل الذي ينهض كجزاء مدني يترتب بمناسبة الاخلال بالصياغة القانونية لمضمون الالتزام التعاقدية، في مرحلة ما قبل التعاقد. هو مبدأ التعويض الكامل عند صدور غش او خطأ جسيم، وليس مبدأ التعويض العادل، الذي يكون التعويض الأمثل في المسؤولية ما قبل التعاقدية، التي تنهض على اساس قانوني عام، (المسؤولية التقصيرية) التي تتسع الاضرار، التي تلحق الغير في نطاقها، وعادة ما يستحيل، او يصعب ان يكون التعويض كاملاً في تغطية جميع تلك الاضرار، التي لا يقدر وقعها الحقيقي سوى الشخص المضرور ذاته، ازاء عدم وجود معيار دقيق بخلاف الحال عليه في المسؤولية العقدية، من خلال تعيين التزامات الأطراف بصورة اكثر دقة وتحديداً، ومع ذلك فاننا قد اثّرنا. ذكر مبدأ (التعويض العادل) في متن البحث هو ترجيحاً من القول، بان الأخذ بمبدأ التعويض الكامل، لايتواءم للبيئة، والحال ان العقد لم يبرم بعد. انظر: في الخلاف بين الآراء الفقهية: د. عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط، ج2، اثار الالتزام، المصدر السابق، ص771، د. مصطفى مرعي، المسؤولية المدنية، المصدر السابق، رقم 65، ص63، ابراهيم دسوقي المحامي، التعويض بين الخطأ والضرر، مؤسسة الثقافة الجامعية، الاسكندرية - مصر، بدون سنة طبع، ص312، د. حسن حنتوش رشيد الحسنوي، التعويض القضائي في نطاق المسؤولية العقدية، المصدر السابق، ص157، ومن الفقه الغربي المقارن، انظر:

Henri: lalou. Traite pratique de la responsabilité civile quatrième ed paris: 1949 – no. 60. p. 40.-

Note: VINEy (G): op. cit; p. 232.-

وبخصوص التعويض بمقابل في مرحلة ما قبل التعاقد، انظر: د. محمد عبد الظاهر حسين، الجوانب القانونية للمرحلة السابقة للتعاقد، المصدر السابق، ص103، د. سعد عبد ملحم الحلبوسي، التفاوض في العقود، المصدر السابق، ص51، هيلان عدنان الجبوري، الاتفاقات السابقة على التعاقد، المصدر السابق، ص130، سليمان براك دايج، المفاوضات العقدية، المصدر السابق، ص112.

(2) اذ اصطلح في الفقه القانوني، على تسمية هذه الاضرار بعنصري التعويض، للتفاصيل، انظر: د. عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط، ج2، اثار الالتزام، المصدر السابق، ص843، الأستاذ عبد الباقي البكري، شرح القانون المدني، المصدر السابق، ص80، د. مصطفى العوجي، القانون المدني، ج2، المسؤولية المدنية، المصدر السابق، ص671، ومن الفقه الغربي المقارن، انظر:

- ph: Malaurie: op. cit: p. 209.-

(3) انظر: د. يزيد انيس نصير، مرحلة ما قبل ابرام العقد، ج2، المصدر السابق، ص169، د. محمد عبد الظاهر حسين، الجوانب القانونية للمرحلة السابقة للتعاقد، المصدر السابق، ص776، د. سعد عبد ملحم الحلبوسي، التفاوض في العقود، المصدر السابق، ص52، د. صبري حمد خاطر، قطع المفاوضات العقدية، المصدر السابق، ص136، د. رجب كريم عبد اللاله، التفاوض على العقد، المصدر السابق، ص357، سليمان براك دايج، المفاوضات العقدية، المصدر السابق، ص112، ومن الفقه الغربي المقارن، الذي يرفض التعويض على اساس فوات الكسب: انظر:

V. Huet; op; cit. p. 232.-

الطرفين فالتوصل الى ابرام العقد النهائي او الاتفاق - التعهد التفاوضي - ليس مؤكداً<sup>(1)</sup>. وبالتالي لايجوز التعويض عن الاضرار المحتملة<sup>(2)</sup>.

ومع ذلك فقد كان لجانب من الفقه القانوني الحديث عموماً<sup>(3)</sup> والفرنسي وقضاؤه على وجه الخصوص رأي في التخفيف من وطأة الرأي السابق اذ يذهب هذا الجانب الى القول: بأن تقدير التعويض في المرحلة السابقة على التعاقد يختلف تبعاً للدرجة التي وصلت اليها الاصول التفاوضية او وفقاً لمدى تضمين الصياغات القانونية للمستندات قبل التعاقدية للعناصر الجوهرية للعقد النهائي او الاتفاق محل التفاوض المزمع ابرامهما، فاذا كانت تلك المفاوضات في مرحلة متقدمة، اذ قد وصلت الى المراحل التمهيديّة للتعاقد او كانت هذه المستندات والوثائق متضمنة في صياغاتها القانونية لبعض العناصر الجوهرية (الاساسية) فانه يمكن لقاضي الموضوع - تبعاً لهذا الرأي - أن يعوض المتضرر جزئياً عما ما فاتته من كسب متوقع ومزايا مأمولة كان قد فقدها، ولكن مبدأ التعويض الكامل كذلك لايجوز مطلقاً في مرحلة التفاوض، لان العقد النهائي او الاتفاق محل التفاوض لم يبرم بعد.

وهذا هو عين ما انتهجته محكمة النقض الفرنسية، اذ لم تقض بالتعويض الكامل عن قطع المفاوضات، وقضت كذلك في قرار اخر لها بان : (( ... ان تضمين المحرر جزءاً من مكونات الموجب التعاقدية، دون الأخرى على نحو تكون المكونات المقننة كافية للتسليم بانه شكل محرر اتفاقي يوجب الحكم بانتقاص تغطية الضرر الذي لحق بالمضرور عما هو

(1) انظر: د. ابراهيم الدسوقي ابو الليل، تعويض تفويت الفرصة، المصدر السابق، ص 297، د. حسام الدين الأهواني، النظرية العامة للالتزام، المصدر السابق، ص 83، صابر محمد عمار، المفاوضة في عقود التجارية الالكترونية، المصدر السابق، ص 36، د. سعد عبد ملحم الحلوسي، التفاوض في العقود، المصدر السابق، ص 53.

(2) انظر: د. محمد حسام محمود لطفي، المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض، المصدر السابق، ص 90، د. سليمان مرقس، الوافي في الالتزامات، احكام الالتزام، ط2، تنقيح الاستاذ الدكتور. حبيب الخليلي، القاهرة - مصر، 1992، رقم 92، ص 170، وهذا ما اوضحت عنه ايضاً محكمة النقض المصرية، واكدته مراراً بقولها، ((ان الضرر الموجب للتعويض، يجب ان يكون ضرراً محققاً، بمعنى ان يكون قد وقع، اوانه سيقع حتماً، اما الضرر الاحتمالي غير المحقق الوقوع، فان التعويض عنه لا يستحق، إلا اذا وقع فعلاً)). انظر: طعن مدني مصري، رقم 52، لسنة 29 قضائية، الصادر بتاريخ 13 مايو، 1965، المجموعة الرسمية، 1965، ص 570. كذلك قضت المحكمة ذاتها، في قرار اخر لها، جاء فيه: (( ... يجب بمقتضى القانون لصحة طلب المدعي بالحق المدني، الحكم له بتعويضات ... ان يكون الضرر المدعى به، ثابتاً على وجه اليقين والتاكيد، واقعاً ولو في المستقبل، ومجرد الادعاء باحتمال وقوع الضرر لا يكفي (...)). انظر: نقض مدني مصري، طعن/ رقم 747، س.ق، 1976، المحاماة، 1979، ص 228، 746.

