

المفاوضات الممهدة لإبرام العقد في القانون المدني العراقي (دراسة تأصيلية تحليلية)

م.م. خالد محمد أحمد العزي
جامعة كركوك/كلية القانون والعلوم السياسية
عواد حسين ياسين العبيدي
قاضي في محكمة بداءة كركوك

**Negotiations leading to contracting in the Iraqi
civil law (An analytical and analytical study)**
Assist. Lecturer. Khalid Mohammed Ahmed AL-eazi
Kirkuk University
College of Law and Political Science
Awad Hussein Yassin Al-Obaidi
Judge in the Court of First Instance Kirkuk

المقدمة

الأصل أن الإنسان لا يقدم على التعاقد فجأة، بل لابد من أن يُعمل الفكر ويتفاوض مع المتعاقد الآخر قبل أن يعلن موافقته النهائية على التعاقد، فالإيجاب يمر إذن بمراحل قبل أن يصبح جاهزاً ليقترن به القبول، وقد يسبق الإيجاب عادة عرض يقدم به أحد الطرفين للآخر يعقبه مفاوضات قد تطول، وقد تقصر وهذه المفاوضات تعرف بالمفاوضات الممهدة لإبرام العقد، وفي الغالب يتم الاتفاق على المسائل الجوهرية للعقد محل (التفاوض) ويترك الاتفاق على المسائل التفصيلية إلى وقت لاحق.

ولأهمية المفاوضات الممهدة للعقد أثرتنا الكتابة في هذا الموضوع من خلال بحثنا الموسوم ((المفاوضات الممهدة لإبرام العقد في القانون المدني العراقي دراسة تأصيلية تحليلية)) لذا لابد من بيان أهمية الموضوع، ومشكلة الدراسة ومنهجيتها، ومن ثم هيكلية الدراسة (خطة البحث) وهذا ما سنتناوله في الفقرات الآتية:

أولاً: أهمية الموضوع

تحتل المفاوضات الممهدة لإبرام العقد في القانون المدني العراقي مكانة مهمة لكونها مرحلة إعداد لإبرام العقد، وتدخل ضمن (تكوين العقد) وغالباً ما يتم الاتفاق على المسائل الجوهرية في العقد ويترك المسائل التفصيلية لما بعد إبرام العقد النهائي وقد أجاز المشرع العراقي في قانونه المدني هذا النوع من المفاوضات في الفقرة (٢) من المادة (٨٦) مدني، ومما زاد في أهمية المفاوضات الممهدة للعقد انتشار التقنية الحديثة (الإنترنت)، وصار التفاوض عبر الفضاء الافتراضي مما تطلب الوقوف ملياً لغرض دراسة هذا الموضوع الحيوي .

ثانياً: مشكلة الدراسة

إن اتفاق طرفا العقد على التفاوض لإبرام العقد يثير مسألة قانونية تحتاج إلى دراسة جادة، للتعرف على طبيعة هذه المفاوضات من الناحية القانونية، ومدى حجيتها بالإثبات، وهل يحق لأحد المتفاوضين العدول عن المفاوضات؟ وما هو أساس المسؤولية المترتبة على الطرف المخل بالتزاماته وما نوعها؟ وموقف القانون المدني من التعاقد بين غائبين الذي انتشر في الآونة الأخيرة بفضل التطور التقني والعلمي؛ هذه الأسئلة تشكل محور مشكلة الدراسة .

ثالثاً: منهجية الدراسة

لغرض الإحاطة بفكرة الدراسة وتحديد إطارها العام تم إتباع منهجية بحث عمادها المنهج الوصفي التحليلي الذي يقوم على وصف النصوص كما هي دون زيادة أو نقصان ومن ثم تحليلها لاستنباط الأحكام منها، وإعطاء الدراسة طابعها العملي تم الاستشهاد بالأحكام القضائية في العراق القديمة منها والحديثة .

رابعاً: هيكلية الدراسة (خطة البحث)

تناولنا هذه الدراسة وفق خطة بحث تألفت من مقدمة ومبحثين ثم خاتمة

والمصادر وكالاتي:

المقدمة

المبحث الأول: تعريف المفاوضات وعناصرها

المطلب الأول: تعريف المفاوضات

المطلب الثاني: عناصر المفاوضات

المبحث الثاني: التأصيل القانوني للمفاوضات التمهيدية وطبيعتها القانونية وحجيتها في الإثبات

المطلب الأول: التأصيل القانوني للمفاوضات التمهيدية

المطلب الثاني: طبيعة المفاوضات التمهيدية وحجيتها في الإثبات

الخاتمة

المبحث الأول

تعريف المفاوضات وعناصرها

تعد المفاوضات هي المرحلة التمهيدية قبل إبرام العقد وينبغي أن تقوم على مشتركات تتضمن الحدود الدنيا لعناصر التقارب بين طرفي العقد من خلال الوصول إلى رؤية مشتركة وانطباع أولي عن شروط العقد، ومضمونه، والأوصاف الخاصة بمحل العقد وهي بهذا الوصف المتقدم تكتسب المفاوضات أهمية خاصة ومكانة متميزة، لذا فإن دراسة المفاوضات الممهدة لإبرام العقد يتطلب التعريف بها، ومن ثم بيان عناصرها لذا سنقسم هذا المبحث إلى مطلبين هما:

المطلب الأول

تعريف المفاوضات

إن فترة المفاوضات تعد أولى فترات ما قبل التعاقد⁽¹⁾، وتزداد أهمية هذه الفترة كلما تزايدت أهمية العقد من ناحية تركيبه أو تعقيده وكونه من العقود ذات الأهمية الاقتصادية الكبيرة أو من عقود التجارة الدولية، والمفاوضات تؤدي دورًا كبيرًا في إبرام

(1) د. سمير حامد عبد العزيز الجمال، التعاقد عبر تقنيات الاتصال الحديثة، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، ط ١، ٢٠٠٦، ص ٩٥.

العقود بشكل عام وفي العقود الدولية بشكل خاص لذلك لا بد من تعريف المفاوضات وعليه فسوف نقوم بتعريف المفاوضات لغة واصطلاحًا .

أولاً: المعنى اللغوي للمفاوضات: وهي لغة : تعني المساواة والمشاركة وهي مُفاعله من التفويض وفاوضه في أمره أي جراه^(١).

ثانياً: التعريف الاصطلاحي للمفاوضات: هُنالك العديد من التعاريف التي صاغها فقهاء القانون للمفاوضات وسوف نذكر عددًا منها لكي نقوم بصياغة تعريف مناسب للمفاوضات . إذ عرّف جانب من الفقه المفاوضات بأنها "قيام أطراف العلاقة العقدية المستقبلية بتبادل الاقتراحات والمساومات والدراسات والتقارير الفنية والاستشارات القانونية ومناقشة الاقتراحات التي يضعانها سوية أو ينفرد بوضعها أحدهم ليكون كل منهما على بينة مما يقدمان عليه للوصول إلى أفضل النتائج التي تحقق مصالحهما والتعرف على ما يسفر عنه الاتفاق بينهما من حقوق لهما والتزامات عليهما"^(٢).

وعرّفها جانب آخر من الفقه بأنها "حوار ومناقشة وتفاعل بين طرفين أو أكثر بصدد موضوع معين لحسم الخلاف، والتوفيق بين المصالح المتعارضة، والوصول إلى اتفاق بشأنه"^(٣).

كما عرّفها جانب آخر من الفقه بأنها "مجموعة من العمليات التمهيدية تتمثل في المباحثات والمسااعي والمشاورات وتبادل وجهات النظر بهدف التوصل إلى اتفاق"^(٤).

(١) إسماعيل بن حماد الجوهري، معجم الصحاح، اعتنى به خليل مأمون شيخا، دار المعرفة، بيروت، لبنان، ط٢، ٢٠٠٧، ص٨٢٧.

(٢) د. ياسين محمد الجبوري، المبسوط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، مصادر الحقوق الشخصية، المجلد الأول، العقد، دار الثقافة، عمان، الأردن، ط١، ٢٠١٠، ص٩٤. وانظر كذلك: د. سعد حسين ملحم، التفاوض في العقود عبر شبكة الإنترنت بين القواعد العامة في نظرية الالتزام والضرورات العلمية، جامعة النهدين، بغداد، ط١، ٢٠٠٤، ص٩.

(٣) د. محمد حسين منصور، العقود الدولية، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، الإسكندرية، ٢٠١٥، ص٤٠.

(٤) د. يونس صلاح الدين محمد علي، العقود التمهيدية دراسة تحليلية مقارنة، دار الكتب القانونية، القاهرة، ٢٠١٠، ص٢٦.

ومن خلال هذه التعاريف يمكننا صياغة تعريف مناسب للمفاوضات على أنها "قيام أطراف العقد المقرر التوصل إلى إبرامه بتبادل وجهات النظر والمشاورات والمقترحات والدراسات والتقارير الفنية والاستشارات القانونية لأجل حسم الخلافات والتوصل إلى إبرام العقد النهائي وتحديد الحقوق والالتزامات سواء ما تعلق منها بتنظيم فترة المفاوضات نفسها أو العقد المزمع إبرامه".

يستنتج مما تقدم ومن خلال هذه التعريفات أن مرحلة المفاوضات التمهيديّة للتعاقد تعبر عن رغبة كل طرف من أطراف العلاقة التعاقدية في الوصول إلى إتفاق يحقق المصلحة المتبادلة لهم في إتمام التعاقد وتحقيق أفضل النتائج لنفسه، حيث أن كل منهما يحاول تحقيق ما يمكن تحقيقه من مكاسب من خلال التفاوض على أساس مشروع عقد .

كما لاحظنا أن مرحلة المفاوضات تعد مرحلة أساسية في عملية التعاقد، وذلك لأن التوازن العقدي للاتفاق القادم يعتمد على حسن سير هذه المفاوضات، كما يعتمد عليها حسن الصياغة لنصوص العقد الذي يمنع إثارة المشاكل بشأنه مستقبلاً .

