مجلة إكليل للدراسات الانسانية
التصنيف الورقي: العدد 20 /كانون الاول/2024
المجلد(5)- العدد(4)-الجزء(3) IASJ–Iraqi Academic Scientific Journals

الامتناع عن التعاقد في مرحلة المفاوضات

م.م. مرجب عبد الحسن مرجب
الجامعة التقنية الجنوبية

الكلمات المفتاحية: القانون. التعاقد. التفاوض

الملخص:

أن دراستنا هذه تنصب على موضوع الامتناع عن التعاقد، ويراد به غياب ارادة الارتباط باتفاق معين تسعى إليه ارادة الطرف الثاني.

وتبين أن المسؤولية تترتب في حال الامتناع عن التعاقد بدون عذر مشروع وهي مسؤولية ذات طبيعة خاصة، تسمى المسؤولية السابقة على التعاقد وأن الأثر المترتب على هذه المسؤولية هو التعويض بمقابل.

وقد خرجت الدراسة بتوصيات وقد تم تثبيتها في خاتمة الدراسة ومن أهمها: النص صراحة على مرحلة السابقة على التعاقد وما يترتب على الامتناع على التعاقد، حسماً للجدل وخلاف ويكون واضح للخصوم والقضاء عند النظر فيه، لأهمية هذه المرحلة في تكوين العقود.

المقدمة:

العقد هو توافق إرادتين أو اكثر على إحداث أثر قانوني، أو بعبارة أخرى هو توافق إرادتين على إنشاء رابطة قانونية أو تعديلها أو إنهائها.

وعلى ذلك يحتل العقد المرتبة الأولى في ترتيب مصادر الالتزام، فهو الأداة التي يستند إليها في المقام الأول لتسهيل التبادل والتعامل بين الاشخاص، ليس على المستوى الداخلي فحسب، بل على مستوى التبادل الدولي أيضاً.

هذا وتعد العملية السابقة على التعاقد أو ما تسمى المفاوضات العقدية من أهم المراحل التي تكون بين أطراف العقد، حيث يتبادل فيها أشخاص العلاقة المستقبلية وجهات النظر سوية بقصد تحديد محتوى العقد دون أن يكونا متأكدين من إبرام العقد والوصول به إلى نهايته[1].

وتظهر أهمية الدراسة، عندما يرى أحد الاطراف أن فكرة التعاقد لم تتبلور لديه بصورة كافية ويفضل عدم التسرع في المفاوضات، نتيجة التضارب في مصلحة الطرفين، حيث يؤدي هذا

التضارب إلى عدم قيام العقد ،وبالتالي الامتناع عن التعاقد. وعليه، فإن القول بالامتناع عن التعاقد يعني: غياب إرادة الارتباط باتفاق معين تسعى إليه إرادة الطرف الاخر.

وتنبع مشكلة هذه الدراسة أن المشرع العراقي في اطار القانون المدني العراقي رم 40 لسنة 1951 لم ينظم مرحلة المفاوضات ما قبل التعاقد وما يترتب على قطعها، وهذا النقص التشريعي يجب تدركهو ومن هنا فإن مشكلة هذه الدراسة تدور حول:

1-هل يعتبر الامتناع عن التعاقد تعسفاً في استعمال الحق؟ أم انه يفترض بشأنه أن لا ينظر اليه باعتباره متضمنا حق امتياز للفرد يمتنع به، وانما ينبغي ان يترك امر تقدير مشروعيته من عدمها إلى رقابة القضاء وحسب ظروف كل قضية على حدة؟.

2- ما مسؤولية الأطراف في حال الامتناع عن التعاقد وما طبيعتها، أهي عقدية أم تقصيرية؟.

أن المنهج التحليلي لتشريعات المدنية العراقية هو الذي سيكون حاضراً في الاطار البحثي لدراسة، من خلال تحليل النصوص القانونية ذات الصلة بالدراسة، وكذلك تحليل آراء الفقه القانوني وأحكام القضاء بخصوص المسائل المثارة في موضوع الدراسة والدراسات السابقة.

وبناءً على ما تقدم اقتضت طبيعة الدراسة، تقسيمها إلى مبحثين، نتناول في المبحث الأول: ماهية الامتناع عن التعاقد وذلك في مطلبين، حيث نبين في المطلب الأول: مفهوم الامتناع عن التعاقد. أما المطلب الثاني: فنعرض فيه بعض الحالات التطبيقية لامتناع عن العاقد. أما المبحث الثاني فسوف نخصصه للمسؤولية المدنية الناشئة من الامتناع عن التعاقد، وذلك من خلال بيان الطبيعة القانونية للمسؤولية الامتناع عن التعاقد في المطلب الاول، و الجزاء القانوني لتحقق المسؤولية في المطلب الثاني.

المبحث الأول: ماهية الامتناع عن التعاقد

يعتبر الامتناع عن التعاقد تصرف ذاتي غير مشروع في بعض الاحيان ، ويغلب وقوع الامتناع في العقود التي تكون فيها فرص اطراف العلاقة التعاقدية غير متكافئة ويكون طرفاها طبقة قوية اقتصادياً(وأخرى ضعيفة اقتصادياً).فيجب على المتعاقد بموجب التزامه بالتفاوض بحسن نية إلا يلجأ الى قطع المفاوضات دون عذر مشروع أو الانسحاب منها بشكل تعسفي أو مفاجئ ، والواقع أن الامتناع عن التعاقد لا يكون اخلالاً إلا إذا أنعدم فيه المبرر المشروع ،وذلك لكونهُ ينطوي على سوء نيه من المتفاوض. وعليه لا بد من الوقوف على مفهوم الامتناع عن التعاقد و بيان بعض الحالات التطبيقية لهذا الامتناع.

