

أثر موضوعية الإرادة التعاقدية في مرحلة المفاوضات (*)

د. محمد صديق محمد عبدالله

مدرس القانون المدني

كلية الحقوق / جامعة الموصل

أ.م.د. أكرم محمود حسين البدو

أستاذ القانون المدني المساعد

كلية الحقوق / جامعة الموصل

المستخلص

ومع أقرارنا بأن المفهوم التقليدي للحرية التعاقدية قد تغير، فإننا نذهب أبعد من ذلك ونقول أن الاستناد إلى هذا التغيير ليس السبب فيه هو مبدأ حسن النية، وإنما الفكرة في ذلك هي أبعد وأكبر من مبدأ حسن النية، إذ تكمن في الاتجاه نحو موضوعية الإرادة التعاقدية، وهي ضرورة إعطاء الحرية العقدية بصورة لا تتقاطع مع المبادئ التي طرحتها فكرة الموضوعية، وهي استقرار المعاملات والعدل وكذلك عدم مخالفة النظام العام والآداب. وبعبارة أخرى نقول أن مبدأ حسن النية هو جزء متمم لفكرة الموضوعية، باعتبار أن حسن النية سيقوم القاضي بالتحقق من وجوده ومن الالتزامات التي يفرضها استناداً إلى مفهوم القانون الطبيعي بمفهومه الحديث ومتأثراً بمراعاة المصلحة العامة وبالعادة والأعراف والقواعد الدينية والأخلاقية والظروف الاجتماعية والاقتصادية

(*) بحث مستل من أطروحة الدكتوراه الموسومة موضوعية الإرادة التعاقدية –

دراسة تحليلية مقارنة- مقدمة إلى مجلس كلية الحقوق جامعة الموصل في ٢٠١٠.

أستلم البحث في ٢٨/١٢/٢٠١٠ *** قبل للنشر في ٥/١١/٢٠١١ .

مقدمة:

يتطلع كل طرف، خلال فترة التفاوض، إلى استبقاء حريته في عدم التعاقد حتى لحظة الاتفاق النهائي، وكذلك ضمان احترام ما تم التفاوض بشأنه من عناصر العقد المزمع إبرامه، وبعبارة أخرى، فإن كل طرف يسعى إلى المحافظة أطول فترة ممكنة- على ماله من حرية تعاقدية، أخذاً في الحسبان أن الطرف الآخر يدين له بضمان استقرار شروط العقد التي يتم التفاوض بشأنها.

أن المفاوضات، لم تعد مجرد عمل مادي به يتم تبادل وجهات النظر، وإنما تحولت إلى مرحلة مهمة لها نظامها القانوني، إذ فيها يتقرر وجود العقد ومصيره. ومن هنا فإن دراسة هذه المفاوضات أصبحت على قدر كبير من الأهمية سواء من حيث مضمونها التقليدي الذي كان يسوده مبدأ حرية التعاقد أم من حيث تطورها عندما أنحسر هذا المبدأ لمصلحة مبدأ آخر هو مبدأ حسن النية الذي لم يعد مبدأ يفرضه القانون بمناسبة تنفيذ العقد فحسب وإنما أصبح أيضاً مبدأ تقرضه العدالة قبل القانون في نطاق تكوين العقد^(١).

ومع أقرارنا بأن المفهوم التقليدي للحرية التعاقدية قد تغير، فإننا نذهب أبعد من ذلك ونقول أن الاستناد إلى هذا التغيير ليس السبب فيه هو مبدأ حسن النية، وإنما الفكرة في ذلك هي أبعد وأكبر من مبدأ حسن النية، إذ تكمن في الاتجاه نحو موضوعية الإرادة التعاقدية، وهي ضرورة إعطاء الحرية العقدية بصورة لا تتقاطع مع المبادئ التي طرحتها فكرة الموضوعية، وهي استقرار المعاملات والعدل وكذلك عدم مخالفة النظام العام والآداب. وبعبارة أخرى نقول أن مبدأ حسن النية هو جزء متمم لفكرة الموضوعية، باعتبار أن حسن النية سيقوم القاضي بالتحقق من وجوده ومن الالتزامات التي يفرضها استناداً إلى مفهوم القانون الطبيعي بمفهومه الحديث ومتأثراً بمراعاة المصلحة العامة وبالعادة والأعراف والقواعد الدينية والأخلاقية والظروف الاجتماعية والاقتصادية. كل ذلك سيراعيه القاضي وبحسب كل دعوى على حدة قبل إصدار القرار القضائي في تحديد الالتزامات المفروضة على المتفاوضين وتقدير تحقق الإخلال بها.

فضلاً عن الالتزامات المتولدة عن الدخول في المفاوضات قد تثار تساؤلات مهمة في ظل تطور المفاوضات، فهل مازال كل شخص يتمتع بالحرية الكاملة في قطع المفاوضات العقدية؟ وهل ثمة إرادة في هذه المفاوضات تلزم من صدرت

(١) د. صبري حمد خاطر، قطع المفاوضات العقدية، بحث منشور في مجلة جامعة النهريين،

المجلد (١)، بغداد، ١٩٩٧م، ص ١٢٠

عنه بالتزام معين؟ ثم أي نوع من المسؤولية عن قطع المفاوضات يمكن اعتماده لتشكيل النظام القانوني له؟ وللإجابة عن هذه التساؤلات وغيرها سيقسم هذا البحث إلى المباحث الآتية:

المبحث الأول:- أثر الموضوعية في تحديد الالتزامات الناشئة عن مرحلة التفاوض
المبحث الثاني:- أثر الموضوعية في تحديد أساس ومصدر التزامات الأطراف في
مرحلة المفاوضات

المبحث الثالث:- أثر الموضوعية في قطع المفاوضات العقدية

المبحث الأول

أثر الموضوعية في تحديد الالتزامات الناشئة عن مرحلة

التفاوض

برزت العديد من الالتزامات في العصر الحديث على المتفاوضين، بناء على جهود فقهية كان أبرز من بذلها الفقيه الفرنسي JUGLART. فقد خلص بعد دراسة النصوص القانونية والقرارات القضائية إلى وجود التزامات ومن بينها الالتزام بتقديم المعلومات في نطاق العقود، بيد أنه لم يجعل من هذا الالتزام مبدئاً عاماً وإنما قال بوجوده في حالتين^(١):

أولهما: حالة تدخل المشرع وفرضه هذا الالتزام على الأشخاص بموجب نص قانوني.

ثانيهما: حالة استنباط وجود مثل هذا الالتزام من خلال شروط العقد أو أن يشتمل العقد شرطاً صريحاً بهذا الخصوص.

(١) للمزيد من التفاصيل ينظر:-

JAGLART, l obligation, de renseignement dans hes conurats Rey – trim,
de. Civ, 1945 P1 et s.

نقلاً عن:- د.صبري حمد خاطر، الالتزام قبل التعاقد بتقديم المعلومات، بحث منشور في

مجلة الحقوق، عدد خاص، ١٩٩٨م، ص ١٦٦

إلا أن تطور العلاقات العقدية وما تبعه من زيادة تدخل القضاء في تحقيق التوازن العقدي، وما يتمتع به القاضي من سلطة تقديرية في إلغاء الشروط التعسفية عندما يكون أحد المتعاقدين في مركز تعاقدى ضعيف يجعله عرضة لتعسف الطرف الآخر، كل ذلك مهد لظهور العديد من الالتزامات في فترة المفاوضات^(١).

أن الغاية من تحقيق تلك الالتزامات يتمثل بالآتي:-

حماية مبدأ حسن النية، ليس في نطاق تنفيذ العقد فحسب وإنما في نطاق تكوين العقد أيضاً. فمن شروط هذا المبدأ في تكوين العقد أن يلزم المتعاقدان في مرحلة المفاوضات العقدية بعدم كتمان المعلومات الضرورية للتعاقد.

حماية الرضا من عيوب الإرادة، وذلك من منظور جديد يتمثل بمرحلة ما قبل التعاقد، إذ على كل متعاقد أن يحرص على صدور رضا مستنير بالتعاقد. إذ أن الدور الذي تؤديه النية في تحركها الإرادي يرتبط بالأخلاق ارتباطاً وثيقاً، ومن المبادئ العامة التي فرضها تغلغل الأخلاق في مجال الروابط القانونية مبدأ الغش يفسد كل ما يقوم عليه، ولا يقتصر دور هذا المبدأ على مرحلة حياة العقد وتنفيذ الالتزامات الناشئة عنه، بل أنه يهيمن على الفترة السابقة على التعاقد ومنها مرحلة التفاوض أيضاً^(٢).

وفضلاً عما تقدم فإن ما يجافي العدالة أن تكون لدى أحد المتعاقدين معلومات ضرورية للطرف الآخر في العقد فلا يفضي له بها. ومن هنا سادت الفكرة بوجود التزام بتقديم المعلومات في مرحلة المفاوضات العقدية. وتظهر لنا فائدة دراسة تلك الالتزامات في نطاق القانون العراقي من منظور عام، حيث حرص المشرع في قانوننا المدني على حماية مبدأ حسن النية وجعل من التعسف في استعمال الحق مبدءاً عاماً لحماية المركز الضعيف عندما تختل المراكز العقدية^(٣). ومن ثم فإن وجود التزام في مرحلة المفاوضات العقدية بتقديم المعلومات في ظل هذا القانون ينسجم وحرص المشرع على حماية مبدأ حسن النية والحفاظ على التوازن العقدي. ولعل أقرار الالتزامات (التي سنذكرها) قبل التعاقد في العصر الحديث حيث يسود بيع الأشياء المستعملة كالسيارات والأدوات المنزلية ويستخدم الإعلان في عرض

(١) د. صبري حمد خاطر، الالتزام قبل التعاقد بتقديم المعلومات، مصدر سابق، ص ١٦٦.

(٢) د. سعد حسين عبد ملحم، التفاوض بالعقود عبر شبكة الانترنت، بحث منشور في مجلة كلية الحقوق بجامعة النهريين، المجلد (٨)، العدد (١٣)، ٢٠٠٥م، ص ٩٣.

(٣) ينظر على وجه الخصوص نص المادتين (١٥٠، ٧) من القانون المدني العراقي.

السلع بصورة كبيرة، يلبي ضرورة لوجود نظام يكون بمثابة وقاية ضد محاولة استغلال حاجة الناس بالاكنتفاء بعرض الأشياء والوقوف على الحياد دون تزويد المشتري بالمعلومات الخاصة بالشيء على النحو الذي يتمكن به من العلم فيما إذا كان هذا الشيء يلبي حاجته في التعاقد أم لا. الى جانب ذلك، فإن أقرار هذا الالتزام يتيح للشخص الفرصة في الحصول على التعويض إذا لحقه ضرر نتيجة عدم بذل من يتفاوض معه العناية اللازمة في تزويده بالمعلومات الضرورية لإبرام العقد، سواء في قطع المفاوضات العقدية لعدم حصوله على تلك المعلومات أم أبرم العقد دون أن يصدر منه رضا مستنير بالتعاقد. ومن أجل ذلك لابد من إيضاح فكرة مبدأ حسن النية وما يتضمنه من أجل تأصيل وجوده وإيجاد التبرير القانوني له.

تأتي فكرة حسن النية في سياق العلاقة بين القانون والأخلاق، فهي تشكل نقطة اتصال وامتزاج بينهما، والاعتداد بها يكفل موافقة القانون لقواعد الأخلاق على نحو أفضل، كما أنها تعتبر وسيلة مهمة لتطبيق القاعدة القانونية.

ونشير إلى أنه يتعذر إيجاد تعريف عام وموحد لفكرة حسن النية، حيث أن هذه الفكرة لا تتضمن مدلولاً واحداً، بل تدخل حيز القانون بمعنيين أو مفهومين مختلفين، أحدهما شخصي والآخر موضوعي، تدور حولهما سائر التطبيقات القانونية لهذه الفكرة.

حيث يأخذ القانون بالمفهوم الشخصي لهذه الفكرة عندما يعتد القانون بحسن النية باعتباره حالة نفسية أو ذهنية تتمثل في الجهل بواقعة أو ظرف ما، أو هي الاعتقاد الخطأ أو المغلوط الذي يتولد في ذهن شخص ما^(١). وبهذا المفهوم فإن فكرة حسن النية تبدو فكرة شخصية أو ذاتية تتسم بطابع سلبي محض، ويجري تعريفها على هذا النحو باعتبارها نوعاً من الجهل أو عدم العلم. وهذا المفهوم الشخصي هو المقصود بحسن النية في إطار قواعد الحيازة والالتصاق ودفع غير المستحق^(٢).

أما المفهوم الآخر الذي يهمننا في مدار البحث وهو المفهوم الموضوعي لفكرة حسن النية، فإنه يعتبر هذا المفهوم هو المعتمد في مجال الإرادة التعاقدية، والذي

(1) Loussouarn, rapport de synthese, precite, P.11

نقلاً عن:- د. محمد حسين عبد العال، التنظيم الاتفاقي للمفاوضات العقدية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٨م، ص ١٢٢

(2) Jourdain, rapport precite, P.121 – Ommeslaghe, rapport precite, P.26

نقلاً عن:- المصدر نفسه، ص ١٢٢

يتمثل بأن تكون فكرة حسن النية فكرة أخلاقية خالصة، تشكل قاعدة للسلوك تتطلب من الأشخاص مراعاة النزاهة والأمانة في معاملاتهم. وبهذا المعنى "فإن هذه الفكرة تصبح فكرة موضوعية لا شخصية، فهي ضابط أخلاقي للسلوك يجري تقديره على نحو موضوعي ومجرد، وفقاً للسلوك الحسن الذي تقتضيه الحياة في المجتمع"^(١).

أن مبدأ حسن النية بمعناه الموضوعي المتقدم – أي باعتباره قاعدة للسلوك- هو الذي يفرضه القانون كلما تعلق الأمر بتفسير العقود أو تنفيذ الالتزامات الناشئة عنها والمعتاد في هذه الأحوال أن يتقرر هذا المبدأ بمقتضى نص قانوني صريح^(٢). أما بالنسبة إلى المرحلة السابقة على التعاقد فغالباً لا يوجد نص خاص يفرض صراحة حسن النية في العلاقات بين الأطراف في هذه المرحلة.

ولما كان هذا المبدأ يتسم بطابع أخلاقي مفرط، كما تبدو حدوده غامضة للغاية عند ترتيب آثار مباشرة عليه في دائرة القانون الوضعي، لذا فإن ضرورات الصياغة القانونية تقتضي إعطائه مضموناً أكثر تحديداً، فلا يمكن لفكرة حسن النية أن تؤتي أثرها الأخلاقي في مجال الروابط قبل التعاقدية إلا من خلال قواعد ومفاهيم واضحة ومحددة. عليه فإن على المشرع العراقي أن يفرض الأخذ بمبدأ حسن النية بوصفه قاعدة للسلوك بمفهومه الموضوعي على الأطراف المتفاوضة أن تراعيه عند التفاوض. ومن ثم سيجد المتفاوضون لهم سنداً في محاسبة من يخالف الالتزامات التي يفرضها حسن النية عند التفاوض. وعليه نقترح على المشرع العراقي تعديل نص المادة (١٥٠) من القانون المدني العراقي لتكون على النحو الآتي:- "١- يجب على المتفاوضين للتعاقد أن يلتزموا بما يفرضه مبدأ حسن النية من التزامات ٢- يجب تنفيذ العقد طبقاً لما أشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية ٣- ولا يقتصر العقد على أضرار المتعاقد.....".

