

فكرة عقد المفاوضة

م.م. عبد الله عبد الأمير طه الشمري
جامعة كربلاء/ كلية القانون ماجستير قانون- القسم الخاص

الملخص:

لا شك في أهمية المفاوضات العقدية وما تلعبه من دور في تكوين العقد النهائي، إذ أن التطور التقني وما أفرزه من تأثيرات قانونية مهمة، أبرز وبصورة جلية أهمية المفاوضات التي تسبق إبرام العقد، بوصفها مرحلة توفق بين آراء المتفاوضين المتعارضة، وتوحد بينها على نحو محدد، لاسيما في العقود ذات الأهمية الاقتصادية المهمة كعقود نقل التكنولوجيا. ونحن في هذا المقام سنتناول جانب قانوني حديث ومهم من جوانب المفاوضات العقدية ألا وهو عقد المفاوضة إذ يتفق الطرفان ابتداءً على الدخول في مفاوضات تسبق إبرام العقد لمناقشة شروطه وتحديد صورته النهائية وذلك قبل إبرام العقد النهائي.

Absittract:

There is no doubt the importance of negotiations Nodal and play a role in the formation of the final contract as technical development and created legal effects of the most important and obvious importance of negotiations preceding the conclusion of a contract as negotiators reconcile the conflicting views and unite them to a particular contract with Important economic importance such as contracts for the transfer of technology. We will take up in this regard by modern legal and important aspects of the negotiations, but the holding of Inclination bargaining as agreed by the parties as to engage in negotiations preceding the conclusion of the contract to discuss terms and determine the final version, before a final contract.

المقدمة :

لا شك في أهمية المفاوضات العقدية وما تلعبه من دور في تكوين العقد النهائي؛ إذ أن التطور التقني والتقدم التكنولوجي الحاصل في المعلوماتية أدى إلى إفراز تأثيرات قانونية مهمة، أبرزت وبصورة جلية أهمية المفاوضات التي تسبق إبرام العقد، بوصفها مرحلة توفق بين آراء المتفاوضين المتعارضة وتوحد بينها على نحو محدد لاسيما في العقود ذات الأهمية الاقتصادية المهمة كعقود نقل التكنولوجيا والعقود المتعلقة بالمعرفة التقنية العالية.

ونحن في هذا المقام سنتناول جانب قانوني حديث ومهم من جوانب المفاوضات العقدية ألا وهو عقد المفاوضة، إذ يتفق الطرفان ابتداءً على الدخول في مفاوضات تسبق إبرام العقد لمناقشة شروطه ومحلله وتحديد صورته النهائية، وذلك قبل إبرام العقد النهائي، وهنا يثور التساؤل عن هذا العقد الابتدائي من حيث تكييفه ومضمونه وآثاره؟ ويجيب موضوع البحث عن هذا التساؤل.

وحيث أن عقد المفاوضة يتعلق خصوصاً بعقد نقل المعرفة التقنية والعقود الدولية؛ إذ يحتاج في هذه العقود إلى تقديم كل من الطرفين معلومات خاصة بتلك المعرفة ولأجل هذا وجدنا عدم كفاية المفاوضات العقدية وما دار حولها من اختلافات فقهية بشأن تحديد طبيعة المسؤولية الناشئة عن إخلال أحد المتعاقدين بالعقد، لضمان حقوق كلا الطرفين لأن من الصعوبة على المدعي إثبات خطأ المدعي عليه، ولهذا ظهرت فكرة هذا الجانب القانوني من جوانب المفاوضات العقدية إلى الوجود على الرغم من وجود اختلافات فقهية بشأنه، إذ بموجبه تثبت مسؤولية المدعي عليه بمجرد قطع المفاوضات بغير عذر شرعي، وأنه يرتب التزامات على عاتق الطرفين، وإذا ما أخل أحد الطرفين بها فتكون هذه الالتزامات ضماناً للطرف الآخر لضمان حقه. وتقضي دراستنا لهذا الموضوع تناوله في ثلاثة مباحث، الأول يتعلق بماهية عقد المفاوضة والثاني يتعلق بأركان العقد والمبحث الثالث نتناول فيه أحكام عقد المفاوضة.

إذ يتضمن المبحث الأول تعريف عقد المفاوضة وبيان خصائصه وتكييفه القانوني، أما المبحث الثاني فيتضمن أركان العقد من رضا والمحل والسبب، أما المبحث الثالث فيتضمن الالتزامات الناشئة عن العقد والمسؤولية الناشئة عن الإخلال بعقد المفاوضة وانتهاء عقد المفاوضة.

المبحث الأول

ماهية عقد المفاوضة

سنحاول في هذا المبحث الوقوف على مسألتين مهمتين: الأولى / تتعلق بتعريف عقد المفاوضة وخصائصه؛ لما له من أهمية كبيرة تتعلق بإمكانية التمييز بين هذا العقد والحالات الأخرى للتكوين التدريجي للعقد النهائي كالإيجاب والعربون فتعريفه وبيان خصائصه يجنبنا الخلط بينه وبين هذه الحالات، والثانية/ والأهم هي تكييف هذا العقد إذ يتصور أن عقد المفاوضة هو اتفاق ابتدائي حيث يتضمن وعد ملزم بالتعاقد مما يستلزم إيضاح هذه المسألة والوصول إلى التكييف المناسب لعقد المفاوضة وبما يساهم في تأصيل عقد المفاوضة من الناحية القانونية، عليه سنقسم هذا المبحث على مطلبين.