كما أن لهذه المرحلة السابقة على التعاقد تأثير كبير على مستقبل العقد لاحتمال وقوع العوامل والأحداث التي يمكن أن تعيب رضا أحد طرفيه في هذه المرحلة . فضلاً عن أن الاطلاع على سير المفاوضات الممهدة للعقد وأحداثها هو من يساعد مستقبلاً في تفسير العقد عندما توجد ضرورة لتفسيره⁽¹⁾.

المطلب الثاني

عناصر المفاوضات

تبدأ المفاوضات بدعوة يوجهها أحد الأشخاص إلى آخر للتفاوض من أجل إبرام عقد ما، فيُلبي المدعو إلى التفاوض هذه الدعوة أو لا يلبّيها، وهذا أمر متروك لإرادته

(1) شيرزاد عزيز سليمان، حسن النية في إبرام العقود، دار دجلة للنشر والطباعة، عمان، الأردن، ط ١، ٢٠٠٨، ص ٣٣٦.

ولا التزام عليه في ذلك وللمفاوضات عناصر وهي: (الدعوة للتفاوض وحسن النية وعدم الرجوع عن الإيجاب) وهذا ما سنتناوله تباغاً .

الفرع الأول: الدعوة للتفاوض

الدعوة للتفاوض هي العنصر الأول في المفاوضات، وهي أن يقوم الطرف الساعي إلى التعاقد بتوجيه عرض أو دعوة إلى الطرف الآخر أو إلى جمهور المتعاملين، يعبر فيها عن رغبته في الدخول معه في تفاوض بشأن عقد معين تمهيداً لإبرامه، والوصول إلى اتفاق مرضي على كافة العناصر والمسائل الجوهرية أو الأساسية اللازمة لانعقاده .

وعندما يتم توجيه العرض بالتفاوض أو الدعوة إلى التفاوض من قبل أحد الطرفين إلى الآخر، فإن هذه الدعوة غالباً لا يتوفر فيها مقومات الإيجاب، أي أن هذه الدعوة تأتي غير متضمنة تحديداً لعناصر العقد الأساسية أو الجوهرية، أو الإعلان عن إرادة نهائية عازمة على التعاقد، وإن كان لا بد أن تقوم لدى صاحبها إرادة جدية في الدخول في المفاوضات والاستمرار فيها، وعدم قطعها إلا لقيام أسباب جدية تسوغ هذا القطع، وإلا كانت إرادته هائلة واخلال بالثقة المشروعة في التعامل^(١).

وقد تتمخض الدعوة إلى التفاوض عن عروض متقابلة بين الطرفين، ويتفق الطرفان على نقطة أو نقاط عدة في موضوع هذه العروض، ولكن لا يرقى هذا الاتفاق إلى مرتبة العقد المنتظر والمستهدف الوصول إليه، إنما هو مجرد تمهيد للمفاوضات وذلك بتثبيت النقاط التي تصلح أساساً لمشروع العقد وذلك بتثبيت أحد أركان العقد المستقبلي أو أحد شروط هذه الأركان، وإذا كان هذا الاتفاق لا يعد عقداً فإنه لا يعد إيجاباً، لأن الإيجاب لا بد أن تجتمع فيه الأركان والشروط الجوهرية كافة لتظهر نية الالتزام بصورة واضحة ومحددة .

(١) د. أنس عبد المهدي فريجات، النظام القانوني للمفاوضات في القوانين الوضعية والشريعة الإسلامية دراسة تأصيلية مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ط١، ٢٠١٨، ص ٤١، وانظر في تفصيل ذلك: د. صبري حمد خاطر، قطع المفاوضات العقدية، بحث منشور في مجلة النهرين للحقوق، المجلد الأول، العدد الثالث، ١٩٩٧ .

لذا فإن أثر هذه الاتفاقات ينحصر في إمكانية اعتبارها أساساً للتفاوض، كالاتفاق على طبيعة العقد، ومدته، وكيفية حساب الأسعار، ويكون لها أهمية في مرحلة تنفيذ العقد وذلك عندما يتعذر الوقوف على إرادة الطرفين بشأن نقطة معينة، فيتم الرجوع إلى هذه الاتفاقات لبيان هذه الإرادة وإكمال ما نقص من العقد^(١).

يتبين مما تقدم أن معيار التمييز بين الدعوة إلى التفاوض والإيجاب يكمن في وجود النية الجازمة وعدمها التي تصاحب التعبير في إحداث الأثر القانوني، هل قصد بتوجيه التعبير عن الرضا إبرام العقد، فيعد التعبير هنا إيجاباً، أم لم يقصد بتوجيه التعبير سوى أنها رغبة عن التعاقد والرضا به، أو التمهيد له، أو الدفع إليه، أو استطلاع رأي الطرف الآخر فيما يدعو إليه من التعاقد، فيعد دعوة إلى التفاوض على عناصر هذا العقد^(٢).

فقوام هذا المعيار أمران جوهريان هما: الأول . العزم النهائي من قبل مقدم العرض على إبرام العقد، والثاني، حصول الإيجاب على نحو يؤدي إلى قيام العقد بمجرد قبوله من الطرف الآخر، وهذان الأمران يتطلبان في الإيجاب المقدم أن يتضمن طبيعة العقد المراد إبرامه، إلى جانب شروطه وعناصره الأساسية^(٣)، لذلك يعد العرض المتضمن الرغبة في إبرام عقد ما دون بيان كل أركانه مجرد دعوة إلى التفاوض وبعبارة أخرى (دعوة إلى التعاقد)^(٤).

ويعد من قبيل الدعوة إلى التفاوض من عزم على إبرام الصفقة بمجرد أن يصدر القبول من قبل من وجه إليه العرض، وإعلان شخص عبر موقعه على الإنترنت عن سلع وخدمات حتى لو كان هذا الإعلان مصحوباً بإرسال الأسعار التي يتعامل بها هذا

(١) د. صلاح الدين زكي، تكوين الروابط العقدية فيما بين الغائبين، دار النهضة العربية، القاهرة، ط١، ١٩٩٣، ص٨٠.

(٢) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، الجزء الأول، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، ١٩٥٧، ص٢٠٦.

(٣) د. عبد الفتاح عبد الباقي، موسوعة القانون المدني المصري، نظرية العقد والإرادة المنفردة، دراسة معمقة ومقارنة بالفقه الإسلامي، مطبعة نهضة مصر، القاهرة، ١٩٨٤، ص١٢٣.

(٤) د. جميل الشرقاوي، النظرية العامة للالتزام، الكتاب الأول، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨١، ص٢٧٢.

المتجر الافتراضي الموجود على شبكة الإنترنت^(١). ويعد من قبيل التفاوض أيضًا دعوة المصارف للجمهور لفتح الحساب وكذلك الدعوة إلى التفاوض لأنه لا يتضمن العزم النهائي على إبرام العقد العرض الذي يوجه إلى الجمهور إذا اتضح من الظروف أن شخصية من يراد التعاقد معه محل اعتبار أساسي في التعاقد، بحيث يكون لصاحب العرض أن يختار من يريده .

كأن تعلن شركة عبر موقعها على الإنترنت عن حاجتها إلى موظف، فمثل هذا الإعلان لا ينطوي على إيجاب بل على مجرد دعوة للتفاوض حتى وإن تضمن هذا الإعلان الأركان والشروط الجوهرية للعقد المراد إبرامه، كما إذا ذكر في الإعلان المؤهلات المطلوبة في الموظف، ومقدار الراتب، والسبب في عدم اعتبار هذا العرض إيجابًا لأن الشركة لا تقصد أن تتعاقد مع كل من يقوم بالرد على عرضها، وإنما تريد الشركة بهذا العرض أن تحث من تتوفر فيهم الشروط المطلوبة على التقدم إلى التفاوض معها لتختار من بينهم الشخص الذي تعتقد أن الكفاءة المطلوبة تتوفر فيه^(٢).

مما تقدم يتبين لنا أن وجود أو عدم وجود النية الجازمة في إحداث الأثر القانوني هي الحد الفاصل بين الإيجاب والدعوة إلى التفاوض، فإن وجدت هذه النية نكون أمام إيجاب بات، وتظهر أهمية التمييز بين الإيجاب والدعوة إلى التفاوض في حالة صدور القبول، إذ أن الإيجاب خطوة مباشرة إلى العقد، لذلك إذا صادف القبول إيجابًا باتًا، تم العقد وظهرت الالتزامات على عاتق كلا الطرفين، أما إذا صادف القبول مجرد دعوة إلى التفاوض، فلا نكون أمام عقد^(٣). وهكذا نجد الدعوة إلى التفاوض خطوة إلى الإيجاب، في حين أن الإيجاب خطوة إلى العقد .

(١) د. محمد حسام محمود لطفي، المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٥، ص ١٤، كما نصت المادة (٢/٨٠) من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ على أن (أما النشر والإعلان وبيان الأسعار الجاري التعامل بها وكل بيان آخر متعلق بعروض أو طلبات موجهة للجمهور أو للأفراد، فلا يعد عند الشك إيجابًا وإنما يكون دعوة إلى التفاوض).

(٢) د. محمد أبو زيد، المفاوضات في الإطار التعاقدية، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، جامعة عين شمس، العدد الأول، السنة ٤٧، ٢٠٠٥، ص ١٥٨.

(٣) انظر في ذلك: الأستاذ. محمد شاكر محمود محمد، المسؤولية عن قطع المفاوضات دراسة=

غير أن تعيين الحد الفاصل بين هذا الإيجاب البات والدعوة إلى التفاوض ليس أمراً سهلاً، وذلك لأن النية القاطعة تتجه إلى إحداث الأثر القانوني لا تبدو بوضوح دائماً، لأنها مسألة متصلة بقصد صاحبها^(١).

ولذلك فإنه يصعب وضع قاعدة في هذا الصدد . ويتمتع القاضي في تحديد المسائل الجوهرية وتمييزها عن المسائل الثانوية (التفصيلية) التي لا يتوقف عليها التعاقد بسلطة واسعة لا تخضع لرقابة محكمة التمييز، لكن على القاضي في تحديده للمسائل الجوهرية أن يستدل ويتقيد بإرادة الطرفين الصريحة أو الضمنية وبما تقرره مبادئ العدالة وعرف التعامل .