ومن هنا سيفرض هذا المبدأ على كل واحد من المتفاوضين واجب القيام بعمل ايجابي يتمثل بالتعاون مع المتفاوض الآخر والإدلاء له بالتفاصيل كافة حول العقد المراد إبرامه بما يكون لدى هذا المتفاوض الرضا المستنير بالتعاقد أو يوصله إلى قناعة تامة بالعدول عن المفاوضات على اعتبار أن التعاقد ليس في مصلحته.

(١) المصدر نفسه، ص ١٢٢.

(٢) وهذا هو شأن نص المادة (١٥٠) من القانون المدني العراقي والمادتين (٣/١١٣٤) و

(١١٣٥) من القانون المدني الفرنسي والمادة (١/١٤٨) من القانون المدني المصري

وهكذا نجد "بعد أن كان المفهوم التقليدي لمبدأ حسن النية ذو طبيعة سلبية تتمثل في عدم العث والخداع أو التضليل، فإن هذا المبدأ أصبح في الوقت الحاضر ذو طبيعة ايجابية، وهذا من شأنه أن يخلق أساس قانوني للمسؤولية هو ضرورة استناد المعاملات إلى الأمانة والأخلاق والثقة"^(١).

أن سيادة مبدأ حسن النية بهذا المفهوم الايجابي في مرحلة المفاوضات سيقبل من حدوث المنازعات في مرحلة تنفيذ العقد وأن من مقتضيات الالتزام بحسن النية امتناع طرفي المفاوضات عن قطعها دون مبرر مشروع. إذ الالتزام بحسن النية قد يتمخض عنه التزام آخر هو التزام الاستمرار بالتفاوض، لكن الاستمرار بالتفاوض لا يعني ألام المتفاوضين بالوصول إلى أبرام العقد، لأن القول بذلك يعني مصادرة مبدأ حرية التعاقد، إذ قد يجد أحد المتفاوضين أن العقد ليس في مصلحته من الناحية الفنية أو الاقتصادية، فالالتزام بالتفاوض يؤخذ هنا بمعناه السلبي وهو الامتناع عن مخالفة حسن النية في التعامل، ومنه ذلك الامتناع عن إجراء مفاوضات مع الغير المنافس طوال المدة التي تستغرقها المفاوضات^(٢).

وتجدر الإشارة إلى أن هنالك العديد من الالتزامات المكملة أو المساعدة للالتزام بالتفاوض بحسن نية، والتي يقصد بها "تلك الالتزامات الإضافية التي تتفرع عن الالتزام بحسن النية وتقوم بجواره جنباً إلى جنب، حتى يتم التفاوض على أكمل وجه"^(٣).

وقد أسفرت دراستنا عن استخلاص عدد من الالتزامات واجبة الاحترام بداية في مرحلة التفاوض، أياً كانت الطبيعة القانونية للمسؤولية المدنية للمتفاوض، "حيث أن الفقه والقضاء يعتبران هذه الالتزامات أساساً لعملية التفاوض ذاتها، ثم

(١) د. صابر محمد عمار، المفاوضات في العقود التجارية الإلكترونية، بحث منشور في موقع

منتدى المحامين على شبكة الانترنت، منتدى المحامين، تاريخ النشر ٢٠٠٢/٢/٤، ص ٩

<http://www.mohamoon.com>

(٢) د. محمد إبراهيم دسوقي، الجوانب القانونية في إدارة المفاوضات وإبرام العقود، الرياض،

١٩٩٥م، ص ٩٤؛ د. سعد حسين عبد ملحم، مصدر سابق، ص ٩٣

(٣) د. عبد العزيز المرسى حمود، الجوانب القانونية لمرحلة التفاوض ذو الطابع التعاقدية

"دراسة مقارنة"، بدون دار نشر، مصر، ٢٠٠٥م، ص ٧٥

يتشعبون إلى فرق مختلفة بشأن بيان الطبيعة القانونية للمسؤولية المترتبة على مخالفة هذه الالتزامات" (١).

ومن ثم فإن تنفيذ الالتزام الأساسي وهو الالتزام بحسن النية يقتضي احترام الطرفين التزامات أخرى ثانوية تتفرع عنه وتقوم بجواره، حتى يتم التفاوض على أكمل وجه، وتتمثل تلك الالتزامات بالتعاون والنصح والأعلام والمحافظة على الأسرار، واتفق مع جانب من الفقه (٢) في أن الالتزامات التي ذكرناها هي على سبيل المثال وليست على سبيل الحصر، إذ يمكن أن يضاف إليها أي التزام أخر يستلزمه التفاوض على العقد بحسن نية وأدناه سنوضح مفهوم تلك الالتزامات:

الالتزام بالتعاون تقوم فكرة المفاوضات العقدية أساساً على التعاون المشترك فيما بين أطراف التعاقد للوصول إلى الاتفاق الذي سيجسد بالعقد، لذلك فإن التزام المتفاوض بالتعاون يعتبر التزاماً أساسياً، إذ ينبغي أن يحدد أغراضه وأهدافه من العقد الساعي إليه والاحتياجات الفعلية لديه، ويبدو ذلك بوضوح في العقود الفنية كأفة مثل برامج الحاسب الآلي، ولو أحتاج الأمر الاستعانة بخبير لدى الشركات المتخصصة. ويمكن للعميل أن يطلب من المورد الإيضاحات الكافية في هذا الشأن. وقضي بأن تقصير العميل في التحري الذي يؤثر في اختياره ويؤدي إلى حصوله على أجهزة لا تتناسب مع احتياجاته الحقيقية يؤدي إلى انعقاد مسؤوليته عن الإخلال بالتزامه (٣) ويتحمل العميل مسؤولية تقصير المقاول في إنجاز مهمته متى ثبت أن هذا التقصير راجع إلى إخلال العميل بالتزامه بالتعاون.

ويظل الالتزام بالتعاون قائماً طوال مرحلة التفاوض بغية الوصول إلى النتيجة المرجوة، ولا تتدرج صور التعاون تحت حصر، فكل ما يحتاجه سير العملية التفاوضية فهو لازم، مثل المواظبة على مواعيد التفاوض والجدية في مناقشة العروض المقدمة.

(١) د. محمد حسام محمود لطفي، المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض، القاهرة، ١٩٩٥م،

ص ١٤

(٢) د. عبد العزيز المرسي حمود، مصدر سابق، ص ٧٥

(3) Com. 7 Jan. 1997 G.P 1998 1.54 note Godet

نقلاً عن: د. محمد حسين منصور، أحكام البيع التقليدية والإلكترونية والدولية وحماية

المستهلك، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠٠٦م، ص ٤٠

الالتزام بالأعلام يتعين على المتفاوض الإفضاء إلى الطرف الآخر بكل ما لديه من بيانات ومعلومات تتعلق بالعقد موضوع التفاوض حتى تستتير أرادة المتعاقدين. ويجب الإدلاء بالمعلومات كافة مادامت لها أهميتها في التعاقد، حتى يتسم التفاوض بالشفافية ويرتكز على المصارحة والمكاشفة^(١).

فهذه البيانات تدور حول مدى ملاءمة العملية التعاقدية المقترحة من كل النواحي، خاصة إذا كانت العملية المقترحة تحتاج إلى تخصص فني دقيق غير متوافر في المتفاوض. ولذلك إذا صدر رضا من المتفاوض بعد تزويده بهذه البيانات فإن رضاه يوصف بأنه رضا مستتير، ومن ثم لا يستطيع بعد ذلك الاحتجاج بأنه وقع في غلط. إذ قد يؤدي حجب هذه المعلومات عن المتفاوض إلى أن تتولد لديه ثقة غير حقيقية بالمفاوضات، أي أنه يقوم في نفسه وهم بأن المفاوضات ستنتج وتؤدي إلى إبرام العقد، في حين أن الحقيقة خلاف ذلك، مما يؤدي إلى ضياع الوقت والجهد والمال.

ونشير إلى أنه نتيجة لضرورات الحياة الحديثة ومتطلباتها، اقتضت الظروف العصرية حتمية وجود هذا الالتزام في ميدان التعامل وتوسيع نطاقه وتعميمه على جميع أنواع العقود متى توافرت مبررات وجوده وأسبابه، وذلك رغبة في الحد من عدم المساواة في المعرفة والدراية بين أطراف العلاقة التعاقدية، خصوصاً إذا عرفنا أن جمهوراً كبيراً من المتعاملين لم تعد لديهم الخبرة الكافية للإلمام بظروف التعاقد وملاساته في مواجهة منتج محترف ذي علم ودراية واسعة تراكمت لديه نتيجة خبرة طويلة في مجال التعامل^(٢).

ونشير إلى أن هذا الالتزام ليس بالالتزام مطلق في مضمونه، بل يقتصر على حد معين من المعلومات المتصلة بالعقد التي تكون مؤثرة في رضا المتعاقد الآخر الذي يجهل هذه المعلومات جهلاً مشروعاً ولا يملك وسائل للاستعلام عنها من

(١) د. محمد حسين منصور، مصدر سابق، ص ٤٠

(٢) أمانج رحيم أحمد، حماية المستهلك في نطاق العقد "دراسة تحليلية مقارنة"، أطروحة

دكتوراه مقدمة إلى مجلس كلية القانون والسياسة في جامعة السليمانية، ٢٠٠٨م، ص ٢٩

جانبه^(١)، كما يقيد هذا الالتزام في الحالات التي يكون فيها المدين به ملزماً بعدم إفشاء المعلومات والبيانات التي تعد سرية استناداً إلى حكم قانوني أو اتفاق^(*). كما أن هذا الالتزام لا يخص عقداً معيناً من العقود، على الرغم من أن أهميته قد تظهر بشكل متزايد في بعض العقود كالتالي تقوم على أساس الثقة بين طرفيها ولاسيما في عقود المستهلكين الذين يولون ثقة كبيرة بالمنتجين بوصفهم محترفين تتوافر لديهم مقومات العلم والدراية بما يوجب عليهم الالتزام بأعلامهم عن مخاطر استخدام السلع التي يتعاملون بها وتكون معقدة فنياً وذلك حماية لأمن المستهلك وسلامته.

وعلى الرغم من أن من شأن الالتزام بالأعلام قبل التعاقد أن يؤدي إلى حماية رضا المدين من الوقوع في أحد عيوب الرضا، لكنه لم ينشأ بالأصل لحماية الرضا، بل أن الهدف الرئيس من إقراره هو لتحقيق قدر من التوازن بين طرفي العقد عند تحديد الحقوق والالتزامات بينهما وفي مواجهة الاختلال الفادح بينهما^(٢)، خصوصاً إذا عرفنا بوجود حالات تعجز فيها النظريات التقليدية من تحقيق هذا التوازن.

انطلاقاً مما ذكر، يمكن القول أن الالتزام بالأعلام قبل التعاقد هو التزام مستقل عن غيره من الالتزامات التي تتشابه معه ولاسيما في إطار نظرية عيوب الرضا، إذ من الممكن أن نتصور نشوء المسؤولية المدنية عن الإخلال بالالتزام بالأعلام قبل التعاقد على الرغم من عدم تعيب الإرادة أصلاً^(٣)، كما نجد أن هنالك اختلافاً جوهرياً بين حماية الطرف المذعن في عقود الإذعان وبين الحماية المقررة

(١) د. عبد العزيز المرسي حمود، مصدر سابق، ص ٨٧

(*) أشار الدكتور محمد إبراهيم دسوقي إلى أن المحافظة على المعلومات السرية تعلق على الالتزام بالإعلام قبل التعاقد على أساس أن هذا الالتزام يمتنع قيامه في هذه الحالة أما بنص القانون الذي يلزم بالمحافظة على الأسرار، أو بموجب الاتفاق ما لم يكن مخالفاً للنظام العام.

ينظر:- د. محمد إبراهيم دسوقي، مصدر سابق، ص ١٥٣ وما بعدها

(٢) ينظر:- د. حسن عبد الباسط جميعي، حماية المستهلك / الحماية الخاصة لرضاء المستهلك في عقود الاستهلاك، ط ١، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٦م، ص ٢١.

(٣) د. محمد إبراهيم دسوقي، مصدر سابق، ص ٢١.

للمستهلك من خلال أزام المتعاقد معه بالأعلام قبل التعاقد، وليس بالضرورة أن يكون عقد الاستهلاك من عقود الإذعان دائماً^(**).

وعليه فإنه قد أصبح من الضروري أن يتعرض المشرع إلى الإذعان في صورته الجديدة، وذلك بأن يأتي بنصوص واضحة وصريحة تفرض على المحترف منتجاً كان أو موزعاً التزاماً واضحاً ومحددأ بأعلام المستهلك بشكل كامل عن جميع المعلومات التي تمس عناصر العقد وجوهره متى كان المستهلك عاجزاً عن الإلمام بهذه المعلومات بوسائله الخاصة.

وتجدر الإشارة إلى أن البعض^(١) يرى عدم ضرورة الاعتراف بالالتزام قبل التعاقد كالتزام مستقل، لأن النصوص القانونية الخاصة بنظرية عيوب الرضا ونظرية ضمان العيوب الخفية قد كفلت توفير الحماية القانونية اللازمة للمتعاقد. بينما يرى جانب آخر من الفقه^(٢) أن هذه النظريات التقليدية قاصرة عن توفير الحماية الكافية للمتعاقد الضعيف بسبب شدة شروط تطبيقها وصعوبة الإثبات، فمثلاً لكي يستطيع المتعاقد أن يستفيد من الحماية التقليدية التي وفرتها نظرية الغلط يجب عليه أن يثبت وقوعه في الغلط في صفة جوهرية للشيء المتعاقد عليه وأن يتصل الغلط بعلم المتعاقد الآخر الذي يستوجب إثبات علم هذا الأخير بالغلط أو

(***) لا يوجد في نصوص القانون المدني العراقي والمصري والفرنسي أي حماية للطرف المدعن في مرحلة المفاوضات السابقة على التعاقد، بل أن حماية الطرف المدعن في القانون المدني العراقي تتم من خلال منح القاضي صلاحية تعديل الشروط التعسفية في العقد أو إعفاء الطرف المدعن منها، أو من خلال تفسير الغموض في العقد لمصلحة الطرف المدعن.

ينظر: - نص المادة (١٦٧) من القانون المدني العراقي التي جاءت في فقرتها الثانية والثالثة بما يأتي "٢- إذا تم العقد بطريق الإذعان وكان قد تضمن شروطاً تعسفية، جاز للمحكمة أن تعدل هذه الشروط أو تعفي الطرف المدعن منها وذلك وفقاً لما تقضي به العدالة ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك. ٣- ولا يجوز أن يكون تفسير العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضاراً بمصلحة الطرف المدعن ولو كان دائماً".

(١) أمانج رحيم أحمد، مصدر سابق، ص ٣٦.

(٢) د. حسن عبد الباسط جميعي، مصدر سابق، ص ٢٢.