المطلب الأول: مفهوم الامتناع عن التعاقد

يقصد بالامتناع عن التعاقد، غياب إرادة الارتباط باتفاق معين تسعى إليه إرادة الطرف الاخر، حيث يعتبر رفض التعاقد إحدى العقبات التي تواجه نمو العلاقات القانونية، ويعدّ من العوامل المؤثرة في عدم اكتساب الحق. فالحرية التعاقدية غير موجودة، والطرف القوي اقتصادياً الذي يقرر الالتزام ويحدده بإرادته المنفردة، وعلى ضوء مصلحته فقط، أو يرفض الدخول في الاتفاق التعاقد[2]، وليس بوسع الطرف الضعيف الا التماس المساعدة القضائية لرفع الغبن الذي يتعرض له من جراء عدم التعاقد.

في حين حاول البعض القول بأن من غير الممكن اقرار فكرة العقد الالزامي والاخذ بها بصورة مطلقة، لان الحق(الرخصة) في عدم الموافقة على اقتران إرادة اخرى إلا باتفاق ثنائي متبادل يعتبر شيء مقدساً لا يجوز المساس به، إذ يكون من غير المنطقي اجبار فرد بالتزام تعاقدي لا يرغب المساهمة فيه، لان مثل هذا

التصرف سوف يقابل بالرفض لانعدام ارادة التعاقد لدى الطرف الاخر[3]، فمثلاً يرى الفقيه الفرنسي(ربير) ان حق الامتناع عن التعاقد حق محترم ولكن أن حرية التعاقد يجب ان تجد لها حدود، وأن رفض التعاقد يكون في الواقع احدى العقبات في نمو العلاقات القانونية. ويعدّ من العوامل المؤثرة في عدم اكتساب الحق، وبذلك يظهر الامتناع عن التعاقد احياناً ذا طبيعة تعسفية، ويقدم لنا الفقيه(ربير) نموذجاً باعتباره تصرف غير مشروع، يتمثل ذلك في الشركات التي تتمتع باحتكار قانوني أو فعلي لا يجوز لها من حيث المبدأ اختيار العملاء. والامتياز الذي خولها استثمار معين مثل الاتصالات أو الكهرباء ، يعتبر واجبا التزمت به اتجاه الافراد الذين يكونون بوضع غير قادرين فيه على تجاوز خدماتها، حيث يكون الفرد أو المجتمع مرغما على التعامل معها[4]. وهذا يسمى في القانون بعقود الاذعان[5]، التي يكون الطرف المذعن فيها مرغما على التعاقد مع شركة صاحبة الامتياز. وتعليقاً على هذا الرأي أن الارادة أنتفت وأصبحت مجبرة على التعاقد، وإذا اراد المتعاقد التعديل في شروط العقد، فإنه لا يستطيع ذلك وهذا يعتبر تعسفاً في استعمال الحق من قبل الطرف الاخر(الشركة)، فهي تمتنع عن التعاقد بغير الشروط التي وضعتها هي والتي غالباً ما تصب في مصلحتها.

بينما يرى البعض الاخر من الفقه، أن حرية من وجه إليه الايجاب في رفضه أو قبوله هي حرية نسبية، فإذا كان لمن رجع إليه الايجاب أن يرفض القبول فان عليه أن لا يخل بالثقة المشروعة التي تكونت خلال المفاوضات، دون وجود ما يبرر هذا الرفض فإن ذلك يمثل خطأ لأنه يخل

بالثقة المشروعة التي بموجبها صدر الايجاب، وبالتالي قد يرتب هذا الامتناع مسؤولية تقع على الطرف الذي رفض الدخول في التعاقد[6].

وهكذا نجد شركات السكك الحديد ملزمة بقبول جميع البضائع، واستقبال جميع المسافرين، وفق قواعد والتعليمات التي تنظم عمليات النقل، فهذه المؤسسات لا تمتلك القواعد التي تخفف من مسؤولية ابرام العقود ولاتفاقات التي تقوم لها، اذ تجد نفسها مقيدة بعدد من التعليمات والقوانين التي تنظم عملها، ففي قانون النقل العراقي يلزم الناقل بقبول جميع طلبات النقل ضمن امكانية النقل المقررة، وليس بوسع الناقل رفض أحد الطلبات ، إلا اذا تعذر عليه لأسباب تقع خارج أرادته[7]. من ذلك يتبين لنا أن المشرع العراقي في قانون النقل حاول تجنب الامتناع عن التعاقد الاستبدادي الذي يفتقر إلى مسوغ شرعي.

ويمكن القول أخيراً- أن مبدأ الامتناع عن التعاقد لم يكن حقاً محددا ومنظما أو معاقبا عليه قانونا، وإنما هي قدرة يتمسك بها الفرد إذا توافرت مبرراتها، ويتولى القضاء الرقابة على مشروعية تصرفات ارباب التجارة والصناعة أزاء العملاء عند التشكي منهم، وهو أمر تقتضيه دواعي حماية هؤلاء من احتمالات انحراف التجار عن التزاماتهم اتجاه العملاء، لأن من شأن الرقابة تعزيز مبدأ المساواة بين العملاء عند ابرام العقود والاتفاقيات، من خلال ردع التاجر الرافض بدون وجه حق، وتحذيره من مغبة الأقدام على المحاباة والمفاضلة بين العملاء.