ورغم أن المشرع العراقي لم يضع قواعد معينة لتنظيم المفاوضات العقدية، إلا أنه وبمقتضى المادة (٨٦) من القانون المدني العراقي^(٢). يعترف بها باعتبارها مرحلة قد توصل إلى إبرام العقد النهائي إذا اتفق طرفا التفاوض على المسائل الجوهرية والأساسية وإن لم يتفقا خلال المفاوضات على المسائل التفصيلية الثانوية، إلا إذا علق الطرفان انعقاد العقد على اتفاقهما على المسائل الثانوية.

نخلص مما سبق . أنه إذا تمخضت المفاوضات عن إيجاب، فهذا لا يعني بالضرورة انتهاء المفاوضات، فالمفاوضات تنتهي عند إبرام العقد النهائي بمطابقة القبول لهذا الإيجاب، ولكن بالمقابل نجد أن الإيجاب، وإن لم يصل إلى حد انتهاء

=مقارنة، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، ط١، ٢٠١٦، ص ٣٠ وما بعدها.
(١) د. فتحي عبد الرحيم عبدالله، الوجيز في النظرية العامة للالتزامات، الكتاب الأول، مصادر الالتزام، الجزء الأول، العقد والإرادة المنفردة، مكتبة الجلاء الجديدة، القاهرة، ١٩٩٦، ص ٦٩_٧٠، وانظر كذلك: د. منذر الفضل، النظرية العامة للالتزامات، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقوانين المدنية الوضعية، الجزء الأول، مصادر الالتزام، دار الثقافة، عمان، الأردن، ١٩٩٥، ص ١١٣.

(٢) راجع نص المادة (٨٦) من القانون المدني العراقي حيث نصت على (١- يطابق القبول الإيجاب إذا اتفق الطرفان على كل المسائل الجوهرية التي تفاوض فيها. أما الاتفاق على بعض هذه المسائل فلا يكفي للالتزام الطرفين حتى لو أثبت هذا الاتفاق بالكتابة ٢- وإذا اتفق الطرفان على جميع المسائل الجوهرية في العقد واحتفظا بمسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد ولم يشترط أن العقد يكون غير منعقد عند عدم الاتفاق على هذه المسائل فيعتبر العقد قد تم، وإذا قام خلاف على المسائل التي لم يتم الاتفاق عليها فإن المحكمة تقضي فيها طبقاً لطبيعة الموضوع ولأحكام القانون والعرف والعدالة).

المفاوضات، إلا أن له أثر كبير في دفع المفاوضات إلى الأمام؛ "لأنه تعبير محدد ودقيق يجعل العقد وشيك الانعقاد، إذ لا يبقى لإبرام العقد إلا قبول الموجب له والذي قد يكون بكلمة واحدة، بل أن مجرد السكوت يعد قبولاً في بعض الحالات"^(١).

فلا تثار مشكلة إذا أسفرت المفاوضات عن إيجاب بالمعنى القانوني وصادفه قبول مطابق، ففي هذه الحالة ينشأ العقد ملزماً أطرافه، ولا مشكلة أيضاً إذا صادف الإيجاب رفضاً صحيحاً، وهذا يعني إنتهاء المفاوضات بالفشل، ومن الممكن أن تستمر المفاوضات على الإيجاب باعتبارها عنصراً فيها وذلك عندما لا يقبل المتفاوض الإيجاب لكنه يتقدم بتعديلات جوهرية على هذا الإيجاب تتضمن إضافة شروط وحذف شروط أخرى، ففي هذه الحالة نكون بصدد اقتراح مقابل يسقط الإيجاب الأول ويتضمن في ذات الوقت إيجاباً جديداً^(٢).

وتجري المفاوضات على هذا الإيجاب حتى تنتهي بالتعاقد أو بالفشل، والأصل أن الإيجاب غير ملزم لمن صدر عنه، فيستطيع الموجب أن يرجع عن هذا الإيجاب طالما بقي مجرد إيجاب ولم يقترن به قبول^(٣). فهذا النص يفرض على الموجب التزاما بالبقاء على إيجابه إذا حدد مدة للطرف الآخر ليقبل من خلالها أو يرفض، وإن مصدر التزام الموجب هذا هو إرادته المنفردة، فهو لا يلتزم بالبقاء على إيجابه في مجلس العقد إذا لم يحدد ميعاداً لقبول إيجابه، ويعنى أن الموجب لا يلتزم بإيجابه، وأنه يجوز له أن يرجع عنه قبل أن يقترن به قبول الطرف الآخر .

(١) انظر نص المادة (٨١) من القانون المدني العراقي حيث نصت على (١- لا ينسب إلى ساكت قول ولكن السكوت في معرض الحاجة إلى البيان يعتبر قبولاً ٢- ويعتبر السكوت قبولاً بوجه خاص إذا كان هناك تعامل سابق بين المتعاقدين واتصل بالإيجاب بهذا التعامل أو تمخض الإيجاب لمنفعة من وجه إليه. وكذلك يكون سكوت المشتري بعد أن يتسلم البضائع التي اشتراها قبولاً لما ورد في قائمة الثمن من شروط).

(٢) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، مرجع سابق، ص ٢٢٠.

(٣) وفي هذا نصت المادة (٨٤) من القانون المدني العراقي على أن (إذا حدد الموجب ميعاداً للقبول التزم بإيجابه إلى أن ينقض هذا الميعاد).

الفرع الثاني: حسن النية

يلعب مبدأ حسن النية دورًا بارزًا في مجال العقد، سواء عند تنفيذه أو حتى خلال المرحلة السابقة على تنفيذه، وتأتي 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 لتفريد تطبيق القاعدة القانونية^(١). لهذا، يحرص كل نظام قانوني على تقنين هذه الفكرة وتجسيدها في إطار تطبيقات عديدة ومتنوعة لها .

ومن الجدير بالذكر أنه يتعذر إيجاد تعريف عام وموحد لفكرة حسن النية . فهذه الفكرة لا تتضمن مدلولًا واحدًا، بل تدخل حيز القانون بمعنيين أو مفهومين مختلفين، أحدهما شخصي والآخر موضوعي، تدور حولهما سائر التطبيقات القانونية لهذه الفكرة، فالقانون يعتد بحسن النية باعتباره حالة نفسية أو ذهنية تتمثل في الجهل بواقعة أو ظرف ما، وبهذا المفهوم، فإن فكرة حسن النية تبدو فكرة شخصية أو ذاتية تتسم بطابع سلبي محض، وهذا المفهوم الشخصي هو المقصود بحسن النية في إطار قواعد الحيازة والالتصاق^(٢)، والمفهوم الثاني هو المفهوم الموضوعي والذي يرتبط بقاعدة السلوك والتي تتطلب من الأشخاص مراعاة النزاهة والشرف والأمانة والثقة^(٣)، إذ يجب الامتناع عن أي غش أو تدليس، وإبداء التعاون والمشاركة، سواء عند بدء التفاوض أو أثناءه أو بعده، بوصفه مبدأ حاكمًا للمعاملات عمومًا، وفي جميع مراحلها .

(١) د. محمد حسين عبد العال، التنظيم الاتفاقي للمفاوضات العقدية، دراسة تحليلية مقارنة لتأمين المفاوضات في عملية التجارة الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٨، ص ١٢١، وانظر كذلك: أ.م. د. أكرم محمود حسين البدو مؤلفه المشترك مع د. محمد صديق محمد عبدالله، أثر موضوعية الإرادة التعاقدية في مرحلة المفاوضات، بحث مستل من أطروحة دكتوراه الموسومة موضوعية الإرادة التعاقدية - دراسة تحليلية مقارنة مقدمة إلى كلية الحقوق جامعة الموصل ٢٠١٠ والبحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق، المجلد (١٣)، العدد (٤٩)، السنة (١٦)، ص ٤٠٨ وما بعدها.

(٢) م.م أم كلثوم صبيح محمد، المفاوضات الممهدة للتعاقد ماهيتها وأحكامها، دراسة مقارنة بين الواقع العملي والفراغ التشريعي، بحث منشور في مجلة بغداد للعلوم القانونية، السنة ٢٠١٤، المجلد ١٦، الإصدار الثالث، ص ٢٩٩.

(٣) د. محمد ح-سین منصور، العقود الدولية، مرجع سابق، ص ٧٠.

فهي ضابط أخلاقي للسلوك يجري تقديره على نحو موضوعي ومجرد، وفقاً للسلوك الحسن الذي تقتضيه الحياة في المجتمع . ومبدأ حسن النية بمعناه الموضوعي - أي باعتباره قاعدة سلوك - هو الذي يفرضه القانون كلما تعلق الأمر بتفسير العقود أو تنفيذ الالتزامات الناشئة عنها . وهذا المبدأ يتقرر بمقتضى نص قانوني صريح .

وفيما يتعلق بالمرحلة الممهدة أو السابقة على التعاقد، فلا يوجد غالباً نص خاص يفرض صراحة حسن النية في العلاقات بين الأطراف في هذه المرحلة . وبما أن هذا المبدأ يتسم بطابع أخلاقي مفرط، كما أن حدوده تبدو 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 التعاقد إلا من خلال قواعد ومفاهيم واضحة ومحددة^(١) .

وعلى هذا الأساس، فإن الالتزام في التفاوض بحسن نية كالالتزام رئيسي يقع على عاتق كل من طرفي المفاوضة، هو التزام بتحقيق نتيجة ؛ فلا يستطيع المتفاوض دفع المسؤولية عن نفسه بإثبات أنه بذل كل ما في وسعه لكي يكون حسن النية فلم يستطيع .

كما أنه لا يجوز له التفاوض بشكل صوري، لمجرد التسلية أو الدعاية أو استطلاع السوق، دون نية حقيقية في التعاقد، ولا يجوز إتيان أي سلوك من شأنه إشاعة آمال كاذبة تبعث ثقة زائفة لدى الطرف الآخر لإطالة مدة التفاوض بدون جدية، أو كان هدفه من دخول المفاوضات مجرد المراوغة لإبعاد شريكه عن التفاوض مع الآخرين أو التعرف على أسراره الفنية والمالية، وكذلك الانسحاب من المفاوضات بشكل انفرادي مفاجئ دون مبرر مشروع لمباحثات في مراحلها المتقدمة، هي من التصرفات التي تعد إخلالاً بالثقة المشروعة التي تولدت لدى الطرف الآخر، ولاسيما إذا ظهرت

(١) د. محمد حسين عبد العال، التنظيم الاتفاقي للمفاوضات العقدية، مرجع سابق، ص ١٢٤ .