كان من السهل عليه العلم به^(١). في حين نجد أن الالتزام بالأعلام قبل التعاقد قد يزيل هذه الصعوبة إذا أستطاع المتعاقد أن يثبت أن سبب وقوعه في الغلط هو عدم قيام المتعاقد الآخر بأعلامه بالمعلومات والبيانات الضرورية وقت إبرام العقد. فضلاً عن ذلك، أن الالتزام بالأعلام قبل التعاقد يؤدي دوراً وقائياً يترتب على الوفاء به استقرار المراكز القانونية الناجمة عن العقد، في حين نجد بموجب القواعد المنظمة لعيب الغلط أن العقد يعد موقوفاً قابلاً للنقض^(٢)، وأن هذا الجزاء لا يعد الحل الأمثل لمشاكل المستهلك الذي يريد الحصول على سلعة جيدة أو تمتع بخدمة جيدة.

الالتزام بالمحافظة على السرية يعد الالتزام بالمحافظة على السرية من أهم الالتزامات التي يحرص عليها أطراف التفاوض، سواء أدت المفاوضات إلى إبرام العقد النهائي أم لا، ولا يقصد بالسرية أن تكون المفاوضات غير علنية تجري في طي الكتمان، بل السرية في المعلومات الفنية أو الهندسية أو الكيمياوية التي أتاحت المفاوضات للمتفاوض الاطلاع عليها^(٣). ويعني هذا الالتزام امتناع المتفاوض الذي أطلع على هذه المعلومات من إفشائها للغير أو الاستفادة منها أو استغلالها لمنفعته، إذا كان ذلك يلحق الضرر بالمفاوض الآخر الذي تعلق به هذه المعلومات^(٤).

ويكتسب هذا الالتزام أهمية خاصة في مفاوضات عقود نقل المعرفة الفنية، ففي هذه العقود يدفع طالب المعرفة ثمناً باهظاً في سبيل الحصول عليها، وهو لا يرضى هذا الثمن الباهظ، إلا بعد معرفته بأسرار هذه المعرفة لكي يوازن بين ما يدفعه من ثمن من أجل الحصول عليها وبين المنافع التي ستعود عليه، ومدى ملاءمة هذه المعرفة للغرض الذي يبيغيه من وراء التعاقد، فيكشف مالك المعرفة

(١) ينظر نص المادتين (١١٨) و (١١٩) من القانون المدني العراقي

(٢) د. عبد المجيد الحكيم / عبد الباقي البكري / محمد طه البشير، الوجيز في نظرية

الالتزام، ج ١، مصادر الالتزام، بغداد، ١٩٨٠م، ص ١١٥

(٣) د. سعد حسين عبد ملحم، مصدر سابق، ص ٩٦

(٤) د. صابر محمد عمار، مصدر سابق، ص ١٠

بعضاً من أسرارها التي إذا ما أفضيت للغير أو أستعملها المفاوض لمنفعته، أصيب مالكا بالضرر^(١).

الأصل حسب القواعد العامة أن الشخص لا يلتزم بالمحافظة على سرية المعلومات التي علمها، إلا إذا وجد نص قانوني أو اتفاق يلزمه بالمحافظة على سرية هذه المعلومات^(٢). ولا يوجد نص في القانون المدني العراقي يلزم المتفاوض بالمحافظة على سرية المعلومات التي عرفها أثناء المفاوضات، إلا إذا اتفق طرفا المفاوضات على التزام كل منهما بعدم إفشاء المعلومات التي علمها أثناء المفاوضات أو استعمالها لمصلحته، وعندئذ يكون الاتفاق هو مصدر هذا الالتزام، وسواء أبرم هذا الاتفاق أثناء المفاوضات أو نص عليه في شكل شرط من شروط العقد النهائي أو أبرم في فترة لاحقة على أبرام العقد النهائي. لكن ما الحكم إذا لم يوجد اتفاق على إنشاء هذا الالتزام. هل يعني هذا عدم ألزام المفاوض بالمحافظة على سرية المعلومات التي علمها؟

أن غياب الاتفاق على هذا الالتزام لا يؤثر في وجوده، فالأساس أو مصدر الالتزام بالمحافظة على سرية المعلومات هو مبدأ حسن النية^(٣).
ويثار التساؤل في هذا المجال وهو، هل أن جميع المعلومات التي عرفها المتفاوض أثناء المفاوضات تكون محلاً لهذا الالتزام أم أن هذا الالتزام يقتصر على معلومات معينة بذاتها؟

(١) د.محسن شفيق، نقل التكنولوجيا من الناحية القانونية، مركز البحوث والدراسات القانونية

والتدريب المهني القانوني، جامعة القاهرة، ١٩٨٤م، ص ٦٣

(٢) من أمثلة النصوص القانونية التي تكون مصدراً لهذا الالتزام: نص المادة (٩٠٩) من

القانون المدني العراقي التي تلزم العامل بأن يحتفظ بأسرار رب العمل الصناعية والتجارية حتى بعد انقضاء عقد العمل. ونفس هذا الالتزام قرره المادة (٣٥/أولاً) من قانون العمل ذي الرقم (٧١) لسنة ١٩٨٧ بنصها على "يحظر على العامل أن يفشي الأسرار التي يطلع عليها بحكم عمله حتى بعد تركه العمل".

وكذلك نص المادة (١/٤٦) من قانون المحاماة ذي الرقم (١٧٣) لسنة ١٩٦٥م التي نصت على أنه "لا يجوز للمحامي إفشاء سر أو تمن عليه أو عرفه عن طريق مهنته ولو بعد انتهاء وكالته إلا إذا كان من شأنه منع ارتكاب جريمة".

(٣) د.سعد حسين عبد ملحم، مصدر سابق، ص ٩٧

لا يشمل هذا الالتزام جميع المعلومات بل أنه يقتصر على نوعين من المعلومات (١):

النوع الأول: هي المعلومات التي أسبغ عليها صاحبها طابع السرية.
النوع الثاني: هي المعلومات التي تكون بطبيعتها غير قابلة للنشر أو الإعلان.
 ويقدر قاضي الموضوع حسب ظروف كل قضية هل أن المعلومات التي أعلنها المفاوض هي من نوع المعلومات التي يقتضي مبدأ حسن النية أن يشملها الالتزام بالمحافظة على السرية.

المبحث الثاني

أثر الموضوعية في تحديد أساس ومصدر التزامات الأطراف في

مرحلة المفاوضات

سنحاول من خلال هذا المبحث بيان أساس الالتزامات المساعدة أو المكملة بالتفاوض بحسن نية أولاً، ومن ثم نبين مصدر التزامات الأطراف في مرحلة المفاوضات ثانياً. مبينين من خلال ذلك تأثير مفهوم موضوعية الإرادة في ذلك. وعليه سيقسم هذا المبحث الى المطلبين الآتيين:-

المطلب الأول: أساس الالتزامات المساعدة أو المكملة بالتفاوض بحسن نية
المطلب الثاني: مصدر التزامات الأطراف في مرحلة المفاوضات

(١) المصدر نفسه، ص ٩٨

المطلب الأول

أساس الالتزامات المساعدة أو الكملة بالتفاوض بحسن نية

إن المقصود بالأساس اصطلاحاً يحتاج إلى تحديد مدلوله العام، فالأساس القانوني لنظام ما أو لمسألة معينة هو تفسير ذلك النظام أو تلك المسألة وفقاً لقاعدة من القواعد أو مبدأ من المبادئ القانونية السائدة في مجتمع معين^(١).

إن البحث عن أساس الالتزامات المساعدة أو الكملة هو من المواضيع المهمة، خاصة وأن التشريعات لم تتدخل لتنظيم هذه الالتزامات في مرحلة ما قبل التعاقد، ويسجل دقة هذه المسألة وأهميتها تعدد الأفكار والآراء التي قيلت في شأنها، إذ اختلف فقهاء القانون في تحديد أساسها، فمنهم من فسرها بأنها قواعد الأخلاق، ومنهم من أسندها إلى مبدأ الثقة في المعاملات، ومنهم من قال إن أساسها التخريب مع الغين. وجميع هذه الآراء يمكن اعتبارها تطبيقات لفكرة حسن النية، حيث أن مبدأ حسن النية يتضمن ما يأتي:

١. قواعد الأخلاق:

ذهب جانب من الفقه^(٢) إلى أن أساس الالتزامات المساعدة أو الكملة للتفاوض هي قواعد الأخلاق. والحقيقة أن المتعاقد لا يلتزم في الأصل - تجاه المتعاقد الآخر إلا بما ارتضاه على نفسه من التزام، وأن القول من ثم بوقوع التزام على عاتق المتفاوض بأخبار الطرف المقابل بكل ما يتعلق بالعقد لهو أمر غير مقبول مبدئياً، وذلك لأن هذا من باب إلزام الشخص بالدفاع عن مصالح غيره على حساب مصالح نفسه، فضلاً عن أن من واجب كل من يروم الأقدام على عقد أن يتحرى بنفسه عن ظروفه، أما الأخبار والنصيحة والمشورة المقدمة للطرف المقابل فأنها واجبات أخلاقية لاتصل إلى مرتبة الإلزام القانوني.

ولكن وعلى الرغم من ذلك - ومثلما وضعنا سابقاً - فإن الفقه يذهب إلى أن هناك التزاماً حقيقياً يقوم على عاتق المتفاوض بأن يحيط الطرف الآخر علماً بما لديه من المعلومات والبيانات المتعلقة بالعقد المنوي إبرامه، وأن أساس هذا الالتزام هو قواعد الأخلاق.

(١) سعدي إسماعيل البرزنجي، الاشتراط لمصلحة الغير، رسالة ماجستير، جامعة بغداد،

١٩٧١م، ص ١٤٧

(٢) د. محمد إبراهيم دسوقي، مصدر سابق، ص ٧٦

فإذا سلمنا بأن لكل متعاقد أن يسعى للدفاع عن مصالح نفسه، وبأن هذا قد يؤدي إلى قيام الصراع بين أرادتين تسعى كل منهما إلى الحصول على أكبر نفع ممكن مقابل ذلك التضحية بأقل ما يمكن، وهذا أمر مفيد محمود من حيث أنه يعطي الدافع إلى النشاط والحركة في المجتمع، فإنه لا بد من اشتراط أن يكون هذا الصراع في حدود قواعد الأخلاق ولا يتجاوزها فيكتم عن المتعاقد الآخر ما يهيمه من أمور. هنا كان تفسير الالتزامات المساعدة أو المكملة قبل التعاقد بأنه طريقة من طرائق مظاهر حماية قواعد الأخلاق في نطاق العقود قبل أن يكون حماية للإرادة ذاتها من التدليس أو الوهم^(١).

ويلاحظ أن هنالك اتجاهًا متزايداً لدى القضاء^(٢)، نحو استخدام حسن الأخلاق في التعامل باستقامة وصدق معتاد، وحسن النية لتكوين واجب الحرص والعناية المعقولة عند التعامل وترجع جذور ذلك إلى قانون العدالة. وقد أقرت محكمة النقض المصرية مبدأ حسن النية عند التعاقد عندما أرست قاعدة أن الغش يبطل التصرفات استناداً إلى احترام حسن النية في المعاملات^(٣).

٢. الثقة:

يرى جانب من الفقه^(٤) أن أساس الالتزامات المساعدة أو المكملة قبل التعاقد هو الثقة التي يوليها كل من المتعاقدين للآخر. أي حيث يسلم أحدهما زمام أموره للآخر تقوم في شخصه تلك الثقة، فعلى سبيل المثال إذا اشترى شخص لوحة من تاجر بوصفه خبيراً في هذا الشأن فإن كل ما يصدر من هذا الخبير يكون محلاً للثقة من جانبه، وكذلك الحال بالنسبة إلى ثقة الشخص بمحاميه الذي ينصحه باستبدال صيغة معينة للتعاقد بصيغة أخرى. فعند إبرام عقد بين طرفين غير متساويين في القدرة على المناقشة والحصول على الحقائق، وبحكم الضرورة يضع الطرف الأقل قدرة ثقته في الطرف الآخر ويأتمنه ويعتمد عليه، حينئذٍ يجوز

(١) المصدر نفسه، ص ٧٦

(٢) نقلاً عن:- اواز سليمان دزه يي، الالتزام بالإدلاء بالمعلومات عند التعاقد، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى مجلس كلية القانون بجامعة بغداد، ٢٠٠٠م، ص ٤٨

(٣) نقض مصري في ١٩٥٦/٢/٩م، مجموعة المكتب الفني، السنة ٧، رقم ٢٣، ص ١٦٨ - ١٦٩ - نقض مدني في ١٩٧٩/٥/٢١م، مجموعة المكتب الفني، السنة ٣٠، رقم ٢٥٨، ص ٣٩٩ - ٤٠٠

(٤) د. سهير منتصر، الالتزام بالتبصير، دار النهضة العربية، مصر، ١٩٩٠م، ص ٥٧

للمحكمة أن تفرض واجباً أشد على الطرف الأكثر قدرة في مطالبته بإيضاح كامل المعلومات المتصلة بمحل العقد، وخاصة تلك التي لا يتاح العلم بها للطرف الأقل قدرة على استنباطها. وأصبحت المصطلحات التي تعني الثقة والائتمان مرنة بقدر أعطى للمحاكم أمكانية معقولة للعمل على امتداد واجب الإيضاح والإفصاح عن طريق صياغة علاقات ائتمانية خاصة بكل حالة على حدة^(١).

أن الأشخاص الذين توضع فيهم الثقة هم مدينون لهؤلاء الذين وضعوا فيهم الثقة بالتصرف بحسن النية التامة، والقيام بكشف تام لكل الحقائق المادية المعروفة لهم والتي يمكن اعتبارها أنها تؤثر في التعامل بينهم.

واليوم نجد أنه يعتبر من الأمور الضرورية والمهمة جداً القيام بفرض الالتزام بالإدلاء بالمعلومات على عاتق الطرف المهني عند إبرامه للعقد مع طرف غير مهني (عادي)، لأننا نعلم أنه لا يوجد هناك تناسب بين الطرفين فيما يتعلق بالمعلومات المتوفرة لدى كل منهما حول موضوع العقد، والذي يمكن أن نعتبره هو الأساس في زيادة قبول تبرير ثقة الطرف العادي بالطرف المهني.

وعلى العموم، فإن بيوع الأمانات التي أقتبسها التقنين المدني العراقي من الفقه الإسلامي هي أوضح أمثلة للالتزام بالإدلاء بالمعلومات اللازمة على أساس من الثقة، لأن من يشتري سيارة من شخص بالثمن الذي اشتراها به هذا، ثم يتبين أنه كان قد اشتراها بثمن أقل مما أدلى به للمشتري، فإن لهذا الأخير حق فسخ العقد أو طلب الفرق بين الثمن المسمى والثمن المدلى به لأنه تعاقد معه على أساس الثقة.