المطلب الثاني: بعض الحالات التطبيقية لامتناع عن التعاقد

ومن الحالات التطبيقية التي يمكن ان نستمدها من التشريع والقضاء والفقه على الامتناع عن التعاقد، وهي على سبيل المثال وليس الحصر، وهذا ما ارتأينا بحثه في المنظومة التشريعية المدنية والتجارية .

أولا/: من التطبيقات القانونية في التشريع العراقي، ما تقرره المادة(26) من قانون النقل العراقي رقم (80)لسنة 1983، من الزام الناقل بقبول جميع طلبات النقل التي تقدم اليه اذا كانت ضمن امكانيات النقل المقررة وليس بوسع الناقل رفض احد الطلبات، الا اذا تعذر عليه لأسباب تقع خارج أرادته لأسبب أجنبي.

وفيما اذا تجاوزت الطلبات طاقة الوسائط المستخدمة في تنفيذ عمليات النقل، فعلى الناقل، أن يراعي في قبول الطلبات تواريخ تقديمها، بحيث تكون للطلب الاسبق تاريخا الافضلية في التنفيذ.

وعليه لما تقدم يتبين لنا هدف المشرع الذي يسعى عبر هذه المادة إلى تحقيق العدالة والمساواة بين العملاء، وتجنب الرفض الاستبدادي الذي يفتقر إلى المسوغ الشرعي. ويؤكد هذا المبدأ العميد جوسران وذلك بقوله(أن رفض التعاقد يمكن ان تضفى عليه الطبيعة التعسفية، باعتباره تصرفاً(غير قانوني، أو غير جائز في التعامل التجاري)[8]وهكذا فالناقل الذي يعلن إلى الجمهور شروط النقل ويثبت العناصر الاساسية للتعاقد يكون ملزما بقبول وتنفيذ جميع طلبات النقل التي ترد اليه باستثناء البضائع التي تستبعد بصراحة والمنصوص عليها في تعريفة النقل. وبالتالي فالامتناع الذي لا يستند على اساس قانوني تعد مخالفة تترتب عليها المسؤولية[9].

ثانياً/: هناك عدد كبير من المنتوجات الصناعية مغطاة بعلامة صناعية وهي وسيلة ذكية ماهرة لتميز أحد المنتوجات عن غيرها من المشابهة لها من حيث الطبيعة، وهي تكسب المنتوج هوية خاصة ينفرد بها عن المنتوجات الاخرى. ومنذ أن تحوز العلامة الصناعية على الثقة والشهرة الاكيدة، ينتفع الانتاج بدوره من هيبة العلامة الصناعية، لأنها تعد من العوامل التي تحفز العملاء على اقتناء هذا المنتوج لتمتعه بالأفضلية لديهم. حتى كاد العميل لا يشعر احيانا بارتفاع السعر، لأن الحصول على بضاعة معززة بعلامة صناعية مشهورة تمثل لديهم الضمان المؤكد بجودة الانتاج، وعلى الرغم من وجود التنافس التجاري، فهذا لا يمنع من اكتساب بعض العلامات الصناعية قيمة كبيرة للمنشآت الصناعية المنتجة، لأنها تفتح لها طريق تصرف منتوجاتها بشكل ثابت تقريباً، وتؤمن لها الانسيابية والاستحواذ على المواقع في بعض الاسواق التجارية[10].

وبفضل العلامة أصبح مالكها يتمتع باحتكار حقيقي، فهو الوحيد الذي يملك حق بيع المنتوجات المغطاة بهذه العلامة، ومن تحصيل الحاصل فإن مالك العلامة المشهورة لا يتعرض إلى منافسة القوية من المنتوجات الأخرى ذات الطبيعة ذاتها، وهذا لا يتعارض من حيث الاساس مع مبدأ الحرية التجارية الذي يستبعد جميع المعوقات التي تحد من نشاط هذه الحرية أو تقيدها. وعليه فإذا أمتنع مالك العلامة التجارية من بيع المنتجات التي يحتكرها هو فقط يولد رد فعل معاكس لدى العملاء، إذ لا يتقبلون هذا الامتناع بارتياح، خاصة إذا لم يكن الرفض مبنيا على سبب مقنع ومشروع. لذلك فإن الامر يقتضي تدخل السلطات القضائية من خلال محاسبة المحتكرين للمنتجات بصورة غير مشروعة ، وفرض الجزاءات التهديدية ، وأدانة رفض البيع وكل تصرفات الخدعة والغش والتحايل في التوزيع، التي يهدف منها إلى التهرب من الرقابة

القضائية، ولا يستطيع التحرر من المسؤولية إلا إذا اثبت توفر سوء النية لدى المشتري أو الطلب غير اعتيادي.

ونرى بناءً على ما تقدم يبدو أن الامتناع عن التعاقد يعتبر اخلالا من التاجر بالالتزام بالتفاوض بحسن نية وعدم الالتزام بالتعاون ، وهي من السعة بحيث يتعذر معها امكانية حصر اوجه ذلك الاخلال ودوافعه، وبالتالي فإن الامر متروك لتقدير القضاء بتحديد المخالفة والجزاء المناسب إذا تأيد خروج التاجر عن مبادئ العدالة أو العرف التجاري، وذلك لغياب النصوص القانونية الصريحة التي تحدد حالات الانحراف. ولكن هذا لا يمنع من تدخل المشرع لوضع بعض القواعد الامرة وتقرير أن تجاوزها يكون مخالفة تستحق الردع والحساب، لان مثل هذه النصوص يكون محل اعتبار من التاجر وعملائه.