ويلاحظ على القضاء الفرنسي، انه لم يقيد تقدير التعويض، عن فوات الكسب، بالحدود، التي يقدر في اطارها التعويض عن فوات الفرصة، وانما توسع في تقدير التعويض طبقاً لعنصره، الخسارة وفوات الكسب، وذلك على الرغم من وجود تقارب بين فوات الفرصة، وحالة عدم العقد، نتيجة الاخلال بالالتزام قبل التعاقد بتقديم المعلومات في مرحلة المفاوضات العقدية، انظر:

VINEY: op; cit. P236.-

نقلاً عن: د. صبري حمد خاطر، الالتزام قبل التعاقد بتقديم المعلومات، المصدر السابق، ص 185.

(3) اذ يعتبره البعض من هذا الجانب من الفقه القانوني، من قبيل تعويض الضرر المتمثل في تفويت فرصة ابرام العقد او الاتفاق محل التفاوض. للتفاصيل، انظر: د. محمد محمد ابو زيد، المفاوضات في الاطار التعاقدية، المصدر السابق، ص 104، د. محمد حسام محمود لطفي، المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض، التعاقدية، المصدر السابق، ص 90 - 91، د. حمدي عبد الرحمن، المعصومية والتعويض، المصدر السابق، ص 79. فيما يذهب البعض الاخر من هذا الجانب، انه يجب النظر الى كل حالة على حدة، فاذا ما كانت المفاوضات، من خلال الصياغات القانونية لمستنداتها، في اقرب نقطة من ابرام العقد، (مستندات وعد بالتعاقد، اتفاق ابتدائي، مشاركة تفصيل)، بان كان ابرام العقد النهائي او الاتفاق التفاوضي اصبح وشيكاً، فانه يجب ان يشمل التعويض، إضافة للخسارة الحالية، الكسب الفائت ايضاً، أي الارباح والمزايا التي كان سيحصل عليها الطرف الساعي الى التعاقد فيما لو ان العقد او الاتفاق محل التفاوض، قد ابرم. انظر: د. احمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، المصدر السابق، ص 121، د. حسام الدين الأهواني، مصادر الالتزام، المصادر غير الارادية، المصدر السابق، رقم 8، ص 29، د. سمير كامل، الوجيز في الاحكام العامة للالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة - مصر، 1992، ص 55. ويرى البعض من الفقه الفرنسي، ان التعويض في هذه الحالة كما لو كان تعويضاً من عدم تنفيذ العقد او الاتفاق محل التفاوض، للتفاصيل، انظر:

Van OMMESLAGHE(p): op; cit. N 17. p. 23.-

LE TOURNEAU; la responsabilite: civile; op. cit. n. 1078. p. 345.-

G. Viney; les obligations ... op. cit. p. 232.-

نقلاً عن: د. صبري حمد خاطر، قطع المفاوضات العقدية، المصدر السابق، ص 134.

مقرر طبيعياً ..))<sup>(1)</sup>. وقد واجه مبدأ التعويض الكامل موقفاً متشدداً آخرأ ف جاء في حكم صادر من محكمة بروكسل في 24 يونيو، 1985 انه ليس للطرف المتضرر من قطع المفاوضات ان يطالب بالتعويض عن المزايا التي كان سيحصل عليها من عقد لم يكن له ان يعتمد عليه فتعويضه عن هذه المزايا يؤدي الى حصوله على مايفوق ما حرم منه<sup>(2)</sup>. إلا انه سرعان ما تراخى موقف القضاء من هذا التشدد تحت متط لبات دعم الثقة في المعاملات التجارية الدولية وحسب ماتكشفه الملاحظات عن تقدم المفاوضات فان فرصة ابرام الاتفاق محل التفاوض قد تكون جادة لاسيما اذا صيغت مستنداتها بصياغات قانونية تجسد الاطار التعاقدي لها، ومن ثم، فان تفويتها، يعد امرأ محققاً يلزم بدوره ان تدخل في عناصر التعويض، وفي هذا الاطار من الافكار صدر حكم – من محكمة بروكسل في 3 فبراير 1988 - ويبدو لنا - انه يمثل رجوعاً عن موقفها السابق، وتتوصل وقائع النزاع في فشل مفاوضات جرت بين احدى الشركات البلجيكية، من جانب وبين شركتين إحداهما فرنسية والاخرى انجليزية، من جانب اخر، وكانت التفاوض يدور حول التنازل عن امتياز بيع مستحضرات تجميلية في بلجيكا ولوكسمبرج. ولقد قضت المحكمة باعتبار تفويت فرصة انعقاد العقد في الحالة المعروضة عليها امرأ مؤكداً يتعين التعويض عنه، حيث تنبأ ظروف الحال عن توافر الفرصة الجادة في ابرام العقد وجني ثماره. وفي ذلك تقول المحكمة : انه في نفس الوقت الذي بدت فيه المفاوضات شبه ناجحة كانت العلاقات التجارية المألوفة حسنة، حيث تم بالفعل ابرام صفقات تجارية تقدر بحوالي (14) مليون فرنك بلجيكي في مدة عشرة اشهر<sup>(3)</sup>.

(1) انظر: في هذا الحكم، محكمة النقض الفرنسية في 13، ديسمبر، 1983. في :

cass: eiv. 13 decembre; 1983. J.C.P. 1984. IV 65. et. 21 Mars: 1983. J.C.P. 1983. IV. 183.-

وهو بخلاف قرارها السابق الذي، كان يقضي بتعويض الدائن تعويضاً كاملاً، عما قد يلحق به من ضرر جزاء الاخلال بالالتزام ما قبل التعاقد، بتقديم المعلومات، للتفاصيل، انظر:

= Civ: ler; 23 Fev. 1977; Bull; I – N 105 – p. 96. et 21. mars: 1983. J.C.P. 1983. IV. 183.-

(2) انظر: في هذا الحكم، محكمة بروكسل في 24 يونيو، 1985، في :

Comm. Bruxelles. 13 ch. 24 Juin 1985. J.T du avril 1986. pp. 236 – 240.-

(3) انظر: في هذا الحكم: محكمة بروكسل في 3 فبراير، 1988، في:

comm. Braxelle: 16 eme ch. 3fevrier 1988. J.T.24 septenbre 1988. pp. 516 – 517.-

ويعلق البعض من الفقه القانوني، على حكم هذه المحكمة، بالقول: بان محكمة بروكسل قد وضعت في اعتبارها الفرص المالية الي كان من الممكن، وفقاً للمجرى العادي للامور، ان يستفيد منها الطرف المتضرر من قطع المفاوضات لوان العقد ابرم، ورأت ان ازدهار العلاقة التجارية في وقت التفاوض، وخطابات النوايا التعاقدية المتبادلة بينهما. من خلال صياغاتها القانونية، وتحقيق قدر كبير من الارباح ان دل على شيء، فانما يدل على ان المتضرر فقد مزايا العقد الذي كان على وشك الابرام، ولذا رأت المحكمة ان تفويت فرصة ابرام العقد، يمثل ضرراً مؤكداً، في التعليق على هذا الحكم، انظر: د. محمد محمد ابو زيد، المفاوضات في الاطار التعاقدي، المصدر السابق، ص122، وفي تبين مواقف احكام القضاء الغربي حول هذا الموضوع، انظر احكام محكمة النقض الفرنسية في 3 مايو، 1979، ومنها :

chamber commerciale 3 mai 1979. Bull. Civ. Iv. No. 137. p. 108.-

وكذلك حكمها الصادر في 27 / 2 / 1985، (غير منشور)، في :

civ; 27 fev. 1985. Bull. Eiv. II.No 52. p. 36.-

نقلاً عن: د. محمد محمد ابو زيد، المفاوضات في الاطار التعاقدي، المصدر السابق، ص108، وحكمها في 12 يونيو 1987، في :

= R.T.D. civ; 1988. p. 107. obs – Mestre.-

وحكمها الشهير حول هذا الموضوع في:

cass. Civ. 19 Janv. 1977. J.P. 593: Note Jouna SCHMJDT SZALEWSKI. -

نقلاً عن: د. محمد حسام محمود لطفي، المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض، المصدر السابق، ص94.