٣. تعويض التدليس:

يذهب الفقيه (stark) إلى أن أساس الالتزامات المساعدة أو المكملّة في مرحلة ما قبل التعاقد هو ذو وجهتين^(٢):

(إحداهما) أساس مشتق من الخداع (التدليس) والذي يمكن أن يكون مشكلاً بواسطة صمت أحد الأطراف، وهو بهذه الطريقة يخفي على المتعاقد الآخر حدثاً، لو كان قد عرفه لأمتنع عن التعاقد. وبذلك فإن حسن النية يتطلب حداً أدنى من

(١) د. السيد محمد السيد عمران، حماية المستهلك أثناء تكوين العقد، منشأة المعارف، مصر،

١٩٨٦م، ص ٩٩

(2) Stark, droit civil, obligation, contract et quast contract, Paris, 1986, P.93

نقلاً عن: أواز سليمان، مصدر سابق، ص ٥٣

الكشف عن المعلومات قبل أن يرتبط الطرفان بالعلاقة التعاقدية، خاصة عندما يكون هناك عدم تساو بين الأطراف والذي قد يكون نتيجة الاختلاف في المستوى الاقتصادي أو الكفاءة المهنية لأحدهم. فإذا سكت المدين ولم يقد بتزويد دائنه بالمعلومات الضرورية فإنه بذلك يقوم بمناورات تدليسية. وهذا ما قضت به محكمة تمييز لبنان إذ ذكرت "أن المناورات قد تكون ايجابية وقد تكون في بعض الحالات سلبية كالكسوت في معرض وجوب التكلم وذكر الحقيقة"^(١). وأن الأساس لوجوب التكلم وعدم الكتمان هو حسن النية المنطوية على فكرة الأمانة.

(ثانيهما) أساس يتعلق بالتعويض عن الضرر الذي ينشأ نتيجة الإخلال بالإدلاء بالمعلومات قبل التعاقد.

قد يؤدي الإخلال بالالتزامات المفروضة في مرحلة المفاوضات العقدية إلى قطع المفاوضات دون إبرام العقد، ومن ثم لا يمكن ردها إلى التغير الذي ينصب على الرضا باعتباره ركناً في العقد ليكون عيباً من عيوبه، كما أن شروط هذه الالتزامات تختلف عن شروط التغير، ولا نعتقد كذلك أن يكون لهذا الالتزام أكثر من أساس، فلا يبدو ذلك منطقياً "لأن تغيير الأساس يقود إلى تغيير في جوهر الالتزام ذاته"^(٢).

أن ما يقيم القوة الملزمة للعقد ليس التشريع فقط، بل أن هناك القواعد التي تتضمن القيم الخلقية والوفاء بالعهد أيضاً، ومن هذا المنطلق فإن وجود بعض العناصر الأساسية للعقد حتى وأن لم يكن قد أكتمل بعد يوجب مراعاة الجانب الأخلاقي في المحادثات.

وكذلك فإن قواعد العرف قد تفرض قواعد أخلاقية للحياة القانونية، فيوجد في المعاملات المدنية التزامات طبيعية ولدت (نشأت) من وصول الواجبات الأخلاقية إلى القانون.

فمجال الحياة العملية يكون خاضعاً أحياناً لبعض العناصر أكثر إلحاحاً من القواعد القانونية الصريحة، وذلك بسبب متطلبات الحياة العملية، "فالحياة

(١) القرار ذي الرقم (٤٧) بتاريخ ١٥/٣/١٩٧٤

(٢) أواز سليمان، مصدر سابق، ص ٥٦

الاجتماعية لا تتغذى فقط من الثقة التي تنسجها (تتطلبها) قواعد النصوص القانونية، بل هي تفرض كل يوم، أكثر مما تستحقه هذه العمليات" (١) .
ولما تقدم فإن الالتزامات المساعدة أو المكملة ستعتبر التزامات مستقلة وأساسها فكرة موضوعية الإرادة التعاقدية، باعتبار أن الإرادة المطلقة لم يعد لها وجود، وإنما هنالك إرادة مقيدة بالنصوص القانونية الآمرة وبالأفكار الاجتماعية وبتحقيق المصلحة العامة وتحقيق العدل، ومن طرائق الوصول إلى العدل الالتزام بمبدأ حسن النية.

المطلب الثاني

مصدر التزامات الأطراف في مرحلة المفاوضات

ترتبط الالتزامات الناشئة عن المفاوضات ارتباطاً وثيقاً بتحديد طبيعة المفاوضات، هل هي مجرد وقائع مادية ومن ثم لا تنشأ عنها التزامات إلا للالتزامات التي يقتضيها الواجب العام القاضي بعدم الانحراف عن المسلك المعتاد والمألوف على نحو يلحق الضرر بالغير (المسؤولية التقصيرية)، أم أن الإرادة تظهر في المفاوضات فتضفي عليها وصف التصرفات القانونية التي ترتب التزامات على طرفي المفاوضات لتفعيل المفاوضات باتجاه تحقيق الهدف المنشود منها وهو الوصول إلى أبرام العقد محل التفاوض أو الوصول إلى قناعة تامة بعدم التعاقد لأن مصلحتهما أو مصلحة أحدهما تقتضي ذلك.
وهنا نتساءل مع جانب من الفقه (٢) ، هل بالإمكان أن تشكل المفاوضات العقدية عقداً يستخلص من الإرادة الضمنية لأطراف العلاقة قبل تحولهم إلى أبرام العقد النهائي؟ وهذا ما سيدعوننا إلى تناول تحديد مصدر التزامات الأطراف في مرحلة المفاوضات، والتي ستكون محور دراستنا أدناه.

(1) Par joanna schmidt – La sanction de la fault pre contractul / revue trim streele de droit civil tom soxante douzieme annee. 1974 Paris – P76. N.50

(٢) د.عدنان السرحان / د.نوري حمد خاطر، شرح القانون المدني، الالتزامات، عمان، ٢٠٠٠م، ص ٩٠ .

يذهب جانب من الفقه^(١) إلى القول أن التزامات المتفاوض هي التزامات مستقلة عن العقد المزمع إبرامه، وذلك لأنه يتعين الوفاء بها في المرحلة السابقة للتعاقد، ومن ثم فهي التزامات غير عقدية. ومن ثم يذهب أصحاب هذا الاتجاه إلى أن المسؤولية التي تترتب نتيجة الإخلال بالالتزام بالإدلاء بالمعلومات قبل التعاقد أو غيرها من الالتزامات هي مسؤولية تقصيرية. وأن المسؤولية التقصيرية ستقوم بحكم القانون وليس على أساس التصرف الباطل، أي أن القانون يجعل المسؤولية عن الخطأ في مرحلة المفاوضات قائمة على تحمل التبعة أو عن التقصير في تنفيذ الالتزامات. وأن هذه المسؤولية تستوجب التعويض بوصفها أثراً ناتجاً عن العقد الباطل ولكن بوصفه واقعة مادية وليس عقداً ومن ثم يجب إثبات جميع عناصر المسؤولية التقصيرية^(٢).

وبالمقابل يذهب اتجاه آخر من الفقه^(٣) إلى أن المفاوضات تكون ذات طبيعة عقدية، وأن كان يجب الوفاء بالالتزامات الناشئة عن التفاوض في مرحلة سابقة على أبرام العقد أو أثناء إبرامه. لأن هناك تصرفاً قانونياً (ليس هو العقد الذي يجري التفاوض بشأنه) ينشأ بين المتفاوضين، يعد هو مصدر الالتزامات الناشئة في مرحلة التفاوض. وبذلك تكون المسؤولية عن الإخلال بهذه الالتزامات مسؤولية عقدية. لكن كيف ينشأ هذا التصرف القانوني (العقد) الذي يضي الطبيعة العقدية على المفاوضات؟

(١) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج ١، مصدر سابق، ص ٦٧٨؛ أواز سليمان، مصدر سابق، ص ٨٩؛ د. سعد حسين عبد ملحم، مصدر سابق، ص ١٠٠؛ د. جميل الشرقاوي، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، مصر، ١٩٩٥م، ص ٤٤٧؛ د. عبد الودود يحيى، الموجز في النظرية العامة للالتزامات، القسم الأول، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، ١٩٩٤م، ص ٢٣٢

(٢) د. جميل الشرقاوي، مصادر الالتزام، مصدر سابق، ص ٤٤٧

(٣) د. محمود جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية المدنية، ج ١، مطبعة جامعة القاهرة، ١٩٧٨م، ص ١٣٣-١٣٤؛ سليمان براك دايج الجميلي، المفاوضات العقدية، رسالة ماجستير مقدمة إلى مجلس كلية النهريين للحقوق، ١٩٩٨م، ص ٤٣-٤٤

يفسر جانب من الفقه^(١) نشوء التصرف القانوني الذي يضيف الطبيعة العقدية على المفاوضات على النحو الآتي: أن المفاوضات تتشابهك ابتداءً بناءً على دعوة يتم قبولها. وهذا الاتفاق الأول هو المصدر المباشر للضمان المتبادل في مرحلة المفاوضات، ذلك أنه ينطوي على شرط ضمني يتعهد بمقتضاه كل متفاوض قبل الآخر بأن يستمر في المفاوضات وأن لا يقوم بقطعها تعسفاً حتى يتحقق الغرض النهائي منها وإلا ألتزم بتعويض المتفاوض الآخر عن فوات هذا الغرض. وبما أن هذا الاتفاق هو مصدر الضمان المتبادل، لذا يشترط إلا يكون اتفاقاً باطلاً^(٢) ، وهو يكون باطلاً إذا استهدفت المفاوضات إيجاباً ينصب على تعاقد يخالف النظام العام والآداب، إذ لا ضمان بالنسبة إلى نتيجة يحرمها القانون. وقد يكون هذا الاتفاق قابلاً للأبطال كما لو كان أحد طرفيه ناقص الأهلية، فلناقص الأهلية أن يقطع المفاوضات في كل وقت وأن يصل إلى تقرير مبدأ انعدام مسؤوليته بأبطال شرط الضمان. كما أن للمتفاوض حق الانسحاب من المفاوضات بمجرد تبين حالة نقص الأهلية لدى المتفاوض الثاني، لأن من مصلحته عدم الارتباط بالعقد مادام سيف الأبطال مشهوراً عليه من قبل المتفاوض ناقص الأهلية الذي يستطيع في كل وقت أن يبطل شرط الضمان المتبادل. ولكن إذا ارتفع سيف الأبطال لبلوغ المتفاوض سن الرشد أثناء المفاوضات، زال حق المتفاوض الآخر في قطع المفاوضات دون تعويض^(٣) .

وقد ذهب القضاء الفرنسي في بعض قراراته إلى تكييفها بمسؤولية عقدية على الرغم من أقراره بنشوتها في مرحلة ما قبل التعاقد^(٤) مستنداً في ذلك إلى أن المفاوضات هي مرحلة تمهيدية لإبرام العقد، وعليه فيكون من السهل الوصول إلى

(١) د.صلاح الدين زكي، تكوين الروابط العقدية فيما بين الغائبين، ط١، دار النهضة

العربية، ١٩٦٣م، ص٨٢-٨٣

(٢) د.سعد حسين عبد ملحم، مصدر سابق، ص١٠٠

(٣) د.صلاح الدين زكي، مصدر سابق، ص٨٣

(4) I.V.Bres. 5Nov 1971; D, 1975, P.295, not, Schmidt et Les arreets cites Viney. P235

نقلًا عن :- أواز سليمان، مصدر سابق، ص٨٧

وجود اتفاق في هذه المرحلة بصدد تقديم المعلومات، وإذا ما أخل بهذا الاتفاق فالمسؤولية التي تترتب في هذه الحالة تكون عقدية. ويدل جانب من هذا الاتجاه^(١) للطبيعة العقدية للالتزام بتقديم المعلومات بما ينص عليه القانون المدني من الاستهداء بتفسير العقد بطبيعة التعامل وبما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين^(*). ومن ثم فإن اعتبار تقديم المعلومات التي تبين كيفية استخدام الحاسب الآلي على سبيل المثال أو مكوناته وكل ما من شأنه المساعدة في بلوغ الهدف من التعاقد، يعد من قبيل مستلزمات العقد الواجب الالتزام بها ومن دون الحاجة إلى النص عليها صراحة^(٢).

مما لا شك فيه أن الاتفاق الصريح على التفاوض ينشئ التزاماً فورياً بالتفاوض، وهذا هو الأثر الجوهرى لعقد التفاوض بوجه عام، ومن المنطق عليه^(٣) أن التزام التفاوض في حالة وجود الاتفاق الصريح على التفاوض سيكون التزاماً ببذل عناية وليس بتحقيق نتيجة وهي أبرام العقد النهائي. وعليه يمكن التساؤل عن النتيجة القانونية لهذا الالتزام بهذا الاتفاق الصريح. أو بعبارة أخرى ما الفرق من الناحية القانونية بين حالة وجود الاتفاق الصريح بالتفاوض وبين عدمه، أو ليس على الأطراف في كلا الحالتين أن يلتزموا ببذل عناية وليس بتحقيق نتيجة وذلك وفق تحديد مدى مراعاة حسن النية في التفاوض؟

أن الالتزام بالتفاوض بوصفه أثراً ملازماً للاتفاق المبدئي لا يفرض ضرورة أبرام العقد النهائي، بل يقتصر مضمونه على مجرد إلزام الأطراف بمواصلة التفاوض بحسن نية بشأن أبرام هذا العقد الذي تحددت أسسه في إطار اتفاق مبدئي

(١) د.نوري حمد خاطر، عقود المعلوماتية دراسة في المبادئ العامة في القانون المدني،

المكتبة القانونية، بدون مكان وسنة طبع، ص ١٤٥-١٤٦

(*) نشير إلى ما نصت عليه المادة (٢٣٩) من القانون المدني الأردني على أنه: ".... أما

إذا كان هناك محل لتفسير العقد، فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين مع

الاستهداء في ذلك بطبيعة التعامل وبما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين"

(٢) أياد أحمد البطاينة، النظام القانوني لعقود برامج الحاسوب، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى

مجلس كلية القانون بجامعة بغداد، ٢٠٠٢م، ص ١٣٣

(٣) د.محمد حسام محمود لطفي، مصدر سابق، ص ١٠١؛ أمانج رحيم أحمد، مصدر سابق،

ص ٣٣؛ د.صبري حمد خاطر، الالتزام قبل التعاقد بتقديم المعلومات، مصدر سابق،

ص ١٦٨

(١) ، فالالتزام بالتفاوض يشكل من حيث طبيعته التزاماً بوسيلة أو ببذل عناية وليس بتحقيق نتيجته.

وعليه نتفق مع جانب من الفقه (٢) في أن الحال سيتساوى فيما إذا تم التفاوض استناداً إلى وجود اتفاق صريح أم حتى إذا لم يوجد مثل هكذا اتفاق إذ أن الالتزام بالاستمرار في المفاوضات بحرص معقول على أبرام العقد النهائي، أي بمواصلة التفاوض بحسن نية سيقع على عاتق كل من الطرفين المتفاوضين على نحو متبادل وباتخاذ موقف ايجابي نشط في إدارة المفاوضات بهدف أبرام العقد النهائي.

وإذا كان الالتزام بالاستمرار في التفاوض يعتبر - كقاعدة عامة - التزاماً ببذل عناية، غير أنه قد يصبح في بعض الفروض التزاماً بتحقيق نتيجة، وذلك تبعاً لطبيعة العمل الذي قد يكون المتفاوض ملزماً بالقيام به أو الامتناع عنه بمقتضى الاتفاق أو العادات التجارية، وذلك بغض النظر عن وجود اتفاق صريح بالتفاوض أو عدمه. ومن قبيل ذلك التزام المفاوضات بعدم إفشاء المعلومات المالية والتقنية التي يدلي بها المفاوضات الأخر أثناء المفاوضات، والتزامه بعدم إجراء مفاوضات موازية مع الغير بشأن ذات العقد أضراراً بصاحبه. ففي هذه الأحوال نكون بصدد التزام بتحقيق نتيجة، بحيث ينشأ الإخلال به بمجرد عدم تحقق النتيجة المرجوة من ورائه.