المطلب الأول

تعريف عقد المفاوضة وبيان خصائصه

سنتناول في هذا المطلب تعريف عقد المفاوضة وبيان خصائصه، إذ سنقسم المطلب على فرعين: الأول لتعريف عقد المفاوضة، والثاني لبيان خصائصه.

الفرع الأول: تعريف عقد المفاوضة (1)

لتعريف عقد المفاوضة أهمية كبيرة تتعلق بالتمييز بينه وبين مراحل تكوين العقد، فيمكن تعريفه على أنه (عقد يتفق فيه الطرفان على إبرام عقد في المستقبل ولا ينعقد الأخير إلا إذا توافرت جميع المسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه والمدة التي يجب إبرامه فيها، ويرتّب هذا الاتفاق التزامات على عاتق الطرفين لأجل الوصول إلى إبرام عقد معين) وخاصة عقود نقل المعرفة التقنية والعقود الدولية، وهنا يُبرم المتعاقدان عقد يسمى عقد المفاوضة يتفاوض فيه الطرفان حول المسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه والمدة التي يُبرم فيها، وهنا تقع على الطرفين التزامات والأخيرة تعتبر بمثابة ضمانات لكلا الطرفين في حالة فسخ عقد المفاوضة، وأن العقد الأخير يرتّب حقوق شخصية لكلا المتعاقدين ومنها إلزام المتعاقدين بإبرام عقد معين، وأن هذا الإلزام طبيعته إلزام بعمل.

الفرع الثاني: خصائص عقد المفاوضة

من خلال تعريف عقد المفاوضة يمكن بيان أهم خصائصه ومنها أنه عقد رضائي يتطلب توافق إرادتين لإنشاء الاتفاق أي لا بد من إيجاب يصدر من أحد المتعاقدين وقبول من الطرف الآخر، ولا بد من تطابق الإيجاب والقبول شأنه شأن أي عقد رضائي، وإذا كان التفاوض بشأن عقد شكلي فلا بد أن يكون عقد المفاوضة شكلي أيضاً لأن بإنهاء عقد المفاوضة يُبرم العقد المراد إبرامه مستقبلاً، وكذلك أنه ملزم للجانبين إذ يلقي على المتعاقدين التزامات متقابلة بإبرام العقد المراد إبرامه مستقبلاً، وكذلك أن محل عقد المفاوضة هي المسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه، فإذا كان الأخير بيعاً وجب أن يتفاوض الطرفان على المبيع والثمن وإذا كان مقايضة وجب التفاوض على الشئين الذين يقع عليهما التفاوض (2).

ولما تقدم ينبغي أن نميز بين عقد المفاوضة وبين حالات التكوين التدريجي للعقد كالإيجاب والعربون، فالإيجاب عبارة عن إرادة أعلن عنها صاحبها وضمناها العناصر الأساسية للعقد وهو الإيجاب والبات والأخير إن لم يقتض به القبول يبقّ الموجب ملزماً بإيجابه إلى حين صدور القبول أو الرفض أو انتهاء المدة المحددة للإيجاب، أما عقد المفاوضة فيحتوي على الإيجاب والقبول وتطابقهما أي عقد بمعنى الكلمة، يتفاوض فيه الطرفان حول محل العقد المراد إبرامه في المستقبل والاتفاق على المدة المحددة لإبرام العقد، أما العربون يتفق الطرفان على المسائل الجوهرية ويبرمان العقد ويدفع أحد المتعاقدين للآخر مبلغ من المال يسمى العربون والغرض منه التأكيد على أن العقد أصبح باتاً ولا يجوز الرجوع فيه (3) في حين عقد المفاوضة ينشئ حقاً شخصياً لكلا المتعاقدين مثلاً عقد مشتري وبائع عقد مفاوضة لشراء سيارة فإن عقد المفاوضة أنشأ حق شخصي للمشتري بتملك السيارة وحق شخصي للبائع بتملك الثمن والتزام على عاتق المشتري بشراء سيارة والتزام على عاتق البائع ببيعها للمشتري، إذ أن عقد المفاوضة لا ينقل ملكية السيارة إلى المشتري فلا تخرج العين من ملك صاحبها، ويرتّب عليه استطاعة المالك التصرف بالعين قبل إبرام العقد المراد إبرامه مستقبلاً وإذا كانت العين باقية في ملك صاحبها فإن هلكت تملك عليه وفقاً للقاعدة العامة (الشيء يهلك على صاحبه) (4).

المطلب الثاني

التكييف القانوني لعقد المفاوضة

لكي نؤصل عقد المفاوضة من الناحية القانونية لا بد من تمييزه عن غيره من الجوانب القانونية وهل يمكن اعتبار عقد المفاوضة وعد بالتعاقد أم أنه غير ذلك؟ ولماذا لا يعتبر وعد بالتعاقد وما هي الأسباب التي لا تدعو إلى اعتباره وعداً بالتعاقد؟ أم يمكن اعتباره عقد غير مسمى ذو طبيعة خاصة يمهّد للعقد النهائي أي ما يطلق عليه البعض بـ (الاتفاق التحضيري) كل هذا سنبحثه في الفرعين الآتيين:

الفرع الأول / عقد المفاوضة وعد بالتعاقد (5)

