

## دور الإرادة

### في مرحلة المفاوضات العقدية

م. حسان علي مسلم الطائي

مدرس القانون المدني المساعد

#### المقدمة

أولاً - مدخل للتعريف بموضوع البحث:

مرت الإرادة من حيث حريتها وقدرتها على إنشاء العقود وترتيب آثارها بعدة أدوار، فقد بدأت هذه الحرية محصورة في أضيق الحدود في القانون الروماني ثم تطورت شيئاً فشيئاً تحت ظل هذا القانون وتحررت من كثير من القيود والشكليات التي كانت تقيدها، ولكنها لم تتحرر من هذه القيود والشكليات جميعاً، وقد استمر هذا التطور في القرون الوسطى وبتأثير القانون الكنسي الذي حررها من كل القيود التي كانت ترزخ تحتها في القانون الروماني، وذلك بتأثير المبادئ الدينية.

إن التطور الذي مرت بها الإرادة جعلها تتحرر نهائياً من كل قيد شكلي تحت ظل القانون الكنسي، فأصبحت بذلك حرةً طليقةً من شكليات القانون الروماني المعقدة.

حيث وصل مبدأ سلطان الإرادة الى ذروة مجده إبتداءً من القرن السابع عشر الى اواخر القرن التاسع عشر، ويرجع ازدهاره في هذه الحقبة من الزمن الى انتشار المذهب الفردي خلالها، فهذا المذهب يقوم على تبجيل الفرد واعتباره محور القانون وأساسه، ومن هنا ساد مبدأ سلطان الإرادة.

وأصبح رضا الطرفين (أي إرادتهما) كافياً لإنشاء العقود والالتزامات، هذه المرحلة التي مرت بها الإرادة في تطورها تسمى مرحلة الرضائية.

وبعد أن وصلت الإرادة إلى هذه المرحلة من تطورها وتخلصها من كثير من القيود التي كانت واردة عليها، وأصبحت قادرةً على أن تلتزم بدون إتباع شكلية ما، ثار تساؤل هل تتمتع الإرادة بحرية مطلقة في أن ترتب ما تشاء من الآثار على العقود التي تبرمها؟ أم أن هناك حدوداً يجب أن تلتزمها ونقف عندها؟

أختلف الفقهاء حول هذه المسألة، فذهب رأي يقول بإعطاء الإرادة الحرية التامة والسلطان المطلق في تحديد الآثار التي تراها مناسبة. وبعدم وجود حدود تحددها إلا حدود المصلحة العامة. فما دامت لا تعترض للمصلحة العامة في تعاقدها فإنها حرة في التصرف كما تشاء، وهذا رأي المذهب الفردي الذي ذهب أنصاره في تأييدهم لحرية الإرادة وسلطانها في ترتيب ما تشاء من الآثار وتجاوزا حدود المعقول.

في حين ذهب رأي آخر ، وهو الذي يمثل انصار المذاهب الاجتماعية، التي انتشرت بعد تغير الظروف الاقتصادية والاجتماعية والسياسية في القرن العشرين، التي نادى بوضع قيود على حرية التعاقد، وفرضت أشكال معينة لبعض العقود، بل وحتى ان انصار هذا المذهب نادوا بضرورة تدخل المشرع لحماية الطرف الضعيف من عنت الطرف القوي، وإقامة التوازن بين طرفي العقد خاصة عندما ينجم عن الظروف الاقتصادية أو الاجتماعية اختلال هذا التوازن، ذلك أن أساس المذاهب الاجتماعية هو مصلحة الجماعة لا الفرد.

### ثانياً - هيكلية البحث:

المقدمة.

المبحث الأول:- ماهية المفاوضات العقدية.

المطلب الأول:- تعريف المفاوضات العقدية وبيان خصائصها.

الفرع الأول:- تعريف المفاوضات العقدية.

الفرع الثاني:- خصائص المفاوضات العقدية.

المطلب الثاني:- التمييز بين فترة المفاوضات العقدية ومجلس العقد.

المبحث الثاني:- دور الإرادة في مرحلة المفاوضات العقدية.

المطلب الأول:- تعريف الإرادة وأنواعها.

الفرع الأول:- التعريف بالإرادة.

الفرع الثاني:- أنواع الإرادة.

المطلب الثاني:- دور الإرادة في المفاوضات العقدية.

الخاتمة.

المصادر.

### ثالثاً - أهمية الموضوع:

إن فترة المفاوضات تعد أولى فترات مرحلة ما قبل التعاقد، وقد تكون من أهم فترات هذه المرحلة وأكثرها خطورة لأن فيها يتم تحديد أهم ومعظم إلتزامات وحقوق طرفي العقد وما ينشأ عنها من مشكلات قانونية سواء ما تعلق بالإخلال بالإلتزامات السابق تحديدها في هذه المرحلة، أو ما يتعلق منها بنطاق وقوع المسؤولية التي تنشأ على عاتق الطرف المتسبب في عدم بلوغ الغاية المرجوة من المفاوضات وهي إبرام العقد النهائي، ونظراً لأهمية هذه المرحلة (مرحلة المفاوضات) في العقد، لذلك أردنا أن نبين دور الإرادة في هذه المرحلة، حيث تلعب إرادة الأطراف دوراً لا يستهان به في تنظيم عملية التفاوض. ومن هذا المنطلق جاء سبب اختياري لهذا الموضوع لمعرفة دور الإرادة في مرحلة التفاوض.