وأياً ما كان الأمر، فإن الالتزام بالتفاوض بحسن نية بالاستناد إلى اتفاق صريح يثير تساؤلاً مهماً حول مضمونه الحقيقي وقيمه القانونية في ضوء التزام عام بالتفاوض بحسن نية يفرضه القانون مباشرة، أي بصرف النظر عن وجود اتفاق على التفاوض.

ففي كلا الحالين (وجود اتفاق صريح أو عدم وجوده) سيلتزم المتفاوضان التزاماً ببذل عناية وسيتقيدان بتنفيذ ما سيتوصلان إليه من التفاوض بطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية. ومقتضى ذلك أن يوضح كل طرف للآخر شروطه لإبرام العقد النهائي، وأن يدلي في هذا الشأن بمعلومات صحيحة لا يشوبها كذب أو تضليل أو استغلال عدم دراية الطرف الآخر. ويقابل ذلك التزام الأخير بالسعي المناسب إلى العلم بظروف العقد وملابساته، وهو ما يعرف بالالتزام بالأعلام كما ذكرنا سابقاً، وغيرها من الالتزامات.

(1) Cedras, article précité, n 16. P.279

(٢) المصدر نفسه، ص ١١٧ وما بعدها

وما نود التأكيد عليه هو أنه حتى لو لم يوجد اتفاق صريح بين الأطراف على التفاوض، فإن القانون ذاته يلزم كل مفاوض الاستمرار في المفاوضات^(١). ومن ثم فأنا نتفق مع جانب من الفقه^(٢) في أن المفاوضات ذات طبيعة عقدية وليست مجرد أعمال مادية، لأنها تتمخض عن تصرف قانوني ينشأ بين المتفاوضين يعد مصدر الالتزام الناشئة في فترة المفاوضات، وتتجسد هذه الالتزامات بشكل رئيس بالالتزام بالتفاوض بحسن نية وما يتفرع عنه من التزامات أخرى. وبذلك تكون المسؤولية المترتبة من الإخلال بهذه الالتزامات مسؤولية عقدية.

ويتمثل هذا التصرف القانوني بعقد يعرف بشكل رئيس بعقد التفاوض وهو عقد مستقل عن العقد النهائي ولا يلزم المتفاوضين بإبرام العقد النهائي. وينظر هذا الجانب من الفقه إلى الفكرة التي مفادها أن المفاوضات مجرد عمل مادي غير ملزم بأنها فكرة لا يمكن قبولها وأنها تتنافى مع المفهوم السليم للمفاوضات وتضطدم بالمنطق القانوني السليم، ويرى هذا الاتجاه الفقهي أن الصواب هو أن المفاوضات هي دائماً ذات طبيعة عقدية^(٣).

(١) د. محمد إبراهيم دسوقي، مصدر سابق، ص ٧٥ وما بعدها؛ د. محمد حسام محمود لطفى،

مصدر سابق، ص ١٤ وما بعدها؛ د. محمد حسين عبد العال، مصدر سابق، ص ١٢١

(2) Jacques Ghestin. Traite de droit civil. La Formation du contract. 3e edition. DELTA L.G.D.J. 1996. P315. No.343

نقلاً عن:- يونس صلاح الدين محمد علي، العقود التمهيديّة (دراسة تحليلية مقارنة)، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى مجلس كلية الحقوق / جامعة الموصل، ٢٠٠٨م، ص ٤٤

(٣) المصدر نفسه، ص ٤٥

ويستند هذا الاتجاه إلى مجموعة من الحقائق والمعطيات التي تعزز هذا الطرح وكما يأتي^(١) :

١. أن المفاوضات هي نشاط ثنائي الجانب تقوم على الاتصال والتفاعل ولا يتحقق هذا الاتصال بين الطرفين إلا من خلال اتفاق سابق، فالتفاوض على العقد لا يمكن أن يحدث بالصدفة بل يجب أن يكون هناك دائماً اتفاق على التفاوض يبرم بين الطرفين ويتفاوضا على أساسه، إذ ليس من المعقول أن يجد الطرفان أنفسهما فجأة يتفاوضان على العقد دون سابق علم أو رغبة منهما في ذلك، بل لابد أن يكون هناك اتفاق على الدخول في المفاوضات بهدف أبرام العقد النهائي، ومن دون شك فإن ذلك لا يمكن أن يكون من قبيل الصدفة المحضة أو المفاجأة بل من حصيلة إرادة سابقة للطرفين اتجهت إلى الدخول في المفاوضات كما واتجهت إرادة الطرفين إلى تحديد زمان التفاوض ومكانه والمسائل والنقاط التي سوف تتم دراستها ومناقشتها والتشاور حولها ولا يمكن أن تكون كل هذه الأمور مجرد عمل مادي لأن العمل المادي يحدث فجأة عن طريق الصدفة ودون سابق علم من الطرفين، بل حتى دون أن يعرف أحدهما الآخر.

٢. يسعى المتفاوضان من خلال التفاوض إلى أحداث أثر قانوني، فالمفاوضات ليست وسيلة للعبث وإضاعة الوقت بل هي وسيلة فاعلة لإبرام العقد النهائي^(٢) وفي مجال كيفية أبرام عقد التفاوض بطريقة ضمنية يمكن أن نستند إلى نص المادة (٧٩) من القانون المدني العراقي التي أجازت أن يتم التعبير عن الإيجاب والقبول بطريقة ضمنية^(٣) ومن ثم فإن المتفاوض بعرضه التفاوض

(١) هذه الحقائق والمعطيات قد أشار إلى معظمها السيد يونس صلاح الدين محمد علي في أطروحته

ينظر:- يونس صلاح الدين محمد علي، مصدر سابق، ص ١٧ وما بعدها

(٢) د.رجب كريم عبد اللاه، التفاوض على العقد، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٠م، ص ٢٩١-٢٩٢

(٣) إذ نصت المادة (٧٩) من القانون المدني العراقي على أنه "كما يكون الإيجاب أو القبول بالمشافهة يكون بالمكاتبة وبالإشارة الشائعة الاستعمال ولو من غير الأخرس وبالمبادلة الفعلية الدالة على التراضي (وباتخاذ أي مسلك آخر لا تدع ظروف الحال شكاً في دلالاته على التراضي)"

على الطرف الآخر سيعتبر موجباً لعقد التفاوض، أما الشخص الموجه إليه العرض بالتفاوض فإنه سيعتبر قابلاً بطريقة ضمنية بمجرد دخوله في تفاصيل التفاوض، ومن ثم يعتبر أن عقد التفاوض قد تم إبرامه ما بين الطرفين.^٣ أن الطرفين المتفاوضين ليسا من الغير، ويقصد بالغير، الأجنبي عن العقد الذي لا ينصرف أثر العقد إليه، فلا يحمله التزاماً ولا يكسبه حقاً إلا استثناءً^(١). فالغير هو من لا يوجد بينه وبين شخص آخر أية علاقة تعاقدية^(٢). أما في المفاوضات فإن الأمر يكون على خلاف ذلك، إذ تنشأ بين الطرفين علاقة تعاقدية تتمثل بالاتفاق الذي يبرمانه للدخول في المفاوضات ولتنظيم سير عملية التفاوض، وهذا يعني إن كليهما لم يعد بمثابة الغير الأجنبي عن العقد تجاه الطرف الآخر، بل إن كلا منهما صار دائناً ومديناً تجاه الآخر^(٣).

وخلاصة القول، أن الالتزامات التي تنشأ في مرحلة التفاوض ليست واجبات قانونية عامة بعدم الانحراف عن المسلك المعتاد أو المؤلف، بل هي التزامات حقيقية عقدية يكون مصدرها اتفاق الطرفين الصريح أو الضمني على التفاوض، وعلى هذا الأساس فإن المسؤولية التي تنشأ عن الإخلال بهذه الالتزامات هي مسؤولية عقدية.

وأخيراً نشير إلى أننا نتفق مع جانب من الفقه^(٤) في أننا لم نجد فيمن أخذ بنظرية المسؤولية التقصيرية من أنكر أماكن انعقاد المسؤولية العقدية أيضاً كما قام دليل على توافر علاقة عقدية بين الأطراف، وتتوافر هذه العلاقة إذا ما وجد عقد ينظم عملية التفاوض أو تلاقي للإيجاب مع القبول يستشف من ورقة وقعت أو اتفاق تم في المرحلة قبل العقدية. ومن ثم فإن المسؤولية العقدية للمتفاوض ستنعقد كلما أمكن إثبات وجود (عقد)، محصلة تطابق الإيجاب مع القبول بين الأطراف أما لتنظيم عملية التفاوض أو لرصد النقاط التي تم حسمها بالفعل تفاوضاً.

(١) د.أنور سلطان، الموجز في مصادر الالتزام، منشأة الناشر للمعارف، الإسكندرية، ١٩٧٠م، ص ٢٠٩.

(٢) د.صبري حمد خاطر، الغير عن العقد، دراسة في النظرية العامة للالتزام، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ٢٠٠١م، ص ٢٥.

(٣) يونس صلاح الدين محمد علي، مصدر سابق، ص ١٨.

(٤) د.محمد حسام محمود لطفي، مصدر سابق، ص ٦٧-٦٨.

البحث الثالث

أثر الموضوعية في قطع المفاوضات العقدية

لو أردنا أن نعرف حقيقة النظام القانوني للمفاوضات، فلا بد لنا أن نميز بين المسائل التي تطرح أثناء المفاوضات وتنتهي إلى أبرام العقد، وتلك التي تطرح خلالها والتي لا تؤدي إلى نتيجة، أي لا تؤدي إلى أبرام العقد.

ففي الحالة الأولى تقودنا مناقشة العقد إلى فحص الأحداث والأفعال التي جرت خلال فترة المحادثات. أما في الحالة الثانية فأن المسألة تبدو ذات أهمية لكونها على قدر كبير من الحساسية، إذ أن مجرد الدخول في مفاوضات يوجد وضعاً خاصاً بين الأطراف، إذ لا يعتبر أحدهما من الغير بالنسبة إلى الآخر، فمجرد بدء المفاوضات يلقي عليهما التزامات خاصة كما ذكرنا سابقاً.

غير أن الأطراف لا يلتزمون دائماً بهذه الالتزامات التي تفرض عليهم العمل بحسن نية، وقد يرتكبون أخطاء يكون من الجائز أن تعرضهم لجزاءات، وذلك إما بسبب الإهمال أو إغفال تقديم بعض المعلومات، أو كشف الأمور التي تحيط بها السرية، أو القطع التعسفي للمفاوضات.

وحيث أن حرية التعاقد على إطلاقها يمكن بسهولة أن تفتح الباب لمفاوضات غير جادة تكون سبباً لإضاعة الوقت والجهد والمال دون نية حقيقية في التعاقد. وقد تفتح المجال لمفاوضات مغرضة لا تبتغي سوى الدعاية أو استطلاع السوق أو تفويت فرص للتعاقد أو التعرف على حجم نشاط الطرف الآخر وكشف أسرارها، بما يسبب ضرراً تزيد جسامته كلما كانت المفاوضات تتطلب وقتاً طويلاً، وتقتضي جهداً شاقاً، وتستتبع نفقات باهظة، وهذا هو سمة المفاوضات في كثير من العقود الحديثة^(١).

وحيال ذلك اختلفت معالجة قطع المفاوضات العقدية قبل صدور الإيجاب، ومتابعة ذلك من خلال آراء الفقه وموقف القضاء تدل على وجود مفهوم تقليدي فيه يخضع قطع المفاوضات في غياب الإرادة الملزمة لمبدأ حرية التعاقد، ولكن يلاحظ أن هذا المفهوم تطور على أساس أن غياب الإرادة الملزمة لا يعني الحرية المطلقة في قطع المفاوضات، إذ لا بد أن تخضع المفاوضات لمبادئ تمهد لإبرام العقد، ولتفصيل ذلك سيقسم هذا المبحث إلى المطلبين الآتيين:

(١) د. محمد حسين عبد العال، مصدر سابق، ص ٩٢

المطلب الأول: المفهوم التقليدي لقطع المفاوضات العقدية
المطلب الثاني: تطور مفهوم قطع المفاوضات العقدية

المطلب الأول

المفهوم التقليدي لقطع المفاوضات العقدية

يمكن تحديد مفهوم قطع المفاوضات من الناحية التقليدية في البحث عما إذا كان قد صدرت عن المتعاقدين إرادة تتجه إلى التعاقد، فإن لم تصدر مثل هذه الإرادة يتمتع المتفاوض بالحرية الكاملة في قطع المفاوضات دون أن يكيف هذا القطع بأنه خطأ^(١).

فالأصل أنه لا تترتب أية التزامات على طرفي التفاوض قبل أبرام العقد محل التفاوض، فالعقد هو الذي يحدد التزامات طرفيه، والمفاوضات بذاتها لا تقيم رابطة تعاقدية بين الطرفين. إذ أن "المفاوضات حسب الفقه التقليدي مجرد عمل مادي يقوم به كل من الطرفين، وهذا العمل المادي الذي لا يرقى إلى مصاف التصرف القانوني لا يترتب عليه أي أثر قانوني. فيحكم المفاوضات باعتبارها وقائع مادية مبدأ حرية التعاقد، وتقتضي هذه الحرية استطاعة كل واحد من المتفاوضين أن يعدل عن المفاوضات ولا يخشى تحقق مسؤوليته، إذ أن العدول عن التفاوض لا يصلح بذاته سبباً للمسؤولية، وإمعاناً في الحرية فإن المتفاوض غير ملزم بتقديم مبرر لعدوله، لأن الالتزام بتقديم مبرر للعدول يعد من قبيل ترتيب الآثار على المفاوضات. كما أن تقديم المبرر يتعارض مع حرية العدول عن التفاوض لأن المقصود بحرية العدول هو العدول في أي وقت"^(٢).

أذاً فالقاعدة العامة تبعاً للمفهوم التقليدي، أن أي متفاوض يحتفظ بحريته الكاملة في قطع المفاوضات العقدية في الوقت الذي يريد ولا مسؤولية على من عدل، بل لا يكلف بإثبات أنه عدل لسبب جدي^(٣).

(1) Jean, Claud (P), responsibility pout non formation ou nullite dun contract, These, MONPELLIER, (dyct), 1947, P.14

(٢) د.سعد حسين عبد ملحم، مصدر سابق، ص ٨٩

(٣) د.عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط، ج ١، مصدر سابق، ص ٢٠٧

وإذا كان المفهوم التقليدي لقطع المفاوضات قائماً على مبدأ حرية المتفاوض الكاملة في قطع المفاوضات أو الاستمرار فيها، فإنه مع ذلك لم يترك رهينة لهذا المبدأ، فمن جهة يرى أن قطع المفاوضات وأن كان عملاً مباحاً لا يكيف خطأ استناداً إلى حرية المتفاوض في أجرائه، إلا أنه قد يقترن بخطأ يؤدي إلى تطبيق أحكام المسؤولية التقصيرية^(١).

ونشير إلى أنه قد حدث تطور مهم في موقف القضاء، فهو وأن ظل ينظر إلى المفاوضات باعتبارها وقائع مادية إلا أنه بدأ يعتبر العدول عن المفاوضات بحد ذاته خطأ تقصيرياً تقوم معه المسؤولية، إذا لم يكن منسجماً مع متطلبات حسن النية. الأمر الذي يجعل من مجرد قطع المفاوضات بدون مبرر مشروع، وأن لم تقترن به وقائع أخرى، أخلاً لهذا المبدأ تقوم به المسؤولية التقصيرية التي تفتح الباب أمام المتفاوض الآخر لمطالبة المتفاوض الذي قطع المفاوضات بالتعويض عن الأضرار التي لحقت به من جراء ذلك^(*).