من جانب مفاوض محترف أو مهني، مما يترتب عنه ضياع فرصة إتمام العقد، أو التعاقد مع الآخرين بشكل مناسب^(١).

الجدير بالملاحظة أنه لا يجب الخلط بين الالتزام بالتفاوض بحسن نية ومبدأ حرية التعاقد، ذلك لأن هذا الالتزام لا يعني مطلقاً أن يلتزم المتفاوض بإبرام العقد النهائي بالفعل، وأن المتفاوض يبقى متمتعاً بكامل حريته التعاقدية في التعاقد من عدمه، إذ لا يجوز أن يضع حداً للمفاوضات والامتناع عن إبرام العقد، دون التقيد بإبرام عقدي، شريطة أن يتم ذلك استناداً لأسباب مشروعة، وفي إطار حسن النية.

ونظراً لدقة الخط الفاصل بين مبدأ حسن النية لدى المفاوض، ومبدأ حرية التعاقد، فمن الجدير بالذكر القول بأنه كلما تقدمت المفاوضات اتسع نطاق المسؤولية المدنية في مرحلة المفاوضات، وإن وصول المباحثات والمناقشات حول العناصر الرئيسية أو الأساسية للعقد إلى مراحل متقدمة، يلزم الطرفان أخلاقياً وقانونياً، ببذل ومواصلة الجهد اللازم بحسن نية لإكمال الاتفاق الجزئي، بهدف التشاور والتعاون والمساهمة الإيجابية لإبرام العقد النهائي، حيث أن عدم الاستمرار في التشاور والتحاور من جانب أحد الطرفين بسوء نية أو دون مبرر مشروع، يعتبر سلوكاً غير مقبول يستوجب المسؤولية التقصيرية^(٢).

ومما تجدر الإشارة إليه أن أغلب التشريعات العربية لم تنص على مبدأ حسن النية في العلاقات بين الأطراف في المرحلة السابق على التعاقد، بل أخذت بمبدأ عام يقضي بحسن النية في تنفيذ العقود^(٣)، بعكس بعض القوانين الأجنبية كالقانون الإيطالي والسويسري والتي نصت صراحة على التزام الأطراف أثناء المفاوضات وتنفيذ الالتزامات واستعمال الحقوق طبقاً لقواعد حسن النية^(٤).

(١) د. بلحاج العربي، الإطار القانوني للمرحلة السابقة على إبرام العقد في ضوء القانون المدني الجزائري دراسة مقارنة، دار وائل للنشر، عمان، الأردن، ٢٠١٠، ص ٧٠-٧١.

(٢) د. رجب كريم عبد الله، التفاوض على العقد، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، ٢٠٠٠، ص ٨٠.
(٣) انظر المادة ١٥٠ من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ حيث نصت على (١- يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية)، وكذلك نص المادة ١٤٨/١ ف١ من القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٩.

(٤) م.م وعود كاتب الأنباري، المفاوضات العقدية عبر الأنترنت، بحث منشور في مجلة رسالة=

الفرع الثالث: عدم الرجوع عن الإيجاب

إن التفاوض على العقد ينتهي قانوناً في الوقت الذي يصدر فيه الإيجاب، إذ في هذه اللحظة الحاسمة تكون المفاوضات قد حققت الغرض الأسمى منها، وهو توصيل الطرفين المتفاوضين إلى اتفاق على جميع المسائل الجوهرية أو الأساسية للعقد الذي يسعيان لإبرامه، ومن ثم تنتهي مرحلة المفاوضات وتبدأ مرحلة إبرام العقد، فيقوم أحد الطرفين بتوجيه إيجاب بالعقد يتضمن الشروط التي انتهيا إليها في مرحلة التفاوض إلى الطرف الآخر .

فإذا قبل الأخير هذا الإيجاب دون قيد أو شرط، انعقد العقد نهائياً وفقاً لنص المادة (٧٣) من القانون المدني العراقي حيث نصت على أن (العقد هو ارتباط الإيجاب الصادر من أحد العاقدين بقبول الآخر على وجه يثبت أثره في المعقود عليه)^(١). والإيجاب بهذا المعنى هو الإرادة الأولى التي تظهر في العقد المراد إبرامه^(٢).

لذلك يجب أن تتوفر في الإيجاب الشروط المتعلقة بوجود الإرادة، واتجاهها إلى إحداث أثر قانوني، والتعبير عنها، إلى جانب اشتماله على العناصر التي تجعله صالحاً لأن ينعقد به العقد حين يصادفه قبول مطابق^(٣)، ولكن الإيجاب بالعقد قد تسبقه إجراءات ومراحل تمهد وتحضر له، ويكون الإيجاب فيها مجرد دعوة إلى إجراء مفاوضة، وهذه الدعوة تختلف عن الإيجاب البات، ليس فقط لأنها سابقة على الإيجاب، أو كونها لا تشتمل على العناصر الجوهرية للعقد المطلوب إبرامه، أو لأن

=الحقوق، المجلد الأول، العدد الثاني، ٢٠٠٩، ص ٢٠٣.

(١) يقوم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما المتطابقتين، وأن العقد شريعة المتعاقدين لا يجوز نقضه أو تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقرها القانون، وانظر في تعريف الإيجاب: د. إسماعيل غانم، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، مكتبة عبدالله وهبة، القاهرة، ١٩٦٦، ص ١٠٤، وانظر كذلك: د. همام محمود زهران، الأصول العامة للالتزام، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠٠٤، ص ٥٤.

(٢) انظر: د. إلياس ناصيف، موسوعة العقود المدنية والتجارية، الجزء الأول، أحكام العقد، ٢٠٠٧، ص ٦٧.

(٣) د. ياسين محمد الجبوري، المبسوط في شرح القانون المدني الأردني، الجزء الأول، مصادر الحقوق الشخصية، المجلد الأول، انعقاد العقد، دار وائل للطباعة والنشر، عمان، الأردن، ٢٠٠٢، ص ١٩٢.

هناك اعتبارات لم يحط بها العارض، ويتوقف معرفتها على اتجاه إرادته إلى التعاقد من عدمه^(١)، وإن الذي يميزها هي نية الداعي إليها في عدم الالتزام مباشرة، وإنما فقط اختبار إمكانية إبرام العقد^(٢).

ومن هذا المنطلق، فإن الإيجاب هو الحد الفاصل بين مرحلة التفاوض على العقد ومرحلة إبرام العقد، فحيث وجد الإيجاب أي العرض الكامل انتفى التفاوض؛ وحيث انعدم الإيجاب ظل الطرفان في مرحلة المفاوضات أو المباحثات بشأن إبرام العقد، ونلاحظ في هذا الشأن، بأن الإيجاب الناشئ عن المفاوضات ولاسيما في العقود التفاوضية يتميز بأنه من صنع الطرفين^(٣).

فقد ساهم كل منهما في تحديد شروطه وبلورة نقاطه الأساسية، وفقاً لأهدافهما ومصالحهما المشتركة، مما سيسمح لهما بتحديد النطاق الموضوعي والزمني الذي تسوده المفاوضات العقدية^(٤). وكثيراً ما يصعب التمييز بين الإيجاب، وبين الدعوة إلى التفاوض، لأن الإيجاب الجازم والبات إذا صادفه قبول مطابق انعقد العقد حسب نص المادة (٧٣) من القانون المدني العراقي .

والقاعدة في القانون العراقي أنه للموجب أن يعدل عن إيجابه، ما دام لم يقترن به القبول، وما لم يقترن الإيجاب بمدة محددة يلزم بها الموجب؛ فإن عدل قبلها عُد مُتَعَسِّفًا وتنهض مسؤوليته المدنية^(٥). فإذا انتهت المدة المحددة للقبول، سواء كان الأجل صريحاً أو ضمناً، فإن الإيجاب يسقط دون حاجة إلى سحبه^(٦)، والإيجاب إذا لم يقترن

(١) د. صلاح الدين زكي، تكوين الروابط العقدية فيما بين الغائبين، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، كلية الحقوق، ١٩٦٢، ص ٧٧.

(٢) د. نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للالتزامات، الجزء الأول، مصادر الالتزام، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠١٧، ص ١١٢.

(٣) وهو عكس العقود الفورية التي لا تسبقها مفاوضات، كعقود بيع السلع الاستهلاكية، والعقود التي تتم إثر إيجاب للجسم، حيث ينفرد أحد الطرفين بتحديد شروط العقد.

(٤) وهو ما يميز عقد المفاوضة عن العقد النهائي.

(٥) وخير تعويض هنا هو إلزامه بالتعاقد متى صدر القبول في المدة المحددة.

(٦) والقبول الذي يصدر بعد سقوط الإيجاب يعتبر بمثابة إيجاب جديد، وهذا ما نصت عليه المادة

(٨٣) من القانون المدني العراقي حيث نصت على أن (تكرار الإيجاب قبل القبول يبطل الأول

ويعتبر فيه الإيجاب الثاني).

بميعاد محدد، فإنه لا يعتبر في حد ذاته ملزماً، الأمر الذي يسمح للموجب العدول أو الرجوع عن إيجابه طالما لم يقترن به قبول . وهذا يتفق مع مبدأ سلطان الإرادة، وقاعدة حرية إبرام العقود .

والذي يكشف عن وجود هذه النية القاطعة هو اشتغال الإيجاب على العناصر الأساسية والجوهرية للعقد المراد إبرامه، وكل شرط آخر يرقى في نظر الموجب إلى مرتبة الشروط الجوهرية، حتى لو كان في ذاته أمراً ثانوياً لا أهمية له^(١).