وإذا كانت القاعدة العامة - فيما سبق - انه لا يتم التعويض بصورة كاملة عن الضرر ما قبل التعاقد الذي اصاب المتضرر لما فاتته من كسب، الاعلى سبيل الاستثناء فهل يجوز التعويض عن ضرر فوات الفرصة في ابرام عقد بديل، أي عقد مناظر او معادل؟

ذهب الاتجاه الغالب في الفقه القانوني<sup>(1)</sup> اجابة عن هذا التساؤل، بأن ذلك لا يمنع من التعويض عن فوات فرصة ابرام عقد مع الغير امتنع احد الاطراف الساعية الى التعاقد عن ابرامه او حتى الدخول في اصوله التفاوضية منذ البداية اعتماداً منه على المستند الذي تم توقيعه بينه وبين الطرف الاخر (الاول) مطمئناً بأنه سوف يفي بالالتزامات التي رتبها الاتفاق او التعهد الحاصل بينهما من خلال الصياغات القانونية للمستندات الثابت فيها هذا الاخير والتي تنصب في مجملها في التمهيد لابرام العقد النهائي المنشود، ومؤدى ذلك، انه قد يتمتع احد الاطراف عن التعاقد مع شخص ثالث، رغم ان هذا التعاقد في المرحلة الاخيرة سيكون مربحاً وذلك بسبب ثقته واعتماده على الصياغة القانونية للمستندات قبل التعاقدية التي تم التوقيع عليها او الوثائق الصادرة في الشأن ذاته ومنها : (دعوة للتعاقد - اتفاقات مبدئية - وعد بالتعاقد ... الخ) التي تم تبادلها بينه وبين الطرف المقابل، فاذا اخل احد الاطراف بمعطيات الوضع التعاقدية، رغم وضوح صياغاتها القانونية التي تترجم بها الالتزامات الثابتة في مستندات قبل التعاقد، يكون من الطبيعي التعويض عن ضياع او فوات فرصة ابرام تعاقد مع الغير<sup>(2)</sup>.

ويؤكد البعض من الفقه القانوني<sup>(3)</sup> في هذا المقام على ان التعويض عن الفرصة الضائعة لا يدخل في تقديره ما كان سيكسبه ((الضحية)) من العقد الاخر الذي ضاعت عليه فرصة ابرامه اللهم إلا اذا اثبت الدائن ((سحبه)) ايجاب ملزم قدم اليه، او ((عدول)) عن وعد بعقد، كان سيقبله لولا ((الامل الكاذب)) الذي خلقه الطرف الاخر في نفسه وجعله ينظر الى الصفقة موضوع التفاوض كما لو كانت ((مضمونه المنال)). في حين يناهض البعض من الفقه القانوني<sup>(4)</sup> الاتجاه السابق. وذهب الى رفض التعويض عن فوات الفرصة في مرحلة ما قبل التعاقد تأسيساً على ان المتفاوض اذا عرضت عليه صفقة رابحة فانه يستطيع ان يتخذ من حريته التعاقدية وسلطان ارادته تبريراً قانونياً في العدول عن الاصول التفاوضية للصفقة الاولى او قطعها او حتى مخالفة مضمون الصياغات القانونية لما اصدره من مستندات ووثائق مهرها بتوقيعه كتوصيات تعاقدية عارية عن أي تعهد قانوني ملزم. كذلك فان الطرف المتفاوض او الموقع على المستندات قبل التعاقدية يبقى محتفظاً

(1) انظر: د. محمد محمد ابو زيد، المفاوضات في الاطار التعاقدية، المصدر السابق، ص104، د. احمد الزقرد نحو نظرية عامة لصياغة العقود، المصدر السابق، ص267، د. صالح بن عبد الله، المبادئ القانونية في صياغة عقود التجارة الدولية، المصدر السابق، ص35، د. احمد شرف الدين، اصول الصياغة القانونية للعقود، المصدر السابق، ص84، د. احمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، المصدر السابق، ص123، د. مصطفى العوجي، القانون المدني، ج2، المسؤولية المدنية، المصدر السابق، ص721.

(2) انظر: د. احمد الزقرد، نحو نظرية عامة لصياغة العقود، المصدر السابق، ص268، د. جمال فاخر النكاس، العقود والاتفاقيات الممهدة للتعاقد، المصدر السابق، ص180، د. ابراهيم الدسوقي ابو الليل، تعويض تفويت الفرصة، القسم الاول، المصدر السابق، ص85، د. حسن علي الذنون، المبسوط في المسؤولية المدنية، المصدر السابق، ص164، ومن الفقه الغربي المقارن، انظر:

= Schimdt (J): Negotiation ... op; cit. N 106 cet. P. 120.-

ومن القضاء المؤيد لذلك، انظر: حكم محكمة النقض الفرنسية في 17 نوفمبر 1993، حول الصياغة القانونية لاتفاق مبدئي في حجز عقار تحت الانشاء، في:

civ; 17 Nov. 1993. J.C.P. 1994. II. 22283. Note H.Perine – Marquet: R.T.D. civ; 1994. p. 852.-

(3) انظر: د. محمد حسام محمود لطفي، المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض، المصدر السابق، ص94، د. حسام الدين الأهواني، المفاوضات في الفترة قبل التعاقدية، المصدر السابق، رقم 28، ص12، فيما يرى البعض من الفقه القانوني، ان التعويض عن ضياع الفرصة لا يبلغ حد التعويض عن المنفعة المتوقعة من العقد في حال تمامه، وانما يقف عند نسبة منها تعينها درجة التعاقد للمرحلة التي وصلت اليها المفاوضات. للتفاصيل، انظر: د. مصطفى محمد الجمال السعي الى التعاقد، المصدر السابق، ص250، د. عبد الحي حجازي، مصادر الالتزام، المصدر السابق، ص597 – 598.

(4) اذ يرى انصار هذا الرأي في الفقه القانوني، ان فوات الفرصة، لا يعدو ان يكون إلزاماً احتمالياً، لا تعويض عنه، اذ ان ابرام العقد في ذاته امرأ متوقفاً وليس امرأ محققاً، للتفاصيل، انظر: د. هاني صلاح سري الدين، المفاوضات في العقود التجارية الدولية، المصدر السابق، ص117، د. محمد عبد الظاهر حسين، الجوانب القانونية للمرحلة السابقة للتعاقد، المصدر السابق، ص109، ومن الفقه الغربي المقارن، انظر: FONTAINE، قانون العقود الدولية، المصدر السابق، ص43، نقلاً عن: د. احمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، المصدر السابق، ص123.

بهذا الحق في حالة تساوي منفعة الصفقة التي سحنت مع الغير مع المنفعة التي يروم تحقيقها بمحاولة ابرام العقد النهائي المنشود<sup>(1)</sup>.

لذلك فانه إذا استمر في البقاء على المفاوضات الاولى او ظل متمسكاً بالصياغات القانونية لالتزامه ما قبل التعاقد الذي وقع مستنده، فهو يسعى حتماً الى عرض تعاقدى افضل وهو بذلك يضارب ووحده يتحمل خطر المضاربة فلا يعوض - عندئذ - عن الفرصة التي ضاعت منه<sup>(2)</sup>. بيد ان هذا القول - ووفقاً لرأى معارض له في الفقه القانوني - منتقد، اذ ان حرية المتفاوض الذي اصدر الوثيقة التفاوضية او الموقع على المستند ما قبل التعاقد ليست مطلقة في العدول عن المفاوضات او قطعها من جانب احد المتفاوضين او الاخلال بالصياغات القانونية للالتزامات الثابتة في مستنداتها من جانب الموقع عليها<sup>(3)</sup>. فطبقاً للجانب الاول (حرية المتفاوض في قطع المفاوضات) فقد يستلزم مبدأ حسن النية قبل التعاقد ونزاهة المفاوضات ان يستمر المتفاوض فيها خاصة عندما تكون الاصول التفاوضية لها في مرحلة متقدمة بعد ان يصدر عن المتفاوضين ما يطلق عليه بـ (التعبيرات التعاقدية) بمعنى : ما يصدر عن المتفاوضين من تعبير اتفاقي يكشف عن النية الحقيقية في ابرام العقد المتفاوض في شأنه - ووفقاً لذلك - قد يجد المتفاوض نفسه ملزماً بالاستمرار في التفاوض واتباع اصوله، فلا يلتفت الى الفرصة التي سحنت له<sup>(4)</sup>. فان قطع المفاوضات الاخر المفاوضات قد يضيع عليه بذلك هذه الفرصة - وحينئذ - يستحق التعويض عن ضرر فوات الفرصة<sup>(5)</sup>. ومن الجانب الاخر (جانب الموقع على المستند ما قبل التعاقد) فان تأسيس القوة الملزمة وفقاً لماتم الانتهاء اليه على نظرية الصياغة القانونية للالتزامات الثابتة في مستندات قبل التعاقد، هو المعيار القانوني الظاهر الذي يُستحسن ان يؤخذ به في تحديد مدى الالتزام وتعويضه الوارد في تلك المستندات. وإن ما قيل حول شأن التوصيات التعاقدية العارية عن اي التزام قانوني محدد هو فرض نظري محض، وان حصل فهو نادر

(1) انظر: د. صلاح الدين زكي، تكوين الروابط العقدية بين الغائبين، المصدر السابق، ص 56، 86، د. محمد حسين عبد العال، التنظيم الاتفاقي للمفاوضات العقدية، المصدر السابق، ص 316.