## المبحث الأول

### ماهية المفاوضات العقدية

يمر العقد بمرحلتين أساسيتين هما: المرحلة السابقة على التعاقد وتسمى مرحلة ما قبل التعاقد، والمرحلة اللاحقة على التعاقد وتسمى مرحلة ما بعد التعاقد، ويقصد بالمرحلة الأخيرة، المرحلة التي يكون العقد قد انعقد فيها وأصبح قائماً وصالحاً لترتيب آثاره وأحكامه، وهذه المرحلة لا تعنينا في نطاق دراسة البحث، أما المرحلة السابقة على التعاقد أو مرحلة ما قبل التعاقد فهي التي سنتصب دراستنا عليه في هذا المبحث.

عليه نقسم الدراسة في هذا المبحث الى مطلبين اثنين نخصص المطلب الأول للتعريف بالمفاوضات وبيان خصائصه ، ونفرد الكلام في المطلب الثاني لتمييز فترة المفاوضات العقدية عن فترة مجلس العقد.

### المطلب الأول

#### تعريف المفاوضات العقدية وبيان خصائصها

نقسم موضوع البحث في هذا المطلب الى فرعين، الأول لتعريف المفاوضات العقدية، والفرع الثاني لبيان خصائص مرحلة المفاوضات، وكالاتي:

الفرع الأول: تعريف المفاوضات العقدية.

الفرع الثاني: خصائص مرحلة المفاوضات العقدية.

## الفرع الأول

### تعريف المفاوضات العقدية

المفاوضات لغةً: - تفاوض الشريكان في مالٍ اشتركا فيه، وفاوضه في أمره أي جراه، وتفاوض القوم في الأمر أي فاوض بعضهم بعضاً<sup>(١)</sup>.

أما تعريف المفاوضات اصطلاحاً: - فهناك العديد من التعاريف التي صاغها فقهاء القانون للمفاوضات، نذكر عدداً منها:

من الفقهاء من عرفها<sup>(٢)</sup>: ((قيام أطراف العقد المقرر التوصل إلى إبرامه بتبادل وجهات النظر والمشاورات والمقترحات والدراسات والتقارير الفنية والإستشارات القانونية لأجل حسم الخلافات والتوصل إلى إبرام العقد النهائي وتحديد الحقوق والالتزامات سواءً ما تعلق منها بتنظيم المفاوضات نفسها أو العقد المزمع إبرامه)).

(١) محمد بن أبي بكر بن عبدالقادر الرازي، مختار الصحاح، دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان، بدون سنة طبع، ص ٥١٥.

(٢) يونس صلاح الدين محمد علي، العقود التمهيدية، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق، جامعة الموصل، ٢٠٠٩، ص ٦.

كما قد عُرفها جانب آخر<sup>(١)</sup> ((تداول ومناقشة وتبادل الأفكار والآراء والمسألة بالتفاعل بين الأطراف من أجل الوصول إلى إتفاق معين حول مصلحة أو حل لمشكلة ما: إقتصادية، قانونية، تجارية، سياسية،.....)).

كما عُرفت المفاوضات العقدية بأنها ((كل ما يصدر عن أحد الطرفين متصلاً بعلم الطرف الآخر ويكون متعلقاً بتكوين تصور مشترك لعقد يسعيان إلى إبرامه))<sup>(٢)</sup>.

من خلال هذه التعاريف يتبين أن للمفاوضات تأثيراً في حياة العقد لأن فيها تقع العوامل والأحداث التي من شأنها أن تعيب رضا أحد الأطراف، كالإكراه والغلط والإستغلال، لذلك يذهب رأي<sup>(٣)</sup> والذي نتفق معه إلى أن المفاوضات تعد بالنسبة إلى العقد بمثابة الأعمال التحضيرية بالنسبة إلى التشريع، إذ يرجع في المستقبل إلى أحداث المفاوضات بوصفها وسيلة لتفسير العقد إذا ما وجدت ضرورة لتفسيره.

(١) د. أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي (مفاوضات العقود الدولية-القانون الواجب التطبيق وأزمته)، دار النهضة العربية للنشر، القاهرة، بدون سنة طبع، ص ٦٢.

(٢) محمد صديق محمد عبدالله، موضوعية الإرادة التعاقدية، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق، جامعة الموصل، ٢٠١٠، ص ٢٢٥.

(٣) محمد صديق محمد عبدالله، موضوعية الإرادة التعاقدية، مرجع سابق، ص ٢٢٥.

وعلى الرغم من الدور الذي تؤديه المفاوضات في مجال العقود فإنه من النادر وجود تشريعات تقوم بإعطاء تنظيم خاص بهذه المرحلة<sup>(١)</sup>، ولم ينص القانون المدني العراقي على الأحكام التي تترتب على فترة المفاوضات<sup>(٢)</sup>.

## الفرع الثاني

### خصائص مرحلة المفاوضات العقدية

بعد أن بينا تعريف المفاوضات العقدية لابد من أن نأتي إلى بيان أهم خصائص هذه المرحلة، حيث تتسم فترة المفاوضات بالخصائص الآتية:-

(١) المفاوضات ذات طابع ثنائي الجانب على الأقل: إذ أن التفاوض على العقد لا يكون إلا من خلال المناقشة وتبادل وجهات النظر والحوار ولا يمكن تصور هذه المسائل إلا من خلال وجود شخصين على الأقل، وإذا كان من الممكن تصور وجود تعاقد الشخص مع نفسه، إلا أنه ليس من المتصور حدوث تفاوض الشخص مع نفسه.<sup>(٣)</sup>

(١) من هذه التشريعات تشريعا إيطاليا واليونان التي قامت بإعطاء تنظيم خاص بمرحلة المفاوضات.

(٢) محمد صديق محمد عبدالله، مجلس العقد (دراسة مقارنة)، دار الكتب القانونية، مصر، ٢٠٠٩، ص ٦٤.

(٣) يونس صلاح الدين محمد علي، العقود التمهيديّة، مرجع سابق، ص ٦.

