

المحاضرة التاسعة

ثالثا: التراضي في المرحلة التمهيديّة للعقد :

قد يسبق الأطراف اتفاهم النهائي باتفاق مبدئي يسمح لهم بالتريث وتقدير الأمور بشكل أفضل ، من أجل إبرام العقد النهائي . وفي مثل هذه الأحوال يكون التراضي أيضا مبدئي . ويعتبر الوعد بالتعاقد والتعاقد بالعربون أهم الاتفاقات التي تحدث خلال المرحلة التمهيديّة . وهو ما سنتطرق إليه في مايلي :

أ- الوعد بالتعاقد

يعد الوعد بالتعاقد مرحلة تمهيديّة لإبرام العقد النهائي وهو في حد ذاته عقد¹ حيث تنص المادة 71 من القانون المدني " الاتفاق الذي يعد له كلا المتعاقدين أو أحدهما بإبرام عقد معين في المستقبل"

والملاحظ أن صياغة هذه المادة جاءت ركيكة وغامضة . ولو عدنا لنص المادة 101 من القانون المدني المصري في فقرتها الأولى ، والتي تعد الأصل التاريخي لهذه المادة 71 نجدها جاءت بصيغة أوضح حيث جاء فيها مايلي " الاتفاق الذي يعد بموجبه كلا المتعاقدين أو أحدهما بإبرام عقد معين في المستقبل ... " والوعد بالتعاقد كثير الوقوع في الحياة العملية أي أنه أسلوب عملي لتحقيق قدر من الارتباط بين طرفين تمهيدا لإبرام عقد في المستقبل هذا وقد يكون هذا الوعد من جانب واحد وهو الأكثر شيوعا من الناحية العملية وانتشارا بين الأفراد المتعاقدين ومثال ذلك أن يتوقع شخص حاجته في المستقبل إلى أرض بجوار مصنعه أو منزله أو هو الآن في حاجة إليها ولكن لا يستطيع شرائها فورا ، فيكتفي بالتعاقد مع صاحب الأرض على أن يتعهد هذا الأخير ببيع الأرض له إذا أبدى رغبته في الشراء في مدة معينة . فيتقيد صاحب الأرض بالعقد دون أن يتقيد به الطرف الآخر وهذا النوع من الوعد يطلق عليه الوعد بالبيع .

أو أن يؤجر المالك العين ويشترط على المستأجر أن يشتريها إذا هو أبدى رغبته في البيع خلال مدة الإيجار وهذا ما يعرف بالوعد بالشراء والذي يقابل الوعد بالبيع في الصورة المتقدمة أو يفتح مصرف حسابا جاريا لعميل قبل أن يقرضه شيئا فيكون هذا وعدا من المصرف عندما يريد العميل أن يقترض .

وفي جميع هذه الحالات يكون العقد ملزم لجانب واحد . غير أن الوعد قد يكون في حالات أخرى ملزم للجانبين وذلك إذا ما تبادل الطرفان الوعد (وعد بالبيع ووعد بالشراء في وقت لاحق) وفي هذه الحالة يمكن لكلاهما مواجهة الآخر بإبرام العقد النهائي خلال أجل محدد ويتحقق هذا الفرض في الحالات التي تقوم فيها موانع

¹ - راجع علي فيلالي ، المرجع السابق ، ص 89 .

المحاضرة التاسعة

مشتركة تحول دون إبرام العقد في الحال ، كأن يتعلق المبيع عقار مملوك لناقص الأهلية ويحتاج إنجازه للحصول على إذن من المحكمة . ويسمي بعض الفقه هذا الوعد المتبادل بالاتفاق الابتدائي¹ ، وكذلك الوعد مزدوج² .

أ- 1 : الشروط الواجب توافرها في الوعد بالتعاقد

تنص المادة 71 على شروط الوعد بالتعاقد وتتمثل هذه الشروط في مايلي :

1- تعيين جميع المسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه : والمسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه هي أركان هذا العقد³ . فإن كان بيعا وجب على الطرفين الاتفاق المبيع والتمن وكل الأمور الهامة التي يرونها ضرورية لتمام هذا العقد .