الوعد بالتعاقد يعد من المراحل التمهيدية لإبرام العقد النهائي ويعرّف على (أنه الاتفاق الذي يلتزم بموجبه أحد المتعاقدين أو كلاهما لإبرام عقد بالمستقبل إذا أبدى الطرف الآخر رغبته في التعاقد، وقد تكون الرغبة تبادلية ويسمى هذا الاتفاق بالوعد المتبادل أو الوعد من الجانبين، وقد تكون الرغبة غير تبادلية ويسمى فيها الاتفاق بالوعد المنفرد أو الوعد من جانب واحد (6)). ولكن عقد المفاوضة هو عقد غير مسمى يتم بإيجاب وقبول الطرفين على وجه يثبت أثره في المعقود عليه ولكن هنا الطرفان يتفقان على تبادل وجهات النظر حول موضوع العقد وشروطه ومناقشتها تمهيداً للوصول إلى اتفاق نهائي، صحيح إن في الوعد يتم الاتفاق على الشروط الجوهرية للعقد وعلى المدة التي ينعقد خلالها العقد النهائي وكذلك عقد المفاوضة إلا أنه لا يمكن عد عقد المفاوضة وعد بالتعاقد لأن الأخير معلق على إبداء رغبة الطرف الآخر خلال مدة معينة في حين عقد المفاوضة يتم التفاوض بين الطرفين في مجلس واحد وبإنهاء المفاوضات ينعقد العقد المراد إبرامه أو لا ينعقد.

الفرع الثاني / عقد المفاوضة عقد غير مسمى يسبق العقد النهائي

إن العقود المسماة هي العقود التي ينص عليها القانون ونظم أحكامها بالاسم كعقد البيع والإيجار، والعقود غير المسماة هي العقود التي لم يذكر القانون اسماً لها ولم ينظم أحكامها وإنما ترك أمور تنظيمها للقواعد العامة في القانون المدني، ويمكن أن نعد عقد المفاوضة ضمن العقود غير المسماة لأنه لا وجود لاسم هذا العقد ضمن العقود المسماة وتطبق عليه الأحكام العامة للعقد، ويطلق البعض على هذا العقد بـ (الاتفاق التحضيري) ويلجأ إليه لتنظيم سير المفاوضات حيث تحدد في هذا الاتفاق الأهداف والمسائل

الجوهرية التي يريد الأطراف الوصول إليها وأيضاً تحدد شروط المفاوضات كالمدة التي يجب أن تبدأ فيها المفاوضات والشخص الذي يجب عليه المبادرة في بدئها ... الخ⁽⁷⁾.
إذاً نخلص إلى أن عقد المفاوضة هو عقد غير مسمى وذو طبيعة خاصة حيث يلقي التزامات على عاتق الأطراف المتفاوضة والاستمرار بالمفاوضات وعدم إفشاء سرية المفاوضات والالتزام بتقديم المعلومات كذلك أنه عقد يسبق ويمهد للعقد النهائي.

المبحث الثاني

أركان العقد⁽⁸⁾

وفيه نتناول مدى انطباق القواعد العامة والخاصة بأركان التعاقد على تكوين عقد المفاوضة , فنبين الأهلية اللازمة لإبرام هذا العقد والحالات التي يمكن عدها عيوب في الإرادة المتفاوضة ومن ثم نتناول الباعث على التعاقد وتحديد أحكامه ولهذا سنتناول الموضوع في ثلاثة مطالب الأول نبحث فيه الرضا , والثاني نبحث فيه محل العقد , والثالث نبحث فيه السبب وكالاتي :

المطلب الأول

الرضا

التراضي من الناحية القانونية عبارة عن إتفاق إرادتين على إحداث أثر قانوني وبعبارة أخرى تطابق الإيجاب والقبول , ووجود التراضي يكفي لوجود العقد من الأركان الأخرى ولا بد أن يكون التراضي صحيحاً وغير مشوب بعيب من عيوب الإرادة وأن يكون سليماً صادر من ذي أهلية والمهم هنا أن نبحث في الأهلية اللازمة لإبرام عقد المفاوضة وعيوب الإرادة وعلى النحو الآتي:

الفرع الأول / الأهلية اللازمة لإبرام عقد المفاوضة

الأهلية تعني (صلاحية الشخص لأن تكون له حقوق وعليه التزامات) وتقسّم الأهلية إلى أهلية وجوب , وأهلية أداء والمقصود بأهلية الأداء أن تكون للشخص صلاحية للقيام بتصرفات قانونية على وجه يعتد به , ولما كان عقد المفاوضة عقد كامل فيترتب عليه توافر الأهلية اللازمة للتعاقد وبما أن عقد المفاوضة عقد ملزم للجانبين فيترتب عليه توافر الأهلية لكل من الطرفين , لكن التساؤل يثور هنا توافر الأهلية في أي وقت ؟ عند إبرام عقد المفاوضة أم عند إبرام العقد المراد إبرامه , هنا يكفي أن تتوافر الأهلية الكاملة عند إبرام عقد المفاوضة أو عند إبرام العقد النهائي , والسبب في ذلك يعود إلى توافر الأهلية عند إبرام عقد المفاوضة لأنه عقد بمعنى الكلمة فينبغي توافرها عند الانعقاد وإذا طرأ نقص في أهلية أحد المتعاقدين فهذا النقص لا يؤثر على وجوب تنفيذ التزامه الناشئ عن عقد المفاوضة , أما السبب على كفاية توافر الأهلية عند إبرام العقد المراد إبرامه (النهائي) هو أن إبرام العقد المراد إبرامه يعد إجازة لعقد المفاوضة الموقوف إذا كانت أهلية أحد المتعاقدين ناقصة وبعد الإجازة يعد العقد نافذ بأثر رجعي إلى وقت انعقاده⁽⁹⁾.