(٢) إن المفاوضات تقوم على عنصر الإحتمال والذي يعني أن أياً من المتفاوضين غير متأكد من أن المفاوضات ستسفر عن عقد، فقد تسفر المفاوضات عن إبرام العقد، وقد لا تثمر المفاوضات عن شيء، حيث تصل إلى طريق مسدود، ومن ثم يعدل الطرفان عنها دون التوصل إلى إتفاق بشأن العقد محل التفاوض. (١)

(٣) المفاوضات وسيلة للتوصل إلى الإيجاب المشترك: إذ يصدر الإيجاب عادةً من أحد الطرفين وينطوي على الإلتزام بالعقد إذا ما قبل الطرف الآخر التعاقد بالشروط التي عرضها الموجب، أما في العقود التي يسبقها مفاوضات، فإن المفاوضات يتمخض عنها تصور مشترك لكل المسائل التي تمت مناقشتها وبالتالي التوصل إلى صياغة مشروع للعقد يعد بمثابة إيجاب مشترك نابع عن إرادة الطرفين المتفاوضين معاً. (٢)

(٤) المفاوضات تقوم على التبادل والأخذ والعطاء: ذلك لأن المفاوضات هي وسيلة للتقريب بين وجهات النظر المختلفة وهي تتعارض مع عدم

---

(١) أ. د. سعد حسين عبد ملحم، التفاوض في العقود عبر شبكة الإنترنت، بحث منشور في مجلة كلية الحقوق، جامعة النهريين، المجلد ٨، العدد ١٣، ٢٠٠٥، ص ٧٩.

(٢) د. محمد إبراهيم دسوقي، الجوانب القانونية في إدارة وإبرام العقود، الإدارة العامة للبحوث، ١٩٩٥، ص ١٩، نقلاً عن: يونس صلاح الدين محمد علي، العقود التمهيدية، المرجع السابق، ص ٧.

القابلية للنقاش أو التنازل وهو ما يميزها عن عقد الإذعان الذي هو من العقود غير القابلة للتفاوض. (١)

(٥) لا يوجد في فترة المفاوضات تصور كامل لدى المتعاقدين عن عناصر العقد النهائي، وهي بهذا تختلف عن فترة المشروع الذي لا يبدأ إلا بوجود مثل هذا التصور. (٢)

(٦) المفاوضات تبدأ بالدعوة إلى التفاوض وهي دعوة غير ملزمة تهدف إلى مناقشة أركان العقد المزمع إبرامه. (٣)

(٧) لا يتعدى الجزاء عن الإخلال بالالتزامات في مرحلة التفاوض عن التعويض عن الأضرار التي تنشأ عن الإخلال. (٤)

---

(١) يونس صلاح الدين محمد علي، العقود التمهيدية، مرجع السابق، ص ٧.

(٢) أستاذنا الدكتور أكرم محمود حسين البدو، العقود الأولية (دراسة تحليلية مقارنة في ضوء فترة المشروع)، بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق، جامعة الموصل كلية القانون، المجلد ٨، العدد ٢٩، ٢٠٠٦، ص ٦.

(٣) يونس صلاح الدين محمد علي، العقود التمهيدية، مرجع سابق، ص ٨.

(٤) أستاذنا الدكتور أكرم محمود حسين البدو، العقود الأولية (دراسة تحليلية مقارنة في ضوء فترة المشروع)، المرجع السابق، ص ٧.

(٨) فترة المفاوضات ليست فترة لازمة تسبق إبرام العقد النهائي كما هو الحال بالنسبة إلى فترة المشروع. (١)

(٩) تتم المفاوضات بأية صيغة أو وسيلة يفضلها المتفاوضون، إذ لا يتقيد المتفاوضون بإتباع طريقة معينة، فقد تجري المفاوضات بشكل مباشر عن طريق المشافهة أو اللفظ وكذلك يمكن أن تجري عن طريق تبادل المكاتبات والرسائل والخطابات بين الأطراف المتفاوضة. (٢)

---

(١) يونس صلاح الدين محمد علي، العقود التمهيدية، المرجع السابق، ص ٩.

(٢) د. محمد وحيد الدين سوار، الشكل في الفقه الإسلامي، ط ٢، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ١٩٩٨، ص ١٤١، نقلاً عن: يونس صلاح الدين محمد علي، العقود التمهيدية، مرجع السابق، ص ٨.

## المطلب الثاني

### التمييز بين فترة المفاوضات العقدية وفترة ومجلس العقد<sup>(١)</sup>

يُعرف مجلس العقد بأنه ((الفترة الزمنية الفاصلة ما بين الإيجاب والقبول والتي تتحدد خلالها المدة التي يبقى فيها الإيجاب صالحاً لإقترانه بالقبول)).<sup>(٢)</sup>

وتتشابه المفاوضات العقدية مع مجلس العقد في أن كل منهما يعد جزءاً من مرحلة ما قبل التعاقد، إلا أن هناك بعض أوجه الاختلاف بين فترة المفاوضات العقدية ومجلس العقد، وكما يلي:-

- (١) من الجدير بالذكر أن نشير إلى أن مرحلة ما قبل التعاقد تقسم إلى ثلاث فترات وهي فترة المفاوضات وفترة الاتفاق أو المشروع وفترة مجلس العقد، وهذه الفترات الثلاث ليست لازمة لكل تعاقد فأحياناً تشتمل مرحلة ما قبل التعاقد على الفترات الثلاث، وهذا ما يحدث في العقود كثيرة الأهمية وعقود التجارة الدولية، وأحياناً أخرى تشتمل مرحلة ما قبل التعاقد على فترتين هما فترة المفاوضات وفترة مجلس العقد عندما توصل المفاوضات مباشرة إلى إيجاب بات، لمزيد من التفصيل في ذلك: ينظر: د. جعفر محمد جواد الفضلي، عقد الإطار، دراسة تحليلية، بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق، المجلد ٨، العدد ٢٨، السنة ١١، حزيران ٢٠٠٦، ص ١ وما بعدها؛ د. عبد الحكم فوده، الوعد والتمهيد للتعاقد والعربون وعقد البيع الابتدائي، دار الكتب القانونية، بدون مكان نشر، ١٩٩٢، ص ١٨.
- (٢) د. محمد صديق محمد عبدالله، مجلس العقد (دراسة مقارنة)، مرجع سابق، ص ٥٧.