(2) انظر: د. محمد حسين عبد العال، ضوابط الاحتجاج والمستندات العقدية، المصدر السابق، ص 327، د. هاني صلاح سري الدين، المفاوضات في العقود التجارية، المصدر السابق، ص 116، د. مصطفى العوجي، القانون المدني، ج 1، العقد، المصدر السابق، ص 222. فيما يقصر البعض من الفقه القانوني، عدم جواز الحكم بالتعويض على اساس فوات الفرصة، في عدم تنفيذ عقود اخرى، ابرمت استناداً الى مشروع العقد محل التفاوض، ولم تكن هذه التعاقدات معلومة للمتفاوض الآخر، اما إذا كان هذا الأخير على علم بها، فانه يجبر الضرر المتمثل في استحالة تنفيذ ما ابرمه المتفاوض الاول معه، من تعاقدات اخرى، انظر: في ذلك، د. محمد حسام محمود لطفي، المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض، المصدر السابق، ص 96 - 97، ومن الفقه الغربي المقارن، انظر:

MALAUURIE et A YNES Les obligations op. cit; No. 700. pp. 383: 385.-

=وفي الاشكال على ذلك، انظر: د. محمد محمد ابو زيد، المفاوضات في الاطار التعاقدى، المصدر السابق، ص 113.

(3) انظر: د. احمد الزقرد، نحو نظرية عامة لصياغة العقود، المصدر السابق، ص 269، د. محمد محمد ابو زيد، المفاوضات في الاطار التعاقدى، المصدر السابق، ص 110، سليمان براك دايج، المفاوضات العقدية، المصدر السابق، ص 113.

(4) انظر: د. صبري حمد خاطر، قطع المفاوضات العقدية، المصدر السابق، ص 134، رومان منير زيدان، حُسن النية في تكوين العقد، المصدر السابق، ص 18، د. محمود الكيلاني، عقود التجارة الدولية، المصدر السابق، ص 199، د. سعد عبد ملحم الحلبوسي، التفاوض في العقود، المصدر السابق، ص 50.

(5) وتأكيداً لذلك ما قضت به محكمة النقض الايطالية في حكمها الصادر في 12 / 6 / 1959 والذي جاء فيه: ((لكي تنشئ المسؤولية السابقة على التعاقد، يجب توافر ثلاثة شروط: ثقة احد المتعاقدين في انعقاد العقد، وقطع الطرف الاخر المفاوضات دون سبب معقول، والضرر. وتكون الثقة مشروعة عندما تستند على عناصر موضوعية واضحة توحي اساساً، بان المفاوضات جدية بسبب اهلية الطرفين، وتحديد المضمون، ويعتبر قطع المفاوضات بغير حق عندما يكون ناشئاً عن سوء نية ولم يكن سببه مسلك الطرف الاخر الذي وضع شروطاً جديدة واكثر كلفة، أما الضرر - الذي يتكون في المسؤولية السابقة على التعاقد، مما يسمى المصلحة السلبية، التي تشمل المصاريف التي أنفقت في سبيل ابرام العقد، والمزايا التي كان يستطيع ان يحققها بطريق اخر - فيجب ان يكون حقيقياً مباشراً)) وايضاً في نفس المعنى، انظر: نقض ايطالي في 4 / 1960، نقلاً عن: د. عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام، المصدر السابق، ص 596. وفي الشأن ذاته، انظر: قرار محكمة النقض الفرنسية في:

cass. Com. 10. Juillet; 1977/ G.P. 1980/ som. P. 259.-

نقلاً عن: د. احمد الزقرد، نحو نظرية عامة لصياغة العقود، المصدر السابق، هامش 270، ص 267.

الوقوع لاسيما في اوساط المعاملات المدنية او التجارية على مستوى القانون الوطني<sup>(1)</sup>. وفي كل الاحوال يضع القاضي في اعتباره عند تقدير التعويض الذي يراه عادلاً لجبر مالحق الطرف الاخر من ضرر ما ابرمه بالفعل او ما سببهم بيقين من عقود اخرى ليحل بها محل الصفقة التي ضاعت عليه فرصة ابرامها، وأنه بأن مقدار التعويض سيزيد او ينقص في هذا المقام بحسب الاحوال: فيزيد ان كانت الفرص البديلة ((منعدمة)) او ((صعبة المنال)) وينقص ان كانت الفرص البديلة سهلة ومتاحة دون عقبات، ولعل ما يساندنا في هذا الخصوص نص الفقرة (2) من المادة السابعة بند (3) من مبادئ عقود التجارة الدولية التي اعدتها **Unidroit** عام 1994، الذي جاء به "تقويت الفرصة يمكن التعويض عنه في حدود احتمال تحقيقها". وتجد هذه النتيجة ما يبررها فيما جرى عليه، قضاء النقض في مصر، من ان الحرمان من الفرصة – في حد ذاته – حتى فواتها يعد ضرراً محققاً، ولو كانت الافادة منها امراً محتملاً<sup>(2)</sup>. على ان يكون قيام ((الفرصة)) والأمل في الافادة منها له ما يبرره<sup>(3)</sup> بطبيعة الحال، ويزيد مقدار التعويض بداهة كلما كانت نتيجة الفرصة اكثر احتمالاً<sup>(4)</sup>.

اما الرأي في الفقه القانوني في اتجاهه نحو العنصر الاخر من عناصر تقرير التعويض بمقابل وهو الخسارة المحققة (الضرر الذي يصيب المصلحة السلبية) فقد كان موحداً في القول بالاجاب . وهو التعويض الذي ترتبه الصياغات القانونية للاخلال بالالتزام الثابت في المستندات السابقة على التعاقد، وتحدد هذه الخسارة بمقدار النقص المالي الذي لحق احد الاطراف بسبب ثقته بان التعاقد او الاتفاق محل التفاوض سوف يتم<sup>(5)</sup>. ويتمثل ذلك في النفقات التي صرفها في سبيل التحضير لابرام العقد او الاتفاق محل التفاوض للذين تم صياغة مستنداتها بألية قانونية تعكس الارتباط التعاقدية الملزم. ولا يشترط في الخسارة التي يعرض عنها في ذلك ان تكون مادية فقط، بل من المتصور – في حالات عديدة – ان تكون ادبية (معنوية) كما هو الحال مثلاً في اشاعة الاقاويل حول السمعة الاقتصادية او المركز المالي. اذ قد يثق احد المتفاوضين بان الاصول التفاوضية بينه وبين قرينه الاخر، لاسيما اذا كانت في مرحلة متقدمة. بدلالة المستندات الصادرة بشأنها مثل : (وعود بالتعاقد - اتفاقات ابتدائية – اجابات ملزمة) ستؤدي حتماً الى ابرام العقد او الاتفاق محل التفاوض، فيعتمد على ذلك، ثم يبرم عقداً اخرأ مع الغير، او حتى مع الطرف الاول ذاته في غير الصفقة الاولى وفي النهاية لا يستطيع تنفيذ مثل هذا التعاقدات او السير فيها بسبب قطع مفاوضات التعاقد الاول والاخلال بمضمون الصياغات القانونية للالتزامات الثابتة في مستنداته ما قبل التعاقدية، مما يؤدي بالمحصلة الى اضعاف الثقة والائتمان به، واساءة سمعته التجارية في الوسط الذي ينتمي اليه<sup>(6)</sup>. وعلى صعيد التنظيم التشريعي لم تتناول النصوص القانونية التفصيل اعلاه بل جمعت كلا عنصري التعويض كأسس لتقديره وهذا هو مانصت عليه المادة (169) من القانون المدني العراقي في عجز الفقرة (2) منها والتي نصها :

(1) انظر: د. احمد الزقرد، نحو نظرية عامة لصياغة العقود، المصدر السابق، ص241، د. مصطفى محمد الجمال، السعي الى التعاقد، المصدر السابق، ص346، د. طالب حسن موسى، صياغة عقود التجارة الدولية، المصدر السابق، ص192.