الفرع الثاني / عيوب الإرادة

ينبغي أن تكون الإرادة التي تصلح لإبرام عقد ما مميزة مدركة وأن تكون حرة مبصرة وإن عيوب الإرادة في القانون المدني هي الإكراه والغلط والتغريب مع الغبن والاستغلال وهذه لها قواعد عامة ينظمها القانون المدني وتسري أحكامها على كل عقد أي تسري أحكام تلك العيوب إذا ما توافرت في إرادة أحد الطرفين , ولا يوجد اختلاف بشأن ورودها في هذا العقد أو ذاك , لكن الاختلاف في وقت تقدير تلك العيوب هل تقدر في وقت إبرام عقد المفاوضة أم عند إبرام العقد النهائي ؟ إن عيوب الإرادة شأنها شأن الأهلية في وقت تقديرها والخلاصة يكفي تقديرها وقت إبرام عقد المفاوضة أو عند إبرام العقد المراد إبرامه وللحجج ذاتها بالنسبة للأهلية

المطلب الثاني

محل العقد

عقد المفاوضة شأنه شأن أي عقد لا بد من وجود محل له ويشترط في المحل أن يكون موجوداً أو قابل للوجود في المستقبل (قابل الوجود) وأن يكون معيناً أو قابلاً للتعيين وأن يكون قابلاً للتعامل فيه , فعقد المفاوضة عقد يتطلب بتمامه محل يرد عليه العقد وإن المحل في هذا العقد هو ذاته المحل في العقد المراد إبرامه لأن من شروط المفاوضة ضرورة الاتفاق على المسائل الجوهرية للعقد وهي تتعلق بمحل العقد فإذا كان العقد المراد إبرامه بيعاً وجب التفاوض على المبيع والثمن مثلاً , ونخلص إن المحل في عقد المفاوضة يمكن أن تطبق عليه القواعد العامة للمحل في أي عقد ويبقى التساؤل هل يكفي توافر مشروعية المحل عند إبرام عقد المفاوضة أم عند إبرام العقد النهائي ؟ يكفي توافر مشروعية المحل عند إبرام العقد النهائي⁽¹⁰⁾.

المطلب الثالث

السبب⁽¹¹⁾

يعرّف السبب بأنه الغرض المباشر من التعاقد ولهذا قال الفقهاء السبب جواب لمن يسأل لم يلتزم المدين ؟ والسبب تدور في شأنه نظريتان تقليدية وحديثة والنظرية التقليدية تعد السبب الغرض المباشر من التعاقد والنظرية الحديثة تعتبر السبب الباعث الدافع إلى التعاقد ولكل ومن النظريتين حجج ولهن انتقادات وتردد المشرع العراقي في الأخذ بين النظرية التقليدية والحديثة والباعث في عقد المفاوضة يعني الغاية من التفاوض أي أن المتعاقدين يتفاوضان لأجل الوصول لأبرام العقد النهائي أي الاتفاق على المسائل الجوهرية للعقد والمدة التي بإنقضائها ينعقد العقد النهائي , ويشترط في السبب أن يكون مشروعاً وقد إبرام العقد النهائي .

المبحث الثالث

أحكام عقد المفاوضة

إذا كانت الغاية من البحث هو إبراز عقد المفاوضة فإنه لا بد من بيان أحكامه وذلك من ثلاث نواح: الأولى بحث الالتزامات الناشئة عن عقد المفاوضة، والثانية بحث المسؤولية الناشئة عن الإخلال بعقد المفاوضة، والثالثة انتهاء عقد المفاوضة. وعليه سوف نبحث هذه النواحي في ثلاثة مطالب بالتعاقب.

المطلب الأول

الالتزامات الناشئة عن عقد المفاوضة

لا بد من عرض هذه الالتزامات بوصفها الضمانة الأساسية لكلا المتعاقدين ولا بد أيضاً من بيان طبيعتها فيما إذا كانت إلتزامات بنتيجة أو ببذل عناية وذلك أمر ضروري من ناحية إثبات الإلتزام ولذلك لا بد من بيان مصدر هذه الإلتزامات هل العقد أم الإتفاق وحده مصدر هذه الإلتزامات؟ ومن الإلتزامات التي يترتبها عقد المفاوضة الإستمرار بالتفاوض وسرية التفاوض وتقديم المعلومات وكالاتي:

الفرع الأول/ الإلتزام باستمرار التفاوض

هذا الإلتزام الذي يترتب عقد المفاوضة على كلا الطرفين للسير في المفاوضات وتقديم مقترحات جدية ألا أنه غير ملزم بأن تؤدي تلك المقترحات إلى نتائج إيجابية، وهي إبرام العقد المتفاوض بشأنه، وبعد تطور مبدأ حسن النية بعد أن كان مبدأ مهم في تنفيذ العقد فإن تطوره تمثل في صيرورته أحد المبادئ التي تحكم تكوين العقد أيضاً، ولما كان عقد المفاوضة مرحلة من مراحل تكوين العقد فإنه أصبح لذلك من المبادئ الواجبة الإتباع فيه وعدم الإستمرار بالتفاوض مما يخالف هذا المبدأ ويمثل خطأ، وأن طبيعة هذا الإلتزام هو الإلتزام ببذل عناية⁽¹²⁾.