- (١) فترة المفاوضات العقدية تقوم على فكرة الإحتمال أو عنصر الإحتمالية، في حين أن مجلس العقد يبدأ بإيجاب بات جازم يضع الحد الفاصل بين فترة المفاوضات وبداية مجلس العقد. (١)
- (٢) فترة المفاوضات العقدية وسيلة لتبادل وجهات النظر والآراء والمشاورات لمعالجة الخلافات التي قد تنشأ بين أطراف العلاقة التعاقدية المستقبلية، أما مجلس العقد فهو وسيلة للتوصل إلى إبرام العقد النهائي عن طريق تلاقي الإيجاب مع القبول. (٢)
- (٣) فترة المفاوضات ليست فترة لازمة تسبق إبرام العقد النهائي، في حين يعد مجلس العقد أمراً ضرورياً لا غنى عنه لإبرام العقد النهائي. (٣)
- (٤) فترة المفاوضات تسبق مجلس العقد دائماً. (٤)

- (١) يونس صلاح الدين محمد علي، العقود التمهيديّة، مرجع سابق، ص ٩.
- (٢) د. رمضان أبو السعود، النظرية العامة للإلتزام، مصادر الإلتزام، دار المطبوعات الجامعية، ٢٠٠٢، ص ٦٩، نقلاً عن: يونس صلاح الدين محمد علي، العقود التمهيديّة، المرجع السابق، ص ٩.
- (٣) د. محمد صديق محمد عبدالله، مجلس العقد (دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص ٦٣.
- (٤) يونس صلاح الدين محمد علي، العقود التمهيديّة، المرجع السابق، ص ٩.

- (٥) في فترة المفاوضات العقدية تكون إرادة الطرفين غير باتة وغير نهائية فلا يعرف كلاهما إذا كان سيتعاقد أم لا، أما مجلس العقد فإن إرادة الطرفين تكون باتة وعازمة على التعاقد وإبرام العقد النهائي. (١)
- (٦) فترة المفاوضات عادةً تستغرق وقتاً طويلاً لأن المفاوضات تحتاج إلى مناقشات متأنية ودراسات مستفيضة وتبادل وتقريب وجهات النظر، في حين تكون فترة مجلس العقد قصيرة لا تستغرق عادةً من الوقت سوى لحظات. (٢)

---

(١) يونس صلاح الدين محمد علي، المرجع السابق، ص ٩.

(٢) يونس صلاح الدين محمد علي، المرجع السابق نفسه، ص ٩.

## المبحث الثاني

### دور الإرادة في مرحلة المفاوضات العقدية

يتطلع كل طرف، خلال فترة التفاوض الى استبقاء حرته في عدم التعاقد حتى لحظة الاتفاق النهائي، وبعبارة أخرى فان كل طرف يسعى الى المحافظة اطول فترة ممكنة على ماله من حرية تعاقدية، لذلك ولبيان دور الإرادة في مرحلة المفاوضات العقدية نقسم هذا المبحث إلى مطلبين، نخصص المطلب الأول للتعريف بالإرادة وبيان أنواعها، والمطلب الثاني لبيان دور الإرادة في مرحلة المفاوضات العقدية.

### المطلب الأول

#### تعريف الإرادة وبيان أنواعها

نقسم هذا المطلب إلى فرعين، الفرع الأول لتعريف الإرادة، والفرع الثاني لبيان أنواع الإرادة، وكما يلي:-

## الفرع الأول

### التعريف بالإرادة

تعني الإرادة لغةً : القصد إلى الشيء والاتجاه إليه<sup>(١)</sup>. لذلك هي محور التراضي، وهي في ذاتها باعتبارها ظاهرة نفسية تتطوي على كثير من التعقيد والغموض يعنى علم النفس، بتوضيحه وجلائه، فلا يهمننا الخوض فيه، على أن بقية العناصر التي تتطلب في التراضي من ظهور الإرادة في العالم الخارجي وكذلك إقترانها بإرادة أخرى من شأنها أن تعمل على تحديد الإرادة تحديداً كافياً فتحمو جانباً كبيراً من الصعوبات التي تعاني من إستجلاء الظواهر النفسية، ولكن هذا لا يعني أن تطلب هذه العناصر من شأنه استئصال كل صعوبة، إذ ما زال التراضي رغم هذا يدور على محور الإرادة باعتبارها ظاهرة نفسية.<sup>(٢)</sup>

أما تعريف الإرادة اصطلاحاً: فإن التشريعات لم تحدد مضموناً للإرادة<sup>(٣)</sup>. لكن الفقه عرف الإرادة بتعريفات عدة تقتصر على بيان أهمها، فقد

(١) ينظر: ابن منظور، لسان العرب، ج ١، دار لسان العرب، بيروت، دون سنة طبع، ص ١٢٥٣؛ محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي، مختار الصحاح، دار الرسالة، الكويت، ١٩٨٢، ص ٢٦٣

(٢) حلمي بهجت بدوي، أصول الإلتزام (الكتاب الأول)، بلا مكان طبع، ١٩٤٣، ص ٧١ و ٧٢.  
(٣) تجدر الإشارة إلى أن المشرع العراقي ذكر مصطلح الإرادة مرتين فقط، الأولى: عندما نص على عيوب الإرادة في المواد (١١٢-١٢٥)، والثانية: عندما نص في المادة (١٨٤) على اعتبار الإرادة المنفردة مصدراً استثنائياً للإلتزام الإرادي وتأتي بعد العقد.