المبحث الثاني: المسؤولية المدنية الناشئة من الامتناع عن التعاقد

إذا امتنع أحد أطراف العلاقة التعاقدية عن إتمام التعاقد، يثار التساؤل فيما إذا كان بالإمكان أن يشكل هذا الامتناع أخلال يترتب عليه مسؤولية مدنية؟، وهذا ما سنبحثه من خلال هذا المبحث، وذلك في مطلبين.

المطلب الاول: الطبيعة القانونية للمسؤولية الامتناع عن العاقد

إذا ما تحققت مسؤولية أحد الطرفين عن رفض التعاقد، يتم التساؤل عن طبيعة هذه المسؤولية هل هي عقدية أم تقصيرية؟ الواضح من النصوص القانون المدني العراقي لم ينص المشرع على طبيعة هذه المسؤولية، إما الفقه لقد اختلف في الاجابة على هذا التساؤل، ونقسم تبعاً لذلك على اتجاهين:

الاتجاه الأول:

يرى اصحاب هذا الاتجاه إلى أن المسؤولية في هذه الحالة هي مسؤولية عقدية، ويتزعم هذا الاتجاه الفقيه(إيرنج)، والذي يرى بان أساس المسؤولية السابقة على التعاقد، هو وجود عقد ضمني مفترض بين الاطراف، أي وجود عقد ابتدائي في المفاوضات العقدية، والاخلال بهذا العقد يؤدي إلى قيام المسؤولية العقدية، ويلزم الطرف المخل بتعويض الطرف الذي لحقه الضرر ،وغالبا ما يكون الطرف المخل هو القوي اقتصاديا كونه يملك من الادوات ما تكفيه من التحلل من العقد دون ان يأبى للتعويض، لأن المسؤولية العقدية تقوم على مبادئ تطبق في حال عدم قيام العقد، كما تطبق عند ابطال العقد بعد ابرامه[11].

كما وظهر إلى جانب رأي إيرنج أراء اخرى وأهمها رأي الفقيه (شوزل)، الذي يرى بان الدعوى إلى التفاوض تتضمن توكيلاً ضمنياً باتخاذ كل الاعمال الازمة في سبيل أبرام العقد، وبذلك يجب أن لم يبرم العقد ، فيتم التعويض عن كل المصروفات التي أنفقت في سبيل تنفيذ الوكالة[12].أما الفقيه(سالي)،إذ ناد بفكرة العقد التمهيدي إلى جانب العقد الاصلي، وهو عبارة عن وعد بالتعاقد يتضمن تعهد جدي[13].

وعليه ووفقاً لأصحاب هذا الاتجاه فان المسؤولية التي تنشأ عند عدم اتمام التعاقد يمكن أن تطبيق عليها دعوى العقد التي كان القانون الروماني يقرها في حالات العقود التي يشوب انعقادها عيب، لأن قواعد المسؤولية التقصيرية لا تسري وفق هذا القانون على ما ينسأ من مسؤولية قبل اتمام التعاقد، لأنه إذا أغفل النص الجزاء فإن أحكام المسؤولية العقدية تتولى تنظيمه[14].

الاتجاه الثاني:

ويرى أصحاب هذا الاتجاه أن مبنى المسؤولية في الامتناع عن التعاقد، هي مسؤولية تقصيرية، لأن المسؤولية العقدية لا تنشأ إلا عن عقد والعقد لا يتم إلا باقتران القبول والايجاب وهذا لم يحصل، وعليه فإن أحكام المسؤولية التقصيرية هي التي تطبق في حالة عدم وجود عقد[15]،وقد إيد بعض الفقهاء أن المسؤولية التي تحكم مرحلة التفاوض هي المسؤولية التقصيرية، حيث حاولوا تأسيسها على أساس فكرة التعسف[16].

ويمكن القول: أن قيام أطراف العقد بالتفاوض بقصد الوصول إلى نتيجة واحدة وهي توقيع العقد، فإنه في حال كانت النتيجة إيجابية وتوقيع العقد فلا وجود لأي مسؤولية تترتب، أما إذا كانت نتيجة المفاوضات سلبية وقام أحد الاطراف بقطع المفاوضات وأمتنع عن التعاقد، فإنه عندئذ تجب عليه مسؤولية، لكن أي مسؤولية عقدية أم تقصيرية؟ فإن موضوع الخيرة بين المسؤولتين اختلف الفقه والقضاء في ذلك ، فالبعض يرى أنه" يجوز رفع الدعوى متى تحققت شروطها أياً كانت سواء عقدية أو تقصيرية، أما الرأي الغالب فهو يرى أن دعوى المسؤولية العقدية تلغي دعوى المسؤولية التقصيرية والسبب هو أن علاقة الدائن بالمدين مرجعها العقد وحده"[17].

هناك رأي ،ونحن نتفق معه ، بأنه لا يضار من ابتداع نوع ثالث من المسؤولية المدنية وتحدد شرائطها وفقاً لاحتياجات العدالة، إذ تحكم قواعدها طبيعة خاصة تسمى مسؤولية ما قبل التعاقد، فهي خطأ يتمتع بخصوصية تتمثل ي الاخلال بالثقة المشروعة المتولدة في هذه المرحلة، وتعالج ضرراً ناتجاً بمناسبة الامتناع عن التعاقد[18].