(2) انظر: نقض مدني مصري في 14 من مارس، سنة 1985، مجموعة المكتب الفني، رقم 86، ص403.

(3) انظر: نقض مدني مصري في 28، من ابريل، سنة 1983، مجموعة المكتب الفني، رقم 220، ص1096.

(4) انظر: د. محمد حسام محمود لطفي، المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض، المصدر السابق، ص95، د. فتحي عبد الرحيم، الوجيز في الالتزام، المصدر السابق، رقم 51، ص66، د. محمد محمد ابو زيد، المفاوضات في الاطار التعاقدية، المصدر السابق، ص112.

(5) انظر: د. محمد محمد ابو زيد، المفاوضات في الاطار التعاقدية، المصدر السابق، ص114، د. محمد عبد الظاهر حسين، الجوانب القانونية للمرحلة السابقة للتعاقد، المصدر السابق، ص776، د. مصطفى محمد الجمال، السعي الى التعاقد، المصدر السابق، ص249، د. نزيه محمد الصادق المهدي، الالتزام قبل التعاقدية بالادلة...، المصدر السابق، ص320 – 321، د. جمال فاخر النكاس، العقود والاتفاقيات الممهدة للتعاقد، المصدر السابق، ص180، د. محمد ابراهيم دسوقي، الجوانب القانونية في ادارة المفاوضات وابرام العقود، المصدر السابق، ص95، د. محمد حسام محمود لطفي، المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض، المصدر السابق، ص97، ومن الفقه الغربي المقارن، انظر: فونتين، قانون العقود الدولية، المصدر السابق، ص43، جاك غستان، تكوين العقد، المصدر السابق، هامش (22)، ص297.

(6) انظر: د. نصيره بو جمعة، عقود نقل التكنولوجيا في مجال التبادل الدولي، المصدر السابق، ص116 – 117، د. محمد محمد ابو زيد، المفاوضات في الاطار التعاقدية، المصدر السابق، ص112، د. محمد حسام محمود لطفي، المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض، المصدر السابق، ص99، د. احمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، المصدر السابق، ص12 – 121، د. صبري حمد خاطر، قطع المفاوضات العقدية، المصدر السابق، ص132، د. سعد عبد ملحم الحلوسي، التفاوض في العقود، المصدر السابق، ص51 – 52، د. ابراهيم دسوقي ابو الليل، تعويض الضرر في المسؤولية المدنية، المصدر السابق، ص211، هيلان عدنان الجبوري، الاتفاقات السابقة على التعاقد، المصدر السابق، ص132، وفي القضاء، جاء على حد تعبير محكمة النقض المصرية: ((يشتمل الضرر الادبي في التفاوض فيما اصاب المطعون ضده من جراء اظهاره بمظهر من يسهل اخذاعه، وممن لا يوثق به، مما ينال من سمعته واعتباره من السوق التجاري ..)). انظر: نقض مدني مصري، في 27 / 1 / 1966، مجموعة احكام النقض، س17، رقم 24، ص182.

((... ويشمل مالحق الدائن من خسارة ومافاته من كسب، بسبب ضياع الحق عليه او بسبب التأخر في استيفائه، بشرط ان يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم وفاء المدين بالالتزام او لتأخره عن الوفاء به)). فيما نصت الفقرة (3) من المادة ذاتها، على ان: ((فاذا كان المدين لم يرتكب غشاً او خطأ جسيماً، فلا يجاوز في التعويض، ما يكون متوقعاً من خسارة تحل او كسب يفوت))<sup>(1)</sup>. ومن كلا ماتقدم يتبين لنا صدق ما قيل من ان التعويض عن الضرر السلبي بعناصره السابقة (VERTRAUENSSCHADEN) لا يقلل بالضرورة عمن التعويضات الايجابية (ERFÜLLUNGSINTERESSE)<sup>(2)</sup>.

وان كان واجباً<sup>(3)</sup>، وكلما كان ذلك مناسباً، توزيع عبء المسؤولية على الاطراف بنسب متفاوتة، بقدر نصيب ((الضحية)) في وصول التفاوض الى طريق مسدود<sup>(4)</sup>.

وتأكيداً على الحكم بالتعويض بمقابل، على اساس المسؤولية ما قبل التعاقدية بسبب الخسائر التي مُني بها أحد الاطراف الساعية الى التعاقد، ماقتضت به محكمة النقض الفرنسية في قرار لها جاء في حيثياته : ((... لما كانت نهاية المحادثات قد حالت دون ان يبرم العقد، نتيجة للاقتراحات غير المقبولة والشاذة التي قدمها احد الاطراف فيها. فانه يكون ملزماً بالتعويض النقدي للطرف الاخر، لما تكبدته من خسائر مادية ومعنوية. مُني بها في سبيل التعاقد على الصفقة معرض النزاع، لاسيما مادفعه للمنافسين الاخرين له في عدم مزاحمته على هذا التعاقد...))<sup>(5)</sup>. وفي الشأن ذاته، أقر القضاء الاسترالي مبدأ التعويض بمقابل في مواجهة الطرف الذي يلحق ضرراً بمن يقابل في المرحلة السابقة على التعاقد، لاسيما في مرحلة المفاوضات على التعاقد وذلك في قضية تتلخص وقائعها في ان مفاوضات كانت قد بدأت بالفعل من اجل الدخول في عقد لتطوير قطعة ارض يملكها احد المجالس البلدية قامت الشركة المدعية باعمال التخطيط اللازمة وبما يتناسب مع متطلبات ورغبات المجلس البلدي وكذلك السلطات المحلية الاخرى، وبعد ذلك قرر المجلس البلدي عدم السير في المشروع وقام بقطع التفاوض مع الشركة المدعية، تقدمت الشركة المدعية الى القضاء مطالبة بتعويض ماتكبدته من خسائر مقدارها (436) الف دولار. وبعد رفض المحكمة الاستناد الى مبدأ الاثراء بلا سبب على المدعي عليه بتعويض هذا المبلغ إلا انها استندت في حكمها على معيار واسع ومرن في هذا المجال وهو انه عندما يكون هناك افتراض مشترك بين الطرفين على انه سيتم ابرام عقد بينهما ويقوم احدهما تبعاً لذلك ببعض الاعمال او الاجراءات بناءً على هذا الافتراض وبما يعود بالنفع على المشروع موضوع التعاقد المفترض ويثبت من الظروف ان هذه الاعمال لم تتم على اساس التبرع، ثم بعد ذلك يقوم الطرف الاخر بالغاء المشروع ليس بسبب شروط تم الاختلاف بشأنها بخصوص العقد المقترح ولكن لاسباب خاصة باحد

(1) انظر: المادة (2/221) مدني مصري (موافق) والمادة (2/222) مدني سوري (موافق) والمادة (2/224) مدني ليبي (موافق) والمادة (262) موجبات وعقود لبناني (موافق).