وإن كان هذا العقد عقد شركة يجب الاتفاق على الغرض الذي تهدف إلى تحقيقه هذه الشركة وعلى حصة كل شريك ومدة قيام هذه الشركة إلى غير ذلك من المسائل التي يراها الأطراف جوهرية . والملاحظ أن القانون لم يحدد المسائل الجوهرية في العقد

وترك ذلك للأفراد لأنهم أدري بشؤون أنفسهم ، وإن حدث هناك اختلاف فالسلطة التقديرية للقاضي هي الفصل .

2- المدة التي يجب أن يبرم فيها : وتعيين المدة شرط ضروري لانعقاد الوعد بالتعاقد ، ويكون تعيين المدة صريحا وذلك بالاتفاق على مدة محددة أو قابلة للتحديد ، أو ضمنا كما هو الأمر بالنسبة للعقود التي تصبح غير مجدية بعد فوات مدة محددة أو كما هو الحال بالنسبة للمستأجر الذي حصل على وعد ببيع العين المؤجرة فإذا لم تحدد مدة الوعد صراحة تكون مدة الإيجار هي المدة المعتمدة لذلك¹ .

3- تمام الوعد بالتعاقد في نفس الشكل الذي يجب أن يتم فيه العقد النهائي : بما أن الوعد بالتعاقد عقد كباقي العقود فإن الأصل فيه هو الرضائية واستثناء أن يكون شكليا ، وذلك في الحالة التي يكون فيها العقد المتواعد على إبرامه عقد شكلي كما هو الحال في البيع العقاري أو الرهن الرسمي . وعليه لا بد أن يصب عقد الوعد في الشكل نفسه الذي يصب فيه العقد النهائي أي العقد موضوع الوعد ، وإلا بطل الوعد وامتنع معه مطالبة الواعد بتنفيذه

¹ - راجع د حمدي عبد الرحمن ، المرجع السابق ، ص 213 .

² - راجع الأستاذ راجع الدكتور رمضان أبو السعود ، مصادر الالتزام ، دار الجامعة الجديدة للنشر الإسكندرية ، طبعة 2003 . ص 91 .

³ - راجع الأستاذ عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق ، ص 269 .

¹ - راجع خليل أحمد حسن قدارة ، المرجع السابق ، ص 37 .

المحاضرة التاسعة

عينا أو اللجوء إلى القضاء للحصول على حكم بالتنفيذ يقوم مقام العقد².

وبالإضافة إلى ذلك فلا بد من توفر أهلية التعاقد للشخص الواعد وقت إطلاق الوعد ولا يهم إن كان كذلك وقت إبرام العقد أم لا. أم الشخص الموعود له فيجب أن يتمتع بالأهلية وقت قبوله الوعد وتكفيه أهلية التمييز وقت الوعد لان الوعد تصرف نافع.

أ-2: آثار الوعد بالتعاقد

إذا تم الوعد صحيحا أصبح منتجا لآثاره ، هذه الآثار تظهر خلال مرحلتين مختلفتين. يفصل ما بينهما في الوعد الملزم للجانبين حلول الميعاد المضروب لإبرام العقد النهائي وفي الوعد الملزم لجانب واحد ظهور رغبة الموعود له في التعاقد النهائي ، وعليه يمكن تفصيل المرحلتين كما يلي :

المرحلة الأولى : مرحلة الوعد : وهي مرحلة تسبق إبداء الرغبة أو حلول الأجل المتفق عليه لإتمام التعاقد النهائي ، وهنا عقد الوعد لا ينشئ إلا التزامات شخصية ولا مجال للحديث عن إنشاء حقوق عينية ولو كان العقد المراد إبرامه من شأنه أن يؤدي إلى إنشاء حقوق عينية³ ، فمثلا الوعد بالبيع لا ينشئ للموعود له إلا حق شخصي لا حق عيني ، وبالتالي لا تنتقل ملكية الشيء الموعود ببيعه إلى المشتري في هذه المرحلة ويترتب على ذلك نتيجتين هامتين.