المطلب الثاني: الجزاء القانوني لتحقق المسؤولية

إذا ما تحققت المسؤولية لامتناع عن التعاقد، فالأثر المترتب عليها هو التعويض، ولكن ما هو التعويض وهل يتم عن طريق التنفيذ العيني أم التنفيذ بمقابل؟.

حيث أختلف الفقه حول الجزاء المترتب على الامتناع عن التعاقد ،حيث ذهب البعض إلى أن الجزاء يكون التنفيذ العيني، في حين عارض البعض الاخر ذلك وقالوا أن الجزاء يقتصر على التعويض(التنفيذ المقابل)،و عليه سنبحث كلا الرأيين في أتجاهين:

ذهب هذا الاتجاه إلى أن من الممكن لطرف المضرور إقامة دعوى عادية ضد الطرف المتسبب في الضرر لمطالبة بالتعويض عن طريق التنفيذ العيني، فمثلا لو نقض الايجاب الملزم فان من وجه إليه هذا الايجاب يمكن أن يعوض عن طريق اعتبار العقد منعقداً جبراً عن إرادة الموجب الذي نقض الايجاب' وقد دعم هذا الاتجاه رأيه بحكم للقضاء الفرنسي[19].

إلا أن هذا الاتجاه لم يلقى قبولا، فلا يمكن إجبار المدين على التنفيذ العيني في مجال التفاوض حتى ولو كان هذا التنفيذ ممكناً، وغير مرهق للمتفاوض الممتنع عن التعاقد، لأنه ليس في يد القاضي قبل ذلك تحديد شروط العقد الذي يراد به أن يعقد جبراً على أرادة المتفاوض الذي أمتنع عن التعاقد، ومع ذلك فإن سلطة القاضي مهما بلغت من قوة لا يمكن أن تحل محل إرادة الطرفين لأبرام عقد لم تلتق الإرادتان في سبيل انعقاده، فإذا كان العقد تصرفاً قوامه الارادة فكيف يعقد بدونها[20].

إما القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951 لم ينص على التعويض عن طريق التنفيذ العيني للمرحلة السابقة على التعاقد، بينما نظم القانون المدني في المادتين (254,253)[21]، التعويض عن طريق التنفيذ العيني للمرحلة لاحقة للتعاقد في حال أخلال المدين بتنفيذ التزامه.

وبالتالي أن التنفيذ العيني أمر مستبعد في المرحلة السابقة على التعاقد، لأن إرادة القاضي لا تحل محل إرادة الاطراف، وأن مرحلة المفاوضات يحكمها مبدآن: (مبدأ حرية التعاقد، ومبدأ حسن النية)، عندئذ ليس أمام القاضي سوى الحكم بالتعويض لجبر ما لحق بالمضرور من أضرار وفقاً لأسلوب التنفيذ المقابل.

الاتجاه الثاني: التنفيذ بالمقابل

كما بينا سابقاً في الاتجاه الأول، أنه لا يمكن إجبار المتفاوض على تنفيذ الالتزامات عيناً في مرحلة المفاوضات في حال أمتنع عن التعاقد، فلذلك إذا أخلّ المتفاوض بهذه الالتزامات، فلا يبقى أمام الدائن إلا اللجوء بالتنفيذ بمقابل(التعويض).

يبدو أن هذا الاتجاه هو الراجح ، إذ أن أثر المسؤولية في الفترة السابقة عن التعاقد هو التعويض عن طريق التنفيذ بمقابل، ولكن هل يشمل هذا التعويض الخسارة فقط أم الخسارة والكسب الفائت؟ إن المبدأ العام الذي يحكم التعويض والمسلّم به في كل القوانين العالم هو مبدأ التعويض الكامل للضرر، والذي مفاده أن التعويض يجب أن يكون بمقدار الضرر دون أن يزيد أو ينقص، فالهدف من المسؤولية المدنية هو إعادة المضرور على نفقة المسؤول إلى الوضع الذي كان عليه قبل حدوث الضرر، لكن يرى البعض الفقه ، بما أن العقد لم ينعقد أصلا لا يمكن التعويض عن فوات الكسب، إنما فقد عن الخسارة التي اصابت المتضرر، لان التعويض يحسب على اساس التزام المتعاقد أو التعهدات التي أشتمل عليها العقد والحال أن العقد لم يبرم أساساً[22].

ولكن يتم التساؤل هل يجوز التعويض عن فوات فرصة التعاقد مع الغير؟ يرفض البعض التعويض عن فوات الفرصة تأسيساً على أن المتفاوض إذا عرضت عليه صفقة رابحة فانه يحتفظ بحقه الكامل في الامتناع عن التعاقد والانسحاب من المفاوضات ،أما إذا لم يستغل الفرصة واستمر في المفاوضات، فهو سعى حتما إلى عرض أفضل وهو بذلك يضارب ووحده يتحمل ذلك، فلا يعوض عن الفرصة التي ضاعت عنه[23]. لكن هذا الرأي منتقد، ونحن نتفق مع هذا الانتقاد، إذ وفق المفهوم الحديث للمفاوضات إن حرية المفاوض ليس مطلقة في العدول عن المفاوضات والامتناع عن التعاقد، فقد يجد المفاوض نفسه ملزماً بالاستمرار في المفاوضات على وفق حسن النية، ونزاهة المعاملات فلا يلتفت إلى أي فرصة أخرى سنحت له، فإن امتناع المتعاقد الأخر عن التعاقد دون مبرر مشروع، فإنه يستحق التعويض عما ضاع عليه من فرص التعاقد مع الغير[24].