(2) انظر: في هذا المعنى، فونتئين في:

FONTAINE Les letters dintention (1977) op. cit; p. 133.-

(3) انظر: في هذا المعنى، جوان شميدت زابولسكي في:

J.SCHMIDT – SZALEWDKI La period precontractuelle ... op cit; p.553.-

(4) طبقاً للمادة (416)، من مشروع القانون المدني المصري: ((يجوز للقاضي ان يتضمن مقدار التعويض او إلا يحكم بتعويض ما، ان كان الدائن قد اشترك بخطئه في إحداث الضرر او زاد فيه))، مجموعة الاعمال التحضيرية للقانون =المدني المصري، المصدر السابق، المجلد الثاني، ص549. وفي النصوص التشريعية المقارنة الاخرى، انظر: المادة (210) مدني عراقي (موافق)، والمادة (217) مدني سوري (موافق) والمادة (219) مدني ليبي (مطابق)، والمادة (135) موجبات وعقود لبناني (موافق). والنصوص الغربية المقارنة من ذلك مثل: المادة (354) مدني الماني، والمادة (1/44) التزامات سويسري.

(5) انظر: في ذلك، قرار محكمة النقض الفرنسية في عام 1961، في :

civ: com. 21 Janv: 1971; J.C.P. 1972. II. 16729.-

مشار اليه من قبل: د. محمد ابراهيم دسوقي، الجوانب القانونية في إدارة المفاوضات و ابرام العقود , المصدر السابق , ص101.

المتفاوضين وظروفه الشخصية فان المسؤولية تترتب تجاه هذه الاخير بتعويض المبلغ تعويضاً ذات صلة بمقدار مالحق المدعي من خسارة محققة من جراء ذلك ... (1).

اما من الناحية الثانية: فان التعويض بمقابل كاتر من اثار الصياغة القانونية للقوة الملزمة للالتزامات الثابتة في مستندات قبل التعاقد في نطاق المسؤولية التقصيرية – والذي ينهض عند الاخلال بمضمون الصياغات القانونية لها - فانه يجد مجالاً واسعاً، وتطبيقاً مطرداً عليه، سواء كان ذلك في الحالات المصاحبة (الاعتيادية) للتنفيذ العيني او في الحالات التي يستحيل على الاخير الحكم بجوازه (عند عدم تحقق شروطه) بالاضافة الى ما يختص به التنفيذ بمقابل، دون سواه من الاصل (2).

وُطرح في هذا الصدد التساؤل ذاته الذي ساقه الفقه القانوني – فيما سبق – بمناسبة التعويض بمقابل كاتر للمسؤولية المدنية في المرحلة السابقة على التعاقد في اطار المسؤولية التعاقدية، او ما يشابهها، إلا وهو هل يشمل التعويض بمقابل في نطاق المسؤولية المدنية الناجمة من الفعل الضار (الخطأ التقصيري) كلا العنصرين في التعويض، من خسارة محققة، وكسب فائت؟ قبل الاجابة عن هذا التساؤل المطروح، لابد من التسليم - وبالاستناد الى القواعد العامة - بان التعويض اياً كان شكله (عينيّاً او مالياً) كاتر للمسؤولية المدنية (الجزاء) الناجمة عن العمل غير المشروع. هو اوسع نطاقاً من التعويض المترتب كاتر عن الاخلال بالالتزام التعاقدية (الخطأ العقدي) اذ تمتد اسس تقدير التعويض في الفرض الاول من الجزاء المدني الذي يقوم على اساس العمل غير المشروع ليشمل جبر الضرر المباشر، سواء كان متوقعاً ام غير متوقع (3). في حين يقتصر التعويض المالي الذي يقوم على اساس الاخلال بالالتزام التعاقدية على ما يكون متوقعاً من مباشر الاضرار ولا يتساوى هذا الاخير مع سابقه (الالتزام بالضمان العام) الا في حالتي الغش والخطأ الجسيم الصادر من المدين شخصياً (4). اما الاجابة عن التساؤل المطروح - فيما سبق - فقد قسمت الاراء في الفقه القانوني الى شطرين ذهب الشطر الاول منها (5) والذي يلتزم مبدأ التعويض الكامل : الى شمول التعويض بمقابل كاتر للجزاء المدني كلا العنصرين من

(1) انظر : قضاء محكمة النقض الاسترالية في 11 اكتوبر، 1987، في:

cass. Com – loussouarm: civ. 11. octobre: 1978 – J.C.P; 1979 – 11. N – 19093.-

مشار اليه: د. يزيد انيس نصير، مرحلة ما قبل التعاقد، ج2، المصدر السابق، ص22، كذلك اشار اليه، فؤاد العلواني و د. عبد جمعة موسى، الاحكام العامة في التفاوض، المصدر السابق، ص30.

(2) انظر: د. احمد الزقرد، نحو نظرية عامة لصياغة العقود، المصدر السابق، ص265، د. محمد عبد الظاهر حسين، الجوانب القانونية للمرحلة السابقة للتعاقد، المصدر السابق، ص103، د. هاني صلاح سري الدين، المفاوضات في العقود التجارية الدولية، المصدر السابق، ص116، د. مصطفى محمد الجمال السعي الى التعاقد، المصدر السابق، ص248 – 249، د. امية علوان، ملاحظات حول المسؤولية قبل التعاقدية، المصدر السابق، ص27، د. ابراهيم دسوقي ابو الليل، تعويض الضرر في المسؤولية المدنية، المصدر السابق، ص211.

(3) انظر: د. عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط، ج2، اثار الالتزام، المصدر السابق، ص846، د. صلاح الدين الناهي، مبادئ الالتزامات، المصدر السابق، ص240، د. مصطفى العوجي، القانون المدني، ج2، المسؤولية، المصدر السابق، ص670، د. سعدون العامري، تعويض الضرر في المسؤولية التقصيرية، المصدر السابق، ص14، د. حسن حنتوش رشيد، التعويض القضائي في نطاق المسؤولية العقدية، المصدر السابق، ص110، مفيد محمد علي عبد الرضا، تعويض الضرر في المسؤولية العقدية، المصدر السابق، ص21.

(4) انظر: د. سليمان مرقس، والخليلي، مصادر الالتزام، المصدر السابق، رقم 93، ص131، د. محمد حسام محمود لطفي، المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض، المصدر السابق، ص88، وفي القضاء المصري، انظر: نقض مدني مصري في 27، من يناير، 1981، مجموعة المكتب الفني، س32، رقم 355، ص70، ونقض مدني مصري في 4 من فبراير، 1971، مجموعة المكتب الفني، س14، رقم 30، ص172، هذا وقد اوجبت محكمة النقض في مصر، ايضاً، ان يكون الضرر متوقعاً في مقداره ومداه وقت التعاقد، انظر: في ذلك، نقض مدني مصري، في 17 من ابريل، سنة 1973، مجموعة المكتب الفني، س24، رقم 109، ص616.

(5) انظر: د. هاني صلاح سري الدين، المفاوضات في العقود التجارية الدولية، المصدر السابق، ص117. د. محمد عبد الظاهر حسين، الجوانب القانونية للمرحلة السابقة للتعاقد، المصدر السابق، ص771، وفي تفصيل ذلك، انظر: على وجه الخصوص، د. نزيه محمد الصادق المهدي، الالتزام قبل التعاقد بالادلاء، المصدر السابق، ص319، إذ اشار سيادته في هذا المضمون، الى حكم محكمة برست الفرنسية، والذي يتلخص مضمونه، ان شخصاً اراد بناء منزل خاص به، فابرم عقد قرض مع مؤسسة ائتمان واقراض، وتضمن هذا العقد شرطاً، بانضمام المقرض لوثيقة تأمين، ضد مخاطر الوفاة او العجز، تضمن لهذا المقرض، سداد اقساط القرض في حالة وفاته او عجزه ولكن المؤمن وبعد توقيع الكشف الطبي على المقرض، ابلغ المقرض برفضه ضمان هذه المخاطر، ومع ذلك اخفى المقرض هذا الرفض عن المقرض، وابرم معه عقد القرض، وبعد مرور فترة من الزمن، وعلى اثر عملية جراحية حدث عجز كامل للمقرض، ولما اراد الاستفادة من وثيقة التأمين في سداد الاقساط، فوجئ بعدم وجود عقد تأمين، فرفع دعوى تعويض على المقرض عن الاضرار الذي اصابته، نتيجة عدم اخباره برفض المؤمن للتأمين، فحكمت المحكمة بحقه في الحصول من المقرض على التعويض عن هذا الضرر المادي المحقق، المتمثل في عدم قدرته على سداد الاقساط، اضافة على ما فاتته من كسب جراء ذلك، والذي ترتب عن خطأ المقرض في عدم الافضاء له، قبل ابرام العقد، بعدم وجود وثيقة تأمين، تغطي له المخاطر الناشئة عن الوفاة او العجز. في التفاصيل، انظر: د. نزيه محمد الصادق المهدي، المصدر نفسه، ص320، قرار

خسارة لحقت بالمضرور نتيجة قطع المفاوضات أو العدول عنها والاخلال بمضمون الصياغات القانونية للالتزامات العامة الثابتة في المستندات والوثائق الصادرة في مرحلة ما قبل التعاقد مثل : (الالتزام بالتفاوض بحسن نية - الالتزام بالتعاون ..) بالإضافة الى تعويضه على ما كان سيجنيه من ربح، فيما لو لم يحصل مثل هذا الاخلال.