وتعقيباً على ما سبق ذكره نقول أننا نتفق مع جانب من الفقه^(٢) في أن المفاوضات كانت في السابق تمثل مرحلة بسيطة لتبادل وجهات النظر قبل أبرام العقد، بل لم تكن سوى عمل مادي لا يرتب أثراً قانونياً، بيد أن المفاوضات تطورت، مما أدى إلى عدم مواكبة المفهوم التقليدي لقطع المفاوضات لهذا التطور، ويرد ذلك إلى ما يأتي:

لم تعد المفاوضات مجرد تبادل لوجهات النظر، وإنما قد تستوجب دراسات متخصصة لمشروع التعاقد وإجراءات تحتاج إلى أنفاق مبالغ مالية طائلة. تطور مبدأ حسن النية، إذ اتسع نطاق هذا المبدأ، فإذا كان دوره يقتصر من الناحية

(١) المصدر نفسه، ص ٢٠٧

(*) ومن الأمثلة على هذا الاتجاه القضائي ما يأتي: قضت محكمة النقض الفرنسية (أن قطع المفاوضات فجأة دون مبرر مشروع بعد أن بلغت مبلغاً متقدماً، مما يخالف مقتضيات حسن النية في المعاملات التجارية، ويعتبر ذلك من قبيل الخطأ التقصيري الموجب للمسؤولية) نقض مدني فرنسي في ١٩٧٢/٣/٢٠

نقلاً عن: - د. صابر محمد عمار، مصدر سابق، ص ٨

(٢) د. صبري حمد خاطر، قطع المفاوضات العقدية، مصدر سابق، ص ١٢٢

التقليدية على تنفيذ العقد فإن تطوره تمثل في صيرورته واحداً من المبادئ التي تحكم تكوين العقد أيضاً. ولما كانت المفاوضات هي المرحلة التي يبدأ فيها بالتكوين فإن هذا المبدأ صار واجب الأتباع فيها. انحسار مبدأ حرية التعاقد، إذ ظهرت أفكار جديدة في ظلها صار ممكناً أن يلزم المتفاوض بالتعاقد وأن يقدم المعلومات اللازمة للتعاقد، بل قد يلزم بالاستمرار في المفاوضات العقدية ذاتها.

وإزاء ما تقدم، يتجلى قصور المفهوم التقليدي لقطع المفاوضات^(١)، إذ يوجد تناقض واضح بين الحرية التامة في قطع المفاوضات وبين تطورها. ولا يزيل هذا التناقض الاعتراف بمسؤولية المتفاوض إذا أقرن قطع المفاوضات بخطأ، لأن ذلك يعني البحث عن وجود هذا الخطأ خارج المفاوضات، ومن ثم إخضاعه للقواعد العامة. بمعنى أن هذا الخطأ وأن كان يقع بمناسبة المفاوضات، إلا أن المفاوضات ليست شرطاً لوقوعها.

ومن هنا فإن المفاوضات ليست عنصراً في المعيار الذي يقاس به هذا الخطأ في حين أن المفاوضات تمثل محاولة للتعاقد مما يستوجب أن يتطابق سلوك المتفاوض مع الغاية من العلاقات العقدية. كما وأن اعتبار مبدأ حسن النية واحداً من المبادئ التي تخضع لها المفاوضات العقدية يعني أن قطع المفاوضات بما يخالف هذا المبدأ يمثل ذاته خطأ وليس خطأ خارج المفاوضات^(٢).

كما يصعب تطبيق أحكام نظرية التعسف في جميع حالات التعسف خاصة حينما يتعلق التطبيق بنية الأضرار، وذلك لأن المتفاوض عندما يقطع المفاوضات يخلق عادة سبباً يبرر له الانسحاب بإخفاء الباعث الحقيقي تحت ستار ظاهري من المصلحة الشخصية والمشروعة^(٣)، "هذا فضلاً عن أن تطبيق أحكام التعسف يخرج بالخطأ عن نطاق الطابع الخاص للمفاوضات ويخضعه للقواعد العامة في

(١) د. صبري حمد خاطر، قطع المفاوضات العقدية، مصدر سابق، ص ١٢٢

(2) Schmidt (J) P.107

نقلاً عن: - د. صبري حمد خاطر، قطع المفاوضات العقدية، مصدر سابق، ص ١٢٢

(٣) د. صلاح الدين زكي، مصدر سابق، ص ٨٥

حين تقتضي المفاوضات في تطورها خصوصية في معالجة قطعها آخذين بنظر الاعتبار هذا التطور" (١)

المطلب الثاني

تطور مفهوم قطع المفاوضات العقدية

لقد وجهت العديد من الانتقادات إلى فكرة الطبيعة المادية للمفاوضات العقدية ومن هذه الانتقادات:

عدم نهوض المسؤولية إلا إذا كان هناك خطأ مستقل عن العدول (٢): فبموجب فكرة الطبيعة المادية فإنه يشترط في الخطأ الذي تقوم على أساسه المسؤولية التقصيرية عن العدول عن المفاوضات أن يكون مستقلاً استقلالاً تاماً عن العدول، إذ أنه يستلزم وجود أفعال هي خطأ في ذاتها، وإلا فإن مسؤولية العادل لا تنهض. ذلك أن أساس المسؤولية لا يكمن في العدول ذاته بل في الخطأ الذي صاحبه. وقد انتقدت فكرة استقلال الخطأ عن العدول لأنها تحد كثيراً من دور المسؤولية المدنية في مرحلة المفاوضات، فهذه المسؤولية لن تنهض ولن تحقق للمتفاوض المضور الحماية القانونية إلا إذا وجد خطأ مستقلاً تمام الاستقلال عن العدول عن المفاوضات.

كما أن فكرة اشتراط استقلال الخطأ عن العدول لا تتفق مع قواعد المسؤولية التقصيرية، لأن عنصر الخطأ فيها يقوم على أساس الانحراف عن سلوك الرجل المعتاد المحاط بنفس ظروف الفاعل الخارجية، ومما لا شك فيه فإن العدول المفاجئ هو انحراف عن سلوك الرجل المعتاد مما يشكل خطأ تقصيرياً تقوم به المسؤولية التقصيرية.

عدم نهوض المسؤولية إلا إذا تم أثبات الخطأ التقصيري: فالمسؤولية التقصيرية كقاعدة عامة تقوم على فكرة الخطأ الثابت أي الواجب على المضور أثباته في جانب المسؤول (٣). وعبء أثبات خطأ المسؤول من قبل المضور يعد عبئاً ثقيلاً ويحمل في طياته مشقة كبيرة، لذلك فإن إضفاء الطابع المادي على

(١) د. صبري حمد خاطر، قطع المفاوضات العقدية، مصدر سابق، ص ١٢٣

(٢) د. جمال عبد الرحمن محمد علي، المسؤولية المدنية للمتفاوض، "نحو تطبيق القواعد العامة على مسؤولية المتفاوض عبر الانترنت"، دراسة مقارنة بين القانون المصري والفرنسي، ٢٠٠٤م، ص ١٦٤-١٦٥

(٣) د. أنور سلطان، الموجز في مصادر الالتزام، مصدر سابق، ص ٣٢١

المفاوضات واعتبار المسؤولية في مرحلة المفاوضات مسؤولية تقصيرية يشجع على العبث بالمفاوضات ويؤدي إلى ضياع حقوق المتفاوض المضرور في حين أن قواعد المسؤولية العقدية تسهل له أثبات الخطأ^(١).

جسامة التعويض عن الضرر: كذلك من الانتقادات الأخرى الموجهة لفكرة إضفاء الطابع المادي على المفاوضات والأخذ بقواعد المسؤولية التقصيرية في المفاوضات هو جسامة التعويض عن الضرر، بحيث يشمل وطبقاً للقواعد العامة في المسؤولية التقصيرية الضرر المباشر كله سواء أكان متوقفاً أم غير متوقع، وهذا من شأنه أن ينفّر الناس من الدخول في المفاوضات، كما أنها نتيجة غريبة تتنافى مع المنطق السليم، وبعبارة أخرى فإن المسؤولية أثناء فترة المفاوضات وهي جزء من المرحلة السابقة على التعاقد تكون أكثر جسامة من المسؤولية في مرحلة ما بعد التعاقد^(٢)، إذ أنه في الحالة الأولى تنهض المسؤولية التقصيرية ويتم التعويض عن الضرر المباشر كله متوقفاً أكان أم غير متوقع، في حين أنه في الحالة الثانية تنهض المسؤولية العقدية ويكون التعويض عن الضرر المباشر المتوقع فحسب^(٣)، "وهنا تكمن الغرابة إذ كيف يكون مقدار التعويض أكبر من مرحلة لم يتم فيها العقد النهائي من مرحلة ولد فيها العقد النهائي كاملاً ورتب آثاره جميعها"^(٤).

وبناءً على ما سبق ذكره فأنا نتفق مع جانب من الفقه^(٥) في أنه يكمن جوهر تطور مفهوم قطع المفاوضات العقدية في إمكانية تكييف قطع المفاوضات ذاته خطأً، وذلك على أساس إخضاع المفاوضات لمبدأ حسن النية^(٦)، هذا المبدأ الذي يعد جزءاً من مفهوم موضوعية الإرادة التعاقدية كما سبق أن ذكرنا.

(١) د. محمد حسن قاسم، عقد البيع، دراسة مقارنة في القانون المصري واللبناني، الدار

الجامعية، ١٩٩٩م، ص ١٩٢

(٢) يونس صلاح الدين محمد علي، مصدر سابق، ص ٢٠

(٣) د. عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني، الجزء الأول، في مصادر

الالتزام مع المقارنة بالفقه الإسلامي، شركة الطبع والنشر الأهلية، بغداد، ١٩٦٣م،

ص ٤٨

(٤) يونس صلاح الدين محمد علي، مصدر سابق، ص ٢١

(٥) د. صبري حمد خاطر، قطع المفاوضات العقدية، مصدر سابق، ص ١٢٣

(3) SchmidT (j), p.112

وما دام قطع المفاوضات خطأ لذاته، فإن السؤال يثار أذن حول معيار تكيف هذا القطع، ثم فيما إذا كان لهذا الخطأ وصف محدد، وهذا ما نبينه في الفقرتين الآتيتين:

معيير تكيف قطع المفاوضات العقدية

يفرض مبدأ حسن النية على كل متفاوض أن يتعامل مع المتفاوض الآخر على وفق الثقة التي تتبلور في المفاوضات. ومن هنا ظهر التوجه نحو اعتبار الإخلال بهذه الثقة معياراً لتكيف قطع المفاوضات على أنه خطأ^(١). إذ أن حرية التعاقد على إطلاقها يمكن بسهولة أن تفتح الباب لمفاوضات غير جادة تكون سبباً لإضاعة الوقت والجهد والمال دون نية حقيقية في التعاقد. وقد تفتح المجال لمفاوضات مغرضة لا تبتغي سوى الدعاية أو استطلاع السوق أو تقويت فرص للتعاقد أو التعرف على حجم نشاط الطرف الآخر وكشف أسرارها، بما يسبب ضرراً تزيد جسامته كلما كانت المفاوضات تتطلب وقتاً طويلاً، وتقتضي جهداً شاقاً، وتستتبع نفقات باهظة، وهذا هو سمة المفاوضات في كثير من العقود الحديثة^(٢).

بيد أن هذا المعيار قد يؤدي إلى التوسع في تطبيق أحكام المسؤولية على النحو الذي تنعدم فيه حرية التعاقد كاملة، في حين أنه ليس المقصود حماية المتفاوض المهمل، وإنما المحافظة على استقامة المفاوضات وجديتها. لذلك كان من الضروري في اعتماد هذا المعيار أن يحاط تطبيقه بضوابط، فلا يجدر أقرار وجود الثقة وما تؤول إليه من نتائج تلقائياً، بل لابد من تحليل الوقائع للتأكد من وجود ثقة جدية ومشروعة ومعقولة بالمفاوضات، ومن أن هذه الثقة نشأت عن سلوك أطراف المفاوضات أنفسهم.

ولما كان من متطلبات الثقة في المفاوضات العقدية أن تكون مشروعة، فإن هذه المشروعية لابد أن تستخلص من الظروف المحيطة بوقائع المفاوضات ذاتها، فالثقة تكون مشروعة أو غير مشروعة تبعاً لطبيعة المفاوضات وفيما إذا كانت في بدايتها أم أنها متقدمة، بمعنى أنها في أقرب مرحلة من أبرام العقد^(٣)، وتبعاً لمؤهلات المتضرر في قطع المفاوضات. فعلى سبيل المثال، أقر القضاء

(١) المصدر نفسه، ص ١٢٣

(٢) د. محمد حسين عبد العال، مصدر سابق، ص ٩٢

(٣) د. عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام وفقاً للقانون الكويتي، مصادر الالتزام،

ج ١، المجلد الأول، الكويت، ١٩٨٢م، ص ٥٩٥

الفرنسي أن المتفاوض بشأن عقد أنقضت مدته تحصل لديه الثقة بتجديد العقد إذا جرت المفاوضات على أسس اقتصادية لا تختلف بصورة جوهرية عن أسس أبرام العقد السابق^(١). وفي قرار آخر ميز القضاء الفرنسي بين الشخص العادي والحرفي، وقدر أن الحرفي ما كان ينبغي له أن يستعجل في وضع ثقته في المفاوضات ويتصرف بموجب هذه الثقة إذا كان بإمكانه أن يدرك بما يتمتع به من خبرة أن المفاوضات لا تؤول إلى أبرام العقد^(٢).

نستنتج من خلال ذلك، عندما تجري المفاوضات بين مهني وشخص عادي لأجل أبرام عقد تؤخذ بعين الاعتبار دراية الممتن وكفاءته، وذلك لغرض توفير حماية قانونية كافية للمستهلك العادي، ويوسع نطاق مسؤولية الطرف الممتن. فبمجرد أخلاله بالالتزام بالإدلاء بالمعلومات المتعلقة بمحل العقد للطرف الآخر، وكيف سلوكه بالخطأ، فالمهني ملزم بالتصرف بأكثر صرامة من شخص عادي^(٣). فالإخلال بالالتزام بالإدلاء بالمعلومات (على سبيل المثال) قبل التعاقد أثناء مرحلة المفاوضات يؤدي عملياً إلى توقفها، وذلك عندما يشعر أحد المتفاوضين أن المتفاوض الآخر يخفي عنه معلومات ضرورية هو بحاجة إليها لكي يبني عليه رأيه ويتخذ في ضوءها القرار. فهنا يعتبر وقف المفاوضات مشروعاً، لأن تخلف المتعاقد الآخر عن الإدلاء بالمعلومات لا مبرر له. فإذا تقدمت المفاوضات بصورة أكيدة نحو العقد النهائي، وبعد ذلك توقفت بسبب حجب المعلومات الضرورية عن المتفاوض الآخر، يحق لهذا الأخير أن يقطع المفاوضات بدون أن تترتب أية مسؤولية على عاتقه، وإنما تقع المسؤولية على عاتق المتفاوض الذي تخلف عن الإدلاء بالمعلومات قبل التعاقد فتسبب بقطعها.