الخاتمة:

تبين لنا من خلال هذه الدراسة ان موضوع الامتناع عن التعاقد في مرحلة المفاوضات يثير العديد من الصعوبات والمنازعات بين أطراف المفاوضات، حيث يلجأ احد اطراف التفاوض إلى الاخلال بالالتزام بالتفاوض بحسن نية، كعدم احترام وتنفي الالتزامات المفروضة بشكل عام، كالإخلال بالتزام بالتعاون، وقد تتمثل في قطع المفاوضات والامتناع عن التعاقد بدون عذر مشروع.

أولا: النتائج

1- تبين لنا أن الامتناع عن التعاقد لم يكن حقاً محدداً أو منظماً أو معاقب عليه قانوناً، وإنما هو قدرة تمسك بها الفرد إذا توفرت مبرراتها، ويتولى القضاء الرقابة على مشروعية تصرفات ارباب التجارة والصناعة وغيرهم ازاء العملاء عند التشكي منهم، وهو امر تقتضيه دواعي حماية هؤلاء من احتمالات انحراف الطرف القوي اقتصادياً عن التزاماته اتجاه الطرف الضعيف، لأن من شأن الرقابة تعزيز مبدأ المساواة بين الطراف عند ابرام العقود والاتفاقات، من خلال ردع الطرف القوي اقتصاديا الرافض للتعامل بدون وجه حق، وتحذيره من مغبة الاقدام من المحاباة والمفاضلة بين العملاء ،لان ذلك يرتب مسؤولية.

2- ظهر لنا أن الامتناع عن التعاقد دون أسباب جدية ومقنعة يؤثر على مبدأ حسن النية في تكوين العقود، ويخل بمبدأ الثقة المشروعة التي صدر بموجبها الايجاب، كما أتضح لنا أن طبيعة هذه المسؤولية ذات طبيعة خاصة تسمى المسؤولية السابقة على التعاقد وأن الاثر المترتب على هذه المسؤولية حسب الرأي السائد حالياً بين الفقه هو التعويض بمقابل وليس التعويض التنفيذ العيني.

ثانيا: المقترحات

وعليه نقترح على المشرع العراقي:

1- النص صراحة على مرحلة السابقة على التعاقد وما يترتب على الامتناع على التعاقد، حسماً للجدل وخلاف ويكون واضح للخصوم والقضاء عند النظر فيه، لأهمية هذه المرحلة في تكوين العقود، لذا نقترح على المشرع العراقي أن يعدل نص المادة (167) من القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1952 المتعلقة بحماية الطرف المذعن في عقود الاذعان بحيث يتضمن التعديل حماية هذا الطرف في مرحلة المفاوضات التمهيدية للتعاقد..

2- أن القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة1951 والتشريعات الاخرى مدار البحث قد خلت من أي نص قانوني لتنظيم عملية المفاوضات، ولذلك وفي ظل خذا الوضع فإنه يتم النظر إلى المفاوضات على اعتبار أنها مجرد أعمال مادية، ولذلك على المشرع العراقي أن يورد تنظيما قانونياً لمرحلة المفاوضات مع التركيز على مبدأ حسن النية ، وعليه نوصي المشرع العراقي بفرض مبدأ حسن النية بمرحلة المفاوضات بوصفه قاعدة للسلوك بمفهومه الموضوعي، ومن ثم سيجد المتفاوضون لهم سنداً في محاسبة من يخالف الالتزامات التي يفرضها حسن النية عند التفاوض، وعليه نقترح على المشرع العراقي أن يضيف بنداً ثالثاً إلى نص

المادة(150) من القانون المدني لتكون على النحو الاتي(1- يجب على المتفاوضين للتعاقد أن يلتزموا بما يفرضه مبدأ حسن النية من التزامات ولا يمكن الامتناع عن التعاقد الا لسبب مشروع...).

3- نوصي ضرورة توحيد الطبيعة القانونية للمفوضات التمهيدية للمتعاقد بحيث يحكمها قواعد قانونية واحدة دون تمييز بين صورة وأخرى من صور المفاوضات، وعليه نرى بأن التفاوض على ابرام العقد هو دائماً ذو طبيعة تقصيرية وأن الاخلال بالالتزام بالتفاوض يشكل خطأ تقصيرياً يؤدي الى قيام المسؤولية التقصيرية .

الهوامش:

1- د. انس نصير، مرحلة ما قبل ابرام العقد، مجلة المنارة ، العدد الثالث، الاردن، 2001، ص 132.
2- د.جين سرنا، رفض التعاقد، جامعة باريس، 1965، ص 16.
3- د. عبد جمعة الربيعي، رفض التعاقد، بحث منشور في مجلة القضاء، العدد الثالث، 1989، ص94.
4- د. جورج ريبر، القاعدة الاخلاقية في الالتزامات المدنية، نقلا عن عبد جمعة الربيعي، مصدر سابق، ص 94.
5- أنظر المادة 3/167 من القانون المدني العراقي لسنة 1951، والمادة (240) من القانون المدني الاردني. لسنة 1976.
6- د. صبري حمد خاطرو قطع المفاوضات العقدية،بحث منشور في مجلة النهرين للحقوق، المجلد الاول ،1997،ص129.
7- انظر المادة (26) من قانون النقل العراقي رقم (80) لسنة 1983، وانظر ايضاً: أبو العلا النمر، الالتزام بالمحافظة على حرية المفاوضات، القاهرة، 2008، ص 42.
8- د. مصطفى العوجي، القانون المدني- مصادر الموجبات في القانون المدني، الجزء الاول، ط1، مؤسسة سحبون، بيروت،ص326.
9- يلاحظ أن الفقه والقضاء الفرنسي بهذا الاتجاه منذ زمن بعيد، ومن التطبيقات على هذا الاتجاه، قرار حكم أصدرته محكمة مونميلية في فرنسا عام 1986، إذ قام أحد الافراد دعوى ضد صاحب احدى الحانات متهما اياه بالعنصرية لعدم استجابة هذا الاخير لتلبية وتنفيذ طلبات الاول بدون عذر مشروع. حيث أصدرت محكمة الموضوع قرارا في هذه القضية يتضمن(أدانة تصرف صاحب الحانة، ومؤسسة قراراها على اعتبار أن صاحب الحانة يكون ملزما بتلبية طلبات العملاء ما دامت تقع ضمن مجالات تعامله، لأن فتح حانة عامة بشكل رسمي يفهم منه وجود عرض عام موجه إلى الجمهور، يظهر استعداد صاحب الحانة على الاستجابة لطلب كل من دخل الخانة بقصد تناول شيء معين مما تتعامل به، ومنذ هذه اللحظة يرتبط القبول بالعرض ويصبح العقد قائماً، يلتزم بمقتضاه صاحب الحانة بتحقيق رغبة العميل وهو دفع الثمن، وأن رفض صاحب الحانة بدون مبرر أو معذرة مشروعة يعتبر مخالفة للعرض الذي اعلنه، وتطبيقاً لذلك تكون مسؤولية صاحب الحانة عقدية ويجب أن يسأل على هذا الاساس لا غير). قرار محكمة مونمبيلية الفرنسية لعام 1986، غير منشور نقلا عن د. عبد جمعة الربيعي، مصدر سابق، ص 98.
10- مصدر ذاته، ص 99.

11- حسن عامر، عبد الرحيم عامر، المسؤولية المدنية،ط2، القاهرة، 1979، ص39. وعمر سالم مخمد، الطبيعة للمسؤولية السابقة على التعاقد، بحث منشور على شبكة الانترنيت، عبر موقع منتدى المحامين العرب، ص 4.

12- د. محمود جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية المدنية، ج1، القاهرة،بدون سنة نشر، ص139.

13- يمكن تعريف العقد التمهيدي بأنه(العقد الذي يسبق إبرام العقد النهائي المنشود، والذي يكون دوره ممهد للعقد وان لم يبرم العقد النهائي). أنظر عمر سالم محمد، مصدر سابق، ص 6.

14- حسن عامر ، القوة الملزمة للعقد، ط1، القاهرة،بدون سنة نشر، ص 249.

15- حمدي محمود بارود،القيمة القانونية للاتفاقات التي تتخلل مرحلة التفاوض قبل العقدية،فلسطين، 2005،ص 124-125.

16- د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في القانون المدني، مصادر الالتزام، ج1، منشورات الحلبي، 1998،ص221، ود. عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني العراقي، ج1، مطبعة نديم، دون سنة نشر، ط5، ص 70.و انظر: ومن القضايا المشهورة في هذا الموضوع تتلخص، فيأن شخص عرض على آخر أن يفكر له بمشروع يستثمر فيه أمواله ويكون شريكاً له فيه، فقبل هذا العرض وأخذ يفكر في مشروع فريد من نوعه حتى اهتدى إلى إنشاء مصنع لعمل وطبع الاسطوانات الخاصة بالأغاني في مصر يكون الاول من نوعه في الشرق الاوسط، وعرض الفكرة عليه فرحب بها بعد أن درسها وجرت بينهما مناقشات ومفاوضات وتم البدء بأول مرحلة وهي التي أسفر عنها الاتفاق على السفر إلى أوربا، وفعلاً سافر على طلب من الاول من أجل اختيار الآلات اللازمة واشترى أفضلها، وبمجرد وصول الآلات قام الأول بالتنكر لهذا الشخص و أمتنع عن التعاقد و تحرير عقد الشركة معه واستأثر بالآلات لنفسه وقام بعقد شركة مع آخرين لتنفيذ نفس المشروع الذي كان وليد تفكير الثاني، وقضت المحكمة اعتبار الأول مسؤولا مسؤولية تقصيرية لأنه لم يكن جاداً في هذه المرحلة عندما بدأ بالمفاوضات).

17- د. أنور سلطان، الموجز في النظرية العامة للالتزام- أحكام الالتزام، منشأة المعارف، الاسكندرية، ط1، ص 44-45. ود. حسن علي الذنون، المبسوط في المسؤولية المدنية، ج1، شركة التايمس للطباعة، بغداد، ص 246-256.

18- د. صبري حمد خاطر، مصدر سابق، ص 135. و د.عمر سالم محمد، مصدر سابق، ص 23.

19- راجع في ذلك :د. صبري حمد خاطر مصدر سابق، ص 133. وانظر حكم القضاء الفرنسي في قضية (قطع فيها أحد المتفاوضين المفاوضات وامتنع عن التعاقد، ولكنه تعاقد مع الغير بشأن محل المفاوضات، حيث لم تلتفت محكمة الموضوع إلى قطع المفاوضات، هذا وقضت بأن العقد أبرم مع المتفاوض الأول الذي كان الايجاب قد وجه إليه ابتداءً، وذلك بعد أن استبعدت تعاقد المتفاوض مع الغير، إذا لم ترى ذلك جدياً)نقلاً عن فؤاد العلواني ود. جمعة الربيعي، الأحكام العامة في التفاوض والتعاقد، بغداد،2003،ص 26.