فإذا لم يشتمل الإيجاب على هذه العناصر الأساسية لا يعتبر في هذا المقام إيجاباً بالمعنى الفني والقانوني الدقيق، ومن ثم لا يؤدي الوظيفة المرسومة له باعتباره الإرادة الأولى التي تظهر في العقد، والتي تؤدي عند التقائها بالإرادة الثانية المتممة للتعاقد المطلوب، ويعتبر الإيجاب هنا من قبيل الدعوة إلى التفاوض، من دون إلزام إلى عمل إيجاب من جانب الغير الذي وجه إليه هذه الدعوة، وإن الإرادة التي تقبل الدعوة إلى التفاوض هي الإيجاب، ولا تكفي وحدها لانعقاد العقد بل تحتاج إلى قبول مطابق له ممن وجه الدعوة إلى التفاوض^(٢).

وعلى هدي ما تقدم يتضح أن الدعوة إلى التفاوض، هي مجرد رغبة في التعاقد تسبق مرحلة الرضا به، كمن يعرض على آخر بيع منزله دون بيان ثمنه وشروطه لبيعه، إنما يدعوه إلى التفاوض معه في البيع، ومن ثم فإنه لا يوجد عرض بالتعاقد إلا عندما يتضمن اقتراح العارض كل عناصر العقد الأساسية أو الجوهرية اللازمة لتحديد مضمونه، بحيث يكفي القبول بهذا العرض حتى يتكون العقد . وقد ذهب محكمة التمييز الاتحادية في العراق في قرار لها إلى مبدأ مفاده (إذا لم يرتبط الإيجاب بالقبول مما يكون العقد لم ينعقد بين الطرفين)^(٣).

(١) د. أنس عبد المهدي فريجات، النظام القانوني للمفاوضات، مرجع سابق، ص ٤٤.
(٢) د. منذر الفضل، النظرية العامة للالتزامات، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي والقوانين الوضعية، الجزء الأول، مصادر الالتزام، دار الثقافة، عمان، الأردن، ١٩٩٥، ص ١١٣.
(٣) القرار المرقم ٢٢٣١ / الهيئة الاستئنافية منقول / ٢٠١١ في ٢٠١٢/١/١٦، القرار منشور في كتاب المجموعة المختارة من قرارات محكمة التمييز الاتحادية ومحكمة استئناف ديالى الاتحادية بصفتها التمييزية (القسم المدني) إعداد القاضي أدريس حسن خلف والقاضي صالح سعيد=

وبناءً على ما سلف بيانه، فإن معيار التفرقة بين الدعوة إلى التفاوض (أي العرض للدخول في مفاوضات أو مباحثات) والعرض بالتعاقد؛ يكمن في مدى تحديد عناصر العقد النهائي، فإذا كانت عناصر العقد النهائي الأساسية محددة في العرض الذي يشكل تجسيداً مادياً للعقد أعتبر عرضاً حقيقياً للتعاقد، وإلا فإنه مجرد دعوى للدخول في مفاوضات يمكن الرجوع عنها سواء قبلت أم لم تقبل .

صفوة القول أن الدعوة إلى التفاوض هي مجرد رغبة حقيقية في التعاقد تسبق مرحلة الرضا به، في العلاقات ذات الطابع التعاقدية، غير ملزمة يجوز العدول عنها بمبرر مشروع أو سبب جدي^(١).

ولكون المفاوضات يجب أن تركز على إيجاب واضح، يقتضي وجود النية الجازمة لإحداث الأثر القانوني، وإذا ما توفرت النية الجازمة لإحداث الأثر القانوني فمن باب الالتزام الأخلاقي أو القانوني عدم الرجوع عن هذا الإيجاب لإثبات جدية المتفاوض في إبرام العقد .

ولكي لا يكون القول محصوراً في نطاقه النظري البحت فالراجح قضاءً في العراق أن "المراسلات وطلب النماذج لا تعدو كونها مفاوضات لغرض التعاقد لا تكفي لتكوين الرابطة العقدية لعدم ارتباط الإيجاب والقبول"^(٢)، ومن ثم فإن ما أورده رجال الفقه القانوني من آراء هو ما يتفق مع عمل القضاء والتكييف القانوني لطبيعة المفاوضات الممهدة لإبرام العقد في إطارها القانوني الصحيح .

=محمود، مكتبة السنهوري، بغداد، ٢٠١٩، ص ٢٤-٢٥.

(١) في حين أن القاعدة العامة في الإيجاب أنه إذا حدد الموجب ميعاداً لصدور القبول، وجب عليه أن يتقيد بهذا الميعاد، فإذا صدر القبول في المهلة المحددة انعقد العقد حتى لو كان الموجب رجع في إيجابه، وعلى هذا نصت المادة (٨٤) من القانون المدني العراقي على أن (إذا حدد الموجب ميعاداً للقبول التزم بإيجابه إلى أن ينقضي هذا الميعاد). وهذا الإلزام يقوم على الإرادة المنفردة التي تكون مصدر للالتزام.

(٢) رقم القرار ٢٢ / هيئة عامة أولى / ١٩٧٣ في ١٩٧٣/٦/٢٣، القرار منشور في النشرة القضائية، يصدرها المكتب الفني بمحكمة تمييز العراق، العدد الثاني، السنة الرابعة، بغداد، ١٩٧٣، ص ١٢٥.

المبحث الثاني

التأصيل القانوني للمفاوضات التمهيدية وطبيعتها القانونية

وجبتها بالإثبات

ثار جدل فقهي حاد حول الأساس القانوني للمفاوضات التمهيدية فيما إذا كانت المفاوضات هي مجرد وقائع مادية لا ينشأ عنها إلا الالتزامات التي يقتضيها الواجب العام القاضي بعدم الانحراف عن المسلك المعتاد والمألوف على نحو يلحق الضرر بالغير (المسؤولية التقصيرية) أم إن المفاوضات ذات صبغة قانونية تقتضي أن تسير وفق المسار القانوني الصحيح الموصل إلى إبرام العقد محل التفاوض ؟

وعليه سنتناول هذا المبحث في مطلبين نخصص المطلب الأول: للتأصيل القانوني للمفاوضات التمهيدية؛ ونخصص المطلب الثاني: للطبيعة القانونية وحجيتها في الإثبات .

المطلب الأول

التأصيل القانوني للمفاوضات التمهيدية

إن الالتزام الأخلاقي والقانوني يقضي بأن يقوم المدين بتنفيذ الالتزامات الناشئة عن العقد طوعاً وإختياراً بغض النظر عن مصدر الالتزامات سواء كان مصدر الالتزامات (مبدأ حسن النية) الذي يسود مرحلة المفاوضات أو كان مصدرها (عقود التفاوض) والمراحل التفاوضية التي تفضي إلى المفاوضات .

ويكون التنفيذ اختياراً بوفاء المفاوضات بما التزم به طبقاً لما هو متفق عليه مع المتفاوض الآخر وطبقاً لما يفرضه مبدأ حسن النية الذي يسود مرحلة المفاوضات وإذا لم يتم المفاوضات بتنفيذ ما التزم به طوعاً أو اختياراً فإنه يجبر على التنفيذ ويكون التنفيذ الجبري بعين ما التزم به المدين فإن استحال ذلك تم التنفيذ بطريق التعويض أي (بمقابل)

وهذا ما تقضي به القواعد العامة بالالتزام^(١).

إن المتأمل في ما أورده المشرع العراقي في قانونه المدني وتحديداً في المادتين (٨١) و (٨٦) . فنصت المادة (٨١) على أن (١- لا ينسب إلى ساكت قول ولكن السكوت في معرض الحاجة إلى البيان يعتبر قبولاً ٢- ويعتبر السكوت قبولاً بوجه خاص إذا كان هناك تعامل سابق بين المتعاقدين وأتصل الإيجاب بهذا التعامل أو إذا تمخض الإيجاب لمنفعة من وجه إليه . وكذلك يكون سكوت المشتري بعد أن يتسلم البضائع التي اشتراها قبولاً لما ورد في قائمة الثمن من شروط).

و نصت المادة (٨٦) على أن (١- يطابق القبول الإيجاب إذا اتفق الطرفان على كل المسائل الجوهرية التي تفاوضا عليها . أما الاتفاق على بعض هذه المسائل فلا يكفي لالتزام الطرفين حتى لو أثبت هذا الاتفاق بالكتابة ٢- وإذا اتفق الطرفان على جميع المسائل الجوهرية في العقد واحتفظا بمسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد ولم يشترطاً أن العقد يكون غير منعقد عند عدم الاتفاق على هذه المسائل فيعتبر العقد قد تم، وإذا قام خلاف على المسائل التي لم يتم الاتفاق عليها فإن المحكمة تقضي فيها طبقاً لطبيعة الموضوع ولأحكام القانون والعرف والعدالة).

من خلال تحليل النصين بدءاً من نص المادة (٨١) التي جاءت بحكم مفاده إن الإيجاب الصادر من أحد المتفاوضين لا يمكن تجاهله حتى وأن لم يفصح الطرف الآخر عن نيته واكتفى بالسكوت ففي هذه الحالة يمكن عدّ السكوت قبولاً في الحالات التي أوردها المادة (٨١) من القانون المدني العراقي، والملاحظ على الشق الأخير من الفقرة (١) من المادة (٨١) أنها عدّت (السكوت في معرض الحاجة إلى البيان قبولاً)^(٢). أما الفقرة (٢) من المادة (٨٦) فيتضح من خلال قراءتها قراءة متأنية أنها فوضت المحكمة بالحكم في المسائل المختلف عليها في مرحلة الإتفاق ويكون القانون بهذا

(١) د. أسامة الحموي، الشرط الجزائي في الفقه الاسلامي، دراسة مقارنة، طبعة دار النوادر، بيروت، لبنان، ١٤٣٣ هـ - ٢٠١٢ م، ص ٣٦٧.

(٢) د. عبد المنعم فرج الصدة، مصادر الالتزام، دراسة في القانون اللبناني والقانون المصري، دار النهضة العربية، بيروت، لبنان، ١٩٧٤، ص ٩٦.

الشكل قد منح المحكمة سلطة واسعة في اختيار القانون الواجب التطبيق على هذه المسائل طبقاً لطبيعة الموضوع ولأحكام القانون والعرف والعدالة مع العرض أن لفظ (القانون) ورد مطلقاً في الشق الأخير من الفقرة (٢) من القانون المدني مما لا يكون أمام المحكمة أي مانع بالأخذ بالقانون المناسب وبما يتلائم مع طبيعة النزاع .