1- إن الواعد يظل مالكا للشيء الذي وعد ببيعه وكذلك ثماره وحاصلاته¹ ، وبالتالي يستطيع التصرف فيه بالبيع لشخص آخر وفي هذه الحالة لا يكون للموعود له أن يرجع بشيء على المتصرف إليه ، وكل ما يستطيع فعله هو الرجوع بالتعويض على الواعد .

إلا في حالة توفر شروط الدعوى البولصية وإقامة الدليل على سوء نية الواعد كأن يكون هناك تواطؤ بين الواعد والمتصرف إليه للإضرار بمصلحة الموعود له ، وقد لا نحتاج إلى إثبات سوء النية إذا كان التصرف قد تم بدون عوض .

2- يتحمل الواعد تبعة هلاك الشيء الموعود به لأنه لم يحدث هناك تعاقد نهائي بعد ولم تنتقل الحيازة عن طريق التسليم ، كما لا يتحمل الواعد أي ضمان قبل الموعود له في حالة هلاك الشيء الموعود به بسبب أجنبي لا يد له فيه .

² - راجع د أنور سلطان ، المرجع السابق ، ص 79 .

³ - راجع سمير عبد السيد تناغو ، المرجع السابق ، ص 46 .

¹ - راجع حسن قدارة ، المرجع السابق ، ص 38 .

المحاضرة التاسعة

المرحلة الثانية : وهي مرحلة ما بعد إبداء الرغبة أو حلول

الأجل: حيث إن إبداء الرغبة خلال مدة الوعد أو حلول الأجل المتفق عليه وقيام الأطراف بإبرام العقد النهائي يؤدي إلى انتقال ملكية الشيء الموعود ببيعه وتحويل من الكلام عن آثار الوعد إلى الكلام عن آثار العقد الذي تم إبرامه . أما إذا انقضت هذه المدة دون إفصاح أو إبداء للرغبة فإن الوعد يسقط بصفة نهائية . و إبداء الرغبة قد يكون صريحا وقد يكون ضمنيا ، ومن قبيل إبداء الرغبة بطريقة ضمنية أن يقوم الموعود له بالتصرف في الشيء الموعود به بالبيع أو بالهبة أو بالمقايضة عليه أو حتى باستهلاكه إياه إذا كان قابلا للاستهلاك² .

وفي الأخير إذا تم إبداء الرغبة خلال المدة المتفق عليها فإن الواعد ملزم بإتمام العقد ، وإذا نكل عن وعده جاز للموعود له أن يستصدر من القاضي حكما بتنفيذ الوعد

ويقوم حكم القاضي مقام العقد الموعود بإبرامه¹. وما يعاب على نص المادة 72 من القانون المدني في هذه النقطة أن النص جاء ناقص وكان ينبغي أن يضاف إلى عبارة (قام الحكم) عبارة (متى حاز قوة الشيء المقضي فيه) وذلك لأن الحكم لا يقوم مقام العقد إلا إذا حاز قوة الشيء المقضي به أي أصبح نهائيا غير قابل للطعن فيه بطرق الطعن العادية ، أي بالاستئناف أو المعارضة أما قبل ذلك فلا مجال عن الحديث عن قيامه مقام العقد وبالتالي كان على المشرع الجزائري أن لا يجانب ما سارت عليه القوانين العربية التي جاءت بهذه العبارة³ .

أ- 3 : الفرق بين الوعد بالتعاقد والإيجاب الملزم لجانب واحد

الوعد بالتعاقد عقد يتم بإرادة الطرفين أما الإيجاب الملزم فيتم بإرادة منفردة ، فإذا مات الموعود له آل الوعد إلى ورثته ، أما إذا مات الموجه إليه الإيجاب فإنه يمتنع على الورثة القبول بدلا منه وقد نص المشرع الجزائري على حكم الإيجاب الملزم في المادة 60 من القانون المدني الجزائري . ويتشابه الوعد بالتعاقد والإيجاب الملزم في أنهما يجعلان تمام العقد

² - راجع الدكتور حمدي عبد الرحمن ، المرجع السابق ، ص 221 .