الفرع الثاني/ سرية المفاوضات

يجب على المتفاوضين ألا يستخدموا المعلومات التي حصلوا عليها كل من الآخر أثناء المفاوضات بشكل يخل ويضر بالمفاوض الآخر وأنه يلقي على عاتق كلا الطرفين إلتزام بعدم إفشاء الأسرار التي أعلن عنها أثناء التفاوض وخاصة في عقود نقل التكنولوجيا على نحو يضر بالطرف الآخر، وهذه المعلومات التي أعلن عنها الغرض منها أن يكون المتعاقد الآخر على بينة من مخاطر التعاقد وإن استخدم هذا المعلومات على نحو يضر بالطرف الآخر يكون قد ارتكب خطأ لإخلاله بالإلتزام عقدي أساسه الثقة وتنشأ المسؤولية عن هذا الإخلال، ومن الملاحظ أن طبيعة هذا الإلتزام إلتزام بنتيجة لأنه بمجرد الإفشاء يكون هنالك خطأ ومن ثم ضرر فتنشأ المسؤولية⁽¹³⁾.

الفرع الثالث/ الإلتزام بتقديم المعلومات

يرتب عقد المفاوضة إلتزام على عاتق الطرفين بتقديم معلومات متعلقة بالعقد المراد إبرامه، إذ يفرض هذا الإلتزام تزويد الطرف الآخر بالمعلومات الضرورية لأجل الوصول إلى إبرام العقد لأن من الضروري أن يعلم الطرف الآخر بهذه المعلومات، مثال ذلك شخص يشتري أجهزة الكترونية من شركة منتجة لها فتكون الأخيرة مدينة له بالإلتزام محله المعلومات المتعلقة بهذه الأجهزة، وعدم الإدلاء بهذه المعلومات من قبل الشركة يعد خطأ ارتكبه المدين ويؤدي إلى توقف المفاوضات وذلك عندما يشعر أحد المتفاوضين بأن الطرف الآخر يخفي عنه معلومات ضرورية وهو بحاجة إليها لكي يبني عليها رأيه⁽¹⁴⁾. ما طبيعة هذا الإلتزام - بتقديم المعلومات- تحقيق غاية أم بوسيلة؟ نقول تختلف طبيعة الإلتزام أعلاه باختلاف أطراف العقد، فإذا كان أطراف العقد أحد الحرفيين والمستهلك فإن طبيعة الإلتزام تكون بتحقيق غاية وهذا ما ذهبت إليه محكمة النقض الفرنسية في هذا الصدد (الإلتزام بتقديم معلومات في المفاوضات الهادفة إلى إبرام عقد نقل التكنولوجيا هو إلتزام بتحقيق غاية) أما إذا كان العقد بين الحرفيين أو بين المستهلكين فيكون الإلتزام بوسيلة، فإذا بذل المدين ما يبذله الرجل المعتاد فلا تقوم المسؤولية⁽¹⁵⁾.

المطلب الثاني

المسؤولية الناشئة عن الإخلال بعقد المفاوضة

إن عقد المفاوضة عقد ملزم للجانبين فإذا ما أخل أحد الطرفين بالتزاماته وأدى الإخلال إلى قطع المفاوضات فيكون قد أخطأ ويسأل عن ذلك أي تنشأ المسؤولية ويتحمل تبعه ذلك، عليه سنبحث في هذا المطلب طبيعة هذه المسؤولية وأركانها وأثرها وعلى ثلاثة أفرع:

الفرع الأول/ طبيعة المسؤولية

حسب التكييف المتقدم على عد المفاوضات العقدية عقد ضماني أو التسمية المقترحة له عقد المفاوضة أو الإتفاق التحضيري كما يطلق عليه البعض فإن المسؤولية المترتبة عن إخلال أحد الطرفين بالتزاماته تعتبر مسؤولية عقدية وليس تقصيرية، ويوجد خلاف وجدل كبيرين حول طبيعة المسؤولية أعلاه ونحن هنا أمام مسؤولية عقدية لأن عقد المفاوضة عقد صريح حتى وإن كان ضمناً، يستخلص أن الإرادة الضمنية لأطراف العلاقة قد تحولهم إلى العقد النهائي فيترتب عليها نواعان من الإلتزامات العقدية، الإلتزام بعقد المفاوضات والإلتزام بالسير فيها بحسن نية⁽¹⁶⁾.

فإذا ما أخل أحد الطرفين بالتزاماته يكون قد أخطأ ويعوض الطرف الآخر عن الضرر الذي أصابه وقد يكون فوت الكسب وحرمانه من فرص التعاقد مع الآخرين والخطأ وحده لا يكفي لقيام المسؤولية وإنما لا بد من ضرر يصيب الطرف الآخر.

الفرع الثاني/ أركان المسؤولية العقدية

المسؤولية العقدية لها ثلاثة أركان حسب القواعد العامة: هي الخطأ العقدي، والضرر، والعلاقة السببية بينهما ولكل من هذه الأركان خصائص وميزات معينة سنبحثها تباعاً