أما مرجع القاضي في ممارسته لسلطته في مرحلة تكوين العقد فإن القاضي يستمد سلطته في مرحلة تكوين العقد والبت في المسائل التفصيلية فإن هذه السلطة يستمدها القاضي باعتباره (مفوضاً) من الطرفين في تحديد الآثار القانونية للمسائل المرجئة باتفاقهما وبهذا (التفويض) تفسر سلطة القاضي في تكملة أحكام العقد، لأن الأصل إن مهمة القاضي تقتصر على تطبيق أحكام العقد ولا تصل إلى حد تكملة ما في العقود من نقص^(١).

وتأسيساً على ما تقدم فإن ما جاءت به أحكام المادتين (٨٦ و٨١) من القانون المدني من أحكام هو السند القانوني لمشروعية المفاوضات الممهدة لإبرام العقد، مع إعطاء قاضي الموضوع سلطة لتحديد المسائل المرجئة الاتفاق عليها والقاضي يستمد هذه السلطة بعده مفوضاً من طرفي العقد .

المطلب الثاني

الطبيعة القانونية للمفاوضات التمهيدية وحثها في الإثبات

لم تكن الطبيعة القانونية للمفاوضات التمهيدية محل اتفاق بين رجال الفقه القانوني مما ترتب على ذلك ظهور أكثر من رأي واحد مما يتوجب التطرق إلى هذه النقطة المهمة وقد أثار الخلاف حول الطبيعة القانونية للمفاوضات التمهيدية مسألة أخرى وهي مدى حجية المفاوضات التمهيدية في الإثبات لذا سنتناول هذا المطلب في فرعين نخصص الفرع الأول للطبيعة القانونية للمفاوضات التمهيدية ونخصص الفرع الثاني لحجية المفاوضات التمهيدية في الإثبات .

(١) د. سليمان مرقس، نظرية العقد، دار النشر للجامعات المصرية، القاهرة، ١٩٥٦، ص ١٢٢.

الفرع الأول: الطبيعة القانونية للمفاوضات التمهيدية

ذهب جانب من الفقه أن المفاوضات عبارة عن وقائع مادية لا تترتب عليها التزامات إرادية، وذهب الجانب الآخر إلى القول أن المفاوضات يمكن أن تكون تصرفات قانونية إذا انصرفت إرادة المتفاوضين إلى إبرام العقد (عقد التفاوض) والسير في المفاوضات بغية تحقيق الغاية المرجوة من المفاوضات وإبرام العقد المطلوب بين المتفاوضين لذا سنتناول الاتجاهين المذكورين باختصار^(١).

الاتجاه الأول: المفاوضات وقائع مادية

الأصل أنه لا يترتب على طرفي التفاوض أي التزامات قبل إبرام العقد محل التفاوض، فالعقد يحدد التزامات طرفيه، والمفاوضات بذاتها لا تقيم رابطة تعاقدية بين الطرفين، وهذا العمل المادي لا يرقى إلى مصاف التصرف القانوني ليرتب عليه أثر قانوني فهو غير ملزم لأي من أطرافه بضرورة التوصل إلى اتفاق فيحكم المفاوضات باعتبارها وقائع مادية وفقاً لمبدأ (حرية التعاقد)^(٢).

إن مقتضيات "حرية التعاقد" عدم إجبار المفاوض على إبرام العقد فيستطيع كل واحد من المتفاوضين أن يعدل عن المفاوضات ولا يخشى تحقيق المسؤولية، لأن العدول عن التفاوض بحد ذاته لا يصلح سبباً للمسؤولية، وإعمالاً لتطبيق مبدأ "حرية التعاقد" فإن المتفاوض غير ملزم بتقديم مبرر لعدوله، لأن الالتزام بتقديم مبرر للعدول يُعد من قبيل ترتيب الآثار على المفاوضة كما إن تقديم المبرر للعدول يتعارض مع حرية العدول عن التفاوض لأن المقصود بالعدول (عن التفاوض) هو العدول في أي وقت^(٣).

(١) للتوسع ينظر: د. ياسين محمد الجبوري، المبسوط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، مصادر الحقوق الشخصية، المجلد الأول، نظرية العقد، القسم الأول، انعقاد العقد، ط١، دار وائل للطباعة والنشر، عمان، الأردن، ٢٠٠٢، ص ١٩٤.

(٢) د. أحمد سلمان شهيد السعداوي، د. جواد كاظم سميسم، مصادر الالتزام، دراسة مقارنة بالقوانين المدنية والفقه الإسلامي، ط١، منشورات زين الحقوقية، بيروت، لبنان، ٢٠١٥، ص ٥٨.

(٣) د. ياسين محمد الجبوري، المبسوط في شرح القانون المدني، مرجع سابق، ص ١٩٨.

إن الأخذ بهذا الاتجاه يعني أن المتفاوض يستطيع العدول عن كل إرادة عبر عنها خلال المفاوضات ما دامت لم تصل إلى حد إبرام العقد فحتى لو صدر من أحد المتفاوضين إيجاب فإنه يستطيع العدول عنه ما دام باستطاعته أن يعدل نهائياً عن المفاوضات إعمالاً لمبدأ حرية التعاقد^(١)

الاتجاه الثاني: المفاوضات ذات طبيعة عقدية

ذهب أنصار هذا الاتجاه إلى القول أن المفاوضات تكون ذات (طبيعة عقدية) ؛ لأن هنا تصرفاً قانونياً (ليس هو العقد الذي يجري التفاوض بشأنه) ينشأ بين المتفاوضين يُعد مصدر الالتزامات الناشئة في مرحلة التفاوض وهذا الالتزام هو "التفاوض بحسن نية" وما يترتب عليه من الاستمرار بالمفاوضات وعدم قطعها بشكل غير مشروع ومن عناصر هذا الالتزام (الالتزام والأداء بالبيانات مع الالتزام على سريتها) ويترتب على إغفال هذا الالتزام قيام المسؤولية على المخطأ وفي هذه الحالة تكون المسؤولية هي (مسؤولية عقدية)^(٢).

إن تسليم أنصار هذا الرأي الفقهي بعد المفاوضات (ذات طبيعة عقدية) يتوجب بيان الأساس القانوني لهذا القول والإفصاح عن مضمونه لذا اختلف الفقهاء في تأصيل الأساس القانوني لقيام المسؤولية العقدية للمفاوضات إلى رأيين هما:

الرأي الأول:

قال بهذا الرأي الفقيه الألماني (أهرنج) فقد ذهب إلى القول أنه يوجد (عقد ضمنى) بين المتفاوضين، يلتزم بمقتضاه كل واحد من المتفاوضين تجاه الآخر بأن يكون في وضع يسمح له بإبرام العقد موضوع التفاوض، وبالامتناع عن أي عمل يعوق إبرام هذا العقد (موضوع التفاوض) فإذا قطع المفاوضات دون عذر مشروع يكون أخل بهذا

(١) د. عبد المجيد الحكيم، الوسيط في نظرية العقد، الجزء الأول، انعقاد العقد، شركة الطبع والنشر الأهلية، بغداد، ١٩٦٧، ص ١٣٥.

(٢) د. حسن علي الذنون، المبسوط في شرح القانون المدني، الخطأ، دار وائل للطباعة والنشر، عمان، الأردن، ٢٠٠٦، ص ٢٠٢.

الالتزام الذي يفرضه عليه العقد الضمني وبالتالي يسأل مسؤولية عقدية عن تعويض الضرر الذي لحق المتفاوض الآخر^(١).

الرأي الثاني:

ذهب أنصار هذا الرأي إلى القول أن نشوء التصرف القانوني الذي يضي على المفاوضات (الطبيعة العقدية) هو وجود (شرط ضمني) لأن مباشرة المفاوضات يقتضي وجود (شرط ضمني) يتعهد بمقتضاه كل متفاوض قبل الآخر بأن يستمر بالمفاوضات وأن لا يقوم بقطعها تعسفاً حتى يتحقق الغرض النهائي من المفاوضات وإبرام العقد (محل التفاوض) وبعبارة ذلك فإن المفاوضات الآخر (الذي أخل بالتزامه) يكون مسؤولاً عن تعويض الضرر للمتعاقد معه ومصدر هذا الالتزام هو (الاتفاق) بشرط أن لا يكون الالتزام مخالفاً للنظام العام وإلا عدَّ باطلاً لمخالفته للنظام العام^(٢).

لم تسلم الآراء التي قيلت بوجود (شرط ضمني) مصدره الاتفاق بين المتفاوضين من سهام النقد وركز النقد على هذا الرأي لأنه بني على الافتراض بوجود (شرط ضمني) وهذا المآخذ في الحقيقة يطال الآراء التي قيلت بوجود (عقد ضمني) إلا أنه رغم الانتقادات التي وجهت للاتجاه القائل بالطبيعة العقدية للمسؤولية عن التفاوض فإنها تبقى الأقرب إلى بيان الأساس القانوني للمسؤولية العقدية عن المفاوضات الممهدة للعقد .

الفرع الثاني: حجية المفاوضات التمهيدية في الإثبات

يحدث في الغالب أن الموجب يقتصر في إيجابه على المسائل الجوهرية فقط، تاركاً ما عداها سواء عمداً أم إهمالاً، ولا يتصور أن نلزم الأفراد بأن تكون عقودهم متضمنة تنظيمًا دقيقاً لجميع المسائل التي يمكن أن تثار بشأن العقد المبرم بينهم نظراً لما في ذلك من مشقة قد تحول بينهما وبين إبرام التصرفات القانونية^(٣).

(١) د. محمود جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية المدنية، الجزء الأول، مطبعة جامعة القاهرة، ١٩٧٨، ص ١٣٣ - ١٣٤.

(٢) د. حسن علي الذنون، المبسوط في شرح القانون المدني، مرجع سابق، ص ٢١٥.

(٣) د. غني حسون طه، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، مطبعة المعارف، بغداد، ١٩٧١، ص ١١٣.