¹ - المادة 71 من القانون المدني ، وراجع ، أيضا . (راجع الأستاذ أحمد فرج حسين ، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية ، الصادر عن دار المطبوعات الجامعية ، طبعة 1999 ، ص 123 .

³ - راجع الأستاذ علي علي سليمان ، ضرورة إعادة النظر في القانون المدني الجزائري ، ص 30 .
³ . راجع أيضا المادة 103 القانون المدني المصري .

المحاضرة التاسعة

العقد متوقفا على القبول²

ب- التعاقد بالعربون :

ب-1: تعريف العربون

إن العربون مبلغ من النقود يدفعه أحد المتعاقدين للآخر وقت إبرام العقد ويعطي لكل من المتعاقدين الخيار في العدول عن العقد أو نقضه خلال مدة متفق عليها . أو إمضائه إذا اتفق صراحة على أن العربون هو جزء من قيمة العقد . وهو عبارة عن طريقة من الطرق السائدة في التعاقد والتي تنتشر على نطاق واسع في المعاملات التي تتم ما بين الأفراد ويلجأ إليها في عدد كبير من العقود كالبيع والإيجار.

ب-3 : دلالة دفع العربون :

ب-3-1 : دفع العربون للدلالة على حق العدول :

وهو موقف تبنته المدرسة اللاتينية واعتمده التشريع المصري فيما بعد من خلال نص المادة 103 ق م والتي تقضي بأن دلالة العربون هي الاحتفاظ بحق العدول. إلا إذا كان الاتفاق على غير ذلك .

فإذا عدل من دفع العربون فقدّه وإذا عدل من قبضه رد ضعفه وهذا ولو لم يترتب عن العدول أي ضرر¹ .

ب-3-2 : دفع العربون للدلالة على البت : ويقصد به وصول المتعاقدين إلى إبرام العقد بصفة نهائية وفي هذه الحالة فإن المبلغ المدفوع كعربون هو جزء من الثمن وأن العقد يعتبر منعقد وان أي إخلال من أحد الطرفين يعد بمثابة تخلي عن تنفيذ الالتزام وبالتالي جاز للمتعاقد الآخر أن يلجأ إلى القضاء للمطالبة بالتنفيذ أو بالفسخ مع التعويض .

ب-6 : موقف المشرع الجزائري من التعاقد بالعربون قبل التعديل الأخير للقانون المدني لم يكن هناك نص يبين موقف المشرع الجزائري بوضوح من هذه النقطة¹، وكان القضاء أثناء فصلهم في القضايا التي يكون فيها الخلاف حول العربون ، يعودون لمبادئ الشريعة الإسلامية باعتبارها المصدر الثاني للقانون . وغالبا ما كان يحكمون بإعادة العربون لأنه يعد من قبيل أكل أموال الناس بالباطل .

لكن بعد تعديل جوبلية 2005 أضاف المشرع الجزائري المادة 72 مكرر والتي تنص على مايلي² يمنح العربون وقت إبرام العقد

² - راجع محمد حسنين ، نظرية الالتزام بوجه عام ، ص 30 .

¹ - فتحي عبد الرحيم ، الوجيز في العقود المسماة ، منشأة المعارف ، ص 83 .

¹ - راجع علي علي سليمان ، المرجع السابق ، ص 39 .

المحاضرة التاسعة

لكل من المتعاقدين الحق في العدول عنه خلال المدة المتفق عليها، إلا إذا قضى الاتفاق بخلاف ذلك .
فإذا عدل من قبضه رده ومثله ولو لم يترتب على العدول أي ضرر =

وبالتالي فقد سار على نهج المشرع المصري والمشرع الفرنسي والذي أخذ كل منهما بالعربون بدلالة العدول .