أولاً / الخطأ

لا بد من وجود خطأ من المتفاوض حتى يمكن مساءلته عن تعويض الضرر الذي أصاب الطرف الآخر وهنا لا بد من تحديد السلوك الخاطئ الذي يسأل مقترفه ولتحديد هذا السلوك هنالك معيار من الضروري الأخذ به لتحديد السلوك وهو معيار الثقة المشروعة بالمفاوضات، وكل من أخل بهذه الثقة يعد مخطئاً وتقام المسؤولية عليه، ويشترط في الفعل لكي يعد خطأ توافر شروط منها نية الأضرار بالغير أي لا يمكن اعتبار الفعل أو قطع المفاوضات خطأ إن كان لهذا القطع أو الفعل ما يبرره ولكي يعد قطع المفاوضات أو غيرها من الالتزامات خطأ عندما يقوم الآخر بالإخلال بالثقة المشروعة الناشئة عن عقد المفاوضة⁽¹⁷⁾ ومن شروط الخطأ أن يكون الخطأ جسيماً، إذ أن المسؤولية العقدية تقام عندما يكون الخطأ على قدر من الجسامه وبناءً على ذلك لا بد من التفريق بين حالتين: الأولى: إذا انعقد العقد بين الحرفيين يشترط في الخطأ أن يكون جسيماً وواضحاً خاصة عندما يميل القضاء الى تطبيق معيار الحرفي ذلك لأن الأخير له خبرة ودراية أكثر من الشخص العادي، والحالة الثانية: إذا انعقد العقد بين الحرفي وشخص عادي هنا يكفي بمسألة الحرفي بمجرد قطع المفاوضات مثلاً وهذا بدافع توسيع مسؤولية الحرفي في حالة التفاوض مع شخص عادي، لكن يثور التساؤل هنا ماذا لو قطع الشخص العادي المفاوضات هل يشترط وصفاً معيناً في الخطأ؟ نعم يشترط في خطأ الشخص العادي أن يكون جسيماً في حالة قطعه المفاوضات أو إخلاله بأحد الالتزامات الناشئة عن عقد المفاوضة⁽¹⁸⁾

ثانياً / الضرر

يعد الضرر حجر الزاوية في المسؤولية المدنية عامة، ولا بد من وجود ضرر لكي تقوم المسؤولية، والأخيرة لا تقوم بمجرد صدور خطأ فلا بد من ضرر يترتب على هذا الخطأ قد لحق بالمتفاوض الآخر ويجب أن يكون الضرر الذي يصيب الآخر والناجم عن قطع المفاوضات أو الإخلال بأحد الالتزامات الناشئة عن العقد ضرر مادي يتمثل بالخسارة التي يتعرض لها المتفاوض، وأما الضرر المعنوي فلا تعويض عليه في القانون المدني العراقي في نطاق المسؤولية العقدية، وكذلك يشترط أن يكون الضرر متوقعاً⁽¹⁹⁾

ثالثاً / علاقة السببية

كي تقوم المسؤولية فلا بد من وجود علاقة سببية بين الخطأ والضرر أي إن الضرر نتج عن هذا الخطأ، بمعنى آخر لا بد من ارتباط الضرر بالخطأ وكونه نتيجة له، وهذه العلاقة السببية يمكن أن تنقطع في عدة حالات، حالة ما إذا كان قطع المفاوضات أو الإخلال جاء نتيجة سبب أجنبي⁽²⁰⁾ وقد تنقطع العلاقة السببية بسبب خطأ الغير الذي يسبب الضرر فلا يسأل المتفاوض عن تعويض الطرف الآخر هنا لا بد من الرجوع على الغير بالتعويض عما أصابه من ضرر سلبى.⁽²¹⁾

الفرع الثالث / أثر المسؤولية المترتبة على الإخلال بعقد المفاوضة

أثر المسؤولية هو التعويض وتثور مسألة التعويض بهذا الصدد تبعاً لنوعه فيما إذا كان تعويضاً نوعياً أو بمقابل وسنبحث مدى إمكانية الحكم بأي منهما كأثر للمسؤولية عن قطع المفاوضات أو الإخلال بأي من الالتزامات المترتبة عن عقد المفاوضة

أولاً / التعويض العيني

ذهب جانب من الفقه الى جواز الحكم بالتعويض العيني عن قطع المفاوضات العقدية والإخلال بغيرها من الالتزامات والمقصود بالتعويض العيني هنا أن يعد العقد الذي حال الإخلال في عقد المفاوضة دون انعقاده منعقداً جبراً على إرادة المتفاوض المخل بالتزاماته⁽²²⁾ مثلاً لو قطعت المفاوضات نتيجة لنقض الإيجاب فإن من توجه إليه الإيجاب يعوض عن طريق اعتبار العقد النهائي منعقداً جبراً على إرادة الموجب الذي نقض الإيجاب لكن هذا الرأي منتقد ابتداءً إذ لا يمكن الأخذ بهذا التعويض الا بعد صدور الإيجاب ولأنه ليس بيد القاضي قبل ذلك تحديد شروط العقد الذي يريد إبرامه جبراً على إرادة المتفاوض المخل بالتزاماته وسلطة القاضي لا يمكن أن تحل محل إرادة المتعاقدين لأبرام عقد ما لم تلتي الارادتان في سبيل إبرامه⁽²³⁾.

ثانياً / التعويض بمقابل

إن التعويض على الإخلال بعقد المفاوضة يقتصر على التعويض بمقابل فقط وللحجج المقدمة سابقاً ويلزم من أخل بالمفاوضات بدفع مبلغ نقدي لجر الضرر الذي أصاب المتفاوض الآخر، ويقتصر أمر تعويض المضرور عن النفقات التي صرفت في سبيل إبرام العقد وعن الفرص التي ضاعت عليه بسبب التزامه بالمفاوضات، أما التعويض عن فوات الكسب فلا تعويض عليه لأنه يحسب على أساس التزام المتعاقد بالتعهدات التي اشتمل عليها العقد والحال إن العقد النهائي لم يبرم بعد⁽²⁴⁾ أما التعويض عن فوات الفرصة ففيه جدل فقهي: البعض يقول لا تعويض نهائياً ولهذا الرأي ما يبرره وهو منتقد لأن حرية التفاوض ليست مطلقة في العدول عن المفاوضات وعن الالتزامات الملقاة على الطرفين في الاستمرار بالمفاوضات خاصة عندما تكون الأخيرة قد وصلت إلى مرحلة التعبيرات العقلية وهنا على المتفاوض الاستمرار بالمفاوضات ولا يلتفت الى فرصة أخرى قد تسنح لها، فإن قطع المفاوضات قد تضيع عليه تلك الفرصة وحين إذن يتحقق التعويض عن هذا الضرر⁽²⁵⁾.