عرفها جانب من الفقه بأنها: "عمل نفسي ينعقد به العزم على شيء معين"<sup>(١)</sup>. نلاحظ ان هذا التعريف اقتصر على الإرادة الباطنة وحدها في حين أن الإرادة الباطنة لاتشمل كل الإرادة إنما هي قسم منها. وعرفها جانب فقهي<sup>(٢)</sup> آخر بتعريف مطابق تقريباً للتعريف أعلاه وذلك بأنها: "أمر نفسي ينعقد به العزم على أمر معين" ، يؤخذ على هذا التعريف ايضاً المآخذ نفسه في التعريف الاول. كذلك فقد تناول جانب آخر من الفقه<sup>(٣)</sup> الإرادة من خلال تعريفه للتصرف القانوني على اعتبار أن كل ما يصدر عن الإنسان بارادة حرة مدركة يتعلق به إدراكه أولاً ثم إرادته ثم قدرته، وعليه فان تصرف الإنسان ثمرة قدرته التابعة لإرادته والتابعة لإدراكه، وبهذا فقد عرف التصرف القانوني بصورة أكثر دقة بأنه كل ما يصدر عن الإنسان من قول أو فعل بارادة حرة واعية ويرتب عليه القانون الأثر.

(١) د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط، ج١، دار النشر للجامعات العربية، مصر، ١٩٥٢، ص١٨٦.

(٢) د. عبد المجيد الحكيم، الوسيط في نظرية العقد، ج١، مطبعة شركة الطبع والنشر الأهلية، بغداد، ١٩٦٧، ص١٢٤؛ د. ياسين محمد الجبوري، المبسوط في شرح القانون المدني، ج١، ط١، دار وائل للطباعة والنشر، الأردن، عمان، ٢٠٠٢، ص١٧٣.

(٣) د. مصطفى الزلمي، المنطق القانوني، القسم الثالث، بحث منشور في مجلة جامعة النهريين للحقوق، المجلد٤، العدد ٥، تموز ٢٠٠٠، ص١٥

لذلك فالإرادة مسألة كامنة في النفس ولا بد من الإفصاح عنها والتعبير حتى يعتد بها القانون، فالتعبير هو المظهر الخارجي للمادي للإرادة الكامنة في النفس وهذا الإفصاح أو التعبير عن الإرادة قد يكون تعبيراً ضمناً، فالقانون لم يشترط مظهراً خاصاً أو شكلاً معيناً للتعبير عن الإرادة إلا في أحوال نادرة. (١)

ونخلص مما تقدم أن المقصود بالإرادة والذي نتفق به مع البعض (٢) بأنه (انعقاد العزم على إجراء تصرف قانوني هو محل الالتزام).

## الفرع الثاني

### أنواع الإرادة

إذا كان ضرورياً أن توجد الإرادة في الأعماق، فليس هذا الوجود كافياً لتلعب الإرادة دورها في مجال القانون، فهي قبل التعبير عنها إلى العالم الخارجي ظاهرة نفسية لا يعتد بها القانون، وحتى تلعب الإرادة دورها في مجال القانون وجب التعبير عنها إلى العالم الخارجي لأن التعبير هو الوسيلة التي تصل بها الإرادة الباطنة إلى علم الغير فتتحول من ظاهرة نفسية إلى ظاهرة إجتماعية، ولا شك في أن التعبير عن الإرادة يتم بإحدى وسائل التعبير

(١) د. عبدالمجيد الحكيم، د. عبدالباقي البكري، د. محمد طه البشير،

الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي، ص ٣٣ و ٣٤.

(٢) د. أكرم محمود حسين، مرجع سابق، ص ١٢ زما بعدها.

المتعارفة، غير أنه قد يستطيع هذا التعبير أن يوصل الإرادة الباطنة إلى علم الغير دون تنازع بين ما يضره الشخص وبين ما يعلنه، وفي هذه الحالة تكون الإرادة الباطنة مطابقة للإرادة الظاهرة، وقد لا يستطيع الإنسان وهذا هو النادر أن ينقل الإرادة الباطنة كاملةً إلى العالم الخارجي فيكون هناك نزاع بين الإرادة الباطنة والإرادة الظاهرة، وفي هذه الحالة تكون الإرادة الظاهرة مخالفة للإرادة الباطنة. (١)

يتضح مما سبق أن للإرادة نوعان: الإرادة الباطنة والإرادة الظاهرة، عليه سوف نقوم في هذا الفرع بتوضيح المقصود بالإرادة الباطنة والإرادة الظاهرة.

### الإرادة الباطنة:

الإرادة الباطنة تبحث عن الإرادة فيما تنطوي عليه النفس، أما مظهر التعبير عن الإرادة فليس إلا قرينة عليها تقبل إثبات العكس، فإذا قام دليل من جهة أخرى على أن المظهر المادي لا يتفق مع الإرادة النفسية فما على القاضي إلا أن يتعرفها عن طريق الإفتراض، فالإرادة الحقيقية أولاً وإلا فالإرادة المفترضة ولكنها -حقيقية أو مفترضة- هي الإرادة الباطنة لا الإرادة الظاهرة،

(١) د. مالك دوهان الحسن، شرح القانون المدني - مصادر الإلتزام- ج ١،

بغداد، ١٩٧٣، ص ١٠٧.