هنا يبدو أذاً أن الالتزام بحسن النية في تكوين العقود يأخذ وجهاً خاصاً به أثناء المفاوضات، فهو لا يفرض عدم إنهاء المفاوضات ولكن يأمر بعدم إنهاؤها عندما تثار لدى الطرف الآخر الثقة في أبرام العقد، فالبحث عن الخطأ المتضمن في خداع الثقة المتولدة يجب أن يأخذ بعين الاعتبار تلك المقامة فعلياً في كل حالة بين الأطراف.

والسلطة التقديرية تعود للقاضي، فهو الذي يتولى تقدير الأمر، فيما إذا كان هناك مبرر مشروع لقطع المفاوضات أم لا.

(1) Com, 9 Fev. 1981. D.1982: P.4. note Schmidt

(2) V.Civ, 2 Mars 1964, Bull, 1, n, 122, P.91

(3) Par Joanna Schmidt, P.53. no.12

وصف الخطأ بالنسبة إلى قطع المفاوضات العقدية

المقصود بوصف الخطأ في هذا السياق، هو فيما إذا كان يشترط لتكليف قطع المفاوضات على أنه خطأ أن تكون لدى المتفاوض نية للأضرار أم لا ضرورة لذلك^(١).

أن معظم التشريعات ومنها التشريع العراقي لم تعتمد إلى وضع تعريف محدد للخطأ باعتباره ركناً مهماً من أركان المسؤولية المدنية، حيث لم يعرف ركن الخطأ من التشريعات العربية سوى تشريعين، هما التشريع التونسي في المادة ٣/٨٣٠ من مجلة الالتزامات والعقود، والمغربي في المادة ٣/٧٨ من قانون الالتزامات والعقود بقولهم "الخطأ هو عبارة عن إهمال ما يجب أو إتيان ما يجب الامتناع عنه دون قصد الأضرار"^(٢). أن غالبية التشريعات تركت تعريف الخطأ إلى الفقه والقضاء، كما أن الفقه بدوره لم يتفق على تعريف جامع مانع للخطأ، بل أورد طائفة من التعاريف، لذا تعددت تعريفاته بصورة واسعة وفقاً للنزعات الشخصية والميول الفكرية والظروف الاجتماعية والسياسية المحيطة بهم.

وقد عرفه جانب من الفقه بأنه "العمل المخالف للقانون"^(٣)، بينما عرفه جانب آخر من الفقه^(٤) بأنه "استغلال الثقة المشروعة". ومضمون هذا التعريف أن هناك قدراً معقولاً من الثقة يجب أن يتوافر للإنسان في نفسه وفي الآخرين لأجل أن يقدم على عمل ما. فحيث يكون الإنسان بحاجة إلى الثقة بالآخرين عندما يقدم على عمل ما فالآخرون يكونون مسؤولين تجاهه، إذ من حقه أن يقدم على العمل من غير أن يتوقع أن يصيبه الآخرون بضرر. وحيث يكون الإنسان بحاجة إلى الثقة بنفسه، فهو لن يكون مسؤولاً تجاه الآخرين، إذ حين ذاك من حقه أن يقدم على العمل من غير أن يتوقع الأضرار بالآخرين^(٥).

(١) د.صبري حمد خاطر، قطع المفاوضات العقدية، مصدر سابق، ص ١٢٤

(٢) نقلاً عن: - د.سليمان مرقس، المسؤولية المدنية في تقنيات البلاد العربية، القسم الأول،

الأحكام العامة، أركان المسؤولية: الضرر والخطأ والعلاقة السيئة، معهد البحوث

والدراسات العربية، الجامعة العربية، ١٩٧١م، ص ١٧٩

(٣) د.عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط، مصدر سابق، ص ٨٨٠

(٤) د.حسين عامر، المسؤولية المدنية (التفصيلية والعقلية)، ط ١، مطبعة مصر، القاهرة،

١٩٥٦م، ص ١٧٥

(٥) المصدر نفسه، ص ١٧٥

أما الخطأ في الفقه الفرنسي^(١)، فهو "أخلال بواجب قانوني مع أدراك المخل إياه". ويستنتج من هذا التعريف أن عناصر الخطأ اثنان، العنصر المادي (الموضوعي)، الذي هو عبارة عن الإخلال بواجب يعينه القانون بصورة مباشرة بنصوص خاصة توجب أموراً معينة تعيناً دقيقاً، وأما أن يعينه بطريقة غير مباشرة. والعنصر المعنوي (الشخصي)، وهو توافر الإرادة لدى المخل بهذا الواجب ويطلق عليه الإدراك.

ونشير إلى أنه قد أثبتت مسألة نية الأضرار من خلال ما ورد في بعض قرارات القضاء الفرنسي من أن قطع المفاوضات ليس خطأ ما لم تكن لدى المتفاوض الذي قطعها نية الأضرار بالمتفاوض الآخر. بيد أن محكمة النقض الفرنسية مالت إلى عدم اشتراط نية الأضرار بتكليف قطع المفاوضات على أنه خطأ^(٢)، وقالت بهذا الشأن أن الخطأ في نطاق المسؤولية لا يشترط فيه أن يكون موصوفاً بنية الأضرار، لذلك ليس ثمة ما يبرر أن يكون الخطأ مصحوباً بهذه النية إذا تعلق بالمفاوضات العقدية.

ونتفق مع جانب من الفقه^(٣) في أن هذا التوجه سليم لأنه ليس من المعقول بعد تكليف قطع المفاوضات على أنه خطأ الامتناع عن الحكم لتعويض ما ينجم عن ذلك من ضرر بحجة أن الخطأ لم يقع بنية الأضرار، لأن الغاية بصورة عامة في نطاق المسؤولية المدنية تعويض الضرر وليس العقاب.

ومن ثم فإنه لا يلزم توافر نية الأضرار بالطرف الآخر لقيام المسؤولية، بل يكفي لذلك قطع المفاوضات بعد إشاعة الأمل أو الثقة في أبرام العقد^(٤).

فالشروط الجوهرية أذن لتحقق مسؤولية الطرف المنسحب أن يكون قد أتى سلوكاً أثناء التفاوض يبعث الثقة عادة لدى الطرف الآخر في قرب أبرام العقد، وتثبت منافاة قطع المفاوضات لمقتضيات حسن النية من خلال تحليل الظروف والملابسات

(١) نقلاً عن: د. سليمان مرقس، أصول الالتزامات، مصدر سابق، ص ٣٦٠

(٢) ينظر القرارات الصادرة عن القضاء الفرنسي مع الحيثيات:

Civ, 1, 30Oct, 1972, bull, n491. P.359 – Civ, 1, 12Avr, 1976, B, 11, n122

(٣) د. صبري حمد خاطر، مصدر سابق، ص ١٢٤؛ د. محمد حسين عبد العال، مصدر سابق، ص ١٢٧

(٤) محمد حسين عبد العال، مصدر سابق، ص ١٢٧

التي أحاطت به، كما لو تم هذا القطع على سبيل الكيد دون مبالاة بالعواقب، أو تم فجأة في وقت غير ملائم وبلا مبرر معقول، أو كان مصحوباً بأفعال معينة كالدعاية حول قطع المفاوضات.

ففي هذه الأحوال، إذا كان الطرف المنسحب لا يجبر على إبرام العقد، غير أن الانسحاب يصبح في هذه الظروف والملابسات خطأ يستتبع إثارة مسؤوليته.

وبوجه عام يمثل الوقت الذي يتم فيه قطع المفاوضات أهمية خاصة. إذ تزيد متطلبات حسن النية تبعاً لتزايد الثقة المشروعة لدى الأطراف في إبرام العقد، ولما كانت هذه الثقة تزيد تدريجياً كلما تقدمت المفاوضات، لذا فإنه كلما تأخر قطع التفاوض، أقترب من دائرة الخطأ والمسؤولية.

ونشير إلى أن التشريع العراقي والتشريعات المقارنة قد خلت من أي نص قانوني لتنظيم عملية المفاوضات، ولذلك وفي ظل هذا الوضع فإنه يتم النظر إلى المفاوضات على اعتبار أنها مجرد أعمال مادية، وإذا ما عدل أحد المفاوضين من المفاوضات وكان عدوله مقترناً بخطأ يتمثل بالإخلال بالواجب القانوني العام بعدم الانحراف عن المسلك المعتاد أو المؤلف على نحو لا يلحق ضرراً بالغير كان مسؤولاً وفقاً للقواعد العامة للمسؤولية التقصيرية إذ نص المشرع العراقي بموجب نص المادة (٢٠٤) على أن "كل تعدد يصيب الغير بأي ضرر آخر غير ما ذكر في المواد السابقة يستوجب التعويض".

وتعليقاً على ما سبق ذكره يمكن الاتفاق مع جانب من الفقه^(١) في أن التفرقة بين المفاوضات غير المصحوبة باتفاق تفاوض صريح، والمفاوضات المصحوبة بهذا الاتفاق هي تفرقة تحكيمية غير مبررة وتفترق إلى الأساس القانوني السليم، لأنها تؤدي إلى ازدواجية المعيار، فهي تارة تجعل المفاوضات عملاً مادياً غير ملزم لا يترتب عليها سوى المسؤولية التقصيرية وتجعلها تارة أخرى تصرفاً قانونياً ملزماً تترتب عليها المسؤولية العقدية، وكل هذا الاختلاف الكبير في التكييف القانوني لهذين النوعين في المفاوضات بسبب عدم توافر اتفاق على التفاوض صريح في النوع الأول، ووجود هذا الاتفاق في النوع الثاني.

ولذلك نتفق مع الرأي^(٢) الذي ينادي بضرورة توحيد الطبيعة القانونية للمفاوضات بحيث تحكمها قواعد قانونية واحدة دون تمييز بين صورة وأخرى من

(١) د. رجب كريم عبد اللاه، مصدر سابق، ص ٢٨٨

(٢) يونس صلاح الدين محمد علي، مصدر سابق، ص ٢٧

صور المفاوضات. وعليه فإن التفاوض على العقد هو دائماً ذو طبيعة عقدية^(١). وأن الإخلال بالالتزام العقدي بالتفاوض يشكل خطأ عقدياً يؤدي إلى نهوض المسؤولية العقدية. ولا يجوز النظر إلى المفاوضات على أنها مجرد وقائع مادية، فالواقعة المادية هي كل حدث يقع ويرتب عليه القانون أثراً حتى لو لم تتجه الإرادة إلى هذا الأثر، فهل ينطبق هذا الوصف على المفاوضات؟

لا يمكن إنكار أن الأطراف اشتركوا في المفاوضات بإرادتهم، وصحيح أن إرادتهم لم تصل إلى حد أبرام العقد، إلا أنها كانت تتوقع أبرام العقد وتعمل على إبرامه^(٢)، لذلك فإن المفاوضات لا يمكن اعتبارها مجرد واقعة مادية خالية من إرادة أحداث هذا الأثر القانوني، لأن هناك دائماً إرادة تتوقع مثل هذا الأثر (أبرام العقد)، بل وتعمل على أحداثه في المستقبل. وأخيراً نقول بأن ترجيح الالتزام العقدي بالتفاوض سيحقق لنا العديد من المزايا، ومن أهمها:-

إن إضفاء وصف الخطأ على قطع المفاوضات، سوف يصبح أيسر، ويكون القاضي أكثر سلطة تقديرية لتحقيقه من عدمها. أن الالتزام العقدي بالتفاوض يفرض فضلاً عن الواجب السلبي، تدخلاً إيجابياً يشكل ضماناً مهمة لتأمين المفاوضات لا يوفرها الالتزام التقصيري بحسن النية في التفاوض. وتطبيقاً لذلك فإن رفض المشاركة في التفاوض ليس خطأ تقصيرياً ولكنه يشكل أخلاً بالالتزام العقدي بالتفاوض. كما أن الرفض المستمر لشتى الاقتراحات المطروحة للتعاقد دون التقدم باقتراحات مضادة لا يعتبر خطأ تقصيرياً، وأن أمكن اعتباره بسهولة خطأ عقدياً. كما أن الإصرار على تقديم مقترحات غير جادة أو مؤكدة الرفض قد لا يكون خطأ تقصيرياً، وقد يعتبر رفضاً للتعاقد ولكنه يشكل أخلاً بالاتفاق على التفاوض.

(١) د. محمد حسين عبد العال، مصدر سابق، ص ١٣٤؛ د. رجب كريم عبد اللاه، مصدر

سابق، ص ٢٨٩ و ٣٠٣

(٢) د. سعد حسين عبد ملحم، مصدر سابق، ص ٩٢؛ د. صبري حمد خاطر، قطع

المفاوضات العقدية، مصدر سابق، ص ١٣١؛ د. محمد حسين عبد العال، مصدر سابق،

ص ١٣١

الخاتمة

في ختام دراستنا لهذا الموضوع المهم وهو موضوعية الإرادة التعاقدية في مرحلة المفاوضات، لا بد من بيان أهم النتائج التي تم التوصل إليها والتوصيات المهمة المتعلقة بالموضوع، وكالاتي:

أولاً : النتائج.

١. أن معنى الحرية هو "القدرة على التصرف ضمن قيود مقبولة"، وهذه القيود تأخذ شكل القانون الذي ينبغي أن يكون مقبولاً من قبل الناس، أي أن أساس القانون يجب أن يكون في رضا المجتمع. ولا يعني ذلك أننا ننادي بإهدار مبدأ سلطان الإرادة أو استبعاد حرية التعاقد تماماً، لأن ذلك يعني الانتقال من تجاوز إلى تجاوز آخر. ولكننا ننادي بضرورة تدخل الدولة لوضع العلاقات الاقتصادية داخل منظومة اجتماعية تهدف فضلاً عن الربح إلى تحقيق العدالة والأمن والسلام الاجتماعي أيضاً.
 ٢. أن المفاوضات العقدية لم تعد مجرد عمل مادي به يتم تبادل وجهات النظر وإنما تحولت إلى مرحلة مهمة، لها نظامها القانوني، إذ فيها يتقرر وجود العقد ومصيره، وأن الاستناد إلى هذا التغيير ليس السبب فيه هو مبدأ حسن النية، وإنما الفكرة في ذلك هي أبعد وأكبر من مبدأ حسن النية، إذ تكمن في الاتجاه نحو موضوعية الإرادة التعاقدية، وهي ضرورة إعطاء الحرية العقدية بصورة لا تتقاطع مع المبادئ التي طرحتها فكرة الموضوعية، وهي استقرار المعاملات والعدل وكذلك عدم مخالفة النظام العام والآداب.
 ٣. هنالك العديد من الالتزامات المساعدة أو المكملة لمبدأ حسن النية والتي ستعتبر التزامات مستقلة وأساسها فكرة موضوعية الإرادة التعاقدية، باعتبار أن الإرادة المطلقة لم يعد لها وجود، وإنما هنالك إرادة مقيدة بالنصوص القانونية الأمره وبالأفكار الاجتماعية وتحقيق المصلحة العامة وتحقيق العدل، ومن طرائق الوصول إلى العدل الالتزام بمبدأ حسن النية.
- أن الغاية من تحقيق تلك الالتزامات يتمثل بالآتي:-
- أ. حماية مبدأ حسن النية، ليس في نطاق تنفيذ العقد فحسب وإنما في نطاق تكوين العقد أيضاً. فمن شروط هذا المبدأ في تكوين العقد أن يلزم المتعاقدان في مرحلة المفاوضات العقدية بعدم كتمان المعلومات الضرورية للتعاقد.