المطلب الثالث

إنهاء عقد المفاوضة⁽²⁶⁾

عقد المفاوضة شأنه شأن أي عقد ملزم للجانبين، ينتهي بالإنقضاء أي تنفيذ العقد من الطرفين بشكل صحيح وهو ما يسمى بانقضاء العقد بشكل طبيعي أو قد ينتهي بالإنحلال أي الفسخ لإخلال أحد الطرفين بالالتزامات الملقاة على عاتقه وعليه سنقسم هذا المطلب على فرعين:

الفرع الأول/ إنتهاء عقد المفاوضة بشكل طبيعي

عقد المفاوضة عقد ملزم للجانبين كما هو معلوم ويرتب إلتزامات متقابلة على الطرفين المتفاوضين فإذا قام كلا الطرفين بالوفاء بالالتزامات الملقاة على عاتقه وتوصلاً إلى نهاية الأمر في تحديد موعد لإبرام العقد النهائي، ويعد كل من طرفي العقد دائن ومدين في الوقت ذاته وانتهاء العقد طبيعياً يكون قد وصل كل من الطرفين إلى إبرام العقد النهائي والإتفاق على جميع المسائل الجوهرية للعقد النهائي والمدة التي يجب أن ينعقد بها.

الفرع الثاني/ فسخ العقد

قد ينقضي عقد المفاوضة بانتهاء مبسّر، فإذا أخل أحد الطرفين بتنفيذ الإلتزام جاز للعقد الآخر أن يطالب بفسخ العقد جزاءً لعدم التنفيذ أو يطالب بالتعويض والملاحظ أن الفسخ يبقى مفتوحاً أمام المتعاقد سواء كان عدم التنفيذ راجع إلى خطأ المتعاقد أو قوة قاهرة، مع ملاحظة أن للفسخ ثلاثة أنواع: الفسخ القضائي ويتم بحكم من المحكمة، والفسخ القانوني إذ يعد العقد منفسخاً تلقائياً بسبب استحالة تنفيذ الإلتزام من قبل المدين بسبب أجنبي أو إلى خطأ يعزى إلى المدين وفي الحالة الأخيرة يكون المدين ملزماً بالتعويض، أما النوع الثالث وهو الفسخ الإتفاقي إذ يتفق الطرفان على فسخ العقد، هذه هي القواعد العامة للفسخ ويمكن تطويعها بالنسبة لعقد المفاوضة وتطبيقها عليه.

الخاتمة :

إن موضوع البحث يطرح جانب قانوني حديث قبل إنعقاد العقد النهائي هو عقد المفاوضة كونه مرحلة مهمة من مراحل تكوين العقد وأهم ما توصلنا إليه في هذا البحث من نتائج نوجزها بالآتي:

1. عقد المفاوضة عقد تفرضه ضرورة الحال وخاصة التطور الحاصل في العقود ومنها عقود نقل المعرفة التقنية والعقود الدولية وما ترتبه من إلتزامات على عاتق الطرفين.
2. عقد المفاوضة عقد غير مسمى وهو ملزم للجانبين حيث يترتب إلتزامات على كلا الطرفين كذلك هو عقد رضائي وليس شكلي.
3. تطويع القواعد العامة للعقد لتطبيقها على عقد المفاوضة وخاصة تلك المتعلقة بالأهلية وعبوب الإرادة وشروط المحل ومشروعية السبب.
4. عقد المفاوضة يترتب إلتزامات متقابلة لكلا الطرفين من الإلتزام بسير المفاوضات وسرية المعلومات والإلتزام بتقديم المعلومات.
5. إن المسؤولية الناشئة عن الإخلال بأحد الإلتزامات التي يربتها العقد هي مسؤولية عقدية وأركانها الخطأ العقدي والضرر والعلاقة السببية.
6. التعويض عند حدوث الضرر من جراء الإخلال بالإلتزامات المترتبة على الطرفين هو تعويض عن النفقات التي صرفها المضرور في سبيل إبرام العقد النهائي وعن الفرص التي ضاعت عليه بسبب إلتزامه بعقد المفاوضة ولا تعويض عن الكسب الفائت لأسباب تم ذكرها سابقاً.

الهوامش:

- (1) ينظر د. عبد المجيد الحكيم، الوسيط في نظرية العقد، شركة الطبع والنشر الأهلية، بغداد، 1967، ص 98.
- (2) ينظر د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الإلتزام، مصادر الإلتزام، ط 3، مج 1، ج 1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2000، ص 268.
- (3) ينظر د. حسن علي الذنون، النظرية العامة للإلتزام، مصادر الإلتزام، ط 1، طبع على نفقة الجامعة المستنصرية، 1976، ص 75.
- (4) ينظر سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، 2، في الإلتزامات، نظرية العقد والارادة المنفردة، ط 4، مج 1، مطبعة السلام، 1986، ص 205.
- (5) ينظر د. حسن علي الذنون، النظرية العامة للإلتزام، أحكام الإلتزام، المرجع السابق، ج 2، ص 77، و د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 272.
- (6) راجع نص المادة (1/134) من القانون المدني العراقي (40) لسنة 1951.
- (7) ينظر د. عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 273.
- (8) ينظر د. عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 256.
- (9) حسن علي الذنون، المرجع السابق، ص 124.
- (10) ينظر أوز سليمان دزه بي، الإلتزام بالادلاء بالمعلومات عند التعاقد، اطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية القانون، جامعة بغداد، 2000، ص 14.
- (11) راجع نص المادة (78) من القانون المدني العراقي.
- (12) ينظر د. محمد حسام محمود لطيفي، المسؤولية المترتبة في مرحلة التفاوض، مطبعة النسر الذهبي، القاهرة، 1995، ص 4.
- (13) ينظر عبد الجبار ناجي الملا صالح، حسن النية في تنفيذ العقود، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية القانون، جامعة بغداد، 1974، ص 10. وينظر د. صبري حمد خاطر، قطع المفاوضات العقدية، بحث منشور في مجلة الحقوق، جامعة النهرين، مج 1، ع 3، 1997، ص 120.
- (14) ينظر سليمان براك دايج، المفاوضات العقدية، رسالة ماجستير مقدمة على كلية الحقوق، جامعة النهرين، 1998، ص 100.
- (15) ينظر د. صبري حمد خاطر، الإلتزام قبل التعاقد بتقديم المعلومات المتعلقة بالعقد، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية، مج 12، 1996، ص 98. وينظر أوز سليمان دزه بي، المرجع السابق، ص 8.
- (16) ينظر د. عدنان إبراهيم سرحان و د. نوري حمد خاطر، شرح القانون المدني الأردني، مصادر الحقوق الشخصية، الإلتزامات، عمان، 1997، ص 91.
- (17) ينظر د. محمد إبراهيم دسوقي، الجوانب القانونية في إدارة المفاوضات العقدية وإبرام العقود، الإدارة العامة للبحوث، معهد الإدارة العامة، السعودية، 1995، ص 30.
- (18) ينظر سليمان براك دايج، المرجع السابق، ص 131.
- (19) ينظر د. صبري حمد خاطر، قطع المفاوضات العقدية، المرجع السابق، ص 124.

- (20) ينظر د. حسن علي الذنون، المبسوط في المسؤولية المدنية، الضرر، ج 1، شركة التايمس للطبع والنشر المساهمة، بغداد، 1991، ص 155.
- (21) ينظر سليمان براك دايج، المرجع السابق، ص 107.
- (22) ينظر د. صبري حمد خاطر، قطع المفاوضات العقدية، المرجع السابق، ص 131.
- (23) ينظر د. صبري حمد خاطر، قطع المفاوضات العقدية، المرجع السابق، ص 133.
- (24) ينظر سليمان براك دايج، المرجع السابق، ص 109.
- (25) ينظر د. صبري حمد خاطر، قطع المفاوضات العقدية، المرجع السابق، ص 139.
- (26) ينظر عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، المصادر الارادية، العقد والارادة المنفردة، ج 1، 1982، ص 597.
- (27) ينظر د. حسن علي الذنون، النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص 190.

المصادر :

أولاً/ الكتب القانونية

- (1) د. حسن علي الذنون، المبسوط في المسؤولية المدنية، الضرر، ج 1، شركة التايمس للطبع والنشر المساهمة، بغداد، 1991.
- (2) د. حسن علي الذنون، النظرية العامة للالتزام، مصادر وأحكام الالتزام، ج 1، طبع على نفقة الجامعة المستنصرية، 1976.
- (3) د. عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام، مصادر الالتزام، ط 3، مج 1، ج 1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2000.
- (4) د. عدنان ابراهيم سرحان و د. نوري حمد خاطر، شرح القانون المدني الأردني، مصادر الحقوق الشخصية، الالتزامات، عمان، 1997.
- (5) د. محمد ابراهيم دسوقي، الجوانب القانونية في ادارة المفاوضات العقدية و ابرام العقود، الإدارة العامة للبحوث، معهد الإدارة العامة، السعودية، 1995.
- (6) د. محمد حسام محمود لطيفي، المسؤولية المترتبة في مرحلة التفاوض، مطبعة النسر الذهبي، القاهرة، 1995.
- (7) د. عبد المجيد الحكيم، الوسيط في نظرية العقد، شركة الطبع والنشر الأهلية، بغداد، 1967.
- (8) سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، 2 في الالتزامات، نظرية العقد والارادة المنفردة، ط 4، مج 1، مطبعة السلام، 1986.
- (9) عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، المصادر الارادية، العقد والإرادة المنفردة، ج 1، 1982.

ثانياً/ البحوث

- (1) د. صبري حمد خاطر، الالتزام قبل التعاقد بتقديم المعلومات المتعلقة بالعقد، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية، مج 12، 1996.
- (2) د. صبري حمد خاطر، قطع المفاوضات العقدية، بحث منشور في مجلة الحقوق، جامعة النهدين، مج 1، ع 3، 1997.

ثالثاً/ الأطاريح والرسائل

- (1) إوز سليمان دزه بي، الالتزام بالادلاء بالمعلومات عند التعاقد، اطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية القانون، جامعة بغداد، 2000.
- (2) سليمان براك دايج، المفاوضات العقدية، رسالة ماجستير مقدمة على كلية الحقوق، جامعة النهدين، 1998.
- (3) عبد الجبار ناجي الملا صالح، حسن النية في تنفيذ العقود، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية القانون، جامعة بغداد، 1974.

رابعاً/ القوانين

- (1) القانون المدني العراقي (40) لسنة 1951.