الإرادة الحرة المختارة في معدنها الحقيقي غير متأثرة لا بغش ولا بإكراه ولا بغلط. (١)

وهذه النظرية هي السائدة في القوانين اللاتينية، وهي نتيجة منطقية لمبدأ سلطان الإرادة، ذلك أن قوة العقد الملزمة تستند إلى إرادة الشخص وإلى اعتبارات خلقية لا اعتبارات خارجية، ولذا ينبغي البحث عن هذه الإرادة والنزول على حكمها، أما التعبير فهو مجرد دليل عليها، ومن ثم فمن الممكن نقض دلالاته بإثبات عكس ما يفيد. (٢)

أما موقف المشرع العراقي فقد أخذ بالإرادة الباطنة وهذا ما نصت عليه المادة ١٥٥ من القانون المدني العراقي في تفسير العقد ((العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني)).

كذلك القانون المدني المصري أخذ بالإرادة الباطنة، حيث تقضي المادتان ١٣٨ و ١١٩ منه على وجوب تفسير المشاركات على حسب الغرض الذي يظهر أن المتعاقدين قصدوه مهما كان المعنى اللغوي للألفاظ المستعملة فيها. (٣)

(١) د. عبدالرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، بدون مكان طبع، ص ١٩٢.

(٢) د. أحمد حشمت أبو ستيت، نظرية الإلتزام في القانون المدني، مطبعة مصر، مصر، ١٩٥٤، ص ١٩٢.

(٣) د. عبدالرزاق أحمد السنهوري، نظرية العقد، ج ١، بدون مكان طبع، بلا تأريخ، ص ١٦٩.

## الإرادة الظاهرة:

في النصف الثاني من القرن التاسع عشر بحث فقهاء الألمان نظرية الإرادة الباطنة بحث المدقق، وخلصوا من بحثهم إلى أن هذه الإرادة النفسية لا يجوز أن يكون لها أثر في القانون، فهي شيء كامن في النفس، والإرادة التي تنتج أثراً هي الإرادة في مظهرها الإجتماعي لا في مكنها وهي تختلج في الضمير، ولا تأخذ الإرادة مظهراً إجتماعياً إلا عند الإفصاح عنها، فالعبرة بهذا الإفصاح، إذ هو الشيء المادي الذي يستطيع القانون أن يحيط به وأن يرتب أحكامه دون حاجة إلى تحسس ما تنطوي عليه النفس من نيات، لذا فالقانون ظاهرة إجتماعية لا ظاهرة نفسية وفي هذا استقرار للتعامل وطمأنينة لمن يسكن بحق إلى ما يظهر أمامه من إرادة لا يستطيع التعرف عليها إلا من التعبير عنها. (١)

وأنصار هذه النظرية لا يكتفون من المظهر الخارجي للإرادة بأن يكون مجرد دليلٍ عليها يقبل إثبات العكس إذا تبين من الظرف أن التعبير الخارجي لا يتفق مع الإرادة الداخلية، فهم لو إكتفوا بذلك لاتفقوا مع أنصار الإرادة الباطنة، ولكنهم يذهبون إلى مدى أبعد من هذا ويعتبرون هذا المظهر

(١) د. عبدالرزاق أحمد السنهوري، الوسيط، مرجع سابق، ص ١٩٢.

الخارجي هو العنصر الأصلي للإرادة فيجب الوقوف عنده، فلا يُسمح لشخص يدعي أنه أضمر ما يخلف مادام قد أراد هذا التعبير الذي اختاره بإرادته. (١)

أما موقف القانون المدني المصري منه فقد أخذ بالإرادة الظاهرة عندما اعتبر التعبير عن الإرادة منتج لأثره حتى بعد موت من صدر منه أو فقد أهليته وهذا ما نص عليه القانون المدني المصري. (٢)

والقانون المدني العراقي قد انحرف أيضاً عن الإرادة الباطنة نحو الإرادة الظاهرة، حتى يكفل للمعاملات استقرارها، ولكنه لم يبلغ بهذا الانحراف شأن القانون المدني المصري. (٣)

ومن تطبيقات الإرادة الظاهرة في القانون المدني العراقي هو تعريفه للعقد في المادة ٧٣ بأنه (ارتباط الإيجاب الصادر من أحد العاقدين بقبول الآخر على وجه يثبت أثره في المعقود عليه وكذلك التعاقد بين غائبين). (٤)

(١) د. حسين علي الذنون، شرح القانون المدني (أصول الإلتزام)، مطبعة المعارف، بغداد، ١٩٧٠، ص ٤١.

(٢) ينظر: نص المادة ٩٢ من القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨.

(٣) د. محمد سعيد الدين الشريف، شرح القانون المدني العراقي-نظرية الإلتزام- ج ١، بدون طبعة، مطبعة العاني، بغداد، ١٩٥٥، ص ٩٤ و ٩٥.

(٤) ينظر: نص المادة ٧٣ من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ وتعديلاته.

على أنه إذا كانت القوانين ذات النزعة المادية تأخذ بالإرادة الظاهرة فإنها لم تنفِ الإرادة الباطنة نفيًا تاماً، أو هي مازالت تتطلب إرادة التعبير وإن لم تتطلب إرادة إحداث الأثر القانوني، فهذا إنما يتحدد على ضوء ما وقع من تعبير، ولذا كان التعبير الصادر من المجنون أو الطفل أو من انعدمت إرادته لا أثر له لأن إرادة التعبير منعدمة. (١)

## المطلب الثاني

### دور الإرادة في المفاوضات العقدية

تنشأ المفاوضات نتيجة رغبة الأطراف في التعاقد، وهذه الرغبة هي نابعة من إرادة الأطراف المتفاوضين، حيث تبذل الأطراف المتفاوضة محاولات للوصول إلى تفاهم متبادل بين الطرفين ليقف كل منهما على مدى استعداد كل طرف لقبول شروط الطرف الآخر.