ب. حماية الرضا من عيوب الإرادة، وذلك من منظور جديد يتمثل بمرحلة ما قبل التعاقد، إذ على كل متعاقد أن يحرص على صدور رضا مستنير بالتعاقد. إذ أن الدور الذي تؤديه النية في تحركها الإرادي يرتبط بالأخلاق ارتباطاً وثيقاً، ومن المبادئ العامة التي فرضها تغلغل الأخلاق في مجال الروابط القانونية مبدأ الغش يفسد كل ما يقوم عليه، ولا يقتصر دور هذا المبدأ على مرحلة حياة العقد وتنفيذ الالتزامات الناشئة عنه، بل أنه يهيمن على الفترة السابقة على التعاقد ومنها مرحلة التفاوض أيضاً.

٤. تأتي فكرة حسن النية في سياق العلاقة بين القانون والأخلاق، فهي تشكل نقطة اتصال وامتزاج بينهما، والاعتداد بها يكفل موافقة القانون لقواعد الأخلاق على نحو أفضل، كما أنها تعتبر وسيلة مهمة لتطبيق القاعدة القانونية.^٥ أن الالتزامات المساعدة أو المكملّة ستعتبر التزامات مستقلة وأساسها فكرة موضوعية الإرادة التعاقدية، باعتبار أن الإرادة المطلقة لم يعد لها وجود، وإنما هنالك أرادة مقيدة بالنصوص القانونية الأمره وبالأفكار الاجتماعية وبتحقيق المصلحة العامة وتحقيق العدل، ومن طرائق الوصول إلى العدل الالتزام بمبدأ حسن النية.

٦. أن الحال سيتساوى فيما إذا تم التفاوض استناداً إلى وجود اتفاق صريح أم حتى إذا لم يوجد مثل هكذا اتفاق إذ أن الالتزام بالاستمرار في المفاوضات بحرص معقول على أبرام العقد النهائي، أي بمواصلة التفاوض بحسن نية سيقع على عاتق كل من الطرفين المتفاوضين على نحو متبادل وبتخاذ موقف ايجابي نشط في إدارة المفاوضات بهدف أبرام العقد النهائي.

٧. أن الالتزام بالأعلام قبل التعاقد هو التزام مستقل عن غيره من الالتزامات التي تتشابه معه ولاسيما في إطار نظرية عيوب الرضا، إذ من الممكن أن نتصور نشوء المسؤولية المدنية عن الإخلال بالالتزام بالأعلام قبل التعاقد على الرغم من عدم تعيب الإرادة أصلاً، كما نجد أن هنالك اختلافاً جوهرياً بين حماية الطرف المدّعن في عقود الإذعان وبين الحماية المقررة للمستهلك من خلال ألتزام المتعاقد معه بالأعلام قبل التعاقد، وليس بالضرورة أن يكون عقد الاستهلاك من عقود الإذعان دائماً.

٨. لم نجد فيمن أخذ بنظرية المسؤولية التقصيرية من أنكر أماكن انعقاد المسؤولية العقدية أيضاً كلما قام دليل على توافر علاقة عقدية بين الأطراف، وتتوافر هذه العلاقة إذا ما وجد عقد ينظم عملية التفاوض أو تلاقي للإيجاب مع القبول يستشف من ورقة وقعت أو اتفاق تم في المرحلة قبل العقدية. ومن ثم فإن المسؤولية العقدية للمتفاوض ستنعقد كلما أمكن إثبات وجود (عقد)، محصلة تطابق الإيجاب مع القبول بين الأطراف أما لتنظيم عملية التفاوض أو لرصد النقاط التي تم حسمها بالفعل تفاوضاً.

٩. نتفق مع الرأي الذي ينادي بضرورة توحيد الطبيعة القانونية للمفاوضات بحيث تحكمها قواعد قانونية واحدة دون تمييز بين صورة وأخرى من صور المفاوضات. وعليه فإن التفاوض على العقد هو دائماً ذو طبيعة عقدية. وأن الإخلال بالالتزام العقدي بالتفاوض يشكل خطأ عقدياً يؤدي إلى نهوض المسؤولية العقدية.

١٠. لما كان من متطلبات الثقة في المفاوضات العقدية أن تكون مشروعة، فإن هذه المشروعية لا بد أن تستخلص من الظروف المحيطة بوقائع المفاوضات ذاتها، فالثقة تكون مشروعة أو غير مشروعة تبعاً لطبيعة المفاوضات وفيما إذا كانت في بدايتها أم أنها متقدمة، بمعنى أنها في أقرب مرحلة من أبرام العقد، وتبعاً لمؤهلات المتضرر في قطع المفاوضات. لذلك عندما تجري المفاوضات بين مهني وشخص عادي لأجل أبرام عقد تؤخذ بعين الاعتبار دراية الممتن وكفاءته، وذلك لغرض توفير حماية قانونية كافية للمستهلك العادي، ويوسع نطاق مسؤولية الطرف الممتن. فبمجرد أخلاله بالالتزام بالإدلاء بالمعلومات المتعلقة بمحل العقد للطرف الآخر، يكيف سلوكه بالخطأ، فالمهني ملزم بالتصرف بأكثر صرامة من شخص عادي.

ثانياً : التوصيات .

١. أن التشريع العراقي والتشريعات المقارنة مدار البحث قد خلت من أي نص قانوني لتنظيم عملية المفاوضات، ولذلك وفي ظل هذا الوضع فإنه يتم النظر إلى المفاوضات على اعتبار أنها مجرد أعمال مادية، ولذلك على المشرع العراقي أن يورد تنظيماً قانونياً لمرحلة المفاوضات مع التركيز على مبدأ حسن النية. عليه نوصي المشرع العراقي أن يفرض الأخذ بمبدأ حسن النية بوصفه قاعدة للسلوك بمفهومه الموضوعي على الأطراف المتفاوضة أن

تراعيه عند التفاوض. ومن ثم سيجد المتفاوضون لهم سنداً في محاسبة من يخالف الالتزامات التي يفرضها حسن النية عند التفاوض. وعليه نقترح على المشرع العراقي تعديل نص المادة (١٥٠) من القانون المدني العراقي لتكون على النحو الآتي:- "١- يجب على المتفاوضين للتعاقد أن يلتزموا بما يفرضه مبدأ حسن النية من التزامات ٢- يجب تنفيذ العقد طبقاً لما أشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية ٣- ولا يقتصر العقد على أُلزام المتعاقد.....".

ومن هنا سيفرض هذا المبدأ على كل واحد من المتفاوضين واجب القيام بعمل ايجابي يتمثل في التعاون مع المتفاوض الآخر والإدلاء له بالتفاصيل كافة حول العقد المراد إبرامه بما يكون لدى هذا المتفاوض الرضا المستنير بالتعاقد أو يوصله إلى قناعة تامة بالعدول عن المفاوضات على اعتبار أن التعاقد ليس في مصلحته.

وهكذا نجد بعد أن كان المفهوم التقليدي لمبدأ حسن النية ذا طبيعة سلبية تتمثل بعدم الغش والخداع أو التضليل، فإن هذا المبدأ أصبح في الوقت الحاضر ذا طبيعة ايجابية، وهذا من شأنه أن يخلق أساساً قانونياً للمسؤولية هو ضرورة استناد المعاملات إلى الأمانة والأخلاق والثقة.

٢. نظراً لأنه ليس هناك قانون خاص بحماية المستهلكين في العراق، ولأهمية المعاملات التي يقوم بها المستهلكون نقترح على المشرع العراقي إصدار قانون خاص بذلك يتضمن تحديد مفهوم الشرط التعسفي ومثلما عمل المشرع الفرنسي لكي يتمكن من تحقيق نوع من التوازن والتعادل ما بين طرفين يتوضح بينهما وبشكل صريح عدم التعادل في المركز الاقتصادي وفي المعرفة التكنولوجية وخاصة في الوقت الراهن.

٣. نتيجة لضرورات الحياة الحديثة ومتطلباتها، اقتضت الظروف العصرية حتمية وجود الالتزام بالأعلام في ميدان التعامل وتوسيع نطاقه وتعميمه على جميع أنواع العقود متى توافرت مبررات وجوده وأسبابه، وذلك رغبة في الحد من عدم المساواة في المعرفة والدراية بين أطراف العلاقة التعاقدية، خصوصاً إذا عرفنا أن جمهوراً كبيراً من المتعاملين لم تعد لديهم الخبرة الكافية للإلمام بظروف التعاقد وملابساته في مواجهة منتج محترف ذي علم ودراية واسعة تراكمت لديه نتيجة خبرة طويلة في مجال التعامل.

المصادر

أولاً : المصادر القانونية :

١. السيد محمد السيد عمران، حماية المستهلك أثناء تكوين العقد، منشأة المعارف، مصر، ١٩٨٦م
٢. د.أنور سلطان، الموجز في مصادر الالتزام، منشأة الناشر للمعارف، الإسكندرية، ١٩٧٠م
٣. د.جابر عبد الهادي سالم الشافعي، مجلس العقد في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، ٢٠٠١م
٤. د.جمال عبد الرحمن محمد علي، المسؤولية المدنية للمفاوض، "نحو تطبيق القواعد العامة على مسؤولية المتفاوض عبر الانترنت"، دراسة مقارنة بين القانون المصري والفرنسي، ٢٠٠٤م
٥. د.جميل الشرقاوي، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، مصر، ١٩٩٥م
٦. د.حسن عبد الباسط جميعي، حماية المستهلك / الحماية الخاصة لرضاء المستهلك في عقود الاستهلاك، ط١، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٦م
٧. د.حسين عامر، المسؤولية المدنية (التفصيلية والعقالية)، ط١، مطبعة مصر، القاهرة، ١٩٥٦م
٨. د.رجب كريم عبد اللاه، التفاوض على العقد، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٠م
٩. د.سليمان مرقس، المسؤولية المدنية في تقنيات البلاد العربية، القسم الأول، الأحكام العامة، أركان المسؤولية: الضرر والخطأ والعلاقة السيئة، معهد البحوث والدراسات العربية، الجامعة العربية، ١٩٧١م
١٠. د.سهير منتصر، الالتزام بالتبصير، دار النهضة العربية، مصر، ١٩٩٠م
١١. د.صبري حمد خاطر، الغير عن العقد، دراسة في النظرية العامة للالتزام، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ٢٠٠١م
١٢. د.صلاح الدين زكي، تكوين الروابط العقدية فيما بين الغائبين، ط١، دار النهضة العربية، ١٩٦٣م
١٣. د.عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مصادر الالتزام، مطبعة نهضة مصر، القاهرة، ١٩٥٤م

١٤. د. عبد العزيز المرسي حمود، الجوانب القانونية لمرحلة التفاوض ذو الطابع التعاقدية "دراسة مقارنة"، بدون دار نشر، مصر، ٢٠٠٥م
١٥. د. عبد المجيد الحكيم / عبد الباقي البكري / محمد طه البشير، الوجيز في نظرية الالتزام، ج ١، مصادر الالتزام، بغداد، ١٩٨٠م
١٦. د. عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني، الجزء الأول، في مصادر الالتزام مع المقارنة بالفقه الإسلامي، شركة الطبع والنشر الأهلية، بغداد، ١٩٦٣م
١٧. د. عبد الودود يحيى، الموجز في النظرية العامة للالتزامات، القسم الأول، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، ١٩٩٤م
١٨. د. عدنان السرحان / د. نوري حمد خاطر، شرح القانون المدني، الالتزامات، عمان، ٢٠٠٠م
١٩. د. محسن شفيق، نقل التكنولوجيا من الناحية القانونية، مركز البحوث والدراسات القانونية والتدريب المهني القانوني، جامعة القاهرة، ١٩٨٤م
٢٠. د. محمد إبراهيم دسوقي، الجوانب القانونية في إدارة المفاوضات وإبرام العقود، الرياض، ١٩٩٥م
٢١. د. محمد حسام محمود لطفي، المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض، القاهرة، ١٩٩٥م
٢٢. د. محمد حسن قاسم، عقد البيع، دراسة مقارنة في القانون المصري واللبناني، الدار الجامعية، ١٩٩٩م
٢٣. د. محمد حسين عبد العال، التنظيم الاتفاقي للمفاوضات العقدية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٨م
٢٤. د. محمد حسين منصور، أحكام البيع التقليدية والإلكترونية والدولية وحماية المستهلك، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠٠٦م
٢٥. د. محمود جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية المدنية، ج ١، مطبعة جامعة القاهرة، ١٩٧٨م
٢٦. د. نوري حمد خاطر، عقود المعلوماتية دراسة في المبادئ العامة في القانون المدني، المكتبة القانونية، بدون مكان وسنة طبع.

ثانياً : البحوث :

٢٧. د. سعد حسين عبد ملحم، التفاوض بالعقود عبر شبكة الانترنت، بحث منشور في مجلة كلية الحقوق بجامعة النهريين، المجلد (٨)، العدد (١٣)، ٢٠٠٥م

٢٨. د. صبري حمد خاطر ، الالتزام قبل التعاقد بتقديم المعلومات، بحث منشور في مجلة الحقوق، عدد خاص، ١٩٩٨م
٢٩. د. صبري حمد خاطر، قطع المفاوضات العقدية، بحث منشور في مجلة جامعة النهريين، المجلد (١)، بغداد، ١٩٩٧م
- ثالثاً : الرسائل والأطاريح الجامعية :**
٣٠. اواز سليمان دزه يي، الالتزام بالإدلاء بالمعلومات عند التعاقد، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى مجلس كلية القانون بجامعة بغداد، ٢٠٠٠م
٣١. أمانج رحيم أحمد، حماية المستهلك في نطاق العقد "دراسة تحليلية مقارنة"، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى مجلس كلية القانون والسياسة في جامعة السليمانية، ٢٠٠٨م
٣٢. أياد أحمد البطاينة، النظام القانوني لعقود برامج الحاسوب، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى مجلس كلية القانون بجامعة بغداد، ٢٠٠٢م
٣٣. سعدي إسماعيل البرزنجي، الاشتراط لمصلحة الغير، رسالة ماجستير، جامعة بغداد، ١٩٧١م
٣٤. سليمان براك دايع الجميلي، المفاوضات العقدية، رسالة ماجستير مقدمة إلى مجلس كلية النهريين للحقوق، ١٩٩٨م
٣٥. يونس صلاح الدين محمد علي، العقود التمهيديّة (دراسة تحليلية مقارنة)، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى مجلس كلية الحقوق / جامعة الموصل، ٢٠٠٨م
- رابعاً : القوانين :**
٣٦. القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١م المعدل
٣٧. القانون المدني الفرنسي لسنة ١٨٠٤ طبعة ٢٠٠٣م
٣٨. القانون المدني المصري رقم (١٣١) لسنة ١٩٤٨م المعدل
- خامساً : المصادر الإلكترونية:**
٣٩. د. صابر محمد عمار، المفاوضة في عقود التجارة الإلكترونية، ٢٠٠٢م، ص ٣، مقالة منشورة في شبكة الإنترنت على
- لموقع: www.mohamoon.com/montada/messgedtails.asp?p=messageid