20- د. مرقس سليمان، الوافي في شرح القانون المدني في الالتزامات، المجلد الثاني، في الفعل الضار والمسؤولية المدنية، القسم الاول، في الأحكام العامة،ط25، القاهرة، 1988،ص 174.

21- راجع المادتين (254,253) من القانون المدني العراقي.

22- ابراهيم الدسوقي أبو الليل، التعويض الضرر في المسؤولية المدنية،ط1،الكويت، 1995، ص 47. كما وأنظر إلى المادة (169) من قانون المدني عراقي التي جاء فيها(2- ويشمل ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب بسبب ضياع الحق عليه....3- فإذا كان المدين لم يرتكب غشاً أو خطأ جسيم، فلا يجاوز في التعويض ما يكون متوقعاً عادة وقت التعاقد من خسارة تحل أو كسب يفوت).

23- سعد حسين ملحم، التفاوض بالعقود عبر شبكة الانترنيت، بحث منشور في مجلة الحقوق جامعة النهرين، العدد 13، 2005،ص27.

24- جمال فاخر النكاس، العقود والاتفاقيات المهدة للتعاقد، بحث منشور في مجلة الحقوق جامعة الكويت، العدد الاول،1996وص147، ود. صلاح الدين زكي، تكوين الروابط العقدية فيما بين الغائبين، 1963، ص 85.

المصادر

أولا/ المؤلفات

1- د. أبو العلا النمر، الالتزام بالمحافظة على حرية المفاوضات، القاهرة، 2008 .

2- د. أنور سلطان، الموجز في النظرية العامة للالتزام- أحكام الالتزام، منشأة المعارف، الاسكندرية، ط1.بدون سنة نشر.

3- د. ابراهيم الدسوقي أبو الليل، التعويض الضرر في المسؤولية المدنية،ط1،الكويت، 1995.

4- د.جين سرنا، رفض التعاقد، جامعة باريس، 1965.

5- حسن عامر ، القوة الملزمة للعقد، ط1، القاهرة، بدون سنة نشر .

6- حسن عامر، عبد الرحيم عامر، المسؤولية المدنية،ط2، القاهرة، 1979.

7- د. حسن علي الذنون، المبسوط في المسؤولية المدنية، ج1، شركة التايمس للطباعة، بغداد، بدون سنة نشر.

8- حمدي محمود بارود،القيمة القانونية للاتفاقات التي تتخلل مرحلة التفاوض قبل العقدية،فلسطين، 2005.

9- د. صلاح الدين زكي، تكوين الروابط العقدية فيما بين الغائبين، بدون دار نشر، 1963.

10- د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في القانون المدني،مصادر الالتزام،ج1،منشورات الحلبي، 1998.

11- د. عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني العراقي،ج1، مطبعة نديم،دون سنة نشر، ط5.

12- فؤاد العلواني ود. جمعة الربيعي، الأحكام العامة في التفاوض والتعاقد، بغداد،2003.

13- د. محمود جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية المدنية، ج1، القاهرة، بدون سنة نشر .

14- د. مرقس سليمان، الوافي في شرح القانون المدني في الالتزامات، المجلد الثاني، في الفعل الضار والمسؤولية المدنية، القسم الاول، في الأحكام العامة،ط25، القاهرة، 1988.

15- د. مصطفى العوجي، القانون المدني- مصادر الموجبات في القانون المدني، الجزء الاول، مؤسسة سحبون، بيروت،ط1، بدون سنة نشر.

ثانيا/البحوث:

1- د. انس نصير، مرحلة ما قبل ابرام العقد، مجلة المنارة ، العدد الثالث، الاردن، 2001.

2- د. جمال فاخر النكاس، العقود والاتفاقيات المهدة للتعاقد، بحث منشور في مجلة الحقوق جامعة الكويت، العدد الاول،1996.

3- د. سعد حسين ملحم، التفاوض بالعقود عبر شبكة الانترنيت، بحث منشور في مجلة الحقوق جامعة النهرين، العدد 13، 2005.

4- د. صبري حمد خاطرو قطع المفاوضات العقدية، بحث منشور في مجلة النهرين للحقوق، المجلد الاول ،1997.

5- د. عبد جمعة الربيعي، رفض التعاقد، بحث منشور في مجلة القضاء، العدد الثالث، 1989.

6- عمر سالم مخمد، الطبيعة للمسؤولية السابقة على التعاقد، بحث منشور على شبكة الانترنيت، عبر موقع منتدى المحامين العرب.

ثالثا/ القوانين:

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

2- القانون المدني الاردني رقم (43) لسنة 1976.

3- قانون النقل العراقي رقم (80) لسنة 1983.

Refrain from contracting during the negotiation stage

Assist Lect .RAJAB ABDULHASAN RAJAB

Southern Technical University

Rajb4922@gmail.com

Keywords : Law. Contracting. Negotiation

Summary:

Our study focuses on the issue of refraining from contracting, and it is meant by the absence of the will to bind to a specific agreement sought by the will of the second party.

And it turns out that the liability arises in the event of refraining from contracting without a legitimate excuse, and it is a responsibility of a special nature, called the pre-contractual liability, and that the effect of this responsibility is compensation in return.

The study came out with recommendations, and it was confirmed in the conclusion of the study, the most important of which are: the explicit text on the stage prior to contracting and the consequences of refraining from contracting, in order to resolve the controversy and disagreement and be clear to the litigants and the judiciary when considering it, because of the importance of this stage in the formation of contracts