وإن بدا ان هذا الاتجاه في الفقه القانوني جاء متماشياً مع القواعد العامة في التعويض ، إلا ان تطبيقه في إطار المسؤولية المدنية (الجزاء) الناجمة في مرحلة ما قبل التعاقد والتي تنهض من خلال الصياغات القانونية للالتزامات الثابتة في مستندات هذه المرحلة الأخيرة على أساس الخطأ التقصيري وفيما يتعلق بصورة خاصة بالعنصر الأخير منه (التعويض عن الربح الفائت) لا يمكن التسليم به في جميع حالات قطع المفاوضات أو حالات الاخلال بمضمون الصياغات القانونية للالتزامات الثابتة في المستندات والوثائق التفاوضية<sup>(1)</sup>. إذ ان الاخلال بالصياغة القانونية لمستند تفاوضي، يتلخص مضمونه بالدخول في التفاوض (الترام ايجابي) اذا كان يترتب المسؤولية التقصيرية ويستوجب التعويض المالي عن الخسارة المحققة التي تكبدها الطرف المضرور من الاستعداد لها والنفقات التي تكبدها في سبيل ذلك، فإن عنصر الكسب الفائت لا يمكن الجزم بتغطيته تعويضاً، سواء حدث الاخلال عن طريق فعل سلبي في ذلك الالتزام مثل : (عدم الدخول في التفاوض أصلاً) أو كان الاخلال بفعل ايجابي بالنسبة للالتزام ذاته مثل : (قطع المفاوضات بدون مبرر مشروع أو بتعسف بين). وعلى فرض القول جديلاً بجواز تعويضه، فإن عبء اثباته عادة ما يكون صعباً أو مستحيل<sup>(2)</sup>. أما الرأي الآخر من الفقه القانوني وقضاء<sup>(3)</sup> فقد عارض مبدأ التعويض الكامل الذي يترتب بمناسبة الاخلال بالالتزامات ما قبل التعاقدية على أساس الفعل الضار. وحجتهم القانونية على ذلك : انه لا يجوز ان يكون التعويض - في هذه المرحلة - سبباً لاثراء المضرور على حساب المسؤول، دونما سبب . وان الاخلال بمضمون الصياغات القانونية للالتزامات الثابتة في المستندات قبل التعاقدية ايأ كان مصدره (تعاقدياً أم تقصيرياً) لا يتوزع الضرر الناجم عنه الى جسامه تمتد الى عنصري الخسارة المحققة والكسب الفائت، إذ هو اخلال يقع في فترة من فترات المساومة التي تكون مجالاً رحباً تتحرك في ظله ارادة الاطراف بالحرية التامة لتحقيق افضل الشروط التي يمكن ان تشرطها لنفسها لتتزع مما يقابلها اكبر قدر من الفائدة لها قبل ان تنقيد بقيود التصرف القانوني الذي تنوي القيام به. ويضيف رجالات من الفقه القانوني على هذا الرأي: بان قصر التعويض المالي على ما حل من خسارة محققة بالمضرور لا يعني قطع الطريق عليه في الحصول على تعويض تفويت الفرصة ايأ كانت التي فانت عليه من

محكمة برست في 5 نوفمبر 1974 - دالوز - 1975 - 295، وتعليق شميدت عليه، في نفس الوقت، الذي يرى ان هذا الضرر لم يكن محققاً، ولا معيناً وقت ابرام عقد القرض، وانما الذي يجعله محققاً هو حدوث الوفاة أو العجز، فعلاً قبل انقضاء آجال سداد أقساط القرض، وعلى كل حال، فقد تعرض هذا الحكم لبعض التعديلات عند استئنائه امام محكمة استئناف رين في 9 يوليو سنة 1975، انظر: محكمة استئناف رين في 9 يوليو 1975 - دالوز - 1976 - 417 وتعليق شميدت عليه ايضا في المجلة الفصلية للقانون المدني - 1976 - ص547، رقم (1)، انظر: للتفاصيل 0

BREST; 5 - 11 - 1979 de 1975; J; 295: Schmidt; obs - in Revetr - Dri civ: 1976. p. 547. No. 1.-

(1) انظر: د. حسام الدين الأهواني، المفاوضات في الفترة قبل التعاقدية، المصدر السابق، رقم 25، ص 21، د. احمد الزقرد، نحو نظرية عامة لصياغة العقود، المصدر السابق، ص 266.

(2) انظر: د. امية علوان، ملاحظات حول القانون الواجب التطبيق على المسؤولية قبل التعاقدية، المصدر السابق، ص 17، د. محمد محمد ابو زيد، المفاوضات في الاطار التعاقدية، المصدر السابق، ص 111، د. احمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، المصدر السابق، ص 123، د. محمد ابراهيم دسوقي، الجوانب القانونية في ادارة المفاوضات، المصدر السابق، ص 108، د. حسام الدين الأهواني، المفاوضات في الفترة قبل التعاقدية، المصدر السابق، ص 22، ومن الفقه الغربي المقارن، انظر: فونتين، قانون العقود الدولية، المصدر السابق، ص 43 - 44.

(3) انظر: في نزاع هذا الرأي، جان سدراس، الالتزام بالتفاوض، المصدر السابق، ص 218، وما بعدها، جونا شميدت، المفاوضات و ابرام العقود، المصدر السابق، بند 389، ص 213، مُشار الى هذه الاراء عند: د. مصطفى محمد الجمال، السعي الى التعاقد، المصدر السابق، ص 249 - 255، الأستاذ. فايز الحاج شاهين، المسؤولية الناشئة عن قطع المحادثات، المصدر السابق، ص 11، د. محمد عبد الظاهر حسين، الجوانب القانونية، للمرحلة السابقة للتعاقد، المصدر السابق، ص 109. ومن الفقه الفرنسي على وجه الخصوص، انظر:

J.GHestin; les obligations: 2em. Ed/ 1988. N149. p. 205.-

مشار اليه: د. احمد الزقرد، نحو نظرية عامة لصياغة العقود، المصدر السابق، ص 266. ومن القضاء الفرنسي المؤيد لذلك، قضت محكمة النقض الفرنسية، ان العدول عن اتمام الزواج اذا كان خطأ يترتب مسؤولية العادل، اذا ما اقترن به أو لحقه تعسف أو تشهير، فان التعويض، يقتصر على هذه الاضرار، ولا يمتد الى مافات من نفع فيما لو لم يحصل العدول. انظر: في ذلك محكمة النقض الفرنسية في:

civ: 4 Janvier 1995/ D.1995/ p. 251; note. Benabent.-

وفي الشأن ذاته قضت محكمة النقض الفرنسية، ايضاً، في قرار لها حكم فيه بمسؤولية شركة (بيجو) لصناعة السيارات ((ماتحة الامتياز)) عن واقعة التفاوض لمدة طويلة على منح امتياز بيع (130) سيارة في العام، تبين انها غير قادرة فنياً ومادياً على الوفاء به، واقتصر التعويض لطالب الامتياز عن الاضرار المحققة فقط، للتفاصيل، انظر: قرار محكمة النقض الفرنسية في:

Civ: 20 Juin; 1961/ D. 1962. p. 3.