إن عدم استلزام الاتفاق على المسائل الجوهرية يعد أمرًا طبيعيًا يفرضه الواقع العملي ويستفاد ضمنيًا من قيام المشرع بوضع قواعد تفصيلية لتنظيم العقود المختلفة فالعقد ينعقد بمجرد صدور القبول المطابق للإيجاب في جميع جزئياته، وبصرف النظر عما إذا كان هذا الإيجاب قد اقتصر على العناصر الجوهرية أم شمل بالإضافة إليها المسائل التفصيلية^(١).

إن المشرع العراقي في قانونه المدني وضع حلاً لمسألة إغفال ذكر المسائل التفصيلية في الفقرة (٢) من المادة (٨٦) من القانون المدني في الشق الأخير منها إذ نصت على أنه (وإذا قام خلاف على المسائل التي لم يتم الاتفاق عليها فإن المحكمة تقضي فيها طبقاً لطبيعة الموضوع ولأحكام القانون والعرف والعدالة).

والجدير بالذكر أن التعاقد بين الغائبين جائز في الفقه الإسلامي، وفقاً للقواعد العامة^(٢). فقد ورد في المادة (٦٩) من مجلة الأحكام العدلية أن "الكتاب كالخطاب" وكذلك ما ورد في المادة (١٧٣) من المجلة في عقد البيع على أنه: (كما يكون الإيجاب والقبول بالمشافهة يكون بالمكاتبة أيضاً)، وقد عرّف الفقه القانوني الرسالة الإلكترونية بأنها "رسالة مكتوبة بوسيلة إلكترونية ويتم إرسالها واستلامها بوسيلة إلكترونية حول مسائل شخصية أو أدبية أو فنية أو قانونية تهم الطرفين"^(٣).

ومن التطبيقات القضائية ذهبت محكمة التمييز الاتحادية في قرار لها إلى أنه (لدى التدقيق والمداولة وجد أن الطعن التمييزي مقدم ضمن المدة القانونية لذا قرر قبوله شكلاً ولدى عطف النظر على الحكم المميز وجد بأنه صحيح وموافق للقانون؛ ذلك لأن كتاب الشركة العامة لتجارة المواد الغذائية بعدد ١٧٩٨ في ٢٩/١٢/٢٠٠٩ والخاص بالمناقصة رقم ٢٠٠٩/٤ لم يتضمن نصاً صريحاً برسو المناقصة على

(١) د. مالك دوهان الحسن، شرح القانون المدني، الجزء الأول، مصادر الالتزام، مطبعة جامعة بغداد، ١٩٧٣، ص ١٤٩.

(٢) سليم رستم باز اللبناني، شرح المجلة، ط ١، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ٢٠١٠، ص ٤٠.

(٣) علي عبد العالي خشان الأسدي، حجية الرسائل الإلكترونية في الإثبات المدني، ط ١، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ٢٠١٣، ص ٥.

الشركة المدعية وإنما تضمنت كميات الشاي ونوع الأوزان المحددة وأن الرسائل الإلكترونية المتبادلة بين المتداعيين لا تعني الاتفاق على المسائل الجوهرية التي تفاوضا فيها حتى يمكن أن يقال هناك تطابق قبول المدعي بإيجاب المدعى عليه وفقاً لما نصت عليه المادة (١/٨٦) من القانون المدني وبذلك لا يمكن أن يكون هناك عقد يترتب آثاراً قانونية تبيح للمدعي مطالبة المدعى عليه بفسخ العقد والتعويض وحيث أن الحكم الاستثنائي المميز قد أيد الحكم البدائي الذي قضى برد الدعوى لذا قرر تصديقه ورد الطعن التمييزي وتحميل المميز رسم التمييز وصدر القرار بالاتفاق في ٢٣/رمضان/١٤٣٣ هـ الموافق ١٢/٨/٢٠١٢ م^(١).

أما إذا تم الاتفاق على المسائل الجوهرية في العقد فإن تحديد المسائل التفصيلية يتم من قبل محكمة الموضوع وفقاً لطبيعة العقد ولأحكام القانون والعرف والعدالة بالاستناد إلى أحكام الفقرة (٢) من المادة (٨٦) من القانون المدني ومن ثم تكون للمفاوضات حجية في الإثبات يترتب على الأخلال بها قيام المسؤولية العقدية على الرأي الراجح فقهاً .

إذا كان الأمر على هذه الشاكلة في العقود التقليدية، فإن مرحلة المفاوضات الممهدة للعقد تكون في غاية الصعوبة في العقد الإلكتروني، فالمشرع العراقي يعرف العقد الإلكتروني في قانون التوقيع الإلكتروني والمعاملات الإلكترونية رقم (٧٨) لسنة (٢٠١٢)^(٢)، وفي الفقرة الحادي عشر من المادة (١) من القانون المذكور العقد الإلكتروني بأنه (ارتباط الإيجاب الصادر من أحد المتعاقدين بقبول الآخر على وجه يثبت أثره في المعقود عليه والذي يتم بوسيلة إلكترونية) وهذا التعريف لا يخرج كثيراً

(١) القرار (١٧١٠/الهيئة الاستئنافية منقول/٢٠١٢ في ١٢/٨/٢٠١٢) (القرار غير منشور).
(٢) نشر قانون التوقيع الإلكتروني والمعاملات الإلكترونية رقم (٧٨) لسنة ٢٠١٢ في الوقائع العراقية بالعدد (٤٢٥٦) في ٥/١١/٢٠١٢.

عن التعريف التقليدي للعقد^(١)، وإن الإضافة الجديدة على تعريف العقد التقليدي هو إضافة عبارة (الذي يتم بوسيلة الكترونية)^(٢).

فإثبات المفاوضات في مرحلة العقد الإلكتروني الذي هو بتعبير أصح هو تعاقد بين غائبين يتطلب تحديد اللحظة الزمنية التي يلتقي فيها إيجاب أحد المتعاقدين بقبول الآخر، وعلى هذا الأساس ظهرت عدة نظريات لتحديد لحظة انعقاد العقد وهي (نظرية إعلان القبول، نظرية تصدير القبول، نظرية استلام القبول، نظرية العلم بالقبول) وإن المشرع العراقي أخذ ب(نظرية العلم بالقبول) على نحو عملي، فنص على إن إتمام العقد ما بين الغائبين رهن بعلم الموجب بالقبول، وقدر من ناحية أخرى صعوبة إثبات العلم في كثير من الأحوال، فنص على وصول القبول قرينة على العلم به ولكن هذه القرينة يمكن إحاضها بإثبات العكس^(٣).

(١) عرّفت المادة (٧٣) من القانون المدني العراقي العقد بأنه (ارتباط الإيجاب الصادر من أحد العاقدين بقبول الآخر على وجه يثبت أثره في المعقود عليه).

(٢) د. بيرك فارس حسين الجبوري، القاضي عواد حسين العبيدي، نظرية الشكل في العقود المدنية الإلكترونية، ط١، مؤسسة الكتاب الحديثة، طرابلس، لبنان، ٢٠١٤، ص ١٢١ وما بعدها.

(٣) د. محمود سعد الدين شريف، شرح القانون المدني العراقي، نظرية الالتزام، الجزء الأول، مصادر الالتزام، مطبعة العاني، بغداد، ١٣٧٤ هـ ١٩٥٥ م، ص ١٢٥-١٢٧.

الخاتمة

بعد استعراض عناوين بحثنا الموسوم (المفاوضات الممهدة لإبرام العقد في القانون المدني العراقي دراسة تأصيلية تحليلية) والوقوف في محطاته الرئيسية لا بد وأن نقف في نهايته لندون أهم النتائج والمقترحات في لائحة الخاتمة والتي نوجزها بفقرتين:

أولاً: النتائج

- ١- ازداد انتشار المفاوضات الممهدة لإبرام العقد في الوقت الحاضر بفعل التطور التقني وتنشط التجارة الالكترونية مما جعل التفاوض عبر هذه الوسائل حقيقة مؤكدة لا غبار عليها.
- ٢- إن الفقرة (٢) من المادة (٨٦) من القانون المدني العراقي أوجدت الإطار العام للتفاوض والمفاوضات الممهدة لإبرام العقد .
- ٣- تم اعطاء سلطة لمحكمة الموضوع لتحديد المسائل التفصيلية للعقد محل التفاوض وفقاً لطبيعة الموضوع ولأحكام القانون والعرف والعدالة .
- ٤- أخذ المشرع العراقي في التعاقد بين غائبين بنظرية (العلم بالقبول) على نحو عملي.
- ٥- أجازت الشريعة الإسلامية التعاقد بين غائبين عن طريق الكتابة (فالكاتب كالخطاب) المادة (٦٩) من مجلة الأحكام العدلية وكذلك البيع عبر المكاتب في المادة (١٧٣) من المجلة .
- ٦- تعد الرسالة الإلكترونية التي يتم إرسالها واستلامها بوسيلة إلكترونية من وسائل التفاوض في العقود باختلافها .

ثانياً: التوصيات

- ١- ضرورة الاهتمام بالمفاوضات التي تحصل بواسطة وسائل الاتصال الحديثة وإيجاد التنظيم القانوني المناسب بما يتلائم مع طبيعتها .
- ٢- مراجعة ودراسة قانون التوقيع الإلكتروني والمعاملات الإلكترونية رقم (٧٨) لسنة ٢٠١٢ بالشكل الذي يشمل العلاقات والتعاملات عبر الإنترنت وبشكل دقيق وعلمي مدروس .
- ٣- تحديد القانون الواجب التطبيق على مرحلة المفاوضات الممهدة لإبرام العقد وتحديد آثارها القانونية .
- ٤- توسيع سلطة القاضي المدني في تحديد الأحكام التفصيلية للمفاوضات وسحبها على المفاوضات التي تجري بواسطة الإنترنت إسوة بالمفاوضات التقليدية .
- ٥- حسم الجدل الحاصل حول طبيعة المفاوضات التقليدية والإلكترونية وبيان مدى حجيتها في الإثبات.