ونرى بأن للإرادة دوراً رئيسياً في المفاوضات العقدية، حيث أن المفاوضات تنشأ عندما تتوجه إرادة أحد الطرفين إلى الدخول في مفاوضات بغية الوصول إلى النتيجة النهائية وهي إبرام العقد المزمع.

(١) د. أحمد حشمت أبو ستيت، نظرية الإلتزام في القانون المدني، مصدر

سابق، ص ٨٦.

كذلك يبرز دور الإرادة عندما تتوجه إرادة أحد الأفراد إلى الدعوة إلى إنشاء عقد أو أي تصرف قانوني، وتوجه إرادة من وُجّهت إليه الدعوة إلى قبول هذه الدعوة والدخول في مفاوضات، وبما أن المفاوضات تخضع لمبدأ حرية التعاقد، فهي تحدث برضا الطرفين وإرادتهما ومن دون أي إكراه أو إجبار، فإرادة الأفراد حرة في الدخول في مفاوضات أو عدم الدخول فيها، كما أن الإرادة حرة في الانسحاب من المفاوضات (على شرط عدم الإضرار بالطرف الآخر).

أيضاً الوسيلة أو الصيغة التي يتبعها المتفاوضون في المفاوضات لا تتقيد بإتباع طريقة معينة، فالإرادة حرة في أن تجري هذه المفاوضات بشكل مباشر عن طريق المشافهة أو اللفظ أو يمكن أن تجري عن طريق تبادل المكاتبات أو الرسائل أو المخاطبات أو أي طريقة تحددها إرادة الأطراف المتفاوضة.

خلاصة القول بأنه يمكن أن نقول أن للإرادة الدور الرئيسي في المفاوضات منذ اتجاه النية والإرادة إلى الدخول في هذه المفاوضات والفترة التي يتم فيها التفاوض حتى انتهاء المفاوضات، إما بفشل هذه المفاوضات أو إبرام العقد النهائي وهو الغاية التي اتجهت إليها الإرادة عند دخولها المفاوضات.

## الخاتمة

بعد الإنتهاء من هذا البحث توصلنا إلى النتائج الآتية مع بعض التوصيات:

### أولاً:- النتائج:-

- ١/ إن المفاوضات العقدية تعتبر فترة مهمة تسبق إبرام العقد النهائي باعتبارها ممهدة لإنشاء وإبرام العقد، يتم فيها تبادل وجهات النظر والمقترحات حول العقد المزمع إبرامه.
- ٢/ إن للمفاوضات العقدية تأثيرٌ في حياة العقد لأن فيها تقع العوامل والأحداث التي من شأنها أن تعيب رضا الأطراف كالإكراه والغلط والإستغلال.
- ٣/ المفاوضات العقدية تبدأ بالدعوة إلى التعاقد، أي اتجاه الإرادة إلى إجراء مفاوضات بغية الوصول إلى عقد نهائي.
- ٤/ الإرادة المعتبرة غالباً في المفاوضات العقدية هي الإرادة الظاهرة والتي تتمثل بالدعوة إلى المفاوضات، كذلك في حال قبول الدعوة للدخول في المفاوضات.

- /٥ للإرادة دور كبير في إجراء المفاوضات العقدية، لأنها هي التي توجه صاحبها إلى الدعوة في خوض مفاوضات بغية الوصول إلى النتيجة النهائية وهي إبرام العقد.
- /٦ خلو القانون المدني العراقي من تنظيم خاص بمرحلة المفاوضات العقدية.

#### ثانياً:- التوصيات:-

- /١ نوصي المشرع العراقي بأن يكون هناك تنظيم خاص بمرحلة المفاوضات العقدية.
- /٢ نوصي المشرع العراقي بأن يكون هناك بيان لدور الإرادة في مرحلة المفاوضات العقدية وفقاً لأحكام خاصة تشرع لهذا الموضوع.

## المصادر

## أولاً: - المعاجم اللغوية:-

- /١ ابن منظور، لسان العرب، ج ١، دار لسان العرب، بيروت، دون سنة طبع.
- /٢ محمد بن أبي بكر بن عبدالقادر الرازي، مختار الصحاح، دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان، بدون سنة طبع.

## ثانياً: - الكتب:

- /١ د. أحمد حشمت أبو ستيت، نظرية الإلتزام في القانون المدني، مطبعة مصر، مصر، ١٩٥٤.
- /٢ د.أحمد عبدالكريم سلامة، قانون العقد الدولي (مفاوضات العقود الدولية-القانون الواجب التطبيق وأزمته)، دار النهضة العربية للنشر، القاهرة، بدون سنة طبع.
- /٣ د. حسين علي الذنون، شرح القانون المدني (أصول الإلتزام)، مطبعة المعارف، بغداد، ١٩٧٠.
- /٤ حلمي بهجت بدوي، أصول الإلتزام (الكتاب الأول)، بلا مكان طبع، ١٩٤٣.

- /٥ د. عبد الحكم فوده، الوعد والتمهيد للتعاقد والعريون وعقد البيع الابتدائي، دار الكتب القانونية، بدون مكان نشر، ١٩٩٢.
- /٦ د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط، ج ١، دار النشر للجامعات العربية، مصر، ١٩٥٢، ص ١٨٦.
- /٧ د. عبدالرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، بدون مكان طبع.
- /٨ د. عبدالرزاق أحمد السنهوري، نظرية العقد، ج ١، بدون مكان طبع، بلا تأريخ.
- /٩ د. عبدالمجيد الحكيم، د. عبدالباقي البكري، د. محمد طه البشير، الوجيز في نظرية الإلتزام في القانون المدني العراقي.
- /١٠ د. عبد المجيد الحكيم، الوسيط في نظرية العقد، ج ١، مطبعة شركة الطبع والنشر الأهلية، بغداد، ١٩٦٧.
- /١١ د. مالك دوهان الحسن، شرح القانون المدني -مصادر الإلتزام- ج ١، بغداد، ١٩٧٣.
- /١٢ د. محمد سعيد الدين الشريف، شرح القانون المدني العراقي-نظرية الإلتزام- ج ١، بدون طبعة، مطبعة العاني، بغداد، ١٩٥٥.
- /١٣ محمد صديق محمد عبدالله، مجلس العقد (دراسة مقارنة)، دار الكتب القانونية، مصر، ٢٠٠٩.