جراء الاخلال التقصيري والضرر الناتج عنه فإن هذا الأخير يبقى مفتوحاً امام المضرور الذي فقد فرصة اتيحت له بسبب تقصير او تعسف الغير<sup>(1)</sup>.

ولا جديد من شيء يذكر في مواد النصوص القانونية التي تناولت تقدير مدى التعويض بمقابل في اطار المسؤولية التقصيرية، اذ انها قد جمعت - ايضاً - كلا العنصرين (الخسارة الحالية والكسب الفائت) في تقدير الحكم به، ومن ذلك فقد نصت المادة (207) في الفقرة (1) من القانون المدني العراقي على ان : (تقدر المحكمة التعويض في جميع الاحوال، بقدر مالحق المتضرر من ضرر وما فاته من كسب، بشرط ان يكون نتيجة طبيعية للعمل غير المشروع)<sup>(2)</sup>. ولم يبتعد موقف الاجتهاد القضائي عن جادة الفقه القانوني، من حيث اعتبار التعويض بمقابل الذي يترتب كآثر للاخلال بواجب قانوني عام (عدم الاضرار بالآخرين) بغية تعويض الضرر الناجم عنه، هو الاكثر ملائمة في اطار المسؤولية المدنية الناجمة في مرحلة ما قبل التعاقد التي تنهض نتيجة الاخلال بمضمون الصياغات القانونية للالتزامات الثابتة في المستندات والوثائق ما قبل التعاقدية، لاسيما الصادرة منها في مرحلة التفاوض او البدء فيه ... وغيرها. وفي هذا الصدد كان للقضاء الفرنسي ما يضيفه في هذا الشأن من خلال ما قضت به محكمة استئناف مونتيلييه في الحكم بالتعويض النقدي نتيجة الاخلال بوثائق الاتفاق المبدئي الصادرة في مرحلة التفاوض على التعاقد اخلاً تقصيرياً والحق اضراراً بالغير<sup>(3)</sup>. وفي الشأن ذاته كذلك قضت محكمة النقض المصرية في قرار لها جاء في حيثياتها : ((... بأن استخلاص الحكم بأسباب سائغة، بان فحوى المحررات والمستندات التعاقدية المتبادلة بين هيئة البترول وشركة الملاحة، لاتعدو ان تكون مرحلة تمهيدية لابرار عقد بحري، وان تصرفات سكرتير عام الهيئة التي تقتضيها عملية التعاقد، تعد انحرافاً عن السلوك العادي والمألوف في الظروف التي صدرت فيها، ومن ثم تُعد خطأ تقصيرياً يستوجب التعويض المالي، لان عدم انعقاد العقد لا اثر له في قيام المسؤولية ...))<sup>(4)</sup>. وعلى النحو ذاته سارت اغلب اقصية المحاكم وهيئات التحكيم الاخرى<sup>(5)</sup>. اما عن وقت تقدير التعويض المستحق للمضرور، فان الفقه القانوني<sup>(6)</sup> بتأييد من القضاء وخاصة محكمة النقض المصرية، قد استقر على انه وقت الحكم بالتعويض، وخاصة عندما يكون الضرر متغيراً يتعين على القاضي النظر اليه لا كما عندما وقع، بل كما صار اليه عند الحكم<sup>(7)</sup>.

(1) كما هو الحال في فقدان الدائن، لبعض التأمينات العينية والشخصية المقررة لمصلحة الشيء الذي وقع عليه الضرر، او كانت مقررة لمصلحته، للتفاصيل، انظر: د. محمد عبد الظاهر حسين، الجوانب القانونية للمرحلة السابقة للتعاقد، المصدر السابق، ص771، د. امية علوان، ملاحظات حول المسؤولية قبل التعاقدية، المصدر السابق، ص26، د. نزيه محمد الصادق المهدي، الالتزام قبل التعاقد بالاداء، المصدر السابق، ص324، د. ابراهيم دسوقي ابو الليل، تعويض تفويت الفرصة، المصدر السابق، ص101، وفي رجالات الفقه الفرنسي، انظر: مازو وتتك، المسؤولية المدنية، ج1، رقم 216، سيري، 1933 - 1 - ص49، سافتيه، المسؤولية المدنية، ج2، رقم 523، ص69، رودبير، المسؤولية المدنية، 1952، رقم 1958، ص101، بلانيول وريبير واسمان، الالتزامات، رقم 544، ص217، جوسران، القانون المدني الفرنسي، رقم 439، ص32، كولان وكابيتان، القانون المدني الفرنسي، ج2، رقم 301، ص107، اشار الى هذه المصادر: د. ابراهيم دسوقي ابو الليل، تعويض تفويت الفرصة، القسم الاول، المصدر السابق، ص81، د. عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط، ج2، اثار الالتزام، المصدر السابق، ص843.

(2) انظر: من النصوص القانونية المقارنة الاخرى، المادة (170) مدني مصري (موافق)، والمادة (171) مدني سوري (موافق)، والمادة (173) مدني ليبي (موافق)، والمادة (134) موجبات وعقود لبناني (موافق).

(3) انظر: في هذا الحكم، محكمة استئناف مونتيلييه في 9 ديسمبر، 1998، تفاصيله في:

Mosseron- C.A.Montpellier: 9decembre/ 1998: inedit -

مشار اليه عند: د. احمد الزقرد، نحو نظرية عامة لصياغة العقود، المصدر السابق، ص216.

(4) انظر: نقض مدني مصري في 1968/3/28، احكام النقض، س19، رقم 95، ص642.

(5) ومن الاحكام الاخرى الصادرة في شأن التعويض النقدي قبل ابرام الاتفاقات في اطار التجارة الدولية، انظر: الاتحاد الروسي، هيئة التحكيم التجاري الدولي، غرفة التجارة والصناعة في الاتحاد الروسي، قرار هيئة التحكيم في القضية رقم 309/1993، بتاريخ 3 آذار، مارس 1995، (غير منشورة)، كذلك انظر: قرار هيئة التحكيم التجاري الدولي في المانيا، تفاصيل 8 شباط، فبراير، في:

Landgrich Munchen I8HKO - 24667193.-

وفي كيفية تقدير التعويض عن المصلحة السلبية، انظر: قرار محكمة التحكيم الدولية: ذكر القرار وعلق عليه، د. محي الدين اسماعيل علم الدين، منصة التحكيم التجارية الدولية، المصدر السابق، ص254.

(6) انظر: د. حسام الدين الأهواني، مصادر الالتزام، المصدر السابق، ص193، د. محمد عبد الظاهر حسين، الجوانب القانونية للمرحلة السابقة للتعاقد، المصدر السابق، ص107.

(7) انظر: في قضاء محكمة النقض المصرية من هذه الاحكام: نقض مدني 17 ابريل سنة 1947، الطعن 5، س16 ق، سعيد شعله، ص85، رقم 1و2، نقض مدني 14 نوفمبر، سنة 1975 وقد جاء في هذا الحكم: (( جرى قضاء محكمة النقض، بانه كلما كان الضرر متغيراً يتعين على القاضي النظر فيه لا كما كان عندما وقع، بل كما صار اليه عند الحكم ...)). مجموعة احكام النقض، س8، رقم 86، ص783، وانظر: ايضاً

نقض مدني في 3 يونيه 1986، سعيد شعله، رقم 2، ص 85، كذلك، نقض مدني مصري في 23 ديسمبر، سنة 1986، الطعن رقم 438، س 56، في سعيد شعله، رقم 4، ص 86.

## الإهداء

إلى الخيمة الدائمة اتفياً  
بضلالها الوارفة  
فخراً\*\*\*والدي الغالي.  
إلى المنارة المضيئة اهتدي  
ببركات دعائها نورا\*\*\*أمي  
الحبيبة.  
إلى الأنجم الزهر اشدد  
بأياديهم المديدة  
أزراً\*\*\*إخوتي الأعزاء.  
الباحث