المراجع

أولاً: الكتب

- ٦- أحمد سلمان شهيب السعداوي، د. جواد كاظم سميّسم، مصادر الالتزام، دراسة مقارنة بالقوانين المدنية والفقّه الإسلامي، ط١، منشورات زين الحقوقية، بيروت، لبنان، ٢٠١٥ .
- ٧- أسامة الحموي، الشرط الجزائي في الفقّه الإسلامي، دراسة مقارنة، دار النوادر للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، ٢٠١٢ .
- ٨- إسماعيل بن حماد الجوهري، معجم الصحاح، اعتنى به خليل محمود شيحا، دار المعرفة، بيروت، لبنان، ط٢، ٢٠٠٧ .
- ٩- إسماعيل غانم، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، مكتبة عبدالله وهبة، القاهرة، ١٩٦٦ .
- ١٠- إلياس ناصيف، موسوعة العقود المدنية والتجارية، الجزء الأول، أحكام العقد، ٢٠٠٧ .
- ١١- أنس عبد المهدي فريحات، النظام القانوني للمفاوضات في القوانين الوضعية والشريعة الإسلامية، دراسة تأصيلية مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ط١، ٢٠١٨ .
- ١٢- بلحاج العربي، الاطار القانوني للمرحلة السابقة على إبرام العقد في ضوء القانون المدني الجزائري، دراسة مقارنة، دار وائل للنشر، عمان، الأردن، ٢٠١٠ .
- ١٣- بيريّك فارس حسين الجبوري، القاضي عواد حسين ياسين العبيدي، نظرية الشكل في العقود المدنية والإلكترونية، ط١، مؤسسة الكتاب الحديثة، طرابلس، لبنان، ٢٠١٤ .
- ١٤- جميل الشرفاوي، النظرية العامة للالتزام، الكتاب الأول، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨١ .
- ١٥- حسن الذنون، المبسوط في شرح القانون المدني، الخطأ، دار وائل للنشر، عمان، الأردن، ٢٠٠٦ .
- ١٦- سعد حسين ملحم، التفاوض في العقود عبر شبكة الإنترنت بين القواعد العامة في نظرية الالتزام والضرورات العلمية، جامعة النهريّن، بغداد، ط١، ٢٠٠٤ .
- ١٧- سليم رستم باز اللبناني، شرح المجلة، ط١، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ٢٠١٠ .
- ١٨- سليمان مرقس، نظرية العقد، دار النشر للجامعات المصرية، القاهرة، ١٩٥٦ .
- ١٩- سمير حامد عبد العزيز الجمال، التعاقد عبر تقنيات الاتصال الحديثة، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، ط١، ٢٠٠٦ .
- ٢٠- شيرزاد عزيز سليمان، حسن النية في إبرام العقود، دار دجلة، عمان، الأردن، ط١، ٢٠٠٨ .

- ٢١- صلاح الدين زكي، تكوين الروابط العقدية فيما بين الغائبين، دار النهضة العربية، القاهرة، ط١، ١٩٩٣ .
- ٢٢- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، الجزء الأول، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، ١٩٥٦ .
- ٢٣- عبد الفتاح عبد الباقي، موسوعة القانون المدني المصري، نظرية العقد والإرادة المنفردة، دراسة معمقة ومقارنة بالفقه الإسلامي، مطبعة نهضة مصر، القاهرة، ١٩٨٤ .
- ٢٤- عبد المجيد الحكيم، الوسيط في نظرية العقد، الجزء الأول، انعقاد العقد، شركة الطبع والنشر الأهلية، بغداد، ١٩٦٧ .
- ٢٥- عبد المنعم فرج الصدة، مصادر الالتزام، دراسة في القانون اللبناني والقانون المصري، دار النهضة العربية، بيروت، لبنان، ١٩٧٤ .
- ٢٦- علي عبد العالي خشان الأسدي، حجية الرسائل الإلكترونية في الإثبات المدني، ط١، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ٢٠١٣ .
- ٢٧- غني حسون طه، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، مطبعة المعارف، بغداد، ١٩٧١ .
- ٢٨- فتحي عبد الرحيم عبدالله، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، الكتاب الأول، مصادر الالتزام، الجزء الأول، العقد والإرادة المنفردة، مكتبة الجلاء الجديدة، القاهرة، ١٩٩٦ .
- ٢٩- مالك دوهان الحسن، شرح القانون المدني، الجزء الأول، مطبعة جامعة بغداد، ١٩٧٣ .
- ٣٠- محمد حسام محمود لطفي، المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٥ .
- ٣١- محمد حسين عبد العال، التنظيم الاتفاقي للمفاوضات العقدية، دراسة تحليلية مقارنة لتأمين المفاوضات في عمليات التجارة الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٨ .
- ٣٢- محمد حسين منصور، العقود الدولية، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، الإسكندرية، ٢٠١٥ .
- ٣٣- محمد شاكر محمود محمد، المسؤولية عن قطع المفاوضات دراسة مقارنة، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، ط١، ٢٠١٦ .
- ٣٤- محمود جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية المدنية، الجزء الأول، مطبعة جامعة القاهرة، ١٩٧٨ .
- ٣٥- محمود سعد الدين الشريف، شرح القانون المدني العراقي، نظرية الالتزام، الجزء الأول، مصادر الالتزام، مطبعة العاني، بغداد، ١٩٥٥ .

- ٣٦- منذر الفضل، النظرية العامة للالتزام، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقوانين المدنية الوضعية، الجزء الأول، مصادر الالتزام، دار الثقافة، عمان، الأردن، ١٩٩٥ .
- ٣٧- نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول، مصادر الالتزام، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠١٧ .
- ٣٨- همام محمود زهران، الأصول العامة للالتزام، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠٠٤ .
- ٣٩- ياسين محمد الجبوري، المبسوط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، مصادر الحقوق الشخصية، المجلد الأول، العقد، دار الثقافة، عمان، الأردن، ط١، ٢٠١٠ .
- ٤٠- ياسين محمد الجبوري، المبسوط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، مصادر الحقوق الشخصية، المجلد الأول، انعقاد العقد، دار وائل للطباعة والنشر، عمان، الأردن، ٢٠٠٢ .
- ٤١- يونس صلاح الدين محمد علي، العقود التمهيدية، دراسة تحليلية مقارنة، دار الكتب القانونية، القاهرة، ٢٠١٠ .

ثانياً: البحوث والرسائل

- ١- أكرم محمد حسين البدو مؤلفه المشترك مع د. محمد صديق محمد عبدالله، أثر موضوعية الإرادة التعاقدية في مرحلة المفاوضات، بحث مسئل من أطروحة دكتوراه الموسومة موضوعية الإرادة التعاقدية - دراسة تحليلية مقارنة مقدمة إلى كلية الحقوق جامعة الموصل، ٢٠١٠، والبحث منشور في مجلة الرافيدين للحقوق، المجلد (١٣)، العدد (٤٩)، السنة (١٦)، ٢٠١١ .
- ٢- أم كلثوم صبيح محمد، المفاوضات الممهدة للتعاقد ماهيتها وأحكامها، دراسة مقارنة بين الواقع العملي والفرغ التشريعي، بحث منشور في مجلة كلية الحقوق، جامعة النهريين، المجلد (١٦)، الإصدار (٣)، ٢٠١٤ .
- ٣- رجب كريم عبد اللاه، التفاوض على العقد، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، ٢٠٠٠ .
- ٤- صبري حمد خاطر، قطع المفاوضات العقدية، بحث منشور في مجلة النهريين للحقوق، المجلد الأول، العدد الثالث، ١٩٩٧ .
- ٥- محمد أبو زيد، المفاوضات في الإطار التعاقدية، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، جامعة عين شمس، العدد الأول، السنة ٤٧، ٢٠٠٥ .
- ٦- وعود كاتب الأنباري، المفاوضات العقدية عبر الإنترنت، بحث منشور في مجلة رسالة الحقوق، المجلد الأول، العدد الثاني، ٢٠٠٩ .

ثالثاً: القوانين والقرارات

- ١- القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ .
- ٢- قرارات محكمة التمييز العراقية.

المخلص:

إن المفاوضات الممهدة لإبرام العقد تعد مرحلة أساسية في عملية التعاقد، ذلك أن التوازن العقدي المراد إبرامه يعتمد على حسن سير هذه المفاوضات، وأن للإرادة دور رئيسي في المفاوضات العقدية، حيث أن المفاوضات تنشأ عندما تتوجه إرادة أحد الطرفين إلى الدخول في مفاوضات بهدف الوصول إلى النتيجة النهائية وهي إبرام العقد المزمع.

كما أن الوسيلة أو الصيغة التي يتبعها المتفاوضون في المفاوضات لا تقتيد بإتباع طريقة معينة، فإرادة الأطراف حرة في أن تجري هذه المفاوضات بشكل مباشر عن طريق المشافهة أو اللفظ أو يمكن أن تجري عن طريق تبادل المكاتبات أو المخاطبات أو أية طريقة تحددها إرادة الأطراف المتفاوضة.

واستهدفت الدراسة في هذا البحث، تحديد ماهية المفاوضات الممهدة لإبرام العقد، وكذلك الطبيعة القانونية لمرحلة التفاوض على العقد، من خلال إرساء طبيعة عقدية لهذه المرحلة، وذلك لوجود اتفاق على التفاوض بين الطرفين وما يترتب على تلك الطبيعة العقدية من نتائج، تتمثل في الالتزامات المفروضة على طرفي المفاوضات، والقيمة القانونية التي يجب أن تتمتع بها الاتفاقات التي تتخلل تلك المرحلة وكذلك حجيتها في الإثبات.

ABSTRACT :

Negotiations leading to the contracting are an essential stage in the contracting process, since the contractual balance to be concluded depends on the smooth functioning of these negotiations and will plays a key role in the nodal negotiations. Negotiations arise when the will of one of the parties enters into negotiations with a view to reaching the planned contract.

The means or formula followed by negotiators in the negotiations does not follow an approach. The parties' will be free to conduct such negotiations directly by means of ambiguity or verbalization or can be conducted through the exchange of correspondence, correspondence or any method determined by the will of the negotiating parties.

The study aimed to determine the nature of the negotiations for the conclusion of the contract, as well as the legal nature of the negotiation stage of the contract, by establishing a contractual nature for this stage. This is because there is an agreement to negotiate between the parties and the consequent consequences. The parties to the negotiations, the legal value to be enjoyed by the agreements that permeate that stage, as well as their proof of proof.