- ١٤ / د. ياسين محمد الجبوري، المبسوط في شرح القانون المدني، ج ١، ط ١، دار وائل للطباعة والنشر، الأردن، عمان، ٢٠٠٢.

### ثالثاً: - الرسائل والأطاريح الجامعية: -

- ١ / محمد صديق محمد عبدالله، موضوعية الإرادة التعاقدية، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق، جامعة الموصل، ٢٠١٠.
- ٢ / يونس صلاح الدين محمد علي، العقود التمهيديّة، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق، جامعة الموصل، ٢٠٠٩.

### رابعاً: - البحوث المنشورة: -

- ١ / د. أكرم محمود حسين البدو، العقود الأولية (دراسة تحليلية مقارنة في ضوء فترة المشروع)، بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق، جامعة الموصل كلية القانون، المجلد ٨، العدد ٢٩، ٢٠٠٦.
- ٢ / د. جعفر محمد جواد الفضلي، عقد الإطار، دراسة تحليلية، بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق، المجلد ٨، العدد ٢٨، السنة ١١، حزيران ٢٠٠٦.

- ٣/ أ. د. سعد حسين عبد ملحم، التفاوض في العقود عبر شبكة الإنترنت، بحث منشور في مجلة كلية الحقوق، جامعة النهريين، المجلد ٨، العدد ١٣، ٢٠٠٥.
- ٤/ د. مصطفى الزلمي، المنطق القانوني، القسم الثالث، بحث منشور في مجلة جامعة النهريين للحقوق، المجلد ٤، العدد ٥، تموز.

#### خامساً: - القوانين: -

- ١/ القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ وتعديلاته.
- ٢/ القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨ وتعديلاته.

## الملخص

تنشأ المفاوضات نتيجة رغبة الأطراف في التعاقد، وهذه الرغبة هي نابعة من إرادة الأطراف المتفاوضين، حيث تبذل الأطراف المتفاوضة محاولات للوصول إلى تفاهم متبادل بين الطرفين ليقف كل منهما على مدى استعداد كل طرف لقبول شروط الطرف الآخر.

ونرى بأن للإرادة دوراً رئيسياً في المفاوضات العقدية، حيث أن المفاوضات تنشأ عندما تتوجه إرادة أحد الطرفين إلى الدخول في مفاوضات بغية الوصول إلى النتيجة النهائية وهي إبرام العقد المزمع.

كذلك يبرز دور الإرادة عندما تتوجه إرادة أحد الأفراد إلى الدعوة إلى إنشاء عقد أو أي تصرف قانوني، وتوجه إرادة من وُجّهت إليه الدعوة إلى قبول هذه الدعوة والدخول في مفاوضات، وبما أن المفاوضات تخضع لمبدأ حرية التعاقد، فهي تحدث برضا الطرفين وإرادتهما ومن دون أي إكراه أو إجبار، فإرادة الأفراد حرة في الدخول في مفاوضات أو عدم الدخول فيها، كما أن الإرادة حرة في الانسحاب من المفاوضات (على شرط عدم الإضرار بالطرف الآخر).

أيضاً الوسيلة أو الصيغة التي يتبعها المتفاوضون في المفاوضات لا تتقيد باتباع طريقة معينة، فالإرادة حرة في أن تجري هذه المفاوضات بشكل مباشر عن طريق المشافهة أو اللفظ أو يمكن أن تجري عن طريق تبادل

المكاتبات أو الرسائل أو المخاطبات أو أي طريقة تحددها إرادة الأطراف المتفاوضة.

خلاصة القول بأنه يمكن أن نقول أن للإرادة الدور الرئيسي في المفاوضات منذ اتجاه النية والإرادة إلى الدخول في هذه المفاوضات والفترة التي يتم فيها التفاوض حتى انتهاء المفاوضات، إما بفشل هذه المفاوضات أو إبرام العقد النهائي وهو الغاية التي اتجهت إليها الإرادة عند دخولها المفاوضات.

---

## Summary

Negotiations arise as a result of the desire of the parties in the contract, and this desire is derived from the will of the negotiating parties, where the negotiating parties attempts are being made to reach a mutual understanding between the two parties to stand each other on the willingness of each party to accept the terms of the other party.

We see that the will of a key role in the contractual negotiations, as the negotiations go will arise when one of the parties to engage in order to reach the final result of negotiations, a contract planned.

The role will also emerge when the directed the will of a people to call to create a contract or any legal act, and draws the will of was invited to accept this invitation and enter into negotiations, and as the negotiations subject to the principle of freedom of contract, they occur with the consent of the parties and their will and without any coercion or force, the will of free individuals to enter into negotiations or not to enter it, and the free will to withdraw from the negotiations (on the condition not to harm the other party.)

Also means or formula followed by the negotiators in the negotiations does not abide by following a certain way, free will is that these negotiations take place directly through Almchaffhh or word or can be conducted through the exchange of correspondence, messages or correspondence,

---

or any way determined by the will of the negotiating parties.

The bottom line that he could tell that the will of the leading role in the negotiations since the intention and the will to engage in these negotiations and the period that the negotiation be there until the end of the negotiations, either the failure of these negotiations or the conclusion of the final contract, a goal that went to the will when they enter negotiations.